

erkündet am 21. Juni 1961
Hauptmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Apothekers Siegfried W [REDACTED] in B [REDACTED]
[REDACTED], H [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Witwe Elisabeth O [REDACTED] in B [REDACTED],
Am V [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 24. Mai 1961 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Spieler, Dr. Dorschel,
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 8. Zivilsenats des Kammergerichts zu
Berlin vom 28. April 1960 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen
dem Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Witwe eines Apothekers, der auf Grund einer "unveräußerlichen Personalkonzession" in Berlin-Lichterfelde-West Inhaber der bis zur Kriegszerstörung im Jahre 1944 im Hause G [REDACTED] straße [REDACTED] (jetzt: U [REDACTED] straße [REDACTED]) belegenen "L [REDACTED] -Apotheke am H [REDACTED] platz" war. Nach der Zerstörung verlegte der damalige Pächter die Apotheke in das Haus Berlin-Lichterfelde, H [REDACTED] [REDACTED], und betrieb sie dort bis zum 30. September 1950. Mit am 15. Juni 1950 genehmigten Pachtvertrag vom 31. Mai 1950 verpachtete die Klägerin für die Zeit vom 1. Oktober 1950 bis zum 31. Dezember 1960 - mit Verlängerungsklausel - die "L [REDACTED] -Apotheke und Drogerie am H [REDACTED] platz" zu einem in monatlichen Teilbeträgen zahlbaren Pachtzins von 7 % des Jahresumsatzes an den Beklagten und gestattete ihm, die bisherige Firma mit dem Zusatz "Pächter Apotheker Siegfried W [REDACTED]" weiterzuführen. Eine entsprechende Handelsregistereintragung, in der die Klägerin als Inhaberin der Apotheke bezeichnet ist, ist erfolgt. Im Einverständnis mit der Klägerin mietete der Beklagte, da die bisherigen Apothekenräume gekündigt waren, neue Räume im Hause H [REDACTED] [REDACTED]. Nach § 5 Absatz 3 des Vertrages sollte er das Warenlager und die Apothekeneinrichtung dem Vorpächter abkaufen. Das geschah. Im § 4 Absatz 4 ist für ihn ein außerordentliches Kündigungsrecht mit einer sechsmonatlichen Kündigungsfrist für den Fall vorgesehen, daß er selbst einmal mit einer Apothekenkonzession beliehen werden sollte.

Am 9. März 1959 kündigte der Beklagte den Pachtvertrag "aus außerordentlichem Grunde" zum 31. März 1959 unter Bezugnahme auf ein Urteil des Landgerichts Berlin, welches die Auffassung vertrat, dem Pächter stehe jetzt allgemein wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage ein solches Kündigungsrecht zu. Am 23. März 1959 erhielt er vom Senator für Gesund-

heitswesen mit Wirkung vom 1. April 1959 die Berechtigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Apotheke in Berlin-Lichterfelde, H. [REDACTED], als sogenannte "persönliche Betriebsberechtigung". Seit 1. April 1959 hält sich der Beklagte nicht mehr zur Zahlung von Pacht für verpflichtet.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit klagt die Klägerin den Pachtzins für die Monate April bis einschließlich September 1959 mit monatlich 1100 DM - insgesamt 6600 DM, jeweils nebst 4 % Zinsen vom 5. des folgenden Monats an, ein. Das Landgericht hat ihr diese Beträge zugesprochen. Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urteile vom 29. Oktober 1959 - VIII ZR 147/58 = NJW 1960, 332 = Deutsche Apothekerzeitung 1960, 74 = Pharmazeutische Zeitg. 1960, 57; 12. April 1960 - VIII ZR 160/59 - LM Gesetz über die Verpachtung und die Verwaltung öffentlicher Apotheken Nr. 1 = Pharm.Ztg. 1960, 554; 3. Mai 1960 - VIII ZR 144/59 -; Pharm.Ztg. 1960, 615; BB 1960, 642 (nur Leitsatz) und 14. Juni 1960 - VIII ZR 159/60 - Pharm.Ztg. 1960, 868), von der Rechtswirksamkeit des Pachtvertrages vom 31. Mai 1950 aus, und zwar auch insoweit, als die Klägerin darin dem Beklagten in Ausübung ihres Witwenrechts - dazu insbesondere das oben angeführte Urteil des erkennenden Senats vom 12. April 1960 - die Personalkonzession, das Betriebsrecht, ihres verstorbenen Ehemannes verpachtet hat. Der erkennende Senat



hat insbesondere im Urteil vom 29. Oktober 1959 im einzelnen ausgeführt, daß auch ein nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes über ein solches Betriebsrecht abgeschlossener Pachtvertrag nicht etwa deshalb als nichtig angesehen werden kann, weil er auf eine unmögliche Leistung im Sinne des § 306 BGB gerichtet gewesen ist; denn das ist, wie dort für einen im Jahre 1955 abgeschlossenen Pachtvertrag dargelegt ist, nicht der Fall und muß erst recht für den hier im Jahre 1950 eingegangenen Pachtvertrag gelten. Der Senat hat keinen Anlaß, von seiner früheren Auffassung abzugehen. Sie wird auch von Schiedermaier/Blanke (Apothekengesetz, 1960, § 9 Anm. 1 in Vbdg. mit Fußnote 1, S. 136) geteilt.

Auch das, was die Revision hier als Besonderheit des vorliegenden Falles glaubt anführen zu können, vermag, wie im einzelnen noch darzulegen ist, eine andere Beurteilung der Sach- und Rechtslage gegenüber den oben erwähnten Entscheidungen nicht zu rechtfertigen.

II.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts enthalten insbesondere keinen Rechtsirrtum, soweit es festgestellt hat, hier sei mehr als das reine Betriebsrecht verpachtet, nämlich, wie es eindeutig im § 1 des Vertrages heiße, die "L[REDACTED]-Apotheke und Drogerie am H[REDACTED]platz" als Unternehmen. Das Berufungsgericht hätte hier auch auf den im letzten Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht laut Protokoll vom 28. April 1960 zu den Akten gereichten beglaubigten Auszug aus dem Handelsregister vom 25. April 1960 verweisen können, der ergibt, daß die Apotheke bereits am 16. Juli 1930 in dieses Register eingetragen worden ist, sowie daß der Beklagte als neuer Pächter am 18. November

1950 - unter Ausschluß der im Betriebe des Geschäfts vor dem 1. Oktober 1950 begründeten Forderungen und Verbindlichkeiten - eingetragen wurde, während die Klägerin als Inhaberin der Apotheke eingetragen ist. Damit steht die ausdrückliche Feststellung des Berufungsgerichts im Einklang, der Beklagte sei bei Abschluß des Pachtvertrages nicht allein von der Vorstellung bestimmt worden, er benötige das Betriebsrecht der Klägerin, sondern habe sich darüber hinaus auch die verbliebenen Werte des Unternehmens sichern wollen; nicht allein die Personalkonzession des verstorbenen Ehemannes der Klägerin, sondern die "L [REDACTED]-Apotheke am H [REDACTED] platz" nebst Firma, Geschäftssitz und Kundenkreis sei deshalb Gegenstand des Pachtvertrages gewesen (BU 9). Daß in dem Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrages, dem 31. Mai 1950, die "L [REDACTED]-Apotheke" von dem damaligen Pächter der Klägerin als deren Unternehmen geführt und angesehen wurde, ergibt sich aus dem unstreitigen Sachverhalt. Andernfalls würde er insbesondere nicht, wie sein vom Beklagten selbst überreichtes Kündigungsschreiben vom 29. Mai 1950 ergibt, ihr die Apotheke zur Weiterverpachtung zur Verfügung gestellt haben. Wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt, war die Klägerin nach dem Vertrage mit diesem Vorpächter verpflichtet, sein Warenlager zu übernehmen, auch hätte sie die neuen Geschäftsräume im Hause H [REDACTED], die ihr nachgewiesen waren, unmittelbar mieten und alsdann dem Beklagten das Apothekenunternehmen mit den Geschäftsräumen verpachten können. Es ist nicht rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht aus der Tatsache, daß die Parteien aus Zweckmäßigkeitsgründen vereinbarten, der Beklagte solle Einrichtung und Warenlager unmittelbar vom Vorpächter erwerben, wodurch lediglich der überflüssige Durchgangserwerb der Klägerin vermieden wurde, und er solle auch den Mietvertrag unmittelbar im eigenen Namen abschließen, keine der Klägerin nachteiligen Schlüsse zieht, sondern ausdrücklich feststellt,

trotzdem habe der Beklagte in den neuen Räumen keine neue Apotheke, wozu er gar keine Erlaubnis hatte, sondern lediglich die der Klägerin gehörende "L. [REDACTED]-Apotheke am H. [REDACTED]platz" betrieben (BU 9 zu vergl. auch Urteil des erkennenden Senats vom 14. Juni 1960 - VIII ZR 159/59 -). Auch eine Apotheke ist ein Handelsgeschäft. Bei der Verpachtung oder Neuverpachtung eines solchen Geschäftes werden oft die Einrichtung und das Warenlager vom Eigentümer oder ohne seinen Durchgangserwerb vom neuen Pächter unmittelbar vom Vorpächter übernommen und es ist auch nichts Ungewöhnliches, wenn der Pächter die Betriebsräume unmittelbar anmietet, insbesondere dann, wenn gleichzeitig mit der Neuverpachtung eine Geschäftsverlegung (hier vom Hindenburgdamm 71 nach 70) zu erfolgen hat.

III.

Handelt es sich aber um eine Apotheke der Klägerin, die diese kraft ihres Witwenrechts verpachten darf, woran in Berlin nach dem Zusammenbruch des Jahres 1945 weder vor Er-
laß des Gesetzes über das Apothekenwesen vom 20. August 1960 (BGBl I 697) noch auch durch dieses Gesetz (zu vergl. § 9 Abs. 1 Nr. 3, §§ 26, 28) etwas geändert ist, so liegt es auf der Hand, daß der Beklagte die Klägerin nicht einfach dadurch aus ihrer Apotheke "hinausmanövrieren" kann, daß er sich für die Apothekenräume, die er zwar selbst gemietet hat, in denen er aber, wie vom Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei ausgeführt ist, eine fremde, nämlich die Apotheke der Klägerin als Pächter betreibt, eine - eigene - Betriebserlaubnis erteilen läßt. Das ist nach den jetzt gültigen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen zwar zulässig, läßt aber, wie der zuständige Senator für Gesundheitswesen beiden Parteien im übrigen auch ausdrücklich mitgeteilt hat, ihre zivilrechtlichen Ansprüche, und zwar sowohl solche

auf Zahlung der Pacht als auch auf Herausgabe der Apotheke unberührt. Nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Pachtvertrag verstößt der Versuch des Beklagten, auf diese Weise der Klägerin ihre Apotheke sozusagen zu seinen Gunsten "zu enteignen", nicht nur gegen diesen Vertrag, sondern auch, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, gegen Treu und Glauben. Gegen die Auslegung des Pachtvertrages zwischen den Parteien, eines Individualvertrages, durch das Berufungsgericht dahin, der Beklagte habe der Klägerin eine betriebs- und nutzungsfähige Apotheke zu erhalten und bei Beendigung des Pachtvertrages zur weiteren Verpachtung zur Verfügung zu stellen, was im übrigen auch Sinn jeden Pachtvertrages über ein Geschäft ist, bestehen jedenfalls aus Rechtsgründen keine Bedenken. Das entnimmt das Berufungsgericht einmal dem § 5 Abs. 2 des Vertrages, nach dem bei seiner Beendigung der Kaufpreis für das Warenlager vom Verpächter bar zu bezahlen ist. Für seine Auslegung verwertet es weiter den § 8 Abs. 2 des Vertrages, welcher den Pächter bei Erlöschen durch Kündigung verpflichtet, dem Verpächter vom Tage der Kündigung an Einblick in die Geschäftsbücher zu geben, sowie den Apothekenpachtbewerbern die Besichtigung der Apotheke während der ordentlichen Geschäftszeit zu gestatten. Insbesondere aus der letztgenannten Bestimmung folgt nach der Auslegung des Berufungsgerichts eindeutig, daß bei Beendigung des Pachtvertrages der bisherige Pächter aus der Apotheke weichen und sie dem Verpächter zur weiteren Verpachtung zur Verfügung stellen muß (BU 13). Für seine Auffassung verwertet das Berufungsgericht schließlich auch noch den § 4 Abs. 4 des Vertrages, in welchem dem Beklagten ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Fall eingeräumt ist, daß er eine eigene Konzession erhalten habe. Diese eigene Betriebserlaubnis habe sich, so führt es aus, nach dem von den Parteien im Jahre 1950 als bestehend angesehenen Rechtszustande und der damaligen Verwaltungspraxis niemals auf die Pachtapothe-

ke beziehen können, weil für diese eine neue Konzessionsverleihung nicht in Betracht kam, solange der alte Apotheker oder seine Witwe noch lebten; die danach vorgesehene Kündigung habe vielmehr vorausgesetzt, daß der Beklagte die Pachtapotheke wegen einer eigenen Apotheke räumte und an die Klägerin herausgab. Soweit das Kammergericht in diesem Zusammenhang ergänzend auf seine Entscheidung vom 15. Juni 1959 - 8 U 443/59 - verweist, ist zu bemerken, daß dieses Urteil inzwischen durch das oben angeführte Urteil des erkennenden Senats vom 3. Mai 1960 - VIII ZR 144/59 - bestätigt worden ist.

Wenn die Revision meint, ob der Beklagte die Apotheke räumen müsse, könne sich niemals aus dem Pachtvertrag, sondern allein aus dem Mietvertrag mit dem Vermieter ergeben, irrt sie. Sie unterscheidet nicht zwischen der Apotheke als geschäftlichem Unternehmen und den Mieträumen, in denen sie betrieben wird. Betrieb der Beklagte, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, die Apotheke der Klägerin in von ihm angemieteten Räumen und war er nach dem Pachtvertrag mit ihr verpflichtet, ihr die Apotheke zu erhalten und nach Beendigung seines Pachtverhältnisses zur anderweitigen Verpachtung zur Verfügung zu stellen, dann mußte er seinen Mietvertrag mit dem Hauseigentümer von vornherein so abschließen, daß er seiner Verpflichtung nachkommen konnte, wie das Berufungsgericht ebenfalls rechtsirrtumsfrei angenommen hat (BU 16). Bei dieser Sachlage ist unerheblich, ob der Beklagte mit dem Hauseigentümer einen Mietvertrag bis 1970 abgeschlossen hat und ob der Vermieter "nicht gesonnen sein mag, einen Wechsel in der Mieterposition hinzunehmen", wofür der Beklagte im Schriftsatz vom 24. April 1959 S. 4,5 Beweis angetreten hat. Der in diesem Zusammenhang gerügte Verstoß gegen § 286 ZPO liegt deshalb nicht vor.

IV.

Gegenüber den Angriffen der Revision ist schließlich darauf zu verweisen, daß hier nur der Pachtzins für die Zeit von April 1959 bis einschließlich September 1959 im Streit ist. Für diese Zeit kommt es nicht darauf an, wie die Rechtslage sich später gestaltet und ob der Beklagte, wenn der Pachtvertrag endet und er dann die Apotheke nicht herausgibt, in unmittelbarer Anwendung von §§ 557, 597 BGB den Pachtzins weiter zu zahlen verpflichtet ist (vgl. zu dieser Frage Urt. des erkennenden Senats vom 3. Mai 1960 - VIII ZR 144/59 -). Daß er den Pachtvertrag nicht mit sofortiger Wirkung kündigen konnte und daß er auch keine Herabsetzung des Pachtzinses für die hier streitige Zeit verlangen kann, hat das Berufungsgericht jedenfalls rechtsirrtumsfrei angenommen.

1. Es hat nicht verkannt, daß die Konzession des verstorbenen Ehemannes der Klägerin, ohne die der Beklagte nicht zur Selbständigkeit im Apothekerberuf gelangen konnte, weil damals Personalkonzessionen für neue Apotheken nur selten verliehen und dabei ältere Apotheker bevorzugt wurden, einen wesentlichen Teil des Pachtvertrages ausgemacht hat, und auch nicht, daß deshalb die Vorstellung der Parteien, eine solche - fremde - Personalkonzession sei zum Betriebe einer Apotheke für den Beklagten erforderlich und damit Geschäftsgrundlage für den Pachtvertrag gewesen ist (BU 9). Zwar haben sich, wie das Berufungsgericht ebenfalls erkannt hat, nach Fortfall des Konzessionierungssystems die Umstände erheblich verändert. Es bleibt aber die Tatsache bestehen, daß der Beklagte noch die Apotheke der Klägerin betreibt, daß er ohne den Pachtvertrag auch über die Konzession des verstorbenen Ehemannes der Klägerin zu keiner eigenen, sei es auch nur einer Pachtapotheke hätte kommen

können, und daß ihm die Vorteile dieser Verpachtung noch heute zugute kommen, wie das Berufungsgericht ausdrücklich festgestellt hat (BU 16). Nur dadurch sei der Beklagte, so führt es im einzelnen aus, überhaupt in der Lage gewesen, die Apotheke auf die heutige Höhe zu bringen und einer etwaigen Konkurrenz, die sich in seiner Gegend niederlassen sollte, mit Ruhe entgegenzusehen, weil er - nunmehr - alteingesessen ist und einen erheblichen Kundenstamm hat. Dazu stellt es auch fest, er habe auf Grund seines Pachtvertrages vom 31. Mai 1950 den Vorteil gehabt, auf Grund besonderen Vertrages mit der Allgemeinen Ortskrankenkasse B. deren Mitglieder unbeschränkt zu beliefern, wobei es gleichgültig sei, ob sich dieses Recht aus der Apothekenleitereigenschaft oder der Betriebsberechtigung zur Errichtung einer Apotheke ergebe. Auch im ersten Falle habe der Beklagte allein seinem Pachtvertrag mit der Klägerin vom 31. Mai 1950 zu verdanken, daß er am Stichtag bereits Apothekenleiter gewesen sei.

2. Mit seinen Ausführungen hat sich das Berufungsgericht im Rahmen der Rechtsprechung des erkennenden Senates über die Frage gehalten, unter welchen Voraussetzungen sich ein Apothekenpächter gegenüber seinem Verpächter auf Fortfall der Geschäftsgrundlage berufen kann. Schon im Urteil des erkennenden Senats vom 29. Oktober 1959 - VIII ZR 147/58 - ist unter Anführung weiterer Rechtsprechung betont, ein solcher Einwand könne nur ganz ausnahmsweise zum Erfolge führen, und in den weiteren Entscheidungen ausgeführt, es komme immer auf die Verhältnisse des einzelnen Falles an (vgl. die oben angeführten weiteren Urteile vom 12. April 1960, vom 3. Mai 1960 und 14. Juni 1960). Dazu hat Breyer,

