

## **Examensklausurenkurs Zivilrecht**

### **Klausur vom 16. Dezember 2016**

E ist Eigentümer eines mit einem Einfamilienhaus bebauten Hausgrundstücks, das er seit 2009 zu Wohnzwecken an M vermietet. Die Monatsmiete beträgt 1.000 €. Als M in finanzielle Schwierigkeiten gerät, zieht er aus dem Haus in eine kleinere Mietwohnung und vermietet Haus und Grundstück des E ab Jahresbeginn 2013 an U, wobei eine Monatsmiete von 1.200 € vereinbart wird. U gegenüber behauptet M, Eigentümer des Grundstücks zu sein; U überprüft diese Behauptung nicht. Den Mietzins von monatlich 1.000 € erhält E weiterhin von M.

Am Neujahrstag 2014 erfährt E durch Zufall davon, dass M sein Hausgrundstück an U untervermietet hat. Mit einem Schreiben, das dem M am 3. Januar 2014 zugeht, fordert E den M auf, die Überlassung des Hausgrundstücks an U bis Ende Januar 2014 zu beenden. M schreibt E sogleich zurück, er werde in dieser Sache keinen Finger rühren, und dies sei sein letztes Wort. Daraufhin erklärt E gegenüber M schriftlich, dass er das Mietverhältnis wegen der unbefugten Überlassung des Hausgrundstücks an U außerordentlich fristlos kündigt und jeder Fortsetzung des Mietverhältnisses widerspreche. Dieses Schreiben erhält M am 31. Januar 2014. M geht davon aus, dass die Kündigung des E wirksam ist. Am selben Tag informiert E auch den U unter Vorlage eines Grundbuchauszugs über die wahren Eigentumsverhältnisse und über die gegenüber M erklärte Kündigung. Er fordert U auf, das Hausgrundstück unverzüglich zu räumen. U kommt dieser Aufforderung nicht nach und zahlt M wie bisher pünktlich den mit diesem vereinbarten Mietzins. M leistet jedoch seit Februar 2014 keine Miete mehr an E. Ortsüblich wäre zu dieser Zeit ein Mietzins von 1.500 €

**Frage 1: Stehen E gegen M Ansprüche auf Rückgabe / Herausgabe des Hausgrundstücks zu?**

**Frage 2: Stehen E gegen M für den Zeitraum bis einschließlich Januar 2014 – über die bereits von M monatlich gezahlten 1.000 € hinaus – Zahlungsansprüche zu?**

**Frage 3: Stehen E gegen M für den Zeitraum ab Februar 2014 Zahlungsansprüche in Höhe von monatlich 1.500 € bzw. jedenfalls in Höhe von monatlich 1.200 € zu?**

**Frage 4: Stehen E gegen U Ansprüche auf Rückgabe / Herausgabe des Hausgrundstücks zu?**

**Frage 5: Stehen E gegen U für den Zeitraum bis einschließlich Januar 2014 – über die bereits von M monatlich gezahlten 1.000 € hinaus – Zahlungsansprüche zu?**

**Frage 6: Stehen E gegen U für den Zeitraum ab Februar 2014 Zahlungsansprüche in Höhe von monatlich 1.500 € bzw. jedenfalls in Höhe von monatlich 1.200 € zu?**

**Hinweis:**

Es besteht auch die Möglichkeit, die Klausur noch am Montag, den 19.12.2016, bis **10 Uhr** abzugeben.

Ausschließliche Abgabemöglichkeit ist ein Einwurf der Klausur in die zentralen Klausurenkurs-Postfächer auf T 3 (Postfach **1266** oder **1274**). Eine Abgabe per Telefax, E-Mail oder direkt am Lehrstuhl ist nicht möglich.

Bei falscher oder verspäteter Abgabe kann die Klausur leider nicht für eine Korrektur berücksichtigt werden.

**Rückgabe und Besprechung: Montag, 30.01.2017, 16 - 18 Uhr in H 14.**

## Lösungsskizze

### Ansprüche des E gegen M

#### Frage 1: Ansprüche auf Rückgabe/ Herausgabe des Hausgrundstücks

##### I. Rückgabeanspruch gem. §§ 549 Abs. 1, 546 Abs. 1 BGB

Danach ist der Mieter verpflichtet, die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben.

##### 1. Beendigung des Mietverhältnisses

- Durch die Kündigung des E zum 31. 1. 2014, §§ 542 ff. BGB als außerordentliche fristlose Kündigung.
- Wichtiger Grund gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 2. Alt. BGB
  - Danach liegt ein wichtiger Grund insbesondere vor, wenn der Mieter die Rechte des Vermieters dadurch in erheblichem Maße verletzt, dass er die Mietsache unbefugt einem Dritten überlässt.
  - Fraglich ist, ob die Gebrauchsüberlassung durch M „unbefugt“ iSd § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 2. Alt. BGB war.
  - Ob die Überlassung auch dann „unbefugt“ ist, wenn zwar die erforderliche Erlaubnis fehlt, der Mieter aber einen Anspruch auf ihre Erteilung hatte, kann dahinstehen, wenn M hier ohnehin keinen entsprechenden Anspruch hatte.
  - § 540 BGB gibt dem Mieter keinen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung an die Hand, sondern räumt dem Mieter „lediglich“ ein Kündigungsrecht ein, § 540 Abs. 1 S. 2 BGB.
  - In der vollständigen Aufgabe der Wohnung und Überlassung an den U, ohne E zu unterrichten, liegt daher eine unbefugte Gebrauchsüberlas-

sung iSd § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 2. Alt BGB (Vgl. Palandt<sup>75</sup>/ WEIDENKAFF, § 543 Rdnr. 22.).

