

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 569 Abs. 2, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB

- 1. Zur Kündigung eines Mietverhältnisses wegen Zigarettengeruchs im Treppenhaus.**
- 2. Ein Mieter, der in seiner Wohnung raucht, kann aufgrund des mietvertraglichen Gebots der Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) gehalten sein, einfache und zumutbare Maßnahmen (etwa die Lüftung über die Fenster) zur Vermeidung einer Beeinträchtigung der Mitmieter zu ergreifen.**
- 3. Eine durch Verletzung einer solchen Rücksichtnahmepflicht verursachte Geruchsbelästigung der Mitbewohner kann auch eine Störung des Hausfriedens darstellen, insbesondere wenn die Intensität der Beeinträchtigungen ein unerträgliches und/oder gesundheitsgefährdendes Ausmaß erreicht.**

BGH, Urteil vom 18.02.2015; Az.: VIII ZR 186/14

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Februar 2015 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider, die Richterin Dr. Fetzer sowie den Richter Dr. Bünger für Recht erkannt:

### **Tenor:**

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 26. Juni 2014 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an eine andere Kammer des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

### **Tatbestand:**

Der 75-jährige Beklagte ist seit 40 Jahren Mieter einer Wohnung der Klägerin in D.. Die Mieträume waren ihm zunächst als Hausmeisterwohnung überlassen worden. Nach Kündigung des Hausmeistervertrages schlossen die Parteien unter dem 29. Dezember 2008 einen Wohnraummietvertrag auf unbestimmte Zeit zu einer monatlichen Miete von 250 €. Außer der Wohnung des Beklagten wird in dem Mehrfamilienhaus nur noch ein kleines Appartement zu Wohnzwecken genutzt; die übrigen Räume sind inzwischen zu Büros umgewandelt.

Die Klägerin behauptet, dass von der Wohnung des Beklagten seit dem Tod seiner Ehefrau vor allem infolge unzureichender Lüftung der Wohnung über die Fenster und mangelnder Entleerung der gefüllten Aschenbecher Zigarettengestank ins Treppenhaus gelange und dort zu erheblichen Geruchsbelästigungen führe. Der Beklagte habe diesen Zustand trotz Abmahnung nicht abgestellt.

Wegen dieser Umstände hat die Klägerin mit der Klageschrift die fristlose, hilfsweise die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses erklärt.

Das Amtsgericht hat der Räumungsklage stattgegeben, das Landgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Räumungsklage sei begründet, weil die fristlose Kündigung der Klägerin das Mietverhältnis der Parteien beendet habe. Zwar sei nicht davon auszugehen, dass dem Beklagten eine Pflichtverletzung in Form "exzessiven Rauchens" zur Last falle. Dies würde nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraussetzen, dass das Rauchen in der Wohnung Schäden verursachte, die nicht mehr mit normalen Schönheitsreparaturen zu beseitigen seien.

Ein solches "exzessives Rauchen" habe die Klägerin indes nicht vorgetragen; nach unwiderlegtem Vortrag des Beklagten belaufe sich sein Zigarettenkonsum auf täglich 15 Zigaretten.

Die fristlose Kündigung sei aber berechtigt gewesen, weil der Beklagte in einer den Hausfrieden störenden Weise keine Maßnahmen dagegen getroffen habe, dass Zigarettenrauch aus seiner Wohnung in den Hausflur ziehe, sondern dies im Gegenteil durch sein Verhalten sogar noch gefördert habe. Denn der Beklagte habe seine Aschenbecher nicht entleert und auch nicht für ausreichende Lüftung über die Fenster seiner Wohnung gesorgt. Dies habe zur Folge gehabt, dass der Zigarettenrauch aus seiner Wohnung in das Treppenhaus gezogen sei und zu einer Gesundheitsgefährdung der Mitbewohner geführt habe.

Zwar habe der Beklagte erstinstanzlich bestritten, dass Zigarettenrauch aus seiner Wohnung in das Treppenhaus ziehe und er nicht ausreichend über die Fenster lüfte. Auch habe das Amtsgericht dieses Bestreiten zu Unrecht als verspätet und deshalb unbeachtlich angesehen. Der Beklagte habe jedoch in seiner Berufungsbegründung ausdrücklich eingeräumt und somit im Sinne des § 288 ZPO zugestanden, dass aus seiner Wohnung Zigarettenrauch in das Treppenhaus ziehe.

Aufgrund der Aussage des Zeugen B. sei die Kammer auch davon überzeugt, dass ein geändertes Verhalten des Beklagten seit dem Jahr 2011 die Ursache dafür sei, dass Zigarettenrauch aus dessen Wohnung in das Treppenhaus ziehe und dort zu erheblichen Geruchsbelästigungen führe. Denn der Zeuge B. habe bekundet, dass er das Gebäude in seiner Eigenschaft als Makler und Vertreter der Klägerin in den Jahren 2011 und 2012 mehrfach betreten und im Treppenhaus kalten

Rauchgestank wahrgenommen habe. In der Wohnung des Beklagten seien jeweils die Rollläden heruntergezogen gewesen.

Bei einer dieser Gelegenheiten habe er auch mit Einverständnis des Beklagten dessen Wohnung betreten, in der sich fünf nicht geleerte Aschenbecher befunden hätten und es "wie in einer Räucherkerze" gerochen habe. Aus der glaubhaften Aussage des Zeugen ergebe sich, dass der Beklagte nicht ausreichend lüfte, selbst wenn er, wie er behaupte, die Fenster ständig "auf Kipp" stelle. Dass er die Aschenbecher selten leere, habe der Beklagte selbst nicht bestritten. Die erforderliche Abmahnung sei darin zu sehen, dass der Zeuge B. dem Beklagten zuletzt noch einmal zeitnah zur ausgesprochenen Kündigung im Auftrag der Klägerin verdeutlicht habe, dass er mit einer Kündigung rechnen müsse, wenn er sein Verhalten bezüglich der Geruchsbelästigung im Treppenhaus und der Nichtleerung der Aschenbecher nicht ändere.

Der erstmals in der zweiten Instanz gehaltene Vortrag des Beklagten, bauliche Mängel seien dafür verantwortlich, dass Zigarettenrauch in den Hausflur ziehe, dass auch in den anderen als Büros genutzten Wohnungen geraucht werde oder dass es aus anderen Gründen im Treppenhaus ohnehin stinke, sei gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen. Das Gleiche gelte für den weiteren - an sich erheblichen - Vortrag, dass die Klägerin durch geringfügige Veränderung an der Wohnungstür ein Entweichen des Zigarettenrauchs in den Flur verhindern könnte.

II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin auf Räumung der von dem Beklagten gemieteten Wohnung nicht bejaht werden.

Die vom Berufungsgericht zum Kündigungsgrund getroffenen Feststellungen beruhen auf einer rechtsfehlerhaften Tatsachenermittlung und Beweiswürdigung.

1. Nach der Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB kann das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos gekündigt werden. Ein solcher Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. § 569 Abs. 2 BGB ergänzt dies dahin, dass auch die nachhaltige Störung des Hausfriedens einen solchen wichtigen Grund darstellen kann.

Eine nachhaltige Störung des Hausfriedens setzt voraus, dass eine Mietpartei die gemäß § 241 Abs. 2 BGB aus dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme folgende Pflicht, sich bei der Nutzung der Mietsache so zu verhalten, dass die anderen Mieter nicht mehr als unvermeidlich gestört werden, in schwerwiegender Weise verletzt (Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2014 § 569 Rn. 24 mwN; Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 569 Rn. 19).

Diese Voraussetzungen werden von den Feststellungen des Berufungsgerichts soweit verfahrensfehlerfrei getroffen - nicht getragen.

a) Noch zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Beklagte seine mietvertraglichen Pflichten nicht schon dadurch verletzt, dass er in seiner Wohnung täglich 15 Zigaretten raucht. Denn eine (Individual-) Vereinbarung, dass dem Beklagten das Rauchen innerhalb seiner Wohnung nicht erlaubt ist, haben die

Parteien nicht getroffen; ein dahingehendes gesetzliches Verbot besteht ebenfalls nicht.

Zwar hat der Senat entschieden, dass sogenanntes "exzessives Rauchen", das zu Verschlechterungen der Wohnung führt, die sich mit normalen Schönheitsreparaturen nicht mehr beseitigen lassen, den vertragsgemäßen Gebrauch überschreitet und eine Schadensersatzpflicht des Mieters zur Folge haben kann (Senatsurteil vom 5. März 2008 - VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439 Rn. 21 ff.). Die Klägerin hat aber nicht geltend gemacht, dass ein solcher Fall hier vorliege, sondern ihre Kündigung darauf gestützt, dass es zu Geruchsbelästigungen im Treppenhaus komme, weil der Beklagte in seiner Wohnung die Aschenbecher nicht leere und nicht ausreichend über die Fenster lüfte. Es ist daher davon auszugehen, dass sich das Rauchen des Beklagten in seiner Wohnung im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs hält.

b) Im Ansatzpunkt zutreffend hat das Berufungsgericht weiter angenommen, dass ein Mieter, der in seiner Wohnung raucht, aufgrund des mietvertraglichen Gebots der Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) gehalten sein kann, einfache und zumutbare Maßnahmen (etwa die Lüftung über die Fenster) zur Vermeidung einer Beeinträchtigung der Mitmieter zu ergreifen. Eine durch Verletzung einer solchen Rücksichtnahmepflicht verursachte Geruchsbelästigung der Mitbewohner kann auch eine Störung des Hausfriedens darstellen, insbesondere wenn die Intensität der Beeinträchtigungen ein unerträgliches und/oder gesundheitsgefährdendes Ausmaß erreicht. Ob diese Umstände die weitere Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter unzumutbar machen und ihn deshalb zur fristlosen Kündigung berechtigen, ist im Wege der tatrichterlichen Würdigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.

c) Bei der Feststellung und Würdigung der insoweit maßgeblichen Tatsachen sind dem Berufungsgericht jedoch, wie die Revision zu Recht rügt, mehrere schwerwiegende Rechtsfehler unterlaufen.

aa) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht zunächst angenommen, der Beklagte habe in der Berufungsbegründung nach § 288 Abs. 1 ZPO zugestanden, dass aus seiner Wohnung, noch dazu in erheblichem Umfang, ("kalter") Zigarettenrauch in das Treppenhaus entweiche.

Ein Geständnis in diesem Sinne liegt nur vor, wenn sich der Einlassung der Partei auf den Vortrag der Gegenseite ein zumindest konkludent zum Ausdruck gebrachter Geständniswille entnehmen lässt; dies hat das Revisionsgericht selbständig zu überprüfen (st. Rspr.; BGH, Urteile vom 12. März 1991 - XI ZR 85/90, NJW 1991, 1683 unter II 1; vom 22. Mai 2001 - VI ZR 74/00, NJW 2001, 2550 unter II 3). Ein solcher Geständniswille ist hier jedoch nicht gegeben.

(1) Wie die Revision zutreffend ausführt und auch das Berufungsgericht im Ansatz nicht verkannt hat, hatte der Beklagte bereits in der ersten Instanz eine Geruchsbelästigung im Treppenhaus ausdrücklich bestritten. Die Ausführungen des Beklagten in der Berufungsbegründung können schon deshalb - jedenfalls bei der gebotenen verständigen Würdigung - nicht dahin verstanden werden, dass der Beklagte nunmehr eine von seiner Wohnung ausgehende erhebliche Geruchsbelästigung zugestehen wollte. Vielmehr hat sich der Beklagte - vor dem Hintergrund, dass das angefochtene Urteil des Amtsgerichts ihm angelastet hat, aus seiner Wohnung zögen angeblich unstreitig erhebliche Mengen von Zigarettenqualm in das Treppenhaus, wodurch die Gesundheit der Bewohner gefährdet sei - ersichtlich nur vehement dagegen wenden wollen, dass eine

erhebliche oder gar die Gesundheit der Bewohner gefährdende Geruchsbeeinträchtigung im Treppenhaus vorhanden gewesen sei. Zudem hat er bei dieser Gelegenheit geltend gemacht, dass eine etwaige Geruchsbeeinträchtigung auch von anderen Rauchern im Hause stammen könne und es zu den im Verantwortungsbereich der Klägerin liegenden Instandhaltungspflichten gehöre, für eine ausreichende Abdichtung der Wohnungstüre zu sorgen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegt ein prozessuales Geständnis deshalb nicht darin, dass die Berufungsbegründung des Beklagten in diesem Zusammenhang ein "Lüftungsproblem, welches objektiv bestehen mag" erwähnt hat.

(2) Darüber hinaus hat das Berufungsgericht übersehen, dass der Beklagte in einem weiteren, vor der ersten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz eingegangenen Schriftsatz vom 14. August 2013 mit der Formulierung "der Gestank, wenn er denn überhaupt vorhanden wäre ..." zum Ausdruck gebracht hat, dass die von der Klägerin behaupteten Treppenhausgerüche (weiterhin) bestritten werden.

In der stillschweigenden Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze in der mündlichen Verhandlung konnte auch aus diesem Grund kein Geständnis liegen. Ein Geständnis kann wirksam nur in der mündlichen Verhandlung (etwa durch Bezugnahme auf die Schriftsätze) abgegeben werden. Ein Vorbringen in einem vorbereitenden Schriftsatz genügt für sich genommen nicht und kann bis zur mündlichen Verhandlung widerrufen werden (BGH, Urteil vom 23. September 1966 - VI ZR 136/65, VRS 31, 404 unter I 2 b). Selbst wenn der Beklagte somit - wie das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft angenommen hat - in der Berufungsbegründung eine Geruchsbeeinträchtigung zugestanden hätte, läge in dem weiteren, vor der ersten mündlichen Verhandlung gehaltenen Vortrag im Schriftsatz vom 14. August 2013 ein wirksamer Widerruf, der der Annahme eines Geständnisses durch die Antragstellung in der mündlichen Verhandlung entgegenstünde.

bb) Ohne hinreichende Tatsachengrundlage und unter Verstoß gegen § 286 ZPO hat das Berufungsgericht weiter angenommen, dass seit dem Jahr 2011 (ständig) Zigarettenrauch in den unteren Teil des Treppenhauses ziehe und dort zu erheblichen Geruchsbelästigungen führe, und dies dem Beklagten anzulasten sei, weil er in seiner Wohnung täglich rauche, ohne über die Fenster zu lüften oder die Aschenbecher zu entleeren. Das Berufungsgericht hat sich insoweit mit der Aussage des Zeugen B. begnügt, der nicht im Gebäude wohnt und lediglich bei einzelnen Gelegenheiten innerhalb eines sich über mehrere Jahre erstreckenden Zeitraums punktuelle Wahrnehmungen gemacht hat (unangenehmer Zigarettenrauch oder kalter Zigarettegestank im Treppenhaus sowie Geruch in der Wohnung des Beklagten "wie in einer Räucherammer", nicht geleerte Aschenbecher und heruntergelassene Rollläden).

Das Berufungsgericht hat von der Möglichkeit, sich - etwa im Anschluss an die Zeugenvernehmung - durch Einnahme des Augenscheins (§ 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO) einen persönlichen Eindruck von den örtlichen Gegebenheiten zu verschaffen, keinen Gebrauch gemacht. Dies hätte aber zur sachgerechten Berücksichtigung zumindest der vom Beklagten vorgetragene räumlichen Verhältnisse nahe gelegen und sich, wie die Revision zutreffend ausführt, nicht zuletzt auch deshalb aufgedrängt, weil der von der Klägerin behauptete Ursachenzusammenhang nach der Lebenserfahrung nicht gerade besonders plausibel erscheint. Denn es ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht geltend gemacht, dass der Beklagte, zum Beispiel durch Offenstehenlassen der Wohnungstüre für längere Zeit, seine Wohnung etwa gezielt in das Treppenhaus entlüftet hätte. Dass allein das kurzzeitige Öffnen der Wohnungstüre beim Verlassen oder Betreten der

"Raucherwohnung" einen derartigen Luftaustausch in das Treppenhaus bewirkt, dass es zu Geruchsbelästigungen in einem für die übrigen Mieter nicht mehr hinnehmbaren Ausmaß kommt, erschließt sich jedenfalls nicht ohne Weiteres. Feststellungen zu der von der Klägerin behaupteten Gesundheitsgefährdung der übrigen Mieter hat das Berufungsgericht im Übrigen ebenso wenig getroffen wie nähere Feststellungen zur Intensität und Beständigkeit der behaupteten Geruchsbelästigungen.

[30] cc) Zu Recht rügt die Revision weiter, dass das Berufungsgericht sich unter Verletzung von § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht mit naheliegenden anderen Ursachen der von ihm angenommenen Geruchsbeeinträchtigungen im Treppenhaus befasst hat. Der Beklagte hatte insoweit geltend gemacht, dass auch in den Büros des Mehrfamilienhauses geraucht werde, dass es im Treppenhaus auch aus anderen Gründen (Feuchtigkeitsschäden und Schimmelpilz im Keller) "stinke" und dass schließlich etwaige, aus seiner Wohnung herrührende Geruchsbelästigungen auf baulichen Mängeln, insbesondere einer unzureichenden Abdichtung der Wohnungstüre, beruhten.

Dieses Vorbringen durfte das Berufungsgericht nicht, wie geschehen, nach § 531 Abs. 2 ZPO zurückweisen und infolgedessen seiner Entscheidung als unstreitig zugrunde legen, dass die vom Beklagten genannten anderen Ursachen nicht in Betracht kämen. Wie das Berufungsgericht im Ansatz nicht verkannt hat, trägt die Klägerin die Beweislast dafür, dass eine vom Beklagten zu verantwortende Störung des Hausfriedens vorliegt. Deshalb musste das Berufungsgericht - selbst ohne entsprechenden ausdrücklichen Vortrag des Beklagten - nach der Lebenserfahrung naheliegende andere und nicht vom Beklagten zu verantwortende Ursachen der Geruchsbelästigung in Betracht ziehen. Dies drängte sich schon deshalb auf, weil ein Herrühren mehr als nur sporadischer Geruchsbelästigungen im Treppenflur allein durch das Öffnen der Wohnungstür beim Verlassen und Betreten der Wohnung - wie dargelegt - zumindest nicht besonders plausibel oder wahrscheinlich erscheint, sondern auch auf einen unzureichenden Abschluss der Wohnung zum Treppenhaus und damit auf einen grundsätzlich in der Sphäre der Klägerin liegenden Dichtigkeitsmangel der Wohnungstür hindeuten kann.

d) Auch bei der gemäß § 543 Abs. 1 BGB erforderlichen Abwägung aller Umstände des Einzelfalls hat das Berufungsgericht, soweit es überhaupt abgewogen hat, nicht bedacht, dass etwaige Beeinträchtigungen der übrigen Mieter (bzw. Mitarbeiter der im Gebäude befindlichen Büros) durch Zigarettengerüche aus der Wohnung des Beklagten nur jeweils kurzzeitig andauern, weil sie lediglich das Treppenhaus betreffen, das typischerweise nur zum Verlassen und Betreten des Hauses und nicht zum längeren Aufenthalt benutzt wird. Konkrete Feststellungen dazu, welche Mieter sich überhaupt und in welchem Umfang beeinträchtigt fühlen und/oder beschwert haben, hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht getroffen.

e) Entgegen der Auffassung der Revision ist die fristlose Kündigung der Klägerin allerdings nicht schon deshalb unwirksam, weil es an einer nach § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB erforderlichen Abmahnung gefehlt hätte. Nach den insoweit rechtsfehlerfreien und von der Revision auch nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Zeuge B. als Vertreter der Klägerin dem Beklagten bei einem Besuch Ende November/Anfang Dezember 2012 deutlich zu verstehen gegeben, dass er mit einer Kündigung der Klägerin rechnen müsse, wenn er sein Verhalten bezüglich der Geruchsbelästigung im Treppenhaus und der Nichtleerung der Aschenbecher nicht ändere. Eine weitere Konkretisierung des beanstandeten Verhaltens war nicht erforderlich.

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Denn auch die Voraussetzungen einer ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen einer schuldhaften nicht unerheblichen Pflichtverletzung des Beklagten können aufgrund der fehlerhaften Tatsachenfeststellung des Berufungsgerichts nicht bejaht werden.

III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die nicht entscheidungsreife Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dabei macht der Senat von der Möglichkeit der Verweisung an einen anderen Spruchkörper des Berufungsgerichts Gebrauch (§ 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO).