Die Musterlösung wurde erstellt von Dr. Thomas Hoffmann, LL.M., Tartu, und Dipl.-Jur. Fiete Kalscheuer, Kiel*

Referendarexamensklausur – Zivilrecht: Der minderjährige Mieter

Das Mietrecht gehört schon auf Grund seiner Vielzahl von Normen und deren schwer zugänglichen Systematik zu den weniger beliebten Rechtsgebieten bei den Examenskandidaten. Diese Klausur möchte die Angst vor diesem Rechtsgebiet nehmen. Die meisten Probleme dieser Klausur lassen sich bereits durch eine genaue Subsumtion der einschlägigen Normen gut meistern.

Sachverhalt

Der 17-jährige M zieht zum Studium von Kiel nach Flensburg. Von seinen Eltern erhält M monatlich 600 Euro Taschengeld, von denen er auch die Miete für eine Wohnung bezahlen soll. M schließt im März 2012 mit V, dem das Alter des M unbekannt ist, einen unbefristeten Mietvertrag über eine unrenovierte 2-Zimmer-Wohnung in Flensburg zu einer Miete von monatlich 300 Euro und zieht am 1. April 2012 dort ein.

M stellt schon in der ersten Woche fest, dass der Duschkopf irreparabel verkalkt ist. Da es draußen kalt ist und M an diesem Morgen nicht auf eine warme Dusche verzichten möchte, beauftragt er einen Handwerker, der den Duschkopf austauscht. Der Handwerker stellt dem M dafür 150 Euro in Rechnung, die M von seinem Taschengeld sogleich bezahlt. Der Vertragshandwerker des V hätte für die Reparatur lediglich 95 Euro verlangt. Der Wertzuwachs der Wohnung beträgt 60 Euro.

* Der Autor *Hoffmann* ist DAAD-Fachlektor für Rechtswissenschaft an der Universität Tartu, Estland, und ehemaliger wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Osteuropäisches Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, der Autor *Kalscheuer* war studentische Hilfskraft an diesem Institut und ist als Promotionsstudent Stipendiat der *Friedrich-Ebert-Stiftung*. – Die Klausur wurde von *Hoffmann* im Sommersemester 2011 in leicht veränderter Fassung als Examensübungsklausur an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel ausgegeben. Rund ein Drittel der 70 Bearbeiterinnen und Bearbeiter bestand die Klausur nicht; rund 10 % erreichten die Note „vollbefriedigend“ oder besser. Für wertvolle Hinweise danken die Autoren der *GreifRecht*-Redaktion, insbesondere Dipl.-Jur. *Hans Kromrey*. – §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

M kann nicht gut mit Geld umgehen, und die 600 Euro pro Monat reichen hinten und vorne nicht. Schließlich bietet er Ende April auf den Rat seiner Eltern hin dem P an, für 100 Euro im Monat eines der Zimmer zu beziehen. P, der eine offene Affäre mit der Frau des V unterhält, nimmt an und zieht am 1. Mai 2012 ein. Anfang Mai erfährt V von der Untervermietung an P und ist außer sich. Er erklärt dem M am 15. Mai 2012 in schriftlicher Form und beigefügter ordnungsgemäßer Begründung, dass er zusammen mit P die Wohnung zum Ende des Monats zu verlassen habe und verlangt zudem von M den von P an M bereits geleisteten Mietzins heraus.

M weigert sich schon, innerhalb eines Monats aus der Wohnung auszuziehen. Stattdessen möchte er die Kosten für die Duschkopfreparatur von V erstattet bekommen und zusammen mit P weiter in der Wohnung leben. V verweigert die Erstattung und besteht auf Auszug von M und P.

Bestehen die zwischen M und V gegeneinander geltend gemachten Ansprüche?

Gutachterliche Vorüberlegungen

Das erste größere Problem dieser Klausur stellt sich im Rahmen der Prüfung „wirksamer Abschluss eines Mietvertrages" in der Frage, ob § 110 auch auf Dauerschuldverhältnisse anwendbar ist. Hier ist zunächst Problembewusstsein gefordert. „Bewirken" i. S. v. § 110 setzt ein vollständiges Erbringen der vertragsmäßigen Leistung voraus. Bei einer monatlich zu erbringenden Leistung wird daher die vertragsmäßige Leistung lediglich für den laufenden Monat vollständig erbracht; bei strikter Anwendung des § 110 wäre der Mietvertrag demnach stets nur während des laufenden Monats wirksam. Hier war aus Gründen des Minderjährigenschutzes daher eine teleologische Reduktion des § 110 zu diskutieren oder aber zu vertreten, dass auf Grund der besonderen Umstände eines Mietvertrages überhaupt nicht § 110 einschlägig ist, sondern § 107.[1] Die letztgenannte Lösung, die dogmatisch genauer ist, lässt sich allerdings nur dann vertreten, wenn man mit einer im Vordringen befindlichen Meinung davon ausgeht, dass § 110 keinen Spezialfall zum Einwilligungserfordernis nach § 107 darstellt, sondern einen Ausnahmefall dazu.[2]