Gesetz über das Apothekenwesen, 1961 (§ 28, Erläut. letzter Absatz, S. 321) allgemein ausgeführt, die Apothekerpachtverhältnisse seien durch die unbeschränkte Niederlassungsfreiheit so gut wie nicht berührt oder beeinträchtigt worden. Nur die Pachtsätze seien - selten - gesenkt worden, wo die Niederlassungsfreiheit den Umsatz des Pächters gemindert habe. Sollte das beim Beklagten der Fall gewesen sein, würde sich seine Pacht automatisch dem gesunkenen Umsatz anpassen; denn eine sogenannte Mindestpacht ist nicht vereinbart. Nicht ausgeschlossen ist natürlich ein Sinken der Umsätze in dem Maße, daß eine Umsatzpacht jedenfalls in der bisherigen Höhe nicht mehr tragbar ist. Der Beklagte hat es jedoch ebenso wie die Pächter in den bisher vom Senat entschiedenen Fällen unterlassen, in den Tatsachenrechtszügen genaue Angaben darüber zu machen, wie sich die unbeschränkte Zulassungsfreiheit auf die Umsätze und u.U. auch die Unkosten seiner Pachtapotheke ausgewirkt hat. Er hat zwar eingeräumt, die Klägerin sei berechtigt gewesen, vom Umsatz seines Betriebes Kenntnis zu nehmen (Schriftsatz vom 29. Mai 1959 S. 2); das gelte aber nicht für den sich aus seinem Wirtschaften ergebenden Reingewinn. Auch aus diesem Vortrag mußte das Berufungsgericht entnehmen, der Beklagte wolle nähere Angaben über seinen Betrieb nicht machen, zumal er auch sonst im Rechtsstreit Zahlenangaben nicht gemacht hat. Es war aber seine Sache, darzutun, die vereinbarte Umsatzpacht von 7 %, die für die fragliche Zeit unstreitig 1100 DM monatlich beträgt, was wiederum einen Umsatz von etwa 200 000 DM jährlich voraussetzt, sei untragbar geworden. Auch aus der Höhe der Pacht mit 7 % brauchte das Berufungsgericht für sich allein noch keinen Schluß darauf zu ziehen, ein solcher Satz könne nicht mehr zumutbar sein. Der hier vereinbarte Prozentsatz mag zwar mit Rücksicht darauf, daß der Beklagte die Miete für die

Betriebsräume unmittelbar zahlt, auch Eigentümer sowohl des Warenlagers als auch der Einrichtung ist, verhältnismäßig hoch sein. In ähnlichen dem Senat bekannt gewordenen Fällen betrug er 5 %, allerdings unter Festsetzung einer bezifferten Mindestpacht. Infolge Fehlens jeglicher weiterer Angaben ergibt sich daraus jedoch allein noch keine Unzumutbarkeit, zumal in Berlin bislang meist verhältnismäßig geringe Geschäftsraummieten zu zahlen waren. Vor allem mit Rücksicht darauf, daß, wie bereits eingangs dieser Ausführungen hervorgehoben ist, nur die Pacht für sechs Monate im Streit steht, brauchte das Berufungsgericht auch den Beklagten nicht von sich aus zu näheren Angaben zu veranlassen, zumal es davon ausgehen mußte, es komme ihm gar nicht so sehr auf eine "Anpassung" seines Vertrages an, die jetzt von der Revision in den Vordergrund gestellt wird, sondern darauf, sich überhaupt von ihm loszusagen. Anders ist es jedenfalls nicht zu verstehen, wenn er den Vertrag am 9. März 1959 kündigen und diese Kündigung zum 31. März 1959 noch "als Entgegenkommen" bezeichnen ließ.

V.

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechts-
irrtum zum Nachteil des Beklagten erkennen läßt, ist
seine Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr.Gelhaar Dr.Spieler Dr.Dorschel Dr.Mezger Dr.Mess