

# BESCHLUSS des Bundesverfassungsgerichtes

V ZB 58/99 vom 20. September 2000 in der Wohnungseigentumssache

WEG §§ 10 Abs. 1, 15 Abs. 1, 23 Abs. 1 und Abs. 4

a) Ein Sondernutzungsrecht kann nur durch Vereinbarung, nicht auch durch bestandskräftig gewordenen Mehrheitsbeschluß begründet werden. Der Wohnungseigentümersammlung fehlt hierzu die absolute Beschlußkompetenz (teilweise Aufgabe von BGHZ 54, 65 sowie Abgrenzung zu BGHZ 127, 99 und 129, 329).

b) Durch Beschlußfassung können nur solche Angelegenheiten geordnet werden, über die nach dem Wohnungseigentumsgesetz oder nach einer Vereinbarung die Wohnungseigentümer durch Beschluß entscheiden dürfen, anderenfalls bedarf es einer Vereinbarung.

c) § 23 Abs. 4 WEG, wonach ein Beschluß nur ungültig ist, wenn er für ungültig erklärt wurde, setzt voraus, daß die Wohnungseigentümer überhaupt durch Beschluß entscheiden durften.

d) Ein trotz absoluter Beschlußunzuständigkeit gefaßter Beschluß ist nichtig.

e) Der Beschluß in einer Angelegenheit, welche die Regelung des Gebrauchs (§ 15 WEG), der Verwaltung (§ 21 WEG) und der Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 22 WEG) betrifft, aber nicht mehr eine "ordnungsmäßige" Maßnahme zum Inhalt hat, ist nur anfechtbar.

BGH, Beschl. v. 20. September 2000 - V ZB 58/99 - Kammergericht

LG Berlin

AG Schöneberg

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 20. September 2000 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Wenzel und die Richter Dr. Lambert-Lang, Prof. Dr. Krüger, Dr. Klein und Dr. Lemke beschlossen:

Die sofortige weitere Beschwerde gegen den Beschluß der Zivilkammer 87 des Landgerichts Berlin vom 18. Juni 1999 wird auf Kosten der Antragsgegnerin zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten. Der Geschäftswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 5.000 DM festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Beteiligten sind Wohnungseigentümer einer Wohnanlage, und zwar der Antragsteller zu 2 seit Dezember 1990, der Antragsteller zu 3 seit Oktober 1998 und die Antragsgegnerin seit August 1993. Die Antragsgegnerin hat die in ihrem Sondereigentum stehenden Räume an einen Gaststättenbetreiber verpachtet, der den zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Vorgarten als Freischankfläche nutzt.

Am 18. April 1989 beschloß die Wohnungseigentümersversammlung mit den Stimmen der Anwesenden mehrheitlich, der Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin die Nutzung des Vorgartens im Rahmen des Lokalbetriebs zu genehmigen unter der "Voraussetzung" einer Einigung mit dem Verwaltungsbeirat und zwei weiteren, nicht anwesenden Wohnungseigentümern. Diese beiden Wohnungseigentümer und der Verwaltungsbeirat erklärten in der Folgezeit ihre Zustimmung unter bestimmten Auflagen, z.B. Errichtung einer schallschluckenden Markise. Ab 1992 beschwerte sich u.a. die Antragstellerin zu 1 über Lärmbelästigungen durch den Gaststättenbetrieb. In der Wohnungseigentümersversammlung vom 28. April 1998 wurde die Regelung erneut zur Abstimmung gestellt. Für den Antrag auf Aufhebung der Genehmigung zur Nutzung des Vorgartens ergab sich keine Stimmenmehrheit, wohl aber für einen Auftrag an den Verwaltungsbeirat, mit der Antragsgegnerin Vereinbarungen vorzubereiten, um die aufgetretenen Mängel abzustellen.

Das Amtsgericht hat die Antragsgegnerin antragsgemäß verpflichtet, es zu unterlassen, den vor ihrem Sondereigentum gelegenen Vorgarten zum Betrieb einer Gaststätte zu nutzen. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat das Landgericht zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete sofortige weitere Beschwerde möchte das Kammergericht zurückweisen. Es sieht sich hieran jedoch durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. Oktober 1998 (NZM 1999, 378) gehindert und hat deshalb die Sache mit Beschluß vom 15. Dezember 1999 (NZM 2000, 137 = FGPrax 2000, 16) dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

## II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 43 Abs. 1, 3 WEG, § 45 Abs. 1 WEG i.V.m. § 28 Abs. 2 FGg). Das vorliegende Gericht ist der Ansicht, durch einen nicht angefochtenen und somit bestandskräftig gewordenen Mehrheitsbeschluß könne ein Sondernutzungsrecht an Gemeinschaftsflächen nicht begründet werden. Demgegenüber hat das Oberlandesgericht Düsseldorf (NZM 1999, 378) in einer auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung unter Bezugnahme auf die in BGHZ 54, 65 veröffentlichte Entscheidung des VII. Zivilsenats vom 21. Mai 1970 die Auffassung vertreten, ein die Nutzung von Gemeinschaftseigentum zugunsten eines Wohnungseigentümers in Abweichung der Teilungserklärung regelnder bestandskräftiger Eigentümerbeschluß sei als "Ersatzvereinbarung" für alle Beteiligten verbindlich, auch wenn er der Allstimmigkeit bedürft hätte. Der Beschluß sei weder wegen Überschreitung der Regelungskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft noch wegen eines Eingriffs in den dinglichen Kernbereich des Wohnungseigentums nichtig. Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage.

## III.

Die sofortige weitere Beschwerde ist nach § 45 Abs. 1 WEG, § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG, §§ 27, 29, 22 Abs. 1 FGg zulässig. Sie ist aber nicht begründet. Der Senat tritt der Auffassung des vorlegenden Kammergerichts in Berlin bei.

Die Antragsteller können gemäß § 15 Abs. 3 WEG in Verbindung mit § 1004 Abs. 1 BGB von der Antragsgegnerin Unterlassung der alleinigen Nutzung des zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Vorgartens durch den Gaststättenbetrieb verlangen. Dieser Gebrauch ist unzulässig, weil der durch den Eigentümerbeschluß erfolgte Ausschluß des Mitgebrauchs (1) unwirksam ist. An der in BGHZ 54, 65

veröffentlichten Entscheidung wird insoweit nicht mehr festgehalten und der Anwendungsbereich der darauf beruhenden Rechtsprechung des Senats zur Gültigkeit von bestandskräftigen Mehrheitsbeschlüssen mit Vereinbarungsinhalt eingegrenzt (2). Der Eigentümerversammlung fehlte die Beschlusskompetenz (3). Dies macht den Beschluß nichtig (4), und zwar mit Wirkung ex tunc (5).

1. In Übereinstimmung mit dem vorlegenden Gericht legt der Senat den Eigentümerbeschuß vom 18. April 1989 in eigener Kompetenz (Senat, BGHZ 139, 288, 292) als Einräumung eines Sondernutzungsrechts an den Vorgartenbereichen zugunsten des Eigentümers der Teileigentumseinheit Nr. 3 aus. Die in dem Beschluß genannte "Voraussetzung" einer Einigung zwischen der Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin, dem Verwaltungsbeirat sowie zwei Wohnungseigentümern und einer Bekanntgabe des Verhandlungsergebnisses durch Rundschreiben ist eingetreten. Daß die in der Zustimmung genannten Auflagen teilweise nicht erfüllt worden sind, hat auf die Begründung des Sondernutzungsrechts keinen Einfluß, sondern hätte allenfalls zu einem Widerruf der Zustimmung berechtigt, der jedoch nicht erklärt worden ist. Unter diesen Umständen bedarf es keiner Entscheidung mehr, ob, wie das vorlegende Gericht durchaus zutreffend in Erwägung zieht, in der in der Eigentümerversammlung vom 28. April 1998 erfolgten mehrheitlichen Ablehnung einer Aufhebung des Eigentümerbeschlusses vom 18. April 1989 nicht dessen positive Bestätigung zu sehen ist, weil die Eigentümerversammlung zugleich einen Beschluß gefaßt hat, der die Aufrechterhaltung des Beschlusses vom 18. April 1989 gerade zur Voraussetzung hat (zur Beschlußqualität eines Negativbeschlusses vgl. Wenzel, Festschrift für Merle [2000] 353, 355, 361).

2. Zu Recht nimmt das vorlegende Gericht weiterhin an, daß ein Sondernutzungsrecht durch einen bestandskräftigen Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümerversammlung nicht begründet werden kann.

a) Allerdings hat der früher für Entscheidungen über Vorlagen in Wohnungseigentumssachen zuständige VII. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 21. Mai 1970 (BGHZ 54, 65) ausgeführt, daß ein Eigentümerbeschuß über die Einräumung eines Sondernutzungsrechts an einem Kellerraum unter gleichzeitiger baulicher Veränderung nur ungültig ist, wenn er auf entsprechenden Anfechtungsantrag hin für ungültig erklärt wird. Die nicht auf die zugrunde liegende Fallgestaltung beschränkte Begründung sowie der Leitsatz der Entscheidung sind in der Folgezeit von der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur als ein allgemeiner Rechtssatz verstanden und auf die Abänderung des Gesetzes oder der Teilungserklärung bzw. Gemeinschaftsordnung durch Mehrheitsbeschluß übernommen worden (vgl. BayObLG NJW-RR 1992, 81, 83; 1993, 85, 86; NJW 1995, 202, 203; Demharter, MittBayNot 1996, 417; Sauren, NJW 1995, 178 m.w.N.). Dies hat der erkennende Senat bisher nicht getan. Er hat zwar auch an dem Rechtssatz festgehalten, dies aber jeweils bei anderen Fallgestaltungen ausgesprochen. So ging es in dem Beschluß vom 16. September 1994 (BGHZ 127, 99) um die Gültigkeit eines bestandskräftigen Mehrheitsbeschlusses, durch den einer Zahnärztin die praxisbedingten Bewirtschaftungsmehrkosten in Anwendung der in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen Klausel, wonach sie diese Kosten allein zu tragen hatte, nicht konkret, sondern pauschal auferlegt wurden. Da der Senat diese Handhabung als nicht mehr von der Klausel gedeckt ansah, andererseits die

praxisbedingten Bewirtschaftungsmehrkosten sich bei der Erfassung einer Pauschalierung nicht generell entziehen, handelte es sich um einen Fall, in dem die Eigentümer die Teilungserklärung (Vereinbarung) nicht abgeändert, sondern nur fehlerhaft angewendet haben (vereinbarungswidriger Beschluß). Gegenstand der Entscheidung vom 4. Mai 1995 (BGHZ 129, 329) war ein Beschluß über ein absolutes Verbot der Hundehaltung, also eine Gebrauchsregelung, die sich nicht mehr in dem Rahmen der "Ordnungsmäßigkeit" im Sinne des § 15 Abs. 2 WEG hielt und deswegen einer Vereinbarung bedurft hätte, diese mithin substituierte (vereinbarungsersetzender Beschluß). Lediglich die Entscheidung vom 11. Juli 1991 (BGHZ 115, 151) über die Zulässigkeit der Erhebung von pauschalen Verzugszinsen in Höhe von 10% betraf einen Mehrheitsbeschluß, durch den gesetzliche Bestimmungen abbedungen wurden (gesetzes-, bzw. vereinbarungsändernder Beschluß; zur Terminologie vgl. Wenzel, Festschrift für Hagen [1999], 231, 235; ders. ZWE 2000, 2 f.). Die Frage, ob ein solcher Beschluß nichtig ist, hat der Senat jedoch ausdrücklich offengelassen. Sie ist nunmehr bejahend zu beantworten. Der Senat hält insoweit an der in BGHZ 54, 65 veröffentlichten Ausgangsentscheidung des VII. Zivilsenats nicht mehr fest, die der Sache nach auch die Einräumung eines Sondernutzungsrechts betraf.

Daraus folgt zugleich, daß der in der Entscheidung aufgestellte und vom Senat übernommene Rechtssatz, daß ein unangefochtener Mehrheitsbeschluß auch dann gültig ist, wenn die Angelegenheit einem Mehrheitsbeschluß nicht zugänglich war, sondern eine Vereinbarung bzw. Einstimmigkeit erfordert hätte, nur für vereinbarungsersetzende und vereinbarungswidrige Beschlüsse, nicht dagegen für vereinbarungsändernde oder Beschlüsse gilt, die gesetzliche Bestimmungen abbedingen.

b) Diese teilweise Aufgabe und Abgrenzung der bisherigen Rechtsprechung ist geboten, weil die Praxis von der durch die Rechtsprechung eröffneten Möglichkeit, bestehende Vereinbarungen durch Mehrheitsbeschluß abzuändern, vielfach ausufernden Gebrauch gemacht hat (Demharter, WuM 2000, 291, 292) mit zum Teil fatalen Folgen (vgl. Bassenge, NZM 2000, 649). Dies geschieht entweder in der Erwartung, daß eine Anfechtung des – in jedem Fall rechtswidrigen - Beschlusses aus Kostengründen unterbleibt, oder in der Annahme, daß alles, was vereinbart werden könne, auch beschlossen werden dürfe (vgl. Müller, NZM 2000, 648; anders ders. Festschrift für Bärmann und Weitnauer, 1990, S. 505, 510), bzw. daß die gesetzlichen Kompetenzzuweisungen nicht zwingend seien und "weitergehende Beschlußfassungen" erlaubten (Deckert, NZM 2000, 361, 362; Rapp, DNotZ 2000, 185, 192). Diese Praxis stellt jedoch den gesetzlichen Regelungszusammenhang von Vertrags- und Mehrheitsprinzip (siehe unter 3.) geradezu auf den Kopf (vgl. Bärmann/Pick/Merle, WEG, 8. Aufl. § 23 Rdn. 160 a) und widerspricht dem Bestimmtheitsgrundsatz (vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. § 16 III, 3 b dd [S. 481]), wonach unter der Geltung des Vertragsprinzips eine im Gesetz nicht vorgesehene Mehrheitskompetenz einer eindeutigen Ermächtigung bedarf. Außerdem wird § 10 Abs. 2 WEG umgangen und die Publizität des Grundbuchs entwertet (Häublein, ZMR 2000, 423, 426; Rapp, DNotZ 2000, 185, 189 ff; Röhl, ZWE 2000, 13, 15). Da vereinbarungsändernde Beschlüsse zu ihrer Wirksamkeit gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers nicht der Eintragung in das Grundbuch bedürfen, ergibt sich der Inhalt des Wohnungseigentums nach dieser Praxis nicht mehr aus dem Grundbuch, sondern aus den – oft laienhaft verfaßten und auslegungsbedürftigen – Protokollen der Eigentümerversammlungen. Die im Streitfall erfolgte Einräumung eines Sondernutzungsrechts durch Mehrheitsbeschluß

ist ein anschauliches Beispiel dafür. Dies zu legitimieren, läuft dem Gesetz zuwider. Es hat die Mehrheitsmacht bewußt auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt und auf diese Weise dafür Sorge getragen, daß jeder Wohnungseigentümer darauf vertrauen kann, daß sein Eigentum mehrheitsfest ist (Häublein, ZMR 2000, 423, 426; Wenzel, ZWE 2000, 2, 7). Selbst wenn man im Hinblick auf die gerade bei großen Gemeinschaften bestehenden Schwierigkeiten, die Zustimmung aller Eigentümer zu einer im Interesse ordnungsmäßiger Verwaltung liegenden Abänderung bestehender Vereinbarungen – notfalls klageweise – zu erlangen, das Fehlen einer erleichternden Möglichkeit für einen Mangel des Gesetzes halten wollte, käme man an der Tatsache nicht vorbei, daß hierin eine bewußte Entscheidung des Gesetzgebers liegt und entsprechende Änderungen des Gesetzes bisher keine Mehrheit gefunden haben (vgl. Häublein, ZMR 2000, 423, 426; Röhl WE 1992, 244, 245). Hieran ist die Rechtsprechung gebunden und kann sie nicht aus Praktikabilitätsabwägungen (vgl. Deckert, NZM 2000, 361, 363; Würfel, DWE 2000, 14 ff.) korrigieren.

