

Die Versorgungssperre im Mietrecht

von Vorsitzender Richter am Landgericht Elmar Streyll, Krefeld

Nicht wenige Vermieter leiden an ihren Mietern. Bei kleinen Vermietern steht dabei oftmals gar nicht eine finanzielle Einbuße im Vordergrund, sondern seelisches Leid wegen ständiger Auseinandersetzungen um Verhalten und Zahlungsmoral eines Mieters. Den umgekehrten Fall gibt es natürlich auch häufig, dass nämlich ein Vermieter dem Mieter seine Rechte vorenthält oder verkürzt. Das soll aber nicht Gegenstand dieser Betrachtung sein. Es sei nur kurz deshalb erwähnt, weil jedenfalls dem psychisch starken Mieter mit der Minderung und dem Zurückbehaltungsrecht ein recht brauchbares Arsenal an Mitteln zur Verfügung steht, um Druck auf den Vermieter auszuüben, ohne direkt die Gerichte bemühen zu müssen. Oftmals werden - wie die anwaltliche und gerichtliche Praxis zeigt - diese Mittel auch missbraucht.

Was kann aber der Vermieter tun, wenn der Mieter ihm die Miete unberechtigt vorenthält? Den zahlungsunfähigen Mieter, der in dieser Situation das Gespräch und Lösungen mit dem Vermieter sucht anstatt sich in unberechtigte Mängelrügen zu fliehen, mag man dabei noch erträglich finden - er kann halt nicht, obwohl er will. Die schiere Zahlungsunwilligkeit oder gar mietnomadenhaftes Verhalten¹ lösen hingegen starke Abwehrinstinkte aus. Es kann und soll hier nur ein kleiner Ausschnitt der Problematik und der Möglichkeiten eines Vermieters beleuchtet werden, auf derartige Mieter zu reagieren.

Ausstehende Mieten nicht zu erhalten, ist ärgerlich. In einer solchen Situation die Gegenleistung erbringen zu müssen, dem Mieter also den Gebrauch überlassen zu müssen, fällt noch schwerer. Ganz schwierig ist es aber, für die Gebrauchsgewährung auch noch finanzielle Aufwendungen tätigen zu müssen für die Lieferung von Wasser, Strom und Heizenergie. Da mag mancher Vermieter auf die Idee kommen, diese Versorgungsleistungen einzustellen. Das spart Geld und fördert möglicherweise die Auszugswilligkeit des Mieters. Aber darf der Vermieter das? Darum wird es im

¹ Der sog Einmietbertrag ist nach Auskunft der Bundesregierung allerdings in 2006 um 1,1 % und in 2007 um 16,9 % zurückgegangen (vgl. WuM 2009, 31).

Folgenden hauptsächlich gehen. Außerdem kann der Mieter von einer Sperre der Versorgungsunternehmen betroffen werden oder - bei vermietetem Wohnungseigentum - von einer Sperre, die die Wohnungseigentumsgemeinschaft gegenüber dem vermietendem Wohnungseigentümer verhängt, weil dieser das Wohngeld nicht mehr bezahlt. Auch diese Problematiken werden kurz behandelt.

Folgende tatsächliche Situation könnte die Gemengelage skizzieren: Ein Mieter mietet von einem Wohnungseigentümer dessen Wohnung. Strom bezieht der Mieter direkt vom städtischen Versorger, Wasser und Heizenergie stellt der Vermieter über die Wohnungseigentümergeinschaft zur Verfügung. Der Mieter zahlt weder Miete noch die Betriebskostenvorauszahlung an den Vermieter und auch den Abschlag für den Strom nicht an den Versorger. Der Wohnungseigentümer kann deswegen das Wohngeld nicht aufbringen. Darf der Versorger den Strom sperren? Darf der Vermieter dem Mieter bzw. die Wohnungseigentumsgemeinschaft dem Vermieter und damit mittelbar auch dem Mieter Wasser und Heizung abstellen? Spielt es dafür eine Rolle, ob der Mietvertrag gekündigt ist und ob sich die Absperrventile in der Wohnung des Mieters befinden? Zunächst soll die mietrechtliche Situation betrachtet werden, also die Beziehung zwischen Vermieter und Mieter.

I. Die Versorgungssperre des Vermieters gegenüber dem Mieter²

Früher, bis in das Jahr 2005 hinein, gab es eine eindeutig herrschende Meinung, die es dem Vermieter verwehrte, bei Zahlungsrückständen oder bei beendetem Mietverhältnis, die Versorgung des Mietobjekts einzustellen. Danach soll das Abschneiden des Mieters von Strom, Wasser und Heizung eine Besitzstörung im Sinne von §§ 858, 862 BGB darstellen³. Allenfalls in besonders gelagerten Einzelfällen duldete die früher h.M. dies unter Anwendung von § 242 BGB⁴. Dogmatisch fundierte Begründungen für die Annahme einer Besitzstörung gab es allerdings kaum, vielleicht auch deswegen, weil das zu erzielende Ergebnis klar erschien. Kaum jemand kann

² Die Ausführungen unter I. beruhen auf meinem Aufsatz in WuM 2006, 234, den ich aber stark überarbeitet und teilweise - auch in den Ergebnissen - geändert habe. Hierzu wurde ich ange-regt durch neue Veröffentlichungen zu dem Thema und die intensiven Diskussionen mit meinem Kollegen Karsten Kania, der ein hervorragender Sparringspartner ist.

³ Siehe die Nachweise bei *Hinz*, NZM 2005, 846 und die Zusammenstellung von Rechtsprechung und Literatur bei *Scheidacker*, NZM 2005, 282ff. Neuerdings OLG Köln, NZM 2005, 67; OLG Celle, NZM 2005, 741.

⁴ LG Heilbronn, ZMR 2008, 717; OLG Köln, 2005, 67.

und mag sich nämlich vorstellen, im Winter in einer kalten, dunklen Wohnung ohne fließendes Wasser, also ohne Dusche und Toilette, zu leben; man denke hierbei nur an den strengen Frost zum Jahreswechsel zurück oder die weitreichenden Stromausfälle in Westfalen im Winter 2005/2006.

Das KG hat die h.M. aber mit einem neuen Lösungsansatz erheblich ins Wanken gebracht und eine rege Diskussion anfacht⁵. Eine endgültige Klärung der Zulässigkeit von Versorgungssperren kann wohl nur der BGH herbeiführen. Allerdings gibt es kaum prozessuale Wege, die Problematik so hoch zu treiben: Der Rechtszug endet in einstweiligen Verfügungsverfahren beim OLG bzw. beim LG. Einen Hauptsache-rechtsstreit wird man weder einem Mieter noch einem Vermieter über Jahre hinweg zumuten, wenn der Mieter auf Versorgung verzichten müsste oder der Vermieter, der auf Duldung der Versorgungseinstellung klagt, auf die Miete. Eine Klärung im Rahmen von § 91a ZPO ist ebenfalls nicht möglich, da derartige Beschlüsse nicht revisibel sind. Ein möglicher Weg ist, dass der Vermieter eine Sperre androht und der Mieter (vorbeugend) auf Unterlassung klagt. Eine solche Konstellation ist Gegenstand eines Verfahrens vor dem KG gewesen⁶. Die Revision wurde zugelassen und ist eingelegt worden⁷. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH sich grundlegend zu der Problematik äußert, so dass die Praxis eine Rechtssicherheit zurückerlangt, die ihr durch die Rechtsprechung des KG genommen wurde.

Der 8. Senat des KG hatte nämlich am 17.12.1998 in einem bis 2004 unveröffentlichten Urteil⁸ entschieden, es sei zwischen dem Besitz des Mieters an der Mietsache und deren Gebrauch zu unterscheiden; stelle der Vermieter die Versorgungsleistungen ein, so betreffe das den Gebrauch und nicht den Besitz, so dass Besitzschutzansprüche nicht bestünden. Diese Entscheidung betraf ein gekündigtes Gewerbemietverhältnis; später hat der 8. Senat diese Rechtsprechung ohne nähere Begründung auf unbeendete Verträge beschränkt⁹. Der 12. Senat des KG erweiterte hinge-

⁵ Siehe dazu *Strey*, WuM 2006, 234; *Scholz*, NZM 2008, 387; *Börstinghaus*, PiG 79 (2007), 181; *Herrlein*, NZM 2006, 527; *Scheidacker*, NZM 2005, 281 sowie NZM 2007, 591 und *Hinz*, NZM 2005, 841. Im Jahre 2003 hatte sich bereits *Ulrici* in ZMR 2003, 895 kritisch mit der herrschenden Meinung auseinandergesetzt.

⁶ KG, ZMR 2008, 47.

⁷ Az. des BGH: XII ZR 137/07.

⁸ Az. 8 U 7247/98, veröffentlicht in KG, GE 2004, 622 und zitiert in KG, NZM 2005, 65

⁹ KG, ZMR 2005, 951, bestätigt in KG, ZMR 2008, 47.

gen mit Urteil vom 8.07.2004¹⁰ die Zulässigkeit einer Versorgungssperre auf ein ungekündigtes Gewerbemietverhältnis¹¹, bei dem der Mieter in Zahlungsrückstand geraten war. Dem Vermieter - so das KG - stehe ein Leistungsverweigerungsrecht wegen der Mietrückstände zu; außerdem liege eine Besitzstörung schon deshalb nicht vor, weil der Vermieter die Weiterversorgung nur unterlasse, für eine verbotene Eigenmacht aber ein Handeln erforderlich sei.

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, halte ich den Ansatz des KG, eine Besitzstörung aufgrund des Einstellens der Versorgungsleistungen zu verneinen, nicht uneingeschränkt für richtig, insbesondere die Differenzierung zwischen Besitz und Gebrauch überzeugt mich nicht. Dennoch sind meine Ergebnisse ähnlich wie die des KG. Die Überlegungen gehen dabei aber nicht primär von den sachenrechtlichen Regelungen der §§ 858, 862 BGB über die Besitzstörung aus, bei denen es sich vornehmlich um ein Abwehrrecht handelt¹². Ich untersuche vielmehr zunächst, ob es überhaupt einen rechtlichen Ansatzpunkt für eine Erlaubnis des Vermieters geben kann, die Versorgung zu unterbinden, und dann, ob die besitzschutzrechtlichen Regelungen dem evtl. entgegenstehen.

1. Pflichten des Vermieters bei unbeendetem Vertrag

Während eines bestehenden Mietvertrages gehört es zur Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters, das Mietobjekt mit Strom, Wasser und Heizung zu versorgen oder versorgen zu lassen, sofern der Mieter dies nicht - wie häufig bei der Stromversorgung - selbst erledigt¹³. Kommt der Mieter seiner Pflicht zur Zahlung des Mietzinses nicht nach, so könnte der Vermieter versucht sein, den Mieter durch Zurückhaltung der Versorgungsleistungen zur Zahlung „anzuhalten“. Einziger Ansatzpunkt für ein solches Vorgehen ist das Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB.

¹⁰ KG, NZM 2005, 65.

¹¹ Das Mietverhältnis war zwar gekündigt, das KG hat die Wirksamkeit der Kündigung aber offengelassen und in der Entscheidung so argumentiert, als gebe es die Kündigung nicht. Letzteres übersieht der 8. Senat des KG bei seiner Auseinandersetzung mit diesem Urteil in dem erwähnten Beschluss KG, ZMR 2005, 951.

¹² Scholz, NZM 2008, 388.

¹³ *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 Rdn. 313, 450 und 500.

Das Kammergericht¹⁴ bejaht ein Leistungsverweigerungsrecht für die Gewerberaummiete, lässt die Frage für die Wohnraummiete hingegen offen. Der Ansatz des Kammergerichts ist zunächst zutreffend, wenn es ausführt¹⁵:

„Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts ist auch in dem hier vorliegenden Fall eines Dauerschuldverhältnisses nicht ausgeschlossen. Zwar trifft es zu, dass die Wasserversorgung für den Zeitraum, für den sie unterbrochen worden ist, nicht nachträglich nachgeholt werden kann, doch ist ein genereller Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts bei Dauerschuldverhältnissen oder Sukzessivlieferungsverträgen mit dem Gesetz nicht vereinbar... Zum anderen übersieht der Kläger, dass der Mieter in Fällen der vorliegenden Art die Möglichkeit hat, die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts hinsichtlich der Versorgungsleistungen mit Wasser, Strom, Heizung etc. dadurch abzuwenden, dass er die - im vorliegenden Fall unstreitigen - Mietzinsrückstände ausgleicht. Er wird also nicht dazu gezwungen, die vermieteten Räume zu räumen. Richtig ist zwar, dass der Vermieter dadurch, dass er Versorgungsleistungen mit Wasser, Strom oder Heizung zurückhält, auf den Mieter Druck dahingehend ausüben kann, die von ihm geschuldete Gegenleistung, nämlich den Mietzins, nunmehr zu erbringen. Dies ist jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers gerade Sinn und Zweck des Zurückbehaltungsrechts...“

Trotz dieses zutreffenden Ansatzes ist m.E. die Ausübung des Leistungsverweigerungsrecht bei unbeendetem Mietvertrag nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht uneingeschränkt möglich; andere Bedenken greifen - entgegen einer früher von mir vertretenen Ansicht¹⁶ - nicht durch.

a. Vorleistungspflicht des Vermieters

Ein Leistungsverweigerungsrecht besteht nach dem Wortlaut des § 320 BGB nicht, wenn der Gläubiger vorleistungspflichtig ist. Das ist bei dem Vermieter trotz der

¹⁴ KG, NZM 2005, 65.

¹⁵ KG, NZM 2005, 66 mit Nachweisen auf Rechtsprechung und Literatur. Dem KG folgt weiterhin *Herrlein*, NZM 2006, 529, schränkt das Zurückbehaltungsrecht nach Treu und Glauben aber dahingehend ein, dass es nur ausgeübt werden dürfe, wenn ein zur Kündigung berechtigender Mietrückstand bestehe.

¹⁶ *Streyll*, WuM 2006, 234.

scheinbar entgegenstehenden Regelung des § 556b Abs. 1 BGB, die wegen § 579 Abs. 2 BGB auch für die Miete von Gewerberäumen gilt, der Fall. Gem. § 556b Abs. 1 BGB ist die Miete zu Beginn des jeweiligen Zeitabschnittes, für den sie zu entrichten ist, fällig, allerdings mit der Einschränkung, dass der Mieter erst bis zum dritten Werktag dieses Zeitabschnittes (also in der Regel des Monats) zu zahlen hat. Am dritten Werktag eines Monats muss der Vermieter dem Mieter die Räume aber längst überlassen haben; die Gebrauchsgewährungspflicht beginnt am Monatsanfang. Die scheinbare Vorleistungspflicht des Mieters reduziert sich so zu einer Vorverlagerung des Zahlungsvorgangs, der Vermieter bleibt vorleistungspflichtig¹⁷. Diese Vorleistungspflicht bezieht sich auch auf die Versorgungsleistungen, da die Versorgung der Mieträume mit Strom, Wasser und Heizung zur Gebrauchsgewährungspflicht gehört¹⁸ - allerdings mit dem Unterschied, dass der Vermieter die Versorgungsleistungen leichter einstellen kann als die Überlassung rückgängig zu machen.

Viel hilft dem Mieter das jedoch nicht. Einmal endet die Vorleistungspflicht des Vermieters am dritten Werktag, ab dem vierten Tag wäre er zur Zurückhaltung berechtigt, muss dann allerdings zu Beginn des nächsten Monats für drei Tage die Versorgung wieder aufnehmen. Wichtiger noch ist, dass die Vorleistungspflicht des Vermieters nach Treu und Glauben gänzlich entfallen dürfte, wenn der Mieter eine frühere Leistung nicht bezahlt hat, wenn also Mietzinsrückstände aufgelaufen sind; für den Sukzessivlieferungsvertrag ist das anerkannt¹⁹. Im Ergebnis würde danach eine Zurückhaltung der Versorgungsleistungen bei Eintritt des Verzuges mit der ersten Mietzahlung selbst dann zulässig sein, wenn man eine Vorleistungspflicht des Vermieters annimmt. Geht man wegen § 556b BGB von einer Vorleistungspflicht des Mieters aus²⁰, gilt das ohnehin.

b. Nachholbarkeit der Versorgung

Ohne Versorgungsleistungen wird die Mietsache allerdings mangelhaft. Was soll passieren, wenn der Mieter den Rückstand nachzahlt? Die Versorgung ist nicht

¹⁷ Vgl. LG Krefeld, NZM 2004, 298 und *Langenberg* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 556b Rdn. 13 m.w.N. A.A. *Herrlein*, NZM 2006, 529 und *Häublein* in: MünchKomm (5. Aufl.), § 535 Rdn. 81, die sich allerdings bloß auf § 556b BGB berufen und nicht mit der hiesigen Argumentation auseinandersetzen.

¹⁸ *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 Rdn. 313, 450 und 500.

¹⁹ *Palandt-Grüneberg*, BGB, 68. Aufl., § 320 Rdn. 18 und OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 1206.

²⁰ So *Herrlein*, NZM 2006, 529 und *Häublein* in: MünchKomm (5. Aufl.), § 535 Rdn. 81.

nachholbar, der Vermieter hätte also mehr an Miete erhalten als ihm nach der erbrachten Gegenleistung zusteht. Dieses Bedenken spricht nicht dafür, ein Leistungsverweigerungsrecht des Vermieters bei bestehendem Mietvertrag grundsätzlich für ausgeschlossen zu halten²¹. Bei fixen Leistungsterminen ist die fehlende Möglichkeit der Leistungsnachholung eine notwendige Folge der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts. Im Dienstvertragsrecht, das wie ein Mietvertrag als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet sein kann, ist das anerkannt für den Fall, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung verweigerte, weil der Lohn nicht bezahlt wurde oder weil zwingende Arbeitsschutzvorschriften nicht eingehalten wurden. Ebenso kann in dem umgekehrten Fall der grundlosen Arbeitsverweigerung der Dienstberechtigte den Lohn zurückhalten; in diesen Fällen richten sich die Folgen der Unmöglichkeit der Leistungsnachholung nach allgemeinem Schuldrecht, nämlich §§ 275, 326 BGB²². Da im Mietrecht nach Überlassung der Mietsache das allgemeine Leistungsstörungenrecht durch die Gewährleistungsregeln der §§ 536ff. BGB verdrängt wird²³, ist auf diese Regelungen abzustellen. Bei Zahlungsverzug und darauffolgender (berechtigter²⁴) Versorgungssperre hätte danach der Mieter den Mangel selbst verschuldet und kann Gewährleistungsrechte daraus nicht herleiten, also nicht mindern²⁵. Deshalb steht auch die Schonfristregelung des § 569 Abs. 3 BGB einem Zurückbehaltungsrecht nicht entscheidend entgegen²⁶.

c. Teilleistung

Auch § 266 BGB steht dem Leistungsverweigerungsrecht des Vermieters nicht entgegen²⁷. Nach dieser Vorschrift ist der Schuldner nicht zu Teilleistungen berechtigt. Der Vermieter ist grundsätzlich zur umfassenden Gebrauchsgewährung verpflichtet; die Versorgung der Räume mit Strom, Wasser und Heizung ist ein Teil dieser Pflicht²⁸. Wenn der Vermieter die Versorgung einstellt, erbringt er nur eine nach § 266 BGB eigentlich verbotene Teilleistung. Das Verbot der Teilleistung gilt aber nicht ausnahmslos. Ausnahmen sind etwa erlaubt bei der Aufrechnung, wenn die zur

²¹ So aber *Börstinghaus*, PiG 79 (2007), 186 und - damals noch - *Streyll*, WuM 2006, 234.

