

Das Gebrauchsrecht und die Selbstauskunft des Mieters an den Beispielen Tierhaltung und Rauchen

Richter Dr. Christopher Wietz, OLG Düsseldorf

I. Einführung

Wir sind es gewohnt, Einschränkungen unserer persönlichen Freiheit hinzunehmen. Wer einen Hund hält und mit diesem ein Restaurant besuchen will, wird sich auf die Suche nach einer „hundefreundlichen“ Lokalität begeben. Der Raucher stellt sich am Bahnhof regelmäßig klaglos in den Raucherbereich. Die „eigene“ Wohnung aber stellt eine Bastion¹ dar. Ob die Gestaltung der Wände, der Zeitpunkt der Benutzung der Dusche oder das Anbringen von Parabolantennen reguliert wird: Jede Einschränkung der persönlich gewünschten Lebensweise wird als gravierend empfunden, weil sie den Ort betrifft, der nach der wohl allgemeinen Erwartung der Verwirklichung rein subjektiver Vorstellungen dient. Selbstredend kann der Wunsch des Einzelnen (negativ) auch darin bestehen, mit bestimmten Lebensweisen anderer nicht konfrontiert zu werden. Der sich hieraus ergebende Konflikt ist notwendige Konsequenz des Schutzes individueller Vorstellungen.

Bei der Untersuchung des Umfangs und der Grenzen des Gebrauchsrechts des Mieters muss an sich Ziel eines jeden Beitrags eine tragfähige Systematisierung sein. Jeder auf den Einzelfall abstellende Ansatz birgt die Gefahr, dass die persönlichen Vorlieben, Gewohnheiten und Vorstellungen des zuständigen Richters für seine Entscheidung ausschlaggebend sein werden: So mag es durchaus einen Unterschied machen, ob sich dieser bei dem bloßen Gedanken an Schlangen in der Nachbarwohnung ekelt oder nicht.² Auch steht zu befürchten, dass das Gericht in den „Glaubenskrieg“ derjenigen eintritt, die entweder jede Reglementierung des Rauchens als Hetzjagd auf ein Genussmittel begreifen oder aber auf den zwingend gebotenen Schutz Dritter vor krebserregenden Giftstoffen verweisen.

Vielleicht ist der Versuch einer tragfähigen Systematisierung aber von vornherein zum Scheitern verurteilt. Es steht zwar dem Grunde nach außer Zweifel, dass nicht nur Tiere ein Störungspotenzial aufweisen, sondern auch Zigarettenrauch für Nichtraucher eine Belästigung und Gefährdung ihrer gem. Art. 2 Abs. 2 GG geschützten körperlichen Unversehrtheit darstellen kann.³ Wie häufig darf nun aber ein Hund im Zuge des abendlichen Spaziergangs im Treppenhaus bellen, bis er im Rechtssinne stört? Und muss der Mitmieter den Rauch von 10, 20 oder 40 Zigaretten pro Tag auf dem Nachbarbalkon hinnehmen? Eine Antwort fällt schwer, wie so häufig, wenn man den Versuch unternimmt, die Zulässigkeit von Verhaltensweisen zu beurteilen, deren Folgen für Rechtsgüter Dritter nicht konkret greifbar sind.⁴ Trifft der Gesetzgeber eine ausdrückliche Regelung, steht ihm ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.⁵ Dem zur Entscheidung eines konkreten Rechtsstreits angerufenen Amtsgericht bleibt demgegenüber der Bereich tatrichterlicher Würdigung⁶, und man muss sich fragen, ob die Unterscheidung zwischen unzumutbaren Beeinträchtigungen einerseits und sozialadäquaten Handlungen andererseits lediglich der Sensibilisierung dient und

¹Paschke NZM 2008, 265, 268.

²Vgl. AG Rüsselsheim, Urt. v. 12.12.1986 – 3 C 1049/86, juris, wonach emotionale Vorbehalte gegenüber Schlangen unabhängig von der Gefährlichkeit des Tiers bedeutsam sind. Nach AG Bückeburg NJW-RR 2000, 376 f. können Ekelgefühle anderer Mieter keine Einschränkung des Rechts des Mieters rechtfertigen; zur (Un-)Vorhersehbarkeit der Rechtslage s. *Emmerich* JuS 2013, 937, 938 f.; *Pauly* WuM 2011, 447, 448; *Schmid* IMR 2013, 89.

³So BVerfG NJW 2013, 1941, 1942 f. zur Unterbringung in einem Haftraum mit stark rauchenden Mitgefangenen.

⁴Hier sei nur auf die Inkonsequenz desjenigen verwiesen, der Zigarettenrauch auf dem Balkon als Beeinträchtigung oder Körperverletzung begreift, dann aber aus bloßer „Freude am Fahren“ mit seinem Sportwagen eine Fahrt unternimmt, die an Kindergärten vorbeiführt.

⁵So zum Nichtraucherenschutz BVerfG NJW 1998, 2961, 2962, wengleich der Aspekt der Schutzpflicht in den letzten Jahren (vgl. BVerfG NJW 2008, 2409, 2414) wohl immer größere Relevanz erlangt hat (s. auch BVerfG NVwZ 2011, 294, 295); zur Reglementierung der Einfuhr bestimmter Hunderassen s. BVerfG NVwZ 2004, 597, 598 ff.

⁶Zur tatrichterlichen Würdigung bei Lärmimmissionen s. etwa BGH NJW 1992, 2019.

rechtlich einen Spielraum lässt⁷, der mehrere richtige Antworten zulässt.

Die praktische Relevanz der aufgeworfenen Fragen ist nicht zu bestreiten. Die Zulässigkeit der Tierhaltung ist ein mietrechtlicher „Dauerbrenner“⁸; sie hat vor kurzer Zeit erneut den BGH beschäftigt.⁹ Besondere mediale Aufmerksamkeit erlangte weiterhin der Fall eines Düsseldorfer Rauchers¹⁰, dem seine Vermieterin vorwarf, aufgrund eines unzureichenden Lüftungsverhaltens unzumutbare Geruchsbelästigungen zu verursachen. Das AG Düsseldorf entschied, dass ein Mieter zwar grundsätzlich in seiner Wohnung rauchen dürfe. Der Vermieter müsse es jedoch nicht dulden, wenn Zigarettenrauch im Treppenhaus zu einer unzumutbaren und unerträglichen Geruchsbelästigung führe.¹¹ Der Rechtsstreit ist noch in der Berufungsinstanz anhängig.¹²

II. Meinungsstand zum Gebrauchsrecht

1. Tierhaltung

a) Ausgangspunkt

Ob die Haltung von (Haus-)Tieren zum vertragsgemäßen Gebrauch im Sinne von § 535 Abs. 1 BGB gehört, hängt nach überwiegender Ansicht von einer einzelfallbezogenen Abwägung der Interessen des Vermieters und des Mieters sowie der weiteren Beteiligten ab, soweit nicht lediglich sog. Kleintiere betroffen sind.¹³ Der BGH nennt hier einen Katalog von insbesondere relevanten Aspekten.¹⁴ Nach anderer Auffassung ist die Haltung größerer Tiere (insbesondere von Hunden) in einem Mehrfamilienwohnhaus grundsätzlich nicht vom vertragsgemäßen Gebrauch umfasst und bedarf deshalb der Erlaubnis des Vermieters (vertragsimmanenter Erlaubnisvorbehalt).¹⁵ Das OLG Saarbrücken ist kürzlich davon ausgegangen, dass eine den Privathaftpflichtversicherungsschutz ausschließende übermäßige Beanspruchung einer Mietsache vorliegt, wenn der Versicherungsnehmer in der Wohnung mehrere Katzen tagsüber unbeaufsichtigt hält und erhebliche Substanzschäden durch Verunreinigung entstehen.¹⁶

b) Gestaltungsmöglichkeiten

Der BGH hat bereits im Jahre 1993 entschieden, dass eine Klausel, die das Halten von Tieren ausnahmslos verbietet, eine unangemessene Benachteiligung darstellt, da das Verbot auch solche Tiere erfasse (z. B. Zierfische), deren Vorhandensein von Natur aus keinen Einfluss auf die

⁷Zum Spielraum bei der Strafzumessung NK/*Streng*, StGB, 4. Auflage 2013, § 46 Rn. 97 ff.

⁸*Emmerich JuS* 2013, 937, 938.

⁹BGH NZM 2013, 378, 379 f.

¹⁰Verfahren 24 C 1355/13 des AG Düsseldorf; zum Umfang der medialen Reaktion sei beispielhaft auf die Auflistung der Presseartikel 2013 auf www.mieterverein-duesseldorf.de, abgerufen am 20.10.2013, verwiesen.

¹¹AG Düsseldorf, Urt. v. 31.07.2013 – 24 C 1355/13, juris.

¹²Zunächst ging das Berufungsgericht davon aus, dass die Kündigung wohl nicht binnen einer angemessenen Frist ab Kenntnis des Grundes erklärt worden sei, s. die Pressemitteilung des LG Düsseldorf vom 30.01.2014 zum Verfahren 21 S 240/13 unter http://www.lg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen_2014/index.php, abgerufen am 01.02.2014. Auf das ergänzende Vorbringen der Klägerin (Berufungsbeklagten) ist der Verkündungstermin allerdings aufgehoben worden, vgl. die Pressemitteilung des LG Düsseldorf vom 05.03.2014, abgerufen am 09.03.2014 unter http://www.lg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen_2014/index.php.

¹³BGH NJW 2008, 218, 220 f.; LG Düsseldorf WuM 1993, 604; AG Waiblingen ZMR 2013, 901, 902; AG Köln, Urt. v. 25.10.2012 – 222 C 205/12, juris; großzügiger demgegenüber wohl KG WuM 2004, 721, 722; *Apitz* WuM 2013, 127, Fn. 1; *Drasdo* NJW-Spezial 2006, 241; vgl. ferner *Blank* NJW 2007, 729, 731.

¹⁴Art, Größe, Verhalten und Anzahl der Tiere, Art, Größe, Zustand und Lage der Wohnung sowie des Hauses, in dem sich die Wohnung befindet, Anzahl, persönliche Verhältnisse, namentlich Alter, und berechnete Interessen der Mitbewohner und Nachbarn, Anzahl und Art anderer Tiere im Haus, bisherige Handhabung durch den Vermieter sowie besondere Bedürfnisse des Mieters, BGH NJW 2008, 218, 220 f.

¹⁵So etwa LG Karlsruhe NZM 2002, 246.

¹⁶OLG Saarbrücken, Beschl. v. 09.09.2013 – 5 W 72/13, juris.

schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Vermieter und Mieter von Wohnraum haben könne.¹⁷ Auch eine Klausel, die jede Tierhaltung mit Ausnahme von Ziervögeln und Zierfischen von der Zustimmung des Vermieters abhängig macht, hielt vor dem BGH der Inhaltskontrolle nicht stand.¹⁸ Der Rechtsstreit wurde hiernach zurückverwiesen, um zu klären, ob nach einer Interessenabwägung die Haltung zweier Katzen als vertragsgemäßer Gebrauch anzusehen sei.¹⁹ Die Vorinstanz war noch von der Wirksamkeit der Klausel und – unter Bezugnahme auf eine obergerichtliche Entscheidung aus dem Jahre 1981²⁰ – davon ausgegangen, dass der Vermieter die Zustimmung nach seinem Willen erteilen oder versagen dürfe.²¹ Eine Allgemeine Geschäftsbedingung, nach welcher der Mieter Haustiere (mit Ausnahme von Kleintieren) nur mit Zustimmung des Vermieters halten darf, wobei die Zustimmung zu versagen ist oder widerrufen werden kann, wenn durch die Tiere andere Hausbewohner oder Nachbarn belästigt werden oder eine Beeinträchtigung der Mieter oder des Grundstücks zu befürchten ist, gab hingegen für den BGH im Ausgangspunkt keinen Anlass zur Beanstandung.²² Schließlich hat der BGH ein generelles Verbot der Hunde- und Katzenhaltung für unwirksam erachtet. Eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 BGB liege bereits deshalb vor, weil selbst in besonderen Härtefällen die Haltung untersagt sei, und das Verbot auch dann gelte, wenn auf Seiten des Vermieters kein berechtigtes Interesse erkennbar sei. Zudem widerspreche die Bestimmung dem wesentlichen Grundgedanken der Gebrauchsgewährungspflicht (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), weil die Frage, ob eine Tierhaltung zum vertragsgemäßen Gebrauch gehöre, eine umfassende Abwägung erfordere.²³ Inzwischen wird nur noch selten vertreten, dass die Hunde- und Katzenhaltung in einer Stadtwohnung durch Formularymietvertrag generell wirksam ausgeschlossen werden kann²⁴, obwohl das BVerfG im Jahre 1980 davon ausgegangen ist, dass eine Gerichtsentscheidung, die auf ein vertragliches Hundehaltungsverbot verweise, nicht Art. 2 Abs. 1 GG verletze.²⁵

2. Rauchen

a) Ausgangspunkt

Die wohl allgemeine Auffassung geht davon aus, dass das Rauchen in der angemieteten Wohnung jedenfalls im Grundsatz zum vertragsgemäßen Gebrauch zählt.²⁶ Rauchen sei als Konsequenz freier Willensentscheidung und Teil sozialadäquaten Verhaltens zumindest in der vom Mieter bewohnten Wohnung, dem Zentrum seiner Lebensgestaltung, hinzunehmen.²⁷ Dieser Ansicht hat sich der BGH im Jahre 2006 angeschlossen und ausgeführt, dass sich ein Mieter, fehle es an einer das Rauchen untersagenden oder einschränkenden Vereinbarung, grundsätzlich nicht vertragswidrig verhalte, wenn er in der Wohnung rauche und Ablagerungen verursache.²⁸ Ob eine andere Beurteilung angezeigt sei, wenn exzessives Rauchen bereits nach kurzer Mietzeit einen erheblichen

¹⁷BGH NJW 1993, 1061, 1062.

¹⁸BGH NJW 2008, 218, 220 f.

¹⁹Vgl. BGH NJW 2008, 218, 221.

²⁰OLG Hamm WuM 1981, 53 f.

²¹LG Krefeld WuM 2006, 675 f.; s. auch LG Köln BeckRS 2010, 15449.

²²Vgl. BGH NZM 2013, 380; da die Vertragsbestimmung allerdings einen weiteren Zusatz enthielt („Im Übrigen liegt es im freien Ermessen des Vermieters.“), wurde der Zustimmungsvorbehalt insgesamt als unwirksam angesehen; s. ferner AG Waiblingen ZMR 2013, 901, 902 und LG Berlin, Urt. v. 02.07.2013 – 63 S 493/12, juris.

²³BGH NZM 2013, 378, 379 f.; s. ferner *Lehmann-Richter* IMR 2013, 231; *Hülsmann* NZM 2004, 841, 842.

²⁴Vgl. LG Konstanz, Urt. v. 13.02.1987 – 1 S 273/86; AG Gelsenkirchen-Buer, Urt. v. 16.11.2011 – 28 C 374/11, jeweils juris.

²⁵BVerfG WuM 1981, 77; s. auch LG Hamburg, Urt. v. 24.11.1992 – 316 S 145/92, juris; dagegen *Apitz* WuM 2013, 127, 130.

²⁶LG Karlsruhe, Urt. v. 14.01.2000 – 9 S 119/99; LG Berlin, 01.07.2004 – 62 S 119/04; AG Esslingen, Urt. v. 12.11.2004 – 1 C 254/04, jeweils juris; AG Hamburg ZMR 2001, 1015 f.; AG Leonberg WuM 2013, 219 f.; *Stapel* NZM 2000, 595, 596; *Börstinghaus/Pielsticker* WuM 2012, 480; *Flatow* NZM 2007, 432, 435; *Emmerich* JuS 2006, 1017, 1019; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, Mietrecht, 11. Auflage 2013, § 535 Rn. 513.

²⁷LG Köln NZM 1999, 456 f.

²⁸BGH NZM 2006, 691, 692.

Renovierungsbedarf zur Folge habe²⁹, wurde seinerzeit offengelassen. Mit einer Entscheidung aus dem Jahre 2008 hat der BGH seine Rechtsprechung weiter konturiert. Nunmehr soll Rauchen in einer Mietwohnung über den vertragsgemäßen Gebrauch hinausgehen, wenn dadurch Verschlechterungen der Wohnung herbeigeführt werden, die sich nicht mehr durch Schönheitsreparaturen im Sinne von § 28 Abs. 4 S. 3 der II. BerechnungsVO beseitigen lassen, sondern darüber hinausgehende Instandsetzungsarbeiten erfordern.³⁰ Dies gelte unabhängig davon, ob ein vorzeitiger Renovierungsbedarf entstehe. Der Vermieter werde hierdurch nicht unbillig benachteiligt, zumal er die Möglichkeit habe, die Pflicht zur Ausführung der erforderlichen Schönheitsreparaturen auf den Mieter abzuwälzen.³¹ Rauchen in gemeinschaftlich genutzten Räumen (z. B. Treppenhaus) wird zumindest überwiegend als vertragswidrig angesehen.³² Auch im Anwendungsbereich des WEG soll es der Zweckbestimmung eines Treppenhauses widersprechen, dieses zum Zwecke des Rauchens aufzusuchen.³³ Das Begehren eines Wohnungseigentümers, ein Rauchverbot in den gemeinschaftlichen Räumen durchzusetzen, nachdem ein entsprechender Beschluss mit Mehrheit abgelehnt worden war, ist allerdings erfolglos geblieben.³⁴

b) Beeinträchtigung Dritter

Berufen sich Dritte (insbesondere Mitmieter) auf Beeinträchtigungen durch das Rauchen eines Mieters, so zeigt sich ein gespaltenes Bild: Teilweise wird angenommen, dass das Rauchen auf dem Balkon als „Rauchen im Freien“ sozialadäquat³⁵ und daher hinzunehmen sei. Rauch, der durch die Fenster eintrete, rechtfertige keine Minderung der anderen Mieter, da nach der gegenwärtigen Rechtsordnung auch ein relativ starkes Rauchen zumindest in der „eigenen“ Wohnung genau so gestattet sei wie regelmäßiges Lüften.³⁶ Ferner wurde ein Anspruch eines Wohnungseigentümers gegen einen anderen auf Unterlassung des Rauchens bei geöffnetem Arbeitsfenster verneint.³⁷ Demgegenüber wurde kürzlich eine Minderung von 10 % für angemessen gehalten, wenn der von einem unterhalb der Mietwohnung gelegenen Balkon aufsteigende Rauch in die Wohnung zieht und Anlass bietet, eine Belüftung der Wohnung zu unterlassen.³⁸ Der Umstand, dass der Vermieter ggf. verpflichtet sei, das Rauchverhalten des anderen Mieters als vertragsgemäß zu akzeptieren, führe allenfalls dazu, dass der Mangel unbehebbar sei. Dies hindere aber nicht den Nichtraucher, eine Minderung geltend zu machen.³⁹ An anderer Stelle wird darauf verwiesen, dass ein Mieter gehalten sei, sich auf maßvolles Rauchen zu beschränken, wenn er nicht durch geeignete Maßnahmen dafür Sorge tragen könne, dass eine Belästigung Dritter ausgeschlossen sei.⁴⁰ Rauchen zwei Mieter zusammen etwa 12 Zigaretten pro Tag auf dem Balkon, ist ein (auf rauchfreie Zeiten, zeitweise Fensterschließung und Entleerung des Aschenbechers gerichteter) Abwehranspruch der Mieter einer höher gelegenen Wohnung allerdings entsprechend § 906 Abs. 2 BGB verneint worden.⁴¹ Schließlich hat das AG Charlottenburg angenommen, dass der Vermieter zur Abhilfe verpflichtet sei, wenn Zigarettenrauch durch Wände und Decken und nicht lediglich über Türen und Fenster in die Wohnung des Nachbarmieteters dringe.⁴²

²⁹Vgl. etwa AG Magdeburg NZM 2000, 657; auch nach *Stapel* NZM 2000, 595, 596 ist nur maßvolles Rauchen zulässig; ähnlich *Schläger* ZMR 2008, 524, 526 f.

³⁰BGH NZM 2008, 318, 319; krit. etwa *Hau* LMK 2008, 261535; s. ferner BGH WuM 2010, 231 f.

³¹BGH NZM 2008, 318, 319; s. aber jüngst auch BGH BeckRS 2014, 02862.

³²*Flatow* NZM 2007, 432, 435; *Börstinghaus/Pielsticker* WuM 2012, 480, 481; anders *Paschke* NZM 2008, 265, 267.

³³AG Hannover NZM 2000, 520.

³⁴BayObLG NZM 1999, 504, 505 f., wo darauf verwiesen wird, dass eine ergänzende gerichtliche Regelung nur in Betracht komme, wenn sie als für das Zusammenleben unverzichtbar oder dringend geboten erscheine.

³⁵AG Bonn NZM 2000, 33 f.

³⁶LG Berlin, Beschl. v. 03.03.2009 – 63 S 470/08; AG Schöneberg, Urt. v. 26.08.2008 – 3 C 227/08, jeweils juris.

³⁷AG Düsseldorf BeckRS 2005, 04011.

³⁸Vgl. LG Berlin, Urt. v. 30.04.2013 – 67 S 307/12, juris; hierzu *Link* IMR 2013, 451.

³⁹Vgl. LG Hamburg, Urt. v. 15.06.2012 – 311 S 92/10, juris, mit zust. Anm. *Jahreis* WuM 2013, 28 f.

⁴⁰*Börstinghaus/Pielsticker* WuM 2012, 480, 481 f.; enger wohl *Riecke* IMR 2013, 11 (nur bei Verstoß gegen ein Verbot).

⁴¹AG Rathenow BeckRS 2013, 19151; mit einer – noch nicht veröffentlichten – Entscheidung des LG Potsdam (1 S 31/13) ist die Berufung unter Zulassung der Revision zurückgewiesen worden.

⁴²AG Charlottenburg BeckRS 2009, 07466; zur Rauchbelästigung aufgrund der biophysikalischen Bauweise auch LG

c) Gestaltungsmöglichkeiten

Will ein Vermieter solchen Konflikten zuvorkommen, muss er allerdings berücksichtigen, dass es nach herrschender Auffassung nicht möglich sein soll, ein wirksames generelles, sich auf Wohnung und Balkon erstreckendes Rauchverbot mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu vereinbaren. Eine solche Regelung verstöße gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, weil die Freiheit des Mieters, sein Leben in der Wohnung individuell zu gestalten (Art. 2 Abs. 1 GG), derart eingeschränkt werde, dass der Vertragszweck gefährdet sei.⁴³ Im Fall der Vereinbarung eines individualvertraglichen Rauchverbots und gleichzeitiger formularvertraglicher Überwälzung der Schönheitsreparaturpflicht wird ein unzulässiger Summierungseffekt befürchtet.⁴⁴ Rauchverbote, die sich auf gemeinschaftlich genutzte Räume oder Einrichtungen beziehen, sollen hingegen zulässig sein.⁴⁵ Auch die Kündigung eines Heimvertrags wegen beharrlicher Verstöße gegen ein Rauchverbot wurde gem. § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WBVG für berechtigt gehalten.⁴⁶

III. Anlass für Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs

An dieser Stelle erscheint es angezeigt, sich näher vor Augen zu führen, weshalb man in bestimmten Einzelfällen Einschränkungen des Gebrauchsrechts ohne Weiteres billigt. Niemand wird im Anwendungsbereich von Anhang 4 Nr. 2.4 zu § 5 Abs. 2 BetrSichV, der vorsieht, dass Beschäftigten das Rauchen in explosionsgefährdeten Bereichen zu verbieten ist, einem Vermieter die Befugnis absprechen, die entsprechende Verpflichtung mietvertraglich durch Allgemeine Geschäftsbedingungen aufzugreifen. Vielmehr dürfte eine solche Vertragsbestimmung nicht mehr als die Wiederholung einer gesetzlichen (Schutz-)Pflicht (§§ 241 Abs. 2, 307 Abs. 3 S. 1 BGB) sein. Entsprechendes muss gelten, soweit der Vermieter dem Mieter mittels eines Formularvertrags ausdrücklich untersagen sollte, noch brennende Zigaretten in den Papierkorb zu werfen und sich dann schlafen zu legen. Demgegenüber wird die Haltung von Zierfischen ohne Weiteres für zulässig gehalten, obwohl auch sie nicht ausnahmslos folgenlos für die Mietsache bleiben muss. Man stelle sich nur den Bruch eines großen wassergefüllten Aquariums während der Abwesenheit des Mieters vor; hier werden möglicherweise nicht einmal Ausgleichsansprüche analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB bestehen.⁴⁷ Gleichwohl ordnet man diese Gefahr dem Risikobereich des Vermieters und der Mitmieter zu.

Grund für die jeweils unterschiedliche Beurteilung ist lediglich, dass die in Rede stehende Handlung des Mieters nur in den erstgenannten Fällen mit Gewissheit oder zumindest erheblicher Wahrscheinlichkeit zu konkret absehbaren und jedermann ersichtlichen erheblichen Beeinträchtigungen von Rechtsgütern oder Interessen führen wird. Vermutete Gefahren oder Interessen anderer, die es noch gar nicht gibt und von denen man nicht weiß, ob es sie geben wird⁴⁸, werden hingegen ausgeblendet. Mit dem Polizei- und Ordnungsrecht ließe sich davon sprechen, dass an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nur dann entsprechend geringere Anforderungen gestellt werden können, wenn der befürchtete Schaden sehr groß ist.⁴⁹ Das Ergebnis liegt bei der

Stuttgart, Urt. v. 27.05.1998 – 5 S 421/97, juris; AG Kerpen WuM 2010, 764 f.; AG Lübeck WuM 2014, 138 ff.

⁴³Paschke NZM 2008, 265, 268; s. ferner *Börstinghaus/Pielsticker* WuM 2012, 480, 483 f.; *Harsch* WuM 2009, 76, 77; *Eisenschmid* jurisPR-MietR 9/2008, Anm. 2; im Grundsatz auch *Schläger* ZMR 2008, 524, 527; anders *Lützelkirchen* WuM 2007, 99, 103 (Verbot möglich); abweichend ebenfalls *Reichhardt/Dittmann* ZMR 2011, 925, 926 f. (nur Verbot für Balkon unzulässig); zum individualvertraglichen Rauchverbot *Brötel* JuS 1993, 678, 681 f.

⁴⁴Paschke NZM 2008, 265, 268; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 11. Auflage 2013, § 535 Rn. 517.

⁴⁵*Reichhardt/Dittmann* ZMR 2011, 925, 927; *Paschke* NZM 2008, 265, 268.

⁴⁶LG Freiburg NJW-RR 2013, 503; s. auch § 6 NRSchG BW zur Rauchfreiheit in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen.

⁴⁷Vgl. BGH NZM 2004, 193, 194; s. nunmehr aber BGH NZM 2014, 37 ff., wonach dann, wenn die Nutzung des Sondereigentums durch rechtswidrige Einwirkungen, die von einem anderen Sondereigentum ausgehen, beeinträchtigt wird, ein Anspruch analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB (auch im Verhältnis der Mieter) eingreifen kann.

⁴⁸AG Köln, Urt. v. 09.08.2012 – 210 C 103/12, juris; s. auch *Apitz* WuM 2013, 127, 132; *Pauly* WuM 2011, 447, 449.

⁴⁹VG Köln BeckRS 2010, 46160.

Haltung hochgiftiger Reptilien⁵⁰ auf der Hand. Die vom BGH jenseits der Kleintierhaltung nicht beanstandeten Zustimmungsvorbehalte entsprechen zudem dem sog. präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, einem Prüfungsverfahren, das die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten von dem positiven Ergebnis einer Kontrolle namentlich dann abhängig machen kann, wenn die vorbeugende Einschaltung bei Vorgängen erfolgt, die erfahrungsgemäß häufig Rechtsverstöße mit sich bringen.⁵¹ Es ist also vor allem der Bereich ungewisser Kausalverläufe, der das Rechtsproblem hervorruft. Art und Umfang des drohenden Schadens müssen dabei in das Verhältnis zur Wahrscheinlichkeit der Schädigung gesetzt werden; hiernach beurteilt sich, ob das Verhalten des Mieters von vornherein oder allenfalls bei einer weiteren Gefahrenverdichtung vertragswidrig ist.

Diese Grundsätze gelten selbstredend nicht ausnahmslos. So werden auch Einwirkungen des Mieters, die (wie das Bohren von Löchern in Fliesen) an sich den Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB erfüllen könnten, durchaus dem vertragsgemäßen Gebrauch zugeordnet. Insbesondere sind etwa Klauseln, die dem Mieter die Beseitigung von Dübeln und Bohrlöchern auch in den Fällen auferlegen, in denen ihr Anbringen zum vertragsgemäßen Gebrauch unerlässlich war, unwirksam.⁵² Unerlässlich im engeren Sinn ist jedoch allenfalls der Einbau eines Treppenliftes für einen gehbehinderten Mieter⁵³, während ein Raucher zur Schonung des Eigentums zum Rauchen vor die Tür gehen⁵⁴ und im Bad einen Handspiegel gebrauchen könnte. Nur weil es aber überall üblich ist, dass ein Spiegel nebst Lampe an der Wand hängt, darf der Mieter den Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB verwirklichen, freilich mit der Maßgabe, jedenfalls primär in Fugen zu bohren.⁵⁵ Diejenigen ungeschriebenen Befugnisse und Handlungen, die nach den jeweils allgemeinen oder zumindest herrschenden Anschauungen als Bestandteil des Wohnens angesehen werden⁵⁶, werden also im Sinne einer mietrechtlichen Ordnung zur Ausfüllung des Gebrauchsrechts herangezogen, allerdings mit der Maßgabe, dass die Einwirkung verhältnismäßig sein muss (praktische Konkordanz). Letzteres schließt ein, dass Gefahren, die sich bei Ausübung der ungeschriebenen (mehrheitsfähigen) Befugnis ergeben, wiederum (Sorgfalts-)Pflichten des Mieters gegenüberstehen. Umgekehrt kann sich die Mehrheitsmeinung auch zu Lasten des Mieters auswirken: Wenn das Gebrauchsrecht dort an seine Grenzen stoßen soll, wo von seiner Ausübung sog. Belästigungen ausgehen⁵⁷, ist dies regelmäßig nichts anderes als der Verweis auf herrschende Anschauungen, die von dem Mieterverhalten betroffen sind und diesem entgegenstehen.

Der Grenzbereich der Gefährdung der mietrechtlichen Sicherheit oder Ordnung ist dort erreicht, wo die Haltung eines American Pit Bull Terriers als unzulässig bezeichnet wird mit der Begründung, dass manch ein potentieller Mietinteressent von einem Mietangebot sogleich wieder Abstand nehmen werde, wenn er erfahre, dass er einem solchen Hund im Treppenhaus begegnen könne.⁵⁸ Hier rückt das Interesse des Vermieters in den Mittelpunkt, sein Haus in einem Zustand zu erhalten, der dem Geschmack eines größeren Kreises von Interessenten entspricht und eine rasche Vermietung ermöglicht⁵⁹ bzw. den aktuellen Mieterbestand nicht gefährdet. Bei diesem Vermieterinteresse handelt es sich letztlich um ein Spiegelbild der Anschauungen etwaiger Mit- und Nachmieter.

⁵⁰Vgl. OLG Karlsruhe NZM 2004, 551.

⁵¹Vgl. BVerfG NJW 1966, 1651.

⁵²BGH NJW 1993, 1061, 1063.

⁵³Vgl. BVerfG NZM 2000, 539 ff. (zum Lebensgefährten).

⁵⁴Vgl. BVerfG NJW 2008, 2409, 2414.

⁵⁵LG Berlin, Urt. v. 10.01.2002 – 61 S 124/01; AG Köpenick, Urt. v. 05.10.2012 – 4 C 64/12, jeweils juris; zum Vertrag als Rechtfertigungsgrund *Mitsch* NVZ 2013, 417, 420.

⁵⁶Zum Begriff der öffentlichen Ordnung BVerfG NJW 2004, 2814, 2815, freilich mit der Maßgabe, dass die sozial herrschenden Normen mit dem Wertegehalt des GG vereinbar sein müssen.

⁵⁷Zum Mitbenutzungsrecht BGH NJW 2007, 146, 147, wo von Gefährdungen oder Belästigungen die Rede ist; zum Regress wegen Lärmbelästigungen vgl. AG Bremen NZM 2012, 383 f.; s. ferner § 9 LImSchG NRW sowie AG Düsseldorf, Urt. v. 29.11.2010 – 55 C 7723/10, juris; zur Geruchsbelästigung durch Katzenhaltung OLG München NJW-RR 1991, 17 f.

⁵⁸LG Karlsruhe NZM 2002, 246.

⁵⁹Vgl. BGH NZM 2011, 150; s. jüngst auch BGH, Urt. v. 06.11.2013 – VIII ZR 416/12, juris.

Zuletzt sind jenseits der „Mehrheitsfähigkeit“ auch unübliche Verhaltensweisen und Einwirkungen des Mieters erlaubt. Dies betrifft nicht nur außergewöhnliche Mieterbedürfnisse (vgl. § 554a BGB), sondern auch sonstige Interessen. Man könnte hier von einem befristeten Schutz der Individualität sprechen. Letzterer gilt nicht nur für Handlungen ohne jede Außenwirkung oder sonstige Folgen, sondern auch dann, wenn man den Mieter – sogar unabhängig von der Übernahme der Pflicht zur Durchführung der laufenden Schönheitsreparaturen – für befugt hält, die Wohnung in farblicher Hinsicht nach eigenen geschmacklichen Vorstellungen zu gestalten.⁶⁰ Erst mit Ende des Mietverhältnisses greifen zu Lasten des Mieters die herrschenden Farbanschauungen im Sinne der mietrechtlichen Ordnung ein⁶¹, obgleich bereits die ungewöhnliche Dekoration während der Dauer des Mietverhältnisses potentiell geeignet ist, Interessen des Vermieters zu gefährden, weil er auf die Erfüllung der Beseitigungspflicht durch den Mieter am Vertragsende hoffen muss. Art, Höhe und Wahrscheinlichkeit eines Schadens sind aber nicht ausreichend, um von vornherein eine Einschränkung der Interessen des Mieters zu rechtfertigen (ein Aspekt, der übrigens auch gegen die Durchsetzung bedarfsabhängiger Regelfristen während des laufenden Mietverhältnisses sprechen könnte⁶²).

Zusammenfassend bedeutet dies Folgendes: Mit dem Gebrauchsrecht geht ein befristeter Schutz der Individualität einher. Entspricht die individuelle Verhaltensweise oder Einwirkung des Mieters herrschenden Wohnanschauungen, ist sie grundsätzlich zulässig mit der Maßgabe, dass den Mieter auf der Ausübungsebene nach den Grundsätzen der mietrechtlichen Sicherheit oder Ordnung Pflichten treffen können. Aber auch jenseits herrschender Anschauungen können Verhaltensweisen in Grenzen zulässig sein, wobei bei der Beurteilung wiederum namentlich Art und Wahrscheinlichkeit einer Störung im Sinne der mietrechtlichen Sicherheit oder Ordnung ausschlaggebend sind. Bei der Tierhaltung und dem Rauchen steht man dabei vor dem weiteren Problem, dass die Toleranzschwellen etwaiger Mit- und Nachmieter wohl höchst unterschiedlich sein werden, weicht die subjektive Lebensweise des Mieters vom Verhalten eines Idealmieters ab.

Bei Rauchverboten im (von Art. 13 GG geschützten⁶³) Hotelzimmer fällt die Antwort bemerkenswerterweise recht eindeutig aus. Solche Regelungen werden (abgesehen von den häufig unzulässigen Schadensersatzpauschalen) gemeinhin ohne Weiteres akzeptiert⁶⁴, wohl vor allem deshalb, weil die Gefahr, dass sich der nächste Gast über den Geruch in dem zum Schlafen bestimmten Raum beschwert⁶⁵, hier (in zeitlicher Hinsicht) greifbar und jedermann ersichtlich ist. Der Raucher muss also nach Raucherzimmern suchen. Auch der Tierfreund wird nur eine „tierfreundliche“ Ferienunterkunft buchen.

IV. Tierhaltung als im Einzelfall vertragsgemäßer Gebrauch

Die vorstehenden Überlegungen führen zu folgender Feststellung: Soweit man die Tierhaltung dem vertragsgemäßen Gebrauch zuordnet, muss man bereit sein, dem Vermieter partiell die Befugnis zur vorbeugenden Bekämpfung von Gefahren abzusprechen. Das ist mit der Grundannahme zu

⁶⁰So etwa Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 11. Auflage 2013, § 535 Rn. 96.

⁶¹Vgl. BGH, Urt. v. 06.11.2013 – VIII ZR 416/12, juris; der dogmatische Anknüpfungspunkt der entsprechenden Haftung des Mieters wegen ungewöhnlicher Gestaltung ist im Kern ohne Belang, führt man sich die zeitliche Dimension vor Augen, anhand derer die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Handlung beurteilt wird.

⁶²S. aber BGH NZM 2005, 450. Die Verpflichtung des Mieters wird insbesondere damit begründet, dass die Übernahme der Schönheitsreparaturen Teil seiner Gegenleistung sei, vgl. Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 11. Auflage 2013, § 538 Rn. 232; enger demgegenüber LG Berlin NJW-RR 1997, 968.

⁶³Maunz/Dürig/*Papier*, GG, 69. Ergänzungslieferung 2013, Art. 13 Rn. 10.

⁶⁴Vgl. *Lau* LMK 2008, 261535; landesrechtliche Nichtraucherchutzgesetze (s. aber auch § 2 Nr. 8 BremNiSchG) gelten überwiegend nur für den Gaststättenbereich, s. hierzu die „Fragen und Antworten zum Nichtraucherchutzgesetz Nordrhein-Westfalen“ unter www.mgpega.nrw.de, abgerufen am 22.12.2013. Es soll dem Ermessen des Hoteliers überlassen bleiben, ob er unter Berufung auf sein Hausrecht ein Rauchverbot für das einzelne Hotelzimmer ausspricht, *Entzer/Sauer* BB 2008, 1116, 1117; s. auch AG Duisburg, Urt. v. 25.11.2008 – 51 C 3840/11, juris, zur Frage, ob ein Rauchverbot in einem spanischen Hotel einen Reisemangel darstellen kann.

⁶⁵Vgl. AG Meldorf, Verf. v. 29.03.2011 – 81 C 15/11, juris.

rechtfertigen, dass der Gesetzgeber dann, wenn das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht, die Belange des einzelnen Rechtsgenossen, der auf die Nutzung des Eigentumsobjekts angewiesen ist, zu berücksichtigen hat.⁶⁶ Ob man die Interessen des Wohnraummieters unter Art. 14 GG fasst⁶⁷, auf die Grundsatznorm (und den vollen Schutz⁶⁸) des Art. 13 GG verweist⁶⁹ oder Art. 2 Abs. 1 GG (ggf. i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) bemüht, ist dann nur noch eine Frage der konkreten Situation, wenn das Fachgericht bei der Anwendung des geltenden Rechts der Bedeutung und Tragweite der Grundrechte Rechnung trägt.⁷⁰ Die hiermit verbundene Risikoverlagerung kann dazu führen, dass der Vermieter im Fall der Gefahrverwirklichung faktisch auf die Regel „dulde und liquidiere“ verwiesen wird. Dies ist allerdings typisch für die Gebrauchsüberlassung.

Dem BGH ist darin beizupflichten, dass die Haltung eines nur „winzigen und leise krächzenden“ Yorkshire-Terriers⁷¹ im Erdgeschoss eines Zwei-Parteien-Hauses mit Garten der Haltung dreier sog. Kampfhunde⁷² in einem von zahlreichen Kindern bewohnten Mehrfamilienhaus nicht gleichzustellen ist. Im erstgenannten Fall ist eine Störung der mietrechtlichen Sicherheit oder Ordnung weitaus unwahrscheinlicher. Das generelle Hunde- und Katzenhaltungsverbot stößt hier also tatsächlich an „seine natürliche Grenze“.⁷³ Der Verzicht auf eine klare Verbotsregel führt jedoch dazu, dem Vermieter im konkret zu entscheidenden Einzelfall einen erheblichen Ermittlungs- und Überprüfungsaufwand einschließlich des damit verbundenen Prognoserisikos aufzubürden. Bei der Beurteilung ist dabei – entgegen anders lautender Tendenzen in der Rechtsprechung⁷⁴ – die Frage nach artgerechter Unterbringung von Relevanz, soweit sie einen Rückschluss auf tierische Verhaltensstörungen zulässt (die wiederum Folgen für die Mietsache oder Mitmieter haben können, z. B. Zerkratzen von Fenstern⁷⁵ oder verzweifelte Bellen wegen langer Abwesenheit des Halters, vgl. auch § 2 TierSchHuV). Ist das Verhalten des Mieters bereits (objektiv) rechtswidrig, weil nicht artgerecht, ist es gerechtfertigt, an die Wahrscheinlichkeit einer Störung der mietrechtlichen Sicherheit oder Ordnung geringere Anforderungen zu stellen.⁷⁶ Sofern Gefahren (auch) von den Gewohnheiten des Halters abhängen⁷⁷, ist dessen Zuverlässigkeit zu berücksichtigen. Das Fehlen von Versicherungsschutz kann hingegen grundsätzlich nicht zu Lasten des Mieters in Ansatz gebracht werden.⁷⁸ Das gesetzlich vorgesehene Sicherungsmittel ist die Kautions; im Fall vertragsgemäßer Haltung liegt auch kein sog. Sonderrisiko vor.⁷⁹ Der Zustand der Mietsache kann jedoch ergeben, dass die Tierhaltung unzulässig ist. Findet sich dort ein sehr hochwertiges und für Krallen besonders

⁶⁶BVerfG NJW 1974, 1499 f.

⁶⁷BVerfG NZM 2000, 539, 540 spricht von dem eigentumskräftigen Recht, im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs über die Art und Weise der Nutzung der Wohnung zu bestimmen; vgl. ferner BVerfG NJW 1993, 2035 ff.; krit. hierzu etwa *Depenheuer* NJW 1993, 2561 ff.; zur Pacht s. BVerfG NVwZ 1998, 504, 505. BVerfG NJW 2008, 2409, 2410 hat das Rauchverbot in Gaststätten aber nicht an Art. 14 GG gemessen; allgemein zur Abgrenzung BeckOK/*Axer*, GG, Stand: 15.05.2013, Art. 14 Rn. 27 ff.

⁶⁸Anders für Krankenzimmer BGH NStZ 2005, 700; ebenfalls wird man bei Hotelzimmern davon ausgehen können, dass der Schutz des Art. 13 GG etwa wegen der Erwartung, dass Dritte zum Zwecke der Reinigung eintreten, geringer als bei einer Wohnung im engeren Sinn ist.

⁶⁹BVerfG NJW 1993, 2035, 2037; s. auch *Paschke* NZM 2008, 265, 268 sowie – zur personalen Dimension der Wohnraummiete – *Weller* JZ 2012, 881, 883 ff.

⁷⁰Hierzu *Maunz/Dürig/Papier*, GG, 69. Ergänzungslieferung 2013, Art. 14 Rn. 202; s. zum Wohnungseigentumsrecht auch BVerfG NJW 2010, 220, 221 f.

⁷¹Vgl. LG Düsseldorf WuM 1993, 604.

⁷²Mit Blick auf § 4 LHundG NRW werden im Mehrparteienhaus aber bereits die öffentlich-rechtlichen Erlaubnisvoraussetzungen in aller Regel nicht gegeben sein.

⁷³So ausdrücklich *von Westphalen* NJW 2008, 2234, 2241.

⁷⁴Der BGH hat in NZM 2013, 265 ausgeführt, dass für das Mietrecht die Frage nach artgerechter Haltung keine Rolle spiele; krit. hierzu *Boos* LMK 2013, 346874; *Schmid* IMR 2013, 89 verweist auf § 765a Abs. 3 S. 3 ZPO.

⁷⁵Vgl. LG Oldenburg WuM 1998, 316.

⁷⁶Hiernach dürfte sich auch richten, ob den Mieter im Fall von BGH NZM 2013, 421, 422 eine Haftung für die Schäden im Zuge der Durchsuchung trifft.

⁷⁷S. nur OLG Saarbrücken, Beschl. v. 09.09.2013 – 5 W 72/13, juris.

⁷⁸So auch AG Waiblingen ZMR 2013, 901, 903.

⁷⁹Zum Sonderrisiko im Rahmen des § 551 BGB *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 11. Auflage 2013, § 551 Rn. 57.

anfälliges Parkett, können Art und Höhe des zu befürchtenden Schadens gegen die Zulässigkeit der Tierhaltung sprechen, insbesondere dann, wenn die Miete gleichwohl ortsüblich ist.

1. Kollision von Mieterinteressen

Die jeweilige Mieterstruktur kann das Risiko in sich tragen, dass Mieterinteressen gegeneinander ausgespielt werden. Recht leicht fällt die Beurteilung noch, wenn bereits drei Hunde im Mehrparteienhaus gehalten werden, ohne dass es jemals zu Beanstandungen gekommen ist. Was gilt aber, wenn der Wunsch, einen Hund zu halten, auf solche Vorbehalte von Mitmiethern stößt, die ihrerseits nicht den durchschnittlichen Anschauungen oder Verhältnissen entsprechen? Man kann nicht subjektive Interessen des Mieters schützen, individuelle Belange der Mitmieter aber schlechthin außer Ansatz lassen. Insbesondere ist es nicht zugänglich, eine Allergie eines Mitmieters als subjektive Überempfindlichkeit zu bezeichnen, die stets außer Betracht zu bleiben hat⁸⁰, zumal auch anfällige Personen nicht ohne Weiteres auf den Auszug und die Anmietung einer anderen Wohnung verwiesen werden können.⁸¹ Eine Lösung könnte hier das Prioritätsprinzip bieten, da die Mieterstruktur vom Mieter grundsätzlich hinzunehmen ist.⁸²

Das Prioritätsprinzip kann aber nicht alleiniger Maßstab sein, weil es keine Aussage über die Schwere der jeweiligen Beeinträchtigung trifft. In der Literatur ist als Abwägungsleitlinie bereits eine Differenzierung anhand der Kategorien primärer, sekundärer und tertiärer Nutzungsrechte vorgeschlagen worden⁸³, die auf die Tierhaltung übertragen werden kann. Würde dem Mitmieter die Nutzung der Mietsache einschließlich der Gemeinschaftsflächen aufgrund seiner Allergie in einem nicht mehr zumutbaren Umfang erschwert, muss das „einfache“ Tierhaltungsinteresse zurücktreten. Stehen sich demgegenüber gesundheitliche Bedürfnisse des Mieters (Therapiehund) und entsprechende Belange des Mitmieters (konkrete erhebliche allergische Beeinträchtigungen) gegenüber, fällt eine Beurteilung schwer, da die Untersagung oder Gestattung der Tierhaltung jeweils zum Auszug veranlassen kann. Angezeigt ist in derartigen Extremfällen eine „Sozialauswahl“. Ähnlich wie in § 1 Abs. 3 KSchG kommt in § 573c Abs. 1 BGB zum Ausdruck, dass die Dauer des Mietverhältnisses bedeutsam ist. Auch die weitere soziale Schutzbedürftigkeit der betroffenen Mieter (insbesondere – ohne Verstoß gegen § 19 Abs. 1 AGG – das Alter) ist zu berücksichtigen.

An Grenzen stößt die Abwägung ferner dort, wo individuelle Belange von Mitmiethern in Ansatz gebracht werden, die vom Rechtsanwender üblicherweise nicht so leicht nachempfunden werden können wie die Folgen einer körperlichen Erkrankung oder der subjektive Wunsch nach der Haltung eines Tieres. Ein Beispiel bildet hier die sog. Canophobia (Angst vor Hunden). Kann das Interesse solcher Personen mit Verweis auf statistische Seltenheit oder Überempfindlichkeit als unbeachtlich bezeichnet werden? Man muss ehrlich sein: Außergewöhnliche Ängste⁸⁴ werden bei der Rechtsanwendung regelmäßig vernachlässigt.

2. Wohnungseigentum

Die Annahme der Unwirksamkeit eines formularvertraglichen Katzen- und Hundehaltungsverbots hinterlässt darüber hinaus ein gewisses Unbehagen, wenn man bei der Klauselkontrolle das konkrete Wohnobjekt gänzlich außer Betracht lässt.⁸⁵ Unstimmigkeiten ergeben sich insbesondere bei vermietetem Wohnungseigentum.⁸⁶

⁸⁰ Anders wohl *Gies* jurisPR-MietR 11/2007 Anm. 1.; s. demgegenüber AG Aachen WuM 2006, 304, das aber im konkreten Fall davon ausgegangen ist, dass der Nachweis einer Gefährdung vom Vermieter nicht geführt worden sei.

⁸¹ Vgl. BVerfG NZM 2000, 539, 540 f.

⁸² Vgl. BGH NJW 2009, 664, 665 f.

⁸³ So zur Benutzung von Gemeinschaftsflächen *Flatow* NZM 2007, 432, 433 ff.

⁸⁴ Ein Extrembeispiel: Panische Angst vor Bratengeruch aus der Küche eines Mitmieters.

⁸⁵ Vgl. aber BGH NJW 1987, 2575, 2576, wonach das Gebot einer generalisierenden Betrachtungsweise des Inhalts einer Klausel nicht dazu führe, den Vertragsgegenstand außer Acht zu lassen.

⁸⁶ Ausführlich zum Konflikt zwischen Miet- und Wohnungseigentumsrecht jüngst *Häublein* NZM 2014, 97 ff.

a) *Haltungsverbot durch Beschluss*

Nach einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1995 ist ein durch nicht rechtzeitig angefochtenen Beschluss geregeltes generelles Verbot der Hundehaltung in einer Wohnanlage auch dann für den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers verbindlich, wenn an sich eine Vereinbarung gem. § 15 Abs. 1 WEG notwendig gewesen wäre.⁸⁷ Folgt man dem, ist der betroffene Wohnungseigentümer gehalten, einen Mietvertrag in entsprechender Weise auszugestalten, um den aus dem Gemeinschaftsverhältnis folgenden Bindungen Rechnung zu tragen.⁸⁸ Beabsichtigt er die mehrfache Vermietung seiner Wohnung, kann er ein solches generelles Verbot jedoch nicht ohne Weiteres an den Mieter weiterleiten. Denn ein Aushandeln im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB liegt nach der Rechtsprechung nicht bereits dann vor, wenn der Interessent nur vor die Wahl gestellt wird, die Bedingungen anzunehmen oder vom Vertragsschluss ganz abzusehen.⁸⁹ Der ausdrückliche Hinweis auf ein Verbot und dessen Bedeutung („*Vermietung nur an Mieter ohne Hund, s. das Verbot in § 10 des Vertrags.*“) genügt hiernach also nicht. Das bedeutet aber nicht, dass der Mieter unter Verweis auf § 307 BGB einen „nur leise krächzenden und winzigen“ Hund sorglos halten kann. Denn er muss nach einer verbreiteten Auffassung befürchten, von anderen Wohnungseigentümern (s. auch § 10 Abs. 6 S. 3 WEG⁹⁰) unter Verweis auf § 1004 Abs. 1 BGB⁹¹ auf Unterlassung der Haltung⁹² (oder jedenfalls Unterlassung der Benutzung des Gemeinschaftseigentums in Begleitung des Hundes⁹³) in Anspruch genommen zu werden, soweit nicht § 242 BGB ausnahmsweise anderes ergibt (z. B. beim Blindenhund⁹⁴). Das „einfache“ Haltungsinteresse kann der Mieter hiernach also (faktisch) nicht vollumfänglich durchsetzen. Im Übrigen könnte zwar § 536 Abs. 3 BGB ab Androhung des Unterlassungsanspruchs⁹⁵ wegen teilweiser Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs einschlägig sein. Allerdings ist Mangelkenntnis im Sinne von § 536b Abs. 1 S. 1 BGB gegeben, wenn der Mieter mit dem Vorliegen des Rechtsmangels gerechnet und das Risiko, dass die Annahme richtig sei, bewusst in Kauf genommen hat.⁹⁶ Weist der Vermieter bei Abschluss des Vertrags hinreichend deutlich auf die Gefahr einer Inanspruchnahme hin („*Bei Haltung eines jeden Hundes droht erfolgreiche Unterlassungsklage anderer Wohnungseigentümer.*“), steht dem Mieter mithin kein Minderungsrecht zu.⁹⁷

b) *Erfüllungsanspruch und Vereinbarungen über den Zustand der Mietsache*

Es bleibt der Erfüllungsanspruch⁹⁸, auf den nach einer Entscheidung des XII. Senats des BGH § 536b

⁸⁷BGH NJW 1995, 2036 f.; zu einem generellen Hunde- und Katzenhaltungsverbot OLG Frankfurt ZWE 2011, 363 f.; ähnlich OLG Hamm BeckRS 2005, 05324; vgl. aber auch BGH NJW 2000, 3500 ff.

⁸⁸Blank WuM 2013, 94, 95; Armbrüster ZWE 2004, 217; Schmid NJW 2013, 2145, 2149; zur Problematik der Anpassung an zukünftige Regelungen unter Verweis auf § 308 Nr. 4 BGB AG Schorndorf, Urt. v. 05.07.2012 – 6 C 1166/11, juris; s. demgegenüber aber auch LG München I, Urt. v. 10.01.2013 – 36 S 8058/12, juris, und den Formulierungsvorschlag bei Häublein WuM 2009, 435, 437 sowie Armbrüster ZWE 2004, 217, 226; jüngst zur Angleichung der Rechtsgebiete ausführlich Häublein NZM 2014, 97 ff.

⁸⁹Vgl. BGH NJW 1991, 1678, 1679; eng auch BGH NJW 2000, 1110, 1111 f.; vgl. aber für den kaufmännischen Verkehr BGH NJW 1992, 2283, 2285; die letztgenannte Entscheidung ist allerdings nach Miethaner NJW 2010, 3121, 3126 aufgrund ihres Widerspruchs zur sonstigen Rechtsprechung ohne Bedeutung; s. auch zur Problematik Kappus NZM 2010, 529 ff.; Müller BB 2013, 1355 ff.

⁹⁰Vgl. BVerfG NJW 2010, 220, 221.

⁹¹Namentlich der Anspruch aus § 15 Abs. 3 WEG richtet sich nicht gegen den Mieter, vgl. OLG München NZM 2003, 445, 446.

⁹²Vgl. LG Hamburg BeckRS 2012, 09934; Jacoby ZWE 2012, 70, 73; s. auch Lehmann-Richter ZWE 2009, 345 f.; ausführlich hierzu auch Häublein NZM 2014, 97, 109 ff.

⁹³Vgl. Dötsch WuM 2013, 90, 93, wonach etwa das Durchschreiten des Gemeinschaftseigentums durch eine vom Mieter gehaltene Katze untersagt werden kann.

⁹⁴Hierzu BGH NJW 1995, 2036, 2037; BayObLG NZM 2002, 26, 27.

⁹⁵Vgl. BGH NJW 2008, 2771, 2772.

⁹⁶BGH NJW 1996, 46, 47; Blank WuM 2013, 94, 97 f.; Schmidt NZM 2013, 705, 707.

⁹⁷Vgl. Blank WuM 2013, 94, 97 f.

⁹⁸Anspruch auf Beseitigung entgegenstehender Rechte Dritter, vgl. Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 11. Auflage

Abs. 1 S. 1 BGB keine Anwendung findet.⁹⁹ Gleichwohl wird der Mieter nicht ohne Weiteres die Möglichkeit haben, sein Tierhaltungsinteresse im Wege der Klage oder gem. § 320 BGB durchzusetzen. Erfüllungsansprüche sind nämlich dann ausgeschlossen, wenn die Mietvertragsparteien einen bestimmten, bei Überlassung vorhandenen schlechten Zustand der Mietsache konkret als vertragsgemäß vereinbart haben. Dieser Schluss wird nach der zitierten Entscheidung des BGH häufig gerechtfertigt sein, wenn der Mieter den Mietvertrag in Kenntnis eines bestimmten Mangels abschließt, die Mietsache also so, wie sie ist, akzeptiert.¹⁰⁰ Folgt man dem, ist nicht leicht zu begründen, weshalb für den vertraglichen Hinweis¹⁰¹ auf die im Fall der Hundehaltung drohende Inanspruchnahme durch Dritte etwas anderes gelten soll. Besteht damit aber die Möglichkeit, mit einer (vorformulierten) Beschreibung eine nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB kontrollfreie negative Beschaffenheitsvereinbarung¹⁰² zu treffen?

Wirklich ausgewogen erscheint all dies nicht. Man kann sich fragen, welchen Sinn ein zu Gunsten der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Mieters ausfallendes Ergebnis der Inhaltskontrolle des Hundehaltungsverbots gem. § 307 BGB haben soll, wenn der Mieter bestenfalls über die Höhe der Minderung und darüber streiten kann, welchen Aufwand der Vermieter schuldet (§ 275 Abs. 2 BGB), um andere Wohnungseigentümer dazu zu bewegen, der Haltung eines Hundes zuzustimmen. Zudem liegt es nicht fern, dass der Mieter das (Wohnungs-)Eigentum so hinnehmen muss, wie er es vorfindet.¹⁰³ Denn der Mieter eines unzumutbar bellenden Hundes hat etwa auch sonst keinen Anspruch auf eine sehr „tolerante“ Mieterstruktur oder Maßnahmen zur Verbesserung des Schallschutzes.¹⁰⁴ Gleichwohl scheut man sich zu Recht, den Gesichtspunkt der Pflichtenkollision des Wohnungseigentümers (ggf. unter Verweis auf „*berechtigte Belange der Nachbarn*“¹⁰⁵) im Rahmen der Inhaltskontrolle uneingeschränkt zu Lasten des Mieters in Ansatz zu bringen.¹⁰⁶ Denn selbst eine vom Umfang und Bestand des wohnungseigentumsrechtlichen Hundehaltungsverbots abhängige formularvertragliche Verbotsregelung hätte im Zweifel zur Konsequenz, dass der Vermieter auch künftig unter keinen Umständen verpflichtet wäre, auf die Zulässigkeit der Haltung eines „nur leise krächzenden“ Hundes hinzuwirken. Sollen nun aber gem. § 307 Abs. 3 BGB allein die Deutlichkeit, Transparenz und Vollständigkeit der vertraglichen Beschreibung der „rechtlichen Beschaffenheit“ in der Sache dazu führen, dass die Hundehaltung unterlassen wird?

Letzteres würde ohne Weiteres einleuchten, wenn jede mietvertragliche Gebrauchsregelung eine Leistungsbeschreibung gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB darstellen würde. Indessen gilt dies lediglich für solche verhaltensbezogenen Vorgaben, die sich ohnehin aus dem gesetzlichen Begriff des Wohnens ergeben (etwa das Unterlassen einer gewerblichen Tätigkeit¹⁰⁷). Das „*hundefreie Wohnen*“ (oder „*Wohnen im hundefreien Wohnungseigentum*“) kann hingegen grundsätzlich nicht als Leistungsbeschreibung angesehen werden. Der Mieter ist auf der Suche nach einer Wohnung und

2013, § 536 Rn. 302; s. zur Doppelvermietung auch KG NZM 2008, 889 f.

⁹⁹BGH NJW-RR 2007, 1021, 1022; so auch *Schmidt* NZM 2013, 705 ff.; krit. *Faust* JuS 2008, 86, 87.

¹⁰⁰BGH NJW-RR 2007, 1021, 1022; offen BGH NZM 2012, 456.

¹⁰¹Zur Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB und § 306a BGB bei sog. Hinweisen BGH, Urt. v. 04.02.2009 – VIII ZR 32/08 und BGH, Urt. v. 03.07.1996 – VIII ZR 221/95, jeweils juris.

¹⁰²Für Kontrollfreiheit einer Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 BGB (mit Verweis auf den Vorrang gem. § 305b BGB) Palandt/*Grüneberg*, BGB, 72. Auflage 2013, § 307 Rn. 44; ähnlich HK/*Schulte-Nölke*, BGB, 7. Auflage 2012, § 307 Rn. 19; ebenfalls für eine die Beschaffenheit des zu liefernden Stroms regelnden Abrede BGH, Urt. v. 06.04.2011 – VIII ZR 31/09, juris; weiterführend Staudinger/*Coester*, BGB, Neubearbeitung 2013, § 307 Rn. 281 ff.

¹⁰³Vgl. allgemein *Streyll* WuM 2007, 309; s. auch *Häublein* WuM 2009, 435, 436 sowie *ders.* NZM 2014, 97, 115.

¹⁰⁴Vgl. BGH, Urt. v. 06.10.2004 – VIII ZR 355/03, juris; s. auch *Börstinghaus* NZM 2004, 48, 50, wonach der Mitmieter sein Verhalten dem Zustand des Gebäudes anpassen muss; zur Minderung wegen fortdauernden Hundegebells BGH NJW-RR 2012, 977, 978; ausführlich zum Hundegebell *Gaisbauer* NZM 1999, 982, 983 f.

¹⁰⁵Vgl. BGH NJW 2008, 218, 220 f.

¹⁰⁶So wohl auch *Häublein* NZM 2014, 97, 114 („nur ein Abwägungsbelang“); vgl. auch BGH NJW 1996, 714.

¹⁰⁷Vgl. zu den hier geltenden Grenzen BGH NJW 2013, 1806 f.; s. ferner BGH NJW 2009, 3157 f.; zur Rechtfertigung des grundsätzlichen Verbots einer gewerblichen Tätigkeit muss wegen § 307 Abs. 3 S. 1 BGB also nicht auf eine etwaige öffentlich-rechtliche Inanspruchnahme des Vermieters abgestellt werden; vgl. aber zum Erlass einer „Kündigungsaufgabe“ VG Freiburg (Breisgau), Beschl. v. 14.06.2013 – 4 K 529/11, juris.

nicht Räumlichkeiten, in denen er die Tierhaltung unterlassen kann. Anders formuliert: Der Vertragszweck besteht bei Wohnraummietverhältnissen regelmäßig darin, dem Mieter gegen Entgelt einen Freiraum für seine Lebensführung zu gewähren.¹⁰⁸

Nun ist diese Erwartungshaltung auch tangiert, wenn formularvertraglich Vereinbarungen über das Vorhandensein von Rechtsmängeln getroffen werden. Hier sollte man den Schritt gehen, Beschaffenheitsvereinbarungen partiell doch der Inhaltskontrolle zu unterziehen.¹⁰⁹

Dem mag man entgegenhalten, dass es die Vertragsparteien sind, die durch die Festlegung des dem Mieter jeweils geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs bestimmen, welchen Soll-Zustand die vermietete Sache spätestens bei Überlassung an den Mieter aufweisen muss.¹¹⁰ Hiervon ausgehend kann man nicht leugnen, dass eine Klausel über die zukünftige teilweise (vertragsgemäße) Entziehung des an sich vertragsgemäßen Gebrauchs (Wohnen einschließlich nicht störender Hundehaltung) durch Dritte die Güte der geschuldeten Leistung betrifft. Zudem führt die negative Beschaffenheitsvereinbarung als solche allenfalls zur einer mittelbaren Abweichung vom Grundgedanken (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) des § 536 BGB.

Der formularmäßige Gebrauch von der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit einer (negativen) Beschaffenheitsvereinbarung ist aber dann als eine Ergänzung von Rechtsvorschriften (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB) anzusehen, wenn die Klausel den gesetzlichen Begriff des Wohnens einengt, weil die Zulässigkeit der Handlung des Mieters nicht mehr allein von den Regeln der mietrechtlichen Sicherheit und Ordnung unter Beachtung des befristeten Schutzes der Individualität abhängt. Dies kann man (jedenfalls bis zur Grenze der Vertragszweckgefährdung¹¹¹) verneinen bei einer Regelung, die (zutreffend) unmittelbar zustandsbezogen die negativen physischen (Wohnwert-)Merkmale des Wohnobjekts festlegt. Überspitzt formuliert: Wer eine Drei-Zimmer-Wohnung in Innenstadtlage anmietet, kann keine unangemessene Benachteiligung daraus ableiten, dass der Wohnung ein viertes Zimmer am Ortsrand fehlt. Die für negative Beschaffenheitsvereinbarungen regelmäßig geforderte Eindeutigkeit¹¹² setzt nicht zwangsläufig eine Individualvereinbarung voraus; eine andere Frage ist, ob man generell oder im Einzelfall mit Blick auf die §§ 536 Abs. 4, 536b Abs. 1 S. 1 BGB sowie § 305c BGB Kenntnis des Mieters von den konkreten (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) negativen Umständen verlangt.

Anders liegt es hingegen bei einer Klausel, die die teilweise Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs aufgrund von – letztlich erst durch Beschluss begründeten – Rechten Dritter als vertragsgemäß festschreibt und wie ein Verbot wirkt. Klauseln über das Vorhandensein von Rechtsmängeln mit solchen verhaltensbezogenen Wirkungen unterliegen nach alledem – gerade mit Blick auf den Zweck der §§ 307 ff. BGB¹¹³ und den Ausnahmecharakter des § 307 Abs. 3 S. 1

¹⁰⁸LG Köln NJW-RR 1991, 1162. Der Verzicht auf gesetzlich bestehende Gebrauchsbefugnisse kann auch nicht als Gegenleistung des Mieters angesehen werden, da der Vermieter andernfalls ein Entgelt ohne Erbringung einer eigenen Leistung erhalte. Der Begriff der Leistung steht aber nicht zur Disposition des Verwenders von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, vgl. BGH NJW 2002, 2386.

¹⁰⁹So wohl auch Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 11. Auflage 2013, § 536 Rn. 444; für eine Anwendung des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wenn der Kerngebrauch des Mietgebrauchs berührt wird, *Lehmann-Richter* NZM 2012, 849, 854 f.; s. auch *Drettmann* WuM 2012, 535, 539 und *Beuermann* GE 2006, 159 f.; hingegen stellt LG Heidelberg WuM 1982, 2 bei einer Klausel über die Raumtemperatur auf § 305c Abs. 1 BGB ab.

¹¹⁰BGH, Urt. v. 18.12.2013 – XII ZR 80/12, juris.

¹¹¹Hier werden wohl auch sog. Wohnungspolizeigesetze Relevanz erlangen können, vgl. den Entwurf der nordrhein-westfälischen Landesregierung zur Neuregelung des Wohnungsaufsichtsrechts und einer wohnraumrechtlichen Vorschrift v. 15.11.2013, LT-Drucks. 16/4379, dort insbesondere S. 43 ff., berichtet durch LT-Drucks. 16/4459.

¹¹²BGH NZM 2010, 356, 358; s. auch AG Eschweiler, Urt. v. 05.04.2013 – 26 C 268/12, juris.

¹¹³Vgl. BGH NJW 1985, 3013, 3014, wonach bei der Bestimmung der Reichweite des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der Zweck der Inhaltskontrolle berücksichtigt werden müsse, den Vertragspartner des Verwenders vor einer einseitig vorgeschriebenen, unangemessenen Verkürzung derjenigen Rechte zu schützen, die er nach Gegenstand und Zweck des Vertrags zu erwarten berechtigt sei. Vgl. ferner MüKo/*Wurmnest*, BGB, 6. Auflage 2012, § 307 Rn. 12, mit Verweis auf den Schutzzweck, der dahin gehe, diejenigen Teile des Vertrags einer richterlichen Kontrolle zu

BGB¹¹⁴ – der Inhaltskontrolle. Dies gilt erst recht, wenn der Vermieter über die negative Beschaffenheitsvereinbarung hinausgeht und zugleich ein Tierhaltungsverbot vorsieht.

Bejaht man die Kontrollfähigkeit im vorstehend aufgezeigten Umfang, muss man nicht besorgen, dass Vermietern jede Vereinbarung eines Substandards versagt ist. Vielmehr ist im Rahmen des § 307 Abs. 1 BGB zu beachten, ob ein Vermieter an der Aufrechterhaltung des Zustands (typischerweise) ein berechtigtes Interesse hat. Hier werden etwaige Kosten von Relevanz sein, zumal es im Kern dieser Aspekt ist, der Modernisierungsansprüchen eines Mieters entgegensteht. Anders formuliert: Es ist rechtlich von Belang, ob der Zustand ohne (große) Mühen oder nur mit erheblichem Aufwand zu verbessern ist. Zudem ist eine Vertragszweckgefährdung (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB) nicht bei jeder Beeinträchtigung der Gebrauchsinteressen des Mieters zu bejahen. Davon abgesehen ist die Lösung primär auf der Ebene der §§ 305c Abs. 1, 307 Abs. 1 S. 2 BGB zu suchen.¹¹⁵ Schließlich kann allein aus dem Abschluss eines Vertrags in Kenntnis eines für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Hinweises nicht auf eine (stillschweigende) individualvertragliche negative Beschaffenheitsvereinbarung geschlossen werden.¹¹⁶ Entweder hat ein solcher Hinweis nur für § 536b Abs. 1 S. 1 BGB (und ggf. die objektiv zu bestimmende berechnete Mietererwartung) Bedeutung oder aber ihm kommt ein unmittelbarer vertraglicher Regelungsgehalt zu, der nach §§ 305 ff. BGB zu beurteilen ist.

c) Gestaltungsmöglichkeiten und andere Lösungswege

Bejaht man die Bindung des (Sondernachfolgers eines) Wohnungseigentümers an das Hundehaltungsverbot im Sinne von § 15 Abs. 2 WEG, ist zu klären, ob die Wirksamkeit eines entsprechenden mietvertraglichen Verbots davon abhängt, dass dieses vor Vereinbarung insgesamt zur Disposition gestellt worden ist (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB). Da den Wohnungseigentümer aus Mietersicht keine willkürliche, sondern durchaus WEG-typische Verpflichtung trifft, muss es ausreichen, dass der Vermieter Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich des mieterseitigen Interesses an der Verbotsaufhebung einräumt, besonderen Bedürfnissen des Mieters Rechnung trägt und Letzterer den Sinn der Vereinbarung hinreichend erfasst.¹¹⁷ Andernfalls wäre faktisch kaum noch Raum für wirksame (individuelle) Vereinbarungen¹¹⁸, obwohl im Fall der Kenntnis bereits § 536b Abs. 1 S. 1 BGB zu entnehmen ist, dass der Mieter weniger schutzwürdig ist. Im Übrigen ist im Beispielfall auch ein formularvertragliches Hundehaltungsverbot zu rechtfertigen, wenn es an die aktuelle rechtliche Beschaffenheit der Mietsache anknüpft, Fallgestaltungen im Sinne von § 242 BGB (besondere Mieterbedürfnisse) ausnimmt und dem Interesse des Mieters an der Beseitigung entgegenstehender Rechte Rechnung trägt. Finanzielle Aufwendungen wird man dem Vermieter hier nicht abverlangen können, wohl aber, für die Zulässigkeit der Haltung des nicht störenden Hundes zu votieren¹¹⁹, wenn der Mieter eine solche Tierhaltungsabsicht anzeigt.

Widerspruchsfreiheit lässt sich allerdings – in Fällen der Gebrauchsregelung durch Beschluss – auch auf anderen Wegen herstellen: Das „Haltungsinteresse“ des Mieters ist durchsetzbar, soweit man einen „Durchgriff“ der anderen Wohnungseigentümer im Fall des mieterseitigen Verstoßes gegen Gebrauchsregelungen ohne messbare anderweitige Beeinträchtigungen ablehnt.¹²⁰ An einer

unterwerfen, die nicht schon auf Grund ihrer besonderen Bedeutung Gegenstand der Aufmerksamkeit beider Parteien seien; s. weiterführend auch Staudinger/*Coester*, BGB, Neubearbeitung 2013, § 307 Rn. 320 ff.

¹¹⁴BT-Drucks. 14/6040, S. 154.

¹¹⁵BGH NZM 2010, 356, 358 stellt auf die Eindeutigkeit der Vereinbarung ab.

¹¹⁶Vgl. hierzu auch *Lehmann-Richter* NZM 2012, 849, 851 f.; *Schmidt* NZM 2013, 705, 717; *Horst* NZM 2010, 177, 186 sowie BGH NJW-RR 1993, 522, 523, wo der niedrigen Miete Bedeutung beigemessen worden ist; erhöhte Anforderungen an eine für den Mieter günstige Vereinbarung stellt ferner BGH NJW 2013, 680 f.

¹¹⁷Zu Letzterem BGH NJW 2005, 2543 f.

¹¹⁸Zu diesem Gesichtspunkt BVerfG NJW 2005, 1036, 1038.

¹¹⁹Zur Aufhebung von sog. vereinbarungsersetzenden Beschlüssen *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 5. Auflage 2010, 5. Teil B II. Rn. 260.

¹²⁰Vgl. LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 31.07.2009 – 19 S 2183/09, juris, zur bloß beschlusswidrigen Haltung eines nicht

Pflichtenkollision fehlt es schließlich von vornherein, wenn der jeweilige den Gebrauch regelnde Beschluss vom Vermieter rechtzeitig erfolgreich angefochten wird¹²¹ oder keine Wirkungen entfaltet.¹²² Was Letzteres betrifft, ist in der Rechtsprechung kürzlich betont worden, dass der Aspekt, ob Gebrauchsregelungen bei vermietetem Wohnungseigentum im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen weitergeleitet werden können, Bedeutung haben muss.¹²³

Einzuräumen bleibt aber zuletzt: Die hier erörterten Ansätze bieten keinesfalls eine generelle Lösung für den Konflikt zwischen Miet- und Wohnungseigentumsrecht, allein schon deshalb, weil sie voraussetzen, dass der Vermieter vor Vertragsschluss jeweils um die maßgeblichen Umstände weiß und eine gewisse Sensibilität für die drohenden rechtlichen Probleme entwickelt hat. Zudem ist selbst der Fachmann überfordert, da es im Zusammenspiel von Miet- und Wohnungseigentumsrecht häufig bereits an einem anerkannten Ausgangspunkt fehlt, der die Grundlage für die Vertragsgestaltung bilden könnte. Es besteht nach alledem ein Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung, was jüngst eindrucksvoll aufgezeigt worden ist.¹²⁴

3. Besondere Wohnformen

Besondere Wohnformen gewinnen zunehmend an Bedeutung; hier sei nur auf das (oftmals genossenschaftlich organisierte¹²⁵) „*Mehrgenerationenwohnen*“ verwiesen. Das Gesetz nennt selbst weitere spezifische Wohnformen (s. etwa § 549 Abs. 3 BGB). Ferner wird nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich zwischen verschiedenen Wohnobjekten unterschieden (z. B. „*Altbauwohnung*“, „*Großstadtlage*“ und – zumindest partiell – „*Passivhaus*“¹²⁶). Sind nicht aber auch weitere Wohnformen denkbar, die – entsprechend zur Rechtslage bei der Gewerberaummieta¹²⁷ – spezifischen Gebrauchsvorstellungen Rechnung tragen?

Die Diskussion geht bislang von einer Grundannahme aus: Der Vermieter will keinen Mieter mit Hund. Der Mieter unterschreibt den Vertrag, weil er die Wohnung als solche für geeignet hält oder auf ihre Anmietung aus finanziellen, beruflichen, familiären oder sonstigen Gründen angewiesen ist. Vorformulierte Verbote nimmt er zunächst in Kauf und stellt sie später in Frage. Allerdings ergibt ein Seitenblick, dass es durchaus auch einmal anders liegen kann. Manche Hotels wollen „*Kinderfreiheit*“ bieten.¹²⁸ Andere werben damit, in „*haustierfreier Umgebung den Aufenthalt im Nichtraucherhotel*“ zu genießen, wohl in der Annahme, dass bestimmte Gäste Entspannung subjektiv

störenden Hundes; s. auch LG Köln, Urt. v. 22.11.1988 – 10 S 198/88, juris; *Briesemeister* ZWE 2010, 24 f.; *Kümmel* ZWE 2008, 273 ff. Dieser Ansatz läuft aber fast darauf hinaus, auch im Verhältnis zu den restlichen Wohnungseigentümern von einem Vorrang des § 541 BGB gegenüber § 1004 BGB auszugehen. Angezeigt erscheint eine solche Betrachtung dort, wo eine Tochtergesellschaft als Untervermieterin auf ihr abgeleitetes Besitzrecht und das dingliche Recht der Eigentümerin verweist, die Hundehaltung zu verbieten, vgl. zur Verjährung BGH WuM 2011, 509, 510 einerseits und BGHZ 116, 293, 296 andererseits.

¹²¹Schmid NJW 2013, 2145, 2148 bejaht eine mietvertragliche Nebenpflicht zur Anfechtung von Beschlüssen, die den Mieter unangemessen benachteiligen.

¹²²Vgl. *Harsch* WuM 2009, 76, 78 zu einem Rauchverbot für das Sondereigentum sowie OLG Saarbrücken NZM 2007, 168, 169 und *Armbrüster* ZWE 2008, 361, 363 f. zu einem generellen Tierhaltungsverbot; s. ferner zum sog. Kernbereich BGH NJW 2004, 937, 941 (schwebende Unwirksamkeit).

¹²³Vgl. AG Freiburg BeckRS 2013, 07460 (zu einem Verbot, Tiere in einem Aufzug zu befördern); offen *Bub/von der Osten* FD-MietR 2013, 346237. Ferner kann u. U. § 242 BGB herangezogen werden, wenn es an schutzwürdigen Belangen anderer Wohnungseigentümer fehlt, vgl. hierzu BGH NJW 2004, 937, 940.

¹²⁴S. den Vorschlag von *Häublein* NZM 2014, 97, 108 ff.

¹²⁵Zur Anwendung des Mietrechts auf Nutzungsverträge mit der Genossenschaft BGH NZM 2010, 121; *Fritz* WuM 2012, 183; ausführlich *Drasdo* NZM 2012, 585 ff. und *Roth* NZM 2009, 850 ff.

¹²⁶Zum Betrieb einer mietereigenen Waschmaschine und deren Bauart im „*Passivhaus*“ LG Aachen NZM 2004, 459.

¹²⁷Im Gewerberaummietrecht werden enge Vorgaben zum Nutzungszweck regelmäßig gebilligt, vgl. KG, Beschl. v. 22.11.2010 – 8 U 87/10, juris; s. auch OLG Düsseldorf NZM 2003, 945, 946; recht deutlich ferner OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.12.2007 – 24 U 185/07, juris. Auch wird der Vermieter für berechtigt gehalten, der vom gewerblichen Mieter beabsichtigten Nutzungsänderung den Konkurrenzschutz eines Mitmieters entgegenzuhalten, *Joachim* NZM 2009, 801, 803 f.; s. zum Konkurrenzschutz auch BGH NJW 2013, 44 ff.

¹²⁸Vgl. <http://www.urlaub-ohne-kinder.info/index.shtml>, abgerufen am 09.02.2014.

nur dort zu finden glauben, wo sie keinem Hund oder Raucher begegnen. Vielleicht sind sie auch Allergiker, Asthmatiker oder haben Angst vor Hunden. Solche Personen werden Mietverträge mit vorformuliertem Hundehaltungsverbot nicht selten in der (inneren) Erwartung unterzeichnet haben, dass auch die anderen Mieter die Haltung unterlassen werden.

Was gilt, wenn ein derartiger Mieter in Zukunft auf der Suche nach dem „*tierhaarfreien Wohnen*“ sein sollte? ¹²⁹ Unterzeichnet er einen Vertrag mit einer vorformulierten positiven Beschaffenheitsvereinbarung bzw. Zusicherung („*keine Hundehaltung durch andere Mieter*“) und der entsprechenden Verbotsklausel („*keine Hundehaltung*“), wird die letztgenannte Bestimmung – mangels Anlasses – nicht ernsthaft zur Disposition gestellt worden sein. Ferner stellt die Zusicherung (oder gar ein Anspruch gem. § 328 BGB mit dem Inhalt), dass die Mitmieter die Haltung von Hunden uneingeschränkt unterlassen, nicht typischerweise ¹³⁰, sondern nur unter Berücksichtigung der konkreten individuellen Gegebenheiten eine Kompensation ¹³¹ im Sinne von § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB dar. Objektive Kriterien sind hingegen rar; allenfalls die Verwendung bestimmter Baustoffe ließe einen gewissen Rückschluss auf die Ernsthaftigkeit des Anliegens, Allergiker-Wohnungen zu vermieten, zu. Gleichwohl liegt es auf der Hand, dass sich derjenige Mieter, der zunächst das „*hundefreie Wohnen*“ sucht, später aber seinen Willen ändert, widersprüchlich verhält. Man kann hier § 242 BGB bemühen, um das im Einzelfall unbillige Ergebnis der Billigkeitskontrolle aus Gründen der Billigkeit zu korrigieren. Letzteres ist ja bereits angedacht worden vom BGH ¹³² (wobei die bloße ausdrückliche Kenntnisnahme einer einfachen Verbotsklausel im Wissen um deren Bedeutung keinesfalls den Vorwurf treuwidrigen Verhaltens rechtfertigen kann ¹³³). Befriedigend erscheint der Rückgriff auf § 242 BGB im eingangs genannten Fall indessen nicht. Zwar werden Wohnungen in aller Regel lediglich nach Lage, Zuschnitt, Größe und Miethöhe ausgesucht (s. auch § 558 Abs. 2 S. 1 BGB). Jede Verkürzung des Begriffs des Wohnens mit Verweis auf den besonderen Vertragszweck birgt außerdem Missbrauchsgefahren, jedenfalls solange sich besondere Wohnkonzepte nicht etabliert haben oder gesetzlich geregelt sind (wie etwa das Studentenwohnen; hier erkennt der BGH die besondere Zweckbeziehung an ¹³⁴). Geleitet wird man hier letztlich von der Befürchtung, dass in Ballungsräumen mit Wohnungsknappheit andernfalls fast nur noch „*Wohnungen für Allergiker und Menschen mit Angst vor Hunden*“ angeboten würden. Zumindest im Anwendungsbereich des § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB können und müssen aber (jenseits des § 138 BGB) auch zu Lasten des Mieters ¹³⁵ die den Vertragsschluss begleitenden besonderen Umstände berücksichtigt werden, namentlich „Sonderbestellungen des Verbrauchers“ (Erwägungsgrund 16 der RL 93/13/EWG). Letzteres setzt selbstredend voraus, dass der Vermieter als Unternehmer ¹³⁶ gehandelt hat und die Klausel nicht im Verbandsklageverfahren überprüft wird. Außerhalb des § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB könnte man darauf abstellen, dass es an einer einseitigen Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit fehlt, wenn der Mieter dem Wohnkonzept besondere Bedeutung beigemessen hat ¹³⁷ und sich daher die Einbeziehung der Klausel als das Ergebnis einer freien Entscheidung desjenigen darstellt, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird. ¹³⁸ So macht sich in der Rechtspraxis bei der Beurteilung von Verkehrslärm auch niemand die Mühe, mit Blick auf die §§ 305 ff. BGB den Bereich der Leistungsbeschreibung abzugrenzen, ist eine Wohnung mit dem vorformulierten Zusatz „*in verkehrsgünstiger Großstadtlage*“ (beworben und) vermietet worden. Vielmehr ist die

¹²⁹Vgl. AG Arolsen, Urt. v. 08.03.2007 – 2 C 18/07, juris.

¹³⁰Vgl. etwa BGH NJW 2003, 1447, 1448.

¹³¹Eine nachteilige Klausel kann unter bestimmten Voraussetzungen durch die Gewährung von Vorteilen ausgeglichen werden, vgl. MüKo/Wurmnest, BGB, 6. Auflage 2012, § 307 Rn. 36.

¹³²BGH NZM 2013, 378, 379.

¹³³Ebenso *Schach* GE 2013, 650, 651; vgl. auch LG Essen, Urt. v. 15.05.2012 – 15 S 341/11, juris.

¹³⁴BGH NJW 2009, 3506, 3507.

¹³⁵Vgl. MüKo/Basedow, BGB, 6. Auflage 2012, § 310 Rn. 81.

¹³⁶Hierzu OLG Düsseldorf ZVE 2010, 417 f.

¹³⁷Für ein entsprechendes Neuverständnis des „Aushandelns“ *Miethaner* NJW 2010, 3121, 3127.

¹³⁸So BGH NJW 2010, 1131, 1133, allerdings unter der Voraussetzung, dass die Freiheit bestand, die in Betracht kommenden Vertragstexte auszuwählen und insbesondere die Gelegenheit gegeben war, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen; zu dieser Entscheidung aus mietrechtlicher Sicht *Niebling* ZMR 2010, 509 ff.

tatsächliche Situation bei Vertragsschluss von solchem Gewicht, dass sie in den Vordergrund rückt. Im Übrigen bleibt zu bedenken: Wenn es in der Lebenswirklichkeit an typischen Interessen fehlt und der Wert eines besonderen Wohnkonzepts deshalb nur individuell zu bestimmen ist, ist es schwerlich möglich, gleichwohl bei der Anwendung des § 307 BGB auf typische oder durchschnittliche Interessenlagen abzustellen (es sei denn, man verweist auf das durchschnittliche Interesse eines Mieters, seine Interessen *ändern* zu können).

V. Rauchen

Das Rauchen in der angemieteten Wohnung zählt grundsätzlich zum vertragsgemäßen Gebrauch. Hier ist zunächst die gegenwärtige Risikobeurteilung des Gesetzgebers zu berücksichtigen¹³⁹; weder landes- noch bundesrechtliche Bestimmungen haben das Rauchen in Privaträumen bislang eingeschränkt. Auch unter Beachtung der Wertigkeit des bedrohten Rechtsguts der Nichtraucher schließt es gerade die schrittweise, auf neuen Erkenntnissen beruhende gesetzliche Regulierung des Rauchens aus, auf der Ebene der Rechtsanwendung jeden ungewollten Kontakt mit Rauch oder seinen Folgen als unzulässig zu werten. Ferner ist die Grundsatznorm des Art. 13 GG zu beachten; die Wohnung dient der individuellen Entfaltung umso mehr, je stärker das Rauchen in anderen Bereichen reglementiert wird.¹⁴⁰ Das bloße Rauchen stellt deshalb keine hinreichende Gefährdung der mietrechtlichen Sicherheit oder Ordnung dar.

1. Raucherexzess

a) Ende des Mietverhältnisses

Ein Raucherexzess bleibt vertragswidrig. Es bedarf aber selbstredend einer Abgrenzung, da eine Wohnung nach Gebrauch in aller Regel einen anderen als den ursprünglichen Zustand aufweist. Die vom BGH in Bezug genommene¹⁴¹ Bestimmung des § 28 Abs. 4 S. 3 der II. BerechnungsVO bietet am Ende des Mietverhältnisses im Regelfall (tapezierte Wohnung mit gestrichenen Decken) einen sachgerechten Anknüpfungspunkt¹⁴², zumal das Abgrenzungskriterium einer Beweisaufnahme noch zugänglich sein und den Besonderheiten einer Einwirkung durch unbeherrschbare Stoffe Rechnung tragen muss. Dass der BGH in der Sache rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten¹⁴³ bemüht, um das Gesetz auszulegen, ist bemerkenswert, aber noch mit den Besonderheiten des Rechts der Schönheitsreparaturen zu erklären. Folgeprobleme bleiben gleichwohl (etwa bei der Frage, welche Form der Teppichreinigung unter den Begriff der Schönheitsreparatur fällt¹⁴⁴). Mehrkosten, die durch die Folgen des Rauchens bei der Vornahme der Schönheitsreparaturen anfallen, sind – vorbehaltlich einer wirksamen Abwälzung der entsprechenden Pflicht – vom Vermieter zu tragen, solange sie begrifflich § 28 Abs. 4 S. 3 der II. BerechnungsVO noch zuzuordnen sind. Wenn es aber nach Vornahme der Schönheitsreparaturen weiterhin deutlich nach Rauch riecht und feststellbar ist, dass die Wohnung deshalb einem größeren Kreis von Interessenten nicht mehr zugänglich ist¹⁴⁵, ist eine Haftung des Mieters wegen Störung der mietrechtlichen Sicherheit oder Ordnung zu rechtfertigen (soweit sich ein kausaler Schaden beziffern lässt¹⁴⁶). Der bloße Umstand, dass sich im gereinigten Teppichboden noch (sinnlich nicht wahrnehmbare) Spuren des Tabakrauchs befinden können, ist demgegenüber anders zu beurteilen. Die Risikobeurteilung des Gesetzgebers darf nicht – etwa unter Verweis auf die Verkehrssicherungspflicht des Vermieters¹⁴⁷ – dadurch unterlaufen werden, dass man jede Wohnung eines Rauchers nach Mietende als kontaminierten Bereich behandelt. Gemessen daran

¹³⁹Weiterhin zutreffend AG Wennigsen WuM 2001, 487.

¹⁴⁰Börstinghaus/Pielsticker WuM 2012, 480, 484; Derleder NJW 2007, 812, 814 spricht von einem „Reservat“.

¹⁴¹BGH NZM 2008, 318, 319.

¹⁴²Krit. etwa Hau LMK 2008, 261535.

¹⁴³S. aber jüngst BGH BeckRS 2014, 02862.

¹⁴⁴Vgl. BGH NJW 2009, 510, 511.

¹⁴⁵Zum Aspekt der erschwerten Weitervermietung Börstinghaus/Pielsticker WuM 2012, 480, 482.

¹⁴⁶Vgl. jüngst zur Quotenabgeltungsklausel bei unrenoviert überlassenem Wohnraum BGH BeckRS 2014, 02862.

¹⁴⁷BGH NJW 2009, 143, 144; zur arbeitsrechtlichen Sicht s. BAG NZA 2009, 775 ff.

kann auch nicht jede geringfügige Veränderung an Teilen der Wohnung, die nicht Gegenstand von Schönheitsreparaturen sind, eine Haftung rechtfertigen.

b) Unterlassungsanspruch

Klärungsbedürftig ist weiterhin, ob der Vermieter den in der Wohnung rauchenden Mieter auch auf Unterlassung des Rauchens in Anspruch nehmen kann, wenn feststeht, dass bereits (nicht völlig geringfügige) Schäden eingetreten sind oder unmittelbar bevorstehen, die sich nicht mehr durch Schönheitsreparaturen beseitigen lassen.¹⁴⁸ An sich ist dies nur konsequent. Die Wohnung wäre hiernach für die weitere Dauer des Mietverhältnisses ab einer bestimmten absoluten (von den Lüftungsverhältnissen und zeitlichen Gewohnheiten des Mieters abhängigen) Menge an Zigarettenrauch „rauchfrei“. Anderes könnte sich nur aus dem Gesichtspunkt des befristeten Schutzes der Individualität ergeben. Indessen wird die Höhe des dem Vermieter drohenden Schadens an der Substanz dagegen sprechen, dem Mieter für die restliche Dauer des Mietverhältnisses Handlungsfreiheit zuzubilligen und damit den Vermieter auch rechtlich auf den Grundsatz „dulde und liquidiere“ (d. h. einen bloßen Schadensersatzanspruch) zu verweisen.

c) Vorzeitiger Renovierungsbedarf und Anspruch des rauchenden Mieters

Weiterhin ist festzuhalten, dass das Konzept des BGH im Wesentlichen dann eine Lösung bietet, wenn der Vermieter die Rauchschäden erst – wie im Regelfall – mit Abschluss des Mietverhältnisses zur Kenntnis nimmt. Was gilt aber, wenn die Schönheitsreparaturen nicht (wirksam) auf den Mieter übertragen worden sind und dieser während des Mietverhältnisses einen vorzeitigen Renovierungsbedarf geltend macht? Bei dieser Sachlage scheut man sich, die zeitlich verfrühte Abnutzung zu Lasten des Mieters außer Ansatz zu lassen.¹⁴⁹ Hier bietet der Gesichtspunkt des befristeten Schutzes der Individualität eine Lösung: Das übermäßige Rauchen ist zwar auch dann zulässig, wenn es objektiv zu einer unüblichen Verkürzung der Regelfristen führt. Es bleibt dem Mieter überlassen, in welchem Zeitraum er die „zulässige Gesamtmenge“ an Zigaretten raucht. Eine deshalb vorzeitig eingreifende Renovierungsverpflichtung des Vermieters widerspräche aber den herrschenden Anschauungen im Sinne der mietrechtlichen Ordnung. Anders formuliert: Im Bereich unüblicher Einwirkungen und Verhaltensweisen besteht kein vollständiger Gleichlauf zwischen dem vertragsgemäßen Gebrauch und dem Anspruch auf Beseitigung seiner Folgen im Wege der Instandhaltung. Weiter kann differenziert werden zwischen mittelbaren Einwirkungen im Sinne von Nebenfolgen des Wohnens (Rauchablagerungen) und direkten Veränderungen (Anstrich).

2. Beeinträchtigung Dritter

Nicht verkannt werden darf weiterhin, dass Mitmieter auf das ihnen grundsätzlich zustehende Recht verweisen können, ihrerseits über einen Rückzugsraum zu verfügen, in dem sie nicht dem Passivrauch ausgesetzt sind. Trägt damit aber der Vermieter ausnahmslos das sich in Form einer Minderung der Mitmieter realisierende „Raucherrisiko“, so wie ihn auch das „Baulärmrisiko“¹⁵⁰ treffen kann? Und sind deshalb die gestörten Mitmieter auf den Grundsatz „dulde und mindere“ zu verweisen?

Ausgewogen erscheint dieses Ergebnis nicht. Wenn es in den Risikobereich des Vermieters fällt, dass sich die Beurteilung des Gefährdungspotenzials der Mietsache ändert¹⁵¹, kann der Mieter nicht verlangen, die Zulässigkeit seines Verhaltens unter Ausblendung geänderter Anschauungen (im Sinne

¹⁴⁸Für einen Unterlassungsanspruch bei drohenden Substanzschäden *Schläger* ZMR 2008, 524, 527 (mit dem weiteren Vorschlag, dem Vermieter einen Vorschussanspruch zuzubilligen); s. auch *Bub/Bernhard* FD-MietR 2008, 255347.

¹⁴⁹*Schläger* ZMR 2008, 524, 526 f.

¹⁵⁰Nach BayObLG NJW 1987, 1950 ff. muss der Vermieter bei Lärmstörungen vom Nachbargrundstück im äußersten Fall eine Minderung ohne Ausgleichsanspruch gem. § 906 Abs. 2 S. 2 BGB hinnehmen.

¹⁵¹OLG Hamm, Urt. v. 13.02.2002 – 30 U 20/01, juris; s. auch BVerfG NZM 1999, 302, 303 f.

der mietrechtlichen Ordnung) zu bewerten.¹⁵² Sollten etwa – um ein überspitztes Beispiel zu bemühen – zukünftige wissenschaftliche Studien belegen, dass die Haltung von Zierfischen eine dauerhafte, das Leben von Mit- und Nachmietern unmittelbar gefährdende Kontamination einer Wohnung nach sich zieht, stünde jedenfalls für Verträge ohne „Zierfischprivileg“ außer Frage, dass eine derartige Haltung nicht mehr zum vertragsgemäßen Gebrauch zählt: Die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung und die Wertigkeit des bedrohten Rechtsguts würden eine Begrenzung der Gebrauchsbefugnisse gebieten. Ferner ist nicht zu rechtfertigen, weshalb der rauchende Wohnungseigentümer im Einzelfall zur Rücksichtnahme verpflichtet sein kann, der Mieter aber unter keinen Umständen einen Regress oder Unterlassungsanspruch nach der Minderung eines Mitmieters besorgen müsste, zumal Rauch grundsätzlich Gegenstand eines Anspruchs wegen Störung des Besitzes sein kann.¹⁵³

Die Frage kann also nur sein, unter welchen Voraussetzungen Rauch, der andere Mieter stört, eine Minderung und zugleich einen Regress rechtfertigen kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass derjenige, der eine Stadtwohnung in einem Mehrfamilienhaus bezieht, eher Lebensäußerungen anderer Personen (z. B. Verkehrslärm¹⁵⁴ oder Kochgerüche¹⁵⁵) hinnehmen muss als der Bewohner eines freistehenden Landsitzes. Im Übrigen billigt der Gesetzgeber weiterhin bestimmte Gefahren des Passivrauchens. So wird sich ein Nichtraucher etwa in der Öffentlichkeit dem Tabakrauch ebenso wenig wie schädlichen Fahrzeugabgasen vollständig entziehen können. Daher kann auch das Wahrnehmen von Zigarettengeruch beim Vorbeigehen an einer fremden Wohnungstür weder einen Abwehranspruch¹⁵⁶ noch eine Minderung rechtfertigen. Entsprechendes gilt, wenn über Fenster Rauchpartikel eintreten, weil der Raucher auf dem Balkon in gewissen Zeitabständen raucht, und zwar auch dann, wenn die Wohnung des rauchenden Mieters über zwei Balkone verfügt. Das Vorhandensein einer Ausweichgelegenheit (anderer Balkon) oder Abwehrmöglichkeit (Schließen der Fenster oder Verlassen des eigenen Balkons) ist kein ausschließlich einseitig zu berücksichtigender Aspekt.¹⁵⁷ Eine Grenze ist aber auch unter Beachtung der gegenwärtigen gesetzlichen Risikobeurteilung dort erreicht, wo durch das Rauchen (etwa auf dem Balkon oder am Fenster) anderen Mietern faktisch die Möglichkeit genommen wird, einen Nichtraucherhaushalt zu führen, weil bei nahezu jeder Fenster- oder Türöffnung erhebliche Mengen an Rauch in die Wohnung ziehen. Dies wird nur sehr selten der Fall sein (und bei Störungen durch Entlüftung einer Raucherwohnung kaum in Betracht kommen). Wenn dafür aber ein rauchender Mieter verantwortlich ist, so verhält er sich vertragswidrig, weil er die andere Wohnung in einen Zustand versetzt, der mit der mietrechtlichen Ordnung bzw. dem typischen Interesse anderer Mieter unvereinbar ist. Es mag an dieser Stelle befremdlich erscheinen, einen Mieter darauf in Anspruch zu nehmen, nur noch in zumutbarem Umfang zu rauchen.¹⁵⁸ Indessen kann der Umstand, dass es sich bei Störungen durch tatsächlich unbeherrschbaren Rauch um eine auch rechtlich schwer greifbare Situation handelt, nicht dazu führen, dass man – in Ermangelung gesetzlicher Grenzwerte – keinerlei Grenze mehr zieht. Man muss lediglich Vorsicht walten lassen, um die Nichtraucherchutzgesetze nicht über ihren Wortlaut hinaus auf den privaten Bereich auszudehnen. Vorgeschlagen wird nach alledem, sich an der Dauer eines Lüftungsvorgangs des gestörten Mitmieters inklusive eines „Sicherheitszuschlags“ zu orientieren. So könnte im Fall gravierender Beeinträchtigungen etwa beantragt werden, *es zu*

¹⁵²Auch BGH NZM 2011, 727, 728 hat den Erlass eines gesetzlichen Rauchverbots für Gaststätten dem Risikobereich des Pächters bzw. Mieters zugeordnet. Ferner ist zu beachten, dass sich der Mieter in Fällen der Mietermehrheit selbst innerhalb der Wohnung Beschränkungen nach §§ 741 ff. BGB ausgesetzt sehen kann. Auch hinsichtlich gemeinschaftlich genutzter Räume greifen diese Regelungen im Grundsatz, vgl. BGH NJW 1974, 1189 f.

¹⁵³Vgl. OLG München, Beschl. v. 27.03.2012 – 32 U 4434/11, juris, wonach aber eine Wesentlichkeitsschwelle überschritten sein muss. Ein Anspruch des Mitmieters aus § 1004 Abs. 1 BGB i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB und landesrechtlichen Nichtraucherchutzgesetzen wurde abgelehnt mit der Begründung, dass der Mitmieter die Flächen, auf denen verbotswidrig geraucht werde, nicht betreten müsse. Insofern fehle es am Zurechnungszusammenhang.

¹⁵⁴Vgl. BGH NZM 2013, 680, 681; s. auch BGH NZM 2012, 381.

¹⁵⁵Vgl. LG Essen, Urt. v. 23.09.1999 – 10 S 491/98, juris.

¹⁵⁶S. aber AG Erfurt BeckRS 2013, 16490, das „provozierendes Anrauchen“ als Körperverletzung qualifiziert; krit. *Jahn* JuS 2014, 176, 177.

¹⁵⁷Anders – offenbar aber mit Blick auf die Besonderheiten des Einzelfalls (§ 226 BGB) – AG Frankfurt, Urt. v. 02.10.2013 – 33 C 1922/13 mit krit. Anm. *Hogenschurz* IMR 2014, 79.

¹⁵⁸So *Paschke* NZM 2008, 265, 268.

unterlassen, in geringeren Zeitabständen als 30 Minuten auf dem Balkon zu rauchen und dadurch Belästigungen der gestörten Mieter durch Raucheintritt in die Wohnung zu verursachen. Unter Umständen muss dann im Vollstreckungsverfahren geklärt werden, inwieweit dem – noch hinreichend bestimmten¹⁵⁹ – Gebot zuwidergehandelt worden ist.

3. Gestaltungsmöglichkeiten

Ein generelles Rauchverbot ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB unwirksam. Auch ein Zustimmungsvorbehalt hält einer Inhaltskontrolle nicht stand.¹⁶⁰ In Betracht kommen weiterhin Mengengrenzungen, die sich an der Menge orientieren, die möglicherweise zu Schäden führen kann, die nicht mehr durch Schönheitsreparaturen beseitigt werden können (*„Es ist untersagt, mehr als 120 Zigaretten pro Woche in der Wohnung zu rauchen.“*). Indessen würde die vorgenannte Klausel auch den Fall erfassen, dass einmalig – etwa aufgrund einer Feierlichkeit – mehr als die genannte Menge in der Wohnung geraucht wird. Eine Regelvorgabe (*„Es ist untersagt, regelmäßig mehr als 120 Zigaretten pro Woche in der Wohnung zu rauchen.“*) dürfte mit dem Umstand nicht zu vereinbaren sein, dass die Folgen des Rauchens insbesondere vom Lüftungsverhalten, den Luftströmungsverhältnissen und dem Ort des Zigarettenrauchens (am Fenster?) abhängen, während der Mieter verpflichtet wäre, für sich und etwaige Besucher gleichsam eine Statistik zu führen. Soweit man ein generelles Rauchverbot in einer Wohnungseigentumsanlage kraft Vereinbarung (§ 15 Abs. 1 WEG) für zulässig hält¹⁶¹, kann dieses mietvertraglich nicht mittels negativer Beschaffenheitsvereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgegriffen werden. Hier liegt eine Vertragszweckgefährdung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB vor. Entsprechendes gilt bei der Weiterleitung anderer Beschränkungen (nicht völlig undenkbar: Grunddienstbarkeit¹⁶²) durch Allgemeine Geschäftsbedingungen. Gestaltungsspielraum bleibt insoweit nur, wenn man nach den unter IV. 3. aufgezeigten Grundsätzen besondere Wohnformen (*„Nichtraucherhaus“*) anerkennt.

In Betracht kommen weiterhin Verhaltensvorgaben zu Lasten des Rauchers. Starre Regelungen (*„Es darf nur am Fenster geraucht werden.“*; *„Es darf nur im Wohnzimmer geraucht werden.“*) dürften unzulässig sein. Regelungsbedarf könnte aber im Bereich der Balkonnutzung und des Lüftungsverhaltens bestehen, wenn Rauchpartikel in die höher gelegene Wohnung des Nichtrauchers gelangen. In Erwägung zu ziehen ist hier – in Anlehnung an die Anträge in einem aktuellen Rechtsstreit¹⁶³ – eine Bestimmung, die Rauchern die Pflicht auferlegt, nach Eintritt und Anzeige einer gravierenden Gefährdung oder Belästigung von Mietern einer höher gelegenen Wohnung in bestimmten Zeiträumen einzelne Fenster nicht zum Zwecke des Lüftens zu benutzen. Die Klausel müsste indessen deutlich machen, dass sie nur für absolute (kaum denkbare) Ausnahmefälle Geltung beanspruchen kann. Vorformulierte Zeitvorgaben werden außerdem mit individuellen Lebensbedürfnissen kollidieren und ggf. bereits zur Störungsabwehr ungeeignet sein, namentlich dann, wenn sie Zeiten beinhalten, in denen die Nutzungseinschränkung zu Lasten des Rauchers für den Nichtraucher ohne Wert ist. Entsprechendes gilt für starre *„Rauchzeiten“* auf dem Balkon¹⁶⁴ oder strikte *„Balkonmaximalmengen“*. Man ist also versucht, zu kapitulieren. Die Betonung individueller Belange im Rahmen der §§ 305 ff. BGB verstellt indessen leicht den Blick darauf, dass auch einem Gericht in Fällen eines (wie auch immer zu bestimmenden) Raucherexzesses keine anderen Mittel zur Verfügung stehen werden als Zeit- oder Mengengebote, die sich im Vollstreckungsverfahren ebenfalls nicht ausnahmslos als ein Musterbeispiel an Transparenz und inhaltlicher Ausgewogenheit erweisen werden. Vertragliche *„rauchfreie Zeiten“* werden eher als Mengengrenzungen geeignet sein, die Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, da es gerade für strikte Nichtraucher

¹⁵⁹Vgl. BGH NJW 1958, 1776.

¹⁶⁰Paschke NZM 2008, 265, 268.

¹⁶¹So Hügel ZWE 2010, 18 ff.; zur Wirkung gegenüber Rechtsnachfolgern s. § 10 Abs. 3 WEG.

¹⁶²Vgl. den NID-Leitfaden-Wohnen 2012 V1 auf www.nichtraucherschutz.de, abgerufen am 23.03.2014.

¹⁶³Vgl. AG Rathenow BeckRS 2013, 19151.

¹⁶⁴Vgl. wiederum AG Rathenow BeckRS 2013, 19151; ähnlich auch der Vorschlag im NID-Leitfaden-Wohnen 2012 V1 auf www.nichtraucherschutz.de, abgerufen am 23.03.2014.

einen Unterschied machen kann, ob ein Raucherehepaar dreimal in der Stunde gemeinsam raucht oder sich ständig abwechselt. Zu rechtfertigen ist nach alledem eine Klausel, die für den seltenen (Ausnahme-)Fall, dass durch starkes Rauchen relevante, weil gravierende Belästigungen oder Gefährdungen verursacht worden sind, der rauchende Mieter auf Anzeige verpflichtet ist, binnen einer angemessenen (Not-)Frist für verschiedene Tagesabschnitte (morgens, mittags, abends) Zeiträume jeweils von 60 Minuten anzugeben, in denen auf dem Balkon nicht geraucht wird. Unterlässt er schuldhaft eine Bestimmung binnen der Frist, kann der Vermieter (ggf. nach Anhörung der gestörten Mieter) selbst Zeiträume festsetzen. Ausnahmen wären von der Regelung gelegentliche besondere Ereignisse (z. B. Geburtstagsfeier). Diese Klausel bezöge sich auf eine gesteigerte Gefahrenlage im Sinne der mietrechtlichen Sicherheit oder Ordnung. Sie wäre zugegebenermaßen kein Musterbeispiel an Transparenz. Wiederum gilt aber: Es ist ein Wesenselement des Rauchs, dass er kaum beherrschbar ist. Dies muss Bedeutung für die Rechtsfindung haben; insbesondere ist zu akzeptieren, dass das relevante Maß der Beeinträchtigung Dritter nicht exakt (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) zu beschreiben ist.

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob sich der Vermieter durch negative Beschaffenheitsvereinbarungen in gewissem Umfang absichern kann, in dem etwa die Möglichkeit beschrieben wird, dass Belästigungen und Beeinträchtigungen durch Rauch auftreten können.¹⁶⁵ Das Hauptproblem dürfte hier wiederum die Transparenz (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) einer entsprechenden Bestimmung sein, an die man indessen aus den aufgezeigten Gründen keine übertriebenen Anforderungen stellen darf. Darüber hinaus ist ein Hinweis auf mögliche Belästigungen und Beeinträchtigungen durch Dritte jedenfalls „unterhalb“ einer (wirksamen) Beschaffenheitsvereinbarung – wie andere offenkundige Umstände – im Rahmen der objektiv zu bestimmenden Mietererwartung (§ 536 BGB) von Bedeutung. Zuletzt könnte vom Raucher eine gesteigerte Rücksichtnahme dort verlangt werden, wo es der vertragsgemäße – schlechte – Zustand des Hauses bedingt, dass Gerüche in gewissem Umfang über Schächte in andere Wohnungen gelangen können. Denkbar wäre – in seltenen Einzelfällen – eine Klausel, die an einen solchen konkreten vertragsgemäßen Zustand (z. B. Lüftungsschacht) und eine gravierende Belästigung bzw. Beeinträchtigung anderer Mieter anknüpft. Nach Eintritt und Anzeige der Störung könnte der Mieter verpflichtet sein, in dem betreffenden Raum (z. B. Bad oder Küche) nicht oder nur noch zu rauchen, wenn es am Fenster geschieht und der Rauch nach draußen abgeleitet wird.

VI. Selbstauskunft

Angesichts der vorstehend aufgezeigten Grenzen der Vertragsgestaltungsfreiheit mag der Vermieter ein Interesse daran haben, wenigstens durch Nachfragen vor Vertragsschluss sicherzustellen, dass sein Mieter weder Raucher ist noch Tiere hält.

1. Selbstauskunft und Anfechtung

Regelmäßig verlangen Vermieter von Mietinteressenten vor dem Abschluss des Mietvertrags eine sog. Selbstauskunft. Bei vorsätzlich-falschen Angaben des Mieters ist nach wohl überwiegender Ansicht (auch nach Gebrauchsüberlassung) eine Anfechtung des Mietvertrags gem. § 123 Abs. 1 BGB möglich mit den in § 142 Abs. 1 BGB bezeichneten Rechtsfolgen.¹⁶⁶ Inwieweit bei (fahrlässigen oder vorsätzlichen) Falschangaben auch die §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB greifen, wird nur selten in den Blick genommen.¹⁶⁷ Gerichtliche Verfahren, die sich mit der

¹⁶⁵Auf diesen Weg verweist *Jahreis* WuM 2013, 28, 29.

¹⁶⁶Vgl. LG München I NZM 2009, 782 f.; *Strey* NZM 2014, 1, 3; *Schmid* WuM 2009, 155; *Emmerich* NZM 1998, 692, 694 f.; *Fischer* NZM 2005, 567, 570 f.; s. für die Gewerberaummieta BGH NZM 2008, 886, 887 f.; KG NZM 2002, 21; s. auch *Stadler* JA 2009, 303, 305 f.; für Wirksamkeit *ex nunc* AG Hamburg NJW-RR 1998, 809; für Vorrang des Kündigungsrechts LG Wuppertal, Urt. v. 17.11.1998 – 16 S 149/98, juris; zur Anfechtung des Mieters wegen fehlender „Kinderfreundlichkeit“ gem. § 119 Abs. 2 BGB LG Essen NZM 2006, 294.

¹⁶⁷S. aber *Hannemann/Wiegner/Bakarino*, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 3. Auflage 2010, Teil A 7. Abschnitt § 17 Rn. 15; *Leroy* NJ 2013, 230, 237.

Anfechtung eines Mietvertrags befassen, betreffen in der Regel die wahrheitswidrige Beantwortung von Fragen zu früheren Miet-¹⁶⁸ oder Vermögensverhältnissen sowie entsprechende Offenbarungspflichten.¹⁶⁹ Dabei wird (wie im Arbeitsrecht¹⁷⁰) geprüft, ob es sich um eine zulässige Frage des Vermieters gehandelt hat. Die Interessen des Vermieters seien abzuwägen mit dem Grundrecht des Mieters auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Der Vermieter habe daher nur insoweit ein Fragerecht, als er ein berechtigtes billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage besitze.¹⁷¹ Aufgegriffen wird dieser Gesichtspunkt in der Sache auch von § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG.¹⁷²

Nach einer Entscheidung des LG Stuttgart begründet gelegentliches Rauchen einer Mieterin und ihrer Gäste weder eine Arglist- noch Irrtumsanfechtung, wenn in der Anzeige ein Nichtraucher gesucht und die Mieterin auf Frage angegeben hat, sie habe mit dem Rauchen aufgehört. Eine Arglistanfechtung wäre nur berechtigt gewesen, wenn zwischen den Mietvertragsparteien vereinbart worden wäre, dass nicht in der Wohnung geraucht wird. Auch sei die Nichtraucher Eigenschaft zumindest im konkreten Fall keine verkehrswesentliche Eigenschaft. Dies könne nur dann der Fall sein, wenn nach der speziellen Vertragsbeziehung das Verbot des Rauchens geboten und persönlich zumutbar sei. Dies gelte jedoch nicht im Rahmen eines Mietverhältnisses bei Anmietung einer abgeschlossenen Wohnung.¹⁷³ Der Entscheidung liegt wohl die Annahme zu Grunde, dass die Frage nach Rauchgewohnheiten zulässig sein kann. Dies entspricht einer verbreiteten Auffassung in der Literatur.¹⁷⁴ Hingegen soll es unzulässig sein, nach dem Rauchverhalten von Besuchern zu fragen.¹⁷⁵ Nach anderer Auffassung wiegt das Recht des Wohnungssuchenden auf informationelle Selbstbestimmung allgemein schwerer als die Interessen des Vermieters. Daher schulde der Mieter keine wahrheitsgemäße Antwort.¹⁷⁶ Die Frage nach der Tierhaltung wird regelmäßig für zulässig gehalten.¹⁷⁷

2. Lösungsvorschlag

Zunächst muss man einräumen, dass kein allgemeines Diskriminierungsverbot zu Gunsten von Rauchern oder Tierhaltern existiert.¹⁷⁸ Darüber hinaus bedarf es schon eines nennenswerten Formulierungsgeschicks, individualvertraglich ein Rauch- oder Tierhaltungsverbot auszuhandeln, ohne ausdrücklich oder stillschweigend die Frage, ob man Nichtraucher sei oder ein Tier halte, zu stellen. Dem steht wiederum entgegen, dass sich die Frage, ob man Raucher sei, bereits auf der Auslegungsebene nur auf die aktuellen Gewohnheiten und die innere Absicht, Nichtraucher zu bleiben, beziehen kann.¹⁷⁹ Vor diesem Hintergrund erscheint das entsprechende Auskunftsinteresse des Vermieters von eher geringem Gewicht. Schließlich ist es nicht zu begründen, dass ein Mieter eines freistehenden Einfamilienhauses, der regelmäßig etwa fünf Zigaretten am Tag, aber nahezu ausschließlich auf der Terrasse, Straße oder während seiner Dienststunden raucht, eine Arglistanfechtung mit einer sofortigen Herausgabeverpflichtung besorgen muss, wenn er in der

¹⁶⁸Vgl. AG Kaufbeuren NZM 2013, 577, 578 („Wurde Ihnen gekündigt?“).

¹⁶⁹LG Bonn WuM 2006, 24 f.; LG Gießen NZM 2002, 944; AG Saarlouis NZM 2000, 459.

¹⁷⁰BAG NJW 1991, 2723 f.

¹⁷¹AG Kaufbeuren NZM 2013, 577, 578; *Streyll* NZM 2014, 1, 3; *Manger* GE 2006, 488, 489; *Fischer* NZM 2005, 567, 573 f.; *Leroy* NJ 2013, 230, 233; s. auch BVerfG NJW 1991, 2411 f. (zur Offenbarungspflicht); weitgehend demgegenüber LG Landau WuM 1986, 133 (Vermietung nur an Eheleute).

¹⁷²Hierzu NK/*Simitis*, BDSG, 7. Auflage 2011, § 28 Rn. 70 (striktter Bezug zum Mietverhältnis erforderlich).

¹⁷³LG Stuttgart NJW-RR 1992, 1360 f.

¹⁷⁴*Harsch* WuM 2009, 76, 77; so (vorsichtig) auch *Emmerich* NZM 1998, 692, 696, *Reismann* WuM 2007, 361, 362 (bei Angebot als „Nichtraucherwohnung“); vgl. ferner LG Bonn BeckRS 2008, 09729.

¹⁷⁵*Harsch* WuM 2009, 76, 77.

¹⁷⁶*Börstinghaus/Pielsticker* WuM 2012, 480, 485.

¹⁷⁷Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 11. Auflage 2013, § 543 Rn. 204; *Manger* GE 2006, 488, 490; *Weichert* WuM 1993, 723, 725.

¹⁷⁸*Derleder* NJW 2007, 812, 814.

¹⁷⁹Vgl. *Derleder* NJW 2007, 812, 814, der zutreffend darauf verweist, dass der Vermieter auch nicht den Einzug eines rauchenden Ehegatten unterbinden könne.

Selbstauskunft auf die Frage, ob er Raucher sei, mit „Nein“ geantwortet hat. Sein Verhalten wäre keinesfalls geeignet, eine Kündigung zu rechtfertigen. Warum soll er dann kraft einer Anfechtung rückwirkend rechtsgrundloser Besitzer sein?

a) Einfluss des Kündigungsrechts und § 242 BGB?

Es kommt in Betracht, dem Vermieter zwar ein Fragerecht zuzubilligen, da Angaben zu dem Tabakgenuss nicht die Intimsphäre berühren, den Verlust des Besitzrechts aber von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB abhängig zu machen.¹⁸⁰ Dieser Ansatz hätte indessen die dogmatisch befremdliche Konsequenz, dass der arglistig Täuschende in den Genuss des sozialen Mietrechts kommt¹⁸¹, weil sein Verhalten nicht arglistig genug war. Möglich ist weiterhin der Verweis auf Treu und Glauben, wonach eine Anfechtung wegen Arglist ausgeschlossen sein kann, wenn die Rechtslage des Getäuschten durch die arglistige Täuschung nicht oder nicht mehr beeinträchtigt ist.¹⁸² Schwächen hat aber auch diese Lösung, da sich die Umstände während eines laufenden Mietverhältnisses durchaus (mehrfach) verändern können.

b) Zulässigkeit der Frage nach dem Rauchen

Primär muss die Lösung mithin auf der Ebene des Tatbestands der Anfechtung gesucht werden. Auch wenn das Auskunftsrecht des Vermieters nicht ausnahmslos auf solche Fälle begrenzt werden kann, in denen die Erfüllung der Hauptleistungspflicht des Mieters gefährdet ist, muss bereits vorvertraglich der Gefahr begegnet werden, dass unzulässige Allgemeine Geschäftsbedingungen faktisch über das Mittel der Selbstauskunft und das Anfechtungsrecht durchgesetzt werden. Gemessen daran sind nur solche Fragen zulässig, die an die ernsthafte Möglichkeit eines vertragswidrigen Gebrauchs anknüpfen und nicht die Intimsphäre berühren.¹⁸³ Das wird nur der Fall sein können, wenn die Person starker Raucher ist und zudem überwiegend in der Wohnung raucht. Hier mag man einwenden, dass jede Abgrenzung letztlich willkürlich erscheint. Aber ist dies nicht häufig der Fall, wie etwa bei zulässigen Höchstbeträgen in Kleinreparaturklauseln? Man muss sich mit Näherungswerten behelfen, die den Vermieter in die Lage versetzen, das Mietverhältnis vor Eintritt eines Schadens zu beenden, wenn sich etwa nachträglich herausstellt, dass der Mieter stark raucht und bereits in seiner zuvor bewohnten Wohnung für einen Raucherexzess verantwortlich ist. Vor diesem Hintergrund dürfte die folgende Frage zulässig sein:

Werden in der von Ihnen genutzten Wohnung üblicherweise ca. 30 oder mehr Zigaretten pro Tag geraucht?

c) Zulässigkeit der Frage nach der Tierhaltung

Hält man den formularvertraglichen Erlaubnisvorbehalt für die Haltung von Hunden und Katzen für zulässig, kann eine Frage, die darauf abzielt, zu klären, ob in die „Erlaubnisprüfung“ einzusteigen ist, an sich nicht unzulässig sein. Anderes gilt für die pauschale Frage nach Tieren, da sie sich auch auf solche Tiere bezieht, deren Vorhandensein nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen einen Einfluss auf die Mietsache haben kann. Riskiert aber der Mieter, der die Frage, wie viele Hunde und Katzen gehalten werden, wahrheitswidrig mit „keine“ beantwortet hat, die Anfechtung, auch wenn seine Hauskatze nicht stört? Im Verfahren wird man hier bei dem Beweis der Kausalität der

¹⁸⁰Vgl. LG Wuppertal, Urt. v. 17.11.1998 – 16 S 149/98, juris; dieser Lösungsweg läuft allerdings in der Sache häufig auf eine Abkehr von dem Grundsatz hinaus, dass eine Anfechtung keinen Schaden voraussetzt, vgl. BGH BeckRS 1973, 31123496; LG München I NZM 2009, 782 f.

¹⁸¹Schmid WuM 2009, 155; Emmerich NZM 1998, 692, 694 f.; s. auch Leroy NJ 2013, 230, 236.

¹⁸²BGH NJW 2000, 2894; für das Mietrecht etwa LG Wuppertal WuM 2004, 399.

¹⁸³Denkbar ist auch eine normative Bestimmung der Kausalität der Täuschung (anders allerdings BGH NJW 1967, 1222, 1223), etwa unter Rückgriff auf diejenigen Voraussetzungen, unter denen nach teilweise vertretener Auffassung eine tatsächliche Vermutung für die tatsächliche Willensbeeinflussung spricht, vgl. BGH NJW 1958, 177 (einschränkend aber BGH NJW 1996, 1051).

Täuschung ansetzen. Das Beweisrecht darf aber nicht dazu dienen, materiell-rechtliche Unklarheiten zu überwinden. Denkbar erscheint die Verengung der Frage unter Hinzuziehung weiterer Gesichtspunkte („*Halten Sie ein Haustier, das kein ungefährliches Kleintier ist und zu Störungen oder Beeinträchtigungen anderer geführt hat oder führen kann?*“), wobei Letztere allerdings recht vage sind und den Vorsatznachweis erschweren. Geht man diesen Schritt nicht, kann man nach § 242 BGB bemühen, wenn der Mieter den Beweis erbringt, dass die Tierhaltung vertragsgemäß ist. Aber hier wird der Vermieter geltend machen, er hätte im Fall der Kenntnis wenigstens eine höhere Miete verlangt.¹⁸⁴

VII. Zusammenfassung

Das Ergebnis ist ernüchternd. Es kommt tatsächlich weitgehend auf den Einzelfall an, was aber auch konsequent ist, wenn sich das Gebrauchsrecht des Mieters nach den Grundsätzen der mietrechtlichen Sicherheit und Ordnung bestimmt. Zu beachten ist dabei der ergänzende Gesichtspunkt des befristeten Schutzes der Individualität: Auch unübliche Verhaltensweisen und Einwirkungen des Mieters können zulässig sein, namentlich dann, wenn sich ihre Auswirkungen auf die Wohnung beschränken und / oder keine endgültigen oder unzumutbaren Nachteile für den Vermieter verursachen. Dies kann bedeuten, dass kein Gleichlauf zwischen dem Bereich vertragsgemäßer Handlungen einerseits und dem Anspruch auf Beseitigung seiner Folgen im Wege der Instandhaltung andererseits besteht. Weiterhin ist zu differenzieren zwischen mittelbaren Nebenfolgen des Wohnens und direkten Einwirkungen.

Die Zulässigkeit der Tierhaltung hängt im Kern von einer Gefahrenprognose ab, die sich an den Grundsätzen der mietrechtlichen Sicherheit und Ordnung zu orientieren hat. Im Anwendungsbereich des WEG ist in Grenzen formularvertraglich Raum für negative Beschaffenheitsvereinbarungen und Hundehaltungsverbote, wenn sich der vermietende Wohnungseigentümer in einer (für die Vermietung von Wohnungseigentum typischen) Pflichtenkollision befindet. Ein Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung zum Zwecke der Angleichung beider Rechtsgebiete ist gleichwohl zu bejahen. Weiterhin lässt das bisherige Verständnis der §§ 305 ff. BGB wenig Raum für besondere Wohnformen („*hundefreies Wohnen*“).

Das Rauchen in der Wohnung zählt zum vertragsgemäßen Gebrauch. Nur in Ausnahmefällen liegt vertragswidriges Verhalten vor. Trifft den Vermieter die Renovierungslast, kann der rauchende Mieter im Fall einer unüblichen Verkürzung der Renovierungsfristen keinen vorzeitigen Renovierungsbedarf geltend machen. Rauch rechtfertigt nur selten eine Minderung; eine solche kann dann allerdings Grundlage für Regress- und Unterlassungsansprüche des Vermieters sein. Die Mitmieter sind also nicht auf den Grundsatz „dulde und mindere“ zu verweisen. In sehr engen Grenzen ist formularvertraglich Raum für rauchfreie Balkonnutzungszeiten.

Das Mittel der Selbstauskunft darf nicht dazu gebraucht werden, unzulässige Allgemeine Geschäftsbedingungen faktisch doch durchzusetzen. Die uneingeschränkte Frage, ob der Mieter Raucher ist, ist unzulässig. Gleiches gilt für die uneingeschränkte Frage nach der Tierhaltung.

¹⁸⁴Vgl. BGH NZM 2008, 886, 888, wonach sich die Täuschung zu Lasten des Mieters weiter auswirkt, wenn davon ausgegangen werden kann, dass bei Kenntnis des Sachverhalts ein niedrigerer Mietzins vereinbart worden wäre.