# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

**V ZR 169/14**

Verkündet am:
10. Juli 2015
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

WEG § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 2

Wird ein Mehrheitsbeschluss gefasst, wonach bestimmte gemeinschaftsbezogene Individualansprüche der Wohnungseigentümer (für die eine geborene Ausübungsbefugnis des Verbands nicht besteht) im Wege der Klage durchgesetzt werden sollen, wird im Zweifel eine gekorene Ausübungsbefugnis des Verbands begründet.

ZPO § 263, § 533; WEG § 10 Abs. 6 Satz 3

Klagen die Wohnungseigentümer, obwohl für deren geltend gemachten Rechte gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG eine alleinige Ausübungsbefugnis des Verbands besteht, kann die Klage dadurch zulässig werden, dass der Verband im Wege des gewillkürten Parteiwechsels in den Prozess eintritt; der

Parteiwechsel ist als sachdienlich anzusehen und kann noch in der Revisionsinstanz erfolgen.

WEG § 15 Abs. 3; BGB § 242 Cc, § 1004

Die Verwirkung eines Unterlassungsanspruchs wegen der zweckwidrigen Nutzung einer Teileigentumseinheit schützt deren Eigentümer davor, dass er das bislang geduldete Verhalten ändern oder aufgeben muss, vermittelt ihm jedoch nicht allgemein die Rechtsposition, die er innehätte, wenn die Nutzung von der Teilungserklärung gedeckt wäre.

WEG § 15 Abs. 1

Eine Teileigentumseinheit, die nach der Teilungserklärung als Ladenraum dient, darf jedenfalls dann nicht als Gaststätte mit nächtlichen Öffnungszeiten genutzt werden, wenn das maßgebliche Landesrecht die nächtliche Öffnung von Verkaufsstellen untersagt.

WEG § 10 Abs. 2 Satz 2

Für die schuldrechtliche Änderung einer in der Teilungserklärung enthaltenen Zweckbestimmung ist erforderlich, dass jeder Sondereigentümer Kenntnis sowohl von dem Inhalt der Teilungserklärung als auch von der Rechtswidrigkeit der derzeitigen Nutzung hat und allseitig der rechtsgeschäftliche Wille besteht, für die Zukunft eine verbindliche Änderung vorzunehmen; eine schlichte Duldung reicht keinesfalls aus.

BGH, Urteil vom 10. Juli 2015 - V ZR 169/14 - LG Saarbrücken
AG Saarbrücken

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law



Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 2015 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterin Prof. Dr. Schmidt-Räntsch, den Richter Dr. Roth, die Richterin Dr. Brückner und den Richter Dr. Göbel

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin zu 2 werden das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Saarbrücken vom 18. Juni 2014 aufgehoben und das Urteil des Amtsgerichts Saarbrücken vom 15. November 2012 geändert.

Die Beklagte wird verurteilt, die im Hause B. P. 17 bis 19, S. , gelegene Gaststätte C. nicht nach ein Uhr nachts zu betreiben und offen zu halten.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der Mehrkosten, die durch den Klägerwechsel entstanden sind; letztere tragen die früheren Kläger zu 1.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die (früheren) Kläger zu 1 und die Beklagte bilden eine Wohnungseigentümergemeinschaft, die Klägerin zu 2. Die Beklagte erwarb 1995 eine Teileigentumseinheit, die in der Teilungserklärung als „Ladenraum“ bezeichnet wird. Darin betreibt ihr Neffe eine Gaststätte, die nach Freigabe der Öffnungszeiten jedenfalls seit dem Jahr 2007 bis in die frühen Morgenstunden geöffnet ist. In der Eigentümerversammlung vom 10. Mai 2011 wurde ein

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Beschluss gefasst, wonach „die derzeit vorhandenen Gaststätten und Restaurantbetriebe bis ein Uhr nachts geöffnet sein dürfen“. Zugleich wurde die Hausverwaltung „beauftragt und bevollmächtigt, die Durchführung dieses Beschlusses mit anwaltlicher Hilfe gerichtlich durchzusetzen“. Der Beschluss ist bestandskräftig geworden. Die Klage, mit der die übrigen Wohnungseigentümer die Beklagte dazu verurteilen lassen wollten, die Gaststätte nicht nach ein Uhr nachts zu betreiben und offen zu halten, ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Revision haben die übrigen Wohnungseigentümer ihr Klageziel zunächst weiterverfolgt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat ihre Prozessbevollmächtigte erklärt, dass anstelle der bisherigen Kläger die Wohnungseigentümergemeinschaft in den Prozess eintritt. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels als unbegründet.

Entscheidungsgründe:

I.

2 Das Berufungsgericht sieht die Bezeichnung als „Ladenraum“ als Zweckbestimmung an, lässt jedoch dahinstehen, ob der Betrieb einer Gaststätte hiermit unvereinbar ist. Ein etwaiger Unterlassungsanspruch sei jedenfalls verwirkt. Die Beklagte habe zumindest seit 1989 - zunächst als Pächterin und dann als Eigentümerin - die Gaststätte betrieben und hierfür entsprechende Investitionen getätigt. Die Verwirkung müssten sich auch etwaige Sonderrechtsnachfolger entgegenhalten lassen. Daher sei die Beklagte so zu behandeln, als ob die Teileigentumseinheit nach der Teilungserklärung dem Betrieb einer Gaststätte diene. Insoweit sei von einer dynamischen

Verweisung auf die jeweils geltenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen auszugehen, weil nur auf diese Weise ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb in Konkurrenz zu Wettbewerbern geführt werden könne. Der gefasste Mehrheitsbeschluss ändere hieran nichts, weil den Wohnungseigentümern die erforderliche Beschlusskompetenz fehle. Ein Anspruch ergebe sich auch nicht aufgrund konkreter Beeinträchtigungen, weil die Kläger solche nicht vorgetragen hätten.

II.

3 Die Revision hat Erfolg.

4 1. a) Allerdings hat das Berufungsgericht die Klage ohne nähere Begründung zu Unrecht als zulässig angesehen. Die objektive Auslegung der Klageschrift aus Empfängersicht (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 14. Dezember 2012 - V ZR 102/12, NZM 2013, 237 Rn. 5) ergibt, dass die Klage im Namen der Wohnungseigentümer (mit Ausnahme der Beklagten) erhoben worden ist. Diese waren nicht prozessführungsbefugt, weil der am 10. Mai 2011 gefasste Beschluss über die Klageerhebung die alleinige Prozessführungsbefugnis des Verbands begründet hat.

5 aa) Für Unterlassungsansprüche aus dem Miteigentum an dem Grundstück besteht nach der ständigen Rechtsprechung des Senats zwar keine geborene Ausübungsbefugnis des Verbands gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 1 WEG (vgl. nur Urteil vom 5. Dezember 2014 - V ZR 5/14, BGHZ 203, 327, Rn. 6 mwN). Indem die Verwaltung durch Mehrheitsbeschluss zur gerichtlichen Durchsetzung der zuvor beschlossenen Öffnungszeiten für Gaststätten und Restaurantbetriebe in der Wohnanlage beauftragt und

bevollmächtigt wurde, ist aber eine gekorene Ausübungsbefugnis des Verbands gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 2 WEG für die individuellen Unterlassungsansprüche der Sondereigentümer begründet worden. Allerdings ist in dem Beschluss nicht ausdrücklich ausgesprochen worden, dass der Verband die Rechtsausübung übernimmt. Davon ist jedoch im Zweifel auszugehen, wenn - wie hier - ein Mehrheitsbeschluss gefasst wird, wonach bestimmte (vgl. AG Dortmund, NZM 2015, 224 f.) gemeinschaftsbezogene Individualansprüche der Wohnungseigentümer, für die eine geborene Ausübungsbefugnis des Verbands nicht besteht, im Wege der Klage durchgesetzt werden sollen (so bereits Senat, Urteil vom 12. April 2013 - V ZR 103/12, NJW 2013, 1962 Rn. 6; Urteil vom 16. Mai 2014 - V ZR 131/13, NJW 2014, 2640 Rn. 6; Urteil vom 4. Juli 2014 - V ZR 183/13, NJW 2014, 2861 Rn. 23 ff.; vgl. auch Timme/Dötsch, WEG, 2. Aufl., § 10 Rn. 547). Ein anderer Sinngehalt kann einem solchen Beschluss bei nächstliegender Auslegung nicht beigemessen werden, weil die erforderliche Beschlusskompetenz nur für die Vergemeinschaftung der Individualansprüche besteht und die Wohnungseigentümer im Zweifel einen wirksamen Beschluss fassen wollen. Zwar könnte der Verwalter auch beauftragt und bevollmächtigt werden, die Individualansprüche der übrigen Wohnungseigentümer gerichtlich durchzusetzen. Anders als die gebündelte Rechtsdurchsetzung durch den Verband kann dies aber nicht mehrheitlich - und damit ggf. gegen den Willen einzelner Rechtsinhaber - beschlossen werden. Vielmehr wären hierfür individuelle Aufträge und Vollmachten der klagenden Wohnungseigentümer erforderlich.

6 bb) Die Begründung der gekorenen Ausübungsbefugnis des Verbands gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 2 WEG hat nach der Rechtsprechung des Senats zur Folge, dass die einzelnen Wohnungseigentümer nicht mehr

prozessführungsbefugt sind (Urteil vom 5. Dezember 2014 - V ZR 5/14, BGHZ 203, 327 Rn. 13 ff.).

7 b) Die Klage ist jedoch zulässig geworden, nachdem die Prozessbevollmächtigte der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat den erforderlichen (vgl. nur Senat, Urteil vom 6. November 2009 - V ZR 73/09, NJW 2010, 446 Rn. 11) Parteiwechsel auf der Klägerseite erklärt hat. Da die Vorinstanzen die Klage fälschlich als zulässig angesehen und in der Sache entschieden haben, kann der Parteiwechsel in der Revisionsinstanz vorgenommen werden.

8 aa) Der gewillkürte Parteiwechsel auf Klägerseite ist als Klageänderung im Sinne von §§ 263, 533 ZPO zu behandeln (vgl. nur Senat, Urteil vom 5. März 2010 - V ZR 62/09, NJW 2010, 2132 Rn. 10 a.E.; Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 533 Rn. 4 jeweils mwN). Er ist in der Revisionsinstanz in der Regel nicht möglich (Senat, Beschluss vom 7. April 2011 - V ZB 11/10, ZfIR 2011, 537 Rn. 8; BGH, Beschluss vom 31. Oktober 2012 - III ZR 204/12, BGHZ 195, 233 Rn. 12; vgl. MüKoZPO/Krüger, 4. Aufl., § 559 Rn. 21). Etwas anderes gilt aber, wenn - wie hier - die Wohnungseigentümer Klage erheben, obwohl für deren geltend gemachten Rechte gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG eine alleinige Ausübungsbefugnis des Verbands besteht.

9 (1) Insoweit besteht nämlich sowohl bei der geborenen als auch bei der gekorenen Ausübungsbefugnis die Besonderheit, dass die Wohnungseigentümer Inhaber des materiellen Rechts sind und der Verband lediglich ausübungsbefugt ist bzw. durch einen entsprechenden Beschluss ausübungsbefugt wird. Von einer Vollrechtsübertragung hat der Gesetzgeber bewusst abgesehen, um die Individualrechte der Wohnungseigentümer nicht auszuhöhlen. Den Wohnungseigentümern sollte „die maßgebliche Stellung und

der Gemeinschaft nur eine gleichsam dienende Funktion zukommen“ (BT-Drucks. 16/887, S. 61; vgl. auch Timme/Dötsch, WEG, 2. Aufl., § 10 Rn. 494).

10 (2) Durch den Parteiwechsel wird demzufolge weder der Klagegrund geändert noch erfordert er neuen Tatsachenvortrag; er trägt lediglich dem Umstand Rechnung, dass die klagenden Rechtsinhaber ihre Rechte nur durch den teilrechtsfähigen Verband geltend machen können. Infolgedessen ist der Parteiwechsel sachdienlich, weil er dem Gebot der Prozessökonomie entspricht (vgl. zum Ganzen auch BGH, Beschluss vom 7. Mai 2003 - XII ZB 191/02, BGHZ 155, 21, 24 ff.). Dass die Beklagte dem Parteiwechsel widersprochen hat, ist unerheblich (§ 533 Nr. 1 ZPO).

11 bb) Auch im Übrigen ist das Rechtsmittel des Verbands zulässig. Insbesondere ist es auf die Beseitigung der in dem vorinstanzlichen Urteil enthaltenen Beschwer gerichtet (zu diesem Erfordernis BGH, Beschluss vom 7. Mai 2003 - XII ZB 191/02, BGHZ 155, 21, 26 f.). Diese liegt unverändert in der Aberkennung der (nunmehr gebündelt durch den Verband verfolgten) Individualansprüche der früheren Kläger zu 1; würde das gegen diese gerichtete klageabweisende Urteil rechtskräftig, könnten die Ansprüche (auch) durch den Verband nicht mehr geltend gemacht werden.

12 2. In der Sache hält es rechtlicher Nachprüfung nicht stand, dass das Berufungsgericht die Verwirkung von Unterlassungsansprüchen der übrigen Wohnungseigentümer annimmt.

13 a) 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. An dem sogenannten Zeitmoment fehlt es in der Regel, wenn eine wiederholte Störung einen neuen Anspruch auslöst (st. Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 21. Oktober 2005 - V ZR 169/04, NZM 2006, 192 Rn. 10 f.; Urteil vom 8. Mai 2015 - V ZR 178/14, ZWE 2015, 262 Rn. 12).

14 b) Daran gemessen liegen die Voraussetzungen der Verwirkung nicht vor.

15 aa) Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht an, aufgrund der vor dem Jahr 2007 eingetretenen Verwirkung sei die Beklagte seither so zu stellen, als wäre ihre Teileigentumseinheit in der Teilungserklärung als „Gaststätte“ ausgewiesen. Die Verwirkung eines Unterlassungsanspruchs wegen der zweckwidrigen Nutzung einer Teileigentumseinheit schützt deren Eigentümer davor, dass er das bislang geduldete Verhalten ändern oder aufgeben muss, vermittelt ihm jedoch nicht allgemein die Rechtsposition, die er innehätte, wenn die Nutzung von der Teilungserklärung gedeckt wäre (vgl. auch Senat, Urteil vom 8. Mai 2015 - V ZR 178/14, ZWE 2015, 262 Rn. 13 a.E.). Insbesondere begründet sie nicht das Recht, neue nachteilige Veränderungen vorzunehmen, die qualitativ eigenständige Störungen darstellen (so für bauliche Veränderungen: OLG Düsseldorf, NZM 2009, 442; LG Lüneburg, ZMR 2008, 486, 487 f.; Klein in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 13 Rn. 106, 158).

16 bb) Um solche neuen, eigenständigen Störungen geht es hier. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Gaststätte vor dem Jahr 2007 nicht in den Nachtstunden betrieben worden. Die Ausweitung der Öffnungszeiten über ein Uhr nachts hinaus begründet Unterlassungsansprüche der übrigen Wohnungseigentümer, die frühestens im Jahr 2007 entstanden sind. Diese sind alleiniger Gegenstand der Klage, da der Betrieb der Gaststätte ansonsten hingenommen wird. Die Verwirkung ist schon deshalb nicht

eingetreten, weil es an dem Zeitmoment in Gestalt einer vorangehenden langjährigen Duldung fehlt. Ob und unter welchen Voraussetzungen die eingetretene Verwirkung - wie das Berufungsgericht meint - auch etwaige Sonderrechtsnachfolger bindet (vgl. auch Senat, Urteil vom 8. Mai 2015 - V ZR 178/14, ZWE 2015, 262 Rn. 14), kann daher ebenso dahinstehen wie die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Wohnungseigentümer trotz eingetretener Verjährung oder Verwirkung ihrer Unterlassungsansprüche den rechtswidrigen Gebrauch durch einen Mehrheitsbeschluss für die Zukunft untersagen können (vgl. hierzu OLG Hamm, NZM 2009, 624, 625; Klein in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 13 Rn. 158).

