
Datum: 08.04.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 30. Zivilsenat
Entscheidungsart: Anerkenntnisurteil
Aktenzeichen: 30 U 107/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0408.30U107.19.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 15 O 156/18

Schlagworte: Allgemeine Geschäftsbedingungen, Erheblichkeit des Mangels, Gesetzesänderung, Glücksspielrecht, Kündigungsrecht, Mietmangel, Öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen, Sachmangel, Spielhalle, Störung der Geschäftsgrundlage, Treuwidrigkeit, Untersagungsverfügung, Untervermietung, Venire contra factum proprium, Verbot der Mehrfachkonzession, Verlängerungsoption, Vertragliche Risikoverteilung, Vertragsanpassung, Vertragsauslegung, Vertragszweck

Normen: BGB §§ 242, 307, 313 Abs.1 und Abs. 3, 535 Abs. 1 S. 2, 536, 536b, 812 Abs. 1;; GlüStV § 25 Abs. 2; GewO § 33i

Leitsätze:

1. Die auf § 25 Abs. 2 GlüStV gestützte behördliche Untersagung des Betriebs mehrerer Spielhallen in einem Gebäude stellt einen Sachmangel der Mietsache dar, wenn der Betrieb von mehreren Spielhallen als einer von mehreren Zwecken im Mietvertrag bestimmt worden ist (im Anschluss an KG, Urteil vom 14.07.2014 – 8 U 140/13 –, NJOZ 2014, 1688 ff.). Denn die Ursache des behördlichen Verbots liegt in der Beschaffenheit oder der Lage des Mietobjekts.
2. Ist in dem Mietvertrag das Risiko gewerberechtlicher Genehmigungen auf den Mieter vereinbart, führt dies nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Denn damit ist für gewöhnlich nicht die Überwälzung des Risikos der baulichen Beschaffenheit des Mietobjektes für den vereinbarten Vertragszweck vom Vermieter auf den Mieter gewollt.

3. Der Mieter kann sich auf ein Minderungsrecht wegen treuwidrigen Verhaltens nicht berufen (§ 242 BGB), wenn er durch Ausübung einer ihm vertraglich eingeräumten Verlängerungsoption einen auf einer ihm bekannten Gesetzesänderung beruhenden (unbehebaren) Sachmangel erst herbeiführt. Eine direkte oder analoge Anwendung von § 536b BGB kommt insoweit aber nicht in Betracht (im Anschluss an BGH, Urteil vom 05.11.2014 – XII ZR 15/12 –, NJW 2015, 402 ff.).

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 04.06.2019 verkündete Urteil des Einzelrichters der 15. Zivilkammer des Landgerichts Münster – 015 O 156/18 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Dieses und das vorbezeichnete landgerichtliche Urteil sind vorläufig vollstreckbar

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin macht Minderungsansprüche aus einem Gewerbemietvertrag mit der Beklagten zu 1) gegenüber dieser sowie deren Gesellschaftern, den Beklagten zu 2) und zu 3), geltend.

3

Die Klägerin mietete von der Beklagten zu 1) mit Vertrag vom 27.03.2007 das Gewerbeobjekt Hstr. 11 / Cstr. in D. Die Übergabe fand am 15.04.2007 statt. Der monatliche Mietzins beträgt inklusive Betriebskostenvorauszahlungen 8.482,25 EUR, die Laufzeit des Vertrags war zunächst auf 10 Jahre befristet. Der Klägerin wurde im Vertrag ein Optionsrecht für eine Verlängerung um weitere 5 Jahre eingeräumt. In Teil I Nr. 2.3 des Mietvertrages („Mietdaten“) ist der Mietzweck wie folgt beschrieben:

4

„Spiel- und Freizeitzentrum gemäß § 33i GewO zum Betrieb von mindestens drei Spielstätten mit insgesamt 34 Geldspielgeräten mit Gewinnmöglichkeit, die gemeinsam durch eine Aufsichtsperson beaufsichtigt werden dürfen, oder/und Sportwetten oder/und Gastronomiebetrieb. Öffnungszeiten: Von 06:00 Uhr bis 05:00 Uhr (bzw. entsprechend der behördlichen Genehmigung).“

5

Teil II Nr. 2 des Mietvertrages („Allgemeine Vertragsbedingungen“) enthält unter der Überschrift „Vertragsgegenstand, Mietzweck“ die folgende Regelung:

6

„Der Vertragsgegenstand ist in Teil I dieses Vertrages in Ziffer 2.1.-2.2 festgelegt. Er darf zu dem dort unter Ziffer 2.3 bezeichneten Zweck benutzt werden. Für diesen Zweck erforderliche eigentumsrechtliche Zustimmungen und behördliche Nutzungsgenehmigungen beantragt der Vermieter auf seine Kosten. Für den genannten Zweck erforderliche ordnungsrechtliche und gewerberechtliche Genehmigungen sowie die Erfüllung der darin enthaltenen Auflagen sind ausschließlich Sache des Mieters; entsprechendes gilt für die Erfüllung betriebsbezogener Vorschriften sowie betriebsbedingte Auflagen von Versicherern.“

7

Das Mietobjekt ist ein in drei Teilbereiche aufteilbares einheitliches Gebäude, in dem die Klägerin selbst bis zum 31.10.2015 drei Spielhallen betrieb. Am Tag des Mietvertragsschlusses verkauften und übertrugen die Beklagten zu 2) und 3) außerdem die Baugenehmigung für die drei Spielstätten an die Klägerin. Dabei wurde vereinbart, dass alle Rechte und Pflichten die im Zusammenhang mit der Baugenehmigung stehen, insbesondere die Erfüllung der Auflagen, auf die Klägerin übergehen.

Zum 01.07.2012 trat eine geänderte Fassung des Glücksspielstaatsvertrags (im Folgenden: GlüStV) in Kraft. § 25 Abs. 2 GlüStV schließt eine Erlaubnis für eine Spielhalle, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, aus (Verbot der Mehrfachkonzession). Es galt eine Übergangsregelung von fünf Jahren, ferner besteht nach dem Gesetz die Möglichkeit, Härtefallanträge zu stellen. 9

Ab dem 01.11.2015 vermietete die Klägerin das Objekt unter Verwendung der Regelungen des Hauptmietvertrags an die E- GmbH (im Weiteren: Untermieterin) unter, welche von diesem Zeitpunkt an drei Spielhallen in dem Mietobjekt betrieb. Unter dem 23.12.2015 erhielt die Untermieterin die behördliche Erlaubnis zum Betrieb dreier Spielhallen in dem Mietobjekt, allerdings befristet bis zum 30.11.2017. Nachfolgend übte die Untermieterin gegenüber der Klägerin das Optionsrecht aus. Mit Schreiben vom 06.10.2016 nahm auch die Klägerin ihr Optionsrecht gegenüber der Beklagten zu 1) wahr. 10

Mit Bescheid vom 29.01.2018 teilte die Stadt D der Untermieterin mit, dass aufgrund des Verbots der Mehrfachkonzession ein weiterer Betrieb aller drei Spielhallen nicht in Betracht komme. Eine Härtefallregelung scheide aus, weil das Objekt erst in der fünfjährigen Übergangsfrist übernommen worden sei. Die Erlaubnis sei aus diesem Grund auch nur befristet bis zum 31.12.2017 erteilt worden. Die Untermieterin wurde aufgefordert, zwei Spielhallen bis zum 02.02.2018 zu schließen. 11

Seit März 2018 mindert die Untermieterin gegenüber der Klägerin die Untermiete um zwei Drittel. Die Klägerin zahlt bis heute die Miete in voller Höhe an die Beklagte zu 1), allerdings seit März 2018 unter Vorbehalt. 12

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ihr stehe ein Minderungsrecht gegenüber der Beklagten zu 1) zu, da die Mietsache aufgrund der Gesetzesänderung mangelhaft geworden sei. Hauptmietzweck sei der Betrieb von drei Spielhallen mit 34 Geldspielgeräten. Dies sei aufgrund der gesetzlichen Reduzierung auf eine Spielhalle nicht mehr möglich, so dass die Beschränkung der Nutzbarkeit allein auf die Beschaffenheit der Mietsache zurückzuführen sei, in welcher drei Spielhallen nur unter einem Dach betrieben werden könnten. Die Beklagte zu 1) habe insoweit das Risiko im Mietvertrag übernommen; die Klägerin könne nicht auf einen anderen Mietzweck verwiesen werden. Bei der Genehmigung handele es sich auch nicht um eine gewerberechtlicher Art. 13

Aufgrund der Mangelhaftigkeit sei die Miete um zwei Drittel ab März 2018 zu mindern. Vorliegend macht die Klägerin zunächst lediglich eine entsprechende Rückforderung überzahlter Miete für den Monat März 2018 geltend. 14

Die Klägerin hat darüber hinaus die Ansicht vertreten, ihrem Minderungsrecht stehe auch nicht die zwischenzeitliche Untervermietung entgegen. Denn ob ihr selbst eine Härtefallkonzession über die Übergangsfrist von fünf Jahren hinaus erteilt worden wäre, stehe nicht fest. Dass sie von ihrem Optionsrecht Gebrauch gemacht habe, führe nicht zu einer Anwendbarkeit von § 536b S. 1 BGB. Sie sei hierzu vielmehr verpflichtet gewesen, weil ihre Untermieterin das Optionsrecht ihr gegenüber ausgeübt habe. Auch § 242 BGB sei nicht 15

anwendbar, weil die Klägerin, wie sie behauptet hat, im Zeitpunkt der Ausübung des Optionsrechts keine Kenntnis von der neuen Rechtslage gehabt habe.

Die Klägerin hat beantragt, 16

die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie 5.598,29 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 17
Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 26.09.2018 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, 18

die Klage abzuweisen. 19

Sie haben die Auffassung vertreten, ein Mangel liege nicht vor. Die Versagung der 20
behördlichen Genehmigung sei nicht auf die konkrete Beschaffenheit der Mietsache
zurückzuführen, sondern betreffe allein das Verwendungsrisiko, welches grundsätzlich der
Mieter trage. Dies gelte vorliegend umso mehr, weil der Klägerin im Vertrag das Risiko für die
gewerberechtliche Genehmigung zugewiesen sei.

Der Mietzweck sei zudem nicht auf den Betrieb von Spielhallen beschränkt. Das Objekt 21
könne ohne Weiteres in drei Teilbereiche unterteilt werden und die zwei anderen könnten
anders genutzt bzw. untervermietet werden.

Zudem hätte die Klägerin selbst einen Härtefallantrag nach § 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV stellen 22
können, womöglich sogar für den Optionszeitraum. Durch die Untervermietung im Jahr 2015
habe sie jedoch ihre eigene Konzession aufgegeben. Die Untermieterin habe ihrerseits einen
solchen Antrag nicht mit Erfolg stellen können, da sie überhaupt erst nach Inkrafttreten des
GlüStV das Objekt gemietet habe.

Ein etwaiger Mangel sei aber auch nicht erheblich. Im Verhältnis zur Klägerin dürften der 23
Untermieterin nämlich keine Gewährleistungsansprüche zustehen, weil diese den Vertrag in
Kenntnis der neuen Rechtslage 2015 abgeschlossen und aus diesem Grund auch nur eine
befristete Konzession erhalten habe. Dies wirke sich auch auf das Hauptmietverhältnis aus.

Schließlich sei § 536b BGB bei positiver Kenntnis von einem – insoweit unterstellten – 24
Mangel auf den Fall der Ausübung einer Verlängerungsoption analog anzuwenden, jedenfalls
liege ein Anwendungsfall des § 242 BGB vor.

Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen und hierzu im Wesentlichen 25
ausgeführt, dass die Mietzahlung nicht ohne Rechtsgrund erfolgt sei. Ein Minderungsrecht
stehe der Klägerin nicht zu. Zwar könne die Mietsache zu einem Teil des vereinbarten
Vertragszwecks nicht mehr genutzt werden, aber nach der mietvertraglichen Vereinbarung
trage die Klägerin das Risiko für solche Genehmigungen, die in ihren Verantwortungsbereich
fielen. Nur die Risiken, die mit der Beschaffenheit und der Lage der Mietsache in
Zusammenhang stünden, müsse der Vermieter tragen.

Die Parteien hätten ausdrücklich vereinbart, dass gewerberechtliche Genehmigungen allein 26
Sache der Klägerin seien. Hiervon seien eigentumsrechtliche Zustimmungen und behördliche
Nutzungsgenehmigungen abgegrenzt worden, welche in der Risikosphäre der Beklagten zu
1) lägen. Demnach habe die Beklagte zu 1) das Risiko dafür tragen sollen, dass die Nutzung
der Mietsache insbesondere aus Gründen untersagt werde, die in unmittelbarem
Zusammenhang mit der Beschaffenheit der Mietsache selbst stünden. Die Klägerin habe
indes das Risiko dafür tragen sollen, dass eine gewerberechtliche Genehmigung – aus
welchen Gründen auch immer – nicht erteilt werde, wobei eine Beschränkung auf in der

Person der Geschäftsführer der Klägerin liegende Gründe aus den vertraglichen Regelungen nicht ersichtlich sei.

Auch die Interessenlage spreche dafür, einen Mangel abzulehnen. Zwar bestehe ein Zusammenhang mit der Nutzungsuntersagung und dem Gebäude, weil in diesem nicht mehr drei Spielhallen auf einmal betrieben werden könnten, deswegen gehe das gewerberechtliche Genehmigungsrisiko aber nicht auf die Beklagte zu 1) über. Die Änderung des GlüStV sei nicht wegen baulicher Gesichtspunkte erfolgt, sondern aus Gründen der Suchtbekämpfung etc. Eine Ballung von Spielhallen sollte verhindert werden. Daher gehöre die Untersagung zum gewerblichen Nutzungsrisiko. 27

Der Vertragszweck sei schließlich nicht allein darauf gerichtet, in der Mietsache drei Spielhallen zu betreiben. Ebenso könnten dort Sportwetten angeboten werden oder es könne dort eine Gastronomie betrieben werden. Ein Rangverhältnis sei dieser Aufzählung nicht zu entnehmen. 28

Im Übrigen stünde der Ausübung eines Minderungsrechts, einen Mangel unterstellt, § 242 BGB entgegen. Die Klägerin habe widersprüchlich gehandelt, indem sie einerseits gegenüber der Beklagten zu 1) im Jahr 2016 ihr Optionsrecht ausgeübt habe, sich andererseits aber auf eine Änderung des GlüStV von 2012 berufe. Sie habe schon bereits vor 2012 und bis 2015 in dem streitgegenständlichen Objekt selbst drei Spielhallen betrieben. Es sei unglaublich, wenn sie behaupte, sie habe als unmittelbar betroffene Betreiberin mehrerer Spielhallen nichts von der Gesetzesänderung mitbekommen. Insoweit fehle es zudem an einer hinreichenden Substantiierung des Vortrags. 29

Auch der Untermieterin müsse die Gesetzesänderung bekannt gewesen sein, denn sie habe allein deshalb nur eine befristete Genehmigung für den Betrieb von drei Spielhallen erhalten. Es sei daher davon auszugehen, dass die Untermieterin den Mietvertrag in Kenntnis des Umstands abgeschlossen habe, die Mietsache nicht für die gesamte Mietzeit zum Betrieb von drei Spielhallen nutzen zu dürfen. Aus diesem Grund dürfe sie gegenüber der Klägerin auch nicht zur Minderung berechtigt sein, so dass die Klägerin nach Treu und Glauben auch nicht berechtigt sei, diese gegenüber der Beklagten zu 1) geltend zu machen. 30

Die Klägerin könne schließlich auch nicht gem. § 313 Abs. 1 BGB Anpassung des Mietzinses verlangen. Die Vorschrift stelle auf die vertragliche Risikoverteilung ab, Vertragsreue reiche nicht aus. Eine Risikoverteilung sei im Vertrag getroffen worden, besonders krasse Umstände, die hier eine Anpassung des Vertrags rechtfertigen würden, lägen nicht vor. 31

Mangels Anspruchs gegen die Beklagte zu 1) bestehe auch kein Anspruch gegen die Beklagten zu 2) und 3) aus § 128 HGB analog. 32

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren erstinstanzlich gestellten Zahlungsantrag weiterverfolgt. Sie vertritt die Auffassung, es liege ein Mangel des Mietobjekts vor. Die Untersagung der Behörde sei nicht deshalb ergangen, weil es an der persönlichen Eignung der Klägerin oder anderen gewerberechtlichen Voraussetzungen gefehlt habe. Die Gebrauchsbeeinträchtigung sei also nicht auf persönliche oder betriebliche Umstände des Mieters zurückzuführen. Vielmehr ließen die baulichen Gegebenheiten eine Nutzung nicht zu. Dies falle in den Risikobereich der Beklagten zu 1). 33

Der Sinn und Zweck von Schutzgesetzen spreche entgegen der Ansicht des Landgerichts für die Auslegung des Parteiwillens und der vertraglichen Risikoverteilung keine Rolle. Bauliche Risiken seien vertraglich auf Seiten der Beklagten zu 1) zu verorten. Das Verbot finde seinen 34

Grund allein in der Gebäudestruktur. Zur Beschaffenheit i.S.d. § 536 BGB gehörten gerade die baulichen Gegebenheiten.

Der Vertragszweck sei durch die Gesetzesänderung beeinträchtigt, auch wenn weitere eingeräumte Nutzungsmöglichkeiten noch offen stünden. Diese seien nämlich lediglich von untergeordneter Bedeutung, was bereits aus Teil I Nr. 2.3 des Mietvertrages folge. Hinzu komme, dass der gleichzeitige Betrieb einer Spielhalle und eines Wettbüros ebenfalls untersagt sei. Zudem stehe der Beklagten zu 1) kein Weisungsrecht zu, wie die Klägerin mit den von ihr angemieteten Räumlichkeiten zu verfahren habe. Diese könne zwischen den vereinbarten Vertragszwecken frei wählen. Es sei ihr auch nicht zumutbar, ihren Hauptgeschäftszweig auf Wunsch der Vermieterin zu verlassen und einen für sie neuen und artfremden Bereich aufzubauen. 35

Der Mietzweck sei außerdem gem. Teil I Nr. 2.3 des Mietvertrages Geschäftsgrundlage geworden. Ändere sich diese durch die behördliche Untersagung, müsse sich zwangsläufig auch die Berechtigung der Beklagten zu 1) ändern, so dass diese nur eine verhältnismäßig geminderte Miete fordern könne. Der Vertrag sei daher anzupassen. Die Preisgestaltung habe sich bei Abschluss des Mietvertrags an den drei Spielhallen orientiert und nicht an einer Spielhalle mit Gastronomiebetrieb und Wettbüro. 36

Einer Minderung stehe auch die Ausübung des Optionsrechts nicht entgegen. Das Optionsrecht sei ein bei Vertragsschluss eingeräumtes Gestaltungsrecht. Daran ändere auch der Mangel der Mietsache nichts. Ansonsten verlöre ein Mieter mit Wahrnehmung eines Optionsrechts sämtliche Minderungsrechte. Der Mieter könne sich frei dazu entschließen, auch in der mangelbehafteten Mietsache seine Geschäfte fortzuführen. Dies entbinde den Vermieter nicht von seiner Kardinalpflicht, ein mangelfreies Mietobjekt zur Verfügung zu stellen. 37

Willkürlich unterstelle das Gericht der Klägerin Kenntnis von der potentiellen Gesetzesänderung, wobei es diese nicht den Beklagten unterstelle. Diese einseitige Unterstellung sei unzulässig. Unterstelle man, dass beide Parteien bei Abschluss des Vertrages von der Regelung gewusst hätten, könne das Risiko nicht einseitig zulasten der Klägerin gehen. Erst recht liege darin keine Treuwidrigkeit. Die Klägerin habe im Übrigen im Jahr 2007 keine Kenntnis von dem zukünftigen Gesetz gehabt. 38

Ebenfalls unterstelle das Landgericht einseitig und rechtsgrundlos, dass die Untermieterin Kenntnis von der Gesetzesänderung gehabt habe, weshalb ihr kein Minderungsrecht gegenüber der Klägerin zustehe und damit dieser auch keines gegenüber der Beklagten zu 1). Diese Schlussfolgerungen seien unzulässig, wenn überhaupt, müssten sie auch für die Beklagten gelten. Schließlich sei der Beklagten zu 1) auch vorzuhalten, dass diese bei Ausübung des Optionsrechts nicht auf die Gesetzesänderung hingewiesen habe. Eine Kenntnis der Untermieterin werde bestritten. 39

Aus § 313 BGB bestehe zumindest ein Anspruch auf Vertragsanpassung. In der objektiven Unmöglichkeit der Nutzung von zwei Dritteln des eigentlichen Vertragszwecks lägen „krasse Umstände“. 40

Soweit die Klägerin den Beklagten im Zusammenhang mit dem Mietvertragsschluss die Baugenehmigung abgekauft habe, habe sie sich lediglich verpflichtet, alle sich aus dieser ergebenden Rechte und Pflichten zu erfüllen. Dies habe nichts mit den baulichen Voraussetzungen für die Erteilung der gewerberechtlichen Mehrfachkonzession zu tun. 41

Die Klägerin beantragt,	
unter Abänderung des am 04.06.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Münster, Az.: 015 O 156/18, die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie 5.598,29 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 26.09.2018 zu zahlen.	43
Die Beklagten beantragen,	44
die Berufung zurückzuweisen.	45
Sie verteidigen im Wesentlichen das angegriffene Urteil. Sie sind der Auffassung, es handele sich vorliegend um eine (nicht erteilte) Genehmigung nach § 33i GewO, mithin um eine gewerberechtliche. Die bauliche Beschaffenheit im Sinne einer reinen Nutzungstauglichkeit des Mietobjekts zum vertraglich vereinbarten Schutzzweck sei gegeben, insbesondere mit Blick auf die bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen. Hinzu komme, dass mit dem Verkauf der Baugenehmigung ein Bauherrenwechsel stattgefunden habe. Ausdrücklich sei vereinbart worden, dass alle Pflichten einschließlich der Erfüllung sämtlicher Auflagen in Zusammenhang mit der Baugenehmigung auf die Klägerin übergehen sollten. Es sei also individualvertraglich geregelt worden, dass die Klägerin für die bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen zuständig sein sollte.	46
Auf ein Weisungsrecht der Beklagten gegenüber der Klägerin komme es nicht an. Das Mietobjekt sei weiterhin für einen Teil der vorgesehenen Mietzwecke verwendbar.	47
Das Verhalten der Klägerin sei auch treuwidrig. Sie habe sehenden Auges eine Mehrfachkonzession aufgegeben, um unmögliche Untermietverhältnisse einzugehen, und sodann die Option gezogen, um sich nunmehr auf ihr Minderungsrecht zu berufen. Sie erleide durch das Verbot der Mehrfachkonzession auch keine Nachteile, denn die Untermieterin könne sich wegen § 536b BGB nicht auf Minderungsansprüche ihr gegenüber berufen. Auf die Kenntnis der Beklagten komme es dabei nicht an.	48
§ 313 Abs. 1 BGB scheide bereits aus, weil sich ein Risiko verwirklicht habe, welches nach den vertraglichen Regelungen einer Partei auferlegt worden sei.	49
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	50
II.	51
Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht festgestellt, dass ein Anspruch der Klägerin aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung von 5.598,29 EUR gegenüber den Beklagten – gegenüber den Beklagten zu 2) und 3) i.V.m. § 128 HGB analog – nicht besteht. Zwar lag – insofern abweichend vom Urteil des Landgerichts – mit der Versagung der Betriebserlaubnis für zwei Spielhallen ein Mietmangel gem. § 536 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, S. 2, 3 BGB im März 2018 vor (1.), dessen Erheblichkeit allerdings fraglich ist (2.). Jedoch steht einer Berufung der Klägerin auf ihr Minderungsrecht § 242 BGB entgegen (3.). Ein Rückzahlungsanspruch ergibt sich schließlich auch nicht aus § 313 Abs. 1 BGB (4.).	52
1.	53
Ein Mangel, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert und deshalb dem Mieter sowohl ein Recht zur Mietminderung (§ 536 Abs. 1	54

BGB) als auch einen Anspruch auf Mangelbeseitigung (§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB) sowie unter Umständen ein Zurückbehaltungsrecht gewährt, ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich in erster Linie nach den Vereinbarungen der Mietvertragsparteien (BGH, Urteil vom 05. Dezember 2018 – VIII ZR 271/17 –, Rn. 21 m.w.N., Juris).

Danach stellt die behördliche Untersagung, über den 02.02.2018 hinaus drei Spielhallen in dem streitgegenständlichen Mietobjekt zu betreiben, einen solchen Mangel dar. 55

a) 56

Zu dem vom Vermieter nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB geschuldeten Zustand der Mietsache gehören über deren physische Beschaffenheit hinaus auch die tatsächlichen Umstände und rechtlichen Verhältnisse, die mit der Mietsache zusammenhängen und ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigen können. Werden Mieträume zu einem konkreten Betriebszweck überlassen, müssen sich deshalb die Räume in einem Zustand befinden, der die Aufnahme des Betriebes auch in rechtlicher Hinsicht uneingeschränkt zulässt. Hierzu gehört, dass das Mietobjekt die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen enthaltenen Anforderungen, die für eine entsprechende Betriebserlaubnis notwendig sind, erfüllt (Guhling/Günter/Günter, Gewerberaummieta, 2. Aufl. 2019, § 536 BGB Rn. 175; vgl. auch Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 536 Rn. 78). 57

Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen stellen daher grundsätzlich einen Sachmangel dar, wenn sie ihre Ursache in der Beschaffenheit oder der Lage des Mietobjekts, in deren Beziehung zur Umwelt, haben (BGH NJW 2011, 3151 <Rn. 9>; NJW 1992, 3226 <3227>). Es ist Sache des Vermieters, die objektbezogenen öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für den vertragsgemäßen Gebrauch zu schaffen. Er hat sich um die erforderlichen Bau- und Nutzungsgenehmigungen zu bemühen und sämtliche Auflagen zu erfüllen, (Guhling/Günter/Günter, a.a.O., § 536 BGB Rn. 180 m.w.N.). Das Risiko einer behördlichen Nutzungsbeschränkung trägt grundsätzlich der Vermieter (vgl. OLG München, Urteil vom 19.05.1995 - 21 U 4948/94, BeckRS 1995, 3900). Gewerberäume sind dementsprechend nur dann sachmangelfrei, wenn der Aufnahme des vertraglich vereinbarten Betriebes keine öffentlich-rechtlichen Beschränkungen, insbesondere eine fehlende behördliche Genehmigung, entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 24.10.2007 - XII ZR 24/06, BeckRS 2007, 19678 <Rn. 11 f.>; BGH NJW 1980, 777 <778>; Guhling/Günter/Günter, a.a.O., § 536 BGB Rn. 177). Ein nachträglicher Mangel kann sich aufgrund von gesetzgeberischen Maßnahmen während eines laufenden Mietverhältnisses ergeben, wenn diese Beeinträchtigungen des vertragsmäßigen Gebrauchs zur Folge haben (BGH NJW 2011, 3151 <Rn. 9>). Wird der vom Mieter beabsichtigte Betrieb durch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen nicht untersagt, aber quantitativ eingeschränkt, liegt ein Mangel der Mietsache vor, wenn eine umfangreichere Nutzung dem von den Parteien vorausgesetzten vertragsgemäßen Gebrauch entsprechen sollte (vgl. OLG Oldenburg NJW-RR 1992, 662; Guhling/Günter/Günter, a.a.O., § 536 BGB Rn. 179). 58

Der Vermieter trägt dagegen nicht das Risiko solcher Umstände, die allein in den persönlichen Verhältnissen des Mieters bzw. der Art des Betriebes ihre Ursachen haben (BGH NJW 2011, 3151 <Rn. 8>). Denn der Vermieter von Gewerberäumen ist gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich verpflichtet, den Mietgegenstand während der Vertragslaufzeit in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht. Das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache trägt bei der Gewerberaummieta dagegen grundsätzlich der Mieter (vgl. BGH NJW 2011, 3151 <Rn. 9>, und die dortigen Verweise auf 59

BGH NJW 2006, 899 <901>; NJW-RR 2004, 1236; NJW-RR 2000, 1535 <1536>; NJW 2000, 1714 <1716>). Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Objekt Gewinne erzielen zu können.

Die vorstehenden Grundsätze gelten allerdings nur vorbehaltlich der Regelungen des Mietvertrages, der im Einzelfall hierzu abweichende, insbesondere individualvertraglich ausgehandelte Vereinbarungen treffen kann (vgl. BGH, Urteil vom 02.03.1994 - XII ZR 175/92, BeckRS 2009, 20713; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 Rn. 79). 60

b) 61

Gemessen an diesen Voraussetzungen begründet die behördliche Verfügung vom 29.01.2018, zwei der drei Spielhallen zu schließen, einen Sachmangel im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB (vgl. auch KG, Urteil vom 14.07.2014 – 8 U 140/13 – Rn. 28, Juris). 62

aa. 63

Die behördliche Genehmigung ist verweigert worden, weil in dem Mietobjekt – anders als es der Vertragszweck ausdrücklich vorsieht – nicht mehr drei Spielhallen betrieben werden dürfen. Diese öffentlich-rechtliche Beschränkung aus § 25 Abs. 2 GlüStV betrifft die Beschaffenheit der Mietsache bzw. seine räumliche Ausgestaltung und Lage. Der Klägerin bzw. ihrer Untermieterin ist es aufgrund dessen nicht mehr möglich, ihren vertraglich vereinbarten Betrieb fortzusetzen, sondern muss den Betrieb – nach Ablauf der Übergangsfrist – auf eine Spielhalle reduzieren, was eine quantitative Einschränkung und damit einen entsprechenden Mangel darstellt. 64

Der Senat verkennt dabei nicht, dass es der Beklagten zu 1) unmöglich geworden ist, den Vertragszweck zu gewährleisten, das ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Risikoverteilung. Gleiches würde für den Fall gelten, dass die Behörde ihren Bebauungsplan ändert und Spielhallen in dem Gebiet, in dem sich das Objekt befindet, nicht mehr genehmigungsfähig sind. 65

§ 25 Abs. 2 GlüStV knüpft im Ergebnis an die bauliche Beschaffenheit und nicht an die betrieblichen Verhältnisse an (vgl. zu dem Begriff BGH NJW 2011, 3151 <3252, insbes. Rn. 13>). Unstreitig trägt der Mieter das Verwendungsrisiko in Bezug auf das Mietobjekt, weshalb der Bundesgerichtshof keinen Mangel der Mietsache darin gesehen hat, dass ein landesrechtliches Nichtraucherschutzgesetz ein Rauchverbot in öffentlichen Gaststätten eingeführt hat. Die Gebrauchsbeschränkung beruhte dort aber nicht auf der konkreten Beschaffenheit der Pachtsache, sondern knüpfte an die betrieblichen Verhältnisse des Pächters an. Denn das Nichtraucherschutzgesetz stellte nicht auf die konkreten baulichen Gegebenheiten, sondern auf die (konkrete) Nutzungsart der betroffenen Baulichkeiten ab. Das Verbot bezog sich auf die Art und Weise der Betriebsführung des Mieters, also dessen betriebliche Verhältnisse, untersagte den Betrieb der Gaststätte selbst in dem Mietobjekt jedoch nicht. Hierin liegt der maßgebliche Unterschied zum vorliegenden Fall. 66

bb. 67

Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil Anlass für die Gesetzesänderung, wie das Landgericht zutreffend herausgearbeitet hat, nicht die Beschaffenheit bestimmter Gebäude ist, sondern die Nutzungsart als Spielhalle, die (Spiel-)Suchterkrankungen Vorschub leistet, oder weil der 2012 geänderte GlüStV die gewerberechtliche Erlaubnis nach § 33i GewO ersetzt hat. In Nordrhein-Westfalen ist §33i 68

GewO, der vorliegend im Mietzweck aufgeführt ist, nach Ablauf der Übergangsfristen des § 29 Abs. 4 GlüStV a.F. i.V.m. § 18 S. 2 AG GlüStV NRW a.F. zeitlich gestuft gemäß Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG durch §§ 4, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW a.F. i.V.m. §§ 4, 24 GlüStV a.F. ersetzt worden, nachdem das Recht der Spielhallen in die Gesetzgebungskompetenz der Länder übergegangen ist (OVG Münster, Urteil vom 16.04.2018 - 4 A 589/17, BeckRS 2018, 7027, Rn. 21). An die Stelle der gewerberechtlichen Zulässigkeit einer Spielhalle ist damit ihre glücksspielrechtliche Zulässigkeit getreten. Der Landesgesetzgeber hat ein neues eigenständiges Genehmigungserfordernis für Errichtung und Betrieb von Spielhallen geschaffen (OVG Münster, a.a.O., Rn. 28).

Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, § 25 Abs. 2 GlüStV betreffe die gewerberechtliche Genehmigung, weshalb die Nutzungsuntersagung in den vertraglich vereinbarten Risikobereich der Klägerin falle, im Ergebnis nicht. Der Vertragszweck sieht unmissverständlich den Betrieb von drei Spielhallen mit 34 Geldspielgeräten mit Gewinnmöglichkeit vor. Diesen vertraglich zugesicherten Zweck kann die Beklagte zu 1) nunmehr nicht mehr erfüllen.

69

c)

70

Die Gewährleistung der Klägerin ist auch nicht aufgrund einer von der gesetzlichen abweichend vertraglich vereinbarten Risikoverteilung ausgeschlossen.

71

aa)

72

Vorliegend regelt Teil II Nr. 2 des Mietvertrages, dass für den Mietzweck „Betrieb eines Spiel- und Freizeitzentrums gem. § 33i GewO mit mindestens 3 Spielstätten mit insgesamt 34 Geldspielgeräten mit Gewinnmöglichkeit oder/und Sportwetten oder/und Gastronomiebetrieb“ erforderliche eigentumsrechtliche Zustimmungen und behördliche Nutzungsgenehmigungen der Vermieter auf seine Kosten beantragt. Für diesen Zweck erforderliche ordnungsrechtliche und gewerberechtliche Genehmigungen sollen ausschließlich Sache des Mieters sein.

73

Bei der Auslegung dieser Regelungen ist zunächst zu beachten, dass das Minderungsrecht einschränkende Vereinbarungen grundsätzlich restriktiv auszulegen sind, da sie den Mieter in besonderem Maße belasten und benachteiligen (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.09.2017 - I-24 U 216/16, BeckRS 2017, 153098, Rn. 17; OLG Hamm, Urteil vom 23.06.1981 – 7 U 23/81, BeckRS 1981, 31163933).

74

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs ist nach objektivem Verständnis davon auszugehen, dass mit dem Passus „ordnungsrechtliche und gewerberechtliche Genehmigungen sind Sache des Mieters“ lediglich die Kriterien der Gewerbeordnung, die allein im Einflussbereich des Betreibers liegen, wie z.B. die Zuverlässigkeit, erfasst werden, nicht jedoch Umstände, die allein aufgrund der vermietetseits zur Verfügung gestellten baulichen Beschaffenheit des Mietobjektes zu einer gewerberechtlichen Untersagungsverfügung führen. Denn die zum Betrieb dreier Spielhallen erforderlichen „eigentumsrechtliche(n) Zustimmungen und behördliche(n) Nutzungsgenehmigungen“ und damit die Gebäude bezogenen Umstände sollten (weiterhin) in den Verantwortungsbereich des Vermieters fallen. Auch die vertragliche Risikoverteilung der Parteien sah also vor, dass die Beklagte zu 1) als Vermieterin für alle sich aus dem Eigentum an der Sache und damit auch der Beschaffenheit, Lage und Beziehung zur Umwelt ergebenden Zustimmungen und Genehmigungen verantwortlich sein sollte, was der üblichen (gesetzlichen) Risikoverteilung entspricht, nach den jeweils beeinflussbaren Sphären zu trennen. (Nur) der Vermieter kann auf sein Eigentum dergestalt einwirken, dass eine Nutzung bauseitsbedingt zulässig ist, (nur) der Mieter kann wiederum

75

dafür Sorge tragen, dass ihm – aus persönlichen und betrieblichen Gründen – eine entsprechende Erlaubnis erteilt wird.

bb) 76

Auch der von der Klägerin am Tag des Vertragsschlusses von den Beklagten zu 2) und 3) erworbenen Baugenehmigung lässt sich eine Übernahme sämtlicher Risiken im Hinblick auf bauliche Beschaffenheit und Lage der Mietsache nicht entnehmen. Soweit dort alle Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Baugenehmigung an die Klägerin übertragen worden sind, bezieht sich dies vor allem auf die Erfüllung der dort bestimmten Auflagen, wie sich bereits aus der Vereinbarung ergibt. Diese kann indes nicht so verstanden werden, dass die Klägerin von nun an sämtliche Risiken – auch solche, die sich aus dem Eigentum und behördlichen Nutzungsgenehmigungen ergeben – tragen sollte. Dies stünde in diametralem Widerspruch zu dem am gleichen Tag geschlossenen Mietvertrag und der dortigen Vertragszweckbestimmung, was von den Parteien nicht gewollt sein konnte. 77

d) 78

Mangels von der gesetzlichen Risikoverteilung abweichender vertraglicher Regelung kann die zwischen den Parteien nach der letzten mündlichen Verhandlung streitige Frage, ob es sich bei den vertraglichen Bestimmungen um von der Beklagten zu 1) gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, die die Klägerin unangemessen benachteiligen und daher nach § 307 BGB unwirksam sein dürften (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 17; auch BGH, Urteil vom 24.10.2007 - XII ZR 24/06, BeckRS 2007, 19678, Rn. 12; KG, Urteil vom 14.07.2014 – 8 U 140/13 – Rn. 30, Juris), dahinstehen. 79

e) 80

Der Annahme eines Mietmangels steht auch nicht, wie das Landgericht meint, entgegen, dass der Mietvertrag noch weitere mögliche Nutzungszwecke vorsieht. Auf ein Rangverhältnis zwischen den einzelnen im Vertrag aufgeführten Zwecken kommt es dabei nicht an. Der Mietgegenstand muss, um mangelfrei zu sein, für sämtliche vereinbarte Mietzwecke geeignet sein. Es steht der Klägerin daher frei, welchen Mietzweck sie realisieren möchte. Ist die Mietsache insoweit nicht oder nur eingeschränkt nutzbar, so liegt darin ein Mangel, auch wenn andere Mietzwecke noch realisierbar wären. Etwas anderes könnte sich allenfalls aus Treu und Glauben ergeben, dazu ist hier aber nichts vorgetragen. Im Gegenteil deuten die vertragliche Formulierung und auch die Firma der Klägerin darauf hin, dass der Vertragszweck „Betrieb von drei Spielhallen“ im Vordergrund der Vereinbarung stand und die übrigen Zwecke lediglich ergänzend aufgenommen worden sind. 81

2) 82

Ob der vorliegende Mietmangel auch erheblich i.S.v. § 536 Abs. 1 S. 3 BGB ist und daher überhaupt zu einer Mietminderung führen würde, erscheint allerdings fraglich. 83

Gem. § 536 Abs. 1 S. 3 BGB, in dem der Grundsatz von Treu und Glauben Niederschlag findet (vgl. BGH NZM 2004, 776 <777>), bleibt eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit der Mietsache außer Betracht. Damit sollen Streitigkeiten zwischen Mietparteien wegen Bagatellemängeln verhindert werden (Guhling/Günter/Günter, a.a.O., § 536 BGB Rn. 131). Als unerheblich ist ein Fehler insbesondere dann anzusehen, wenn er leicht erkennbar ist und schnell und mit geringen Kosten beseitigt werden kann (BGH NZM 2004, 776 <777>). 84

85

Zweifelloos stellt die versagte Betriebserlaubnis für zwei von drei Spielhallen im Grundsatz einen erheblichen Mangel dar, weil der Vertragszweck im Umfang von zwei Dritteln nicht mehr gewährleistet werden kann. Allerdings ist fraglich, ob dadurch die Tauglichkeit der Mietsache auch im vorliegenden Fall für die Klägerin, wie erforderlich, mehr als nur unerheblich gemindert ist. Denn die Klägerin hat die Mietsache untervermietet, zieht aus der Mietsache somit den vollen Nutzen. Sofern im Verhältnis von ihr zu ihrer Untermieterin ein Minderungsrecht nicht bestehen sollte, wäre die Tauglichkeit der Mietsache für die Klägerin im Grunde somit nicht beeinträchtigt. Von einer solchen fehlenden Minderungsbefugnis der Untermieterin ist vorliegend auch, den Klägervortrag zugrunde gelegt, auszugehen.

Die Klägerin hat nach ihren eigenen Angaben das Mietobjekt ab dem 01.11.2015 an die Untermieterin untervermietet. Dabei hat sie einen dem Hauptvertrag entsprechenden Mietvertrag benutzt. Der Vertragszweck im Untermietverhältnis ist somit ebenfalls der Betrieb dreier Spielhallen. Da auch dieser mit der behördlichen Versagung der Betriebserlaubnis nicht mehr gewährleistet werden kann, liegt grundsätzlich auch im Untermietverhältnis ein zur Minderung berechtigender Mangel gem. § 536 Abs. 1 BGB vor. Allerdings steht der Untermieterin gegenüber der Klägerin nach § 536b S. 1, 2 BGB kein Minderungsrecht zu, da ihr der Mangel bei Vertragsschluss jedenfalls infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. 86

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen der Klägerin und der Untermieterin im Jahr 2015 war der neue GlüStV bereits seit drei Jahren in Kraft. Es ist schon kaum vorstellbar, dass eine Spielhallenbetreiberin, wie es sowohl die Klägerin als auch die Untermieterin ist, von dieser für sie gravierenden, in vielerlei Hinsicht einschneidenden und im Vorfeld kontrovers diskutierten Gesetzesänderung keine Kenntnis erlangt hat. Dieser – seitens der Klägerin auch mit Blick auf die Untermieterin bestrittene – Umstand kann im Rahmen des § 536b S. 1, 2 BGB jedoch dahinstehen, da bei anfänglichen Mängeln auch die grob fahrlässige Unkenntnis des Mieters schadet, sofern der Vermieter den Mangel nicht arglistig verschwiegen hat. Ein anfänglicher Mangel in diesem Sinne liegt insbesondere auch dann vor, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch keine konkrete Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegt, aber diese sich für die Zukunft bereits bei Vertragsabschluss so deutlich und konkret abzeichnet, dass die Annahme einer grob fahrlässigen Unkenntnis gerechtfertigt erscheint (vgl. Guhling/Günter/Günter, a.a.O., § 536b BGB Rn. 9). Grob fahrlässig ist die Unkenntnis des Mieters dann, wenn er die erforderliche Sorgfalt bei Vertragsschluss in einem ungewöhnlich hohen Maß verletzt und dasjenige unbeachtet lässt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen (BGH NZM 2007, 484 <485, Rn. 21>; NJW 1980, 777 <778>). Beruht der Sachmangel auf öffentlich-rechtlichen Gebrauchshindernissen, müssen dem Mieter die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften und die sich daraus ergebenden Beschränkungen infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sein (vgl. OLG Düsseldorf NZM 2011, 550 <551>). 87

Vorliegend haben sich nicht nur der Fachöffentlichkeit geläufige rechtliche Bestimmungen zur baulichen Beschaffenheit von Spielhallen oder bloße kommunale Satzungen geändert, sondern das gesamte Glücksspielrecht ist 2012 einer neuen gesetzlichen Regelung zugeführt worden. Dass ein Spielhallenbetreiber drei Jahre nach Inkrafttreten dieser Regelungen davon keine Kenntnis hat, insbesondere eines der zentralen Verbote, jenes der Mehrfachkonzession, nicht kennt, geht über die normale im Verkehr erforderliche Sorgfalt deutlich hinaus. Vielmehr ist zu erwarten, dass ein Gewerbetreibender die zentralen sein Gewerbe betreffenden gesetzlichen Vorschriften kennt, insbesondere, wenn seit mehreren Jahren das Betreiben mehrerer Spielhallen unter einem Dach verboten ist. Ignoriert er die gesetzliche Grundlage seines Gewerbes vollumfänglich, so verletzt er die im Verkehr 88

erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße.

Ein arglistiges Verschweigen des Mangels seitens der Klägerin liegt nach deren Vortrag nicht vor. Denn sie will beim Vertragsschluss mit der Untermieterin keine Kenntnis von den Regelungen des GlüStV gehabt haben. Zudem dürfte es aber auch an einer Aufklärungspflicht der Klägerin gefehlt haben, da sie, sofern sie doch entsprechende Kenntnis gehabt haben sollte, nach zuvor Gesagtem davon ausgehen konnte und durfte, dass auch die Untermieterin über entsprechende Kenntnis verfügte. Demgemäß hat die Untermieterin gegenüber der Klägerin keinen Anspruch auf Minderung wegen der öffentlich-rechtlichen Gebrauchsbeschränkung der Mietsache. Die Klägerin kann also die volle Miete von der Untermieterin fordern. Ihr eigener (aktueller) Gebrauch der Mietsache zum Zweck der Untervermietung ist somit, jedenfalls was den Anspruch auf die volle Untermiete angeht, nicht beeinträchtigt. 89

Ob aus dem vorgenannten Grund die Erheblichkeit des Mietmangels zu verneinen oder aber gleichwohl deshalb zu bejahen ist, weil jedenfalls die Tauglichkeit des Mietobjekts zum eigentlich vereinbarten Zweck des Betriebs dreier Spielhallen erheblich beeinträchtigt ist, bedarf vorliegend jedoch keiner Entscheidung. Einer Berufung der Klägerin auf ein ihr zustehendes Minderungsrecht steht nämlich jedenfalls § 242 BGB entgegen (s. nachfolgend II.3.). Aus diesem Grund kommt es auch nicht darauf an, ob der Betrieb von drei Spielhallen seitens der Beklagten zu 1) vertraglich i.S.v. § 536 Abs. 2 BGB zugesichert worden ist, mit der Folge, dass es auf die Erheblichkeit der Mangels möglicherweise nicht ankommt. 90

3. 91

Der Klägerin ist es, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, verwehrt, sich auf ein etwaiges Minderungsrecht aus § 536 Abs. 1 BGB zu berufen, da sie damit – im Hinblick auf die Ausübung des Optionsrechts am 06.10.2016 – gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstößt (§ 242 BGB). 92

Nach dem Grundsatz des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) wird ein Verhalten u.a. dann als rechtsmissbräuchlich angesehen, wenn sich der Anspruchsteller mit der Geltendmachung einer Forderung in Widerspruch zu eigenem vorausgegangenem Verhalten setzt und dadurch beim Anspruchsgegner ein schutzwürdiges Vertrauen erweckt hat oder anderweitige Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (vgl. BGH NJW-RR 1987, 335; Urteil vom 18.01.1980, V ZR 257/75, BeckRS 1980, 31074346; OLG München NJW-RR 1992, 1037; HK-BGB/Schulze, BGB, 10. Aufl. 2019, § 242 Rn. 36). Wann dies der Fall ist, ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. 93

a) 94

Vorliegend beruft sich die Klägerin auf ihr Minderungsrecht gem. § 536 BGB. Dieses Recht ist jedoch nur aufgrund der Tatsache überhaupt erst entstanden, dass sie am 06.10.2016 ihr vertraglich eingeräumtes Recht auf Verlängerung des Mietvertrages um weitere fünf Jahre (bis zum 15.04.2022) ausgeübt hat. Dabei hatte sie – davon ist auch der Senat im Anschluss an die nicht zu beanstandende Beweiswürdigung des Landgerichts überzeugt – Kenntnis von den Regelungen des neuen Glücksspielstaatsvertrages, insbesondere des in § 25 GlüStV geregelten Verbots der Mehrfachkonzession. Es ist schlicht unglaublich, dass die Klägerin als langjährige Betreiberin von Spielhallen diese gravierende, ihre gesamten Geschäftsbedingungen in erheblichem Maße und in vielerlei Hinsicht beeinträchtigende Gesetzesänderung, der erhebliche Kontroversen vorausgingen, nicht zur Kenntnis 95

genommen haben will. Sie selbst trägt in Zusammenhang mit dem vereinbarten Mietzweck vor, dass der Spielhallenbetrieb ihr Kerngeschäft sei und sie sich nicht auf andere Mietzwecke (Wetten, Gastronomie) verweisen lassen müsse. Eher fernliegend ist auch, dass die Klägerin, nachdem sie das Objekt ab dem 01.11.2015 an die Untermieterin vermietet hatte, bis zur Ziehung der Option am 06.10.2016 nicht erfahren haben will, dass der Untermieterin im Dezember 2015 unter Hinweis auf die Gesetzesänderung nur eine befristete Erlaubnis für drei Spielhallen bis zum Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist im Jahr 2017 erteilt worden ist. Dass die Untermieterin diesen für das Mietverhältnis höchstrelevanten Umstand (und zukünftigen Mangel) nicht mitgeteilt hat, erscheint wenig vorstellbar. Dennoch übte die Klägerin im Jahr 2016 die Option aus. Dabei kann sie sich auch nicht darauf berufen, dass die Untermieterin ihrerseits von einem Optionsrecht Gebrauch gemacht hat, sie also gewissermaßen gezwungen war, ebenfalls das Optionsrecht auszuüben. Diese – selbst verursachten – Schwierigkeiten im Untermietverhältnis kann die Klägerin nicht auf die Beklagte zu 1) abwälzen. Auf die Kenntnis der Klägerin von einer bevorstehenden Gesetzesänderung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Beklagten zu 1) im Jahr 2007 kommt es insoweit nicht an. Die Kenntnis der Klägerin von § 25 Abs. 2 GlüStV beinhaltete die Kenntnis des oben festgestellten Mangels bei Ausübung des Optionsrechts im Jahr 2016.

b)

96

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt zwar weder eine direkte noch eine analoge Anwendung von § 536b BGB auf die Ausübung einer Vertragsverlängerungsoption in Betracht, weil die Ausübung eines Optionsrechts kein Fall des „Vertragsschlusses“ im Sinne der Vorschrift ist (BGH NJW 2015, 402 <403 f., Rn. 16 ff.>; vgl. auch BGH NJW-RR 2016, 14). Allerdings soll insoweit die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben nach § 242 BGB ermöglichen, dem jeweiligen Verhalten des Mieters im Zusammenhang mit einer Vertragsverlängerung unter Berücksichtigung etwaiger vermierterseitiger Vertrauenstatbestände im Einzelfall rechtlich angemessen auch für die Zukunft Rechnung zu tragen (BGH NJW 2015, 402 <405, Rn. 32>). Eine solche Einzelfallbeurteilung muss insbesondere im Blick haben, dass die Rechtsfolge des Rechtsverlusts in jedem Fall daran anknüpfen soll, dass bei Vertragsverlängerung ein Mangelvorbehalt unterbleibt (BGH, a.a.O., Rn. 33), wobei die vorbehaltlose Ausübung der Verlängerungsoption für sich genommen kein widersprüchliches Verhalten des Mieters darstellt, das es nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB rechtfertigen könnte, dass der Mieter seine Rechte aus § 536 BGB für die Zukunft verliert (BGH, a.a.O., Rn. 34).

97

Vorliegend ist die Anwendung von § 242 BGB rechtlich angemessen. Es ist zwar richtig, wie die Klägerin vorträgt, dass ein Mieter seine Minderungsrechte nicht durch Ausübung seines Optionsrechts verlieren darf, da ansonsten der Vermieter diesen durch fehlende Mangelbeseitigung zum Verzicht auf das Optionsrecht „nötigen könnte“. Doch liegt der Fall hier anders: Die Beklagte zu 1) kann den bestehenden Mangel unstreitig nicht beseitigen. Aufgrund der neuen Gesetzeslage ist es objektiv unmöglich geworden, den ursprünglich vereinbarten Vertragszweck zu gewährleisten. Das ist für die ursprünglich vereinbarte Vertragslaufzeit Risiko des Vermieters, also hier der Beklagten zu 1). Der Gesetzgeber hat besonderen individuellen Härten mit Blick auf die von der Änderung des GlüStV Betroffenen dadurch Rechnung getragen, dass er in § 29 Abs. 4 GlüStV (i.d.F. vom 01.07.2012) sowohl eine Übergangsfrist von fünf Jahren bestimmt als auch darüber hinaus Fälle unbilliger Härten berücksichtigt hat. Die Klägerin bzw. ihre Untermieterin konnte somit die drei Spielhallen bis zum Ende der ursprünglich vereinbarten Vertragslaufzeit betreiben, ohne dass ein Entzug der Erlaubnis gedroht hätte. Erst mit Ausübung der Option verlängerte sich die Mietzeit über die Übergangsfrist von fünf Jahren hinaus. Damit führte die Klägerin mit Ausübung der

98

Verlängerungsoption die öffentlich-rechtlichen Gebrauchsbeschränkungen erst herbei, was ihr zu diesem Zeitpunkt auch bewusst war. Sich nunmehr auf ein aufgrund dieses Mangels entstandenes Minderungsrecht zu berufen, ist treuwidrig. Mit Ausübung der Verlängerungsoption nahm sie – auch aus Sicht der Beklagten zu 1) – den zukünftig eintretenden, unbehebbarer Mangel vielmehr in Kauf.

c)

99

Der Treuwidrigkeit der Klägerin steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte zu 1) von einem ihr möglicherweise gem. § 313 Abs. 3 S. 2 BGB zustehenden Kündigungsrecht (siehe KG, Urteil vom 14.07.2014 – 8 U 140/13 –, Rn. 44 ff., Juris) keinen Gebrauch gemacht hat.

100

Es ist schon nicht ersichtlich, dass der Beklagten zu 1) diese Kündigungsmöglichkeit, die auf der oben angeführten Rechtsprechung des Kammergerichts beruht, überhaupt bewusst war. Zudem könnte auch fraglich sein, ob es vorliegend als krass unbillig erscheint, die Beklagte zu 1) an dem Mietvertrag festzuhalten, obwohl die Untermieterin gegenüber der Klägerin und damit ggf. auch die Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1) wegen des Fehlens einer erheblichen Gebrauchsbeeinträchtigung zu einer Mietminderung nicht berechtigt ist.

101

Jedenfalls aber war es die Klägerin, die mit der Ausübung des Optionsrechts sehenden Auges eine Fortgeltung des Mietvertrages trotz dessen, dass ihr die Beklagte zu 1) den vertraglich vereinbarten Gebrauch nicht mehr über die volle dann weitere Vertragslaufzeit würde zur Verfügung stellen können, herbeigeführt hat. Es ginge nach Auffassung des Senats jedoch nicht an, von der Beklagten zu 1) die Ausübung eines nach obergerichtlicher Rechtsprechung möglichen Kündigungsrechts zu fordern, wenn die Klägerin den Vertrag unter solchen Umständen gerade nicht auslaufen lässt, sondern bewusst einseitig verlängert. Überdies war aufgrund dieses Verhaltens der Klägerin – aus Sicht der Beklagten zu 1) – auch zu erwarten, dass die Klägerin eine außerordentliche Kündigung gerichtlich bekämpfen würde.

102

Ebenso wenig ist von einer Pflicht der Beklagten zu 1) auszugehen, die Klägerin bei Ausübung der Option auf die veränderte Rechtslage hinzuweisen. Der Vortrag der Klägerin ist insoweit schon widersprüchlich, weil sie selbst behauptet, sie habe aufgrund der Ausübung der Option im Untermietverhältnis keine andere Wahl gehabt, als ebenfalls die Option zu ziehen.

103

d)

104

Darüber hinaus folgt die Treuwidrigkeit der Ausübung des Minderungsrechts durch die Klägerin bereits (und für sich gesehen) aus dem Umstand, dass sie sich im Innenverhältnis gegenüber der Untermieterin keiner (berechtigten) Minderung ausgesetzt sieht.

105

Wie bereits oben dargelegt (II.2.), steht der Untermieterin ein Minderungsrecht gegenüber der Klägerin, legt man ihren Vortrag zugrunde, nicht zu. Die Untermieterin handelte bei Vertragsschluss mit Blick auf die veränderte Gesetzeslage und damit den ab Februar 2018 auftretenden Mangel der Mietsache zumindest in grob fahrlässiger Unkenntnis (§ 536b S. 2 BGB), weshalb eine Minderung ausgeschlossen ist. Selbst wenn man im Verhältnis der Klägerin zur Untermieterin von einer arglistigen Täuschung der Klägerin und aufgrund dessen doch von einer Minderungsbefugnis der Untermieterin ausginge, würde dieser Umstand gerade dazu führen, dass die Klägerin dann die Minderung der Untermieterin nicht an die Beklagte zu 1) weiterreichen dürfte. Ähnliches gilt für den Fall, dass von einer zugesicherten Eigenschaft gem. § 536 Abs. 2 BGB auszugehen wäre. Hätte die Klägerin der Untermieterin

106

den Vertragszweck im Jahr 2015 – in Kenntnis der geänderten Gesetzeslage – zugesichert, so müsste sich die Klägerin dies möglicherweise von der Untermieterin entgegenhalten lassen, kann sich aber ihrerseits nicht im Verhältnis zur Beklagten zu 1) auf eine Minderung ihrer Untermieterin berufen, die nur darauf beruht, dass sie in Kenntnis einer veränderten Gesetzeslage eine objektiv unmögliche Zusicherung abgegeben hat.

4. 107

Ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung von 5.598,29 EUR gegen die Beklagte zu 1) ergibt sich auch nicht aus § 313 Abs. 1 BGB. 108

Voraussetzung für eine Vertragsanpassung gem. § 313 Abs. 1 BGB ist, dass sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Hinzukommen muss, dass einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. 109

Grundsätzlich gilt für gewerbliche Mietverträge, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, dass die vertragliche Risikoverteilung nicht durch § 313 BGB unterlaufen werden soll, es sei denn, es liegt ein Fall krasser Unbilligkeit vor (vgl. BGH NZM 2006, 655 <656, Rn. 15>; KG NJOZ 2014, 1688 <1690>). Ein solcher Fall krasser Unbilligkeit ist hier im Hinblick auf die Klägerin nicht ersichtlich. Sie selbst hat in Kenntnis der veränderten Gesetzeslage das Optionsrecht ausgeübt. Es ist daher treuwidrig, sich nunmehr auf ihr Minderungsrecht zu berufen. Nichts anderes gilt für das Verlangen nach einer Vertragsanpassung, die dem Minderungsbegehren entspricht. Eine solche Vertragsanpassung ließe die berechtigten Interessen der Beklagten zu 1) zudem völlig außer Acht, die dadurch gezwungen wäre, zwei Drittel der vermieteten Fläche unentgeltlich zu überlassen. 110

Mangels Anspruchs gegen die Beklagte zu 1) besteht auch kein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagten zu 2) und 3) analog § 128 HGB. 111

III. 112

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. 113

--	--	--

 114