

V e r k ü n d e t  
laut Protokoll am 14. Juni 1960  
Wüst, Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

2229 005

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

In dem Rechtsstreit

des Apothekers Kurt O [REDACTED] in B [REDACTED],  
E [REDACTED]straße [REDACTED],

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

gegen

die Apothekerwitwe Marie H [REDACTED] in K [REDACTED], Ha [REDACTED]-  
straße [REDACTED], bei Hab [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den  
Gebrechlichkeitspfleger, Rechtsanwalt Kurt Sch [REDACTED]-  
D [REDACTED] in B [REDACTED]-Ch [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 14. Juni 1960 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundes-  
richter Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

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

Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen  
dem Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die 1874 geborene Klägerin ist die Witwe eines im Jahre 1940 verstorbenen Apothekers. Dieser hatte auf Grund einer ihm im Jahre 1929 erteilten Personalkonzession die im früheren Ko[REDACTED]-Haus am Po[REDACTED] Platz in B[REDACTED] gelegene "I[REDACTED] Apotheke" geführt. Nach seinem Tode verpachtete die Klägerin die Apotheke, deren Geschäftsräume durch Kriegseinwirkung mehrfach zerstört und zuletzt behelfsmäßig in einen U-Bahnschacht verlegt wurden. Nach Kriegsende bemühte sie sich, die Apotheke neu zu errichten. Nach Behauptung des Beklagten verpachtete sie sie zunächst unter dem Namen "P[REDACTED]-Apotheke". Nachdem es ihr gelungen war, in B[REDACTED], Eichhornstraße 1 geeignete Geschäftsräume zu finden, schloß sie mit dem Beklagten am 25. September 1947 einen Pachtvertrag auf die Dauer von fünf Jahren und gestattete ihm, die ursprüngliche Firma "I[REDACTED] Apotheke" zu führen. Sie wurde daraufhin beim Landesgesundheitsamt als Apothekeninhaberin eingetragen. Der Beklagte mietete die von ihr ausgewählten Räume unmittelbar vom Grundstückseigentümer und beschaffte auch Inventar und Warenlager.

Am 4. Mai 1951 verpachtete die Klägerin " die von ihr in Ausübung ihres Witwenrechts auf Grund einer Personalkonzession betriebene I[REDACTED] Apotheke, B[REDACTED], E[REDACTED]straße [REDACTED]", an den Beklagten mit der Maßgabe, daß dieser Pachtvertrag anstelle des Vertrages vom 25. September 1947 betreffend die gleiche Apotheke treten sollte. Als Beginn der Pachtzeit, die mit dem Tode der Klägerin enden sollte, ist der 1. Mai 1951 bestimmt. Im Vertrage wurde bemerkt, die gesamte Apothekeneinrichtung sei vom Beklagten angeschafft, stehe in seinem Eigentum und bilde daher nicht Gegenstand des Pachtvertrages (§ 1). Der Pachtzins wurde auf jährlich 6600 DM, zahlbar in monatlichen Teilbeträgen

von 550 DM, vereinbart (§ 2). Dabei wurde der Jahresumsatz für 1950 mit 148 313,20 DM-Wert angegeben. Im § 3 wurde der Klägerin unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht zur sofortigen Kündigung eingeräumt (Abs. 1). Absatz 2 lautet, der Beklagte könne den Pachtvertrag unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist zum Schluß eines Kalender- vierteljahres vorzeitig lösen, wenn er mit einer Apotheken- konzession beliehen worden sei. Im § 4 des Vertrages räumte die Klägerin dem Beklagten unwiderruflich das Vorkaufsrecht auf die Apotheke für den Fall der freien Verkäuflichkeit der derzeitigen Personalkonzession in Großberlin ein. Nach § 5 wurde die Klägerin im Falle der Auflösung des Pacht- vertrages verpflichtet, das bestehende Warenlager in einer bestimmten Mindesthöhe zu übernehmen und auch dem Beklagten die gesamte Einrichtung zum Zeitwert abzukaufen. Im § 6 (Handelsfirma) wurde bestimmt, daß der Beklagte die Firma der Apotheke unter der Bezeichnung:

I. [REDACTED] Apotheke  
Pächter: Kurt O. [REDACTED]

führe.

Mit Schreiben vom 24. Juni 1958 kündigte der Beklagte den Pachtvertrag zum 31. Dezember 1958. Das Kündigungsschreiben richtete er an die Klägerin persönlich unter gleich- zeitiger Übersendung einer Abschrift an den ihr am 29. No- vember 1955 mit ihrem Einverständnis bestellten Gebrechlich- keitspfleger. Die Klägerin erhob Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung. Das Landgericht wies die Klage durch Urteil vom 27. Januar 1958 ab, indem es davon ausging, die Kündigungserklärung sei wirksam abgegeben und die Kündigung auch begründet, weil der Beklagte - wegen Fortfalls der Geschäftsgrundlage - ein außerordentliches Kündigungsrecht habe.

Im Berufungsverfahren berief sich der Beklagte auch



auf eine weitere von ihm dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin gegenüber im Dezember 1958 ausgesprochene Kündigung. Es wurde ihm vom Senator für Gesundheitswesen in Berlin unter dem 11. März 1959 die Berechtigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Apotheke in Berlin W 35, Eichhornstraße 1, d.h. in den Räumen seiner bisherigen Pachtapotheke, erteilt und am 13. April 1959 mitgeteilt, die Eröffnungsbesichtigung seiner Apotheke an diesem Tage habe ergeben, daß sämtliche Apothekenräume den Vorschriften der Apothekenbetriebsordnung entsprächen und daß daher gegen die Eröffnung der "Apotheke am Po [REDACTED] Platz" keine gesundheitspolizeilichen Bedenken erhoben würden.

Bis Ende 1958 zahlte der Beklagte den Pachtzins noch unter Vorbehalt. Im Januar 1959 stellte er die Pachtzinszahlungen ein.

Das Berufungsgericht stellte entsprechend dem neu gestellten Antrage der Klägerin fest, daß der Pachtvertrag vom 4. Mai 1951 wirksam sei. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Die Revision kann keinen Erfolg haben.

A.

Nicht von Rechtsirrtum beeinflusst ist die Auffassung des Berufungsgerichts, der Pachtvertrag vom 4. Mai 1951 sei nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet und sei deshalb auch nicht gemäß § 306 BGB nichtig gewesen. Das Berufungsgericht nimmt ebenfalls zutreffend an, daß der

Klägerin ihre Leistungen aus dem Pachtvertrag auch später nicht unmöglich geworden sind.

I. Daß die Verpachtung von reinen Betriebsberechtigungen (sog. Personalkonzessionen) ohne weitere Betriebsbestandteile nach dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Verpachtung und Verwaltung öffentlicher Apotheken vom 18. Dezember 1935 (RGBl I 1445) zulässig gewesen ist und daß sich daran nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945 nichts geändert hat, ist vom erkennenden Senat bereits mehrfach ausgesprochen (Urteile vom 29. Oktober 1959 - VIII ZR 147/58 - NJW 1960, 332 sowie vom 12. April 1960 - VIII ZR 160/59 - und vom 3. Mai 1960 - VIII ZR 144/59 -, beide ebenfalls zur Veröffentlichung vorgesehen). Daran ist festzuhalten. In dem erwähnten Urteil vom 12. April 1960 ist ausgeführt, daß im früheren Lande Preußen auch für auf Grund von reinen Personalkonzessionen betriebenen Apotheken das sogenannte Witwenrecht gesetzlich verankert war und daß dieses Recht auch später erhalten geblieben ist. Dieses Urteil bezieht sich zwar auf das Land Nordrhein-Westfalen. Für Westberlin gilt jedoch nichts anderes.

Soweit die Revision unter Bezugnahme auf BGHZ 15, 17, 20 meint, die bloße obrigkeitliche Betriebserlaubnis habe keinen eigenen Vermögenswert, ist darauf zu verweisen, daß dort gerade für eine Apothekenpersonalkonzession insofern das Gegenteil ausgesprochen ist, als ausgeführt wird, ihre Entziehung sei ein enteignungsgleicher Eingriff in ein vermögenswertes Recht des damaligen Klägers gewesen. Diese Entscheidung geht allerdings von der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes aus. Daß eine persönliche Betriebserlaubnis aber auch später - mindestens in Verbindung mit den Räumen, für die sie erteilt war -, noch einen nicht unerheblichen Wert darstellte, hat der Senat in seinem Urteil vom 29. Oktober 1959, S. 11, 12 ebenfalls

bereits ausgeführt. Nichts anderes gilt für das sogenannte Witwenrecht. Dabei kommt hier hinzu, daß die Berechtigung, auf Grund dieses Rechtes eine Apotheke zu betreiben, schon lange vor dem Erlass des Grundgesetzes durch Vertrag vom 25. September 1947, in dessen Fortsetzung der Vertrag vom 4. Mai 1951 abgeschlossen wurde, dem Beklagten verpachtet worden war.

Auch aus der von der Revision angeführten Entscheidung des erkennenden Senats vom 14. Juli 1959 - VIII ZR 187/58 - (BGHZ 30, 267), der die Revision entnimmt, Übertragung und Nutzung einer obrigkeitlichen Genehmigung könne nur in der Form einer Neuerteilung an den Nachfolger vorgenommen werden, ergibt sich für den vorliegenden Fall nichts zu Gunsten des Beklagten. Das genannte Urteil betrifft die "Übertragung" von Güterverkehrsgenehmigungen eines ruhenden Unternehmens, die für andere bestimmte Fahrzeuge, die dem diese Genehmigungen "Übertragenden" Unternehmer nicht gehört hatten, neu erteilt werden mußten. Solche Genehmigungen können aber nicht mit Apothekenpersonalkonzessionen und dem mit ihnen verbundenen Witwenrecht, für die gesetzlich etwas anderes galt, verglichen werden (zu vgl. auch Urteil vom 3. Mai 1960).

II. Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis auch kein Rechtsfehler unterlaufen, soweit es in Auslegung des Pachtvertrages vom 4. Mai 1951, eines Individualvertrages, zu der Auffassung gekommen ist, sein Gegenstand sei mehr als das bloße Betriebsrecht, nämlich die I. [REDACTED] Apotheke als Unternehmen gewesen, als deren Inhaberin die Klägerin seit dem Jahre 1947 beim zuständigen Gesundheitsamt eingetragen war. Dabei ist von ihm auch ohne Rechtsirrtum als unerheblich bezeichnet, daß der Beklagte die gesamte Apothekeinrichtung aus eigenen Mitteln zur Verfügung gestellt und die ihm von der Klägerin nachgewiesenen Geschäftsräume

unmittelbar angemietet hatte.

1. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe zu seiner Auffassung nur unter Zugrundelegung eines unrichtigen Tatbestandes gelangen können, greift nicht durch.

Es ist ohne rechtliche Bedeutung, daß die Geschäftsräume der vom verstorbenen Ehemann der Klägerin ursprünglich eingerichteten Apotheke durch Kriegseinwirkung zerstört worden waren, daß die Apotheke selbst zuletzt behelfsmäßig in einen U-Bahnschacht hatte verlegt werden müssen und daß sie schließlich - vorübergehend - zunächst unter der Firma P [REDACTED] Apotheke verpachtet worden war. Damit war die alte Firma "I [REDACTED] -Apotheke" noch nicht endgültig aufgegeben und der Klägerin noch dieser alte Firmenname erhalten geblieben. Entscheidend ist aber vor allem, daß nach dem damals geltenden Recht die Neuerrichtung der Apotheke nur auf Grund des fortbestehenden und in Westberlin weiterhin anerkannten Witwenrechts der Klägerin erfolgen und diese Apotheke auch nur auf Grund dieses Rechts weiterbetrieben werden konnte. Diese Wiedererrichtung unter der alten Firma ist im vorliegenden Fall auch schon vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erfolgt, so daß bereits aus diesem Grunde eine Berufung des Beklagten auf den Artikel 12 dieses Gesetzes im Ergebnis ausscheidet. Der Beklagte hätte jedenfalls 1947 keine eigene Konzession erhalten können und kann schon deshalb nicht geltend machen, beim Erkennen der wahren Rechtslage hätte er sich eine eigene Apotheke errichtet. Dieses Recht steht ihm jetzt zu. Das bedeutet aber nicht, wie noch auszuführen sein wird, daß er - im Verhältnis zur Klägerin - berechtigt ist, das in den Räumen zu tun, in denen sich jetzt deren Apotheke befindet.

Wenn die Klägerin die von ihr im Jahre 1947 selbst ausfindig gemachten Räume unmittelbar angemietet und dem Beklagten untervermietet hätte und wenn sie sich auch eine Einrichtung auf Grund ihres Witwenrechts auf ihren Namen

beschafft und dem Kläger mitverpachtet hätte, läge ganz klar zu Tage, daß es sich um "ihre" Apotheke handelt. Daran hat sich aber nichts entscheidend dadurch geändert, daß die Klägerin die Raummietung und die Inventarbeschaffung, wie das vielfach geschah, ihrem Pächter überließ. Das mußte sich zwar auf die Höhe des Pachtzinses auswirken, der hier auch, wie dem Senat aus ähnlichen Fällen bekannt ist, bei Zugrundelegung des für 1950 mit rund 146 000 DM angegebenen Umsatzes noch unter dem sonst bei Pachtverhältnissen, bei denen der Pächter die Geschäftsraummiete selbst unmittelbar zahlt und das Inventar gestellt hat, vereinbarten Pachtzins liegt. Trotz dieser Inventarstellung durch den Pächter und trotz dessen unmittelbarer Mietzahlung blieb aber die Apotheke selbst eine solche der Klägerin als Verpächterin, der in dieser Eigenschaft der Firmenwert zukam und laufend zuwuchs (zu vergl. auch Urteil vom 12. April 1960), ohne daß es darauf ankommt, inwieweit unmittelbar nach dem Zusammenbruch der "I [REDACTED] Apotheke" ein in Geld zu berechnender Geschäftswert noch innewohnte. Diese Rechtslage ist, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum ausgeführt hat, in dem § 1 des Pachtvertrages vom 4. Mai 1951 zum Ausdruck gekommen und vom Beklagten auch dadurch noch besonders anerkannt, daß er sich in § 6 des Vertrages unter der Vorschrift "Handelsfirma" verpflichtete, die "I [REDACTED] Apotheke" unter dieser Firma als Pächter zu führen. Für die Auslegung des Berufungsgerichts spricht weiter, daß unter § 5 (Folgen der Beendigung des Vertrages) für den Fall seiner Auflösung, und zwar unabhängig davon, ob die Verpächterin aus § 3 Abs. 1 des Vertrages fristlos oder ob der Pächter gemäß § 3 Abs. 2 fristgerecht gekündigt hat, die Verpflichtung der Klägerin festgelegt ist, Einrichtung und Warenlager zu übernehmen, die Verpflichtung des Beklagten, die Apotheke alsdann zu räumen und an die Verpächterin herauszugeben, allerdings von der Hinterlegung der Zahlung der Vergütung abhängig gemacht ist. Es kommt schließlich hinzu, daß sich die Klägerin

das Recht der Zustimmung zu wesentlichen baulichen Veränderungen der Apothekenräume vorbehalten hat (§ 7 Buchstabe c).

2. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist auch unerheblich, daß der Beklagte, wie er im zweiten Rechtszuge vorgebracht hat und was die Revision als vom Berufungsgericht übergangen rügt, unverzüglich nach Einstellung der Pachtzinszahlungen eine Umbenennung der Firma in "Apotheke am Potsdamer Platz" vorgenommen haben will; denn das war vertragswidrig und die Anerkennung dieser Vertragswidrigkeit als Pachtvertragsauflösungsgrund würde im Ergebnis darauf hinauskommen, der Klägerin nicht nur ihr Witwenrecht, sondern auch ihre Apotheke als wirtschaftliches Unternehmen zu entziehen. Deshalb ist hier auch nicht entscheidend, daß dem Beklagten die Genehmigung zum Betriebe und zur Fortführung der Apotheke in den bisherigen Räumen von dem Senator für das Gesundheitswesen in Berlin erteilt worden ist. Dadurch wurde der Klägerin noch nicht die weitere Erfüllung des Pachtvertrages unmöglich; denn die erwähnte Genehmigung konnte nur unbeschadet etwaiger zivilrechtlicher Ansprüche der Parteien erteilt werden. Das ist von dem Senator für das Gesundheitswesen in Berlin auch in einem ähnlich liegenden Fall besonders ausgesprochen (zu vergl. das oben erwähnte Urteil vom 3. Mai 1960), aber auch so selbstverständlich, daß es unerheblich ist, ob eine solche Mitteilung hier nicht ergangen oder vom Beklagten nur nicht vorgetragen worden ist.

B.

I. Das Berufungsgericht legt den vom Beklagten am 24. Juni und im Dezember 1958 ausgesprochenen Kündigungen keine materielle Rechtswirkung bei. Dazu führt es aus, nach § 3 Abs. 2 des Vertrages sei für den Beklagten lediglich für den Fall ein vorzeitiges Kündigungsrecht vorgesehen, daß er mit einer (eigenen) Apothekenkonzession beliehen werde, worunter im Hinblick auf die inzwischen gewandelte Rechtsüberzeugung nach den "vorläufigen Richtlinien über die Erteilung von Apothekenbetriebsrechten" vom 1. April 1957 für

Westberlin (ABl 416) eine Betriebserlaubnis im Sinne dieser Bestimmungen zu verstehen sei. Weil der Beklagte aber eine eigene Betriebsberechtigung erst am 11. März 1959 erhalten habe und somit im Zeitpunkt der Abgabe beider Kündigungs- erklärungen nicht im Besitz der erforderlichen "Konzession" gewesen sei, hält es diese Erklärungen für ohne rechtliche Wirkung. Es prüft nicht, ob in dem Verhalten des Beklagten nach der Erteilung der Erlaubnis eine weitere Kündigung des Vertrages durch konkludentes Handeln liege, weil eine solche Kündigung erst zum Schluß des Jahres 1959 wirksam sein würde, die gegenwärtige Wirksamkeit des Vertrages - gemeint im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung und zugleich der Verkündung seines Urteils - also nicht berühre.

Es versagt dem Beklagten auch ein außerordentliches Kündigungsrecht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Dabei erwägt es, er sei zum Abschluß des Vertrages nicht allein von der Vorstellung, er benötige das Betriebsrecht der Klägerin, bestimmt worden, sondern er habe sich ebenso noch die verbliebenen Werte des Unternehmens sichern wollen. Es meint, die Geschäftsgrundlage sei auch nicht deshalb entfallen, weil er nunmehr eine eigene Betriebserlaubnis erhalten habe, da ihm die Nutzung der übrigen Geschäftswerte auch weiterhin möglich sei. Nehme er seine Rechte nicht wahr, führe er insbesondere die Firma der Klägerin nicht mehr, so werde er dadurch nicht von seiner vertraglichen Bindung an die Klägerin frei, die ihrerseits ihren Vertragspflichten jederzeit nachgekommen sei.

Hilfsweise erwägt es, selbst wenn man annehmen wolle, die Parteien hätten sich allein von der Notwendigkeit einer Konzession für den Betrieb einer Apotheke leiten lassen, so könne der Fortfall der objektiven Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebserlaubnis nicht dazu führen, daß sich der Beklagte hier seiner vertraglichen

Bindungen unter Hinweis auf den Grundsatz von Treu und Glauben entledigen könne. Eine solche Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sei nur zur Vermeidung untragbarer Ergebnisse möglich, und wenn der Schuldner keinen anderen Ausweg habe, um sich von der für ihn untragbar gewordenen Verbindlichkeit zu lösen. Letzteres verneint das Berufungsgericht, weil der Beklagte seit dem Erlaß der oben erwähnten vorläufigen Richtlinien die Möglichkeit gehabt habe, sich eine eigene Betriebserlaubnis erteilen zu lassen und auf Grund dieser Erlaubnis den Pachtvertrag durch eine vorzeitige Kündigung gemäß § 3 Abs. 2 des Vertrages zu lösen. Habe er von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht, so sei er bis zur Abgabe einer ordnungsgemäßen Kündigungserklärung auch für die Zukunft an den Pachtvertrag gebunden.

II. Entgegen der Auffassung der Revision enthalten auch diese Ausführungen des Berufungsgerichts keinen Rechtsirrtum, jedenfalls keinen solchen zum Nachteil des Beklagten.

1. Fehl geht hier insbesondere der Hinweis der Revision auf die Entscheidung des erkennenden Senats vom 13. Oktober 1959 - VIII ZR 120/58 -. In diesem Urteil (MDR 1960, 44 = NJW 1960, 91 nur Leitsatz) ist zwar 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) noch im Februar 1956 für rund 70 000 DM gekauft hatte, von denen noch nicht bezahlte 7000 DM Gegenstand des Rechtsstreits waren. Noch bevor es der Käuferin gelungen war, auf Grund dieser Realkonzession eine eigene neue Apotheke zu errichten, konnte sie das auf Grund einer nach Zahlung einer Verwaltungsgebühr von nur 300 DM erworbenen

Personalkonzession tun. Die Realkonzession war für die Käuferin danach im Ergebnis wertlos.

Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte aber bei Einstellung der Pachtzahlungen die Apotheke der Klägerin auf Grund der mit ihr abgeschlossenen Pachtverträge schon über 11 Jahre betrieben und zwar, wie oben ausgeführt, als ihr Pächter. Dieses Recht hat er auch noch weiter, soweit ihm die Klägerin nicht ihrerseits kündigen sollte. Es war anders als im Falle des Kaufes der Realkonzession nicht Sinn der mit der Klägerin abgeschlossenen Verträge, daß der Beklagte eine eigene Apotheke erhielt, jedenfalls nicht vor ihrem Tode, einem Zeitpunkt, in dem der Pachtvertrag endet und auch die Erben der Klägerin nunmehr keine Betriebsrechte an der Apotheke mehr haben. Wie ebenfalls bereits dargelegt, war der Beklagte auch vor dem Erlaß des Grundgesetzes, wenn er eine Apotheke führen wollte, auf die pachtweise Ausnutzung einer fremden Personal- oder Realkonzession oder eines Witwenrechts oder den Kauf einer Realkonzession angewiesen; denn eine eigene Betriebserlaubnis konnte er auch nach der wirklichen Rechtslage nicht erhalten, weil er die erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllte, insbesondere das nötige Betriebsberechtigungsalter nicht hatte. Auch später konnte er es erst, nachdem die wahre Rechtslage erkannt war und sich die Verwaltungspraxis nach ihr richtete. Das ist in Berlin allerdings durch Erlaß der neuen vorläufigen Richtlinien über die Erteilung von Apothekenbetriebsberechtigungen vom 1. April 1957 (ABl 416) schon bald nach dem Bekanntwerden des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 (BVerwGE 4, 167 = NJW 1957, 356) geschehen, während andere Länder, z.B. Rheinland-Pfalz (zu vgl. Urteil des Senats vom 29. Oktober 1959) erst noch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 1958 (BVerfGE 7, 377) abge-  
wertet haben.

2. Daß der Beklagte in Berlin seit April 1957 eine eigene Betriebserlaubnis erhalten konnte, bedeutet aber noch nicht, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, daß die Geschäftsgrundlage für seinen Pachtvertrag entfallen ist. Wie der erkennende Senat bereits ausgesprochen hat, kann die Berufung auf den Fortfall der Geschäftsgrundlage nur bei Unzumutbarkeit der weiteren Vertragserfüllung Erfolg haben (insbesondere Urt. v. 29. Oktober 1959 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs) und kommt es bei Kauf- und Pachtverträgen über Real- und Personalkonzessionen sowie über mit solchen verbundenen Apotheken immer auf die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles an (insbesondere Urt. v. 12. April 1960). Von einer solchen Unzumutbarkeit kann hier, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, keine Rede sein. Der Beklagte kann das ausnutzen, worauf er nach dem Pachtvertrag Anspruch hat, nämlich die "I [REDACTED] Apotheke ein Unternehmen der Klägerin, wie oben dargelegt worden ist. Es ist deshalb aus Rechtsgründen nicht angreifbar, wenn das Berufungsgericht dem Beklagten ein außerordentliches Kündigungsrecht versagt hat.

3. Das Berufungsgericht hat nur darüber entschieden, ob der Vertrag durch die beiden Kündigungen aus Juni und Dezember 1958 aufgelöst worden ist. Das ergibt sich eindeutig aus seinen Ausführungen darüber, es brauche nicht geprüft zu werden, ob in dem Verhalten des Beklagten nach Erteilung der Erlaubnis eine weitere Kündigung des Vertrages durch konkludentes Handeln liege, weil eine solche Kündigung erst zum Schluß des Jahres 1959 wirksam sein würde, die gegenwärtige Wirksamkeit des Vertrages also nicht berühre. Seine Entscheidung, der Vertrag vom 4. Mai 1951 sei wirksam, kann daher nur dahin verstanden werden, daß es sein (weiteres) Fortbestehen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung jedenfalls bis zum Schluß des Jahres 1959 hat bejahen, im übrigen aber nicht darüber hinaus hat entscheiden wollen. Ob der Antrag der Klägerin anders hätte ausgelegt werden können, kann unentschieden bleiben, weil diese das Urteil

insoweit nicht angegriffen hat. Es muß daher an sich offen bleiben, ob der Vertrag noch über das Jahr 1959 hinaus fortbestanden hat.

Zu den Ausführungen des Berufungsgerichts, der Beklagte habe den Vertrag gemäß § 3 Abs.2 kündigen können, wenn er sich eine eigene Betriebserlaubnis erteilen lasse, ist jedoch zu bemerken, daß diese Auffassung dann rechtlich bedenklich sein würde, wenn damit gemeint sein sollte, der Beklagte könne seinen Pachtvertrag auch auf Grund der ihm am 11. März 1959 für die Pachträume erteilten Betriebserlaubnis mit der Wirkung kündigen, daß er, ohne weiter Pacht zahlen zu müssen, die Apotheke als eigene weiter betreiben könnte; denn das wäre vertragswidrig und käme auf eine Verrichtung des Witwenrechts der Klägerin und eine Entziehung ihrer Apotheke zu Gunsten des Beklagten hinaus, wie oben bereits dargelegt worden ist. Eine solche Kündigung wäre auf jeden Fall sittenwidrig und damit eine unzulässige Rechtsausübung. Im übrigen dürfte Sinn der Kündigungsbefugnis des Pächters gemäß § 3 Abs.2 des Vertrages nach der Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluß auch nur gewesen sein, dem Beklagten für den Fall, daß er später eine eigene Betriebserlaubnis für andere Räume erhielt, die Möglichkeit zu geben, sich vom Pachtvertrag mit der Klägerin zu lösen (zu vgl. Urteil vom 3. Mai 1960). Dafür spricht hier auch der bereits erwähnte § 5 (Folgen der Beendigung des Vertrages), in dem ausdrücklich für den Fall der Auflösung des Vertrages - unabhängig davon, welche Vertragspartei kündigt - Räumung und Herausgabe der Apotheke an die Klägerin vorgesehen ist, die dann allerdings Warenlager und Einrichtung, letztere zum Zeitwert, übernehmen muß.

C.

In der mündlichen Verhandlung hat die Revision schließlich noch auf § 2 Abs.1 Satz 2 des Pachtvertrages verwiesen.

Dort ist bestimmt: "Tritt ein wesentliches Absinken der Kaufkraft der Deutschen Mark der Bank Deutscher Länder ein gegenüber dem Stand vom 1. Mai 1951 - wesentlich ist ein Steigen des Lebenshaltungsindex für Deutschland um 25 % - so erhöht sich der Pachtzins entsprechend dem Steigen des Lebenshaltungsindex prozentual". Dazu meint die Revision, die Klausel könne nur als genehmigungsfähig betrachtet werden, wenn sie auch zu Gunsten des Schuldners gelte. Tatsächlich sei sie aber nur zugunsten der Klägerin eingegangen. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Der erkennende Senat hat in einem Falle, in dem eine Landeszentralbank dieser Auffassung entsprechend eine nur zugunsten des Gläubigers wirkende Wertsicherungsklausel für den Fall genehmigt hat, daß die Vertragspartner sie auch zugunsten des Schuldners vereinbaren, bereits entschieden, der Schuldner sei in aller Regel nach Treu und Glauben verpflichtet, an einer Vereinbarung dieses Inhalts mitzuwirken; lehne er eine entsprechende Vertragsänderung ab, so sei er so zu behandeln, als sei sie zustande gekommen (Urt. v. 17. Dezember 1959 - VIII ZR 4/59 - WM 1960, 104 = NJW 1960, 523 = MDR 1960, 304).

Auch sonst kann diese Rüge der Revision nicht zum Erfolge verhelfen. Sie zieht selbst die Wirksamkeit des ganzen Vertrages nicht deshalb in Zweifel, weil die genannte Bestimmung wegen fehlender Genehmigung nach § 3 des Währungsgesetzes noch schwebend unwirksam sein könnte. Die erwähnte Klausel hat in den Tatsachenrechtszügen keinerlei Rolle gespielt. Die Klägerin hat sich nie darauf berufen. Der Beklagte hat sie nicht beanstandet. Das Berufungsgericht konnte daher ohne Rechtsirrtum davon ausgehen, daß die Wirksamkeit des Vertrages im übrigen von der etwaigen schwebenden Unwirksamkeit der Klausel nicht berührt werden sollte (§ 139 BGB). Im Rechtsstreit ging es auch nur darum, ob der Vertrag als solcher durch die Kündigungen im Jahre 1958 zur Auflösung gebracht und deshalb nicht mehr wirksam war. Nur darüber ist rechtskräftig entschieden.

Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob es nicht als unzulässige Rechtsausübung hätte angesehen werden müssen, wenn der Beklagte den Versuch gemacht haben würde, über den Umweg dieser einzelnen Bestimmung, auf den sich die Klägerin nie berufen hat, den ganzen Vertrag, aus dem er viele Jahre Nutzen gezogen hat, zu Fall zu bringen, weil er ihm aus anderen, jedoch nicht durchgreifenden Gründen lästig geworden ist.

D.

Da das Urteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthält, mußte seine Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Pagendarm

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Mezger