Nachdem so die Wirksamkeit des Mietvertrages auch im Zeitpunkt der Kündigungserklärung bejaht wurde, waren tiefer gehende Ausführungen zu außerordentlichen Kündigungsgründen nicht erforderlich, da diese auf Grund des offensichtlich vorliegenden wichtigen Grunds in Person des Untermieters P problemlos gegeben waren. Fraglich war jedoch, ob diese Gründe auch die fehlende Fristsetzung/Abmahnung entbehrlich machten, § 543 III 2 Nr. 2. Bejaht man dies entgegen der hier bevorzugten Lösung, wäre im Anschluss § 131 II hinsichtlich der wirksamen Annahme der Kündigungserklärung durch M zu diskutieren gewesen. Der Anspruch auf Herausgabe der Wohnung aus § 985 scheitert am Recht zum Besitz aus dem wirksamen Mietvertrag zwischen V und M, wäre jedoch im Falle der strikten Anwendung des § 110 gegeben gewesen. Da der Mietvertrag noch nicht beendet wurde, ist im Rahmen der Prüfung von Ansprüchen gegen M auf Auszug des P nicht § 546, sondern § 541 einschlägig,[3] ein Anspruch jedoch mangels Abmahnung durch V abzulehnen.[4]

Die Herausgabe des Mietzinses aus einer unbefugten Untervermietung zählt zu den Klassikern in der Examenspraxis. Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung[5] ändert an dem Ergebnis dieses Falls nichts. Zu verneinen sind zunächst direkte Ansprüche aus Vertrag; im Anschluss zu prüfende Ansprüche aus angemaßter Fremdgeschäftsführung scheitern mangels Fremdheit des Geschäfts, Ansprüche auf Nutzungsherausgabe aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis am Recht zum Besitz des M.

Gewisse Vorkenntnisse erforderte die sodann folgende Diskussion um eine direkte oder zumindest analoge Anwendung des § 816 I 2 Alt. 2,[6] die hier im Einklang mit der Rechtsprechung verneint wird, da keine Verfügung und auch keine mit dem Zweck des § 816 vergleichbare Interessenlage besteht. In der sodann zu prüfenden Eingriffskondiktion war zunächst der Subsidiaritätsgrundsatz zu diskutieren, dessen Anwendungsbereich in dieser Lösung mit Verweis auf die mangelnde Schutzbedürftigkeit des M eng aufgefasst wird (andere Lösungsansätze gut vertretbar). Klausurtaktisch ratsam war es in jedem Fall, sich den Weg zu einer Diskussion nach einem Eingriff in den Zuweisungsgehalt des Vermietereigentums nicht zu verbauen. Der Eingriff wurde hier mit dem BGH[7] auf Grund des völligen Verlusts der eigenen Nutzungsbefugnis des V durch die Übergabe der Wohnung an M in dem Umfang verneint, dass nicht einmal der Wert einer hypothetischen Erlaubnis zur Untervermietung (sog.

1 Siehe dazu *Fiete Kalscheuer,* GreifRecht 2011, S. 120 (125); *Hans-Georg Knothe,* in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 110 Rn. 8, 10; *Detlev Leenen,* Die Heilung fehlender Zustimmung gemäß § 110 BGB, FamRZ 2000, 863, 869; *Walter F. Lindacher,* Überlegungen zu § 110 BGB, in: Walter J. Habscheid (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Bosch 1976, 533, (538 f.).

2 So etwa *Burkhard Boemke/Bernhard Ulrici,* BGB AT, § 9 Rn. 44; *Fiete Kalscheuer,* Die Mittelüberlassung zu freier Verfügung – Zum 100-jährigen Jubiläum des Lotterielos-Falles (RGZ 74, 234 ff.), JURA 2011, 44 (45); *Detlev Leenen,* BGB AT, § 9 Rn. 51 und wohl neuerdings auch *Dieter Medicus/Jens Petersen,* Bürgerliches Recht, Rn. 173.

3 Kandidaten, die den (trotz seines prozessrechtlich anmutenden Wortlautes materiellrechtlich anspruchsbegründenden) § 541 nicht gefunden haben, konnten diesen Anspruch notfalls auch direkt aus dem Vertrag im Hinblick auf Verletzung des Gebrauchszwecks ableiten; siehe *Hans-Jürgen Bieber,* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2012, § 541 Rn. 1.

4 Nach dem (mangels ununterbrochener Besitzrechtskette) gegebenen direkten Anspruch aus § 985 des V gegen P war laut Aufgabenstellung hier nicht gefragt.

5 Siehe BGH XII 76/08, BeckRR 2009, 1522. Siehe auch *Florian Eichel,* ZJS 6 (2009), Entscheidungsbesprechung: BGH, Urt. v. 12.8.2009 – XII ZR 76/08 (Anspruch des Vermieters auf den Erlös aus unberechtigter Untervermietung), 702 (702).

6 Siehe BGH XI 156/05, NJW 2007, 216 (217).

7 Siehe BGH XII 194/93, NJW 1996, 838.

Untermietzuschlag) herauszugeben war,[8] wobei andere Ansichten vertretbar waren.

Die Hauptproblematik des letzten Themenkreises, dem Aufwendungsersatzanspruch für die Duschkopfkosten, lag zunächst darin, nach der problemlosen Ablehnung eines direkten Anspruchs aus § 536a II die mögliche Sperrung eines Anspruchs aus § 539 I in Verbindung mit Ansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag zu erkennen, da der missglückte[9] Wortlaut des § 539 I diese nicht erahnen lässt. Hier waren Vorkenntnisse dieses Standardproblems oder doch zumindest systematisches Verständnis (Vorrang der Nacherfüllung) gefragt. Der Meinung des BGH,[10] der die Sperrung vor allem mit Hinweis auf die durch die voreilige Selbstvornahme genommene Möglichkeit der Beweissicherung durch den Vermieter bejaht, wurde hier nicht gefolgt, u. a. da die Wertung des § 684 der völligen Versagung von Aufwendungsersatzansprüchen des Mieters widerspricht.[11] Im Anschluss waren die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag zu prüfen und mangels Willens/Interesses des Vermieters letzthin zu verneinen. Die sich sodann stellende Frage, ob auch die angemaßte Fremdgeschäftsführung von § 539 I bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 536 a II erfasst ist, wurde hingegen verneint, um den Vorrang der Nacherfüllung zumindest in Fällen bewusst voreiliger Selbstvornahme zu wahren. Andere Ansichten waren jedoch gut vertretbar.

Gliederung

A. Ansprüche des V gegenüber M: Auf Auszug aus der Wohnung
I. Anspruch auf Auszug des M gemäß § 546 I
1. Außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund
a) Wirksamkeit des Mietvertrages
Problem: Einwilligung der gesetzlichen Vertreter
b) Kündigungsgrund
c) Angemessene Frist zur Abhilfe oder Abmahnung
d) Zwischenergebnis
2. Ordentliche Kündigung
3. Ergebnis
II. Anspruch auf Auszug des M gemäß § 985
B. Ansprüche des V gegenüber M: Auf Unterlassung der Untervermietung
I. Anspruch auf Unterlassung der Untervermietung gemäß § 541
II. Besitzstörungsanspruch nach § 1004
C. Ansprüche des V gegenüber M: Auf Herausgabe des Untermietzinses
I. Vertragliche Ansprüche
II. Anspruch aus §§ 678 II 1, 681 II, 667
III. Anspruch auf Herausgabe als Nutzungen nach §§ 987, 990, 100, 99 III
IV. Anspruch auf Herausgabe nach § 816 I 1
V. Anspruch auf Herausgabe nach § 816 I 1 analog
VI. Anspruch auf Herausgabe nach § 812 I 1 Alt. 2
1. Untermietzins auf „sonstige Weise“ erlangt
2. Untermietzins auf „auf Kosten des V“ erlangt
3. Ergebnis
D. Ansprüche des M gegenüber V: Auf Ersatz der Reparaturkosten
I. Aufwendungsersatz aus § 536a II Nr. 1 oder Nr. 2
II. Aufwendungsersatz aus § 539 I i. V. m. §§ 670, 677, 683 S. 1
1. Sperrung des § 539 wegen Vorrangs der Nacherfüllung
2. Berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag
a) Fremdheit des Geschäfts
b) Fremdgeschäftsführungswillen
c) Ohne Auftrag
d) Im Willen oder Interesse des Geschäftsherrn
3. Unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag
4. Ergebnis

Lösung

A. Ansprüche des V gegenüber M auf Auszug aus der Wohnung

I. Anspruch auf Auszug des M gemäß § 546 I

Nach § 546 I ist der Mieter verpflichtet, die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben.

1. Außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

Die Beendigung des Mietverhältnisses könnte sich aufgrund einer außerordentlichen fristlosen Kündigung gemäß § 543 I i. V. m. § 543 II Nr. 2, Alt. 2 ergeben.

a) Wirksamkeit des Mietvertrages

Dies setzt einen wirksamen Mietvertrag gemäß §§ 535, 549 ff. voraus. Fraglich ist, ob die beschränkte Geschäftsfähigkeit (§ 106) des 17-jährigen M der Wirksamkeit des Mietvertrages im Wege steht.

Der Mietvertrag könnte gemäß § 108 I schwebend unwirksam sein. § 108 I setzt voraus, dass eine Einwilligung nach § 107 erforderlich ist. Dies ist der Fall, wenn das Rechtsgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Ob ein Rechtsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist

8 Für diese wohl herrschende Meinung siehe *Dieter Schwab,* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 2009, § 812, Rn. 245 m. w. N.

9 So auch *Hans-Jürgen Bieber,* in: MünchKomm (Fn. 3), § 539 Rn. 1.

10 BGH VIII 222/06, NJW 2008, 1216.

11 So auch *Beate Gsell,* Schadensersatz und Aufwendungsersatz im Mietrecht, NZM 2011, 71 m. w. N.

oder nicht, bestimmt sich allein nach dessen rechtlicher Wirkung, nicht nach dessen Wirtschaftlichkeit. Ein gegenseitiger Vertrag ist wegen der gegenseitigen Leistungspflichten daher niemals lediglich rechtlich vorteilhaft. Folglich ist auch der Mietvertrag nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und bedarf demnach der Einwilligung der gesetzlichen Vertreter. Diese sind nach § 1629 I die Eltern des M.

Die Einwilligung der Eltern in den Mietvertrag zwischen V und M ergibt sich möglicherweise aus § 110.

In der Mittelüberlassung der monatlich 600 Euro könnte eine konkludente Einwilligung in den Mietvertrag gemäß § 110 liegen. Das Tatbestandmerkmal „ohne Zustimmung" bedeutete i. R. d § 110 demnach „ohne *ausdrückliche* Zustimmung". Allerdings setzt § 110 ein „Bewirken" der vertragsmäßigen Leistung voraus. Aus der Formulierung „bewirkt" folgt, dass die vertragsmäßige Leistung nicht nur teilweise, sondern vollständig zu erbringen ist. Dies gestaltet sich bei einem Mietvertrag schwierig, wird doch bei einem Mietvertrag jeweils nur für den konkreten Monatsabschnitt die vertragsmäßige Leistung vollständig erbracht. Mit Ablauf des Monats wäre der Mietvertrag daher gemäß § 108 I schwebend unwirksam. Jedenfalls dann, wenn dem Vermieter – wie hier – die Minderjährigkeit des Mieters unbekannt ist, könnte der Vermieter den schwebend unwirksamen Mietvertrag am Ende des Monats gemäß § 109 I widerrufen und so den Eltern die Möglichkeit zur Genehmigung nach § 108 I nehmen. Ein wirksamer Mietvertrag bestünde somit nur bis zum Ende des Monats. Dieses Ergebnis aber würde den Minderjährigenschutz unterlaufen. Die Schutzvorschriften der §§ 107 ff. würden in ihr Gegenteil verkehrt. Es erscheint daher naheliegend, den § 110 teleologisch zu reduzieren. Man könnte den Mietvertrag für unbefristet wirksam ansehen, indem man ausnahmsweise von dem nach § 110 grundsätzlichen bestehenden Erfordernis des vollständigen Erbringens der vertragsmäßigen Leistung absieht.

Fraglich ist jedoch, ob man nicht auch über einen dogmatisch überzeugenderen Weg zu diesem Ergebnis gelangen kann. Anknüpfungspunkt dafür kann der Wortlaut des § 110 sein. Es erscheint möglich und naheliegend, das Merkmal „ohne Zustimmung" in § 110 überhaupt nicht als „ohne ausdrückliche Zustimmung", d. h. als einen *Spezialfall* zum Einwilligungserfordernis nach § 107 anzusehen. Man könnte vielmehr das Merkmal „ohne Zustimmung" eben als „ohne Zustimmung", d. h. als einen *Ausnahmefall* zum Einwilligungserfordernis nach § 107 verstehen.

Folgt man dieser wortlautgemäßen Interpretation von § 110, so stellt sich aber die Frage, ob diese Norm im vorliegenden Fall überhaupt einschlägig ist. Aus der bloßen Existenz von § 110 lässt sich jedoch die Vermutungsregel entnehmen, dass die gesetzlichen Vertreter bei einer Mittelüberlassung, d. h. bei einem Taschengeld, *grundsätzlich* nicht in das damit bewirkte Verpflichtungsgeschäft des Minderjährigen einwilligen wollen. Ansonsten wäre § 110 mangels des Tatbestandsmerkmals „ohne Zustimmung" nie oder nur sehr selten einschlägig.

Bei Dauerschuldverhältnissen wie einem Mietvertrag könnte dies jedoch *ausnahmsweise* anders sein. Wenn die gesetzlichen Vertreter – wie hier – dem Minderjährigen 600 Euro Taschengeld geben, von dem dieser auch seine Miete bezahlen soll, dann ist bei lebensnaher Auslegung davon auszugehen, dass sie zugleich in einen unbefristet wirksamen Mietvertrag einwilligen wollen und der Regelungsmechanismus des § 110 gerade nicht greifen soll. Schließlich ist nicht davon auszugehen, dass nach dem Willen der gesetzlichen Vertreter der Vermieter den Minderjährigen nach jedem Monat „vor die Tür" setzen kann.

In einem derartigen Fall liegen mit anderen Worten besondere Umstände vor, die darauf hindeuten, dass die gesetzlichen Vertreter *ausnahmsweise* doch in das Verpflichtungsgeschäft des Minderjährigen einwilligen wollten. Die üblichen Vorteile, die sich aus § 110 ergeben, etwa vor der vollständigen Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung nicht mit offenen Verbindlichkeiten belastet zu werden, wiegen in diesem Fall nicht so schwer wie der Nachteil, nach jedem Monat „vor die Tür" gesetzt werden zu können.

Mangels des Merkmals „ohne Zustimmung" ist dann aber gar nicht § 110 einschlägig, sondern vielmehr § 107. Nach dieser Interpretation von § 110 hätten also die Eltern des M gemäß § 107 in den Mietvertrag zwischen V und M eingewilligt.

Ob man sich für die teleologische Reduktion des § 110 oder für die dogmatisch überzeugendere Lösung der direkten Anwendung von § 107 entscheidet, kann aber dahinstehen. Sachgerecht erscheint es jedenfalls, von einem unbefristet wirksamen Mietvertrag gemäß §§ 535, 549 ff. auszugehen (a. A. mit entsprechender Argumentation vertretbar).

Der Mietvertrag zwischen V und M ist folglich unbefristet wirksam.

b) Kündigungsgrund

Im Weiteren bedarf es zur außerordentlichen Kündigung eines Kündigungsgrundes. Dieser könnte sich aus § 543 I i. V. m. § 543 II Nr. 2 Alt. 2 ergeben. Danach stellt das unbefugte Überlassen an einen Dritten einen wichtigen Grund dar, der hier in der unerlaubten Überlassung der Wohnung durch M an P zunächst gegeben scheint.

M könnte jedoch gemäß § 553 I gegenüber V einen Anspruch auf Erlaubniserteilung zur Untervermietung haben. Die Untervermietung würde in diesem Fall keinen wichtigen Grund i. S. v. § 543 I darstellen. Nach § 553 I 1 müsste M hierfür zunächst ein berechtigtes Interesse zur Untervermietung vorweisen können. Unter ein berechtigtes Interesse i. S. v. § 553 I 1 fallen auch wirtschaftliche Gründe. M „reicht das Geld hinten und vorne nicht" und entscheidet sich daher zu einer Untervermietung; wirtschaftliche Gründe und damit ein berechtigtes Interesse i. S. v. § 553 I 1 liegen damit vor.

Allerdings könnte gemäß § 553 I 2 ein wichtiger Grund in der Person des Dritten vorliegen, der es dem V gestattet, die Erlaubniserteilung zu verweigern. Hier unterhielt P eine offene Affäre mit der Frau des V, was unstrittig als

in der Person des P liegender wichtiger Grund zu qualifizieren ist. Einen Anspruch auf Erlaubniserteilung hat M gegenüber V demnach nicht.

Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 543 II Nr. 2, Alt. 2 liegt daher vor.

c) Angemessene Frist zur Abhilfe oder Abmahnung

Wenn der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag besteht, so bedarf es nach § 543 III 1 grundsätzlich einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder einer Abmahnung. Vorliegend besteht der wichtige Grund in der unbefugten Untervermietung und damit in der Verletzung der Pflicht zur vertragsmäßigen Nutzung der Mietwohnung. Grundsätzlich hätte V demnach eine zur Abhilfe bestimmte angemessene Frist setzen oder abmahnen müssen.

Es könnte jedoch eine Ausnahme dazu nach § 543 III 2 vorliegen. Eine Frist oder Abmahnung dürfte danach entweder offensichtlich keinen Erfolg versprechen (§ 543 III 2 Nr. 1), oder die sofortige Kündigung müsste aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt sein (§ 543 III 2 Nr. 2). Auch wenn M sich letzthin weigert, den P aus der Wohnung auszuweisen, so war dies ex ante zumindest nicht offensichtlich. § 543 III 2 Nr. 1 ist damit nicht einschlägig. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass M in Flensburg studiert und damit dringend auf eine Wohnung vor Ort angewiesen ist. Seine Minderjährigkeit mag zudem zur Unerfahrenheit in mietrechtlichen Angelegenheiten beigetragen haben. Die Untervermietung an P stellt daher unter Abwägung der beiderseitigen Interessen keinen hinreichenden Grund dar, um eine sofortige Kündigung zu rechtfertigen (a. A. vertretbar).

d) Zwischenergebnis

Das Mietverhältnis wurde damit nicht auf Grund einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 543 I i. V. m. § 543 II Nr. 2, Alt. 2 beendet.

2. Ordentliche Kündigung

Eine Beendigung des Mietverhältnisses auf Grund ordentlicher Kündigung gemäß § 573 I 1 ist jedenfalls mangels Einhaltung der Kündigungsfrist gemäß § 573 c I 1 ebenfalls zu verneinen.

3. Ergebnis

Ein Anspruch des V gegenüber M auf Auszug aus der Wohnung zum Ende des Monats gemäß § 546 I besteht nicht.

