

## Examensübungsklausur: Sehnsucht nach Kiel

Wiss. Mitarbeiter Julius Schmädicke, Kiel\*

### Sachverhalt

M hat im Jahre 2021 von V eine in dessen Eigentum stehende 2,5-Zimmer-Wohnung zu Wohnzwecken in Kiel gemietet. Der schriftlich geschlossene, unbefristete Mietvertrag sieht vor, dass M dem V hierfür monatlich 650 € an Miete zahlt. Bestimmungen hinsichtlich der Gebrauchsüberlassung an Dritte sind in dem Mietvertrag nicht enthalten. Aufgrund eines Arbeitsplatzwechsels wird M allerdings ab Januar 2024 dazu gezwungen, fortan wochentags in Hannover zu arbeiten, weshalb er dort zusätzlich eine Ein-Zimmer-Wohnung anmietet. Da er jedoch mittlerweile in Kiel viele gute Freunde gefunden und insbesondere auch die Ostsee zu schätzen gelernt hat, entscheidet er sich dazu, nicht aus Kiel wegzuziehen, sondern stattdessen seine dortige Wohnung weiter zu behalten, um zumindest die Wochenenden vorwiegend in Kiel zu verbringen. Um aber seine laufenden Kosten für die beiden Wohnungen zu senken, fasst M den Entschluss, ein Zimmer seiner Kieler Wohnung von nun an unterzuvermieten. Er hängt deshalb an das Schwarze Brett in der Mensa folgenden Aushang:

„Ich habe ein Zimmer in meiner Wohnung zu vermieten. Bei Interesse meldet euch gerne bei mir unter der unten aufgeführten Nummer“.

Der im dritten Semester Jura studierende U sieht in seiner Mittagspause den Aushang des M und, da er sich immer noch auf der Suche nach einer geeigneten Unterkunft in Kiel befindet, meldet sich umgehend bei diesem. In dem darauffolgenden Treffen zwischen M und U schließen beiden dann einen schriftlichen Vertrag mit dem Inhalt, dass M dem U den Gebrauch an einem genau bezeichneten Zimmer in der Wohnung des M unbefristet ab März 2024 zu Wohnzwecken überlässt. Als Gegenleistung verpflichtet sich U, dem M monatlich 300 € zu zahlen. Da U gerade die Schuldrechtsvorlesung besucht und dementsprechend gelernt hat, dass Haftungsprivilegierungen in gewissem Umfang prinzipiell rechtlich möglich sind, möchte er sein neu gelerntes Wissen sogleich in die Tat umsetzen und bittet M zudem, in den Vertrag zusätzlich eine Regelung aufzunehmen, der zufolge er nur „Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit“ zu vertreten habe. M, dem es in erster Linie darum geht, endlich einen geeigneten Untermieter gefunden zu haben, hat mit diesem Bestreben des U kein Problem, sodass die Haftungsregelung ebenso Eingang in den Vertrag findet.

U zieht daraufhin zum 1.3.2024 mit in die Wohnung ein. Da er bei dem Hineintragen seiner Möbelstücke allerdings ein bisschen unaufmerksam agiert, schlägt er mit dem Lattenrost seines Bettes gegen die hölzerne Zimmertür, sodass an dieser ein kleineres Loch und einige tiefe Kratzer zurückbleiben. V bekommt von dem ganzen Geschehen zunächst nichts mit. Erst Anfang April 2024 erfährt er, dass anscheinend jetzt eine ihm unbekannt Person mit in seiner Wohnung lebt. Aufgrund dessen fertigt er ein Schreiben an, in dem er M auffordert, die Gebrauchsüberlassung entweder umgehend zu beenden oder darzulegen, wer die dritte Person überhaupt ist und warum er ihr ein Teil der Wohnung überlässt. Dieses Schreiben wirft er anschließend in den Briefkasten des M. Dieser findet das Schreiben am nächsten Wochenende vor. Er meint sich jedoch dunkel zu erinnern, dass ihm ein

---

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht von Prof. Dr. Matthias Fervers, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

befreundeter Jurist vor ein paar Jahren mal erzählt hat, dass Mietern ein Recht zur Untervermietung ihrer Wohnung zustehe. Hiervon ausgehend entschließt er sich deshalb, vorerst nicht auf das Schreiben des V zu reagieren.

Als sich V Ende April bei Nachbarn erkundigt, ob U immer noch in seiner Wohnung lebt und dies ihm von den Nachbarn bestätigt wird, entscheidet V sich dazu, das Mietverhältnis mit M nun zu beenden. Er schreibt daher an M einen von ihm eigenhändig unterschriebenen Brief, in welchem er darlegt, dass die Gebrauchsüberlassung an den ihm unbekanntem U ihn erheblich in seinen Vermieter-rechten verletze. M habe sein vorheriges Schreiben weder als Anlass genommen, mit ihm in Kontakt zu treten und darzulegen, weshalb er einen Teil der Wohnung untervermietet, noch habe er die unerlaubte Untervermietung bisher beendet. M verstoße dadurch gegen seine Pflichten als Mieter. Er, V, kündige daher den Mietvertrag außerordentlich, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Dieses Schreiben wirft V am Vormittag des 30. Aprils in den Briefkasten des M. Als M es am 3. Mai liest, ist dieser völlig entsetzt. Er schreibt V sofort eine E-Mail, in der er ausführt, dass er als Wohnraummietter keine Erlaubnis für eine Untervermietung brauche; falls doch, dann sei V jedenfalls gesetzlich verpflichtet, ihm diese Erlaubnis zu erteilen, da er, M, unter der Woche in Hannover wohne und daher ein nachvollziehbares Interesse daran habe, durch die Weitervermietung an U seine Wohnkosten zu senken. Dies stehe einer Kündigung, insbesondere einer außerordentlichen, doch wohl entgegen. V entgegnet, dass ein legitimes Interesse des M an der Untervermietung schon deshalb nicht bestehe, weil M augenscheinlich seinen Lebensmittelpunkt nicht mehr in Kiel, sondern in Hannover habe. Zudem sei es ihm mit seinem Einkommen doch wohl noch möglich, die Kosten für beide Wohnungen zu tragen, sodass er nicht zwingend auf die Untervermietung angewiesen sei.

### Aufgabe 1: Hat V gegen M einen Anspruch auf Herausgabe der Wohnung?

### Aufgabe 2: Hat V gegen M einen Anspruch auf Herausgabe der von U an M gezahlten Untermiete?

#### Bearbeitungsvermerk zu Aufgabe 2

Die Unwirksamkeit der Kündigung ist diesbezüglich zu unterstellen.

#### Fortsetzung

V ist noch Eigentümer einer weiteren Wohnung in demselben Mehrfamilienhaus, die er ebenfalls vermieten möchte. Als er diesbezüglich im Mai 2024 einen Besichtigungstermin durchgeführt hat, sieht er zufälligerweise, wie U aus der Wohnungstür kommt. Da er sich daraufhin denken kann, dass es sich bei U um den Untermieter des M handelt, spricht er diesen an und erklärt ihm, dass er der eigentliche Eigentümer der Wohnung sei und die Untervermietung an ihn zu keinem Zeitpunkt erlaubt hätte. Der erstaunte U erwidert daraufhin, dass er dies nicht wusste. Vielmehr sei er davon ausgegangen, dass die Wohnung im Eigentum seines Vermieters M stehe; Anhaltspunkte, daran zu zweifeln, habe es keine gegeben. U räumt bei dieser Gelegenheit ein, dass er bei seinem Einzug zwar die Zimmertür beschädigt habe; da er jedoch mit M eine Haftungsprivilegierung in dem Mietvertrag vereinbart hätte, müsse diese doch auch im Verhältnis zu V wirken. V wendet indes ein, dass die Haftungsprivilegierung keinesfalls ihm gegenüber wirksam sei, da er doch gar nicht am Vertrag zwischen M und U beteiligt gewesen sei und von diesem auch überhaupt keine Kenntnis gehabt habe. Andernfalls würde es sich ja um einen Vertrag zu Lasten Dritter handeln. Er, V, verlange mithin von U Schadensersatz für die demolierte Tür.

### Aufgabe 3: Steht V ein Anspruch auf Schadensersatz gegenüber U aufgrund der beschädigten Zimmertür zu?

#### Bearbeitungsvermerk

Es ist – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen.

#### Lösungsvorschlag

<b>Aufgabe 1: Anspruch des V gegen M auf Herausgabe der Wohnung.....</b>	<b>257</b>
<b>I. §§ 546 Abs. 1, 549 Abs. 1 BGB.....</b>	<b>257</b>
1. Mietvertrag zwischen V und M über Wohnraum .....	257
2. Beendigung des Mietverhältnisses.....	257
a) Außerordentliche Kündigung.....	257
aa) Außerordentliche Kündigungserklärung .....	257
bb) Form, § 568 Abs. 1 BGB.....	257
cc) Begründung, § 569 Abs. 4 BGB.....	257
dd) Außerordentliches Kündigungsrecht, §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2, 549 Abs. 1 BGB.....	258
(1) Unbefugte Gebrauchsüberlassung an einen Dritten .....	258
(2) Erheblichkeit der Verletzung der Vermieterrechte.....	259
(a) Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 BGB.....	260
(aa) Gebrauchsüberlassung eines Teils des Wohnraums .....	260
(bb) Berechtigtes Interesse des M nach Abschluss des Mietvertrages .....	260
(cc) Keine Unzumutbarkeit für V.....	262
(b) Ergebnis.....	262
b) Ordentliche Kündigung.....	262
aa) Zulässigkeit einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung .....	262
bb) Ordentlicher Kündigungsgrund .....	262
(1) Pflichtverletzung durch M .....	263
(2) Verschulden .....	263
(3) Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung.....	263
c) Ergebnis.....	265
<b>II. § 985 BGB.....</b>	<b>265</b>
<b>III. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB.....</b>	<b>265</b>
<b>Aufgabe 2: Anspruch des V gegen M auf Herausgabe der an M von U gezahlten Untermiete .....</b>	<b>265</b>

I. §§ 535 Abs. 2, 549 Abs. 1 BGB .....	265
II. §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB .....	265
1. Schuldverhältnis .....	265
2. Pflichtverletzung .....	265
3. Vertreten müssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.....	266
4. Schaden.....	266
5. Ergebnis.....	266
III. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB .....	266
1. Untervermietung an U als Geschäft des V .....	267
2. Ergebnis.....	267
IV. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB .....	267
V. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB .....	268
1. Verfügung.....	268
2. Ergebnis.....	269
VI. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB analog .....	269
1. Planwidrige Regelungslücke.....	269
2. Vergleichbare Interessenlage .....	269
3. Ergebnis.....	270
VII. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB .....	270
1. Erlangt .....	270
2. In sonstiger Weise .....	270
3. Auf Kosten des V .....	270
4. Ergebnis.....	271
VIII. § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB .....	271
<b>Aufgabe 3: Anspruch des V gegen U auf Schadensersatz für die beschädigte Zimmertür ..</b>	<b>271</b>
I. §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB .....	271
II. § 991 Abs. 2 BGB .....	272
1. Vindikationslage im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses .....	272
a) Eigentum des V.....	272
b) Besitz des U .....	272
c) Recht zum Besitz.....	272
d) „Dolo-agit Einwand“ .....	273
2. Gutgläubigkeit des U.....	274
3. Schaden i.S.d. § 989 BGB.....	274

4. Haftungsumfang wie gegenüber dem mittelbaren Besitzer .....	275
III. § 823 Abs. 1 BGB .....	275

### Aufgabe 1: Anspruch des V gegen M auf Herausgabe der Wohnung

#### I. §§ 546 Abs. 1, 549 Abs. 1 BGB

V könnte gegenüber M einen Anspruch auf Rückgabe der Wohnung gem. §§ 546 Abs. 1, 549 Abs. 1 BGB haben. Hierfür ist erforderlich, dass zwischen V und M ein Wohnraummietvertrag zustande gekommen ist, welcher wirksam beendet wurde.

#### 1. Mietvertrag zwischen V und M über Wohnraum

V und M haben im Jahre 2021 einen unbefristeten Mietvertrag über eine 2,5-Zimmer-Wohnung geschlossen, demzufolge sich V dazu verpflichtet hat, M den Gebrauch der Wohnung zu gewähren, wohingegen M dem V eine monatliche Miete von 650 € schuldet. Ein Mietverhältnis über Wohnraum ist demzufolge zustande gekommen.

*Hinweis:* Es musste bei der Prüfung des Mietvertrages nicht unbedingt auf § 550 S. 1 BGB eingegangen werden, denn ein Verstoß gegen dieses Schriftformerfordernis für Wohnraummietverhältnisse hat entgegen § 125 S. 1 BGB nicht die Nichtigkeit des Mietvertrages zur Folge, sondern führt dazu, dass dieser für unbestimmte Zeit gilt.

#### 2. Beendigung des Mietverhältnisses

Das Wohnraummietverhältnis zwischen V und M müsste beendet worden sein. Als Beendigungsgrund kommt vorliegend sowohl eine außerordentliche als auch eine ordentliche Kündigung durch V in Betracht.

##### a) Außerordentliche Kündigung

V könnte das Mietverhältnis durch eine außerordentliche, fristlose Kündigung wirksam beendet haben.

##### aa) Außerordentliche Kündigungserklärung

V hat mit Schreiben an M vom 30.4.2024 ausdrücklich erklärt, er „kündige den Mietvertrag außerordentlich“, sodass eine außerordentliche Kündigungserklärung vorliegt, §§ 133, 157 BGB.

##### bb) Form, § 568 Abs. 1 BGB

Die Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses bedarf gem. § 568 Abs. 1 BGB der Schriftform (§ 126 BGB). Dies gilt gleichermaßen für die außerordentliche wie für die ordentliche Kündigung. V hat den Brief eigenhändig unterschrieben, sodass die gesetzlich vorgeschriebene Form gewahrt worden ist.

##### cc) Begründung, § 569 Abs. 4 BGB

Bei Mietverhältnissen über Wohnraum schreibt § 569 Abs. 4 BGB vor, dass der zur außerordentlichen

Kündigung führende wichtige Grund im Kündigungsschreiben anzugeben ist. Bei dem Begründungserfordernis des § 569 Abs. 4 BGB handelt es sich um eine zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung, sodass eine fehlende oder defizitäre Begründung zur Unwirksamkeit der Kündigung führt<sup>1</sup>. Insoweit ist erforderlich, dass der Lebenssachverhalt, auf den die Kündigung gestützt wird und der daher in einem etwaigen künftigen Rechtsstreit zur Beurteilung steht, von möglichen anderen unterscheidbar in dem Kündigungsschreiben wiedergegeben wird<sup>2</sup>. V hat in dem Kündigungsschreiben angegeben, dass die unbefugte Gebrauchsüberlassung an U den Grund für die Kündigung darstelle. M habe auf sein vorheriges Schreiben nicht reagiert und dementsprechend weder die Gründe für die Gebrauchsüberlassung mitgeteilt noch diese bisher beendet. M verletzte dadurch seine vertraglichen Pflichten. Dies genügt dem Begründungserfordernis des § 569 Abs. 4 BGB. Dass V den M nicht, wie von § 568 Abs. 2 BGB vorgeschrieben, auf die Möglichkeit, die Form und die Frist des Widerspruchs hingewiesen hat, ist demgegenüber für die Wirksamkeit der Kündigung ohne Belang, da es sich bei § 568 Abs. 2 BGB um eine bloße „Soll-Vorschrift“ handelt<sup>3</sup>. Ihre Missachtung führt bloß zu einer Verlängerung der Widerspruchsfrist des Mieters, § 574b Abs. 2 S. 2 BGB.

#### dd) Außerordentliches Kündigungsrecht, §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2, 549 Abs. 1 BGB

Es müsste auch ein außerordentliches Kündigungsrecht des V bestanden haben. Gem. § 543 Abs. 1 S. 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. § 543 Abs. 2 BGB führt diesbezüglich exemplarisch einige Regelbeispiele auf, bei deren Vorliegen ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender wichtiger Grund anzunehmen ist. Vorliegend kommt ein Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB in Betracht. Hiernach liegt ein wichtiger Grund insbesondere vor, wenn der Mieter die Rechte des Vermieters dadurch in erheblichem Maße verletzt, dass er die Mietsache unbefugt einem Dritten überlässt.

#### (1) Unbefugte Gebrauchsüberlassung an einen Dritten

M hat U ein Zimmer in der Mietsache ab März 2024 zu Wohnzwecken überlassen. Als „Dritte“ sind solche Personen anzusehen, die weder Parteien des Mietvertrages, nächste Angehörige des Mieters, Bedienstete des Mieters oder Besucher sind<sup>4</sup>. U ist demgemäß Dritter i.S.d. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB. Des Weiteren wurde die Möglichkeit der Untervermietung eines Zimmers der Wohnung weder bereits in dem Mietvertrag zwischen M und V vereinbart noch zu einem späteren Zeitpunkt von V gestattet, sodass es sich auch um eine unbefugte Gebrauchsüberlassung handelt. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass möglicherweise M einen Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zur Untervermietung gegenüber V gehabt hat. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 BGB entbindet den Mieter nämlich nicht von der Verpflichtung, die Erlaubnis des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung einzuholen, schon allein deswegen, damit der Vermieter prüfen kann, ob ein wichtiger Grund zur Versagung vorliegt<sup>5</sup>. Erst wenn die Erlaubnis erteilt wurde, handelt es sich somit formal um eine befugte Gebrauchsüberlassung<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 569 Rn. 108.

<sup>2</sup> BGH NJW 2010, 3015 (3018); Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 569 Rn. 56; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 1011.

<sup>3</sup> Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl., § 568 Rn. 15; Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 568 Rn. 41.

<sup>4</sup> Emmerich, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 540 Rn. 5.

<sup>5</sup> Bieber, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 543 Rn. 41.

<sup>6</sup> BayObLG, Rechtsentscheid v. 26.10.1990 – REMiet 1/90 = NJW-RR 1991, 461 (462); OLG Dresden, Beschl. v. 30.6.2015 – 5 U 375/15 = BeckRS 2015,15061; Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl.

*Hinweis:* Die Studierenden sollten sehen, dass eine unbefugte Gebrauchsüberlassung selbst dann vorliegt, wenn die Voraussetzungen einer Erlaubniserteilung nach § 553 Abs. 1 BGB erfüllt sind, die Erlaubnis aber noch nicht von Vermieterseite erteilt wurde. Davon ist jedoch die Frage zu unterscheiden, ob eine solche formal unbefugte Gebrauchsüberlassung auch ausreicht, um einen außerordentlichen Kündigungsgrund darzustellen (siehe unten).

## (2) Erheblichkeit der Verletzung der Vermieterrechte

Neben einer unbefugten Überlassung der Mietsache an einen Dritten setzt ein wichtiger Grund nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB jedoch nach ganz überwiegender Auffassung ebenso voraus, dass hierdurch die Rechte des Vermieters in *erheblicher Weise* verletzt werden<sup>7</sup>. Zwar lässt sich hierfür als Argument nicht unbedingt der Wortlaut der Norm anführen, denn dieser ist mehrdeutig und kann auch dahingehend interpretiert werden, dass § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB alternativ und abschließend aufzählt, wann der Mieter die Rechte des Vermieters in erheblichem Maße verletzt<sup>8</sup>. Wenn jedoch bereits § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB für eine ordentliche Kündigung fordert, dass der Mieter seine vertraglichen Pflichten „nicht unerheblich verletzt hat“, dann muss dies allerdings erst recht für eine außerordentliche Kündigung gelten, um nicht das Stufenverhältnis zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung zu durchbrechen<sup>9</sup>. Zudem spricht für eine solche Sichtweise, dass der historische Gesetzgeber mit § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB im Gegensatz zu § 553a BGB a.F. eine „mieterfreundliche“ Modernisierung des Mietrechts angestrebt hat. Bei § 553a BGB a.F. hat jedoch seinerzeit noch die unberechtigte Gebrauchsüberlassung für sich allein ausgereicht, um den zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden wichtigen Grund darzustellen<sup>10</sup>.

*Hinweis:* Dieses historische Argument kann von den Studierenden naturgemäß in einer Klausur nicht erwartet werden. Entscheidend ist vielmehr, dass gesehen wird, dass an eine außerordentliche Kündigung als „ultima ratio“ beachtliche Anforderungen zu stellen sind, sodass ein wichtiger Grund jedenfalls dann abzulehnen ist, wenn die Beeinträchtigung der Vermieterrechte bei einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalles nicht erheblich erscheint.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Erheblichkeit der Verletzung der Vermieterrechte durch die unbefugte Gebrauchsüberlassung abzulehnen ist, wenn dem Mieter zum Zeitpunkt der Kündigung ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung nach § 553 Abs. 1 BGB gegenüber dem Vermieter zugestanden hat. Für eine Erheblichkeit ließe sich zwar ggf. anführen, dass der Mieter bereits durch eine unerlaubte Gebrauchsüberlassung vertragswidrig handelt und einem dem Vermieter unbekanntem Dritten den ungehinderten Zugriff auf die Mietsache ermöglicht. Zumindest Letzteres ist aber auch dann der Fall, wenn der Mieter Besucher oder nahe Angehörige in die Wohnung lässt, da es sich bei diesen um keine Dritten i.S.d. §§ 540, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2, 553 BGB handelt, für deren Aufnahme er einer Erlaubnis des Vermieters bedarf. Es ist demzufolge mit der ganz

---

2024, BGB § 543 Rn. 151.

<sup>7</sup> So *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 22 Rn. 65.; *Streyll*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 543 Rn. 149 ff.; ausdrücklich offengelassen von BGH, Beschl. v. 25.4.2008 – LwZR 10/07 = NZM 2008, 728; a.A. dagegen *Bieber*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 543 Rn. 41.

<sup>8</sup> *Kern*, NZM 2009, 344 (347).

<sup>9</sup> *Kern*, NZM 2009, 344 (347).

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 25.4.2008 – LwZR 10/07 = NZM 2008, 728; *Kern*, NZM 2009, 344 (347); *Wiederhold*, in: BeckOK BGB, Stand:1.11.2024, § 543 Rn. 32.

h.M.<sup>11</sup> davon auszugehen, dass der Kündigungsgrund des § 543 Abs. 2 S.1 Nr. 2 Alt. 2 BGB neben einer formal unbefugten Gebrauchsüberlassung regelmäßig voraussetzt, dass diese gleichermaßen materiell unberechtigt ist. Hat der Mieter einen Anspruch gegen den Vermieter auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung nach § 553 Abs. 1 BGB, erscheint es nämlich nicht gerechtfertigt, allein aus dem Umstand, dass dieser die zu gewährende Erlaubnis nicht beantragt hat, ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zu begründen. Ein bloßes vertragswidriges Verhalten des (Wohnraum-)Mieters reicht für sich genommen gerade noch nicht aus, um eine außerordentliche Kündigung als „ultima ratio“ zu ermöglichen. Hierbei kann offenbleiben, ob es in diesem Fall an der „Erheblichkeit der Verletzung der Vermieterrechte“ mangelt<sup>12</sup>, oder ob der außerordentlichen Kündigung des Vermieters stattdessen der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegenzuhalten ist<sup>13</sup>.

Hätte M gegenüber V im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung eines Zimmers an U aus § 553 Abs. 1 BGB zugestanden, würde somit kein Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB bestehen.

#### (a) Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 BGB

Gem. § 553 Abs. 1 BGB hat der Mieter einen Anspruch gegen den Vermieter auf Erteilung der Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung eines Teils des Wohnraums an einen Dritten, wenn er hierfür nach Abschluss des Mietvertrages ein berechtigtes Interesse hat und die Gebrauchsüberlassung an den Dritten für den Vermieter nicht unzumutbar ist.

##### (aa) Gebrauchsüberlassung eines Teils des Wohnraums

§ 553 Abs. 1 BGB erfasst nur eine solche Gebrauchsüberlassung, bei welcher der Mieter bloß einen Teil des angemieteten Wohnraums einem Dritten überlässt. Der Grund für diese Einschränkung liegt darin, dass sichergestellt werden soll, dass der Mieter auch in Zukunft die Sachherrschaft über die Wohnung ausüben kann<sup>14</sup>. Entscheidend für die „Überlassung eines Teils des Wohnraums“ ist mithin, dass der Mieter den Gewahrsam an dem Wohnraum nicht vollständig aufgegeben hat<sup>15</sup>. Dies ist beispielsweise dann nicht der Fall, wenn er ein Zimmer einer größeren Wohnung zurückbehält, um in diesem gelegentlich zu schlafen oder Einrichtungsgegenstände zu lagern. Im vorliegenden Fall hat M lediglich ein Zimmer der 2,5-Zimmer-Wohnung an U untervermietet. Der Gewahrsam an den übrigen Zimmern verbleibt weiterhin ausschließlich ihm, sodass eine teilweise Gebrauchsüberlassung i.S.d. § 553 Abs. 1 BGB vorliegt.

##### (bb) Berechtigtes Interesse des M nach Abschluss des Mietvertrages

Bei M müsste auch nach Abschluss des Mietvertrages mit V ein berechtigtes Interesse entstanden

<sup>11</sup> BayObLG, Rechtsentscheid v. 26.10.1990 – REMiet 1/90 = NJW-RR 1991, 461 (462); OLG Dresden, Beschl. v. 30.6.2015 – 5 U 375/15 = BeckRS 2015, 15061; LG Hamburg, Beschl. v. 20.2.2020 – 333 S 46/19 = BeckRS 2020, 13458; *Mehle*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 543 Rn. 142; *Bieber*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 553 Rn. 15; *Bühler*, JuS 2019, 104 (108); *Kern*, NZM 2009, 344 (347); *Wiederhold*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 543 Rn. 32; a.A. dagegen *Bieber*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 543 Rn. 41, demzufolge jede unbefugte Gebrauchsüberlassung die Vermieterrechte erheblich verletzt.

<sup>12</sup> *K. Schach/Siegmund*, in: BeckOK Mietrecht, Stand: 1.2.2025, BGB § 543 Rn. 35.

<sup>13</sup> So BayObLG, Rechtsentscheid v. 26.10.1990 – REMiet 1/90 = NJW-RR 1991, 461 (463); *Mehle*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 543 Rn. 142; *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 83. Aufl. 2024, § 543 Rn. 22; in diese Richtung wohl auch *Bieber*, in: MüKo BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 553 Rn. 15.

<sup>14</sup> *Wiederhold*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 553 Rn. 4.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 11.6.2014 – VIII ZR349/13 = NJW 2014, 2717; BGH, Urt. v. 27.9.2023 – VIII ZR 88/22 = NZM 2024, 27 (28).

sein, ein Teil des Wohnraums einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen. An ein derartiges „berechtigtes Interesse“ des Mieters werden von Seiten der Rechtsprechung und der Literatur keine hohen Anforderungen gestellt. So soll es schon dann anzunehmen sein, wenn dem Mieter vernünftige Gründe zur Seite stehen, welche sein Verlangen nach Überlassung eines Teils der Wohnung an einen Dritten verständlich erscheinen lassen. „Berechtigt“ ist hiernach jedes Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichem Gewicht, das mit der geltenden Rechts- und Sozialordnung in Einklang steht<sup>16</sup>.

M hat sich dazu entschlossen, ein Zimmer seiner Kieler Mietwohnung unterzuvermieten, um seine durch die Anmietung der Wohnung in Hannover gestiegenen Mietkosten zu senken. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass der Wunsch des Mieters, die von ihm zu tragenden Mitaufwendungen zu verringern, in der Regel als berechtigtes Interesse i.S.d. § 553 Abs. 1 S. 1 BGB anzuerkennen ist<sup>17</sup>. Dies gilt aufgrund des mieterschützenden Zwecks des § 553 Abs. 1 BGB selbst dann, wenn es dem Mieter aufgrund seiner Einkünfte und seines Vermögens potenziell noch möglich wäre, das Mietverhältnis ohne die Untervermietung fortzusetzen<sup>18</sup>. Auch in einer derartigen Situation hat er nämlich ein nachvollziehbares Interesse an finanzieller Entlastung. Dementsprechend schließt der Umstand, dass M ggf. in der Lage ist, die Kosten für beide Wohnungen zu begleichen, ein berechtigtes Interesse an der Untervermietung nicht aus. Fraglich ist jedoch, ob ein „berechtigtes Interesse“ des M möglicherweise deswegen abzulehnen ist, weil dieser nur noch seine Wochenenden vorwiegend in Kiel verbringt und zu diesem Zweck in der Wohnung nächtigt, sich die meiste Zeit jedoch in Hannover aufhält. Vereinzelt wird angenommen, dass ein „berechtigtes Interesse“ i.S.d. § 553 Abs. 1 S. 1 BGB abzulehnen ist, wenn der Mieter seinen Lebensmittelpunkt nicht in der Wohnung beibehält, sondern an einen anderen Ort verlagert, denn dann könnte er seiner Obhutspflicht gegenüber dem Vermieter nicht mehr nachkommen<sup>19</sup>. Hiergegen spricht allerdings, dass andernfalls der Zweck des § 553 Abs. 1 BGB, dem Mieter die Wohnung, an der er festhalten möchte, zu erhalten, leerlaufen würde. Aufgrund der „Mobilität und Flexibilität in der heutigen Gesellschaft“<sup>20</sup> ist nämlich eine berufsbedingt doppelte Haushaltsführung keinesfalls ungewöhnlich. Hätte der Mieter in dieser Situation jedoch nicht die Möglichkeit, einen Teil seiner einen Wohnung unterzuvermieten, dann würde gerade dieses Phänomen der modernen Arbeitswelt von § 553 Abs. 1 BGB nicht erfasst werden. In den Gesetzesmaterialien findet sich im Übrigen auch kein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber nur den Bestand eines einzigen Mietverhältnisses als schützenswert angesehen hat<sup>21</sup>. Zudem wird der Mieter durch den Mietvertrag nicht verpflichtet, in der Mietwohnung seinen Lebensmittelpunkt im Sinne eines Hauptwohnsitzes zu begründen. Vielmehr steht es ihm zur freien Disposition, zu entscheiden, an welchem Ort er wohnt. Letztendlich ist daher mit der mittlerweile ganz h.M.<sup>22</sup> davon auszugehen, dass ein berechtigtes Interesse auch dann vorliegt, wenn der Mieter nicht mehr seinen Lebensmittelpunkt in der Wohnung hat.