17 3. Die Entscheidung erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO); der Senat kann in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO).

18 a) Die Regelung in der Teilungserklärung, wonach die Teileigentumseinheit als „Ladenraum“ dient, sieht das Berufungsgericht zutreffend als Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter an, lässt jedoch offen, ob die Nutzung als Gaststätte hiervon gedeckt ist. Dies ist zu verneinen mit der Folge, dass schon aus diesem Grund Unterlassungsansprüche der übrigen Wohnungseigentümer sowohl aus § 1004 Abs. 1 BGB als auch aus § 15 Abs. 3 WEG bestehen (vgl. Senat, Urteil vom 16. Mai 2014 - V ZR 131/13, NJW 2014, 2640 Rn. 7 mwN). Auf den Mehrheitsbeschluss vom 10. Mai 2011 kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

19 aa) Die Auslegung der Teilungserklärung kann der Senat als Revisionsgericht selbst vornehmen. Aufgrund der Eintragung in das Grundbuch ist - wie bei der Auslegung von Grundbucheintragungen allgemein - auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus unbefangener Sicht als

nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt. Umstände außerhalb der Eintragung können nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (st. Rspr., vgl. nur Senat, Beschluss vom 30. März 2006 - V ZB 17/06, NJW 2006, 2187 Rn. 17 f. mwN).

20 bb) Daran gemessen werden unter einem Ladenraum Geschäftsräume verstanden, in denen ständig Waren zum Verkauf dargeboten werden, bei denen aber der Charakter einer (bloßen) Verkaufsstätte im Vordergrund steht. Den Betrieb einer Gaststätte umfasst dies regelmäßig nicht (vgl. nur BayObLGZ 1980, 154, 159 ff.; OLG München, NJW-RR 2008, 1394; OLGR 1994, 38 f.; OLG Köln, WuM 2005, 71, 73; OLG Düsseldorf, ZMR 1996, 281 f.; Timme/Dötsch, WEG, 2. Aufl., § 15 Rn. 219 mwN).

21 cc) Allerdings kann sich eine nach dem vereinbarten Zweck ausgeschlossene Nutzung als zulässig erweisen, wenn sie bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die vorgesehene Nutzung. Entscheidend ist dabei, dass eine solche anderweitige Nutzung die übrigen Wohnungseigentümer nicht über das Maß hinaus beeinträchtigt, das bei einer Nutzung zu dem vereinbarten Zweck typischerweise zu erwarten ist (vgl. Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 - V ZR 72/09, NJW 2010, 3093 Rn. 16 mwN). Hiervon kann für den Nutzungszeitraum ab ein Uhr nachts schon deshalb keine Rede sein, weil die Wohnanlage der Parteien im Saarland belegen ist und Läden dort - anders als Gaststätten - zur Nachtzeit geschlossen sein müssen. Das saarländische Gesetz zur Regelung der Ladenöffnungszeiten vom 15. November 2006 (saarl. LÖG, ABl. 2006, S. 1974) beschränkt die Öffnung von Verkaufsstellen an Werktagen nämlich auf die Zeit von 6 bis 20 Uhr (§ 3 Nr. 1 saarl. LÖG) und erlaubt sie an Sonn- und Feiertagen nur unter erheblichen Einschränkungen (§§ 7, 8 saarl. LÖG).

22 dd) Ob eine landesrechtliche Freigabe der Ladenöffnungszeiten dazu führt, dass die Bezeichnung als „Ladenraum“ im Sinne einer dynamischen Verweisung die Öffnung zur Nachtzeit erlaubt (so etwa das Berufungsgericht; verneinend dagegen AG Nürnberg, ZWE 2015, 35 ff.) und darüber hinaus bewirkt, dass bestimmte Arten von Gaststätten mit der Zweckbestimmung als Laden vereinbar sind (so für ein Weinlokal AG Bremen, ZMR 2013, 749, 750 f.; weitere Nachweise zum Ganzen bei Timme/Dötsch, WEG, 2. Aufl., § 15 Rn. 219), bedarf keiner Entscheidung.

23 b) Schließlich ist die Teilungserklärung nicht - was das Berufungsgericht ebenfalls offen gelassen hat - konkludent dahingehend geändert worden, dass die Teileigentumseinheit nunmehr als Gaststätte dient. Grundsätzlich kann eine solche in der Teilungserklärung enthaltene Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter (vgl. Senat, Urteil vom 11. Mai 2012 - V ZR 189/11, NJW-RR 2012, 1036 Rn. 9; Beschluss vom 4. Dezember 2014 - V ZB 7/13, ZWE 2015, 208 Rn. 10, 20 f.; Klein in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 15 Rn. 8) schuldrechtlich geändert werden; gegenüber Sonderrechtsnachfolgern wirkt dies allerdings nur, wenn die Änderung - woran es hier fehlt - durch die Eintragung in das Grundbuch „verdinglicht“ wird (§ 10 Abs. 3 WEG). Ob und ggf. wann Sonderrechtsnachfolger in die Wohnungseigentümergemeinschaft eingetreten sind, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; dies ist nicht entscheidungserheblich, weil jedenfalls der auf eine schuldrechtliche Änderung der Teilungsvereinbarung bezogene Wille der Sondereigentümer nicht feststellbar ist.

24 aa) Der Umstand, dass eine zweckwidrige Nutzung geduldet wird, kann für sich genommen den Einwand der Verwirkung begründen, weil diese eine Rechtsfolge tatsächlichen Verhaltens und tatsächlicher Umstände ist (vgl. Senat, Beschluss vom 25. März 2010 - V ZR 159/09, ZWE 2010, 266 f.). Für

eine Änderung der Teilungserklärung reicht eine schlichte Duldung dagegen keinesfalls aus (vgl. Klein in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 10 Rn. 67 mwN). Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass jeder Sondereigentümer Kenntnis sowohl von dem Inhalt der Teilungserklärung als auch von der Rechtswidrigkeit der derzeitigen Nutzung hat. Darüber hinaus muss allseitig der rechtsgeschäftliche Wille bestehen, für die Zukunft eine verbindliche Änderung vorzunehmen. Für jede dieser Voraussetzungen bedarf es konkreter Anhaltspunkte. In der Regel müssen die Wohnungseigentümer vor der stillschweigenden Willenskundgabe über den Gegenstand der Vereinbarung beraten und die Rechtsfolgen für die Zukunft erörtert haben (vgl. KG, NJW-RR 1989, 976; OLG Hamburg, ZMR 2003, 870, 871; 2006, 298, 299; OLG Zweibrücken, ZMR 1999, 853, 854; Klein in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 10 Rn. 67). Im Zweifel ist von einer bloßen Duldung auszugehen.

25 bb) So liegt es hier. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Wohnungseigentümer den Betrieb einer Gaststätte zwar über lange Zeit hingenommen. Es ist aber nicht ersichtlich, dass sämtliche Eigentümer von der Zweckbestimmung in der Teilungserklärung Kenntnis hatten, sich der Rechtswidrigkeit der Nutzung bewusst waren und mit Bindungswirkung für die Zukunft eine Änderung vornehmen wollten. Die Beklagte beruft sich ausschließlich auf die langjährige Duldung.

III.

26 Die früheren Kläger zu 1 haben analog § 269 Abs. 3 ZPO die Mehrkosten zu tragen, die ohne den Klägerwechsel nicht entstanden wären (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 2014 - X ZR 35/11, GRUR 2015, 159 Rn. 120 ff. mwN). Dies gilt insbesondere für die Erhöhungsgebühr nach Nr. 1008 VV RVG (vgl. Senat, Beschluss vom 19. Oktober 2006 - V ZB 91/06, NJW

2007, 769 ff.). Im Übrigen fallen die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO der unterliegenden Beklagten zur Last.

Stresemann Schmidt-Räntsch Roth

Brückner Göbel

Vorinstanzen:
AG Saarbrücken, Entscheidung vom 15.11.2012 - 36 C 124/12 (12) -
LG Saarbrücken, Entscheidung vom 18.06.2014 - 5 S 297/12 -