c) Hinzu kommt, daß die Frage, ob für die Begründung eines Sondernutzungsrechts durch bestandskräftigen Mehrheitsbeschluß an der Entscheidung vom 21. Mai 1970 festzuhalten ist, in der obergerichtlichen Judikatur und in der Literatur nach wie vor heftig umstritten ist (bejahend BayObLGZ, 1973, 267, 269; NJW-RR 1990, 1104, 1105; 1992, 81, 83; 1993, 85, 86; OLG Düsseldorf NZM 1999, 378; OLG Frankfurt OLGZ 1986, 38, 39; OLG Hamm, WE 1997, 384, 385; OLG Köln, NZM 1998, 979, 980; Deckert, WE 1999, 2, 5; Demharter, MittBayNot 1996, 417; Hauger, WE 1993, 231, 233; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Aufl., Rdn. 167, 180; Münstermann-Schlichtmann, DWE 1991, 55, 56; Schuschke, NZM 1999, 241, 243; Palandt/Bassenge, BGB, 59. Aufl., § 10 WEG Rdn. 19; verneinend KG NJW-RR 1987, 653, 654; OLG Karlsruhe, ZMR 1991, 33, 34; OLG Köln, NJW-RR 1992, 598; WE 1998, 193, 194 m. Anm. Ott S. 200; Soergel/Stürner, BGB, 12. Aufl., § 10 WEG Rdn. 10 c; Staudinger/Kreuzer, BGB, 12. Aufl., WEG § 10 Rdn. 59; Weitnauer/Lüke, WEG, 8. Aufl., § 15 Rdn. 23 ff; Belz, DWE 1991, 130, 136; DWE 1996, 140, 143; WE 1997, 293, 296; ders. Handbuch des Wohnungseigentums, 3. Aufl., Rdn. 84; Bielefeld, DWE 1993, 92, 98; Fisch, MittRhNotK 1999, 213, 224; Kreuzer, MittBayNot 1996, 339, 341; WE 1997, 362, 364; ders. Festschrift Merle (2000), 203, 209; Lüke, DNotZ 1997, 960, 962; Röhl, ZWE 2000, 13, 14; Wenzel, ZWE 2000, 2, 5; differenzierend nach Inhalt und Ausmaß Bärmann/Pick/Merle, WEG, 8. Aufl., § 23 Rdn. 113 a). Auch dies erfordert eine Überprüfung der bisherigen Rechtsprechung. Dabei kann offen bleiben, ob der Beschluß vom 21. Mai 1970 nicht schon durch die von dem erkennenden Senat vertretene Kernbereichstheorie (BGHZ 127, 99, 105; 129, 329, 333; Demharter, MittBayNot 1996, 417) überholt ist, weil der mit der Begründung eines Sondernutzungsrechts einhergehende Entzug des Mitgebrauchs der übrigen Wohnungseigentümer der Einräumung eines Nießbrauchs, einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, einer Grunddienstbarkeit oder auch einer Regelung nach § 1010 BGB vergleichbar ist (Belz, DWE 1996, 140, 143; ders. WE 1997, 293, 296; ders., Handbuch des Wohnungseigentums, 3. Aufl., Rdn. 84), die zugleich den Haftungsgegenstand eines beschränkten Liegenschaftsrechts im Sinne der §§ 877, 876 BGB nachteilig verändert (hierzu vgl. BGHZ 91, 343, 345 = NJW 1984, 2409; OLG Frankfurt, WE 1998, 232, 233; Staudinger/Gursky [1995] § 877 Rdn. 48). Jedenfalls fehlt der Wohnungseigentümerversammlung die Beschlußkompetenz. Sie betrifft die formelle Legitimation des Beschlusses und nicht wie die Kernbereichstheorie die materiell-rechtliche Frage, inwieweit das Wohnungseigentum mehrheitsfest ist. Der Gegenstand beider

