

**letzte Aktualisierung:** 24.3.2021

LG Dortmund, Urt. v. 22.9.2020 – 1 S 27/20

**WEG §§ 10 Abs. 2 S. 3, 15 Abs. 3**  
**Auslegung der Zweckbestimmung von Teileigentum**

Die Auslegung der Zweckbestimmung hat objektiv normativ zu erfolgen. Dabei ist auf die Bedeutung abzustellen, die die verwendeten Begriffe zum Zeitpunkt der Erstellung der Teilungserklärung hatten. Der Begriff „Gaststätte“ umfasste im Jahre 1990 keine Shisha-Bars, da mit einer solchen eine im Vergleich zur Gaststätte erhöhte Geruchs- und Rauchbelästigung einhergeht.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

## Landgericht Dortmund, 1 S 27/20

**Datum:** 22.09.2020  
**Gericht:** Landgericht Dortmund  
**Spruchkörper:** 1. Zivilkammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 1 S 27/20  
**ECLI:** ECLI:DE:LGDO:2020:0922.1S27.20.00

**Tenor:** Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Amtsgerichts Essen vom 19.12.2019, Az. 196 C 34/19, teilweise abgeändert und klarstellend wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, die Teileigentumseinheit Nr. 1 der im Erd- und Untergeschoss links des Hauses A1-Straße 00, A2, liegenden Gaststätte ohne Genehmigung der Verwalterin zu vermieten.

Die Beklagte wird verurteilt, durch Einwirkung auf den Mieter B2 dafür Sorge zu tragen, dass in der Teileigentumseinheit Nr. 1 der im Erd- und Untergeschoss links des Hauses A1-Straße 00, A2, liegenden Gaststätte keine Shisha-Bar betrieben wird.

Die Beklagte wird verurteilt, die über dem Ladenlokal der Gaststätte „G1“ an der D1-Straße 00, A2, angebrachte Markise zu entfernen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

<b><u>Gründe:</u></b>	1
<b>A.</b>	2
Auf die Abfassung eines Tatbestandes wird gemäß §§ 313 a Abs. 1 Satz 1, 544 Abs. 2 ZPO verzichtet.	3
<b>B.</b>	4
I.	5
Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung ist zulässig und begründet. Die Klage ist zulässig und vollumfänglich begründet.	6
1.	7

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Unterlassung gem. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB i. V. m. § 5 Abs. 3 der Teilungserklärung des Notars, F1, Ur.- Nr. 000/1990, vom 00.00.1990 zu, ihre streitgegenständliche Teileigentumseinheit Nr. 1 ohne Genehmigung der Verwaltung zu vermieten. 8

a) 9

Der Klageantrag zu Ziff. 1 bezieht sich – anders als das Amtsgericht meint – auf eine zukünftige Vermietung der Teileigentumseinheit der Beklagten. Insbesondere nimmt der Antrag gerade keinen Bezug auf das bestehende Mietverhältnis zwischen der Beklagten und ihrem Mieter Herrn B2. Die aktuelle Nutzung durch Herrn B2 ist vielmehr Gegenstand des Antrags zu Ziff. 2. Dass sich der Antrag zu Ziff. 1. ersichtlich auf die Zukunft beziehen soll, folgt auch aus dem Umstand, dass die Vermietung an Herrn B2– ohne Genehmigung der Verwalterin – bereits erfolgt ist. 10

b) 11

Die Klägerin war auch hinsichtlich einer zukünftigen Vermietung der Einheit aktivlegitimiert, da durch die Beschlussfassung zu TOP 7 der Eigentümerversammlung vom 13.06.2018 eine Vergemeinschaftung des Unterlassungsanspruchs gem. § 10 Abs. 6 S. 3 Hs. 2 WEG erfolgte. 12

Zwar bezieht sich die Beschlussfassung lediglich auf die aktuelle Nutzung der Einheit als Shisha Bar. Gleichwohl sollte die Verwaltung für die Umsetzung des Beschlusses nach vorheriger Aufforderung an die Miteigentümerin und erfolgloser Reaktion für die Gemeinschaft anwaltliche und gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen. Im Rahmen der Beschlussfassung zu TOP 5 der Eigentümerversammlung vom 10.04.2018 wurde die Verwaltung zudem beauftragt, die gesamte Situation betr. die Beklagte sowie die Shisha Bar rechtlich zu überprüfen und eine juristische Beurteilung hinsichtlich der nicht erteilten Zustimmung der Verwaltung bei Abschluss des Mietvertrages einzuholen. Damit wollten die Eigentümer in der Gesamtschau auch Ansprüche an sich ziehen, die die ggfs. auch zukünftig fehlende Zustimmung der Verwaltung zur Vermietung der Teileigentumseinheit der Beklagten betrifft. 13

c) 14

Für den vorbeugenden Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB besteht auch die notwendige Wiederholungsgefahr. Denn aus dem Umstand, dass die hier streitgegenständliche Vermietung bereits ohne Zustimmung der Verwaltung erfolgte, folgt eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr (vgl. BGH NJW 2012, 3781), zumal die Beklagte selbst vorträgt, dass auch zuvor keine Zustimmung zu den mehrfach erfolgten Vermietungen eingeholt worden war. 15

d) 16

Im Rahmen dieses vorbeugenden Unterlassungsanspruchs ist auch nicht erheblich, ob eine Genehmigung zur Vermietung erteilt werden müsste. Vielmehr soll mit dem Anspruch lediglich verhindert werden, dass die Vermietung erfolgt, ohne dass die Verwaltung um Zustimmung nachgesucht wird. Sollte eine Zustimmung zu Unrecht verweigert werden, stünde der Beklagten der Rechtsweg offen, die Verwaltung auf Erteilung der Zustimmung gerichtlich in Anspruch zu nehmen. Sie darf indes nach der wirksamen Beschränkung in § 5 Abs. 3 der Teilungserklärung (vgl. hierzu BGHZ 37, 203-210) die Vermietung nicht vornehmen, ohne zuvor die notwendige Zustimmung der Verwaltung einzuholen. 17

e) 18

Klarstellend weist die Kammer darauf hin, dass das Amtsgericht – anders als die Beklagte meint – den Antrag zu Ziff. 1. nicht mangels Beschlusskompetenz der Eigentümer abgewiesen hat. Das Amtsgericht hat mit seinen Ausführungen zur Beschlusskompetenz zu Recht lediglich klargestellt, dass die sich aus der Teilungserklärung ergebende Zweckbestimmung nicht durch Mehrheitsbeschluss der Eigentümer geändert werden kann. Weder der Beschluss zu TOP 7 der Eigentümerversammlung vom 13.06.2018 noch der Beschluss zu TOP 4 der Eigentümerversammlung vom 10.04.2018 sehen indes eine Änderung der in der Teilungserklärung festgelegten Zweckbestimmung vor. Vielmehr diene die Beschlussfassung ersichtlich dem Ziel, die konkrete Nutzung der Teileigentumseinheit als Shisha-Bar zu unterbinden.	19
2.	20
Der Klägerin steht gegen die Beklagte hinsichtlich der derzeitigen Nutzung ihrer Teileigentumseinheit durch den Mieter B2 als Shisha Bar ein Anspruch auf Unterlassung bzw. Einwirkung auf Herrn B2 gem. §§ 1004 Abs. 1 BGB i. V. m. § 15 Abs. 3 WEG zu.	21
a)	22
Der Betrieb der Shisha Bar stellt eine nach der Teilungserklärung nicht zulässige Nutzung dar. Bei der Bestimmung in § 2 Ziff. 1 (1) der Teilungserklärung handelt es sich um eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter i. S. v. § 10 Abs. 2 WEG (vgl. hierzu auch BGH Urteil vom 25.10.2019, Az. V ZR 271/18), soweit die streitgegenständliche Einheit dort als	23
„Gaststätte“	24
bezeichnet ist. Die Auslegung hat objektiv normativ zu erfolgen (vgl. BGH a. a. O. m. w. N.). Dabei ist auf den Zeitpunkt der Erstellung der Teilungserklärung, vorliegend das Jahr 1990 abzustellen.	25
b)	26
Der Betrieb einer Shisha Bar wird von dieser Zweckbestimmung hingegen nicht erfasst. Durch die vereinbarte Zweckbestimmung wird das Recht des Eigentümers, mit den in seinem Sondereigentum stehenden Räumlichkeiten in dem durch das WEG vorgegebenen Rahmen gem. §§ 13 Abs. 1 WEG nach Belieben zu verfahren, beschränkt. Unter einer Gaststätte war jedenfalls noch im Jahr 1990 ein Betrieb zu verstehen, in dem Getränke oder Speisen zum sofortigen Verzehr verkauft werden und der dafür eine Aufenthaltsmöglichkeit bietet (vgl. hierzu auch BayObLGZ 1980, 154 ff.). Auch wenn in Gaststätten zum Zeitpunkt der Errichtung der Teilungserklärung noch geraucht werden durfte, so hatte das Rauchen dort nur eine untergeordnete Rolle, zumal die Tabakwaren vor Ort auch typischerweise nicht erworben werden konnten. Im Rahmen des Betriebs einer Shisha Bar ist indes das Rauchen der Wasserpfeifen der Hauptzweck eines dortigen Besuchs. Dass dazu auch Getränke erworben werden können, hat demgegenüber lediglich eine untergeordnete Rolle, insbesondere, sofern es sich – wie vorliegend – um eine Shisha Bar handelt, in der keine alkoholischen Getränke angeboten werden. In diesem Zusammenhang trägt die Beklagte mit Schriftsatz vom 08.10.2019, dass in Shisha Bars überwiegend geraucht und nicht getrunken wird und daher auch weniger Leergut anfallt. Auch § 1 Abs. 1 des GastG definiert, dass ein Gaststättengewerbe i. S. d. Gesetzes betreibt, wer Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht (Schankwirtschaft) oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht (Speisewirtschaft). Für den Umstand, dass eine Shisha Bar keine Gaststätte ist, spricht ferner die Nutzungsänderungsgenehmigung der Stadt Essen vom 14.05.2019, Bl. 126 ff. d. A., mit der die Nutzungsänderung von einer Gaststätte in eine Shisha Bar erteilt wurde.	27

c)	28
Zwar kann sich eine nach dem vereinbarten Zweck ausgeschlossene Nutzung als zulässig erweisen, wenn sie bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die vorgesehene Nutzung (vgl. BGH, Urteil vom 15.01.2010, Az. V ZR 72/09). Diese Betrachtungsweise führt vorliegend jedoch dazu, dass bei typisierender Betrachtungsweise die Nutzung der Teileigentumseinheit als Shisha Bar mit einer größeren Störung und Belastung der übrigen Eigentümer einhergeht, als die Nutzung der Räumlichkeiten entsprechend der Zweckbestimmung als Gaststätte.	29
aa)	30
Denn bei der Nutzung der Teileigentumseinheit als Shisha Bar ist zunächst bei typisierender Betrachtungsweise mit einer höheren Brandgefahr zu rechnen. Für den Konsum der Shisha Pfeifen ist ein Anzündofen notwendig, von dem nicht unerhebliche Brandgefahren ausgehen. Daher ist typischerweise auch ein Brandschutzkonzept erforderlich. Zwar kann durch ein solches Konzept die Brandgefahr eingedämmt werden. Sie stellt sich jedoch als erheblich dar. Denn ein entsprechender Anzündofen, der für den Betrieb einer Gaststätte nicht erforderlich ist, käme sonst gar nicht zum Einsatz. Den Eigentümern ist nicht zuzumuten, diese erhöhte Brandgefahr hinzunehmen, zumal diese sich in der Vergangenheit bereits einmal verwirklicht hat.	31
bb)	32
Darüber hinaus geht der Betrieb einer Shisha Bar, in der typischerweise und ausweislich der Lichtbilder in Konkret zu entscheidenden Streitfall auch im Freien geraucht wird, mit einer erhöhten Geruchsbelästigung/Rauchentwicklung einher. Dabei besteht insbesondere –jedenfalls im Innenraum- die Gefahr, dass die Belastung mit Kohlenmonoxid überschritten wird. Aus diesem Grund sind regelmäßig – wie auch im vorliegenden Fall – Kohlenmonoxidsmelder sowie Lüftungsanlagen installiert. Auch wenn damit – wie auch bei der bestehenden Brandgefahr – das Gefahrenpotential abgemildert werden kann, so ergibt sich ein gegenüber einer Gaststätte erhöhtes Gefahrenpotential. Selbst wenn man darauf abstellen würde, dass im Jahr 1990, d. h. zum Zeitpunkt der Errichtung der Teilungserklärung, auch noch in Gaststätten geraucht werden durfte, so war dies stets eine Nebenerscheinung, die typischerweise nicht die Intensität erreichte, die mit einer Shisha Bar verbunden ist, deren Hauptzweck das Rauchen von Wasserpfeifen ist. Gleiches gilt für ein etwaiges Rauchen im Außenbereich einer Gaststätte. Auch dies hat typischerweise nicht die Intensität, die mit dem Betrieb einer Shisha Bar einhergeht.	33
d)	34
Auf den Umstand, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der öffentlich rechtlichen Genehmigung für den Betrieb der Shisha Bar nicht vorliegen, kommt es daher nicht mehr an. Die Kammer stellt insoweit klar, dass umgekehrt durch das Vorliegen einer öffentlich rechtlichen Genehmigung eine nach der Teilungserklärung unzulässige Nutzung nicht zulässig wird.	35
e)	36
Unerheblich ist vor dem Hintergrund der typisierenden Betrachtungsweise ferner, welche Störungen von der Shisha Bar im konkreten Einzelfall ausgehen. Insoweit handelte es sich zum größten Teil auch um Belästigungen, die typischerweise mit dem Betrieb jeder Gaststätte einhergehen.	37
2.	38

Die Ansprüche sind auch nicht verwirkt.	39
a)	40
Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und deswegen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 21.10.2005, Az. V ZR 169/04; BGH, Urteil vom 15.12.2017, Az. V ZR 275/16).	41
b)	42
Vorliegend ist eine Verwirkung des Anspruchs gem. Klageantrag zu Ziff. 1. (Unterlassung der Vermietung ohne Zustimmung) nicht eingetreten. Zwar haben sich die Eigentümer – wie die Beklagte zu Recht einwendet – in der Vergangenheit nicht auf die fehlende Zustimmung zur Vermietung gem. § 5 Abs. 3 der Teilungserklärung berufen. Die vorangegangenen Nutzungen der Einheit als Restaurant oder Café hielten sich jedoch im Rahmen des in der Teilungserklärung vorgesehenen Zwecks einer Gaststätte. Vor diesem Hintergrund durfte die Beklagte nicht darauf vertrauen, dass im Falle einer zweckwidrigen Nutzung weiterhin von einer Zustimmung des Verwalters abgesehen würde.	43
c)	44
Gleiches gilt für den Anspruch auf Unterlassung des Betriebs der Shisha Bar. Denn die Beklagte, die ihre Einheit zum Betrieb einer Sisha Bar vermietete, setzte sich damit in Widerspruch zur Teilungserklärung und zur geltenden Beschlusslage. Denn die Beschlüsse zu TOP 7 vom 13.06.2018 und TOP 5 vom 10.04.2018 blieben unangefochten. Die Nutzung war rechtswidrig. Aus diesem Grund scheidet ein für die Verwirkung erforderlicher Vertrauenstatbestand aus.	45
d)	46
Ferner kommt aus diesen Erwägungen auch eine Treuwidrigkeit gem. § 242 BGB nicht in Betracht. Im Übrigen sind die Eigentümer verständlicherweise aktiv geworden, nachdem sich am 00.00.2018 der Brand in der Sisha Bar ereignet hatte. Dieser berechtigte Anlass steht indes der Annahme einer Treuwidrigkeit entgegen.	47
e)	48
Der Beklagten steht auch gemäß § 10 Abs. 2 S. 3 WEG kein Anspruch auf Änderung der Teilungserklärung dergestalt zu, dass ihre Sondereigentumseinheit zum Betrieb einer Sisha-Bar genutzt werden kann. Denn ein Festhalten an der geltenden Regelung erscheint aus schwerwiegenden Gründen nicht unbillig. Vielmehr war es der Beklagten in der Vergangenheit möglich, ihre Einheit für den Betrieb eines Restaurants oder Cafes zu vermieten, womit sie sich im Rahmen der festgelegten Zweckbestimmung der Teilungserklärung hielt.	49
Davon abgesehen könnte ein Anspruch auf Änderung der Teilungserklärung – unabhängig davon, dass die Beklagte einen solchen gar nicht geltend gemacht hat – dem Unterlassungsanspruch auch nicht im Wege der Einrede entgegengehalten werden (vgl. hierzu BGH Urteil vom 23.03.2018, Az. V ZR 307/16).	50
II.	51
Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713, 544 Abs. 2 ZPO.	52
	53

Die Revision war gem. § 543 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen, da die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsordnung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern. Die Kammer hält sich mit der vorliegenden Entscheidung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Darüber hinaus war mit der Frage der Auslegung der Zweckbestimmung „Gaststätte“ in der Teilungserklärung aus dem Jahre 1990 eine reine Einzelfallentscheidung geboten.