BGB § 242 Bb

Hat ein Apotheker unter der Herrschaft des Apothekenkonzessionierungssystems, nach dem eine Personalkonzession zum Betriebe einer Apotheke nur nach Prüfung des Bedürfnisses und nur an einen Apotheker mit dem höchsten Betriebsberechtigungsalter verliehen wurde, eine Realkonzession gekauft in der auch vom anderen Teil erkannten Erwartung, die Beschränkung der Zulassung dauere fort, so kann nach Einführung der unbeschränkten Niederlassungsfreiheit die Geschäftsgrundlage des Vertrages weggefallen sein.

BGH, Urt. v. 13. Oktober 1959 - VIII ZR 120/58 - Kammergericht

VIII ZR 120/58

Verkündet am 13. Oktober 1959
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

J m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Frau Selma S [redacted] geb. J [redacted] in B [redacted]-Wi [redacted]-[redacted], D [redacted] Straße [redacted]/[redacted],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

gegen

die Apothekerin Dr. Ingeborg B ö [redacted] geb. R [redacted] in B [redacted]-G [redacted], Br [redacted]straße [redacted],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 13. Oktober 1959 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr.Großmann sowie der Bundesrichter Dr.Gelhaar, Dr.Dorschel, Dr.Mezger und Dr.Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 11. Juli 1958 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

14

Tatbestand:

Der verstorbene Ehemann der Klägerin, der während der Herrschaft des Nationalsozialismus wegen seiner Rasse verfolgt worden ist, war Inhaber einer Apotheke in Berlin. Er betrieb die Apotheke auf Grund einer Realkonzession. Die Klägerin, an die auf Grund eines Rückerstattungsverfahrens die von ihrem Ehemann veräußerte Konzession zurückgefallen ist, verkaufte sie durch notariellen Vertrag vom 8. Februar 1956 an die Beklagte. Räume, Inventar, Warenbestand und Geschäftswert der durch Kriegseinwirkung zerstörten Apotheke waren unstreitig nicht mehr vorhanden. Die Beklagte hat von dem bar zu entrichtenden Kaufpreis von 49 000 DM 30 000 DM an die Klägerin und 12 000 DM an deren Miterben gezahlt. Sie hat ferner, wie vereinbart, die Klägerin von den Verpflichtungen zur Ausgleichsleistung an die Rückerstattungspflichtigen befreit und dazu 12 500 DM aufgewendet. Der Rest des bar zu zahlenden Kaufpreises von noch 7000 DM war im Vertrag bis zum 31. März 1957 gestundet worden und sollte ab 1. Mai 1957 im Falle der Nichtzahlung mit monatlich 1 % verzinst werden.

Die Beklagte stellte beim Landesgesundheitsamt in Berlin den Antrag, ihr auf Grund der erworbenen Realkonzession zu gestattetn, eine Apotheke zu errichten. Die Entscheidung über diesen Antrag verzögerte sich jedoch. In Berlin waren zur Zeit des zwischen den Parteien erfolgten Vertragsabschlusses die vom Senat von Berlin erlassenen "Richtlinien über die Verleihung von Apothekenbetriebsrechten" vom 30. November 1952 (ABl 1013) maßgebend. Danach konnte ein Apotheker, der keine Realkonzession besaß, eine Apotheke nur nach Verleihung einer Personalkonzession neu errichten. Die Personalkonzession sollte, wenn ein Bedürfnis zur Errichtung bestand, regelmäßig dem Bewerber mit dem höchsten Betriebsberechtigungsalter erteilt werden. Nachdem durch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 (BVerwGE

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

4,167) entschieden worden war, daß die Prüfung der Bedürfnisfrage bei der Verleihung des Betriebsrechtes für Apotheken gegen Art.12 GG verstoße, trug der Berliner Senat dem durch Erlaß der "Vorläufigen Richtlinien über die Erteilung von Apothekenbetriebsrechten" vom 1. April 1957 (ABl 416) Rechnung. Danach war zur Errichtung und zur Weiterführung einer Apotheke nur noch eine Betriebsberechtigung erforderlich. Sie wurde einstweilen, vorbehaltlich einer gesetzlichen Neuregelung, jedem Bewerber als persönliche Konzession durch den Senator für Gesundheitswesen erteilt.

Daraufhin ließ die Beklagte ihren Plan, auf Grund der erworbenen Realkonzession eine Apotheke zu eröffnen, zunächst fallen und erwarb gegen Zahlung einer Verwaltungsgebühr von 300 DM eine Personalkonzession zum Betrieb einer anderen Apotheke.

Die Klägerin verlangt Zahlung des Restkaufpreises von 7000 DM nebst Zinsen.

Die Beklagte hält sich zur Zahlung des Restkaufpreises nicht für verpflichtet. Sie behauptet, die Parteien seien bei Vertragsschluß davon ausgegangen, das bisherige Konzessionierungssystem, nach welchem neue Apotheken nur dann, wenn die Behörde ein Bedürfnis bejahe, errichtet werden durften und die Konzession für eine neu zu errichtende Apotheke nur dem Apotheker mit dem höchsten Betriebsberechtigungsalter gewährt werden konnte, werde fortbestehen. Dadurch aber, daß auf Grund der neuen Richtlinien des Senates vom 1. April 1957 nunmehr jedem approbierten Apotheker eine Personalkonzession für den Betrieb einer Apotheke gewährt werden müsse, sei die von ihr erworbene Realkonzession stark entwertet worden, zumal es jetzt doppelt soviel Apotheken in Berlin gebe wie vor dem 1. April 1957. Hierin liege, so meint sie, eine Erschütterung der Geschäftsgrundlage, die sie berechtige, die Zahlung des Restkaufpreises zu verweigern.

A 1

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb ohne Erfolg. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte begehrt, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I.

Dem angefochtenen Urteil liegt hinsichtlich des Apothekenbetriebsrechts folgender Rechtszustand zugrunde: Die Klägerin hat der Beklagten durch den notariellen Vertrag vom 8. Februar 1956 eine sogenannte Realkonzession verkauft. Konzessionen dieser Art wurden in Preußen bis zum Jahre 1894 erteilt. Sie wurden von der Verwaltungspraxis mit Befugnissen ausgestattet, die in ihren Wirkungen einer rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit nahekommen. Der Inhaber einer Realkonzession hatte allerdings nicht die Befugnis, die Gewerbeberechtigung unmittelbar auf einen anderen zu übertragen, ihm und seinen Erben war vielmehr das Recht zuerkannt, einen Nachfolger vorzuschlagen, dem von der Behörde die Konzession zu erteilen war, wenn er die vorgeschriebene berufliche Qualifikation hatte (Präsentationsrecht). Durch die Kabinettsorder vom 30. Juni 1894 wurde unter Aufrechterhaltung der bisherigen Privilegien und Realkonzessionen für die in Zukunft zu erteilenden neuen Konzessionen das Präsentationsrecht beseitigt und bestimmt, daß die Konzession beim Ausscheiden eines Apothekers zur anderweiten Verleihung an den Staat zurückfalle (Wilson/Blanke, Apotheken- und Arzneimittelrecht, IV BB/6 und 7). Von diesem Zeitpunkt ab konnten hiernach nur noch unveräußerliche und unvererbliche Personalkonzessionen neu erworben werden. Ob und wo eine neue Apotheke errichtet werden soll-

te, bestimmte die Behörde, die hierbei allein von dem Bedürfnis nach der Errichtung einer neuen Apotheke ausging. Die Vergebung der Konzession erfolgte im Ausschreibungswege, wobei im allgemeinen der Bewerber mit dem höchsten "Betriebsberechtigungsalter" berücksichtigt wurde. Ein Apothekenbetriebsrecht konnte somit in der Folgezeit ohne Bedürfnisprüfung nur durch Erwerb eines Apothekenprivilegs oder einer Realkonzession erworben werden (vgl. BTDrucks 2.Wahlperiode 1953, Nr.1233 S.9). Die in Berlin zur Zeit des Vertragsschlusses geltenden Richtlinien über die Verleihung von Apothekenbetriebsrechten vom 30. November 1952 (ABl 1013) standen auf dem Boden des strengen Konzessionssystems. In der Amerikanischen Besatzungszone war um die Jahreswende 1948/49 im Apothekenbetriebsrecht dadurch eine Änderung eingetreten, daß die Amerikanische Militärregierung durch die sogenannten Gewerbebefreiungs-Direktiven den Grundsatz der Gewerbefreiheit auch auf den Betrieb von Apotheken ausgedehnt hatte. Danach wurde in den Ländern der Amerikanischen Zone eine Zulassung für die Errichtung von Apotheken an jeden approbierten Apotheker vergeben, der darum nachsuchte. Gegen diese Niederlassungsfreiheit erhob sich von deutscher Seite alsbald Widerspruch. Man hielt die Wiedereinführung der Bedürfnisprüfung bei der Errichtung neuer Apotheken im öffentlichen Interesse, namentlich zum Schutze der Volksgesundheit, für nötig. Aus dieser Auffassung war der von der Deutschen Apothekerschaft ausgearbeitete "Frankfurter Entwurf" vom 22. Juni 1950 entstanden. Er beruhte auf dem Grundsatz der sogenannten "gelenkten Niederlassungsfreiheit". Die Initiative zur Errichtung einer neuen Apotheke sollte danach nicht bei den zuständigen Behörden, sondern bei dem einzelnen Apotheker liegen. Ein Ausschreibungsverfahren sollte nicht stattfinden. Die Behörde sollte aber die Erlaubnis zur Errichtung oder Verlegung einer Apotheke versagen, wenn nach Lage, Bevölkerungszahl und -dichte nicht erwartet werden könne, daß die Apotheke eine den gesetzlichen

Vorschriften entsprechende einwandfreie Arzneiversorgung für die Dauer durchführen könne (vgl. BTDrucks aaO und BVerfGE 7,377,392). Durch das Gesetz über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken vom 13.Januar 1953 (BGBl I 9), dessen Geltungsdauer durch die Gesetze vom 4. Juli 1953 (BGBl I 469) und vom 10. August 1954 (BGBl I 256) bis zum 31. Dezember 1955 verlängert worden ist, wurde nunmehr bestimmt, daß bis zum Inkrafttreten einer bundesgesetzlichen Regelung des Apothekenwesens die Erlaubnis oder die Berechtigung zur Errichtung einer Apotheke nur auf Grund der Bestimmungen erteilt werden durften, die am 1. Oktober 1945 in den einzelnen Ländern des Bundesgebiets galten. Dieselbe Bestimmung wurde durch das Zweite Gesetz über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken (Apothekenstoppgesetz) vom 23. Dezember 1955 getroffen (BGBl I 840). Ein von der Bundesregierung am 1. März 1955 vorgelegter Entwurf eines Gesetzes über das Apothekenwesen (BTDrucks 2.Wahlperiode 1953 Nr.1233) wurde nicht Gesetz. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 22. November 1956 ausgesprochen hatte, daß die Verleihung des Betriebsrechts für einen Apotheker nicht aus Gründen des Schutzes bestehender Apotheken wegen eines fehlenden Bedürfnisses versagt werden dürfe (BVerwGE 4,167 ff), erließ der Berliner Senat unter dem 1. April 1957 über die Erteilung von Apothekenbetriebsrechten die schon erwähnten "vorläufigen Richtlinien" (ABl 416). Mit Urteil vom 11. Juni 1958 hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, daß auf dem Gebiete des Apothekenrechts gegenwärtig allein die Niederlassungsfreiheit, verstanden als das Fehlen objektiver Beschränkungen, der Verfassungslage entspreche (BVerfGE 7,377,397 ff, 443).

II.

Das Berufungsgericht legt zugrunde, die Parteien hätten bei Abschluß des Vertrages vom 8. Februar 1956 zwar nicht fest damit gerechnet, daß die damaligen stren-

gen Konzessionierungsvorschriften unter allen Umständen fortbestehen würden. Sie hätten andererseits auch nicht mit der Möglichkeit gerechnet, daß die "unbeschränkte Niederlassungsfreiheit" eingeführt werden würde. Sie hätten vielmehr äußerstenfalles für möglich erachtet, das damalige Konzessionierungssystem werde durch eine gelenkte Niederlassungsfreiheit im Sinne des Frankfurter Entwurfes der Apothekerschaft abgelöst werden. Diese Vorstellung der Parteien habe, so meint das Berufungsgericht, die Geschäftsgrundlage des Vertrages vom 8.Februar 1956 gebildet. Diese Geschäftsgrundlage sei durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 und die durch dieses Urteil hervorgerufenen neuen "Vorläufigen Richtlinien" vom 1. April 1957 erschüttert worden.

III.

1. Die Revision wendet sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Vorstellung, eine unbeschränkte Niederlassungsfreiheit werde nicht eingeführt werden, Geschäftsgrundlage des Vertrages vom 8. Februar 1956 gewesen sei.

Die Revision greift einmal die Ausführungen des Berufungsgerichts an, die Klägerin habe erkannt, daß die Beklagte davon ausgehe, allenfalls könne eine gelenkte Niederlassungsfreiheit, keineswegs aber eine unbeschränkte eingeführt werden. Die Revision wirft dem Berufungsgericht vor, es habe den Angaben der Klägerin, daß sie im Apothekerwesen keine Erfahrungen besessen und den Preis der Realkonzession nicht von sich aus festgesetzt, sondern nur dem Vorschlage des von ihr mit der Führung der Verhandlungen betrauten Rechtsanwalts W[redacted] zugestimmt habe, willkürlich und ohne ausreichende Unterlagen, den Glauben versagt. Es habe auch übersehen, daß

die Klägerin, da sie vom Nationalsozialismus verfolgt worden sei und illegal gelebt habe, die Beziehungen zu Apothekerkreisen verloren habe.

Die Rügen gehen aber ins Leere. Die von der Revision angegriffene Wendung des Berufungsurteils hat nicht die Bedeutung, die die Revision ihr beilegt. Das Berufungsgericht hat, wie die Entscheidungsgründe ergeben, nicht etwa angenommen, der Klägerin sei die Ausgestaltung des Zulassungssystems im einzelnen bekannt gewesen. Es führt vielmehr aus: Daß der Klägerin als Nichtapothekerin die Probleme, die seit dem Zusammenbruch um die Art der Zulassung neuer Apotheken aufgetaucht waren, unbekannt geblieben seien, könne ihr zwar ebenso geglaubt werden, wie ihre Behauptung, daß sie den Preis für die Realkonzession nicht von sich aus festgesetzt, sondern lediglich dem von ihrem Berater, Rechtsanwalt Wegner genannten Preis zugestimmt habe. Als Witwe eines Apothekers, der eine Realkonzession für den Betrieb einer Apotheke besessen habe, habe die Klägerin aber gewußt, daß zumindest zu Lebzeiten ihres Ehemannes eine Realkonzession einen erheblichen Wert verkörpert habe. Sie habe aus der Höhe des von Rechtsanwalt Wegner geforderten Kaufpreises und der Annahme dieser Forderung durch die Beklagte ersehen können, daß sowohl Rechtsanwalt Wegner wie auch die Beklagte der Konzession zur Zeit des Kaufabschlusses einen Dauerwert von rund 60 000 DM beigemessen hätten. Das rechtfertige den Schluß, die Klägerin habe erkannt, daß die Beklagte mit dem Fortbestand eines den Wert der Realkonzession bedingenden Zulassungssystems gerechnet habe. Denn nur unter dieser Voraussetzung habe die Beklagte der Realkonzession einen gleichbleibenden Dauerwert beimessen können. Damit habe die Klägerin erkannt, von welchen Vorstellungen die Beklagte bei Abschluß des Vertrages ausgegangen sei. Da sie dem nicht entgegengetreten sei, seien die Vorstellungen der Beklagten zur Geschäftsgrundlage geworden. Danach ist das Berufungsgericht, was die Frage be-

trifft, ob der Klägerin der Meinungsstreit um das Zulassungssystem bekannt gewesen ist, gerade den Behauptungen der Klägerin gefolgt. Es ist aber gleichwohl zu dem Ergebnis gelangt, die Klägerin habe aus der Höhe des angebotenen Kaufpreises erkannt, die Beklagte rechne mit einem Fortbestand der Bewertungsgrundlagen für eine Realkonzession. Diese Auffassung des Berufungsgerichts unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Ersichtlich geht es davon aus, daß auch der Klägerin als nicht Fachkundiger erkennbar gewesen sei, der hohe wirtschaftliche Wert, den die Beklagte der Realkonzession beilegte, habe seinen Grund in der Überzeugung, die Zulassungsbeschränkungen dauerten fort. Gerade wenn die Klägerin von den Reformbestrebungen der Nachkriegszeit keine Kenntnis gehabt hatte, durfte das Berufungsgericht zugrundelegen, daß sie der Realkonzession den Wert beigemessen hat, den früher zu Lebzeiten ihres Ehemannes derartige Konzessionen gehabt hatten. Das Berufungsgericht hatte deshalb entgegen der Meinung der Revision keinen Anlaß weiter aufzuklären, ob die Klägerin nach dem Tod ihres Ehemannes Beziehungen zu Apothekerkreisen und Kenntnis von den Einzelheiten der zu erwartenden Entwicklung gehabt habe. Ob der Klägerin die öffentlichrechtliche Ausgestaltung der Realkonzession im einzelnen bekannt gewesen ist, hat keine Bedeutung. Das Berufungsgericht durfte ohne Rechtsverstoß annehmen, daß die Klägerin auch ohne solche Kenntnisse die Vorstellung gehabt hat, der Erwerber der Konzession erlange mit der sich aus ihr ergebenden Möglichkeit, sie auszuwerten, einen mit rund 60 000 DM zu bewertenden Vorteil.

2. Die Revision rügt zum anderen, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 166 Abs.1 BGB der Klägerin etwaige Kenntnisse des Rechtsanwalts W[redacted] von den Vorstellungen der Beklagten über die Entwicklung des Konzessionierungssystems zugerechnet, obwohl er bei Abschluß des Vertrages nicht Vertreter der Klägerin gewesen sei, sondern nur die Vorverhandlungen für sie mit der Beklag-

ten geführt habe. Da das Berufungsgericht in nicht angreifbarer Weise davon ausgeht, die Klägerin habe selbst erkannt, daß die Beklagte mit einem Fortbestand der zur Zeit des Vertragsschlusses geltenden Bewertungsgrundlagen für die Realkonzession gerechnet habe. bedarf es aber keiner Entscheidung, ob sich die Klägerin derartige Kenntnisse des Rechtsanwalt W[redacted] etwa zurechnen lassen müßte. Im übrigen handelt es sich bei den Ausführungen des Berufungsgerichts um eine Hilfserwägung, auf der das angefochtene Urteil nicht beruht.

IV.

Daß bei Veräußerung eines Rechts die übereinstimmende Auffassung der Vertragsparteien, das Recht gewähre dem Erwerber eine bevorzugte, nur durch Aufwendung hoher Geldmittel zu erlangende und auf die Dauer berechnete Befugnis zur Ausübung eines Berufes, die Geschäftsgrundlage des Vertrages bilden kann, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Es ist auch nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht bei der Würdigung des hier vorliegenden Sachverhalts etwa die rechtlichen Voraussetzungen der Geschäftsgrundlage verkannt hätte. Allerdings liegt das wirtschaftliche Risiko, das im Geschäftsleben der Käufer beim Einkauf von Waren eingeht, im allgemeinen außerhalb derjenigen Umstände, die das Vertragsverhältnis zwischen den Vertragsparteien nach Treu und Glauben beeinflussen können (vgl. BGH Urteil vom 16. Januar 1953 - I ZR 42/52 - LM BGB § 242 (Bb) Nr.12 = MDR 1953,282; Urteil vom 28. Juni 1957 - VIII ZR 252/56 - LM BGB § 276 (Ha) Nr.2 = BB 1957, 839). Dieser Grundsatz kann beim Kauf einer Apothekenrealkonzession aber nicht angewandt werden. Der Erwerber einer solchen Konzession bezweckt nicht, aus ihr unmittelbaren Gewinn zu ziehen. Sie soll ihm vielmehr eine auf die Dauer bestimmte Rechtsstellung verschaffen.

V.

Die Geschäftsgrundlage sei, so meint das Berufungsgericht, erschüttert. Der Grundsatz der unbeschränkten Niederlassungsfreiheit sei durch die erwähnten Richtlinien des Berliner Senats vom 1. April 1957 verwirklicht worden. In die Apothekenprivilegien, die Realrechte und Realkonzessionen hätten die neuen Richtlinien zwar nicht unmittelbar eingegriffen. Sie hätten sich aber auf die bestehenden Realkonzessionen in zweifacher Weise ausgewirkt: Einmal habe vor dem 1. April 1957 ein Apotheker, der das nach den Richtlinien von 1952 erforderliche Betriebsberechtigungsalter nicht gehabt habe, eine eigene Apotheke nur eröffnen können, wenn er eine Realkonzession durch Kauf erworben habe. Jetzt könne er gegen Zahlung einer geringen Verwaltungsgebühr jederzeit eine Personalkonzession für den Betrieb einer neuen Apotheke erlangen. Der Verkaufswert der Realkonzession sei dadurch erheblich gesunken. Zum anderen sei vor dem 1. April 1957, da neue Apothekenkonzessionen nur bei Vorliegen eines Bedürfnisses erteilt worden seien, das "Einzugsgebiet" der bestehenden Apotheken gesichert gewesen. So habe jede Apotheke auch für die Zukunft mit einer bestimmten Anzahl von Einwohnern rechnen können, die auf sie angewiesen gewesen seien. Dadurch, daß seit dem 1. April 1957 Konzessionen ohne Bedürfnisprüfung erteilt würden, sei diese Sicherung weggefallen. Auch hierdurch habe sich der Verkaufswert der Realkonzession gemindert. Die Beklagte habe allein für den Erwerb der Konzession sich zur Zahlung von insgesamt rund 60 000 DM verpflichtet. Der wahre Wert des verkauften Rechts betrage demgegenüber, wie sich nachträglich herausgestellt habe, nur einen Bruchteil des Kaufpreises; niemand werde mehr für den Erwerb einer Realkonzession einen nennenswerten Betrag ausgeben. Das Gleichwertigkeitsverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sei in einem Maße verschoben, daß der das gesamte Rechtsleben beherrschende Grundsatz

von Treu und Glauben eine Herabsetzung des Kaufpreises erfordere.

Auch diese Auffassung läßt einen Rechtsverstoß nicht erkennen.

1. Die Rechtsstellung, die die Inhaber von Realkonzessionen genossen hatten, war nach dem Inkrafttreten der "Vorläufigen Richtlinien" grundlegend geändert. Mit Recht geht das Berufungsgericht davon aus, daß sich nicht nur der Verkehrswert der Realkonzession gemindert habe, sondern daß die Neuregelung auch den inneren Gehalt der Konzession betroffen habe. Die Rechtsstellung, die bisher durch Erwerb eines Privilegs, einer Realkonzession oder einer mit Rücksicht auf die Bedürfnisprüfung in beschränktem Umfange verliehenen Personalkonzession erlangt werden konnte, war praktisch nunmehr jedem Bewerber zugänglich. Dadurch hatte die Realkonzession ihr Wesen als ein Vorrecht verloren. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Klägerin übergangen, daß die Realkonzession auch heute noch deshalb Bedeutung habe, weil nach wie vor der Inhaber einer Realkonzession, der eine Apotheke eröffnen wolle, nicht von der Zulassung durch die Verwaltungsbehörde abhängig sei. Diese Rüge geht aber fehl. Das Berufungsgericht ist in seiner Entscheidung vielmehr ersichtlich nicht davon ausgegangen, die Realkonzession habe durch den Wegfall der Zulassungsbeschränkung jeglichen Wert verloren. Es hat lediglich eine erhebliche Minderung des Wertes angenommen. Da nach der Neuordnung jeder Apotheker eine Personalkonzession erwerben kann, hält das Berufungsgericht jedoch den Vorteil, daß der Inhaber einer Realkonzession dieses öffentlichrechtliche Zulassungsverfahren nicht in Anspruch zu nehmen braucht, nur für gering.

2. Die Revision greift weiter auf den Vortrag der Klägerin im Berufungsrechtszuge zurück, von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage könne deshalb nicht gesprochen werden, weil die Regelung, mit deren Fortbestand die Parteien gerechnet hätten, verfassungswidrig gewesen sei. Das Berufungsgericht ist dieser Auffassung nicht gefolgt und hat ausgeführt, das bis zum 1. April 1957 angewandte Konzessionierungssystem sei zwar grundgesetzwidrig gewesen. Die Grundgesetzwidrigkeit sei aber keiner der Parteien bekannt gewesen und habe auch nicht bekannt gewesen sein können, da dieses System durchweg als verfassungsmäßig angesehen worden sei. Die Revision meint, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Verfassungsmässigkeit der Bedürfnisprüfung halte die Ansicht des Berufungsgerichts der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Angriff der Revision hat aber keinen Erfolg. Wenn das Berufungsgericht in erster Linie von einem nachträglichen Wegfall der Geschäftsgrundlage ausgeht, so hat es die im Zulassungsverfahren geübte praktische Handhabung im Sinne. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß bis zum Erlaß der "Vorläufigen Richtlinien" vom 1. April 1957 die der Beklagten "übertragene" Realkonzession für sie von der erwarteten Bedeutung gewesen ist, gleichgültig, ob das System der Bedürfnisprüfung verfassungsmäßig war oder nicht. Ihren Wert hat die Realkonzession nach Auffassung des Berufungsgerichts erst von dem Zeitpunkt ab verloren, zu dem der Berliner Senat auf Grund der "Vorläufigen Richtlinien" zu einem anderen Zulassungsverfahren übergegangen war. Der Revision ist allerdings zuzugeben, daß die vom Berufungsgericht festgestellte Entwertung ihren Ausgangspunkt schon zur Zeit des Vertragsschlusses, wenn auch noch nicht erkannt gehabt hat, da die Zulassungsbeschränkungen, auf denen die Bedeutung der Realkonzession beruhte, bereits damals ver-

fassungswidrig war. Das ist, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, für die Frage, ob die Beklagte sich an dem Vertrag festhalten lassen muß, indessen unerheblich. Insoweit sind die Parteien von einem gemeinsamen Rechtsirrtum ausgegangen. Daß bei Abschluß eines Vertrages auch ein beiderseitiger Irrtum in der Beurteilung der Rechtslage zu einem Fehlen der Geschäftsgrundlage führen kann, wenn die Parteien bei Kenntnis der wahren Lage den Vertrag nicht, wie geschehen, geschlossen hätten, ist in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht vom Bundesgerichtshof anerkannt worden (BGH Urteil vom 15. November 1951 - IV ZR 15/51 - LM BGB § 242 (Bd) Nr.1; BGHZ 25,390, 392 ff). Zwar bezieht sich im vorliegenden Fall der Irrtum der Parteien nicht unmittelbar auf den Vertragsgegenstand; denn die Privilegien und Realkonzessionen wurden in ihrem Bestande durch das Grundgesetz nicht berührt. Ihre Bedeutung und ihr Wert war jedoch durch die im Grundgesetz geschaffene Lage bereits zur Zeit des Vertragsschlusses ausgehöhlt. Dieser Umstand berechtigt aber, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, die Annahme, daß auch die Geschäftsgrundlage gefehlt habe.

Im übrigen greifen auch die Erwägungen des Berufungsgerichts durch, daß infolge der Änderung der rechtlichen Anschauung und der darauf beruhenden Änderung der Verwaltungspraxis das Gleichgewicht zwischen den beiderseitigen Leistungen, wie es zum Wesen eines gegenseitigen Vertrages gehöre, gestört worden sei. Daß außer der Vereitelung des Zweckes auch eine Störung, durch die die beiderseitigen Verpflichtungen in ein grobes Mißverhältnis geraten, die Geschäftsgrundlage entfallen läßt, ist in Rechtsprechung und Schrifttum seit langem anerkannt. Eine solche Störung stellt das Berufungsgericht fest, wenn es ausführt, kein Apotheker - also auch die Beklagte nicht - werde heute, nachdem jeder approbierte Apotheker gegen Zahlung einer geringen Verwaltungsgebühr eine Apotheke eröffnen könne, für den Erwerb einer Realkonzes-

sion einen nennenswerten Betrag, der im vorliegenden Fall rund 60 000 DM betragen hat, ausgeben.

3. Die Revision will ferner die Folgen der veränderten Rechtsauffassung und Verwaltungshandhabung nicht berücksichtigt wissen, weil die Beklagte das Wagnis einer solchen Änderung bei Vertragsschluß übernommen habe.

Die Revision macht einmal geltend, für die Beklagte sei auch die Einführung der völligen Niederlassungsfreiheit voraussehbar gewesen. Nach Art.12 GG, insbesondere nach den zur Frage der Bedürfnisprüfung schon vor Vertragsschluß ergangenen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, hätten die Beklagte und ihre Berater davon ausgehen müssen, daß die Zulässigkeit einer Bedürfnisprüfung ernstlich in Frage gestellt sei. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Grundgesetzwidrigkeit sei keiner der Parteien bekannt gewesen und habe auch nicht bekannt sein können, hält jedoch der Nachprüfung stand. Die von der Revision angeführten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts NJW 1954,524; 1954,1054 und 1955,1532, die die Verhältnisse der Gastwirte, des Beförderungsgewerbes und der Rechtsberater betreffen, liegen ersichtlich auf anderer Ebene. Bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer Bedürfnisprüfung hinsichtlich der Apothekenzulassung spielte die Frage eine Rolle, ob durch unbeschränkte Niederlassungsfreiheit die Volksgesundheit gefährdet werde. Aus dieser Auffassung heraus waren nicht nur der Frankfurter Entwurf der Deutschen Apothekerschaft und das Bayerische Gesetz über das Apothekenwesen vom 16. Juni 1952 (GVBl 181) in der Fassung vom 10. Dezember 1955 (GVBl 267) ergangen. Auch der Bundesgesetzgeber hatte in dem Gesetz über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken vom 13. Januar 1953 (BGBl I 9), dessen Geltungsdauer mehrfach verlängert worden war, die gleiche Rechtsansicht

vertreten. Entsprechendes war auch in dem Zweiten Gesetz über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken (Apothekenstoppgesetz) vom 23. Dezember 1955 (BGBl I 840) angeordnet worden. Schließlich sah der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf eines Gesetzes über das Apothekenwesen (BTDrucks 2.Wahlperiode 1953 Nr.1233) die Errichtung neuer Apotheken nur auf Grund einer Personalkonzession vor, die im Wege der Ausschreibung erteilt werden sollte. Eine neue Apotheke sollte nach diesem Entwurf aber nur dort errichtet werden, wo ihre Errichtung eine Verbesserung der Arzneimittelversorgung herbeiführen werde. Für die Vergebung der Personalkonzession sollte nach wie vor grundsätzlich das Betriebsberechtigungsalter Berücksichtigung finden. Vor jeder neuen Errichtung war die Bedürfnisfrage zu prüfen. In der Begründung des Entwurfes wurde von der Bundesregierung ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die erstrebte Neuregelung des Apothekenwesens, insbesondere die Beibehaltung der Bedürfnisprüfung zum Schutze der Volksgesundheit erforderlich sei und keinen Verstoß gegen Art.12 GG darstelle. Mögen auch das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesverfassungsgericht der Auffassung der Mehrheit der Apothekerschaft und der gesetzgebenden Körperschaften nicht gefolgt sein, so durfte das Berufungsgericht doch ohne Rechtsverstoß annehmen, daß die Beklagte davon, eine Zulassungsbeschränkung sei grundgesetzwidrig, nicht auszugehen brauchte.

Die Revision meint ferner, zum mindesten sei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in keiner Weise vorauszusehen gewesen, wie sich eine gelenkte Niederlassungsfreiheit auf die Wirtschaftlichkeit der Apotheken hätte auswirken können. Das Berufungsgericht habe hierzu auch keine Feststellungen getroffen. Die Beklagte habe davon ausgehen müssen, daß jede Änderung des Zulassungssystems entscheidenden Einfluß auf die Ertragsberechnung haben

könne. Sie habe auch nicht annehmen dürfen, daß etwaige Änderungen sich auf das von ihr erwartete Maß beschränken würden. Sie habe sich, da sie mit einer wesentlichen Änderung des bestehenden Zulassungssystems gerechnet habe, sagen müssen, daß niemand in der Lage sei, vorauszusehen, ob eine zu erwartende Gesetzesänderung einen schärferen Eingriff in das bisherige System bringen werde, als die Fachleute erwarteten. Habe aber schon bei Vertragsschluß erkennbar keine dauerhafte rechtliche Grundlage mehr bestanden, so sei die Beklagte nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die Klägerin darüber ins Bild zu setzen, was sie als Geschäftsgrundlage ansehen wolle.

Diese Rügen der Revision scheitern an der tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe äußerstenfalls mit einer Regelung im Sinne des Frankfurter Entwurfes der gelenkten Niederlassungsfreiheit gerechnet. Wäre eine diesem Entwurf entsprechende gesetzliche Regelung erfolgt, so hätte die Neuerrichtung einer Apotheke einer Erlaubnis bedurft, die nur erteilt worden wäre, wenn nach Zahl und Dichte der Bevölkerung die Notwendigkeit für die Errichtung einer neuen Apotheke nachgewiesen wäre und die Gewähr bestanden hätte, daß die Apotheke eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende einwandfreie Arzneiversorgung für die Dauer durchführen könne. Da demnach auch bei Einführung der gelenkten Niederlassungsfreiheit im Sinne des Entwurfs der Grundsatz der Bedürfnisprüfung hat gewahrt werden sollen, ist es nicht angreifbar, daß das Berufungsgericht annimmt, eine Lockerung der bisherigen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit würde eine erhebliche Beeinträch-

tigung des Wertes der schon erteilten Realkonzessionen nicht zur Folge gehabt haben, und deshalb davon ausgeht, die Beklagte habe das Wagnis einer wesentlichen Änderung des Zulassungssystems nicht übernommen.

VI.

Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht auch nicht verkannt, daß gegenüber dem das ganze Rechtsleben beherrschenden Grundsatz, Verträge seien zu wahren, die Berufung darauf, die Geschäftsgrundlage eines Vertrages fehle oder sei weggefallen, nur ausnahmsweise zum Erfolg führen kann, nämlich nur dann, wenn wegen des Fehlens oder des Wegfalles der Geschäftsgrundlage die Erfüllung des Vertrages ganz oder doch teilweise nicht mehr zugemutet werden kann (so auch Urteil des erkennenden Senats vom 11. Juli 1958 - VIII ZR 96/57 - LM § 242 (Bb) Nr.27 NJW 1958,1772 = MDR 1958,766).

VII.

Der Wegfall der Geschäftsgrundlage führt, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, in erster Linie dazu, im Rahmen des § 242 BGB den geschlossenen Vertrag der geänderten Lage anzupassen. Wenn das Berufungsgericht zu der Auffassung gelangt, der Kaufpreis für die Realkonzession sei zumindesten um den noch ausstehenden, mit der Klage beanspruchten Betrag von 7000 DM herabzusetzen, so bestehen hiergegen keine Bedenken.

VIII.

Die Revision war daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Großmann Dr. Gelhaar Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messn