

Rauchen in der Mietwohnung

von Dr. Olaf Riecke, Hamburg

Begriff des Rauchens; Rauchertypen	2
Vorbemerkung.....	2
A. Vermietetes Wohnungseigentum (ETW)	3
1. Rauchverbot	4
1.1 durch Vereinbarung im Sinne des § 10 Abs.2, 3 i.V.m. § 15 Abs.1 WEG.....	4
1.2 durch einfachen Mehrheitsbeschluss	4
1.3 verfassungsrechtliche Grenzen/Bedenken?.....	5
1.4 zivilrechtliche Schranken	5
2. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche	6
2.1 Aktivlegitimation	6
2.2 Prozessstandschaft des Verbandes/»Gemeinschaft der Wohnungseigentümer«	7
2.3 Passivlegitimation.....	7
2.4 Anspruchsgrundlagen.....	9
2.5 gerichtliche Durchsetzung und Vollstreckung.....	10
3. Überblick über die Rechtsprechung zum WEG-Recht.....	11
3.1 in der Sondereigentumseinheit „Wohnung“.....	11
3.2 Treppenhaus.....	11
3.3 Gemeinschaftsräume	11
3.4 Balkon	12
3.5 Fazit zum WEG-Recht	12
B. (normale) Mietwohnung	13
1. Rauchverbot	13
1.1 durch Formular-Vereinbarung im Mietvertrag	13
1.2 durch Individual-Vereinbarung im Mietvertrag	14
1.3 durch Nachtragsvereinbarung.....	15
2. Unterlassungsansprüche; Anspruchsgrundlagen	16
3. Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche; Anspruchsgrundlagen	16
4. Vertragsanfechtung; Kündigung.....	17
5. Überblick über die Rechtsprechung zum Mietrecht	17
5.1 in der Wohnung.....	17
5.2 (auch) im Treppenhaus bzw. Hausflur.....	20
5.3 Balkon	20
5.4 Minderungssachverhalte.....	23
5.5 Fazit zum Mietrecht:	23

Begriff des Rauchens; Rauchertypen

Unter "Rauchen" versteht man im allgemeinen und wissenschaftlichen Sprachgebrauch das Einatmen des Rauchs, der bei dem Verbrennungsvorgang (Pyrolyse) von Tabakwaren entsteht¹. Es muss also zu einem Verbrennungsvorgang kommen und die zu verdampfenden Stoffe müssen Tabakwaren im Rechtssinne sein. § 3 Abs. 1 des Vorläufigen Tabakgesetzes (VTabakG) definiert Tabakerzeugnisse im Sinne des Gesetzes als aus Rohtabak oder unter Verwendung von Rohtabak hergestellte Erzeugnisse, die zum Rauchen, Kauen oder anderweitigen oralen Gebrauch oder zum Schnupfen bestimmt sind. Dem stehen nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG den Tabakerzeugnissen ähnliche Waren gleich, wenn sie ebenfalls die vorgenannte Zweckbestimmung haben. Das dem VTabakG zugrunde liegende Gemeinschaftsrecht definiert die Tabakerzeugnisse in Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 89/622/EWG vom 2. 12.1989² in vergleichbarer Weise als "Erzeugnisse, die zum Rauchen, Schnupfen, Lutschen oder Kauen bestimmt sind, sofern sie ganz oder teilweise aus Tabak bestehen".

Auch durch die - bis zum 20. Mai 2016 umzusetzende - Richtlinie 2014/40/EU (Tabakrichtlinie)³ wird dieses Begriffsverständnis bekräftigt. Sie regelt in Art. 2 Nr. 8, dass unter den Begriff "Tabak zum oralen Gebrauch" alle Produkte fallen, die ganz oder teilweise aus Tabak bestehen und die in Pulver- oder Granulatform oder in einer Kombination aus beiden Formen, insbesondere in Portionsbeuteln oder porösen Beuteln, angeboten werden - mit Ausnahme von Erzeugnissen, die zum Inhalieren oder Kauen bestimmt sind. Schließlich nimmt die Tabakrichtlinie in ihrem Anwendungsbereich (Art. 1) eine Unterscheidung zwischen Tabak-Produkten, Tabak für den oralen Gebrauch, neuen Tabak-Produkten und Elektronischen Zigaretten vor. Dabei werden Elektronische Zigaretten - in Abgrenzung zu "Tabak" und "Tabak-Produkten" - in Art. 2 Abs. 16 als Produkte definiert, die zur Aufnahme von nikotinhaltigem Dampf mittels eines Mundstücks genutzt werden können. Für diese gelten ausweislich des Art. 20 der Tabakrichtlinie eigenständige Regelungen für den Marktzugang.

Tabakrauch enthält ca. 4800 Stoffe, von denen 70 nachgewiesenermaßen krebserregend sind oder im Verdacht stehen, krebserregend zu sein. Dazu zählen insbesondere polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe, N- Nitrosamine, aromatische Amine, Benzol, Vinylchlorid, Arsen, Cadmium, Chrom, das radioaktive Isotop Polonium 210 sowie Blausäure, Acetonitril, Ammoniak und Kohlenmonoxid. Diese im Tabakrauch enthaltenen Kanzerogene sind bereits in kleinsten Dosen gesundheitsgefährdend. Zwar sinkt bei abnehmender Dosis das Risiko proportional, eine irreversible Schädigung der DNA kann jedoch auch bei der Aufnahme geringster Mengen nicht ausgeschlossen werden. Eine Vielzahl dieser Stoffe entsteht erst durch die Verbrennung des Tabaks. Sie gelangen über den Nebenstromrauch, der beim Verglimmen der Zigarette zwischen den Zügen entsteht, sowie aus den vom Raucher wieder ausgeatmeten Bestandteilen des Hauptstromrauchs in die Raumluft und werden passiv über die Atemluft durch den Menschen aufgenommen.

Nach Stapel⁴ sollte zwischen „Gelegenheits-, Mäßig- und Starkraucher“ (= Kampfraucher) unterschieden werden.

Vorbemerkung

¹ vgl. OVG NRW (Münster), Urteil vom 17. 9. 2013, 13 A 1100/12; Kasper/Krüger/Stollmann, MedR 2012, 495, 500; Müller, PharmR 2012, 137, 140 m. w. N.

² ABl. L-359 S. 1.

³ ABl. L-127, S. 1.

⁴ Stapel NZM 2000, 598; vgl. auch Börstinghaus/Pielsticker, WuM 2012, 480, 482.

Durch die in Gastronomiebetrieben und öffentlichen Gebäuden sowie Bahnhöfen nahezu inzwischen flächendeckend bestehenden Rauchverbote⁵, droht die Wohnung zum einzigen Refugium des Rauchers zu werden.⁶

Rauchen ist schließlich nicht generell verboten, war aber erst jüngst Gegenstand eines Verfahrens vor dem BVerfG⁷.

Laut BSG⁸ darf sich ein Rentenversicherter nicht folgenlos weigern, den Job als Zigarettenautomatenauffüller auszuüben. Es handelt es sich um eine legale Tätigkeit, die weder gegen ein Gesetz noch gegen die guten Sitten verstößt. Aus dem Verfassungsrecht lässt sich ein Verbot oder eine Verpflichtung des Gesetzgebers hierzu ebenfalls nicht ableiten. Auch die Schutzpflicht gegenüber Nichtrauchern gebietet kein gesetzliches allgemeines Rauchverbot, um diese vor den Gesundheitsgefahren des Passivrauchens zu bewahren⁹. Trotz der zum Schutz der Nichtraucher inzwischen eingeführten verbreiteten Rauchverbote in der Öffentlichkeit sind der Tabakkonsum und der damit verbundene Tabakhandel selbst nicht gesetzeswidrig.

Selbst bei Hotels wird heute nicht nur gerne ein Nichtraucherzimmer gebucht, oft wird auch ein solcher Raum in einem Nichtraucherhotel nachgefragt. Die bekannteren online-Portale weisen solche Quartiere aufs Stichwort „Nichtraucherhotel plus Städtename“ sofort nach.

Da nach derzeitigem wissenschaftlichen Kenntnisstand sich nicht feststellen lässt, dass vom Gebrauch einer E-Zigarette vergleichbare Gefahren für Dritte wie beim sog. Passivrauchen herkömmlicher Zigaretten entstehen¹⁰, fällt dieses Rauchen derzeit nicht unter vertragliche Rauchverbote. Eine Einbeziehung der E-Zigarette in bestehende Rauchverbote kommt nur unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenvorsorge in Betracht. Dies bedarf einer ausdrücklichen Klarstellung im Verbotstext und um wirksam zu sein einer abweichenden Risikoabschätzung.

Strafrechtlich ist umstritten, ob das „Anrauchen“ z.B. in einer Diskothek einen notwehrfähigen Angriff darstellt¹¹.

Im Rahmen der Betrachtung ist zwischen vermietetem Wohnungseigentum (A.) und (normalen) Mietwohnungen (B.) zu unterscheiden. Diese Differenzierung ist zwingend geboten¹², weil im WEG-Recht mit ganz anderen Parametern gearbeitet wird.

A. Vermietetes Wohnungseigentum (ETW)

⁵ Vgl. das seit 1.9.2009 geltende BundesNichtSchG; BGBl I, 2007, S. 1595; Emmerich in Staudinger, 2014, § 536 Rn. 22 m.w.N..

⁶ Paschke NZM 2008, 265; Artz PiG Band 85, S. 229; Derleder NJW 2007, 812, 814.

⁷ BVerfG, Kammerbeschluss vom 28.10.2012, 2 BvR 737/11, NJW 2013, 1941 ff.: Wird ein Untersuchungs-Gefangener auf seinem Haftraum ohne seine Zustimmung dem Rauchen eines Mitgefangenen ausgesetzt, so kann ein Grundrechtseingriff von erheblichem Gewicht liegen.

⁸ BSG, Urteil vom 9. 10. 2007, B 5b/8 KN 3/07 R, juris.

⁹ Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. 2. 1998, 1 BvR 2234/97, NJW 1998, 2961.

¹⁰ OVG NRW (Münster), Urteil vom 4.11.2014, 4 A 775/14, ZMR 2015, ; VG Köln, Urteil vom 25.2.2014, 7 K 4612/13, PharmR 2014, 192 -202: Ein nordrhein-westfälischer Gastwirt ist nicht nach § 4 Abs. 2 S. 2 NRSchG NRW verpflichtet, den Konsum von E-Zigaretten in seiner Gaststätte zu verbieten, da der Konsument nicht gegen das Rauchverbot nach § 3 und § 2 Nr. 7 NRSchG NRW verstößt.

¹¹ Bejahend AG Erfurt, Urteil vom 18.9.2013, 910 Js 119571348 Ds, NStZ 2014, 160; verneinend Kretschmer RÜ 11/2014, 710-712.

¹² wie hier Harsch WuM 2009, 78 unter 5.; anders Stapel NZM 2000, 597 und Paschke, die in NZM 2008, 267 zum Wohnraummietverhältnis unter II.1.b) Rechtsprechung der WEG-Senate des BayObLG und des OLG Düsseldorf anführt.

1. Rauchverbot

1.1 durch Vereinbarung im Sinne des § 10 Abs.2, 3 i.V.m. § 15 Abs.1 WEG

Ein totales Rauchverbot kann für die jeweilige Sondereigentumseinheit selbst vereinbart werden¹³.

Einerseits kann eine offene oder bewusst weit gefasste Teilungserklärung die Vermietung einer Eigentumswohnung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste¹⁴ als Teil der zulässigen Wohnnutzung erscheinen lassen; andererseits können auch verzichtbare Rechte Einzelner (zB Rauchen in der Wohnung) als zweckbestimmungswidrig verboten sein.

Eine gegen die Rauchverbote in der Teilungserklärung verstoßende Nutzung wäre nur dann hinnehmbar, wenn die übrigen Wohnungseigentümer nicht über das Maß hinaus beeinträchtigt werden, das bei einer zweckbestimmungsgemäßen Nutzung des Wohnungseigentums typischerweise zu erwarten ist. Bezogen auf das Rauchverbot wäre allenfalls eine Verwendung von e-Zigaretten in geringem Umfang hinzunehmen.

Wenn es dem teilenden Eigentümer nach §§ 8 Abs. 2, 5 Abs. 4 i.V.m. §§ 15 Abs. 1, 10 Abs. 2 WEG sogar freisteht, in der Teilungserklärung eine Gebrauchsregelung vorzugeben, wonach Wohnungen nur im Sinne betreuten Wohnens¹⁵ genutzt werden dürfen, muss dies erst recht für Rauchverbote gelten.

