

Übungsfall: Trau, schau, wem

Von Dr. Katharina Hilbig, Göttingen*

Die Klausur behandelt im ersten Abschnitt (A. I.) die klassische und invariable Problematik der Herausgabe des Untermietzinses bei unberechtigter Untervermietung während bestehenden Mietvertrages. Die hier geprüften Anspruchsgrundlagen dürften zum Standardprogramm der Examensvorbereitung gehören. Sodann greift der Fall ein aktuelles BGH-Urteil auf (A. II.), das dieselbe Frage für den Zeitraum nach Ende des Mietvertrages und Eintritt der Rechtshängigkeit stellt und sich gut eignet, um die Kenntnisse über die eingangs nur cursorsisch angeprüften Ansprüche zu vertiefen. Die weiteren Probleme in B. und C. sollen die Kenntnisse über das Phänomen Untervermietung ein wenig erweitern. Der Klausur liegen vor allem die Urteile des BGH in NJW 1964, 1853, NJW 1996, 838 und NJW-RR 2009, 1522¹ zugrunde. Sie wurde im Wintersemester 2009/2010 im Rahmen des Probeexamens der Fakultät für Rechtswissenschaft der Georg-August-Universität Göttingen gestellt. Der Schwierigkeitsgrad der Klausur bewegt sich im gehobenen Mittelfeld.²

Sachverhalt

X war Eigentümer eines Wohnhauses im Ostviertel. Er hatte dem M ab dem 1.1.2007 eine Wohnung darin für monatlich € 900,00 vermietet, der Mietvertrag schieg zur Frage der Untervermietung. E kaufte das Grundstück von X mit Kaufvertrag vom 1.2.2007, in dem er gleichzeitig die Auflassung erklärte. Im Kaufvertrag hieß es weiter, E „übernimmt ab heute den Mietvertrag X-M einschließlich aller Rechte und Pflichten“. Obgleich X und E die Formalitäten zügig vorantrieben, wurde E erst am 1.6.2008 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Ab 1.4.2007 vermietete M ein Zimmer der Wohnung nebst Mitbenutzung der Gemeinschaftsräume ohne Kenntnis des E oder X an den U unter. U zahlte dem M einen monatlichen Untermietzins von € 400. Dies lag leicht oberhalb der ortsüblichen Miete für eine derartige Wohngelegenheit (€ 350 monatlich). M hatte von Anfang an vorgehabt, seinem Kommilitonen U ein Zimmer zur Untermiete zu geben – er war mit U eng befreundet und so wie gemietet war die Wohnung für ihn allein auch auf die Dauer zu groß und zu teuer. Nur weil U weniger seriös und beständig wirkte als M, hatten sie davon abgesehen, sich beide als Mieter zu bewerben.

Zum 1.5.2007 zog Ms Freundin F in die Wohnung ein, wiederum ohne Kenntnis des E oder X. Der zwischen M und F geschlossene Mietvertrag sah eine Mietdauer von 12 Mona-

ten zu einem Mietzins von monatlich € 300 vor. Um F zu beeindrucken, hatte M ihr vorgegaukelt, seine Familie sei vermögend und er Eigentümer der Wohnung. Als sie von dem Schwindel erfuhr, zog sie empört am 31.5.2007 aus und hinterließ ihm einen Brief, sie kündige den Mietvertrag, weil er ihr verschwiegen habe, dass er nur Mieter und sie daher nur Untermieterin sei.

M wollte vom 15.7. bis 15.10.2007 sein eigenes Zimmer in der Wohnung für € 300 monatlich an Y untervermieten, weil er derweil an einem dreimonatigen Pflichtpraktikum in Besançon teilnahm, zu dem er sich im Mai entschlossen hatte. Er bat E um Erlaubnis zur Untervermietung während seiner Abwesenheit an den ausländischen Gastdoktoranden Y zwecks finanzieller Entlastung. E verweigerte die Erlaubnis mit der Begründung, seine Wohnung sei doch keine Backpacker-Absteige.

Bald darauf erfuhr E vom aufmerksamen Rentner R im Erdgeschoss, dass U in der Wohnung lebte. Er mahnte M deswegen mehrmals erfolglos ab und kündigte ihm sodann schriftlich am 15.2.2008 unter Verweis auf die unberechtigte Untervermietung zum 31.3.2008. Da M schon angekündigt hatte, die Kündigung ignorieren zu wollen, erhob E Räumungsklage gegen M, die am 1.4.2008 zugestellt wurde. M dachte bei sich, dass E mit der Kündigung wahrscheinlich Recht hatte, zog es aber dennoch vor, zunächst mit U in der Wohnung zu bleiben. Ob des fortwährenden Drängens des E zogen M und U schließlich am 30.9.2008 aus.

E verlangt von M den von U vom 1.4.2007 bis 30.9.2008 eingenommenen Untermietzins. M wendet ein, dem E schulde er sowieso nichts, Eigentümer der Wohnung sei doch die meiste Zeit der X gewesen. Für die Herausgabe des Untermietzinses gebe es keine Grundlage. Auch nach einem etwaigen Ende des Mietverhältnisses und/oder der Rechtshängigkeit der Klage hafte er allenfalls wegen verspäteter Rückgabe auf Miete (die er jedoch bis zum Auszug gezahlt hatte), andere Ansprüche seien gesperrt.

Nachdem es mit der Wohnung ein so ruinöses Ende genommen hat, möchte auch M seine „offenen Rechnungen“ beglichen haben. Er verlangt von E Schadensersatz, weil dieser ihm im Sommer 2007 unberechtigt die Untervermietung an Y verweigert habe und ihm, M, dadurch ein Schaden i.H.v. € 900 entstanden sei. Von F verlangt er die elf ausstehenden Mieten für Juni 2007 bis April 2008 i.H.v. € 3.300. Ihre Kündigung hält er für unwirksam – ob sie einen Mietvertrag oder einen Untermietvertrag geschlossen haben, sei doch gleichgültig.

Bestehen die geltend gemachten Ansprüche?

* Die Autorin ist wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für deutsches und europäisches Privat- und Prozessrecht von Prof. Dr. Coester-Waltjen, LL.M. (Univ. of Michigan) an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ S. hierzu bereits die Anm. von Eichel, ZJS 2009, 702.

² Die Klausur fiel verhältnismäßig gut aus: Im Durchschnitt wurden 5,74 Punkte erzielt; 26,45 % der 155 Bearbeiter haben nicht bestanden; 16,12 % erreichten ein „vollbefriedigend“ oder besser.

Lösungsvorschlag

A. E gegen M auf Herausgabe des von U eingenommenen Untermieterlöses**I. E gegen M auf Herausgabe des Untermieterlöses vom 1.4.2007 bis 31.3.2008**

Hinweis: Viele Bearbeiter erkannten nicht, dass es sich anbot, die Zeiträume 1.10.2007-31.3.2008 und 1.4.2009 bis 30.9.2008 von vornherein zu trennen. Das führte dann meist dazu, dass bei den einzelnen Ansprüchen – spätestens hier hätte unterschieden werden müssen – wiederum nicht sauber nach Zeiträumen getrennt wurde oder dass manche Ansprüche nur für den einen, manche nur für den anderen Zeitraum geprüft wurden oder dass überhaupt nicht erkennbar war, welcher Zeitraum in Frage stand.

1. Anspruch auf den Untermietzins aus dem Mietvertrag selbst, § 535 Abs. 2 BGB

Zwischen X und M wurde ein wirksamer Mietvertrag geschlossen (§§ 535, 145 ff. BGB). Ein Anspruch auf den Untermieterlös aus dem Mietvertrag selbst würde eine entsprechende Abrede über eine untervermietungsbedingte Mieterhöhung voraussetzen (vgl. § 553 Abs. 2 BGB).³ Daran fehlt es.

Hinweis: In dieser Skizze wird die Gläubigerstellung des E – aus prüfungs-, „ökonomischen“ Gründen – erst bei dem ersten erfolgreichen Anspruch geprüft (s.u. II.), denn in den einzelnen Ansprüchen bleibt die Grundargumentation zwar identisch, dennoch werden bei den einzelnen Ansprüchen kurze zusätzliche Ausführungen erforderlich sein. Es erscheint aber auch vertretbar, diese Frage eingangs beim ersten Anspruch zu erörtern.

2. Anspruch auf den Untermietzins als Schadensersatz aus §§ 535, 540, 280 Abs. 1, 249 ff. BGB*a) Schuldverhältnis, §§ 280 Abs. 1, 535 BGB*

Zwischen X und M bestand ein wirksamer Mietvertrag (§ 535 BGB).

b) Pflichtverletzung, §§ 280 Abs. 1, 540 BGB

M hat eine Pflicht aus dem Mietverhältnis verletzt, nämlich die, den Gebrauch der Mietsache nicht ohne Erlaubnis des Vermieters Dritten zu gewähren (§§ 540, 549 Abs. 1 BGB).

Hier kommt es noch nicht darauf an, ob M einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis (§ 553 BGB) hatte (s. dazu unten II.). Bereits der Umstand, dass keine Erlaubnis eingeholt wurde, stellt eine Pflichtverletzung dar.

c) Vertretenmüssen

M hat die Pflichtverletzung zu vertreten, denn er hat in Kenntnis der fehlenden Gestattung durch den Vermieter und gerade willentlich ohne dessen Kenntnis und Zustimmung mit U einen Untermietvertrag geschlossen, handelte mithin zumindest grob fahrlässig (§§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 Abs. 1 S. 1 BGB).⁴

d) Schadensersatz, §§ 249 ff. BGB

Als Rechtsfolge schuldet M Ersatz des durch die Pflichtverletzung verursachten Schadens. Fraglich ist, wie E heute stünde, hätte M nicht die Einholung der Gestattung unterlassen (Differenzhypothese). Hätte M den E um Erlaubnis gefragt und hätte er verneint, so wäre E der Untermietzins nicht zugeflossen; da kein Untermieter zugezogen wäre, wäre es jedoch wahrscheinlich zu einer geringeren Abnutzung der Wohnung gekommen.⁵ Ferner hätte E seine Einwilligung von der Zustimmung des M zu einer Mieterhöhung nach § 553 Abs. 2 BGB abhängig machen können.

Problematisch ist bereits, dass sich die Höhe einer solchen Erhöhung schwer feststellen lässt. Ferner ist die kausale Verbindung von ausgebliebener Mieterhöhung und Pflichtverletzung des Mieters dadurch beeinträchtigt, dass die Mieterhöhung noch die Zustimmung des Mieters voraussetzt (Vertragsänderung).⁶ Hinzu kommt, dass für eine derartige Schadensberechnung ein Vertrag (eine Vertragsänderung) fingiert werden müsste und dass Fiktionen von Verträgen (wie etwa bei der Verletzung von Urheberrechten durch Schadensersatz in Höhe der üblichen Lizenzgebühr) eine Ausnahme bei der Schadensberechnung für Fälle der Verletzung von *Ausschließlichkeitsrechten* sind und eine Ausweitung des Gedankens der angemessenen Eigengeschäftsführung, der hier nicht zum Tragen kommt.⁷ Hier ist schon kein Ausschließlichkeitsrecht verletzt, sondern eine vertragliche Verpflichtung (§ 540 BGB). Ferner ging es bei der Rechtsprechung zu den Ausschließlichkeitsrechten stets um die Verletzung eines *fremden Rechts*, während hier der Schädiger den ihm übertragenen Gebrauchswert, also ein – wenn auch in engerem Umfang – eigenes Recht ausgebeutet hat.⁸ Daher kann man vorliegend nicht über eine fiktive Vertragsänderung zu einem

⁴ Vertretbar wäre hier auch bedingter Vorsatz, bei dem entscheidend ist, dass der Täter die reale Möglichkeit des Erfolgseintritts sieht und trotzdem handelt, vgl. *Grundmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 276 Rn. 161.

⁵ Der Sachverhalt hat sich bewusst eines Hinweises zur erhöhten Abnutzung enthalten, um die Prüfung nicht noch komplizierter zu machen. Vertretbar erscheint, auch ohne explizite Angabe dazu im Sachverhalt eine erhöhte Abnutzung anzunehmen, da statt einer Person zwei Personen die Wohnung bewohnen.

⁶ *Eichel*, ZJS 2009, 702 (704).

⁷ Näher s.u. zur angemessenen Eigengeschäftsführung.

⁸ So BGH NJW 1964, 1853.

³ S.a. BGH NJW 1996, 838 Rn. 22.

Schadensersatzanspruch in Höhe des eingenommenen Untermietzinses gelangen.⁹

e) Ergebnis

Ein ersatzfähiger Schaden bestünde also nur in Höhe der ggf. erhöhten Abnutzung der Wohnung, nicht in Höhe der vereinbarten Untermiete.

Hinweis: Einige Bearbeiter haben zusätzlich oder alternativ zum vertraglichen Schadensersatzanspruch einen Anspruch aus c.i.c. angenommen oder auch nur geprüft (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB). M.E. fehlt es an einer vorvertraglichen Pflichtverletzung. Ms reine vorvertragliche Intention, den U als Untermieter aufzunehmen, stellt keine Pflichtverletzung dar, da der Vermieter über §§ 540, 553 BGB („nach Vertragsschluss“) hinreichend vor einer Realisierung dieser Intention geschützt ist. Dass M seine Vorstellung in die Tat umsetzte und U als Untermieter aufnahm, fällt nicht mehr in den vorvertraglichen Bereich.

Abgesehen davon wird der Weg über die c.i.c. ebenso am Schaden scheitern wie der vertragliche Anspruch. Ferner würde die Gläubigerstellung des E hins. dieses *gesetzlichen* Anspruchs wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung gesonderter Diskussion bedürfen (s. näher unten).

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

a) Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV)

Ein Anspruch auf Nutzungsherausgabe aus §§ 987 Abs. 1, 990, 99 Abs. 3 BGB würde zunächst voraussetzen, dass zwischen M und X ein EBV besteht. X ist Eigentümer und M ist Besitzer (§§ 868, 854 Abs. 1 BGB), auch während des Besançon-Aufenthalts (§ 856 Abs. 2 BGB). Jedoch ist M zum Besitz berechtigt, da zwischen ihm und X ein Mietvertrag geschlossen wurde (§ 986 BGB).¹⁰

b) Figur des nicht-so-berechtigten Besitzers?

Dadurch, dass M sein Mietrecht überschritten hat, hat er auch nicht ohne weiteres seine Eigenschaft als rechtmäßiger Besitzer verloren – zum Besitz ist er gleichwohl berechtigt, nur nicht zur Weitervermietung ohne Erlaubnis.¹¹ Teilweise wird angenommen, der derart nicht-so-berechtigte Besitzer sei dem unrechtmäßigen Besitzer für die Konsequenzen der §§ 987 ff. BGB gleichzustellen.

Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass damit auf die grundlegende Prämisse der §§ 987 ff. BGB – die Vindikationslage – verzichtet wird.¹² Im Gesetz findet sich für eine Unterscheidung zwischen so-berechtigtem und nicht-so-berechtigtem Besitzer keine Beispiele oder Anhaltspunkte. Schließlich

⁹ Ähnlich Söllner, JuS 1967, 449 (450).

¹⁰ Vgl. BGH NJW 1996, 838 (840 sub dd) = Rn. 50); Söllner, JuS 1967, 449.

¹¹ Söllner, JuS 1967, 449.

¹² So überzeugend Söllner, JuS 1967, 449.

bilden im Regelfall bereicherungsrechtliche und vertragliche Ansprüche einen ausreichenden Schutz. Nach h.M. ändern Besitzrechtsüberschreitungen des rechtmäßigen Besitzers nichts daran, dass das Besitzrecht gegeben ist.¹³

c) Ergebnis

Ein Anspruch auf Nutzungsherausgabe aus §§ 987 Abs. 1, 990, 99 Abs. 3 BGB besteht nicht.

4. Anspruch auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung, § 823 Abs. 1 BGB

a) Eingriff in ein absolutes Recht

Die unberechtigte Gebrauchsüberlassung an Dritte stellt einen Eingriff in das Eigentumsrecht des Vermieters dar, denn es verlängert die Besitzkette (aus einstufig mittelbarem Besitz des Vermieters wird mehrstufiger Besitz, § 871 BGB).¹⁴ Damit verdoppelte der Mieter die Risiken am Ende des Mietverhältnisses – etwa die Gefahr eines Räumungsprozesses.¹⁵

b) Weitere Voraussetzungen

Weitere Voraussetzungen sind Rechtswidrigkeit, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, haftungsbegründende Kausalität von Handlung und Eingriff und haftungsausfüllende Kausalität von Eingriff und Schaden. Die Rechtswidrigkeit ist zu vermuten, M handelte zumindest grob fahrlässig (s.o.), die Kausalitäten sind ebenfalls gegeben.

c) Schaden

Wie oben zum vertraglichen Schadensersatzanspruch bestünde auch hier nur ein ersatzfähiger Schaden in Höhe der ggf. vermehrten Abnutzung der Wohnung. Sonstige Risiken (Räumungsprozess gegen U) haben sich nicht verwirklicht.

d) Ergebnis

M ist aus §§ 823 Abs. 1, 249 ff. BGB nicht zur Herausgabe des Untermietzinses verpflichtet.

5. Anspruch aus Nichtleistungskondiktion, § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB

a) Erlangtes Etwas

M hat etwas erlangt, nämlich den Gebrauchswert der untervermieteten Wohnungsteile (als Gegenstand der unberechtigten Untervermietung).¹⁶

¹³ Vgl. nur Herrmann, in: Staudinger, ECKPFLEILER, 2005, EBV, sub II.3.

¹⁴ Söllner, JuS 1967, 449 (450).

¹⁵ Söllner, JuS 1967, 449 (450 f.).

¹⁶ Freilich hat er auch den Untermietzins erlangt, dieser ist aber Gegenstand einer *Leistung* solvendi causa im Verhältnis U-M und kann somit nicht über die subsidiäre Nichtleistungskondiktion herausverlangt werden, so auch Eichel, ZJS 2009, 702 (703).

b) Auf Kosten des Vermieters

aa) Eingriff in den Gebrauchswert

Eine Erlangung auf jemandes Kosten erfordert einen Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines Rechts. Der *Zuweisungsgehalt des Gebrauchswerts* des Eigentums ist aber nicht verletzt, denn dadurch, dass der Vermieter qua Mietvertrag den Gebrauch an M überließ, begab er sich selbst und freiwillig des Gebrauchswerts.¹⁷ Dem Vermieter entgehen keine Verwertungs- oder Gebrauchsmöglichkeiten, derer er sich nicht schon bei Vertragsschluss entäußert hätte.¹⁸ Und wenn der Anspruchsteller nicht selbst berechtigt gewesen ist, den Eingriff vorzunehmen und die Vermögensposition in Anspruch zu nehmen, kann ihm diese Position nicht von der Rechtsordnung zugewiesen sein und ihre Verwertung erfolge nicht „auf seine Kosten“.¹⁹ Den Gebrauchswert (Gegenstand der unberechtigten Untervermietung) erlangte M daher nicht auf Kosten des E.

bb) Eingriff in die Entscheidungsbefugnis

Indem der Mieter unberechtigt untervermietete, beging er einen *Eingriff in die Entscheidungsbefugnis* des Vermieters über die Untervermietung (§ 553 Abs. 1 BGB). Nach teilweise vertretener Ansicht stellt dies einen bereicherungsrechtlich relevanten Eingriff dar. Die Entscheidungsbefugnis habe eine materielle Nutzungsfunktion. Beleg dafür sei § 553 Abs. 2 BGB, der dem Vermieter die Möglichkeit gibt, sich seine Erlaubnis „abkaufen“ zu lassen.²⁰

Die h.M. lehnt dies jedoch zu Recht ab. Die Entscheidungsbefugnis über die Untervermietung nach § 553 Abs. 1 BGB ist lediglich ideelles Abwehrrecht, eine materielle Nutzungsfunktion ist damit nicht verbunden. Die Entscheidungsbefugnis ist nur dazu bestimmt, den Vermieter vor unerwünschten Mietern, also vor bestimmten Personen zu schützen.²¹ Die Entscheidungsbefugnis gewährt dem Vermieter keine vermögenswerte Rechtsposition – der angemessene Zuschlag zur Miete nach § 553 Abs. 2 BGB berechnet sich nicht nach dem vom Mieter möglicherweise erzielbaren Untermieterlös, sondern nach h.M. nach der erhöhten Abnutzung.²² Der Untermietzins ist auch keine Gegenleistung für die Zustimmung des Vermieters zur Untervermietung, sondern für die Gewährung der Nutzung.²³ Die Entscheidungsbefugnis ist auch keine typische Folge der Güterzuordnung, sondern ergibt sich aus dem Ordnungsgefüge des Mietvertra-

ges, insbesondere dem Umstand, dass der Mietvertrag auf gegenseitigem Vertrauen fußt.²⁴

c) Ergebnis

Es besteht kein Anspruch aus Nichtleistungskondiktion.²⁵

6. Anspruch auf Herausgabe aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

a) Direkte Anwendung

Eine direkte Anwendung scheitert daran, dass die Untervermietung einer Sache, die Gebrauchsüberlassung an einen Dritten keine Verfügung ist (Rechtsgeschäft, das die unmittelbare Begründung, Aufhebung, Übertragung, Änderung, Belastung eines Rechts bewirkt), sondern ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft, das die dingliche Rechtslage unberührt lässt.²⁶

b) Analoge Anwendung

Eine analoge Anwendung des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB wird mit dem Argument angedacht, dass der Abschluss eines Mietvertrags (nach a.A. erst die Kumulation von Mietvertrag und tatsächlichen Besitzeinräumung²⁷) einer Verfügung im weitesten Sinne gleichkomme, da der Vermieter sich dadurch seines Vindikationsanspruchs aus § 985 BGB begibt (der nichts anderes als eine Erscheinungsform des dinglichen Rechts ist), weil der Mietvertrag ein Recht zum Besitz i.S.v. § 986 BGB begründet.²⁸ Unterstützend kann auf § 566 BGB hingewiesen werden – da die Vermietung auch dem Erwerber gegenüber wirkt, entfaltet sie Wirkung über die Parteien des Rechtsgeschäfts hinaus und ähnelt daher mit der Durchbre-

²⁴ Söllner, JuS 1967, 449 (453). Problematisch daher Theuffel, JuS 1998, 886 (888), der anführt, Zustimmungsbefugnis und Güterzuordnung stünden durchaus in Verbindung, „da der Vermieter regelmäßig auch Eigentümer ist“. Jedoch steht unstreitig auch dem Untervermieter die Entscheidungsbefugnis über die Unter-Untervermietung durch den Untermieter/Unter-Untervermieter zu.

²⁵ Mit guter Argumentation muss es als vertretbar angesehen werden, § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB zu bejahen. Die Rechtsfolge ist dann wiederum schwer umstritten. Hier werden verschiedene Ansichten vertreten, wobei nach wohl überwiegender Meinung nur der Betrag verlangt werden kann, um den der Mietzins nach § 553 Abs. 2 BGB hätte angehoben werden können (also nach h.M. wiederum nur der Betrag, der der ggf. erhöhten Abnutzung entspricht) – denn dies ist ja das Äquivalent der verletzten Entscheidungsbefugnis (so Theuffel, JuS 1997, 886 [888]; Gebauer, Jura 1998, 128 [133]).

²⁶ Vgl. nur BGH NJW 1996, 838 Rn. 46; Gebauer, Jura 1998, 128 (130); Eichel, ZJS 2009, 702 (703).

²⁷ So Katzenstein, Jura 2004, 1 (3).

²⁸ Grundlegend Diederichsen, NJW 1964, 2296 (die Rezipienten sind sich uneins, ob Diederichsen für direkte oder analoge Anwendung eintritt, m.E. plädiert er für analoge Anwendung [„sinngemäß“]). Für analoge Anwendung auch Emmerich, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 540 Rn. 31; Emmerich, JuS 1996, 648 f.

¹⁷ BGH NJW 1996, 838 (840 sub bb9 = Rn. 48).

¹⁸ BGH NJW 1996, 838 (840 sub bb) = Rn. 48).

¹⁹ Gebauer, Jura 1998, 128 (131).

²⁰ Gebauer, Jura 1998, 128 (132); Theuffel, JuS 1997, 886 (888).

²¹ Mutter, MDR 1993, 304 f.; Riehm, JuS 1998, 672; zust. Eichel, ZJS 2009, 702 (704).

²² Bieber, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 553 Rn. 11; Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 553 Rn. 6 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

²³ Riehm, JuS 1998, 672; Eichel, ZJS 2009, 702 (704).

chung der Relativität des Schuldverhältnisses insoweit ganz entfernt einem dinglichen Rechtsgeschäft.²⁹

Eine nachträgliche rückwirkende Genehmigung dieser „Verfügung“ (die E in Bezug auf U erteilt hat), ist nach h.M. möglich. Dagegen ist zwar einzuwenden, dass der Verfügende mit der Genehmigung rückwirkend zum Berechtigten wird, so dass die erste Voraussetzung von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB entfällt und dass der Genehmigende im Zeitpunkt der Genehmigung gar keine Verfügungsmacht mehr innehat. Für die h.M. spricht jedoch, dass es gerade der Sinn der nachträglichen Genehmigung ist, dem ehemaligen „Eigentümer“ Zugriff auf den Erlös zu geben und dass anderenfalls die Vindikationsersatzfunktion des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB unvollständig wäre.

Jedoch fehlt es an der *Vergleichbarkeit der Situationen*. § 816 BGB hat Vindikationsersatzfunktion, d.h. in den Worten des BGH, dass der Bereicherungsanspruch aus § 816 BGB „an die Stelle des Herausgabeanspruchs nach § 985 BGB getreten [ist]. Diesem gegenüber könnte der Besitzer sich nicht auf die einem Dritten erbrachte Leistung berufen. Deshalb kann er es auch nicht gegenüber dem Bereicherungsanspruch.“³⁰ Mit der vorliegenden Situation hat dies nichts gemein. Ein solcher Anspruch mit Vindikationsersatzfunktion würde vielmehr voraussetzen, dass der Untermietzins einen Gegenwert für die Gebrauchsüberlassung darstellt, den der Mieter *anstelle* des Eigentümers erzielt, weil der Mieter über den Gebrauch der Sache *verfügt hat*. Da der Eigentümer die Wohnung aber bereits vermietet hatte, hätte er die Sache nicht mehr selbst an Dritte vermieten können.³¹ Beim zweiten Mietvertrag (M-U) fehlt es an dem, was den Verfügungscharakter nachvollziehbar machen soll, nämlich dem Sich-Begeben des Vindikationsanspruchs (den M, als Mieter, niemals innehatte).³² Ferner fehlt es an der typischen „Wirksamkeit“ der „Verfügung“ gegenüber dem Vermieter, denn im Verhältnis zum Vermieter erwirbt der Untermieter kein wirksames Recht zum Besitz.³³

Schließlich wird mit Recht die für eine Analogie erforderliche *Regelungslücke* abgelehnt. Für diese Art von „Verfügung im weitesten Sinne“ gibt es bereits die Nichtleistungskondition, die derartige Fälle abzudecken geeignet ist.

Ein Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB analog ist daher abzulehnen.³⁴ Auf eine nachträgliche Genehmigung kommt es daher nicht mehr an.

²⁹ Wobei der Mietvertrag jedoch nur gegenüber dem neuen Eigentümer „wirkt“ und nicht gegenüber jedermann.

³⁰ BGHZ 55, 176 Rn. 7 mit Verweis auf BGHZ 47, 128 (130 f.).

³¹ BGH NJW 1996, 838 (840 sub aa) = Rn. 47).

³² Sehr begründete Zweifel am Verfügungscharakter des zweiten Mietvertrages, selbst wenn man beim ersten Mietvertrag noch eine Verfügung im weitesten Sinne bejahen wollte, bei *Theuffel*, JuS 1997, 886 (887).

³³ Vgl. Nachw. bei *Gebauer*, Jura 1998, 128 (130 Fn. 26); *Theuffel*, JuS 1997, 886 (887).

³⁴ H.M., vgl. etwa *Theuffel*, JuS 1998, 968 sowie die Nachweise sogleich sub A. I. 8.

Hinweis: Mit guter Argumentation muss es als vertretbar angesehen werden, § 816 Abs. 1 S. 1 analog BGB zu bejahen. Dann stellte sich die Frage, ob die vollen € 400/Monat herausgefordert werden könnten. Dies ist mit *Diederichsen* (NJW 1964, 2296 [2997]) abzulehnen, lediglich der Untermietmehrerlös ist herauszugeben. Für dessen Berechnung kann auf den im Sachverhalt angegebenen objektiven Marktwert von Us Anteil an der Wohnung – € 350 – abgestellt werden. Der Untermietmehrerlös beläuft sich danach also auf monatlich € 50.

7. Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung, §§ 667, 681 S. 2, 687 Abs. 2 BGB

Hinweis: Wo der Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung in der Prüfungsgliederung (vertraglich – vertragsähnlich – dinglich – deliktisch – bereicherungsrechtlich) unterzubringen ist, ist problematisch, denn die Stellung der angemessenen Eigengeschäftsführung ist nicht vollends geklärt – manche sehen den Schwerpunkt im Deliktsrecht, manche im Bereicherungsrecht, manche wiederum sehen sie als eigenständige Ergänzung des Delikts- und Bereicherungsrechts an (im letzteren Sinne *Bergmann* [Fn. 35], § 687 Rn. 11 m.w.N.). Daher ist es in der Klausur vertretbar, den Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung bei den deliktischen Ansprüchen, bei den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen oder nachgeordnet nach letzteren – wie hier – zu prüfen.

E könnte gegen M ein Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung zustehen. Geschäftsführung ist jedes rechtliche oder tatsächliche Tun, mithin auch der Abschluss und die Durchführung des Untermietvertrages mit U.

a) Fremdes Geschäft

Der Geschäftsführer M müsste zunächst mit der Untervermietung ein objektiv fremdes Geschäft (neutrales oder auch fremdes Geschäft genügen hier nicht)³⁵ des Vermieters vorgenommen haben. Fremd ist ein Geschäft, wenn sich der Geschäftsführer eine Rechtsposition anmaßt, die nach dem Willen der Rechtsordnung einer anderen Person zur ausschließlichen Nutzung und Verwertung zugewiesen ist (sog. Zuweisungslehre): Es muss eine deliktisch geschützte Rechtsposition vorliegen, für die eine von der Rechts- und Wirtschaftsordnung anerkannte Verwertungsmöglichkeit besteht (der Fremdheitsbegriff des § 687 Abs. 2 BGB ist autonom auszulegen, nicht wie in § 677 BGB³⁶).

Zwar ist die Vermietung von Sachen grundsätzlich ein Geschäft des Eigentümers.³⁷ Aber Untervermietung ist dem Wortsinn nach nicht Angelegenheit des Vermieters, sondern

³⁵ *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 687 Rn. 14 m.w.N.; *Seiler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 687 Rn. 18.

³⁶ *Bergmann* (Fn. 35), § 687 Rn. 17 f. m.w.N.; anders mit der wohl h.M. *Seiler* (Fn. 35), § 687 Rn. 8.

³⁷ RGZ 105, 408 (409 f.).

des Mieters. Die Entscheidung über das Ob und Wie der Untervermietung muss (trotz Erlaubniserfordernis) vom Mieter ausgehen. Davon gehen auch §§ 540, 553 BGB aus. Wegen des bestehenden Mietverhältnisses wäre E gar nicht in der Lage, an einen Dritten zu vermieten, er hatte also keine Verwertungsmöglichkeit. M führte daher bei der Untervermietung kein fremdes Geschäft.³⁸

b) Ergebnis

Ein Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung besteht nicht.³⁹

Hinweis: Denkbar ist freilich auch ein Anspruch aus echter Geschäftsführung ohne Auftrag auf Herausgabe des Erlangten (§§ 677, 681 S. 2, 667 BGB). Jedoch scheitert dieser Anspruch nicht nur ebenso wie der aus angemessener Eigengeschäftsführung an der mangelnden Fremdheit, sondern der Fremdgeschäftsführungswille ist hier derart fernliegend, dass dieser Anspruch nicht in den Lösungsvorschlag mitaufgenommen wurde.

8. Ergebnis

Dem Vermieter steht kein Anspruch gegen den Mieter auf Herausgabe des Untermieterlöses zu.⁴⁰

Dieses Ergebnis wird überwiegend nicht für unbillig erachtet, denn der Vermieter kann Unterlassung verlangen (§ 541 BGB), kann regelmäßig bei unbefugter Untervermietung das Mietverhältnis kündigen (§ 543 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB; näher sogleich), kann Schadensersatz aus pVV

³⁸ Ganz h.M., vgl. nur BGH NJW 1996, 838 (840 sub cc)); *Bergmann* (Fn. 35), § 687 Rn. 20.

³⁹ A.A. mit guter Begründung vertretbar. Ein Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung wird bejaht von *Herrschel*, JuS 1968, 562 f. Er knüpft dafür daran an, dass der Mieter durch unberechtigte Untervermietung die vertragliche Abrede über den ihm zustehenden Gebrauch der Sache überschreitet und der Mieter hierdurch in den dem Eigentümer verbliebenen Herrschaftsbereich eingreift. Das a priori ganz bestechende Argument, dass *Untervermietung* stets nur Sache des Mieters sein könne, lasse außer Acht, dass der Untermietzins nicht allein durch den Untermietvertrag, sondern im Verbund mit der Überlassung der Sache an den Untervermieter (die in den dem Eigentümer verbliebenen Herrschaftsbereich eindringt) erzielt wird.

Bei der Rechtsfolge wäre dann der Aufwendungsersatzanspruch des Geschäftsführers zu beachten, §§ 687 Abs. 2 S. 2, 684 BGB. M könnte einen Teil der Miete zurückfordern – wohl den, der dem Anteil des von U benutzten Teils der Wohnung entspricht, also € 350/Monat. Im Ergebnis verbliebe es also bei der Herausgabe des Untermieterlöses (so *Herrschel*, JuS 1968, 562 [563]).

⁴⁰ H.M., vgl. aus der Rspr. nur BGH NJW 1964, 1853; BGH WM 1969, 298 (300); BGH NJW 1996, 839; OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 596 (597); OLG Celle ZMR 1995, 159 (160).

und § 823 Abs. 1 BGB wegen ggf. erhöhter Abnutzung verlangen; ein sonstiger „Schaden“ ist ihm nicht entstanden.⁴¹

II. Anspruch E gegen M auf Herausgabe des Untermieterlöses vom 1.4.2008 bis 30.9.2008

Hinweis: Viele Bearbeiter haben hier als ersten Anspruch § 546a BGB geprüft. Das erscheint ohne weiteres gut vertretbar, dennoch wurde (auch zur „Verschlankung“ der Skizze) im Lösungsvorschlag von einer eigenständigen Prüfung des § 546a BGB abgesehen. Denn § 546a BGB ist nur auf die vereinbarte oder ortsübliche Miete gerichtet und kann deshalb schon nach seinem klaren Wortlaut nicht zu einem Anspruch auf den Untermietzins führen.

1. E gegen M auf Nutzungsherausgabe (§§ 987 Abs. 1, 292, 546 Abs. 1, 398 S. 2 BGB)

E könnte gegen M einen Anspruch auf Nutzungsherausgabe (§§ 987 Abs. 1, 292, 546 Abs. 1 BGB) haben. § 987 BGB ist anwendbar, wenn sein Anwendungsbereich nicht durch vorrangige Vorschriften gesperrt ist und wenn eine Vindikationslage besteht oder auf diese Norm verwiesen wird. Letzteres ist hier der Fall, wenn die Voraussetzungen des § 292 BGB vorliegen.

a) Anwendbarkeit neben § 546a BGB

Auf die Problematik, ob Ansprüche aus §§ 987 ff. BGB durch die Ansprüche auf Entschädigung bei verspäteter Rückgabe nach § 546a BGB verdrängt werden, kommt es hier nicht an. Denn es ist § 292 BGB, auf das EBV verweist; die EBV-Vorschriften kommen nicht aus sich heraus zur Anwendung. § 292 BGB knüpft dafür hier an einen mietvertraglichen Herausgabeanspruch (§ 546 BGB) an und verschärft diese vertragliche Haftung für die Zeit der Rechtshängigkeit.

Selbst wenn sich die Frage nach dem Verhältnis von §§ 987 ff. BGB und § 546a BGB stellen würde⁴², wäre der Nutzungsherausgabeanspruch nicht gesperrt. Zwar ist nach teilweise vertretener Ansicht § 546a BGB als Teil der detaillierteren Ordnung des Mietrechts *lex specialis* zu §§ 987 ff. BGB.⁴³ Nach h.M. besteht jedoch zwischen § 546a BGB und §§ 987 ff. BGB Anspruchskonkurrenz.⁴⁴ § 546a Abs. 1 BGB will lediglich vermeiden, dass ein Vermieter, der den Mieter wegen verspäteter Rückgabe der Mietsache auf Schadensersatz oder Nutzungsentschädigung in Anspruch nimmt, stets seinen Schaden und eine schuldhaft verspätete Rückgabe

⁴¹ Vgl. BGH NJW 1996, 838 Rn. 51.

⁴² Denkbar etwa in einer Klausur, in der – was näher läge als der hiesige Sachverhalt! – Ende des Mietvertrages und Eintritt der Rechtshängigkeit nicht zeitlich zusammenfallen.

⁴³ So etwa OLG Köln NZM 1999, 710 (711).

⁴⁴ BGH NJW-RR 2009, 1522, Rn. 32 f.; BGHZ 44, 241; BGH NJW 1989, 2133 (2335); OLG Düsseldorf ZMR 2007, 33; OLG Brandenburg Urt. v. 17.08.2005 – 3 U 212/04, Rn. 21; *Bieber* (Fn. 22), § 546 Rn. 23.

oder die Bereicherung des Mieters darlegen und beweisen muss⁴⁵ und ihm so ein Minimum an Kompensation verschaffen. Einen darüber hinausgehenden Ausschluss von Ansprüchen des Vermieters intendierte der Gesetzgeber nicht. Das gilt umso mehr deshalb, weil der vereinbarte Mietzins, insbesondere nach Beendigung eines langfristigen Mietverhältnisses, bei steigenden Mietpreisen und sinkender Kaufkraft in aller Regel hinter dem angemessenen Entgelt zurückbleiben wird, und deshalb ein Vermieter bei einer andere Ansprüche sperrenden Auslegung des § 546 BGB ungerechtfertigt benachteiligt würde.⁴⁶

b) Gläubigerstellung des E

aa) Bis zur Eintragung im Grundbuch

(1) § 566 Abs. 1 BGB

Fraglich ist, ob sich die Gläubigerstellung des E aus § 566 Abs. 1 BGB direkt oder analog ableiten lässt, der vorsieht, dass bei Veräußerung des vermieteten Grundstücks nach dessen Überlassung an den Mieter der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich *während der Dauer seines Eigentums* aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eintritt. Die Anwendung von § 566 BGB musste für den ersten Zeitraum bis 30.5.2008 scheitern: solange der Erwerber nicht Eigentümer ist, bleibt der Veräußerer Vermieter. Die Normüberschrift „Kauf bricht nicht Miete“ ist daher insoweit irreführend.⁴⁷ Obgleich sich daraus Schwierigkeiten ergeben können, wenn das Grundstück dem Erwerber bereits vor seiner Eintragung im Grundbuch übergeben wird (so dass auf ihn regelmäßig die Nutzungen und Lasten des Grundstücks übergehen, § 446 S. 2 BGB), ist vor Eigentumsübergang die Anwendung des § 566 BGB nach ganz überwiegender Ansicht ausgeschlossen.⁴⁸ § 566 BGB regelt also nur den Fall des Wechsels im Eigentum – der hier erst am 1.6.2008 eintrat.

(2) Vertragsübernahme, §§ 311 Abs. 1, 414 f. BGB analog

Die Vereinbarung, wonach E den Mietvertrag „übernimmt [...] einschließlich aller Rechte und Pflichten“ ist in erster Linie als Vertragsübernahme zu verstehen. Die Vertragsübernahme kann als Vorgang summierter Schuldübernahmen und summierter Forderungsabtretungen begriffen werden.⁴⁹ Da die Vertragsübernahme neben Elementen der Forderungsabtretung Elemente der Schuldübernahme enthält, werden an sie die Anforderungen der §§ 414 f. BGB gestellt, die analog angewendet werden. Eine Vertragsübernahme kann daher nur

entweder im Wege eines dreiseitigen Vertrages zwischen der ausscheidenden, der übernehmenden und der verbleibenden Partei vereinbart werden (§ 414 BGB analog) oder durch Vertrag zwischen ursprünglicher und neuer Partei, wenn der verbleibende Teil zustimmt (§ 415 BGB analog), wobei die Zustimmung des Dritten nach der herrschenden Verfügungstheorie eine Genehmigung analog § 185 BGB (bzw. die Genehmigung einer Verfügung mit Wirkung unmittelbar aus § 415 BGB⁵⁰) darstellt.⁵¹ Die Genehmigung wirkt ex tunc auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück.⁵²

Zumindest unmittelbar nach dem 1.2.2007 war keine der beiden Varianten gegeben und die Vertragsübernahme daher schwebend unwirksam.⁵³ Eine spätere Zustimmung des M kann allenfalls in dem an E gerichteten Ersuchen um Untermieterlaubnis gesehen werden. Die Genehmigung ist nicht formbedürftig.⁵⁴ Problematisch ist jedoch, dass einer Genehmigung die Mitteilung der Schuldübernahme vorangehen und anderweitige Kenntniserlangung nicht genügt, sofern nicht eine Bezugnahme eines Vertragsbeteiligten nachfolgt.⁵⁵ Das lässt der Sachverhalt offen, es ist nicht klar, wie M darauf kam sich an E und nicht an X wegen der Untermieterlaubnis zu wenden. Selbst wenn hier, etwa unter Berufung auf den typischen Geschehensablauf, von einer Mitteilung an M auszugehen ist, so bezog sich Ms konkludente Zustimmung nur auf einen Aspekt des Vertrages, nicht den Vertrag als Ganzen. Es erscheint zwar vertretbar, eine Zustimmung zur (ganzen) Vertragsübernahme und nicht nur zur Schuldübernahme im Hinblick auf die Zustimmungspflicht nach § 553 BGB anzunehmen. Eine Entscheidung kann jedoch dahinstehen, wenn E auch anderweitig die für die Anspruchsprüfung im Folgenden maßgeblichen Positionen einnehmen konnte:

Hinweis: Teilweise haben die Bearbeiter versucht, auch die Übertragung der *Pflichten* dadurch teilweise zu „retten“, dass sie von einem Schuldbeitritt/einer Schuldmitübernahme (§ 311 Abs. 1 BGB) ausgingen. Letztlich ist jedoch nicht ersichtlich, dass dies von den Parteien gewollt war: X würde nicht befreit und es würde lediglich – woran X und E kein Interesse haben – dem Mieter ein zusätzlicher Schuldner an die Hand gegeben.

(3) Abtretung, § 398 BGB

Fehlt die Zustimmung zur Vertragsübernahme als solcher, so bedeutet dies noch nicht, dass die Unwirksamkeit der Über-

⁴⁵ BGHZ 44, 241 Rn. 12 f.

⁴⁶ BGHZ 44, 241 Rn. 13.

⁴⁷ Der Streit darum, ob dem Grundsatz „Kauf bricht Miete“ oder dem Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ zu folgen ist, ist älter als das BGB und älter als das Abstraktionsprinzip, vgl. die historischen Ausführungen bei *Emmerich* (Fn. 28), § 566 BGB Rn. 2.

⁴⁸ So *Emmerich* (Fn. 28), § 566 Rn. 32 m.w.N.; BGH NJW 2003, 2987.

⁴⁹ *Busche*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, Einl. zu §§ 398 ff. BGB, Rn. 196.

⁵⁰ *Rieble*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 415 Rn. 5. Nach der a.A. (sog. Angebotstheorie) ist die Mitteilung des § 415 Abs. 1 S. 2 BGB Schuldübernahmeangebot, das der Gläubiger mit seiner „Genehmigung“ annimmt (*Rieble*, a.a.O. Rn. 4 m.w.N.).

⁵¹ Vgl. BGH NJW 1985, 2528 (2530); BGH NJW 2002, 3389; BGH NJW-RR 2009, 1522 Rn. 19.

⁵² *Möschel*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 415 Rn. 17.

⁵³ *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 415 Rn. 7.

⁵⁴ *Möschel* (Fn. 52), § 415 Rn. 17.

⁵⁵ *Möschel* (Fn. 52), § 415 Rn. 10.

tragung der Pflichten gem. § 139 BGB die Unwirksamkeit des gesamten Rechtsgeschäfts zur Folge hätte.⁵⁶

Vielmehr ist die Vereinbarung dahin auszulegen, dass ihr der Wille der Vertragsparteien zugrunde liegt, E solle mit Vertragsschluss jedenfalls insoweit in die Rechtsstellung des Vermieters eintreten, als dies ohne Zustimmung des Mieters möglich ist,⁵⁷ dass die Parteien also alle Rechte übertragen wollten, d.h. eine Abtretung (§ 398 BGB) vornahmen.⁵⁸ Die Forderung muss hinsichtlich Person des Schuldners, Gegenstand und Umfang insoweit bestimmbar sein, als es zu ihrer Identifikation erforderlich ist.⁵⁹ Die Abtretung bedarf zur Wirksamkeit nicht der Anzeige an den Schuldner (oder gar dessen Zustimmung), eine Anzeige ist freilich zweckmäßig, etwa um dem Schuldner die Möglichkeit der befreienden Leistung an den Altgläubiger (§ 407 BGB) zu nehmen.⁶⁰ Eine Abtretung kann sich auch auf künftige Forderungen erstrecken.⁶¹ Der Rechtsgrund für die Forderung (wie hier das Ende des Mietverhältnisses) braucht im Zeitpunkt der Abtretung nicht wirksam geschaffen zu sein; es genügt, dass das zukünftige Entstehen der Forderung als wahrscheinlich angenommen werden kann.⁶²

Gegenstand der Abtretung ist hier auch ein möglicher Herausgabeanspruch aus § 546 BGB.⁶³ Die Rückgabepflicht des § 546 BGB ist als vertragliche Abwicklungspflicht⁶⁴ und von der Formulierung der Abtretung M-V („alle Rechte [...] aus dem Mietvertrag“) umfasst.

bb) Ab der Eintragung im Grundbuch

Ab der Grundbucheintragung (§ 873 Abs. 1 BGB) des E als Eigentümer des Grundstücks (zu dem als wesentlicher Bestandteil auch das Gebäude zählt, §§ 94 Abs. 1 S. 1, 93 BGB) am 1.6.2008 stünde E der Anspruch aus § 546 Abs. 1 BGB (i.V.m. § 566 Abs. 1 BGB) aus eigenem Recht zu. Sofern

⁵⁶ BGH NJW 2002, 3389 (3391 sub 6).

⁵⁷ BGH NJW 2002, 3389 (3391 sub 6).

⁵⁸ Und X ggf. eine Ermächtigung erteilte (dazu unten bei der Kündigung).

⁵⁹ Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 398 Rn. 67.

⁶⁰ Busche (Fn. 49), § 398 Rn. 23 f.

⁶¹ Grüneberg (Fn. 53), § 398 Rn. 11.

⁶² Roth (Fn. 59), § 398 Rn. 67.

⁶³ Der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB ist nicht selbständig abtretbar, da er nicht als vom absoluten Recht selbständige Rechtsinstitution getrennt gedacht werden kann, er ist nichts anderes als eine Erscheinungsform des dinglichen Rechts (Busche [Fn. 49], § 398 Rn. 42; Gursky, in: Staudinger, 2006, § 985, Rn. 42, 3). Möglich ist aber eine Ermächtigung zur Ausübung des Vindikationsanspruchs, in die die gescheiterte Abtretung regelmäßig umgedeutet werden kann (Gursky, a.a.O., § 985, Rn. 3, 42).

Auf die Frage, ob E und X wollten, dass E auch nach Ende des Mietvertrages M-X Rechte in Bezug auf die Wohnung geltend machen kann (dazu unten), kommt es hier noch nicht an, denn der Anspruch aus § 546 BGB gehört noch zu den vertraglichen Ansprüchen aus dem Mietvertrag M-X.

⁶⁴ Bieber (Fn. 22), § 546 Rn. 1.

jedoch das Mietverhältnis vor diesem Zeitpunkt beendet wurde (s.u.), kommt es hier zu keinem Zeitpunkt zu einer Anwendung des § 566 BGB.

c) Voraussetzungen des § 292 BGB

aa) Rückgabeanspruch, § 546 Abs. 1 BGB

Fraglich ist, ob das Mietverhältnis durch die Kündigung des E vom 15.2.2008 zum 31.3.2008 beendet worden ist (§§ 542 ff. BGB).

(1) Kündigungsbefugnis des E qua Ermächtigung, § 185 Abs. 1 BGB

Die Abtretung umfasst nicht auch das Kündigungsrecht, denn das Kündigungsrecht ist ein Gestaltungsrecht, das nicht unter § 398 BGB fällt.⁶⁵ Jedoch finden gem. § 413 BGB die Vorschriften über die Abtretung von Forderungen auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt. Daraus ergibt sich, dass auch Gestaltungsrechte jedenfalls im Grundsatz abgetreten werden können.⁶⁶ In der Lit. wird häufig differenziert zwischen selbständigen Gestaltungsrechten, die ohne Einschränkung übertragbar sein sollen, und unselbständigen Gestaltungsrechten, deren Übertragung nur zusammen mit dem Hauptrecht möglich sein soll; zu letzteren wird überwiegend das Recht, einen Mietvertrag zu kündigen, gezählt.

Der BGH hat sich einer Streitentscheidung enthalten mit dem Lösungsweg, dass eine möglicherweise unwirksame Abtretung des Kündigungsrechts jedenfalls in eine Ermächtigung (§ 185 BGB) umgedeutet werden könne (§ 140 BGB).⁶⁷ Zur Begründung führt er an, dass eine Ermächtigung zur Abgabe einer Kündigungserklärung im eigenen Namen systematisch und funktionell der Vollmacht verwandt ist (dass die Stellvertretung auch bei der Ausübung unselbständiger Gestaltungsrechte zulässig ist, ist unbestritten). Der Unterschied liegt in dem eher formalen Aspekt, dass der Stellvertreter die Erklärung im fremden Namen abgibt, der Ermächtigte im eigenen Namen. Hingegen ist der wirklich entscheidende Punkt, nämlich in welchem Umfang der eigentlich berechtigte Vertragspartner das Kündigungsrecht aus der Hand gibt, bei Stellvertretung und Ermächtigung nicht unterschiedlich. Daher steht einer ähnlichen Behandlung und damit einer Zulässigkeit der Ermächtigung zur Ausübung eines Kündigungsrechts, nichts im Wege.⁶⁸

Solch eine umfassende Ermächtigung des Erwerbers ist – in derselben Weise wie oben bei der Umdeutung der Vertragsübernahme in eine Abtretung – anzunehmen, wenn der

⁶⁵ Emmerich (Fn. 28), § 540 Rn. 55 u. § 566 Rn. 32; LG München WuM 1989, 282; LG Augsburg NJW-RR 1992, 520.

⁶⁶ BGH NJW 1998, 896 (897 sub 2).

⁶⁷ BGH, NJW 1998, 896 (897 sub 3). So auch Rolfs, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 542 Rn. 19. A.A. noch LG Augsburg NJW-RR 1992, 520; LG Hamburg WuM 1977, 260; LG Hamburg WuM 1993, 48; LG Kiel WuM 1992, 128; LG München I WuM 1989, 282.

⁶⁸ BGH NJW 1998, 896 (897 f. sub 3).

Veräußerer mit dem Erwerber vereinbart, dass sofort auf ihn „alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag“ übergehen sollen (§§ 133, 157 BGB).⁶⁹

(2) *Kündigungsgrund*

Die Kündigung als ordentliche müsste gem. § 573c Abs. 1 S. 1 BGB spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats zum Ablauf des übernächsten Monats erfolgt sein. Dritter Werktag des Februar 2008 war Dienstag, der 5.2. Die Kündigung vom 15.2.2008 wäre als ordentliche erst zum 31.5.2008 wirksam geworden.

Fraglich ist, ob die Kündigung als außerordentliche wirksam war. Dafür ist erforderlich, dass ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung vorlag. „Unbefugte Untervermietung“ ist als wichtiger Grund in §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB ausdrücklich genannt.⁷⁰

Nach Ansicht eines Teils der Literatur ist wegen der besonderen Schwere und gravierenden Folgen einer außerordentlichen Kündigung die Gebrauchsüberlassung nicht schon dann „unbefugt“ i.S.v. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB, wenn der Mieter die Erlaubnis nicht eingeholt hat, sondern nur, wenn er keinen Anspruch darauf hat.⁷¹

Nach anderen Stimmen in der Literatur ist die Gebrauchsüberlassung an Dritte schon dann „unbefugt“, wenn der Mieter keine Erlaubnis eingeholt hat – selbst wenn ihm eine zustünde. Denn der Anspruch auf Erlaubnis nach § 553 Abs. 1 BGB ist nicht dasselbe wie die Erlaubnis selbst; der Anspruch auf die Erlaubnis allein verleiht dem Mieter nicht die Befugnis, einen Teil des Wohnraums an Dritte zu überlassen. Da das Mietverhältnis auf gegenseitigem Vertrauen aufbaut und der Mieter zur Vertragstreue verpflichtet ist, kann dem Vermieter nicht auf diesem Wege ein Untermieter aufgedrängt werden.⁷²

Eine Streitentscheidung kann unterbleiben, wenn ausgeschlossen werden kann, dass M gegen E einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung an U gehabt hätte (§ 553 Abs. 1 BGB):

Zwar sind die Anforderungen an das „berechtigte Interesse“ des Mieters an der Untervermietung i.S.v. § 553 Abs. 1 S. 1 BGB mittlerweile relativ niedrig, der Begriff wird weit ausgelegt. Es genügen Gründe (typischerweise wirtschaftliche, persönliche oder familiäre), die die Absicht des Mieters nachvollziehbar erscheinen lassen.⁷³ Ms Freundschaft mit U und seine wirtschaftlichen Gründe dürften grundsätzlich ausreichen, um ein berechtigtes Interesse i.S.v. § 553 Abs. 1 S. 1 BGB zu begründen.

⁶⁹ BGH NJW 2002, 3389 (3391); *Emmerich* (Fn. 28), § 566 Rn. 32

⁷⁰ Vgl. *Emmerich* (Fn. 28), § 540 Rn. 31; *Weidenkaff* (Fn. 22), § 543 Rn. 22.

⁷¹ *Bieber* (Fn. 22), § 543 Rn. 40 m.w.N.; LG Berlin GE 2003, 880 Rn. 8.

⁷² So BayObLGZ 1995, 162 Rn. 16 f., zust. *Weidenkaff* (Fn. 22), § 543 Rn. 22.

⁷³ *Bieber* (Fn. 22), § 553 Rn. 7; *Emmerich* (Fn. 28), § 553 Rn. 4; *Weidenkaff* (Fn. 22), § 553 Rn. 4.

Jedoch muss das berechtigte Interesse des Mieters *nach Abschluss des Mietvertrags* entstanden sein (vgl. den Wortlaut des § 553 Abs. 1 S. 1 BGB).⁷⁴ Bei anfänglichem Interesse hätte der Mieter die Erlaubnis zur Untermiete vereinbaren oder auf die Wohnung verzichten können.⁷⁵ Dadurch wird verhindert, dass ein Mieter über § 553 Abs. 1 S. 1 BGB die im Vertrag festgelegten Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs unterlaufen kann⁷⁶ und dass der Mieter den Mietvertrag im Bewusstsein des (auch latenten) Wunsches einer Drittüberlassung gleichsam unter Vorspiegelung falscher Voraussetzungen erlangt.⁷⁷

Ms eventuell berechtigtes Interesse ist nicht erst nach Abschluss des Mietvertrags entstanden, denn M war von Anfang an entschlossen, den U in die Wohnung aufzunehmen. Die Gebrauchsüberlassung war daher nach beiden vorstehenden Ansichten unbefugt i.S.v. §§ 543 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB, ein Kündigungsgrund lag vor.

(3) *Fristablauf oder Abmahnung, § 543 Abs. 3 BGB*

E hatte den M mehrfach erfolglos abgemahnt. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 3 S. 1 BGB sind daher erfüllt, auf Entbehrlichkeit nach § 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 oder 2 BGB kommt es nicht mehr an.

(4) *Schriftform (§ 568 Abs. 1 BGB) und Angabe des Grundes (§ 569 Abs. 4 BGB)*

Gem. § 568 Abs. 1 BGB muss bei Wohnraummietverhältnissen die Kündigung schriftlich (§ 126 BGB) erfolgen und die Kündigung muss den wichtigen Grund angeben, auf den sich die Kündigung stützt (§ 569 Abs. 4 BGB). Beides lag hier vor.⁷⁸

(5) *Ergebnis*

Die außerordentliche Kündigung vom 15.2. war wirksam, das Mietverhältnis endete zum 31.3. E stand ab 1.4. ein Rückgabeanspruch gegen M aus § 546 Abs. 1 BGB zu. Ein vertraglicher (Rückgabe-)Anspruch wie der aus § 546 Abs. 1 BGB ist

⁷⁴ *Bieber* (Fn. 22), § 553 Rn. 7 m.w.N.; *Emmerich* (Fn. 28), § 553 Rn. 5; *Weidenkaff* (Fn. 22), § 553 Rn. 4; *Schneider*, WuM 1999, 195, Umdruck Juris S. 9.

⁷⁵ *Teichmann*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2007, § 553 Rn. 1.

⁷⁶ *Emmerich* (Fn. 28), § 553 Rn. 5 m.w.N.

⁷⁷ *Schlemmer*, in: jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2008, § 553 BGB, Rn. 7.

⁷⁸ Ob der Hinweis auf die Widerspruchsmöglichkeit nach § 568 Abs. 2 BGB erfolgt ist, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Da § 568 Abs. 2 BGB eine bloße Sollvorschrift ist, führt ein verspäteter oder unterbliebener Hinweis nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung; es verlängert sich lediglich die Widerspruchsfrist für den Mieter (vgl. § 574b Abs. 2 S. 2 BGB) – vgl. *Häublein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 568 Rn. 10.

vom Begriff des „Herausgabeanspruchs“ in § 292 BGB sein.⁷⁹

Ob M seinen unmittelbaren und/oder mittelbaren Besitz an U verloren hatte, berührt die Rückgabepflicht nicht.⁸⁰ Bei Untervermietung hat der Mieter dafür zu sorgen, dass das mit dem Dritten bestehende Mietverhältnis beendet und der unmittelbare Besitz auf den Vermieter übertragen wird.⁸¹

bb) Rechtshängigkeit

Der Herausgabeanspruch wurde rechtshängig, als die Räumungsklage dem M zugestellt wurde (§§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1, 271 Abs. 1, 166 ff. ZPO), also am 1.4.2008.⁸²

cc) Gegenstand

Die gemieteten Räume sind „Gegenstand“ i.S.v. § 292 BGB (als Oberbegriff für Sachen und Rechte).⁸³

dd) Zwischenergebnis

Es bestand daher nach dem Ende des Mietvertrags ab dem 1.4.2008 eine Herausgabepflicht für die gemieteten Räume i.S.v. § 292 BGB.

c) Rechtsfolge

Folglich hat M ab Rechtshängigkeit und Bestehen des Herausgabeanspruchs dem E alle Nutzungen – Früchte und Gebrauchsvorteile (§ 100 BGB) – zu ersetzen.

aa) Untermietzins als Früchte i.S.v. § 99 Abs. 3 BGB

Früchte sind auch die mittelbaren Sachfrüchte, also die Erträge, die die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt (§ 99 Abs. 3 BGB). Hierzu zählt nach Ende des Mietvertrags⁸⁴ der Untermietzins.⁸⁵

⁷⁹ BGH NJW-RR 2009, 1522, Rn. 21. Es ist hier nicht erforderlich, zwischen „Rückgabe“ und „Herausgabe“ zu differenzieren. Der Zustand der Mietsache ist für die Rückgabe selbst ohne Bedeutung, d.h. es kommt auch dann zur Rückgabe (allerdings Schlechterfüllung der Rückgabepflicht), wenn die Mietsache beschädigt, verschmutzt o.ä. zurückgegeben wird (vgl. Weidenkaff [Fn. 22], § 546 Rn. 5).

⁸⁰ Vgl. etwa BGHZ 56, 308.

⁸¹ So Gather, in: Schmidt-Futterer (Hrsg.), Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 546 Rn. 35.

⁸² Aus zweierlei Gründen ist die Gläubigerstellung des E an dieser Stelle nicht problematisch. Zum einen hindert die fehlende Gläubigerstellung nicht die Klageerhebung, sondern würde zur Unbegründetheit der Klage führen. Zum anderen ist von der Abtretung eines Anspruchs auch das Recht umfasst, den Anspruch gerichtlich geltend zu machen (vgl. BGH, NJW 1998, 896, 898).

⁸³ Vgl. Holch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 90 BGB Rn. 1.

⁸⁴ Vorher handelt es sich um eine mittelbare Rechtsfrucht.

⁸⁵ S.a. BGH NJW 2002, 60 (61); BGH NJW 1995, 454 (455).

bb) Höhe der herauszugebenden Nutzungen

Herauszugeben sind die tatsächlich erzielten Nutzungen (monatlich € 400), ohne Beschränkung auf den objektiven Mietwert (monatlich € 350).⁸⁶ Auf den objektiven Mietwert kommt es i.d.R. nur an, wenn die Gebrauchsvorteile durch Eigengebrauch erlangt wurden.⁸⁷ Ob es E gelungen wäre, Nutzungen in derselben Höhe zu ziehen, bleibt ebenfalls außer Betracht, da es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt.⁸⁸

Die Herausgabepflicht besteht, wenn und soweit ein Gewinn aus der Sache erzielt wurde; sie besteht nicht, soweit der Gewinn ausschließlich auf besonderer Leistung des Schuldners beruht. Ein etwaiges Verhandlungsgeschick des Mieters, das in Fällen wie diesem zu den Gewinnen beigetragen haben könnte, spielt bei der Beurteilung aber nur eine untergeordnete Rolle.⁸⁹ In den vom BGH entschiedenen Fällen besonderer Schuldnerleistungen ging es um werterhöhende Investitionen.⁹⁰ Da hier der höhere Mietzins aus dem Untermietverhältnis mangels besonderer Hinweise im Sachverhalt über die unveränderten Räume gezogen wurde, liegt ein Fall der besonderen Schuldnerleistung nicht vor. E kann von M für den Zeitraum 1.4.-30.9.2008 den Untermietzins herausverlangen.

cc) Keine Beschränkung durch § 571 BGB

Der Anspruch unterliegt nicht der Beschränkung des § 571 BGB auf eine billige Höhe und auf Fälle der verschuldeten Nichtrückgabe. Denn § 571 BGB bezieht sich nur auf „einen weiteren Schaden im Sinne des § 546a Abs. 2“ BGB, also etwa den Fall, dass der Vermieter einem Nachmieter wegen Nichterfüllung Schadensersatz schuldet oder dass der Vermieter zusätzliche Aufwendungen hat, weil er die Mietsache nicht termingerecht übernehmen konnte (wie z.B. erhöhte Renovierungskosten durch fruchtlose Anfahrten von Handwerkern).⁹¹ Dies umfasst nicht auch solche Vorteile wie die „Unter“-Vermietung, die dem Mieter während der Vorenthaltung der Mietsache zufließen.⁹²

d) Ergebnis

E hat gegen M für den Zeitraum 1.4.-30.9.2008 einen Nutzungs herausgabeanspruch i.H.v. 6 x € 400, d.h. € 2.400.

Hinweis: Denkbar wäre, zusätzlich einen Anspruch auf Nutzungsherausgabe direkt aus §§ 987 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB zu prüfen (in der Klausursituation würde dies insbes. relevant, wenn der Mietvertrag zwar schon beendet,

⁸⁶ BGH NJW-RR 2005, 1542 (1543); BGH NJW 2002, 60 (61), vgl. zahlreiche Nachweise in Rn. 14 des Urteils.

⁸⁷ Gursky (Fn. 63), § 987 Rn. 17.

⁸⁸ Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl. 2009, § 987 Rn. 19; Fritzsche, in: BeckOK/Bamberger/Roth (Hrsg.), Stand 1.10.2007, § 987 Rn. 65.

⁸⁹ Stadler, in: Soergel, 13. Aufl. 2007, § 987 BGB Rn. 17.

⁹⁰ Vgl. BGH NJW 1995, 2627 f.; BGH NJW 1992, 892.

⁹¹ Bieber (Fn. 22), § 546a, Rn. 19.

⁹² Häublein (Fn. 78), § 571 Rn. 3.

aber der Herausgabeanspruch noch nicht rechtshängig ist). Anders als bei dem soeben geprüften Anspruch käme es hier darauf an, dass §§ 987 ff. BGB neben § 546a BGB anwendbar sind. Bei der Gläubigerstellung des E wäre darauf hinzuweisen, dass die §§ 987 ff. BGB als Nebenansprüche der Vindikation zwar eine Vindikationslage voraussetzen, aber rechtlich völlig selbständig sind und anders als § 985 BGB daher auch abgetreten werden können.⁹³ Ferner wäre zu diskutieren, ob die Formulierung, E „übernimmt den Mietvertrag X-M einschließlich aller Rechte und Pflichten“ dahin auszulegen ist, dass die Parteien auch künftige Vindikationsnebensprüche abtreten wollten. Mit Blick darauf, dass sie wollten, dass E bereits vor der dinglichen Berechtigung so weit als möglich in die Eigentümerstellung eintritt, erschiene diese Deutung vertretbar.

Auf § 990 BGB kommt es hier (ausnahmsweise) nicht an, weil der Wegfall der Besitzberechtigung und der Eintritt der Rechtshängigkeit auf denselben Tag fallen. Würden die Daten auseinanderfallen, wäre zu erörtern, dass § 990 Abs. 1 S. 1 BGB nicht einschlägig ist, da für § 990 Abs. 1 S. 1 BGB die Unrechtmäßigkeit des Besitzes von Anfang an gegeben sein muss und der M hier kontinuierlich über das Ende des Mietverhältnisses hinaus Besitz hatte. Daher kommt es gem. § 990 Abs. 1 S. 2 BGB (nicht auf grobe Fahrlässigkeit, sondern) auf positive Kenntnis vom mangelnden Besitzrecht an. Dass positive Kenntnis vorliegt („M dachte bei sich, dass E mit der Kündigung wahrscheinlich Recht hatte“), dürfte im Ergebnis zu bejahen sein, denn Kenntnis vom Mangel des Besitzrechts liegt nach der Rechtsprechung vor, „wenn der Besitzer über den Mangel seines Rechts in einer Weise aufgeklärt worden ist, dass ein redlich Denkender, der vom Gedanken an den eigenen Vorteil nicht beeinflusst ist, sich der Überzeugung seiner Nichtberechtigung nicht verschließen würde.“⁹⁴

2. Anspruch E gegen M aus Nichtleistungskondiktion, §§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2, 818, 398 S. 2 BGB⁹⁵

a) *Anwendbarkeit neben § 546a BGB und neben §§ 987 ff. BGB*

Zur Anwendbarkeit von §§ 812 ff. BGB neben § 546a BGB gilt das oben zu § 987 BGB Gesagte.⁹⁶

Zur Anwendbarkeit neben §§ 987 ff. BGB gilt, dass zwar grundsätzlich die EBV-Regelungen eine abschließende Sonderregelung der Nutzungsherausgabe- und Schadensersatzpflichten des unrechtmäßigen Besitzers darstellen, dass hierzu aber verschiedene Ausnahmen anerkannt sind. Eine der Ausnahmen bezieht sich auf den Fall des unrechtmäßigen Fremdbesitzers, der Nutzungen zieht, die er auch aufgrund seines vermeintlichen Besitzrechts nicht hätte ziehen dürfen. Hier passt die Haftungsfreistellung durch § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB nicht, vielmehr ist § 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB analog anzuwenden oder § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB teleologisch zu reduzieren; Verschulden bei der Überschreitung des vermeintlichen Fruchtziehungsrechts spielt nach h.M. keine Rolle (d.h. § 990 Abs. 1 BGB ist nicht anwendbar).⁹⁷

b) *Erlangtes etwas*

M hat etwas erlangt, nämlich den Gebrauchswert der untervermieteten Wohnungsteile (als Gegenstand der unberechtigten Untervermietung).⁹⁸

c) *In sonstiger Weise auf Kosten*

Der von M vereinnahmte Gebrauchswert kam ihm nicht (und nach Ende des Mietvertrages auch nicht mehr teilweise) durch Leistung des E oder X zu. Fraglich ist, ob hier ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines Rechts vorliegt. Im Gegensatz zu oben (1.4.2007-31.3.2008) ist nun der Zuweisungsgehalt des Gebrauchswerts des Eigentums durchaus betroffen, denn mit dem Mietvertrag hatte auch die zeitweise Weggabe des Gebrauchswerts durch den Vermieter geendet. Nach Ende des Mietvertrags wäre der Vermieter selbst wieder in der Position gewesen, den Gebrauchswert in Anspruch zu nehmen. M hat daher den Gebrauchswert der untervermieteten Wohnungsteile in sonstiger Weise auf Kosten des Vermieters erlangt.

⁹³ BGH WM 1995, 1848 Rn. 10; Gursky (Fn. 63), Vorbem zu §§ 987-993, Rn. 36

⁹⁴ BGHZ 26, 256 = MDR 1958, 323 Ls. 1 u. Rn. 49.

⁹⁵ Anspruch angedeutet, aber offengelassen von BGH NJW-RR 2009, 1522, Rn. 29. Eichel, ZJS 2009, 702 (704) möchte eine *condictio ob causam finitam* (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB) annehmen. Das überzeugt jedoch nicht, ist doch während bestehenden Mietvertrages der Gebrauchswert zwar nicht entgegen dem Zuweisungsgehalt eines dem E zustehenden Rechts, aber eben auch ohne Leistungswillen des E dem M zugeflossen, soweit er hierauf die unberechtigte Untervermietung aufbaute. Im Übrigen prüft auch Eichel (S. 703) während bestehenden Mietvertrages die Nichtleistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB und nicht die Leistungskondiktion.

⁹⁶ Vgl. besonders zur Kondiktion BGHZ 44, 241.

⁹⁷ Gursky (Fn. 63), Vorbem zu §§ 987-993, Rn. 35.

⁹⁸ Wegen der Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion ist nicht auf den Untermietzins abzustellen, s.o.

e) Gläubigerstellung des E

Die Gläubigerstellung des E gestaltet sich im Grunde wie oben unter A. II. 1. dargestellt.

Weiterhin ist hier aber zu fragen, ob die Abtretung X-E dahingehend ausgelegt werden kann, dass die Parteien wollten, dass E Ansprüche auch nach Ende des Mietvertrages M-X und andere als vertragliche Ansprüche geltend machen können sollte. Dies dürfte zu bejahen sein, denn die Parteien wollten, dass E bereits vor der dinglichen Berechtigung so weit als möglich in die Eigentümerstellung eintritt. Dass die Parteien vom „Mietverhältnis M-X“ und nicht etwa von der Rechtsausübung in Bezug auf die Vermietung der Wohnung o.ä. sprachen, dürfte überwindbar sein.⁹⁹

f) Ergebnis

M ist E zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet, § 818 BGB. Anders als oben (A. I.) kann hier der gesamte Untermieterlös verlangt werden.

2. Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung, §§ 667, 681 S.2, 687 Abs. 2, 398 S. 2 BGB¹⁰⁰

E könnte gegen M ein Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung zustehen.

a) Fremdes Geschäft

Anders als oben hat M hier mit der (Unter-)Vermietung ein objektiv fremdes Geschäft des Vermieters vorgenommen. Wie oben erfordert die Fremdheit des Geschäfts, dass eine deliktisch geschützte Rechtsposition vorliegt, für die eine von der Rechts- und Wirtschaftsordnung anerkannte Verwertungsmöglichkeit besteht.¹⁰¹ Typischerweise geht es um Verletzung absoluter Rechte oder ihnen gleichgestellter Rechtspositionen, wie die Benutzung, Nutzung oder Veräußerung fremder Sachen.¹⁰² Die Vermietung von Sachen ist grundsätzlich Geschäft des Eigentümers.¹⁰³ Nach Ende des Mietverhältnisses kann der Vermieter die Räume wieder selbst vermieten, die Vermietung ist seine Angelegenheit, die Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeit ist ihm zugewiesen, nicht dem Mieter. Um Untervermietung handelt es sich dann nicht mehr, denn begrifflich setzt die Untervermietung ein Hauptmietverhältnis voraus.

b) Eigengeschäftsführungswille

Der Geschäftsführer führt das Geschäft als eigenes, wenn er es nach dem sozialen Sinn seines Tuns nicht in fremdnütziger Absicht für den Geschäftsherrn (§ 677 BGB), sondern gerade

umgekehrt in eigennütziger Weise für sich geführt hat.¹⁰⁴ Da M das Zimmer weiter gegen den Willen des E aus eigenem Antrieb und auf eigene Rechnung an U vermietete, handelte er eigennützig.¹⁰⁵

c) Ohne Berechtigung

Die Geschäftsanmaßung ist nicht rechtswidrig, wenn sie vom Willen des Geschäftsherrn umfasst ist.¹⁰⁶ Daran fehlte es hier.

d) In Kenntnis der Fremdheit und mangelnden Berechtigung

Erforderlich ist, dass der Geschäftsführer Kenntnis der Fremdheit und mangelnden Berechtigung hat, aber trotzdem das Geschäft nicht als fremdes, sondern eigennützig führt.¹⁰⁷ M müsste positiv gewusst haben, dass es sich um ein fremdes Geschäft handelte – also das Ende des Mietverhältnisses gekannt haben. Für das Handeln in Kenntnis der Fremdheit und mangelnden Berechtigung genügt Eventualvorsatz.¹⁰⁸ Dieser liegt vor, wenn M den als möglich erkannten pflichtwidrigen Erfolg billigend in Kauf nahm.¹⁰⁹ Dies war der Fall, denn M hielt es sogar für wahrscheinlich, dass er seine Stellung als Mieter zum 31.3.2008 verloren hatte und hielt gleichwohl an seiner bisherigen Rolle als unberechtigter (Unter-)Vermieter fest.

e) Fehlen einer rechtsgeschäftlichen Ausgleichsordnung

Nach wohl überwiegender Ansicht ist ein Rückgriff auf die Geschäftsanmaßungsregeln nur bei Fehlen einer vorrangigen vertraglichen Regelung möglich.¹¹⁰ An einer vorrangigen vertraglichen Regelung fehlt es hier. Zwar regelt § 546a BGB den verspäteten Auszug. Aber zum einen liegt die Geschäftsanmaßung nicht allein im verspäteten Auszug, sondern v.a. in der fortgesetzten „Untervermietung“ und Gebrauchsüberlassung an U; zum anderen soll § 546a BGB gerade keine Rechte sperren, sondern die Position des Vermieters für den Fall des verspäteten Auszugs stärken (s.o.).

f) Gläubigerstellung des E

Die Gläubigerstellung des E gestaltet sich wie oben dargestellt.

g) Rechtsfolge

E kann gemäß der Rechtsfolgenverweisung des § 687 Abs. 2 BGB¹¹¹ von M Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung

⁹⁹ A.A. gut vertretbar.

¹⁰⁰ Dieser Anspruch wurde vom BGH nicht angesprochen. Das Verhältnis des Anspruchs zu anderen Ansprüchen ist im Einzelnen umstritten, vgl. m.w.N. *Eichel*, ZJS 2009, 702 (705).

¹⁰¹ *Bergmann* (Fn. 35), § 687 Rn. 17 f. m.w.N.

¹⁰² *Seiler* (Fn. 35), § 687 Rn. 19; *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2007, § 687 Rn. 6.

¹⁰³ RGZ 105, 408 (409 f.).

¹⁰⁴ *Bergmann* (Fn. 35), § 687 Rn. 31.

¹⁰⁵ Zur Vertiefung: maßgeblich ist hier nicht das schuldrechtliche Geschäft (Unter-)Mietvertrag, sondern dessen tatsächlicher Vollzug, die Gebrauchsüberlassung an U, vgl. *Bergmann* (Fn. 35), § 687 Rn. 35; anders *Seiler* (Fn. 35), § 687 Rn. 21.

¹⁰⁶ *Bergmann* (Fn. 35), § 687 Rn. 36.

¹⁰⁷ *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 687 Rn. 2.

¹⁰⁸ *Bergmann* (Fn. 35), § 687 Rn. 37.

¹⁰⁹ *Grüneberg* (Fn. 53), § 276 Rn. 10 m.w.N.

¹¹⁰ BGH NJW-RR 1989, 1255 (1257).

¹¹¹ *Bergmann* (Fn. 35), § 687 Rn. 10.

Erlangten verlangen (§§ 687 Abs. 2 S.1, 681 S. 2, 667 BGB). Hierzu zählt jeder Vorteil, den der Geschäftsführer im Zusammenhang mit der Führung des Geschäfts erhält, darunter alle Sachen und Rechte, die ihm von Dritten aufgrund der Geschäftsbesorgung zugewandt werden.¹¹² E kann daher von M den vom 1.4.-30.9.2008 eingenommenen Untermietzins i.H.v. € 2.400 verlangen.

4. Ergebnis

E kann von M den Untermietzins für den Zeitraum 1.4.-30.9.2008 aus §§ 292, 546, 987, 99 BGB, aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB und aus §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB verlangen.

Hinweis: Denkbar wäre, hier noch kurz zwei weitere, oben geprüfte Ansprüche anzusprechen:

1. Der Anspruch auf Herausgabe des Untermietzins aus §§ 816 Abs. 1 S. 1 BGB direkt oder analog i.V.m. 398 S. 2 BGB ist zwar nicht gesperrt (s.o. zu § 812 BGB), er scheitert aber wie bereits zuvor an der mangelnden Verfügung bzw. an den mangelnden Analogievorsetzungen (s.o.).

2. Der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Eigentumsrechts ist zwar nicht gesperrt, da die Unterlassung der Räumung durch M verbotene Eigenmacht in Form der Besitzstörung darstellt (§ 992 BGB; Rechtsgrundverweisung: *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb 2006, § 992 Rn. 17). Er würde aber erneut auch nur zu einer Haftung wegen ggf. erhöhter Abnutzung führen (ausführlich zur Ablehnung einer schadensunabhängigen Nutzungsherausgabepflicht *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb 2006, § 992 Rn. 26).

B. Anspruch des M gegen E auf € 900 wegen verweigerter Untervermietungserlaubnis, §§ 535, 280 Abs. 1, 553, 249 ff., 415 BGB

Wenn der Vermieter die Erlaubnis zu Unrecht verweigert, stellt dies eine Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB dar, die zum Schadensersatz berechtigen kann.¹¹³

I. Schuldverhältnis, § 280 Abs. 1 BGB

Zwischen M und X bestand ein wirksames Mietverhältnis (§ 535 BGB).

II. Schuldnerstellung des E

E hatte alle abtretbaren Rechte des X aus dem Mietvertrag übernommen, darunter auch die Rechte in Bezug auf die Gestattung der Untervermietung (s.o.). Nicht ohne Zustimmung des M abtretbar waren die Pflichten des X, darunter auch etwaige Pflichten zur Erlaubnis der Untervermietung. Insoweit führte die Vereinbarung vom 1.4.2007 zwischen X und E zu einer schwebend unwirksamen Schuldübernahme

(s.o.). In dem an E gerichteten Gesuch des M auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung kann jedoch, soweit es diese Pflicht zur Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung betrifft, eine konkludente Zustimmung des M gesehen werden (§ 415 BGB).¹¹⁴ Daher ist E Schuldner eines etwaigen Anspruchs des M auf Erlaubnis zur Untervermietung und somit auch Schuldner eines Schadensersatzanspruchs wegen unberechtigter Verweigerung der Erlaubnis.

III. Pflichtverletzung

Fraglich ist, ob M ein Anspruch auf Erteilung der Untermiet-erlaubnis zustand.

1. Berechtigtes Interesse an der Untervermietung

Fraglich ist, ob Ms Interesse an der Untervermietung während seiner studienbedingten Abwesenheit einen Anspruch auf Erteilung der Untermiet-erlaubnis (§ 553 Abs. 1 BGB) begründete. Dagegen wird eingewandt, es fehle bei dieser Art von Untervermietung an dem typischerweise das berechnete Interesse kennzeichnenden Wunsch nach privater Lebensgestaltung „innerhalb der eigenen vier Wände“.¹¹⁵ Der pauschale Verweis auf eine mit der gewünschten Untervermietung verbundene finanzielle Entlastung könne nicht genügen.¹¹⁶

Die von den überzeugenderen Argumenten¹¹⁷ getragene Gegenansicht hält es für vernünftig und nachvollziehbar, wenn ein Mieter für die Dauer einer berufs- oder studienbedingten Abwesenheit einen Teil der Wohnung untervermieten will, um die Kosten einer doppelten Haushaltsführung zu sparen.¹¹⁸ Dies steht im Einklang mit der Tendenz, § 553 Abs. 1 BGB weit auszulegen und wirtschaftliche oder persönliche Gründe genügen zu lassen, die die Absicht des Mieters nachvollziehbar erscheinen lassen.¹¹⁹ Der BGH sieht auch die Untervermietung aus berufsbedingten Gründen als Element der privaten Lebensgestaltung „innerhalb der eigenen vier Wände“ an.¹²⁰

¹¹⁴ Das Erfordernis der Mitteilung an M bleibt jedoch problematisch.

¹¹⁵ LG Mannheim WM 1997, 369 sub 1.b.

¹¹⁶ LG Mannheim WM 1997, 369 sub 1.c.

¹¹⁷ A.A. vertretbar, zumal die Befürworter regelmäßig Fallkonstellationen behandeln, in denen weitere Umstände hinzutreten, v.a. das Interesse daran, dass jemand in der Abwesenheit des Hauptmieters nach der Wohnung sieht (steht hier nicht im Vordergrund [Sommermonate, kurzer Zeitraum] und wurde auch nicht von M geltend gemacht) und dass es dem Mieter nicht zugemutet werden könne, die Wohnung zu kündigen und nach Rückkehr in seinen Heimatort sich auf Wohnungssuche zu begeben (steht hier nicht im Vordergrund [kurzer Zeitraum] und wurde auch nicht von M geltend gemacht).

¹¹⁸ LG Berlin NJW-RR 1994, 1289, zust. *Mutter*, ZMR 1998, 204; LG Berlin GE 2003, 880 Rn. 10; zust. BGH NJW 2006, 1200 Rn. 8.

¹¹⁹ *Bieber* (Fn. 22), § 553 Rn. 7; *Emmerich* (Fn. 28), § 553 Rn. 4.

¹²⁰ BGH NJW 2006, 1200 Rn. 13.

¹¹² *Sprau* (Fn. 107), § 667 Rn. 3; s.a. *Seiler* (Fn. 35), § 687 Rn. 25.

¹¹³ So auch *Bieber* (Fn. 22), § 553 Rn. 12 und § 540 Rn. 21.

2. Untervermietung eines Teils des Wohnraums

Laut Sachverhalt wollte M „sein eigenes Zimmer in der Wohnung“ an den Y vermieten – dies stellt nur einen Teil des Wohnraums dar und entspricht damit den Anforderungen des § 553 Abs. 1 BGB. Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass (aus der Perspektive des E; Untervermietung an U außen vor gelassen) der Y allein die Wohnung bewohnen sollte. Nach teilweise vertretener Ansicht soll dies unzulässig sein, da der Mieter in diesen Fällen seine Obhutspflichten nicht erfüllen kann.¹²¹ Nach Ansicht des BGH und der wohl h.M. jedoch kommt es – auch angesichts der Mobilität und Flexibilität in der heutigen Gesellschaft – nicht darauf an, ob der Mieter seinen Lebensmittelpunkt in der Wohnung beibehält.¹²² Ein anderes Ergebnis würde den Zweck des § 553 Abs. 1 BGB verfehlen, dem Mieter die Wohnung zu erhalten, und ihm ein Privatleben „innerhalb der eigenen vier Wände“ nach seinen Vorstellungen zu ermöglichen. Soweit durch die Untervermietung schützenswerte Belange des Vermieters berührt werden (eben weil der Mieter selbst seinen Obhutspflichten nicht nachkommen kann), können diese nach § 553 Abs. 1 S. 2 BGB im Rahmen der Zumutbarkeit berücksichtigt werden.¹²³ Folgt man den überzeugenden Argumenten des BGH und der h.M., beabsichtigte der M die Untervermietung nur eines „Teils“ der Wohnung im Einklang mit § 553 Abs. 1 BGB.

3. Keine Unzumutbarkeit, § 553 Abs. 1 S. 2 BGB

Fraglich ist, ob sich E mit Erfolg auf Unzumutbarkeit i.S.v. § 553 Abs. 1 S. 2 BGB berufen kann. Sein Verweis darauf, seine Wohnung sei keine „Backpacker-Absteige“, genügt nicht um Gründe darzulegen¹²⁴, die in der Person des Y liegen. Bei einem Gastdoktoranden liegen keine Ablehnungsgründe aus dem Bereich seiner persönlichen Verhältnisse nah und keine Störung des Hausfriedens.¹²⁵ Darauf, ob es zu einer Störung des Hausfriedens kommen könnte, wenn „Backpacker“ in der Wohnung kampieren, kommt es nicht an. E kann sich nicht auf Unzumutbarkeit berufen.

4. Entstehung des berechtigten Interesses nach Abschluss des Mietvertrags

Da M sich erst im Mai 2007 zum Auslandspraktikum entschloss, entstand sein Interesse an der Untervermietung an Y erst nach Abschluss des Mietvertrags im Januar 2007.

¹²¹ *Bieber* (Fn. 22), § 553 Rn. 6.

¹²² BGH NJW 2006, 1200.

¹²³ BGH NJW 2006, 1200 (1201) m.w.N.

¹²⁴ Der Vermieter hat den wichtigen Grund in der Person des Dritten zu beweisen, der Mieter, dass er um die Erlaubnis für einen bestimmten Untermietinteressenten vergeblich nachgeschaut *Bieber* (Fn. 22), § 540 Rn. 28.

¹²⁵ Als Beispiele für Fälle, in denen ein wichtiger Grund in der Person des Dritten liegt, werden z.B. genannt: der geschiedene oder getrennt lebende Ehegatte des Vermieters oder anderer Hausbewohner, Musiker, Vermietung an einen Wettbewerber des Vermieters oder anderen Hausbewohners, vgl. *Bieber* (Fn. 22), § 540 Rn. 20.

5. Nachsuchen um Erlaubnis

Das Erlaubnisverlangen des Mieters ist formfrei möglich, inhaltlich muss es die Art und Dauer der Überlassung sowie die Person des Untermieters umfassen.¹²⁶ Ms Anfrage bei E erfüllte diese Voraussetzungen.

6. Ergebnis

Daher stand M gegen E ein Anspruch auf Erteilung der Untermieterlaubnis zu.

IV. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Hinweise für Umstände, die die Vermutung des Vertretenmüssens nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entkräften könnten, sind nicht ersichtlich.

V. Rechtsfolge Schadensersatz, §§ 249 ff. BGB

M kann von E verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne die Pflichtverletzung stünde; der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn (vgl. § 252 BGB). Hätte E dem M die Untermieterlaubnis erteilt, hätte M die Wohnung an Y untervermieten können und 3 mal € 300 eingenommen (Differenzhypothese).

Fraglich ist allein, ob hier im Gegenzug eine hypothetische Mieterhöhung nach § 553 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen ist. Auf die Schwierigkeiten, die eine hypothetische Vertragsänderung bei der Schadensberechnung verursacht (s.o.), kommt es hier nicht an, wenn E ohnehin keine Mieterhöhung nach § 553 Abs. 2 BGB verlangen konnte. Als „angemessene“ Mieterhöhung¹²⁷ gilt nach h.M. ein Betrag, mit dem die erhöhte Abnutzung (und evtl. auch erhöhte Betriebskosten, sofern sie der Vermieter trägt) durch den Dritten abgegolten werden kann.¹²⁸ Da hier die Zahl der Bewohner nicht gestiegen wäre, sondern Y den M lediglich für drei Monate „ersetzt“ hätte, wäre es nicht zu einer erhöhten Abnutzung gekommen, so dass E keine Mieterhöhung hätte erlangen können.

VI. Ergebnis

M kann von E € 900 Schadensersatz verlangen.

C. M gegen F auf elf Monate Mietzins aus § 535 Abs. 2 BGB

I. Wirksames Mietverhältnis über den 31.5.2007 hinaus

Zwischen M und F wurde ein wirksamer Mietvertrag geschlossen; für den Untermietvertrag gelten uneingeschränkt die §§ 535 ff. BGB und es ist – wie sonst auch – ohne Bedeu-

¹²⁶ *Schneider*, WuM 1999, 195, Umdruck Juris S. 5.

¹²⁷ Bei nicht preisgebundenen Wohnungen, bei preisgebundenen Wohnungen gilt § 26 der Neubaumietverordnung 1970, *Bieber* (Fn. 22), § 553 Rn. 11.

¹²⁸ *Bieber* (Fn. 22), § 553 Rn. 11; *Weidenkaff* (Fn. 22), § 553 Rn. 6 m.w.N. auch zur Gegenansicht; zur a.A. *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 553 Rn. 17: der Differenzbetrag im Mietzins, der für Wohnräume mit vergleichbarer Erlaubnis üblicherweise gezahlt wird.

tung, ob der Mieter/Untervermieter zugleich Eigentümer der vermieteten Sache ist.¹²⁹ Die Wirksamkeit des Untermietvertrages hängt nicht von der Untermieterlaubnis ab.¹³⁰ Fraglich ist, ob F für die restlichen elf Monate des zwischen ihr und M geschlossenen (Unter-)Mietvertrages den Mietzins zu entrichten hat.

Von ihrer Pflicht zur Mietzinszahlung (§ 535 Abs. 2 BGB) wurde F frei, wenn sie am 31.5.2007 den Vertrag wirksam gekündigt hat.¹³¹ M und F haben einen auf 12 Monate befristeten Vertrag geschlossen, mithin einen Zeitmietvertrag (§ 575 BGB). Ein Zeitmietvertrag kann nicht ordentlich, sondern nur außerordentlich¹³² gekündigt werden.¹³³ Darauf, ob die Voraussetzungen eines Zeitmietvertrages vorlagen (§ 575 Abs. 1 S. 1 BGB) oder ob anderenfalls von einem unbefristeten und damit ordentlich kündbaren Mietverhältnis auszugehen ist (§ 575 Abs. 1 S. 2 BGB) kommt es nicht an, wenn die Kündigung der F bereits als außerordentliche wirksam ist.

1. Kündigungsgrund

Fraglich ist, ob der Umstand, dass M der F verschwiegen hat, dass er nur Mieter und sie daher nur Untermieterin war, einen wichtigen Grund i.S.v. § 543 Abs. 1 BGB darstellt. Dies ist zu bejahen, M war unzweifelhaft dazu verpflichtet, F darüber aufzuklären, dass sie nur Untermieterin ist. Die Position eines Untermieters ist im Vergleich zu der eines Mieters außerordentlich schwach. Zwischen (Haupt-)Vermieter und Untermieter bestehen keine direkten vertraglichen Kontakte. Der Untermieter büßt sein Besitz- und Nutzungsrecht ein, sobald der Hauptmietvertrag gleich aus welchem Grund sein Ende findet, ganz ohne Berücksichtigung der Interessen des Untermieters.¹³⁴ Die fehlende Aufklärung stellt daher einen gravierenden Pflichtverstoß dar. M beging diese Pflichtverletzung vorsätzlich. Obgleich die Pflichtverletzung im vorvertraglichen Zeitraum geschehen ist, sind Täuschungen des Mieters bei den Vertragsverhandlungen (oder später) als

Fallgruppe in § 543 Abs. 1 BGB anerkannt.¹³⁵ Ein wichtiger Grund i.S.v. § 543 Abs. 1 BGB lag daher vor.¹³⁶

2. Form und Angabe des Grundes

F kündigte schriftlich und unter Angabe des Kündigungsgrundes (§§ 568 Abs. 1, 569 Abs. 4 BGB).

II. Ergebnis

F hat das Mietverhältnis wirksam zum 31.5.2007 beendet. Ein Anspruch auf Mietzinszahlung für die Zeit danach steht M nicht zu.

D. Gesamtergebnis

In der Zeit vom 1.4.2007 bis 31.3.2008 hat E gegen M keinen Anspruch auf Herausgabe des von U eingenommenen Untermietzinses (a.A. vertretbar mit sehr guter Begründung, gestützt auf Nichtleistungskondition, auf § 816 Abs. 1 S. 1 BGB analog oder auf angemäße Eigengeschäftsführung). Allenfalls könnte er Schadensersatz aus pVV und § 823 Abs. 1 BGB (aus abgetretenem Recht) wegen ggf. erhöhter Abnutzung der Wohnung verlangen.

In der Zeit vom 1.4.2008 bis 30.9.2008 kann E von M Herausgabe des Untermieterlöses aus §§ 987 Abs. 1, 292, 546 Abs. 1 BGB, aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB und aus §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB, also € 2.400 verlangen.

M steht gegen E ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von € 900 zu. M hat keinen Anspruch gegen F.

¹²⁹ Weidenkaff (Fn. 22), § 540 Rn. 18; Schneider, WuM 1999, 195; Finger, WuM 1985, 71 (72).

¹³⁰ Vgl. nur Teichmann (Fn. 75), § 535 Rn. 6; Finger, WuM 1985, 71 (72); Eichel, ZJS 2009, 702.

¹³¹ Denkbar wäre, hier auch eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, §§ 123, 142 BGB zu prüfen. Die Anfechtung kann kumulativ zur Kündigung angenommen werden, vgl. zur Lehre von den Doppelwirkungen im Recht grundlegend Kipp, in: Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand v. Martitz, 1911, S. 211 und für ein aktuelles Beispiel BGH NJW 2010, 610 = JZ 2010, 313 m. Anm. Petersen, JZ 2010, 315 (zum Widerrufsrecht des Verbrauchers bei nichtigem Fernabsatzvertrag über den Kauf eines Radarwarngeräts).

¹³² Oder außerordentlich mit gesetzlicher Frist, vgl. § 575a BGB.

¹³³ Häublein (Fn.78), § 575 Rn. 4; Weidenkaff (Fn. 22), § 575 Rn. 3 f.; Teichmann (Fn. 75), § 575 Rn. 1 – einhellige Ansicht.

¹³⁴ Emmerich (Fn. 28), § 540 Rn. 34.

¹³⁵ Vgl. Emmerich (Fn. 28), § 543 Rn. 9.

¹³⁶ So auch LG Kiel WuM 1987, 319. Viele Bearbeiter haben hier leider nur darauf abgestellt, dass das persönliche Vertrauensverhältnis zwischen M und F durch den Schwindel des M gestört ist. Dies kann m.E. unterstützend herangezogen werden, im Vordergrund sollte aber – worauf F in der Kündigung den Schwerpunkt liegt – die schwächere Stellung des Untermieters stehen.