

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: nein

GG Art. 12; BGB § 306

Der Grundsatz der freien Berufswahl nach Art. 12 GG, der gemäß Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 1958 (BVerfGE 7, 377) auch für den selbständigen Betrieb einer Apotheke gilt, hat nicht schon mit Inkrafttreten des Grundgesetzes dazu geführt, daß eine nach sonstigen Bestimmungen zulässige Verpachtung lediglich der Erlaubnis für den Betrieb einer Apotheke (Personalkonzession, hier im Landesteil Pfalz von Rheinland-Pfalz) als auf eine unmögliche Leistung gerichtet und daher als nichtig anzusehen ist.

BGH Urt. v. 29. Oktober 1959 - VIII ZR 147/ 58

- OLG Neustadt a.d. Weinstraße -

J

VIII ZR 147/58

V e r k ü n d e t  
am 29. Oktober 1959  
Klett, Justizobersekretär  
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 Franz Josef E [REDACTED] in N [REDACTED] a.d.  
W [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Apotheker Dr. Karl B [REDACTED] in L [REDACTED]/  
R [REDACTED], Sch [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten.  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 1959 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Dr. Großmann und der Bundesrichter  
Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandes-  
gerichts in Neustadt a.d. Weinstraße vom 14.  
Juli 1958 wird auf die Revision des Klägers auf-  
gehoben.

Auf seine Berufung wird das Urteil der 3.  
Zivilkammer des Landgerichts in Frankenthal vom  
14. März 1957 geändert:

- 1 a -

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger  
14 500 DM sowie 4 % Zinsen aus je 1000 DM seit  
dem 1. Februar 1957, 1. März 1957, 1. April 1957,  
1. Mai 1957, 1. Juni 1957, 1. Juli 1957 und  
1. August 1957 zu zahlen.

Dem Beklagten wird die Ausführung seiner  
Rechte vorbehalten.

Der Beklagte trägt die Kosten sämtlicher  
Rechtzüge.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Parteien sind approbierte Apotheker. Der Kläger hatte als Personalkonzession das Recht zum Betrieb einer Apotheke in L [REDACTED], Stadtteil Nord, erworben. Dieses Recht verpachtete er durch schriftlichen Vertrag vom 14. Januar 1955, der von der Bezirksregierung der Pfalz in Neustadt/Weinstraße am 26. Januar 1955 genehmigt wurde, an den Beklagten. Dieser mußte nach § 1 Abs. 2 aaO das Anwesen, in dem er die Apotheke betreiben wollte, auf eigene Kosten erstellen und auch die Einrichtung beschaffen. Das geschah. Nach § 2 des für zehn Jahre - mit Verlängerungsklausel - abgeschlossenen Vertrages, der mit der Eröffnung der Apotheke - April 1956 - beginnen sollte (§ 3), beträgt der vereinbarte Pachtzins 5 % des Sollumsatzes - ausgenommen die mit anderen Apotheken oder mit Krankenhäusern getätigten Umsätze - jedoch unter Garantie einer Mindestpacht von 1000 DM monatlich für die ersten drei Jahre. Seit dem 1. Februar 1957 zahlt der Beklagte die Pacht nicht mehr.

Der Kläger klagt im Urkundenprozeß die Pachtbeträge für die Zeit vom 1. Februar 1957 bis einschließlich 15. April 1958 - zum Teil mit Zinsen - ein.

Der Beklagte hält den Vertrag wegen allgemeinen Verstoßes gegen die guten Sitten, Wuchers, Verstoßes gegen gesetzliche Verbote und wegen Unmöglichkeit der Leistung für nichtig und erachtet sich auch wegen Fortfalls der Geschäftsgrundlage nicht mehr zur Zahlung der Pacht für verpflichtet. Der Vertrag sei, so führt er aus, unter der irrigen Annahme beider Vertragsteile abgeschlossen worden, eine Personalkonzession werde auch weiterhin für den Betrieb einer Apotheke erforderlich sein, während mindestens seit dem Urteil des

Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 von einer Niederlassungsfreiheit für Apotheker auszugehen sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers war erfolglos. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter.

### Entscheidungsgründe:

#### I.

Entgegen der Auffassung des Revisionsbeklagten bestehen keine rechtlichen Bedenken dagegen, daß der Kläger den streitigen Pachtzinsanspruch im Urkundenprozeß geltend gemacht hat. Darin liegt auch nicht deswegen eine unzulässige Rechtsausübung, weil dem Beklagten damit - zunächst - Einwendungen abgeschnitten sind, für die er mit dem im Urkundenprozeß zulässigen Beweismitteln den Beweis nicht zu führen vermag; denn das ist gerade der Sinn dieser gesetzlich vorgesehenen Prozeßart (§ 598 ZPO). Ebenso ist es unerheblich, ob es üblich ist oder nicht, Pachtzinsansprüche im Urkundenprozeß zu verfolgen.

#### II.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, das dem Beklagten verpachtete Recht zum Betrieb einer Apotheke habe ihm bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am 14. Januar 1955 ohnehin zugestanden; denn die landesrechtlichen Bestimmungen in Rheinland-Pfalz, welche die Zulassung der Neuerrichtung von Apotheken von der Bejahung eines Bedürfnisses durch die zuständige Behörde abhängig machten und die Erteilung

der Betriebsberechtigung an den Bewerber mit dem höchsten Betriebsberechtigungsalter vorsahen, hätten schon damals der Verfassungslage wegen Verstoßes gegen Artikel 12 Abs. 1 GG nicht entsprochen. Diese Bestimmung garantierte jedem Deutschen das Recht, seinen Beruf frei zu wählen, so daß seit ihrem Inkrafttreten auch jeder approbierte Apotheker ein subjektiv-öffentliches Recht auf Zulassung zur Ausübung des Apothekergewerbes gehabt habe. Sei aber dem Beklagten ein Recht verpachtet, das ihm bereits zugestanden habe, so sei ein Fall ursprünglicher Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen, der zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 306 BGB geführt habe, so daß der Kläger Rechte aus ihm nicht herleiten könne. Mit dieser Begründung hat es die Klage abgewiesen.

### III.

Der Auffassung des Berufungsgerichts kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden.

1. Von seinem Standpunkt aus hat es allerdings mit Recht offen gelassen, ob die Verpachtung einer (reinen) Personalkonzession, wie sie dem Kläger nur verliehen war, zulässig gewesen ist.

Zu dieser Frage ist zu bemerken:

a) Vor dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes über die Verpachtung und Verwaltung öffentlicher Apotheken vom 13. Dezember 1935 (RGBl I 1445) gehörte die Frage der Zulässigkeit der Verpachtung von Apotheken zu den umstrittensten des Apothekenrechts (Gneist, die Apothekengesetze des Deutschen Reiches und Preußens 1925, S. 508). Sie war nach Landesrecht zu beurteilen. Es bestand jedoch selbst in Ländern, in denen sie gestattet war, eine große Rechtsunsicherheit (Pfundtner/Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht IV d Nr. 14 S. 1,2);

die zu beseitigen, ersichtlich auch mit Zweck des genannten Reichsgesetzes gewesen ist. In Bayern wurde jedoch schon früher im Gegensatz zu anderen Ländern, insbesondere Preußen, auch die Verpachtung von Personalkonzessionen für zulässig erachtet (Adlung, Die Apothekenbesitzrechte in den Deutschen Ländern, 1927, S. 41, 45), wenn sie auch von einer Genehmigung abhängig war (Adlung aaO S. 45). Das ist hier auch deshalb nicht ganz ohne Bedeutung, weil die verpachtete Apothekenkonzession für einen ehemaligen bayerischen Gebietsteil von Rheinland-Pfalz erteilt worden ist, in dem im Zeitpunkt des Zusammenbruchs das bayerische Gesetz über das Apothekenwesen vom 16. September 1933 (GVBl 274) galt, das nunmehr als rheinland-pfälzisches Landesrecht weiter Geltung behielt. Nach Artikel 9 dieses Gesetzes mußten Inhaber von Apothekenrealrechten und persönlichen Betriebsbewilligungen, die das Apothekengewerbe durch einen befähigten Stellvertreter ausübten, die Apotheke an diesen verpachten. Danach wurde die Verpachtung des Apothekenbetriebsrechtes entweder in Verbindung mit der Apotheke oder gegebenenfalls auch für sich allein als zulässig angesehen (Riemerschmid/Sigl, Bayerisches Apothekengesetz 1952, Artikel 4, Anm. 1, S. 62). Ob seit dem Inkrafttreten dieses bayerischen Gesetzes vom 16. Juni 1952 (GVBl 181), wie Riemerschmid-Sigl (aaO S. 65) meinen, Gegenstand der Verpachtung in Bayern nicht mehr ein Betriebsrecht, sondern nurmehr die Apotheke als solche sein kann, kann dahingestellt bleiben, weil dieses Gesetz in Rheinland-Pfalz nicht gilt und in diesem Land ein Gesetz, welches eine solche Verpachtung ausschließt, nicht ergangen ist.

Die hier angeschnittene Frage, ob schon nach dem früheren in Rheinland-Pfalz geltenden bayerischen Landesrecht eine reine Personalkonzession als solche verpachtet werden konnte, bedarf keiner abschließenden Prüfung. Denn für die Zeit nach dem Inkrafttreten des oben erwähnten Reichsgesetzes

über die Verpachtung und Verwaltung öffentlicher Apotheken vom 13. Dezember 1935, das nach dem Zusammenbruch ebenfalls weiter in Geltung blieb, ist die Möglichkeit der Verpachtung von reinen Betriebsberechtigungen vom Schrifttum (Genicke, Handbücherei des neuen Deutschen Apothekenrechts Band 1, Apothekenpachtrecht, 2. Aufl. 1941, S. 47) und Rechtsprechung (KG Urteil - 8 U 443/59 - Deutsche Apothekerzeitung (DAZ) 1959, 733; KG, Urt. v. 8. Juni 1959 - 8 U 470/59 - Pharmazeutische Zeitung (PharmZ.) 1959, 825) nunmehr sogar für Länder bejaht, in denen, wie im ehemaligen preußischen Rechtsgebiet, die Verpachtung von Apotheken, die auf Grund einer Personalkonzession betrieben werden, als schlechthin unzulässig galt (Adlung aaO S. 30; Urban, Apothekengesetze, 6. Aufl. 1927 S. 290; Hamburger, Die preußischen Apothekenbetriebsrechte 1928, S. 53; RG JW 1927, 2209 Nr. 25). Das muß erst recht für die früher bayerischen Gebietsteile bejaht werden.

Das genannte Gesetz brach endgültig mit den bis dahin geltenden Anschauungen über die Frage der Verpachtung von Apotheken. Es geht davon aus, daß in Fällen, in denen der Besitzer einer Apotheke diese nicht selbst leiten kann, ihre Verpachtung die zweckmäßigste Form ist, in der ihre Führung einem anderen übertragen werden kann (Kahler, Das Apothekenwesen in Handbücherei für den öffentlichen Gesundheitsdienst, Band 5, Abschn. IX, S. 76). Es ordnet für bestimmte, hier nicht im einzelnen interessierende Fälle die Zwangsverpachtung von Apotheken an. Nach Art. 2 der Ersten Verordnung zu diesem Gesetz vom 26. März 1936 (RGBl I 317) ist die Verpachtung auch dann notwendig, wenn nach den Feststellungen der höheren Verwaltungsbehörde der nach den landesrechtlichen Bestimmungen zur Führung einer Apotheke berechtigte Inhaber sie nicht selbst führt. Damit wurde dem Grundsatz allgemeine Geltung verschafft, daß der Verpachtungszwang in jedem Falle eintritt, in dem der Inhaber der Betriebsberechtigung die an sich damit verbundene Pflicht, die Apotheke selbst zu leiten, auf längere

Zeit nicht erfüllen kann oder nicht erfüllen will (Pfundtner/Neubert aaO S. 8). Daraus folgt aber auch, daß wer von der Leitung seiner Apotheke freiwillig zurücktreten will, sie verpachten darf, wenn die Aufsichtsbehörde seine Beweggründe dafür durch die vorgesehene Genehmigung der Verpachtung anerkennt (Genicke aaO S. 47).

Es mag nun sein, daß das genannte Reichsgesetz in erster Reihe für die Verpachtung bereits eingerichteter Apotheken gedacht ist. Gründe dafür, daß es für Fälle der Verpachtung einer reinen Betriebsberechtigung ohne weitere Betriebsbestandteile keine Geltung haben sollte, sind jedoch nicht erkennbar. Der u.a. mit dem Gesetz verfolgte Zweck, den bislang in abhängiger Stellung arbeitenden Apothekern die Möglichkeit zu eröffnen, trotz der allgemeinen Zulassungsbeschränkung für die Neuerrichtung von Apotheken früher zu einer beruflichen Selbständigkeit wenigstens als Pächter zu gelangen, kann ebenso durch die Verpachtung eines reinen Betriebsrechtes wie durch die einer eingerichteten Apotheke erreicht werden. Durch diese Verpachtung des persönlichen Betriebsrechtes konnte insbesondere während des Krieges und auch nachher den Apothekern geholfen werden, deren Apotheken mit Einrichtung vernichtet waren und die aus irgendwelchen Gründen (Gefangenschaft, Erwerbsunfähigkeit infolge schwerer Verwundung usw.) zu einem Wiederaufbau oder auch nur zur Anmietung geeigneter Räume und Beschaffung der Einrichtung nicht in der Lage waren. Für die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der Verpachtung einer Betriebserlaubnis ist auch unerheblich, ob sie dann nicht erwünscht sein mag, wenn die Erlaubnis von einem Apotheker erworben ist, der von vornherein wegen seines hohen Alters oder aus sonstigen Gründen weder gewillt noch in der Lage gewesen ist, sie selbst auszunutzen, der sie sich nur - unter Ausnutzung seines hohen Betriebsberechtigungsalters oder auch sonstiger Beziehungen - hat erteilen lassen, um sie durch Verpachtung an einen jüngeren Apotheker rein kapita-

listisch zu nutzen. Mißbräuche in der angedeuteten Richtung zu verhindern, war jedoch in erster Reihe Aufgabe der mit der Erteilung von Apothekenbetriebsberechtigungen und der Genehmigung von Pachtverträgen darüber betrauten Verwaltungsbehörden. Erteilung der Betriebsberechtigung und der Genehmigung zu Apothekenpachtverträgen sind Verwaltungsakte, an welche die Gerichte gebunden sind.

b) Wenn danach auch nach den Ausführungen zu a) keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Verpachtung eines persönlichen Apothekenbetriebsrechtes (Personalkonzession) bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes bestehen, so stellt sich doch die Frage, ob sich die Rechtslage mit diesem Gesetz so grundlegend geändert hat, daß später, insbesondere ein im Januar 1955 über ein solches Betriebsrecht abgeschlossener Pachtvertrag als nichtig angesehen werden muß. Das ist jedoch zu verneinen.

Art. 12 GG gab nunmehr zwar allen Deutschen das Recht, ihren Beruf frei zu wählen, als Grundrecht der freien Berufswahl, das nach Art. 19 Abs. 2 GG in keinem Falle in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf. Irgendwelche Folgerungen wurden daraus <sup>jedoch</sup> auf dem Gebiete des Apothekenwesens zunächst nicht, insbesondere auch nicht in dem hier in Betracht kommenden Regierungsbezirk Pfalz gezogen. Die Zulassung zum Betrieb einer Apotheke erfolgte vielmehr auch weiterhin auf Grund der dort noch geltenden bayerischen kgl. Verordnung über das Apothekenwesen vom 27. Juni 1913 (BayGVBl 343) idF der Verordnungen über das Apothekenwesen vom 7. Mai 1936 (BayGVBl 87) und vom 27. Juli 1940 (GVBl 139). Nach § 7 Abs. 2 dieser Verordnung durfte aber die Bewilligung zum Betriebe einer neuen Apotheke nur dann erteilt werden, wenn es das öffentliche Interesse erforderte, die Lebensfähigkeit der Apotheke gesichert und die Bestandsfähigkeit der benachbarten Apotheken nicht gefährdet war. Nach § 10 aaO war die Bewilligung, wenn sich mehrere Bewerber gemeldet hatten, in der Regel dem Bewerber zu erteilen,

der nach Erfüllung der Voraussetzungen für die Erteilung der Approbation am längsten im Inland als Apotheker tätig war. Die in Rheinland-Pfalz ergangenen innerdienstlichen Anweisungen wiederholten im wesentlichen nur diese Regelung. Nach der Rundverfügung des Ministers für Inneres und Wirtschaft vom 1. Juni 1951 (RhPf MBlSp 427) [nach Abschluß des Pachtvertrages: idF. des Runderlasses vom 5. Juni 1957 (RhPf MBlSp 574)] waren erledigte Rechte zum Weiterbetrieb einer Apotheke ebenso auszuschreiben wie die Rechte zum Betriebe einer neu zu errichtenden Apotheke. Nach § 3 Abs. 1 der Rundverfügung des Ministers für Inneres und Wirtschaft vom 24. Januar 1951 (RhPf MBl Sp 113) sollte unter einer Mehrheit von Bewerbern bei gleicher Eignung der Bewerber mit dem höchsten Betriebsberechtigungsalter zugelassen werden.

Diese Regelung (Ausschreibung, Berücksichtigung des Betriebsberechtigungsalters und Bedürfnisprüfung) entspricht auch dem bereits erwähnten - neuen - bayerischen Gesetz über das Apothekenwesen vom 16. Juni 1952 GVBl 181 idF des Gesetzes vom 10. Dezember 1955 (GVBl 267) und war vor allem auch noch in dem von der Bundesregierung am 1. März 1955 vorgelegten Entwurf eines Gesetzes über das Apothekenwesen (BT Drucks 2. Wahlperiode 1953 Nr. 1233) vorgesehen. Bei der Vorlage wurde in der Begründung des Entwurfes von der Bundesregierung auch noch ausdrücklich darauf hingewiesen, die erstrebte - einheitliche - Neuregelung, insbesondere die Beibehaltung der Bedürfnisprüfung, sei zum Schutze der Volksgesundheit erforderlich und verstoße nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

Durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 (BVersGE 4, 167 = NJW 1957, 356) und endgültig durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 1958 (BVerfGE 7, 377, 443) ist zwar klargestellt, daß eine allgemeine grundsätzliche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit mit Prüfung des Bedürfnisses und Zulassung nur unter

Berücksichtigung des Betriebsberechtigungsalters schon seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes verfassungswidrig gewesen ist. Denn, wie insbesondere in dem erwähnten Urteil des Bundesverfassungsgerichtes näher ausgeführt worden ist, entspricht der damaligen und der gegenwärtigen Verfassungslage allein die Niederlassungsfreiheit, verstanden als das Fehlen objektiver Beschränkungen der Zulassung. Das bedeutete jedoch noch nicht, daß seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes jeder approbierte Apotheker eine Apotheke ohne jede behördliche Erlaubnis neu hätte errichten können. Es blieb vielmehr, wie auch das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat, die für die Pfalz geltende Regelung, soweit sie den Betrieb einer Apotheke von einer vorhergehenden Erlaubnis durch die zuständige Verwaltungsbehörde abhängig machte, weiterhin bestehen. Dieses im Interesse der Volksgesundheit aufgestellte Erfordernis der Betriebserlaubnis für Apotheken tastet als solches das Grundrecht der freien Berufswahl noch nicht an (BVerwGE 4, 167, 169). Auch nach dem nunmehr ergangenen der Verfassungslage Rechnung tragenden rheinland-pfälzischen Landesgesetz über die vorläufige Regelung der Errichtung von Apotheken (vorläufiges Apothekengesetz) vom 24. Juli 1958 (GVBl 127) ist deshalb zum Betriebe einer Apotheke auch weiterhin die Erlaubnis der zuständigen Bezirksregierung erforderlich, die allerdings bei Erfüllung der gesetzlich genau umgrenzten persönlichen und sachlichen Voraussetzungen zu erteilen ist (§ 3).

2. Danach ergibt sich nun zwar, daß dem Beklagten schon im Jahre 1955 auf einen entsprechenden Antrag die Erlaubnis für den Betrieb einer Apotheke in Ludwigshafen, Stadtteil Nord, ebenso wie dem Kläger hätte erteilt werden müssen, wenn die wahre Rechtslage damals bereits erkannt worden wäre; denn es ist davon auszugehen, daß er ebenso wie dieser die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen für den Betrieb einer solchen Apotheke erfüllte. Er hat aber einen Antrag nicht

gestellt und auch eine Erlaubnis zum Betrieb einer eigenen Apotheke nach dem bisher festgestellten Sachverhalt nicht erhalten. Die Genehmigung des Pachtvertrages durch die Bezirksregierung der Pfalz vom 26. Januar 1955 stellte eine solche Betriebserlaubnis nicht dar; denn sie hatte lediglich die Zustimmung zur pachtweisen Übertragung des Betriebsrechtes des Klägers auf ihn und zu den von den Parteien getroffenen Einzelvereinbarungen zum Inhalt. Ebensowenig ist eine solche Erlaubnis in der Prüfung und Abnahme der Apothekenbetriebsräume als solcher zu erblicken.

Der Beklagte konnte aber auch nach der tatsächlichen Handhabung der Zulassung zur Errichtung neuer Apotheken nach damaliger Verwaltungspraxis in Rheinland-Pfalz eine Betriebserlaubnis zunächst nicht erhalten, wobei schon hier hervorgehoben werden mag, daß die dortigen Verwaltungsbehörden, wie der Runderlaß des Ministers des Inneren vom 5. Juni 1957 (MBI Sp 574) und auch die Entscheidung des Obergerverwaltungsgerichts dieses Landes vom 10. August 1957 (- 1 D 6/57 - PharmZ 1957, 986) ergeben, auch nach dem Bekanntwerden der oben erwähnten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 weiterhin an dem bisher geübten Zulassungsverfahren festgehalten haben.

Danach konnte der Beklagte bei Abschluß des Pachtvertrages im Januar 1955 ebenso wie jeder andere Apotheker in der früheren Pfalz ohne vorherige Bedürfnisprüfung und ohne das entsprechende Betriebsberechtigungsälter eine - neue - Apotheke nur dann ungestört errichten und betreiben, wenn es ihm gelang, eine Personalkonzession zu pachten, was, wie bereits ausgeführt, bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes unbedenklich zulässig war und auch späterhin noch als zulässig angesehen werden muß. Mit Rücksicht auf die tatsächliche Handhabung bei der Erteilung von Personalkonzessionen stellte deshalb die dem Kläger erteilte Betriebserlaubnis einen nicht unerheblichen

wirtschaftlichen Wert dar. Der Inhalt eines Pachtvertrages über ein derartiges Betriebsrecht bestand - rückwirkend betrachtet und wirtschaftlich gesehen - nicht so sehr darin, vom Vertragspartner ein bestimmtes Recht zu erwerben, als vielmehr darin, der zuständigen Behörde gegenüber den Apothekenbetrieb ungestört ausüben zu können. Dieses Recht hat der Beklagte auch erworben. Man kann daher nicht sagen, dem Kläger wäre die nach dem Vertrag vorgesehene Leistung, deren vermögensrechtlicher Inhalt für ihn darin bestand, daß er auf eigene Ausnutzung der Betriebserlaubnis verzichtete, nicht möglich gewesen. Andererseits kann aber auch nicht angenommen werden, dem Beklagten sei durch den Pachtvertrag nur die Ausübung eines Rechtes überlassen worden, das ihm ohnehin schon zustand; denn wie bereits ausgeführt worden ist, konnte er eine eigene Betriebserlaubnis angesichts der noch nicht erkannten Verfassungslage jedenfalls nicht ohne weiteres erlangen; es sei denn, er hätte sich auf einen langwierigen Verwaltungsrechtsstreit eingelassen, dessen Ausgang damals mindestens ungewiß war. Es war ihm die Führung der von ihm errichteten Apotheke daher praktisch nur auf Grund der vom Kläger gepachteten Personalkonzession möglich, die er damit auch genutzt hat.

Nichtigkeit des Pachtvertrages wegen Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 306 BGB kann hiernach nicht angenommen werden.

a) Die vom Berufungsgericht zur Stützung seiner Auffassung angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts, auf die sich auch die Revisionsbeantwortung beruft, betreffen wesentlich anders liegende Sachverhalte. In dem Urteil vom 9. Mai 1916 (WarnRspr 1916 Nr. 162) erklärte das Reichsgericht einen Vertrag, durch welchen das Recht zum Rudern auf einem See in Preußen pachtweise überlassen worden war, deshalb als auf eine unmögliche Leistung gerichtet, weil das Rudern auf

diesem See im Rahmen des Gemeingebrauches lag. Auch in der in RGZ 132, 398, 402 abgedruckten Entscheidung handelte es sich um die Frage, ob einem Grundstückseigentümer ein ihm von einer Stadtgemeinde gegen Zahlung einer Vergütung eingeräumtes Recht nicht bereits auf Grund Gemeingebrauches zustand. In RGZ 150, 216, 218 ist ausgesprochen, ein Vertrag, in dem der Wegeeigentümer einem Tankstelleninhaber den Gebrauch des Wegeraumes gegen Vergütung gestattet, sei dann auf eine von vornherein unmögliche Leistung gerichtet, wenn dem Inhaber der Tankstelle diese Art der Benutzung ohnedies zustehe. In der Entscheidung RGZ 80, 311, 316 hat das Reichsgericht die von einem Grundstückseigentümer erklärte Abtretung der Mieten seines Hauses an den Nießbraucher des Grundstücks als nichtig betrachtet, weil diesem die Mietzinsforderungen bereits kraft eigenen Rechts zustanden. Den hier angeführten Fällen ist gemeinsam, daß das Recht oder die Befugnis, die Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Übertragung sein sollten, dem Erwerber ohnehin zustanden. Dies war aberm wie im einzelnen ausgeführt worden ist, bei der Verpachtung des Apothekenbetriebsrechts an den Beklagten nicht der Fall.

Auch das Landgericht Berlin und das Kammergericht haben in ähnlichen Fällen mit im wesentlichen gleicher Begründung ebenfalls keine Nichtigkeit der Pachtverträge gemäß § 306 BGB angenommen (KG PharmZ 1959 S. 773 = DAZ 1959 S. 733 und KG Urt. v. 8. Juni 1959 PharmZ 1959, 825 ff).

b) Der vorliegende Sachverhalt ist hinsichtlich der Interessenlage der Vertragsparteien dem vom Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 12. April 1957 - I ZR 1/56 - IM PatG § 9 Nr. 8 = GRUR 1957, 595 entschiedenen Fall ähnlich. Dort ist ausgesprochen, bei der Vernichtung eines Patenten nach Abschluß eines Lizenzvertrages sei trotz der Fiktion der Rückwirkung des Nichtigkeitsurteils ein Fall anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung nicht gegeben. Weil der Lizenznehmer bis zur

Nichtigkeitserklärung eine tatsächliche Nutzungsmöglichkeit und eine günstige geschäftliche Stellung gehabt habe, bleibe es bis dahin zur Entrichtung der Lizenzgebühren verpflichtet. Darüber hinaus könne die offenbar oder wahrscheinlich gewordene Nichtigkeit der tatsächlichen Vernichtung dann gleichgestellt werden, wenn nach den Umständen das Patent seine bisherige geschäftliche Wirkung verloren habe und dem Lizenznehmer daher eine weitere Nutzung nicht mehr zumutbar sei. Unter diesen Voraussetzungen sei der Lizenznehmer berechtigt, sich aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage für die Zukunft vom Vertrage zu lösen. Ob und inwieweit das hier möglich ist, bleibt noch zu untersuchen. Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 306 BGB ist jedenfalls nicht anzunehmen.

#### IV.

Keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthalten die Ausführungen des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen für eine Nichtigkeit des Vertrages wegen Wuchers oder (allgemeinen) Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) seien im gegenwärtigen Verfahren nicht feststellbar. Daß ein auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung, das hier aber auch nicht festgestellt ist, allein den Vertrag nicht als sittenwidrig im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung erscheinen lassen kann, daß vielmehr ein subjektives Moment, insbesondere eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Vertragsteiles, hier des Klägers, hinzukommen muß, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urt. v. 5. März 1951 - IV ZR 107/50 - NJW 1951, 397; Urt. v. 21. Mai 1957 - VIII ZR 226/56 - LM BGB § 138 (Ba) Nr. 2 = NJW 1957, 1274). Ebensowenig ist es aus Rechtsgründen angreifbar, daß das Berufungsgericht als jedenfalls mit den im Urkundenprozeß zulässigen Beweismitteln nicht nachgewiesen erachtet, daß auf Seiten des Klägers eine Gesinnung vorgelegen habe, die den Vertrag nach Inhalt, Zweck und Beweggrund als gegen das

Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßend erscheinen lassen könnte. Diese Annahme ist auch dann nicht ohne weiteres gerechtfertigt, wenn man die - nicht bestrittene - Behauptung des Beklagten zu Grunde legt, der 76 Jahre alte Kläger sei Vorsitzender und hauptamtlich in der Geschäftsführung der Apothekerkammer tätig und habe selbst nie das Apothekenbetriebsrecht ausüben wollen. Daraus ergibt sich weder, daß er sich das Betriebsrecht erschlichen hat, noch daß er es selbst überhaupt nicht hätte ausüben können und deshalb bei der Verpachtung nicht etwas aufgegeben hat, das auch in seiner Hand einen Vermögenswert bedeutete.

Nicht rechtsirrig ist es auch, daß das Berufungsgericht eine Unerfahrenheit oder eine Notlage des Beklagten nicht als nachgewiesen erachtet und dazu ausführt, er sei jahrelang Apothekenpächter gewesen und habe als solcher Kenntnisse und Erfahrungen im Betrieb einer Apotheke gehabt. auch sei er nicht auf die Pacht der dem Kläger verliehenen Konzession angewiesen gewesen, um seinen Lebensunterhalt sicherzustellen.

Darauf, ob die vereinbarte Pacht - unter Berücksichtigung der übrigen Vertragsbestimmungen - als angemessen oder als übermäßig hoch anzusehen ist, brauchte das Berufungsgericht schon deshalb nicht einzugehen, weil insoweit im Urkundenprozeß zulässige Beweismittel nicht vorgebracht sind.

#### V.

Demgemäß muß im gegenwärtigen Verfahren von der Rechtswirksamkeit des Pachtvertrages ausgegangen werden. Die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung des eingeklagten Pachtzinses könnte allerdings, wie bereits angedeutet, dann - sei es ganz, sei es auch nur teilweise - entfallen sein, wenn ihm zu der Zeit, auf die sich die Pachtrückstände beziehen, das Festhalten am Verträge wegen Fehlens oder Fortfalls der Geschäftsgrundlage nicht mehr zuzumuten gewesen wäre. Von seinem Standpunkt aus hat das Berufungsgericht mit Recht diese Frage nicht abschließend entschieden.

Es hat aber dazu erwogen, es könne unterstellt werden, daß die Vorstellung der Parteien, eine Personalkonzession sei zum Betriebe einer Apotheke erforderlich, Geschäftsgrundlage der von ihnen getroffenen Vereinbarung gewesen sei. Es sei jedoch zweifelhaft, ob sie zu der Zeit, als der Beklagte die weitere Zahlung des Pachtzinses verweigerte oder auch im Zeitpunkt der Verkündung des landgerichtlichen Urteils am 14. März 1957 bereits weggefallen gewesen sei. Davon könne, so meint es, nur dann gesprochen werden, wenn es damals bereits allgemeine Rechtsüberzeugung gewesen sei, die Verleihung des Betriebsrechtes für eine Apotheke könne wegen fehlenden Bedürfnisses nicht mehr versagt werden. Diese Frage sei aber in der Rechtsprechung noch sehr umstritten gewesen, eine abschließende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts habe noch nicht vorgelegen. Auch deshalb sei es zweifelhaft, ob sich der Beklagte auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen könne, weil die Änderung der für den Vertrag wesentlichen Umstände mindestens voraussehbar gewesen sei. Das Für und Wider der Bedürfnisprüfung bei der Verleihung von Apothekenbetriebsrechten sei in den maßgebenden Fachzeitschriften der Apotheker im Jahre 1954 wiederholt und eingehend besprochen worden.

Es mag dahingestellt bleiben, ob diesen Erwägungen des Berufungsgerichts, vor allem hinsichtlich der Voraussehbarkeit der Änderung des Zulassungssystems im Sinne der unbeschränkten Niederlassungsfreiheit beigetreten werden könnte. Wegen der Redenklichkeit seiner Auffassung ist auf das zur Veröffentlichung vorgesehene Urteil des erkennenden Senats vom 15. Oktober 1959 - VIII ZR 120/58 - zu verweisen, in dem der Senat die Feststellung des dortigen Berufungsgerichts gebilligt hat, der beteiligte Apotheker habe keinesfalls mit einer völligen, sondern äußerstenfalls mit einer "gelenkten Niederlassungsfreiheit" nach einem von der deutschen Apothekerschaft ausgearbeiteten sog. "Frankfurter Entwurf" eines Apothekengesetzes vom 22. Juni 1950 (Süddeutsche Apothekerzeitung 1950, 584) gerechnet.

Der Berufung des Beklagten auf das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage muß jedoch im gegenwärtigen Urkundenprozeßverfahren schon aus anderen Gründen der Erfolg versagt bleiben. Der Einwand, die Geltendmachung der vom Gläubiger aus dem Vertrage hergeleiteten Forderungen sei aus diesem Grunde unzulässig, kann nämlich gegenüber dem das ganze Rechtsleben beherrschenden Grundsatz, daß Verträge zu halten sind (*pacta sunt servanda*), nur ausnahmsweise zum Erfolge führen, nämlich nur dann, wenn dem Schuldner die Erfüllung des Vertrages ganz oder doch teilweise nicht mehr zugemutet werden kann (Urteile des erkennenden Senats vom 29. Januar 1957 - VIII ZR 204/56 - LM ZPO § 92 Nr. 4 = NJW 1957, 543 und vom 11. Juli 1958 - VIII ZR 96/57 - LM BGB § 242 (Bb) Nr. 27 = NJW 1958, 1772 = MDR 1958, 766). Der Beklagte hat dazu aber nur vorgetragen, im Hinblick darauf, daß das Bundesverwaltungsgericht festgestellt habe, die Konzessionierung einer Apotheke sei nicht mehr erforderlich, sei ihm ein weiteres Festhalten am Vertrage nicht zumutbar. Dieser Umstand kann jedoch für sich allein die Berufung auf das Fehlen oder den Fortfall der Geschäftsgrundlage noch nicht rechtfertigen. In dem vom Beklagten angeführten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 (BVerwGE 4, 167) ist zwar dargelegt, eine allgemeine grundsätzliche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach dem bisher fast überall gehandhabten System der Bedürfnisprüfung sei wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG unzulässig. Trotzdem haben jedoch die Verwaltungsbehörden in Rheinland-Pfalz, wie bereits oben ausgeführt worden ist, an dem bisher gehandhabten Zulassungsverfahren festgehalten.

Daß das verfassungswidrig gewesen ist, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Der Beklagte konnte jedenfalls auch nach der genannten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts - wollte er nicht das Wagnis und den Zeitverlust eines Verwaltungsrechtsstreites auf sich nehmen - eine eigene Betriebs-erlaubnis nicht alsbald erhalten. Nach dem unstreitigen

Sachverhalt hat er dieses Wagnis auch nicht auf sich genommen, sondern die vom Kläger gepachtete Konzession weiter genutzt. Die Vertragsvorteile sind ihm somit noch erhalten geblieben, so daß jedenfalls aus dem bisherigen Vortrag des Beklagten nicht zu ersehen ist, ob und inwieweit sich - abgesehen von der Frage des Nachweises mit den im Urkundenprozeß zulässigen Beweismitteln - das Gleichwertigkeitsverhältnis von Leistung und Gegenleistung schon durch die genannte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in einem Maße verschoben hat, daß ihm die weitere Vertragserfüllung ganz oder auch nur teilweise nicht mehr zumutbar gewesen ist. Daß er in der Zeit, für die der Pachtzins eingeklagt wird (bis 15. April 1958), selbst eine Betriebserlaubnis erhalten hat oder doch ohne erhebliche Schwierigkeiten hätte erhalten können, oder daß in dieser Zeit andere Umstände eingetreten sind (z.B. Errichtung weiterer Apotheken ohne Bedürfnisprüfung), die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten, ist dem vorgetragenen Sachverhalt nicht zu entnehmen. Der Berufung des Beklagten auf Unzumutbarkeit der weiteren Erfüllung des Pachtvertrages wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage muß daher im gegenwärtigen Urkundenprozeßverfahren der Erfolg versagt bleiben.

## VI.

Denach mußte der Klage unter Aufhebung des Berufungsurteils und in Änderung des landgerichtlichen Urteils in vollem Umfange stattgegeben werden. Soweit der Kläger Zinsen verlangt hat, waren sie ihm zuzusprechen, weil der Beklagte mit den Pachtzinsszahlungen im Verzuge gewesen ist.

Gemäß § 599 Abs. 1 ZPO war dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Dr. Großmann

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner