

Examenskurs BGB

Eine Darstellung ausgewählter Fragen aus dem Bürgerlichen Recht zur Examensvorbereitung mit einer eingehenden Lern- und Verständniskontrolle

Bearbeitet von
Von Prof. Dr. Hans-Joachim Musielak, und Prof. Dr. Claudia Mayer, LL.M.

4. Auflage 2019. Buch. Rund 650 S. Softcover
ISBN 978 3 406 73490 8
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

5. Die Zessionsfälle

Tritt der Gläubiger seine Forderung an einen anderen ab, wird der Zessionar neuer Gläubiger. Der Schuldner, der an ihn zur Tilgung seiner Schuld zahlt, bewirkt damit die geschuldete Leistung an den Gläubiger und bringt die Forderung durch Erfüllung zum Erlöschen (§ 362 I). **Besteht die zederte Forderung nicht**, erwirbt der Zessionar keine Forderung und die Zahlung durch den Putativschuldner geschieht ohne Rechtsgrund. Da der Putativschuldner in der Meinung, der Zessionar sei sein Gläubiger, an diesen leistet, scheint es ohne Weiteres festzustehen, dass er sich an den vermeintlichen Zessionar, den Empfänger der Leistung, zu halten hat und mit der *condictio indebiti* das Geleistete zurückfordern kann. Überraschenderweise sieht dies die hM anders und will nur eine **Kondiktion gegen den Zedenten** zulassen.⁵⁹

Als maßgeblicher Grund für diese Auffassung wird die sachgerechte **Verteilung der Insolvenzzrisiken** genannt, die nur gewährleistet sei, wenn die Rückabwicklung innerhalb der jeweiligen Kausalverhältnisse erfolge.⁶⁰ Wie sich aus § 404 ergebe, solle sich die Position des Schuldners durch die Abtretung nicht verschlechtern; deshalb sei ihm der Rückgriff auf den Altgläubiger zu erhalten.⁶¹ Außerdem wird eine **Parallele zu den Anweisungsfällen** gezogen. Mit der Zession übertrage der Zedent nicht nur seine Rechtsstellung als Gläubiger, sondern weise zugleich auch den Schuldner an, nunmehr an den Zessionar zu leisten. Der Schuldner sei deshalb nicht frei in seiner Entscheidung, an wen er leisten wolle, sondern werde zur Leistung an den Zessionar gezwungen. Dies entspreche der Anweisung, bei der ebenfalls dem Schuldner aufgegeben werde, an wen er zu leisten habe. Diese Ähnlichkeit beider Fallgruppen rechtfertige ihre Gleichbehandlung, dh die Rückabwicklung über das Dreieck.⁶²

Der BGH hat allerdings auf die Möglichkeit verwiesen, dass in **Ausnahmefällen** eine andere Risikoverteilung geboten sein könne und deshalb eine Direktkondiktion gegen den Empfänger der Leistung in Betracht zu ziehen sei. So ist eine solche Direktkondiktion in einem Fall bejaht worden, in dem der Zessionar den Schuldner mit großer Intensität unter Androhung einer Klage zu einer Zuvielzahlung drängte.⁶³ Der entscheidende Grund für diese Abweichung wurde darin gesehen, dass das Verhalten des Zessionars nicht den Rechtsbeziehungen zwischen dem Schuldner und dem Zedenten zugerechnet werden könne und folglich auch die Ursache für die Zuvielzahlung nicht im Verhältnis zwischen Schuldner und Zedenten zu finden sei.⁶⁴ In einem weiteren Fall hat der BGH⁶⁵ dem Schuldner, der irrtümlich angenommen hatte, eine Forderung sei an einen Dritten abgetreten worden, und deshalb an diesen zahlte, einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegen den Empfänger zugebilligt. Als besonderen Umstand, der diesen Fall von den üblichen Zessionsfällen unterscheiden soll, wertet das Gericht den Irrtum des Leistenden über die Person seines Gläubigers.

⁵⁹ Vgl. nur BGH NJW 2012, 3373 Rn. 7 mwN.

⁶⁰ BGH NJW 2005, 1369 f.; 2012, 3373 Rn. 7.

⁶¹ Esser/Weyers SchuldR II 2 § 48 III 3d; HK-BGB/Schulze § 812 Rn. 28.

⁶² Lorenz JuS 2003, 839 (842); Lieb FG BGB, 2000, 547 (561 ff.); Larenz/Canaris SchuldR II 2 § 70 V 1.

⁶³ BGH NJW 1989, 161.

⁶⁴ BGH NJW 2012, 3373 Rn. 9.

⁶⁵ NJW 2006, 1731; vgl. dazu auch K. Schmidt JuS 2006, 756.

- 290 Weder die von der hM befürwortete Behandlung der Zessionsfälle noch die vom BGH zugelassenen Ausnahmeregelungen und die dafür gegebenen Begründungen vermögen zu überzeugen. Auf der Grundlage des Leistungsbegriffs der hM kann kein Zweifel bestehen, dass nicht an den Zedenten, sondern nur an den Zessionar die Leistung vom Schuldner erbracht wird.⁶⁶ Nur wenn man in den Zessionsfällen auf eine Orientierung am Leistungsbegriff verzichtet und Billigkeitserwägungen für ausschlaggebend erklärt, über deren Überzeugungsfähigkeit durchaus die Meinungen auseinandergehen, wird man der Auffassung zustimmen können, dass eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei Abtretung einer nicht bestehenden Forderung im Verhältnis zwischen Putativschuldner und Zedenten vorzunehmen ist. Die besseren Gründe sprechen in diesen Fällen für die **Zulassung einer Direktkondiktion gegen den Zessionar**.⁶⁷
- 291 Von der bisher behandelten Abtretung einer nicht bestehenden Forderung ist der Fall zu unterscheiden, dass die **Abtretung als solche unwirksam** ist. Die hM will in diesem Fall dem Schuldner eine Direktkondiktion gegen den Zessionar geben, weil dies dem Fehlen einer wirksamen Anweisung gleiche und deshalb ebenso wie in den Anweisungsfällen eine Direktkondiktion rechtfertige.⁶⁸

III. Die Tatbestände der Nichtleistungskondiktion

- 292 Bei der Nichtleistungskondiktion wird zwischen verschiedenen Tatbeständen unterschieden, die im Einzelnen bereits im GK BGB Rn. 1037–1041 beschrieben worden sind.
- 293 Aus § 812 I 1 Alt. 2 leiten sich vier Tatbestände ab,⁶⁹ und zwar
- die **Eingriffskondiktion**, bei der vom Bereicherungsschuldner durch eine eigene Handlung in eine fremde Rechtsposition eingegriffen wird und er sich dadurch einen Vermögensvorteil verschafft, der nach dem Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts nicht dem Bereicherungsschuldner, sondern dem Bereicherungsgläubiger gebührt;
 - die **Verwendungskondiktion**, bei der vom Bereicherungsgläubiger ohne Rechtsgrund eigene Vermögenswerte auf das Gut des Bereicherungsschuldners verwendet werden, ohne jedoch diesem dadurch eine Leistung zu erbringen;
 - die **Rückgriffskondiktion**, bei der vom Bereicherungsgläubiger auf die Schuld des Bereicherungsschuldners gezahlt wird, ohne dadurch eine Leistung zu erbringen;

⁶⁶ Dörner NJW 1990, 473 (475).

⁶⁷ So auch Flume AcP 199 (1999), 1 (18 ff.); Wilhelm JZ 1994, 585 (594); Jakobs ZIP 1994, 9; Mankowski ZIP 1993, 1214; Dörner NJW 1990, 473 (475); Tiedtke WM 1999, 517; Haertlein JuS 2007, 1073 (1077 ff.); Medicus/Petersen BürgerlR Rn. 685a; Fikentscher/Heinemann SchuldR Rn. 1504; MüKoBGB/Schwab § 812 Rn. 238 ff.

⁶⁸ Larenz/Canaris SchuldR II 2 § 70 V 1c.

⁶⁹ Die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Tatbeständen des § 812 I 1 Alt. 2 wird im Schrifttum nicht einheitlich durchgeführt. So wird zB die Verwendungskondiktion und die Rückgriffskondiktion unter dem Oberbegriff der Aufwendungskondiktion zusammengefasst, so Koppensteiner/Kramer Ungerechtfertigte Bereicherung 68 f.

- die **Bereicherung infolge von Naturvorgängen**, bei der die Vermögensverminderung des Bereicherungsgläubigers und die Vermögensvermehrung des Bereicherungsschuldners nicht durch menschliche Handlungen, sondern durch Naturereignisse herbeigeführt werden.

§ 816 enthält drei Tatbestände, und zwar wird die ungerechtfertigte Bereicherung 294 herbeigeführt durch

- eine wirksame entgeltliche Verfügung des nichtberechtigten Bereicherungsschuldners über einen Gegenstand des Bereicherungsgläubigers (Abs. 1 S. 1),
- eine wirksame unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten an den Bereicherungsschuldner (Abs. 1 S. 2) oder
- Bewirkung einer dem Bereicherungsgläubiger gegenüber wirksamen Leistung an den Bereicherungsschuldner (Abs. 2).

§ 822 betrifft den Fall, dass der Bereicherungsgläubiger von einem Dritten Herausgabe des Bereicherungsgegenstandes verlangen kann, dem der ursprüngliche Bereicherungsschuldner diesen Gegenstand unentgeltlich zugewendet hat und deshalb seine Bereicherung gem. § 818 III entfallen ist. 295

IV. Einzelne Probleme bei Nichtleistungskonditionen

1. Die entgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten (§ 816 I 1)

Die Tatbestände des § 812 I 1 Alt. 2 sind bereits im GK BGB Rn. 1037–1044 erörtert worden. Dies gilt auch für die Vorschrift des § 822 (→ GK BGB Rn. 1069 ff.). Dagegen ergeben sich im Rahmen des § 816 verschiedene Fragen, auf die vertiefend einzugehen ist. Zunächst soll die Vorschrift des § 816 I 1 betrachtet und zum Inhalt des sich daraus ableitenden Anspruchs Stellung genommen werden. Zur Einführung in diesen Problembereich dient das folgende 296

Beispiel: K stiehlt E eine Uhr und veräußert sie an den gutgläubigen G zum Preis von 200 EUR. G veräußert sie weiter an D zu einem Preis von 500 EUR. Da der Aufenthaltsort des D unbekannt ist und E deshalb keine Chance sieht, die Uhr zurück zu bekommen, möchte er wenigstens den von G erzielten Kaufpreis haben. Dies ist möglich, wenn er die Übereignung an D, die ihm gegenüber wegen § 935 zunächst unwirksam ist, mit rückwirkender Kraft (§ 184 I) genehmigt (§ 185 II 1 Alt. 1); dadurch wird der Verfügung nicht zum Berechtigten, wohl aber die Verfügung gegenüber E wirksam.

Es entspricht heute allgemeiner Meinung, dass die Verfügung (zum Begriff → GK BGB Rn. 1047) des Nichtberechtigten durch den Berechtigten genehmigt werden kann.⁷⁰ Allerdings ist nicht zu verkennen, dass eine solche **Genehmigung** durchaus 297

⁷⁰ BGH NJW 1968, 1326 (1327); 1971, 1452; 1972, 1197 (1199); *Koppensteiner/Kramer* Ungerechtfertigte Bereicherung 93 f.; *Medicus/Lorenz* SchuldR II Rn. 1193; *jurisPK-BGB/Martinek* § 816 Rn. 16 ff. Der BGH (NJW 1971, 1452) weist darauf hin, dass es für die Genehmigung nicht darauf ankomme, dass der Verfügungsgegenstand bei Erteilung der Genehmigung noch vorhanden sei.

auch **Nachteile für den Eigentümer** haben kann; denn er verliert seinen Anspruch auf Herausgabe nach § 985 gegen den Besitzer. Dies kann sich als schädlich erweisen, wenn nachträglich der Aufenthaltsort des Besitzers (im Beispielsfall: des D) ermittelt wird und sich herausstellt, dass der Verfügende (im Beispielsfall: G) vermögenslos ist. Um solche Nachteile nach Möglichkeit zu vermeiden, werden verschiedene Vorschläge gemacht:

- In der Erhebung der Klage durch den Berechtigten gegen den Nichtberechtigten auf Herausgabe des von diesem erzielten Erlöses liege die konkludent erklärte Genehmigung.⁷¹
- Der Berechtigte erteile die Genehmigung Zug-um-Zug gegen die Verurteilung des Nichtberechtigten zur Herausgabe des Erlöses.⁷²
- Die Genehmigung könne unter der auflösenden Bedingung erteilt werden, dass der Erlös vom nichtberechtigten Verfügenden nicht beizutreiben ist.⁷³

298 Da der Anspruch auf Herausgabe des Erlöses davon abhängig ist, dass die Verfügung des Nichtberechtigten wirksam ist, erscheint als konstruktiv sauberste Lösung die insbesondere von der Rechtsprechung vertretene Alternative einer Genehmigung spätestens durch Klageerhebung, da ohne diese Genehmigung die Klage unbegründet ist. Jedoch ist diese Lösung zugleich auch die für den Bereicherungsgläubiger ungünstigste, weil er im Zeitpunkt der Klageerhebung keinerlei Sicherheiten dafür hat, dass er den Erlös erhält. Diese Konsequenz wollen die beiden anderen Alternativen vermeiden, gegen die sich allerdings dogmatische Bedenken ergeben. Die hM hält die Genehmigung für bedingungsfeindlich, weil bei ihr die Bedingung eine für den Erklärungsgegner nicht hinnehmbare Ungewissheit schafft.⁷⁴ Gegen die im Schrifttum überwiegend vertretene Auffassung, die Genehmigung nur Zug-um-Zug gegen die Verurteilung des Nichtberechtigten zur Herausgabe des Erlöses zu erteilen, spricht, dass eine sichere Rechtsgrundlage dafür fehlt und allenfalls Billigkeitserwägungen für die Zulässigkeit angeführt werden können. Allerdings muss dann berücksichtigt werden, dass im Zeitpunkt der Verurteilung keinesfalls feststeht, dass der Nichtberechtigte auch in der Lage ist, den Erlös herauszugeben. Bei einer an Billigkeitserwägungen orientierten Lösung ließe sich deshalb wohl noch eher die Variante einer bedingten Genehmigung vertreten. Sie könnte dadurch gerechtfertigt werden, dass man darauf verweist, die durch die Bedingung geschaffene Ungewissheit sei deshalb für den Erklärungsgegner hinnehmbar, weil er es ausschließlich in der Hand habe, den Eintritt der Bedingung zu vermeiden.⁷⁵

299 Umstritten ist die Frage, ob die Herausgabeverpflichtung des nichtberechtigten Verfügenden auf den objektiven **Wert des Gegenstands** beschränkt ist.

⁷¹ BGH NJW 1972, 1197 (1199); 1974, 944 (945); 1986, 2430; 1989, 2622 (2624); *Emmerich SchuldR II* § 17 Rn. 24; *Palandt/Sprau* § 816 Rn. 7.

⁷² *Larenz/Canaris SchuldR II 2* § 69 II 1c; *Palandt/Sprau* § 816 Rn. 7.

⁷³ *Wilkens AcP* 157 (1958/59), 399 (401 ff.); *Merle AcP* 183 (1983), 81 (90 ff.).

⁷⁴ *MüKoBGB/Westermann* § 158 Rn. 28.

⁷⁵ Für die Zulässigkeit einer Genehmigung unter der auflösenden Bedingung der Nichtbeizutreibbarkeit des Erlöses oder Zug-um-Zug gegen Herausgabe des Erlöses *BeckOK BGB/Bub*, 47. Ed. 1.8.2018, § 185 Rn. 10.

Im Beispielsfall (→ Rn. 296) hat die von G veräußerte Uhr des E einen Wert von 300 EUR. Nur diesen Wert will G ersetzen und weist darauf hin, dass er den höheren Erlös nur aufgrund einer günstigen Gelegenheit und seines Verhandlungsgeschicks hätte erzielen können. E verlangt Zahlung des von D gezahlten Kaufpreises, also 500 EUR. Mit Recht?

Das Gesetz verpflichtet den Nichtberechtigten zur Herausgabe „des durch die Verfügung Erlangten“. Dass diese Gesetzesformulierung ungenau ist, kann nicht in Abrede gestellt werden. Denn durch die Verfügung selbst erlangt der Nichtberechtigte überhaupt nichts. Gemeint ist offenbar die **Gegenleistung**, die der Nichtberechtigte aufgrund des der Verfügung zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts erhalten hat. Wegen dieser Ungenauigkeit ist also eine berichtigende Auslegung der Vorschrift erforderlich. Dazu wird vorgeschlagen, ergänzend auf § 818 II zurückzugreifen und die Herausgabepflicht auf den **Verkehrswert des Verfügungsgegenstandes** zu beziehen.⁷⁶ Zu einem gleichen Ergebnis kommen diejenigen, die das durch die Verfügung Erlangte in dem Vorteil sehen, der in dem Freiwerden von der sich aus dem Kausalgeschäft ergebenden Verpflichtung besteht. Da dieser Vorteil nicht in Natur herauszugeben ist, sei sein Wert zu ersetzen, der identisch mit dem Wert des Verfügungsgegenstandes sei.⁷⁷ **300**

Die hM spricht sich dafür aus, dass der Nichtberechtigte den **erhaltenen Erlös**, auch wenn er den objektiven Wert übersteigt, herauszugeben hat.⁷⁸ Zur Begründung dieser Auffassung wird darauf verwiesen, dass der Wortlaut des Gesetzes die Herausgabe des Erlangten schlechthin anordne, ohne auf den Wert des von der Verfügung betroffenen Gegenstandes abzustellen. Der das Bereicherungsrecht in besonderem Maße beherrschende Grundsatz der Billigkeit verlange, dass der Nichtberechtigte für seine unberechtigte Verfügung nicht noch mit einem Gewinn belohnt werde. Wer keinen Gegenstand habe, über den er verfügen dürfe, könne trotz Glück und Tüchtigkeit keinen Gewinn erzielen. Zu berücksichtigen sei auch, dass nach fast einhelliger Meinung der Bereicherungsschuldner nur das herauszugeben habe, was er erhalte, wenn er den **Verfügungsgegenstand unter Wert veräußere**, dass also der Bereicherungsgläubiger das Risiko der Veräußerung zu tragen habe;⁷⁹ billigerweise müsse er dann auch die Vorteile der Veräußerung beanspruchen können. **301**

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass sich in Bezug auf § 285 eine gleiche Streitfrage ergibt. Die hM hält den Schuldner im Rahmen dieser Vorschrift ebenfalls für verpflichtet, nicht nur den Wert, sondern auch den darüberhinausgehenden Erlös für den geschuldeten Gegenstand, dessen Herausgabe unmöglich wurde, als **stellvertretendes commo- dum** zu ersetzen (→ GK BGB Rn. 538). **302**

⁷⁶ Gebauer JURA 1998, 128 (130 f.); Frank JuS 1981, 102 (104 f.); Ebert ZIP 2002, 2296 (2298); Staudinger/Lorenz, 2007, § 816 Rn. 23.

⁷⁷ Medicus/Petersen BürgerlRn. 723; Bälz FS Gernhuber, 1993, 1 (30 ff.); MüKoBGB/Schwab § 816 Rn. 44 f.; Koppensteiner/Kramer Ungerechtfertigte Bereicherung 125, 155, die jedoch die Gleichsetzung der Befreiung von der Verbindlichkeit mit dem objektiven Wert ablehnen.

⁷⁸ BGH NJW 1959, 668 (669); 1997, 190 (191); NZM 2005, 835 (837); Thomale JuS 2013, 42 (47); BeckOK BGB/Wendehorst, 47. Ed. 1.8.2018, § 816 Rn. 15 f.; jurisPK-BGB/Martinek § 816 Rn. 24; HK-BGB/Wiese/Schulze § 816 Rn. 9; Palandt/Sprau § 816 Rn. 10; Esser/Weyers SchuldR II 2 § 50 II 2 c (mit Einschränkungen bei der Berechnung des Werts des Erlangten).

⁷⁹ Vgl. Looschelders SchuldR BT Rn. 1082 ff.

- 303 Fraglich ist, welche **Vermögensminderungen aufseiten des Bereicherungsschuldners**, die im Zusammenhang mit dem Bereicherungsvorgang eingetreten sind, von dem herauszugebenden Erlös abgezogen werden dürfen.

Im Beispielsfall (→ Rn. 296) will G von dem erzielten Erlös in Höhe von 500 EUR den an K gezahlten Kaufpreis von 200 EUR sowie Kosten einer Reparatur der Uhr in Höhe von 100 EUR abziehen. Deshalb will er an E nur 200 EUR zahlen. Mit Recht?

- 304 Die ganz hM⁸⁰ verneint die **Abzugsfähigkeit der Gegenleistung** und begründet ihre Ablehnung damit, dass der Bereicherungsschuldner vor der Weiterveräußerung den Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe seines Eigentums hätte erfüllen müssen, ohne wegen des von ihm gezahlten Kaufpreises ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen zu können. Da der Anspruch nach § 816 I 1 an die Stelle des Vindikationsanspruchs getreten sei, müsse insoweit das Gleiche gelten. Der Bereicherungsschuldner müsse sich wegen des von ihm gezahlten Kaufpreises an seinen Vertragspartner halten. Dagegen kann der gutgläubige Bereicherungsschuldner solche Aufwendungen abziehen, die er zur Erhaltung und ordnungsgemäßen Nutzung des Bereicherungsgegenstandes tätigte, weil er insoweit auf die Beständigkeit seines Erwerbs vertrauen durfte (→ GK BGB Rn. 1059 f.). Deshalb ist es für ihn nicht erforderlich, mit Ansprüchen auf Verwendungsersatz, zB aus § 994 I 1 oder § 812 I 1 Alt. 2 (Verwendungskondiktion), aufzurechnen, die ihm regelmäßig wegen der **Kosten werterhöhender Maßnahmen** zustehen.⁸¹

Im Beispielsfall kann also G die Kosten der Reparatur der Uhr in Abzug bringen, dagegen nicht den an K gezahlten Kaufpreis, sodass er 400 EUR an E zu zahlen hat.

- 305 Ein schwieriges Problem ergibt sich in dem alltäglichen Fall der **unberechtigten Untervermietung**, wenn die Frage beantwortet werden soll, ob der Mieter den durch Untervermietung erzielten Erlös an den Vermieter abzuführen hat.

Beispiel: E vermietet in seinem Haus dem M eine Wohnung. In dem Mietvertrag wird eine Untervermietung ausdrücklich ausgeschlossen. M begibt sich auf eine längere Auslandsreise und vermietet die Wohnung an U. Als E von der Untervermietung erfährt, verlangt er von M den Differenzbetrag zwischen der von M gezahlten Miete und dem höheren Mietzins, den U entrichtet hat. Mit Recht?

Es liegt nahe, eine **Lösung auf der Grundlage des Mietrechts** zu suchen. Die Erlaubnis zur Untervermietung kann gegen eine Erhöhung des vereinbarten Mietzinses erteilt werden (vgl. § 553 II). Man könnte deshalb erwägen, den Vermieter für berechtigt zu halten, zumindest den Betrag zu fordern, um den er den Mietzins bei Einholung der Erlaubnis zur Untervermietung erhöht hätte. Dagegen spricht jedoch, dass in dem Mietvertrag eine Untervermietung ausdrücklich ausgeschlossen worden ist (zur Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung vgl. § 553). Es ist mit dieser vertraglichen Regelung unvereinbar, die Zulässigkeit einer Untervermietung zu unterstellen und darauf einen Zahlungsanspruch des Vermieters zu stützen. Ein Schadensersatzanspruch des Vermieters wegen der Verletzung einer Vertragspflicht scheidet am Fehlen eines Schadens. –

⁸⁰ BGH NJW 1967, 1021 (1022); 1970, 2059; Jauernig/Stadler § 816 Rn. 10; Palandt/Sprau § 816 Rn. 22; jurisPK-BGB/Martinek § 816 Rn. 25.

⁸¹ Esser/Weyers SchuldR II 2 § 50 II 2.

Auch eine Pflicht des Mieters zur Herausgabe des Untermietzinses auf der Grundlage des § 687 II 1 iVm §§ 681 S. 2, 667⁸² scheitert; denn der Mieter nimmt durch Untervermietung **kein objektiv fremdes Geschäft** vor. Er übt vielmehr damit den ihm durch den Mietvertrag überlassenen Gebrauch aus. Dass er dies in vertragswidriger Weise tut, macht die Vermietung nicht zu einem fremden Geschäft.⁸³ – Da der Mieter aufgrund des Mietvertrages ein Recht zum Besitz an der Wohnung hat, kommen **mangels Vindikationslage** auch keine Ansprüche nach §§ 987, 990 in Betracht (zu Einzelheiten → Rn. 650, 661).

Es bleibt deshalb nur zu prüfen, ob sich auf der Grundlage des Bereicherungsrechts ein Anspruch des E gegen M auf Herausgabe des Untermietzinses ergibt. Da es sich bei der **Vermietung** um ein **Verpflichtungsgeschäft** handelt und nicht um eine Verfügung, ist ein Anspruch nach § 816 I 1 auszuschließen.⁸⁴ Gegen eine analoge Anwendung dieser Vorschrift sprechen die Unterschiede zwischen dem in dieser Vorschrift geregelten Tatbestand und der unberechtigten Untervermietung.⁸⁵ Zu denken ist jedoch an einen Anspruch des Vermieters aus dem Gesichtspunkt der **allgemeinen Eingriffskondiktion**, § 812 I 1 Alt. 2. Mit der Begründung, der Mieter greife durch die Untervermietung in die dem Vermieter vorbehaltene Verwertungsmöglichkeit ein, wenn er über den durch den Vertrag festgelegten Umfang hinaus die Sache nutze, wird ein solcher Anspruch bejaht.⁸⁶ Dieser Auffassung kann jedoch nur zugestimmt werden, wenn die Untervermietung als Eingriff in eine Rechtsposition des Vermieters zu werten ist, durch den sich der Mieter einen Vermögensvorteil verschafft, der nach dem Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts nicht ihm, sondern dem Vermieter gebührt. Da jedoch der Vermieter durch die Vermietung der Wohnung dem Mieter den Gebrauch gestattet, kommt es darauf an, ob dadurch die Nutzung und damit der entsprechende Zuweisungsgehalt insgesamt dem Mieter zufällt, oder ob dieses Nutzungsrecht in einen nach dem Vertrag zulässigen und einen nach dem Vertrag unzulässigen Teil zerfällt. Von der Antwort auf diese streitige Frage hängt es ab, ob der Tatbestand einer Eingriffskondiktion durch die vertragswidrige Untervermietung verwirklicht wird. Der BGH⁸⁷ hat in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt vertreten, dass sich der Vermieter durch den Mietvertrag seines Gebrauchs- und Verwertungsrechts begeben habe und dass die (vertragswidrige) Untervermietung nur eine Ausübung des dem Mieter übertragenen Rechts darstelle.

⁸² So *Herschel* JuS 1968, 562 f.

⁸³ So auch BGH NJW 1996, 838 (840); 2006, 2323 (2325).

⁸⁴ BGH NJW 1996, 838 (840); 2006, 2323 (2325); *Larenz/Canaris* SchuldR II 2 § 69 II 1d (S. 182); *Jauernig/Stadler* § 816 Rn. 2. AA *Diederichsen* NJW 1964, 2296.

⁸⁵ BGH NJW 1996, 838 (840); 2007, 216 Rn. 21; MüKoBGB/*Schwab* § 816 Rn. 13. AA *Emmerich* SchuldR II § 17 Rn. 23; *Esser/Weyers* SchuldR II 2 § 50 II 2a.

⁸⁶ *Gebauer* JURA 1998, 128 (130 ff.); *Larenz/Canaris* SchuldR II 2 § 69 I 2a; *PWW/Leupertz* § 812 Rn. 62; *BeckOK BGB/Wendehorst*, 47. Ed. 1.8.2018, § 812 Rn. 127.

⁸⁷ BGH NJW 1964, 1853; 1996, 838 (840); 2002, 60 (61); WM 1969, 298 (300). Allerdings hat das Gericht seine Rspr. dahingehend präzisiert, dass in Fällen, in denen nicht durch Vertrag, sondern aufgrund einer gesetzlichen Anordnung der Besitz dem Berechtigten zufällt, dieser die Nutzung nur insoweit ausüben dürfte, als sie der Verwirklichung der durch die gesetzliche Anordnung bestimmten Zwecke diene. Bei Überschreiten dieses Rahmens werde in ein fremdes Recht eingegriffen (vgl. BGH NJW 2002, 61). Ob einer solchen Differenzierung zuzustimmen ist, soll hier dahinstehen; krit. MüKoBGB/*Schwab* § 812 Rn. 291.

Folgt man dieser Rechtsprechung, ist ein Anspruch aus dem Gesichtspunkt der Eingriffskondiktion zu verneinen.⁸⁸

- 307** Das Ergebnis, dass bei einer unbefugten Untervermietung der Vermieter keinen Anspruch auf Abführung des Untermietzins hat, erscheint nicht unbillig: Vertragspflichtverletzungen begründen einen Anspruch auf Ersatz eines Schadens. Ist dem Vermieter aber kein Schaden entstanden, kann er auch keine Entschädigung in Geld fordern, sondern ist auf die ihm nach dem Mietrecht zustehenden Befugnisse beschränkt, namentlich auf die Kündigung des Mietverhältnisses aus wichtigem Grund (vgl. § 543).
- 308** Im gleichen Sinn hat der BGH⁸⁹ in einem Fall der **Doppelvermietung** durch den Vermieter eine Eingriffskondiktion in Bezug auf den Erlös aus der zweiten Vermietung verneint. In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte der Vermieter zunächst einen Platz zur Nutzung als Parkplatz vermietet und danach eine Teilfläche dieses Platzes ohne Zustimmung des Mieters an Markthändler zur Errichtung und zum Betrieb von Verkaufsständen vermietet. Der erste Mieter verlangte daraufhin vom Vermieter Herausgabe des Erlöses aus der Zweitvermietung.
- 309** Das Gericht lehnte einen Anspruch auf den Erlös ab, weil zwar der rechtmäßige Besitz des Mieters eine geschützte Rechtsposition darstelle, die Grundlage für eine Eingriffskondiktion sein könne, diese Rechtsposition jedoch nicht durch die Doppelvermietung verloren gehe. Denn die bloße erneute Vermietung könne dem Mieter den Besitz nicht entziehen, nachdem dieser dem Mieter übertragen worden sei. Der Besitz könne dann nur durch verbotene Eigenmacht verloren gehen, gegen die sich der Besitzer zur Wehr setzen könne. Auch wenn der Vermieter durch die Doppelvermietung selbst verbotene Eigenmacht übe, bestünde kein Anspruch auf Herausgabe des Mieterlöses aus der Doppelvermietung, weil sich die Herausgabe des Erlangten gem. § 818 I nicht auf das erstrecke, was der Bereicherungsschuldner durch einen besonderen Vertrag anstelle des ursprünglich Erlangten eingehandelt habe. Der Bereicherungsschuldner habe vielmehr in einem solchen Fall gem. § 818 II lediglich den objektiven Wert des erlangten Gegenstandes, somit bei Einziehung des Besitzes den unrechtmäßig erlangten Nutzungswert, zu ersetzen.

2. Die unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten (§ 816 I 2)

- 310** Der Tatbestand des § 816 I 2 unterscheidet sich von dem des S. 1 dieser Vorschrift dadurch, dass die gegenüber dem Berechtigten wirksame Verfügung des Nichtberechtigten unentgeltlich vorgenommen wird und dass bei Unentgeltlichkeit der Verfügung der Bereicherungsanspruch gegen den Erwerber des durch die Verfügung bewirkten rechtlichen Vorteils gerichtet ist, weil regelmäßig der Verfügende selbst nicht bereichert ist. Es kommt also entscheidend darauf an, wie der **Begriff der Unentgeltlichkeit** zu verstehen ist. Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden.

⁸⁸ Ebenso *Mutter* MDR 1993, 303 (304 f.); *Söllner* JuS 1967, 449 (453); *Reuter/Martinek* Unrechtfertigte Bereicherung 311; *Esser/Weyers* SchuldR II 2 § 50 I 1g; *MüKoBGB/Schwab* § 812 Rn. 255.

⁸⁹ BGH NJW 2006, 2323 (2325 f.) = JuS 2006, 935 (*Emmerich*) = JA 2007, 226 (*Looschelders*).