



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 157/17

Verkündet am:
28. Februar 2018
Vorusso,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: _____ ja

BGB §§ 241, 249 Ga, 280, 281, 282, 535, 823 L

Schäden an der Sachsubstanz der Mietsache, die durch eine Verletzung von Obhutspflichten des Mieters entstanden sind, hat dieser nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB als Schadensersatz neben der Leistung nach Wahl des Vermieters durch Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder durch Geldzahlung (§ 249 Abs. 2 BGB) zu ersetzen. Einer vorherigen Fristsetzung des Vermieters bedarf es dazu nicht. Das gilt unabhängig von der Frage, ob es um einen Schadensausgleich während eines laufenden Mietverhältnisses oder nach dessen Beendigung geht.

BGH, Urteil vom 28. Februar 2018 - VIII ZR 157/17 - LG Schweinfurt
AG Bad Neustadt

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Februar 2018 durch die Richterin Dr. Fetzner als Vorsitzende, die Richterin Dr. Hessel sowie die Richter Prof. Dr. Achilles, Dr. Bünge und Kosziol

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Schweinfurt - 2. Zivilkammer - vom 30. Juni 2017 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte war von 2004 bis Mitte Januar 2012 Mieter einer dem Kläger gehörenden Wohnung in H. . Deren Rückgabe erfolgte am 25. Februar 2012. Wegen verschiedener Schäden in der zurückgegebenen Wohnung beantragte der Kläger Mitte März 2012 die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens und begehrte nach dessen Abschluss von dem Beklagten Schadensersatz. Eine Frist zur Beseitigung etwaiger Mängel hatte er ihm zuvor nicht gesetzt.
- 2 Im Revisionsverfahren ist noch ein vom Berufungsgericht gegen den Beklagten zuerkannter Schadensersatz in Höhe von 5.171 € nebst Zinsen im Streit. Dieser setzt sich zusammen aus den Kosten für die Beseitigung eines auf fehlerhaftem Heiz- und Lüftungsverhalten des Beklagten beruhenden

Schimmelbefalls mehrerer Räume (2.760 €), einem Ersatz für von ihm verursachte Kalkschäden an Badezimmerarmaturen (61 €) und Lackschäden an einem Heizkörper (100 €) sowie einem Mietausfallschaden aufgrund einer schadensbedingt erst ab August 2012 möglichen Weitervermietung der Wohnung (2.250 €).

3 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

5 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

6 Das Amtsgericht habe dem Kläger für die genannten Schäden zutreffend gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB einen Schadensersatz zugesprochen. Soweit mehrere Räume der Wohnung mit Schimmel befallen gewesen seien, habe dies zum überwiegenden Teil auf einem fehlerhaften Heiz- und Lüftungsverhalten des Beklagten beruht. Er sei deshalb zum Ersatz des auf dieses Verhalten zurückzuführenden Schadensbeseitigungsaufwands von 2.760 € verpflichtet, ohne dass der Kläger ihm zuvor eine Frist zur Schadensbeseitigung habe setzen müssen. Soweit in der Instanzrechtsprechung teilweise ein aus § 281 Abs. 1 BGB hergeleitetes Fristsetzungserfordernis angenommen werde, liege dem die Auffassung zugrunde, dass § 546 Abs. 1 BGB den Mieter zur Rückgabe der Mietsache in vertragsgemäßem, also nicht über die übliche ver-

tragliche Abnutzung hinausgehenden Zustand verpflichte. Danach könne der Vermieter bei einer Verletzung der Pflicht zur Rückgabe der Mietsache in vertragsgemäßem Zustand (nur) Schadensersatz statt der Leistung verlangen, was wiederum voraussetze, dass er dem Mieter erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt habe oder diese ausnahmsweise entbehrlich sei. Diese Sichtweise entspreche jedoch nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 6. November 2013 - VIII ZR 416/12), nach der § 546 BGB - richtigerweise - keine Regelung enthalte, in welchem Zustand die Wohnung zurückzugeben sei. Vielmehr sei danach der Zustand der Mietsache für die Rückgabe selbst ohne Bedeutung, so dass der Vermieter wegen Verschlechterung der Mietsache zwar Schadensersatz verlangen, nicht jedoch die Rücknahme der Mietsache verweigern könne.