Rechtsfiguren ist verschieden, so daß die erste Rechtsfigur nicht wegen der zweiten entbehrlich ist (a.A. Staudinger/Bub, BGB, 12. Aufl., WEG § 23 Rdn. 115).

3. Das Wohnungseigentumsgesetz unterscheidet zwischen Angelegenheiten, die die Wohnungseigentümer durch (Mehrheits-)Beschluß, und solchen, die sie durch Vereinbarung regeln können. Gemäß § 23 Abs. 1 WEG können durch Beschlußfassung solche Angelegenheiten geordnet werden, über die nach dem Wohnungseigentumsgesetz oder nach einer Vereinbarung die Wohnungseigentümer durch Beschluß entscheiden können. Anderenfalls bedarf es einer Vereinbarung, § 10 Abs. 1 WEG. Die Mehrheitsherrschaft bedarf damit der Legitimation durch Kompetenzzuweisung. Sie ist nach dem Willen des Gesetzgebers nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Sie wird vom Gesetz nur dort zugelassen, wo es um das der Gemeinschaftsgrundordnung nachrangige Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, namentlich um die Ausgestaltung des ordnungsgemäßen Gebrauchs und um die ordnungsmäßige Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 15 Abs. 2, § 21 Abs. 1 und 3 WEG) geht (Senat, BGHZ 115, 151, 154). Hierdurch unterscheidet sich das Wohnungseigentumsgesetz bewußt von den gesetzlichen Vorschriften, die für die körperschaftlich organisierten Verbände des Gesellschaftsrechts grundsätzlich das Mehrheitsprinzip anordnen, und orientiert sich an der für Personengesellschaften geltenden Rechtslage. Wenn aber das Gesetz die Mehrheitsmacht auf bestimmte Bereiche beschränkt, kann jeder Eigentümer darauf vertrauen, daß sein Wohnungseigentumsrecht im übrigen mehrheitsfest ist (Häublein, ZMR 2000, 423, 426; Wenzel, ZWE 2000, 2, 7). Ist eine Angelegenheit weder durch das Wohnungseigentumsgesetz noch durch Vereinbarung dem Mehrheitsprinzip unterworfen, kann eine Regelung durch Mehrheitsbeschluß nicht erfolgen: Der Mehrheit fehlt von vorneherin jede Beschlußkompetenz, die Wohnungseigentümerversammlung ist für eine Beschlussfassung absolut unzuständig (vgl. Senat, BGHZ 115, 151, 152; Bärmann/Pick/Merle, WEG, 8. Aufl., § 23 Rdn. 160 a; Buck, WE 1998, 90, 92; Wenzel, ZWE 2000, 2, 4). Daß die Vorschriften des Gesetzes gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG abdingbar sind, ist unerheblich. Entscheidend ist, daß dies nur im Wege der Vereinbarung möglich ist (Weitnauer, WE 1995, 163, 164). Was zu vereinbaren ist, kann nicht beschlossen werden, solange nicht vereinbart ist, daß dies auch beschlossen werden darf (Müller, Festschrift für Bärmann und Weitnauer [1990] S. 505, 510; anders ders. NZM 2000, 648 und NZM 2000, 854). Die Beschlußkompetenz wächst der Mehrheit auch nicht dadurch zu, daß ein in angemessener Kompetenz gefaßter Beschluß bestandskräftig wird und der Beschlußgegenstand damit zukünftig dem Mehrheitsprinzip unterfällt (vgl. OLG Düsseldorf NZM 2000, 875, 876). Aus § 23 Abs. 4 WEG ergibt sich nichts anderes (a.A. Demharter, WuM 2000, 291, 293; Müller, NZM 2000, 854). Die Bestimmung erlaubt keine Durchbrechung des Vertragsprinzips, sondern ist systematisch und teleologisch dem Geltungsbereich des Mehrheitsprinzips verhaftet. Die hier erfolgte Zuweisung der ausschließlichen Nutzung des im Gemeinschaftseigentum stehenden Vorgartens an die Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin ist als Begründung eines Sondernutzungsrechts einer Beschlussfassung von vorneherein entzogen (Ott, ZWE 2000, 333, 336; Wenzel, ZWE 2000, 2, 5 f.; a.A. Buck, NZM 2000, 645, 649). Sie unterfällt nicht der Bestimmung des § 15 WEG, weil sie nicht eine Konkretisierung des Gebrauchs, sondern neben der Zuweisung an den begünstigten Wohnungseigentümer für die übrigen Wohnungseigentümer den vollständigen Ausschluß vom Mitgebrauch des

