

## **Fall 7:**

E → M Herausgabe des erzielten Gewinnes?

### **I. §§ 535, 540 BGB (-)**

Fraglich ist, ob E gegen M einen vertraglichen Anspruch auf Herausgabe des erzielten Gewinns hat.

Allerdings wurde keine Vereinbarung über die Zahlung eines Untermietzuschlags getroffen. Auch ergibt sich ein Anspruch nicht aus § 535 i.V.m. § 540 BGB. Gemäß § 540 I BGB ist zwar grundsätzlich das Einverständnis des Vermieters für eine Untervermietung erforderlich. Allerdings ist der Vermieter nicht berechtigt, im Falle der unberechtigten Untervermietung einen Untermietzuschlag zu verlangen. Er kann allenfalls auf Unterlassung klagen bzw. kündigen.

### **II. §§ 280 I, 241 II BGB (-)**

Ein Anspruch könnte sich jedoch aus §§ 280 I, 241 II BGB ergeben.

#### **1. Schuldverhältnis**

E und M haben einen Mietvertrag geschlossen. Ein Schuldverhältnis i.S.v. § 280 I BGB liegt damit vor.

#### **2. Pflichtverletzung**

Fraglich ist, ob eine Pflichtverletzung vorliegt. Eine solche könnte in der unberechtigten Untervermietung bzw. der Nichtoffenlegung der Untervermietung gesehen werden. Da der Mieter ohne die Erlaubnis des Vermieters grundsätzlich nicht zur Untervermietung berechtigt ist, § 540 I 1 BGB, liegt hierin eine Pflichtverletzung.

#### **3. Verschulden, § 280 I 2, 276 BGB**

Ein Verschulden ist gegeben.

#### **4. Kausaler Schaden**

Fraglich ist jedoch, ob ein kausaler Schaden vorliegt. Ein Schaden könnte sich aus dem entgangenen Vermögensvorteil des Klägers ergeben, § 252 BGB, wenn der Mietvertrag mit dem Beklagten bei Kenntnis des Untermietverhältnisses mit einem höheren Mietzins abgeschlossen worden wäre. Vorliegend ist jedoch nicht vorgetragen worden, ob überhaupt und wenn ja, welcher konkrete Mietzins bei Kenntnis des Untermietverhältnisses vereinbart worden wäre. Nach der Differenzhypothese besteht folglich kein Unterschied zwischen der realen Lage (Untervermietung) und der hypothetischen (keine Untervermietung).

Mangels kausalem Schaden scheidet ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB aus.

Vertragliche Ansprüche bestehen folglich nicht.

### **III. §§ 687 II, 681 S. 2, 667 BGB (-)**

Denkbar wäre ein Anspruch aus GoA.

Voraussetzung hierfür ist, dass M ein objektiv fremdes Geschäft ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung als eigenes führt. Fraglich ist hierbei schon, ob überhaupt ein objektiv fremdes Geschäft für M vorlag. Denkbar wäre, dass es sich bei der Untervermietung um ein Geschäft des E handelte.

Der BGH ist jedoch der Ansicht, dass die Nutzung der Mietsache ein eigenes Geschäft des Mieters darstellt; die unberechtigte Untervermietung sei lediglich eine unbillige

Gebrauchsausübung; der Mieter, der unberechtigt untervermietet, übe den ihm überlassenen Gebrauch lediglich in einer ihm nicht zustehenden Weise aus.

Nach Ansicht des BHG scheitert ein Anspruch aus GoA folglich schon an dem Merkmal „objektiv fremdes Geschäft“.

Eine andere Ansicht kommt zu dem Ergebnis, dass ein objektiv fremdes Geschäft vorliegt. Dem Vermieter sei ein bestimmter Herrschaftsbereich geblieben. Durch die unberechtigte Untervermietung würde in diesen Herrschaftsbereich eingegriffen. Dieser Eingriff sei ausreichend, um das Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts zu bejahen. Allerdings hat nach dieser Ansicht der Vermieter nur einen Anspruch auf die Differenz zu dem Mietpreis, den E im Falle der Gestattung der Untervermietung hätte verlangen können (Untervermietungszuschlag).

Nach einer weiteren Ansicht hat E Anspruch auf Herausgabe des gesamten Erlöses.

Folgt man vorliegend jedoch der Ansicht des BGH, so hat E gegen M keinen Anspruch aus GoA.

#### **IV. §§ 987, 990 BGB bzw. §§ 989, 990 BGB (-)**

Wegen des fortbestehenden Hauptmietvertrags zwischen E und M fehlt es an einer für §§ 987 ff. BGB erforderlichen Vindikationslage zwischen Vermieter und Mieter, da M auf Grund des Mietvertrages zum Besitz berechtigt ist, § 986 BGB.

Dass M „nicht-so-berechtigt“ ist, genügt nach h.M. für die Anwendung der §§ 987 ff. BGB nicht. (Eine Anwendung der §§ 987 ff. BGB auch auf den „nicht-so-berechtigten“ Besitzer würde das System der §§ 987 ff. BGB sprengen.)

#### **V. § 823 I BGB (-)**

Auch ein Anspruch aus § 823 I BGB ist nicht gegeben, da es in jedem Fall an einem kausalen Schaden fehlt.

#### **VI. § 816 I 1 BGB (-)**

Voraussetzung für einen Anspruch aus § 816 I 1 BGB ist, dass eine Verfügung vorliegt. Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, bei dem ein bestehendes Recht unmittelbar aufgehoben, übertragen, belastet oder geändert wird. Die Untervermietung als rein schuldrechtliches Rechtsgeschäft stellt keine Verfügung dar, so dass eine unmittelbare Anwendung des § 816 I 1 BGB ausscheidet.

#### **VI. § 816 I 1 BGB analog (-)**

Denkbar ist jedoch, § 816 I 1 BGB analog anzuwenden. Dann müssten eine vergleichbare Interessenslage sowie eine Regelungslücke vorliegen.

Fraglich ist schon, ob eine vergleichbare Interessenslage vorliegt, da bei einer echten Verfügung das betroffene Recht endgültig aufgehoben, belastet oder geändert wird, nicht so aber bei einer Untervermietung.

Doch selbst wenn man eine vergleichbare Interessenslage sowie eine Regelungslücke bejaht, scheitert ein Anspruch aus § 816 I 1 BGB analog schon deshalb, weil § 816 I 1 BGB nach h.M. nur auf einen Substanzwertausgleich gerichtet ist (für den §§ 987 ff. BGB keine eigene Anspruchsgrundlagen enthalten). Vorliegend stellt jedoch der Untermietzins keinen Gegenwert dar, den der Mieter anstelle des Eigentümers erzielt. Der Eigentümer hätte die Mietsache nichts selbst an einen Dritten untervermieten können.

Eine analoge Anwendung von § 816 I 1 BGB scheidet aus.

## **VII. § 812 I 1, 2. Alt BGB (Eingriffskondiktion)**

In Betracht kommt jedoch ein Anspruch aus § 812 I 1, 2. Alt. BGB.

### **1. Etwas erlangt**

M müsste „etwas“ erlangt haben. „Etwas“ i.S.v. § 812 I 1 BGB ist jeder vermögenswerte Vorteil. Den Untermietzins hat M durch Leistung des Untermieters erlangt; der Untermietzins als solcher scheidet daher aus.

M hat jedoch die tatsächliche wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit und hieraus folgend eine Summe i.H.d. Untermietzinses erlangt.

### **2. Nicht durch Leistung**

M müsste das „etwas“ in sonstiger Weise erlangt haben. Keine Leistung, sondern ein Eingriff liegt nach h.M. vor, wenn in einen Bereich eingegriffen wurde, der einem anderen gebührt (Lehre vom Zuweisungsgehalt). M müsste folglich eine von Rechts wegen dem E zugewiesenen Rechtsposition erlangt oder in Anspruch genommen haben.

Fraglich ist nun, ob der Zuweisungsgehalt des Eigentums des E diesem die wirtschaftliche Verwertungsbefugnis für die Untervermietung zuweist.

Bei der Beantwortung dieser Frage stellt der BGH auf die Untervermietung als solche ab. Im vorliegenden Fall liegt die Gebrauchs- und Verwertungsmöglichkeit des Ladenlokals wegen der Vermietung an M nicht mehr bei E. Das Gebrauchsrecht steht vielmehr dem Mieter aufgrund des Hauptmietvertrages zu; es handelt sich bei der Untervermietung um eine Angelegenheit des Mieters.

Teile der Lit. stellen dagegen auf das Entscheidungsrecht des Vermieters gem. § 540 I 1 BGB ab. Die Ausübung und Übertragung des Entscheidungsrechts dürfe der Vermieter nur allein vornehmen.

Folgt man der Ansicht des BGH, dann liegt schon gar kein Eingriff des M vor und ein Anspruch aus § 812 I 1, 2. Alt. BGB scheidet aus. Nach Ansicht von Teilen der Literatur liegt ein Eingriff vor<sup>1</sup>.

### **3. Auf Kosten des Vermieters**

In konsequenter Anwendung der Ansicht des BGH, nämlich der, dass das Eigentum E keine Verwertungsbefugnis für die Untervermietung zuweist, kann auch das Tatbestandsmerkmal „auf Kosten des Vermieters“ nicht als erfüllt angesehen werden. Dem Vermieter entgehen durch die Untervermietung keine Verwertungs- oder Gebrauchsmöglichkeiten, da diese allein dem M zugewiesen sind.

Nach anderer Ansicht wird in das Entscheidungsrecht des Vermieters eingegriffen. Der Eingriff erfolgte folglich in einem Rechtsbereich, der dem Vermieter zugewiesen war und damit „auf dessen Kosten“.

### **4. Fehlen des rechtlichen Grundes**

Ein rechtlicher Grund liegt gerade nicht vor.

### **5. Umfang des Bereicherungsanspruchs.**

Gem. § 818 I BGB muss grundsätzlich unmittelbar nur das durch den Eingriff Erlangte herausgegeben werden. Dies ist gerade nicht der Untermietzins, da der Mieter diesen nämlich unmittelbar durch Leistung des Untermieters erhält. Folgt man der oben dargestellten Meinung von Teilen der Literatur, erhält der Mieter unmittelbar nur das Entscheidungsrecht des Vermieters.

---

<sup>1</sup> Auch nach den von einer Mindermeinung vertreten Rechtswidrigkeitstheorien, nach denen ein Eingriff i.S.v. § 812 I 1, 2. Alt. BGB vorliegt, wenn dieser nur rechtswidrig ist, liegt im vorliegenden Fall ein Eingriff vor.

Da dieses Entscheidungsrecht nicht herausgegeben werden kann, ist § 818 II BGB anwendbar. Danach hat M Wertersatz zu leisten. Dieser entspricht genau dem Teil des Erlöses, der das Ergebnis der Umsetzung der fremden Position ist.

Da der Untermietzins das Ergebnis der Umsetzung seines eigenen Gebrauchsrechts und des Entscheidungsrechts des Vermieters ist, muss M nicht den gesamten Untermietzins herausgeben, sondern nur den Wert, den sich M unbefugt zugewiesen hat.

Daher muss M einen Betrag in der Höhe der Ersparnis eines Untervermietungs-zuschlags zahlen.

## **Wiederholung und Vertiefung zu Fall 7:**



### **I. Fragen und Aufgaben:**

1. Sind in einem Zweipersonenverhältnis Leistungs- und Nichtleistungskondiktion nebeneinander möglich? Was gilt im Mehrpersonenverhältnis?
2. Nennen Sie Anspruchsgrundlagen für die Leistungskondiktion.
3. Nennen Sie Anspruchsgrundlagen für die Eingriffs- oder Nichtleistungskondiktion.



### **Antworten und Lösungen:**

1. Nein. Im Zweipersonenverhältnis schließen sich Leistungs- und Nichtleistungskondiktion gegenseitig aus. Liegt eine Leistung vor, so kann „etwas“ nichts „in sonstiger Weise“ erlangt werden. Im Mehrpersonenverhältnis ist die Nichtleistungskondiktion gegenüber der Leistungskondiktion subsidiär.

2. Leistungskondiktion:

- § 812 I 1, 1. Alt. BGB (condictio indebiti)
- § 812 I 2, 1. Alt. BGB (condictio ob causam finitam)
- § 812 I 2, 2. Alt. BGB (condictio ob rem)
- § 817 1 BGB (condictio ob turpem vel iniustam causa)

3. Nichtleistungskondiktion:

- § 812 I 1, 2. Alt. BGB
- § 816 I 1 BGB
- § 816 I 2 BGB
- § 816 II BGB
- § 822 BGB



### **II. Prüfungsschema für einen Anspruch aus § 812 I 1, 2. Alt. BGB**

1. Etwas erlangt
2. Nicht durch Leistung  
Beachte: Lehre vom Zuweisungsgehalt
3. Auf Kosten eines anderen
4. Fehlen des rechtlichen Grundes



### **III. Prüfungsschema für einen Anspruchs aus § 816 I 1 BGB**

1. Verfügung
2. Nichtberechtigter
3. Wirksamkeit der Verfügung
4. Erlangtes Etwas
5. Rechtsfolge: Herausgabe des „durch die Verfügung Erlangten“  
h.M. Herauszugeben ist das tatsächlich Erlangte, auch wenn dies den obj. Wert übersteigt.