

Miete, Wohnungseigentum, Makler- und Bauträgerrecht, Steuern, Versicherungen, Wohnungswirtschaft

Zweiwochenschrift

18/2019

Seiten 649–696, 22. Jahrgang, 25. September 2019

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Andreas Kappus, Frankfurt a. M.

In Verbindung mit der ARGE Mietrecht und Immobilien im DAV und in Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) herausgegeben von Prof. Dr. Markus Artz, Universität Bielefeld – Hubert Blank, Richter am LG a. D., Mannheim – Prof. Dr. Ulf Börstinghaus, Richter am AG, Dortmund – Dr. Patrick Bruns, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Baden-Baden – Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Bub, Rechtsanwalt, München – Dr. Anja Disput, Rechtsanwältin, Frankfurt a. M. – Michael Drasdo, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Neuss – Prof. (em.) Dr. Volker Emmerich, Universität Bayreuth – Dr. Beate Flatow, Vizepräsidentin des AG, Kiel – Prof. Dr. Martin Häublein, Universität Innsbruck – Thomas Hannemann, Rechtsanwalt, Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Mietrecht und Immobilien im DAV, Karlsruhe – Dr. Jürgen Herrlein, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht sowie für Steuerrecht, Frankfurt a. M. – Hans-Jörg Kraemer, Richter am BGH a. D., Karlsruhe – Dr. Hans Langenberg, Vors. Richter am LG a. D., Hamburg – Dr. Ulrich Leo, Rechtsanwalt, Köln/Hamburg – Jan Lindner-Figura, Rechtsanwalt und Notar, Berlin – Carsten Ludley, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Leipzig – Horst Müller, Rechtsanwalt, München – Frank Oprée, Rechtsanwalt, München – Dr. Henrik Over, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Köln – Dr. Marcel M. Sauren, Rechtsanwalt und Steuerberater, Aachen – Anke Scheffler, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Köln – Joachim Schmidt, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Dr. Michael Schultz, Rechtsanwalt und Notar, Berlin – Prof. Dr. Winfried Schuschke, Vors. Richter am OLG Köln a. D., Universität zu Köln – Dr. Philipp Schweitzer, LL. M., Rechtsanwalt und Notar, Frankfurt a. M. – Dr. Michael Selk, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Fachanwalt für Strafrecht, Hamburg – Prof. Dr. Friedemann Sternel, Vors. Richter am LG Hamburg a. D., Universität Leipzig – Elmar Strey, Vors. Richter am LG, Krefeld – Dr. Kai Zehlein, Richter am AG, Hanau – Dr. Frank Zschieschack, Vors. Richter am LG, Frankfurt a. M.

## Beitrag

Dr. Werner Hinz\*

## Vereinbarungen zum Umfang des Mietgebrauchs

## NZM-Übersicht

- I. Einleitung
- II. Nutzung der gemieteten Räumlichkeiten
  - 1. Unter Vermietung
  - 2. Tierhaltung
    - a) Formularvereinbarungen
    - b) Individualvereinbarungen
    - c) Vermietungskonzept „tierhaarfrees Wohnen“
  - 3. Rauchen
    - a) Innerhalb gemieteter Räume
    - b) Auf Balkonen und Terrassen
    - c) Bei geöffnetem Fenster
    - d) Konzept „rauchfreies Wohnen“
- III. Nutzung von Gemeinschaftsflächen
  - 1. Mietvertraglich gesichert oder lediglich gestattet?
  - 2. Kategorisierung nach dem Nutzungsinteresse des Mieters
- I. Einleitung
- a) Primäre Nutzungsrechte
- b) Sekundäre Nutzungsrechte
- c) Tertiäre Nutzungsrechte
- 3. Vertragliche Regelbarkeit
  - a) Primäre Nutzungsberechtigung
  - b) Sekundäre Nutzungsberechtigung
  - c) Tertiäre Nutzungsberechtigung
- IV. Hausordnung
  - 1. Wesen
  - 2. Einbeziehung in den Mietvertrag
  - 3. Inhalt
  - 4. Änderungsvorbehalt
- V. Die vermietete Eigentumswohnung
- VI. Zusammenfassung

\* Der Autor ist Vors. Richter am LG Itzehoe und dort mit Miet- und Wohnungseigentumssachen sowie mit Strafsachen befasst. – Überarbeitete und erweiterte Fassung eines Vortrags, den der Autor im Rahmen der 38. Mietrechtstage „Partner im Gespräch“ des Evangelischen Immobilienverbands Deutschland (eid) am 10.4.2019 in Berchtesgaden gehalten hat. Die ursprüngliche Version ist in der Sammlung PiG 109 (2019), 21 ff. veröffentlicht. Stand des hier abgedruckten Skripts ist der 1.8.2019.

Gebäudes und des Grundstücks. Gesetzliche Vorschriften zum Umfang des Mietgebrauchs sind allerdings nur rudimentär vorhanden. Wir stoßen lediglich auf Regelungen zur Gebrauchsüberlassung an Dritte (§§ 540, 553 BGB) und zur barrierefreien Herrichtung der Mietsache einschließlich des Zugangs zu dieser (§ 554 a BGB). Darüber hinaus haben die Rechtsfolgen des vertragsgemäßen Gebrauchs in § 538 BGB und des vertragswidrigen Gebrauchs in den §§ 541, 543 II 2 Nr. 2, 569 II BGB eine Regelung erfahren, aus denen sich mitunter Rückschlüsse auf den Umfang der mieterseitigen Nutzungsberechtigung ziehen lassen.

Angesichts dieser recht unübersichtlichen Situation stellt sich für den Vermieter die Frage, ob und inwieweit er mit dem Mieter Vereinbarungen über den Umfang des Mietgebrauchs, also über die zulässige Nutzung des Mietobjekts und der Gemeinschaftsflächen treffen darf. Dies soll Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen sein, die sich – nicht zuletzt aus Raumgründen – insb. auf die Themenbereiche Untervermietung, Tierhaltung, Rauchen, Gemeinschaftsflächen, Einbeziehung einer Hausordnung in den Mietvertrag sowie die vermietete Eigentumswohnung konzentrieren wird.

## II. Nutzung der gemieteten Räumlichkeiten

### 1. Untervermietung

Zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache gehört zunächst einmal deren Nutzung durch den Mieter, darüber hinaus auch durch dessen nahe Familienangehörige sowie durch Hilfs- und Pflegepersonen.<sup>1</sup> Demgegenüber stellt die Untervermietung grundsätzlich keinen vertragsgemäßen Mietgebrauch dar, sondern bedarf gem. § 540 I 1 BGB einer Erlaubnis des Vermieters, die dieser ohne Weiteres versagen kann.<sup>2</sup>

**Eine weitreichende Ausnahme** besteht allerdings bei der Wohnraummiete, sofern dem Mieter nach Vertragsschluss ein berechtigtes Interesse erwächst, einen Teil des Wohnraums unterzuvermieten oder an einen Dritten zu überlassen. In diesem Fall steht ihm nach § 553 I 1 BGB ein Anspruch auf Erlaubniserteilung gegen den Vermieter zu. Anderes gilt nur, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt (§ 553 I 2 BGB); im Übrigen darf der Vermieter die Erlaubniserteilung von einer angemessenen Erhöhung der Miete abhängig machen, wenn ihm ohne eine solche die Drittüberlassung nicht zumutbar wäre (§ 553 II BGB).

Gem. § 553 III BGB sind sämtliche Vereinbarungen, die in einer für den Mieter nachteilhaften Weise von den vorgenannten Bestimmungen über seinen Erlaubnisanspruch gem. Abs. 1 und 2 der Vorschrift abweichen, unwirksam. Das gilt für Individualabreden ebenso wie für Formularvereinbarungen; letztere würden bereits an der Inhaltskontrolle des § 307 I 1, II Nr. 1 BGB scheitern.<sup>3</sup> Unwirksam nach § 553 III BGB sind somit auch Vertragsbestimmungen, die eine Überbelegung iSv § 553 II 2 2. Var. BGB an eine bestimmte Personenzahl knüpfen, weil damit eine einzelfallbezogene Abwägung ausgeschlossen wird.<sup>4</sup> Gleichermaßen nichtig sind Klauseln, welche die Erlaubniserteilung des Vermieters der Schriftform oder der Textform unterwerfen.<sup>5</sup>

Das bedeutet, dass die Parteien Vereinbarungen zur Untervermietung nur insoweit treffen können, als sie eine Überlassung der gesamten Wohnung zum Inhalt hätten. Das wäre für den Vermieter uU im Zusammenhang mit langfristigen Laufzeitbindungen – sei es durch einen Kündigungsausschluss, sei es durch einen Zeitmietvertrag nach § 575 BGB<sup>6</sup> – von Interesse. Ansonsten haben Vereinbarungen zur Ausweitung der Untervermietungs-

berechtigung bei der Wohnraummiete keinerlei praktische Relevanz und können daher vernachlässigt werden.

