

Fristsetzungserfordernis für Vermieteransprüche bei Verletzung vertraglicher Pflichten

Nach der Beendigung des Mietverhältnisses ist der Mieter gemäß § 546 Abs. 1 BGB zur Rückgabe der Mietsache an den Vermieter verpflichtet. Häufig befindet sich die Mietsache dabei jedoch nicht in dem Zustand, in dem sie sich bei Rückgabe vertragsgemäß befinden müsste: Sie weist Beschädigungen oder Veränderungen auf, Schönheitsreparaturen sind entgegen der vertraglichen Absprache nicht durchgeführt, usw. In all diesen Fällen stellt sich die praktisch wichtige Frage, ob der Vermieter sofort Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB verlangen kann, oder aber dem Mieter zunächst nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB eine Frist zur ordnungsgemäßen Erfüllung setzen muss und erst nach Fristablauf Schadensersatz verlangen kann. Der folgende Beitrag geht dieser viel diskutierten Frage nach und soll zeigen, dass sie durch konsequente Anwendung allgemeiner schuldrechtlicher Grundsätze sachgerecht gelöst werden kann.

I. Einführung und Problemstellung

Zur Einführung in die Problematik sollen die folgenden Beispielfälle dienen:

Fall 1: V hat eine Wohnung an M vermietet. Bei der Rückgabe der Wohnung nach Beendigung des Mietverhältnisses stellt V jedoch fest, dass der Parkettboden ganz erhebliche Beschädigungen aufweist, die keinesfalls mehr vom vertragsgemäßen Gebrauch umfasst sind.

Fall 2: V hat eine Wohnung an M vermietet. Bei der Rückgabe der Wohnung nach Beendigung des Mietverhältnisses stellt V jedoch fest, dass sich noch immer ein Terrarium mit gefährlichen exotischen Tieren in der Wohnung befindet, obwohl eine solche Tierhaltung vertraglich in zulässiger Weise von vornherein untersagt wurde.

Fall 3: V hat eine Wohnung an M vermietet. Bei der Rückgabe der Wohnung nach Beendigung des Mietverhältnisses stellt V jedoch fest, dass M die Schönheitsreparaturen nicht durchgeführt hat, obwohl diese ihm zulässigerweise vertraglich übertragen wurden.

Gemäß § 546 Abs. 1 BGB muss der Mieter die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses an den Vermieter zurückgeben. Nach ganz h.M. erstreckt sich der Rückgabeanspruch des Vermieters nicht nur auf die Wiedereinräumung des Besitzes, sondern auf die Rückgabe der Mietsache in dem Zustand, in dem sie sich vertragsgemäß befinden muss.¹ Typischerweise muss die Mietsache also ohne Beschädigung, vollständig gereinigt und geräumt, ohne verbleibende bauliche Veränderungen und bei wirksamer vertraglicher Vereinbarung mit vollständig durchgeführten Schönheitsreparaturen zurückgegeben werden.² Fraglich ist nun aber, welche Ansprüche dem Vermieter zustehen, wenn die Mietsache dem vertragsgemäßen Zustand wie in *Fall 1* bis *Fall 3* nicht entspricht. Eine Möglichkeit besteht darin, dem Vermieter sogleich einen Anspruch auf Schadensersatz wegen

¹ MünchKomm/Bieber, 7. Aufl. 2016, § 546 Rn. 10; Staudinger/Rolfs, Neubearb. 2014, § 546 Rn. 21; Eisenschmid, WuM 2010, 459 (466); Langenberg/Zehlein/Zehlein, Schönheitsreparaturen, 5. Aufl. 2015, Teil III. Rn. 126; einschränkend BGH, Urt. v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12 = WuM 2014, 23 Rn. 15 (zit. nach juris).

² Blank/Börstinghaus/Blank, 5. Aufl. 2017, § 546 Rn. 44 ff.; Jauernig/Teichmann, 16. Aufl. 2015, § 546 Rn. 2; Schmidt-Futterer/Streyll, 12. Aufl. 2015, § 546 Rn. 36 ff.

Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu gewähren. Anknüpfend an die zuvor getätigte Aussage, der Anspruch des Vermieters erstreckte sich auf die Rückgabe der Mietsache in vertragsgemäßem Zustand, könnte man jedoch auch annehmen, dass die Verletzung dieser Pflicht durch den Mieter letztlich eine Schlechterfüllung des Rückgabeanspruchs darstellt und dass deshalb § 281 BGB zur Anwendung kommen muss. Dies hätte zur Folge, dass der Vermieter dem Mieter zunächst eine Frist zur Vornahme der Schönheitsreparaturen, zur Beseitigung der Beschädigungen, etc. setzen müsste und erst nach erfolglosem Fristablauf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB verlangen könnte.³ Für ohne Fristsetzung ausgeführte Beseitigungen erhalte der Vermieter dagegen keinen Ersatz.

II. Meinungsstand

Höchstrichterlich ist die Frage bislang nicht ausdrücklich entschieden.⁴ Es existieren jedoch einige instanzgerichtliche Urteile sowie zahlreiche Stellungnahmen in der Literatur. Die zu diesem Problemkreis vertretenen Meinungen lassen sich im Wesentlichen in drei Standpunkte unterteilen:

1. Einheitliche Behandlung nach § 280 Abs. 1 BGB

Ein Teil der Literatur will in den dargestellten Konstellationen einheitlich § 280 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage heranziehen.⁵ Zwar spreche die Dogmatik dafür, die vertragsgemäße Rückgabe der Mietsache als Leistungspflicht einzuordnen mit der Folge, dass im Falle von Beschädigungen oder Veränderungen der Mietsache eine Schlechtleistung vorliege und somit § 281 BGB einschlägig wäre. Gleichwohl sei aus pragmatischen Gründen § 280 Abs. 1 BGB anzuwenden.

2. Anwendung von § 280 Abs. 1 BGB jedenfalls bei Substanzverletzungen

Ein großer Teil der Literatur⁶ und ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung⁷ will zwar Pflichtverletzungen wie die Nichtdurchführung von Schönheitsreparaturen § 281 BGB

³ Sofern die vom Vermieter geschuldete Leistung durch die Selbstvornahme des Vermieters nach § 275 BGB unmöglich wird, kommt auch ein Anspruch des Vermieters nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB in Betracht. Auf diese Abgrenzung soll jedoch im Folgenden nicht weiter eingegangen werden.

⁴ Zur Rechtsprechung des BGH vgl. unten IV. 3.

⁵ BeckOK/*Ehlert*, Stand: 1.8.2012, § 546a Rn. 20; möglicherweise auch MünchKomm/*Bieber*, 7. Aufl. 2016, § 546a Rn. 18, der § 280 BGB zumindest auf nicht ordnungsgemäß ausgeführte „Schönheits- oder andere Reparaturen“ anwenden will.

⁶ BeckOGK/*Zehelein*, Stand: 1.1.2017, § 546 Rn. 111; Blank/*Börstinghaus/Blank*, 5. Aufl. 2017, § 546a Rn. 51 und § 538 Rn. 3; *Oechsler*, NZM 2004, 881, 888; Schmidt-Futterer/*Strey*, § 546a Rn. 83; Schmidt-Futterer/*Langenberg*, § 538 Rn. 257, 368; Langenberg/*Zehelein/Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Teil II. Rn. 112 ff.; zumindest für Beschädigungen während des laufenden Mietverhältnisses ebenso Staudinger/*Emmerich*, § 538 Rn. 6; Jauernig/*Teichmann*, 16. Aufl. 2015, § 538 Rn. 2; Schulze/*Scheuch/Ebert*, 9. Aufl. 2017, § 538 Rn. 2.

⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.3.2013 – 10 U 72/12 = ZMR 2013, 629; LG Saarbrücken, Urt. v. 21.11.2014 – 10 S 60/14 = ZMR 2015, 32 (unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung); LG Detmold, Urt. v. 1.6.2011 – 10 S 14/09 Rn. 8 (zit. nach juris); AG Köpenick, Urt. v. 5.10.2012 – 4 C 64/12 Rn. 17 (zit. nach juris); sympathisierend auch LG Dessau-Roßlau, Urt. v. 29.9.2016

unterstellen, jedoch bei Substanzverletzungen der Mietsache § 280 Abs. 1 BGB anwenden. Zwar wird auch hier teilweise geäußert, die Anwendung des § 281 BGB erscheine „zunächst zwingend“⁸ bzw. habe „faszinierende Vorteile“.⁹ Allerdings könne der unberatene juristische Laie dem Gesetz das Fristsetzungserfordernis nicht entnehmen, sodass viele Vermieter auf ihren Kosten sitzenbleiben würden.¹⁰ Im Übrigen entstehe bei einheitlicher Anwendung des § 281 Abs. 1 BGB ein Wertungswiderspruch: Beschädige der Mieter während der Mietzeit die Mietsache, so stehe dem Vermieter ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 BGB zu, ohne dass es einer Fristsetzung bedürfte. Es sei eine nicht erklärbare Benachteiligung des Vermieters, wenn dieser Anspruch nach Beendigung des Mietverhältnisses nun Teil des Leistungsinteresses würde und nur noch nach einer Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 BGB liquidiert werden könnte.¹¹ Aufbauend darauf wird geltend gemacht, im Falle einer Veräußerung der Mietsache nach § 566 Abs. 1 BGB müsse es zu widersinnigen Ergebnissen kommen. Denn Ansprüche, die vor der Veräußerung fällig würden, verblieben beim Veräußerer, während nach Veräußerung fällig gewordene Ansprüche dem Erwerber zustünden. Beschädige der Mieter während der Mietzeit die Sache, so entstehe ein sofort fälliger Anspruch des Vermieters nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Wenn der Vermieter die Mietsache nun veräußere, so entstehe nach der Beendigung des Mietverhältnisses mit dem Erwerber ein Leistungsanspruch des Erwerbers gegen den Mieter auf Beseitigung der Beschädigungen. Das führe dazu, dass der Mieter dem früheren Vermieter und Veräußerer zum Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB und dem Erwerber und jetzigem Vermieter zur Beseitigung der Schäden verpflichtet sei.¹² Alternativ wird die Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB bei Substanzverletzungen mit der Erwägung begründet, der Mieter könne bei einem Eingriff in die Sachsubstanz nicht mehr wie geschuldet leisten und somit seine Pflicht zur unbeschädigten Rückgabe der Sache nicht mehr erfüllen – die Reparatur sei nur eine Behebungsmaßnahme, die den vorherigen Zustand als solchen nicht mehr herstellen könne.¹³ Und schließlich wird mit einem Gleichlauf zum Deliktsrecht argumentiert: Beschädige der Mieter die Mietsache, so entstehe ein Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB, der eine Fristsetzung ebenfalls nicht voraussetze.¹⁴

– 5 S 177/15, das zwar letztlich auch bei vertragswidrigen Substanzverletzungen § 281 BGB anwendet, in diesen Fällen jedoch die Fristsetzung für entbehrlich hält und die Auffassung von *Streyll* (Fn. 6) in Rn. 9 (zit. nach juris) als „beachtliche Auffassung“ bezeichnet.

⁸ Schmidt-Futterer/*Streyll*, § 546a Rn. 83.

⁹ Langenberg/*Zehlein/Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Teil II. Rn. 113.

¹⁰ Schmidt-Futterer/*Streyll*, § 546a Rn. 83; aufgrund der komplizierten Rechtslage rät *Kandelhard*, NJW 2002, 3291 (3294) stets zu einer Fristsetzung.

¹¹ BeckOGK/*Zehlein*, Stand: 1.1.2017, § 546 Rn. 108; Langenberg/*Zehlein/Langenberg*, Schönheitsreparaturen, Teil II. Rn. 114; Schmidt-Futterer/*Streyll* (Fn. 6), § 546a Rn. 83; dem folgend LG Saarbrücken ZMR 2015, 32 Rn. 18 (zit. nach juris) und LG Detmold, Urt. v. 1.6.2011 – 10 S 14/09 Rn. 8 (zit. nach juris).

¹² Schmidt-Futterer/*Streyll*, § 546a Rn. 83, der dies als „absurde Situation“ bezeichnet, die der Annahme ähnele, „der § 281 BGB unterliegende Leistungsanspruch auf Beseitigung trete nicht an die Stelle, sondern neben den Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB“; dem folgend LG Detmold, Urt. v. 1.6.2011 – 10 S 14/09 Rn. 8 (zit. nach juris).

¹³ BeckOGK/*Zehlein*, Stand: 1.1.2017, § 546 Rn. 110 f.

¹⁴ *Oechsler*, NZM 2004, 881, 888; dem folgend LG Saarbrücken, ZMR 2015, 32 Rn. 17 (zit. nach juris); auch Blank/*Börstinghaus/Blank* § 546a Rn. 51 bezeichnet § 280 Abs. 1 BGB in diesem Zusammenhang als „deliktischen Schadensersatzanspruch“.

3. Einheitliche Anwendung von § 281 BGB

Ein anderer Teil der Rechtsprechung¹⁵ und ein Teil der Literatur¹⁶ stehen dagegen auf dem Standpunkt, dass die unbeschädigte und vertragsgemäße Rückgabe der Sache einheitlich § 281 BGB zu unterstellen sei. Zum einen komme man an der Tatsache, dass die vertragsgemäße Rückgabe Teil des Leistungsinteresses sei, nicht vorbei. Zum anderen lasse sich der Begriff der Substanzverletzung nicht trennscharf von anderen Beeinträchtigungen abgrenzen, sodass es praktikabler erscheine, die vertragsgemäße Rückgabe insgesamt dem Erfordernis der Fristsetzung zu unterstellen.¹⁷ Im Übrigen sei das Argument, dem Vermieter stehe während der Mietzeit bereits ein Anspruch auf Geldersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 2 S. 1 BGB zu, zweifelhaft. Denn ein solcher Anspruch würde dem Vermieter den Geldersatz zur freien Verfügung zuweisen, obwohl im laufenden Mietverhältnis die Schadensbehebung dem Mieter zugutekommen müsste.¹⁸

III. Die Schwächen der dargestellten Konzeptionen

Auch wenn die dargestellten Konzeptionen zum Teil gute Argumente für sich beanspruchen können, überzeugen sie letztlich nicht (vollends).

1. Argumente gegen eine einheitliche Behandlung nach § 281 BGB

a) Keine schlüssige Erklärung für eine Umwandlung eines Anspruchs nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in einen Leistungsanspruch

Das von den Vertretern der Auffassung, bei Substanzverletzungen sei §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB anzuwenden, vorgebrachte Argument, es sei eine nicht erklärbare Schlechterstellung des Vermieters, wenn durch eine mieterseitige Beschädigung während des laufenden Mietverhältnisses ein Anspruch des Vermieters nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB entstehe, dieser aber anschließend nur als Teil des Leistungsinteresses nach § 281 BGB geltend gemacht werden könne¹⁹, ist zutreffend. Es fehlt jede schlüssige Erklärung dafür, warum ein bereits entstandener Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bei Beendigung des Mietverhältnisses plötzlich von einer Fristsetzung abhängig sein soll. Der Einwand, ein Schadensersatzanspruch stehe dem Vermieter während des laufenden Mietverhältnisses nicht zu²⁰, verfängt nicht. Es ist zwar richtig, dass der Vermieter während der Mietzeit nicht berechtigt ist, nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 2 S. 1 BGB Ausgleich der Beschädigung in Geld zu verlangen, ohne gleichzeitig die Mietsache zu reparieren. Der Vermieter würde schadensrechtlich überkompensiert, wenn er den Schaden in Geld ersetzt bekäme und

¹⁵ OLG Köln, Urt. v. 21.5.2015 – I-18 U 60/14, 18 U 60/14 = MDR 2016, 207; LG Saarbrücken, Urt. v. 23.3.2012 – 10 S 29/11 (mittlerweile aufgegeben); AG Zweibrücken, Urt. v. 26.6.2013 – 2 C 71/13 = ZMR 2014, 218; AG Kassel, Urt. vom 07.5.2009 – 40 C 384/08 = WuM 2011, 467.

¹⁶ *Kraemer*, NZM 2010, 395; *ders.* in: FS Blank, 2006, S. 281 (289); *Scheuer/Emmerich* in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kapitel V.A Rn. 150; Palandt/*Weidenkaff*, 76. Aufl. 2017, § 546 Rn. 7.

¹⁷ OLG Köln, Urt. v. 21.5.2015 – I-18 U 60/14, 18 U 60/14 Rn. 44 (zit. nach juris).

¹⁸ OLG Köln, Urt. v. 21.5.2015 – I-18 U 60/14, 18 U 60/14 Rn. 45 (zit. nach juris) unter Berufung auf *Kraemer*, NZM 2010, 395.

¹⁹ Vgl. die Nachweise in Fn. 11.

²⁰ Vgl. die Nachweise in Fn. 18

zusätzlich von der Mietminderung nach § 536 BGB und seiner Instandsetzungspflicht nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB befreit würde. Der Vermieter kann deshalb entweder nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB Freistellung von Mietminderung und Instandsetzungspflicht oder nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 2 S. 1 BGB Schadensersatz in Geld verlangen. Entscheidet er sich für den Schadensersatz in Geld, mindert sich die Miete folglich gemäß § 536 BGB und der Vermieter ist nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zur Instandsetzung der Mietsache verpflichtet. Hierbei handelt es sich jedoch zum einen lediglich um Fragen der Schadensberechnung, die nichts daran ändern, dass ein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zugunsten des Vermieters entsteht.²¹ Und zum anderen könnte der Vermieter doch gerade nach Beendigung des Mietverhältnisses unproblematisch vollen Schadensersatz in Geld nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 2 S. 1 BGB verlangen – denn zu diesem Zeitpunkt trifft ihn keine Instandsetzungspflicht mehr. Besonders deutlich wird dies, wenn der Mieter die Mietsache erst nach Fälligkeit des Rückgabeanspruchs beschädigt. In diesem Fall stellen sich die schadensrechtlichen Probleme von vornherein nicht. Warum dann kein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB entstehen soll, lässt sich nicht erklären.

Die „Verwandlung“ eines Schadensersatzanspruchs in einen Leistungsanspruch lässt sich insbesondere nicht damit erklären, dass nach der Beendigung des Mietverhältnisses die ordnungsgemäße Rückgabe Teil des Leistungsinteresses werde.²² Aus § 546 Abs. 1 BGB lässt sich dies schon deshalb nicht herleiten, da der Mieter nach dieser Vorschrift – anders als beispielsweise im Falle von § 433 Abs. 1 S. 1 BGB – nur zur Rückgabe, nicht aber zur Rückgabe in einem bestimmten Zustand verpflichtet ist.²³ Zwar ist zutreffend, dass der Vermieter darüber hinaus im Ergebnis die Rückgabe der Mietsache in ordnungsgemäßigem Zustand verlangen kann.²⁴ Ob es sich hierbei um einen (einheitlichen) Leistungsanspruch handelt, ist aber gerade die Frage, sodass die Argumentation mit einem einheitlichen Leistungsinteresse letztlich eine *petitio principii* darstellt.

b) Keine Berechtigung des Mieters zur Reparatur

Noch schwerer wiegt der folgende Einwand: Eine Leistungspflicht des Mieters zur Beseitigung von Beschädigungen kann schon deshalb nicht bestehen, weil der Mieter insbesondere nach Beendigung des Mietverhältnisses zur Beseitigung von Beschädigungen und anderen vertragswidrigen Zuständen überhaupt nicht berechtigt ist. Bei kleineren Beschädigungen (z.B. Löcher in der Wand oder im Fußboden) wird das nicht plastisch, weil dem Mieter ohnehin häufig Schönheits- und Kleireparaturen übertragen werden und man deshalb intuitiv an der

²¹ Vgl. *Gsell*, NZM 2010, 71 (77 f.); im Ergebnis zutreffend AG Köln WuM 1991, 679, wonach der Vermieter die Beseitigung schuldhafter verursachter Beschädigungen der Mietsache sofort verlangen kann, ohne bis zur Beendigung des Mietverhältnisses abzuwarten; auch *Staudinger/Emmerich*, Neubearb. 2014, § 538 Rn. 6 hält den Schadensersatzanspruch für sofort fällig – allerdings soll der Vermieter nach Treu und Glauben verpflichtet sein, dem Mieter zunächst Gelegenheit zur Naturalrestitution zu geben; a.A. (keine Fälligkeit eines Schadensersatzanspruchs nach § 326 BGB a.F. bei fortlaufendem Mietverhältnis) wohl LG Berlin ZMR 1995, 258 (allerdings unter unzulässiger Gleichsetzung mit der Konstellation in BGHZ 111, 301 = WuM 1990, 494, in der es um die Nichtvornahme von Schönheitsreparaturen ging).

²² So aber *Kraemer*, in: FS Blank, 2006, S. 281 (289).

²³ Zutreffend insoweit BGH, Urt. v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12 = WuM 2014, 23 Rn. 15 (zit. nach juris).

²⁴ Vgl. die Nachw. in Fn. 1 und 2.

Verpflichtung bzw. Berechtigung des Mieters zur Vornahme solcher Reparaturen keinen Anstoß nimmt. Stellt man sich jedoch vor, der Mieter habe aus Lust an der Pyrotechnik die halbe Wohnung des Vermieters abgebrannt, so leuchtet es ein, dass der Vermieter dem Mieter in diesem Fall nicht nach § 281 BGB eine Frist zum „Wiederaufbau“ der Wohnung setzen muss. Auch wenn man sich hier noch durch die Annahme, die Frist sei aufgrund der absichtlichen Brandstiftung nach § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich, im Ergebnis „heraustricksen“ könnte, ändert das nichts an der Tatsache, dass man – befürwortete man eine einheitliche Anwendung des § 281 BGB – den Mieter jedenfalls grundsätzlich für zum Wiederaufbau verpflichtet und berechtigt hielte. Wandelt man den Fall dahingehend ab, dass der Mieter die Wohnung lediglich fahrlässig abgebrannt hat, wird es noch deutlicher: Hier wäre die Frist (wohl) nicht nach § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich, sodass nicht der Vermieter gegen den Mieter sogleich einen Schadensersatzanspruch hätte, sondern vorrangig der Mieter berechtigt und verpflichtet wäre, die Wohnung wiederaufzubauen. Dies wäre nicht nur ein eigenartiges Ergebnis, es stünde auch mit dem Wesen des Mietvertrags als Gebrauchsüberlassungsvertrag in Widerspruch. Die Gebrauchsüberlassung impliziert, dass der Mieter die Sache während der Mietzeit benutzen darf und sie am Ende der Mietzeit zurückgeben muss.²⁵ Wäre der Mieter jedoch vorrangig berechtigt, die Wohnung des Vermieters wiederaufzubauen, so würde der Mieter zum Werkunternehmer und der Mietvertrag nähme Züge eines Werkvertrages an.

c) Praktikabilität einer einheitlichen Einordnung keine ausreichende Rechtfertigung

Sofern für eine einheitliche Anwendung des § 281 BGB ins Feld geführt wird, sie habe praktische Vorzüge²⁶, vermag dies nicht zu überzeugen. Die Tatsache, dass eine Trennung zwischen Substanzverletzung und sonstigen Beeinträchtigungen mitunter schwierig sein kann, rechtfertigt für sich genommen keine einheitliche Behandlung nach § 281 BGB. Denn es wäre normativ ohne weiteres möglich, einen Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB nur so weit reichen zu lassen wie die Substanzverletzung reicht. Das genannte Abgrenzungsproblem stellt sich auch an anderen Stellen im Schuldrecht: So muss beispielsweise im Rahmen des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB auch stets die Frage beantwortet werden, inwieweit die Beschädigung einer Sache vorliegt und inwieweit deshalb der Gläubiger unmittelbar den entsprechenden Geldbetrag verlangen kann.

Jenseits der behaupteten Abgrenzungsprobleme versteht sich von selbst, dass ein Verweis auf die abstrakte Praktikabilität einer einheitlichen Behandlung nach § 281 BGB nicht ausreichend ist. Ein Gericht würde einem Vermieter auf diese Weise nur einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB aus der Hand schlagen, um sich Subsumtionsarbeit zu ersparen. Es ließe sich auch nicht argumentieren, dem Vermieter würden Abgrenzungsprobleme dadurch erspart, dass er stets eine Frist setzen müsse. Denn der Vermieter ist – sollte er sich bezüglich der Anspruchsgrundlage unsicher sein – auch bei Vorliegen eines Anspruchs nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB selbstverständlich nicht gehindert, vor der eigenmächtigen Beseitigung der Beeinträchtigungen vorsorglich eine Frist zu setzen. Die Frage, ob ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB vorliegt, stellt sich ja in erster Linie dann, wenn der Vermieter Schadensersatz verlangt, obwohl er tatsächlich keine Frist gesetzt hat. Und in diesem Fall ist es – sollte ein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB vorliegen – unzulässig, unter Hinweis auf die Praktikabilität dem Gesetz zuwider eine Fristsetzung zu verlangen.

²⁵ *Katzenstein* NZM 2008, 594 (598 f.); MünchKomm/*Bieber*, § 546 Rn. 1.

²⁶ OLG Köln, Urt. v. 21.5.2015 – I-18 U 60/14, 18 U 60/14 Rn. 44 (zit. nach juris).

2. Argumente gegen die besondere Behandlung von Substanzverletzungen

Argumente gegen die Auffassung, die (nur) Substanzverletzungen nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB behandeln will, lassen sich etwas schwerer finden. Das liegt vornehmlich daran, dass – so viel sei vorweggenommen – dieser Ansatz in den meisten Fällen zumindest zum praktisch richtigen Ergebnis führt. Die entscheidende Schwäche dieser Konzeption besteht jedoch darin, dass keine Erklärung für eine gesonderte Behandlung von Substanzverletzungen existiert.

a) Fehlende Erklärung für eine Einbeziehung vertragsgemäßer Substanzverletzungen in §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

Einigkeit dürfte im Grundsatz darüber bestehen, dass die Behandlung von Substanzverletzungen nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auf die Fälle beschränkt werden muss, in denen sich der Mieter vertragswidrig verhält. Denn wenn der Vermieter dem Mieter die Substanzverletzung – etwa durch Montierung einer Satellitenschüssel – gestattet hat, liegt keine Pflichtverletzung, sondern vertragsgemäßer Gebrauch i.S.v. § 538 BGB vor, sodass auch kein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB entstehen kann. Unklar ist allerdings, wie Fälle behandelt werden sollen, in denen der Mieter vertraglich gestattete Substanzverletzungen bei Beendigung des Mietverhältnisses vertragswidrig nicht rückgängig gemacht hat (Beispiel: Der Mieter hat die Substanzschäden, die durch den erlaubten Einbau der Satellitenschüssel entstanden sind, bei Beendigung des Mietverhältnisses trotz entsprechender vertraglicher Verpflichtung nicht beseitigt). Sofern man diese Fälle unter §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB fassen will, bleibt man die Erklärung dafür schuldig, warum hier eine andere Behandlung geboten sein soll als beispielsweise bei der Nichtvornahme von Schönheitsreparaturen oder bei der Verpflichtung zum Rückbau erlaubter baulicher Veränderungen: In all diesen Fällen hat der Mieter nicht das Vermögen des Vermieters vertragswidrig verletzt, sondern jeweils nur eine Handlung nicht ausgeführt, zu der er bei Beendigung vertraglich verpflichtet war. Würde man dagegen „einlenken“ und den Anspruch auf die Beseitigung der (vertragsmäßig entstandenen) Schäden an der Bausubstanz hier § 281 BGB unterstellen, so wäre dies zwar richtig²⁷ – die Prämisse, Substanzverletzungen seien gesondert nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu behandeln, wäre jedoch hinfällig.

b) Keine Erklärung für die Beschränkung des Anspruchs nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auf Substanzverletzungen

Zudem fehlt es an einer Erklärung, warum *nur* bei Substanzverletzungen und nicht auch bei der Verletzung sonstiger Nebenpflichten ein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB entstehen soll. Es dürfte unstrittig sein, dass den Mieter nach § 241 Abs. 2 BGB nicht nur die Nebenpflicht trifft, Substanzverletzungen zu unterlassen.²⁸ Es ist für das Entstehen eines Schadensersatzanspruchs genauso wie in anderen schuldrechtlichen Konstellationen schlechterdings unerheblich, ob eine Substanzverletzung vorliegt, solange der Mieter nur schuldhaft eine Nebenpflicht verletzt hat und ein Schaden entstanden ist. So ist beispielsweise nicht ersichtlich, warum in einer Konstellation wie in *Fall 2*, in der mit der Einbringung der exotischen Tiere in die Wohnung eine schuldhafte Verletzung vertraglicher Nebenpflichten

²⁷ Siehe unten unter IV. 2. a).

²⁸ Vgl. den umfassenden Katalog der mieterseitigen Nebenpflichten bei BeckOK Mietrecht/*Kinne*, Stand: 15.5.2016, § 535 Rn. 4000 ff.; Jauernig/*Teichmann*, 16. Aufl. 2015, § 535 Rn. 27 f.; vgl. ferner die Ausführungen bei Blank/*Börstinghaus/Blank*, § 535 Rn. 509 ff.; MünchKomm/*Häublein*, 7. Aufl. 2016, § 535 Rn. 166 ff.

vorliegt²⁹, mangels Beschädigung der Mietsache kein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB entstehen soll, obwohl eine Substanzverletzung für einen Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB überhaupt nicht Voraussetzung ist.

Sofern die Sonderbehandlung von Substanzverletzungen mit einem zweckmäßigen Gleichlauf von Vertrags – und Deliktsrecht begründet wird,³⁰ so mag dies zwar als Argument dafür dienen, dass bei der Beschädigung von Sachen (zumeist) nicht § 281 BGB einschlägig ist. Es ist jedoch kein Beweis dafür, dass §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB *nur* bei Substanzverletzungen anwendbar sein kann. Denn zum einen können Ansprüche nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB schon wegen der fehlenden Beschränkung auf bestimmte Rechtsverletzungen weiter reichen als deliktische Ansprüche. Und zum anderen ist auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB unstreitig, dass das Eigentum nicht nur durch eine Beschädigung der Sachsubstanz verletzt werden kann.³¹

Eine unterschiedliche Behandlung lässt sich schließlich auch nicht damit erklären, dass die Reparatur lediglich eine Behebungsmaßnahme darstelle, sodass der Mieter bei einer Beschädigung der Sachsubstanz nicht mehr wie geschuldet leisten könne.³² Dies impliziert nämlich in einem ersten Schritt, dass die Pflicht des Mieters zur Rückgabe der Mietsache in ordnungsgemäßem Zustand eine umfassende Leistungspflicht ist und zweitens, dass diese Leistungspflicht (nur) dann nicht mehr erfüllt werden kann, wenn die Sache einmal beschädigt wurde. Für beide Annahmen fehlt jedoch letztlich der Beleg. Viele Beschädigungen sind ohne weiteres spurlos behebbar, sodass man bei einer behebbaren Beschädigung – unterstellte man grundsätzlich einen umfassenden Leistungsanspruch – an sich von einer Schlechtleistung i.S.v. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB ausgehen müsste. Wenn man weiter formuliert, der Mieter sei nicht verpflichtet, eine „wiederhergestellte, sondern eine erst gar nicht beschädigte Sache zurückzugeben“³³, so nimmt man wiederum letztlich ohne schlüssigen Beweis eine normative Wertung vor. Mit der gleichen Berechtigung könnte man sich in *Fall 2* auf den Standpunkt stellen, der Mieter sei nicht verpflichtet gewesen, eine von einem Terrarium befreite, sondern vielmehr eine Wohnung zurückzugeben, in die ein Terrarium mit gefährlichen Tieren niemals eingebracht worden ist. Das genannte Argument dient wahrscheinlich zur Begründung des intuitiv richtigen Ergebnisses, dass vertragswidrige Substanzverletzungen nicht § 281 BGB unterfallen sollen – es erklärt jedoch nicht, warum bei der Verletzung sonstiger Nebenpflichten kein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB entstehen soll.

3. Argumente gegen die einheitliche Behandlung nach § 280 Abs. 1 BGB

Eine einheitliche Behandlung aller Pflichtverletzungen ist schon deshalb nicht möglich, weil auf diese Weise das in § 281 Abs. 1 BGB statuierte Fristsetzungserfordernis schlicht umgangen würde. § 281 BGB enthält die gesetzgeberische Wertung, dass die bloße Nichterbringung einer Leistungspflicht den Gläubiger eben nicht sofort, sondern erst nach erfolglosem Fristablauf

²⁹ Das Halten exotischer Tiere gehört regelmäßig nicht zum zulässigen Wohngebrauch, vgl. OLG Karlsruhe WuM 2004, 226 sowie die umfassenden Nachw. bei Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 535 Rn. 552 Fn. 1622. Einer vertraglichen Regelung wie in *Fall 2* bedürfte es deshalb an sich gar nicht.

³⁰ Vgl die Nachweise in Fn. 14.

³¹ Vgl. zu den verschiedenen Möglichkeiten der Eigentumsverletzung statt vieler MünchKomm/*Wagner*, 7. Aufl. 2017 § 823 Rn. 222 ff.

³² So BeckOGK/*Zehelein*, Stand: 1.1.2017, § 546 Rn. 111.

³³ So BeckOGK/*Zehelein*, Stand: 1.1.2017, § 546 Rn. 111.

zum Schadensersatz statt der Leistung berechtigen soll.³⁴ Diese Voraussetzung darf im Mietrecht genauso wenig durch die schlichte Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB ausgehebelt werden wie in anderen schuldrechtlichen Konstellationen.

IV. Die zutreffende Lösung: Trennung zwischen Leistungspflicht und Pflicht zum Schadensersatz

Die vorliegende Konstellation lässt sich nur in den Griff kriegen, wenn man die Abgrenzung zwischen §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 und §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB nach dem Kriterium vornimmt, das beide Anspruchsgrundlagen tatsächlich unterscheidet: Das Vorliegen einer Leistungspflicht. Sofern der Mieter eine Leistungspflicht schuldet, ist § 281 BGB anwendbar, sofern eine Verletzung vertraglicher Nebenpflichten vorliegt, greift §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

1. Vorliegen einer Leistungspflicht

a) Abgrenzung der Leistungspflicht von der Pflicht zum Schadensersatz

Eine Leistungspflicht ist auf ein Leistungsinteresse gerichtet und enthält deshalb für den Schuldner typischerweise die Verpflichtung, das Vermögen des Schuldners „aufzustocken“.³⁵ Charakteristisch für das Vorliegen einer Leistungspflicht ist demnach typischerweise, dass der Gläubiger im weitesten Sinne die Übertragung eines Gegenstandes aus dem Vermögen des Schuldners in sein eigenes Vermögen beansprucht.³⁶ Ein klassisches Beispiel bildet der Anspruch nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB, der den Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger Besitz und Eigentum zu übertragen.

Demgegenüber handelt es sich bei §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB um einen Schadensersatzanspruch. Und mit einem Schadensersatzanspruch verlangt der Gläubiger nicht die „Aufstockung“ seines Vermögens, sondern Wiedergutmachung für einen verursachten Schaden.³⁷

Im Fall einer Leistungspflicht beansprucht der Gläubiger somit typischerweise die Übertragung eines Gegenstandes aus dem Vermögen des Schuldners und will somit – bildlich gesprochen – in das Vermögen des Schuldners „vordringen“, während bei Schadensersatzansprüchen wie §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 und § 823 BGB der Gläubiger Ausgleich dafür verlangt, dass der Schuldner – bildlich gesprochen – zuvor unzulässigerweise in sein Vermögen vorgedrungen ist und hierbei einen Schaden verursacht hat. Es ist deshalb auch konsequent, dass bei Verletzung einer Leistungspflicht nicht sogleich ein Schadensersatzanspruch entsteht. Der Gläubiger muss die nachträgliche Leistung des Schuldners grundsätzlich noch annehmen, weil er lediglich einen Anspruch auf eine Vermögensveränderung, nicht aber einen Restitutionsanspruch wegen einer Vermögensverletzung hat.

Hieraus ergibt sich, dass eine phänomenologische Abgrenzung wie „Ansprüche auf Übertragung des Besitzes sind Leistungspflichten“ oder „Ansprüche auf Behebung von Substanzverletzungen sind Schadensersatzansprüche“ nicht funktionieren kann. So ist beispielsweise der Anspruch auf die Rückübertragung des Besitzes nach § 546 Abs. 1 BGB eine

³⁴ MünchKomm/Ernst, 7. Aufl. 2016, § 281 Rn. 1.

³⁵ Begriff nach Picker, JZ 1987, 1041 (1044).

³⁶ Picker, AcP 183 (1983), 369 (395) spricht von einem „Wertetransfer“; Blank, WuM 2004, 243.

³⁷ Picker, AcP 183 (1983), 369 (395); Blank, WuM 2004, 243.

Leistungspflicht: Denn der Vermieter hat den Besitz in das Vermögen des Mieters übertragen und verlangt nun dessen (Rück)Übertragung in sein eigenes Vermögen. Hat dagegen ein Dieb dem Eigentümer eine Sache gestohlen, so ergibt sich der Anspruch auf Übertragung des Besitzes aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB – der Dieb ist unzulässigerweise in das Vermögen des Eigentümers vorgedrungen und hat mit der Entziehung der Sache einen Schaden verursacht. Auch Substanzverletzungen können auf unterschiedliche Weise auszugleichen sein. Beschädigt jemand rechtswidrig fremdes Eigentum, so entsteht ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 bzw. § 823 BGB. Anders liegt es aber beispielsweise dann, wenn der Eigentümer einem anderen die Sache mit der Maßgabe übergibt, dass er diese zwar beschädigen darf, etwaige Schäden jedoch später zu beseitigen hat: In diesem Fall wird eine Leistungspflicht begründet. Die Möglichkeit, die Sache zu beschädigen, geht – bildlich gesprochen – in das Vermögen des Schuldners über, sodass der Schuldner auch das Vermögen des Gläubigers nicht unberechtigt verletzt. Der Gläubiger hat durch die Einräumung der Beschädigungsmöglichkeit sein Vermögen willentlich reduziert und verlangt nunmehr durch die Reparatur dessen Wiederaufstockung. Die Reparatur der Sache ist deshalb eine Vermögensübertragung vom Schuldner an den Gläubiger, sodass der Anspruch des Gläubigers auf die Vornahme der Reparatur einen Leistungs- und keinen Schadensersatzanspruch darstellt.

b) Übertragung auf den Mietvertrag

Die vorgenannten Beispiele zeichnen denn auch die „Formel“ für die mietvertraglichen Ansprüche vor: Sofern der Vermieter dem Mieter einen bestimmten Umgang mit der Mietsache vertraglich gestattet hat oder sofern sich dieser Umgang im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs hält, so geht die Möglichkeit dieses Umgangs in das Vermögen des Mieters über. Verlangt der Vermieter nach Ablauf der Mietzeit, dass der Mieter die Veränderungen an der Mietsache rückgängig macht, so verlangt er die Übertragung eines Gegenstandes aus dem Vermögen des Mieters in sein Vermögen, sodass eine Leistungspflicht vorliegt. Ob es hierbei zu Substanzverletzungen gekommen ist oder nicht, ist unerheblich. Behandelt der Mieter die Mietsache dagegen schuldhaft vertragswidrig, so entsteht – ebenfalls unabhängig davon, ob eine Substanzverletzung vorliegt oder nicht – bei Vorliegen eines Schadens ein Anspruch des Vermieters nach §§ 280 Abs. 1, 241 BGB.³⁸

Die durch diese Trennung gewonnenen Ergebnisse sind auch wertungsmäßig richtig: Verhält sich der Mieter vertragstreu, so bekommt er durch § 281 BGB eine „zweite Chance“, den bei Beendigung des Mietverhältnisses erstmalig entstandenen Anspruch zu erfüllen. Verhält er sich dagegen vertragswidrig, so entsteht sogleich ein Schadensersatzanspruch.

Der hier vertretenen Auffassung kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, die Trennung zwischen vertragswidrigen und vertragsmäßigen Veränderungen der Mietsache verursache Abgrenzungsschwierigkeiten. Denn zum einen kann eine im Gesetz angelegte Unterscheidung nicht mit dem Argument hinweggewischt werden, sie könne im Einzelfall schwierig sein und zum anderen muss diese Abgrenzung bei der Beendigung des Mietverhältnisses ohnehin getroffen werden, da der Mieter nach § 538 BGB für Veränderungen der Mietsache im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs überhaupt nicht haftet.

³⁸ Die Differenzierung zwischen rechtmäßigen und unrechtmäßigen Veränderungen findet sich zum alten Schuldrecht bereits bei *Eisenhardt*, WuM 1998, 447 ff. im Rahmen der Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenpflicht.

2. Anwendung der Konzeption auf die einzelnen Fallgestaltungen

Die soeben herausgearbeitete „Formel“ führt in den einzelnen Fallgestaltungen zu den folgenden Ergebnissen:

a) Substanzverletzungen

Hat der Mieter die Mietsache in ihrer Substanz beschädigt (*Fall 1*), so kommt es darauf an, ob die Beschädigung vom Vermieter vertraglich gestattet war oder nicht. Zertrümmert der Mieter schuldhaft das Waschbecken, so liegt hierin mangels vertraglicher Regelung eine Überschreitung der vertraglich eingeräumten Befugnisse, sodass ein Anspruch des Vermieters nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB entsteht. Dieser Anspruch bleibt auch ein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB und „verwandelt“ sich nicht bei Beendigung des Mietverhältnisses auf nicht erklärbare Weise³⁹ in einen Leistungsanspruch.

Hat der Vermieter dem Mieter dagegen beispielsweise gestattet, unter Verletzung der Bausubstanz eine große Satellitenschüssel auf dem Balkon anzubringen, sofern die Bausubstanz bei Beendigung des Mietverhältnisses wieder instandgesetzt wird, so ist die bei Beendigung des Mietverhältnisses entstehende Instandsetzungspflicht des Mieters eine Leistungspflicht, die § 281 BGB unterfällt. Denn durch die vertragliche Gestattung hat der Vermieter die konkrete Form der Gebrauchsmöglichkeit in das Vermögen des Mieters übertragen und verlangt mit der Instandsetzung nun eine Wiederaufstockung seines Vermögens.

b) Pflicht zur Beseitigung baulicher und sonstiger Veränderungen

Auch die vertragliche Verpflichtung zum Rückbau baulicher Veränderungen unterliegt weder einheitlich § 280 Abs. 1 noch § 281 BGB,⁴⁰ noch kommt es darauf an, ob eine Substanzverletzung vorliegt oder nicht. Entscheidend ist, ob die bauliche Veränderung eine Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs darstellt oder nicht.⁴¹ Hat der Mieter mit der Gestattung des Vermieters eine Satellitenschüssel montiert, die er nach Ablauf der Mietzeit wieder entfernen muss, so liegt eine Leistungspflicht vor. Hat der Vermieter die Montage der Satellitenschüssel dagegen zulässigerweise untersagt, so hat nicht der Vermieter eine Gebrauchsmöglichkeit in das Vermögen des Mieters übertragen, sondern hat der Mieter das Vermögen des Vermieters verletzt, sodass ein Anspruch des Vermieters nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB entsteht.

c) Reinigung und Räumung der Mietsache

Da die Gebrauchsüberlassung der Mietsache zumeist implizieren wird, dass der Mieter zu deren „Besetzung“ mit eigenen Gegenständen (z.B. Tische, Stühle, Bett, etc.) befugt sein soll, wird in der Pflicht zur Räumung der Mietsache zumeist eine Leistungspflicht des Mieters liegen, sodass § 281 BGB Anwendung findet. Gleiches dürfte prinzipiell für die Reinigung gelten. Doch sind auch in Bezug auf Reinigung und Räumung Konstellationen denkbar, in denen

³⁹ S. oben III. 1. a).

⁴⁰ So aber Schmidt-Futterer/*Streyll*, § 546a Rn. 83, der die Pflicht zum Rückbau baulicher Veränderungen „unproblematisch“ für eine Leistungspflicht nach § 281 BGB hält.

⁴¹ Völlig zutreffend differenziert auch BeckOGK/*Zehelein*, Stand: 1.1.2017, § 546 Rn. 118 f. zwischen vertragswidrigen und vertragsmäßigen baulichen Veränderungen; zu Recht ebenso AG Wipperfürth, Urt. v. 4.4.2014 – 1 C 207/13 = ZMR 2014, 806 Rn. 53 (zit. nach juris).

eine Überschreitung der vertraglich eingeräumten Gebrauchsmöglichkeit liegt. So ist es dem Mieter nicht gestattet, die Wohnung des Vermieters völlig verwahrlosen zu lassen⁴² oder gefährliche Gegenstände wie exotische Tiere (*Fall 2*) in die Wohnung einzubringen.⁴³ In diesen Fällen entsteht ein Anspruch des Vermieters nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

d) Schönheitsreparaturen

Überträgt der Vermieter dem Mieter zulässigerweise die Vornahme der Schönheitsreparaturen, so liegt darin die klassische Begründung einer Leistungspflicht (*Fall 3*). Nimmt der Mieter diese in der Folge nicht vor, so liegt hierin zwar eine Verletzung vertraglicher Pflichten. Der Mieter verletzt aber gerade nicht rechtswidrig das Vermögen des Vermieters, sondern nimmt nur die geschuldete Übertragung eines Vermögensgegenstands und damit die „Aufstockung“ des Vermietersvermögens nicht vor. Und genau in diesen Fällen regelt § 281 BGB, dass die bloße Nichtvornahme (noch) keinen Schadensersatz begründen soll, sondern zunächst der erfolglose Ablauf einer Frist erforderlich ist, um einen Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB entstehen zu lassen.

3. Die Rechtsprechung des BGH

Wie bereits erwähnt, hat der BGH die hier diskutierte Frage nicht ausdrücklich entschieden. Der BGH hat lediglich in einigen Urteilen bei der Verletzung vertraglicher Pflichten des Mieters bestimmte Anspruchsgrundlagen des Vermieters geprüft. Zum Teil entsprechen diese im Ergebnis den Anspruchsgrundlagen, die auch nach hier vertretener Auffassung einschlägig wären, zum Teil nicht.

Zu Recht hat der BGH in seiner Entscheidung zum „exzessiven Rauchen“ aufgrund einer möglichen Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB geprüft.⁴⁴ Ebenfalls zu Recht hält der BGH bei der Nichtvornahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter § 281 BGB für einschlägig.⁴⁵ Richtig ist auch, dass der BGH bei dem irreversiblen Verlust eines Schlüssels §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB anwendet.⁴⁶ Zwar hat der Vermieter den Besitz an den Schlüsseln in das Vermögen des Mieters übertragen, sodass die Pflicht zu deren Rückgabe an sich eine Leistungspflicht darstellt. Der irreversible Verlust eines Schlüssels stellt hingegen eine Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs dar, sodass §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB einschlägig ist.

Etwas unglücklich⁴⁷ hat der BGH in älteren Entscheidungen zu § 326 BGB a.F. formuliert, die Pflicht des Mieters zur Herstellung des ursprünglichen Zustands sei eine Hauptleistungspflicht, wenn zur Wiederherstellung erhebliche Kosten aufzuwenden seien.⁴⁸ Dass die Frage, wie hoch die Kosten für die Beseitigung von Veränderungen sind, kein tragfähiges Abgrenzungskriterium darstellt, dürfte nach dem bislang Erörterten auf der Hand liegen:⁴⁹ Ein

⁴² LG Siegen WuM 2006, 158; BeckOK/Wöstmann, Stand: 1.8.2016, § 569 Rn. 11.

⁴³ Vgl. Fn. 29.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 242/13 = BGHZ 204, 316 = WuM 2015, 343 Rn. 11 ff. (zit. nach juris).

⁴⁵ BGH WuM 2009, 225 Rn. 14 (zit. nach juris); BGH, WuM 2009, 36; BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 242/13 = BGHZ 204, 316 = WuM 2015, 343 Rn. 15 (zit. nach juris).

⁴⁶ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – VIII ZR 205/13 = WuM 2014, 279.

⁴⁷ Eisenhardt, WuM 1998, 447 bezeichnet die Formulierung nicht zu Unrecht als „unglücklich lapidar“.

⁴⁸ BGH NJW 2002, 3234 (3235) Rn. 16 (zit. nach juris); BGH WuM 1997, 217.

⁴⁹ Zu Recht kritisch Eisenhardt, WuM 1998, 447.

Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB entsteht unabhängig von der Höhe des Schadens und eine Leistungspflicht nach § 281 BGB wird nicht deshalb zum Schadensersatzanspruch, weil der zu übertragende Vermögenswert eine bestimmte Grenze nicht überschreitet.

Unzutreffend ist auch die Anwendung der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB durch den BGH, wenn der Mieter die Mietsache „vertragswidrig“ in einem ausgefallenen farblichen Zustand zurückgibt.⁵⁰ Denn geht man wie der BGH in der genannten Entscheidung ausdrücklich davon aus, dass die farbliche Gestaltung während der Dauer des Mietverhältnisses dem Mieter überlassen ist⁵¹, so ist die Pflicht zur Beseitigung der farblichen Veränderungen nach dem bislang Erörterten richtigerweise als Leistungspflicht des Mieters zu qualifizieren: Die Möglichkeit zur farblichen Gestaltung der Mietsache hat der Vermieter in das Vermögen des Mieters übertragen und verlangt mit der Beseitigung der Veränderungen deshalb einen Wertetransfer.

4. Die schadensrechtlichen Rechtsfolgen eines Anspruchs nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

a) Die Rechtsfolgen nach §§ 249 ff. BGB

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass nicht alle Pflichtverletzungen einheitlich nach § 281 BGB oder § 280 Abs. 1 BGB zu behandeln sind und dass auch die Frage, ob eine Substanzverletzung vorliegt, zumindest für die Einordnung in § 280 Abs. 1 oder § 281 BGB unerheblich ist. So kann ein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB nicht nur bei Beschädigungen der Sachsubstanz, sondern auch bei substanzneutralen vertragswidrigen Veränderungen der Mietsache und sonstigen Überschreitungen des vertraglichen Gebrauchs vorliegen.

Das bedeutet allerdings nicht automatisch, dass der Vermieter in all diesen Fällen ohne eine Fristsetzung sofort Schadensersatz verlangen könnte. Denn die Rechtsfolgen eines Schadensersatzanspruchs nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB richten sich nach §§ 249 ff. BGB. Und gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB hat der Gläubiger die Möglichkeit, unmittelbar den zur Reparatur erforderlichen Geldbetrag zu verlangen, nur dann, wenn die Beschädigung einer Sache vorliegt.⁵² In allen übrigen Fällen kann der Gläubiger nur über eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach § 250 S. 1 BGB zu einem Schadensersatzanspruch in Geld gelangen. In *Fall 1* kann V deshalb aufgrund der vertragswidrigen Sachbeschädigung sofort gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 2 S. 1 BGB Schadensersatz in Geld verlangen. In *Fall 2* besteht zwar trotz fehlender Substanzverletzung aufgrund des vertragswidrigen Verhaltens des Mieters ein Anspruch des Vermieters nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Da aber nicht nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB die Beschädigung einer Sache vorliegt, hat V gegen M zunächst nur einen Anspruch auf Herstellung in natura gemäß § 249 Abs. 1 BGB, mithin auf die Beseitigung des Terrariums. Zu einem Schadensersatzanspruch in Geld kann V nur über eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach § 250 S. 1 BGB gelangen.

Das System der §§ 249 ff. BGB, das einen direkten Anspruch auf Geldersatz gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB nur im Falle der Beschädigung einer Sache gewährt, ist deshalb letztlich der Grund dafür, warum die Vertreter der Auffassung, Substanzverletzungen seien stets unter § 280 Abs. 1 BGB zu subsumieren⁵³, zwar mit dieser Annahme falsch, jedoch insoweit richtig liegen, als

⁵⁰ BGH, Urt. v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12 = WuM 2014, 23.

⁵¹ BGH, Urt. v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12 = WuM 2014, 23 Rn. 17 (zit. nach juris).

⁵² Die Verletzung einer Person wird in den hier interessierenden Konstellationen kaum in Betracht kommen und soll deshalb auch außer Betracht bleiben.

⁵³ Vgl. die Nachweise in Fn. 6 und 7.

nur im Falle einer Substanzverletzung die sofortige Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs in Geld durch den Vermieter möglich ist. Nur liegt dies eben nicht daran, dass (nur) Substanzverletzungen generell unter § 280 Abs. 1 BGB fielen, sondern daran, dass ohne das Vorliegen einer Substanzverletzung auch bei einem Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB kein unmittelbarer Anspruch auf Geldersatz entsteht.

b) Exkurs: Die Besonderheiten der Fristsetzung nach § 250 S. 1 BGB

Auf den ersten Blick könnte V in Konstellationen wie in *Fall 2* aufgrund der Formulierung in § 250 S. 1 BGB sogar schlechter stehen, als wenn man eine Leistungspflicht nach § 281 BGB annähme. Denn nach dem Wortlaut des § 250 S. 1 BGB reicht eine einfache Fristsetzung des Gläubigers nicht aus – diese muss vielmehr die Androhung enthalten, dass der Gläubiger nach Fristablauf die Herstellung ablehne.⁵⁴ Im Bereich des § 281 Abs. 1 BGB hingegen hat der BGH die Anforderungen an die Fristsetzung in jüngerer Zeit immer weiter gelockert.⁵⁵

Es spricht jedoch viel dafür, an eine Fristsetzung nach § 250 S. 1 BGB keine strengeren Anforderungen zu stellen als an eine Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 BGB.⁵⁶ Es gibt schlechterdings keinen Grund dafür, dass derjenige, der sich den Vertragspartner ausgesucht hat und eine „Aufstockung“ seines Vermögens verlangt, unkomplizierter zu einem Geldanspruch gelangen soll als der Gläubiger, der durch ein schuldhaftes und mitunter deliktisches Verhalten des Schuldners einen Schaden erlitten hat. Auch die Entstehungsgeschichte des § 250 S. 1 BGB a.F. zeigt, dass der Gläubiger mit dieser Vorschrift keineswegs benachteiligt werden sollte. Nach altem Schuldrecht gab es keine § 281 BGB entsprechende Vorschrift, die dem Gläubiger bei schuldrechtlichen Ansprüchen den Übergang zum Schadensersatz statt der Leistung mittels einer Fristsetzung ermöglichte – die § 281 BGB am ehesten entsprechende Vorschrift des § 326 BGB a.F. war nur auf gegenseitige Verträge anwendbar. Bei sonstigen Ansprüchen hatte der Gläubiger erst nach Erwirkung eines rechtskräftigen Urteils gemäß § 283 S. 1 BGB a.F. die Möglichkeit, durch eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zu einem Geldanspruch zu gelangen. Mit § 250 S. 1 BGB sollte dem Gläubiger nun ein effektives Mittel an die Hand gegeben werden, bei einem „renitenten“ Schuldner zu einem Anspruch auf Geldentschädigung zu gelangen⁵⁷ – und zwar im Gegensatz zu § 283 S. 1 BGB a.F. schon vor Erlass eines rechtskräftigen Urteils. Hinsichtlich der Formulierung hat sich der Gesetzgeber im Hinblick auf das Erfordernis der Ablehnungsandrohung an § 283 S. 1 BGB a.F. orientiert. § 250 S. 1 BGB sollte dem Gläubiger somit einen Vorteil und keinen Nachteil verschaffen. Dass das Erfordernis der Ablehnungsandrohung nach der Abschaffung von §§ 283, 326 BGB a.F. und der Einführung

⁵⁴ Dies entspricht der Auslegung in der Literatur, vgl. BeckOK/*Johannes W. Flume*, Stand: 1.11.2016, § 250 Rn. 6 f.; MünchKomm/*Oetker*, 7. Aufl. 2016, § 250 Rn. 2, 5; Staudinger/*Schiemann*, Neubearb. 2017, § 250 Rn. 5; jurisPK/*Rüßmann*, 8. Aufl. 2017, § 250 Rn. 6.

⁵⁵ BGH NJW 2009, 3153; BGH NJW 2015, 2564; BGH NJW 2016, 3654.

⁵⁶ A.A. MünchKomm/*Oetker*, § 250 Rn. 2; ebenso wohl OLG Hamm MMR 2013, 171 Rn. 76 (zit. nach juris).

⁵⁷ *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 87: Die Möglichkeit für den Gläubiger, bei einem „renitenten“ Schuldner zu einem Anspruch auf Geldersatz zu gelangen, wurde sogar als Argument ins Feld geführt gegen eine Regelung, dem Gläubiger stets einen Anspruch auf Geldersatz zuzuerkennen.

von § 281 BGB nicht mehr sinnvoll ist, wird wahrscheinlich deshalb nicht erkannt, weil § 250 BGB insgesamt nur selten praxisrelevant wird⁵⁸ und sich die (wissenschaftliche) Diskussion seit der Schuldrechtsreform ausschließlich auf § 281 BGB konzentriert. Dass sich § 250 BGB an § 281 BGB orientieren sollte, zeigt nicht zuletzt die Tatsache, dass die Fristsetzung im Rahmen des § 250 BGB nach völlig h.M. entsprechend § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich sein kann⁵⁹, obwohl sich aus dem Wortlaut des § 250 BGB an sich keine Möglichkeiten für die Entbehrlichkeit ergeben.

5. Die Bedeutung einer vertraglichen Rückgabeklausel

Schließlich ist noch zu klären, welchen Einfluss eine mietvertragliche Vereinbarung wie „Bei der Beendigung des Mietvertrags ist der Mieter verpflichtet, das Mietobjekt in ordnungsgemäßem Zustand/frei von Schäden zurückzugeben“ auf die hier erarbeiteten Grundsätze hat. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, durch eine solche Regelung werde die Schadensfreiheit „vertraglich vereinbart“, sodass diese Teil der Leistungspflicht würde und der Vermieter nur noch nach Maßgabe des § 281 BGB mit einer Fristsetzung zu einem Schadensersatzanspruch kommen könne.⁶⁰

Dies überzeugt letztlich nicht. Einen Anspruch auf die Rückgabe der Mietsache in ordnungsgemäßem und schadensfreiem Zustand hätte der Vermieter auch ohne eine solche Klausel.⁶¹ Nur handelt es sich dabei nach dem bisher Erörterten gerade nicht um einen einheitlichen und stets § 281 BGB unterfallenden Leistungsanspruch, sondern um einen Leistungsanspruch nur bei vertragsgemäßem Gebrauch der Mietsache und um einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bei vertragswidrigem Gebrauch. Hat beispielsweise der Mieter erstens mehrere Tische und Stühle und zweitens ein Terrarium mit gefährlichen exotischen Tieren in der Wohnung zurückgelassen, so hat der Vermieter hinsichtlich der Tische und Stühle einen Leistungsanspruch, hinsichtlich des Terrariums einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auf die Räumung. Der Anspruch des Vermieters kann sich also auch aus Leistungs- und Schadensersatzansprüchen zusammensetzen.

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Annahme, durch eine „Rückgabeklausel“ werde die Pflicht zur Rückgabe in vertragsgemäßem und schadensfreiem Zustand einheitlich zur Leistungspflicht, nur vertreten, wenn man tatsächlich annähme, dass die Parteien mit der Aufnahme dieser Klausel Schadensersatzansprüche des Vermieters nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Leistungsansprüche „verwandeln“ wollten. Zwar bestehen grundsätzlich keine Bedenken dagegen, dass die Parteien durch privatautonomen Akt vertragliche Nebenpflichten „verstärken“ und diese in Leistungspflichten im Sinne von § 281 BGB verwandeln.⁶² Es dürfte deshalb grundsätzlich auch eine Vereinbarung zulässig sein, dass bei Verletzung vertraglicher Nebenpflichten durch den Mieter kein Anspruch des Vermieters nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, sondern eine Leistungspflicht des Mieters zur Schadensbehebung entstehen soll, die dementsprechend § 281 BGB unterfiele. Hiermit wäre jedoch regelmäßig eine deutliche Verschlechterung der Rechtsposition des Vermieters verbunden, zu dessen Gunsten kein Anspruch nach §§ 280 Abs. 241 Abs. 2 BGB mehr entstünde und der auch bei Substanzschäden

⁵⁸ Zur fehlenden Praxisrelevanz Staudinger/*Schiemann*, Neubearb. 2017, § 250 Rn. 1.

⁵⁹ BGH NJW 2004, 1868 (1869); BGH NJW-RR 2011, 910 (913) (ohne ausdrückliche Nennung von § 281 Abs. 2 BGB); MünchKomm/*Oetker*, § 250 Rn. 7 m.w.N.

⁶⁰ Langenberg/*Zehlein/Langenberg* Schönheitsreparaturen, Teil II. Rn. 114.

⁶¹ Vgl. die Nachw. in Fn. 1 und 2.

⁶² Im Ausgangspunkt deshalb auch richtig *Kraemer*, in: FS Blank, 2006, S. 281 (289).

entgegen §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 2 S. 1 BGB nun plötzlich nach § 281 BGB eine Frist setzen müsste. Selbst bei schwerwiegenden Beschädigungen der Mietsache wäre nunmehr zunächst der Mieter zur Schadensbeseitigung berechtigt.⁶³ Und dass die Parteien mit der genannten Klausel eine Schlechterstellung des Vermieters vereinbaren wollten, dürfte kaum jemals anzunehmen sein. Vielmehr werden sowohl der Vermieter als auch der Mieter mit der Aufnahme der Klausel regelmäßig eine Klarstellung zugunsten des Vermieters bezwecken und nicht dem Vermieter Ansprüche nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB aus der Hand schlagen wollen.⁶⁴ Bei interessengerechter Auslegung führt die Klausel deshalb in aller Regel nicht dazu, dass die Schadensfreiheit „Teil des Leistungsinteresses“ wird.

V. Exkurs: Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 281 Abs. 2 BGB

Sofern eine Fristsetzung erforderlich ist, wird sich in der Praxis häufig die Frage stellen, unter welchen Voraussetzungen diese nach § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich sein kann. Da an eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Mieters i.S.v. § 281 Abs. 2 Alt. 1 BGB hohe Anforderungen zu stellen sind⁶⁵, stellt sich deshalb insbesondere die Frage, inwieweit der Vermieter eine Entbehrlichkeit nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB aus der Tatsache herleiten kann, dass bereits ein Mietvertrag mit einem Nachmieter abgeschlossen wurde, der direkt im Anschluss in die Wohnung einzuziehen berechtigt ist.

Beispiel: Der Mieter hat so viele erlaubterweise eingebrachte Gegenstände in der Wohnung zurückgelassen, dass der Nachmieter die Wohnung nicht beziehen kann. Hier handelt es sich bei der Räumungsverpflichtung um eine Leistungspflicht nach § 281 BGB⁶⁶, es stellt sich jedoch die Frage, ob nicht nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzes durch den Vermieter gerechtfertigt ist, ob der Vermieter nicht also doch sofort die Wohnung auf Kosten des Mieters räumen lassen darf.

1. Keine Entbehrlichkeit allein aufgrund eines festen Rückgabetermins

Erwägen ließe sich zunächst, ob die Fristsetzung schon deshalb entbehrlich ist, weil die Räumung zu einem festen Zeitpunkt zu erfolgen hatte und für den Mieter ersichtlich war, dass die Einhaltung dieses Termins für den Vermieter wesentlich ist. Anders als § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB enthält § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB jedoch keine Regelung bezüglich des relativen Fixgeschäfts. Zwar wird man hieraus nicht ableiten können, dass die Frist grundsätzlich nicht wegen zeitlicher Dringlichkeit entbehrlich sein kann,⁶⁷ jedoch genügt das Vorliegen einer „Fixschuld“ zumindest nicht per se.⁶⁸ Zweifel sind auch im Hinblick darauf angebracht, dass

⁶³ Vgl. hierzu oben III. 1. b).

⁶⁴ Ebenso Langenberg/Zehlein/Zehlein, Schönheitsreparaturen, Teil III. Rn. 128.

⁶⁵ Vgl. die umfangr. Nachw. bei Staudinger/Schwarze, 2014, § 281 Rn. B 91 ff.; zu weitgehend wohl MünchKomm/Ernst, § 281 Rn. 56, der annimmt, dass eine Erfüllungsverweigerung schon im Auszug des Mieters ohne Vornahme der Schönheitsreparaturen liegen kann.

⁶⁶ S. oben unter IV. 2. c).

⁶⁷ So aber wohl MünchKomm/Ernst, § 281 Rn. 62; der Gesetzgeber hat in BT-Drs. 14/6040, S. 140 zwar angenommen, dass bei „Just-in-time-Verträgen“ die Fristsetzung nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB entbehrlich sein kann, dies in der Folge allerdings damit begründet, dass der Schaden des Gläubigers ohne Ersatzbeschaffung viel größer würde. Und hieraus ergäbe sich ein bereits ein eigenständiger Grund für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung, vgl. sogleich unter V. 2.

⁶⁸ Jauernig/Stadler, § 281 Rn. 10; Staudinger/Schwarze, § 281 Rn. B 114.

sich die zeitliche Dringlichkeit nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB entweder aus einer Mitteilung des Gläubigers vor Vertragsschluss oder aus den Vertragsschluss begleitenden Umständen ergeben muss, sodass sie bei Vertragsschluss für den Gläubiger ersichtlich ist. Sofern dagegen kein Aufhebungsvertrag geschlossen, sondern das Mietverhältnis – wie meist – durch Kündigung beendet wird, hat der Mieter kein Rechtsgeschäft abgeschlossen, bei dem er sich auf eine Verpflichtung zur fixen Leistung „eingelassen“ hat. Zu beachten ist überdies, dass das Interesse des Vermieters an einer termingerechten Übergabe und die Tatsache, dass der Mieter (meist) genug Zeit zur Vorbereitung hatte, schon bei der Frage der Angemessenheit der Frist Berücksichtigung fänden⁶⁹, sodass auch eine sehr kurze Frist eine angemessene Frist i.S.v. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen kann. Auch wenn demnach die Entbehrlichkeit der Fristsetzung aufgrund besonderer zeitlicher Dringlichkeit nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, wird sie sich regelmäßig noch nicht allein aus der Tatsache ergeben, dass der Vermieter im Anschluss vertraglich einem Nachmieter zur Überlassung der Mietsache verpflichtet ist.

2. Entbehrlichkeit der Fristsetzung aufgrund der Schadensminderungsobliegenheit des Vermieters nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB

Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung kann sich jedoch insbesondere daraus ergeben, dass der Vermieter durch die Selbstvornahme den (Vor)Mieter vor einem höheren Haftungsschaden bewahrt. Kann der Nachmieter die Wohnung nicht beziehen oder ist die Mietsache wegen der Pflichtverletzungen des Vormieters als mangelhaft anzusehen, so haftet der Vermieter dem Nachmieter⁷⁰ bzw. ist dieser nach § 536 BGB zur Minderung berechtigt. Zugleich befindet sich der (Vor)Mieter mit der ordnungsgemäßen Rückgabe der Mietsache in Verzug (die Mahnung ist nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich), sodass der Vermieter den Vormieter nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB in Anspruch nehmen kann. Der Vermieter kann deshalb vom Vormieter nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB Ersatz des Betrags verlangen, den er an den Nachmieter zu zahlen verpflichtet war. Sofern nun dieser Betrag den Betrag übersteigt, der bei der „Selbstvornahme“ der Räumung entstünde, so gebietet die Schadensminderungsobliegenheit des Vermieters nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB, dass er ohne Fristsetzung die Räumung durchführt, um den Vormieter vor einer höheren Haftung zu bewahren, sodass die Fristsetzung nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB entbehrlich ist.⁷¹

Beispiel: Der Vormieter hat so viele erlaubterweise eingebrachte Gegenstände in der Wohnung zurückgelassen, dass der Nachmieter die Wohnung nicht beziehen kann. Die Kosten für die Wegschaffung dieser Gegenstände betragen 100 €. Sofern der Nachmieter die Wohnung dagegen nicht beziehen kann, könnte der Nachmieter den Vermieter auf Schadensersatz in Höhe von mindestens 500 € in Anspruch nehmen.

Nimmt der Vermieter in diesem Fall nicht sogleich die Räumung vor, so haftet er zunächst dem Nachmieter in Höhe von 500 €. Diesen Betrag könnte er sich jedoch vom Vormieter nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB zurückholen, weil seine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Nachmieter auf die schuldhaft verspätete ordnungsgemäße Rückgabe durch den Vormieter

⁶⁹ Vgl. MünchKomm/Ernst, § 281 Rn. 41, § 323 Rn. 72; BeckOK/Unberath, Stand: 1.3.2011, § 281 Rn. 15 m.w.N.

⁷⁰ Vgl. zu den in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen MünchKomm/Häublein, 7. Aufl. 2016, Vor § 536 Rn. 8 ff. mit umfangr.Nachw. zu den streitigen Abgrenzungsfragen.

⁷¹ Vgl. BeckOGK/Riehm, Stand: 1.1.2016, § 280 Rn. 234 m.umfangr.Nachw.; vgl. auch die Erwägungen des Gesetzgebers in Fn. 67.

zurückzuführen ist. Es würde jedoch gegen die Schadensminderungsobliegenheit des Vermieters nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB verstoßen, wenn er einen Haftungsschaden in Höhe von 500 € auflaufen ließe, obwohl er diesen Schaden durch die lediglich 100 € teure Räumung hätte abwenden können. In diesem Fall ist die Fristsetzung deshalb nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB entbehrlich und der Vermieter zum „vorzeitigen Deckungsgeschäft“, also zur vorzeitigen Räumung auf Kosten des Mieters berechtigt.

3. Anspruch auf Schadensersatz trotz fehlender Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Auch wenn die Fristsetzung nicht nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB entbehrlich ist, so bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass der Vermieter vollständig auf seinen Kosten sitzen bleibt, wenn er ohne Fristsetzung bzw. vor Fristablauf zur Selbstvornahme geschritten ist. Denn er kann den (Vor)Mieter in diesem Fall zwar nicht nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB, wohl aber nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB in Anspruch nehmen. Zwar gewährt ihm §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Selbstvornahme – der Vermieter kann jedoch gleichwohl Ersatz des Schadens verlangen, der durch das Deckungsgeschäft abgewendet wurde.⁷²

Beispiel: Der Vormieter hat so viele erlaubterweise eingebrachte Gegenstände in der Wohnung zurückgelassen, dass der Nachmieter die Wohnung nicht beziehen kann. Die Kosten für die Wegschaffung dieser Gegenstände betragen 500 €. Sofern der Nachmieter die Wohnung nicht beziehen kann, könnte der Nachmieter den Vermieter auf Schadensersatz in Höhe von 200 € in Anspruch nehmen. Der Vermieter lässt die Wohnung ohne Fristsetzung räumen.

Im Gegensatz zur vorherigen Konstellation⁷³ sind die Kosten der Selbstvornahme hier höher als der entstehende Haftungsschaden. Und der Vermieter kann sich nicht auf § 254 Abs. 2 S. 1 BGB berufen, wenn er eine 500 € teure Selbstvornahme vornimmt, um den Vormieter vor einem Haftungsschaden in Höhe von nur 200 € zu bewahren. Die Frist ist deshalb auch nicht nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB entbehrlich.

Gleichwohl hat der Vermieter gegen den Vormieter einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 200 € gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB, weil er durch die Selbstvornahme einen Haftungsschaden in Höhe von 200 € abgewendet hat, den der Vormieter hätte ersetzen müssen. Auf den ersten Blick mag man an diesem Ergebnis zweifeln, weil der Vermieter vor Fristablauf „zur Selbstvornahme nicht berechtigt war“, jedoch steht das Ergebnis im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Schadensrechts. Denn dass der Vermieter die Kosten der Selbstvornahme nicht ersetzt verlangen kann, kann nicht dazu führen, dass der Vormieter auch von der Pflicht zum Ersatz des Schadens befreit wird, den er auch ohne die Selbstvornahme hätte tragen müssen.⁷⁴ Es ist daher sachgerecht, den Mieter nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB auf Ersatz des Schadens haften zu lassen, der durch die vorzeitige Selbstvornahme des Vermieters abgewendet wurde.

⁷² Vgl. hierzu und zur Abgrenzung von § 281 und § 286 BGB ausführlich *Gsell*, in: FS Canaris, 2017 (erscheint demnächst).

⁷³ Unter V. 2.

⁷⁴ Stellt man sich beispielsweise vor, ein Geschädigter habe gegen einen Schädiger aufgrund einer Körperverletzung einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Arztkosten in Höhe von 1.000 € und der Geschädigte lässt die Verletzung nun bei einem Luxuschirurgen für 5.000 € beseitigen, so kann der Geschädigte zwar nicht die 5.000 € ersetzt verlangen – das führt aber nicht dazu, dass der Schädiger auch von der Pflicht zur Zahlung von 1.000 € befreit wird.

V. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse in Thesen

1. Verletzt der Mieter bei Rückgabe der Mietsache seine Pflichten, so richten sich die Rechtsfolgen weder einheitlich nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 noch einheitlich nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB.
2. Für die Abgrenzung von § 280 und § 281 BGB ist es ebenso wie in anderen schuldrechtlichen Konstellationen auch unerheblich, ob eine Substanzverletzung durch den Mieter vorliegt oder nicht.
3. Maßgeblich ist vielmehr, ob eine Leistungspflicht des Mieters oder eine Verpflichtung zum Schadensersatz gegeben ist.
4. Eine Leistungspflicht begründet typischerweise einen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf die Übertragung eines Vermögensgegenstands, ist also auf die „Aufstockung“ des Gläubigervermögens gerichtet. Demgegenüber handelt es sich bei einem Schadensersatzanspruch um einen Restitutionsanspruch wegen einer Vermögensverletzung durch den Schuldner.
5. Hieraus ergibt sich für alle vom Mieter vorgenommenen Veränderungen der Mietsache Folgendes: Hat der Vermieter die Veränderung gestattet oder liegt diese im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs, ist der Anspruch des Vermieters auf deren Beseitigung ein Leistungsanspruch. Überschreitet der Mieter dagegen mit der Veränderung der Mietsache die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs, so liegt eine Pflichtverletzung vor, die bei Vorliegen von Verschulden und Schaden zu einem Anspruch des Vermieters nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB führt.
6. Die schadensrechtlichen Regelungen der §§ 249 ff. BGB führen jedoch letztlich dazu, dass der Vermieter nur bei Vorliegen einer Substanzverletzung sofort einen Anspruch auf Geldersatz erwirbt. Denn gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB kann der Gläubiger eines Schadensersatzanspruchs nur bei Beschädigung einer Sache sogleich den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen. Liegt keine Beschädigung vor, bedarf es gemäß § 250 S. 1 BGB einer Fristsetzung durch den Gläubiger.
7. An eine Fristsetzung nach § 250 S. 1 BGB sind keine strengeren Anforderungen zu stellen als an eine Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 BGB.
8. Eine mietvertragliche Klausel, die den Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses zur Rückgabe der Mietsache in ordnungsgemäßigem Zustand verpflichtet, führt regelmäßig nicht zu einer Verschlechterung der Rechtsposition des Vermieters.
9. Liegt eine Leistungspflicht des Mieters vor, so ist die Fristsetzung regelmäßig nicht bereits deshalb nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB entbehrlich, weil bereits ein Mietvertrag mit einem Nachmieter besteht.
10. Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung kann sich jedoch insbesondere daraus ergeben, dass der Vermieter durch die vorzeitige Selbstvornahme einen höheren Haftungsschaden vom

Mieter abwendet. Ist dies nicht der Fall, so kommt ein Anspruch des Vermieters gegen den Mieter nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB auf Ersatz desjenigen Schadens in Betracht, der durch die vorzeitige Selbstvornahme abgewendet wurde.