

Nachschlagewerk: nein

Amtliche Sammlung: nein

2231 100

BGB §§ 557, 597

Führt der Pächter einer Apothekenbetriebsberechtigung, der nach dem Pachtvertrag als verpflichtet anzusehen ist, die von ihm selbst angemieteten Räume bei Beendigung des Pachtvertrages dem Verpächter zur Verfügung zu stellen, die Apotheke auf Grund dieser Betriebsberechtigung nach Ablauf der Pachtzeit weiter, so ist er verpflichtet, dem Verpächter als Entschädigung die vereinbarte Pacht weiter zu zahlen.

BGH Urt. v. 3. Mai 1960 - VIII ZR 144/59 - Kammergericht

V e r k ü n d e t

am 3. Mai 1960
Hoffmeister, 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 Friedrich M. in B.-Ch.,
P.-allee,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Apotheker August Georg V. in M. a.d.L.,
F. Straße,

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 3. Mai 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin
vom 15. Juni 1959 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen
dem Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

- 2 -

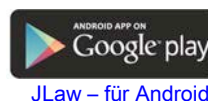
Tatbestand:

Die Parteien sind Apotheker. Zwischen ihnen ist das Nutzungsrecht an der A-[REDACTED]-Apotheke in B-[REDACTED]-Sp-[REDACTED] im Streit. Der ursprüngliche Inhaber dieser Apotheke war ein Apotheker G-[REDACTED], der sie auf Grund einer Personalkonzession betrieb. Nach dessen Tode führte sie der Beklagte als Pächter unter ihrer im Handelsregister eingetragenen Firma auf Grund eines mit der Witwe G-[REDACTED] kraft ihres Witwenrechts abgeschlossenen Pachtvertrages vom 13. November 1942. Dieser Vertrag endete durch deren Tod am [REDACTED]. [REDACTED] 1955. Danach wurde das Betriebsrecht - nach den damals in B-[REDACTED] geltenden Richtlinien über die Verleihung von Apothekenbetriebsrechten (Personalkonzessionen) vom 30. November 1952 (ABl 1013) - neu vergeben. Unter den Bewerbern befanden sich die Parteien. Der Bewerbung des Beklagten wurde nicht entsprochen (Schreiben des Senators für Gesundheitswesen vom 10. Februar 1956). Dagegen wurde dem jetzt 70 Jahre alten Kläger, der früher Inhaber einer Apotheke in Bad Bl-[REDACTED] in Th-[REDACTED] und dort enteignet war, am gleichen Tage die Betriebserlaubnis zur Weiterführung der A-[REDACTED]-Apotheke erteilt. Der Beklagte reichte Klage beim Verwaltungsgericht Berlin ein, mit der er seinen Antrag auf Verleihung des Betriebsrechtes an ihr weiter verfolgte. Diese Klage nahm er jedoch unter dem 15. März 1956 zurück. Der Kläger führte die Apotheke nicht selbst, sondern schloß mit dem Beklagten am 9. März 1956 einen Pachtvertrag ab, der vom Senator für Gesundheitswesen am 15. März 1956 genehmigt wurde. Nach § 1 dieses Vertrages ist sein Gegenstand das Nutzungsrecht des Klägers an der A-[REDACTED]-Apotheke. Gemäß § 3 wurde der Pachtzins - mit einer Erhöhungsklausel - auf 950 DM monatlich festgesetzt. Der Vertrag wurde auf die Dauer von drei Jahren abgeschlossen, jedoch sollte er ohne Kündigung enden, wenn der Beklagte das Recht oder die Erlaubnis zum Betrieb

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

einer eigenen Apotheke erlangte, und zwar spätestens sechs Monate danach. Am 10. September 1957 erhielt er diese Berechtigung für B[REDACTED]-Si[REDACTED] am Go[REDACTED]platz. Nach den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien erlosch dadurch der Pachtvertrag vom 9. März 1956 mit Wirkung vom 10. März 1958 an. Gleichwohl betrieb der Beklagte die A[REDACTED]-Apotheke weiter. Auf seinen Antrag vom 28. Juni 1958 wurde ihm am 12. November 1958 vom Senator für das Gesundheitswesen die Berechtigung zur Errichtung und zum Betriebe einer Apotheke in den Räumen dieser Apotheke erteilt.