○

- Erforderlich grds. Setzen einer Abhilfefrist oder Erklärung einer Abmahnung, § 543 Abs. 3 S. 1 BGB, es sei denn, es liegen Umstände vor, die eine entsprechende Erklärung entbehrlich machen, § 543 Abs. 3 S. 2 BGB. E hat M hier eine Abhilfefrist bis Ende Januar 2014 gesetzt.
  - Ob es sich dabei, wie grundsätzlich erforderlich (MüKoBGB<sup>6</sup>/BIEBER, § 543 Rdnr. 41), um eine angemessene Frist handelt, kann dahinstehen, wenn eine Fristsetzung nach § 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich war, weil sie offensichtlich keinen Erfolg versprach.
  - Hier erklärte M, er werde keinen Finger rühren, und dies sei sein letztes Wort. Aufgrund dieser ernsthaften und endgültigen Verweigerung einer Abhilfe versprach eine Fristsetzung offensichtlich keinen Erfolg; sie war somit nach § 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich.
- Die Kündigung erfolgte schriftlich, vgl. § 568 Abs. 1 i.V.m. § 126 BGB unter Angabe des Kündigungsgrundes, vgl. § 569 Abs. 4 BGB. Sie war mithin wirksam; das Mietverhältnis endete zum 31. Januar 2014.

2. Der Mieter ist zur Rückgabe der Mietsache nach § 546 Abs. 1 BGB verpflichtet.

- M ist zwar Mieter, aber nicht unmittelbarer Besitzer iSv § 854 Abs. 1 BGB; unmittelbarer Besitzer ist vielmehr U.
- M könnte somit die Herausgabe der Mietsache iSv § 275 Abs. 1 BGB unmöglich sein.
- Unmöglichkeit der Leistung (Rückgabe) an den Vermieter und damit der Untergang des Erfüllungsanspruchs gem. § 275 BGB liegen indes nicht vor, weil es zumindest möglich ist, dass der Mieter durch entsprechende Vereinbarungen den Freizug der Mietsache erreicht (Schmidt-Futterer<sup>11</sup>/STREYL, § 546 Rdnr. 25). Der Mieter hat vielmehr durch Inanspruchnahme des Dritten dafür zu sor-

gen, dass der Vermieter den Besitz an der Mietsache (zurück-) erhält und frei über sie verfügen kann (Schmidt-Futterer<sup>11</sup>/STREYL, § 546 Rdnr. 25).

3. E stand ab dem 1. Februar 2014 ein Rückgabeanspruch aus § 546 Abs. 1 BGB zu.

## **II. Anspruch auf Herausgabe, § 985 BGB**

E als Eigentümer kann von M als Besitzer gem. § 985 BGB Herausgabe des Hausgrundstücks verlangen, da infolge der Beendigung des Mietverhältnisses der M gegenüber E nicht mehr zum Besitz berechtigt ist. Gerichtet ist der Herausgabeanspruch auf Abtretung (vgl. § 870 BGB) des (soweit M gegenüber U noch kündigen muss: latenten) Anspruchs des M gegen U aus § 546 Abs. 1 BGB.

*Vertretbar ist auch die Ansicht, dass § 985 BGB bei beendeten Überlassungsverträgen von den vertraglichen Herausgabeansprüchen, hier also demjenigen nach § 546 BGB, verdrängt wird. - Man konnte hier noch diskutieren, ob M überhaupt noch den Willen hat, das Hausgrundstück zu besitzen, da er E gegenüber erklärt, er werde nicht gegen U vorgehen; da M aber weiterhin den Untermietzins von U einzieht, ist von einem Besitzwillen des M auszugehen.- Ebenfalls zu bejahen sein dürfte ein Anspruch des E gegen M aus § 812 Abs.1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Herausgabe des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des (ggf. latenten, s.o.) Herausgabeanspruchs des M gegen U gem. § 546 Abs. 1 BGB.*

**Frage 2: Zahlungsansprüche bis einschließlich Januar 2014****I. Zahlungsanspruch aus dem Mietvertrag, §§ 549 Abs. 1, 535 Abs. 2 BGB**

- Zwischen E und M besteht seit 2009 ein wirksamer Mietvertrag, §§ 535, 145 ff. BGB; den daraus geschuldeten Mietzins hat M dem E laut Sachverhalt gezahlt.
- Der Mietvertrag zwischen E und M verleiht E nicht ohne Weiteres einen Anspruch auf Herausgabe des Untermieterlöses, den M erzielt hat.
- Auch eine entsprechende ergänzende Auslegung des zwischen E und M geschlossenen Vertrages (§§ 133, 157 BGB) lässt sich kaum begründen.

*Ein solcher Anspruch lag daher eher fern; er muss nicht angesprochen werden.*

**II. Zahlungsanspruch (Schadensersatz) des E gegen M aus §§ 549 Abs. 1, 535, 540, 280 Abs. 1, 249 ff. BGB****1. Schuldverhältnis zwischen E und M**

→ E und M haben einen (Wohnraum-)Mietvertrag iSd (§ 549,) 535 BGB geschlossen.

**2. Pflichtverletzung des M**

→ Nach §§ 549, 540 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Mieter ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen, insbesondere sie weiterzuvermieten. Bereits der Umstand, dass eine Untervermietung ohne Erlaubnis erfolgt, stellt eine Pflichtverletzung iSv § 280 Abs. 1 S. 1 BGB dar; ob der Vermieter verpflichtet war, eine entsprechende Erlaubnis zu erteilen, ist hier irrelevant.

**3. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB**

→ M hat in Kenntnis der fehlenden Erlaubnis durch den Vermieter E und insbesondere willentlich ohne Kenntnis und Zustimmung des E mit U einen Untermietvertrag

geschlossen. In Ansehung seiner womöglich fehlenden Kenntnis von der Erlaubnisbedürftigkeit der Untervermietung handelte M zumindest fahrlässig.

#### 4. Schaden

- Ob ein kausaler Schaden vorliegt, bemisst sich nach den Regeln der §§ 249 ff. BGB. Fraglich ist, wie E stünde, hätte M nicht die Einholung der Erlaubnis nach § 540 Abs. 1 S. 1 BGB unterlassen (Differenzhypothese).
- Ein Schaden könnte sich aus einem entgangenen Vermögensvorteil des E ergeben, § 252 BGB, wenn E bei Kenntnis des Untermietverhältnisses einen höheren Mietzins erzielt hätte.
- Problematisch ist jedoch, dass sich die Höhe einer solchen Erhöhung schwer feststellen lässt. Im Übrigen ist § 553 BGB hier nicht anwendbar, so dass eine Erhöhung reine Fiktion wäre. Dabei hilft auch § 252 S. 2 BGB nicht weiter: Dadurch, dass M den E nicht um die nach § 540 Abs. 1 S. 1 BGB erforderliche Erlaubnis zur Untervermietung gebeten hat, ist dem E allenfalls eine Gewinnchance entgangen, denn M war nicht verpflichtet, mit E eine entsprechende Vertragsänderung zu vereinbaren (vgl. SÖLLNER, in: JuS 1967, 449 (450)). Der bloße Verlust einer Chance aber begründet keine Schadensersatzpflicht (Palandt<sup>75</sup>/GRÜNEBERG, Vor § 249 Rdnr. 53).
- Ein ersatzfähiger Schaden könnte allenfalls in einer erhöhten Abnutzung der Mietsache gesehen werden (SÖLLNER, in: JuS 1967, 449). Allerdings liegt eine erhöhte Abnutzung schon deshalb nicht vor, da E vor bzw. mit dem Einzug von U aus dem Haus und somit von dem Hausgrundstück aus- bzw. weggezogen ist; dass U das Haus stärker abnutzen würde als E ergibt sich aus dem Sachverhalt nicht.

*Dies muss nicht zwingend angesprochen werden.*

## 5. Ergebnis

Ein Anspruch des E gegen M aus §§ 535, 540, 280 Abs. 1, 249 ff. BGB scheidet mit- hin daran, dass E keinen ersatzfähigen Schaden erlitten hat.

*Dieser Anspruch muss nicht zwingend angesprochen werden.*

### III. Anspruch des E gegen M auf Herausgabe des Untermietzinses aus angemaß- ter Eigengeschäftsführung, §§ 667, 681 S. 2, 687 Abs. 2 S. 1 BGB

*Die Bearbeiter konnten auch Ansprüche aus echter Geschäftsführung ohne Auftrag anprüfen, die aber evident am fehlenden Fremdgeschäftsführungswillen des M schei- tern.*

Dies setzt voraus, dass in der Vermietung an U ein Geschäft des E liegt, das M unbe- rechtigterweise als sein eigenes behandelt hat.

#### 1. Geschäftsführung

- Der Begriff der Geschäftsführung ist weit auszulegen und umfasst jedes rechtsgeschäftliche und tatsächliche Handeln.
- Der Abschluss und die tatsächliche Durchführung des Untermietvertrages durch M sind eine solche Geschäftsführung.

#### 2. Fremdes Geschäft des E

- Fremd ist ein Geschäft immer dann, wenn es in den Interessen- und Pflichten- kreis eines anderen fällt (StaudingerBGB<sup>2006</sup>/BERGMANN, § 687 Rdnr. 14).
- Ob der Hauptmieter ein Geschäft des Vermieters führt, wenn er die Sache im Laufe eines bestehenden Hauptmietverhältnisses untervermietet, ist umstritten.
- Teile der Literatur sehen in der unberechtigten Untervermietung ein Geschäft des Vermieters auch dann, wenn zwischen Vermieter und Untervermieter ein



wirksames Hauptmietverhältnis besteht. (vgl. THEUFFEL, in: JuS 1997, 886 ff.; KIEHNLE/SCHRÖDER, in: Jura 2007, 702 ff.).

- Es sei nicht auf den Umstand abzustellen, ob der Vermieter selbst hätte untervermieten können oder nicht, denn dieser Verwertungs- und Gebrauchsmöglichkeit habe sich der Vermieter zweifelsohne begeben.
  - Abzustellen sei vielmehr auf das Recht des Vermieters, einer Untervermietung zuzustimmen oder eine solche Zustimmung zu verweigern.
  - Die Erteilung der erforderlichen Erlaubnis iSv § 540 Abs. 1 BGB obliege ausschließlich dem Vermieter und keinesfalls dem Mieter, so dass der Mieter durch die „Selbsterteilung“ in die Entscheidungskompetenz des Vermieters eingreife. Zwar habe der Vermieter den Gebrauch der Mietsache dem Mieter überlassen, dies aber nur im Rahmen des vertraglich bestimmten Eigengebrauchs.
  - Übertragen auf den Fall bedeutet dies, dass durch den Eingriff des M in das dem Vermieter zustehende Recht aus § 540 Abs. 1 BGB ein (ausschließlich) fremdes Geschäft anzunehmen ist.
- Nach Ansicht insbesondere der Rspr. dagegen ist eine solche Untervermietung kein Geschäft des Vermieters. Die Untervermietung sei auch dann, wenn sie unberechtigt erfolge, ein dem Mieter ausschließlich zugewiesenes (eigenes) Geschäft (BGH, Urteil vom 20.5.1964 (VII ZR 235/63) = NJW 1964, 1853; BGH, Urteil vom 12.12.1995 (XII ZR 194/93) = NJW 1996, 838 (839)).
- Zwar sei die Vermietung von Sachen grundsätzlich ein Geschäft des Eigentümers.
  - Im Rahmen eines bestehenden Hauptmietverhältnisses sei der Eigentümer jedoch gar nicht in der Lage, die Mietsache an einen Dritten zu vermieten.

- Damit übe der Mieter, indem er die Mietsache in vertragswidriger Weise untervermietete, den ihm bereits überlassenen Gebrauch zwar in einer ihm nicht zustehenden Weise aus, er führe aber mit der Untervermietung lediglich ein eigenes Geschäft.
- Übertragen auf den Fall bedeutet dies, dass bereits der Tatbestand des § 687 Abs. 2 BGB nicht vorliegt, da M mit der Untervermietung an U kein Geschäft des E geführt hat. Nach dieser wohl hM besteht für die Zeit bis zur wirksamen Kündigung des Hauptmietverhältnisses zwischen E und M kein Anspruch des E gegen M aus §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB auf Herausgabe des Untermietzinses.

*Sofern der erstgenannten Ansicht gefolgt wird, müsste in der Rechtsfolge darauf eingegangen werden, auf welchem Wege das aus der Geschäftsanmaßung Erlangte herauszugeben ist. Eine Herausgabe der Möglichkeit, ohne Erlaubnis zu vermieten, ist nicht möglich (vgl. KIEHNLE/SCHRÖDER, in: Jura 2007, 702 (704)). § 667 BGB sieht auf Rechtsfolgenseite keine Wertersatzpflicht vor, sofern das Erlangte gegenständlich nicht herausgegeben werden kann. Zu diskutieren wäre auf Rechtsfolgenseite eine Analogie zu § 818 Abs. 2 BGB (vgl. KIEHNLE/SCHRÖDER, in: Jura 2007, 702 (704)). Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 678 BGB besteht mangels ersatzfähigen Schadens des E nicht.*

### **3. Ergebnis**

E hat keinen Anspruch auf Herausgabe des Untermietzinses aus §§ 667, 681 S. 2, 687 Abs. 2 S. 1 BGB.

### **IV. Anspruch des E auf Nutzungsherausgabe aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 BGB**

Voraus.: Vindikationslage zwischen E und M im Zeitpunkt der Untervermietung an U

1. Bis zur Kündigung des Mietvertrags durch E war M dem E gegenüber zum Besitz berechtigt; einem möglichen Herausgabeanspruch des E aus § 985 BGB stand das Besitzrecht des M nach § 986 Abs. 1 S. 1 BGB entgegen. Etwas anderes lässt sich nur mit der Lehre vom „nicht-so-berechtigten-Besitzer“ vertreten, die heute fast allgemein abgelehnt wird (vgl. nur MüKoBGB<sup>6</sup>/BALDUS, Vor §§ 987-1003 Rdnr. 14 f.; Staudinger-Eckpfeiler<sup>2014/2015</sup>/KLINCK, Eigentum VI. Rdnr. 93 m. w. N.).

2. E hat keinen Anspruch auf Herausgabe des Untermietzinses aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 BGB.

#### **V. Anspruch des E auf Schadensersatz aus §§ 992, 823 Abs. 1 BGB**

Da M den Besitz von E erhalten hat und an Grundstücken keine Unterschlagung iSd § 246 StGB möglich ist, ist dies nicht der Fall. Ohnehin würde ein Anspruch daran scheitern, dass für einen Schaden des E nichts ersichtlich ist.

*Dies muss wohl nicht zwingend angesprochen werden.*

#### **VI. Zahlungsanspruch des E aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondition)**

- M hat den Untermietzins seit Jahresbeginn 2013 und somit „etwas“ iSd § 812 BGB erlangt.
- Leistung des E
  - Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens.
  - Der M hat den Untermietzins jedoch aufgrund des Untermietverhältnisses zu U erlangt. Die Zahlung des Untermieters U ist gerade keine Leistung des Vermieters E an den Hauptmieter M (EICHEL, in: ZJS 2009, 702 (703), Leistung *solvendi causa* im Verhältnis Untermieter–Hauptmieter).
  - E hat daher keinen Zahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

*Dies muss wohl nicht zwingend angesprochen werden.*

## **VII. Zahlungsanspruch des E aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB**

- Untervermietung durch M = Verfügung iSd § 816 Abs. 1 S. 1 BGB?
- Verfügung = Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf die Veränderung, Übertragung oder Aufhebung eines bestehenden Rechts gerichtet ist.
- Die Untervermietung durch M stellt lediglich ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft dar, durch welches auf das Eigentumsrecht des E nicht eingewirkt wird (vgl. BGH, Urteil vom 13.12.1995 (XII ZR 194/93) = NJW 1996, 838 (840); SÖLLNER, in: JuS 1967, 449 (451)).
- Auch unter dem Gesichtspunkt der dinglichen Wirkung (vgl. KANDELHARD, in: Herrlein/Kandelhard (Hrsg.), Mietrecht<sup>4</sup>, § 566 Rdnr. 2) der (Wohnraum-)Miete im Sinne einer Durchbrechung des allgemeinen Grundsatzes der lediglich relativen Wirkung von schuldrechtlichen Verträgen (§ 566 BGB) ergibt sich keine andere Wertung. Zwar wird der Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse durchbrochen, indem die Untervermietung auch gegenüber dem Erwerber gilt. Die Wirkung erschöpft sich aber eben in einer solchen gegenüber einem neuen Eigentümer (Sukzessionsschutz gem. § 566 BGB); eine (absolute) Wirkung gegenüber jedermann (Drittwirkung) tritt gerade nicht ein (vgl. Staudinger-Eckpfeiler<sup>2014/2015</sup>/EMMERICH, Miete III. Rdnr. 8, 75).
- Auch in der Besitzüberlassung durch M an U liegt keine Verfügung; der Besitz ist kein (dingliches) Recht und kann schon deshalb nicht Gegenstand einer Verfügung sein.

Ein Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB besteht nicht.

## **VIII. Zahlungsanspruch des E aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB analog**

- Planwidrige Regelungslücke bei ansonsten vergleichbarer Interessenlage

- Nach hM. scheidet eine solche Analogie aus, wobei bereits das Vorliegen einer Regelungslücke verneint wird (vgl. nur StaudingerBGB<sup>2007</sup>/LORENZ, § 816 Rdnr. 5 ff.).
- Allemal dürfte es an einer vergleichbaren Interessenlage fehlen. Während bei der unbefugten Vermietung einer Sache dem Eigentümer jedenfalls die Verwertungs- und Gebrauchsmöglichkeit genommen wird, werden diese Rechte im Falle der unberechtigten Untervermietung in keiner Weise beeinträchtigt.
- Auch § 566 BGB, der zwar die Miete einem dinglichen Rechtsgeschäft annähert, vermag kein anderes Ergebnis zu begründen. Durch die Vermietung hat der Vermieter bewusst auf diese Nutzungsmöglichkeit verzichtet. Der Vermieter hätte die Mietsache nicht mehr selbst an einen Dritten untervermieten können (BGH, Urteil vom 13.12.1995 (XII ZR 194/93) = NJW 1996, 838 (840)). I.ü. gilt das o. Gesagte, nämlich dass sich die dingliche Wirkung der Wohnraummiete (und damit auch der Untervermietung) im Sukzessionsschutz für den Mieter erschöpft (kein Drittschutz). Eine analoge Anwendung dürfte daher ausscheiden (vgl. Staudinger BGB<sup>2007</sup>/LORENZ, § 816 Rdnr. 6).

*Bei entsprechender Argumentation ist natürlich auch die Gegenansicht vertretbar.*

### **IX. Zahlungsanspruch des E aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 BGB (Eingriffskondiktion)**

- M hat zur Zeit des bestehenden Hauptmietverhältnisses die Räume untervermietet und somit die Möglichkeit, ohne Erlaubnis unterzuvermieten, als vermögenswerte Position erlangt (vgl. KIEHNLE/SCHRÖDER, in: Jura 2007, 702 (705)).
- Der M hat diese Möglichkeit der angemäßen Untervermietung nur dann in sonstiger Weise erlangt, wenn er in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts eingegriffen hat, dessen wirtschaftliche Verwertung dem Kondiktions-

gläubiger vorbehalten ist (BGH, Urteil vom 26.9.2006 (XI ZR 156/05) = NJW 2007, 216).

Nach einem Teil der Literatur greift der Mieter mit der unerlaubten Untervermietung in die Entscheidungskompetenz des Vermieters und somit in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts ein. Dem Vermieter gebühre im Falle des § 540 Abs. 1 BGB das Recht, der Untervermietung zuzustimmen oder aber von einer Zustimmung abzusehen. Zwar liegt keine Verletzung des Zuweisungsgehalts des Gebrauchswerts vor; der Entscheidungsbefugnis komme jedoch eine materielle Nutzungsfunktion zu (GEBAUER, in: Jura 1998, 128 (131 f.); THEUFFEL, in: JuS 1997, 886 (888); so auch KIEHNLE/SCHRÖDER, in: Jura 2007, 702 (705)). Auf den Fall bezogen ergibt sich daher ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts. Im bereicherungsrechtlichen Sinne erlangt ist nicht der Untermietzins, sondern die Möglichkeit der Untervermietung als Verwertungsmöglichkeit. (NB: Der Untermietzins ist auch deshalb keine tauglicher Gegenstand einer Eingriffskondiktion, weil er dem M von einem Dritten – U – geleistet worden ist.)

- Nach einer anderen Ansicht, insbes. der des BGH, liegt kein Eingriff in die Rechte des Vermieters vor (BGH, Urteil vom 20.5.1964 (VIII ZR 235/63) = NJW 1964, 1853; BGH, Urteil vom 13.12.1995 (XII ZR 194/93) = NJW 1996, 838 (840)). Der Mieter erlange den Untermietzins nicht auf Kosten des Vermieters. Der Mieter beziehe den Untermietzins vielmehr aus der Verwertung des ihm eingeräumten Gebrauchsrechts und greife daher nicht in den Zuweisungsgehalt des Vermieters Eigentums ein. Durch den Mietvertrag ist die Nutzung der Mietsache dem Mieter zugewiesen.
- Selbst in einem Fall, in dem § 553 BGB anwendbar sei, werde durch die unberechtigte Untervermietung nicht in die Entscheidungsbefugnis eingegriffen, da § 553 Abs. 1 BGB „lediglich“ ein Abwehrrecht sei, mit dem eine materielle

Nutzungsfunktion nicht verbunden sei (MüKoBGB<sup>6</sup>/SCHWAB, § 812 Rdnr. 255). Nach dieser Ansicht hat M nicht in das Eigentum des E eingegriffen.

*Sofern Bearbeiter der ersten Ansicht folgen und einen Eingriff in die Entscheidungsbefugnis bejahen, müsste iRd Rechtsfolge das Äquivalent der verletzten Entscheidungsbefugnis bemessen werden. Danach kann der Vermieter jedoch nicht den Untermietzins herausverlangen, sondern allenfalls denjenigen Betrag, den der Vermieter üblicherweise als Gegenleistung für seine Erlaubnis zur Untervermietung verlangt hätte, sog. Untermietzuschlag. Dieser dürfte aber außerhalb des Anwendungsbereichs des § 553 BGB erst recht schwer zu bestimmen sein.*

### **Frage 3: Zahlungsansprüche ab Februar 2014**

#### **I. Zahlungsanspruch (Nutzungsentschädigung) des E gem. §§ 549 Abs. 1, 546a**

##### **Abs. 1 BGB**

- Vorenthaltung der Mietsache
- Der Begriff der Vorenthaltung setzt voraus, dass der Mieter die Mietsache trotz Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgibt und das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht (Palandt<sup>75</sup>/ WEIDENKAFF, § 546a Rdnr. 8). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.
- § 546a Abs. 1 BGB gewährt dem Vermieter eine Mindestentschädigung, unabhängig davon, ob dem Vermieter durch die Vorenthaltung ein Schaden erwachsen ist (vgl. § 546a Abs. 2 BGB). Ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung besteht aber nur in Höhe der vereinbarten oder der ortsüblichen Miete. Die vereinbarte Monatsmiete beträgt 1.000 € Ortsüblich wäre zu dieser Zeit ein Mietzins von 1.500 €

*Ein Schadensersatzanspruch aus § 546a Abs. 2 BGB musste nicht geprüft werden, da aus dem Sachverhalt wohl kein ersatzfähiger kausaler Schaden des E ersichtlich*

wird, wobei es Bearbeitern zumindest offenstehen dürfte, auf § 252 S. 2 BGB einzugehen.

## **II. Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung, §§ 667, 681 S. 2, 687 Abs. 2 S. 1 BGB**

Ein Anspruch auf Herausgabe des Untermietzinses könnte nach der wirksamen Kündigung des Hauptmietverhältnisses, also ab dem 1. Februar 2014 bis zum Zeitpunkt der Rückgabe (§ 546 Abs. 1 BGB) bestehen.

*Der Bearbeiter könnte die Frage aufwerfen, ob die §§ 667, 681 S. 2, 687 Abs. 2 S. 1 BGB überhaupt anwendbar sind; da es iRd Anspruchs um die über die Beendigung des Mietverhältnisses hinausgehende fortgesetzte Vermietung durch M geht, könnte man daran denken, dass der Anspruch über § 546a Abs. 1 BGB gesperrt wird. § 546a Abs. 1 BGB soll jedoch die Rechte des Vermieters im Falle der Vertragsbeendigung erweitern, so dass von einer Anspruchskonkurrenz auszugehen ist.*

### **1. Fremdes Geschäft**

Im Unterschied zur Vermietung während des bestehenden Hauptmietverhältnisses kann der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Räume wieder selbst vermieten, so dass es sich um ein Geschäft ausschließlich des Eigentümers der Mietsache handelt.

### **2. Eigengeschäftsführungswille**

M vermietete das Hausgrundstück gegen den Willen des E nach Beendigung des Mietverhältnisses auf eigene Rechnung weiter, da er sich von U weiterhin den vereinbarten Mietzins entrichten ließ.

### **3. Unberechtigt**

M handelte unberechtigt, indem er ohne und sogar gegen den Willen des E handelte.



#### **4. Kenntnis des Geschäftsführers**

§ 687 Abs. 2 BGB setzt voraus, dass derjenige, der sich die Geschäftsführung anmaßt, weiß, dass er zur eigennützigen Führung des fremden Geschäfts nicht berechtigt ist. Seine Kenntnis muss sich sowohl auf die Fremdheit des besorgten Geschäfts als auch auf die fehlende Berechtigung beziehen (StaudingerBGB<sup>2006</sup>/BERGMANN, § 687 Rdnr. 37). M müsste also gewusst haben, dass es sich um ein fremdes Geschäft handelte. M kannte die zur Kündigung berechtigenden Gründe; eine Kündigungserklärung ging dem M zu. M hielt diese Kündigung auch für wirksam, so dass er zumindest mit bedingtem Vorsatz handelte. Eventualvorsatz ist nötig, aber auch ausreichend (StaudingerBGB<sup>2006</sup>/BERGMANN, § 687 Rdnr. 37).

#### **5. Rechtsfolge**

Bei § 687 Abs. 2 S. 1 BGB handelt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung auf das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Geschäftsherr kann daher das aus der Geschäftsführung Erlangte mitsamt einem eventuellen Verletzergewinn (§§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 BGB) fordern. E hat einen Anspruch auf Herausgabe des Untermietzinses ab dem 1. Februar 2014 iHv €1.200 monatlich bis zum Zeitpunkt der Herausgabe der Mietsache (§ 546 Abs. 1 BGB) gem. §§ 667, 681 S. 2, 687 Abs. 2 S. 1 BGB.

### **III. Anspruch auf Nutzungsherausgabe aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB**

Ein Anspruch könnte sich für den Zeitraum ab dem 1. Februar 2014 ergeben.

#### **1. Anwendbarkeit**

Nach hM sind die §§ 987 ff. BGB neben den Ersatzansprüchen aus beendetem Vertragsverhältnis, hier also neben § 546a BGB, anwendbar (vgl. dazu BGH, Urteil vom 12.8.2009 (XII ZR 76/08) = NJW-RR 2009, 1522 (1524)).

## 2. Vindikationslage zwischen E und M im Zeitpunkt der Nutzziehung

Auch dies ist auf Grundlage der hM der Fall (s.o.).

## 3. Bösgläubigkeit

M erkannte die Wirksamkeit der Kündigung zum 31. Januar 2014 und den Wegfall seines Besitzrechts aus § 986 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB, er war mithin iSd § 990 Abs. 1 S. 2 BGB bösgläubig.

*Auf die Frage, ob bei einem Aufschwingen des Fremdbesitzers zum Eigenbesitzer auch grobe Fahrlässigkeit schadet, kommt es angesichts der Tatsache, dass M seine fehlende Berechtigung kannte, nicht an.*

## 4. Nutzziehung

- Nutzungen sind die Gebrauchsvorteile einer Sache und die in § 99 BGB geregelten Früchte, § 100 BGB. Zu diesen Nutzungen gehören gem. §§ 100, 99 Abs. 3 BGB u.a. die mittelbaren Sachfrüchte, das heißt die Erträge, die die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Das sind hier die Untermietzinsen, die M durch die Untervermietung der herauszugebenden Mieträume tatsächlich erzielt hat.
- Fraglich, ob E den marktüblichen Mietzins oder nur den erzielten Untermietzins herausverlangen kann.
  - Der objektive Mietwert ist zwar regelmäßig dann Grundlage, wenn die Nutzungen durch Eigengebrauch gezogen worden sind.
  - Es geht bei dieser Bewertung aber nur um die Vorteile des Eigengebrauchs einer Sache, also etwa um die Vorteile, die der Besitzer einer Wohnung daraus zieht, dass er sie nicht vermietet, sondern selbst nutzt.
  - Demgegenüber kann der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen nicht nach dem objektiven Ertragswert der Gebrauchsvorteile bemessen werden, wenn tatsächliche Nutzungen in Form von Früchten (z.B. Mietzins) gezogen worden sind. Dann kann vielmehr allein die Herausgabe dieser

Nutzungen verlangt werden (BGH, Urteil vom 21.9.2001 (V ZR 228/00)  
= NJW 2002, 60 (61)).

*Dieses besondere Problem musste von den Bearbeitern nicht unbedingt erkannt, geschweige denn diskutiert werden.*

## **5. Ergebnis**

E kann daher von M aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 2 BGB Zahlung von 1.200 € verlangen.

*Ansprüche gerichtet auf Schadensersatz aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 2 BGB bzw. §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB scheitern an einem ersatzfähigem Schaden des E. - Vertretbar ist die Annahme, E könne von M aus § 987 Abs. 2 BGB als Ersatz für schuldhaft entgegen den Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft nicht gezogenen Nutzungen Zahlung von 1.500 € verlangen; doch fehlen Sachverhaltsangaben dazu, ob M diesen Mietzins sofort hätte durchsetzen können. Insoweit kann offenbleiben, ob ein Unterschreiten der ortsüblichen Miete um 20 % bereits einen Verstoß gegen die Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft darstellt.*

## **IV. Weitere Ansprüche**

Ein Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 992, 823 Abs. 1 BGB sowie Zahlungsansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB sowie aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB analog kommen nicht in Betracht (s.o.).

*Dies muss nicht noch einmal geprüft werden.*

## **V. Zahlungsanspruch des E aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 BGB (Eingriffskondiktion)**

1. Geht man mit der hM davon aus, dass §§ 985 ff. BGB nach Beendigung eines Gebrauchsüberlassungsverhältnisses Anwendung finden, scheitert ein Anspruch aus § 812 BGB schon an der Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 a. E. BGB bzgl. Nutzungersatzes.

2. Geht man mit der Gegenansicht davon aus, dass §§ 987 ff. BGB in einem solchen Fall nicht anwendbar sind, tritt diese Sperrwirkung nicht ein. Dann wäre an eine Nichtleistungskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB zu denken. M hat den Gebrauchswert des untervermieteten Hausgrundstücks erlangt. Dies geschah auch in sonstiger Weise, da dem M der Gebrauchswert nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht durch E geleistet wurde. Somit war es wieder E, der den Gebrauchswert nach der Beendigung des Mietverhältnisses in Anspruch nehmen konnte, so dass ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt seines Eigentumsrechts an dem Hausgrundstück vorliegt. Danach wäre M zu Wertersatz in Höhe der ortsüblichen Miete von 1.500 € verpflichtet, § 818 Abs. 2 BGB.

*Mit Blick auf die Ausführungen zu §§ 987, 990 BGB dürfte es aber wohl auch möglich sein, von einem Anspruch in Höhe von lediglich 1.200 € auszugehen.*

## **Ansprüche des E gegen U**

### **Frage 4: Ansprüche des E gegen U auf Rückgabe/Herausgabe des Hausgrundstücks**

#### **I. Anspruch auf Rückgabe gem. §§ 549 Abs. 1, 546 Abs. 2 BGB**

M hat den Gebrauch der Mietsache dem U überlassen; der Mietvertrag zwischen E und M wurde wirksam gekündigt (s.o.). E hat gegen U einen Anspruch auf Rückgabe gem. § 546 Abs. 2 BGB.

#### **II. Anspruch auf Herausgabe gem. § 985 BGB**

Folgt man der hM zur Konkurrenz zwischen vertraglichen Herausgabeansprüchen und der Vindikation (vgl. zur Theorie der Subsidiarität der Vindikation gegenüber schuldrechtlichen Abwicklungsverhältnissen und zur Anspruchskonkurrenztheorie StaudingerBGB<sup>2012</sup>/LORENZ, § 985 Rdnr. 32), hat E gegenüber U zudem den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB, da § 986 Abs. 1 S. 2 BGB nunmehr nicht greift. E hat demnach einen Anspruch auf Herausgabe aus § 985 BGB.

*Ein Herausgabeanspruch aus Leistungskondiktion scheidet daran, dass die Besitzüberlassung an U nicht durch E, sondern durch Leistung des M erfolgte. - Auf §§ 861 Abs. 1, 858 BGB kann der Herausgabeanspruch nicht gestützt werden, da die Besitzschutzvorschriften im Kern nur den unmittelbaren Besitzer schützen, nicht den E, der hier i. ü. nicht einmal mehr mittelbaren Besitz hat.*

## **Frage 5: Zahlungsansprüche des E gegen U bis einschließlich Januar 2014**

### **I. Schadensersatzansprüche**

Schadensersatzansprüche aus §§ 989, 990 Abs. 1 sowie 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB scheitern daran, dass der Sachverhalt nichts für einen ersatzfähigen Schaden des E hergibt. Bearbeiter konnten aber auf § 252 S. 2 BGB eingehen.

### **II. Anspruch auf Nutzungersatz gem. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 2, 991 BGB**

#### **1. Vindikationslage zwischen E und U im fraglichen Zeitraum**

- E ist Eigentümer.
- U ist unmittelbarer Besitzer.
- Fraglich ist, ob U dem E bis zum 31. Januar ein Recht zum Besitz nach § 986 BGB entgegenhalten konnte. Gem. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB kann der Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern, wenn der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Allerdings erfordert ein abgeleitetes Besitzrecht, dass der Dritte, hier M, zur Überlassung des Besitzes befugt war, was hier nicht der Fall war. Der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB ist dann dahingehend modifiziert, dass der Eigentümer nur Herausgabe an den Dritten verlangen kann, § 986 Abs. 1 S. 2 BGB.
- Eine Vindikationslage bestand mithin.

## **2. Bösgläubigkeit des U hinsichtlich der fehlenden Besitzberechtigung**

Bis zur Ansprache durch E wusste U nichts vom Fehlen der Erlaubnis zur Untervermietung, so dass er iSv §§ 990 Abs. 1 S. 1, 932 Abs. 2 BGB gutgläubig war. § 932 Abs. 2 BGB gilt hinsichtlich seines Maßstabes uneingeschränkt. Bei Besitzerwerb schadet dem Besitzer bereits grob fahrlässige Unkenntnis (Staudinger-Eckpfeiler<sup>2014/2015</sup>/KLINCK, Eigentum V Rdnr. 98). Der Besitzer darf sich dabei auf die Behauptungen des Veräußerers verlassen. Soweit der Veräußerer sich als Eigentümer ausgibt und dabei als Eigenbesitzer auftritt, sollen den zukünftigen Besitzer keine Nachforschungs- oder Erkundigungspflichten treffen, soweit nicht entsprechende Verdacht begründende Momente dazu Anlass geben. Nach diesen Maßstäben ist hier von der Gutgläubigkeit des U auszugehen.

## **3. Ergebnis**

Für die Zeit bis zum 1. Februar scheidet ein Nutzungsersatzanspruch des E gegen U aus §§ 987, 990 BGB aus.

*Bearbeiter können, was die Haftung des U betrifft, auch auf den Rechtsgedanken des § 991 Abs. 1 BGB eingehen bzw. auf die Wertungsüberlegung, dass den M gegenüber E nach der hier vertretenen Auffassung keine Haftung in Ansehung des Untermietzinses trifft.*

### **Frage 6: Zahlungsansprüche des E gegen U ab Februar 2014**

#### **Anspruch auf Nutzungsersatz gem. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 2, 991 BGB**

1. Eine Vindikationslage bestand (s.o.).
2. U müsste bösgläubig gewesen sein. Durch E hat U von seinem fehlenden Besitzrecht erfahren. Er haftet vom 1. Februar an aus § 990 Abs. 1 S. 2 BGB.
3. U müsste Nutzungen gezogen haben. U hat die von M überlassene Mietsache genutzt und daher Nutzungen in Form von Gebrauchsvorteilen iSd § 100 BGB gezogen.

4. Mittelt der Besitzer einem Dritten den Besitz, haftet er hinsichtlich der Nutzungen nach § 991 Abs. 1 BGB nur, wenn auch der mittelbare Besitzer haften würde. Hinsichtlich M ist § 990 Abs. 1 S. 2 BGB erfüllt (s.o.).

E hat gegen U einen Anspruch auf Nutzungsersatz gem. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 2, 991 BGB iHv1.500 €(objektiver Mietwert).

5. E hat gegen U einen Anspruch gem. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 2 iHv1.500 € ab dem 1. Februar 2014.

*Keinesfalls gegeben ist ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Rechts zum Besitz durch die Weiternutzung der Mietsache durch U, da die Vorschrift nicht den mittelbaren (der E i.ü. auch nicht mehr ist) gegen den unmittelbaren Besitzer schützt.*

### **Inanspruchnahme, §§ 421 ff. BGB analog**

E kann unter den Voraussetzungen der §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 2, §§ 667, 681 S. 2, 687 Abs. 2 S. 1, 546a Abs. 1 BGB M auf Herausgabe der mittelbaren Sachfrüchte (vgl. § 99 Abs. 3 BGB) bzw. auf Herausgabe des Erlangten bzw. einer Nutzungsent-schädigung in Anspruch nehmen. Von U kann E nach §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 2, 991 Abs. 1 BGB die tatsächlich gezogenen Nutzungen (objektiver Mietwert) verlangen. Insgesamt kann E freilich nur einmal Zahlung verlangen. Ob man Haupt- und Untermieter in den Fällen wie den vorliegenden als Gesamtschuldner iSd §§ 421 ff. BGB einordnet oder angesichts eines angeblich unterschiedlichen Anspruchsinhalts diese Normen nur analog anwendet (BGH, Versäumnisurteil vom 14.3.2014 (V ZR 218/13) = NZM 2014, 582 f.), spielt im Ergebnis keine Rolle.

*Diese Ausführungen mussten von den Bearbeitern nicht erwartet werden, erst recht nicht die Kenntnis der Rechtsprechung des BGH in dieser Frage.*