7 Aus dem gleichen Grund sei der Beklagte wegen der aufgrund mangelhafter Pflege zu ersetzenden Badezimmerarmaturen und der auf Beschädigungen zurückzuführenden großflächigen Abplatzungen an einem Heizkörper ohne vorherige Fristsetzung zum Schadensersatz verpflichtet. Darüber hinaus sei dem Kläger durch die Rückgabe der Wohnung in beschädigtem Zustand, insbesondere wegen des erheblichen Umfangs der Beschädigungen und der alle Räume erfassenden Schimmelbildung, eine anschließende Weitervermietung vor der erst Ende Juli 2012 erfolgten sachverständigen Klärung des Mängelbefundes nicht möglich gewesen; der Beklagte habe deshalb auch für den Mietausfallschaden für die Monate März bis Juli 2012 einzustehen.

II.

8 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

- 9 1. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der vom Kläger wegen der im Streit stehenden Schäden begehrte Ersatz als so genannter Schadensersatz neben der Leistung (§§ 535, 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB; vgl. dazu BGH, Urteil vom 16. Februar 2017 - VII ZR 242/13, NJW 2017, 1669 Rn. 23 mwN) keine Fristsetzung gegenüber dem Beklagten zur Schadensbeseitigung gemäß § 280 Abs. 3, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB voraussetzt. Darüber hinaus kann der Kläger sich für den begehrten Schadensersatz wegen einer Verletzung seines Eigentums an der vermieteten Wohnung auch auf § 823 Abs. 1 BGB stützen, der ebenfalls keine Fristsetzung vorsieht.
- 10 a) Im mietrechtlichen Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung ist allerdings umstritten, ob ein - wie im Streitfall - nach Rückgabe der Mietsache geltend gemachter Ersatzanspruch als Schadensersatz neben der Leistung oder als Schadensersatz statt der Leistung anzusehen ist und wie sich im letztgenannten Fall dazu ein konkurrierender deliktischer Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB verhält.
- 11 aa) Teilweise wird § 281 BGB für generell anwendbar gehalten. Dies beruht auf der Annahme, dass § 546 Abs. 1 BGB auch eine Leistungspflicht des Mieters zur Rückgabe der Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand, also ohne über eine vertraglich erlaubte Abnutzung hinausgehende Schäden, zum Inhalt habe und dadurch eine auf die Wiederherstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes lautende Beseitigungspflicht begründe. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass andernfalls die Abgrenzung zwischen zu beseitigenden einfachen Gebrauchsspuren und weitergehenden Substanzbeschädigungen schwierig sei oder es sonst sachwidrig zur unterschiedlichen Behandlung einer Schadensbeseitigung und den sich häufig überlappenden Fallgestaltungen einer vertraglich eigens übernommenen (Wieder-)Herstellungspflicht komme (z.B. OLG Köln, Urteil vom 21. Mai 2015 - 18 U 60/14, juris Rn. 43 f.;

Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rn. 661; Kraemer, Festschrift für Blank, 2006, S. 281, 289; Scheuer/J. Emmerich in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. V.A Rn. 35; unklar Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 13. Aufl., § 546a BGB Rn. 83 [Anspruchskonkurrenz zu § 280 Abs. 1 BGB]; zum Meinungsstand ferner Fervers, WuM 2017, 429, 430 f.). Vereinzelt wird das sich aus § 281 Abs. 1 BGB ergebende Fristsetzungserfordernis dabei auch auf einen konkurrierenden deliktischen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB übertragen (so etwa Kraemer, aaO; anders wohl Schmidt-Futterer/Streyll, aaO Rn. 82).

- 12 bb) Die gegenteilige Auffassung sieht für eine Anwendung des § 281 BGB weder vor noch nach Vertragsende Raum. Der Schadensersatzanspruch aus einer zur Beschädigung der Mietsache führenden Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB) oder aus einer damit konkurrierenden unerlaubten Handlung (§ 823 BGB) falle bereits mit der Schadensentstehung und nicht erst mit der Beendigung des Mietverhältnisses an und werde gemäß § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig. Der Vermieter könne hierbei nach seiner Wahl entweder Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder unmittelbar Schadensersatz in Geld (§ 249 Abs. 2 BGB) beanspruchen und büße diesen an kein Fristsetzungserfordernis geknüpften Anspruch auch nicht durch eine zwischenzeitliche Vertragsbeendigung ein (z.B. OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. März 2013 - 10 U 72/12, juris Rn. 6, 8; LG Saarbrücken, Urteil vom 21. November 2014 - 10 S 60/14, juris Rn. 16, 20 f.; Staudinger/V. Emmerich, BGB, Neubearb. 2018, § 538 Rn. 6; vgl. zum Meinungsstand ferner Fervers, aaO S. 430). Zudem sei es auch nicht möglich, ein etwaiges Fristsetzungserfordernis auf konkurrierende Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB zu übertragen (Oechsler, NZM 2004, 881, 888; LG Saarbrücken, Urteil vom 21. November 2014 - 10 S 60/14, aaO Rn. 17).

13 cc) Die aufgeworfene Frage ist jedenfalls für die im Streit stehende Sachverhaltskonstellation höchstrichterlich noch nicht entschieden worden.

14 (1) Auf der Grundlage des vor der Schuldrechtsreform geltenden Rechts hat sich der Bundesgerichtshof zwar häufiger mit einer Anwendbarkeit des § 326 BGB aF auf mietvertragliche (Wieder-)Herstellungs- oder Beseitigungspflichten und dem dabei bestehenden Erfordernis einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung oder deren ausnahmsweiser Entbehrlichkeit befasst. Bei Anwendung dieser Bestimmung, die im Zuge der Schuldrechtsreform durch § 281 BGB ersetzt worden ist (BT-Drucks. 14/6040, S. 138), ist es jedoch in allen entschiedenen Fällen um die zur Anwendbarkeit der Norm unerlässliche Verletzung vertraglich übernommener (Haupt-)Leistungspflichten gegangen.

15 Bei den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen handelt es sich um eine vom Mieter eigens übernommene Verpflichtung zur Vornahme von Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten, namentlich Schönheitsreparaturen (BGH, Urteile vom 20. Oktober 1976 - VIII ZR 51/75, WM 1976, 1277 unter 1 a; vom 19. Oktober 1988 - VIII ZR 22/88, NJW 1989, 451 unter II 2 c; vom 10. Juli 1991 - XII ZR 105/90, WM 1991, 1884 unter II 1 a, 2 a; vom 9. Juli 1992 - XII ZR 268/90, WM 1992, 1853 vor und unter 1; vom 5. Oktober 1994 - XII ZR 15/93, NJW-RR 1995, 123 unter II 2 a, b), zur Wiederherstellung des früheren Zustands der Mietsache, wenn dazu erhebliche Kosten aufgewendet werden mussten (BGH, Urteile vom 20. Oktober 1976 - VIII ZR 51/75, aaO unter 1 a, b; vom 16. März 1988 - VIII ZR 184/87, BGHZ 104, 6, 10 f.; vom 10. Juli 2002 - XII ZR 107/99, WM 2002, 2517 unter 2, 3; vom 22. September 2004 - VIII ZR 360/03, NJW 2004, 3775 unter II 2 b bb, cc), zur Rückgabe der Mietsache bei Vertragsbeendigung in ordnungsgemäßem, auch die Spuren eines vertragsgemäßen Gebrauchs beseitigenden Zustand (BGH, Beschluss vom 2. Oktober 1996 - XII ZR 65/95, WuM 1997, 217 unter 2) oder zur Beseitigung

von Einbauten oder Anlagen (BGH, Urteile vom 2. April 1989 - VIII ZR 52/88, BGHZ 107, 179, 183; vom 19. Oktober 1988 - VIII ZR 22/88, aaO).

- 16 Diese für den Fall der unterbliebenen Erfüllung mietvertraglicher Hauptpflichten von § 326 BGB aF erfasste Schadensersatzverpflichtung wird von Schadensersatzansprüchen des Vermieters aus positiver Vertragsverletzung, die nunmehr von § 280 Abs. 1 BGB erfasst werden, abgegrenzt (BT-Drucks. 14/6040, S. 225). Auf letztgenannte Anspruchsgrundlage ist zurückgegriffen worden, wenn der Mieter vertragliche Nebenpflichten verletzt hatte, weil er etwa die Grenzen des ihm zustehenden vertragsgemäßen Gebrauchs überschritten und/oder durch Verletzung seiner Obhutspflichten die Mietsache beschädigt oder verschlechtert hatte (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1994 - XII ZR 15/93, aaO).
- 17 (2) Auf dieser Linie liegt auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anwendung des seit der Schuldrechtsreform geltenden Rechts. Danach bestimmen sich etwa Schadensersatzansprüche aus der Nichterfüllung einer vom Mieter wirksam aus dem Pflichtenkreis des Vermieters übernommenen Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen oder von Instandsetzungs- beziehungsweise Instandhaltungsmaßnahmen nach § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB (BGH, Urteile vom 18. März 2015 - VIII ZR 242/13, BGHZ 204, 316 Rn. 15; vom 12. März 2014 - XII ZR 108/13, NJW 2014, 1444 Rn. 17, 30; vom 12. Februar 2014 - XII ZR 76/13, BGHZ 200, 133 Rn. 24 f.; Senatsbeschluss vom 21. Oktober 2008 - VIII ZR 189/07, WuM 2009, 36 Rn. 2).
- 18 Demgegenüber hat der Senat in verschiedenen Fallgestaltungen Schadensersatzansprüche aus einer Verletzung von Obhuts- oder Rücksichtnahmepflichten des Mieters, die zu einer Verschlechterung der Mietsache oder sonst einem Schaden des Vermieters geführt haben, nach §§ 535, 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB beurteilt (Senatsurteile vom 6. November 2013 - VIII ZR 416/12,

NJW 2014, 143 Rn. 18 f.; vom 5. März 2014 - VIII ZR 205/13, NJW 2014, 1653 Rn. 10; vom 14. Dezember 2016 - VIII ZR 49/16, NJW-RR 2017, 329 Rn. 14, 16). Entsprechend hat der Senat in derartigen Fällen auch § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB mit der danach unter Fristsetzung auszusprechenden Aufforderung an den Mieter zur Schadensbeseitigung nicht zur Anwendung gebracht, sondern dem Vermieter einen sofort fälligen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Mieter zugebilligt, und zwar nach seiner Wahl in Form der Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder des Geldersatzes (§ 249 Abs. 2 BGB; Senatsurteil vom 19. November 2014 - VIII ZR 191/13, BGHZ 203, 256 Rn. 26).

19 b) Für den ebenfalls durch die Verletzung von Obhutspflichten des Beklagten gekennzeichneten Streitfall und die dadurch eingetretenen Schäden an der Sachsubstanz kann nichts anderes gelten. Es kommt - worauf Fervers (aaO S. 433) mit Recht hinweist - unabhängig von der Frage, ob der Schadensersatz vor oder nach Rückgabe der Mietsache geltend gemacht wird, nur darauf an, ob die Verletzung einer zur Anwendbarkeit des § 280 Abs. 3, § 281 BGB führenden Leistungspflicht oder die Verletzung einer in § 241 Abs. 2 BGB geregelten vertraglichen Nebenpflicht, bei der sich die Anspruchsvoraussetzungen allein nach § 280 Abs. 1 BGB bestimmen, in Rede steht.

20 aa) Nach der Konzeption des Gesetzgebers der Schuldrechtsreform zielen die im Bürgerlichen Gesetzbuch jeweils geregelten Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 Satz 1 BGB) zumeist auf eine Veränderung der Güterlage des Gläubigers ab, während die nunmehr in § 241 Abs. 2 BGB angesprochenen Schutzpflichten nur die gegenwärtige Güterlage jedes an dem Schuldverhältnis Beteiligten vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen bewahren sollen und wirksame Schuldverträge regelmäßig als Nebenpflichten begleiten, ohne selbst leistungsbezogen zu sein. Bei ihrer Verletzung geht es deshalb um Schäden, die nach dem vor der Schuldrechtsreform geltenden Recht unter dem Gesichts-

punkt der positiven Vertragsverletzung zu ersetzen waren, weil sie außerhalb des eigentlichen Leistungsprogramms (hier § 535 BGB) und dem damit verfolgten Erfüllungsinteresse an anderen, in ihrer Integrität aber nicht zum unmittelbaren Leistungsgegenstand gehörenden Rechtsgütern eintreten. Solche Schäden entstehen im Falle eines Mietverhältnisses zwar an dem Mietgegenstand, sie beruhen aber auf einer Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs und sind damit außerhalb des mietrechtlichen Leistungsprogramms verursacht worden. Der Ersatz dieser Schäden ist deshalb darauf angelegt, etwaige über das Erfüllungsinteresse der Vertragsparteien am Erhalt der jeweils versprochenen Leistung hinausgehende eingetretene Vermögensnachteile auszugleichen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 125, 225; ferner etwa Staudinger/Schwarze, BGB, Neubearb. 2014, § 280 Rn. C 38; Fervers, aaO S. 433 f.; jeweils mwN).

21 Im Gegensatz zu diesem das Integritätsinteresse betreffenden Schadensersatzanspruch neben der Leistung, durch den gemäß § 280 Abs. 1 BGB unmittelbar Ersatz für Schäden beansprucht werden kann, die an nicht von dem eigentlichen Leistungsprogramm des Mietvertrags erfassten Rechtsgütern des Gläubigers oder an dessen Vermögen eintreten (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 2017 - VII ZR 242/13, aaO mwN), bildet der bei Nicht- oder Schlechterfüllung einer Leistungspflicht geschuldete Schadensersatz das Surrogat der zur Erfüllung führenden Leistung, wie es in § 281 BGB als auf das Leistungsinteresse (positives Interesse) bezogener Schadensersatz statt der Leistung geregelt ist. Allerdings ist die Ersatzfähigkeit des von ihm so beschriebenen Leistungsinteresses vom Gesetzgeber zusätzlich an die Voraussetzung geknüpft worden, dass der Schuldner vor Geltendmachung eines gegen ihn gerichteten, den Leistungsanspruch ersetzenden Schadensersatzanspruchs grundsätzlich eine weitere Gelegenheit zur Erfüllung erhalten muss (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 134 f., 138, 225).

- 22 Für die Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber dem Gläubiger hingegen einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung nur ausnahmsweise unter den in § 282 BGB geregelten besonderen, im Streitfall jedoch nicht einschlägigen Unzumutbarkeitsvoraussetzungen, die dabei dem Anwendungsbereich des § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgehen, zubilligen wollen (dazu BT-Drucks. 14/6040, S. 138, 141 f.).
- 23 bb) Bei der Verpflichtung des Beklagten, die ihm überlassenen Mieträume in einem dem vertragsgemäßen Gebrauch nach Maßgabe von § 538 BGB entsprechenden Zustand zu halten, insbesondere die Räume aufgrund der aus der Besitzübertragung folgenden Obhutspflicht schonend und pfleglich zu behandeln sowie alles zu unterlassen, was zu einer von § 538 BGB nicht mehr gedeckten Verschlechterung führen kann (Senatsurteil vom 14. Dezember 2016 - VIII ZR 49/16, aaO Rn. 14 mwN), handelt es sich um eine nicht leistungsbezogene Nebenpflicht im genannten Sinne, deren Verletzung allein nach den in § 280 Abs. 1 BGB geregelten Voraussetzungen eine Schadensersatzpflicht begründet.
- 24 Das gilt entgegen der Auffassung der Revision, die sich dazu auf die vorstehend unter II 1 a aa wiedergegebene Auffassung in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum stützt, nicht nur für das laufende Mietverhältnis, sondern auch für dessen Beendigung. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, von der abzugehen kein Anlass besteht, ist der Zustand, in dem sich die Mietsache bei ihrer Rückgabe befindet, für die allein in der Rückgabe selbst bestehende Leistungspflicht ohne Bedeutung. § 546 Abs. 1 BGB enthält keine Regelung darüber, in welchem Zustand die Wohnung zurückzugeben ist. Bei Verschlechterungen oder Veränderungen der Mietsache kann der Vermieter deshalb zwar Schadensersatz verlangen, ist aber - zur

Vermeidung eines sonst etwa nach §§ 293 ff. BGB eintretenden Annahmeverzugs oder des Fehlens einer für die Anwendbarkeit von § 546a Abs. 1 BGB erforderlichen Vorenthaltung - nicht zur Ablehnung ihrer Rücknahme berechtigt (Senatsurteile vom 6. November 2013 - VIII ZR 416/12, aaO Rn. 15; vom 10. Januar 1983 - VIII ZR 304/81, BGHZ 86, 204, 209 f.; vom 23. Januar 1974 - VIII ZR 219/72, WM 1974, 260 unter II 3; vgl. ferner Senatsbeschluss vom 13. Juli 2010 - VIII ZR 326/09, NJW-RR 2010, 1521 Rn. 2; ebenso nunmehr BGH, Urteil vom 23. Juni 2010 - XII ZR 52/08, NJW 2010, 2652 Rn. 18).

25 cc) Soweit die Revision unter Bezugnahme auf Stimmen in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum (OLG Köln, Urteil vom 21. Mai 2015 - 18 U 60/14, aaO Rn. 43; Kraemer, aaO S. 284, 288 f.) geltend macht, dass der Mieter bei Beschädigung der Mietsache durch einen vertragswidrigen Gebrauch nicht nur während eines laufenden Mietverhältnisses, sondern auch nach dessen Beendigung berechtigt sei, den Schaden selbst zu beheben, weil nach dem Ende des Mietverhältnisses die vertragliche Verpflichtung zur Rückgabe der Mietsache ohne vertragswidrige Beschädigungen die vorher entstandenen, aber noch nicht erfüllten Schadensersatzansprüche aufnehme, findet dies im Gesetz keine Stütze. Auch hier wird den grundsätzlichen Unterschieden zwischen einem Schadensersatz statt der Leistung und einem Schadensersatz neben der Leistung sowie den dadurch jeweils geschützten Interessen nicht Rechnung getragen.

26 (1) Im Gegensatz zu einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung, bei dem eine Naturalrestitution ausscheidet, weil die Erfüllung der vertraglichen Leistung gemäß § 281 Abs. 4 BGB gerade nicht mehr verlangt werden kann und dieser Anspruch deshalb abweichend von § 249 BGB von Anfang an nur auf Geld gerichtet ist (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2015 - V ZR 26/15, WM 2016, 1748 Rn. 21 mwN), räumt die auf den Schadensersatzanspruch nach

§ 280 Abs. 1 BGB uneingeschränkt anwendbare Bestimmung des § 249 BGB dem Geschädigten die Wahlmöglichkeit ein zwischen der in Absatz 1 vorgesehenen Naturalrestitution und dem in Absatz 2 Satz 1 geregelten Zahlungsanspruch auf den zur (Wieder-)Herstellung der beschädigten Sache erforderlichen Geldbetrag (vgl. Senatsurteil vom 19. November 2014 - VIII ZR 191/13, aaO). Die in Absatz 2 Satz 1 geregelte Ersetzungsbefugnis (dazu BGH, Urteile vom 17. Oktober 2006 - VI ZR 249/05, BGHZ 169, 263 Rn. 14; vom 8. Februar 1952 - V ZR 122/50, BGHZ 5, 105, 109 f.) soll den Geschädigten gerade davon befreien, die Schadensbeseitigung dem Schädiger anvertrauen zu müssen, und ihm die Möglichkeit zur Durchführung der Beseitigung in eigener Regie eröffnen (BGH, Urteile vom 18. März 2014 - VI ZR 10/13, WM 2014, 1685 Rn. 29; vom 27. September 2016 - VI ZR 673/15, NJW 2017, 953 Rn. 12; jeweils mwN).

27 Durch diese Ersetzungsbefugnis werden nicht nur Abwicklungsstreitigkeiten darüber vermieden, ob eine Schadensbeseitigung des Schädigers gelungen ist und vom Geschädigten als tauglich akzeptiert werden muss (BGH, Urteil vom 29. Oktober 1974 - VI ZR 42/73, BGHZ 63, 182, 184). Die Ersetzungsbefugnis sichert dem Geschädigten gerade auch das ihm zustehende Recht, sich bei Ausführung der Schadensbeseitigung ausschließlich an seinen eigenen Wiederherstellungsinteressen zu orientieren und sich nicht auf ein gegenläufiges Interesse des Schädigers etwa an einer möglichst kostengünstigen und deshalb in ihrer Tauglichkeit nicht ohne Weiteres zweifelsfreien Wiederherstellung einlassen zu müssen (vgl. BGH, Urteil vom 18. März 2014 - VI ZR 10/13, aaO). Dementsprechend kann der Geschädigte seine Ersetzungsbefugnis grundsätzlich auch ohne Angabe von Gründen ausüben, muss sich für die getroffene Wahl also nicht rechtfertigen (BGH, Urteil vom 18. März 2014 - VI ZR 10/13, aaO Rn. 30) und sich auch sonst zu ihrer Umsetzung nicht mit dem Schädiger ins Benehmen setzen (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 2016 - VI ZR 673/15, aaO).

28 (2) Für Schäden an der Sachsubstanz im Rahmen von Mietverhältnissen gilt nichts Abweichendes. Insbesondere trägt etwa der auch durch die Revision gezogene Schluss von einer - aus einem aktuellen Mietbesitz abgeleiteten - Gestaltungsfreiheit des Mieters (vgl. etwa Senatsurteil vom 6. November 2013 - VIII ZR 416/12, aaO Rn. 17 ff. [zur Dekorationsfreiheit]) auf ein durch vermeintliche Rücksichtnahmepflichten des Vermieters gestütztes Recht des Mieters, auch mit einem Schaden an der Sachsubstanz leben zu dürfen, zumindest aber die Gelegenheit zur Selbstbeseitigung erhalten zu müssen (vgl. etwa OLG Köln, Urteil vom 21. Mai 2015 - 18 U 60/14, aaO Rn. 45; Kraemer, aaO S. 287 f.; Staudinger/V. Emmerich, aaO), allein schon mangels Vergleichbarkeit der Interessenlagen nicht. Denn es liegt - ähnlich wie etwa bei einem Umgang des Vermieters mit baulichen Veränderungen an der Mietwohnung (dazu Senatsurteil vom 14. September 2011 - VIII ZR 10/11, NJW-RR 2012, 262 Rn. 11) - grundsätzlich in dessen alleinigem Ermessen zu entscheiden, ob er selbst bei fehlender Inanspruchnahme durch den Mieter oder sogar gegen dessen Wunsch nach Belassung des vertragswidrigen Zustands Schäden an der Sachsubstanz gleichwohl behebt. Das gilt erst recht für die im Streitfall zu beurteilende Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses.

29 Dementsprechend hat auch der Senat für eine der vorliegenden Fallgestaltung vergleichbare Konstellation bereits ausgesprochen, dass eine nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB bestehende Pflicht des Vermieters zur Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustands durch Schadensbeseitigung entfällt, soweit der Mieter den Schaden und damit den Mangel der Mietsache zu vertreten hat. In diesem Fall steht dem Vermieter vielmehr ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Mieter zu, wobei er nach seiner Wahl die in § 249 Abs. 1 BGB geregelte Wiederherstellung durch den Mieter oder den in § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB geregelten Geldersatz verlangen kann (Senatsurteil vom 19. November 2014 - VIII ZR 191/13, aaO). Allerdings ist er bei Wahl der letztgenannten Alter-

native jedenfalls im Falle eines fortbestehenden Mietverhältnisses gehalten, den erlangten Geldersatz zur Erfüllung seiner dann erneut auflebenden Wiederherstellungspflicht einzusetzen (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, aaO, § 535 Rn. 93). Eine Verlagerung der genannten Ersetzungsbefugnis auf den Mieter, wie sie der Revision vorschwebt, würde die in § 249 BGB getroffene Regelung ohne zwingenden Grund in ihr genaues Gegenteil verkehren.

30 c) In gleicher Weise kann der Kläger den geltend gemachten Schadensersatz auch aus § 823 Abs. 1 BGB beanspruchen. Es ist anerkannt, dass bei Beschädigung von Sachen, jedenfalls soweit sie nicht unmittelbarer Leistungsgegenstand sind, vertragliche und deliktische Ersatzansprüche nebeneinander bestehen können. Insoweit gelten für das Mietrecht keine Besonderheiten (vgl. nur BGH, Urteile vom 29. Juni 2011 - VIII ZR 349/10, NJW 2011, 2717 Rn. 7; vom 23. Juni 2010 - XII ZR 52/08, aaO). Diese deliktsrechtliche Haftung, deren Rechtsfolgen sich unter anderem ebenfalls nach § 249 BGB bestimmen, bleibt entgegen der Auffassung der Revision zumindest hinsichtlich ihres Anspruchsinhalts und damit auch hinsichtlich der dem Geschädigten zustehenden Ersetzungsbefugnis von vermeintlichen mietrechtlichen Besonderheiten unberührt (so zutreffend Oechsler, aaO S. 888). Darüber hinaus hätte eine zum Ausschluss der Anwendbarkeit des § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB führende Anspruchssperre aus den vorstehend unter II 1 b cc (2) dargestellten Erwägungen auch gegenüber einem deliktischen Schadensersatzanspruch auszuscheiden.

31 2. Ebenfalls nicht durchdringen kann die Revision mit ihrer darüber hinaus zur Schadenshöhe erhobenen Rüge, der gegen den Beklagten erkannte Mietausfallschaden in Form des Gewinns, welcher dem Kläger wegen des dem Beklagten angelasteten Wohnungszustands und der dadurch verzögerten Vermietungsmöglichkeit im Sinne von § 252 BGB entgangen ist (vgl. BGH, Urteil

vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 149/15, WM 2017, 978 Rn. 19 f. mwN), sei nicht oder jedenfalls nicht in diesem Umfang erstattungsfähig.

32 a) Soweit die Revision dazu geltend macht, bei einer Einbeziehung dieses Schadenspostens in den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung fehle es an den von § 280 Abs. 3, § 281 Abs. 1, 2 BGB geforderten Voraussetzungen, und bei einer Einordnung als Verzögerungsschaden mangle es an einem Verzug mit der dazu nach § 280 Abs. 2, § 286 BGB erforderlichen Herstellungspflicht, geht die Rüge schon deshalb fehl, weil die erforderliche Leistungs- oder Herstellungspflicht des Beklagten aufgrund der dem Kläger zukommenden Ersetzungsbefugnis nicht bestanden hat (dazu vorstehend unter II 1 b cc).

33 b) Soweit die Revision darüber hinaus den Vortrag des Beklagten als übergegangen rügt, eine Weitervermietung vor dem 1. April 2012 sei schon deshalb ausgeschlossen gewesen, weil der Kläger Schönheitsreparaturen und (nicht dem Beklagten obliegende) Instandsetzungsmaßnahmen an der Einbauküche hätte vornehmen müssen, so dass ihm jedenfalls vor dem genannten

Datum keine Weitervermietung möglich gewesen wäre, hat der Senat diese Rüge geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet. Von einer näheren Begründung wird abgesehen (§ 564 ZPO).

Dr. Fetzer

Dr. Hessel

Dr. Achilles

Dr. Bünger

Kosziol

Vorinstanzen:

AG Bad Neustadt, Entscheidung vom 06.10.2016 - 1 C 471/12 -

LG Schweinfurt, Entscheidung vom 30.06.2017 - 22 S 2/17 -