

KG, Urt. vom 08.07.2004 - 12 W 21/04;  
(LG Berlin, Beschl. vom 29.4.2004 - 34 O 223/04)

#### Gründe:

I. Der Verfügungskläger mietete mit Vertrag vom 23.2./3.3.1994 Gewerberäume in der B.-straße 102 im Umfang von 70 m für den Betrieb einer Massagepraxis. Nach § 5 Nr. 2 des Mietvertrages hatte der Verfügungskläger an die Verfügungsbeklagte u. a. die Kosten für die Wasserversorgung an die Verfügungsbeklagte zu zahlen. Der monatliche Mietzins betrug zuletzt 1.293,48 Euro.

Bis Oktober 2002 zahlte der Verfügungskläger die vereinbarte Miete nur teilweise. Seit Oktober 2002 erbringt er keine Leistungen mehr. Im Jahr 2000 hat er ein Schuldanerkenntnis über offene Mietzinsforderungen von ca. 12.000 DM unterzeichnet. Im März 2004 betragen die Mietrückstände über 50.000 Euro.

Unter dem 7.11.2003 hat die Verfügungsbeklagte das Mietverhältnis wegen der damaligen Mietrückstände von 31.370,47 Euro fristlos gekündigt. Mit Schreiben vom 27.4.2004 hat sie angekündigt, wegen offener Mietzinsforderungen ihr Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen und das Wasser abzusperren. Am 29.4.2004, 10.00 Uhr, hat die Verfügungsbeklagte die Wasserzufuhr zu den streitgegenständlichen Räumen abgesperrt.

Der Verfügungskläger hat erklärt, er sei bereit, für die Wasserversorgung einen monatlichen Vorschuss zu zahlen. Weiter hat er geltend gemacht, nach Absperrung der Wasserversorgung sei er nicht mehr in der Lage, in den streitgegenständlichen Räumen Massagen durchzuführen, da für Fangopackungen etc. Wasser benötigt werde. Im April 2004 begonnene Behandlungen von Patienten seien erst Mitte Juni 2004 abgeschlossen.

Die Parteien streiten um die Rechtsfrage, ob die Verfügungsbeklagte aufgrund eines ihr zustehenden Zurückbehaltungsrechts die Wasserzufuhr absperrn darf oder ob dies eine verbotene Eigenmacht i.S.d. §§ 858, 862 BGB darstellt.

Das LG hat mit Beschluss vom 29.4.2004 den Antrag des Verfügungsklägers, die Beklagte zur Wiederherstellung der Wasserzufuhr zu verpflichten, zurückgewiesen. Auf die Beschwerde des Verfügungsklägers vom 1.5.2004 hat der 9. Zivilsenat als Vertretersenate mit Beschluss vom 4.5.2004 eine einstweilige Verfügung erlassen und darin die Verfügungsbeklagte verpflichtet, die Wasserzufuhr wiederherzustellen, sofern der Verfügungskläger nachweist, für Mai und Juni 2004 jeweils 50 Euro Wasserkostenvorschuss an die Verfügungsbeklagte gezahlt zu haben. Hiergegen hat die Verfügungsbeklagte am 5.4.2004 Widerspruch eingelegt.

Die Verfügungsbeklagte beantragt, die einstweilige Verfügung des KG vom 4.5.2004 aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Der Verfügungskläger beantragt, den Widerspruch zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Die Akten 34 AR 6/04 des LG Berlin haben zu Informationszwecken vorgelegen und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

II. 1. Der Widerspruch der Verfügungsbeklagten gegen den Beschluss des 9. Zivilsenats vom 4.5.2004 ist form- und fristgerecht eingelegt worden. Das KG ist auch für die

Entscheidung über den Widerspruch zuständig. Zwar wird in Rechtsprechung und Schrifttum wohl überwiegend die Auffassung vertreten, dass dann, wenn das Beschwerdegericht den Arrest oder die einstweilige Verfügung erlassen hat, für die Durchführung des Widerspruchsverfahrens die erste Instanz zuständig sei (OLG Düsseldorf MDR 1984, 324; OLG Hamm OLGZ 1987, 493; OLG Dresden JurBüro 2000, 138 [139]; Zöller/Vollkommer, ZPO, 24. Aufl., § 924 Rz. 6; Heinze in MünchKomm/ZPO, 2. Aufl., § 924 Rz. 13, m.w.N.). Dies wird in erster Linie mit der Beendigung der Beschwerdeinstanz durch die Entscheidung in der Sache und mit der Notwendigkeit, den Erlass des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung durch das Beschwerdegericht und die Übertragung der Anordnung auf das Erstinstanzgericht gem. § 575 ZPO gleich zu behandeln, begründet, sowie mit der Stellung des Beschwerdegerichts als „Ersatzgericht“ der ersten Instanz.

Der Senat vermag sich dieser Auffassung jedoch nicht anzuschließen. Gegen sie spricht insb. der Eilcharakter des Arrestverfahrens. Zudem würde die Gegenmeinung dazu führen, dass das erstinstanzliche Gericht in seiner Entscheidung über den Widerspruch die Arrestanordnung des übergeordneten Gerichts aufheben könnte. Streiten die Parteien, wie im vorliegenden Fall, ausschließlich um Rechtsfragen, so wäre zudem damit zu rechnen, dass dann, wenn das Gericht erster Instanz im Widerspruchsverfahren an seiner bisherigen Rechtsauffassung festhält, die zweite Instanz – nunmehr als Berufungsgericht – die Entscheidung erster Instanz erneut abändert, so dass es im Ergebnis zu einer Vielzahl sich widersprechender Entscheidungen kommt, was weder dem Interesse der Parteien dient noch prozessökonomisch ist. Auch der Zweck des Widerspruchs, wonach das Gericht, welches den Arrest oder die einstweilige Verfügung angeordnet hat, seine eigene Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung nochmals überprüfen soll, spricht für eine Zuständigkeit des Beschwerdegerichts zur Entscheidung über den Widerspruch, zumal dieses mit der Sache bereits vertraut ist (Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 2. Aufl., § 924 ZPO Rz. 9, m.w.N.). Diese Auffassung entspricht im Übrigen einer im Bereich des KG verbreiteten Praxis.

2.a) Ein Anspruch auf Wiederherstellung der Wasserzufuhr ergibt sich entgegen der Ansicht des Verfügungsklägers nicht aus den Regelungen in § 5 Abs. 2a) des Mietvertrages. Ein vertraglicher Anspruch des Verfügungsklägers auf Wiederherstellung der Wasserzufuhr scheidet schon deshalb aus, weil die Verfügungsbeklagte den Mietvertrag vom 23.2./3.3.1994 nach ihrem unwidersprochenen Vorbringen mit Schreiben vom November 2003 wegen erheblicher Zahlungsrückstände des Verfügungsklägers gem. § 543 Abs. 2 Nr. 3a) BGB wirksam gekündigt hat.

b) Unabhängig von der Frage der Wirklichkeit der Kündigung kann der Verfügungskläger nicht von der Verfügungsbeklagten verlangen, dass diese die streitgegenständlichen Mieträume – auf ihre Kosten – mit Wasser versorgt, weil der Verfügungsbeklagten ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB zusteht, auf das sie sich mit ihrem Schreiben vom 27.4.2004 berufen hat. Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes 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 Zurückbehaltungsrechtes bei Dauerschuldverhältnissen oder Sukzessivlieferungsverträgen mit dem Gesetz nicht vereinbar (Beuermann, GE 1996, 1306, m.w.N.; i.E. ebenso Schmidt, Miete und Mietprozess, 4. Aufl., Rz. 10–19).

Dem Verfügungskläger kann auch nicht gefolgt werden, wenn er unter Berufung auf Schmidt/Futterer (Schmidt/Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 546 BGB Rz. 145) meint, durch das Zulassen einer Versorgungssperre seitens des Vermieters würde das gesamte Zivilprozess- und Vollstreckungsrecht, insb. der Vollstreckungsschutz unterlaufen werden. Zum einen verkennt der Verfügungskläger, dass durch die Absperrung der Wasserzufuhr allenfalls die Möglichkeit der weiteren Nutzung der streitgegenständlichen

Mieträume durch den Mieter beeinträchtigt wird, während ihm der Besitz hieran durch die beanstandete Maßnahme nicht entzogen wird (so schon KG, Urt. v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98). Zum anderen übersieht der Verfügungskläger, 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 dahin gehend 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 nach § 320 BGB (Emmerich in MünchKomm/BGB, 4. Aufl., § 320 Rz. 2; i.E. ebenso OLG Hamm MDR 1994, 163 ff.).

c) Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts durch die Verfügungsbeklagte ist – das Fortbestehen des Mietvertrags unterstellt – im vorliegenden Fall auch nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen. Zwar hat der BGH (BGH v. 3.7.1991 – VIII ZR 190/90, BGHZ 115, 99 [102] = MDR 1991, 841) für möglich erachtet, dass die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts durch ein Versorgungsunternehmen gegen Treu und Glauben verstoßen könnte. Der dortige Sachverhalt ist mit dem hier zu entscheidenden Fall jedoch nicht vergleichbar. In dem vom BGH zu entscheidenden Fall hatte das Versorgungsunternehmen die Stromversorgung für die Wohnräume eines Mieters unterbrochen, weil dieser Stromrechnungen für in einem anderen Gebäude befindliche Gewerberäume nicht ausgeglichen hatte. Dabei bestand die Besonderheit, dass der vollständige Mietzins für die Wohnräume regelmäßig vom Sozialamt ausgeglichen worden war. Im vorliegenden Fall sind demgegenüber keine Anhaltspunkte ersichtlich, die die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts durch die Verfügungsbeklagte als treuwidrig erscheinen lassen könnten, zumal erhebliche Mietrückstände aufgelaufen sind, die eine Kündigung rechtfertigen, und die Sperre zuvor angekündigt wurde.

d) Die Unterbrechung der Wasserversorgung durch die Verfügungsbeklagte stellt sich auch nicht als verbotene Eigenmacht in der Form der Besitzstörung hinsichtlich der vom Verfügungskläger ursprünglich angemieteten Gewerberäume i.S.d. §§ 858, 862 BGB dar. aa) Allerdings steht es der Annahme einer verbotenen Eigenmacht durch Absperrung der Wasserversorgung seitens der Verfügungsbeklagten nicht entgegen, dass der ursprüngliche Mietvertrag von der Verfügungsbeklagten wirksam gekündigt worden ist und dieser im Übrigen ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 BGB hinsichtlich der Wasserlieferung zusteht. Denn ggü. einem etwaigen Anspruch des Verfügungsklägers aus § 862 BGB kann die Verfügungsbeklagte nur geltend machen, dass die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht ist (§ 863 BGB). So genannte petitorische Einwendungen, also Einwendungen, die nicht auf Besitzrecht beruhen, sind ggü. dem possessorischen Anspruch auf Besitzschutz ausgeschlossen (LG Berlin WuM 2003, 508 [509]; Beuermann, GE 1996, 1398; Darleder, NZM 2000, 1098 [1100]; Palandt/Bassenge, BGB, 63. Aufl., § 863 Rz. 1).

bb) Nach Auffassung des Senats stellt jedoch in Fällen der vorliegenden Art, bei denen vertragliche Beziehungen nur zwischen dem Mieter und dem Vermieter von Gewerberaum einerseits sowie zwischen dem Vermieter und dem Versorgungsunternehmen andererseits bestehen, nicht aber unmittelbar zwischen Mieter und Versorgungsunternehmen, das Absperrn der Wasserzufuhr keine Besitzstörung i.S.d. §§ 858, 862 BGB dar.

(1) Es erscheint bereits möglich, das vom Verfügungskläger beanstandete Verhalten der Verfügungsbeklagten bei wertender Betrachtung als Unterlassen einzustufen. Zwar setzt das Absperrn der Wasserversorgung zunächst ein aktives Tun voraus, nämlich das Schließen der Versorgungsleitung. Der Schwerpunkt des Verhaltens der Verfügungsbeklagten dürfte jedoch darin liegen, dass diese die vom Verfügungskläger

innegehaltenen Räume nicht weiterhin mit Wasser versorgt. Dies zeigt sich auch daran, dass die Verfügungsbeklagte denselben Erfolg, nämlich die Unterbrechung der Wasserzufuhr zu den streitgegenständlichen Räumen, auch dadurch hätte erreichen können, dass sie ihrerseits keine Zahlungen mehr an die Wasserbetriebe leistete. In diesem Fall hätten die Wasserwerke die Versorgung eingestellt. Stuft man aber das Verhalten der Verfügungsbeklagten als Unterlassen ein, so könnte eine verbotene Eigenmacht i.S.d. §§ 858 ff. BGB nur dann angenommen werden, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestünde (vgl. Beumann, GE 1996, 1398). Dies ist hier nicht der Fall. Insoweit wird auf die Ausführungen zu a) verwiesen.

(2) Aber auch wenn man das beanstandete Verhalten der Verfügungsbeklagten aufgrund seines äußeren Erscheinungsbildes als aktives Tun einstuft, führt dies nach Auffassung des Senats nicht zum Vorwurf der Eigenmacht. Soweit in Rechtsprechung und Schrifttum hiervon abweichend teilweise die Auffassung vertreten wird, die Unterbrechung der Versorgung von Räumen mit Wasser, Strom, Gas etc. stelle der Sache nach eine Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht dar (OLG Köln NZM 2000, 1026 für Wohnungseigentümergeinschaft; LG Berlin WuM 2003, 508 [509]; AG Siegen v. 4.6.1996 – 7 C 2846/96, WuM 1996, 707; wohl auch LG Kassel WuM 1979, 51 ff.; Palandt/Bassenge, BGB, 63. Aufl., § 862 Rz. 5, m.w.N.; Beumann, GE 1996, 1398), beruht dies nach Auffassung des Senats darauf, dass nicht hinreichend zwischen dem Besitz i.S.d. § 854 BGB und dem Mietgebrauch i.S.d. § 536 BGB unterschieden wird (so schon KG, Urt. v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98; i.E. auch OLG Hamm MDR 1994, 163 ff., für Wohnungseigentümergeinschaft; sowie KG NZM 2001, 761 [762], ebenfalls für Wohnungseigentümergeinschaft). So hat der 8. Zivilsenat des KG (KG NZM 2001, 761 [762]) zutreffend ausgeführt:

„Es ist zu unterscheiden zwischen dem Besitz des Mieters an der Mietsache und dem Gebrauch der Mietsache, den der Vermieter dem Mieter aufgrund des Mietvertrages nach § 536 BGB schuldet. Im Rahmen der Gebrauchsgewährung nach § 536 BGB ist der Vermieter auch zur Erbringung der vereinbarten Nebenleistungen (Heizung, Wasser) verpflichtet, wofür der Mieter die vereinbarten Nebenkostenvorschüsse zu zahlen hat. Nach Beendigung des Mietverhältnisses entfällt die Verpflichtung des Vermieters zur Gebrauchsgewährung nach § 536 BGB. Damit entfällt auch die Verpflichtung des Vermieters zur Erbringung der im Mietvertrag vereinbarten Nebenleistungen. Ob dies bei Wohnraummietverhältnissen innerhalb der Räumungsfrist anders zu bewerten ist, kann dahingestellt bleiben. Nach Beendigung des Mietverhältnisses kann der Vermieter also grundsätzlich die Erbringung der Nebenleistungen einstellen. Dadurch wird der Mieter zwar in dem Gebrauch der Mietsache, zu der er nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht mehr berechtigt ist, beeinträchtigt, sein Besitz an der Mietsache wird aber damit nicht gestört. Denn Besitz i.S.v. § 858 BGB ist die tatsächliche Sachherrschaft. Darin wird der Mieter durch die Einstellung der Nebenleistungen (hier die Abstellung des Frischwassers) nicht gestört. Die Einstellung von Nebenleistungen ist keine Einwirkung, sondern eine bloße Gebrauchshinderung ohne Eingriff in die Sachherrschaft.“

Die zeitlich unbegrenzte Fortsetzung von Lieferungen mit Wasser etc. ist kein Element des Besitzes des Mieters an den Geschäftsräumen (Darleder, NZM 2000, 1098 [1100]; ebenso Schmidt, Miete und Mietprozess, 4. Aufl., Rz. 10 [19]; Bub/Treier/v. Martius, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III Rz. 1152). Dementsprechend hat der BGH (BGH v. 3.7.1991 – VIII ZR 190/90, BGHZ 115, 99 [102] = MDR 1991, 841) und ihm folgend das OLG Hamm (OLG Hamm MDR 1994, 163 ff.) die Geltendmachung eines ZBR durch ein Versorgungsunternehmen grundsätzlich als zulässig angesehen, obwohl nach der oben genannten Rechtsmeinung stets eine Besitzstörung i.S.d. §§ 858, 862 BGB vorläge.

Ob die Frage einer verbotenen Eigenmacht anders zu beurteilen ist, wenn der Vermieter bei Bestehen einer direkten Vertragsbeziehung zwischen Mieter und Versorgungsunternehmen die Versorgung mit Wasser, Strom, Gas etc. unterbricht, hat der Senat ebenso wenig zu entscheiden wie die weitere Frage, ob die Besonderheiten des Wohnraummietrechtes eine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigen.

3. Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91 Abs. 1, 542 Abs. 2 S. 1 ZPO.

Grieß, VorsRIKG

Zillmann, RiKG

W. Hinze, RiKG