²² *Emmerich* in: MünchKomm (5. Aufl.), § 320 Rdn. 12/13.

²³ *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 536 Rdn. 520.

²⁴ Das wird noch näher zu untersuchen sein.

²⁵ *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 536 Rdn. 572.

²⁶ A.A. *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 Rdn. 102.

²⁷ So aber *Börstinghaus*, PiG 79 (2007), 186 und - damals noch - *Streyll*, WuM 2006, 234.

²⁸ *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 Rdn. 313, 450 und 500.

Aufrechnung gestellte Forderung niedriger ist als die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, oder bei einer Teilleistung in der Zwangsvollstreckung; außerdem sind Einschränkungen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) anerkannt²⁹. Dazu muss auch das Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB gehören, das zwar grundsätzlich zur Verweigerung der gesamten Leistung (hier wäre das die Gebrauchsüberlassung insgesamt) berechtigt, aber eine Teilverweigerung (und damit eine Teilleistung) zulässt bzw. unter Umständen sogar fordert³⁰.

d. Treu und Glauben

Es ist anerkannt, dass sich aus der Eigenart eines Gegenstandes ergeben kann, dass der Gläubiger ihn nicht wegen einer Gegenforderung zurückhalten darf; das ist ein Ausfluss von Treu und Glauben³¹. Diese etwas sperrige Formel bedeutet: Der Vermieter ist möglicherweise gerade deshalb, weil es sich um ein Mietverhältnis handelt, nicht berechtigt, ein Leistungsverweigerungsrecht an den Versorgungsleistungen auszuüben.

aa. Wohnraummiete

Grundsätzlich ist ein Mietvertrag ein Vertrag wie jeder andere. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Vermieter dem säumigen Mieter einer großen Baumaschine das eigentlich geschuldete Bedienpersonal zur Verfügung stellen soll, bevor der Mietrückstand beglichen ist. Bei der Wohnraummiete treten aber zwei entscheidende Aspekte hinzu: Die Wohnung ist regelmäßig der Lebensmittelpunkt des Mieters, sie ist sein Rückzugsraum, in dem er Kontakt zu seinen Familienangehörigen hat, den Großteil seiner Freizeit verbringt, schläft und sich versorgt³². Einen solchen Rückzugsraum nicht zu haben, also obdachlos zu sein, wird zu Recht als schweres Schicksal empfunden. Dementsprechend hat das Grundgesetz die Unverletzlichkeit der Wohnung in Art. 13 GG besonders geschützt und sie genießt nach der Rechtsprechung des BVerfG auch als Mietwohnung einen eigentumsähnlichen Grund-

²⁹ *Krüger* in: MünchKomm (5. Aufl.), § 266 Rdn. 8ff.

³⁰ Siehe zu Zusammenspiel von §§ 266, 320 BGB auch *Emmerich* in: MünchKomm (5. Aufl.), § 320 Rdn. 51.

³¹ *Palandt-Heinrichs*, BGB, 68. Aufl., § 273 Rdn. 15.

³² Vgl. zur Bedeutung der Wohnung für den Mieter auch BGH, WuM 2007, 381 Rdn. 14.

rechtsschutz³³. Dieser hohe, grundgesetzlich geschützte Stellenwert der Wohnung ist bei der Auslegung von Treu und Glauben zu berücksichtigen³⁴.

Die Wohnung verliert ihre Schutz- und Rückzugsfunktion in erheblichem Maße, wenn sie nicht mehr sinnvoll genutzt werden kann - etwa weil kein Strom für Licht und Herd, kein Wasser zum Waschen und für die Toilette oder keine Heizung vorhanden ist. Zwar kann sich der Mieter einiges hiervon selbst verschaffen, aber eine Eigenbeheizung etwa durch einen Ofen birgt erhebliche Sicherheitsrisiken, gleiches gilt für Kerzenlicht. Auch mag der Mieter für die Körperpflege ein Schwimmbad aufsuchen können, für die Toilettenspülung ist Wasser aber unersetzlich; es drohen Gesundheitsrisiken, wenn die Fäkalien nicht ordnungsgemäß entsorgt werden. Gleichfalls drohen Gesundheitsgefahren, wenn der Mieter in einer unterkühlten Wohnung lebt. Aus diesen Gründen muss das Interesse des Vermieters an der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechtes als Mittel der Druckausübung regelmäßig³⁵ hinter dem Interesse des Mieters an einer ungestörten Versorgung der Wohnung zurücktreten³⁶.

Das ist aber nur die einfache Wahrheit. Treu und Glauben wirkt nämlich nicht nur einseitig, die Grundsätze gelten für beide Vertragsparteien. Auch sind Wertungswidersprüche zu anderen, verwandten Regelungsbereichen zu vermeiden. Man könnte deshalb zu Gunsten des Vermieters von Wohnraum argumentieren, nach einem bestimmten Zeitraum oder einer bestimmten Höhe des Zahlungsverzuges könne sich der Mieter nicht mehr auf die erwähnte besondere Bedeutung der Wohnung berufen. So hat der BGH³⁷ recht lapidar unter kurzer Erwähnung der Bedeutung der Heizenergie für die Bewohnbarkeit eine Versorgungssperre der Wohnungseigentümergemeinschaft gegenüber einem Wohnungseigentümer für zulässig gehalten, wenn dieser mit dem Wohngeld mehr als sechs Monate rückständig ist und ihm die Sperre angedroht wurde. Kann man dies auf die Wohnraummiete übertragen? Ich denke, im Wesentlichen schon, auch wenn es einen erheblichen Unterschied beider Sachlagen

³³ *Blank* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 573 Rdn. 2.

³⁴ *Palandt-Heinrichs*, BGB, 68. Aufl., § 242 Rdn. 7 zur Ausstrahlungswirkung der Grundrechte.

³⁵ Anders mag das beispielsweise in den praktisch nicht relevanten Fällen sein, wenn der Mieter über weitere Wohnungen verfügt oder wenn es sich um eine Ferienwohnung handelt.

³⁶ So auch *Börstinghaus*, PiG 79 (2007), 186. A.A. *Scheidacker*, NZM 2007, 593: Der Mieter sei nicht schutzwürdig, weil er sich selbst nicht vertragstreu verhalte. Damit leugnet er aber grundsätzlich die Geltung von Treu und Glauben in diesem Bereich, da jedes Zurückbehaltungsrecht eine Vertragsstörung voraussetzt.

³⁷ BGH, NZM 2005, 626.

gibt, nämlich den, dass der Vermieter sich relativ einfach, nämlich - cum grano salis - schon nach zweimonatigem Rückstand durch außerordentliche Kündigung gem. § 543 Abs. 2 BGB seines Mieters entledigen kann; er ist dann auch nicht mehr - wie noch zu zeigen sein wird - zur Versorgung verpflichtet und kann sie einstellen. Einem Wohnungseigentümer dagegen kann zwar das Wohnungseigentum gem. § 18 WEG entzogen werden, dieses Verfahren ist jedoch ungleich aufwändiger und zeitraubender als eine Kündigung. Dem Vermieter ist es allerdings - entgegen meiner früher vertretenen Ansicht³⁸ - nicht zumutbar, das Kündigungsrecht wahrzunehmen, um sich der Versorgungspflicht zu entledigen³⁹. Es schränkt nämlich einmal seine Wahlmöglichkeit zwischen zwei grundsätzlich nebeneinander bestehenden Rechten (Kündigung, Zurückbehaltung) ein. Weiterhin ist als Erst-Recht-Argument zu beachten, dass dem Vermieter das (schwächer wirkende) Zurückbehaltungsrecht zustehen muss, wenn er sogar das (gravierendere) Kündigungsrecht ausüben könnte. Schließlich ist der Schadensersatzanspruch auf Erstattung des Mietausfallschadens, der dem Vermieter nach einer Kündigung zusteht, kein vollwertiger Ersatz für das Erfüllungsinteresse, da er auf die erste Kündigungsmöglichkeit des Mieters begrenzt ist, die Mieter in den Fällen des erheblichen Zahlungsrückstandes typischerweise jedoch von ihrem Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen, sondern den Verbleib in der Wohnung hinauszögern, bis der Vermieter tätig wird.

Diese Überlegungen können die dargestellte Schutzbedürftigkeit des Mieters nicht völlig aushebeln, sondern nur begrenzen. Ab welchem Rückstand soll aber der Vermieter berechtigt sein, die Versorgung zurückzuhalten? Kann er drei Tage (ein Zehntel der monatlichen Mietzeit) den Strom sperren, wenn ein Zehntel des monatlichen Mietzinses fehlt? Kann er gleich im ersten Monat des Zahlungsverzuges die Versorgung einstellen oder muss ein Rückstand bestehen, der zur außerordentlichen Kündigung gem. § 543 Abs. 2 BGB berechtigt? Letzteres dürfte richtig sein, wiederum aus der Überlegung heraus, dass der Vermieter in dieser Situation sogar zu dem stärksten ihm zur Verfügung stehenden Mittel, der Kündigung, greifen darf⁴⁰. Eine Orientierung an der Rechtsprechung des BGH⁴¹ zur Versorgungssperre der Wohnungseigentümergeinschaft gegenüber einem Wohnungseigentümer, nach der

³⁸ Strey, WuM 2006, 234.

³⁹ Ähnlich Häublein in: MünchKomm (5. Aufl.), § 535 Rdn. 81.

⁴⁰ Für eine Orientierung an den Fristen des § 543 Abs. 2 BGB auch Herrlein, NZM 2006, 529 und Häublein in: MünchKomm (5. Aufl.), § 535 Rdn. 81.

⁴¹ BGH, NZM 2005, 626.

ein Rückstand von sechs Monaten vorhanden sein muss, sollte nicht erfolgen. Dies einmal wegen der unterschiedlichen Sachlagen; zum anderen fehlt dieser Rechtsprechung jegliche fundierte Begründung hinsichtlich der Dauer der Frist, die nur apodiktisch festgelegt wurde.

Ist das alles aber gerecht? Dem armen Mieter kann man das nicht zumuten, wird mancher sagen. Das Gesetz lässt die Schutzwürdigkeit des Mieters aber mit der Kündigung enden, er muss ausziehen und hat nicht nur eine kalte Wohnung ohne Wasser, er hat gar keine Wohnung mehr. Ist die Kündigung noch nicht ausgesprochen, könnte dies aber geschehen, weil ein Kündigungsgrund besteht, dann ist die nach Treu und Glauben grundsätzlich anzunehmende Schutzbedürftigkeit des Mieters jedenfalls eingeschränkt. Das gilt jedoch nur für den Kündigungsgrund des Zahlungsverzuges, zur Steuerung des sonstigen Mieterverhaltens ist die Versorgungssperre aus den genannten Gründen unangemessen. Bei einem Mietnomaden, der dem Vermieter die Miete systematisch und böswillig vorenthält, mag die hier vertretene Meinung noch auf breite Zustimmung stoßen, aber wohl nicht (unjuristisch gesprochen) bei unverschuldetem Zahlungsrückstand. Hier ist aber zu bedenken, dass in solchen Notsituationen die staatliche Daseinsvorsorge eingreifen sollte. Zwar muss der Vermieter wie jeder Gläubiger das Risiko der Zahlungsfähigkeit seines Schuldners tragen; bei anderen Schuldverhältnissen kann der Gläubiger das Risiko aber begrenzen, indem er seine Leistung zurückhält, anstatt sie - wie der Vermieter - nicht nur weiter erbringen zu müssen, sondern noch finanzielle Aufwendungen für die Versorgungsleistungen zu haben. Allerdings kann die nach Treu und Glauben vorzunehmende Abwägung im Einzelfall dazu Anlass geben, eine Versorgungssperre trotz Vorliegens eines zur Kündigung berechtigenden Zahlungsrückstands für unzulässig zu halten.

Abgesehen davon gebietet es die Bedeutung der Versorgung wohl in jedem Fall, ihre Einstellung mit kurzer Frist anzukündigen, um dem Mieter Gelegenheit zu geben, sich vertragstreu zu verhalten oder um weitere Schäden an seinem Eigentum (etwa durch unterbliebene Kühlung) zu verhindern oder um einstweiligen Rechtsschutz zu erlangen⁴². Das entspricht auch der Rechtsprechung des BGH⁴³ zur Zulässigkeit von

⁴² So auch *Häublein* in: MünchKomm (5. Aufl.), § 535 Rdn. 81.

⁴³ BGH, NZM 2005, 626.

Versorgungssperren gegenüber einem Wohnungseigentümer und den vom Verordnungsgeber vorgegebenen Regelungen in den Allgemeinen Vertragsbedingungen der Versorgungsunternehmen, nach denen eine Androhungsfrist von zwei bzw. vier Wochen notwendig ist (siehe dazu unter II.). Die kürzere Frist von zwei Wochen erscheint ausreichend⁴⁴.

Vielen mögen diese Überlegungen fremd erscheinen. Als Jurist ist man wahrscheinlich geprägt von der jahrzehntelangen Rechtsprechung, nach der die Versorgungssperre eine Besitzstörung ist. Zu dieser sachenrechtlichen Ebene komme ich noch. Die frühere Reduzierung hierauf hat aber möglicherweise dazu geführt, die schuldrechtliche Ebene nicht genauer zu untersuchen oder - in einer Art Vorprägung - vor-schnell ein Zurückbehaltungsrecht des Vermieters nach Treu und Glauben auszuschließen. Bei mir war das jedenfalls so; die zweite intensive Beschäftigung mit dem Thema hat meine Ansicht⁴⁵ geändert. Bedeutsam hierfür war neben der Rechtsprechung des BGH⁴⁶ zur Zulässigkeit der Versorgungssperre gegenüber einem Wohnungseigentümer vor allem die Überlegung, dass dem Mieter mit Minderung und Zurückbehaltungsrecht erhebliche außergerichtliche Mittel zur Durchsetzung seiner Rechte zur Verfügung stehen, der Vermieter aber praktisch nur kündigen kann. Der faktische Ausschluss des mildereren Mittels des Zurückbehaltungsrechts erschien mir nicht mehr einleuchtend.

Ein erhebliches praktisches Bedenken bleibt aber. Ich kann es nicht endgültig ausräumen. Es gibt nämlich eine große Gruppe von Fällen, in denen die Vertragsparteien sich mehr oder weniger berechtigt um Mängel streiten. Wenn der Mieter mindert und ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, läuft häufig ein Zahlungsrückstand auf, der für sich betrachtet zur Kündigung berechtigen würde. Wegen dieses Zahlungsrückstandes kann der Vermieter dann nicht die Versorgung zurückhalten, wenn der Mieter zu Recht mindert, wohl aber, wenn tatsächlich keine Mängel bestehen. Das Dilemma ist nur schwer auflösbar, aber nicht neu. Es tritt im Werkvertragsrecht häufig auf, im Mietrecht wird es gelegentlich relevant, wenn die Berechtigung einer Kündigung wegen Zahlungsverzuges zu überprüfen ist. Das Dilemma kann m.E. aber

⁴⁴ *Häublein* in: MünchKomm (5. Aufl.), § 535 Rdn. 81 hält zwei Monate für angemessen.

⁴⁵ Zur früher vertretenen Ansicht, nach der eine Versorgungssperre nach Treu und Glauben ausgeschlossen war, siehe *Streyll*, WuM 2006, 234.

⁴⁶ BGH, NZM 2005, 626.

nicht dazu führen, eine dogmatisch für richtig gehaltene Position aufzugeben. Abgesehen davon können - anders als in anderen Rechtsbereichen - manche Unzuträglichkeiten durch einstweilige Verfügungen gemildert werden (dazu unter 4.).

bb. Gewerberaummiete

Für die Gewerbemiete gelten diese Überlegungen nicht in gleicher Weise, da Gewerberaum nicht denselben besonderen und anerkannten Stellenwert für den Menschen hat wie seine Wohnung. Auch Gesundheitsgefahren drohen kaum, selbst in Bürogebäuden mit vielen Arbeitenden nicht, da diese schlicht ihre Arbeit einstellen und in ihre Wohnungen zurückkehren können. Anders mag es sein, wenn ohne die Versorgungsleistungen von dem Gewerbebetrieb Sicherheitsgefahren für die Allgemeinheit ausgehen. Deshalb könnte man der Ansicht sein, dem Vermieter von Gewerberaum stehe ein Leistungsverweigerungsrecht uneingeschränkt zu.

Aber auch bei der Vermietung von Gewerberaum gilt der Grundsatz von Treu und Glauben. Oder anders ausgedrückt: Man darf nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen. Bei der Gewerberaummiete hat die Versorgung des Mietobjekts mit Wasser, Wärme und Strom ebenfalls erhebliche Bedeutung für den Mieter, der hierin seiner grundrechtlich geschützten Berufstätigkeit nachgeht. Das führt - ähnlich wie bei der Wohnraummiete - zu der Wertung, dass der Vermieter zur Leistungsverweigerung erst berechtigt ist, wenn ein zur Kündigung berechtigender Zahlungsrückstand besteht und die Sperre mit einer Frist von zwei Wochen angedroht wurde.

2. Pflichten des Vermieters bei beendetem Vertrag

Wenn der Mietvertrag beendet ist, besteht grundsätzlich keine Gebrauchsgewährungspflicht mehr. Damit entfällt die Verpflichtung, die Mieträume mit Strom, Wasser und Heizung zu versorgen⁴⁷. Daran ändern auch nachwirkende Pflichten des Vermieters in der Regel nichts⁴⁸. Solche Pflichten bestehen etwa als Verkehrssicherungs-

⁴⁷ So auch LG Münster, WuM 2007, 274; LG Berlin, GE 2007, 150.

⁴⁸ Anderer Ansicht, aber ohne Begründung *Hinz*, NZM 2005, 847 und *Gather* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 546a Rdn. 47. Das AG Miesbach, WuM 1988, 57, auf das sich *Gather* bezieht, folgert aus dem in § 546a BGB geregelten Nutzungsentschädigungsanspruch des Vermieters, dieser müsse eben wegen der Entschädigung für eine Versorgung der Wohnung sorgen. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Vorschrift erlegt dem Vermieter keinerlei Pflichten auf,

pflichten jedermann und damit auch dem Mieter gegenüber oder als nachvertragliche Treuepflichten. Die Treuepflichten haben ihre Grenze in der Zumutbarkeit. Nach einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs ist es für den Vermieter aber schlicht unzumutbar, die Versorgung der Wohnung auf eigene Kosten sicherzustellen, wenn der Mieter hierfür keine Gegenleistung erbringt, wenn im Gegenteil noch weitere Forderungen des Vermieters offen stehen. Anders ist es in den Fällen, in denen nicht Zahlungsverzug der Beendigungsgrund war, der Mieter unverschuldet nicht pünktlich ausziehen konnte und die laufende Miete bzw. Nutzungsentschädigung bezahlt. Hier wird der Vermieter in der Regel aus nachwirkenden Treuepflichten gehalten sein, die Versorgung aufrecht zu erhalten. Gleiches gilt, solange eine gerichtlich gewährte Räumungsfrist gem. § 721 ZPO läuft oder Vollstreckungsschutz gem. § 765a ZPO gewährt wurde, weil nach diesen Regelungen quasi ein gesetzliches Nutzungsrecht entsteht und der Mieter deshalb genau so gestellt werden muss wie bei einem Mietvertrag. Wenn allerdings dann hinsichtlich der Nutzungsentschädigung ein Zahlungsrückstand entsteht, der zur Kündigung berechtigen würde, wird eine Versorgung nicht mehr geschuldet. Abgesehen davon gebietet es die nachwirkende Treuepflicht und die Bedeutung der Versorgung sowohl bei Wohnungen wie bei Gewerberäumen in jedem Fall, das Einstellen der Versorgung mit kurzer Frist von zwei Wochen anzukündigen (siehe oben).

3. Besitzschutz

Welche Rolle spielen nun Besitzschutzansprüche bei dieser Problematik? Man könnte meinen, sie seien bedeutungslos, soweit der Vermieter bei unbeendetem Vertrag nicht zur Leistungsverweigerung berechtigt ist und der Mieter dementsprechend Versorgung verlangen kann. Das ist aber nur die halbe, sozusagen der materiell rechtliche Teil der Wahrheit. Prozessual sind Besitzschutzansprüche im Vergleich zu vertraglichen Leistungsansprüchen schneller und besser durchzusetzen, weil im einstweiligen Verfügungsverfahren ein besonderer Verfügungsgrund nicht notwendig ist⁴⁹ und vertragliche Gegenansprüche ausgeschlossen sind. Der Besitzschutzanspruch gem. § 862 BGB ist nämlich ein possessorischer Anspruch, der aus dem gegen je-

sie soll ihn vielmehr schützen: Wenn er die Wohnung entsprechend dem beendeten Mietvertrag zur Verfügung stellt, erhält er die vereinbarte Miete; wenn er den Gebrauch nur eingeschränkt gewährt, fällt sein Entschädigungsanspruch geringer aus.

⁴⁹ Der Verfügungsgrund ergibt sich bereits aus dem possessorischen Besitzschutzanspruch selbst (*Lehmann-Richter*, NJW 2003, 1717 m.w.N.).

dermann wirkenden, absoluten Recht des Besitzes folgt und der gem. § 863 BGB petitorischen Rechten vorgeht; gegen den Anspruch aus § 862 BGB können Einwendungen nicht erhoben werden, die sich darauf stützen, dass ein dingliches oder obligatorisches Recht des Störers zum Besitz bestehe⁵⁰. Das Zurückbehaltungsrecht ist nur ein petitorisches Recht und auch keine Gestattung im Sinne von § 858 BGB⁵¹.

a. Besitz

Eine Besitzstörung - „die kleine Schwester des Besitzentzuges“ - liegt vor bei einer Beeinträchtigung des unmittelbaren Besitzes in der Weise, dass ein befriedeter Zustand durch verbotene Eigenmacht in einen solchen der Rechtsunsicherheit verwandelt wird⁵²; verbotene Eigenmacht ist jede gesetzlich nicht gestattete Handlung, die den unmittelbaren Besitzer ohne seinen Willen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt⁵³. Das Kammergericht führt hier die Unterscheidung zwischen Besitz und Gebrauch einer (Miet-)Sache ein und meint, nur der Besitz werde durch § 862 BGB geschützt, der Gebrauch hingegen nicht, denn Besitz im Sinne von § 858 BGB sei die tatsächliche Sachherrschaft, in der der Mieter durch die Einstellung der Versorgung nicht gestört werde, da dies keine Einwirkung, sondern eine bloße Gebrauchshinderung ohne Eingriff in die Sachherrschaft sei⁵⁴. Diese Ansicht, die mir wie ein Zirkelschluss vorkommt, ist falsch⁵⁵, auch wenn sie inzwischen einige Anhänger gefunden hat⁵⁶. Man besitzt eine Sache nämlich nicht um des Besitzes willen, sondern um sie zu gebrauchen. Den Gebrauch zu erhalten, ist der Zweck des Besitzschutzes. Oder, um es mit einem Klassiker des Sachenrechts zu formulieren: „Entscheidend [für eine Besitzstörung] ist, dass der unmittelbare Besitzer in seiner

⁵⁰ *Bund* in: Staudinger (2007), § 863 Rdn. 3.

⁵¹ H.M., vgl. OLG Saarbrücken, GuT 2005, 218; *Hinz*, NZM 2005, 847 jeweils mit weiteren Nachweisen. A.A. *Ulrici*, ZMR 2003, 897. Gestattungen wären etwa die Einwilligung des Besitzers, Vollstreckungsakte (nicht aber schon der Vollstreckungstitel) und strafprozessuale Maßnahmen; siehe näher bei *Bund* in: Staudinger (2007), § 858 Rdn. 16ff.

⁵² Vgl. *Palandt-Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 862 Rdn. 2.

⁵³ *Bund* in: Staudinger (2007), § 858 Rdn. 4.

⁵⁴ KG, NZM 2005, 66.

⁵⁵ So auch OLG Saarbrücken, GuT 2005, 218 mit eingehender Begründung; *Börstinghaus*, PiG 79 (2007), 185; LG Heilbronn, ZMR 2008, 717 und LG Berlin, GE 2007, 150. *Scheidacker* stellt demgegenüber in NZM 2007, 593 darauf ab, dass der Vermieter auch dann den Besitz nicht gewähren könne, wenn das Versorgungsunternehmen aufgrund einer Vertragsstörung seines direkten Verhältnisses mit dem Mieter die Versorgung einstelle; diese Argumentation geht am Problem vorbei, da der Vermieter den Besitz nur im Rahmen des vertraglich geschuldeten gewähren muss, in der Fallgestaltung von *Scheidacker* also ohne Versorgung.

⁵⁶ AG Ludwigsburg, MietRB 2006, 214; AG Detmold, Beschl. v. 2. 7. 2007 - 6 C 318/07 (zu finden bei Juris); *Herrlein*, NZM 2006, 531; *Briesemeister*, ZMR 2007, 661

Sachherrschaft *und der darin liegenden Sachnutzungsmöglichkeit* und damit in seinen Interessen beeinträchtigt ist.⁵⁷ Geschützt wird die Kontinuität in den faktischen Beziehungen zu den Sachen, mit denen sich jemand umgibt⁵⁸.

Es kommt folgendes hinzu: Anerkanntermaßen stellt beispielsweise Lärm eine Besitzstörung dar⁵⁹. Es macht keinen Unterschied, ob ich eine Sache nicht oder nicht uneingeschränkt nutzen kann, weil es dort zu laut ist oder weil es dort mangels Gasbelieferung zu kalt ist; psychisch vermittelte Einwirkungen, zu denen neben dem Lärm etwa auch Drohungen gehören, können ebenso beeinträchtigend sein wie unmittelbarer Zwang oder Wegnahme und Behinderung. Man könnte natürlich die Lärmeinwirkung als Besitzstörung aufgeben, um die Unterbrechung der Versorgung einer Wohnung nicht als Besitzstörung ansehen zu müssen. Das hat *Scheidacker*⁶⁰ vorgeschlagen für alle „lieferungsbezogenen Leistungen“ des Vermieters oder Dritter und für Immissionen, weil der Mieter in Bezug auf solche Leistungen und Immissionen keine Sachherrschaft habe - geschützt sei nämlich nur die Sachherrschaft, die der Mieter aus eigener Kraft aufbringen könne. Dem zu folgen, würde das Kind mit dem Bade ausschütten und den Besitz insgesamt entwerten, weil es bedeuten würde, dass der Besitz an einer Sache mit entsprechender räumlicher Entfernung von dieser verloren ginge, weil der Besitzer tatsächlich keine Macht mehr darüber hat: Das vor dem Supermarkt abgestellte Fahrrad ginge besitzrechtlich verloren, sobald und solange der Eigentümer es nicht mehr sehen kann. Keine Macht ist aber absolut, in irgendeiner Form sind wir immer von anderen abhängig. Deshalb ist Besitz nicht als absolute Sachherrschaft definiert, sondern als diejenige tatsächliche Sachherrschaft, die vom Verkehr anerkannt wird⁶¹ - in gewisser Weise also eine Fiktion, jedenfalls aber von Wertungen abhängig. Die Voraussetzungen des Besitzes sind im-

⁵⁷ *Baur*, Lehrbuch des Sachenrechts, 12. Aufl. 1983, § 9 I 2a (S. 74). Ähnlich OLG Saarbrücken GuT 2005, 218.

⁵⁸ Sog. Kontinuitätstheorie. Die sog. Friedenstheorie besagt nichts über die Funktion des Besitzes, wenn sie meint, durch den Ausschluss petitorischer Einwendungen solle gesichert werden, dass man sein Recht an einer Sache allein im gerichtlichen Verfahren und nicht mit Brachialgewalt durchsetzt. Zu beiden Theorien, die sich m.E. ergänzen, siehe eingehend *Bund* in: Staudinger (2007), vor § 854 Rdn. 17ff.

⁵⁹ *Scheidacker*, NZM 2005, 286; *Hinz*, NZM 2005, 846. *Scheidacker* äußert sich in NZM 2007, 593 allerdings auch kritisch zu der Unterscheidung des KG zwischen Besitz und Gebrauch.

⁶⁰ NZM 2005, 286; ihm folgend *Herrlein*, NZM 2006, 530.

⁶¹ Vgl. *Palandt-Bassenge*, BGB, 68. Aufl., vor § 854 Rdn. 1; *Bund* in: Staudinger (2007), § 854 Rdn. 6.

mer noch nicht vollständig geklärt, es sind sogar manche Grundlagen offen⁶². Eine abschließende Klärung kann in diesem Rahmen auch nicht erfolgen. Es wäre aber missverständlich davon zu sprechen, dass man an etwas, das man noch nicht hat, eine Besitzposition nicht erlangen könne, weshalb etwa das Wasser, das noch nicht beim Mieter angekommen sei, auch noch nicht in seinem Besitz angekommen sei⁶³. Man könnte dann nämlich fragen: Wann hat der Mieter überhaupt Besitz an dem Wasser? Wenn es auf das Grundstück bzw. in das Haus geleitet wird? Oder erst bei Erreichen des Wasserzählers der Wohnung oder der Wohnung selbst? Ist die Wasserleitung vielleicht mit sonstigen Gemeinschaftseinrichtungen wie etwa dem Treppenhaus zu vergleichen, weil nicht nur das Wasser des einen Mieters hindurch geleitet wird, sondern auch das Wasser der anderen Mieter und das "Hauswasser" (etwa für den Heizungsbetrieb)? Dieser Ansatz verkennt, dass es jedenfalls in diesem Zusammenhang letztlich nicht auf den Besitz an dem Wasser ankommt, sondern auf den Besitz an der Wohnung, der durch die mangelnde Wasserversorgung gestört wird. Beides kann zwar zum selben Ergebnis führen, die Wohnung wäre nach erfolgreicher Geltendmachung von Besitzschutzansprüchen versorgt. Wenn man auf den Besitz an dem Wasser anstatt der Wohnung abstellen würde, wäre das aber nur eine zufällige Folge und nicht das eigentliche Ziel des Besitzschutzes. Abgesehen davon ist es sachenrechtlich nicht einfach zu begründen, dem Mieter ein Besitzrecht an dem Wasser einzuräumen, sobald es das Grundstück erreicht⁶⁴. Wenn man es denn für möglich hält, dann kann es allenfalls Mitbesitz sein, weil durch dieselbe Leitung auch das Wasser der anderen Mieter und das "Hauswasser" fließt. Gegenüber einem Mitbesitzer - und ein solcher wäre der Vermieter schon allein wegen des "Hauswassers" - gibt es aber keinen Besitzschutz (§ 866 BGB).

b. Unterlassen

Dennoch ist im Ergebnis meist eine Besitzstörung zu verneinen, wenn der Vermieter die Versorgung der Räume unterbricht. Auch wenn er nämlich zur Unterbrechung aktiv tätig werden muss, indem er einen Schieber oder Hahn betätigt, so könnte er das gleiche Ergebnis erreichen, indem er etwa seine Zahlungen an das Versor-

⁶² Siehe die umfassende Darstellung bei *Bund* in: Staudinger (2007), vor § 854 Rdn. 34ff. und § 854 Rdn. 4ff.

⁶³ *Ulrici*, ZMR 2003, 896; *Scholz*, NZM 2008, 388.

⁶⁴ Dagegen *Scholz*, NZM 2008, 388/389.

gungsunternehmen einstellt, woraufhin wiederum dieses die Sperre vornimmt. Daran zeigt sich, dass der Schwerpunkt des Verhaltens nicht ein Handeln, sondern ein Unterlassen ist: Die Versorgung wird nicht aufrechterhalten, die Weiterversorgung wird vielmehr unterlassen⁶⁵. Eine Nichtbelieferung ist aber keine Besitzstörung⁶⁶. Die Dauerbelieferung mit den Versorgungsleistungen darf nicht davon abhalten, den rechtlichen Gehalt des Geschehens richtig einzuordnen. Wenn ein Schuldner einen Dauerauftrag einstellt, muss er dafür zwar etwas tun, dennoch ist es rechtlich ein Unterlassen der weiteren Zahlung. Noch näher liegt folgendes Beispiel: Wenn der Vermieter dem Mieter im Winter jeden Tag einen Eimer Kohle hinstellt, damit dieser seinen Ofen befeuern kann, dann leistet er jeden Tag durch aktives Tun. Wenn er eines Tages damit aufhört, dann ist aber der entsprechende Entschluss kein aktives Tun, sondern ein Unterlassen der Weiterbelieferung. Wenn dagegen eine Pflicht zum Handeln besteht, wenn also der Vermieter zur Versorgung verpflichtet ist, dann steht sein Unterlassen nach den allgemeinen Regeln einem Handeln gleich; das Unterlassen ist dann Besitzstörung⁶⁷.

Bei unbeendetem Vertrag (gleichgültig ob Gewerbe- oder Wohnraummiete) ist der Vermieter nach den obigen Ausführungen zur Versorgung nur bis zum Erreichen eines zur Kündigung berechtigenden Mietrückstandes und bis zum Ablauf einer Frist nach Androhung der Versorgungssperre verpflichtet. Das widerspricht nicht der erwähnten und von mir geteilten herrschenden Ansicht, wonach das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts keine Gestattung im Sinne von § 858 BGB ist. Es widerspricht auch nicht dem in § 863 BGB verankerten Grundsatz, dass possessorische Ansprüche petitorischen Einwendungen vorgehen. Denn das Zurückbehaltungsrecht, auf das sich der Vermieter berufen kann, soll nicht eine verbotene Eigenmacht des Vermieters gestatten, sondern den Rahmen seiner Garantienpflichten bestimmen, wann er also nicht untätig sein darf, sondern handeln muss. Der Ausschluss petitorischer Einwendungen kann nämlich nicht bedeuten, dass bei der Entscheidung über

⁶⁵ Vgl. KG, NZM 2005, 66; *Börstinghaus*, PiG 79 (2007), 185; *Hinz*, NZM 2005, 847; *Ulrici*, ZMR 2003, 896; *Herrlein*, NZM 2006, 528; *Joost* in: MünchKomm (4. Aufl.), § 858 Rdn. 6; *Häublein* in: MünchKomm (5. Aufl.), § 535 Rdn. 81. Ähnlich LG Berlin, GE 2007, 150 und LG Münster, WuM 2007, 274. Kritisch *Scholz*, NZM 2008, 389.

⁶⁶ A.A. wohl OLG Köln, NZM 2005, 67 und NZM 2000, 1026.

⁶⁷ *Hinz*, NZM 2005, 847; KG, NZM 2005, 66. Allgemein für die Besitzentziehung durch Unterlassen *Bund* in: *Staudinger* (2007), § 868 Rdn. 5.

possessorische Ansprüche (schuldrechtliche) Erwägungen zum Bestehen und Umfang subjektiver Rechte nicht angestellt werden dürfen⁶⁸.

Bei beendetem Vertrag besteht eine Versorgungspflicht grundsätzlich gar nicht mehr, es sei denn - aus ausnahmsweise nachwirkenden Treuepflichten⁶⁹ - innerhalb einer gerichtlichen Räumungsfrist oder bei unverschuldetem Verzug mit der Räumung unter Weiterzahlung des Mietzinses (etwa nach einer Eigenbedarfskündigung); einstellen darf der Vermieter die Versorgung aber ebenfalls erst nach entsprechender Androhung und Ablauf einer Frist.

Eine Besitzstörung durch aktives Tun liegt dann vor, wenn der Vermieter, der selbst die Versorgungsleistung nicht erbringt, in die direkte Versorgungsbeziehung des Mieters mit dem Versorgungsunternehmen eingreift und eine Leistungsunterbrechung bewirkt⁷⁰. Wenn der Vermieter also die Stromleitung unterbricht, durch die der Mieter auf Grund eines eigenen Vertrages mit dem Stromversorger elektrische Energie erhält, so ist dies kein Unterlassen, sondern ein in den Besitz des Mieters eingreifendes Handeln.

4. Einstweiliger Rechtsschutz

Unterlässt der Vermieter die Versorgung, obwohl er es nicht darf, so kann sich der Mieter hiergegen mit einer einstweiligen Verfügung in Form der Verfügungsverfügung gem. § 940 ZPO unter Berufung auf eine Besitzstörung wehren. Oftmals besteht aber Streit über die wirksame Beendigung des Vertrages oder den Zeitpunkt der Beendigung oder das Zurückbehaltungsrecht des Vermieters. Die früher herrschende Meinung, die in jedem Fall eine Besitzstörung annahm, hatte kein Problem - eine einstweilige Verfügung musste erlassen werden. Nach der hier vertretenen Auffassung müsste im Zweifel im einstweiligen Verfügungsverfahren geklärt werden, ob der Vertrag beendet ist oder nicht bzw. ob dem Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht zusteht oder nicht. Das wird mit den kurzfristig zur Verfügung stehenden Beweismitteln oftmals nicht annähernd zuverlässig möglich sein. Gerade wenn es um die Behauptung von Mängeln, insbesondere Feuchtigkeitsmängeln, geht, ist eine zuverlässige Beur-

⁶⁸ *Bund* in: Staudinger (2007), § 863 Rdn. 5.

⁶⁹ *Börstinghaus*, PiG 79 (2007), 190.

⁷⁰ *Ulrici*, ZMR 2003, 897; *Hinz*, NZM 2005, 847 Fn. 75; LG Berlin, GE 2007, 150.

teilung in der Regel nur durch Sachverständigenbeweis möglich. Aber auch für derartige Fälle und zur Vermeidung der Gefahr, dass allzu viele Vermieter versuchen, im einstweiligen Rechtsschutz schon die Hauptsache zu klären, bietet die Verfügungsverfügung gem. § 940 ZPO hinreichend flexible Möglichkeiten.

In Ausnahmefällen ist nämlich eine Verfügungsverfügung in Form einer Leistungsverfügung dann möglich, wenn der Gläubiger (also der Mieter) dringend auf die sofortige Erfüllung (die Versorgung mit Strom, Wasser, Heizung) angewiesen ist⁷¹. Ein dringender Bedarf des Mieters an Versorgungsleistungen dürfte meist gegeben sein - es sei denn, der Mieter kann sich die Leistungen durch eigene Verträge mit den Versorgungsunternehmen selbst verschaffen. Wenn ein dringender Bedarf besteht, ist die einstweilige Verfügung zu erlassen. Zur Wahrung der Interessen des Vermieters sollten aber zwei Dinge berücksichtigt werden: Ist der Vertrag offensichtlich beendet oder besteht offensichtlich ein Zurückbehaltungsrecht, weil der Mieter gar keine oder unerhebliche Gründe für seinen Verbleib in den Räumen oder den Zahlungsrückstand vorbringt, kommt eine einstweilige Verfügung (als Leistungsverfügung) wohl nur in ganz besonderen Ausnahmefällen in Betracht. Dem Mieter sollte einstweiliger Rechtsschutz regelmäßig nur unter der Auflage gewährt werden, dass er die vereinbarten Nebenkosten bzw. die Vorauszahlungen an den Vermieter leistet - es sei denn der Mietvertrag ist offensichtlich noch nicht beendet oder es besteht kein Zurückbehaltungsrecht, weil der Vermieter unerhebliche Gründe hierfür vorbringt.

Abgesehen davon ist aber vor einem allzu leichtfertigen Umgang mit einer Versorgungssperre zu warnen. Wird sie zu Unrecht vorgenommen, können erhebliche Schadensersatzansprüche drohen. Der Mieter kann ggf. die (Mehr-)Kosten für auswärtiges Baden, Restaurantbesuche, Hotelkosten etc. verlangen, bei der Gewerberaummieta auch entgangenen Gewinn⁷².

II. Die Versorgungssperre des Versorgungsunternehmens

Nicht nur der Vermieter kann die Versorgung des Mieters mit Strom, Wasser und Heizenergie sperren. Auch eine Sperre des Versorgungsunternehmens kommt in

⁷¹ Zöller-Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 940 Rdn. 6.

⁷² Siehe dazu auch Herrlein, NZM 2006, 528.

Betracht, wenn es die Gegenleistung nicht mehr erhält. Wer diese Gegenleistung zu erbringen hat, hängt davon ab, wer Vertragspartner des Versorgers ist. Bei Wasser und Gas wird das meist der Vermieter sein oder - bei vermietetem Wohnungseigentum - die Wohnungseigentumsgemeinschaft. Teilweise schließt aber auch der Mieter direkt Verträge mit dem Versorger, bei der Lieferung von Strom dürfte das sogar die Regel sein.

Hat der Mieter eine eigene vertragliche Beziehung zu einem Versorger, dann berühren Versorgungssperren das Mietverhältnis nicht, weil der Vermieter insoweit nicht zur Gebrauchsgewährung verpflichtet ist. Er muss also weder ersatzweise für eine Belieferung des Mieters sorgen noch kann der Mieter ihm gegenüber Gewährleistungs- oder Zurückbehaltungsrechte geltend machen, da der Mieter den - objektiv bestehenden - Mangel selbst verschuldet hat. Auch Besitzschutzansprüche gegenüber dem Vermieter kommen nicht in Betracht. Zwar wird der Besitz des Mieters beeinträchtigt, aber der Vermieter ist nicht der Störer. Darf aber der Versorger die Lieferung von Strom, Wasser und Energie einstellen? Die gleiche Frage stellt sich, wenn die vertragliche Beziehung des Versorgers zum Vermieter oder - bei vermietetem Wohnungseigentum - zur Wohnungseigentümergeinschaft besteht. Auch dann betreffen Liefersperren des Versorgers den Mieter. Bei der Beantwortung dieser Fragen ist wiederum die schuldrechtliche Ebene von der sachenrechtlichen zu trennen.

Die Rechtsbeziehung der Versorgungsunternehmen zu ihren (Haushalts-) Kunden ist durch Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB) geregelt, die durch Rechtsverordnung vorgegeben sind. Die StromGVV sowie die GasGVV finden ihre Ermächtigungsgrundlage dabei in § 39 Energiewirtschaftsgesetz⁷³, die AVBFernwärmeV und die AVBWasserV in § 27 AGBG⁷⁴. Diese Vertragsbedingungen sehen nahezu identische Regelungen⁷⁵ für die Unterbrechung der Leistung bei Zahlungsrückständen (und de-

⁷³ Sie gelten gem. § 1 der jeweiligen Verordnung aber nur für die Energieversorgungsunternehmen, die die Grundversorgung übernehmen müssen. Da diese Aufgabe aber dem jeweils größten Versorger zufällt, was in regelmäßigen Abständen überprüft wird, dürften alle Versorger Anlass haben, die AVB ihren Verträgen zu Grunde zu legen.

⁷⁴ Das Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist durch die Schuldrechtsreform in das BGB (§§ 305ff. BGB) integriert worden.

⁷⁵ Siehe jeweils §§ 19 Abs. 2 StromGVV und GasGVV sowie jeweils §§ 33 Abs. 2 AVBFernwärmeV und AVBWasserV. In § 19 Abs. 2 StromGVV ist zusätzlich eine bestimmte Mindesthöhe des Zahlungsrückstandes (100,00 €) und dessen Berechnung geregelt.

ren Wiederaufnahme nach Begleichung des Rückstandes) vor. Beispielhaft sei hier § 19 Abs. 2 GasGVV zitiert:

"Bei anderen Zuwiderhandlungen, insbesondere bei der Nichterfüllung einer Zahlungsverpflichtung trotz Mahnung, ist der Grundversorger berechtigt, die Grundversorgung vier Wochen nach Androhung unterbrechen zu lassen und den zuständigen Netzbetreiber nach § 24 Abs. 3 der Niederdruckanschlussverordnung mit der Unterbrechung der Grundversorgung zu beauftragen. Dies gilt nicht, wenn die Folgen der Unterbrechung außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung stehen oder der Kunde darlegt, dass hinreichende Aussicht besteht, dass er seinen Verpflichtungen nachkommt. Der Grundversorger kann mit der Mahnung zugleich die Unterbrechung der Grundversorgung androhen, sofern dies nicht außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung steht."

Die Regelungen sind spezielle Ausprägungen der Leistungsverweigerungsrechte gem. §§ 273, 320 BGB⁷⁶. Sie machen die Versorgungssperre - über die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 273, 320 BGB, die ebenfalls erfüllt sein müssen, hinaus⁷⁷ - ausdrücklich von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig, fordern also einen Zahlungsrückstand von nicht unerheblicher Höhe. Wann die Grenze erreicht ist, kann nicht absolut festgelegt werden. Bei wiederholtem Zahlungsrückstand wird sie niedriger sein, ebenso dürfte ein Verschulden des Kunden (Mieter, Vermieter, Wohnungseigentumsgemeinschaft) eine Rolle spielen. Außerdem sind nach dem Wortlaut der Klausel die Auswirkungen der Sperre zu berücksichtigen. Wenn etwa kranke Bewohner oder kleine Kinder vorhanden sind, hat eine Sperre potentiell größere Folgen als bei einer Studentenwohnung. Die Einzelfallumstände sind entscheidend⁷⁸, wobei es allerdings nach dem Wortlaut der Regelung Sache des Kunden ist, sich auf die Unverhältnismäßigkeit zu berufen. Die Verhältnismäßigkeit kann auch entfallen, wenn der Kunde plausibel darlegen kann, dass er in Zukunft seinen Verpflichtungen nachkommen werde.

⁷⁶ BGH, NJW 1991, 2645.

⁷⁷ BGH, NJW 1991, 2645.

⁷⁸ Siehe umfassend dazu *Derleder*, NZM 2000, 1098.

Die Verhältnismäßigkeit ist allerdings nicht die einzige Voraussetzung einer Leistungsunterbrechung. Erforderlich ist weiterhin eine Mahnung des Kunden durch den Versorger und die zeitlich nachfolgende Androhung der Unterbrechung. Nur ausnahmsweise, nämlich wenn es nicht außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung steht, kann die Mahnung mit der Androhung verbunden werden. Zwischen Androhung und Leistungsunterbrechung muss eine bestimmte Zeit vergehen, bei der Strom- und Gasversorgung vier Wochen, bei Fernwärme- und Wasserversorgung zwei Wochen.

Wenn nicht der Mieter selbst Kunde des Versorgers ist, sondern der Vermieter bzw. die Wohnungseigentümergeinschaft, dann beeinträchtigt eine Sperre auch den Mieter. Der Mieter hat gegen den Versorger aber keine eigenen vertraglichen oder quasivertraglichen Ansprüche; der Vertrag zwischen Vermieter bzw. Wohnungseigentümergeinschaft und Versorger ist kein Vertrag zu Gunsten des Mieters gem. § 328 BGB, aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten des Mieters (§ 328 BGB analog) hätte der Mieter keinen Erfüllungsanspruch⁷⁹. Die Einzelheiten können hier nicht vertieft werden; es sei nur auf die ausführlich und überzeugend begründete Entscheidung des LG Frankfurt (Oder) vom 1.02.2002⁸⁰ verwiesen sowie auf die umfassende Darstellung von *Derleder*⁸¹. Der Versorger dürfte allerdings gehalten sein, die ihm bekannten Beeinträchtigungen für die Mieter in seine Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen, da er weiß, dass von der Versorgung nicht nur sein Kunde, sondern alle Personen abhängig sind, die in dem Haus leben⁸². Ohne die Berücksichtigung dieser Personen wäre eine Verhältnismäßigkeitsprüfung immer überflüssig bei Versorgung von vermieteten Häusern, was aber dem Zweck der Sonderregelung des Zurückbehaltungsrechts in den Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) widerspricht⁸³. Eine Androhung der Sperre gegenüber dem Mieter ist allerdings nicht notwendig⁸⁴, da sich die AVB nur auf das Vertragsverhältnis zwischen Versorger und

⁷⁹ LG Gera, NZM 1998, 715. Zu den Folgen und Problemen, wenn der Mieter nach einer Versorgungsunterbrechung oder zur Abwendung derselben direkt an den Versorger zahlt oder einen Vertrag mit ihm schließt, siehe *Derleder*, NZM 2000, 1098.

⁸⁰ Az. 6a S 75/01; NJW-RR 2002, 803 m.w.N. Siehe auch LG Gera, NZM 1998, 715.

⁸¹ NZM 2000, 1098, der allerdings in Ausnahmefällen einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte annimmt, wenn der Anspruch des Mieters gegen den Vermieter wertlos ist.

⁸² So auch *Derleder*, NZM 2000, 1105; LG Gera, NZM 1998, 715.

⁸³ Das gleiche Ergebnis erzielt man, wenn man dem Vertrag eine Schutzwirkung zu Gunsten Dritter gem. § 328 BGB analog beilegt; siehe dazu Fn. 80 und 81.

⁸⁴ A.A. *Derleder*, NZM 2000, 1105.

Kunden beziehen und es Sache des Kunden ist, die Androhung (etwa an Mieter oder Mitbewohner) weiterzugeben.

Entgegen einer früher vielfach vertretenen Meinung⁸⁵ ist die Versorgungsunterbrechung keine Besitzstörung. Das dürfte inzwischen herrschende Meinung sein, die Begründungen gehen aber auseinander. Teilweise wird die Einbeziehung der AVB als Zustimmung des Kunden angesehen⁸⁶, was aber schon für den Mieter nicht zutrifft, der über ein Vertragsverhältnis des Vermieters versorgt wird. Teilweise wird darauf abgestellt, dass der Mieter nur Besitz an den Zuleitungen im räumlichen Bereich seiner Wohnung habe, auf die der Versorger aber nicht zugreife⁸⁷; entscheidend ist aber - wie oben ausgeführt - nicht der Besitz an den Leitungen oder dem Wasser etc., sondern allein der Besitz an der Wohnung. Schließlich wird teilweise vertreten, die unbegrenzte Fortsetzung der Versorgung sei kein Element des Besitzes⁸⁸. Das ist m.E. der richtige Ansatzpunkt. Genauso wie der Vermieter, der dem Mieter die Versorgung sperrt, nur die Weiterversorgung unterlässt, ist es auch beim Versorger. Eine Besitzstörung kann daher, wenn überhaupt, nur vorliegen, wenn der Versorger eine Garantenstellung, also eine Pflicht zur Weiterversorgung hätte. Das ist aber nicht der Fall, wenn er wegen Zahlungsrückständen die Leistung gem. §§ 273, 320 BGB iVm. den jeweiligen AVB unterbrechen darf.

III. Die Versorgungssperre der Wohnungseigentumsgemeinschaft

Nach der Rechtsprechung des BGH⁸⁹ kann eine Wohnungseigentümergeinschaft im Wege des Zurückbehaltungsrechts eine Versorgungssperre gegen einen Wohnungseigentümer verhängen, wenn hierüber ein rechtskräftiger Beschluss gefasst wurde, der Wohnungseigentümer mindestens sechs Monate mit dem Wohngeld in Rückstand ist und die Sperre angedroht wurde. Wenn die Wohnungseigentumsgemeinschaft einen gerichtlichen Titel zur Duldung der Versorgungssperre und das zum

⁸⁵ Nachweise bei LG Frankfurt (Oder), NJW-RR 2002, 803.

⁸⁶ OLG Saarbrücken, GuT 2005, 218.

⁸⁷ LG Frankfurt (Oder), NJW-RR 2002, 803.

⁸⁸ *Derleder*, NZM 2000, 1100.

⁸⁹ BGH, NZM 2005, 626. Das Urteil betraf zwar eine Erbbaugemeinschaft, der BGH hat aber die Grundsätze des WEG angewendet; siehe auch *Briesemeister*, FS Blank (2006), S. 598.

Absperren notwendige Betreten der Wohnung erwirkt, dann ist kein gesonderter Durchsuchungsbeschluss für eine Vollstreckung notwendig⁹⁰.

Wie ist es aber, wenn der Wohnungseigentümer die Wohnung vermietet hat? Letztlich besteht kein gravierender Unterschied zur Versorgungssperre des Versorgungsunternehmens, da sich der Vermieter, der gleichzeitig Wohnungseigentümer ist, zur Erfüllung der Versorgungspflicht eines Dritten bedient, diesmal aber nicht direkt des Versorgungsunternehmens, sondern in einem weiteren Zwischenschritt der Wohnungseigentumsgemeinschaft. Diese schließt für das gesamte Haus Versorgungsverträge und stellt sie den Wohnungseigentümern zur Verfügung⁹¹, der wiederum gegenüber dem Mieter den Gebrauch gewährt. Das bedeutet: Der Mieter hat die Sperre im Verhältnis zur Wohnungseigentumsgemeinschaft, zu der keine vertraglichen Beziehungen bestehen, hinzunehmen⁹²; gegenüber seinem Vermieter stehen ihm (kaum realisierbare) Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche zu. Besitzschutzansprüche bestehen nicht⁹³, weil die Wohnungseigentumsgemeinschaft in Bezug auf den Mieter die Versorgung nur unterlässt und mangels Garantenstellung keine Pflicht zum Handeln hat; im übrigen hat der Mieter gegenüber der Wohnungseigentumsgemeinschaft keine weitergehenden Rechte als der vermietende Wohnungseigentümer⁹⁴.

Kann die Sperre gegenüber dem Mieter aber auch effektiv durchgesetzt werden? Keine Probleme bereitet das, wenn hierzu die Wohnung des Mieters nicht betreten werden muss. Befinden sich die technischen Einrichtungen, die zur Sperrung betätigt werden müssen, dagegen in der Wohnung des Mieters, muss die Wohnungseigentumsgemeinschaft ein Betretungsrecht haben und den Mieter eine Duldungspflicht treffen. Ein entsprechender Titel gegen den Wohnungseigentümer reicht nicht aus, da dann nur der Wohnungseigentümer Titelschuldner ist, nicht aber der Mieter. Vielfach wird die Möglichkeit verneint, einen gesonderten Titel gegen den Mieter erlangen zu können, weil es an einer entsprechenden Anspruchsgrundlage fehle; die Wohnungseigentumsgemeinschaft stehe zu dem Mieter nicht in vertraglicher Bezie-

⁹⁰ BGH, NZM 2006, 863.

⁹¹ KG, NZM 2001, 761; *Briesemeister*, FS Blank (2006), S. 598.

⁹² Zu den Folgen und Problemen, wenn der Mieter nach einer Versorgungsunterbrechung oder zur Abwendung derselben direkt an die Wohnungseigentumsgemeinschaft zahlt, siehe *Scholz*, NZM 2008, 387 und *Briesemeister*, FS Blank (2006), S. 599.

⁹³ So auch KG, NZM 2002, 221. A.A. OLG Köln, NZM 2000, 1026.

⁹⁴ BGH, NZM 2007, 130 Rdn. 18; KG, NZM 2001, 761.

hung, § 1004 BGB begründe nur einen Duldungs-, nicht einen Unterlassungsanspruch und für einen deliktischen Anspruch gem. §§ 823 Abs. 2 BGB, 242 StGB fehle es an einer Wegnahme der Versorgungsleitungen⁹⁵.

Dem ist zu widersprechen, der Mieter ist vielmehr gem. § 1004 BGB gehalten, die Absperrung auch in seinen Räumen zu dulden. Das folgt m.E. ohne weiteres aus einer Entscheidung des BGH⁹⁶, mit der ein Mieter aus dieser Vorschrift zur Duldung des Rückbaus eines Wintergartens verpflichtet wurde, den der vermietende Wohnungseigentümer rechtswidrig an dem Gemeinschaftseigentum errichtet hatte⁹⁷. Damit ist zunächst entgegen der Ansicht des KG⁹⁸ festgestellt, dass die Pflicht zur Duldung quasi als Minus in der Unterlassungspflicht enthalten ist; was konkret der Störer gem. § 1004 BGB zu leisten hat, richtet sich nämlich (auch) nach der Art der Beeinträchtigung, für die er haftet⁹⁹. Das (von § 1004 BGB geschützte) dingliche Recht der Wohnungseigentumsgemeinschaft, das der Mieter stört, ist das Eigentum an dem Versorgungsgut (etwa dem Wasser), das ihr von dem Versorgungsunternehmen als dessen Vertragspartner konkludent mit Erreichen des Grundstücks bzw. des Hauses übereignet wird¹⁰⁰. Die Störung geschieht dadurch, dass der Mieter das Versorgungsgut verbraucht, wenn er etwa den Wasserhahn oder die Heizung aufdreht. Diese Beeinträchtigung ist dem Mieter auch zurechenbar, weil sie bei wertender Betrachtungsweise jedenfalls mittelbar auf seinen Willen zurückgeht¹⁰¹.

Soweit ein Verbrauch auch ohne derartige Handlungen eintritt, ist der Mieter aber nicht Handlungsstörer. Zustandsstörer kann er sein, wenn es von seinem Willen abhängt, ob die Versorgung weiter erfolgt, ob also der beeinträchtigende Zustand aufrechterhalten wird¹⁰². Der Mieter, der sich nur weigert, die Sperre vornehmen zu lassen, handelt nicht, er unterlässt. Das ist nur dann eine Störung, wenn eine Pflicht zum Handeln besteht. Da der Mieter sein Recht von dem Vermieter ableitet und dieser ihm nicht mehr an Rechten gewähren kann, als er selbst hat, kommt es darauf

⁹⁵ KG, NZM 2006, 297.

⁹⁶ BGH, NZM 2007, 130.

⁹⁷ *Briesemeister*, ZMR 2007, 661 und *Scholz*, NZM 2008, 390 ziehen diese Parallele in ähnlicher Weise.

⁹⁸ KG, NZM 2006, 297.

⁹⁹ BGH, NZM 2007, 130 Rdn. 19.

¹⁰⁰ *Scholz*, NZM 2008, 390.

¹⁰¹ Zum Erfordernis dieser Voraussetzung siehe BGH, NZM 2007, 130 Rdn. 14.

¹⁰² So BGH, NZM 2007, 130 Rdn. 12/13 zu der ähnlichen Sachlage bei der Pflicht des vermietenden Wohnungseigentümers zur Duldung des Rückbaus eines Wintergartens.

an, ob der Vermieter eine Sperre dulden müsste. Es geht allerdings um einen dinglichen Unterlassungsanspruch gegen den Mieter, weshalb auch nur dingliche Ansprüche der Wohnungseigentumsgemeinschaft gegen den Vermieter in Betracht kommen¹⁰³. Solche wird man aber kaum bejahen können, wenn das Versorgungsgut nicht aktiv abgefordert wird.

¹⁰³ BGH, NZM 2007, 130 Rdn. 18.