Gemeinschaftseigentums samt der damit verbundenen Gebrauchsvorteile zum Gegenstand hat. Ein solcher Gebrauchszug ist aber keine Regelung des Gebrauchs nach § 15 WEG, weil diese den Mitgebrauch voraussetzt. Er ändert vielmehr § 13 Abs. 2 WEG ab und hat deswegen nicht (auch) vereinbarungsersetzenden Charakter (a.A. Häublein, ZMR 2000, 423, 429), sondern gesetzesändernden Inhalt. Eine solche Regelung ist dem Mehrheitsprinzip von vorneherein ebensowenig zugänglich wie die Änderung einer Vereinbarung.

4. Die absolute Beschlusunzuständigkeit macht einen Beschluß nicht nur anfechtbar, sondern nichtig (vgl. BayObLGZ 1984, 198, 203; 1985, 345, 346; 1990, 312, 314; Bärmann/Pick/Merle, WEG, 8. Aufl., § 23 Rdn. 123; Weitnauer/Lüke, WEG, 8. Aufl., § 23 Rdn. 25; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Aufl., Rdn. 397; krit. Staudinger/Bub, BGB, 12. Aufl., WEG § 23 Rdn. 113 ff.). Dies folgt allerdings nicht schon aus § 23 Abs. 4 WEG i.V.m. der Überlegung, daß auf die Legitimation durch Kompetenzzuweisung nicht verzichtet werden kann (a.A. Wenzel, ZWE 2000, 2, 5). Denn die Vorschrift setzt eine Beschluskompetenz voraus (Bärmann/Pick/Merle, WEG, 8. Aufl., § 23 Rdn. 160 a; Häublein, ZMR 2000, 423, 428; Kümmel, ZWE 2000, 387, 391; Ott, ZWE 2000, 333, 336). Die Nichtigkeit ergibt sich jedoch aus der Tatsache, dass die Wohnungseigentümer von der gesetzlichen Kompetenzzuweisung – ohne dahingehende Öffnungsklausel in der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung - nicht durch Mehrheitsbeschluß, sondern nach § 10 Abs. 1 WEG nur durch Vereinbarung abweichen können. Diese Vorschrift ist unter dem beschriebenen Regelungszusammenhang, der das Vertragsprinzip zur Regel und das Mehrheitsprinzip zur Ausnahme macht, zwingend. Im Ergebnis gilt insoweit Einhaltung der für eine Satzungsänderung geltenden Formvorschriften (vgl. hierzu BGHZ 123, 15, 19; Wenzel, ZWE 2000, 2, 7).

Anders verhält es sich dagegen in den Angelegenheiten, welche die Regelung des Gebrauchs (§ 15 WEG), der Verwaltung (§ 21 WEG) und der Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 22 WEG) betreffen. Hier räumt das Gesetz den Wohnungseigentümern ausdrücklich die Möglichkeit einer Mehrheitsentscheidung ein, sofern es um eine "ordnungsmäßige" Maßnahme geht. Die Wohnungseigentümersammlung ist also nicht von vorneherein für eine Beschlusfassung absolut unzuständig (Buck, WE 1998, 90, 92 f; Wenzel, ZWE 2000, 2, 4 ff.). Sie darf nur keine Beschlüsse fassen, die über die "Ordnungsmäßigkeit" des Gebrauchs, der Verwaltung und der Instandhaltung hinausgehen. Da dies aber von den Umständen des Einzelfalles abhängt und die Frage der Abgrenzung vielfach nicht leicht zu entscheiden ist, kann die Beschluszuständigkeit nicht davon abhängen, ob eine Maßnahme ordnungsmäßig ist. Die "Ordnungsmäßigkeit" ist aus Gründen der Rechtssicherheit nicht kompetenzbegründend (a.A. Häublein, ZMR 2000, 423, 429), so daß für Gebrauchs-, Verwaltungs- und Instandhaltungsregelungen an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten ist, daß in diesen Angelegenheiten bestandskräftige Mehrheitsbeschlüsse gültig sind, auch wenn der Regelungsgegenstand den Abschluß einer Vereinbarung oder Einstimmigkeit erfordert hätte (vereinbarungsersetzende Beschlüsse). Die Nichtigkeit des Eigentümerbeschlusses vom 18. April 1989 kann von den Antragstellern auch ohne gerichtliche Feststellung und ohne zeitliche Befristung geltend gemacht werden (BGHZ 107, 268, 270 f.; Bärmann/Pick/Merle aaO § 23 Rdn. 107; a.A. Häublein, ZMR 2000, 423, 430 ff.). Sie rechtfertigt das Unterlassungsbegehren.

5. Der Senat ist sich bewußt, daß die Entscheidung über den zugrunde liegenden Einzelfall hinaus auch für andere Problemfelder, wie z.B. die Änderung des einer Mehrheitsentscheidung entzogenen gesetzlichen bzw. vereinbarten Kostenverteilungsschlüssels (vgl. Würfel DWE 2000, 14) oder die Aufhebung der Zustimmungsverpflichtung des Verwalters oder der Wohnungseigentümergeinschaft zur Vermietung/Veräußerung nach § 12 WEG durch Mehrheitsbeschluß (vgl. Röll, ZWE 2000, 13, 16), Bedeutung hat. Soweit es dabei um die Frage ihrer sog. unechten Rückwirkung geht, betrifft dies nur in der Vergangenheit liegende, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte, wie z.B. Beschlüsse über den generellen Kostenverteilungsschlüssel, nicht dagegen Beschlüsse über konkrete Abrechnungen (Kümmel, ZWE 2000, 387, 388). Ist der durch Beschluß geregelte Sachverhalt - wie hier - noch nicht abgeschlossen, wird es jeweils darauf ankommen, ob und inwieweit im Vertrauen auf den von dem Bundesgerichtshof bisher uneingeschränkt aufgestellten Rechtssatz, daß bestandskräftige Mehrheitsbeschlüsse mit Vereinbarungsinhalt gültig sind, rechtlich schützenswerte Positionen entstanden sind, deren Beseitigung zu unzumutbaren Härten führen würde, so daß die Folgen der Entscheidung im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ausnahmsweise nur für die Zukunft gelten können (vgl. BGHZ 132, 6, 11; 132, 119, 131). Ein solcher Vertrauenstatbestand ist hier jedoch nicht begründet worden, weil die Frage der Einräumung eines Sondernutzungsrechts durch bestandskräftigen Mehrheitsbeschluß nach der in BGHZ 54, 65 veröffentlichten Entscheidung in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur weiter heftig umstritten war und eine ständige höchstrichterliche Rechtsprechung sich hierzu nicht entwickelt hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 47 WEG, die Entscheidung über den Geschäftswert auf § 48 Abs. 3 WEG.

Wenzel

Klein

Lambert-Lang

Lemke

Krüger