<sup>16</sup> BGHZ 92, 213 (219) = NJW 1985, 130; BGH, Urt. v. 27.9.2023 – VIII ZR 88/22 = NZM 2024, 27; *Wiederhold*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 553 Rn. 5; *Heintzmann*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 8, 13. Aufl. 2007, § 553 Rn. 4.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 27.9.2023 – VIII ZR 88/22 = NZM 2024, 27 f.; ebenfalls *Flatow*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 553 Rn. 4.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 27.9.2023 – VIII ZR 88/22 = NZM 2024, 27 (29); *Emmerich*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 553 Rn. 8.

<sup>19</sup> *Bieber*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 553 Rn. 7.

<sup>20</sup> BT-Drs. 14/4553, S. 38 f.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 27.9.2023 – VIII ZR 88/22 = NZM 2024, 27 (28).

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 11.6.2014 – VIII ZR 349/13 = NJW 2014, 2717; BGH, Urt. v. 27.9.2023 – VIII ZR 88/22 = NZM 2024, 27 (28); *Flatow*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 553 Rn. 8; *Emmerich*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 553 Rn. 7; *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 83. Aufl. 2024, BGB § 553 Rn. 4.

M hatte folglich nach Abschluss des Mietvertrages ein berechtigtes Interesse, ein Teil des Wohnraums einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen.

#### (cc) Keine Unzumutbarkeit für V

Anhaltspunkte dafür, dass V die Gebrauchsüberlassung eines Zimmers an U unzumutbar ist, sind nicht ersichtlich, sodass der Anspruch auf Erlaubniserteilung nicht gem. § 553 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen ist. Auch lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, dass V die Überlassung nur bei einer angemessenen Mieterhöhung zumutbar wäre.

#### (b) Ergebnis

Die Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 BGB liegen dementsprechend vor, sodass M im Zeitpunkt der Kündigung einen Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zur Untervermietung eines Zimmers gegenüber V gehabt hat. Die unbefugte Gebrauchsüberlassung an U begründet daher kein außerordentliches Kündigungsrecht i.S.d. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB.

Die außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses ist somit im Ergebnis unwirksam.

*Hinweis:* Eine a.A. ist allenfalls mit sehr guter Begründung noch vertretbar.

#### b) Ordentliche Kündigung

Möglicherweise könnte V das Mietverhältnis aber ordentlich gekündigt haben. Eine solche Kündigung kommt, da das Mietverhältnis nicht befristet ist, prinzipiell in Betracht, § 542 Abs. 1 BGB.

##### aa) Zulässigkeit einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung

V hat in seinem Schreiben vom 30. April erklärt, er kündige den Mietvertrag „außerordentlich, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Zeitpunkt“. Einer solchen hilfsweisen ordentlichen Kündigungserklärung könnte nun allerdings der Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungserklärungen entgegenstehen. Dieser beruht auf dem Umstand, dass der Gestaltungsgegner vor unzumutbaren Schwebezuständen geschützt werden soll, die entstehen, wenn die einseitige gestaltende Wirkung noch von einem Bedingungseintritt abhängig gemacht werden würde<sup>23</sup>. Wenn ein Vermieter das Mietverhältnis außerordentlich und hilfsweise ordentlich kündigt, wird die hilfsweise ausgesprochene Kündigung jedoch gerade unbedingt erklärt. Der Vermieter spricht in diesem Fall beide Kündigungen zum selben Zeitpunkt aus, stellt allerdings klar, dass die ordentliche Kündigung erst nachrangig geprüft werden soll<sup>24</sup>. Der Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungserklärungen steht mithin einer hilfsweise ordentlichen Kündigung nicht entgegen, sodass diese als rechtlich zulässig zu erachten ist.

##### bb) Ordentlicher Kündigungsgrund

Gem. § 573 Abs. 1 S. 1 BGB setzt eine ordentliche Kündigung von Wohnraummietverträgen durch den Vermieter voraus, dass dieser ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat. Entsprechend der Systematik des § 543 Abs. 2 BGB enthält dabei auch § 573 Abs. 2 BGB eine

<sup>23</sup> Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 39.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 16.2.2005 – VIII ZR 6/04 = NZM 2005, 334 (335); BGH, Urt. v. 19.9.2018 – VIII ZR 231/17 = NJW 2018, 3517 (3522); Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 542 Rn. 41.

beispielhafte Aufzählung an Fallvarianten, in denen ein solches berechtigtes Interesse anzunehmen ist. Da V seine Kündigung auf die unbefugte Gebrauchsüberlassung an U stützt, kommt vorliegend § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht. Hiernach liegt ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses insbesondere dann vor, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft in nicht unerheblicher Weise verletzt hat.

### (1) Pflichtverletzung durch M

Indem M das Zimmer ohne Erlaubnis des V an U untervermietet hat, hat er seine vertraglichen Pflichten gegenüber V verletzt. Wie bereits im Rahmen der außerordentlichen Kündigung dargelegt, ändert daran auch die Tatsache nichts, dass M gegenüber V einen Anspruch auf Erlaubniserteilung zur Gebrauchsüberlassung an U aus § 553 Abs. 1 BGB gehabt hat, denn auch dann ist der Mieter nicht befugt, die Mietsache einem Dritten ohne Erlaubnis des Vermieters zu überlassen. Vielmehr muss er im Zweifel auf Erteilung der Erlaubnis klagen.

### (2) Verschulden

M müsste auch bezüglich der unbefugten Gebrauchsüberlassung an U und seiner damit begangenen Vertragspflichtverletzung gegenüber V schuldhaft gehandelt haben. Verschulden meint in diesem Kontext Vorsatz und Fahrlässigkeit, bloßes Vertretenmüssen (z.B. nach § 287 S. 2 BGB) genügt daher nicht<sup>25</sup>. M hat auf das erste Schreiben des V, in welchem dieser ihn aufgefordert hat, die Untervermietung entweder zu beenden oder die Gründe darzulegen, warum er die Wohnung an U untervermietet habe, nicht reagiert, weil er fälschlicherweise dachte, er bräuchte als Wohnungsmieter keine Erlaubnis zur Untervermietung. Er hat sich dementsprechend in einem sog. Rechtsirrtum befunden. Ein solcher beruht aber nur dann nicht auf Fahrlässigkeit, wenn der Mieter die Rechtslage sorgfältig geprüft und sich ggf. bei einem Fachmann erkundigt hat<sup>26</sup>. Von einer solch sorgfältigen Prüfung der Rechtslage kann aber nicht die Rede sein, wenn M eine Beantwortung des Schreibens deswegen unterlassen hat, weil er meinte, sich dunkel daran zu erinnern, dass ihm ein befreundeter Jurist von ein paar Jahren mal erzählt hätte, dass Mietern ein Recht zur Untervermietung ihrer Wohnung zustände. Dies folgt schon daraus, dass die damalige Angabe keinerlei Zusammenhang zu der konkreten Gebrauchsüberlassung an U aufgewiesen hat und daher nicht die Umstände des Einzelfalls in den Blick nehmen konnte. Darüber hinaus war sich M zum einen noch nicht einmal sicher, dass die Äußerung tatsächlich so gefallen ist, und zum anderen lässt die Angabe auch nicht zweifelsfrei erkennen, ob damit gemeint ist, dass ein Wohnraummieter einfach ohne Erlaubnis des Vermieters an jeden Dritten untervermieten darf oder ob diesem bloß ein Anspruch auf Erlaubniserteilung zusteht. Indem M ein Zimmer der Wohnung unbefugt an U vermietet hat, hat er somit seine mietvertraglichen Pflichten jedenfalls fahrlässig (§ 276 Abs. 2 BGB) verletzt.

*Hinweis:* Eine a.A. ist wohl kaum vertretbar.

### (3) Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung

Zuletzt erfordert § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dass M durch die unbefugte Gebrauchsüberlassung an U seine Pflichten nicht unerheblich verletzt hat. Im Gegensatz zum außerordentlichen Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB schließt der Umstand, dass der Mieter im Zeitpunkt der

<sup>25</sup> Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 573 Rn. 83.

<sup>26</sup> Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 573 Rn. 29.

Kündigung einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung aus § 553 Abs. 1 BGB gehabt hat, die Erheblichkeit der Pflichtverletzung nun nicht per se aus<sup>27</sup>. Vielmehr bedarf es stattdessen einer weitergehenden Abwägung der Vermieterinteressen mit den Gründen, die zur Gebrauchsüberlassung ohne vorherige Erlaubnis des Vermieters geführt haben<sup>28</sup>.