Das Grundstück, in dem sich die Apotheke befindet, gehört zum Nachlaß G[REDACTED]. Mieter der Räume ist der Beklagte, der auf Grund eines gerichtlichen Vergleiches vom 21. Februar 1956 mit den Grundstückseigentümern einen schriftlichen Mietvertrag bis zum 31. Dezember 1960 abgeschlossen hat. In diesem Vertrag ist ihm das Recht zur Untervermietung eingeräumt, auch sind die Vermieter unstreitig mit der Abtretung seiner Rechte aus dem Mietvertrag an den Kläger einverstanden. Einrichtung und Warenlager der Apotheke gehören dem Beklagten.

Der Kläger vertritt die Auffassung, der Beklagte habe ihm die Apotheke nach Beendigung des Pachtvertrages herausgeben müssen; er müsse ihm deshalb mindestens die vereinbarte Pacht auch über den 10. März 1958 hinaus als Nutzungsentschädigung oder Schadensersatz zahlen. Der Beklagte hält sich zur Herausgabe nicht für verpflichtet und überdies auch den Pachtvertrag für nichtig, weil nichts vorhanden gewesen sei, was der Kläger ihm habe verpachten können.

Seit dem 1. November 1957 zahlt der Beklagte keinen Pachtzins mehr. In dem Verfahren 63.0.17/58 LG Berlin ist er rechtskräftig zur Zahlung für die Zeit vom 1. November 1957 bis einschließlich Februar 1958 verurteilt worden. Im gegenwärtigen Rechtsstreit hat der Kläger Pachtzins für die Zeit vom 1. bis

10. März 1958 im Betrage von 316,80 DM sowie eine Nutzungsent-
schädigung in Höhe des Pachtzinses für die Zeit vom 10. März
bis 31. Oktober 1958, insgesamt 7600 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Das Landgericht hat dem Kläger 316,80 DM zugesprochen,
die Klage jedoch im übrigen abgewiesen. Auf seine Berufung hat
das Berufungsgericht der Klage in vollem Umfange stattgegeben.
Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt,
erstrebt der Beklagte Wiederherstellung des landgerichtlichen
Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision kann keinen Erfolg haben.

A.

I. Das Berufungsgericht hält den Pachtvertrag vom 9.
März 1956 für rechtsgültig. Der Vertrag ist nach seiner Auffas-
sung insbesondere nicht von vornherein auf eine unmögliche
Leistung im Sinne von § 306 BGB gerichtet gewesen. Dazu führt
es aus, der Beklagte sei dadurch, daß der Kläger ihm die Aus-
übung der ihm erteilten Apothekenbetriebsberechtigung im Pacht-
vertrage überlassen habe, erst in die Lage versetzt worden,
die A [REDACTED]-Apotheke weiter zu betreiben; dann dazu habe er
einer besonderen Erlaubnis bedurft, die er nicht gehabt habe.

II. Entgegen der Auffassung der Revision enthalten diese
Ausführungen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten.

Daß das Reichsgesetz über die Verpachtung und Verwaltung
öffentlicher Apotheken vom 18. Dezember 1935 (RGBl I 1445) der
Verpachtung von reinen Betriebsberechtigungen (sog. Personal-
konzessionen) ohne weitere Betriebsbestandteile nicht, wie

die Revision meint, entgegensteht, daß die Möglichkeit ihrer Verpachtung seit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes vielmehr sogar für Länder zu bejahen ist, in denen früher die Verpachtung von Apotheken, die auf Grund einer Personalkonzession betrieben wurden, als schlechthin unzulässig galt, hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 29. Oktober 1959 - VIII ZR 147/58 - NJW 1960, 332 mit eingehender Begründung ausgesprochen. Daran ist festzuhalten.

In dem genannten Urteil ist auch, allerdings für den Regierungsbezirk Pfalz des Landes Rheinland-Pfalz, dargelegt, daß sich die Rechtslage auch nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes noch nicht so grundlegend geändert hat, daß danach abgeschlossene Pachtverträge über solche Betriebsrechte als nichtig angesehen werden müßten. Für Berlin kann nichts anderes gelten. Auch dort erfolgte die Verleihung der Apothekenbetriebsrechte zur Zeit des Abschlusses des hier in Frage stehenden Pachtvertrages im März 1956 noch nach den alten Richtlinien vom 30. November 1952 (ABl 1013), auf die das Berufungsgericht verwiesen hat, unter Berücksichtigung des Betriebsberechtigungsalters. Nachdem der Kläger daraufhin die Betriebsberechtigung zur Weiterführung der A-[REDACTED]-Apotheke erhalten hatte, die dem Beklagten abgelehnt war, konnte letzterer, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, die Apotheke nur betreiben, wenn er vom Kläger dieses Nutzungsrecht pachtete. In der Überlassung der Ausübung des Betriebsrechtes liegt die Leistung des Klägers. Andernfalls hätte der Beklagte die Apotheke damals aufgeben müssen und der Kläger sie betreiben können; denn der festgestellte Sachverhalt bietet keinen Anhalt dafür, daß die Hausigentümer, die Erben Grüber, nicht - ebenso wie auch jetzt - damit einverstanden gewesen wären, daß der Kläger in den Mietvertrag eintrat oder sonst die Räume übernahm, zumal der Beklagte mit ihnen seit Februar 1955 einen Rechtsstreit führte, in dem er sich zum Abschluß des langfristigen bis Ende 1960 geltenden Mietvertrages erst am 21. Februar 1956 verpflichtete, d.h. nachdem ihm die

Betriebserlaubnis versagt und dem Kläger am 10. Februar 1956 erteilt war. Ebenfalls kein Hindernis für den Betrieb durch den Kläger würde es bedeutet haben, daß der Beklagte Eigentümer von Betriebseinrichtung und Warenlager war; denn es muß davon ausgegangen werden, daß der Kläger sich beides anderweit verschaffen konnte, wenn der Beklagte es ihm nicht käuflich oder pachtweise überließ.

Daß der Beklagte sich auch mit der damaligen Lage abgefunden hat, ergibt insbesondere die unstreitige Tatsache, daß er nicht nur mit dem Kläger einen Pachtvertrag abgeschlossen, sondern darüber hinaus am Tage der Genehmigung dieses Pachtvertrages durch den zuständigen Senator, nämlich am 15. März 1956, auch seine Klage vor dem Verwaltungsgericht gegen die Ablehnung seines Antrages auf Erteilung der eigenen Betriebserlaubnis hat zurücknehmen lassen. Die Pachtvertragsgenehmigung kann aber, wie der erkennende Senat in dem erwähnten Urteil vom 29. Oktober 1959 ebenfalls bereits ausgesprochen hat (S. 11), als eine Betriebserlaubnis zur Führung einer eigenen Apotheke nicht angesehen werden.

In Berlin hat man allerdings anders als in Rheinland-Pfalz, einem Lande, in dem, wie der Senat aaO näher dargelegt hat, auch nach dem Bekanntwerden der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 (BVerwGE 4, 167 = NJW 1957, 356) und nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 1958 (BVerfGE 7, 377) zunächst keine Folgerungen auf dem Gebiete des Apothekenwesens aus den genannten Entscheidungen gezogen worden sind, schon bald neue "vorläufige Richtlinien über die Erteilung von Apothekenbetriebsrechten" unter dem 1. April 1957 (ABl 416) erlassen. Diese können aber die Gültigkeit des Pachtvertrages vom 9. März 1956 nicht nachträglich beeinflussen. Auch nach ihnen bedurfte der Beklagte zur Führung einer eigenen Apotheke in den von ihm gemieteten Räumen einer besonderen Betriebserlaubnis, die er erst am 12. November 1958, allerdings auf einen bereits am 28. Juni 1958

gestellten Antrag erhalten hat, und die ebenfalls mit der Genehmigung zur Führung einer Apotheke auf Grund eines Pachtvertrages nicht ohne weiteres gleichzusetzen ist.

B.

I. Mindestens im Ergebnis nicht rechtsirrtümlich sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es eine Zahlungsverpflichtung des Beklagten für die Zeit nach dem 10. März 1958, dem Zeitpunkt, mit dem der Pachtvertrag nach übereinstimmenden Vortrag der Parteien endete, bis einschließlich Oktober 1958 begründet hat.

Dazu legt es dar, der Beklagte habe den Betrieb der A-
-Apotheke über den genannten Tag in der ursprünglichen Weise - ohne eigene Betriebsberechtigung, ohne die er sie nicht haben dürfen - fortgesetzt, und zwar unter der bisherigen - fremden - Firma als A-
-Apotheke. Damit habe er nicht nur die Apothekenbetriebsberechtigung des Klägers, sondern auch seine kaufmännische Firma weiterhin genutzt.

Es verweist in diesem Zusammenhang insbesondere auf § 4 des Pachtvertrages, den es dahin auslegt, mit der eigenen Apotheke, von deren Betriebserlaubnis die Auflösung des Pachtverhältnisses abhängig sein sollte, hätten die Parteien, und zwar nach dem eigenen Zugeständnis des Beklagten vor dem Senat, eine andere als die A-
-Apotheke, d.h. eine Apotheke in anderen als deren Räumen, gemeint. Es hält den Beklagten auf Grund dieser Bestimmung für verpflichtet, die Apothekenräume, wenn auch nicht (unmittelbar) an den Kläger herauszugeben, so doch frei zu machen und ihm zur Verfügung zu stellen; denn es sei Sinn und Zweck des § 4 des Pachtvertrages gewesen, dem Kläger das ihm verliehene Apothekenbetriebsrecht zu erhalten, das ihm für die Räume der A-
-Apotheke erteilt worden war, und es ihm zu ermöglichen, die A-
-Apotheke entweder selbst weiter zu betreiben oder anderweit zu verpachten. Da nach dem unbestrit-

tenen Vortrag des Klägers die Vermietung mit der Übernahme der Räume durch ihn einverstanden gewesen seien, könne er eine Nutzungsentschädigung in Höhe des vereinbarten Pachtzins in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung der Bestimmungen in den §§ 557, 597 BGB oder nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung oder auch als Schadensersatz nach den allgemeinen Vorschriften verlangen. Dazu geht es davon aus, der Beklagte habe die Nutzungsentschädigung in der verlangten Höhe erspart, und stellt auf Grund des Nichtbestreitens seitens des Beklagten fest, der Kläger hätte in der hier in Betracht kommenden Zeit die Apotheke entweder zu dem vereinbarten Pachtzins anderweit verpachten oder mit entsprechendem Gewinn selbst betreiben können.

II. Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß der Klageanspruch nach seiner Auslegung des Vertrages vom 9. März 1956 schon aus den §§ 557, 597 BGB rechtlich begründet ist, weil der Beklagte dem Kläger den gepachteten Gegenstand nach Ablauf der Pachtzeit nicht zurückgegeben hat und letzterer deshalb als Entschädigung für die Zeit der Vorenthaltung mindestens den vereinbarten Pachtzins fordern kann, ganz abgesehen davon, daß ihm durch die Vertragsverletzung des Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch ein Schaden mindestens in dieser Höhe erwachsen ist. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten auch gegenüber den von der Revision im einzelnen erhobenen Rügen stand.

1. Diese meint unter Bezugnahme auf BGHZ 15, 17, 20 die bloße obrigkeitliche Betriebserlaubnis habe keinen eigenen Vermögenswert und entnimmt der Entscheidung des erkennenden Senats vom 14. Juli 1959 - VIII ZR 187/58 (NJW 1959, 1771 - BGHZ 30, 267), Übertragung und Nutzung einer solchen obrigkeitlichen Genehmigung könne nur in der Form einer Neuerteilung an den Nachfolger vorgenommen werden. Beide Entscheidungen besagen jedoch nichts für den vorliegenden Rechtsstreit. In BGHZ 15, 17, 20 hat der Bundesgerichtshof sogar ausdrücklich

ausgesprochen, die Entziehung der Apotheken-Personalkonzession sei ein enteignungsgleicher Eingriff in ein vermögenswertes Recht des damaligen Klägers gewesen. Diese Entscheidung bezieht sich allerdings auf die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes. Aber auch für die spätere Zeit stellte eine persönliche Betriebserlaubnis, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 29. Oktober 1959 S. 11, 12 ausgeführt hat, noch - mindestens in Verbindung mit den Räumen, für die sie erteilt war, und die hier - nach Ablauf der Pachtzeit - dem Kläger hätte zur Verfügung gestellt werden müssen, - einen nicht unerheblichen wirtschaftlichen Wert dar. Die weiter von der Revision angeführte Entscheidung des Senats betrifft keine Apothekenkonzession, sondern die "Übertragung" von Güterverkehrs-genehmigungen eines ruhenden Unternehmens, die für andere bestimmte Fahrzeuge, die dem die Genehmigung übertragenden Unternehmer nicht gehört hatten, neu erteilt werden mußten. Im vorliegenden Fall mußte die Betriebserlaubnis nach dem Ableben der Witwe G., womit ihr sog. Witwenrecht erlosch, zwar auch neu erteilt werden. Das ist auch geschehen, aber nicht an den Beklagten sondern gerade an den Kläger, der sie, wie ausgeführt, durch Verpachtung ausnutzen konnte.

2. Unzutreffend ist auch die Auffassung der Revision, der Beklagte habe sich in der hier streitigen Zeit nicht der Betriebserlaubnis des Klägers bedient und habe sie mithin auch nicht genutzt. Es ist bereits oben ausgeführt, daß der Genehmigungsvermerk des zuständigen Senators vom 15. März 1956 unter dem Pachtvertrag vom 9. März 1956 einer Betriebserlaubnis für den Betrieb zur Führung einer eigenen Apotheke nicht gleich erachtet werden kann. In dem Vermerk ist der Beklagte ausdrücklich nur als Pächter bestätigt. Das Berufungsgericht hat auch nicht, wie die Revision glaubt, den Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 27. Mai 1959 S. 1 übergangen, in dem er ausgeführt hatte, vom 10. März bis zum 12. November 1958 habe ein sog. Interregnum bestanden, während dessen er auf Grund einer stillschweigenden Genehmigung des zuständigen

Senators die A [REDACTED]-Apotheke habe weiterführen dürfen. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag vielmehr ausdrücklich erwähnt, ist aber auf Grund vorwiegend auf dem Gebiete der Tatsachenwürdigung liegender Erwägungen zu dem Ergebnis gekommen, der Beklagte habe die Apotheke auf Grund der Betriebsberechtigung des Klägers genutzt.

3. Die Revision meint, der Kläger könne seine Ansprüche auch nicht aus dem Umstande herleiten, daß der Beklagte die Apotheke nach dem 10. März 1958 weiter unter der bisherigen Firma betrieben habe. Sie führt aus, dem Kläger, der nur das nackte Betriebsrecht besessen habe, habe ein Anspruch auf die Firma ebensowenig zugestanden wie auf Einrichtung oder Kundestamm, den er sich weder geschaffen noch durch Rechtsgeschäfte mit dem Vorgänger erworben habe. Sie greift auch die Auffassung des Berufungsgerichts als rechtsirrig an, der Beklagte habe die Verpflichtung gehabt, die Räume dem Kläger frei zu machen und ihm zur Verfügung zu stellen, weil das im Gesetz keine Stütze fände.

Auch diese Rügen greifen nicht durch.

Die zuletzt erwähnte Verpflichtung hat das Berufungsgericht in unangreifbarer tatrichterlicher Auslegung des Pachtvertrages vom 9. März 1956, eines Individualvertrages, dessen § 4 entnommen. Seine Auslegung ist nicht unmöglich. Sie entspricht der Interessenlage der Parteien zur Zeit des Abschlusses des Pachtvertrages. Wenn der Beklagte die Erlaubnis zum Betrieb einer eigenen Apotheke erhielt, war er nicht mehr unbedingt auf die Pachtung angewiesen. Andererseits mußte der Kläger, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum annimmt, danach streben, sich das verliehene Apothekenbetriebsrecht dadurch zu erhalten, daß er nach Beendigung des Pachtvertrages die Möglichkeit erhielt, die A [REDACTED]-Apotheke entweder selbst weiter zu betreiben oder anderweit zu verpachten. Dazu ist bereits oben dargelegt, daß der Beklagte, wenn sich der Kläger

nicht entschlossen hätte, ihm sein Nutzungsrecht zu verpachten, nach der damaligen Verwaltungsübung, mit der er sich durch Zurücknahme seiner Klage vor dem Verwaltungsgericht abgefunden hatte, den Apothekenbetrieb hätte einstellen müssen und daß der Kläger den Betrieb dann hätte übernehmen können, wenn ihm die Eigentümer, wovon aber ausgegangen werden muß, die Räume überlassen hätten. Alsdann wäre der Kläger auch in den Besitz des Kundenstammes und der Firma gelangt. Dabei ist unerheblich, daß er sich diesen Kundenstamm nicht selbst geschaffen und auch die Firma nicht durch Rechtsgeschäft erworben hat. Beides steht jedenfalls auch dem Beklagten nicht aus eigenem Recht zu; denn er hat die Apotheke auch früher immer nur als Pächter geführt und mußte den "Betrieb" mit Firma und Kundenstamm herausgeben, wenn der Vertrag aus irgendeinem Grunde endete, wobei unerheblich ist, daß ihm Einrichtung und Warenlager gehörten.

4. Der festgestellte Sachverhalt bietet schließlich auch - unbeschadet der Frage, ob dieser Einwand gegenüber dem aus §§ 557, 597 BGB und aus Schadensersatz wegen Vertragsverletzung begründeten Klaganspruch überhaupt erhoben werden kann, - keinen hinreichenden Anhalt dafür, daß die Voraussetzungen für eine Berufung auf den Fortfall der Geschäftsgrundlage gegeben sind, zumal es sich nur um die Nutzungsent-schädigung für die Zeit bis einschließlich Oktober 1958 handelt.

Der Senat hat zwar in seinem in der Revisionsbegründung angeführten Urteil vom 13. Oktober 1959 (VIII ZR 120/58 - MDR 1960, 44 = NJW 1960, 91 nur Leitsatz) ausgesprochen, beim Kauf einer Realkonzession unter der Herrschaft des Apothekenkonzessionierungssystems könne nach Einführung der unbeschränkten Niederlassungsfreiheit die Geschäftsgrundlage des Vertrages weggefallen sein. Dieser Fall lag aber insofern besonders, als hier eine Apothekerin eine Realkonzession (ohne Apotheke) im Februar 1956 für rund 70 000 DM gekauft

hatte, von denen noch nicht bezahlte 7000 DM Gegenstand des Rechtsstreites waren. Noch bevor es ihr gelungen war, auf Grund dieser Realkonzession eine neue Apotheke zu errichten, konnte sie das auf Grund einer nach Zahlung einer Verwaltungsgebühr von nur 300 DM erteilten Personalkonzession tun. Nach dem hier festgestellten Sachverhalt hat der Beklagte aber die Betriebsberechtigung des Klägers in der streitigen Zeit genutzt, so daß es jedenfalls nicht ohne weiteres unzumutbar erscheint, wenn er dafür den geforderten Festpachtpreis von 950 DM als Nutzungsentschädigung zahlen muß. Daran ändert nichts, daß dem Beklagten nunmehr auch die Betriebsberechtigung für die fraglichen Apothekenräume unter dem 12. November 1958 erteilt ist, denn dieser Zeitpunkt liegt nach der Zeit, für den eine Vergütung gefordert wird, und außerdem hat der zuständige Senator in seinem Begleitschreiben an den Beklagten vom 12. November 1958 zum Ausdruck gebracht, daß durch die Erteilung dieser Betriebsberechtigung etwaige zivilrechtliche Ansprüche der Parteien unberührt blieben. Das erscheint selbstverständlich; denn die dem Kläger erteilte Betriebserlaubnis vom 10. Februar 1956 besteht fort. Im übrigen kann unentschieden bleiben, ob Ansprüche des Klägers für die Zukunft durch die dem Beklagten erteilte Betriebsberechtigung ausgeschlossen oder gemindert werden könnten. Für die Vergangenheit kann sich der Beklagte jedenfalls nicht darauf berufen, daß ihm Zahlung ganz oder teilweise nicht mehr zugemutet werden könne. Dazu hätte es mindestens näherer Darlegungen in den Tatsacheninstanzen zum Fortfall der Geschäftsgrundlage bedurft (zu vgl. das bereits erwähnte Urteil vom 29. Oktober 1959 S. 18 und das zur Veröffentlichung vorgesehene Urteil vom 12. April 1960 - VIII ZR 160/59 -). Dabei mag auch darauf verwiesen werden, daß der Beklagte es unterlassen hat, nähere Zahlenangaben über seine Umsätze oder seinen Gewinn zu machen, aus denen ein Anhalt für die Unzumutbarkeit gewonnen werden könnte.

C.

Die Revision ist hiernach mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Pagendarm

Bundesrichter Dr. Gelhaar
ist beurlaubt und ortsab-
wesend; er ist an der
Leistung der Unterschrift
verhindert.

Dr. Pagendarm

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Messner