

## **Die Rückgabe der Mietsache: Haftung des Mieters für Substanzveränderungen**

### **I. Einleitung**

§ 546 Abs. 1 BGB verpflichtet den Mieter, die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben. Die Norm spricht eine vermeintliche Selbstverständlichkeit aus; dennoch ist der Umfang der Rückgabepflicht seit Inkrafttreten des BGB Gegenstand von Diskussionen. Die Debatte dreht sich vor allem um die Frage, welche Rechte dem Vermieter wegen einer Veränderung des Zustands der Mietsache zustehen, wenn die Parteien hierzu keine wirksame Vereinbarung – etwa über die Ausführung von Schönheitsreparaturen – getroffen haben. Dieses Problem steht im Mittelpunkt der Untersuchung (III), die vorab einen kurzen Blick auf die Pflichten des Mieters zur Herausgabe und zur Räumung der Mietsache wirft (II).

### **II. Herausgabe- und Räumungspflicht**

Unstreitig verpflichtet § 546 Abs. 1 BGB dazu, dem Vermieter den Besitz an der Mietsache zu verschaffen („Herausgabe“) und Sachen, die er in die Mietsache eingebracht hat, zu entfernen („Räumung“).<sup>1</sup> Diese beiden Rechtsfolgen werden aus dem Wort „zurückzugeben“ abgeleitet. Das überzeugt zunächst teleologisch. § 546 Abs. 1 BGB hat den Zweck, die Auseinandersetzung der Parteien nach Vertragsende herbeizuführen.<sup>2</sup> Es ist offensichtlich, dass diese Auseinandersetzung zunächst als *actus contrarius* zur Gebrauchsüberlassung den Besitzwechsel erfordert. Ebenso liegt es auf der Hand, dass der Besitzwechsel für eine Auseinandersetzung nicht ausreicht, falls der Mieter Sachen in die Mietsache eingebracht hat. Die räumliche Herrschaftsmacht des Vermieters ist nämlich erst wieder vollständig, wenn der Mieter seine Sachen entfernt hat, weil bis dahin die Okkupation der Mietsache fort dauert. Die Ableitung einer Räumungspflicht aus § 546 BGB ist auch aus historischer Sicht zutreffend: Die in § 520 des 1. Entwurfs vorgesehene ausdrückliche Verpflichtung des Mieters zur Rückgabe im *status quo ante* – deren Erfüllung zwingend die Beseitigung von Mobilien umfasst – wurde von der 2. Kommission nicht als unzutreffend, sondern als überflüssig gestrichen.<sup>3</sup> Zweifel an einer Pflicht des Mieters zur Räumung ergeben sich auch nicht etwa aus § 538 BGB. Nach dieser Norm, die aus historischer Sicht die Funktion hat, die

---

<sup>1</sup> Statt vieler: BGH NJW 1994, 3232; Streyll in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. (2017), § 546 Rdn. 18.

<sup>2</sup> Vgl. Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. (2017), § 546 Rdn. 1 (Umwandlung des Vertrags in ein Rückgewähr-Schuldverhältnis).

<sup>3</sup> Protokolle II S. 1973 (Mugdan Bd. 2 S. 850).

Rückgabepflicht des Mieters zu beschränken<sup>4</sup>, hat der Mieter zwar Veränderungen der Mietsache, die auf einem vertragsgemäßen Gebrauch beruhen, nicht zu vertreten. Zu Recht wurde aber bislang nicht erwogen, die Einbringung von Sachen als „Veränderung“ der Mietsache zu verstehen und so unter Hinweis auf § 538 BGB eine Pflicht des Mieters zur Räumung abzulehnen. Denn ein solches Gesetzesverständnis verträgt sich offensichtlich nicht mit dem Zweck von § 546 Abs. 1 BGB, die am Vertragsende erforderliche Auseinandersetzung der Parteien herbeizuführen.

Die sich zur Herausgabe und Räumung stellenden Detailfragen sollen hier nicht behandelt werden. Für den hiesigen Untersuchungsgegenstand – nämlich die Haftung des Mieters für Substanzveränderungen – ist aber festzuhalten, dass § 546 Abs. 1 BGB jedenfalls zwei verschuldensunabhängige Leistungsansprüche des Vermieters – Herausgabe und Räumung – enthält und so vindikatorische mit negatorischen Elementen kombiniert.<sup>5</sup>

### **III. Haftung des Mieters für Substanzveränderungen**

Welche Pflichten den Mieter mit Blick auf den materiellen Zustand der Mietsache bei Rückgabe treffen, ist noch nicht abschließend geklärt. Die Unsicherheiten wurzeln im Gesetzeswortlaut, weil § 546 Abs. 1 BGB zum geschuldeten Sollzustand bei Rückgabe keine ausdrückliche Aussage trifft. Zwar müssen die – allgemein anerkannten (s. o. II) – Pflichten zur Herausgabe und Räumung dem Wortlaut der Norm („zurückgeben“) ebenfalls erst durch Auslegung entnommen werden. Bei Zustandsveränderungen kommt aber erschwerend hinzu, dass die Bedeutung von § 538 BGB für die Haftung des Mieters herausgearbeitet werden muss.

#### **1. Einführung**

Die 1. Kommission hatte noch vorgeschlagen, den Mieter ausdrücklich zur Rückgabe im status quo ante zu verpflichten, allerdings ohne Haftung für Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, welche durch den vertragsgemäßen Gebrauch, durch Alter oder durch einen anderen vom Mieter nicht zu vertretenden Umstand entstanden sind.<sup>6</sup> Im

---

<sup>4</sup> § 520 in der Fassung des 1. Entwurfs, Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, S. LXXIV: „Der Miether ist verpflichtet, die gemiethete Sache nach Ablauf der Miethzeit in demselben Zustande zurückzugeben, in welchem er die Sache empfangen hat; er haftet jedoch nicht wegen Veränderungen und Verschlechterungen, welche durch den vertragsgemäßen Gebrauch, durch Alter oder durch einen anderen von ihm nicht zu vertretenden Umstand entstanden sind.“

<sup>5</sup> Weshalb sich die Herausgabepflicht konkurrierend auch aus § 985 BGB und die Räumungspflicht aus § 1004 Abs. 1 BGB ergeben kann, s. etwa BeckOGK/Zehelein § 546 Rdn. 9 und 13 m. Nachw.

<sup>6</sup> S. Fn. 4.

weiteren Gesetzgebungsverfahren wurden dann aber die Worte, die eine ausdrückliche Pflicht zur Rückgabe im status quo ante anordneten, als überflüssig gestrichen und aus demselben Grund die Haftungsbeschränkung auf durch den vertragsgemäßen Gebrauch verursachte Veränderungen oder Verschlechterungen reduziert.<sup>7</sup> Zudem wurde die Haftungsbeschränkung von der Rückgabepflicht räumlich getrennt; die Beweggründe hierfür sind nicht dokumentiert.<sup>8</sup> Das Ergebnis war die dürre, aus § 546 Abs. 1 BGB bekannte Bestimmung zur Rückgabepflicht sowie die durch die Systematik verschleierte Bedeutung von § 538 BGB für den Soll-Zustand bei Rückgabe. Es verwundert daher nicht, dass sich schon bald nach Inkrafttreten des BGB Meinungsverschiedenheiten ergaben, ob § 556 BGB a. F., die Vorgängernorm des § 546 Abs. 1 BGB, den Mieter verpflichtete, die Mietsache in einem bestimmten baulichen Zustand zurückzugeben.<sup>9</sup> Diese Diskussion wird in der Literatur bis heute kontrovers geführt<sup>10</sup> und das Problem ist auch am BGH nicht spurlos vorüber gegangen. Während ältere Entscheidungen<sup>11</sup> kaum missverständlich erklärten, § 546 Abs. 1 BGB sei auch Grundlage einer Pflicht zur Rückgängigmachung von Substanzveränderungen, hat der BGH diese Interpretation in jüngeren Entscheidungen ausdrücklich verworfen: § 546 Abs. 1 BGB enthalte keine Regelung darüber, in welchem Zustand die Mietsache zurückzugeben sei.<sup>12</sup> Damit hat er seine zum Merkmal der „Vorenthaltung“ aus § 546a BGB entwickelte Ansicht auch auf den Anspruch aus § 546 BGB übertragen.<sup>13</sup>

## 2. Mögliche Lösungskonzepte

Es kommen verschiedene theoretische Konzepte zur Beantwortung der Frage in Betracht, unter welchen Voraussetzungen der Mieter für Substanzveränderungen haftet.

### a) Vertragsgemäße vs. vertragswidrige Veränderungen („Ursachentheorie“)

Phänomenologisch lassen sich zwei Arten von Substanzveränderungen unterscheiden. In die erste Kategorie fallen solche, die auf einem vertragsgemäßen Verhalten des Mieters beruhen,

---

<sup>7</sup> Protokolle II S. 1973 (Mugdan Bd. 2 S. 850).

<sup>8</sup> Vgl. Jakobs/Schubert Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse II (1980), S. 503.

<sup>9</sup> S. etwa einerseits Planck/Siber, BGB, 4. Aufl. (1928), § 556 Anm. 1a; Mittelstein JW 1917, 979 (Rückgabe im aktuellen Zustand) und andererseits KG Rspr. d. OLG Bd. 10 (1905), 251; Staudinger/Kober, BGB, 2. Aufl. (1908), § 548 Anm. 1, § 556 Anm. I 1 (durch § 548 BGB a. F. beschränkte Rückgabepflicht im status quo ante).

<sup>10</sup> Aus jüngerer Zeit etwa Kandelhard NJW 2002, 3291; Streyl NJW 2018, 1723.

<sup>11</sup> Etwa BGH NJW 2006, 2115; ZMR 1999, 467; WuM 1997, 217; NJW 1986, 309.

<sup>12</sup> BGH ZMR 2018, 922 Rdn. 20; NJW 2018, 1746 Rdn. 24; NJW 2014, 143 Rdn. 15.

<sup>13</sup> Streyl NJW 2018, 1723.

in die zweite alle Veränderungen, die der Mieter vertragswidrig verursacht. In der Literatur<sup>14</sup> wird vertreten, dass sich dieser phänomenologische Unterschied auch rechtlich auswirke: Substanzveränderungen der zweiten Kategorie lösten unmittelbar einen Schadensersatzanspruch aus (§§ 280, 241 Abs. 2 BGB bzw. § 823 Abs. 1 BGB), während bei Veränderungen der ersten Kategorie ein Anspruch des Vermieters zunächst auf Beseitigung gerichtet sei und sich nur unter den in § 280 Abs. 3 BGB genannten Voraussetzungen in einen Schadensersatz statt der Leistung umwandle. Begründet wird dies vor allem damit, dass es bei der ersten Kategorie um die „Aufstockung“ des Vermietersvermögens und damit um eine Leistungspflicht gehe.<sup>15</sup> Diese Literaturansicht soll hier als „Ursachentheorie“ bezeichnet werden. Der BGH hat die Ursachentheorie im Ergebnis verworfen; nach seiner Ansicht lösen nämlich sowohl Substanzveränderungen der ersten<sup>16</sup> als auch der zweiten<sup>17</sup> Kategorie unmittelbar einen Schadensersatzanspruch aus.

#### **b) Erfüllungs- oder Nebenpflichtthese**

Die Ursachentheorie verhält sich nicht zu zwei (Vor)fragen, nämlich welche genauen Pflichten den Mieter mit Blick auf den Zustand der Mietsache bei Rückgabe treffen und was die Rechtsgrundlage dieser Pflichten ist. Sie verdeutlicht aber, dass für das Verständnis der Mieterpflichten die Bestimmung des Charakters seiner Rechtspflicht weiterführend ist. Zwei Wege kommen hier in Betracht:<sup>18</sup>

Denkbar ist zunächst, bei Vertragsende einen – seinem Umfang nach näher zu bestimmenden – Anspruch des Vermieters auf Rückgängigmachung von Substanzveränderungen anzunehmen („Erfüllungsthese“). Dem Gegenkonzept („Nebenpflichtthese“) ist ein solcher Erfüllungsanspruch fremd; die Rückgabe mit den rechtswidrigen Substanzveränderungen löst unmittelbar nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB einen Schadensersatzanspruch aus. Beide Konzepte müssen die (unausweichliche) Sachfrage beantworten, unter welchen Voraussetzungen der Mieter für Substanzveränderungen verantwortlich ist, insbesondere mit

---

<sup>14</sup> Besonders deutlich Fervers WuM 2017, 429 m. zahlr. Nachw.; ähnlich zuvor Kandelhard NJW 2002, 3291, 3294.

<sup>15</sup> Fervers WuM 2017, 429.

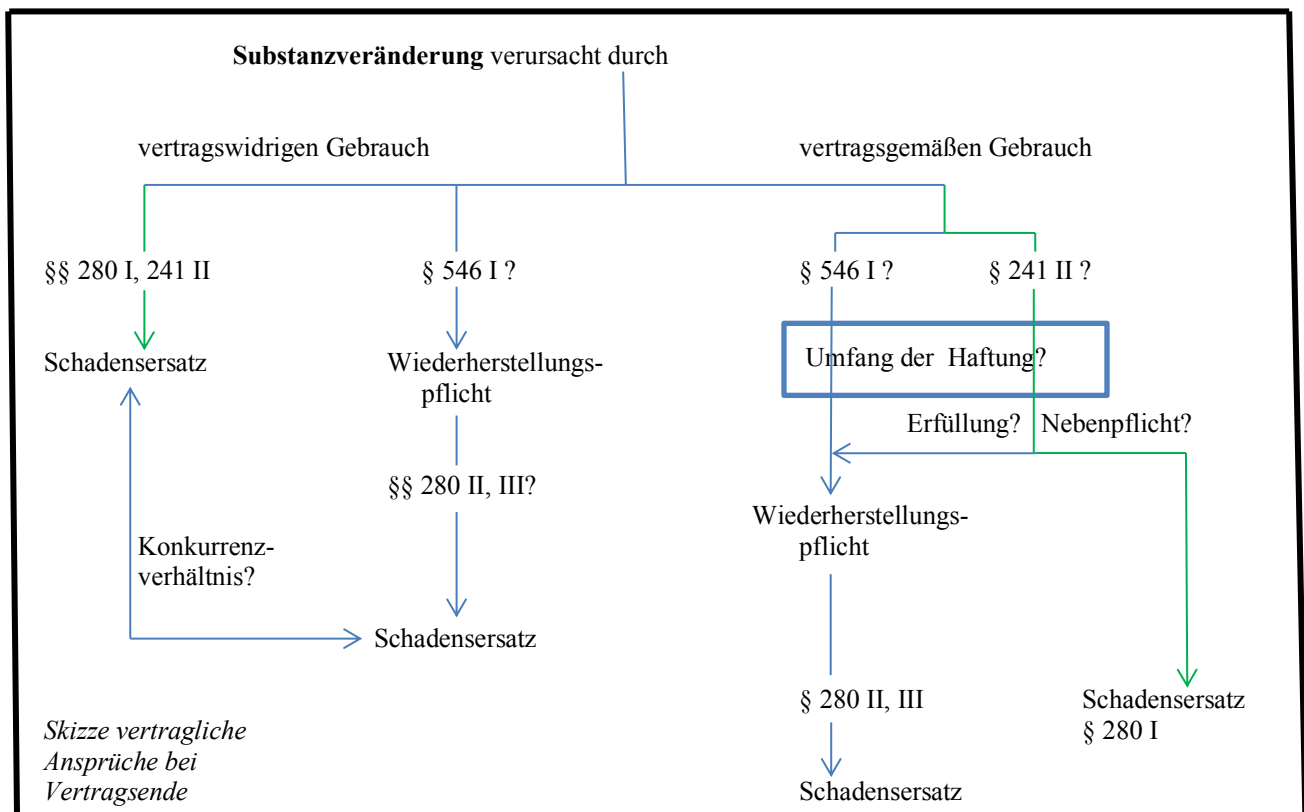
<sup>16</sup> BGH NJW 2014, 143. Diese Ansicht steht in einem wohl nicht aufzulösenden Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH (ZMR 1999, 467; NJW 1986, 309), wonach der Mieter ausdrücklich genehmigte bauliche Veränderungen nach § 546 Abs. 1 BGB zu beseitigen habe.

<sup>17</sup> BGH ZMR 2018, 922 Rdn. 20; NJW 2018, 1746 Rdn. 24.

<sup>18</sup> Der Sache nach lassen sich diese beiden Konzepte schon in der frühen Rspr. und Lit. nachweisen: Erfüllungsthese etwa bei KG Rspr. d. OLG Bd. 10 (1905), 251; Staudinger/Kober, BGB, 2. Aufl. (1908), § 548 Anm. 1, § 556 Anm. I 1, Nebenpflichtthese etwa bei OLG Hamburg Rspr. d. OLG Bd. 28 (1914), 151; Planck/Siber, BGB, 4. Aufl. (1928), § 556 Anm. 1a.

Blick auf § 538 BGB. Hier stehen beide Thesen vor dem Problem, dass sie – wenn sie nicht zu einer Garantiehaftung des Mieters führen sollen – eine Methode entwickeln müssen, um die Substanzveränderungen herauszuarbeiten, für die der Mieter verantwortlich ist. Der Erfüllungsthese stellt sich zudem die Frage, wie vertragswidrige Veränderungen der Mietsache zu behandeln sind: Lösen diese zunächst ebenfalls nur einen Erfüllungsanspruch aus oder führen sie nur zu einem Schadensersatzanspruch oder konkurrieren beide Ansprüche miteinander? Ein Unterschied zwischen beiden Konzepten besteht bei den Voraussetzungen einer Schadensersatzhaftung des Mieters: Während der Mieter nach der Nebenpflichtthese unmittelbar zum Schadensersatz verpflichtet ist, wird seine Haftung für Verzögerungsschäden oder den Schadensersatz statt der Leistung nach der Erfüllungsthese – jedenfalls auf den ersten Blick – durch § 280 Abs. 2 und Abs. 3 BGB begrenzt.

Die in Betracht kommenden Lösungswege lassen sich wie folgt grafisch darstellen, wobei der Weg des BGH in grün markiert ist:



### 3. Stellungnahme

Nach hiesiger Ansicht besteht ein dem Umfang nach beschränkter Erfüllungsanspruch des Vermieters auf Rückgängigmachung von Substanzveränderungen.

**a) Anspruchsgrundlage: § 546 Abs. 1 BGB**

Mit Blick auf die Anspruchsgrundlage unproblematisch sind Fälle, in denen die Parteien die Beseitigungspflicht ausdrücklich vereinbart haben; hier folgt der Erfüllungsanspruch aus der vertraglichen Abrede.

Fall 1: V gestattet M, die Wände des vermieteten Restaurants durch Freilegen des Mauerwerks umzugestalten. Sie vereinbaren, dass M bei Vertragsende die Wände wieder zu verputzen hat.

Schwierigkeiten bestehen, wenn es an einer ausdrücklich vereinbarten Pflicht zur Rückgängigmachung fehlt. Paradigmatisch ist die Umdekorationsentscheidung des BGH<sup>19</sup>:

Fall 2: Bei Vertragsbeginn waren die Wände der Wohnung weiß gestrichen. Der Mieter streicht die Wände in dunklen, bunten Farben und gibt die Wohnung in diesem Zustand bei Vertragsende zurück. Der Vertrag enthält keine Schönheitsreparaturklausel zu Lasten des Mieters. Der Vermieter streicht die Wohnung weiß und verlangt Kostenersatz.

Es überzeugt, in diesen Fällen die Grundlage des Wiederherstellungsanspruchs in § 546 Abs. 1 BGB zu erblicken.<sup>20</sup> Dafür spricht zunächst die Entstehungsgeschichte, denn für den Gesetzgeber war eine inhaltlich beschränkte Pflicht zur Rückgabe im status quo ante eine Selbstverständlichkeit (III 1). Gestützt wird dieses Ergebnis durch teleologische Erwägungen. Denn § 546 Abs. 1 BGB bezweckt die Auseinandersetzung der Parteien bei Vertragsende. Die Auseinandersetzung der Parteien ist aber nicht darauf beschränkt, durch Herausgabe und Räumung (II) die Sachherrschaft des Vermieters wieder herzustellen. Vielmehr betrifft die Auseinandersetzung im Grundsatz auch die Verpflichtung des Mieters, andere Veränderungen der Mietsache, nämlich solche an ihrer Substanz, rückgängig zu machen. Steht daher mit § 546 Abs. 1 BGB eine das Sachproblem betreffende Norm zur Verfügung, bedarf es der Ableitung eines Beseitigungsanspruchs des Vermieters in Form einer Nebenleistungspflicht<sup>21</sup> ebensowenig wie einer ergänzenden Vertragsauslegung<sup>22</sup>.

Da § 546 Abs. 1 BGB somit auf Rückgängigmachung bestimmter Substanzveränderungen gerichtet ist, ist die vom BGH im Ergebnis vertretene Nebenpflichtthese (III 2 b) abzulehnen.

---

<sup>19</sup> BGH NJW 2014, 143.

<sup>20</sup> Dafür grds. etwa Derleder WuM 2006, 175; Schermaier JZ 2018, 950; Stempel NZM 2017, 169, 173; Streyl NJW 2018, 1723.

<sup>21</sup> So BeckOGK/Riehm § 280 Rdn. 149.

<sup>22</sup> Dafür noch Liebermann DJZ 1903, 25.

Zur Widerlegung dieser These ist ergänzend<sup>23</sup> auf die Widersprüche hinzuweisen, die sich bei einem Vergleich mit Fällen ergeben, in denen sich der Mieter ausdrücklich zur Beseitigung der Veränderung verpflichtet hat.<sup>24</sup>

Fall 3: Wie Fall 2, nur dass sich der Mieter vertraglich zur Renovierung verpflichtet hat und diese bei Vertragsende fällig ist.

Die Haftung wegen Nichterfüllung einer vertraglich übernommenen Renovierungspflicht steht unter dem Vorbehalt des § 281 BGB.<sup>25</sup> Es überzeugt nicht, mit der Nebenpflichtthese zu einem anderen Ergebnis zu gelangen, wenn es an einer Renovierungsabrede fehlt. Denn beide Pflichtvorwürfe – Nichterfüllung der vertraglich übernommenen Renovierungspflicht in Fall 3 bzw. Rückgabe in einem Zustand, der von vielen Mietinteressenten nicht akzeptiert wird in Fall 2<sup>26</sup> – beruhen auf demselben tatsächlichen Verhalten, nämlich der Nichtausführung von Dekorationsarbeiten.

## **b) Schranken des Wiederherstellungsanspruchs**

Der aus § 546 Abs. 1 BGB folgende Wiederherstellungsanspruch ist nicht schrankenlos, sondern es bestehen der Norm immanente Beschränkungen, die sich teils aus teleologischen, teils aus systematischen Gesichtspunkten ergeben.

### **aa) Beschränkung auf vertragsgemäße Veränderungen**

Zunächst zu der Frage, ob sich § 546 Abs. 1 BGB auch auf die Rückgängigmachung vertragswidriger Veränderungen erstreckt. Diesem Problem wird in der Literatur häufig keine nähere Aufmerksamkeit geschenkt. Es finden sich aber Stellungnahmen, die den Wiederherstellungsanspruch aus § 546 Abs. 1 BGB ausdrücklich auf vertragswidrige Veränderungen ausdehnen<sup>27</sup> oder aber solche Veränderungen ausklammern<sup>28</sup>.

Der Wortlaut der Norm ist für die Problemlösung unergiebig. Aus historischer Sicht liegt es nahe, § 546 Abs. 1 BGB auch auf vertragswidrige Veränderungen anzuwenden, weil die zunächst vorgesehene Pflicht zur Rückgabe im status quo ante nicht als inhaltlich unzutreffend, sondern als überflüssig gestrichen wurde (s. o. III 1). Geht man so vor, ergeben

---

<sup>23</sup> Zur Kritik der Vertreter der Ursachentheorie s. III 2a).

<sup>24</sup> MüKo/Häublein, BGB, 8. Aufl. (2019) § 535 Rdn. 167.

<sup>25</sup> BGH NJW 2018, 1746 Rdn. 17 m. Nachw.

<sup>26</sup> BGH NJW 2014, 143.

<sup>27</sup> BeckOGK-BGB/Lohsse § 603 Rdn. 6; Schermaier JZ 2018, 950; Stieper ZGS 2011, 557, 561; Streyll in Schmidt-Futter § 546a Rdn. 83.

<sup>28</sup> Langenberg in Langenberg/Zehlein, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 5. Aufl. (2015), Rdn. II 110 f.

sich Konkurrenzfragen zum Schadensersatzrecht: Denn die vertragswidrige Substanzveränderungen führt unmittelbar zu einem Schadensersatzanspruch (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 bzw. § 823 Abs. 1 BGB), der bei Vertragsende mit dem Erfüllungsanspruch aus § 546 Abs. 1 BGB kollidiert. Teilweise wird der Erfüllungsanspruch aus § 546 Abs. 1 BGB als vorrangig eingeordnet; die eigentliche Konsequenz dieser These, dass nämlich der Vermieter dann auch bei vertragswidrigen Veränderungen nur nach § 281 BGB Anspruch auf Ersatz der Wiederherstellungskosten hätte<sup>29</sup>, wird von anderen Autoren durch eine Reduktion dieser Norm vermieden<sup>30</sup>. Nach der Gegenposition<sup>31</sup> besteht zwischen beiden Ansprüchen Normenkonkurrenz. Dieser Ansicht stellt sich die (schwierige) Folgefrage, wie sich die Wahl oder die Erfüllung einer der beiden Ansprüche – Schadensersatz oder Beseitigung der Substanzveränderung – auf den jeweils anderen Anspruch auswirkt<sup>32</sup>; im Falle der Veräußerung der rechtswidrig beschädigten Mietsache kommt erschwerend die Gläubigermehrheit zwischen Veräußerer und Erwerber hinzu<sup>33</sup>.

Trotz des gewichtigen historischen Arguments überzeugt es, § 546 Abs. 1 BGB auf vertragsgemäße Veränderungen zu beschränken. Maßgeblich ist insofern die Bedeutung von § 546 Abs. 1 BGB für die nach Vertragsende erforderliche Auseinandersetzung der Parteien (s. o. II). Es liegt näher, dass sich § 546 Abs. 1 BGB auf die Rückgängigmachung des vertragsgemäßen Verhaltens des Mieters beschränkt.<sup>34</sup> Denn nur insoweit besteht ein besonderer Regelungsbedarf, weil bei vertragswidrigen Veränderungen die Interessen des Vermieters durch das Schadensersatzrecht hinreichend gewahrt werden, da ihm § 249 BGB die Wahl zwischen Naturalrestitution und Geldersatz eröffnet. Auch die systematische Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundäransprüchen spricht dagegen, dass § 546 Abs. 1 BGB auf Beseitigung der Folgen vertragswidrigen Verhaltens gerichtet ist, da ein solches typischerweise mit Sekundäransprüchen belegt wird. Abschließend kommt hinzu, dass eine Auslegung der Norm, die zu der beschriebenen schwierigen Konkurrenzsituation zum Schadensersatzrecht führt, nicht vorzugswürdig ist.<sup>35</sup>

---

<sup>29</sup> Dafür Stieper ZGS 2011, 557, 562.

<sup>30</sup> BeckOGK-BGB/Lohsse § 603 Rdn. 6; Schermaier JZ 2018, 950.

<sup>31</sup> Streyll in Schmidt-Futter § 546a Rdn. 83.

<sup>32</sup> Die Antwort könnte in der Anwendung der Grundsätze der elektiven Konkurrenz (dazu etwa Pöschke JZ 2010, 349) liegen.

<sup>33</sup> Vgl. Streyll in Schmidt-Futter § 546a Rdn. 83 (Gesamtgläubiger i. S. d. § 428 BGB).

<sup>34</sup> Anders indes BGH NJW 2010, 2652 Rdn. 16: Mietvertragliche Räumungspflicht erfasst auch Grundstücksflächen, die nicht mitvermietet, vom Mieter jedoch unberechtigt während der Mietzeit benutzt werden.

<sup>35</sup> Aus gutem Grund ist die isolierte Abtretung konkurrierender Ansprüche nach h. M. nur mit Zustimmung des Schuldners zulässig, BGH NJW 1999, 715; Staudinger/Looschelders § 428 Rdn. 51f.



Fall 4: M entfernt in Überschreitung seines Vertragsrechts eine Zimmertür in der von V gemieteten Wohnung. Anschließend veräußert V die Mietsache an E.

Nach hier vertretener Ansicht hat E bei Vertragsende keinen Anspruch gegen M aus § 546 Abs. 1 BGB auf Wiederherstellung der Zimmertür. M ist allein dem V zum Schadensersatz verpflichtet.

### **bb) Umfang der zu beseitigenden vertragsgemäßen Veränderungen (§ 538 BGB)**

Fraglich ist, in welchem Umfang der Mieter aus § 546 Abs. 1 BGB zur Beseitigung vertragsgemäßer Veränderungen verpflichtet ist. Bei der Antwort stößt man unweigerlich auf die Schranke des § 538 BGB. Danach hat der Mieter Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten. Vor dieser Schranke stehen auch die Anhänger der Nebenpflichtthese, nämlich bei der Frage, in welchen Fällen der Mieter durch Rückgabe der Mietsache mit Substanzveränderungen, die auf einem vertragsgemäßen Gebrauch beruhen, eine Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verletzt. Folgerichtig erwähnt der BGH in seiner Umdekorationsentscheidung § 538 BGB; seine Begründung, warum die Norm eine Haftung des Mieters nicht verhindert, ist aber eher vage.<sup>36</sup>

Der Wortlaut von § 538 BGB spricht dagegen, dass der Mieter aus § 546 Abs. 1 BGB zur Rückgängigmachung von Veränderungen verpflichtet ist, die auf einem vertragsgemäßen Gebrauch beruhen. Das formalistische Gegenargument, § 546 Abs. 1 BGB verlange kein Vertretenmüssen, weshalb § 538 BGB den Anspruch nicht beschränke, überzeugt vor allem im Lichte der Entstehungsgeschichte nicht, weil § 538 BGB gerade diesen Zweck haben sollte (II 1). Nimmt man also § 538 BGB beim Wort, so wäre die Umdekorationsentscheidung<sup>37</sup> falsch, weil der BGH die Veränderung der Wandfarben als vertragsgemäßes Verhalten einordnet.

Bei näherer Betrachtung ist die Unterscheidung des BGH zwischen den Rechten während des Vertrags und dem Sollzustand bei Vertragsende aber überzeugend. Denn die Anwendung von § 538 BGB darf nicht beim Wortlaut stehen bleiben, sondern muss selbstverständlich dem

---

<sup>36</sup> BGH NJW 2014, 143 Rdn. 17 f. „Zutreffend ist...zwar, dass der Mieter Veränderungen...der Mietsache dann nicht nach § 538 BGB zu vertreten hat, wenn sie durch einen vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden... Der Mieter verletzt jedoch seine Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2, § 242 BGB, wenn er die in neutraler Dekoration übernommene Wohnung bei Mietende in einem Zustand zurückgibt, der von vielen Mietinteressenten nicht akzeptiert wird.“

<sup>37</sup> BGH NJW 2014, 143.

Normzweck gerecht werden. Die Vorschrift soll die Rechte des Vermieters wegen einer durch den Mietgebrauch verursachten Veränderung beschränken, was sich damit rechtfertigt, dass der Vermieter als Gegenleistung die Miete erhält.<sup>38</sup> Es geht mithin darum, den Umfang der Rückgabepflicht im Lichte dieses Normzwecks zu bestimmen: Richtig ist nur ein Ergebnis, dass eine Überkompensation des Vermieters bei Rückgabe vermeidet. Dieser Kompensationsgedanke spricht dafür, dass die Folgen eines atypischen vertragsgemäßen Gebrauchs unter die Beseitigungspflicht aus § 546 Abs. 1 BGB fallen. Denn mit den hierauf beruhenden Folgen muss der Vermieter nicht unbedingt rechnen, weshalb seine Vermietungsentscheidung nicht die Übernahme dieses Veränderungsrisikos beinhaltet. Das maßgebliche Abgrenzungskriterium lautet mithin, ob Substanzveränderungen auf einem Gebrauch des Mieters beruhen, der zwar vertragsgemäß ist, mit dem der Vermieter aber nicht zwingend rechnen musste und den er daher bei Vertragsabschluss berechtigterweise außer Betracht lassen durfte (atypischer Gebrauch). Es handelt sich um eine normativ-typisierende Bewertung.

Dieses Abgrenzungskriterium ist keineswegs neu, sondern lässt sich in der Rechtsprechung des BGH nachweisen. So spricht der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2002 zutreffend davon, der Mieter sei nicht verpflichtet, eine durch den vertragsgemäßen Gebrauch notwendigerweise eingetretene Beschädigung der Mietsache zu beseitigen.<sup>39</sup> Deutlich wird das Kriterium des atypischen Mietgebrauchs auch aus den Entscheidungen des BGH zum Rauchen bzw. zur Umdekoration der Wohnung: Spuren des Rauchens muss der Mieter bei Vertragsende nur beseitigen, wenn sie sich nicht allein durch Schönheitsreparaturen beseitigen lassen.<sup>40</sup> Das überzeugt, weil die Abnutzung der Dekoration eine Folge des typischen Mietgebrauchs ist. Gleiches gilt für die Wertung, dass der Mieter bei Rückgabe verpflichtet ist, bunt gestrichene Wände wieder weiß zu streichen, falls die Art der Dekoration für breite Mieterkreise nicht akzeptabel ist.<sup>41</sup> Denn mit diesem außergewöhnlichen Verhalten muss der Vermieter nicht rechnen. Aus § 538 BGB folgt aber nicht, dass der Mieter verpflichtet ist, die Mietsache stets in einem Zustand zurückzugeben, der einer baldigen Weitervermietung nicht entgegensteht. Dieser Satz aus der Umdekurationsentscheidung des BGH<sup>42</sup> betraf den konkreten Sachverhalt und ist nicht verallgemeinerungsfähig.

---

<sup>38</sup> So bereits RGZ 86, 222, 224.

<sup>39</sup> BGH NJW 2002, 3234. An anderer Stelle der Entscheidung ist von „ohne besondere Vorkommnisse üblichen“ Veränderungen die Rede; s. auch OLG Düsseldorf ZMR 2010, 959.

<sup>40</sup> BGH NJW 2008, 1439.

<sup>41</sup> BGH NJW 2014, 143 Rdn. 18.

<sup>42</sup> BGH NJW 2014, 143 Rdn. 19.

### **cc) Beschränkung auf vom Mieter zu vertretende Verschlechterungen**

Die Überlassung der Mietsache zum Gebrauch führt nicht dazu, dass die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung auf den Mieter übergeht. Dieser Grundsatz greift auch bei § 546 Abs. 1 BGB.<sup>43</sup> Die Norm enthält daher – im Gegensatz zu § 546a Abs. 1 BGB – keine Garantiehaftung des Mieters, sondern setzt voraus, dass der Mieter die von der Norm erfassten vertragsgemäßen Veränderungen aufgrund eigenen oder fremden, ihm zurechenbaren schuldhaften Verhaltens zu vertreten hat.

Fall 5: Der Mieter verstirbt in der Wohnung, was erst Wochen später bemerkt wird, weshalb die Wohnung durch Verwesungsspuren verunreinigt wird.

Wenn man das Versterben in der Wohnung als vertragsgemäßen<sup>44</sup>, aber atypischen Gebrauch einstuft, so scheidet ein Anspruch des Vermieters aus § 546 Abs. 1 BGB auf Beseitigung der Verwesungsspuren am fehlenden Vertretenmüssen des Mieters.

### **4. Bedeutung von Vereinbarungen zu Um- und Rückbau**

Der Umfang des vertragsgemäßen Gebrauchs unterliegt der Vereinbarung der Parteien. Fehlt eine ausdrückliche Abrede zur Gestattung bestimmter Substanzveränderungen – wie etwa in der Umdekorationsentscheidung des BGH –, so ist die Berechtigung hierzu dem Vertrag durch Auslegung zu entnehmen.<sup>45</sup> Enthält der Vertrag eine ausdrückliche Gestattung nebst korrespondierender Rückbauverpflichtung, dann ist diese Vereinbarung Grundlage der Wiederherstellungspflicht. Bei Vertragsgestaltungen, die dem Mieter zwar eine bauliche Veränderung gestatten, zu deren Rückbau aber schweigen, ist es allgemeine Meinung, dass die Zustimmung einen Wiederherstellungsanspruch des Vermieters nicht ausschließt. Als dessen Anspruchsgrundlage wird verbreitet § 546 Abs. 1 BGB genannt<sup>46</sup>, was überzeugt: Die Gestattung besonderer baulicher Veränderungen fällt in die Kategorie des atypischen vertragsgemäßen Gebrauchs, was die Wiederherstellungspflicht nach § 546 Abs. 1 BGB auslöst. Selbstverständlich ist es möglich, die Wiederherstellungspflicht vertraglich auszuschließen, was auch konkludent geschehen kann.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Hau NZM 2006, 561.

<sup>44</sup> So AG Bad Schwartau ZMR 2001, 806, auch zu der Frage, ob das „Liegenlassen“ des Leichnams eine Pflichtverletzung ist. Der „Tod in den Mieträumen“ beschäftigt Rspr. und Lit. schon seit Inkrafttreten des BGB, s. etwa OLG Stuttgart Das Recht 1912 Nr. 3185; Grau JW 1911, 624; Liebermann DJZ 1903, 25.

<sup>45</sup> Dazu etwa Streyll NZM 2017, 785.

<sup>46</sup> Etwa BGH ZMR 1999, 467; NJW 1986, 309; KG ZMR 2010, 956; Streyll in Schmidt-Futterer § 546 Rdn. 44.

<sup>47</sup> Dazu etwa BeckOGK/Zehelein § 546 Rdn. 73 f.; Streyll in Schmidt-Futterer § 546 Rdn. 44, jew. m. w. Nachw.

Allgemeine (also nicht auf eine konkrete, ausdrücklich genehmigte bauliche Veränderung bezogene) Rückbauklauseln können mit dem Schadensersatzrecht kollidieren. Es stellt sich nämlich die Frage, ob eine solche Klausel auch vertragswidrige Substanzveränderungen erfasst und die diesbezüglichen Schadensersatzansprüche neben der Leistung (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) abbedingen soll, der Vermieter also nur über § 281 Abs. 1 BGB Ersatz der Wiederherstellungskosten verlangen kann. In der Literatur<sup>48</sup> wird zutreffend darauf verwiesen, dass dies nicht dem Interesse des Vermieters entspricht, weshalb eine solche Auslegung jedenfalls bei einer Individualvereinbarung fern liegt. Bei Vermieter-AGB kann sich wegen § 305c Abs. 2 BGB aber etwas anderes ergeben, weil die Auslegung, nach der seine Schadensersatzpflicht durch §§ 280 Abs. 2 und Abs. 3 BGB beschränkt ist, für den Mieter günstiger ist. Voraussetzung ist allerdings, dass ein solches Verständnis der Klausel im konkreten Fall zumindest vertretbar<sup>49</sup> ist.

## **5. Beweisfragen**

Bei der Rückgabe kommt es häufig zum Streit, worauf eine bestimmte Substanzveränderung zurückzuführen ist. Deshalb ist die Verteilung der Beweislast von besonderer praktischer Bedeutung. Zu unterscheiden ist, ob dem Mieter als Pflichtverletzung ein vertragswidriger Gebrauch oder die Verletzung der Pflicht aus § 546 Abs. 1 BGB vorgeworfen wird, die Folgen eines atypischen, vertragsgemäßen Gebrauchs nicht beseitigt zu haben.

### **a) Vertragswidriger Gebrauch als Pflichtverletzung**

Rügt der Vermieter einen vertragswidrigen Gebrauch als Ursache der Substanzveränderung, gilt zu seinen Gunsten nach der Rechtsprechung mit Blick auf die Pflichtverletzung eine Beweiserleichterung: Er muss nur beweisen, dass die Schadensursache dem Obhutsbereich des Mieters entstammt; den konkreten Nachweis der Art der Verursachung muss er nicht führen.<sup>50</sup> Hierfür muss er die Möglichkeit anderweitiger Schadensquellen entkräften. Dafür muss der Vermieter den Beweis führen, dass eine mögliche Verursachung durch Dritte, für die der Mieter nicht nach § 278 BGB haftet, ausscheidet.<sup>51</sup> Daneben muss er Ursachen aus seinem Obhuts- und Verantwortungsbereich, etwa einen auf dem Zustand der Mietsache oder auf Zufall beruhenden Schadenseintritt, ausräumen.<sup>52</sup> Gelingt dem Vermieter dieser Nachweis, so trägt der Mieter die Beweislast dafür, dass der Schaden nicht von ihm

---

<sup>48</sup> Fervers WuM 2017, 439, 437.

<sup>49</sup> Vgl. etwa BGH ZMR 2016, 284 Rdn. 19.

<sup>50</sup> BGH NJW 1994, 2019; NJW 1998, 594.

<sup>51</sup> BGH NZM 2005, 100.

<sup>52</sup> BGH NZM 2005, 100; OLG Düsseldorf DWV 1992, 241; OLG Hamburg RuS 2009, 156.

verursacht wurde oder dass das Verursachungsverhalten vertragsgemäß war.<sup>53</sup> Der zuletzt genannte Punkt bezieht sich allerdings nur auf Tatsachen, die ein entsprechendes Vertragsrecht begründen, etwa die Erlaubnis des Vermieters, eine bestimmte bauliche Veränderung vorzunehmen. Die Auslegung der Parteiabreden zum vertragsgemäßen Gebrauch – insbesondere mit Blick auf ihren Umfang – ist hingegen eine Rechtsfrage.

#### **b) Verletzung der Pflicht aus § 546 Abs. 1 BGB zur Rückgabe im Sollzustand**

Steht nach dem soeben gesagten fest, dass die Substanzveränderung durch ein vertragsgemäßes Gebrauchsverhalten herbeigeführt wurde, geht es nur noch um die Einordnung dieses Verhaltens als typischen oder atypischen Gebrauch. Dabei handelt es sich, wie ausgeführt, nicht um eine Tat-, sondern um eine Rechtsfrage (s. III 5 a)

### **IV. Anwendungsbeispiele**

Die hier entwickelten Prinzipien sollen abschließend anhand von drei Beispielen veranschaulicht werden.

Fall 2: Bei Vertragsbeginn waren die Wände der Wohnung weiß gestrichen. Der Mieter streicht die Wände in dunklen, bunten Farben und gibt die Wohnung in diesem Zustand bei Vertragsende zurück. Der Vermieter verlangt Ersatz der ihm entstandenen Malerkosten sowie Mietausfall für den Zeitraum, um den sich die Neuvermietung wegen der Malerarbeiten verzögert hat.

Die Umdekoration ist nach überzeugender Ansicht des BGH<sup>54</sup> ein zulässiges Gebrauchsverhalten, kommt also als Anknüpfungspunkt für eine Pflichtverletzung nicht in Betracht. Die für den Anspruch aus § 280 BGB erforderliche Pflichtverletzung liegt nach hier vertretener Ansicht aber in der Verletzung von § 546 Abs. 1 BGB. Denn in der Umdekoration von weiß auf dunkle, bunte Farben liegt ein atypischer Gebrauch der Mietsache. Der Anspruch auf Ersatz der Malerkosten ist ein Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB)<sup>55</sup>, der Mietausfall ein Verzögerungsschaden.<sup>56</sup> Nach der vom BGH vertretenen Gegenansicht hat der Mieter hingegen eine Nebenpflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB verletzt; für die Erstattung der Malerkosten ist es danach nicht erforderlich, dass die Voraussetzungen von

---

<sup>53</sup> BGH NJW 2009, 142 Rdn. 16; BeckOGK/H. Schmidt § 538 Rdn. 46; Gsell NZM 2010, 71, 78.

<sup>54</sup> BGH NJW 2014, 143.

<sup>55</sup> Fervers WuM 2017, 429, 436.

<sup>56</sup> Ob der Mietausfall verschuldensunabhängig nach § 546a BGB zu ersetzen ist, hängt von der Auslegung des dortigen Begriffs der Rückgabe ab.

§ 280 Abs. 3 BGB erfüllt sind.<sup>57</sup> Ob auch der Mietausfall in diesen Konstellationen allein nach § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen ist, hatte der BGH bislang nicht zu entscheiden.<sup>58</sup>

Fall 6<sup>59</sup>: Vermietet ist eine Wohnung mit Marmorboden im Bad. Der Mieter urinieren regelmäßig im Stehen, dadurch wird die Oberfläche des Marmorbodens beschädigt, was für den Mieter erkennbar war. Der Mieter gibt die Wohnung in diesem Zustand bei Vertragsende zurück. Der Vermieter verlangt Ersatz der Kosten der Schadensbeseitigung.

Wenn man in Fall 6 die Ansicht vertritt, dass ein Urinieren im Stehen zum vertragsgemäßen Gebrauch gehört und es auch nicht vertragswidrig ist, wenn der Mieter nicht ständig den Boden wischt, so bedeutet dies nicht, dass die Schadensersatzklage abzuweisen ist. Denn die Pflichtverletzung des Mieters kann auch in einem Verstoß gegen § 546 Abs. 1 BGB – bzw. auf Grundlage der Rechtsprechung des BGH: gegen § 241 Abs. 2 BGB – liegen. Da der Mieter sein Verhalten zu vertreten hat, lautet die entscheidende Frage, ob es sich um einen atypischen Mietgebrauch handelt. Es liegt wohl näher, diese Frage zu verneinen, weil der Vermieter angesichts des in der Gesellschaft verbreiteten Urinierens im Stehen hiermit rechnen muss.<sup>60</sup>

Fall 7<sup>61</sup>: Vermietet sind Geschäftsräume zum Betrieb eines Baumarkts. Durch einen Brand wird die Mietsache erheblich beschädigt. Als Brandursache wird eine vom Mieter eingebrachte Lampe ausgemacht. Es kann allerdings nicht aufgeklärt werden, ob der Mieter die Lampe fehlerhaft installiert hat oder es zu einem für den Mieter nicht vorhersehbaren Defekt der Lampe selbst gekommen ist. Der Vermieter verlangt nach Vertragsende Ersatz der Kosten für die Wiederherstellung der Geschäftsräume.

Hier steht fest, dass die Ursache der Beschädigung aus der Sphäre des Mieters stammt. Damit ist es am Mieter, den Nachweis zu erbringen, dass er für die konkrete Schadensursache nicht einzutreten hat. Dieser Nachweis ist ihm nicht gelungen, weil die Verursachung des Brandes durch die vom Mieter fehlerhafte Installation nicht ausgeräumt ist, was dafür spricht, eine Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu bejahen.

#### **IV. Auswirkungen auf die Mängelrechte des Mieters**

§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet den Vermieter, die Mietsache im vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Es ist allgemein anerkannt, dass der Mieter danach nicht die Beseitigung

---

<sup>57</sup> BGH NJW 2014, 143; s. auch BGH NJW 2018, 1746 Rdn. 18.

<sup>58</sup> Für vertragswidrige Substanzveränderungen hat der BGH die Frage bejaht, BGH NJW 2018, 1746 Rdn. 32.

<sup>59</sup> Nach LG Düsseldorf ZMR 2016, 201.

<sup>60</sup> Die Lösung für den Vermieter liegt dann darin, dem Mieter diese Art des Urinierens vertraglich zu untersagen, was auch in AGB möglich ist, da es sich nicht um ein wesentliches Gebrauchsrecht handelt, vgl. Lehmann-Richter NZM 2015, 513, 516.

<sup>61</sup> Nach BGH NJW 1994, 2019.

von Veränderungen verlangen kann, die auf einem vertragswidrigen Gebrauchsverhalten beruhen.<sup>62</sup> Die Anerkennung einer Pflicht des Mieters, bei Vertragsende bestimmte Folgen seines vertragsgemäßen Gebrauchs zu beseitigen, führt zu einer weitergehenden Beschränkung seines Anspruchs aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Denn es wäre ein unauflösbarer Wertungswiderspruch, dem Mieter während des Vertrags einen Anspruch auf Beseitigung einer Veränderung gegen den Vermieter zuzusprechen, deren Beseitigung der Vermieter bei Vertragsende von ihm verlangen könnte. Die Erhaltungspflicht des Vermieters erstreckt sich daher nicht auf die von § 546 Abs. 1 BGB erfassten Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache. Gleiches gilt für die übrigen Mängelrechte, insb. die Minderung. Es handelt sich um eine im Gesetzeswortlaut nicht unmittelbar zum Ausdruck kommende, systematisch-teleologische Einschränkung der Mängelrechte. Dies ist kein Fremdkörper, weil eine einschränkende Auslegung der Gewährleistungsrechte des Mieters auch in anderen Fällen anerkannt ist.<sup>63</sup>

## **V. Wesentliche Ergebnisse in Thesen**

1. § 546 Abs. 1 BGB verpflichtet den Mieter außer zur Herausgabe und Räumung auch dazu, die von ihm zu vertretenden, auf einem vertragsgemäßen, aber atypischen Gebrauch beruhenden Substanzveränderungen zu beseitigen. Verlangt der Vermieter stattdessen Ersatz der Wiederherstellungskosten, so handelt es sich um einen Schadensersatz statt der Leistung.

2. Die Einordnung eines Gebrauchsverhaltens als atypisch ist keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage.

3. Hat der Mieter eine Substanzveränderung durch ein vertragswidriges Gebrauchsverhalten verursacht, richtet sich die Haftung des Mieters allein nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bzw. dem Deliktsrecht.

4. Substanzveränderungen durch vertragsgemäßen Gebrauch, die der Mieter bei Vertragsende nach § 546 Abs. 1 BGB zu beseitigen hat, lösen während des Vertrags keine Gewährleistungsrechte aus.

---

<sup>62</sup> BGH NJW 2018, 1746 Rdn. 29; BeckOGK/Schmidt § 535 Rdn. 316.

<sup>63</sup> BGH ZMR 2011, 371; MüKo/Häublein, BGB, 7. Aufl. (2016), § 535 Rdn. 106.