

Regine Paschke

VorsRiLG Berlin

Vortrag auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2008 in Dortmund

Rauchverbote im Mietverhältnis

I. Einleitung: Zur Historie der Rauchverbote

"Das Rauchen macht dumm; es macht unfähig zum Denken und Dichten. [...] Die Raucher verpesteten die Luft weit und breit und ersticken jeden honetten Menschen, der nicht zu seiner Verteidigung zu rauchen vermag. Wer ist denn imstande, in das Zimmer eines Rauchers zu treten, ohne Übelkeit zu empfinden?"

- Johann Wolfgang von Goethe, Brief an Karl Ludwig von Knebel

Während um 1930 etwa 80 % der deutschen Männer und 20 % der Frauen rauchten, sind heute ungefähr noch 25 % der deutschen Bevölkerung ab 15 Jahren Raucher. Sie befinden sich in guter Tradition: Bereits um 500 v. Chr. rauchten die Maya-Priester, wie man durch entsprechende bildliche Darstellungen weiß. Mit Columbus kam dann der Tabak im 15. Jahrhundert vermutlich von den Bahamas nach Europa, wo man bis zu diesem Zeitpunkt noch Lavendel durch die Nase inhalieren musste. Damit endete zugleich die Konzentration auf den rituellen Charakter des Rauchens, den die Tätigkeit bis dato hatte, wenn Priester und Medizinmänner zum Zwecke des so genannten „Rauchopfers“ qualmten.

Das Wort Tabak stammt wahrscheinlich von den Antillen, wo das Rauchrohr „tobago“ genannt wurde.

Nun zur historischen Kehrseite des Themas: Allererste überlieferte Rauchverbote gab es bereits im Jahr 1575 – interessanterweise - für den Aufenthalt in den Kirchen Mexikos.

Europa war länger liberal: Nachdem im Verlaufe des Dreißigjährigen Kriegs deutsche Soldaten die neue Gewohnheit in die gesamte Bevölkerung getragen hatten, vermutete man – nicht ganz zu Unrecht - medizinische Heilwirkungen im Tabaksaft (z. B. für die Wundbehandlung) und begann im 17. Jahrhundert, den Verkauf auf Apotheken zu beschränken. Verstöße hiergegen wurden in Köln mit 50 Goldgulden geahndet, während zur gleichen Zeit im Osmanischen Reich unter Sultan Murad IV. das Rauchen schon mit dem Tode bestraft wurde

Vergleichsweise milde wurde parallel in Russland der Tabakkonsum „nur“ mit dem Aufreißen der Nase und dem Aufschneiden der Lippen geahndet. In

Deutschland stand im Herzogtum Lüneburg auf einen Verstoß gegen das Rauchverbot immerhin bis 1692 die Todesstrafe.

Nachvollziehbar ist, dass in den Schützengräben des 1. Weltkriegs das Rauchen aus eher pragmatischen Gründen verboten war, um dem Feind mit dem Anzünden und Aufglimmen der Zigarette nicht die Position des Soldaten zu verraten; indes setzte sich die Raucherverfolgung aus anderen Motiven im 20. Jahrhundert mehr oder weniger erfolglos fort: Die Nazis legten großen Wert auf die Tatsache, dass Churchill, Roosevelt und Stalin rauchten, während Hitler, Mussolini und Franco Nichtraucher waren. Hitler selbst führte den Aufstieg des Nationalsozialismus darauf zurück, dass er das Rauchen aufgegeben hatte: Im Jahr 1919 hatte er seine Zigaretten in die Donau geworfen und nie wieder eine angerührt. Tabak war Hitlers „Tischgesprächen“ zufolge die Rache des Roten Mannes dafür, dass der Weiße ihm den Schnaps gebracht und ihn dadurch zugrunde gerichtet habe.

Zu den „Neuerungen“ dieser dunklen Epoche zählen auch der Begriff des Passivrauchens und das Einführen von Nichtraucher-Abteilen in Zügen, was allerdings die Nazis nicht daran hinderte, Zigaretten mit Namen wie „Sturm“ und „Trommler“ einzusetzen, um mit dem Verkauf dieser Produkte die SA zu finanzieren. Infolgedessen gelang es damals dem Konzern Philipp Morris, im Rahmen von Werbekampagnen den ziemlich debilen Vergleich von Nichtraucherzonen mit Judenghettos ins Spiel bringen.¹

Jetzt zu den positiven Aspekten der relativen Erfolglosigkeit von Anti-Rauchermaßnahmen: Durch die Verringerung der Lebenserwartung hat das Rauchen einen deutlich entlastenden Effekt auf das Rentensystem. Weiterhin sinkt dadurch der Kostenaufwand, den die Raucher voraussichtlich für das Gesundheitswesen durch teure Behandlung von altersbedingten Erkrankungen und vor allem für die Pflegeversicherung im Alter durch zunehmend dementen Zustand verursachen würden, wenn sie dann noch lebten. Die Studie „The Health Care Costs of Smoking“ (1997) gelangt zu dem Ergebnis: „Falls alle Raucher aufhören würden zu rauchen, würden die Gesundheitskosten zuerst niedriger sein, aber nach 15 Jahren würden sie höher sein als in der Gegenwart.“ Andere Studien kommen – das soll nicht verschwiegen werden - zum gegenteiligen Ergebnis.

Seit dem 1. 9. 2007 gilt in Deutschland das Bundesnichtraucherschutzgesetz, das das Rauchen in Einrichtungen des Bundes, Verkehrsmitteln des öffentlichen Nahverkehrs und in Personenbahnhöfen der öffentlichen Eisenbahnen untersagt, jedoch die Einrichtung gesonderter, hierfür gekennzeichnete Räume gestattet.

¹ Robert Proctor, US-amerikanischer Wissenschaftshistoriker und Wissenschaftstheoretiker mit dem Schwerpunkt Biomedizin u. a. in Süddeutsche Zeitung vom 2. 1. 2007

Kurz danach hat der Bund den Nichtraucherschutz zur Ländersache erklärt, indem er die Zuständigkeit für das Gaststättengesetz auf die Bundesländer übertrug. Die Bundesländer haben noch im Laufe des Jahres 2007 mit unterschiedlichen Zeitpunkten des Inkrafttretens und mit divergierenden Inhalten Nichtraucherschutzgesetze für ihre öffentlichen Einrichtungen sowie Rauchverbotsregelungen für gastronomische Betriebe erlassen, deren Ausnahmen zur Zeit mit Leidenschaft diskutiert werden.

II. Rauchen im Wohnraummietverhältnis

Eine Berliner Hausverwaltung begann im Dezember 2007 mit der vermeintlichen Umsetzung der in Berlin ab 1. 1. 2008 geltenden Nichtraucherschutzregeln: In einem Aushang teilt sie den Mietern mit, dass aufgrund der neuen rechtlichen Lage, zu deren Umsetzung sie verpflichtet sei, den Mietern des Hauses ab sofort das Rauchen im Treppenhaus und auf den Balkonen nicht mehr gestattet ist.

Darüber hinaus fordert die Hausverwaltung auf: *"Sofern Sie in Ihrer Wohnung rauchen, stellen Sie sicher, dass Fenster und Wohnungstür dabei geschlossen bleiben."* Denn auch über Fenster und Balkone dürfe kein Rauch in andere Wohnungen gelangen.

Möglicherweise hat man sich hier voreilig an Silicon Valley orientiert: In Belmont (Kalifornien) soll nämlich ab 1. 1. 2009 das Rauchen von Zigaretten auch in den eigenen vier Wänden verboten werden. Von dieser strikten Vorschrift sind die Bewohner der dortigen Appartementshäuser betroffen, in denen sich Anwohner über eine mögliche Rauchbelästigung aus der Nachbarwohnung beschweren könnten. Verstöße gegen das Rauchverbot in den Mehrfamilienhäusern könnten mit einer Strafe von bis zu 1000 Dollar geahndet werden. Die Polizei will aber nur kontrollieren, falls eine Beschwerde vom Nachbarn eingeht.

Soweit ist man in Deutschland noch nicht – in der Begründung zum Nichtraucherschutzgesetz für Nordrhein-Westfalen heißt es ausdrücklich: *„Das Rauchverbot gilt schließlich nicht in solchen Räumen nach § 2, die ausschließlich Wohn- und Übernachtungszwecken und damit der Privatsphäre zuzurechnen sind wie etwa Dienstwohnungen, Hausmeisterwohnungen o.Ä. Das Rauchen ist dann in abgeschlossenen Räumlichkeiten erlaubt, wenn diese Räume der privaten Unterkunft dienen. Diese Ausnahmemöglichkeit trägt dem Schutzzweck des Art. 13 GG Rechnung, wonach der Schutzbereich der Wohnung, wozu z.B. auch eine Unterkunft in einer Pflegeeinrichtung gehört, verfassungsrechtlich garantiert ist. Die Häuslichkeit der bewohnten Zimmer muss gewahrt bleiben, gesetzliche Rauchverbote sind daher nicht geboten.“* Entsprechendes findet sich in den übrigen Landesgesetzen zum Nichtraucherschutz.

Das führt nahtlos zu der Frage, ob – und falls ja, in welchem Umfang - im Rahmen des Wohnraummietverhältnisses hierzulande das Rauchen *zivilrechtlich* -

- im Treppenhaus
- auf dem Balkon
- und in der Wohnung

gestattet ist bzw. ob und wie es vom Vermieter untersagt werden kann.

1. während des Mietverhältnisses

a) im Treppenhaus

Mit Beschluss vom 31.1.2000 untersagte das *AG Hannover* gem. §§ 15 III, 14 Nr. 1 WEG einem Wohnungseigentümer das Rauchen im Treppenhaus. Die Mieter eines anderen Wohnungseigentümers hatten sich dadurch gestört gefühlt, dass ihr Mitbewohner im Treppenhaus täglich bis zu fünf Zigaretten rauchte, um seine Ehefrau vor dem blauen Dunst in der Wohnung zu bewahren.

Es widerspreche der Zweckbestimmung eines *Treppenhauses*, dieses zum Rauchen aufzusuchen und dort so lange zu verweilen, bis der Rauchvorgang abgeschlossen sei. Durch diese zweckbestimmungswidrige Nutzung des Treppenhauses würden die übrigen Wohnungseigentümer in ihren Rechten beeinträchtigt. Rauch verbleibe im Treppenhaus und ziehe auf den Dachboden, der als Trockenboden genutzt werde. Dass eine Beeinträchtigung durch Rauchen auch bei geöffneten Fenstern möglich sei, ergebe sich aus dem Umstand, dass der Rauchende im Treppenhaus rauche, weil seine Ehefrau das Rauchen in der Wohnung nicht vertrage. Wenn das Rauchen aber seine Frau in der Wohnung beeinträchtige, dann sei nicht ersichtlich, aus welchem Grund die übrigen Bewohner des Hauses im Treppenhaus durch sein Rauchen nicht beeinträchtigt sein könnten.²

Eines ist dabei klar: Das Treppenhaus gilt regelmäßig als mit vermietet; es ist unzweifelhaft zur *Mitnutzung* überlassener Mietgegenstand. Die Abwägung der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter - die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 GG einerseits und das Recht auf störungsfreien Besitz aus §§ 535 S. 1, 536 BGB andererseits - soll nach einer Meinung nun unter Berücksichtigung des Gebots der gegenseitigen Rücksichtnahme und dem Grundsatz, dass geringfügige Beeinträchtigungen im Mietgebrauch hinzunehmen sind, sowie eingedenk der eben dargestellten Überlegungen des *AG Hannover* zu dem Ergebnis führen, dass nicht nur starkes,

² AG Hannover vom 31. 1. 2000 – 70 II 414/99, NZM 2000, 520.

sondern jedes Rauchen im Treppenhaus einen Unterlassungsanspruch der Mitmieter aus §§ 862 I, 858 I, 1004 BGB begründe, das über bloß zufälliges Rauchen anlässlich des Betretenmüssens des gemeinsamen Treppenhauses auftritt. Denn anders als beim Rauchen auf dem Balkon rauche der Mieter innerhalb des Wohnhauses und damit nicht „im Freien“.³

b) auf dem Balkon

Zugleich soll aber das „gelegentliche und mäßige“ Rauchen auf dem (zur alleinigen Nutzung überlassenen) *Balkon* nach gleicher Ansicht nicht zum Unterlassungsanspruch des Nachbarn aus §§ 862, 858 BGB führen, das „starke“ Rauchen dort schon!⁴

Natürlich wird das Recht auf ungestörten Gebrauch der Mietsache eingeschränkt durch das in § 242 BGB enthaltene Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme und dem § 536 Abs. 1 S. 3 BGB zu entnehmenden Grundsatz, dass geringfügige Beeinträchtigungen im Mietgebrauch hinzunehmen sind. Aber das Problem stellt sich doch weniger im rechtlichen, als vielmehr im tatsächlichen Sinne, nämlich bei der Lösung des Rätsels um die *Exzesse*, also der Frage, ob bei übermäßigem Rauchen der vertragsgemäße Gebrauch überschritten wird und wann dieser ggf. anfängt.⁵

So hat auch letztlich zu Recht das OLG Düsseldorf die Frage, ob das Abbrennen einer Duftkerze auf dem Balkon eines Wohnungseigentümers eine bestimmungswidrige Benutzung des Sondereigentums darstellt, als von den in ihrer Gesamtheit zu würdigenden Gegebenheiten (Geruchsintensität, Häufigkeit, schikanöse Begleitumstände etc.) abhängendes Einzelfallproblem gesehen.⁶

Das BayObLG, das einen WEG-Beschluss betreffend ein eingeschränktes Rauchverbot „*soweit jemand durch das Rauchen eines anderen Eigentümers oder Hausbewohners eine Beeinträchtigung erleidet...*“ zu überprüfen hatte, weil ein Wohnungseigentümer eine weitergehende Regelung wünschte, führt hierzu aus: „...*bei dem sehr kurzen Zeitraum, den sich der Ast. jeweils im Treppenhaus oder im*

³ Dr. Stapel, Rauchende Mieter – ja und?, NZM 2000, 595

⁴ Dr. Stapel, a. a. O., AG Bonn vom 9. 3. 1999

⁵ So auch: Börstinghaus, Verwahrlosung, Lärm und Nachbarstreit im Wohnraummietrecht, NZM 2004, 48 ff., zu Recht offengelassen von: BGH Urteil vom 28. 6. 2006 – VIII ZR 124/05, NJW 2006, 2915

⁶ OLG Düsseldorf vom 16. 5. 2003 – 3 Wx 98/03, NZM 2003, 605

Aufzug aufhalten muss, wenn er seine Wohnung verlässt oder zu ihr zurückkehrt, kann die durch das Passivrauchen hervorgerufene Gefahr für die Gesundheit 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.“⁷

Das hat allerdings nichts mit der Frage zu tun, ob der Vermieter für derartige Gemeinschaftsflächen generelle Rauchverbote aussprechen kann, worauf noch einzugehen ist.

c) in der Wohnung

In der Wohnung stellt sich die Lage noch eindeutiger dar, weil eine Belästigung Dritter eher fernliegend ist.

Deshalb ist der BGH auch völlig richtig in seiner viel diskutierten Entscheidung vom 28. 6. 2006 davon ausgegangen, dass im Falle von Nikotinspuren an Tapeten und Deckenanstrich im Ansatz eine über den vertragsgemäßen Gebrauch hinausgehende Schädigung der Mietsache, die zur Schadensersatzpflicht des Mieters führen würde, nicht vorliegt. Denn ein Mieter, der in der gemieteten *Wohnung* raucht und hierdurch während der Mietdauer Ablagerungen verursacht, verhalte sich grundsätzlich nicht vertragswidrig.⁸ Ein nicht mehr vertragsgemäßer Gebrauch der Wohnung liege allenfalls bei exzessivem Rauchen in der Wohnung vor.

In konsequenter Fortführung dieser Ansicht hat der BGH jüngst bestätigt, dass ein Schadensersatzanspruch des Vermieters aufgrund starken Rauchens der Mieter zwar – *unabhängig vom Fristablauf!* - denkbar sei, wenn nämlich dadurch Verschlechterungen hervorgerufen würden, die sich nicht mehr durch Schönheitsreparaturen im Sinne des § 28 Abs. 4 Satz 3 der II. BVO beseitigen ließen, sondern *darüber hinaus gehende Instandsetzungsarbeiten* erforderten.⁹ Von welcher Intensität der Zigarettenkonsum jedoch sein müsste, um mehr als die Neutapezierung und Lackierarbeiten nötig zu machen, kann man nur erahnen. Faktisch dürfte ein derartiger ersatzfähiger Schaden so gut wie nie vorliegen. Da im vorstehenden Fall offensichtlich die Abwälzung der Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auf die Mieter unwirksam war, kann möglicherweise – *bei wirksamer Überbürdung* – eine vor Ablauf der Regelfristen eintretende übermäßige Abnutzung grundsätzlich weiterhin in Betracht kommen.

⁷ BayObLG Beschluss vom 25. 3. 1999 – 2 Z BR 105/98, NZM 1999, 504

⁸ BGH, a. a. O.

⁹ BGH vom 5. 3. 2008 – VIII ZR 37/07 (Presseerklärung vom 5. 3. 2008, Nr. 43/2008)

Diese Erwägungen sind ohne weiteres auf etwaige Unterlassungs- und Minderungsansprüche von Mitmietern übertragbar: Wenn in den Mieträumen selbst das „normale“ Rauchen vom vertragsgemäßen Gebrauch gedeckt ist, dann kann für das Rauchen auf dem zur alleinigen Nutzung überlassenen Balkon, der zur Mietsache gehört (!), erst recht nicht und auch nicht im Treppenhaus, dessen Mitnutzung durch das Mietverhältnis selbstverständlich gestattet ist, etwas anderes gelten! Dass im Rahmen seines bestimmungsgemäßen Gebrauchs das Treppenhaus *in erster Linie* dem Zweck dient, die Mietwohnung im Mehrfamilienhaus zu erreichen, schließt meines Erachtens weder ein dort spontan stattfindendes 20 minütiges Schwätzchen mit dem Nachbarn noch das beiläufige Rauchen einer Zigarette aus, so lange der Brandschutz nicht beeinträchtigt ist. Weder das eine noch das andere dürfte zum Schwerpunkt der Treppenhausnutzung gehören, ohne dass es deshalb von vornherein vertragswidrig wäre.

Mit deutlichen Worten stützt das LG Karlsruhe, dessen Urteil der BGH in seiner Entscheidung ausdrücklich zitiert, den Freiheitsgedanken des Art. 2 GG, der in den gemieteten vier Wänden entschieden weniger Schranken unterliegt, als außerhalb derselben: *„Rauchen ist als Konsequenz freier Willensentscheidung als Teil sozialadäquaten Verhaltens zumindest in der vom Mieter bewohnten Wohnung als Zentrum seiner Lebensgestaltung hinzunehmen.“*¹⁰ Das LG Hamburg – ebenfalls vom BGH in Bezug genommen – scheint zu großzügiger Auslegung der Begrifflichkeit des vertragsgemäßen Gebrauchs zu neigen: *„Auch ungewöhnlich starkes Rauchen und die damit zwangsläufig einhergehenden starken Nikotinablagerungen in einer Wohnung sind vom vertragsgemäßen Mietgebrauch gedeckt...“*¹¹

Zutreffend weist Langenberg darauf hin,¹² dass vertragsgemäßes Verhalten justiziabel und daher nach § 541 BGB die Unterlassung vertragswidrigen Verhaltens einklagbar ist: Konsequenterweise müsste bei Annahme bestimmter Grenzen hinsichtlich des Umfangs der noch erlaubten Rauchmenge/-Intensität der Vermieter vom Wohnungsmieter die Einhaltung dieser Grenzen verlangen können. So wäre mithin der Mieter auf die Reduzierung seines Tabakkonsums auf eine vermeintlich noch hinnehmbare Menge in Anspruch zu nehmen – das ist abwegig und unpraktikabel. Es ist bereits deshalb überzogen, weil Rauchen selbst zum einen nicht illegal ist,¹³ zum anderen aber auch im Falle der Ausübung illegaler Tätigkeiten in der Wohnung (der Mieter ist Hehler, schlägt seine Frau und konsumiert Marihuana) nicht sogleich der

¹⁰ LG Karlsruhe vom 14. 1. 2000 – 9 S 119/99, WuM 2002, 50

¹¹ LG Hamburg vom 26. 4. 2001 – 333 S 156/00, WuM 2001, 469

¹² Langenberg in Schmidt/Futterer, Mietrecht 9. Aufl., § 538 Rn 99 (zur Abgrenzung zwischen Schönheitsreparaturen und Beschädigungen)

¹³ BSozG vom 9. 10.2007 – B 5b/8 KN 2/07 R, noch unveröffentlicht

Gebrauchsinhalt des Wohnens tangiert wird. Das kommt lediglich in Betracht, wenn sich die Ungesetzlichkeit unmittelbar auf den Gebrauch der Wohnung bezieht (z. B. ausländerrechtlich illegaler Aufenthalt). Niemand käme auf die Idee, den per Haftbefehl gesuchten, sich in der gemieteten Wohnung verbergenden Mieter wegen vertragswidrigen Gebrauchs derselben aus § 541 BGB in Anspruch zu nehmen.

2. Beginn und Ende des Mietverhältnisses

Im Rahmen der Kontrahierungsfreiheit steht es dem Vermieter natürlich frei, die Wohnung nur an Nichtraucher zu vermieten. Problematisch dürfte es sein, diesen berechtigten Wunsch in die Tat umzusetzen. Deshalb wäre grundsätzlich die (möglichst) schriftliche Vereinbarung eines Rauchverbots *in der Wohnung* erforderlich, das der BGH in seinem ersten „Raucher-Urteil“ ausdrücklich für möglich erachtet hat.¹⁴

a) Formularmäßiges Rauchverbot

In Form von AGB wird dies meines Erachtens kaum möglich sein. Ein generelles und ausnahmsloses Rauchverbot *für die Wohnung* dürfte gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB verstoßen, weil ein solches Verbot wesentliche Rechte des Mieters (die Freiheit, sein Leben in der Wohnung individuell zu gestalten, Art. 2 Abs. 1 GG) derart einschränkt, dass der Vertragszweck gefährdet ist: Das immense Ausmaß der Einflussnahme des Vermieters auf die Lebensführung des Mieters in dem auch durch Art. 13 GG geschützten Raum würde die ihm durch das Mietverhältnis vertraglich gewährte Nutzungs- und Gebrauchsmöglichkeit schwer beeinträchtigen! Ein Alkoholenussverbot in der Wohnung wäre der nächste Schritt!

Für Gemeinschaftsräume und -flächen, bei denen in ungleich größerem Maße die Rechte der anderen (Mit-)Nutzer tangiert sind, gilt indes anderes: Hier ist – mangels geringerer Einschränkung und niedrigerer Schutzwürdigkeit des rauchenden Mieters sowie höherer Schutzbedürftigkeit der mit nutzenden Mieter – ein formularmäßiges Rauchverbot für Treppenhaus, Keller und Dachboden sicher annehmbar.

Aber auch ein formularmäßiger Erlaubnisvorbehalt (wie bislang bei der Tierhaltung häufig vereinbart) kann in Hinblick auf die *Wohnung* selbst schwerlich funktionieren, weil insoweit die Erwägungen des BGH zu eben einer solchen Klausel gelten müssten: *„Jede Tierhaltung, insbesondere von Hunden und Katzen, mit Ausnahme von Ziervögeln und Zierfischen, bedarf der Zustimmung des Vermieters. Dies gilt nicht für den vorübergehenden Aufenthalt von Tieren bis zu ... Tagen. Die Zustimmung kann*

¹⁴ BGH vom 28. 6. 2006, a. a. O.

widerrufen bzw. der vorübergehende Aufenthalt untersagt werden, wenn von dem Tier Störungen und/oder Belästigungen ausgehen."

„Das Rauchen, insbesondere von Zigaretten und Zigarren, mit Ausnahme von gelegentlichen Einzelfällen, bedarf der Zustimmung des Vermieters. Dies gilt nicht für den vorübergehenden Aufenthalt von Besuchern bis zu ... Tagen. Die Zustimmung kann widerrufen bzw. der vorübergehende Aufenthalt untersagt werden, wenn von dem Rauchen Störungen und/oder Belästigungen ausgehen."

Eine solche Klausel würde jedenfalls gegen das Transparenzgebot verstoßen, obwohl die Zustimmung des Vermieters nicht in dessen Ermessen stünde, sondern nur aus sachlichen Gründen versagt werden darf. Wie bei den Ziervögeln und -fischen wäre eine Versagung der Zustimmung für gelegentliche Einzelfälle zwar ausgeschlossen, weil von diesen Einzelfällen Beeinträchtigungen der Mietsache und Störungen Dritter nicht ausgehen können. Aber die Klausel bringt dennoch nicht eindeutig zum Ausdruck, dass die Zustimmung zum gelegentlichen und vereinzelt Rauchen nicht versagt werden darf, weil es hierfür keinen sachlichen Grund gibt. Deswegen besteht die Gefahr, dass der Mieter insoweit unter Hinweis auf die Klauselgestaltung von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Eine solche Unklarheit stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu AGB im Mietvertrag einen Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB dar.¹⁵ Der Umstand, für jeden Einzelfall beim Vermieter um Erlaubnis nachsuchen zu müssen, tangiert ferner mit Sicherheit die Freiheitsrechte, wenn nicht sogar die Würde des Mieters.

b) Individuell vereinbartes Rauchverbot

Folglich bedarf es einer Individualvereinbarung, um das Rauchen *in der Wohnung* zu untersagen. Nun mag etwas Derartiges zwar grundsätzlich wirksam vereinbar,¹⁶ im *laufenden Mietverhältnis* indes schon aufgrund der schwierigen Überprüfbarkeit kaum durchsetzbar sein.

Darüber hinaus ist hinsichtlich der Wirksamkeit im Falle des Zusammentreffens mit einer formularmäßigen Überbürdung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter aber m. E. Vorsicht geboten: Der BGH geht im Falle des Zusammentreffens einer AGB-Klausel (z. B. betreffend die Überbürdung der Durchführung laufender Schönheitsreparaturen) mit einer Individualvereinbarung davon aus, dass der so genannte *Summierungseffekt* zur Unwirksamkeit beider Vereinbarungen führen kann. Diese Wirkung soll eingreifen, *„wenn jeweils für sich unbedenkliche, aber inhaltlich*

¹⁵ BGH vom 14. 11. 2007 – VIII ZR 340/06, NSW BGB § 307 Bb (BGH-intern)

¹⁶ Eisenschmid in Schmidt/Futterer, Mietrecht, 9. Aufl. 2007 Rn 463

*zusammengehörige Klauseln in ihrer Gesamtwirkung zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders führen. Das gilt auch dann, wenn die zu prüfende Formulklausel mit einer Individualvereinbarung zusammentrifft.*¹⁷ Denn – so der BGH – bei der Prüfung einer Klausel nach § 307 BGB sei der gesamte Vertragsinhalt einschließlich seiner Individualteile zu würdigen. Das gilt immer dann, wenn es sich um eine Gesamtregelung zu einem einheitlichen Gegenstand, den Schönheitsreparaturen, handelt und beruht darauf, dass die beiden Vereinbarungen wegen ihres sachlichen Zusammenhangs ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S.d. § 139 BGB darstellen, das bei Nichtigkeit eines Teils im Zweifel insgesamt nichtig ist.

Demnach gibt es zwei Möglichkeiten der mietvertraglichen Gestaltung:

aa) Isoliertes Rauchverbot

Neben der formularmäßigen Überbürdung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter nebst „weichem“ Fristenplan und Öffnungsklausel wird individuell vereinbart: *„Dem Mieter, seinen Angehörigen und Besuchern ist das Rauchen in der Wohnung untersagt.“*

Bei der Frage der Beurteilung der Wirksamkeit ist zu beachten, dass zwar im Schuldrecht die Freiheit zur inhaltlichen Gestaltung ihre Grenze an den §§ 134, 138 BGB findet, andererseits aber das Grundrecht aus Art. 2 I GG im Wege der mittelbaren Drittwirkung sowohl über die Generalklauseln der vorgenannten Normen als auch im Rahmen der Auslegung auf das Privatrecht einwirkt.¹⁸ Allerdings muss gleichfalls der Umstand der Kontrahierungsfreiheit berücksichtigt werden, der der Belegung des Rauchverbots mit dem Verdikt der Rechtsunwirksamkeit entgegen stehen könnte, weil anderenfalls quasi ein nachträglicher faktischer Kontrahierungszwang statuiert würde, so dass wohl die Vereinbarung selbst wirksam sein und bei abgemahnten Verstößen zur außerordentlichen Kündigung nach § 320 Abs. 1 Nr. 1 BGB berechtigen dürfte.¹⁹

Ein solches Rauchverbot würde jedoch ziemlich folgenlos bleiben. Im Falle des Verstoßes besteht zwar ein Anspruch auf Unterlassung aus § 541 BGB – indes

¹⁷ BGH vom 5. 4. 2006 – VIII ZR 163/05, NJW 2006, 2116: Es ging um eine individuell vereinbarte Verpflichtung zur Endrenovierung, die mit einer klauselmäßigen – für sich betrachtet wirksamen – Überbürdung der Schönheitsreparaturverpflichtung auf den Mieter zusammentraf!

¹⁸ Grundlegend: BVerfG vom 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51, NJW 1958, 257

¹⁹ Brötzel, der praktische Fall, Zivilrechtsklausur, JuS 1993, 678 ff.

dürfte der Verstoß selbst nur schwer feststellbar bzw. beweisbar sein. Selbst wenn dies gelänge, würde jedoch dem Haupt-Interesse des Vermieters, nämlich der Beseitigung der *Folgen* des Rauchens, kaum Genüge getan werden können. Insofern bliebe es bei den Grundsätzen des BGH, wonach zwar bei vereinbartem Rauchverbot ein vertragswidriger Gebrauch durch Verstoß gegen selbiges denkbar ist;²⁰ aber sowohl im laufenden, als auch bei beendetem Mietverhältnis müsste im Rahmen des § 280 BGB *mindestens* die Kausalität bestimmter Gebrauchsspuren an Tapete und Farbanstrich zum vertragswidrigen Rauchen feststehen, um zur Verpflichtung des Mieters zu gelangen, *vor* Ablauf der Regelfristen Schönheitsreparaturen durchzuführen.

Wegen der allseits bekannten Schwierigkeiten, wirksame Abgeltungsklauseln zu vereinbaren,²¹ ändert sich auch für einen Geldanspruch bei vorzeitigem Ende des Mietverhältnisses hieran nichts.

bb) Kombiniertes Rauchverbot

Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die formularmäßig wirksam vereinbarte Überbürdung der Schönheitsreparaturen nebst Regelfristen und Öffnungsklausel wäre die individuelle Vereinbarung eines Rauchverbots in Hinblick auf die Vermeidung der Folgen denkbar. Es könnte etwa lauten: *„...im Falle der Feststellung von Verstößen gegen das Rauchverbot wird auf die eventuelle Verkürzung der Renovierungsfristen unter Berücksichtigung des tatsächlichen Zustands der Wohnung verwiesen.“*

Das ist m. E. wegen der Verknüpfung mit der Regelung zu den Schönheitsreparaturen problematisch: Es könnte vor allem ein Verstoß gegen das Transparenzgebot gegeben sein, denn nach zutreffender Ansicht von Langenberg²² ist die Verteilung der Pflichten des Mieters auf verschiedene Paragraphen des Mietvertrags für deren Wirksamkeit irrelevant; entscheidend sei vielmehr, dass es sich um eine Gesamtregelung zu einem einheitlichen Gegenstand, den Schönheitsreparaturen, handelt. Die Unwirksamkeit könne daher nicht dadurch vermieden werden, dass die Klauseln in die jeweiligen Bestimmungen des Mietvertrags zum Zustand der Wohnung bei Mietbeginn, während der Mietzeit und zu den Pflichten bei Mietende integriert werden.

²⁰ BGH vom 28. 6. 2006 – VIII ZR 124/05, NJW 2006, 2915

²¹ BGH vom 7. 3. 2007 – VIII ZR 247/05, NZM 2007, 355; BGH vom 26. 9. 2007 – VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632

²² Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, Rn 177

Vielmehr kann die Verteilung der Pflichten des Mieters auf verschiedene Klauseln schon für sich genommen wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam sein, zumal dann, wenn sich der Umfang der Verpflichtung des Mieters aus der Gesamtregelung nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen lässt.

So bliebe hier unklar, von welcher Intensität und Häufigkeit die Verstöße sein müssten und vor allem, durch wen sie wie festzustellen wären. Da die Frage der Abkürzung bzw. Verlängerung der Regelfristen stets aufgrund Ermessensausübung und ohnehin in Abhängigkeit vom tatsächlichen Zustand zu beurteilen ist, wäre nicht nur nichts gewonnen, sondern es bestünde darüber hinaus die Gefahr der Gesamtunwirksamkeit wegen des unklaren Verpflichtungsumfangs des Mieters!

Im Ergebnis bleibt dem Raucher die Bastion der Wohnung erhalten!

III. Rauchen und Gewerbemietverhältnis

Die vorerwähnten Probleme stellen sich im Gewerbemietverhältnis in nahezu gleicher Weise; im Einzelfall (Ladengeschäft) mag die Kontrolle der Einhaltung eines (wirksam) vereinbarten Rauchverbots während der Mietzeit für den Vermieter tatsächlich leichter sein als bei der Wohnraummiete. Ein formularmäßig vereinbartes Rauchverbot im Mietvertrag scheint auch hier gegen § 307 BGB verstoßen, weil sonst ein bestimmter Kunden- oder Mitarbeiterkreis von vornherein ausgeschlossen wäre, was den Mieter unangemessen belasten würde.²³

1. Gesetzliches Rauchverbot und Mangel

Jedoch dürften die unlängst und sukzessive von den Ländern erlassenen Nichtraucherschutzgesetze, die auf unterschiedliche Weise Rauchverbote u. a. in Gaststätten regeln, in stärkerer Weise den bereits bestehenden Gewerbebetrieb belasten. Es fragt sich, ob eine derartige Einschränkung für den Gewerbemieter zu einem Recht zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 543 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und/oder zu einem zur Minderung berechtigenden (erheblichen) Sachmangel im Sinne von § 536 BGB führen. Anderenfalls würde z. B. der Gastwirt trotz erheblicher Umsatzeinbußen aufgrund des Fernbleibens der rauchenden Gäste für längere Zeit an einem auf bestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrag und bei unveränderter Miethöhe festgehalten.

²³ Eisenschmid in Schmidt-Futterer, 9. Aufl. 2007 Rn 463

Zwar stellen öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch entgegenstehen, nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich einen Fehler – einen Sach-, keinen Rechtsmangel – der Mietsache im Sinne von § 536 BGB dar, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben.²⁴

Schon das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung seit 1915 (!) die für das gesamte Land während des 1. Welt- Krieges erlassenen Tanzverbote und die damalige Kürzung der so genannten Polizeistunde als zur Minderung berechtigenden Mangel angesehen;²⁵ heute wird indes nach Risikosphären unterschieden: Der Vermieter trägt *nicht* das Risiko solcher Umstände, die allein in den *persönlichen oder betrieblichen Verhältnissen des Mieters* ihre Ursache haben.²⁶

Das ist aber im Falle der Ländergesetzgebung zum Nichtrauchererschutz ganz eindeutig: Es liegt in der Risikosphäre des Gaststätten-Mieters und nicht des Vermieters, wenn durch Landesgesetze der Nichtrauchererschutz verstärkt und hierdurch der Betrieb (mittelbar) beeinträchtigt wird. Denn das öffentlich geregelte Rauchverbot hat mit der konkreten Beschaffenheit der einzelnen Gaststätte nichts zu tun.

2. Gesetzliches Rauchverbot und § 313 BGB

In Betracht könnte bei nachträglich in Kraft getretenem gesetzlichem Rauchverbot eine Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB mit den dort geregelten Folgen (Anpassung oder Kündigung des Mietverhältnisses) kommen: Dabei gilt auch hier, dass § 313 BGB dann nicht zur Anwendung kommt, wenn sich durch die Störung ein Risiko verwirklicht, das die eine Vertragspartei zu tragen hat. Tendenziell wird § 313 BGB restriktiv angewendet: Ein Rückgriff auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage soll nach (allerdings älterer) BGH-Rechtsprechung neben den Gewährleistungsansprüchen grundsätzlich schon deshalb nicht in Betracht

²⁴ BGH vom 22. Juni 1988 – VIII ZR 232/87 -, NJW 1988, 2664; BGH vom 11. Dezember 1991 – XII ZR 63/90 -, NJW- RR 1992, 267 = WM 1992, 583; BGH vom 02. März 1994 – XII ZR 175/92 -, ZMR 1994, 253 = DWW 1994, 248; KG NJW-RR 2000, 819; Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Auflage, § 536 BGB, Rdnr. 18; Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, III. B, Rdnr. 1345;

²⁵ RGZ 87, 277; 88, 96; 89, 203; 91, 51; 94, 267; 98, 101, 103; 147, 157, 159; 147, 304, 307; 157, 363

²⁶ Emmerich in Staudinger, BGB, 2006, § 536 BGB Rn 22

kommen, damit nicht die Risikoverteilung, wie sie in §§ 536 ff. BGB geregelt ist, umgangen wird.²⁷

Bezüglich der Gewinnerwartung und -erzielung von Gewerbemieter in Einkaufszentren geht der BGH auch in neuerer Zeit z. B. immer wieder von einem Risiko zu Lasten des Mieters aus. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters, das dieser nicht nachträglich auf den Vermieter verlagern kann.²⁸

Auch *Gesetzesänderungen* können indes grundsätzlich das vertragliche Äquivalenzverhältnis stören; Voraussetzung ist jedoch wie stets im Bereich des § 313 BGB, dass der Geschäftswille der Parteien auf der gemeinsamen irrigen Rechtsauffassung oder auf der gemeinschaftlichen Erwartung vom Fortbestand einer bestimmten Rechtsprechung bzw. Gesetzeslage aufgebaut war.²⁹ So fallen Steuererhöhungen und der Wegfall von Steuervergünstigungen regelmäßig in den Risikobereich einer Vertragspartei, wobei hier allerdings häufig das betreffende Gesetz selbst anordnet, dass bestehende Verträge, Vergleiche etc. unberührt bleiben, oder sonst seine Auswirkungen auf bestehende Rechtsverhältnisse abschließend regelt.³⁰

Es lässt sich aber m. E. in Hinblick auf die Nichtraucherchutzgesetze der Länder vertreten, dass das Risiko dieser *unvorhersehbaren Rechtsänderungen* nicht zu den normalen wirtschaftlichen Risiken gehört, die jedermann selbst zu tragen hat.³¹ Das zentrale Problem einer solchen Konstellation dürfte immer allerdings die wesentliche Anspruchsvoraussetzung werden: *„Eine Geschäftsgrundlage wird gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, beim Vertragsschluss aber zutage getretenen, dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen des einen Vertragsteils oder durch die gemeinsamen Vorstellungen beider Teile vom Vorhandensein oder künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille auf diesen Vorstellungen aufbaut“*.³²

²⁷ BGH vom 11.12. 1991 – II ZR 63/90, NJW-RR 1992, 267; Eisenschmid in Schmidt/Futterer, 9. Aufl. 2007, § 536 Rn 63

²⁸ Z. B.: BGH vom 21. 9. 2005 – XII ZR 66/03, NJW 2006, 899

²⁹ BGH vom 2. 5. 1972 – VI ZR 47/71, NJW 1972, 1577

³⁰ BGH vom 24. 3. 1994 – VII ZR 159/92, MDR 1994, 846

³¹ So auch: Roth in MüKo, 5. Aufl. 2007, § 313 BGB Rn 171

³² BGHZ 25, 390, 392 = NJW 1958, 297; BGHZ 40, 334, 335 = NJW 1964, 861; BGH LM § 242 (Bb) Nr. 18, 54, 134, 142; WM 1961, 212; 1969, 335 und 496; 1973, 752 und 839; BGHZ 74, 370 = NJW

Nun ist indes zu beachten, dass die Rechtsprechung hier – wie oben angesprochen dogmatisch zu Recht - tendenziell restriktiv entscheidet und das Thüringische OLG z. B. bei einer ausdrücklich in Anlehnung an geltende Ladenschlussregelungen vereinbarten Betriebspflicht die spätere Gesetzesänderung, nach der länger geöffnet werden konnte, nicht als Beeinträchtigung der Geschäftsgrundlage ansah. Im Mietvertrag hieß es: *„Der Mieter wird das Geschäftslokal im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen so lange offen halten, wie die überwiegende Anzahl aller Mieter ihr Geschäft offen hält. Dem Vermieter bleibt die abschließende Festlegung der Ladenöffnungszeiten vorbehalten.“* Die Mehrheit der Mieter des Einkaufszentrums hielt ihre Geschäfte daraufhin am Samstag zwei Stunden länger offen. Die Vermieterin nahm den Mieter ebenfalls auf eine solche längere Öffnungszeit in Anspruch.

Das Gericht sah § 313 BGB nicht tangiert: *„Grundsätzlich ist allseits bekannt, dass gesetzliche Bestimmungen Änderungen unterliegen und in bestimmten Bereichen die Geltungsdauer gesetzlicher Bestimmungen nur kurzlebig ist. Dies gilt etwa bei Regelungen betreffend die zu zahlende gesetzliche Mehrwertsteuer. Hier ist beim Abschluss langfristiger Verträge abzusehen, dass sich die gesetzlichen Bestimmungen ändern werden. Wenn nicht auf die bei Abschluss des Vertrages gültigen gesetzlichen Regelungen ausdrücklich Bezug genommen wird, ist daher grundsätzlich anzunehmen, dass die jeweils geltende Gesetzesfassung maßgeblich sein soll... Dass das Festhalten am Vertrag zu untragbaren mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führt...), ist nicht ersichtlich.“³³*

Die nachfolgende Urteilsbegründung stellt allerdings auch darauf ab, dass es sich bei zwei Stunden längerer Öffnung pro Woche nicht um eine schwerwiegende Änderung handele. Es kommt mithin zwar durchaus auf die konkrete – durch die Gesetzesänderung verursachte – Auswirkung auf die Verwirklichung des vereinbarten Vertragszwecks an. Jedoch dürfte es bei der hiesigen Problematik in der Regel bereits an der Voraussetzung der Geschäftsgrundlage fehlen, weil Gewerbemietverträge – auch im Gastronomiebereich – normalerweise nicht Bezug auf zum Zeitpunkt ihres Abschlusses erlaubtes Rauchen nehmen.

1979, 1818; BGHZ 84, 1; 89, 226; BGH NJW 1987, 1629; 1993, 1641; BGHZ 121, 378, 391 = NJW 1993, 1856; NJW 1995, 2031; 1997, 3371; ZIP 2006, 765.

³³ Thür. OLG vom 16. 12. 2004 – 1 U 213/04, OLG-NL 2005, 256

Dennoch wäre durchaus denkbar, dass die bei Vertragsschluss von Vermieter und Mieter in Gestalt einer vereinbarten Umsatzmiete *gemeinsam vorausgesetzte Vorstellung*, sowohl Raucher als auch Nichtraucher würden die gemietete Gaststätte aufsuchen, bei einem durch den Nichtraucherschutz verursachten nahezu völligen Wegfall des rauchenden Publikums im Einzelfall zu einer Äquivalenzstörung führen kann.³⁴ Die im Bereich der Jugendkultur anzusiedelnden Shisha-Bars lassen sich als extremes Beispiel hierfür heranziehen: Wenn der nämliche Vertragszweck mietvertraglich vereinbart ist, gibt es keinen Grund, die Möglichkeit des Rauchens nicht als Geschäftsgrundlage anzusehen, deren Wegfall aufgrund öffentlich-rechtlichen Nichtraucherschutzes in die Risikosphäre *keiner* der Vertragspartner fällt.

Über solche – durch Zeitablauf zukünftig entfallenden - Einzelfälle hinaus dürften jedoch die gesetzlichen Rauchverbote die gewerbemietvertragliche Landschaft kaum verändern.

R. Paschke
Vorsitzende Richterin am Landgericht

Berlin, den 5. 3. 2008

³⁴ ähnlich (bei Zusammenwirken von Vermieter und Mieter an Vermietungskonzept): Blank in Blank/Börstinghaus, 2. Aufl. 2004, § 536 Rn 54