II. Anspruch auf Auszug des M gemäß § 985

Der Anspruch des V gegenüber M auf Auszug aus der Wohnung zum Ende des Monats gemäß § 985 scheitert bereits an der fehlenden Vindikationslage. Auf Grund des unbefristet wirksamen Mietvertrages hat M ein Recht zum Besitz gemäß § 986 I 1.

B. Ansprüche des V gegenüber M: Auf Unterlassung der Untervermietung

I. Anspruch auf Unterlassung der Untervermietung gemäß § 541

Ein Anspruch auf Unterlassung der Untervermietung könnte sich aus § 541 ergeben. Danach kann der Vermieter auf Unterlassung klagen, wenn der Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache fortsetzt. Allerdings bedarf es auch gemäß § 541 zunächst der Abmahnung des Mieters. Diese liegt nicht vor und ist auch nicht – wie etwa bei Fällen früherer Untervermietung – entbehrlich. Ein Anspruch auf Unterlassung der Untervermietung gemäß § 541 ist daher nicht gegeben (a. A. vertretbar).

II. Besitzstörungsanspruch nach § 1004

§ 541 ist die spezialgesetzliche Anspruchsgrundlage für den Unterlassungsanspruch; bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen ist § 1004 nicht anwendbar.

C. Ansprüche des V gegenüber M: Auf Herausgabe des Untermietzinses

I. Vertragliche Ansprüche

Vorliegend wurde keine (im Übrigen durchaus übliche) vertragliche Regelung getroffen, auf Grund welcher V an einem von M erzielten Erlös aus einer Untervermietung zu beteiligen wäre. Vertragliche Sekundäransprüche nach §§ 535 I, 280 I hingegen sind auf Schadensersatz, nicht auf Herausgabe gerichtet. Sie setzen zudem einen Schaden voraus, der konkret durch die Untervermietung hervorgerufen wurde. Selbst wenn man auf die entgangene Möglichkeit des V abstellt, für die Untervermietung durch M einen Untermietzuschlag zu verlangen, gibt der Sachverhalt für die Kausalität eines solchen Schadens keine Anhaltspunkte.

Vertragliche Ansprüche bestehen daher nicht.

II. Anspruch aus §§ 678 II 1, 681 II, 667

Die Untervermietung müsste zunächst ein (zumindest auch-) fremdes Geschäft des M sein. Die Untervermietung beruht auf der Nutzungsbefugnis an der Wohnung, die der Vermieter dem Hauptmieter zuvor vertraglich überlassen hat. Die Nutzung der Wohnung (einschließlich der Verwertung dieser Nutzung durch eine – wenn auch unberechtigte – Untervermietung) kann daher kein Geschäft des Vermieters mehr sein. Der Anspruch aus angemaßter Fremdgeschäftsführung scheitert daher bereits mangels Fremdheit des Geschäfts.

III. Anspruch auf Herausgabe als Nutzungen nach §§ 987, 990, 100, 99 III

Ansprüche auf Grundlage des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses setzen voraus, dass der Besitzer kein Recht zum

Besitz hat. Hier ist M jedoch durch den Mietvertrag berechtigter Besitzer der Wohnung. Auf Grund des systematischen Vorrangs (hier nicht gegebener) Nutzungsersatzansprüche ist auch die Figur des „nicht-so-berechtigten" Besitzers abzulehnen, so dass kein Anspruch auf Grundlage des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses besteht.

IV. Anspruch auf Herausgabe nach § 816 I 1

Ein Anspruch aus § 816 I 1 setzt eine Verfügung des M voraus, durch welche M den Untermietzins erlangt hat. Die einzigen Handlungen, aufgrund welcher M von P den Untermietzins erlangte, waren der Abschluss des (Unter-) Mietvertrages und die anschließende Übertragung des Besitzes an der Wohnung. Während ersterer als schuldrechtliches Geschäft schon grundsätzlich nicht von § 816 I 1 umfasst wird, stellt sich bei der Besitzübertragung die Frage, ob sie als Änderung der Zuordnung des dinglichen Rechts an der Wohnung zu sehen ist. Durch die Übertragung des bloßen Besitzes wird das dingliche Recht selbst – hier das Eigentum – weder übertragen, belastet, inhaltlich geändert noch aufgehoben. Es handelt sich daher um keine Verfügung i. S. d. § 816 I 1, der daher nicht direkt anwendbar ist.

V. Anspruch auf Herausgabe nach § 816 I 1 analog

Teleologisch möchte § 816 dem Berechtigten den Gegenwert der Verfügung zukommen lassen, den der Nichtberechtigte an Stelle des Berechtigten erzielt. Im Falle der unberechtigten Untervermietung hätte der Vermieter die bereits vermietete Wohnung jedoch gar nicht mehr selbst an einen Dritten untervermieten können; der Mietzins wird daher nicht an Stelle des Vermieters erzielt (die Argumentation läuft insoweit parallel zur angemaßten Eigengeschäftsführung). Zudem erlangt der Untermieter dem Vermieter gegenüber kein eigenes Recht zum Besitz. Es liegt daher auch kein wirksamer Eingriff in die Rechtsposition des Vermieters durch die Untervermietung vor. Somit besteht keine vergleichbare Rechts- und Interessenlage; für eine analoge Anwendung des § 816 I 1 bleibt kein Raum.

VI. Anspruch auf Herausgabe nach § 812 I 1 Alt. 2

1. Untermietzins auf „sonstige Weise" erlangt

Die allgemeine Eingriffskondiktion setzt zunächst voraus, dass keine Leistungskondiktion vorrangig ist. Zwar wurde hier der Untermietzins im Verhältnis P-M geleistet, doch erfolgte diese Leistung auf einen wirksamen Untermietvertrag hin und daher mit Rechtsgrund. Es droht daher zum einen keine den M benachteiligende Abwicklung einer dem Herausgabeverlangen des V vorrangigen Leistungsbeziehung. Zudem möchte V lediglich das „Substitut" des aus der Untervermietung Erlangten direkt bei M abschöpfen, es findet kein Durchgriff statt. Die herauszugebende Untermiete hat M zum anderen nicht durch Leistung des V erzielt, so dass hier keine vorrangige Leistungskondiktion besteht. M hat den Untermietzins daher „auf sonstige Weise" erlangt.

2. Untermietzins auf „auf Kosten des V" erlangt

Ein Eingriff i. S. d. § 812 I 1 Alt. 2 ist dann gegeben, wenn er der rechtlichen Güterzuordnung widerspricht. Der Untermietzins müsste rechtlich dem beeinträchtigten Rechtsgut – hier dem Eigentum des Vermieters – zugewiesen sein, die Zahlung des Untermietzinses an den Hauptmieter diesem Zuweisungsgehalt widersprechen.

Zwar ist die Nutzung der Wohnung einschließlich ihrer Vermietung ursprünglich dem Eigentümer zugewiesen. Durch die Übertragung der Nutzungsbefugnis an den Hauptmieter verliert der Vermieter jedoch jedes eigene Nutzungsrecht an der Wohnung und begibt sich daher nach Ansicht des BGH auch des Zuweisungsgehalts des Eigentums. Hiernach bestünde bereits kein Eingriff in den Zuweisungsgehalt des Vermietereigentums und somit auch kein Anspruch auf Herausgabe des Untermietzinses.

Dem ließe sich entgegenhalten, dass im Regelfall auch die erteilte Erlaubnis einen berechenbaren Wert hat, welcher der bloßen Nutzung nicht zugewiesen ist. Der Betrag, den ein Vermieter üblicherweise als Gegenleistung für seine Erlaubnis zur Untervermietung verlange (so genannter Untermietzuschlag), wäre hiernach herauszugeben.

In noch weiterer Auslegung des Kriteriums „auf Kosten des Entreicherten" und im Hinblick auf mutwilliges Untervermieten gegen den ausdrücklichen Willen des Vermieters ließe sich zudem nach Gut- und Bösgläubigkeit des Hauptmieters unterscheiden. Wüsste dieser von der Unzulässigkeit der Untervermietung, hätte er den gesamten Untermietzins herauszugeben; der gutgläubige Mieter jedoch hätte lediglich einen angemessenen Zuschlag zu zahlen.

Doch müsste hierfür auch die Erlaubnis Teil einer (wie auch immer gearteten) Nutzungsbefugnis sein, die auch nach Vermietung beim Vermieter verbliebe. Der Erlaubnisvorbehalt nach § 540 möchte dem Vermieter jedoch lediglich ein Abwehrrecht geben, ihm unliebsame Personen von der Wohnung zumindest insoweit fernzuhalten, dass diese dort nicht dauerhaft leben. Auch der entgangene Untermietzuschlag ist daher kein Eingriff in den Zuweisungsgehalt des Vermietereigentums (a. A. vertretbar).

3. Ergebnis

M hat den Untermietzins daher nicht auf Kosten des V erlangt. V hat keinen Anspruch auf Herausgabe des Untermietzinses.

D. Ansprüche des M gegenüber V auf Ersatz der Reparaturkosten

I. Aufwendungsersatz aus § 536a II Nr. 1 oder Nr. 2

Der Duschkopf war bei Eingang des Mietverhältnisses verkalkt und damit mangelhaft i. S. d. § 536 I 1. M hat

diesen Mangel durch Austausch des Duschkopfs selbst behoben. Diese Aufwendung bekommt er von V jedoch nur ersetzt, wenn V mit der Mangelbeseitigung im Verzug oder die umgehende Beseitigung notwendig war, § 536a II Nr. 1 und 2.

Eine Mahnung i. S. d. § 286 I hat M gegenüber V vor Selbstvornahme nicht ausgesprochen, so dass ein Ersatzanspruch wegen Verzugs des M nach § 536a II 1 ausscheidet. Der Bestand einer Wohnung hängt nicht von der Funktionstüchtigkeit eines Duschkopfs ab, so dass der sofortige Austausch auch nicht notwendig war i. S. d. § 536a II Nr. 2.

Es besteht kein Aufwendungsersatzanspruch aus § 536a II.

II. Aufwendungsersatz aus § 539 I i. V. m. Ansprüchen aus §§ 670, 677, 683 S. 1

Ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 539 I ist im Hinblick auf den spezielleren und insoweit vorrangigen § 536a II nur in sehr engen Grenzen zu gewähren.

1. Sperrung des § 539 I wegen Vorrangs der Nacherfüllung

Fraglich ist insbesondere, ob auf Grund des abschließenden Charakters des § 536a II ein vollständiger oder wenigstens teilweiser Ersatz aus anderen Anspruchsgrundlagen – einschließlich aus § 539 I – kategorisch ausgeschlossen ist, wenn die Voraussetzungen des § 536a II nicht gegeben sind.

Man könnte meinen, dass die Anwendung des § 539 I auf Fälle der voreiligen Selbstvornahme dem Zweck des § 536a II widerspricht, welcher dem Vermieter eindeutig einen Vorrang bei der Nacherfüllung einräumt. Dieser Vorrang leite sich bereits an dem berechtigten Interesse des Vermieters an einer Beweissicherung vor Mängelbehebung her, die nach Selbstvornahme nicht mehr möglich sei.

Dem lässt sich entgegenhalten, dass der Mieter ohnehin die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen eines Aufwendungsersatzanspruchs aus § 539 BGB trägt (sofern der Mangel überhaupt streitig ist). Zudem sieht § 684 selbst bei einer unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag einen Bereicherungsausgleich vor. Es widerspräche dieser Wertung, dem zwar nicht notwendig, aber zumindest doch nützlich aufwendenden Mieter gar keinen Ausgleich zukommen zu lassen. Nicht zuletzt bemisst sich dieser Bereicherungsausgleich an der tatsächlichen Bereicherung des Vermieters; überhöhte Aufwendungen des Mieters werden daher – anders als nach § 536a II – nicht erfasst.

Diese Gründe sprechen letzthin gegen eine vollständige Sperrung des § 539 (a. A. gut vertretbar), der somit anwendbar ist.

2. Berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

Es müssen die Voraussetzungen der §§ 670, 677, 683 S. 1 gegeben sein.

a) Fremdheit des Geschäfts

V ist zur Instandhaltung der Wohnung einschließlich der Sanitärarmaturen verpflichtet. M nahm in der Reparatur keine eigene Verpflichtung vor. Selbst, wenn man die Reparatur dem Interessenkreis des M zuweist, liegt zumindest ein „auch-fremdes“ Geschäft vor.

b) Fremdgeschäftsführungswillen

M wollte das Geschäft nicht als eigenes führen und handelte daher auch mit Fremdgeschäftsführungswillen.

c) Ohne Auftrag

M handelte ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung.

d) Im Willen oder Interesse des Geschäftsherrn

Fraglich ist jedoch, ob die Reparatur dem Willen oder dem Interesse des V entsprach. Die Reparatur in dieser Form und zu diesen Kosten lag nicht im Willen des V. Zwar liegt die Instandhaltung der Wohnung grundsätzlich im Interesse des Vermieters, doch ist dieses Interesse auf erforderliche Maßnahmen beschränkt. Auch ein entsprechendes Interesse des V ist nicht gegeben. Die Geschäftsführung erfolgte gegen den Willen und das Interesse des V.

Es besteht kein Anspruch aus § 539 I i. V. m. §§ 670, 677, 683 S. 1.

3. Unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

Möglicherweise sind jedoch die Voraussetzungen einer nichtberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben. Für einen Ersatzanspruch nach § 539 I müsste diese jedoch in den Verweis aus § 539 I mit inbegriffen sein.

Dagegen spräche, dass der grundsätzliche Vorrang der Nacherfüllung in noch stärkerem Grad beeinflusst wird, wenn der Mieter Reparaturen auf Kosten des Vermieters wissentlich gegen dessen Willen und Interesse vornehmen kann, selbst wenn er nur den ersparten Mängelbeseitigungsaufwand des Vermieters ersetzt erhält. Daher ist auch dann, wenn man keine kategorische Sperrung des § 539 I annimmt, im Rahmen des § 539 I zumindest eine teleologische Reduktion auf Ansprüche aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 670, 677, 683 S. 1. vorzunehmen (a. A. vertretbar).

Der Ersatzanspruch nach § 539 I erstreckt sich daher nicht auf Ansprüche aus §§ 670, 677, 684.

4. Ergebnis

Es besteht kein Aufwendungsersatz aus § 539 I i. V. m. Ansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag.