

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Der Vermieter hat keinen Anspruch auf den Erlös aus unberechtigter Untervermietung – oder doch? Eine Bestandsaufnahme nach der Entscheidung des BGH, Urt. v. 12.8.2009 – XII ZR 76/08.

Nach Rechtshängigkeit des Rückgabeanspruchs schuldet der Mieter im Rahmen der Herausgabe von Nutzungen nach §§ 546 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB auch die Auskehr eines durch Untervermietung erzielten Mehrerlöses. Dazu gehört auch eine „Entschädigung“, die der Mieter von dem Untermieter als Abfindung für eine vorzeitige Beendigung des Untermietverhältnisses erhalten hat. (Amtlicher Leitsatz)

BGB §§ 546 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1, 100, 99 Abs. 3

BGH, Urt. v. 12.8.2009 – XII ZR 76/08 (OLG Brandenburg, LG Potsdam)¹

Geht es um die Frage, ob der Vermieter den vom Mieter erzielten Erlös aus einer rechtswidrigen Untervermietung der Mietsache herausverlangen kann, hat der Student ein klares, wenngleich anspruchsvoll zu begründendes „Nein“ im Hinterkopf. In einem besonders gelagerten Fall hat der BGH nun gegenteilig, zugunsten des Vermieters, entschieden.² Nachdem die Lösung des Grundfalls in Erinnerung gerufen wird (I.), stellt dieser Beitrag die Entscheidung des BGH und ihren Einfluss auf die bisherige Rechtslage dar (II.).

I. Bisherige Rechtslage

Der gängige Fall ist der des Mieters, welcher – obwohl ihm die Untervermietung nicht gestattet ist – die Mietsache während des laufenden Hauptmietverhältnisses an einen Dritten vermietet. Einerlei ist, ob es sich um Wohn-, anderen Raum oder eine bewegliche Sache handelt. Zu prüfen ist, ob der Vermieter die Untermiete vom Mieter herausverlangen kann.

Zu unterscheiden sind zunächst die jeweiligen Rechtsverhältnisse. (Haupt-)Vermieter und Mieter sowie Mieter und Untermieter sind jeweils durch einen Mietvertrag verbunden, wobei der Untermietvertrag trotz Verbots der Untervermietung wirksam ist. Hauptvermieter und Untermieter sind vertraglich nicht miteinander verbunden, so dass der Untermieter gegenüber dem Hauptvermieter kein Recht zum Besitz erlangt.³ Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter ist selbst bei Fehlen eines vertraglichen Verbots die Untermiete nur erlaubt, wenn der Vermieter sie gestattet, und zwar sowohl bei der Wohnraumvermietung (§§ 553, 540 BGB) als

auch im Übrigen (§ 540 BGB).⁴ § 553 BGB bedeutet für den Wohnraum nur insoweit eine Lockerung, als dem Mieter unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch auf Erlaubnis der Untervermietung eingeräumt wird; die Norm sieht aber nicht vom Erlaubniserfordernis ab. Erteilt der Vermieter weder ausdrücklich noch konkludent⁵ seine Erlaubnis, ist die Untervermietung also in jedem Falle unberechtigt.⁶ Das Gesetz knüpft daran die folgenden Rechtsfolgen: Der Vermieter kann – nach Abmahnung – auf Unterlassung klagen (§ 541 BGB) oder das Mietverhältnis fristlos kündigen (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Var. 2 BGB). Die Herausgabe des Untermietererlöses behandelt das Gesetz nicht, sie kann sich daher allenfalls, wenn nichts anderes vertraglich geregelt ist, aus den allgemeinen Vorschriften ergeben.

I. Vertragliche Ansprüche

Vertragliche Regelungen, die den Vermieter an dem vom Mieter erzielten Erlös aus der Untervermietung beteiligen oder ihm einen Mietzuschlag gewähren und damit einen Anspruch des Vermieters begründen, sind nicht ungewöhnlich.⁷ Meist werden die Parteien eine solche Regelung jedoch nur für den Fall der vom Vermieter erlaubten Untervermietung treffen, wenn sich der Vermieter seine Zustimmung gerade vorbehalten möchte. Dann ist es eine Frage der Auslegung, ob man den vertraglichen Anspruch des Vermieters im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf die unberechtigte Untervermietung erweitert⁸ oder im Verhalten des Vermieters eine rückwirkende Genehmigung der Untervermietung sieht, die ihm die vertraglich eingeräumte Beteiligung an der Untermiete sichert.⁹

2. Ansprüche aus angemaßter Fremdgeschäftsführung

Fehlt es an einer vertraglichen Regelung des Konflikts, verbleiben die gesetzlichen Ansprüche. In Betracht kommt ein Anspruch aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 Abs. 2, 667 BGB, wonach jemand, der ein (objektiv)¹⁰ fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt, obwohl er um seine fehlende Berechtigung weiß, dem Geschäftsherrn das aus der Geschäftsführung Erlangte herauszugeben hat. Übertragen auf das unberechtigte Geschäft der Untermiete gilt jedoch, dass dieses kein Geschäft des Vermieters ist – entspringt es doch der Nutzung der Mietsache, die bei laufendem Mietverhältnis gerade dem Mieter überlassen ist. Die unberechtigte Unter-

⁴ Zum historischen Hintergrund dieser Grundentscheidung *Probst*, JR 1997, 24.

⁵ Etwa durch andauernde widerspruchslose Duldung der Gebrauchsüberlassung an einen Dritten, *Bieber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 540 Rn. 15.

⁶ *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 553 Rn. 2; *Mutter*, MDR 1993, 303.

⁷ BGHZ 131, 297 = NJW 1996, 838 = JuS 1996, 648; *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. VI 58 ff.

⁸ *Probst*, JR 1997, 24 (25); *Theuffel*, JuS 1997, 886.

⁹ *Riehm*, JuS 1998, 672.

¹⁰ *Seiler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 687 Rn. 18; *Probst*, JR 1997, 24 (25).

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter

<http://www.bundesgerichtshof.de> (Stand: 16.11.2009).

² BGH, Urt. v. 12.8.2009 – XII 76/08.

³ Im Falle berechtigter Untervermietung erlangt der Untermieter nur ein abgeleitetes Recht zum Besitz gemäß § 986 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB.

vermietung entpuppt sich dann lediglich als vertragswidrige Ausübung des dem Mieter zustehenden Gebrauchs.¹¹

3. Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

Der Vermieter kann die Untermiete vom Mieter auch nicht nach §§ 987, 990, 100, 99 Abs. 3 BGB als gezogene Nutzungen verlangen. Bei den §§ 987 ff. BGB handelt es sich um Regelungen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Eigentümer und Besitzer. Das Gesetz findet hier einen Ausgleich der Interessen für die Situation, dass jemand eine Sache nutzt, die einem anderen gehört, ohne dass die Parteien in Bezug auf die Sache in vertraglicher Verbindung stehen. Voraussetzung dieser Regelungen ist eben diese Abwesenheit einer vertraglichen Verbindung: Der Mieter als Besitzer der Mietsache darf kein Recht zum Besitz haben. Vorliegend aber hat der Mieter ein solches, da ihn der Mietvertrag, wenngleich nicht zur Untervermietung, so doch zum Besitz der Mietsache gegenüber dem Vermieter berechtigt.¹² Die §§ 987 ff. BGB regeln die Folgen der unberechtigten Untervermietung also nicht.

4. Ansprüche aus Bereicherungsrecht

Nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Nichtberechtigte, der über einen Gegenstand eine Verfügung trifft, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, diesem das durch die Verfügung Erlangte herauszugeben. Wollte man den Mieter als den Nichtberechtigten und den Vermieter als den Berechtigten ansehen, so scheidet ein Anspruch auf Auskehrung der Untermiete allemal daran, dass die Untervermietung keine Verfügung ist, die der Mieter über die Mietsache trifft. Eine Verfügung ist die unmittelbare Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts und ist auf der dinglichen Ebene angesiedelt. Die Überlassung zum Gebrauch durch Untermietvertrag betrifft hingegen die schuldrechtliche Ebene und lässt die dingliche Berechtigung des Vermieters an der Mietsache völlig unberührt.¹³ Daher wird die Anwendung von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auch nur im Wege der Analogie befürwortet: Die Untervermietung sei einer Verfügung über die Mietsache gleichzustellen.¹⁴ Überzeugen kann das

freilich wenig, und auch der BGH ist dem nicht gefolgt.¹⁵ Denn durch die Verbindung „gegenüber dem Berechtigten wirksam“ bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass der Nichtberechtigte anstelle des Berechtigten handelt und sein Handeln den Berechtigten trifft, während der Gegenwert hieraus dem Nichtberechtigten zufließt. Die Untervermietung hingegen kann gar nicht den Vermieter treffen, sie ist kein Geschäft, das der Mieter anstelle des Vermieters vornimmt. Infolge dessen erzielt der Mieter die Untermiete auch nicht anstelle des Vermieters. Ebenso wenig kann die Untervermietung gegenüber dem Vermieter wirksam sein, wie § 816 Abs. 1 S. 1 BGB formuliert: Selbst im Falle berechtigter Untervermietung erlangt nämlich der Untermieter gegenüber dem Hauptvermieter kein unmittelbares Recht zum Besitz (Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse bzw. § 986 Abs. 1 S. 2 BGB).¹⁶

Im Anschluss an § 816 Abs. 1 S. 1 BGB ist die allgemeine Eingriffskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB) zu prüfen. Die vorrangige Leistungskondition bleibt außer Acht, da die Leistung des vom Mieter genutzten Besitzes an der Mietsache mit Rechtsgrund (dem Mietvertrag) erfolgte bzw. die zu kondizierende Untermiete nicht durch Leistung des Vermieters erbracht wurde. Für die Eingriffskondition ist Voraussetzung, dass der Mieter *im Verhältnis zum Vermieter* die Untermiete in sonstiger Weise auf Kosten des Vermieters und ohne rechtlichen Grund erlangt. „Auf Kosten“ bedeutet, dass dem Vermögensvorteil des Bereicherten unmittelbar ein Vermögensnachteil des Entreicherten gegenüberstehen muss.¹⁷ Daran fehlt es hier, da sich der Vermieter seiner Möglichkeit zur Vermietung der Mietsache bereits durch Abschluss des Mietvertrags mit dem Mieter begeben hat. Ein darüber hinausgehender Vermögensnachteil daraus, dass während dieser Zeit der Mieter einem Dritten den Gebrauch überlässt, ist für den Vermieter also nicht erkennbar. Wenn eben nur ein Mieter untervermieten kann, dann kann dies nicht auf Kosten des Vermieters gehen, der selbst dazu nicht in der Lage ist.¹⁸ Überdies erfolgt die Bereicherung des Mieters nicht rechtsgrundlos. Rechtsgrundlosigkeit bedeutet bei einer Bereicherung in sonstiger Weise, dass die Erlangung des Vermögensvorteils dem Zuweisungsgehalt des verletzten Rechtsgutes widerspricht.¹⁹ Das Geschäft der Untervermietung aber ist – wie erörtert – dem Mieter zugewiesen, wenngleich es ihm nicht immer gestattet ist. Vertreten wird in diesem Zusammenhang, dass das Zustimmungsgeschäft des Vermieters aus den §§ 540 Abs. 1, 553 BGB das durch die unberechtigte Untervermietung verletzte Rechtsgut sei,

¹¹ BGH NJW 1964, 1853.

¹² Die Rechtsfigur des „nicht-so-berechtigten“ Besitzers, d.h. die Anwendung der EBV-Regeln auf den rechtmäßigen Fremdbesitzer, welcher sein Besitzrecht überschreitet, wird mit Hinweis auf den Vorrang des dann geltenden Vertragsrechts heute ganz überwiegend abgelehnt, vgl. inzident BGHZ 131, 297 (307) = NJW 1996, 838 (840) = JuS 1996, 648; näher etwa *Baldus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, Vor §§ 987-1003 Rn. 12.

¹³ A.A. *Diederichsen*, NJW 1964, 2296, der über eine gewisse, aber etwas frei angenommene Verdinglichung des vertraglich eingeräumten Gebrauchsrechts sogar zur direkten Anwendung von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gelangen will. Hiergegen trefflich *Theuffel*, JuS 1997, 886 (887).

¹⁴ *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 540 Rn. 31.

¹⁵ BGHZ 131, 297 (305 f.) = NJW 1996, 838 (840) = JuS 1996, 648.

¹⁶ Das muss auch *Diederichsen*, NJW 1964, 2296 (s. oben Fn. 13) einräumen.

¹⁷ *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 812 Rn. 43.

¹⁸ BGHZ 131, 297 (306) = NJW 1996, 838 (840) = JuS 1996, 648; *Mutter*, MDR 1993, 303 (304).

¹⁹ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, Rn. 706 bis 712.

welches klar dem Vermieter zugewiesen sei.²⁰ Das ist richtig, jedoch fehlt es im Sinne der genannten Definition der Rechtsgrundlosigkeit an einem Widerspruch der Erlangung der Untermiete zu diesem Zuweisungsgehalt. Die Untermiete wird nämlich im Gegenzug für das Recht zum Gebrauch der Sache bezahlt. Dieses steht im Zeitpunkt der Untervermietung gerade dem Mieter zu, während das Zustimmungsrecht des Vermieters diesem lediglich das Recht gibt zu entscheiden, wer die Mietsache nutzt.²¹ Sichern die §§ 540 Abs. 1, 553 BGB dem Vermieter also nicht das Nutzungsrecht in Bezug auf die Sache, sondern nur das Recht zu entscheiden, wem er seine Sache anvertraut,²² so steht die für das (obligatorische) Nutzungsrecht bezahlte Untermiete nicht im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des Zustimmungsrechts. Damit ist auch die Rechtsgrundlosigkeit der Erlangung der Untermiete zu verneinen.

5. Schadensersatz

Übrig bleibt ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB,²³ der unschwer zu begründen ist, sofern die Verletzung der Pflicht, nicht unterzuvermieten, auf einem Verschulden des Mieters beruht. Allein der Schadensnachweis bereitet das Problem. Durch die Untervermietung als solche entsteht dem Vermieter kein Schaden, da die Untervermietung ihm nicht zusteht. Der Vermieter müsste konkret einen Schaden durch erhöhte Abnutzung nachweisen, was nahe liegt, wenn etwa ein Mieter seine Wohnung immer wieder als Ferienwohnung vermietet. Ersetzt wird dann aber dieser konkrete Schaden, der sich betragsmäßig keinesfalls mit der erlangten Untermiete decken muss. Denkbar ist in gewissen Fällen, die dem Vermieter entgangene Möglichkeit zur Mieterhöhung nach § 553 Abs. 2 BGB als seinen Schaden anzusehen (§ 252 BGB), wenn dem Vermieter von Wohnraum die Überlassung nur gegen eine angemessene Erhöhung der Miete zuzumuten ist. Jedoch scheidet dieser Ansatz an der fehlenden Kausalität, da die Mieterhöhung ihrerseits noch die Zustimmung des Mieters voraussetzt, § 553 Abs. 2 BGB.²⁴

II. Die Entscheidung des BGH und ihre Folgen

Die Entscheidung des BGH fügt sich in die bisher geltende Rechtslage nahtlos ein; es bleibt bei dem, was bislang gemeinhin gelernt und gelehrt wird. Daran lässt auch der BGH keinen Zweifel, der ausdrücklich die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage betont.

1. Der Sachverhalt

Die Entscheidung betrifft den Fall der Untervermietung nach Beendigung des Hauptmietvertrags. Ihr liegt vereinfacht der

folgende Sachverhalt zugrunde: Der Mieter von Gewerberaum vermietet diesen weiter und erzielt eine Untermiete, die die Miete, welche er selbst an den Hauptvermieter bezahlt, übersteigt. Der Hauptmietvertrag erlaubt die Untervermietung ausdrücklich. Nun kündigt der Hauptvermieter den Mietvertrag wirksam. Der Mieter jedoch bestreitet die Wirksamkeit der Kündigung und verweigert die Räumung. Während des noch vor dem Kündigungstermin eingeleiteten Gerichtsverfahrens²⁵ über den Räumungsanspruch (welches *in casu* bis zum BGH geht), läuft das Untermietverhältnis also weiter. Später wird es einverständlich zwischen Mieter und Untermieter aufgehoben, im Zuge dessen der Mieter sogar noch eine Entschädigung seitens des Untermieters bekommt. Nach der Entscheidung des BGH über die Wirksamkeit der Kündigung bzw. das Bestehen des Räumungsanspruchs verlangt der Hauptvermieter von dem Mieter die seit Beendigung des Hauptmietvertrags erlangte Untermiete sowie die Entschädigung heraus. Der sich hieran anschließende Prozess erreicht wiederum den BGH.

2. Die rechtliche Begründung

Es bedarf keiner dogmatischen Kunstgriffe, um nach dem oben Stehenden diesmal einen Anspruch des Vermieters auf die Untermiete zu begründen. Der entscheidende Unterschied liegt darin, dass der Hauptmietvertrag beendet ist: Das Recht zum Gebrauch der Sache steht wieder dem Vermieter, nicht länger dem Mieter zu. Für die Vermietung der Sache ist also der Vermieter allein zuständig, sie ist sein Geschäft. Unerheblich ist, dass der Untermietvertrag mit seiner Erlaubnis geschlossen wurde. Denn diese Erlaubnis ist mit Beendigung des Hauptmietvertrags erloschen und für die rechtzeitige Beendigung des Untermietvertrags im Fall der Beendigung des Hauptmietvertrags hat – am besten durch entsprechende Vertragsgestaltung – allein der Mieter zu sorgen.²⁶

a) Rechtliche Lösung des BGH-Falles

Stellt sich die Lage also nicht anders dar als im Fall der Vermietung einer fremden ungemieteten Sache, so liegen die oben erörterten Ansprüche auf der Hand, soweit die subjektiven Voraussetzungen der §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 Abs. 2, 667 BGB und §§ 987, 990, 993 BGB vorliegen. Der Bereicherungsanspruch ergibt sich jetzt aus §§ 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1, 818 Abs. 1, 100 BGB (Leistungskondiktion i. S. d. *condictio ob causam finitam*), da der Rechtsgrund für die Leistung der Gebrauchsüberlassung an den Mieter durch die Kündigung weggefallen ist. Da im Fall des BGH bei Beendigung des Hauptmietvertrages aber bereits die Räumungsklage rechts-hängig war, drängen sich vor allem die §§ 292 Abs. 2,

²⁰ Theuffel, JuS 1997, 886 (887 f.).

²¹ Riehm, JuS 1998, 672.

²² Riehm, JuS 1998, 672.

²³ Freilich auch § 823 Abs. 2 BGB, will man die §§ 540 Abs. 1, 553 BGB als Schutzgesetz ansehen; Letzteres erwägt Riehm, JuS 1998, 672. Für § 823 Abs. 1 BGB fehlt die erforderliche Rechtsgutsverletzung.

²⁴ Vgl. jüngst Kern, NZM 2009, 344 (345).

²⁵ Die Einleitung eines Gerichtsverfahrens vor dem Kündigungstermin ist entweder nach § 259 ZPO möglich, wenn der Mieter die Kündigung bestreitet (Foerste, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 7. Aufl. 2009, § 259 Rn. 5), oder wenn – wie im Fall des BGH – der Vermieter nur hilfswise ordentlich gekündigt hat und seine Klage zunächst auf die fristlose, später aber als rechtswidrig beurteilte Kündigung stützt.

²⁶ BGH, Urt. v. 12.8.2009 – XII 76/08.

987 Abs. 1 BGB auf, die der BGH letztlich auch angewandt hat.

In erster Linie zu klären ist aber das Verhältnis zu § 546a BGB, der eine Entschädigungs- (Abs. 1) und Schadensersatzpflicht (Abs. 2) des Mieters anordnet, wenn dieser die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgibt. Als Norm, die in den Vorschriften über den Mietvertrag angesiedelt und noch dazu genau auf den Fall der Vorenthaltung der Mietsache zugeschnitten ist, liegt der Gedanke nahe, sie als Spezialregelung aufzufassen und ihr damit verdrängende Wirkung gegenüber den allgemeinen Vorschriften beizumessen.

Dies hat der BGH jedoch zu Recht in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung nicht getan, wobei er sich bereits auf die eigene frühere Rechtsprechung stützen konnte.²⁷ Denn § 546a BGB verfolgt den Zweck, dem Vermieter die Rechtsverfolgung zu erleichtern (er muss weder ein Verschulden noch eine Bereicherung des Mieters beweisen) und sicherzustellen, dass er in jedem Falle mindestens die vereinbarte Miete erhält.²⁸ Mit diesem Zweck verträgt es sich nicht, wenn § 546a BGB allgemeine Vorschriften, die dem Vermieter im Einzelfall mehr geben könnten, ausschließen und ihn dadurch schlechter stellen würde.

Im konkreten Fall der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs konnte der BGH den Anspruch des Vermieters auf Auskehrung der seitens des Mieters gezogenen Nutzungen unproblematisch auf §§ 292 Abs. 2, 987 BGB stützen: Wie sich aus § 292 BGB selbst ergibt (Voraussetzung ist eine Herausgabepflicht), scheidet § 987 BGB nicht mehr an einem Recht zum Besitz des Mieters. Als Voraussetzung dafür, dass die erlangte Untermiete und *in casu* die vom Mieter erlangte Entschädigung aus dem Untermietvertrag Nutzungen i. S. v. §§ 987, 100 BGB darstellen, hatte der BGH letztlich nur noch Folgendes zu prüfen: Die Früchte (§ 99 Abs. 3 BGB) muss der Mieter aus der herauszugebenden Sache erzielt haben, und sie dürfen nicht ausschließlich auf seiner besonderen Leistung und Fähigkeit beruhen. Dabei betont der BGH, dass allein eine persönliche Geschicklichkeit des Mieters bei der Aushandlung des Untermietvertrags diese Einschränkung noch nicht erfüllt.²⁹

b) Rechtliche Lösung im Falle fehlender Rechtshängigkeit

Fraglich ist, wie es sich verhält, wenn die Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs bei Beendigung des Hauptmietver-

trags noch nicht bestanden hätte.³⁰ Dann würde sich der Anspruch auf Auskehrung der Untermiete seit Beendigung des Hauptmietvertrages bis zur Rechtshängigkeit aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 Abs. 2, 667 BGB, §§ 987, 990, 993 BGB und aus § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB ergeben.³¹ Während das Verhältnis des Anspruchs aus § 687 Abs. 2 BGB zu den anderen Ansprüchen von der Rechtsprechung noch nicht geklärt ist,³² sollen – in Abweichung vom Dogma der Exklusivität der §§ 987 ff. BGB – nach herrschender Meinung für den Fall der Nutzungsherausgabe nach beendigtem Vertragsverhältnis die Ansprüche aus EBV und Bereicherungsrecht nebeneinander anwendbar sein: Andernfalls würde derjenige Vermieter, der zugleich Eigentümer ist, durch Vorenthaltung der Ansprüche aus Bereicherungsrecht auf Ersatz des objektiven Mietwerts schlechter gestellt.³³

III. Ergebnis

Auch nach der Entscheidung des BGH hat der Vermieter keinen Anspruch auf Auskehrung der Untermiete, die der Mieter während des laufenden Hauptmietvertrags trotz fehlender Zustimmung des Vermieters erzielt. Sobald der Vertrag jedoch beendet ist, steht dem Vermieter der Erlös aus einer noch laufenden Untervermietung durch den ehemaligen Mieter zu. Es ist dann abhängig von der jeweiligen Fallgestaltung, ob sich dieser Anspruch aus Bereicherungsrecht, EBV, GoA, Verzug, unerlaubter Handlung oder – wie im Fall des BGH – § 292 Abs. 2 BGB ergibt.

Akad. Rat Dr. Florian Eichel, Passau

²⁷ BGHZ 44, 241 (242) = NJW 1966, 248 (249); BGH NZM 2000, 183 (184). Anders die Lehre von der Subsidiarität der §§ 985 ff. BGB, wonach der Eigentümer, der seine Sache aufgrund eines Rechtsverhältnisses weggibt, sein Eigentum so einschränkt, dass sich auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses die Abwicklung in jedem Fall nicht mehr nach den §§ 985 ff. BGB richten könne, *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 84 I 2.

²⁸ BGHZ 44, 241 (242-245) = NJW 1966, 248 (249).

²⁹ BGH, Urt. v. 12.8.2009 – XII 76/08.

³⁰ Wenn der Räumungsanspruch nicht als künftiger Anspruch nach § 257 oder – im Falle von Wohnraum – § 259 ZPO geltend gemacht wird.

³¹ Daneben stünde noch ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 BGB, der schwieriger zu begründen ist und vor allem dann hilft, wenn der Vermieter nicht die vom Mieter erlangte Untermiete beansprucht, sondern geltend macht, dass er die Mietsache zu einem noch höheren Betrag hätte weitervermieten können.

³² Nach *Seiler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, Vor § 677 Rn. 18 und *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 687 Rn. 59 f. soll § 687 Abs. 2 BGB abschließend sein, wenn der Geschäftsherr seine Ansprüche aus § 687 Abs. 2 BGB tatsächlich geltend macht; für freie Konkurrenz *Sprau* (Fn. 17), Vor § 677 Rn. 10 und 12.

³³ BGH NJW 1968, 197; *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, Vor §§ 987-993 Rn. 22. Der Fall ist zu unterscheiden von dem der Unwirksamkeit des Mietvertrags. Hier hat die Rechtsprechung den rechtsgrundlosen dem unentgeltlichen Erwerb bei § 988 BGB gleichgestellt, was von der Literatur stark kritisiert wird, dazu *Gursky*, ebenda Rn. 47 bis 53.