Für eine Erheblichkeit der Pflichtverletzung könnte hierbei sprechen, dass V den M vor der Kündigung mit einem Schreiben explizit dazu aufgefordert hat, entweder die Gebrauchsüberlassung zu beenden oder darzulegen, wer die Person des Untermieters ist und warum ihr ein Teil der Wohnung überlassen wird. Auch wenn man eine vorherige Abmahnung nicht als unerlässliche Voraussetzung einer verhaltensbezogenen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB begreifen sollte<sup>29</sup>, spricht ihr Vorhandensein nämlich zumindest für eine Erheblichkeit der Pflichtverletzung. Allerdings darf ebenfalls nicht außer Acht gelassen werden, dass der Umstand, dass M im Zeitpunkt der Kündigung einen Anspruch aus § 553 Abs. 1 BGB gegenüber V auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung gehabt hat, die Pflichtverletzung und eine damit einhergehende Beeinträchtigung der Vermieterinteressen als weniger schwerwiegend erscheinen lässt<sup>30</sup>. Verstärkend kommt hinzu, dass die fehlende Beantragung der Erlaubnis einzig und allein auf einer Verkennung der Rechtslage durch M beruhte und nicht darauf, dass dieser die Untervermietung an U von vornherein gegenüber V verschleiern wollte<sup>31</sup>. Von einer bewussten Missachtung der Belange oder Person des Vermieters kann daher keine Rede sein. Eine nur fahrlässige Pflichtverletzung spricht jedoch – im Gegensatz zu einer vorsätzlichen – eher für deren Unerheblichkeit. Durch die Untervermietung an U ist zudem, da M hauptsächlich in Hannover wohnt und sich maximal an den Wochenenden zu Schlafzwecken in der Wohnung aufhält, nicht mit einer erkennbar erhöhten Abnutzung der Mietwohnung infolge der unerlaubten Gebrauchsüberlassung zu rechnen.

Letzten Endes sprechen somit gute Gründe dafür, die unbefugte Gebrauchsüberlassung eines Zimmers der Wohnung an U eher als bloß unerhebliche Pflichtverletzung zu begreifen, sodass es an den Voraussetzungen des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB mangelt. Da auch ein sonstiges berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses nicht ersichtlich ist, ist die ordentliche Kündigung im Ergebnis gleichermaßen unwirksam.

*Hinweis:* Eine a.A. ist bei entsprechender Begründung genauso vertretbar. Da auch die sonstigen Voraussetzungen einer ordentlichen Kündigung – insbesondere die Begründung nach § 573 Abs. 3 BGB – vorliegen, wurde das Mietverhältnis in diesem Fall wirksam zum 31.7.2024 beendet. Derart umfangreiche Ausführungen zur Wirksamkeit der außerordentlichen und ordentlichen Kündigung waren von den Studierenden nicht zu erwarten.

<sup>27</sup> Kern, NZM 2009, 344 (347); Bieber, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 553 Rn. 15; Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 573 Rn. 35; Siegmund, in: BeckOK Mietrecht, Stand: 1.2.2025, BGB § 573 Rn. 33.

<sup>28</sup> Bieber, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 553 Rn. 15.

<sup>29</sup> So insbesondere der BGH in st.Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 28.11.2007 – VIII ZR 145/07 = NJW 2008, 508 (510); BGH, Beschl. v. 25.8.2020 – VIII ZR 59/20 = NZM 2020, 885 (886); a.A. bspw. Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 573 Rn. 72.

<sup>30</sup> In diese Richtung Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 573 Rn. 35.

<sup>31</sup> Siehe zu der Frage, ob im Rahmen der Unerheblichkeit bei § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB Verschuldensaspekte zu berücksichtigen sind Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 573 Rn. 23; Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 573 Rn. 65.

### c) Ergebnis

Das Mietverhältnis zwischen M und V wurde weder durch eine außerordentliche noch durch eine ordentliche Kündigung wirksam beendet. V hat keinen Anspruch auf Rückgabe der Wohnung gegenüber M aus §§ 546 Abs. 1, 549 Abs. 1 BGB.

### II. § 985 BGB

V ist zwar Eigentümer der Wohnung und M Besitzer. Aufgrund der unwirksamen Kündigung des Mietvertrages besteht allerdings ein Recht des M zum Besitz an der Wohnung i.S.d. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gegenüber V, sodass V kein Anspruch auf Herausgabe der Wohnung aus § 985 BGB gegenüber M zusteht.

### III. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB

M hat den Besitz an der Wohnung durch eine Leistung des V erlangt. Allerdings ist der rechtliche Grund für die Besitzüberlassung mangels wirksamer Kündigung des Mietvertrags seitens des V nicht später weggefallen, sodass ein Herausgabeanspruch des V ebenfalls nicht aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB folgt.

### Aufgabe 2: Anspruch des V gegen M auf Herausgabe der an M von U gezahlten Untermiete

#### I. §§ 535 Abs. 2, 549 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch des V gegenüber M auf Herausgabe der von U an M gezahlten Untermiete folgt jedenfalls nicht aus §§ 535 Abs. 2, 549 Abs. 1 BGB, denn es handelt sich bei der an M gezahlten Untermiete nicht um einen Bestandteil der von M gegenüber V nach § 535 Abs. 2 BGB geschuldeten vereinbarten Miete i.H.v. 650 €.

*Hinweis:* Der Anspruch aus §§ 535 Abs. 2, 549 Abs. 1 BGB ist offensichtlich nicht einschlägig und musste daher nicht zwingend von den Studierenden geprüft werden.

#### II. §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

V könnte einen Anspruch auf Herausgabe der Untermietzinses gegenüber M aus §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB haben.

##### 1. Schuldverhältnis

Mit dem 2021 zwischen V und M geschlossenen Mietvertrag über die 2,5-Zimmer-Wohnung des V liegt ein Schuldverhältnis vor.

##### 2. Pflichtverletzung

Indem M ein Zimmer der Wohnung ohne die Erlaubnis des V an U untervermietet hat, hat er seine mietvertragliche Pflicht aus § 540 Abs. 1 S. 1 BGB, die Mietsache ohne Erlaubnis des Vermieters nicht

Dritten zum Gebrauch zu überlassen, verletzt. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass M gegenüber V einen Anspruch auf Erlaubniserteilung gem. § 553 Abs. 1 BGB hat (siehe oben).

### 3. Vertreten müssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

M hat fälschlicherweise angenommen, er bräuchte als Wohnraummieter keine Erlaubnis des V zur Untervermietung, ohne sich vorab über die Rechtslage hinreichend zu informieren. Er handelte mithin fahrlässig und hat die Pflichtverletzung folglich zu vertreten, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

### 4. Schaden

Der von U an M gezahlte Untermietzins müsste auch ein nach §§ 249 ff. BGB ersatzfähiger Schaden darstellen. Unter einem Schaden versteht man jegliche unfreiwillige Einbuße an Rechten, Rechtsgütern und Interessen<sup>32</sup>. Gem. § 249 Abs. 1 BGB ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (Grundsatz der Naturalrestitution). Hätte sich M allerdings rechtmäßig verhalten und daher entweder die Gebrauchsüberlassung an U unterlassen oder nach § 553 Abs. 1 BGB eine Erlaubnis des V zur Untervermietung eingeholt, dann hätte V – mangels eigener Möglichkeit zur Untervermietung – aber ebenfalls keinen Untermietzins erlangt. Der Untermietzins stellt demzufolge gerade kein gem. §§ 249 ff. BGB ersatzfähiger Schaden dar<sup>33</sup>.

*Hinweis:* Ein ersatzfähiger Schaden des V kann auch nicht in dem entgangenen Gewinn gesehen werden, wenn ihm die Überlassung des Zimmers an U nach § 553 Abs. 2 BGB nur bei einer angemessenen Erhöhung der Miete zuzumuten gewesen wäre. Hierfür ist nämlich nicht die Untervermietung, sondern die Verweigerung der Einwilligung des Mieters in eine Mieterhöhung kausal. Diese stellt aber – da es keine Pflicht des Mieters zur Zustimmung der Mieterhöhung gibt – keine Pflichtverletzung dar<sup>34</sup>. Ein nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähiger Schaden kann daher allenfalls in einer stärkeren Abnutzung der Mietsache durch den Untermieter zu sehen sein. Zum einen fehlt es aber hierfür an Angaben im Sachverhalt, zum anderen ist explizit nur nach Ansprüchen auf Herausgabe des Untermietzinses gefragt.

### 5. Ergebnis

V hat keinen Anspruch auf Herausgabe des Untermietzinses aus §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB gegenüber M.

### III. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB

V könnte einen Anspruch auf Herausgabe der von U an M gezahlten Untermiete aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB haben.

---

<sup>32</sup> Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 16.

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 194/93 = NJW 1996, 838 (839); Fervers, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113; Kern, NZM 2009, 344 (345); Emmerich, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 540 Rn. 50.

<sup>34</sup> Kern, NZM 2009, 344 (345); Bühler, JuS 2019, 104 (108).

## 1. Untervermietung an U als Geschäft des V

Hierfür ist zunächst Voraussetzung, dass es sich bei der Vermietung eines Zimmers der Wohnung durch M an U um ein Geschäft des Eigentümers und Hauptvermieters V handelt. Unter einem Geschäft versteht man jedes tatsächliche oder rechtliche Verhalten. Dieses ist dann für den Geschäftsführer fremd, wenn es (auch) in den Rechts- und Interessenbereich eines anderen fällt<sup>35</sup>. Der Mieter, der vertragswidrig die Mietsache untervermietet, übt aber nur den ihm überlassenen Gebrauch in vertragswidriger Weise aus, greift aber nicht in den Rechts- und Interessenkreis des Eigentümers ein, der ihm die Sache vermietet hat<sup>36</sup>. Dies folgt daraus, dass der Eigentümer, der dem Untervermieter die ausschließliche Nutzungsbefugnis eingeräumt hat, sich seines eigenen Nutzungsrechts bereits entledigt hat und es ihm daher auch nicht möglich wäre, die Sache selbst an Dritte weiterzuvermieten<sup>37</sup>. Dies gilt selbst dann, wenn der Mieter nicht zur Untervermietung befugt ist, denn auch in dieser Situation kann der Eigentümer/Vermieter die Nutzung der Sache nicht einem Dritten überlassen. Hiergegen wird zwar vereinzelt eingewendet, dass dem Mieter durch den Mietvertrag nur der Eigengebrauch gestattet wird, sodass dieser durch die Untervermietung sehr wohl in den Herrschaftsbereich des Eigentümers eingreifen würde<sup>38</sup>. Dem ist allerdings zu entgegnen, dass die Untervermietung als Geschäft, aus dem der Untermietzins resultiert, dem Rechts- und Interessenkreis des Vermieters nicht zugewiesen sein kann, wenn sich dieser mit Abschluss des Hauptmietvertrages seines Rechts, den Gebrauch an der Mietsache Dritten zu überlassen, entledigt hat. Der Hauptmieter, der die Mietsache (unbefugt) untervermietet, nimmt demgemäß keine Handlung vor, die dem Rechts- und Interessenkreis des Eigentümers zuzuordnen ist. Dies geht letztlich auch aus den Regelungen bezüglich der Zulässigkeit der Untervermietung hervor. So kann der Vermieter die Gebrauchsüberlassung an den Dritten – egal ob er sie erlaubt oder verbietet – nicht selbst vornehmen. Auch falls er sie erlauben sollte, darf allein der Mieter den Gebrauch Dritten überlassen und nicht der Vermieter<sup>39</sup>.