Das Wohnungseigentumsrecht lässt den Wohnungseigentümern weitgehend freie Hand, wie sie ihr Verhältnis untereinander ordnen wollen¹⁶. Eine solche Gebrauchsregelung entfaltet mit Eintragung im Grundbuch Bindungswirkung (§ 10 Abs. 3 WEG) gegenüber sämtlichen Wohnungseigentümern.

1.2 durch einfachen Mehrheitsbeschluss

Im Bereich des (sondernutzungsfreien) Gemeinschaftseigentums genügt für ein Totalverbot sogar ein Beschluss¹⁷; nicht aber für das Sondereigentum selbst¹⁸.

Ein Eigentümerbeschluss mit einem temporären Rauchverbot wäre auch denkbar, und zwar analog zur Rechtsprechung zu Ruhezeiten. Eine solche Entscheidung liegt grundsätzlich innerhalb des im Rahmen des Selbstorganisationsrechts der Wohnungseigentümergeinschaft bestehenden Ermessensspielraums¹⁹. Die Ermessensgrenze für Verbotszeitregelung ist überschritten, wenn der Beschluss entweder ein völliges Rauchverbot im Sondereigentum bedeutet oder eine dem praktisch gleichzusetzende Reglementierung enthält. Denn das Rauchen innerhalb der eigenen Wohnung ist Bestandteil eines sozial üblichen Verhaltens, wenn es der Zweckbestimmung der Teilungserklärung nicht widerspricht.

Maßgebend sind die tatsächlichen Gegebenheiten. Handelt es sich z.B. um eine Anlage mit älteren, pflegebedürftigen Personen (Seniorenwohnanlage), wird ein größeres Maß an Rücksichtnahme seitens der rauchenden Bewohner erwartet, als dies bei Wohnungseigentümergeinschaften mit überwiegend jüngeren Mitgliedern der Fall ist. Weitere zu berücksichtigende Gesichtspunkte sind die baulichen Gegebenheiten²⁰.

¹³ Elzer in Riecke/Schmid WEG, 3. Aufl. 2010, § 10 Rn. 234.

¹⁴ BGH vom 15.1.2010, V ZR 72/09, ZMR 2010, 378.

¹⁵ BGH, Urteil vom 13. 10 2006, V ZR 289/05, ZMR 2007, 284.

¹⁶ BGH, Beschluss vom 24. 2. 1994, V ZB 43/93, ZMR 1994, 271 zur Erwerberhaftung.

¹⁷ Elzer in Riecke/Schmid WEG, 3. Aufl. 2010, § 10 Rn. 234.

¹⁸ So auch Harsch WuM 2009, 78 unter 5.

¹⁹ vgl. dazu Elzer ZMR 2006, 85 ff.

²⁰ BGH, Beschluss vom 10. 9. 1998, V ZB 11/98, ZMR 1999, 41 = BGHZ 139, 288.

1.3 verfassungsrechtliche Grenzen/Bedenken?

Pro Rauchverbot auch im Sondereigentum spricht bereits § 10 Abs.2 Satz 2 WEG. Die Gemeinschaftsordnung (Teilungserklärung im weiteren Sinne) stellt die „Satzung“ der Gemeinschaft dar.²¹ Unschädlich ist, dass diese Satzung meist einseitig vom Bauträger erstellt wird. § 8 Abs.2 WEG fingiert durch seine Verweisung auf § 5 Abs.4 WEG, dass die Bauträgerregelung als Vereinbarung zu gelten hat.²² Mit dem Erwerbsvertrag (meist Werk- oder Kaufvertrag) und nachfolgender Grundbucheintragung wird diese Ordnung auch für den neuen Wohnungseigentümer verbindlich.

Der vertragliche Verzicht auf bestimmte Nutzungsarten wie Rauchen, Musizieren und Tierhaltung ist möglich. Die nach Art. 2 GG grundgesetzlich geschützte Vertragsfreiheit ermöglicht den individuellen Verzicht auf Freiheiten wie das Rauchen²³ im Gebäude schlechthin.

So wie es Nichtraucherzimmer und -Hotels²⁴ gibt, ist es auch möglich, eine Nichtraucher-WEG zu konzipieren.

Die Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG und die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs.1 GG stehen einer Vereinbarung nicht entgegen. Der Schutz des Nichtrauchers setzt sich dann gegen die allgemeine Handlungsfreiheit des Rauchers durch.²⁵

1.4 zivilrechtliche Schranken

Die Gemeinschaftsordnung unterliegt nicht der AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff BGB²⁶. Die Wohnungseigentümer müssen bei Vereinbarungen nicht wie ein Verbraucher vor sich selbst geschützt werden.

Es gelten allein die Schranken der §§ 242, 134, 138 BGB. Ein im Grundbuch eingetragenes Rauchverbot ist für jeden Erwerber erkennbar. Wer ohne Kenntnisnahme hiervon erwirbt, dem kann mit Erfolg die Publizität des Grundbuchs entgegengehalten werden.

Rauchen zählt auch nicht zum unverzichtbaren Kernbereich²⁷ der Nutzung aufgrund eines Wohnungseigentumsrechts.

Wenn der Raucher sich gegen die Verbotsregelung wendet, dann muss er den steigen Weg über § 10 Abs.2 Satz 3 WEG wählen und seine Miteigentümer auf Zustimmung zur Änderung der Gemeinschaftsordnung verklagen. Dessen Voraussetzungen sind zwar gegenüber früherer Rechtsprechung abgemildert, aber immer noch sehr hoch. Greiner²⁸ bezeichnete die Norm schon als „Papiertiger ohne nennenswerten Anwendungsbereich“.

²¹ Schneider in Riecke/Schmid, WEG 4. Aufl. 2015, § 3 Rn. 112 m.w.N.

²² Elzer/Schneider in Riecke/Schmid, WEG 4. Aufl. 2015, § 8 Rn. 46.

²³ vgl. Hügel ZWE 2010, 20 Fn. 26 m.w.N.

²⁴ Vgl. Wietz, WuM 2014, 518 ff unter III. am Ende.

²⁵ Hügel ZWE 2010, 22 unter III.3.

²⁶ Lehmann-Richter in Riecke/Schmid, WEG 4. Aufl. 2015 § 10 Rn. 201 sowie Elzer/Schneider in Riecke/Schmid, WEG 4. Aufl. 2015, § 8 Rn.62.

²⁷ Lehmann-Richter in Riecke/Schmid, WEG 4. Aufl. 2015 § 10 Rn. 192.

²⁸ Greiner ZWE 2012, 410, 417; Greiner, WEG, 3. Aufl. 2014, Rn. 232 ff.; Rn 240 mit Muster für einen Klagantrag.

2. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche

Sie kommen bei Vermietung von Wohnungseigentum - nebst Mitnutzung des Gemeinschaftseigentums - bei zweckbestimmungswidriger Nutzung - auch durch den Mieter - in Betracht.

Der Mieter hat nämlich grds. gegenüber den übrigen Wohnungseigentümern nicht mehr Rechte als der vermietende Wohnungseigentümer selbst (sog. Einheitslösung)²⁹.

Sind ihm mietvertraglich weitere Rechte eingeräumt, stehen ihm nur mietvertragliche Schadensersatzansprüche zu. Die Wohnung ist in solchen Fällen von Anfang an mit einem Rechtsmangel behaftet. Insoweit liegt Teilunmöglichkeit vor.

Der Vermieter ist rechtlich nicht in der Lage, die vertraglich vereinbarte Nutzung des Mietobjektes zu gestatten und durchzusetzen, wenn er z.B. gegenüber seinen Mitwohnungseigentümern zum Einhalten eines vereinbarten (temporären oder totalen) Rauchverbots verpflichtet ist.

Auch mittels bloßen Mehrheitsbeschlusses können die Wohnungseigentümer Beschränkungen der Gebrauchsrechte (z.B. bzgl. Rauchen, rauchfreie Zeiten; Grillen mit Rauchverursachung etc.) an und im Sonder- oder Gemeinschaftseigentum regeln, sofern nicht eine Vereinbarung entgegensteht (§ 15 Abs. 1 und 2 WEG).

Aus der Zweckbestimmung von Räumen als Wohnungseigentum folgt, dass die Räume zum Wohnen bestimmt sind und eine ordnungsmäßige Nutzung diesen Zweck beachten muss³⁰. Kellerräume dürfen z.B. nur als Lager- oder Abstellraum genutzt werden³¹, nicht als „Raucher-Abteil“.

2.1 Aktivlegitimation

Umstritten ist, wer aktivlegitimiert ist, derartige Ansprüche gegen den vermietenden Sondereigentümer oder dessen Mieter geltend zu machen.

Nach Wenzel (ZMR 2006, 245) ist davon auszugehen, dass jeder einzelne Wohnungseigentümer Rechtsinhaber des Anspruchs auf Beseitigung einer Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Eigentums ist. Daran hat die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nichts geändert.

Der 34. Zivilsenat des OLG München vertrat im Beschl. v. 27.07.2005³² die Auffassung, die Abwehr von Störungen betreffe nicht den »Rechtsverkehr des teilrechtsfähigen Verbandes« und bleibe deshalb Angelegenheit der Wohnungseigentümer. Dagegen hat der 32. Zivilsenat mit Beschl. v. 17.11.2005³³ entschieden, die Abwehr von Störungen sei »nicht nur Angelegenheit der

²⁹ vgl. Jacoby ZWE 2012, 70, 73; Bonifacio ZWE 2013, 196; Emmerich in Staudinger, BGB, 2014, § 541 Rn. 1 unter Hinweis auf LG Hamburg, Urteil vom 25.11.2011, 317 S 55/11, ZMR 2012, 354: Eine Mieterin ist an die von den Wohnungseigentümern beschlossene Hausordnung im Verhältnis zu den Wohnungseigentümern gebunden; sie kann ihnen keine abweichenden mietvertraglichen Regelungen entgegenhalten; – ohne jede Einschränkung – Harsch WuM 2009, 78 unter 5.; Westner in Deckert ETW 4/2013, Gruppe 10 Rn. 150; AG München, Urteil vom 24.10.2011, 424 C 12307/11, ZMR 2012, 110 = IMR 2012, 18 (m. Anm. Klimesch): Am Gemeinschaftseigentum kann der Vermieter dem Mieter nur wirksam einen Gebrauch gestatten, soweit die Rechte des Eigentümers selbst reichen..

³⁰ BGH, Urteil vom 15.1.2010, V ZR 72/09, ZMR 2010, 378 ff. = MDR 2010, 499.

³¹ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14.12.2005, 3 W 196/05, ZMR 2006, 316, 317; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.3.1997, 3 Wx 426/95, ZMR 1997, 373, 374.

³² OLG München, Beschluss vom 27.7.2005, 34 Wx 69/05, ZMR 2005, 733 = NZM 2005, 672.

³³ OLG München, Beschluss vom 17.11.2005, 32 Wx 77/05, ZMR 2006, 157 = NZM 2006, 106; vgl. dazu Demharter NZM 2006, 81.

Wohnungseigentümer als Einzelpersonen, sondern gehört daneben auch zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums des insoweit teilrechtsfähigen Verbandes«. Heute kann der Verband gem. § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG durch Beschluss Individualrechte zur Ausübung an sich ziehen (gekorene Ausübungsbefugnis). Damit können die Individualrechte/Unterlassungsansprüche durch einzelne Wohnungseigentümer nicht mehr geltend gemacht werden. Beschließen die Wohnungseigentümer, die das Gemeinschaftseigentum betreffenden reinen Abwehransprüche gemeinsam durchzusetzen, wird nicht der Individualanspruch an die Gemeinschaft abgetreten, sondern nur die - dann alleinige - Rechtsverfolgungsbefugnis übertragen³⁴.

2.2 Prozessstandschaft des Verbandes/»Gemeinschaft der Wohnungseigentümer«

Grundsätzlich gilt zwar, dass der Inhaber eines Rechts auch zu dessen Durchsetzung befugt ist. In der Wohnungseigentümergeinschaft ergeben sich jedoch aus der gemeinschaftlichen Verbundenheit und gemeinsamen Verwaltungszuständigkeit für das Gemeinschaftseigentum Besonderheiten. Gemeinschaftsbezogen sind nach Wenzel³⁵ die Angelegenheiten, für die formell eine Verwaltungskompetenz der Wohnungseigentümer besteht und in denen materiell der Anspruch auf eine Leistung gerichtet ist, die allen Wohnungseigentümern zusteht (gemeinsame Empfangszuständigkeit).

Bei Schadensersatzansprüche aus den §§ 823 ff. BGB wegen Beschädigung des Gemeinschaftseigentums (zB durch Ausdrücken der Kippen an der Treppenhauswand) ist deren Durchsetzung eine Maßnahme der Geschäftsführung zugunsten der Wohnungseigentümer hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums. Es liegt ein Fall des § 21 Abs. 1 WEG vor. Mangels zulässiger »actio pro socio« dürfte ein einzelner Wohnungseigentümer diesen Anspruch nur aufgrund eines Ermächtigungsbeschlusses geltend machen. Die Verwaltungskompetenz der Gemeinschaft überlagert hier die individuellen Rechte einzelner. Die Verwaltungskompetenz der Gemeinschaft besteht allgemein bei der Abwicklung von Beeinträchtigungen des Gemeinschaftseigentums, egal ob es um die Abwehr einer Störung oder die Regulierung eines bereits entstandenen Schadens geht. Diese Ausübungsbefugnis des Verbandes regelt § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG³⁶.

Schadensersatzansprüche, die auf die Verletzung des Gemeinschaftseigentums gestützt werden, müssen nach BGH³⁷ im Interesse einer geordneten Verwaltung des Gemeinschaftseigentums immer einheitlich geltend gemacht werden; es besteht - anders als bei Ansprüchen gemäß § 1004 BGB - eine geborene Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergeinschaft, und zwar auch für Wiederherstellungsansprüche gemäß § 823 Abs. 1 i.V.m. § 249 Abs.1 BGB.

2.3 Passivlegitimation

Zwischen dem rauchenden Mieter als unmittelbarem Handlungsstörer und dem vermietenden Eigentümer als Zustandsstörer besteht kein Rangverhältnis in dem Sinne, dass gegen Letzteren nur subsidiär vorgegangen werden dürfte. Beide sind kumulativ und gesamtverbindlich passivlegitimiert.

Aus dem Beschluss des OLG Stuttgart³⁸ ergibt sich, dass mit größeren Erfolgsaussichten unmittelbar gegen den Mieter vorgegangen werden kann. Das Interesse der Eigentümergemeinschaft an einer

³⁴ vgl. BGH, Urteil vom 5.12.2014, V ZR 5/14 ZMR 2015, ; früher schon Briesemeister FS Blank, 2006, S. 592 oben unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 10.6.2005, V ZR 235/04, ZMR 2005, 880 = NJW 2005, 2623 = NZM 2005, 626.

³⁵ Wenzel, Die Verfolgung von Beseitigungsansprüchen durch die Wohnungseigentümergeinschaft, ZMR 2006, 246.

³⁶ vgl. Wenzel ZWE 2006, 465 r. Sp.

³⁷ BGH, Urteil vom 7.2.2014, V ZR 25/13, ZMR 2014, 554.

³⁸ OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.9.1992, 8 W 256/92, ZMR 1992, 553 = WuM 1992, 639 ff.

Belangung des Sondereigentümers sei nämlich deshalb geringer zu veranschlagen, weil die Gemeinschaft im Gegensatz zum einzelnen vermietenden Eigentümer durchaus wirksam gegen den Mieter vorgehen könne, soweit dieser ihre Eigentumsrechte durch eine nach der Ausgestaltung der Wohnungs- und Teileigentumsrechte nicht erlaubte Nutzung der (mit-)gemieteten Räume beeinträchtigt.

Es ist insoweit unerheblich, ob der Raucher als (Mit-)Mieter aus dem Mietvertrag einen Anspruch auf die nach der konkreten Gemeinschaftsordnung zweckbestimmungswidrige Nutzung hat. Ein solcher Anspruch wirkt allenfalls gegen den Vermieter, jedoch nicht gegen die anderen Sondereigentümer. Der erfolgreich in Anspruch genommene Mieter kann sich ggf. wegen Rechtsmangelhaftung (§§ 536 Abs. 3, 536a BGB) an den Vermieter halten oder den Vertrag kündigen (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Kritisch äußert sich Kümmel (ZWE 2008, 274), der nicht bei jedem Verstoß des Mieters gegen Gebrauchsregelungen der Wohnungseigentümer eine ausreichende Grundlage für deren Anspruch aus § 1004 BGB bejahen will. Den Vereinbarungen der Sondereigentümer solle keine absolute Wirkung zukommen³⁹.

Bereits das OLG München hat mit Urt. v. 25.02.1992⁴⁰ den direkten Unterlassungsanspruch der Eigentümergemeinschaft gegen den zweckwidrig nutzenden Pächter eines Teileigentümers bejaht. Jede andere nach der typisierenden Betrachtungsweise mehr störende Nutzungsart als sie die Zweckbestimmung der Teilungserklärung zulasse, sei vom Inhalt des Sondereigentums nicht gedeckt und beeinträchtige die anderen Wohnungseigentümer. Der dingliche Abwehranspruch folge aus § 1004 BGB mit absoluter Wirkung gegen jeden zweckwidrig Nutzenden, es sei denn, die Nutzung störe nachweislich nicht mehr als die nach der Teilungserklärung zulässige Nutzung, da die Gemeinschaft zur Duldung eines solchermaßen störenden Gebrauchs weder dem Eigentümer noch dem Nutzer gegenüber verpflichtet sei.

Dieser Rechtsprechung hat sich auch das OLG Karlsruhe⁴¹ angeschlossen.

Armbrüster/Müller⁴² dagegen meinen: Einem schuldrechtlichen (Miet-) Vertrag kann nicht die Kraft zukommen, dingliche Rechte Dritter (der Wohnungseigentümer) einzuschränken. Der Mieter verfügt über keine weiter gehenden Rechte als der vermietende Wohnungseigentümer, wenn Dritte in Bezug auf die Mietsache dingliche (!) Rechte geltend machen. Für Gebrauchsbeschränkungen durch Beschlüsse – jedenfalls wenn sie nicht aufgrund einer Öffnungsklausel gefasst und ggf. ins Grundbuch eingetragen wurden (dagegen spricht aber § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG) – soll gelten, dass sie keinen Direktanspruch gegen den Mieter begründen, und zwar wegen ihrer schuldrechtlichen Natur. Diese differenzierende Sichtweise ist abzulehnen. Auch die Lösung der Einbindung des Mieters über eine dynamische Verweisungsklausel entspricht nicht hiesiger Auffassung (arg: § 308 Nr. 4 BGB).

Beachte: Wer Wohnungseigentum vermietet, muss darauf achten, dass von der Teilungserklärung abweichende Mehrheitsbeschlüsse (sog. Pseudovereinbarungen) – sofern eine formelle Beschlusskompetenz besteht – nicht bestandskräftig werden.

³⁹ vgl. auch Armbrüster/Müller ZMR 2007, 321.

⁴⁰ OLG München, Urteil vom 25.2.1992, 25 U 3550/91, ZMR 1992, 306 ff. = WuM 1992, 326 = NJW-RR 1992, 1492, vgl. Briesemeister FS Blank, 2006, S. 592.

⁴¹ OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.9.1993, 6 U 49/93, MDR 1994, 59 = NJW-RR 1994, 146: Gestattet ein vermietender Wohnungseigentümer seinem Mieter eine von dem Inhalt der Teilungserklärung abweichende, die anderen Wohnungseigentümer störende Nutzung, haben diese unmittelbar gegen den störenden Mieter einen Abwehranspruch aus § 1004 BGB, ohne eine nach § 906 BGB nicht mehr hinzunehmende Überschreitung der Nutzung nachweisen zu müssen.

⁴² Armbrüster/Müller ZMR 2007, 321

Ein Musterfall für ein nachträgliches Auseinanderfallen von mietvertraglichem und wohnungseigentumsrechtlichem Dürfen ergibt sich aus dem Beschluss des BGH vom 4.5.1995⁴³ zum (bestandskräftigen) Eigentümerbeschluss über ein generelles Hundehaltungsverbot⁴⁴.

2.4 Anspruchsgrundlagen

Den übrigen Eigentümern steht bei unzulässiger Nutzung – trotz und wegen fehlender vertraglicher Beziehung zum Mieter – einerseits der direkte Unterlassungsanspruch gegen den Mieter aus § 1004 BGB zu⁴⁵ und andererseits ein entsprechender Anspruch (§§ 15 Abs. 3 WEG, 1004 BGB) gegen den vermietenden Sondereigentümer⁴⁶. Hausverbote sind keine Lösung⁴⁷.

Armbrüster/Müller⁴⁸ differenzieren beim Anspruch aus § 1004 BGB danach, ob einerseits durch Teilungserklärung (Festlegung, ob Wohnungs- oder Teileigentum vorliegt) bzw. im Grundbuch eingetragene Vereinbarung nach § 10 WEG oder ihr gleichstehendem Beschluss aufgrund einer Öffnungsklausel (Anpassungsvereinbarung) die Gebrauchsregelung der Wohnungseigentümer getroffen wurde – diese soll den Mieter binden – oder ob lediglich durch einfachen Mehrheitsbeschluss Gebrauchsregeln für den vermietenden Wohnungseigentümer verbindlich festgelegt wurden – diese sollen keine quasi dingliche Wirkung haben⁴⁹. Der Mieter kann dann nicht von der Wohnungseigentümergeinschaft oder einzelnen Eigentümern erfolgreich auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Nur gegenüber dem Mitwohnungseigentümer bestehen entsprechende Ansprüche.

Der Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3 WEG erfordert nicht, dass aktuell eine Eigentumsbeeinträchtigung bereits stattfindet, es genügt vielmehr die begründete Besorgnis zukünftiger teilungserklärungswidriger Nutzungen. Im Schrifttum ist erwogen worden, § 15 Abs. 3 WEG analog auf diejenigen Mieter anzuwenden, die nach dem Mietvertrag wirksam verpflichtet worden sind, die wohnungseigentumsrechtlichen Gebrauchsregelungen einzuhalten⁵⁰. Abgesehen davon, dass bereits diese Analogie – soweit ersichtlich – bislang keine gerichtliche Unterstützung gefunden hat⁵¹.

Den Direktanspruch gegen den Mieter hat das BayObLG im Beschl. v. 20.12.1990⁵² zwar nicht angesprochen – wozu im WEG-Verfahren auch kein Anlass bestand – jedoch auch nicht in Zweifel gezogen⁵³, wenn es feststellte: Der Unterlassungsanspruch richtet sich auch dann gegen den Wohnungseigentümer, wenn er sein Teileigentum nicht selbst nutzt, sondern durch Mieter nutzen lässt; auch in diesem Fall ist er Störer i.S.d. § 1004 BGB. Die Unterlassungspflicht des

⁴³ BGH, Beschluss vom 4.5.1995, V ZB 5/95, ZMR 1995, 416 = NJW 1995, 2036 = WE 1995, 62.

⁴⁴ vgl. dazu kritisch Häublein Sondernutzungsrechte, 2003, S. 247.

⁴⁵ vgl. LG Wuppertal ZMR 2002, 231 ff.; Lehmann-Richter ZWE 2009, 345 ff.; J.-H. Schmidt ZMR 2009, 325; Briesemeister FS Blank 2006, 594, Nüßlein PiG 76, 2006, S. 128; krit. Kümmel ZWE 2008, 273.

⁴⁶ vgl. auch Ruthmann S. 60 ff.

⁴⁷ Wenzel ZWE 2009, 165.

⁴⁸ Armbrüster/Müller, PiG Band 77, FS Seuß, S. 3 ff.

⁴⁹ a.A. Klimesch IMR 2012, 18 zu AG München, Urteil vom 24.10.2011, 424 C 12307/11, ZMR 2012, 110; Bonifacio ZWE 2013, 196, 198.

⁵⁰ Armbrüster/M. Müller, ZMR 2007, 321, 325 f., im Ergebnis aber wohl ablehnend; deutlich gegen einen Rekurs auf § 15 Abs. 3 WEG im Verhältnis zum Mieter aber Dötsch, WuM 2013, 90, 91; Jacoby, ZWE 2012, 70, 72.

⁵¹ vgl. Häublein, DDIV-Gutachten, 2013 = NZM 2014, 97 ff. .

⁵² BayObLG, Beschluss vom 20.12.1990, BReg 2 Z 154/90, WuM 1991, 208 = NJW-RR 1991, 658.

⁵³ a.A. Nüßlein PiG 76, 2006, S. 129.

Wohnungseigentümers schließt die Pflicht ein, dahin tätig zu werden, dass die unzulässige Nutzung des Teileigentums durch Mieter unterbunden wird⁵⁴.

Das BayObLG hielt es allerdings für geboten, wie dies in vergleichbaren Fällen geschehen ist⁵⁵, den Schuldner/Wohnungseigentümer erst ab einem späteren Zeitpunkt, d.h. nicht sofort, zur Unterlassung zu verpflichten, um dessen Mietern eine angemessene Zeit zur Umstellung des Geschäftsbetriebs einzuräumen.

Das Gericht ist allerdings nicht berechtigt, den Wohnungseigentümer zu verpflichten, gegen den Mieter bestimmte Maßnahmen zu ergreifen, insbesondere die Räumung zu betreiben, falls er nicht innerhalb einer Monatsfrist die untersagte Nutzung unterlässt⁵⁶. Das Wohnungseigentumsgericht kann auch keinen Titel zur Räumung gegen Mieter des schuldenden Wohnungseigentümers schaffen.

Der Mieter kann sich auch nicht erfolgreich darauf berufen, dass seine konkrete Nutzung sich in den Grenzen des § 906 BGB halte⁵⁷. Diese auch von Schmid⁵⁸ angenommene Einschränkung des Anspruchs gegenüber dem Mieter ist nicht berechtigt⁵⁹.

Die Unterlassung zweckbestimmungswidrigen Gebrauchs des Mietobjekts können die übrigen Eigentümer bzw. der Verband in Prozessstandschaft verlangen.

2.5 gerichtliche Durchsetzung und Vollstreckung

Gegen den Mieter ist die normale Zivilklage bei der Abteilung für Mietsachen, gegen den Vermieter die Klage nach § 43 Nr. 1 WEG bei der Abteilung für WEG-Sachen⁶⁰ statthaft. Dennoch ist kein durchgreifendes gesetzliches Hindernis ersichtlich, eine WEG-Sache mit einer sonstigen streitigen Zivilsache nach § 147 ZPO zu verbinden und so den Wohnungseigentümer und dessen Mieter als Streitgenossen (§§ 59, 60 ZPO) zu verklagen⁶¹. Sinnvoll ist dies nicht, da schon wegen der sog. Konzentrationsgericht (vgl. § 72 Abs. 2 GVG) unklar ist, bei welchem Gericht dann die Berufung einzulegen ist⁶².

Sonderfall: Ist der Mieter zugleich Wohnungseigentümer kann der Rechtsstreit vor der WEG-Abteilung verhandelt werden⁶³. In der Berufungsinstanz ist dann das sog. Konzentrationsgericht (vgl. § 72 Abs. 2 GVG) zuständig.

Der selbstständige Anspruch gegen den vermietenden Miteigentümer auf mietrechtliche Einwirkung ist gemäß § 888 ZPO zu vollstrecken. Andere wenden – nicht nur beim direkten Anspruch gegen den Mieter - § 890 ZPO (setzt Verschulden voraus) an⁶⁴, was weniger überzeugt, weil es – bezogen auf den vermietenden Eigentümer als Vollstreckungsschuldner – allein um die (aktive) Einwirkung auf den Mieter geht und um keinerlei (passive) Unterlassung im eigentlichen Sinne.

⁵⁴ BayObLG, Beschluss vom 11.12.1986, BReg 2 Z 119/86, MDR 1987, 410 = WuM 1987, 96; vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 29.12.1988, BReg 2 Z 95/88, WuM 1989, 197/198.

⁵⁵ vgl. BayObLG, Beschluss vom 29.12.1988, BReg 2 Z 95/88, WuM 1989, 197/198.

⁵⁶ Briesemeister FS Blank 2006, 594.

⁵⁷ vgl. aber Schuschke NZM 1998, 176, wie hier Briesemeister FS Blank, 2006, 592 gegen Wangemann WuM 1987, 43, 46.

⁵⁸ Schmid DWE 1987, 106, 108.

⁵⁹ vgl. Armbrüster ZWE 2004, 217, 219 und JuS 2002, 665; Müller ZMR 2001, 506, 510.

⁶⁰ kein gesetzlich bestimmter besonderer Spruchkörper, OLG München, Beschluss vom 24.6.2008, 31 AR 74/08, ZMR 2008, 818 = NZM 2008, 777.

⁶¹ OLG München, Beschluss vom 24.6.2008, 31 AR 74/08 ZMR 2008, 818 = NZM 2008, 777.

⁶² vgl. BGH, Beschluss vom 3.7. 2014, V ZB 26/14, ZMR 2015,

⁶³ KG, Beschluss vom 13.12.2004, 24 W 298/03, ZMR 2005, 977 = NZM 2005, 382

⁶⁴ BayObLG, Beschluss vom 20.12.1990, BReg 2 Z 154/90, WuM 1991, 208 = NJW-RR 1991, 658, 659.

Die Festsetzung von Ordnungsmitteln setzt, abgesehen von der notwendigen Androhung (§ 890 Abs. 2 ZPO), Verschulden voraus. Um den Vorwurf des Verschuldens auszuräumen, wird der Wohnungseigentümer alles in seiner Macht Stehende unternehmen müssen, um die Mieter zu einer der Zweckbestimmung entsprechenden Nutzung des Sondereigentums zu bewegen⁶⁵. Welche Wege er dabei geht, muss grundsätzlich ihm überlassen bleiben und kann ihm nicht vorgeschrieben werden. Ob eine Berechtigung zur fristlosen Kündigung des Mietvertrags aus wichtigem Grund im Hinblick auf die Unterlassungsverpflichtung besteht muss im WEG-Verfahren nicht geklärt werden.

3. Überblick über die Rechtsprechung zum WEG-Recht

- gliedert nach „Tatorten“ -

3.1 in der Sondereigentumseinheit „Wohnung“

Beeinträchtigungen durch Zigarettergeruch aus einer unter einer Eigentumswohnung gelegenen vermieteten Wohnung sind selbst dann, wenn sie ein erhebliches Ausmaß erreichen, vom Wohnungseigentümer nach AG Hamburg⁶⁶ ohne Einschränkung zu dulden.

3.2 Treppenhaus

Ein Wohnungseigentümer hat es zu unterlassen, das Treppenhaus zum Rauchen aufzusuchen und dort so lange zu verweilen, bis der Rauchvorgang abgeschlossen ist. Es reicht aus, dass sich ein Bewohner des Hauses (hier: ein Mieter eines anderen Wohnungseigentümers) durch die zweckbestimmungswidrige Benutzung des Treppenhauses beeinträchtigt fühlt.⁶⁷

Versprüht ein Wohnungseigentümer eigenmächtig Geruchsstoffe (Parfum) im zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Treppenhaus, so liegt hierin eine bestimmungswidrige Nutzung des Gemeinschaftseigentums.⁶⁸

3.3 Gemeinschaftsräume

Zur Frage, ob ein Wohnungseigentümer durch gerichtliche Entscheidung ein Rauchverbot in den gemeinschaftlichen Räumen durchsetzen kann, wenn die Gemeinschaft schon eine Hausordnung mit Verhaltensregeln für solche Räume hat und der Antrag, einen entsprechenden Eigentümerbeschluss zu fassen, mit großer Mehrheit abgelehnt worden ist erging ein - inzwischen zumindest in der Begründung überholter⁶⁹ – verneinender Beschluss durch das BayObLG.⁷⁰ Ein richterlicher Eingriff in Regelungen der Wohnungseigentümer, insbesondere deren Abänderung oder Ersetzung durch eine andere Regelung komme grundsätzlich nur in Betracht, wenn außergewöhnliche Umstände ein Festhalten an einem Beschluss oder einer Vereinbarung als grob unbillig und damit als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen lassen. Bei dem sehr kurzen Zeitraum, den sich der Antragsteller jeweils im Treppenhaus oder im Aufzug aufhalten muss, wenn er seine Wohnung verlässt oder zu ihr zurückkehrt, kann die durch das Passivrauchen hervorgerufene Gefahr für die Gesundheit

⁶⁵ vgl. BayObLG, Beschluss vom 29.12.1988, BReg 2 Z 79/88, NJW-RR 1989, 462 = JuS 1990, 328 = WuM 1989, 212: Ist gegen einen Wohnungseigentümer, der seine Wohnung vermietet hat, eine an sich vertretbare Handlung in der Wohnung zu vollstrecken, mit deren Ausführung der Mieter nicht einverstanden ist, so ist die Zwangsvollstreckung nicht nach ZPO § 887, sondern nur nach ZPO § 888 möglich.

⁶⁶ AG Hamburg, Beschluss vom 31.10.2000, 102e II 368/00, ZMR 2001, 1015. Zu einer Entscheidung in der Hauptsache ist es in 2. Instanz nicht mehr gekommen (LG Hamburg, Beschluss vom 5.7.2001, 318 T 193/00, ZMR 2001, 1014).

⁶⁷ AG Hannover vom 31.1.2000, 70 II 414799, WE 2001, 128 = NZM 2000, 520.

⁶⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.5.2003, 3 Wx 98/03, ZMR 2004, 52.

⁶⁹ Sauren, WEG, 6. Aufl., 2014, § 21 Rn. 12R

⁷⁰ BayObLG, Beschluss vom 25.3.1999, 22 BR 105/98, ZMR 1999, 494.

vernachlässigt werden; die Situation ist nicht mit dem Rauchen und Passivrauchen in geschlossenen Räumen, etwa am Arbeitsplatz, in öffentlichen Verkehrsmitteln oder in einem Gasthaus, vergleichbar.

Nach Ansicht des LG Dortmund⁷¹ dagegen können die übrigen Wohnungseigentümer verurteilt werden, folgendem Beschlussantrag zum Rauchverbot zuzustimmen: „Die Eigentümer beschließen für die Dauer der Eigentümerversammlungen ein Rauchverbot. Die Versammlungen sind bei Bedarf auf Antrag der Raucher um jeweils fünf Minuten zu unterbrechen, um außerhalb des Versammlungsraumes rauchen zu können.“

3.4 Balkon

Die Frage, ob das Abbrennen einer Duftkerze auf dem Balkon eines Wohnungseigentümers eine bestimmungswidrige Benutzung des Sondereigentums darstellt, kann generell weder bejaht noch verneint werden, hängt vielmehr von den in ihrer Gesamtheit zu würdigenden Gegebenheiten (Geruchsintensität, Häufigkeit, schikanöse Begleitumstände etc.) ab.⁷²

Ein Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümerversammlung, wonach das Grillen auf dem Balkon gestattet ist, stellt wegen der Brandgefahr sowie den Rauch- und Geruchsimmissionen eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der übrigen Wohnungseigentümer dar und ist daher wegen Verstoßes gegen §§ 13 Abs. 1, 14 Nr. 1 WEG rechtswidrig.⁷³

Das Rauchen ist Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 GG. Dennoch ist anerkannt, dass das Rauchen nicht uneingeschränkt zulässig ist, wie sich z. B. bereits aus dem Gesetz zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens (HessNRSG) ergibt.⁷⁴ In diesem Fall war zu berücksichtigen, dass die Wohnungen in der WEG über jeweils zwei Balkone verfügen und das Rauchen lediglich auf einem dieser Balkone untersagt wurde.

Ein Raucher hat geeignete Maßnahmen zu treffen, um zu verhindern, dass aus seiner Eigentumswohnung sowie von dem zu dieser Wohnung gehörenden Balkon Zigarettenrauch in die Wohnung der darüber wohnenden Eigentümer dringt, und zwar zu folgenden Zeiten: 23:00 - 07:00 Uhr, 11:00 - 13:00 Uhr und 17:00 - 19:00 Uhr⁷⁵.

3.5 Fazit zum WEG-Recht

Durch eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer können diese sich verpflichten, im Sonder- und/oder Gemeinschaftseigentum weder selbst zu rauchen noch Dritten dies zu gestatten.

Evtl. Rechte eines Mieters zum Rauchen in der Wohnung können nur dem Vertragspartner, aber nicht anderen Wohnungseigentümern entgegengehalten werden. Setzen diese – oder nach ausdrücklichem⁷⁶ Ansichziehen gemäß § 10 Abs.6 Satz 3 WEG⁷⁷ der Verband –

⁷¹ LG Dortmund, Urteil vom 19.11.2013, 1 S 296/12, ZMR 2014, 387.

⁷² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.5.2003, 3 Wx 98/03, ZMR 2004, 52.17 c

⁷³ LG Düsseldorf, Beschluss vom 9.11.1990, 25 T 435/90, ZMR 1991, 234.

⁷⁴ LG Frankfurt, Beschluss vom 28. 1. 2014, 2-9 S 71/13, ZMR 2014, 572.

⁷⁵ AG München, Urteil vom 29.4.2014, 485 C 28018/13, ZMR 2014, 838.

⁷⁶ AG Ratingen, Urteil vom 30.12.2014, 8 C 296/14, ZMR 2015,

⁷⁷ vgl. Lehmann-Richter in Riecke/Schmid, WEG 4. Aufl. 2015, § 10 Rn. 312 ff, 315; sog. gekorene = rechtsgeschäftliche Ausübungsbefugnis.

Unterlassungsansprüche durch, kann der Mieter nur mindern und ggf wegen Rechtsmängeln kündigen.

Eine Kongruenz zwischen Mietvertrag und Rechtslage nach dem WEG lässt sich nicht durch sog. dynamische Verweisungsklauseln in Mietverträgen herstellen⁷⁸.

Die Wohnungseigentümer könnten nach Entstehen eines Streits eine Gebrauchsregelung ähnlich einer Haus-und Gartenordnung beschließen, die vorschreibt ob und wann auf Balkonen und im Treppenhaus geraucht werden darf. Als Ausfluss ihres Selbstorganisationsrechts können sie den Ausgleich – macht der Rauch im Einzelfall den „Passivraucher“ nicht krank – mit Augenmaß selbst bestimmen (das gilt dann auch unter den Mietern). Diese Regelung wäre auch sofort verbindlich; selbst eine Beschlussanfechtungsklage hat ja keinen Suspensiveffekt.

B. (normale) Mietwohnung

1. Rauchverbot

Ein Bedürfnis für vertragliche Rauchverbote⁷⁹ besteht schon deshalb, weil Rauchen als solches zum mietvertragsgemäßen Gebrauch zählt.⁸⁰

1.1 durch Formular-Vereinbarung im Mietvertrag⁸¹

a. Dieser Weg dürfte in der Praxis für generelle Rauchverbote in der Wohnung selbst an § 307 Abs.2 Nr.2 BGB scheitern⁸². Paschke⁸³ verweist insoweit auf die AGB-rechtliche Judikatur zu Tierhaltungsverbotten und sieht die Rechte des Mieters aus Art 2 Abs.1 GG und aus Art. 13 GG durch Rauchverbote als verletzt an. Bei abweichender rechtlicher Bewertung müsse man „Alkoholgenussverbote“ in den Mietverträgen als nächsten Schritt erwarten.

Hinzukommt, dass – insbesondere bei Genossenschaftswohnungen – der Gleichbehandlungsgrundsatz⁸⁴ von neuen Mietern, die als erste in einer Bestandsimmobilie mit dem Rauchverbot belastet werden, ins Feld geführt werden wird.

Bei nicht rauchgeruchsfreier und nicht frisch renovierter Wohnung im Zeitpunkt des Mietbeginns könnte ein Rauchverbot allein deshalb unangemessen sein.

Außerdem bedarf es wegen des Transparenzgebots⁸⁵ (§ 307 Abs.1 Satz 1 BGB) einer klaren Abgrenzung zur Überwälzung der Schönheitsreparaturen.

Bei Fehlen einer solchen Abgrenzung greift das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion⁸⁶ bei Nichtigkeit der (Grund-)Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen wegen einer bei Mietbeginn renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung. Denn auch durch eine solche Klausel

⁷⁸ vgl. Riecke GuT 2011, 5, 11 zur Änderung des Kostenverteilerschlüssels; Riecke/Schmid Anh. zu § 16 Rn. 56 ff.; a.A. Harsch WuM 2009, 78 unter 5. am Ende.

⁷⁹ vgl. auch Bötzel JuS 1993, 678: Zivilrechtsklausur „Blauer Dunst im Erdgeschoss“

⁸⁰ vgl. Wietz, WuM 2014, 518 ff. unter II.2.a); Dittmann/Reichhart, ZMR 2011, 925 ff. unter 3.; AG Leonberg, Urteil vom 14.12.2012, 7 C 676/12, WuM 2013, 219: Das Rauchen in der Mietwohnung ist den Mietern grundsätzlich gestattet, es stellt einen vertragsgemäßen Gebrauch dar; Bötzel JuS 1993, 681, 682 unter Hinweis auf AG Tauberbischofsheim, Urteil vom 7.8.1992, C 36/92; BGH, Urteil vom 5. 3. 2008, VIII ZR 37/07, ZMR 2008, 524; LG Karlsruhe, Urteil vom 14.1.2000, 9 S 119/99, WuM 2002, 50.

⁸¹ vgl. Leo/Ghassemi-Tabar, Ausgequalmt! Und nun? NZM 2008, 271 für gewerbliche Mietverhältnisse.

⁸² Artz, PiG Band 85, S. 236; Harsch, WuM 2009, 77 unter 3; a.A. Lützenkirchen WuM 2007, 99, 103.

⁸³ Paschke NZM 2008, 268 unter 2a.

⁸⁴ Hillebrand/Keßler, Berliner Kommentar zum GenG, 2. Aufl. 2010, § 1 Rn. 72 zu Wohnungsgenossenschaften.

⁸⁵ K.P. Berger in PWW § 307 Rn. 13 ff.; Riecke in PWW § 538 Rn. 8.

⁸⁶ K.P. Berger in PWW § 306 Rn. 4 ff.

würde der Mieter zur Beseitigung von Gebrauchsspuren verpflichtet, die nicht er, sondern der Vor-Mieter verursacht hat.⁸⁷

Nach der Horst'schen Mindermeinung⁸⁸ wird die nach h. M. stark eingeschränkte Zulässigkeit vertraglicher Rauchverbote zu einseitig mit den Freiheitsgrundrechten des (rauchenden) Mieters und mit zu starkem Fokus nur auf eine unterstellte vertragsgemäße Verschlechterung des Renovierungszustands der Wohnung (§ 538 BGB) gerechtfertigt. Gesundheitliche Risiken für nicht rauchende Nachmieter sowie für die Haushaltsangehörigen, Besucher und Nachbarn des Mieters/Rauchers fielen aktuell aus der Güterabwägung im Rahmen der von § 307 BGB aufgegebenen Inhaltskontrolle formularvertraglicher Rauchverbote noch heraus, ebenso die dem Vermieter dadurch aufgebürdeten Sachmängelgewährleistungsgefahren.

b. Anderes mag für Gemeinschaftsräume und das Treppenhaus gelten. Hier geht es auch um die Schutzpflichten des Vermieters gegenüber den anderen Mitmieter. Dieses Kriterium hat auch bei der Wartung von Rauchwarnmeldern Bedeutung erlangt.⁸⁹

Die Klausel könnte im Anschluss an eine (wirksame) Schönheitsreparaturenklausel⁹⁰ - nicht versteckt in der Hausordnung wegen § 305c Abs.1 BGB - in den Formularvertrag Eingang finden und lauten: *„Das Rauchen, insbesondere von Zigaretten, Zigarillos, Zigarren und Pfeife ist im Treppenhaus, Aufzug, Keller und Trockenboden verboten“*.

Ein anderer Vorschlag⁹¹ lautet: *„Die Parteien sind sich einig, dass es sich bei der Mietwohnung um eine Nichtraucherwohnung (außer Balkon/ Terrasse soweit vorhanden) handelt. Ein Unterlassungsanspruch des Vermieters in Bezug auf ein Rauchen innerhalb der Wohnräume wird, soweit die übrigen Mieter im Objekt nicht gestört werden, gleichwohl während der Mietzeit ausgeschlossen. Der Ausschluss des Unterlassungsanspruches bezieht sich jedoch nur auf die konkrete Handlung und nicht auf Folgeansprüche, die durch eine vertraglich abweichende Handlung des Mieters entstehen können (z.B. nachhaltige Beseitigung von Nikotinablagerungen).“*

Nach bisherigen Erfahrungen – zumindest im Raum Dresden - hilft die Klausel ungemein, da sie psychologischen Wert hat. Ein Mieter mit einer solchen Klausel im Vertrag, der raucht eher auf dem Balkon, auf der Terrasse oder vor der Haustür.

1.2 durch Individual-Vereinbarung im Mietvertrag

Durch Individualabrede im Sinne der §§ 305 Abs.1 Satz 3, 305b BGB kann ein Rauchverbot⁹² grundsätzlich wirksam zwischen Vermieter und Mieter vereinbart werden. Es bedarf insoweit auch keiner Ausnahmeregelung für „Härtefälle“.⁹³

Allerdings macht ein Rauchverbot nur Sinn, wenn es – wann auch ggf. sukzessive – alle Mieter trifft. Bei Neubauten ist dieses Ziel schnell, bei Bestandsimmobilien evtl. kaum zeitnah erreichbar. Kein Mieter kann nachvertraglich gezwungen werden einem Rauchverbot zuzustimmen.

⁸⁷ BGH, Hinweis-Beschluss vom 22.1.2014, VIII ZR 352/12, ZMR 2014, 196; a.A. noch BGH, RE vom 6.7. 1988, VIII ARZ 1/88, BGHZ 105, 71, 79 ff. = ZMR 1988, 455.

⁸⁸ Horst, MietRB 2008, 188, 192; pro Formulklausel auch Reichhart/Dittmann ZMR 2011, 925 f unter 3.a)bb).

⁸⁹ AG Halle/Saale, Urteil vom 14.3.2014, 99 C 2552/13 i.V.m LG Halle/Saale, B. v. 31.3.2014, 3 S 11/14, ZMR 2014, 649.

⁹⁰ vgl. Musterklausel in Anm. Riecke zu BGH, Urteil vom 18.2.2009, VIII ZR 210/08, in ZMR 2010, 263, rechte Sp. oben.

⁹¹ von RA André Leist, Dresden

⁹² vgl. auch Horst MietRB 2008, 188 ff.

⁹³ Artz, PiG Band 85, 238.

Nach § 310 Abs.3 Nr.2 BGB ist der Großvermieter schnell im Bereich der – dann unwirksamen – Formulklausel, da das einmalige Verwenden gegenüber einem Mieter/Verbraucher bereits ausreicht.

Die Rechtsprechung ist bei Annahme einer Individualabrede faktisch eher restriktiv.

Dies verwundert, ob der gesetzlichen Beweislastverteilung gemäß § 305 Abs.1 Satz 3 BGB⁹⁴. Kann der Mieter nämlich den ihm obliegenden Beweis, dass es sich bei Abrede zum Rauchverbot um einen Textbaustein o. ä. handelt, den der Vermieter seinen Mietern grundsätzlich vorlegt, nicht führen, so beinhaltet die Abrede zum Rauchverbot eine wirksame Individualvereinbarung über das geschuldete Verhalten im Mietobjekt.⁹⁵

Treffen unwirksame Formulklauseln z. B. zur Vornahme der Schönheitsreparaturen mit einem im selben Vertrag individuell vereinbarten Rauchverbot zusammen, unterliegt diese Individualvereinbarung nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.⁹⁶

Die Abrede kann aber gemäß § 139 BGB von der Unwirksamkeit der Formulklausel erfasst werden. Der BGH⁹⁷ hat es nämlich für denkbar gehalten, dass in einem derartigen Fall die beiden Klauseln wegen ihres sachlichen Zusammenhangs ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB darstellen, das bei Nichtigkeit eines Teils im Zweifel insgesamt nichtig ist. Dies soll nur gelten, wenn die Formularbedingung und die individuelle Abrede gleichzeitig vereinbart worden sind. Bei sukzessiver Vereinbarung würden die die Parteien dem bestehenden Mietvertrag also nur später noch eine weitere Abrede hinzufügen, ohne den sonstigen Bestand an Rechten und Pflichten verändern zu wollen.⁹⁸

Soweit Paschke⁹⁹ ein „kombiniertes“ Rauchverbot erörtert, stellt sie – zu eng – auf die potentielle Beeinträchtigung der Wand- und Deckenanstriche ab und verbindet das Rauchverbot lediglich mit der weichen Fristenregelung bei den Schönheitsreparaturen. Beim Rauchverbot in Gemeinschaftsräumen geht es jedoch primär um die Gesundheit der Mitmieter, weniger um den Zustand in der Wohnung des Rauchers – weil und so lange Rauch aus der Wohnung ungefiltert und spontan abgelüftet wird.

Harsch¹⁰⁰ schlägt folgenden Text vor: „Dem Mieter ist es untersagt in den Mieträumen zu rauchen, es sei denn der Mieter kann nachträglich wichtige Gründe geltend machen, die eine Ausnahme hiervon als gerechtfertigt erscheinen lassen“. Damit bleiben Besucher und Untermieter aber außen vor.

1.3 durch Nachtragsvereinbarung

Ein erst nach Vertragsschluss - ggf auch schon vor dem Einzug - dem Mieter gegenüber geäußerte Rauchverbot ist nur als Angebot zur Abänderung des bereits geschlossenen - noch zu erfüllenden -

⁹⁴ K.P. Berger in PWW § 305 Rn. 15.

⁹⁵ LG Hannover, Urteil vom 16. 10. 2009, 4 S 43/07, ZMR 2011, 212 f. zum Übergabeprotokoll.

⁹⁶ BGH, Urteil vom 14.1.2009, VIII ZR 71/08, ZMR 2009, 358 zum Übergabeprotokoll.

⁹⁷ BGH, Urteil vom 5.4.2006, VIII ZR 163/05, ZMR 2006, 913: Ein zur Unwirksamkeit einer Formulklausel führender sogenannter Summierungseffekt auf Grund des Zusammentreffens zweier - jeweils für sich genommen - unbedenklicher Klauseln kann auch dann vorliegen, wenn nur eine der beiden Klauseln formularmäßig, die andere dagegen individuell vereinbart worden ist.

⁹⁸ BGH, Urteil vom 14.1.2009, VIII ZR 71/08, ZMR 2009, 358 zum Übergabeprotokoll.

⁹⁹ NZM 2008, 269 unter 2 b) bb).

¹⁰⁰ Harsch, WuM 2009, 78 unter 4.

Mietvertrages zu qualifizieren¹⁰¹. Dies bedarf der Vertragsannahme durch den Mieter. Im bloßen Einzug liegt dann keine Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antrager (Vermieter) im Sinne des § 151 BGB. Bloßes Schweigen hat im nichtkaufmännischen Rechtsverkehr grundsätzlich keine Bedeutung.

Kommt es zur wirksamen Nachtragsvereinbarung gilt das zur Individualvereinbarung unter I.2. Gesagte entsprechend.

2. Unterlassungsansprüche; Anspruchsgrundlagen

Das bloße Lagern von Zigarren, Zigaretten und sogar echter Munition¹⁰² muss der Mieter bei fachgerechter Lagerung und Beachtung des Brandschutzes sowie sonstiger Sicherheitsvorschriften nicht unterlassen. Ansonsten stellt das Lagern gefährlicher Stoffe in den Mieträumen eine vertragswidrige Nutzung dar.¹⁰³

Im Übrigen kann der Anspruch auf § 541 BGB gestützt werden. Der Mieter wird durch diese Vorschrift und ihr Abmahnungserfordernis gegenüber dem Vorgehen des Vermieters bei nur einmaligen Vertragsverstößen des Mieters geschützt. § 541 BGB sieht für die Abmahnung keine bestimmte Form vor. Es wird allgemein eine inhaltliche Konkretisierung dergestalt verlangt, dass die Abmahnung Grundlage für eine Unterlassungsklage sein kann. Es ist notwendig, dass der Mieter das vertragswidrige Rauchen andauern lässt, d. h. nach Zugang der Abmahnung sein Verhalten nicht ändert. Ein einmaliger Verstoß kann schon genügen.¹⁰⁴ Passivlegitimiert für diesen vertraglichen Anspruch ist der Mieter auch wenn die Störung durch seinen Erfüllungsgehilfen erfolgte.

Dieser vertragliche Schutz läuft allerdings leer, wenn der Vermieter zugleich die Eigentümerstellung hat und Ansprüche aus § 1004 BGB ggf. ohne vorherige Abmahnung erheben kann.

Das Rauchen als vertragswidrige Nutzung muss nicht vom Mieter in Person ausgehen, es reicht, dass Erfüllungsgehilfen, d. h. Personen, die mit seinem Wissen und Wollen mit der Mietsache in Berührung kommen den vertragswidrigen Gebrauch praktizieren (§ 278 BGB). Der Unterlassungsanspruch setzt weder eine Beeinträchtigung der Mietsache, eine Gefährdung ihrer Rückgabe oder gar ein Verschulden des Mieters bzw. seines Erfüllungsgehilfen voraus. Deshalb spricht Lammel¹⁰⁵ insoweit von einem Erfüllungsanspruch.

3. Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche; Anspruchsgrundlagen

Der Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB bzw. §§ 280 ff, 249, 535 BGB umfasst auch das Wiederherstellen des vertraglich geschuldeten rauch- und nikotingeruchsfreien Bereichs der betroffenen Gemeinschaftsräume.

¹⁰¹ AG Albstadt, Urteil vom 21.5.1992, 1 C 288/92, WuM 1992, 475.

¹⁰² LG Hannover, Urteil vom 28.10.2010, 1 S 30/10, ZMR 2011, 211: Die bloß abstrakte Gefahr, die mit der Lagerung von Waffen in der Wohnung verbunden ist, macht diese Lagerung nicht zu einer vertragswidrigen Nutzung; vgl. bereits AG Hannover, Urteil vom 20.8.2010, 546 C 2917/10, ZMR 2011, 46; Emmerich in Staudinger, 2014, § 541 Rn.3.

¹⁰³ BGH ZMR 1990, 328, KG GuT 2011, 145.

¹⁰⁴ vgl. BGH, Urteil vom 11.1.2006, VIII ZR 364/04, ZMR 2006, 425 zur unpünktlichen Mietzahlung.

¹⁰⁵ Lammel, Mietrecht § 541 Rn. 7.

Schadensersatz kann ggf. gemäß §§ 823 ff BGB oder den §§ 280 ff., 241 Abs.2 BGB beansprucht werden. Exzessives Rauchen ist vertragswidrig und nicht vom zulässigen Mietgebrauch nach § 538 BGB gedeckt.¹⁰⁶

4. Vertragsanfechtung; Kündigung

Der Mieter muss nicht ungefragt im Rahmen der Vertragsverhandlungen sein Laster „Rauchen“ offenbaren.¹⁰⁷

Fraglich ist, ob der Mieter in der berechtigterweise¹⁰⁸ verlangten Selbstauskunft - Stapel¹⁰⁹ spricht von einer „Nichtrauchererklärung“ - auf die Fragen, ob er Raucher sei oder ob er in der Wohnung selbst oder ggf Dritte rauchen werden analog zu arbeitsrechtlichen Grundsätzen über die Beantwortung unzulässiger Fragen „lügen“ darf. Artz¹¹⁰ etwa bejaht dieses Mieterrecht zur Lüge. Nach dieser Ansicht scheidet eine Anfechtung des Mietvertrages ebenso wie eine Kündigung aus solchem Grunde aus.

Wird in einer Anzeige ein "Nichtraucher" als Mieter einer Einliegerwohnung gesucht und gibt die Mieterin auf die Frage, ob sie Nichtraucherin sei, an, sie habe aufgehört, so berechtigt das gelegentliche Rauchen der Mieterin und ihrer Gäste nach LG Stuttgart¹¹¹ weder zur Arglist- noch zur Irrtumsanfechtung.

Nach Ansicht des AG Rastatt¹¹² verletzen dagegen Mieter ihre vertraglichen Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis dadurch, dass sie entgegen vertraglicher Vereinbarung in erheblichem Maße in der Wohnung rauchen. Individuell vereinbart wurde zuvor, dass die Mieter in der Wohnung nur in ganz geringem Ausmaß, sozusagen als Gelegenheitsraucher, rauchen durften.

Harsch¹¹³ bejaht vor diesem Hintergrund ein ordentliches Kündigungsrecht des Vermieters nach § 573 Abs.1 BGB, wenn dieser ausdrücklich nur an Nichtraucher vermieten wollte und der Mieter sich als solcher geriert hatte.

5. Überblick über die Rechtsprechung zum Mietrecht

- gegliedert nach „Tatorten“ ; Minderungssachverhalte -

5.1 in der Wohnung

Auch bei intensivem Rauchen handelt es sich nach Ansicht des LG Karlsruhe¹¹⁴ nicht um eine übervertragsmäßige Nutzung der Mietwohnung. Rauchen ist als Konsequenz freier Willensentscheidung als Teil sozialadäquaten Verhaltens zumindest in der vom Mieter bewohnten

¹⁰⁶ Stangl ZMR 2002, 734.

¹⁰⁷ Harsch WuM 2009, 76 ff.; AG Albstadt, Urteil vom 21.5.1992, 1 C 288/92, WuM 1992, 475: Ohne weitergehende Vereinbarung ist der Vermieter verpflichtet, dem Mieter auch dann den Wohnraum zu überlassen, wenn der Mieter Raucher ist.

¹⁰⁸ AG Rastatt, Urteil vom 26.4.2005, 3 C 341/04, DWW 2005, 331.

¹⁰⁹ Stapel NZM 2000, 597.

¹¹⁰ Artz, PiG Band 85, 235 unter 2a.

¹¹¹ LG Stuttgart Urteil vom 2.7.1992, 16 S 137/92, NJW-RR 1992, 1360.

¹¹² AG Rastatt, Urteil vom 26.4.2005, 3 C 341/04, DWW 2005, 331.

¹¹³ Harsch WuM 2009, 76, 77.

¹¹⁴ LG Karlsruhe, Urteil vom 14.1.2000, 9 S 119/99, WuM 2002, 50.

Wohnung als Zentrum seiner Lebensgestaltung hinzunehmen. Die mit dem Rauchen verbundenen Ablagerungen in der Wohnung sind damit als Teil des vertragsgemäßen Mietgebrauchs zu tolerieren.

Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Mieter nicht zu vertreten (§ 538 BGB). Liegt eine das Rauchen in der gemieteten Wohnung untersagende oder einschränkende Vereinbarung nicht vor, verhält sich ein Mieter, der in der gemieteten Wohnung raucht und hierdurch während der Mietdauer Ablagerungen verursacht, nach BGH¹¹⁵ grundsätzlich nicht vertragswidrig.

Anders sah dies noch das AG Tuttlingen¹¹⁶: Sind bei der Rückgabe einer bei Mietbeginn zwar nicht renovierten, aber tadellosen Wohnung Schäden vorhanden, wie Verfärbungen und Ablösungen von Tapeten und Geruchsbeeinträchtigungen, die auf starkes Rauchen zurückzuführen sind, ist der Mieter verpflichtet, dem Vermieter die Kosten notwendiger Schönheitsreparaturen zu ersetzen.

Ob ausnahmsweise eine vom vertragsgemäßen Gebrauch nicht mehr umfasste Nutzung der Wohnung anzunehmen ist, wenn "exzessives" Rauchen bereits nach kurzer Mietzeit einen erheblichen Renovierungsbedarf zur Folge hat¹¹⁷, ließ der BGH¹¹⁸ bisher offen.

Nach Ansicht des AG Magdeburg¹¹⁹ führt übermäßiges Rauchen in der Mietwohnung zur Schadensersatzpflicht des Mieters bei übermäßiger Abnutzung. Dies ist zu bejahen wenn durch Verschulden des Mieters die Wohnung nach einer Mietdauer von unter 2 Jahren stark verraucht war, d. h. sowohl Tapeten als auch der Teppich vergilbt waren. Man geht regelmäßig bei Teppichböden von einer Lebensdauer von 10 Jahren aus. Falls Verschmutzungen durch Rauch bereits nach weniger als 2 Jahren einen Austausch erforderlich machten, spricht dies dafür, dass eine über den vertragsgemäßen Gebrauch hinausgehende Beschädigung vorlag.

Übermäßiges Rauchen in der Mietwohnung hat der Mieter insofern zu vertreten, als eine Verschlechterung der Räume eintritt¹²⁰.

Können die Nikotinspuren auf der Tapete nach nur zweijähriger Mietzeit nur durch dreimaliges Überstreichen beseitigt werden, dann kann ein derart exzessives Rauchen nach LG Paderborn¹²¹ nicht mehr als vertragsgemäßer Gebrauch der Mietwohnung angesehen werden.

Zu intensivem Rauchen entschied das AG Nordhorn¹²²: Übermäßiges Rauchen in der Mietwohnung stellt auch dann eine vertragsmäßige Wohnungsnutzung dar, wenn ein einfaches Überstreichen der Decken und Wände nicht mehr möglich ist. Der Vermieter muss die mit intensivem Rauchen einhergehenden Ablagerungen entschädigungslos hinnehmen, wenn er nicht mit dem Mieter ein Rauchverbot vereinbart hat.

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 28.6.2006, VIII ZR 124/05, ZMR 2006, 843.

¹¹⁶ AG Tuttlingen, Urteil vom 19.5.1999, 1 C 52/99, MDR 1999, 992 = NZM 1999, 1141.

¹¹⁷ vgl. LG Paderborn, Urteil vom 23.3.2000, 1 S 2/00, MDR 2000, 878 mit abl. Anm. Dübbers = NJW-RR 2000, 1110.

¹¹⁸ BGH, Urteil vom 28.6.2006, VIII ZR 124/05, ZMR 2006, 843.

¹¹⁹ AG Magdeburg, Urteil vom 19.4.2000, 17 C 3320/99, ZMR 2000, 541 = NZM 2000, 657.

¹²⁰ AG Rosenheim, Urteil vom 12.4.1994, 16 C 1946/93, WuM 1995, 583.

¹²¹ LG Paderborn, Urteil vom 23.3.2000, 1 S 2/00, MDR 2000, 878 mit abl. Anm. Dübbers = NJW-RR 2000, 1110.

¹²² AG Nordhorn, Urteil vom 5.12.2000, 3 C 1440/00.

Dagegen entschied das LG Hamburg¹²³, dass auch ungewöhnlich starkes Rauchen und die damit zwangsläufig einhergehenden starken Nikotinablagerungen in einer Wohnung vom vertragsgemäßen Mietgebrauch gedeckt seien¹²⁴. Dem Vermieter steht dann kein Schadensersatzanspruch zu.

Dem widersprach der BGH¹²⁵: Rauchen in einer Mietwohnung geht über den vertragsgemäßen Gebrauch hinaus und begründet eine Schadensersatzpflicht des Mieters, wenn dadurch Verschlechterungen der Wohnung verursacht werden, die sich nicht mehr durch Schönheitsreparaturen¹²⁶ im Sinne des § 28 Abs. 4 Satz 3 der Zweiten Berechnungsverordnung beseitigen lassen, sondern darüber hinausgehende Instandsetzungsarbeiten erfordern. Das gilt unabhängig davon, ob ein Renovierungsbedarf bereits vorzeitig entsteht.

Ähnlich hatte zuvor bereits das LG Waldshut-Tiengen¹²⁷ entschieden: Da ein exzessives, zu einer nachhaltigen Schädigung führendes Verhalten des Mieters stets als vertragswidrig anzusehen ist, gilt dies auch für ein übermäßiges intensives Rauchen.

Auch das LG Koblenz¹²⁸ sah dies ähnlich: Exzessives Rauchen, das zu Verfärbungen von Holzpaneelen und von Silikonfugen führt, liegt nicht mehr im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietwohnung. Dem Vermieter steht insoweit ein Schadensersatzanspruch zu.

Weil es im Zuge der freien Lebensgestaltung dem Mieter gestattet sein muss, innerhalb der Wohnung zu rauchen, sind die damit zwangsläufig verbundenen Ablagerungen von Schadstoffen auf Fenstern, Rollladenkästen, Decken, Tapeten usw. dennoch nur in einem gewissen Rahmen noch als Folge der vertragsgemäßen Nutzung anzusehen¹²⁹. Ein exzessives, zu einer nachhaltigen Schädigung führendes Verhalten des Mieters ist stets als vertragswidrig anzusehen, dies muss auch für ein übermäßiges intensives Rauchen gelten. Wenn allerdings nur festgestellt wird, dass gewisse Farbunterschiede eingetreten sind, genügt dies nicht für die Annahme einer Vertragsverletzung. Zu berücksichtigen ist nämlich auch, dass solche Veränderungen nicht nur durch das Rauchen, sondern auch durch Lichtverhältnisse und sonstige Umwelteinflüsse nach einer Wohndauer von z. B. 5 Jahren hervorgerufen werden können.

Der Mieter ist gemäß §§ 535, 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er eine in neutraler Dekoration übernommene Wohnung bei Mietende in einem ausgefallenen farblichen Zustand (Anm.: auch nikotingelbbraun?) zurückgibt, der von vielen Mietinteressenten nicht akzeptiert wird. Exzessives Rauchen führt zu einer übermäßigen Abnutzung der Mieträume, die Beseitigungsmaßnahmen erfordert, die über normale Schönheitsreparaturen hinausgehen. Um Abnutzung der Mieträume geht es bei deren farblicher Gestaltung in ungewöhnlichen Farben jedoch nach Ansicht des BGH nicht. Maßnahmen zu deren Beseitigung sind deshalb im Rechtssinne auch keine Schönheitsreparaturen. Das zeigt schon die schlichte Überlegung, dass das berechtigte Interesse des Vermieters, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird, auch dann ohne Einschränkung zu bejahen ist, wenn der Mieter die Wohnung vor der Rückgabe in ungewöhnlichen Farben frisch renoviert hat.¹³⁰

¹²³ LG Hamburg, Urteil vom 26.4.2001, 333 S 156/00, WuM 2001, 469.

¹²⁴ im Anschluss an LG Köln, Urteil vom 19. 8. 1998, 9 S 188/98, NZM 1999, 456 und LG Saarbrücken, Urteil vom 25. 7. 1997, 13 B S 87/97, WuM 1998, 689.

¹²⁵ BGH, Urteil vom 5.3.2008, VIII ZR 37/07, ZMR 2008, 524.

¹²⁶ Vgl. Riecke/Mack, Schönheitsreparaturen, 3. Aufl., 2007, Rn. 53-57 zu Rauchverfärbungen.

¹²⁷ LG Waldshut-Tiengen, Urteil vom 4.8.2005, 1 S 4/05, DWW 2006, 287.

¹²⁸ LG Koblenz, Urteil vom 27.10.2005, 14 S 76/05, ZMR 2006, 288.

¹²⁹ LG Baden-Baden, Urteil vom 15.6.2001, 2 S 138/00, WuM 2001, 603.

¹³⁰ BGH, Urteil vom 6.11.2013, VIII ZR 416/12, MDR 2014, 78 = NZM 2014, 72.

Zum Fall eines starken Rauchers, der wegen unwirksamer Schönheitsreparaturklausel einen Anspruch auf Schönheitsreparaturen nach § 535 Abs.1 Satz 2 BGB gegen seinen Vermieter hatte, entschied das LG Frankenthal¹³¹: Wären die Schönheitsreparaturen (vom Vermieter) turnusmäßig durchgeführt worden, so wäre eine Vertiefung der Nikotinbeaufschlagung infolge Zeitablaufs verhindert und einer Beschädigung der Mietsache entgegen gewirkt worden.

5.2 (auch) im Treppenhaus bzw. Hausflur

Ein schwerwiegender schuldhafter Pflichtverstoß des Mieters i.S.v. § 543 Abs. 1 BGB, der die fristlose Kündigung rechtfertigt, liegt vor, wenn der Mieter in seiner Wohnung Zigaretten raucht, nicht ausreichend lüftet und die Aschenbecher nicht entleert und wenn er keine Maßnahmen dafür trifft, um zu verhindern, dass Zigarettenrauch in den Hausflur zieht, sondern dies durch sein vertragswidriges Verhalten sogar noch fördert¹³².

Wenn ein Mieter trotz starken Rauchens nicht ausreichend lüftet, die Holzrolläden vor seinem Wohnungsfenster auch bei seiner Abwesenheit ständig heruntergelassen lässt, sämtliche Abmahnungen des Vermieters ignoriert und so keine Verhaltensänderung bewirkt werden kann, dann ist auch zum Schutz der Gesundheit der Mitmieter eine fristlose Kündigung gerechtfertigt¹³³.

Zu Geruchsbelästigungen aus der Wohnung entschied das AG Bonn¹³⁴: Hat der Mieter den Hausfrieden in massiver Weise gestört, indem er nicht verhindert hat, dass aus seiner Wohnung ein penetranter Geruch über einen längeren Zeitraum entwichen ist, dessen Ursache ist in dem (ungepflegten) Zustand der Wohnung zu sehen ist, so ist zumindest eine ordentliche Kündigung nach § 573 Abs.2 Nr.1 BGB gerechtfertigt.

Nach Auffassung des AG Reichenbach¹³⁵ ist ein im Treppenhaus wahrnehmbarer Zigarettenrauch aus der Wohnung von den Nachbarn hinzunehmen, wenn nicht davon auszugehen ist, dass der Geruch nach Tabakrauch auch in fremde Wohnungen gezogen ist. Und wenn es im Treppenhaus im Vorbeigehen nach Rauch riecht, bedeutet dies keine Gesundheitsgefährdung, sondern allenfalls eine geringfügige Belästigung der Nase, die naturgemäß sich schon dadurch erledigt, dass der Belästigte weitergeht, wie es wohl ohnehin seine Absicht gewesen ist.

Dringt der Geruch von Zigarettenrauch aus der Nachbarwohnung wegen der biophysikalischen Bauweise des Gebäudes unabwendbar in die Mietwohnung, so ist nach LG Stuttgart¹³⁶ ein Mangel gegeben.,

5.3 Balkon

Wird die vertraglich vorausgesetzte Gebrauchstauglichkeit der Mietwohnung dadurch erheblich gemindert, dass die Mieter der darunter liegenden Wohnung in erheblichem Maße auf ihrem Balkon rauchen, und der Rauch in die Dachgaube und die Wohnung des (nicht rauchenden) Mieters zieht, so dass dieser gezwungen ist, eine Belüftung seiner Wohnung zu unterlassen, so stellt dies einen erheblichen Mangel dar, der eine Minderung der Miete um 5% rechtfertigt.¹³⁷ Bei normalen

¹³¹ LG Frankenthal, Urteil vom 19. 11. 2014, 2 S 173/14.

¹³² LG Düsseldorf, Urteil vom 26.6.2014, 21 S 240/13, ZMR 2014, 888 mit Anm. Schmid (a. A. BGH, Urteil vom 18.2.2015, VIII ZR 186/14).

¹³³ AG Düsseldorf, Urteil vom 31.7.2013, 24 C 1355/13, ZMR 2014, 372 (a.A. BGH vom 18.2.2015, VIII ZR 186/14).

¹³⁴ AG Bonn, Urteil vom 2.10.2014, 201 C 334/13.

¹³⁵ AG Reichenbach, Urteil vom 12.8.1993, C 88/93, WuM 1994, 322.

¹³⁶ LG Stuttgart, Urteil vom 27.5.1998, 5 S 421/97, WuM 1998, 724.

¹³⁷ LG Hamburg, Urteil vom 15.6.2012, 311 S 92/10, IMR 2013, 11 mit Anm. Riecke = NZM 2012, 806 = WuM 2012, 496.

Witterungsverhältnissen zog der Rauch nach oben und jedenfalls ein Teil des Rauchs verfrachtete sich in der Dachgaube und drang bei geöffnetem Fenster in die Wohnung des darüber wohnenden Mieters. Es ist nicht erforderlich, dass der Rauch vollständig in dessen Wohnbereiche eindringt, um eine Störung anzunehmen, da für einen Nichtraucher auch Anteile hiervon ausreichen, um einen unangenehmen Geruch zu empfinden, der - sobald er sich einmal in der Wohnung befindet - nur durch längeres Lüften wieder entfernt werden kann. Genau dies war aber dem betroffenen nicht ohne Weiteres möglich, weil er zu jeder Zeit damit rechnen musste, dass Rauch von unten heraufsteigt und daher sein Lüftungsverhalten und die Nutzung der Dachgaube beeinträchtigt war. Aus den genannten Gründen ist auch bei geringfügigem Wind von einer weiter bestehenden, ggf. leicht verminderten Belastung auszugehen, allenfalls bei stärkerem konstanten Wind dürfte die Belastung des Beklagten gering gewesen sein.

Die vertraglich vorausgesetzte Gebrauchstauglichkeit einer Mietwohnung ist erheblich gemindert, wenn die Mieter der darunter liegenden Wohnung in erheblichem Maße auf ihrem Balkon rauchen und dieser Rauch in die Wohnung des Mieters zieht bzw. dieser aufgrund dieses Umstands gezwungen ist, eine Belüftung der Wohnung zu unterlassen. Die Beeinträchtigung durch in einer Stunde mehrmals auftretenden, starken aufziehenden Rauch, der bei dem im Sommer jedenfalls erforderlichen Lüften des Hauptzimmers in die Wohnung in unangenehmer, störende Weise eindringt, berechtigt den Beklagten zur Minderung in Höhe von 10 % der Bruttomiete.¹³⁸

Belästigungen durch Tabakrauch vom Nachbarbalkon des Wohnhauses, d.h. die durch den aufgehenden Rauch registrierten Unannehmlichkeiten, muss der Mieter hinnehmen. Der Vermieter ist insoweit nicht schutzpflichtig. Mit einem exzessiven Rauchgenuss kann eine nicht ohne Schwierigkeiten wegzulüftende Geruchsbeeinträchtigung auftreten, die durchaus sehr lästig sein kann. Auch das sog. Passivrauchen kann gesundheitsschädlich sein¹³⁹, so dass ein Anspruch auf einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz¹⁴⁰ besteht. Andererseits gehört das Rauchen trotz aller medizinisch begründeten Ratschläge und Warnungen zu den verbreiteten und gesellschaftlich weithin akzeptierten menschlichen Verhaltensformen, die ihrerseits unter den Grundrechtsschutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach Artikel 2 Abs. 1 GG fallen. Es gibt bislang keine gesetzlichen Bestimmungen, die das Rauchen zum Schutz nichtrauchender Mieter generell verbieten, und es kann nicht Aufgabe der Zivilgerichte sein, hier anstelle des Gesetz- oder Verordnungsgebers tätig zu werden.

Soweit ein Mitmieter auf dem Balkon der Wohnung, damit praktisch "im Freien" raucht, bewegt er sich im Rahmen der ihm von der Verfassung eröffneten Freiräume¹⁴¹. Sowie der rauchende Mieter es nicht verhindern kann, dass ein Spaziergänger vor dem Haus stehen bleibt und sich dort eine Zigarette anzündet, deren aufsteigender Rauch u. a. auch in ihre Räumlichkeiten dringt, dass Kraftfahrzeuge vor der Wohnung der Beklagten verkehren, deren Abgase u.a. auch in ihre Wohnung dringen, hat der sich vom Rauch gestört fühlende Mieter den Rauchgenuss der Mitmieter auf dem Balkon der Wohnung hinzunehmen. Das bedeutet, dass er selbst dafür Sorge tragen muss, durch geeignete Maßnahmen das Eindringen von Tabakrauch in die Wohnung zu verhindern.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, der Belästigung zu entgehen. So können Fenster zeitweise geschlossen und in rauchfreien Zeiten zur Lüftung geöffnet werden. Auch aufgrund der Tatsache, dass sich die Windrichtung hin und wieder dreht und damit keine permanente Belästigung besteht,

¹³⁸ LG Berlin, Urteil vom 30.4.2013, 67 S 307/12, NZM 2013, 810.

¹³⁹ vgl. etwa Jahn, MedR 1989, 227 (228).

¹⁴⁰ BAG, Urteil vom 17.12.1998, 9 ARZ 84/97, NZA 1998, 1231 = NJW 1999, 162.

¹⁴¹ AG Bonn, Urteil vom 9.3.1999, 6 C 510/98, NZM 2000, 33 = WuM 1999, 452.

ist diese Situation nicht mit einem Passivrauchen in einem gemeinsamen, geschlossenen Raum, etwa am Arbeitsplatz, in öffentlichen Verkehrsmitteln oder in einem Gasthaus, vergleichbar.¹⁴²

Nach Ansicht des LG Potsdam¹⁴³ haben Mieter einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus in der Regel gegen andere Mieter keinen Anspruch darauf, das Rauchen auf dem benachbarten Balkon zu festen bestimmten Tageszeiten zu unterlassen. Diese Entscheidung hat der BGH¹⁴⁴ am 16.1.2015 aufgehoben und u.a. festgestellt: „*Einem Mieter steht gegenüber demjenigen, der ihn in seinem Besitz durch sog. Immissionen stört (zu diesen gehören Lärm, Gerüche, Ruß und eben auch Tabakrauch), grundsätzlich ein Unterlassungsanspruch zu. Das gilt auch im Verhältnis von Mietern untereinander. Der Abwehranspruch ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Rauchen eines Mieters im Verhältnis zu seinem Vermieter grundsätzlich zum vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung gehört. Denn vertragliche Vereinbarungen zwischen einem Mieter und seinem Vermieter rechtfertigen nicht die Störungen Dritter. Der Abwehranspruch ist jedoch ausgeschlossen, wenn die mit dem Tabakrauch verbundenen Beeinträchtigungen nur unwesentlich sind. Das ist anzunehmen, wenn sie auf dem Balkon der Wohnung des sich gestört fühlenden Mieters nach dem Empfinden eines verständigen durchschnittlichen Menschen nicht als wesentliche Beeinträchtigung empfunden werden.*

Liegt hingegen nach diesem Maßstab eine als störend empfundene – also wesentliche – Beeinträchtigung vor, besteht der Unterlassungsanspruch allerdings nicht uneingeschränkt. Es kollidieren zwei grundrechtlich geschützte Besitzrechte, die in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen. Einerseits steht dem Mieter das Recht auf eine von Belästigungen durch Tabakrauch freie Nutzung seiner Wohnung zu, andererseits hat der andere Mieter das Recht, seine Wohnung zur Verwirklichung seiner Lebensbedürfnisse - zu denen auch das Rauchen gehört - zu nutzen. Das Maß des zulässigen Gebrauchs und der hinzunehmenden Beeinträchtigungen ist nach dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme zu bestimmen. Im Allgemeinen wird dies auf eine Regelung nach Zeitabschnitten hinauslaufen. Dem Mieter sind Zeiträume freizuhalten, in denen er seinen Balkon unbeeinträchtigt von Rauchbelästigungen nutzen kann, während dem anderen Mieter Zeiten einzuräumen sind, in denen er auf dem Balkon rauchen darf. Die Bestimmung der konkreten Zeiträume hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Sollte die Geruchsbelästigung nur unwesentlich sein, kommt ein Abwehranspruch in Betracht, wenn Gefahren für die Gesundheit drohen.

Immissionen, die die Gefahr gesundheitlicher Schäden begründen, sind grundsätzlich als eine wesentliche und damit nicht zu duldende Beeinträchtigung anzusehen. Bei der Einschätzung der Gefährlichkeit der Einwirkungen durch aufsteigenden Tabakrauch ist allerdings zu berücksichtigen, dass im Freien geraucht wird. Insoweit kommt den Nichtraucherschutzgesetzen des Bundes und der Länder, die das Rauchen im Freien grundsätzlich nicht verbieten, eine Indizwirkung dahingehend zu, dass mit dem Rauchen auf dem Balkon keine konkreten Gefahren für die Gesundheit anderer einhergehen. Nur wenn es dem Mieter gelingt, diese Annahme zu erschüttern, indem er nachweist, dass im konkreten Fall der fundierte Verdacht einer Gesundheitsbeeinträchtigung besteht, wird eine wesentliche Beeinträchtigung vorliegen und deshalb eine Gebrauchsregelung getroffen werden müssen.“

Erst wenn Feststellungen getroffen sind, ob der Rauch auf dem Balkon des klagenden Mieters als störend wahrnehmbar ist oder, wenn das zu verneinen sein sollte, ob vom Tabakrauch

¹⁴² AG Wennigsen, Urteil vom 14.9.2001, 9 C 156/01, WuM 2001, 487.

¹⁴³ LG Potsdam, Urteil vom 14.3.2014, 1 S 31/13, NZM 2014, 863 = NJW-RR 2014, 1418.

¹⁴⁴ BGH, Urteil vom 16.1.2015, V ZR 110/14.

gesundheitliche Gefahren ausgehen, kommt eine zeitabschnittsweise Regelung in Betracht. Dies wird nunmehr vom LG Potsdam zu klären sein, an das der BGH das Verfahren zurückverwiesen hat.

5.4 Minderungssachverhalte

Rügt ein Wohnraummieter, dass die Versorgungsschächte in seiner Wohnung nicht ordnungsgemäß abgedichtet sind und deshalb in erheblichem Umfang Zigarettenrauch aus der unteren Wohnung in seine Wohnung dringt, so liegt darin (insbesondere unter Berücksichtigung einer Erkrankung der Ehefrau des Mieters) ein Mangel, der nach AG Kerpen¹⁴⁵ zur Mietminderung (hier: um 5%) berechtigt.

Ähnlich entschied auch das AG Lübeck¹⁴⁶: Die Höhe der Minderung ist mit 5 % anzunehmen. Dabei wird berücksichtigt, dass die Beeinträchtigung nicht durchgehend bestand, sondern sich lediglich an bestimmten Tageszeiten (am Morgen oder Spätnachmittag) bemerkbar machte. Zudem war eine Beeinträchtigung auch nur gegeben, wenn in der Ferienwohnung Raucher wohnten. In bestimmten solchen Phasen mag - isoliert betrachtet - die Minderungsquote auch noch höher anzusetzen sein.

Nach LG Berlin¹⁴⁷ ist kalter Zigarettenrauch jedenfalls eine negative Abweichung vom vertragsgemäßen Zustand. Da es sich auch nicht lediglich um eine unerhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung handelt, die mit der Zigarettengeruchsbelästigung verbunden ist, ist die Miete gemindert. Wenn das Wohnzimmer betroffen ist als der für die Wohnung zentrale Raum mit hoher Bedeutung für die Wohnungsnutzung, ist eine Minderung um die 10 % der Miete gerechtfertigt. Denn kalter Zigarettengeruch mindert das Wohlbefinden im Allgemeinen erheblich und verursacht ein unangenehmes Wohngefühl, zumal für selbst nicht rauchende Mieter.

Dringen Essensgerüche und der Geruch von Zigarettenrauch aus der Nachbarwohnung wegen der biophysikalischen Bauweise des Gebäudes unabwendbar in die Mietwohnung, so ist ein Mangel gegeben, der die Miete (hier: um 20%) mindert.¹⁴⁸

5.5 Fazit zum Mietrecht

1. Nur im Wege der Individualvereinbarung kann wirksam ein Rauchverbot (rauchfreie Zone „Mietwohnung“) konstituiert werden. In Anlehnung an Harsch¹⁴⁹ und Reichhart/Dittmann¹⁵⁰ könnte formuliert werden: „Dem Mieter ist es untersagt in den Mieträumen zu rauchen, es sei denn der Mieter kann nachträglich wichtige Gründe geltend machen, die eine Ausnahme hiervon als gerechtfertigt erscheinen lassen. Der Mieter verpflichtet sich, alles in seiner Macht stehende zu tun, damit auch mit ihm dort wohnende Personen (insbesondere Ehegatten, Kinder, Untermieter etc.) sowie von ihm in die Wohnung gelassene Dritte (insbesondere Besucher; Handwerker etc.) sich an das Rauchverbot halten.“

2. Dem Vermieter stehen nur Ansprüche aus den §§ 541 bzw. 1004 BGB zu. Eine Vertragsstrafe kann wegen § 555 BGB nicht wirksam vereinbart werden.¹⁵¹

¹⁴⁵ AG Kerpen, Urteil vom 28.4.2010, 110 C 212/09, WuM 2010, 764 f.

¹⁴⁶ AG Lübeck, Urteil vom 15.10.2013, 27 C 1549/13, WuM 2014, 138.

¹⁴⁷ LG Berlin, Urteil vom 7.10.2008, 65 S 124/08.

¹⁴⁸ LG Stuttgart, Urteil vom 27.5.1998, 5 S 421/97, WuM 1998, 724.

¹⁴⁹ Harsch, WuM 2009, 78 unter 4.

¹⁵⁰ Reichhart/Dittmann ZMR 2011, 925 f unter 3.a).aa).

¹⁵¹ Harsch, WuM 2009, 78 unter 6.

Der Satz: „Rauchen gefährdet den Geldbeutel“¹⁵² gilt für Vermieter und Mieter.

Deshalb erscheint es zur Vermeidung von Minderungstatbeständen einen Versuch wert, als negative Beschaffenheitsvereinbarung in den Mietvertrag aufzunehmen, dass Beeinträchtigungen durch Rauch aus anderen Wohnungen nicht ausgeschlossen sind¹⁵³.

Zu Recht weist Wietz¹⁵⁴ darauf hin, dass bei Störungen durch tatsächlich unbeherrschbaren Rauch nicht in Ermangelung gesetzlicher Grenzwerte dazu kommen darf, dass gar keine Grenzen gezogen werden.

3. Der Vermieter, der ein total rauchfreies Haus den Mietern garantieren möchte, ist schon in der Klemme.

Sichert er den ersten Mietern im Neubau zu, künftig mit allen Mietern „Nichtraucherabreden“ zu treffen, so dokumentiert er selbst, dass er von der Regelung nicht abgehen will (= kein Aushandeln, sondern Bedingungsdictat), diese mehrfach bzw. immer verwenden will (= typisch für Formulklauseln) und muss deshalb die AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff BGB fürchten.

Wenn ein Mieter in seiner Wohnung dann doch mal rauchen will, ist dies nicht wirksam untersagt.

Es nützt auch wenig, dem Mieter zu signalisieren, dass er ähnlich einer „aufgedrängten“ Bürgschaft¹⁵⁵ die Nichtraucherabrede im vorausseilenden Gehorsam anbieten sollte/müsste, um die Wohnung zu bekommen.

Vielleicht müssen die Mieter bald eine Nichtraucher-GbR gründen, die dem Vermieter passende vertraglich gebundene Mietinteressenten benennt!?

¹⁵² Stangl ZMR 2002, 735 unter 3.

¹⁵³ Jahreis WuM 2013, 28, 29.

¹⁵⁴ Wietz, WuM 2014, 518 ff unter V.2.

¹⁵⁵ Riecke in PWW § 551 Rn. 12 a.E: LG Berlin, Beschlüsse vom 14.4. und 7.4.2014, 65 S 469/13, ZMR 2014, 790 r. Sp.