### 2. Tierhaltung

a) **Formularvereinbarungen.** Anders als die Untervermietung gehört die Tierhaltung in gewissem Umfang zum Kernbereich des vertragsgemäßen Mietgebrauchs, nämlich – wie der VIII. Zivilsenat des BGH mehrfach betont hat – die Haltung von Kleintieren wie Fischen, Ziervögeln, Hamsatern und Schildkröten, die in geschlossenen Behältnissen untergebracht werden und von denen im Regelfall keine Beeinträchtigungen der Mietsache oder Störungen Dritter ausgehen können.<sup>7</sup> Sofern dies – ganz vereinzelt – gleichwohl geschieht, kann der Vermieter den Mieter nach § 541 BGB auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Eine Formularklausel, die eine derartige Kleintierhaltung untersagt, ist gem. § 307 I 1 BGB unwirksam. Eine unangemessene Benachteiligung des Mieters entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) liegt bereits darin, dass diesem etwas untersagt wird, was (einen angemessenen Umfang stets vorausgesetzt) andere Bewohner des Hauses unter keinem denkbaren Gesichtspunkt stören kann.

**Unwirksamkeit des Verbots jedweder Tierhaltung:** Gem. § 307 I 1 BGB unwirksam ist im Hinblick auf das Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion<sup>8</sup> aber auch eine Klausel, die jedwede Tierhaltung untersagt, ohne die zum Kernbereich des Mietgebrauchs gehörende Haltung von Kleintieren in geschlossenen Behältnissen explizit auszunehmen.<sup>9</sup>

Bei einer Auslegung der Bestimmung „nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn [...], wie sie vom verständigen und redlichen Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise“ verstanden wird,<sup>10</sup> kann sie dahin aufgefasst werden, dass sie auch die Kleintierhaltung mit einschließt. Soweit indes von mehreren denkbaren Interpretationsvarianten eine von ihnen zur Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 I 1 BGB führt, ist diese zu wählen – denn hier ist die kundenfeindlichste Auslegung letztlich die für den Kunden günstigste.<sup>11</sup> Aus diesem Grund ist auch eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die den (Wohnraum-)Mieter verpflichtet, „keine Hunde und Katzen zu halten“, unwirksam.<sup>12</sup> Das beruht darauf, dass sie ihm eine Katzen- und Hundehaltung ausnahmslos und ohne Rücksicht auf seine berechtigten Interessen, selbst in besonderen Härtefällen untersagt, etwa wenn er auf einen Blinden-, Behindertenbegleit- oder Therapiehund angewiesen ist.<sup>13</sup> Im Übrigen ist eine unangemessene Benachteiligung des Mieters iSd § 307 I 1 BGB anzunehmen, wenn die Klausel eine Zustimmung des Vermieters zur Haltung von anderen als Kleintieren seinem „freien Ermessen“ überantwortet.<sup>14</sup>

<sup>1</sup> S. nur BGH, NZM 2013, 786; teilw. abw. Lehmann-Richter, PiG 103 (2016), 171 (175).

<sup>2</sup> Allerdings mit der Konsequenz, dass sich der Mieter in diesem Fall mittels eines Sonderkündigungsrechts aus einer längeren Vertragsbindung lösen kann; vgl. § 540 I 2 BGB.

<sup>3</sup> S. bereits Häublein, PiG 85 (2009), 117 (141).

<sup>4</sup> Börstinghaus in Arzt/Börstinghaus, AGB in der Wohnraummiete, 2019, D Rn. 367.

<sup>5</sup> Dazu Börstinghaus in Arzt/Börstinghaus (o. Fn. 4), D Rn. 367.

<sup>6</sup> Instr. dazu Börstinghaus, WIMMO 2012, 81; Lützenkirchen, PiG 109 (2019), 83.

<sup>7</sup> BGH, NZM 2008, 78 Rn. 15; NJW 1993, 1061 (1062).

<sup>8</sup> Dazu Hinz, JR 2019, 418 (426).

<sup>9</sup> BGH, NZM 2008, 78 Rn. 15.

<sup>10</sup> BGHZ 200, 362 = NZM 2014, 481 Rn. 37; BGH, NZM 2019, 209 Rn. 29; NZM 2019, 253 Rn. 18.

<sup>11</sup> Ausf. dazu Hinz, JR 2019, 418 (422 f.).

<sup>12</sup> BGH, NZM 2013, 378.

<sup>13</sup> BGH, NZM 2013, 378 Rn. 18.

<sup>14</sup> BGH, NZM 2013, 380.

Ein solches unterliegt keinen nachprüfbarer Voraussetzungen, womit dem Vermieter ein schrankenloser Erlaubnisvorbehalt zuerkannt würde, an dem er jedoch keinerlei berechtigtes Interesse haben kann.<sup>15</sup>

Dies folgt letztlich auch daraus, dass die Haltung von anderen als Kleintieren – somit auch von Hunden und Katzen – nach Auffassung des *BGH*<sup>16</sup> durchaus noch einem vertragsgemäßen Mietgebrauch entsprechen kann, sofern die Interessen des Mieters im Rahmen einer umfassenden Abwägung die Interessen des Vermieters sowie der übrigen Hausbewohner überwiegen.

**Unbedenklichkeit einer Formularklausel zur Begrenzung der Tierhaltung:** Eine Formularklausel zur Begrenzung der Tierhaltung bei der Wohnraummiete dürfte nach alldem unbedenklich sein, wenn sie die Haltung von Kleintieren, die üblicherweise in geschlossenen Behältnissen gehalten werden und von denen regelmäßig keine Beeinträchtigungen der Miet-sache oder Störungen Dritter ausgehen können, uneingeschränkt zulässt und im Übrigen einen Zustimmungsvorhalt des Vermieters seinem billigen Ermessen gem. § 315 BGB unterstellt.

In diesem Sinn hat unlängst auch das *AG München*<sup>17</sup> erkannt. Nach der dort zu beurteilenden Klausel war eine Tierhaltung in den Mieträumen „ohne Einwilligung nicht gestattet, es sei denn, es handelt sich lediglich um Kleintiere“. Zu Recht hat das *AG München*<sup>18</sup> darin kein generelles Verbot der Haltung von anderen als Kleintieren erblickt, sondern lediglich einen Vorbehalt des Vermieters, bei größeren Haustieren wie etwa Hunden oder Katzen über die Frage einer Zustimmung zu entscheiden. Und eine solche Entscheidung hat grundsätzlich – wie sich aus dem ergänzend heranzuziehenden § 315 BGB ergibt – nach billigem Ermessen zu erfolgen.

Nicht ganz unproblematisch erscheint es jedoch, wenn das *AG München*<sup>19</sup> dem Vermieter aufgeben will „sachliche Gründe“ für die Versagung einer Hundehaltung sowie „ausreichend konkrete Anhaltspunkte für eine zu erwartende unzumutbare Belästigung“ zu benennen. Das würde letztlich bedeuten, dass der Vermieter die Haltung auch eines oder gar mehrerer Hunde nur noch dann versagen dürfte, wenn dadurch erhebliche Störungen der übrigen Bewohner des Hauses zu erwarten wären. Vieles spricht dafür, dass eine Ablehnung der Tierhaltungserlaubnis bereits dann zulässig wäre, wenn der Vermieter vernünftige und nachvollziehbare Gründe dafür reklamieren kann. Das trafe für die Haltung eines großen Hundes in einem hellhörigen Mehrfamilienhaus jenseits eines besonderen medizinischen oder therapeutischen Bedarfs ohne Weiteres zu, denn Belästigungen von Mietbewohnern durch ein häufiges Bellen sind nie ganz auszuschließen.<sup>20</sup> Demgegenüber würde die kategorische Zurückweisung eines solchen Anliegens bei einem gemieteten Einfamilienhaus mit großer Gartenfläche durchaus bedenklich erscheinen. Solange der Vermieter die Entscheidung über die Tierhaltungserlaubnis (jenseits der nicht störenden Kleintierhaltung) im Rahmen des ihm nach § 315 I BGB eröffneten billigen Ermessens trifft, hat das Gericht sie hinzunehmen. Keinesfalls darf es sein Ermessen an die Stelle des vermieterseitigen Ermessens setzen. Gerade das ist bei dem erwähnten Judikat des *AG München* zu besorgen.

Zulässig wäre es natürlich auch, die Tierhaltungsklausel im Mietvertrag bereits mit gewissen Konturen hinsichtlich einer Versagung (sowie eines späteren Widerrufs) der Zustimmung zu versehen, zB mit dem Erfordernis, dass „durch die Tiere andere Hausbewohner oder Nachbarn belästigt werden oder eine Beeinträchtigung dieser Personen oder des Grundstücks zu befürchten ist“.<sup>21</sup> Notwendig ist dies nach Dafürhalten des Verfassers aber nicht.

b) **Individualvereinbarungen.** Fraglich kann allenfalls sein, ob eine Tierhaltung in den gemieteten Räumlichkeiten im Weg einer Individualvereinbarung vollständig ausgeschlossen und damit der vertragsgemäße Mietgebrauch von vornherein eingeschränkt werden kann. Das *BVerfG*<sup>22</sup> hat ein individualvertragliches Verbot der Hundehaltung auch bei Vermietung eines Einfamilienhauses als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft. Indes wird ein Ausschluss der Kleintierhaltung auch individualvertraglich wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gem. § 138 I BGB als unzulässig erachtet, weil von einer derartigen Nutzung weder eine Gefährdung des Mietobjekts noch eine Störung der übrigen Bewohner in dem Gebäude ausgehen kann.<sup>23</sup> Dies erscheint allerdings dann zweifelhaft, wenn der Mieter für einen Verzicht auf jedwede Tierhaltung in den gemieteten Räumlichkeiten vom Vermieter eine substanzielle Gegenleistung erhält.<sup>24</sup> Die Rechtslage ist an dieser Stelle noch unklar; doch hat die Problematik in der Praxis wohl keine allzu große Bedeutung.

c) **Vermietungskonzept „tierhaafreies Wohnen“.** Diskutiert wird, ob die Vermarktung eines Mehrfamiliengebäudes mit dem Konzept eines „tierhaafreien“ oder „für Allergiker geeigneten“ Wohnens zulässig ist.<sup>25</sup>

**Überwiegendes Tierhaltungsinteresse:** Dass für solche Wohnmodelle in der Praxis durchaus ein Bedürfnis besteht, vermag das in zwei großen mietrechtlichen Fachjournalen veröffentlichte Urteil des *AG Bad Arolsen*<sup>26</sup> vom 8.3.2007 eindrucksvoll zu belegen. Im dortigen Fall musste das gesundheitliche Interesse des gegen Katzenhaare allergischen Mieters dem Tierhaltungsinteresse des Mitmieters weichen. Die Belastung des Gebäudes mit Katzenhaaren stellt nach Auffassung des Gerichts keinen Mangel iSd § 536 I BGB dar.

Anders herum könnte man erwägen, ob die Eignung des Objekts für Tierhaarallergiker einer Beschaffenheitsvereinbarung zugänglich ist. Allerdings würde eine solche, da sie für eine Vielzahl von Verträgen Verwendung finden soll (vgl. § 305 I 1 BGB), der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB unterliegen. Da ein permanent tierhaafreier Zustand des Gebäudes ein absolutes Verbot der Hunde- und Katzenhaltung erfordert, handelt es sich bei der hier fraglichen Abrede auch nicht um eine nach § 307 III 1 BGB kontrollfreie Leistungsbeschreibung. Eine solche wird nur dann angenommen,<sup>27</sup> wenn die Klausel ausschließlich der Konkretisierung des Vertragsinhalts dient, nicht hingegen, wenn sie die vertraglich geschuldete Hauptleistung abweichend vom Gesetz oder der Verkehrssitte ausgestaltet. Das wäre bei einem derartigen Tierhaltungsverbot der Fall, da die Haltung eines Hundes aus den oben genannten medizinischen Gründen zum Kernbereich des Mietgebrauchs gehört (s. unter II 2 a). Allerdings läge eine unangemessene Benachteiligung des

<sup>15</sup> *BGH*, NZM 2013, 380.

<sup>16</sup> *BGH*, NZM 2008, 78 Rn. 19; NZM 2013, 380 Rn. 6.

<sup>17</sup> *AG München*, ZMR 2019, 411 = BeckRS 2018, 44387.

<sup>18</sup> *AG München*, ZMR 2019, 411 (412) = BeckRS 2018, 44387.

<sup>19</sup> *AG München*, ZMR 2019, 411 (412, 413) = BeckRS 2018, 44387.

<sup>20</sup> S. auch *Hinz*, JR 2009, 16 (17).

<sup>21</sup> So § 25 des Hamburger Mietvertrags für Wohnraum (idF Jan. 2019), hrsg. v. Grundeigentümer-Verband Hamburg von 1832 e. V.

<sup>22</sup> *BVerfG*, NJW 1981, 1049.

<sup>23</sup> *Blank*, NJW 2007, 729 (732).

<sup>24</sup> *Staudinger/Emmerich*, BGB, 2018, § 535 Rn. 52; vgl. auch *BGH*, NZM 2015, 532 für die Frage, ob im Abschluss eines Räumungsvergleichs ein Verzicht auf Schadensersatzansprüche wegen vorgetäuschten Wohnbedarfs liegt.

<sup>25</sup> S. etwa *Wietz*, WuM 2014, 518 (527 f.).

<sup>26</sup> *AG Bad Arolsen*, NZM 2008, 83 = WuM 2007, 191.

<sup>27</sup> *BGHZ* 100, 157 (174) = NJW 1987, 1931 (1935); *BGHZ* 146, 138 (140) = NJW 2001, 751 (752); *BGH*, NJW-RR 1993, 1049 (1050); NZM 2019, 209 Rn. 33 f.

Mieters iSd § 307 I 1 BGB durch ein solches Verbot jedenfalls dann nicht vor, wenn ihm eine angemessene Kompensation gewährt würde.<sup>28</sup> Eine solche könnte man darin erblicken, dass auch die Mitbewohner die Haltung von Hunden und Katzen ausnahmslos zu unterlassen hätten. Doch muss der Vorteil, den der Vertragspartner durch die Kompensation erlangt, von derartigem Gewicht sein, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien ausgewogen gestaltet sind.<sup>29</sup> Daran dürfte es hier aber schon deswegen fehlen, weil für den Mieter, der etwa auf einen Blindenhund angewiesen ist, die Frage der Tierhaltung durch andere Bewohner des Gebäudes zumeist nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist.

Diskutiert wird zudem,<sup>30</sup> ob man den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB im Weg einer teleologischen Reduktion einengen könnte, weil es an einer diese Vorschriften prägenden Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit fehlt, wenn gerade auch der Mieter dem betreffenden Wohnkonzept eine besondere Bedeutung beigemessen hat. In der Tat kann ein Aushandeln iSv § 305 I 3 BGB auch dann vorliegen, wenn sich der Mieter mit dem unveränderten Formulartext nach gründlicher Erörterung ausdrücklich einverstanden erklärt<sup>31</sup> oder der Formularvertrag den Parteien nur als Formulierungshilfe für das gedient hat, was ohnehin schon ihrem beiderseitigen Gestaltungswillen entsprach.<sup>32</sup> Das Problem liegt allerdings darin, dass der Vermieter in solchen Konstellationen regelmäßig nicht bereit sein wird, auf Wunsch des Mieters irgendwelche Kompromisse hinsichtlich der das Wohnkonzept tragenden Bestimmungen einzugehen. Dies ist schon deswegen nicht anzunehmen, weil er letztlich jedem Mieter zusichert, auch mit künftigen Mietern ein Hunde- und Katzenhaltungsverbot zu vereinbaren.<sup>33</sup>

**An eine angemessene Kompensation des Tierhaltungsverbots lässt sich allenfalls dann denken, wenn sich das Wohnkonzept lediglich an einen abgrenzbaren Kreis von Mietinteressenten, eben ausschließlich an Tierhaarallergiker, richten würde. Indes genügt die bloße Widmung des Gebäudes als Objekt zum „tierhaarfreien Wohnen“ nicht, um dieses dem Geltungsbereich des AGB-Rechts zu entziehen. Andernfalls würde wohl – worauf Wietz<sup>34</sup> zutreffend hinweist – eine Vielzahl von Wohnungen in großstädtischen Ballungsräumen mit einer solchen Widmung versehen werden, um lästigen Mietstreitigkeiten um Hunde- und Katzenhaltung von vornherein aus dem Weg zu gehen.**

### 3. Rauchen

a) **Innerhalb gemieteter Räume.** Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH<sup>35</sup> gehört das Rauchen in der gemieteten Wohnung grundsätzlich zum vertragsgemäßen Gebrauch. Über einen solchen hinaus geht es erst, wenn durch das Rauchen infolge von Nikotinablagerungen auf den Wand- und Deckenflächen Schäden verursacht werden, die sich nicht mehr durch Schönheitsreparaturen (vgl. § 28 IV der II. BerechnungsVO) beseitigen lassen, sondern diese überschreitende Instandsetzungsarbeiten erfordern.<sup>36</sup> Wenngleich diese Judikatur zuvörderst die Abnutzung der Dekoration betrifft, so ist sie doch – worauf Artz<sup>37</sup> zutreffend hinweist – von dem Gedanken geleitet, dass sich der Mieter „in seinen vier Wänden frei entfalten können soll“, solange dies nicht mit ungewöhnlichen Belastungen des Vermieters verbunden ist. In der Praxis liegt der zentrale Streitpunkt wohl meist darin, dass der Rauch in das gemeinschaftliche Treppenhaus oder gar in andere Wohnungen zieht und dadurch die Gesundheit der Mitbewohner gefährdet wird, diese aber zumindest eine Belästigung erfahren. Doch führt allein dieser Umstand nach

Auffassung des BGH<sup>38</sup> nicht dazu, dass Rauchen damit als vertragswidrig zu kategorisieren ist. Denn der Mieter kann solchen Unzuträglichkeiten durch einfache und zulässige Maßnahmen, etwa eine Lüftung über die Fenster, entgegenwirken, wozu er nach dem mietvertraglichen Gebot der Rücksichtnahme (§ 241 II BGB) auch verpflichtet ist.

**Es besteht daher Einigkeit,<sup>39</sup> dass ein formularmäßiges Rauchverbot für den Bereich der gemieteten Wohnung gem. 307 I 1, II Nr. 1 BGB unwirksam ist, weil es in den Kernbereich des vertragsgemäßen Gebrauchs eingreift. Demgegenüber wird eine individualvertragliche Vereinbarung, die das Rauchen innerhalb der Wohnung untersagt, ganz überwiegend für zulässig gehalten.<sup>40</sup>**

b) **Auf Balkonen und Terrassen.** Auch das Rauchen auf dem Balkon oder der Terrasse der Mietwohnung gehört grundsätzlich zum vertragsgemäßen Gebrauch; ein vollständiges Verbot durch Formularklauseln kommt auch hier nicht in Betracht.<sup>41</sup> Sofern sich ein Mieter im Gebäude durch das Rauchen eines anderen, meist des unter ihm wohnenden Mieters, auf dem Balkon gestört fühlt, kann er von diesem nach dem Urteil des BGH<sup>42</sup> vom 16.1.2015 gem. §§ 862 I 2, 858 I BGB wegen verbotener Eigenmacht Unterlassung verlangen. Das gilt zunächst einmal unabhängig davon, ob der störende Mieter nach dem Vertrag mit seinem Vermieter zum Rauchen auf dem Balkon berechtigt ist.<sup>43</sup> Allerdings kann sich der gestörte Mieter in entsprechender Anwendung des § 906 I 1 BGB Einwirkungen durch das Rauchen anderer Mieter nicht erwehren, wenn sie einen verständigen Nutzer im Gebrauch der Mietsache nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigen. Aber selbst wenn der Mieter durch den Zigarettenrauch vom anderen Balkon wesentlich beeinträchtigt wird, besteht sein Unterlassungsanspruch aus § 862 I 2 BGB nicht uneingeschränkt, da er auf das Recht des anderen Mieters, seine Wohnung vertragsgemäß zu nutzen und darin auch zu rauchen, Rücksicht nehmen muss.<sup>44</sup> Sofern sich die Mieter für die Zeiten, in denen sie an einer Nutzung ihrer Balkone interessiert sind, nicht auf bestimmte Raucher- und Nichtraucherintervalle verständigen können, hat das mit einer solchen Streitigkeit befasste Gericht mit Blick auf das für beide geltende Gebot der

28 S. etwa BGH, NJW 1996, 389 (390f.); NZM 2003, 252 (255); BGHZ 2014, 302 = NZM 2015, 374 Rn. 35; BGHZ 217, 1 = NZM 2017, 841 Rn. 39 mit Anm. Kappus, NZM 2017, 845; MüKoBGB/Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 Rn. 18.

29 BGH, NJW 1996, 389 (390); NZM 2019, 209 Rn. 32, 37.

30 So etwa Wietz, WuM 2014, 518 (528).

31 BGH, NZM 2018, 556 (557).

32 OLG Rostock, NZM 2010, 42 (43); LG Hamburg, NZM 2002, 695.

33 S. etwa Riecke, ZMR 2015, 361 (367) betr. rauchfreie Wohnprojekte.

34 Wietz, WuM 2014, 518 (528).

35 BGH, NZM 2015, 302 Rn. 15.

36 BGH, NZM 2008, 318; NZM 2006, 691 (692 f.); instr. dazu Artz, PiG 85 (2009), 229 (231f.).

37 Artz, PiG 85 (2009), 229 (232).

38 BGH, NZM 2015, 302 Rn. 16.

39 Börstinghaus in Artz/Börstinghaus (o. Fn. 4), D Rn. 324; Artz, PiG 85 (2009), 229 (236f.); Wietz, WuM 2014, 518 (530); Riecke, ZMR 2015, 361; Paschke, NZM 2008, 265 (268).

40 BGH, NZM 2015, 302 Rn. 14; NZM 2006, 691 Rn. 23; Artz, PiG 85 (2009), 229 (237f.); Riecke, ZMR 2015, 361 (362); Drasdo, NZM 2018, 729 (731f.); zurückhaltender Harsch, WuM 2009, 76 (78).

41 Eisenschmid in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 535 Rn. 517; Lehmann-Richter, NZM 2015, 513 (516); Börstinghaus, WuM 2012, 480 (485).

42 BGH, NZM 2015, 448.

43 BGH, NZM 2015, 448 Rn. 7.

44 BGH, NZM 2015, 448 Rn. 16; s. auch Riecke, ZMR 2015, 361 (366).

Rücksichtnahme eine Gebrauchsregelung zu treffen.<sup>45</sup> Dabei sind – wie der BGH<sup>46</sup> in der erwähnten Entscheidung betont – dem Mieter 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.

**Diese vom BGH eingeschlagene Linie** lässt den Schluss zu, dass der Vermieter mit seinen Mietern auch vertragliche Regelungen treffen darf, die der Notwendigkeit einer gerichtlichen Gebrauchszuweisung vorbeugen.<sup>47</sup> Demgemäß darf er den Umfang des Rauchens auf dem Balkon – auch formularvertraglich – ausgestalten, nicht jedoch das dortige Rauchen gänzlich untersagen – anders gewendet: das „Wie“ des Rauchens ist regelbar, nicht jedoch das „Ob“.

Allerdings muss die vom Vermieter praktizierte Aufteilung der Balkonnutzungszeiten in Raucher- und Nichtraucherintervalle, um der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB standzuhalten, im Rahmen eines billigen (Gestaltungs-)Ermessens liegen.<sup>48</sup> Ein Beispiel für eine derartige „Rauchen-Ordnung“ liefert das Urteil des *LG Dortmund*<sup>49</sup> vom 8.6.2017, das eine Nachbarstreitigkeit zwischen den Eigentümern realgeteilter Reihenhäuser betrifft. Es hat dem gestörten Eigentümer einen Anspruch aus §§ 862 I 2, 858 I BGB auf Unterlassung von Rauchmissionen dergestalt gewährt, dass ihm rund um die Uhr im Drei-Stunden-Intervall Zeiträume freizuhalten sind, in denen er sein Grundstück unbeeinträchtigt von Rauchbelästigungen durch die Eigentümer der anderen Reihenhausobjekte nutzen kann. Gewiss wird man darüber diskutieren können,<sup>50</sup> ob Raucher- und Nichtraucherzyklen dieser Dauer zu lang erscheinen; doch dürften sie sich wohl noch in den Grenzen einer angemessenen Vertragsgestaltung bewegen.

Eine anderes im Schrifttum erwogenes Regelungsmodell wäre die Begrenzung auf eine bestimmte Maximalemenge an Zigaretten (oder anderen Tabakwaren), die auf dem Balkon täglich geraucht werden dürfen.<sup>51</sup> Indes wird dies dem Nichtraucher kaum weiterhelfen, da er sich auf rauchfreie Zeiten nicht einstellen kann.

**Im Übrigen ist zu beachten**, dass eine derartige „Rauchen-Ordnung“ für Balkone/Terrassen lediglich in neuen Mietverträgen installiert werden kann. Für die Bestandsmiete gilt aber das wechselseitige Gebot der Rücksichtnahme nach den Grundsätzen des erwähnten Urteils des BGH<sup>52</sup> vom 16.1.2015.

c) **Bei geöffnetem Fenster.** Fraglich ist weiterhin, ob im Wege der Formularvereinbarung ein Rauchen am offenen Fenster prohibiert werden kann. Auch hier wird vorgeschlagen, Regelungen zuzulassen, die dem Mieter untersagen, zum Schutz der Mieter höher gelegener Wohnungen einzelne Fenster seiner Wohnung in bestimmten Zeiträumen nicht zum Entlüften von Tabakrauch zu öffnen.<sup>53</sup> Denkbar wäre aber wohl auch, dem Mieter das Rauchen an voll geöffneten Fenstern generell zu verwehren.<sup>54</sup> Eine unangemessene Beeinträchtigung seines Nutzungsrechts iSd § 307 I 1, II Nr. 1 BGB dürfte darin nicht zu erblicken sein. Sofern der Mieter bestrebt ist, die Luft in seiner Wohnung zu schonen, mag er sich zum Rauchen nach Draußen begeben.<sup>55</sup> Andererseits wird sich der Abzug von Zigarettenrauch aus der Wohnung ins Freie nicht vollständig vermeiden lassen; dass ein Lüftungsverbot gegenüber dem rauchenden Mieter mit § 307 II Nr. 1 BGB kollidiert, dürfte auf der Hand liegen. Und im Übrigen gilt auch hier: Im gewissen Umfang ist der nichtrauchende Mitmieter entsprechend § 906 I 1 BGB gehalten, Tabakmissionen hinzunehmen.

d) **Konzept „rauchfreies Wohnen“.** Ebenso wie bei der Tierhaltung stellt sich auch hinsichtlich des Rauchens die

Frage, ob dieses im Rahmen eines Vermietungsmodells in der gesamten Wohnanlage ausgeschlossen werden kann. *Lehmann-Richter* hatte dies in seinem Vortrag auf dem 34. Mietrechtstag bejaht, da ein solches Konzept eine hohe Befriedung bewirken würde.<sup>56</sup>

Nach dem unter II 2 c Gesagten spricht vieles dafür, dass sich der Vermieter, sofern er fortwährend in allen Mietverträgen ein Rauchverbot vereinbart, nicht im kontrollfreien Bereich der Leistungsbeschreibung gem. § 307 III 1 BGB bewegt. Auch das Rauchen gehört nach der erwähnten Rechtsprechung des BGH grundsätzlich zum vertragsgemäßen Mietgebrauch. Allerdings kann der Vermieter dem Klauselverdikt des § 307 I 1, II Nr. 1 BGB dadurch entgehen, dass er dem Mietinteressenten für den Tabakverzicht eine angemessene Kompensation anbietet. Ob dazu bereits die von den Befürwortern eines solchen Wohnkonzepts erstrebte Befriedung der Bewohnerschaft ausreicht, ist aber noch nicht gesichert. Der unabewisliche Nachteil einer solchen Wohnform liegt darin, dass sie geänderten Lebensgewohnheiten und -verhältnissen des Mieters nicht hinreichend Rechnung zu tragen vermag.<sup>57</sup> So ist es keineswegs ausgeschlossen, dass dieser erst im Lauf der Mietzeit mit dem Rauchen beginnt. Gleicher gilt für seine in der Wohnung lebenden Familienangehörigen, namentlich die während der Mietzeit erst heranwachsenden Kinder.<sup>58</sup> Auch drängt sich die Frage auf, ob der Mieter tatsächlich eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses nach § 573 II Nr. 1 BGB riskieren soll, wenn er sich eines schönen Tages in seiner Nichtraucherwohnung eine Zigarette ansteckt.<sup>59</sup>

Vielleicht ließe sich eine Lösung darin finden, die „rauchfreie“ Wohnanlage mit Raucherkabinen,<sup>60</sup> uU auch großzügigen Rauchräumlichkeiten auszustatten, wohin sich diejenigen Mieter, welche die Raucherfreuden erst nach Vertragsabschluss für sich entdeckt haben, sowie rauchwillige Besucher zurückziehen könnten, um ihrer Leidenschaft nachzugehen. Indes müsste der gemütliche Fernseh-abend mit Freunden in der Wohnung weiterhin „alternativlos rauchfrei“ stattfinden, gleichgültig ob der politisch korrekte Tatort oder die Horrorfilm-Blu-ray im Directors Cut auf dem Programm steht. Gewiss wird man darüber debattieren können, ob bereits eine solche Schmälerung in der Nutzung der „gemieteten vier Wände“ eine unangemessene Benachteiligung iSv § 307 I 1 BGB darstellt.

**Zwischenfazit:** Alles in allem gibt es aber gute Gründe, die gegen eine generelle Zulässigkeit einer solchen Wohnform streiten. Ob etwas anderes gilt, wenn sich das Vermietungskonzept allein an Personen mit bronchialer Hyperreagibilität richtet, bleibt zu diskutieren.

<sup>45</sup> BGH, NZM 2015, 448 Rn. 18.

<sup>46</sup> BGH, NZM 2015, 448 Rn. 18.

<sup>47</sup> So auch *Börstinghaus in Arzt/Börstinghaus* (o. Fn. 4), D Rn. 326; Drasdo, NZM 2018, 729 (732); iE auch *Riecke*, ZMR 2015, 361 (366).

<sup>48</sup> Tendenziell großzügig *Börstinghaus in Arzt/Börstinghaus* (o. Fn. 4), D Rn. 326: Klausel „allenfalls auf Angemessenheit zu überprüfen“.

<sup>49</sup> *LG Dortmund*, NZM 2018, 251.

<sup>50</sup> *Börstinghaus in Arzt/Börstinghaus* (o. Fn. 4), D Rn. 326; sehr krit. *Wietz*, WuM 2014, 518 (531).

<sup>51</sup> S. etwa *Wietz*, WuM 2014, 518 (531).

<sup>52</sup> BGH, NZM 2015, 448 Rn. 17.

<sup>53</sup> *Wietz*, WuM 2014, 518 (531).

<sup>54</sup> S. auch *Lehmann-Richter*, NZM 2015, 513 (515).

<sup>55</sup> *Lehmann-Richter*, NZM 2015, 513 (515).

<sup>56</sup> *Lehmann-Richter*, NZM 2015, 513 (517).

<sup>57</sup> *Börstinghaus in Arzt/Börstinghaus* (o. Fn. 4), D Rn. 329; *Riecke*, ZMR 2015, 361 (367).

<sup>58</sup> *Börstinghaus in Arzt/Börstinghaus* (o. Fn. 4), D Rn. 329.

<sup>59</sup> *Börstinghaus in Arzt/Börstinghaus* (o. Fn. 4), D Rn. 329.

<sup>60</sup> Dazu Drasdo, NZM 2018, 729 (730).

### III. Nutzung von Gemeinschaftsflächen

#### 1. Mietvertraglich gesichert oder lediglich gestattet?

Neben den zur ausschließlichen Nutzung zugewiesenen Räumen, also der Mietwohnung, kann sich der Mietgebrauch auch auf Gemeinschaftsflächen und Nebenräume erstrecken. Gemeinschaftsflächen sind nach der Definition von *Sternel*<sup>61</sup> solche Flächen und Räume, die nach der Bestimmung des Gebäudes und des Grundstücks dem jeweiligen Vermietungszweck dienen und den Mietern zugänglich sind. An Letzterem fehlt es, wenn die betreffende Fläche einem Mieter zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen oder sie einer Nutzung durch die Mieterschaft vollständig entzogen ist. Dies ist etwa bei einem Heizungsraum der Fall.<sup>62</sup>

Gemeinschaftsflächen sind vielfach neben der Wohnung *mitvermietet*.<sup>63</sup> Dies kann auch stillschweigend geschehen. Davon ist grundsätzlich auszugehen, wenn die betreffende Fläche einer bestimmten Nutzung durch die Bewohner des Gebäudes gewidmet ist, etwa durch die Bezeichnung als Wasch- und Trocken- oder als Fahrradraum.<sup>64</sup> Andererseits kann der Vermieter dem Mieter die Mitbenutzung von Gemeinschaftsflächen auch lediglich *gestattet*, ohne ihm ein mietvertragliches Gebrauchsrecht einzuräumen. Allein der Umstand, dass die Mitbenutzung der Gemeinschaftsfläche im Mietvertrag nicht geregelt ist, spricht weder für die eine noch für die andere Nutzungsqualität.<sup>65</sup> Maßgebend ist, wie der Mieter die vertragliche Nutzungszuweisung unter Beachtung der Umstände des Einzelfalls, namentlich der Beschaffenheit der Wohnanlage, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157, 242 BGB) verstehen darf.<sup>66</sup> Hier hat *Flatow*<sup>67</sup> die folgenden drei Kategorien entwickelt:

#### 2. Kategorisierung nach dem Nutzungsinteresse des Mieters

a) *Primäre Nutzungsrechte*. Sie umfassen diejenigen nutzungen der Gemeinschaftsflächen, auf die der Mieter zwangsläufig angewiesen ist. Dazu gehört in erster Linie der ungehinderte Zugang zu den gemieteten Räumlichkeiten, was eine Nutzung der Zuwege, des Hausflurs und des Treppenhauses voraussetzt. Diese darf der Mieter jederzeit zum Betreten oder Verlassen seiner Wohnung durchqueren. Auch Gegenständen, die er zur Realisierung seiner Wohnvorstellungen benötigt, darf er durch diese Bereiche transportieren. Ist der Mieter infolge einer Gehbehinderung auf einen Rollator oder Rollstuhl angewiesen, darf er derartige Geräte ausnahmsweise auch im Hausflur abstellen, soweit er körperlich nicht in der Lage ist, sie in die Wohnung oder in den Keller des Hauses zu verbringen.<sup>68</sup> Dies lässt sich bereits aus seinem Recht auf barrierefreien Zugang zur Mietwohnung herleiten, dessen Grundgedanke auch hier einschlägig sein dürfte, selbst wenn die in § 554 a BGB vorausgesetzte Eingriffsintensität nicht erreicht ist.<sup>69</sup> Ein primäres Nutzungsrecht des Mieters besteht schließlich an dem der Wohnung zugewiesenen Briefkasten einschließlich des Zugangs zu diesem sowie hinsichtlich der Entgegennahme von Werbesendungen.

b) *Sekundäre Nutzungsrechte*. Sie betreffen nutzungen der Gemeinschaftsbereiche, die zum vertragsgemäßen Gebrauch des Mietobjekts zwar nicht zwingend erforderlich, aber zweckmäßig sind. Dazu gehört wiederum das Abstellen von Gehhilfen und Rollstühlen, aber auch von Kinderwagen im Hausflur, sofern der Mieter darauf angewiesen ist und die Größe der betreffenden Gemeinschaftsfläche dies zulässt. Anders als beim primären Nutzungsrecht besteht hier durchaus Raum für eine umfassende Abwägung der wechselseitigen Interessen des Mieters auf der

einen und des Vermieters sowie der übrigen Hausbewohner auf der anderen Seite.<sup>70</sup> Darüber hinaus erstreckt sich die sekundäre Nutzungsberechtigung auf eine zweckmäßige, also dem Wohnen in den gemieteten Räumlichkeiten dienliche Nutzung sämtlicher Gemeinschaftsflächen. Dazu gehört bspw. das Trocknen von Wäsche in eigens dafür vorgesehenen Trockenbereichen sowie das Abstellen von Fahrrädern in einem Fahrradraum.<sup>71</sup> Auch das Spielen von Kindern auf einer offen zugänglichen Rasenfläche unterfällt noch dem sekundären Recht des Mieters zur Nutzung der Gemeinschaftsanlagen.

c) *Tertiäre Nutzungsrechte*. Diese kommen bei nutzungen von Gemeinschaftsflächen in Betracht, die für den Mieter zwar vorteilhaft, für einen vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache aber keineswegs erforderlich sind.<sup>72</sup> Dazu gehören etwa das Abstellen von Fahrzeugen auf der Hoffläche sowie die Nutzung der Grünanlage zu Freizeitaktivitäten. Auch das Deponieren einer Fußmatte im Flur vor der Wohnungseingangstür kann Gegenstand eines tertiären Nutzungsrechts des Mieters sein. Ebenso werden das Auf- oder Abstellen von weiterem Mobiliar, etwa Schuhchränken, Schirmständern oder gar Blumenkästen, sowie das Rauchen im Hausflur noch dieser Nutzungs-kategorie zugeordnet.<sup>73</sup>

#### 3. Vertragliche Regelbarkeit

a) *Primäre Nutzungsberechtigung*. Die *primäre Nutzungsberechtigung* des Mieters an den Gemeinschaftsflächen – also der Zugang zur Mietwohnung im weitesten Sinn – ist stets vertraglich gesichert. Ein Ausschluss würde hier – wie sich dem Rechtsgedanken des § 554 a III BGB unschwer entnehmen lässt – selbst individualvertraglich nicht in Betracht kommen. Was jedoch das Abstellen eines Rollators oder Rollstuhls im Hausflur betrifft, kann der Vermieter dafür aus gewichtigen Gründen, etwa zur Freihaltung von Fluchtwegen, einen bestimmten Platz benennen, auch wenn sich dieser in einiger Entfernung von der Wohnungseingangstür des Mieters befindet. Zulässig ist es wohl auch, wenn sich der Vermieter ein Dispositonsrecht vorbehält, um vorhandene Abstellfläche bedarfsgerecht gem. § 315 BGB nach billigem Ermessen zu verteilen. Hier werden die Hilfsmittel für Behinderte und gebrechliche Mieter aber unbedingt Vorrang vor dem „berühmt-berüchtigten Kinderwagen“ haben.<sup>74</sup> Ähnlich wie beim Rauchen auf den Balkonen sind aber auch für den Zugang zur Mietwohnung die Modalitäten der Nutzung vertraglich regelbar.

So kann der Vermieter bestimmen, dass das Transportieren von sperrigen Gegenständen durch das Treppenhaus nur außerhalb

<sup>61</sup> *Sternel*, PiG 92 (2012), 47.

<sup>62</sup> Allerdings werden diese Bereiche vom betriebskostenrechtlichen Begriff der Gemeinschaftsfläche umfasst, vgl. *Sternel*, PiG 92 (2012), 47, 48.

<sup>63</sup> *Artz*, PiG 85 (2009), 229 (233).

<sup>64</sup> Vgl. MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl. 2016, § 535 Rn. 70.

<sup>65</sup> *Sternel*, PiG 92 (2012), 47 (56).

<sup>66</sup> Vgl. *Sternel*, PiG 92 (2012), 47 (52).

<sup>67</sup> *Flatow*, NZM 2007, 432 (433).

<sup>68</sup> AG Hannover, NZM 2006, 819; *Flatow*, NZM 2007, 432 (433); *Derleder*, NZM 2006, 893 (894). S. auch *Leist*, NZM 2019, 658 (659 in diesem Heft).

<sup>69</sup> *Sternel*, PiG 92 (2012), 47 (53).

<sup>70</sup> *Flatow*, NZM 2007, 432 (434 ff.).

<sup>71</sup> *Sternel*, PiG 92 (2012), 47 (56). S. auch *Leist*, NZM 2019, 658 (659 in diesem Heft).

<sup>72</sup> *Flatow*, NZM 2007, 432 (434).

<sup>73</sup> *Flatow*, NZM 2007, 432 (434).

<sup>74</sup> *Flatow*, NZM 2007, 432 (435); abw. wohl *Sternel*, PiG 92 (2012), 47 (54) mit einem Formulierungsvorschlag.

der Ruhezeiten – also zwischen 8 und 21 Uhr – erfolgen darf. Für den zur Hundehaltung berechtigten Mieter darf eine Anleinplicht beim Durchschreiten der Gemeinschaftsflächen festgeschrieben werden. Fraglich erscheint, ob Hunde von der Nutzung des Fahrstuhls ausgenommen werden dürfen. Ein generelles formularmäßiges Verbot wäre jedenfalls deswegen bedenklich, weil es auch den gehbehinderten Mieter, der auf den Fahrstuhl zwingend angewiesen ist, von dessen Nutzung in Begleitung des Hundes ausschließt. Beim Rauchen im Treppenhaus wird mitunter danach differenziert, ob dies anlässlich eines zügigen Durchschreitens oder zielgerichtet geschieht.<sup>75</sup> Dass eine Nutzung des Treppenhauses als „Raucherecke“ einen vertragswidrigen Gebrauch darstellt, bedarf keiner Diskussion. Allerdings darf der Vermieter im gesundheitlichen Interesse der übrigen Hausbewohner und vor allem deren minderjähriger Kinder das Rauchen in Gemeinschaftsräumen auch generell untersagen.<sup>76</sup>

b) **Sekundäre Nutzungsberechtigung.** Die sekundäre Nutzungsberechtigung des Mieters ist jedenfalls dann als vertragsgesichert anzusehen, wenn der Mieter auf die Mitbenutzung des betreffenden Gemeinschaftsbereichs in unmittelbaren Zusammenhang mit dem Wohnen angewiesen ist. Das ist etwa beim Abstellen des Kinderwagens im Hausflur anzunehmen, wenn die Wohnung hierfür zu klein ist.<sup>77</sup> Hier darf der Vermieter aber einen bestimmten Platz im Gebäude festlegen, an dem Kinderwagen ohne größere Schwierigkeiten abgestellt werden können. Auch die Nutzung eines eigens dafür gewidmeten Wäschetrockenschranks gehört jedenfalls dann zum vertraglich gesicherten Mietgebrauch, wenn die Wohnung angesichts ihrer Größe oder ihrer Beschaffenheit, namentlich wegen drohender Feuchtigkeitsschäden, nicht zum Wäschetrocknen geeignet ist.<sup>78</sup>

Verfügt die gemietete Wohnung indes über ein hinreichend geräumiges und gut belüftetes Badezimmer, in dem ein Wäschestell ohne Weiteres deponiert werden kann, wäre die Mitbenutzung des Trockenraums nicht als von der Gebrauchsvereinbarung umfasst anzusehen. Sie könnte dann aber Gegenstand einer Gestattung des Vermieters sein, die seinem billigen Ermessen unterliege.<sup>79</sup> Sofern es keinen Grund für eine Nutzungsuntersagung gibt, etwa infolge übermäßiger Beanspruchung durch Mitmieter mit großen Familien, wird der Vermieter die Gestattung zu gewähren haben. Die Mitbenutzung eines dafür eigens gewidmeten Fahrradabstellraums ist wegen der fehlenden Notwendigkeit für das Wohnen in der Mietwohnung im Zweifel nur Gegenstand einer Gestattung. Doch sollte der Vermieter dies im Mietvertrag tunlichst klarzustellen, da anderenfalls der Streit um eine stillschweigende Gebrauchsvereinbarung infolge einer langjährigen unwidersprochenen Nutzung geradezu programmiert ist.<sup>80</sup>

**Ein wesentlicher Unterschied** zwischen einer vertraglich gesicherten und einer lediglich gestatteten Mitbenutzung von Gemeinschaftsflächen besteht darin, dass die erstgenannte lediglich durch eine Teilkündigung gem. § 573b BGB,<sup>81</sup> die letztergenannte indes durch einen billigen Ermessen unterliegenden Widerruf beendet werden kann.

c) **Tertiäre Nutzungsberechtigung.** Eine *tertiäre Nutzungsberechtigung* des Mieters an Gemeinschaftsflächen kann ausschließlich auf einer Gestattung des Vermieters beruhen. Da es hier nicht um Nutzungen geht, die für das Wohnen notwendig oder zweckmäßig sind, sondern auf dem ganz individuellen Wunsch des einzelnen Mieters beruht, hat der Vermieter hier auch innerhalb des nach § 315 BGB gebundenen Ermessens einen weiten Spielraum für ablehnende Entscheidungen. Insoweit besteht aber wohl nicht einmal vertraglicher Regelungsbedarf.

Ein Abstellen von Fahrzeugen auf einem Hof ohne gekennzeichnete Parkflächen kann der Vermieter jederzeit untersagen, da es unter keinem denkbaren Gesichtspunkt vom vertragsgemäßen Mietgebrauch umfasst ist. Gleches gilt für die Platzierung einer Fußmatte vor der Wohnungseingangstür im Gemeinschaftsflur.

Eleganter erscheint es freilich, wenn der Vermieter ein Verbot derartiger Nutzungen bereits bei Abschluss der Verträge mit den Mietern in der Wohnanlage explizit in einer Hausordnung festzuschreiben würde.

## IV. Hausordnung

### 1. Wesen

Der Vermieter kann den Umfang des Mietgebrauchs auch mit Hilfe einer Hausordnung bestimmen. Diese kann sämtliche Regelungen umfassen, die den Gebrauch der Mietwohnung, der Nebenräume und der Gemeinschaftseinrichtungen wie etwa Treppenhäuser, Gartenflächen, Kinderspielplätze, Wasch- und Trockenräume beschreiben.<sup>82</sup>

**Sinn und Zweck einer Hausordnung ist es**, das harmonische Zusammenleben der Bewohner eines Hauses untereinander zu gewährleisten. Dazu konkretisiert sie zuvörderst die bereits gesetzlich oder aufgrund des Mietvertrags allgemein formulierten Pflichten der Mieter; in Ausnahmefällen kann sie derartige Pflichten aber auch erst generieren.<sup>83</sup> Im Übrigen soll aus der vertraglich vereinbarten Hausordnung aber auch das Recht eines jeden einzelnen Mieters entspringen, von den anderen Mietern die Einhaltung ihrer Bestimmungen zu verlangen.<sup>84</sup> Insoweit kommt ihr die Wirkung eines Vertrags zugunsten Dritter gem. § 328 BGB zu.

### 2. Einbeziehung in den Mietvertrag

Der Vermieter sollte deshalb sehr genau darauf achten, dass die Hausordnung in jeden einzelnen Mietvertrag mit einbezogen wird. Sofern die Hausordnung vorformuliert ist, was regelmäßig der Fall sein wird, handelt es sich bei den darin enthaltenen Bestimmungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen; diese können nur unter den Voraussetzungen des § 305 II BGB Vertragsbestandteil werden. Will der Vermieter auf „Nummer sicher“ gehen, sollte er die Hausordnung entweder komplett in den Mietvertrag integrieren oder auf die derzeit geltende Hausordnung Bezug nehmen, diese dem Mieter aushändigen und ihn deren Empfang schriftlich bestätigen lassen.<sup>85</sup> Sofern nämlich der Mieter später behauptet, er habe die Hausordnung nie erhalten, muss der Vermieter den Beweis für deren Aushändigung erbringen. Eine Klausel des Inhalts, dass „die anliegende Hausordnung ... Bestandteil dieses Vertrags“ ist, wird nämlich wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 12 Buchst. b BGB als unwirksam erachtet, weil sie die Beweislast hinsichtlich der Einbeziehung dieses Regelwerks in den Vertrag zum Nachteil des Mieters ändert.<sup>86</sup> Auch eine Vertragsklausel, die bestimmt, dass „die bestehende Hausordnung Gegenstand des Mietvertrags ist“, fällt der Inhaltskontrolle anheim. Sie verstößt gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB, da sie dem Vermieter die Möglichkeit eröffnet, dem Mietvertrag eine wie

<sup>75</sup> IdS etwa Harsch, WuM 2009, 76 (77); Stapel, NZM 2000, 595 (597); dagegen aber Artz, PiG 85 (2009), 229 (231); Paschke, NZM 2008, 595 (597); Flatow, NZM 2007, 432 (435).

<sup>76</sup> Drasdo, NZM 2018, 729 (732); Artz, PiG 85 (2009), 229 (234).

<sup>77</sup> Flatow, NZM 2007, 432 (434).

<sup>78</sup> Sternal, PiG 92 (2012), 47 (54 f.).

<sup>79</sup> Sternal, PiG 92 (2012), 47 (60).

<sup>80</sup> Sternal, PiG 92 (2012), 47 (55).

<sup>81</sup> Sternal, PiG 92 (2012), 47 (58).

<sup>82</sup> Schmid, NJW 2013, 2145; ausf. zuletzt Mayer/Eichel/Klinck, NZM 2018, 689.

<sup>83</sup> Bspw. AG München, NZM 2000, 35; Wetekamp, GE 2003, 170 (171).

<sup>84</sup> BGHZ 157, 188 = NZM 2004, 193; MüKoBGB/Häublein (o. Fn. 64), § 535 Rn. 172.

<sup>85</sup> Wetekamp, GE 2003, 170.

<sup>86</sup> BGH, NJW 1991, 1750 (1753); *Unnützer*, Hdb. d. Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrechts, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rn. 72; Wetekamp, GE 2003, 170.

auch immer ausgestaltete Hausordnung anzufügen.<sup>87</sup> Andererseits soll eine hinreichende vertragliche Grundlage für die Geltung der Hausordnung bereits darin liegen, dass der Vermieter sich vorbehält, eine Hausordnung aufzustellen, was dann nach billigem Ermessen gem. § 315 BGB zu geschehen hat. Allerdings darf der Vermieter darin lediglich bereits bestehende Pflichten des Mieters konkretisieren, nicht aber neue Pflichten begründen. In diesen Grenzen lässt ein Teil des Schrifttums sogar eine gänzlich einseitig erklärte Hausordnung zu.<sup>88</sup> Doch sollte der Vermieter an derartige Notlösungen immer nur denken, wenn ihm die Möglichkeit einer vertraglichen Regelung – aus welchen Gründen auch immer – verwehrt ist, etwa weil er erst durch den Erwerb des Grundstücks in die bereits laufenden Mietverhältnisse eingetreten ist.

**Beachte:** Falls der Vermieter die Hausordnung in einen Mietvertrag mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr miteinbeziehen will, muss er die Schriftform des § 550 BGB befolgen.<sup>89</sup> gleichgültig ob es sich um ein befristetes oder ein unbefristetes Mietverhältnis mit Kündigungsausschluss handelt.<sup>90</sup>

### 3. Inhalt

Der Inhalt einer Hausordnung muss sich an deren Zweck orientieren. Demgemäß darf sie kein Verhalten des Mieters reglementieren, das ausschließlich in seiner Wohnung stattfindet. Alles andere würde ihn gem. § 307 I 1 BGB unangemessen benachteiligen,<sup>91</sup> sofern man eine derartige Klausel nicht schon als überraschend iSd § 305 c I BGB erachten will.<sup>92</sup> Demgemäß wäre eine Bestimmung über die Einschränkung der Tierhaltung in den Wohnungen in einer Hausordnung unwirksam. Zulässig wäre hingegen die Anordnung einer Anleinpflcht für Hunde auf den Gemeinschaftsflächen. Auch das Verbot des Rauchens am weit geöffneten Fenster und in den Gemeinschaftsräumen sowie die Raucher- und Nichtraucherzeiten auf Balkonen und Terrassen sind in einer Hausordnung ohne Weiteres regelbar. Im Übrigen kann sich die Hausordnung zu sämtlichen unter III thematisierten Nutzungen der Gemeinschaftsflächen verhalten. Dabei ist stets der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Mieter zu berücksichtigen.<sup>93</sup> Der Vermieter darf keinem Mieter das untersagen, was anderen Mietern gestattet ist.

### 4. Änderungsvorbehalt

Die Änderung einer bestehenden Hausordnung ist nach ganz überwiegender Ansicht zulässig, sofern in dem Mietvertrag ein Änderungsvorbehalt verankert ist. Allerdings muss dieser sich am § 308 Nr. 4 BGB messen lassen. Danach ist ein Änderungsvorbehalt unzulässig, wenn er nicht „unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist“.

**Dazu hat der BGH<sup>94</sup> folgende Kriterien entwickelt:**

- Der Änderungsvorbehalt muss erforderlich sein.
- Betrifft er auch die Hauptleistung des Verwenders, ist er für den Vertragspartner stets als besonders nachteilig zu erachten.
- Eine Änderung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses stellt ein Indiz für die Unzumutbarkeit des Vorbehalts dar.

Im Übrigen muss der Änderungsvorbehalt dem Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB entsprechen.<sup>95</sup> Dabei ist zu beachten, dass § 308 Nr. 4 BGB die Vermutung der Unzumutbarkeit des Änderungsvorbehalts beinhaltet, die der Verwender entkräften muss. Erst wenn dies geschehen ist, stellt sich – gleichsam auf der zweiten Stufe – die Frage, ob die auf den Vorbehalt gestützte Änderung der Hausordnung im Einzelfall billigem Ermessen ent-

spricht.<sup>96</sup> Dies zugrunde gelegt, ist ein die Hausordnung betreffender Änderungsvorbehalt, der sich allein auf die ohnehin schon nach § 241 II BGB bestehenden Rücksichtnahmepflichten des Mieters bezieht, regelmäßig zulässig. Demgegenüber darf der Vorbehalt dem Vermieter keinesfalls die Befugnis verleihen, dem Mieter neue Pflichten aufzuerlegen oder seine bestehenden Rechte einzuschränken.<sup>97</sup> Auch hier gilt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (s. bereits II 2 a). Lässt sich die dem Vermieter verliehene Änderungsbefugnis nicht aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen, fällt eine derartige Klausel insgesamt der Inhaltskontrolle anheim.<sup>98</sup>

### V. Die vermietete Eigentumswohnung

Gem. § 21 V Nr. 1 WEG gehört die Aufstellung einer Hausordnung zur ordnungsgemäßen, dem Interesse sämtlicher Wohnungseigentümer entsprechenden Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (vgl. § 21 II WEG). Sie ist insbesondere einem Mehrheitsbeschluss zugänglich. Das bedeutet aber zugleich, dass ein Beschluss über die Genehmigung der Hausordnung auch dann wirksam ist, wenn er (partiell) den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung widerspricht, eine gerichtliche Ungültigkeitserklärung gem. § 23 IV 2 WEG jedoch in Ermangelung einer fristgemäßen Beschlussanfechtung unterblieben ist.

Hier stellt sich die Frage, ob eine dynamische Verweisung auf die durch Beschluss der Wohnungseigentümer begründete oder geänderte Gebrauchsregelung wirksam vereinbart werden kann. Dies wird im Schrifttum<sup>99</sup> vielfach bejaht, sofern sie sich auf Bestimmungen beschränkt, die lediglich die nach § 241 II BGB ohnehin bestehenden Rücksichtnahmepflichten des Mieters konkretisieren. Liegt eine Beschlussfassung der Wohnungseigentümer über derartige Regelungen stets im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung, muss der Vermieter sie hinnehmen; eine Beschlussanfechtung nach § 46 WEG hätte von vornherein keine Aussicht auf Erfolg. Dann aber dient eine dergestalt dynamische Verweisung auf die von den Wohnungseigentümern beschlossene Hausordnung den berechtigten Interessen des Vermieters und ist für den Mieter jedenfalls dann zumutbar, wenn er bei Vertragsabschluss darüber Kenntnis erhalten hat, dass es sich bei dem Mietobjekt um Wohnungseigentum handelt.<sup>100</sup> Damit dürfte sie einer Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB standhalten.

<sup>87</sup> LG München I, NZM 1998, 32; iE auch MüKoBGB/Häublein (o. Fn. 64), § 535 Rn. 173.

<sup>88</sup> Eisenschmid in Schmidt-Futterer (o. Fn. 41), § 535 Rn. 378; Unnützer (o. Fn. 86), 7. Kap. Rn. 75; deutlich restriktiver Mayer/Eichel/Klinck, NZM 2018, 689 (690f.).

<sup>89</sup> Schmid, NJW 2013, 2145 (2147).

<sup>90</sup> S. dazu Börstinghaus, WIMMOt 2012, 81; Lützenkirchen, PiG 109 (2019), 83.

<sup>91</sup> Schmid, NJW 2013, 2145.

<sup>92</sup> Ids Häublein, WuM 2009, 435; Armbrüster, FS Blank 2006, 577 (582).

<sup>93</sup> Eisenschmid in Schmidt-Futterer (o. Fn. 41), § 535 Rn. 377; Schmid, NJW 2013, 2145 (2147).

<sup>94</sup> BGH, NJW-RR 2009, 1641 (1642f.).

<sup>95</sup> Börstinghaus in Artz/Börstinghaus (o. Fn. 4), D Rn. 25.

<sup>96</sup> Börstinghaus (o. Fn. 4), D Rn. 26 f.

<sup>97</sup> Eisenschmid in Schmidt-Futterer (o. Fn. 41), § 535 Rn. 379.

<sup>98</sup> S. nur BGH, NZM 2013, 85 (88) Rn. 27.

<sup>99</sup> Bspw. Jacoby, ZMR 2012, 669 (675); Armbrüster, FS Blank 2006, 577 (583ff.); dagegen Mayer/Eichel/Klinck, NZM 2018, 689 (693).

<sup>100</sup> Jacoby, ZMR 2012, 669 (675); Armbrüster, FS Blank 2006, 577 (583ff., 586f.); abw. Blank, WuM 2013, 94 (97) unter Hinw. auf §§ 536 III, 536 a S. 1 BGB.

**Achtung:** Unwirksam wäre hingegen eine Formularklausel, die sämtliche Mehrheitsbeschlüsse der Wohnungseigentümer als für den Mieter verbindlich erklärt, unabhängig davon, ob sie ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen.<sup>101</sup>

## VI. Zusammenfassung

Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt auf den Punkt bringen:

1. Vertragliche Vereinbarungen zur Einschränkung der dem Wohnraummietier in § 553 BGB zuerkannten Berechtigung zur (teilweisen) Untervermietung scheitern regelmäßig an dem in Abs. 3 der Vorschrift statuerten Verbot abweichender Vereinbarungen.
2. Eine Tierhaltung in der Mietwohnung kann formularmäßig nicht komplett ausgeschlossen werden. Dem Mieter muss jedenfalls das Recht zur Haltung von nicht störungsrelevanten Kleintieren verbleiben, denn dieses ist Teil des vertragsgemäßen Mietgebrauchs iSd § 535 I 2 BGB. Aber auch die Anschaffung eines notwendigen Blinden-, Begleit- oder Therapiehundes darf dem Mieter nicht durch Formularvereinbarung versagt werden. Lässt sich eine Formularklausel in diesem Sinn interpretieren, ist sie wegen des Verbots geltungserhaltender Reduktion von AGB vollständig unwirksam. Ein individualvertraglicher Ausschluss der Tierhaltung ist hingegen bis an die Grenze der Sittenwidrigkeit statthaft.
3. Noch ungeklärt sind die AGB-rechtlichen Konsequenzen der Vermarktung eines Mehrfamiliengebäudes mit dem Konzept eines „tierhaarfreien“ oder „für Allergiker geeigneten“ Wohnens.
4. Das Rauchen in den „gemieteten vier Wänden“ gehört ebenfalls zum vertragsgemäßen Gebrauch und kann daher formularvertraglich nicht prohobiert werden. Als vertragswidrig wird das Rauchen erst eingestuft, wenn es eine Intensität erreicht, dass sich die daraus resultierenden Schäden an Wand- und Deckenflächen durch Schönheitsreparaturen nicht mehr beseitigen lassen.
5. Prinzipiell zulässig ist auch das Rauchen auf Terrassen und Balkonen, welches typischerweise zu Beeinträchtigungen der darüber belegten Wohnungen durch aufsteigenden Zigarettenduft führen kann. Allerdings kann das zwischen benachbarten Mietern im Rahmen des Besitzschutzes nach §§ 862 I 2, 858 I BGB geltende Gebot der Rücksichtnahme diesen die Vereinbarung von Raucher- und Nichtraucherintervallen nahelegen. Der Vermieter kann den Mietern solche temporale Vorgaben auch in einer Formularklausel auferlegen, um gerichtlichen Auseinandersetzungen vorzubeugen. Vollständig untersagen darf er das Rauchen auf Terrassen und Balkonen aber nicht.
6. Auch hinsichtlich des Rauchens stellt sich – nicht anders als bei der Tierhaltung – die Frage, ob dieses im Rahmen eines Vermietungskonzepts in der gesamten Wohnanlage ausgeschlossen werden kann. Gerade hier wird die Diskussion äußerst kontrovers geführt.
7. Die Mitbenutzung von Gemeinschaftsflächen und Nebenräumen des Gebäudes ist entweder – uU auch stillschweigend – vertraglich vereinbart oder dem Mieter lediglich gestattet. Darüber hinaus kommt – in Einzelfällen – eine Duldung vertragswidrigen Gebrauchs dieser Bereiche in Betracht.
8. Ob die Nutzung einer Gemeinschaftsfläche/-einrichtung vertraglich gesichert oder dem Mieter lediglich gestattet ist, hängt – soweit es an einer ausdrücklichen

Regelung im Mietvertrags fehlt – von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgebend ist, was der Mieter nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§§ 133, 157, 242 BGB) erwarten darf.

9. Jedenfalls steht dem Mieter an den Flächen, die er für den (uU auch behindertengerechten) Zugang zu seiner Wohnung benötigt – namentlich an Hausflur und Treppenhaus – eine *primäre Nutzungsberechtigung* zu. Diese ist vertragsgegenständlich.
10. Die *sekundäre Nutzungsberechtigung* umfasst solche Gemeinschaftsbereiche, deren Nutzung zweckmäßig, zum vertragsgemäßen Mietgebrauch allerdings nicht unbedingt erforderlich ist (zB Nutzung eines vorhandenen Trockenraums oder Fahrradkellers). Sie kann Teil der vertraglichen Nutzungsvereinbarung, aber auch lediglich Gegenstand einer Gestattung sein.
11. Demgegenüber betrifft die *tertiäre Berechtigung* lediglich Nutzungen, die auf dem höchst individuellen Wunsch des Mieters beruhen (Abstellen des Fahrzeugs auf dem Hof). Sie kann allein auf einer Gestattung des Vermieters basieren; insoweit hat dieser – auch im Rahmen des § 315 BGB – einen weiten Ermessensspielraum.
12. Während die vertraglich festgeschriebene Nutzung von Gemeinschaftsflächen und Nebenräumen lediglich durch eine Teilkündigung gem. § 573 b BGB beendet werden kann, unterliegt eine bloße Gestattung dem formlosen Widerruf. Auch dieser muss sich allerdings in den Grenzen billigen Ermessens (§ 315 BGB) bewegen.
13. Bei den Bestimmungen in einer vom Vermieter aufgestellten Hausordnung handelt es sich regelmäßig um AGB. Deshalb muss er die Hausordnung in jeden einzelnen Mietvertrag mit einbeziehen (vgl. § 305 II BGB). Inhaltlich darf sie jedwede Nutzung der Wohnanlage reglementieren, soweit diese nicht ausschließlich in den „gemieteten vier Wänden“ wahrnehmbar ist.
14. Eine Änderung der Hausordnung ist möglich, wenn diese auf einem mietvertraglich vereinbarten Änderungsvorbehalt basiert, der den Anforderungen des § 308 Nr. 4 BGB Rechnung trägt.
15. Auch eine dynamische Verweisung auf die durch Beschluss der Wohnungseigentümer begründete oder geänderte Gebrauchsregelung kann wirksam vereinbart werden, sofern sie sich auf Bestimmungen beschränkt, die lediglich die nach § 241 II BGB ohnehin bestehenden Rücksichtnahmepflichten des Mieters konkretisieren. Eine solche Beschlussfassung liegt stets im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung iSd § 21 WEG.

**Resümee:** Insgesamt sollten sich Vereinbarungen zum Umfang des Mietgebrauchs nicht nur an den Interessen der Vertragsparteien, sondern insbesondere auch an denen der übrigen Bewohner des Gebäudes orientieren. Das kann natürlich nur in einer generalisierenden Form geschehen, denn die individuellen Belange künftiger Mitbewohner können die Parteien bzw. der die Regelung stellende Vermieter schwerlich vorhersehen. Patentrezepte kann es hier nicht geben; das Zusammenleben im Mehrfamilienhaus wird immer konflikträchtig bleiben.

Wie hat es der Dramatiker Friedrich Schiller<sup>102</sup> noch gleich gefasst: „Es kann der Frömmste nicht in Frieden bleiben, wenn es dem bösen Nachbar nicht gefällt.“

<sup>101</sup> Vgl. AG Schorndorf, WuM 2012, 494 = BeckRS 2012, 19795, das auf den ordnungsgemäßen Gebrauch iSd § 15 II WEG abstellt.

<sup>102</sup> Aus „Wilhelm Tell“, 1804, 4. Aufzug, 3. Szene, Tell.