

## Landgericht Potsdam, Urt. v. 17.01.2023 – 4 O 82/21

### **Tenor:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.
4. Der Streitwert wird auf 39.984,80 € festgesetzt.

### **Tatbestand:**

**1** Die Klägerin beansprucht von der Beklagten die Erstattung geleisteter Mietzahlungen.

**2** Sie war auf der Grundlage zweier Gewerbemietverträge mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten vom 30.04.2009 über im Erdgeschoss des Objektes A. – B. – Straße ... gelegene Flächen, eine im Anlagenplan als Laden 2 bezeichnete Fläche von ca. 140 m<sup>2</sup> und eine im Anlagenplan als Laden 3 bezeichnete Fläche von ca. 168 m<sup>2</sup> Mieterin und gemäß § 2 der Mietverträge berechtigt, den jeweiligen Mietgegenstand als Spielothek zu nutzen. Die Mietverträge waren gem. § 3 der Mietverträge auf die Dauer von 5 Jahren und zweimal 5 Jahren Option abgeschlossen und verlängerten sich um ein Jahr, falls nicht von einer der Parteien 6 Monate vor Vertragsablauf gekündigt wird. Für die Ladenfläche 2 war eine monatliche Grundmiete von 560 €, eine Betriebs- und Heizkostenvorauszahlung in Höhe von jeweils 140 € und zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer ein Betrag i.H.v. insgesamt 999,62 € vereinbart. Zum 22.03.2013 trat die Beklagte durch Eigentumserwerb auf Vermieterseite in die Mietverträge ein.

**3** Jedenfalls zum 30.06.2017 nutzte die Klägerin beide Ladenflächen zum vertraglich vereinbarten Nutzungszweck.

**4** Mit Bescheid vom 21.03.2017 versagte die Stadt Br. an der H. der Klägerin eine am 13.10.2016 beantragte gesonderte Erlaubnis für die Spielhalle 2 (Ladenfläche 2) und führte zur Begründung aus, die gemäß § 2 Abs. 1 des brandenburgischen Spielhallengesetzes (Bbg-SpielhG) zum 01.07.2017 erforderlich gewordene gesonderte Erlaubnis neben der Erlaubnis nach § 33i GewO sei zu versagen, wenn die Errichtung der Spielhalle den Beschränkungen des § 3 BbgSpielhG widerspricht, welcher bestimme, dass zwischen Spielhallen ein Mindestabstand von 500 m Luftlinie einzuhalten und die Erteilung einer Erlaubnis für Spielhallen, die in einem baulichen Verbund mit einer oder weiteren Spielhallen, insbesondere die in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht sind, ausgeschlossen sei. Die

dahingehenden Voraussetzungen lägen im Hinblick darauf vor, dass die im baulichen Verbund und in einem Gebäude mit der Spielhalle 2 betriebene weitere Spielhalle, für die die Klägerin am 10.08.2016 einen Erlaubnis Antrag nach § 2 BbgSpielhG gestellt und aufrechterhalten hatte, am 08.12.2016 die Erlaubnis zum Betreiben einer Spielhalle befristet bis zum 7. Dezember 2031 erteilt worden sei.

**5** Eine unbillige Härte für die Antragstellerin im Sinne des § 7 Abs. 1 BbgSpielhG liege nicht vor. Investitionen, die nach dem Bekanntwerden der beabsichtigten Regelungen des am 01.07.2012 in Kraft getretenen Glücksspielstaatsvertrages und des am 05.04.2013 in Kraft getretenen BbgSpielhG getätigt wurden, seien grundsätzlich nicht schützenswert; der Nachweis bereits vor dem Stichtag getätigter, nicht unerheblicher wirtschaftlicher Investitionen sei nicht erbracht.

**6** Wegen des weitergehenden Inhalts des Bescheides wird auf die Anl. K8 zur Klageschrift Bezug genommen. Den hiergegen gerichteten Widerspruch der Klägerin wies die Stadt Brandenburg mit Bescheid vom 06.06.2017, den Bevollmächtigten der Klägerin am 09.06.2017 zugestellt, zurück.

**7** Die Klägerin zahlte für die Ladenfläche 2 ab dem 01.07.2017 weiter die vertraglich vereinbarten monatlichen Mieten bis einschließlich zum 31.10.2020.

**8** Mit gleichlautenden Schreiben vom 29.10.2019 kündigte die Beklagte die Mietverträge über die Gewerbeflächen 1 und 2 zum 30.04.2020 und erhob beim Landgericht Potsdam zum Aktenzeichen 4 O 6/20 Räumungsklage gegen die Beklagte. Die Klägerin widersprach der Kündigung mit der Auffassung, der Mietvertrag bestehe auf der Grundlage der vertraglich vereinbarten Laufzeit und der zweimaligen Verlängerungsoption fort, nachdem sie die Option mit Schreiben vom 15.11.2019 und nochmals ausdrücklich mit der Klageerwiderung vom 17.03.2020 ausgeübt habe.

**9** Das Landgericht verurteilte die Klägerin mit rechtskräftigem Urteil vom 29.09.2020 zur Räumung. Wegen der Gründe wird auf das als Anlage K5 zur Klageschrift eingereichte Urteil Bezug genommen.

**10** Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 15.10.2020 teilte die Klägerin der Beklagten die mit Bescheid vom 31.03.2017 erfolgte Versagung der Erlaubnis zum Betrieb der Spielhalle 2 und die Zurückweisung des Widerspruchs der Klägerin mit Bescheid vom 06.06.2017 mit und gab an, infolgedessen den Spielhallenbetrieb am 30. 6. 2017 eingestellt zu haben. Dadurch, dass die Mietsache mit Ablauf des 30.06.2017 mit einem sogenannten öffentlich-rechtlichen Gebrauchshindernis verbunden gewesen sei, sei die Weiterführung des Gewerbes der Klägerin unmöglich gemacht und die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache wegen des

insoweit eindeutigen vereinbarten Nutzungszwecks auf 0 gemindert. Eine Verpflichtung zur Weiterzahlung der gleichwohl bis Oktober einschließlich entrichteten Mieten für die rechte Fläche habe nicht bestanden, womit sich ein Rückforderungsanspruch i.H.v. 39.984,80 € ergebe.

**11** Nachdem die Beklagte der Aufforderung zur Rückzahlung auch auf ein weiteres Schreiben des Klägervertreters hin, mit dem dieser auf eine E-Mail der Klägerin vom 08.02.2017 mit Mangelanzeige verwies, nicht nachkam, hat die Klägerin mit am 11.5.2021 zugestelltem Schriftsatz vom 19.04.2021 Klage erhoben.

**12** Die Klägerin behauptet, den Spielhallenbetrieb in den als Laden 2 bezeichneten Räumlichkeiten komplett eingestellt zu haben. Sie ist der Auffassung, die Mietsache sei spätestens mit Erlass des Widerspruchsbescheides mit einem die Tauglichkeit aufhebenden Mangel gemäß § 536 BGB behaftet, mit der Folge, dass eine Verpflichtung zur Mietzahlung nicht mehr bestanden habe. Eine Nachfrage der Klägerin bei der Beklagten, ob sie wegen der mangelnden Möglichkeit zur Fortführung ihres Gewerbebetriebes in dem Laden 2 die insgesamt geschuldete Miete um den Betrag von 999,62 € absenken dürfe, habe die Beklagte abgelehnt, weswegen die Klägerin rechtsirrtümlich weiterhin rechtsgrundlos die ehemals vereinbarte Miete fortgezahlt habe.

**13** Die Klägerin beantragt,  
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 39.984,80 € nebst Zinsen i.H.v. 9% Punkten über dem Basiszinssatz der EZB seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

**14** Die Beklagte beantragt,  
die Klage abzuweisen.

**15** Sie ist der Auffassung, es liege schon kein Mangel der Mietsache vor, da der Laden 2 zur Nutzung als Spielothek uneingeschränkt geeignet sei. Die Zulässigkeit des dauerhaften Betriebes von zwei Spielhallen nebeneinander falle in die betriebliche bzw. wirtschaftliche Risikosphäre der Klägerin. Die E-Mail vom 08.02.2017 stelle keine Mängelanzeige dar. Für denjenigen Fall, dass es eine solche und eine Nutzungsuntersagungsverfügung gegeben habe, hätte die Beklagte sich neu auch zum Ansinnen der Klägerin bezüglich einer Vertragsänderung positionieren und gegebenenfalls Abhilfe schaffen können.

**16** Durch die unstreitige Fortsetzung des Mietverhältnisses zu unveränderten Konditionen habe die Klägerin deutlich gemacht, den Laden 2 weiter nutzen zu wollen. Eine Rückforderung gezahlter Mieten sei jedenfalls nach § 814 BGB ausgeschlossen, denn die Rechtskenntnis, dass ein Sachmangel kraft Gesetzes zur Minderung der Miete führe, sei in den üblichen Kreisen von Mietern im Wege des Anscheinsbeweises regelmäßig anzunehmen.

**Entscheidungsgründe:**

**17** Die Klage ist unbegründet.

**18** Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Erstattung der für den Zeitraum von Juli 2017 bis Oktober 2020 gezahlten Mieten bzw. Nutzungsentschädigungen gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB zu. Die Zahlungen sind nicht ohne Rechtsgrund erfolgt.

**19** Rechtsgrund für die bis zur Beendigung des Mietvertrages am 30.04.2020 gezahlten monatlichen Mieten war die mietvertragliche Vereinbarung der Parteien; nach Beendigung des Mietvertrages stand der Klägerin für die Dauer der Vorenthaltung gem. § 546a BGB als Entschädigung die vereinbarte Miete zu.

**20** Zwar dürfte die Mietsache nach bestandskräftiger Versagung der Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle mit einem Mangel gem. § 536 BGB behaftet gewesen sein. Auf eine Minderung der Miete wegen des Mangels der Mietsache kann die Klägerin sich für die Zeit ab Juli 2017 nach den Grundsätzen von Treu und Glauben aber nicht mit Erfolg berufen.

**21** Ein Mangel, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert und deshalb dem Mieter ein Recht auf Mietminderung gewährt, ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich vorausgesetzten Zustand. Wird Wohn- oder Geschäftsraum vermietet, muss der Raum zu dem vereinbarten Zweck geeignet sein, was unter anderem voraussetzt, dass der beabsichtigten Nutzung keine behördlichen Gebrauchsbeschränkungen, wie etwa eine Nutzungsuntersagung, entgegen stehen, die ihren Grund in der konkreten Beschaffenheit der Mietsache haben. Voraussetzung ist eine tatsächliche Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs, die regelmäßig eine wirksame und unanfechtbare behördliche Maßnahme voraussetzt.

**22** Ist für den Betrieb eines Geschäfts eine behördliche Konzession erforderlich, muss der Vermieter dafür einstehen, dass das Mietobjekt zu dem vertraglich vereinbarten Zweck genutzt werden kann. 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 sie sich in einem Zustand befinden, der die Aufnahme des Betriebes auch in rechtlicher Hinsicht uneingeschränkt zulässt. Öffentlichrechtliche Gebrauchshindernisse und Beschränkungen, wie hier eine Versagung der Betriebserlaubnis, stellen einen Sachmangel dar, wenn sie ihre Ursache in der Beschaffenheit oder der Lage des Mietobjektes, in deren Beziehung zur Umwelt haben. Dies ist hier der Fall.

**23** Nach Maßgabe der mietvertraglichen Vereinbarungen war die Beklagte verpflichtet, der Klägerin den Laden 2 zur Nutzung als Spielothek zu überlassen. Diese Nutzung stand seit dem 01.07.2017 unter einem Erlaubnisvorbehalt, wobei die Erlaubnis mit Ablauf der einmonatigen Klagefrist gegen den am 09.06.2017 zugestellten Widerspruchsbescheid vom 06.06.2017 bestandskräftig versagt wurde, weil die Erteilung einer Erlaubnis für eine Spielhalle, die in einem baulichen Verbund mit einer oder weiteren Spielhallen, insbesondere wenn diese in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht sind, nach § 3 BbgSpielhG ausgeschlossen ist. Die öffentlich-rechtliche Beschränkung betrifft die räumliche Lage der konkreten Mietsache, nicht hingegen in das Verwendungsrisiko des Mieters fallende persönliche oder die generelle Art des Betriebes betreffende Umstände, wie etwa ein Rauchverbot in öffentlichen Gaststätten(zum Ganzen so auch OLG Hamm, Urteil vom 8. April 2020, Beck Rechtsprechung 2020,8424 m.w.N.).

**24** Die Berufung auf eine Minderung der Miete wegen eines während der Mietzeit auftretenden Mangels ist auch nicht gemäß § 536c Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB ausgeschlossen, weil die Beklagte infolge unterlassener Anzeige dem Mangel nicht abhelfen konnte, denn dass die Beklagte bei entsprechender Kenntnis dem Mangel der Erlaubnisversagung hätte abhelfen können, ist weder dargetan noch sonst ersichtlich.

**25** Die Berufung der Klägerin auf ein Minderungsrecht ist indessen als rechtsmissbräuchlich anzusehen. Nach dem Grundsatz des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens wird ein Verhalten unter anderem dann als rechtsmissbräuchlich angesehen, wenn sich der Anspruchsteller mit der Geltendmachung einer Forderung in Widerspruch zu eigenem vorangegangenen Verhalten setzt und dadurch beim Anspruchsgegner ein schutzwürdiges Vertrauen erweckt hat oder andere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (OLG Hamm, a.a.O. m.w.N.). Dies ist hier der Fall, nachdem die Klägerin das Mietverhältnis in Kenntnis des nicht zu behebbenden Mangels unverändert ohne Mitteilung gegenüber der Beklagten zunächst fortgesetzt, weder von der nach Lage des Mietvertrages zum 30.04.2018 bestehenden ordentlichen Kündigungsmöglichkeit noch von der Möglichkeit zur fristlosen Kündigung wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses gem. § 543 BGB Gebrauch gemacht hat und sie sich zudem gegen eine von der Beklagten zum 30.04.2020 ausgesprochene Kündigung zur Wehr gesetzt und hiermit zum Ausdruck gebracht hat, an der Nutzung des Mietobjektes – indessen ohne jegliche Mietzahlung festhalten zu wollen.

**26** Darauf, ob der Klägerin ein Rückforderungsanspruch darüber hinaus wegen Leistung in Kenntnis der Nichtschuld gem. § 814 BGB verwehrt wäre, kommt es nicht mehr entscheidend an, auch wenn einiges für einen gegen die Klägerin sprechenden Anschein dafür, dass die erforderliche Rechtskenntnis über die Minderung des Mietzinses wegen Aufhebung der Tauglichkeit zu dem eindeutig formulierten Nutzungszweck bestanden hat, spricht (vgl. dazu OLG Brandenburg, U.v. 10.09.2019, 3 U 73/18, BeckRS 2019, 24879).

**27** Die Kostenentscheidung basiert auf § 91 ZPO; diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO.