

Risiken der Untervermietung für Mieter und Vermieter

Referentin: Rechtsanwältin Beate Heilmann, Berlin

I. Einleitung

II. Rechtsgrundlagen

- 1. Wohnraummietverhältnisse**
- 2. Gewerberaummietverhältnisse**

III. Wann liegt Untervermietung vor?

- 1. Definition Untervermietung in der Rechtsprechung**
- 2. Abgrenzungen:**
 - a) unerlaubte Gebrauchsüberlassung
 - b) Aufnahme von Ehegatten und Lebenspartnern
 - c) Aufnahme von Familienangehörigen
 - d) Wohngemeinschaften

IV. Anspruch des Mieters auf Untervermietung

- 1. berechtigtes Interesse des Mieters**
 - a) Wohnraummieter
 - b) Gewerberaummieter
 - c) Umfang
 - aa) nicht generell
 - bb) nicht Ferienwohnung
- 2. richtiger Antrag des Mieters**
- 3. rechtliche Fehleinschätzungen des Vermieters**

V. Erteilung der Erlaubnis durch den Vermieter

- 1. Ausschlussgründe § 553 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB**
- 2. Abwägungskriterien für den Vermieter**
- 3. Umfang der Erlaubnis**
- 4. Widerruf der Erlaubnis**

VI. Vorgehen des Vermieters gegen unberechtigte Untervermietung

- 1. Einstweilige Verfügung auf Unterlassung**
- 2. Kündigung des Mietverhältnisses**
 - a) ordentliche Kündigung
 - b) fristlose Kündigung

VII. (unberechtigte) Ablehnung der Erlaubniserteilung durch den Vermieter

- 1. unberechtigte Ablehnung**
- 2. einstweilige Verfügung des Mieters auf Duldung der Untervermietung?**
- 3. Kündigung des Mieters**
- 4. Schadensersatz**

VIII. Räumung gegen den Untermieter

- 1. Herausgabeverpflichtung § 546 Abs. 2 BGB**
- 2. Erforderlichkeit eines Vollstreckungstitels § 750 Abs. 1 ZPO**
- 3. Vorgehen gegen den Untermieter gemäß § 940a ZPO**

IX. Zahlungsansprüche des Vermieters im Zusammenhang mit dem Untermietverhältnis

- 1. Anspruch auf Nutzungsentschädigung gegen den Untermieter, § 990 Abs. 1 S. 2 BGB**
- 2. Herausgabe von Nutzungen durch den Mieter**

X. Fazit

I. Einleitung

Die Vornahme einer Untervermietung durch den Mieter birgt für den Mieter selbst, aber insbesondere auch für den hiermit konfrontierten Vermieter erhebliche rechtliche und wirtschaftliche Risiken. Die Vornahme einer nicht genehmigten bzw. jedenfalls unberechtigten Untervermietung sowie umgekehrt auch die eventuell unberechtigte Ablehnung der Erlaubniserteilung durch den Vermieter können für beide Vertragsparteien letztlich mit dem Verlust des Mietverhältnisses verbunden sein sowie unter Umständen Schadensersatzansprüche auslösen.

Die Problematik soll deshalb nachstehend anhand insbesondere der jüngeren Rechtsprechung des BGH zusammenfassend Erörterung finden.

II. Rechtsgrundlagen

1. Wohnraummietverhältnisse

Hier ist zunächst § 553 BGB zu beachten. Entsteht für den Mieter einer Wohnung nach Abschluss des Mietvertrages ein berechtigtes Interesse, einen Teil des Wohnraumes einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen, so kann er von dem Vermieter die Erlaubnis hierzu verlangen, sofern nicht Ausschlussgründe gemäß § 543 Abs. 1 S. 2 BGB eingreifen. Gemäß § 553 Abs. 2 BGB kann im Ausnahmefall die Erlaubniserteilung des Vermieters von einer angemessenen Erhöhung der Miete abhängig gemacht werden.

§ 553 BGB ist als Ergänzung zu § 540 BGB zu verstehen. Hiernach ist der Mieter ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen, insbesondere sie weiter zu vermieten. Verweigert der Vermieter die Erlaubnis, so kann der Mieter allerdings gemäß § 540 Abs. 1 S. 2 BGB das Mietverhältnis außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen, sofern nicht in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt. § 540 Abs. 2 BGB ordnet zudem an, dass der Mieter ein dem Dritten bei dem Gebrauch der Mietsache zur Last fallenden Verschulden zu vertreten hat, auch wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Überlassung erteilt hatte.

§ 553 BGB ist nach seinem Absatz 3 unabdingbar.

Die Erteilung einer generellen Untervermietungserlaubnis zu Gunsten des Mieters ist natürlich möglich. Die Vornahme der Untervermietung liegt dann grundsätzlich im freien Ermessen des Mieters, welches aber insbesondere durch den vereinbarten Vertragszweck und gemäß § 242 BGB im Hinblick auf berechnete Interessen des Vermieters begrenzt ist.¹

2. Gewerberaummietverhältnisse

Liegt ein Mietverhältnis über Gewerberäume vor, ist § 553 BGB nicht anwendbar. Dieser wird von der Verweisungsnorm des § 578 BGB nicht erfasst. § 540 BGB findet jedoch Anwendung.

Der vertragliche Ausschluss der Untervermietung durch den Mieter ist formularvertraglich bei Mietverhältnissen auf unbestimmte Zeit zulässig.² Bei befristeten Mietverhältnissen wird dagegen teilweise ein Verstoß gegen § 307 BGB angenommen.³ Der Ausschluss des Sonderkündigungsrechtes gem. § 540 Abs. 1 S. 2 BGB kann dagegen durch formularvertragliche Regelungen nicht wirksam herbeigeführt werden.⁴

¹ Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl., Rn. 57 zu § 540 BGB.

² BGH v. 24.05.1995, XII ZR 172/94, NJW 1995, 2034, 2035.

³ siehe hierzu Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl., Rn. 63 zu § 540 BGB m.w.N.

⁴ BGH v. 24.05.1995, XII ZR 172/94, NJW 1995, 2034, 2035.

Im Übrigen können selbstverständlich Regelungen bezüglich einer generellen Untervermietungserlaubnis, eines Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt oder einer Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt bzw. eines Anspruches des Mieters auf Erlaubniserteilung unter bestimmten formulierten Voraussetzungen vorgesehen werden.

III. Wann liegt Untervermietung vor?

1. Definition Untervermietung in der Rechtsprechung

In Bezug auf die tatsächlichen Voraussetzungen einer Untervermietung bestehen in der Literatur und Rechtsprechung breit gefächerte Auffassungen. Teilweise wird versucht, den Anwendungsbereich des § 553 Abs. 1 BGB durch qualitative und/oder durch quantitative Anforderungen an die verbleibende Nutzung durch den Mieter einzuschränken.

So wird beispielsweise gefordert, dass die Wohnung auch im Verlaufe der Untervermietung noch Lebensmittelpunkt des Mieters bleiben muss.⁵

Im Sinne einer Mindestanforderung wird teilweise verlangt, dass der Mieter jedenfalls nach wie vor die Sachherrschaft und Obhut über die Wohnung behält.⁶ In quantitativer Hinsicht streng forderte das Landgericht Mannheim⁷ sogar, dass dem Mieter mindestens die Hälfte des Wohnraumes zur Eigennutzung verbleiben müsse.

Vielfältig wurde jedoch bereits in der Vergangenheit auch eine großzügigere Betrachtungsweise angelegt. Insoweit sollte eine Anwendung des § 553 Abs.1 BGB nur dann ausscheiden, wenn der Mieter der Sache nach die Wohnung zu Gunsten eines anderen vollständig aufgibt, also die Sachherrschaft endgültig und vollständig verliert.⁸ Danach genügt die Ausübung des Mitgewahrsams durch den Mieter, z.B. indem dieser weiterhin ein Zimmer der Wohnung für sich behält oder generell persönliche Gegenstände in der Wohnung belässt und sich weiterhin Besitz der Wohnungsschlüssel befindet.⁹

Der BGH hat sich mit der Entscheidung vom 11.06.2014¹⁰ ebenfalls für eine solche großzügige Betrachtung entschieden. Nach Auffassung des BGH stellt § 553 Abs. 1 BGB weder quantitative Vorgaben hinsichtlich des beim Mieter verbleibenden Anteils des Wohnraums noch qualitativer Anforderungen bzgl. seiner weiteren Nutzung durch den Mieter auf. Eine Rechtsauffassung, wonach von einer Untervermietung nur auszugehen sei, wenn dem Mieter noch ein wesentlicher Teil der Wohnung zur Eigennutzung verbleibt, fände somit im Gesetz keine Stütze. Von einer Überlassung nur eines Teils des Wohnraumes im Sinne des § 553 Abs. 1 BGB ist deshalb nach Auffassung des BGH regelmäßig bereits dann auszugehen, wenn der Mieter den Gewahrsam an dem Wohnraum jedenfalls nicht vollständig aufgibt. Hierfür wiederum genügt es, wenn er beispielsweise ein Zimmer einer größeren Wohnung zurückbehält, um hierin Einrichtungsgegenstände zu lagern und/oder dieses gelegentlich zu Übernachtungszwecken, z.B. bei Urlaub oder kurzzeitigem Aufenthalt zu nutzen.¹¹

⁵ OLG Hamm v. 19.03.1998, 28 U 207/97, MDR 1998, 1127f; Landgericht Berlin v. 22.05.1995, 62 S 80/95, Grundeigentum 1995, 1277,1279; Landgericht Frankfurt/Main v. 25.01.2000, 2/11 S 211/99, WuM 2002, 92.

⁶ Landgericht Berlin 27.03.2008, 62 S 376/07, MM 2013, Nr. 3, 30; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 553 BGB Rn. 8; juris PK-BGB/Schur, 6. Aufl., § 553 Rn. 6; MüKoBGB/Bieber, 6. Aufl., § 553 Rn. 6.

⁷ Landgericht Mannheim v. 05.03.1997, 4 S 182/96, WuM 1997, 263.

⁸ Landgericht Hamburg v. 05.10.1999, 316 S 133/98, NJW-RR 2000, 602; Landgericht Berlin v. 14.02.1994, 67 S 297/93, NJW-RR 1994, 1289.

⁹ Landgericht Berlin v. 20.04.1993, 63 S 43/93, Grundeigentum 1993, 653, NJW-RR 1994, 1289; Landgericht Hamburg v. 18.04.1991, 334 S 160/90, WuM 1994, 535.

¹⁰ BGH v. 11.06.2014, VIII ZR 349/13, NZM 2014, 631-635.

¹¹ BGH v. 11.06.2014, VIII ZR 349/13, NZM 2014, 631-635.

Einer weitergehenden qualitativen oder quantitativen Einschränkung bedarf es mit dem BGH nicht, da § 553 Abs. 1, Abs. 2 BGB den unterschiedlichen Interessen der Mietvertragsparteien bei einer Untervermietung bereits durch eine abgestufte Interessen- und Zumutbarkeitsprüfung Rechnung trage. Vielmehr werde der Vermieter bereits ausreichend dadurch geschützt, dass der Untermieter Erfüllungsgehilfe des Mieters hinsichtlich der Obhut über die Mietsache ist und der Mieter demzufolge dem Vermieter gemäß § 278 BGB für Verletzung der Obhutspflicht haftet. Darüber hinaus sei auch zu beachten, dass das Wohnraummietrecht dem Mieter generell keine Gebrauchspflicht auferlegt.¹²

Die Argumentation des BGH erscheint letztlich überzeugend. Insbesondere das Argument der nicht vollständigen Aufgabe des Gewahrsams des Mieters an der Wohnung bietet ein immer noch taugliches Abgrenzungskriterium zu der grundsätzlich nicht genehmigungsfähigen vollständigen Gebrauchsüberlassung an Dritte (siehe dazu sogleich unter 2. a)).

2. Abgrenzungen:

a) unerlaubte Gebrauchsüberlassung

Wie bereits dargelegt, setzt die Untervermietung ein gewisses Interesse des Mieters an der Aufrechterhaltung der Sachherrschaft über die Wohnung und dem Behalt der Wohnung voraus. Hieran fehlt es jedoch regelmäßig, wenn der Mieter Dritten den Gebrauch des Mietobjektes vollständig überlässt. Für den Hauptmieter besteht also kein Interesse an der Mitnutzung des Mietobjektes mehr. Die vollständige Gebrauchsüberlassung ist insoweit dann aber auch nicht genehmigungspflichtig. Ein Anspruch des Mieters zur Erteilung einer entsprechenden Genehmigung und ein hierauf bezogenes berechtigtes Interesse ist nicht erkennbar.

Die unbefugte Gebrauchsüberlassung stellt gem. § 543 Abs. 2 Nr. 2 2. HS BGB ohne Weite einen fristlosen Kündigungsgrund dar. Sie ist allerdings vorher abzumahnern.

Allerdings wird dem hierfür beweispflichtigen Vermieter der Nachweis des tatsächlichen Vorliegens der Kündigungsvoraussetzungen insbesondere im Hinblick auf die nunmehr relativ gering liegenden Voraussetzungen einer (berechtigten) Untervermietung oftmals nicht gelingen.

b) Aufnahme von Ehegatten, Lebenspartnern oder Lebensgefährten

Ein Ehegatte, der nicht Partei des Mietvertrages ist, ist nicht Dritter im Sinne der §§ 540, 553 BGB, solange es sich bei der von ihm bewohnten Wohnung um eine Ehwohnung handelt.¹³ Die Eigenschaft als Ehwohnung geht nicht bereits dadurch verloren, dass der mietende Ehegatte die Wohnung dem anderen – ggf. auch für einen längeren Zeitraum – belassen hat bzw. diese selbst nur noch sporadisch nutzt, sondern erst mit der endgültigen Nutzungsüberlassung an den nicht mietenden Ehegatten.¹⁴

Nach Sinn und Zweck der Regelung des § 540 BGB ist die Familie des Mieters wegen ihrer engen, unter dem ausdrücklichen Schutz der Verfassung (Art. 6 GG) stehenden persönlichen Beziehungen von Anwendungsbereich der Norm ausgenommen. Auch wenn grundsätzlich als Dritter im Sinne des § 540 BGB jede Person, die nicht selbst Partei des Mietvertrages ist, anzusehen ist, gilt dieses also nicht für die Familienangehörigen des Mieters, wenn mit diesen ein gemeinsamer Haushalt angelegt werden soll.¹⁵ Das Schutzinteresse des selbst nicht mietenden, jedoch in der Ehwohnung lebenden Ehegatten erstreckt sich auch noch auf die Trennungssituation, insoweit kommt es mit dem BGH maßgeblich darauf an, ob

¹² Siehe hierzu BGH v. 08.12.2010, VIII ZR 93/10, NZM 2011, 151.

¹³ BGH v. 12.06.2013, XII ZR 143/11, NZM 2013, 786-788.

¹⁴ BGH v. 12.06.2013, XII ZR 143/11, NZM 2013, 786-788.

¹⁵ Beachte insoweit abgrenzend BGH v. 11.11.2009, VIII ZR 294/08, NZM 2010, 120-121, bei geplanter vollständiger Gebrauchsüberlassung an die Eltern.

die Überlassung an den anderen Ehegatten noch den aktuellen Erfordernissen in der Trennungssituation geschuldet ist, oder ob ihr schon eine endgültige Nutzungsüberlassung zugrunde liegt.¹⁶

Der BGH geht insoweit zutreffend davon aus, dass eine andere Sichtweise die vom Gesetzgeber geschaffene Möglichkeit der Wohnungszuweisung gem. § 1361b BGB während des Getrenntlebens bzw. nach § 1568a BGB für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung unterlaufen würde. Eine Wohnungszuweisung könnte nicht mehr erfolgen, wenn der mietende Ehegatte in Folge der Trennung die Ehwohnung verlassen hat und für den Vermieter die Möglichkeit bestünde, das Mietverhältnis wegen vertragswidriger Überlassung an einen Dritten zu kündigen.

Für die Aufnahme eines Lebensgefährten in eine gemietete Wohnung bedarf es mit der Entscheidung des BGH vom 05.11.2003¹⁷ der Erlaubnis des Vermieters. Auf die Erteilung dieser Erlaubnis hat der Mieter im Regelfall einen Anspruch. Ungeachtet dessen, dass mit dem Mietrechtsreformgesetz vom 19.06.2001 die Rechtsstellung des Lebensgefährten, insbesondere im Hinblick auf den neu gestalteten § 563 BGB, gestärkt wurde, ist der Lebensgefährte auch mit der Gesetzesbegründung¹⁸ in Bezug auf die Gebrauchsüberlassung weiterhin als Dritter im Sinne der §§ 540, 553 BGB anzusehen. Eine Gleichstellung mit dem Ehegatten oder dem Lebenspartner im Sinne des § 1 Abs. 1 LPartG liegt nicht im geäußerten Willen des Gesetzgebers. Vielmehr hat der Gesetzgeber gerade auf eine der Vorschrift des § 563 Abs. 2 S. 4 BGB entsprechende Bestimmung zur Klarstellung auch in § 553 BGB verzichtet. Der BGH sieht des Weiteren auch eine gravierende Unterscheidung in den beiden der Regelung des § 540 BGB bzw. des § 563 BGB zugrunde liegenden Fallgestaltungen. § 563 BGB gewährt Schutz für den nichtehelichen Lebensgefährten, welcher möglicherweise bereits viele Jahre gemeinsam mit dem Mieter der Wohnung seinen eigenen Lebensmittelpunkt gehabt hat und diesen im Falle des Todes des Mieters aufgeben müsste. Demgegenüber ist der Lebensgefährte, welcher überhaupt erst zur Bildung einer auf Dauer angelegten Beziehung in die gemietete Wohnung aufgenommen werden soll, nicht in dem selben Maße schutzbedürftig, da er bisher gerade nicht an dem Gebrauch der Wohnung teilgenommen hat.¹⁹ Auch das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und das daraus hergeleitete Recht auf ungehinderte Gestaltung des persönlichen Lebensbereiches innerhalb der Wohnung verbieten es nach Auffassung des BGH gleichfalls nicht, den vom Erlaubnisvorbehalt des § 540 BGB ausgenommenen Personenkreis auf den Lebensgefährten auszudehnen. Vielmehr geht der BGH davon aus, dass dem Grundrecht des Mieters und seines Lebensgefährten durch die Vorschrift des § 553 Abs. 1 BGB hinreichend Schutz gewährt wird.²⁰

Insoweit genügt nach Auffassung des BGH gerade auch schon allein der Wunsch des Mieters, eine solche Gemeinschaft zu bilden oder fortzusetzen, um das berechtigte Interesse an der Aufnahme des Dritten in die Wohnung darzulegen. Stützt der Mieter gegenüber dem Vermieter sein Anliegen auf eine derartige Absicht, hat er einen klagbaren Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis, welche der Vermieter nur aus den in § 553 Abs. 1 BGB genannten Gründen versagen könnte.

c) Aufnahme von Familienangehörigen

Wie bereits unter III. 2. b) dargestellt, ist die Familie des Mieters im Hinblick auf Art. 6 GG vom Anwendungsbereich des § 540 BGB ausgenommen. Auch die Aufnahme weiterer Familienangehöriger in die Wohnung des Mieters ist deshalb nicht genehmigungsbedürftig.

¹⁶ BGH v. 12.06.2013, XII ZR 143/11, NZM 2013, 786-788.

¹⁷ BGH v. 05.11.2003, VIII ZR 371/02, NZM 2004, 22-24.

¹⁸ BT-Drucksache 14/4553, S. 49.

¹⁹ BGH v. 05.11.2003, VIII ZR 371/02, NZM 2004, 22-24.

²⁰ BGH v. 05.11.2003, VIII ZR 371/02, NZM 2004, 22-24.

d) Wohngemeinschaften

Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob bei Vermietung einer Wohnung an eine Wohngemeinschaft und einer beabsichtigten Auswechslung eines der mehreren Mieter die Mitglieder der Wohngemeinschaft diesbezüglich gegenüber dem Vermieter ein berechtigtes Interesse gem. § 553 BGB darlegen müssen. Dies soll insofern entbehrlich sein, als dem Vermieter im Falle der Vermietung an eine Wohngemeinschaft von vornherein klar sein muss, dass die Gemeinschaft aufgrund möglicher Wohnsitzwechsel oder aus anderen Gründen nicht auf Dauer angelegt ist.²¹ Teilweise wird auch angenommen, dass jedenfalls bei der ausdrücklichen Vermietung an eine Wohngemeinschaft jedenfalls ein Anspruch gegen den Vermieter besteht, einer Auswechslung von Mietern zuzustimmen. Insofern soll die zu einer Wohngemeinschaft zusammengeschlossenen Mieter lediglich eine entsprechende Anzeigepflicht treffen, deren Verletzung die Kündigung des Mietverhältnisses nicht rechtfertigen soll.²² Das Landgericht Frankfurt²³ geht bei Vermietung an eine Wohngemeinschaft von einer ggf. auch stillschweigend geschlossenen Vereinbarung hinsichtlich eines Rechtes auf Mieterwechsel aus.

Nach allen Auffassungen ist somit nicht von einer klassischen Konstellation der Untervermietung auszugehen.

IV. Anspruch des Mieters auf Untervermietung

1. berechtigtes Interesse des Mieters

a) Wohnraummieter

Ein Interesse des Mieters gemäß § 553 Abs. 1 S. 1 BGB ist schon dann gegeben, wenn ihm vernünftige Gründe zur Seite stehen, die seinen Wunsch nach Überlassung eines Teils der Wohnung an Dritte nachvollziehbar erscheinen lassen.²⁴ Als berechtigt ist dabei jedes Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichen Gewicht anzusehen, dass mit der geltenden Rechtsordnung im Einklang steht.²⁵ Der Anspruch des Mieters auf Erhalt einer Erlaubnis durch den Vermieter ist vor dem Hintergrund notwendiger Mobilität und Flexibilität in der heutigen Gesellschaft nicht darauf beschränkt, dass der Mieter seinen Lebensmittelpunkt in der Wohnung hat. Ein berechtigtes Interesse des Mieters kann deshalb auch dann vorliegen, wenn er am Ort seiner in einer anderen Stadt gelegenen Arbeitsstelle unter Beibehaltung seiner bisherigen Wohnung eine weitere Wohnung angemietet hat und nunmehr von den berufsbedingt entstehenden Reise- und Wohnungskosten entlastet werden möchte.²⁶ Dasselbe gilt bei einem mehrjährigen berufsbedingten Auslandsaufenthaltes des Mieters.²⁷ Ein berechtigtes Interesse an der teilweisen Untervermietung kann auch darin bestehen, durch die Untervermietung schlichtweg die eigenen Wohnkosten zu senken, z.B. weil sich die eigene Vermögenssituation des Mieters verschlechtert hat.²⁸

Das berechtigte Interesse des Mieters muss mit dem Wortlaut des § 552 Abs. 1 S. 1 BGB nach Abschluss des Mietvertrages entstehen.

²¹ Landgericht Berlin v. 19.04.2013, 65 S 377/12, Grundeigentum 2013,1067-1069.

²² Landgericht Berlin v. 09.02.2010, 65 S 475/07, Grundeigentum 2012, 1379-1381.

²³ Landgericht Frankfurt vom 28.07.2009, 2/11 S 230/08, WuM 2012, 192-194.

²⁴ BGH v. 11.06.2014, VIII ZR 349/13, NZM 2014, 631-635; BGH v. 03.10.1984, VIII ARZ 2/84, BGHZ 92, 213-218.

²⁵ BGH v. 23.11.2005, VIII ZR 4/05, NJW 2006, 1200; BGH v. 03.10.1984, VIII ARZ 2/84, BGHZ 92, 213-218; BGH v. 11.06.2014, VIII ZR 349/13, NZM 2014, 631-635.

²⁶ BGH v. 23.11.2005, VIII ZR 4/05, NJW 2006, 1200.

²⁷ BGH v. 11.06.2014, VIII ZR 349/13, NZM 2014, 631-635.

²⁸ Amtsgericht München v. 15.10.2013, 422 C 13968/13, ZMR 2014, 735.

b) Gewerberaummieter

Die Regelungen des § 553 BGB ist für die Vermietung von Gewerberaum nicht anwendbar. Ein gesetzlich formuliertes berechtigtes Interesse des Gewerberaummieters an einer Untervermietung ist somit nicht gegeben. Dennoch kann sich ein Anspruch des Mieters im Einzelfall aus § 242 BGB ergeben, insbesondere, wenn der Mieter noch die Sachherrschaft über das Gewerbemietobjekt behält, z.B. bei Aufnahme eines weiteren Anwaltes in die schon bestehende anwaltliche Bürogemeinschaft, und dem Vermieter hierdurch keine Nachteile entstehen.²⁹

c) Umfang

aa) nicht generell

Aus § 553 BGB ergibt sich kein Anspruch des Wohnungsmieters auf Erteilung einer generell, nicht personenbezogenen Untermieterlaubnis.³⁰

bb) nicht Ferienwohnung

Erteilt der Vermieter dem Mieter eine Erlaubnis zur Untervermietung, so kann dieser ohne besondere Anhaltspunkte auch nicht davon ausgehen, dass die Erlaubnis eine tageweise Vermietung an Touristen umfasst.³¹ Auch wenn im konkreten Fall der Mieter die Wohnung an zwei Wochenenden im Monat selbst benötigte, lag es nach Auffassung des BGH nicht ohne Weiteres auf der Hand, dass von vornherein nur eine Vermietung an Feriengästen in Betracht kam, weshalb diese stillschweigend von der vom Vermieter erteilten Erlaubnis umfasst wäre. Vielmehr hätte es durchaus auch nahe gelegen, eines der beiden Zimmer der Wohnung einem anderen Untermieter, z.B. einem Wochenendfahrer, zu überlassen. Die Überlassung der Wohnung an Touristen hätte einer ausdrücklichen Erlaubnis des Vermieters bedurft. Auch der Umstand, dass bei Erteilung der Untervermietungserlaubnis unter der Bedingung der Erteilung einer Postvollmacht an die Untermieter zwecks Entgegennahme von Willenserklärungen des Vermieters im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis gestellt wurde, ließ erkennen, dass sich die Erlaubnis nicht auf die Vermietung an Touristen bezog, die die entsprechende Funktion nicht ordnungsgemäß hätten wahrnehmen können.³²

2. richtiger Antrag des Mieters

Nimmt der Mieter eine Untervermietung vor, ohne die erforderliche Erlaubnis seines Vermieters einzuholen, verletzt er seine vertraglichen Pflichten auch dann, wenn er einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis hat. Unter Würdigung der Umstände des Einzelfalles kann ein derartiger Vertragsverstoß des Mieters sogar die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter rechtfertigen.³³ Die Einholung der Genehmigung hat den Zweck, dem Vermieter Gelegenheit zu geben, seine Einwände gegen die Untervermietung geltend zu machen, bevor dem Untermieter die Räume überlassen werden.³⁴ Selbst wenn also ein berechtigtes Interesse des Mieters an der Vornahme einer Untervermietung besteht und die Erlaubnis durch den Vermieter zu erteilen wäre, ist der Mieter zu einer Umgehung des Vermieters und einer eigenmächtigen Entscheidung ohne vorherige Befassung des Vermieters grundsätzlich nicht berechtigt. Vielmehr muss der Mieter grundsätzlich dem Vermieter ein berechtigtes Interesse (siehe IV. 1.) sowie Informationen zur Person des in Aussicht ge-

²⁹ BGH v. 16.09.1981, VIII ZR 161/80 NJW 1982, 376; OLG Hamburg v. 29.10.1993, 4 U 167/93, WuM 1993, 737.

³⁰ BGH v. 21.02.2012, VIII ZR 290/11, Grundeigentum 2012, 825-826.

³¹ BGH v. 08.01.2014, VIII ZR 210/13, NZM 2014, 158-159.

³² BGH v. 08.01.2014, VIII ZR 210/13, NZM 2014, 158-159.

³³ BGH v. 02.02.2011, VIII ZR 74/10, NZM 2011, 275-276; so auch bereits BayObLG v. 26.10.1990, RE-Miet 1/90, NJW-RR 1991, 461-462 sowie BayObLG v. 26.04.1995, RE-Miet 3/94, NJW-RR 1995, 969-970; OLG Hamm v. 11.04.1997, 30 REMiet 1/97, NJW-RR 1997, 1370.

³⁴ BayObLG v. 26.04.1995, RE-Miet 3/94, NJW-RR 1995, 969-970.

nommenen Untermieters mitteilen, so dass der Vermieter letztlich die Voraussetzungen eines mieterseitigen Anspruches sowie das Vorliegen evtl. Ausschlussgründe gem. § 553 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB prüfen kann.

Bei beabsichtigter Untervermietung einer Gewerbeimmobilie können weitergehende Anforderungen bestehen, z.B. hinsichtlich Bonität des Untermieters und einer evtl. mietvertraglichen vereinbarten Betriebspflicht. Insoweit muss das Untermietbegehren des Mieters zumindest Angaben zu Name, Geburtsdatum und Adresse des Untermieters enthalten, da nur in diesem Fall dem Vermieter eine Beurteilung und die Einholung von Kreditauskünften möglich wird.³⁵ Darüber hinaus können auch Angaben zu der durch den Untermieter beabsichtigten Nutzung des Gewerbemietobjektes im Hinblick auf Konkurrenzschutzfragen und eine vertragsgemäße Nutzung der Mietsache erforderlich sein. Auf Anfrage des Vermieters müssen diesem auch die weiteren Bedingungen des Untermietvertrages, insbesondere Nutzungsart, Miethöhe, Laufzeit des Vertrages, etwaige Kündigungsmöglichkeiten und die Übernahme der Betriebspflicht mitgeteilt werden.³⁶

Der Vermieter ist zu einer Reaktion auf einen ernstlichen Genehmigungsantrag des Mieters verpflichtet. Andernfalls kann er selbstverständlich das Mietverhältnis nicht unter Verweis auf eine nicht vorliegende Genehmigung kündigen.³⁷

3. rechtliche Fehleinschätzungen des Vermieters

Unterliegt der Vermieter bei der Bewertung eines Antrages auf Erteilung der Untervermietungserlaubnis hinsichtlich des Vorliegens des berechtigten Interesses des Mieters, eines vollständigen Antrages oder des etwaigen Vorliegens von Ausschlussgründen gem. § 553 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB einer rechtlichen Fehlbewertung, so fällt dies letztlich ausschließlich in seinen Risikobereich, sofern nicht ein unverschuldeter Rechtsirrtum vorliegt. Dessen Voraussetzungen wiederum sind mit der Rechtsprechung des BGH jedoch sehr hoch gegriffen.³⁸ Wird die Erteilung der Erlaubnis zu Unrecht verweigert, können sich erhebliche wirtschaftliche Risiken für den Vermieter ergeben, siehe hierzu unter VI. und VII.

V. Erteilung der Erlaubnis durch den Vermieter

1. Ausschlussgründe § 553 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB

Der Vermieter darf die Genehmigung zur Untervermietung verweigern, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt (z.B. weil von diesem ausgehend Störungen des Hausfriedens zu befürchten sind), der Wohnraum übermäßig belegt würde oder dem Vermieter die Überlassung aus sonstigen Gründen (z.B., wegen kurzfristig bevorstehender Beendigung des Mietverhältnisses) nicht zugemutet werden kann.

Ist dem Vermieter die Überlassung nur bei einer angemessenen Erhöhung der Miete zuzumuten, so kann er gemäß § 543 Abs. 2 BGB die Erlaubnis davon abhängig machen, dass der Mieter sich mit einer solchen Erhöhung einverstanden erklärt. Ein solcher Anspruch des Vermieters soll jedoch nur bestehen, wenn der Vermieter durch die Aufnahme des Dritten in die Wohnung vermehrt belastet wird, etwa durch eine stärkere Abnutzung der Wohnung oder durch eine höhere Belastung mit Betriebskosten.³⁹

³⁵ OLG Sachsen-Anhalt v. 15.11.2012, 9 U 98/12, Info M 2012, 538; OLG Dresden v. 29.04.2004, 15 U 237/04, NZM 2004, 461; BGH v. 15.11. 2006, XII ZR 92/04, NZM 2007, 127-129.

³⁶ OLG Sachsen-Anhalt v. 15.11.2012, 9 U 98/12, Info M 2012, 538.

³⁷ BGH v. 02.02.2011, VIII ZR 74/10, NZM 2011, 275-276.

³⁸ BGH v. 11.06.2014, VIII ZR 349/13, NZM 2014, 631-635 m.w.N.

³⁹ Kinne in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 7.Aufl., Rn 18 zu § 553.

2. Abwägungskriterien für den Vermieter

Hat der Mieter von Wohnraum ein berechtigtes Interesse gemäß § 553 Abs. 1 S. 1 BGB nachgewiesen und sind Ablehnungsgründe im Sinne des § 553 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB nicht erkennbar, muss der Vermieter in einem Wohnraummietverhältnis die Erlaubnis zur Untermietung zwingend erteilen. Für eine Abwägung des Vermieters bleibt somit kein Raum, zum Nachteil des Mieters von der gesetzlichen Konzeption des § 553 BGB abweichende Vereinbarungen wären unwirksam.

Liegt eine Gewerberaumvermietung vor, ist § 553 BGB nicht anwendbar. Es besteht somit grundsätzlich kein gesetzlicher Anspruch des Gewerbemieters auf Erteilung einer Erlaubnis, umgekehrt sind auch die zwingenden Ausschlussgründe des § 553 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB nicht anwendbar. Der Vermieter kann die Untervermietung selbstverständlich gestatten, was unter Zweckmäßigkeitkriterien abzuwägen ist. Hierbei sind insbesondere die Bedingungen des bestehenden Hauptmietvertrages zu berücksichtigen. Darüber hinaus wird der Vermieter die Interessen anderer im Gebäude oder der Anlage ansässiger Gewerbemieter und die Auswirkungen der beabsichtigten Untermietvermietung auf diese berücksichtigen. Darüber hinaus können öffentlich-rechtliche Vorschriften zwingend zu beachten sein, ferner wird der Vermieter darauf bedacht sein, eine Verletzung von Konkurrenzschutzvereinbarungen zu vermeiden. Für den Vermieter insbesondere von Bedeutung sind deshalb folgende Kriterien:

- Nutzungszweck des bestehenden Hauptmietvertrages
- Laufzeit des Hauptmietvertrages und des Untermietvertrages
- evtl. bestehende Betriebspflichten
- bestehende Konkurrenzschutzvereinbarungen im Hauptmietverhältnis und im Verhältnis zu anderen Gewerbemieter
- Umfang der zulässigen vertragsgemäßen Nutzung
- tatsächliche und rechtliche Auswirkungen der beabsichtigten Untervermietung (Betrieb des Untermieters)
- für den Betrieb des Untermieters evtl. zu beachtende öffentlich-rechtliche Vorgaben, insbesondere Bauvorschriften.

3. Umfang der Erlaubnis

Der Vermieter ist zur Erteilung einer Erlaubnis nur im Rahmen der Voraussetzungen des §§ 553 bzw. 242 BGB verpflichtet, soweit also überhaupt ein berechtigtes Interesse des Mieters besteht. Im Übrigen liegt der Umfang der erteilten Erlaubnis in seinem Ermessen.

4. Widerruf der Erlaubnis

Die Untermieterlaubnis kann, auch wenn dies vertraglich nicht vorbehalten ist, aus wichtigem Grund vom Vermieter widerrufen werden. Insoweit besteht keine Pflicht, den Mieter vor dem Widerruf der Untervermietungs Erlaubnis zunächst abzumahnern. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Mieter bei Vertragsabschluss den Vermieter über den Umfang der beabsichtigten Untervermietung getäuscht hat.⁴⁰ Vorliegend hatte der Mieter die Wohnung entgegen der ausdrücklichen Vereinbarung im Mietvertrag gewerblich untervermietet.

VI. Vorgehen des Vermieters gegen unberechtigte Untervermietung

1. Einstweilige Verfügung auf Unterlassung ?

Im Falle der Vornahme einer unberechtigten Untervermietung kann insbesondere, wenn vertragswidriger Gebrauch der Mietsache droht, der Erlass einer auf Verhinderung der (noch ausstehenden) Gebrauchsüberlassung gerichteten einstweiligen Unterlassungsverfügung in

⁴⁰ Amtsgericht Halle (Saale) v. 02.05.2013, 93 C 3182/12, MietRB 2013, 202, im Anschluss an BGH v. 11.01.1984, VIII ZR 237/82, NJW 1984, 1031-1032.

Betracht kommen.⁴¹ Hat die Überlassung an den Untermieter allerdings schon stattgefunden, wäre der Antrag auf eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet.

2. Kündigung des Mietverhältnisses

a) ordentliche Kündigung

Wie bereits unter IV. 2. gesehen, kann die Vornahme der Untervermietung ohne vorhergehende Befragung des Vermieters und Beantragung der erforderlichen Erlaubniserteilung durch den Vermieter eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses gem. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB rechtfertigen.⁴²

b) fristlose Kündigung

Darüber hinaus kommt unter den Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB nach Erteilung einer einschlägigen Abmahnung und der Fortsetzung des vertragswidrigen Verhaltens durch den Mieter auch eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses in Betracht.

In beiden Fällen können für den Mieter erhebliche Probleme entstehen, da das mit dem Untermieter geschlossene Mietverhältnis grundsätzlich auch unabhängig von der Erteilung einer Erlaubnis des Vermieters wirksam ist.⁴³

VII. (unberechtigte) Ablehnung der Erlaubniserteilung durch den Vermieter

1. unberechtigte Ablehnung

Eine unberechtigte Ablehnung der Erlaubniserteilung durch den Vermieter liegt nur dann vor, wenn überhaupt ein diesbezüglicher Anspruch des Mieters gegeben wäre. Im Übrigen liegt die Entscheidung des Vermieters über die Erteilung der Erlaubnis in seinem freien Ermessen. Im Hinblick auf § 540 Abs. 1 S. 2 BGB ist es allerdings rechtlich unerheblich, ob der Vermieter die Erlaubniserteilung unberechtigt oder aufgrund freier Willensentscheidung verweigert.

Gemäß § 540 Abs. 1 S. 2 BGB ist der Mieter berechtigt, das Mietverhältnis außerordentlich mit der gesetzlichen Frist zu kündigen, wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung an Dritte verweigert und hierfür nicht ein in der Person des Dritten bestehender wichtiger Grund vorliegt. Die Anwendung des § 540 Abs. 1 BGB setzt nicht voraus, dass dem Hauptmieter der Gebrauch der Mietsache nach Überlassung an den Untermieter jedenfalls noch teilweise verbleibt. Vielmehr ist diese Regelung auch dann anzuwenden, wenn dem Untermieter die Mietsache zu seinem alleinigen Gebrauch überlassen werden soll. Entgegen § 553 BGB trifft § 540 Abs. 1 BGB keine Differenzierung danach, ob die Mietsache ganz oder teilweise an einen Dritten überlassen werden soll.⁴⁴

Zur Vermeidung des Kündigungsrechtes des Untermieters gemäß § 540 Abs. 1 BGB kann sich der Vermieter also ausschließlich darauf berufen, dass in der Person des in Aussicht genommenen Untermieters ein wichtiger Grund vorliegt. Nur in einem solchen Falle wäre die Ablehnung der Erteilung der Untervermietungserlaubnis berechtigt. Demgegenüber kann der Vermieter beispielsweise nicht geltend machen, dass die Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 BGB nicht gegeben wären, beispielsweise weil der Hauptmieter die Aufgabe des Besitzes an der Mietsache im Zuge der Gebrauchsüberlassung an die Dritten beabsichtigt.⁴⁵

⁴¹ Brandenburgisches OLG v. 20.06.2013, 6 U 19/13, Grundeigentum 2014, 251-252; Fischer in: Bub/Treier, 4. Aufl., VIII 118; Zöllner/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 940 Rn. 8.

⁴² BGH v. 02.02.2011, VIII ZR 74/10, NJW 2011, 1065-1066.

⁴³ BGH v. 10.10.2007, XII ZR 12/07, NZM 2008, 167.

⁴⁴ BGH v. 11.11.2009, VIII ZR 294/08, NZM 2010, 120-121.

⁴⁵ BGH v. 11.11.2009, VIII ZR 294/08, NZM 2010, 120-121.

Verkennt der Vermieter also insbesondere die Voraussetzungen eines berechtigten Interesses des Mieters an der Vornahme der Untervermietung im Sinne des § 553 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB, läuft er Gefahr, durch unsachgerechte Entscheidung eine berechtigte Kündigung des Mieters hervorzurufen. Soweit § 553 BGB nicht anwendbar ist, ist der Vermieter zu einer Erlaubniserteilung nicht gezwungen, muss aber die etwaige Kündigungsfolge gemäß § 540 Abs. 1 S. 2 BGB in seine Abwägungen mit einbeziehen.

Allein die Annahme eines Mieters, ein Vermieter verweigere eine Untervermietung, genügt jedoch nicht, um von einer fehlenden Zustimmung des Vermieters im Sinne des § 540 Abs. 1 S. 2 BGB auszugehen. Vielmehr muss sich eine solche verbindliche Weigerung aus den objektiven Umständen, z.B. aus einer eindeutigen Erklärung des Vermieters, entnehmen lassen.⁴⁶ Für die Verweigerung der Zustimmung zur Untermietung ist der Mieter beweispflichtig.⁴⁷

Erfolgt die Ablehnung des Vermieters unberechtigt, insbesondere in Verkennung der tatsächlich gegebenen Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 S. 2 BGB, steht es dem Mieter selbstverständlich frei, auf Erteilung der Untervermietungserlaubnis zu klagen.

2. einstweilige Verfügung des Mieters auf Duldung der Untervermietung?

Fraglich erscheint, ob der Mieter einen solchen Anspruch auch bereits mit der einstweiligen Verfügung gegenüber dem Vermieter durchsetzen kann. In Bezug auf die Erteilung einer Untervermietungserlaubnis bzw. Duldung der Untermietung handelt es sich um eine vom Vermieter zu erbringende Handlung und somit um eine Leistung des Vermieters. Eine derartige Leistungsverfügung wiederum ist jedoch nur im einstweiligen Rechtsschutz in Ausnahmefällen zulässig (§§ 940, 938 Abs. 1 ZPO). Die Voraussetzung dafür ist, dass der Antragsteller auf die Erbringung der Leistung dringend angewiesen ist.⁴⁸ Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn die geschuldete Handlung, soll sie ihren Sinn nicht verlieren, so kurzfristig zu erbringen ist, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht möglich ist und der dem Antragsteller aus der Nichterfüllung drohende Schaden, den Schaden der dem Antragsgegner (Vermieter) aus der sofortigen vorläufigen Erfüllung entsteht, erheblich überwiegt.⁴⁹ Die Voraussetzungen einer – auf Duldung gerichteten – Leistungsverfügung können in diesem Sinne erfüllt sein, wenn der Mieter im einstweiligen Verfügungsverfahren darlegt und glaubhaft macht, dass er ohne die Einnahmen aus der Untervermietung nicht in der Lage ist, die monatliche Miete zu zahlen, und somit Gefahr läuft, noch während der Dauer des Hauptsacheverfahrens mit einem kündigungsrelevanten Betrag in Zahlungsrückstand zu geraten.⁵⁰

3. Kündigung des Mieters

Wie bereits unter VII. 1. gesehen, kann sich ein Kündigungsrecht des Mieters aus § 540 Abs. 1 S. 2 BGB ergeben. Die Voraussetzungen des Kündigungsrechts müssen vom Mieter dargetan und bewiesen werden. Eine verbindliche Weigerung des Vermieters muss sich aus den objektiven Umständen, z.B. aus einer eindeutigen Erklärung des Vermieters, entnehmen lassen.⁵¹

Darüber hinaus kann sich die Wahrnehmung des Kündigungsrechts im Einzelfall auch als rechtsmissbräuchlich darstellen. Dies ist etwa der Fall, wenn dem kündigendem Hauptmieter bekannt ist, dass ein Mietinteresse der von ihm benannten Untermieter nicht besteht.⁵² Das Kündigungsrecht des § 540 Abs. 1 S. 2 BGB will den Hauptmieter, dem die Erlaubnis zur

⁴⁶ OLG Koblenz v. 12.03.2012, 5 U 839/11.

⁴⁷ OLG Koblenz v. 27.12.2011, 5 U 839/11, ZMR 2013, 35-36.

⁴⁸ OLG Frankfurt v. 02.02.2004, 19 U 240/03; OLG Düsseldorf v. 13.06.1995, U (Kart) 15/95.

⁴⁹ OLG Köln v. 11.01.1995, 16 W 73/94.

⁵⁰ Landgericht Hamburg v. 13.11.2012, 316 T 70/12, NZM 2013, 143.

⁵¹ OLG Koblenz v. 12.03.2012, 5 U 839/11.

⁵² BGH v. 11.11.2009, VIII ZR 294/08, NZM 2010, 120-121.

Untervermietung vom Vermieter nicht in der Person der Untermieter liegenden Gründen verweigert wird, aus der Zwangslage befreien, die sich aus dem weiteren Festhalten an dem Hauptmietvertrag ergeben würde. Eine solche Zwangslage besteht jedoch nicht, da es an einem Nutzungsinteresse der benannten Untermieter fehlt.⁵³

Die berechtigte Ausübung des Kündigungsrechts gemäß § 540 Abs. 1 BGB durch den Mieter können den Vermieter, insbesondere den langfristig geschlossenen Gewerbemietverhältnissen oder bei Vorliegen wirksamer Kündigungsausschlussvereinbarungen in einem Wohnraummietverhältnis, wirtschaftlich sehr empfindlich treffen. Der Vermieter sollte sich deshalb stets die unterschiedlichen Voraussetzungen des § 540 Abs. 1 und des § 553 Abs. 1 BGB vor Augen führen.

4. Schadensersatz

Die Entscheidung des Vermieters über die Erteilung der Untervermietungserlaubnis in seinem freien Ermessen, führt die Verweigerung der Untervermietung nicht zu einem Schadensersatzanspruch des Mieters. Dieser ist in diesem Falle vielmehr mit der Möglichkeit die fortzeitige Beendigung des Mietverhältnisses gemäß § 540 Abs. 1 S. 2 BGB herbeizuführen, hinreichend geschützt.

Besteht hingegen für den Mieter ein Anspruch auf Erteilung der Untervermietungserlaubnis und wird diese zu Unrecht vom Vermieter verweigert, liegt eine Vertragspflichtverletzung des Vermieters vor, welche grundsätzlich auch zu einem Schadensersatzanspruch des Mieters führt. Der Schaden könnte insbesondere in den Verlust der geplanten Einnahmen aus dem Untermietverhältnis oder z.B. zusätzlich entgangenen Synergieeffekten im Rahmen der gewerblichen Vermietung bestehen. Ferner könnte sich eine Kündigung des Vermieters gegenüber dem Mieter wegen Zahlungsverzuges als treuwidrig darstellen, wenn der Mieter zuvor ein berechtigtes Interesse an der Untervermietung gemäß § 553 Abs. 1 BGB geltend gemacht und um Erteilung der entsprechenden Erlaubnis gebeten hatte. Fraglich erscheint, ob der Mieter bei unberechtigter Verweigerung der Erlaubniserteilung sogleich von der Untervermietung und der Gebrauchsüberlassung an den Dritten Abstand nehmen und hierauf gestützt bereits den Schadensersatzanspruch geltend machen kann. Ist für den Mieter ein Anspruch auf Erteilung der Untervermietungserlaubnis gegeben, könnte ihn im Rahmen der Schadensminderungspflicht zuzumuten sein, diesen Anspruch zunächst gegenüber dem Vermieter durchzusetzen. Jedoch besteht dann für den Mieter das Risiko, sich selbst einer Kündigung des Vermieters wegen evtl. unerlaubter Gebrauchsüberlassung auszusetzen, womit auch grundsätzlich eine Schadensersatzpflicht des Hauptmieters gegenüber dem Untermieter entstehen könnte, da der Untermietvertrag generell auch bei fehlender Gestattung der Untervermietung durch den Vermieter grundsätzlich wirksam ist.⁵⁴ Die Vornahme einer explizit (bisher) nicht geduldeten Untervermietung ist also für den Mieter und den Untermieter ebenfalls stark risikobehaftet, die vorhergehende Durchführung eines Klageverfahrens auf Erteilung der Untervermietungserlaubnis erscheint deshalb nicht zumutbar. Ferner wird auch der potentielle Untermieter oftmals nicht bereit sein, sich auf derartige Risiken einzulassen oder ein Abwarten des Klageverfahrens würde das Anmietungsinteresse des Untermieters zwischenzeitlich entfallen lassen.

VIII. Räumung gegen den Untermieter

1. Herausgabeverpflichtung § 546 Abs. 2 BGB

Ungeachtet der grundsätzlich auch unabhängig von der Erteilung einer Erlaubnis des Vermieters gegebenen Wirksamkeit des Untermietvertrages entsteht für den Untermieter eine Herausgabeverpflichtung gegenüber dem Vermieter gemäß § 546 Abs. 2 BGB, wenn das Hauptmietverhältnis – aus welchen Gründen auch immer – wirksam beendet ist. Der Unter-

⁵³ BGH v. 11.11.2009, VIII ZR 294/08, NZM 2010, 120-121.

⁵⁴ BGH v. 10.10.2007, XII ZR 12/07, NZM 2008, 167.

mieter ist als Dritter im Sinne des § 546 Abs. 2 BGB anzusehen. Er ist deshalb im selben Umfang wie der Hauptmieter zur Herausgabe des Mietobjektes verpflichtet.

2. Erforderlichkeit eines Vollstreckungstitels § 750 Abs. 1 ZPO

Mit der Rechtsprechung des BGH⁵⁵ ist zur Durchführung der Herausgabevollstreckung auch ein Vollstreckungstitel gemäß § 750 Abs. 1 ZPO gegen den Untermieter erforderlich. Dies gilt selbst dann, wenn der Verdacht besteht, dem Untermieter sei der Besitz nur eingeräumt worden, um die Zwangsräumung zu vereiteln.⁵⁶ Gibt der Untermieter also zunächst den Besitz an der Mietsache nicht auf, ist er ebenso wie der Hauptmieter gerichtlich auf Räumung des Mietobjektes in Anspruch zu nehmen. Zur Vermeidung der Abgabe eines sofortigen Anerkenntnisses des Untermiters und der damit verbundenen Kostenfolge gem. § 93 ZPO ist der Vermieter gehalten, dem Untermieter ebenfalls und gesondert zur Kündigung des Mietverhältnisses gegenüber dem Hauptmieter ein außergerichtliches Aufforderungsschreiben gemäß § 546 Abs. 2 BGB zuzustellen und für den Zugangsnachweis Sorge zu tragen.

Der Streitwert des Herausgabeverfahrens gegenüber dem Untermieter bemisst sich gemäß § 41 Abs. 2 GKG auf das für die Dauer eines Jahres zu zahlende Entgelt.⁵⁷

3. Vorgehen gegen den Untermieter gemäß § 940a ZPO

Liegt ein Wohnraummietverhältnis vor und hat der Vermieter bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung im Räumungsverfahren gegenüber dem Mieter keine Kenntnis von dem Vorliegen einer Untervermietung oder der Person des Untermiters erlangt, kann er gegen diesen im Falle des Vorliegens der weiteren Voraussetzungen gemäß § 940a ZPO vorgehen. Der Untermieter kann also ggf. mit einstweiliger Räumungsverfügung in Anspruch genommen werden.

§ 940a ZPO findet seinem Wortlaut nach jedoch keine Anwendung auf Gewerberaummietverhältnisse.⁵⁸

IX. Zahlungsansprüche des Vermieters im Zusammenhang mit dem Untermietverhältnis

1. Anspruch auf Nutzungsentschädigung gegen den Untermieter, § 990 Abs. 1 S. 2 BGB

Insbesondere bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptmieters stellt sich für den Vermieter die Frage, inwieweit Zahlungsansprüche auch gegenüber dem Untermieter direkt geltend gemacht werden können. Selbstverständlich sind direkte vertragliche Beziehungen zwischen dem Vermieter und dem Untermieter nicht gegeben, so dass ein Anspruch nicht aus § 535 Abs. 1 BGB hergeleitet werden kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Untermieter unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gegenüber dem Vermieter zahlungspflichtig wäre. Vielmehr sind zumindest bei Fortsetzung des Besitzes an der Mietsache durch den Untermieter nach bereits eingetretener wirksamer Beendigung des Hauptmietvertrages Ansprüche nach den Vorschriften der §§ 987 ff BGB in Betracht zu ziehen.⁵⁹ Hat der Untermieter von der erfolgten wirksamen Beendigung des Hauptmietverhältnisses Kenntnis erlangt, ist er von diesem Zeitpunkt an zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen gegenüber dem Vermieter gemäß §§ 990 Abs. 1, 987 Abs. 1 BGB verpflichtet. Dieser Nutzungsentschädigungsanspruch ist auch nicht etwa nur auf den Teil der konkret vom Untermieter innegehaltenen

⁵⁵ BGH v. 14.08.2008, I ZB 39/08, NZM 2008, 805-806.

⁵⁶ BGH v. 14.08.2008, I ZB 39/08, NZM 2008, 805-806.

⁵⁷ Kammergericht Berlin v. 26.11.2012, 8 W 77/12, WuM 2013, 182-183.

⁵⁸ Kammergericht Berlin v. 05.09.2013, 8 W 64/13, NZM 2013, 791-792; auch keine entsprechende Anwendung: Landgericht Köln v. 12.06.2013, 1 T 147/13, NZM 2013, 732-733; anders: Landgericht Hamburg v. 27.06.2013, 334 O 104/13, NZM 2013, 860-861.

⁵⁹ OLG Düsseldorf v. 26.11.2009, 24 U 91/09, ZMR 2010, 755-756.

Räumlichkeiten beschränkt.⁶⁰ Dies wiederum liegt darin begründet, dass es dem Vermieter nicht zuzumuten ist, die Wohnung in Teilen zurückzunehmen bzw. nur zum Teil neu zu vermieten.⁶¹

Der Hauptmieter und der Untermieter haften dem Vermieter gegenüber hinsichtlich der Herausgabe als auch hinsichtlich einer Nutzungsentschädigung für den Zeitraum nach Beendigung des Mietverhältnisses als Gesamtschuldner, jedoch mit unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen. Während die Nutzungsentschädigungspflicht gemäß § 546a BGB des Hauptmieters sich an der ortsüblichen Miete für das Mietobjekt orientiert, bemisst sich die Nutzungsentschädigung gemäß § 990 Abs. 1, § 987 Abs. 1 BGB nach dem objektiven Mietwert der genutzten Räume.⁶²

Die Kenntnis des Untermieters von der Beendigung des Hauptmietvertrages und den damit auch beendeten abgeleiteten Besitzrecht des Untermieters kann durch eine Information des Untermieters im Rahmen des Ausspruchs der Kündigung gegenüber dem Hauptmieter bei Aufforderung zur Räumung gemäß § 546 Abs. 2 BGB eintreten; hat der Vermieter keine Kenntnis von der Untervermietung oder der Person des Untermieters tritt die Kenntnis des Untermieters jedenfalls spätestens ein, wenn der Untermieter im Zuge der Räumungsvollstreckung das fehlende Vorliegen eines gegen ihn persönlich gerichteten Titels gem. § 750 Abs. 1 ZPO geltend macht.

2. Herausgabe von Nutzungen durch den Mieter

Nach Rechtshängigkeit des Rückgabeanspruches schuldet der Mieter im Rahmen der Herausgabe von Nutzungen nach §§ 546 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB dem Vermieter auch die Auskehr eines durch Untervermietung erzielten Mehrerlöses. Dazu kann auch eine Entschädigung gehören, die der Mieter von dem Untermieter als Abfindung für eine vorzeitige Beendigung des Untermietverhältnisses erhalten hat.⁶³

Zu den Nutzungen gehören gemäß §§ 100, 99 Abs. 3 BGB unter anderem auch die mittelbaren Sachfrüchte, das heißt diejenigen Erträge, die die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Hierzu gehören in erster Linie die durch die Untervermietung der an sich bereits herauszugebenden Mieträume tatsächlich noch erzielten Mieteinnahmen.⁶⁴ Diese Nutzungen sind auch nicht nur auf den objektiven Mietwert beschränkt. Eine solche Beschränkung ergibt sich nur als Bemessungsgrundlage, wenn die Nutzungen durch Eigengebrauch gezogen wurden.⁶⁵ Liegt die tatsächliche Nutzung jedoch in Form einer Fruchtziehung vor, sind diese selbst vollständig abzuführen.⁶⁶ Der Herausgabeanspruch erstreckt sich in diesem Falle über den objektiven Mietwert hinaus auch auf einen konkret erzielten höheren Untermietzins und eine ggf. vereinnahmte Entschädigung für die vorzeitige Auflösung des Untermietvertrages. Insoweit ist unerheblich, ob der Vermieter diese Nutzungen auch selbst gezogen hätte.⁶⁷ Ausgenommen von der Herausgabeverpflichtung ist lediglich ein Gewinn (des Hauptmieters), wenn er nicht aus der herauszugebenden Sache erzielt wurde, sondern ausschließlich auf der besonderen Leistung und Fähigkeit des Schuldners (Hauptmieter) beruht.⁶⁸

⁶⁰ OLG Düsseldorf v. 26.11.2009, 24 U 91/09, ZMR 2010, 755-756; Landgericht Kiel v. 28.07.1994, 1 S 166/93, WuM 1995, 540.

⁶¹ OLG Hamburg, ZMR 1958, 298; Landgericht Kiel v. 28.07.1994, 1 S 166/93, WuM 1995, 540.

⁶² OLG Düsseldorf v. 26.11.2009, 24 U 91/09, ZMR 2010, 755-756.

⁶³ BGH v. 12.08.2009, XII ZR 76/08, NZM 2009, 701-703.

⁶⁴ BGH v. 21.09.2001, V ZR 228/00, NJW 2002, 60-62; BGH v. 11.11.1994, V ZR 116/93, NJW 1995, 454-455.

⁶⁵ BGH v. 21.09.2001, V ZR 228/00, NJW 2002, 60-62.

⁶⁶ BGH v. 03.06.2005, V ZR 106/04, NJW-RR 2005, 1542-1543; BGH v. 21.09.2001, V ZR 228/00, NJW 2002, 60-62.

⁶⁷ BGH v. 12.08.2009, XII ZR 76/08, NZM 2009, 701-703.

⁶⁸ BGH v. 12.08.2009, XII ZR 76/08 m.w.N., NZM 2009, 701-703.

X. Fazit

Ausgangspunkt aller für den Mieter oder Vermieter potentiell entstehender Risiken ist letztlich die Frage der Genehmigungspflichtigkeit der in Aussicht genommenen Untervermietung. Fehlbeurteilungen insbesondere in Bezug auf einen bestehenden Anspruch können den Mieter zur (unberechtigten) Gebrauchsüberlassung verleiten, an deren Ende nicht nur die Beendigung des Mietverhältnisses, sondern auch Schadensersatzpflichten gegenüber dem Vermieter und insbesondere dem Untermieter in Bezug auf das mit diesem ja noch wirksamen Mietverhältnisses stehen können. Umgekehrt entstehen auch Schadensersatzpflichten für den Vermieter, wenn er unzutreffend einen berechtigten Anspruch des Mieters auf Genehmigung der Untervermietung verkennt. Darüber hinaus muss der Vermieter sich auch im Rahmen der freien Ermessensentscheidung der Regelung des § 540 Abs. 1 S. 2 BGB gewahr sein, sofern er nicht diesbezügliche vertragliche Vorkehrungen wirksam getroffen hat.