## 2. Ergebnis

Im Ergebnis ist die Untervermietung an U somit allein dem Rechts- und Interessenkreis des M zuzuordnen und stellt kein Geschäft des V dar. Letzterer kann daher nicht gem. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB die Herausgabe des Untermietzins von M verlangen.

*Hinweis:* Die a.A. ist bei guter Begründung vertretbar. Die Auseinandersetzung mit der M.M., die ein Geschäft des Eigentümers bejaht, ist auch für gute bis sehr gute Ergebnisse nicht notwendig.

## IV. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB

Ein Anspruch des V aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB auf Herausgabe des Untermietzins scheidet demgegenüber daran, dass aus dem Mietvertrag zwischen M und V ein Recht des M zum Besitz an der Wohnung gegenüber V resultiert (§ 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB), weswegen es an der

<sup>35</sup> Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 43 Rn. 3.

<sup>36</sup> Ganz h.M. vgl. BGH, Urt. v. 20.5.1964 – VIII ZR 235/63 = NJW 1964, 1835; BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 194/93 = NJW 1996, 838 (840); OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.1.1994 – 10 U 109/93 = NJW-RR 1994, 596; Fervers, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2019, § 24 Rn. 90; Schrader, JuS 2020, 773 (778); Diederichsen, NJW 1964, 2296.

<sup>37</sup> Fervers, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113.

<sup>38</sup> Herrschel, JuS 1968, 562 f.; Berg, JuS 1975, 681 (689).

<sup>39</sup> Schrader, JuS 2020, 773 (778).

erforderlichen Vindikationslage im Zeitpunkt der Nutzungsziehung mangelt. Etwas Gegenteiliges folgt auch nicht aus dem Umstand, dass M durch die unbefugte Untervermietung an U die Grenzen seines Besitzrechtes im Verhältnis zu V überschritten hat („Nicht-so-berechtigter-Besitzer“), da dieses vertragswidrige Verhalten die Existenz des sich aus dem Mietvertrag ergebenden Besitzrechtes nicht zu beseitigen vermag<sup>40</sup>.

## V. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

V könnte einen Anspruch gegen M auf Herausgabe des Untermietzinses gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB haben. Hierfür ist Voraussetzung, dass M als Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfügt hat und diese Verfügung gegenüber dem Berechtigten V wirksam ist.

### 1. Verfügung

Die Untervermietung des Zimmers der Wohnung von M an U müsste eine Verfügung darstellen. Unter einer Verfügung ist ein Rechtsgeschäft zu verstehen, durch welches ein bestehendes Recht oder Rechtsverhältnis aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert wird<sup>41</sup>. Die Vermietung einer Sache stellt jedoch ein bloß schuldrechtliches Rechtsgeschäft dar. Es hat nicht zur Folge, dass ein existierendes Recht oder Rechtsverhältnis aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert wird. Es entspricht von dem her der ständigen Rechtsprechung des BGH und der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur, dass die Vermietung oder Verpachtung einer Sache nicht als Verfügung zu beurteilen ist, sodass zumindest eine direkte Anwendung des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB ausscheidet<sup>42</sup>.

Vereinzelt wird dem gleichwohl entgegengehalten, dass der Verfügungsbegriff in Wirklichkeit weiter zu verstehen sei und auch die Vermietung bzw. Verpachtung einer Sache umfasse<sup>43</sup>. Begründet wird dies damit, dass der Eigentümer durch den Abschluss des Mietvertrages sein Eigentum in der Weise einschränken würde, dass es ihm nicht mehr möglich sei, die Sache vom besitzenden Mieter heraus zu verlangen (§ 986 Abs. 1 S. 1 BGB). Darüber hinaus sei der Mieter kraft eigener Befugnis dazu berechtigt, die Mietsache vertragsgemäß zu gebrauchen. Derartige Einschränkungen des Eigentumsrechts seien nun jedoch notwendigerweise als Verfügung zu begreifen, die der Mieter als Nichtberechtigter vornehme, wenn ihm die Untervermietung seitens des Vermieters nicht erlaubt worden ist.

Gegen eine solche Sichtweise spricht nun allerdings, dass § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als „Rechtsfortwirkungsanspruch“ auf den wirksamen Entzug einer absoluten Rechtsposition abzielt. Die Vermietung einer Sache führt aber nicht dazu, dass dem Eigentümer eine solche Rechtsposition schlechthin entzogen wird, sondern bewirkt allein einen faktisch wirkenden Entzug der Sache<sup>44</sup>. Zudem würde

---

<sup>40</sup> Ganz h.M. vgl. *Fervers*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113; *Raff*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, Vor § 987 Rn. 24 m.w.N.

<sup>41</sup> *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 31 f.

<sup>42</sup> BGH, Urt. v. 3.3.1954 – VI ZR 259/52; BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 194/93 = NJW 1996, 838 (840); BGH, Urt. v. 26.9.2006 – XI ZR 156/05 = NJW 2007, 216; *Fervers*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113; *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand:1.11.2024, § 816 Rn. 7; *Bühler*, JuS 2019, 104 (108); *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 839; *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 816 Rn. 12.

<sup>43</sup> *Diederichsen*, NJW 1964, 2296.

<sup>44</sup> *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand:1.11.2024, § 816 Rn. 7.

ein derartiges Verständnis des Verfügungsbegriffes bedeuten, dass das Besitzrecht einem absolut wirkenden Herrschaftsrecht angeglichen wird<sup>45</sup>.

Die Untervermietung einer Sache stellt demzufolge keine Verfügung dar.

*Hinweis:* Die Ausführungen hinsichtlich des erweiterten Verfügungsbegriffes erfolgten nur der Vollständigkeit wegen. Für die Klausurbearbeitung ist es vollkommen genügend, wenn die Studierenden darstellen, dass durch eine Vermietung kein Recht oder Rechtsverhältnis aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert wird, weswegen es an der nach § 816 Abs. 1 BGB erforderlichen Verfügung mangelt.

## 2. Ergebnis

Es besteht kein Anspruch des V gegenüber M auf Herausgabe des Untermietzinses aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.

### VI. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB analog

Möglicherweise könnte V aber ein Anspruch auf Herausgabe des von U an M gezahlten Untermietzinses aus einer analogen Anwendung des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen. Eine solche analoge Anwendung des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auf die Vermietung einer Sache bedingt sowohl das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke als auch einer vergleichbaren Interessenlage<sup>46</sup>.

#### 1. Planwidrige Regelungslücke

Die Existenz einer Regelungslücke ergibt sich zunächst daraus, dass die nur schuldrechtlich wirkende Vermietung einer Sache keine Verfügung i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB darstellt, sodass es an einer gesetzlichen Regelung derart verfügungsähnlicher Vorgänge mangelt. Die Frage, ob diese Regelungslücke auch planwidrig ist, hängt jedoch entscheidend davon ab, ob eine hinreichende Vergleichbarkeit der jeweiligen Interessenlagen besteht.

#### 2. Vergleichbare Interessenlage

Die Interessenlage müsste bei der unbefugten Untervermietung einer Sache durch den Mieter mit derjenigen vergleichbar sein, die besteht, wenn ein Nichtberechtigter wirksam gegenüber dem Berechtigten über ein Recht bzw. Rechtsverhältnis verfügt. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB erfasst den Fall, dass ein Nichtberechtigter eine dem Rechtsinhaber ausschließlich zugewiesene Befugnis zu ordnungsändernden Verfügungen verwertet<sup>47</sup>. Als Rechtsfortwirkungsanspruch soll dem Berechtigten daher zumindest das zukommen, was der Nichtberechtigte durch die Verfügung erlangt hat, er soll mithin einen Ausgleich für den erlittenen Rechtsverlust erhalten.

Bei der Untervermietung einer Sache verwertet der Mieter jedoch zum einen gerade keine dem Vermieter zugewiesene Rechtsposition, denn diesem ist die Untervermietung nicht gestattet. Vielmehr hat der Vermieter das Gebrauchsrecht mit Vertragsschluss auf den Mieter übertragen und ihm

---

<sup>45</sup> Schrader, JuS 2020, 773 (778).

<sup>46</sup> Bezüglich der einzelnen Voraussetzungen einer Analogie siehe die Ausführungen bei Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 110 ff.

<sup>47</sup> Stadler, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 816 Rn. 1.

steht bloß die Entscheidung zu, die Erlaubnis zu der vom Mieter unternommenen Untervermietung zu erteilen.<sup>48</sup> Zum anderen wird dem Vermieter durch die Untervermietung auch keine Rechtsposition entzogen, für deren Verlust ihm ein Ausgleich zu gewähren wäre<sup>49</sup>. Der Untermietvertrag entfaltet ihm gegenüber nämlich keinerlei Wirkung. Es mangelt somit an der für eine analoge Anwendung des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB vergleichbaren Interessenlage<sup>50</sup>.

*Hinweis:* Die a.A. ist bei entsprechender Begründung vertretbar. Dann stellt sich jedoch die Frage, was M durch die Untervermietung „erlangt“ hat. Soweit diese Frage überhaupt diskutiert wird, wird unter anderem vertreten, dass der Anspruch auf jene Nutzungen beschränkt werden muss, die durch den Mietvertrag nicht abgegolten sind, um eine Überkompensation des Vermieters zu verhindern. Orientierungsmaßstab soll insofern die von § 553 Abs. 2 BGB normierte „angemessene Erhöhung der Miete“ sein<sup>51</sup>.

### 3. Ergebnis

V hat keinen Anspruch gegenüber M auf Herausgabe des Untermietzinses gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB analog.

#### VII. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

V könnte einen Anspruch gegen M auf Herausgabe des Untermietzinses gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB haben.

##### 1. Erlangt

M hat die Möglichkeit der unerlaubten Untervermietung der Wohnung als vermögenswerten Vorteil erhalten.

*Hinweis:* Das Eigentum und der Besitz am von U gezahlten Untermietzins hat M dagegen durch eine Leistung des U erlangt, sodass diesbezüglich eine vorrangige Leistungsbeziehung besteht, welche die Nichtleistungskondition ausschließt.

##### 2. In sonstiger Weise

M müsste diese Möglichkeit auch in sonstiger Weise, d.h. nicht durch Leistung egal von wem, erlangt haben. V hat die Untervermietung nicht erlaubt, sodass M in sonstiger Weise bereichert ist.

##### 3. Auf Kosten des V

M müsste zudem auf Kosten des V bereichert sein. Nach der herrschenden „Lehre vom Zuweisungs-

<sup>48</sup> BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 194/93 = NJW 1996, 838 (840); *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 829; *Schrader*, JuS 2020, 773 (779); *Bühler*, JuS 2019, 104 (108).

<sup>49</sup> *Fervers*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113.

<sup>50</sup> A.A. dagegen *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 540 Rn. 50.

<sup>51</sup> So *Diederichsen*, NJW 1964, 2296; für eine Herausgabe des gesamten Untermietzinses anscheinend *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 540 Rn. 50.

gehalt“ ist dies dann der Fall, wenn M die Möglichkeit der Untervermietung durch einen Eingriff in eine Rechtsposition erlangt hat, die von der Rechtsordnung dem V zugewiesen ist<sup>52</sup>. Die Untervermietung einer Sache ist allerdings, auch wenn sie unberechtigt geschieht, ein allein dem Mieter zugewiesenes Geschäft. Der Vermieter verliert hierdurch keine Verwertungs- oder Gebrauchsmöglichkeiten, derer er sich nicht bereits durch den Abschluss des Hauptmietvertrages entledigt hat<sup>53</sup>. Er selbst ist nämlich nicht befugt, die Mietsache einer weiteren Person zu überlassen und hieraus einen Mietzins zu erzielen. Nur der Mieter disponiert über das Zustandekommen der Untervermietung und seiner konkreten Ausgestaltung<sup>54</sup>. Durch die Untervermietung wird daher nicht in eine Rechtsposition eingegriffen, welche von der Rechtsordnung dem Vermieter zugewiesen ist<sup>55</sup>. Zwar wird zum Teil geltend gemacht, dass jedenfalls die Erlaubnis zur Untervermietung eine dem Vermieter zustehende Rechtsposition sei, in die der unbefugt untervermietende Mieter eingreife<sup>56</sup>. Hiergegen spricht jedoch, dass § 540 BGB – wonach dem Vermieter die Erlaubnis zur Untervermietung vorbehalten ist – dem Vermieter keinen Rest an Nutzungsmöglichkeit erhalten, sondern ihn nur davor schützen soll, dass Untermieter auf die Sache einwirken können<sup>57</sup>. Zudem ist er bei seiner Entscheidung nach § 540 Abs. 1 S. 1 BGB wegen § 553 BGB nicht frei<sup>58</sup>.

M hat dementsprechend nichts auf Kosten des V erlangt.

*Hinweis:* Die a.A. ist bei entsprechender Begründung vertretbar. Ausführungen in diesem Umfang sind von den Studierenden nicht unbedingt zu erwarten.

#### 4. Ergebnis

V hat keinen Anspruch gegenüber dem M aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

#### VIII. § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB

Ein Schadensersatzanspruch des V gegenüber M aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB auf Herausgabe des Untermietzins besteht schon deshalb nicht, weil dieser kein nach § 249 BGB ersatzfähiger kausaler Schaden darstellt (siehe oben). Die Frage, ob in der unbefugten Untervermietung überhaupt eine Eigentumsverletzung des V zu erblicken ist, bedarf daher keine Beantwortung.

#### Aufgabe 3: Anspruch des V gegen U auf Schadensersatz für die beschädigte Zimmertür

##### I. §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Anspruch des V gegenüber U auf Schadensersatz gem. §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB würde jeden-

<sup>52</sup> Wieling/Finkenauer, Bereicherungsrecht, 5. Aufl. 2020, S. 55.

<sup>53</sup> BGH, Urt. v. 15.12.1995 – XII ZR 194/93 = NJW 1996, 838 (840).

<sup>54</sup> Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 830.

<sup>55</sup> Fervers, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113; Bühler, JuS 2019, 104 (108); Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 309; im Ergebnis ebenfalls Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2018, § 24 Rn. 90.

<sup>56</sup> Gebauer, Jura 1998, 128 (131), demzufolge der Bereicherungsanspruch aber dann auf den „Preis“ zu beschränken ist, um den die Miete infolge der Erlaubnis des Vermieters erhöht worden wäre, § 553 Abs. 2 BGB.

<sup>57</sup> Schwab, in: MüKo BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 309; Schrader, JuS 2019, 773 (780).

<sup>58</sup> Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 830.

falls erfordern, dass U bei Erwerb des Besitzes weder Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis davon hatte, dass er gegenüber dem Eigentümer V kein Recht zum Besitz hat<sup>59</sup>. U ging jedoch davon aus, dass seinem Vermieter M das Eigentum an der Tür zustehen würde. Eine grob fahrlässige Unkenntnis des U ist nicht ersichtlich, zumal M in dem Aushang davon sprach, dass er ein Zimmer seiner Wohnung zu vermieten hätte. Aus dem Aushang konnte daher nicht auf die fehlende Eigentümerstellung des M geschlossen werden. U war dementsprechend gutgläubig bezüglich seines Besitzrechtes gegenüber dem Eigentümer, sodass ein Anspruch des V aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB nicht besteht.

## II. § 991 Abs. 2 BGB

V könnte allerdings ein Anspruch auf Schadensersatz gegenüber U aufgrund der beschädigten Zimmertür gem. § 991 Abs. 2 BGB zustehen.

*Hinweis:* Mangels vertraglicher Beziehung zwischen V und U kommen vertragliche Schadensersatzansprüche nicht in Betracht. Zudem ist V auch nicht in den Schutzbereich des Mietvertrages zwischen M und U einbezogen. § 991 Abs. 2 BGB stellt nach h.M. eine eigenständige AGL dar<sup>60</sup>. Nach a.A. besteht der Zweck des § 991 Abs. 2 BGB dagegen darin, die Sperrwirkung des EBV aufzuheben und die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB zu ermöglichen. Soweit die Studierenden dieser Ansicht folgen sollten, müssen die Voraussetzungen des § 991 Abs. 2 BGB daher bei der Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB thematisiert werden.

### 1. Vindikationslage im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses

Voraussetzung für eine Anwendbarkeit des § 991 Abs. 2 BGB ist, dass zwischen V und U eine Vindikationslage im Zeitpunkt der Beschädigung der Tür bestanden hat.

#### a) Eigentum des V

V war Eigentümer des Zimmertür.

#### b) Besitz des U

U ist zum März 2024 in das Zimmer der Wohnung eingezogen und hat bei dem Einzug die Zimmertür beschädigt. Er war daher zu diesem Zeitpunkt Besitzer der Tür.

#### c) Recht zum Besitz

U dürfte gegenüber dem Eigentümer V auch nicht zum Besitz berechtigt gewesen sein, § 986 BGB. Zwischen U und V bestand kein Vertragsverhältnis, aus welchem sich ein Recht des U zum Besitz ergeben könnte. Möglicherweise könnte U aber ein abgeleitetes Besitzrecht gem. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB zustehen. Der Untervermieter M, von dem U sein Recht zum Besitz ableitet und dem er

<sup>59</sup> Zur Kontroverse, welche Anforderungen an die Gutgläubigkeit bei § 990 Abs. 1 S. 1 BGB zu stellen sind vgl. Fevers, AcP 217 (2017), 34.

<sup>60</sup> Vgl. Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 991 Fn.15; Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 991 Rn. 24, m.w.N. auch zur Gegenfassung.

seinen Besitz mittelst, ist seinerseits aufgrund des Mietvertrages mit V zum Besitz an der Wohnung berechtigt, sodass die Voraussetzungen des § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB vorzuliegen scheinen. Eine mehrstufige Besitzrechtsableitung erfordert allerdings, dass die Zwischenperson zu der weiteren Besitzüberlassung auch befugt gewesen ist, wie man § 986 Abs. 1 S. 2 BGB entnehmen kann. Ist dies nicht der Fall, dann kann der Eigentümer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer verlangen. M war jedoch, wie bereits festgestellt, nicht befugt, das Zimmer an U unterzuvermieten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass er ein Anspruch gegenüber V aus § 553 Abs. 1 BGB auf Erlaubniserteilung gehabt hat. Dieser gestattet es ihm nämlich gerade nicht, die Mietsache dem Dritten bereits vor der Erlaubniserteilung zu überlassen. Dementsprechend bestand kein abgeleitetes Besitzrecht des U gegenüber V nach § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB<sup>61</sup>.

#### d) „Dolo-agit Einwand“

Möglicherweise könnte U einem Herausgabeverlangen des V aus § 985 aber den sog. „dolo-agit-Einwand“ entgegenhalten<sup>62</sup>. Hiernach handelt rechtsmissbräuchlich, wer etwas herausverlangt, was er sofort wieder zurückgeben müsste. Diese Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben, § 242 BGB, findet auch auf die Vindikation Anwendung und vermag diese auszuschließen<sup>63</sup>. Das Bestehen eines solchen Einwands könnte sich im vorliegenden Fall daraus ergeben, dass U dem Vindikationsanspruch des V entgegenhalten kann, dass M, an V die Herausgabe zu verlangen hat (§ 986 Abs. 1 S. 2 BGB), ihm wiederum aufgrund des Untermietvertrages dazu verpflichtet ist, das Zimmer zu übergeben und zudem einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung aus § 553 Abs. 1 BGB hat. In dieser Konstellation könnte es daher rechtsmissbräuchlich erscheinen, wenn V mit Erfolg die Herausgabe an M aus § 985 BGB verlangen kann<sup>64</sup>. So wird es beispielsweise als rechtsmissbräuchlich angesehen, wenn der Eigentümer und der Mieter den Hauptmietvertrag aufheben, um dem Eigentümer den Räumungsanspruch gegen den Untermieter zu verschaffen und sich dann aber darüber einig sind, dass der Hauptmieter nicht selbst räumen soll, da alsbald ein neuer Hauptmietvertrag abgeschlossen wird<sup>65</sup>.

Gegen das Bestehen des sog. „dolo-agit Einwands“ im vorliegenden Fall spricht allerdings, dass der Eigentümer ein nachvollziehbares Interesse daran hat, dass die Sache wieder seinem Mieter als Vertragspartner übergeben wird, wenn dieser eine Erlaubnis zur Untervermietung noch nicht beantragt hat und diese daher ihm gegenüber unbefugt erfolgt. Hat sein Mieter ihm die Person des Dritten noch nicht namentlich benannt und über die berufliche oder sonstige Tätigkeit des Dritten keine Auskunft erteilt, erscheint es unangebracht, wenn er die Besitzüberlassung an den ihm unbekanntem Dritten und seine Einwirkung auf die Mietsache hinnehmen müsste, obwohl er nicht beurteilen kann, ob die Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 BGB überhaupt vorliegen. Das Verhalten des Vermieters, bei einer solchen Pflichtverletzung seines Mieters die Herausgabe der Mietsache an diesen zu verlangen, erscheint vor diesem Hintergrund eher nicht treuwidrig, wofür auch der Umstand spricht, dass eine

<sup>61</sup> LG Bonn, Urt. v. 20.8.2015 – 6 S 38/15 = BeckRS 2016, 19398.

<sup>62</sup> „Dolo agit, qui petit quod statim redditurus est“; zum „dolo-agit Einwand“ allgemein *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 560 ff.

<sup>63</sup> *Stadler*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 15/1, 13. Aufl. 2016, § 985 Rn. 28; es ist unklar, ob die Einschränkung des § 985 BGB durch § 242 BGB als Besitzrecht nach § 986 BGB zu interpretieren ist (hierfür anscheinend BGH, Urt. v. 6.7.1990 – LwZR 5/88 = BeckRS 2009, 8919; BGH, Urt. v. 20.12.2001 – IX ZR 401/99 = NJW 2002, 1050 [1051]) oder eine hiervon zu unterscheidende Einwendung darstellt (so *Schanbacher*, in: NK-BGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2015, § 985 Rn. 37).

<sup>64</sup> So LG Bonn, Urt. v. 20.8.2015 – 6 S 38/15 = BeckRS 2016, 19398, jedoch ohne nähere Begründung.

<sup>65</sup> *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2023, § 985 Rn. 248.

formal unbefugte Untervermietung nach allgemeiner Ansicht ein berechtigtes Interesse zur Beendigung des Mietverhältnisses darstellen kann (siehe oben). Ist es dem Vermieter aber möglich, das Hauptmietverhältnis wegen der unbefugten Untervermietung zu kündigen, dann muss es ihm gleichsam möglich sein, die Herausgabe der Sache zu verlangen. Hierdurch werden die Interessen des Untermieters auch nicht in ungebührlicher Weise beeinträchtigt, denn dieser hat die Möglichkeit, seinen Vermieter auf Beantragung der Erlaubnis in Anspruch zu nehmen und Ersatz für einen ihm ggf. entstandenen Schaden zu fordern. Im Ergebnis ist daher das Bestehen des sog. „dolo-agit-Einwands“ abzulehnen, sodass eine Vindikationslage zwischen V und U im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bestanden hat.

*Hinweis:* Eine a.A. erscheint ebenfalls gut vertretbar. Da dann das Bestehen einer Vindikationslage abzulehnen wäre, müsste man jedoch die umstrittene Frage diskutieren, ob § 991 Abs. 2 BGB analog auf den berechtigten Fremdbesitzer anzuwenden ist. Dies wird teilweise angenommen, um zu verhindern, dass dieser nicht schlechter als der unberechtigte Fremdbesitzer steht. Die h.M. lehnt eine analoge Anwendung des § 991 Abs. 2 BGB jedoch mit dem Argument ab, dass § 991 Abs. 2 BGB ein Haftungsprivileg ist, welches einen Ausgleich für den Sachverlust an den vertragsfremden Eigentümer schaffen will, weswegen es an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt<sup>66</sup>. Lehnt man eine analoge Anwendung des § 991 Abs. 2 BGB daher ab, müsste ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB geprüft werden. Die Haftungsprivilegierung zwischen M und U entfaltet hierbei zwar keine Wirkung gegenüber V<sup>67</sup>. Es erscheint allerdings vertretbar, ein Verschulden des U unter dem Hinweis darauf abzulehnen, dass dieser aufgrund der Haftungsprivilegierung und seiner Gutgläubigkeit bezüglich der Eigentümerstellung des M davon ausgehen durfte, in dieser Weise mit der Sache verfahren zu dürfen, sodass es an einem schuldhaften Verhalten des U, welches zur Eigentumsverletzung geführt hat, fehlt. Andererseits ist es auch vertretbar, eine schuldhafte Eigentumsverletzung des U zu bejahen, wenn man annimmt, dass die Haftungsprivilegierung nicht den Umfang seines Gebrauchsrechtes an der Sache erweitern, sondern allein etwaige prinzipiell bestehende Schadensersatzansprüche ausschließen sollte.

Im Übrigen ist es schon entsprechend zu honorieren, wenn die Studierenden die Problematik des „dolo-agit-Einwands“ überhaupt erkannt haben. Derartig umfangreiche Ausführungen sind auch deswegen nicht unbedingt zu erwarten, weil der Anspruch aus § 991 Abs. 2 BGB jedenfalls am Haftungsmaßstab des U scheitert.

## 2. Gutgläubigkeit des U

U müsste auch bei dem Erwerb des Besitzes in gutem Glauben gewesen sein. Dies ist, wie bereits festgestellt wurde, der Fall. U hatte weder positive Kenntnis, noch grob fahrlässige Unkenntnis von der fehlenden Eigentümerstellung des M und daher von seinem fehlenden Recht zum Besitz gegenüber dem wahren Eigentümer V.

## 3. Schaden i.S.d. § 989 BGB

Der Eigentümer kann den im § 989 BGB bezeichneten Schaden ersetzt verlangen, daher den Schaden,

---

<sup>66</sup> Raff, in: MüKo BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 991 Rn. 15; Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 991 Rn. 25.1.

<sup>67</sup> Allgemein zu Haftungsbeschränkungen zugunsten und zu Lasten Dritter Klein, JZ 1997, 390.

der dadurch versteht, dass die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde vom Besitzer nicht herausgegeben werden kann, nicht dagegen ein bloßer Vorenthaltungsschaden. Der Schaden, der durch die Beschädigung der Zimmertür entstanden ist, wird demzufolge von § 991 Abs. 2 BGB erfasst.

#### 4. Haftungsumfang wie gegenüber dem mittelbaren Besitzer

Nach § 991 Abs. 2 BGB hat der Besitzmittler den Schaden dem Eigentümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist. Der Schadensersatzanspruch des Eigentümers reicht deshalb allein so weit, wie der Anspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler. Dies hat zur Konsequenz, dass Haftungsprivilegierungen des Besitzmittlers gegenüber dem mittelbaren Besitzer auch gegenüber dem Eigentümer Wirkung entfalten<sup>68</sup>. Dies gilt sowohl für gesetzliche, als auch für vertragliche Haftungsmilderungen. Bezüglich Letzterer wirkt die vertragliche Vereinbarung zwar schlussendlich de facto zu Lasten des Eigentümers. Dies ordnet § 991 Abs. 2 BGB aber gerade so an<sup>69</sup>. Zudem würden besondere Sorgfaltspflichten aus dem Besitzmittlungsverhältnis auch zugunsten des Eigentümers Wirkung entfalten<sup>70</sup>.

M und U haben in dem Mietvertrag vereinbart, dass U nur „Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit“ zu vertreten habe. Da es sich um eine individualvertragliche Haftungsprivilegierung handelt, bestehen keine Bedenken hinsichtlich ihrer Wirksamkeit, wie unter anderem dem Umkehrschluss zu § 276 Abs. 3 BGB zu entnehmen ist. U hat bei seinem Einzug ein bisschen aufmerksam mit seinem Lattenrost gegen die hölzerne Zimmertür geschlagen und dadurch den Schaden hervorgerufen. Ein solches Agieren stellt noch kein grob fahrlässiges Verhalten dar, sodass U gegenüber M für den Schaden nicht verantwortlich ist. Nach § 991 Abs. 2 BGB hat U daher den Schaden ebenso gegenüber dem Eigentümer V nicht zu vertreten.

V hat dementsprechend keinen Anspruch auf Schadensersatz gegenüber U aufgrund der beschädigten Zimmertür aus § 991 Abs. 2 BGB.

### III. § 823 Abs. 1 BGB

Ein Schadensersatzanspruch des V gegenüber U aus § 823 Abs. 1 BGB ist durch die Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses gem. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossen.

---

<sup>68</sup> Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 991 Rn. 10; Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 991 Rn. 18; Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2023, § 991 Rn. 37; Berger, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 991 Rn. 3.

<sup>69</sup> Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 991 Rn. 32; Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 991 Rn. 10.

<sup>70</sup> Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 991 Rn. 10.