

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

Ges. über die Verpachtung und die Verwaltung öffentlicher Apotheken v. 13. Dezember 1935, RGBI I 1445, §§ 1, 3; BGB §§ 242 Bb, Ca, 306.

- a) Gegenüber einer Klage auf Zahlung laufender Pachtraten aus einem Apothekenpachtvertrag kann die Berufung des Pächters darauf, er habe vor Abschluß des Vertrages eine einmalige nicht genehmigte "Schwarzzahlung" geleistet, unzulässige Rechtsausübung sein.
- b) In Nordrhein-Westfalen ist das sog. Witwenrecht des Apothekers auch bei auf Grund von Personalkonzessionen betriebenen Apotheken noch nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erhalten geblieben. Die Geschäftsgrundlage für einen auf Grund des Witwenrechts über eine solche Apotheke im Jahre 1955 abgeschlossenen Pachtvertrag ist nicht ohne weiteres entfallen, nachdem durch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts klar gestellt ist, daß eine allgemeine grundsätzliche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit verfassungswidrig ist. Es bedarf vielmehr jeweils der Prüfung im Einzelfall, ob dem Pächter die Vorteile des Vertrages erhalten geblieben sind.

BGH Urt. v. 12. April 1960 - VIII ZR 160/59 - OLG Hamm

V e r k ü n d e t
am 12. April 1960
Wüst, 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 Jürgen Se [REDACTED] in B [REDACTED]/W., Wa [REDACTED] str. [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Apotheker-Witwe Anna N [REDACTED] in M [REDACTED]/W [REDACTED], L [REDACTED] str. [REDACTED],
Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 12. April 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger
und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 22.
Mai 1959 wird auf Kosten des Beklagten zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

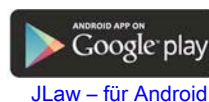
Der im [REDACTED] 1954 verstorbene Ehemann der Klägerin war Apotheker. Durch Urkunde vom 25. Mai 1951 wurde ihm von dem Sozialminister des Landes Nordrhein-Westfalen für seine Person das Recht zur Neuerrichtung und zum Betriebe einer Apotheke in B[REDACTED] verliehen, einem Ort, in dem sich bislang nur eine Apotheke, die E[REDACTED] Apotheke, befunden hatte. Die neue Apotheke wurde unter dem Namen S[REDACTED]-Apotheke im Hause des Gastwirts Ni[REDACTED] eröffnet. Der Ehemann der Klägerin betrieb die Apotheke nicht selbst. Sein Pächter war der Apotheker Sa[REDACTED], der die Räume von Ni[REDACTED] pachtete und die Apotheke vom 1. April 1952 bis 31. Dezember 1954 führte. Der Beklagte wurde unmittelbarer Nachfolger des Sa[REDACTED].

Schon vorher hatte der Ehemann der Klägerin mit dem Grundstückseigentümer Ni[REDACTED] am 26./27. September 1953 zwei Verträge abgeschlossen. In dem ersten Vertrag heißt es, für den Fall, daß der Pachtvertrag zwischen Ni[REDACTED] und Sa[REDACTED] durch irgend welche Umstände aufgelöst werde, verpflichtete sich der Ehemann der Klägerin als Inhaber der Apothekenkonzession, in diesen Pachtvertrag einzutreten. Gleichzeitig verpflichtete sich Ni[REDACTED], den mit Sa[REDACTED] abgeschlossenen Vertrag auf den Ehemann der Klägerin zu übertragen. In dem 2. Verträge ist erklärt (§ 1), er habe zum Ziele, dem Eigentümer Ni[REDACTED] aus seinem Grundstück eine gewisse Altersversorgung zu schaffen, während dem Ehemann der Klägerin die Möglichkeit gegeben werden solle, den bereits vorhandenen Apothekenbetrieb auf dem Grundstück aufrechtzuerhalten. Nach § 2 wurde das gesamte Grundstück verpachtet. Als Beginn ist die Auflösung des Pachtvertrages mit Sa[REDACTED] und als Dauer die Zeit angegeben, während derer der Ehemann der Klägerin oder diese, seine nutzungsberechtigte Witwe, zur Ausnutzung der verliehenen Apothekenkonzession berechtigt seien (§ 3).

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](#)

Nach § 11 war der Ehemann der Klägerin nicht verpflichtet, "den Apothekenbetrieb selbst wahrzunehmen" und das Grundstück zu bewohnen, sondern berechtigt, seine Rechte aus dem Pachtvertrag auf einen von ihm zu bestellenden Pächter zu übertragen.

Nach dem Tode des Ehemannes der Klägerin traten die Parteien in Verhandlungen über die Verpachtung der Apotheke an den beklagten Apotheker. Dieser zahlte am 11. September 1954 einen Betrag von 12 000 DM an die Klägerin, über dessen Zweckbestimmung Streit besteht. Am 12. September 1954 schlossen die Parteien einen Apothekenpachtvertrag, der jedoch wegen des zu hohen Pachtzinses vom Regierungspräsidenten nicht genehmigt wurde. Am 1. August 1955 kam ein neuer Pachtvertrag zustande. Dieser ist für die Lebenszeit der Klägerin mit Rückwirkung vom 1. Januar 1955, dem Tage, an dem der Beklagte die Apotheke übernommen hatte, abgeschlossen (§ 4). Im § 1 dieses Vertrages heißt es, sein Gegenstand sei "das Betriebsrecht (persönliche Konzession) der S■■■■-Apotheke in B■■■■■■■■■■". Unter § 2 "Handelsfirma" ist bestimmt, der Pächter sei verpflichtet, die bisherige Firma der Apotheke zu führen und sich als Pächter in das Handelsregister eintragen zu lassen; die Firma sei, falls noch nicht geschehen, auf Kosten der Verpächterin in dieses einzutragen, sowie der Pächter hafte nicht für Verbindlichkeiten, die vor Beginn des Pachtvertrages begründet sind. Als Pachtzins (§ 3) sind monatlich 5 % des jeweiligen Umsatzes - bei einer Mindestpacht von 500 DM - festgesetzt.

Der Zins sollte bis spätestens zum 10. des folgenden Monats unter Beifügung einer Durchschrift der Umsatzsteueranmeldung des Pächters an die Klägerin abgeführt werden. Spitzenbeträge sollten am Ende des Pachtjahres unter Zugrundelegung der Umsatzsteuerbescheide des Finanzamts durch Verrechnung ausgeglichen werden.

In § 5 und 6 des Vertrages heißt es, Warenlager und Geschäftseinrichtung seien Eigentum des Pächters, er erwerbe

beides vom Vorpächter, soweit dieser es der Klägerin anbiete. Über die Geschäftsbücher ist im § 8 bestimmt, sie würden, soweit sie zur Fortführung des Apothekenbetriebes erforderlich seien, dem Pächter übergeben. Nach § 12 sollen mündliche Nebenabreden ungültig sein und weitere schriftliche Vereinbarungen und etwaige Änderungen des Vertrages nur Gültigkeit haben, wenn sie als Anlagen zu diesem Vertrage schriftlich niedergelegt, unterzeichnet und von der zuständigen höheren Verwaltungsbehörde genehmigt sind.

Am selben Tage schlossen die Parteien einen weiteren schriftlichen Vertrag, nach dem die Klägerin im Rahmen des § 11 des Vertrages ihres verstorbenen Ehemannes vom 26./27. September 1953 mit dem Grundstückseigentümer ihre Rechte aus dem Grundstückspachtvertrage mit diesem auf den Beklagten als Grundstücksunterpächter übertrug. Es wurde dabei bestimmt, das Unterpachtverhältnis solle erlöschen, sobald der Konzessionspachtvertrag vom 1. August 1955 zwischen den Parteien aus irgend einem Grunde zur Auflösung gelange. Der Beklagte verpflichtete sich dagegen, die Klägerin von sämtlichen Forderungen aus dem Pachtvertrage vom 26./27. September 1953 durch unmittelbare Erfüllung an den Grundstückseigentümer freizustellen. Sein Recht, das Grundstück ganz oder teilweise ohne Genehmigung der Klägerin weiterzuverpachten, wurde ausgeschlossen.

Schließlich wurde - ebenfalls am 1. August 1955 - vom Beklagten und dem Bevollmächtigten der Klägerin für diese noch eine Erklärung folgenden Inhalts unterzeichnet:

"Vor Abschluß des Pachtvertrages vom 1. August 1955 erklären die Unterzeichneten hiermit ausdrücklich, daß zwischen ihnen aus der Zeit vor dem 1. Januar 1955 keine außervertraglichen oder vertraglichen Verbindlichkeiten bestehen. Sollten ihnen unabhängig von dieser Erklärung dennoch irgendwelche Leistungs- oder Rückleistungsansprüche aus den Beziehungen vor dem 1. Januar 1955 zustehen, verzichten sie hiermit unwiderruflich auf

das Recht, sie geltend zu machen.

Die Rechte und Pflichten der Unterzeichneten seit dem 1. Januar 1955 sind in dem Pachtvertrag abschließend geregelt."

Den Pachtzins für das Grundstück, in dem sich außer den Apothekenbetriebsräumen auch eine Fünfstückwohnung, die der Beklagte bewohnt, und weitere Räumlichkeiten befinden, zahlt dieser in Höhe von zuletzt etwa 800 DM an den Grundstückseigentümer unmittelbar. Seine Aufwendungen für Gebäudeinstandsetzung betragen etwa 100 DM monatlich. 1956 und 1957 überwies er der Klägerin - unter Beifügung der monatlichen Umsatzsteueranmeldungen - 500 DM monatlich. Für die Zeit nach dem 1. Januar 1958 zahlte er keine Pacht mehr. Die Umsatzsteueranmeldungen für die Monate Januar und Februar 1958 überreichte er erst nach Klageerhebung.

Der Umsatz des Beklagten in der Apotheke betrug unstrittig im Jahre 1956 = 162 744 DM und im Jahre 1957 = 196 734 DM sowie in den Monaten Januar bis März 1958 = 57 156 DM.

Unter Zugrundelegung dieser Umsätze und eines Pachtsatzes von 5 % davon begehrt die Klägerin Zahlung rückständiger Pacht in Höhe von insgesamt 8831,70 DM nebst Zinsen. Sie macht weiter geltend, der Beklagte sei verpflichtet, ihr auch künftighin seine monatlichen Umsatzsteueranmeldungen vorzulegen und an sie 5 % des angemeldeten Umsatzes monatlich an Pacht zu zahlen. Entsprechende Feststellung hat sie beantragt.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung verurteilt und die beantragte Feststellung getroffen. Seine Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Die Revision kann keinen Erfolg haben.

A. Zahlung der 12 000 DM.

I. Das Berufungsgericht hat nicht aufgeklärt, ob die Klägerin diesen Betrag zur Ablösung eines für sie vorgesehenen Wohnrechts in dem Apothekengrundstück erhalten oder ob der Beklagte ihn gezahlt hat, um den Pachtvertrag zu bekommen, d.h. für die Konzession.

Dazu kann dahingestellt bleiben, ob seinen Ausführungen darüber, die Hingabe dieser Summe habe mit dem Apothekenpachtvertrage nichts zu tun, der Regierungspräsident habe diesen mit seinem wirklichen Inhalt genehmigt, in allen Punkten würde beigetreten werden können. Dem Berufungsgericht ist jedenfalls im Ergebnis zu folgen, soweit es hilfsweise ausführt, es stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn der Beklagte aus der Zahlung der 12 000 DM noch Rechte herleiten wolle, nachdem die Parteien ihre in dieser Hinsicht bestehenden Meinungsverschiedenheiten vor Abschluß des endgültigen Pachtvertrages aus der Welt geschafft hatten und das Pachtverhältnis zur Ausführung gekommen und längere Zeit durchgeführt worden sei, ohne daß wegen der 12 000 DM Streit entstanden wäre.

II. Nach dem unstreitigen Sachverhalt hat sich das Berufungsgericht mit dieser Würdigung des gegenwärtigen Verhaltens des Beklagten als eines Verstoßes gegen Treu und Glauben im Hinblick auf sein früheres Verhalten - entgegen der Auffassung der Revision - im Rahmen der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zur Frage der unzulässigen Rechtsausübung, insbesondere durch Berufung auf Formmängel (BGHZ 29, 6, 10 mit Nachweisen), gehalten. Es würde

nicht nur ein hartes, sondern ein schlechthin untragbares Ergebnis sein, wenn der Beklagte aus der einmaligen etwaigen "Schwarzzahlung" von 12 000 DM im Jahre 1954 das Recht herleiten könnte, sich der hochbetagten Klägerin gegenüber den laufenden Verpflichtungen aus dem Pachtvertrage vom 1. August 1955 zu entziehen. Das ist aber, wie der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 10. Oktober 1958 ausdrücklich klargestellt hat, gerade seine Absicht; denn es heißt dort ausdrücklich, der Vortrag des Beklagten gehe nicht etwa dahin, daß diese 12 000 DM zur Aufrechnung gestellt würden, es solle daraus vielmehr Nichtigkeit des ganzen Vertrages hergeleitet werden.

Dabei ist unerheblich, daß, wie die Revision geltend macht, vom Berufungsgericht keine Feststellung getroffen ist, aus der sich ein Anhaltspunkt dafür gewinnen ließe, der Beklagte habe von sich aus veranlaßt, daß die Zahlung der 12 000 DM für die Verpachtung der Konzession nicht in den der Behörde vorgelegten Vertrag aufgenommen wurde. Unterstellt man seinen Vortrag als richtig, der Betrag sei wirklich dafür bezahlt, dann mußte auch der Beklagte, daß die Zahlung der Behörde hätte mitgeteilt werden müssen. Alsdann verstößt es aber, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat, gegen Treu und Glauben, wenn er sich angesichts seiner ausdrücklichen schriftlichen Erklärung vom 1. August 1955 nach Jahren darauf beruft, diese Zahlung sei ohne Genehmigung erfolgt und das mache den ganzen Pachtvertrag wegen "Schwarzzahlung" unwirksam oder sogar nichtig. Durch Verschieben dieses Grundes kann er sich nicht Verpflichtungen entziehen, die ihm aus anderen Gründen lästig geworden sind.

Bei der Würdigung des Verhaltens des Beklagten als unzulässige Rechtsausübung kann nämlich auch nicht unberücksichtigt bleiben, daß er den Verzicht auf die Rückzahlung der 12 000 DM, der in der Erklärung vom 1. August 1955 liegt, - nach dem unstreitigen Sachverhalt - erst über zehn Monate nach ihrer Zahlung und vor allem erst, nachdem er die Apotheke

bereits sieben Monate geführt hatte, abgegeben hat, als er wissen mußte, was ihm die Pachtung "wert" war, und daß der neue Pachtvertrag vom 1. August 1955 mit einer Mindestpacht von 500 DM und einer Umsatzpacht von 5 % günstiger war als der erste nicht genehmigte Vertrag vom 12. September 1954, der 600 DM Mindestpacht bei 6 % Umsatzpacht vorgesehen hatte. Eines der Bedenken des Regierungspräsidenten gegen diesen früheren Vertrag hatte aber darin gelegen, ob der Beklagte wirklich die angestrebte Umsatzhöhe von 150 000 DM mit einiger Sicherheit würde erzielen können (vgl. Schreiben vom 29. Januar 1955), während unstreitig bereits 1956 mit 162 744 DM ein höherer Umsatz und ab 1957 sogar weit höhere Umsätze (um 200 000 DM und mehr) erreicht worden sind. Auch diese günstige Entwicklung kann bei der Würdigung und Wertung des jetzigen Verhaltens des Beklagten mit in den Kreis der Betrachtungen einbezogen werden.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte könne unabhängig davon, wofür die 12 000 DM in Wirklichkeit gezahlt sind, aus dieser Zahlung jedenfalls nicht für sich allein das Recht herleiten, die laufenden Pachtzahlungen zu verweigern, ist danach aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

B.

Das Berufungsgericht hat auch ohne Rechtsirrtum das Bestehen sonstiger Bedenken gegen die Rechtswirksamkeit des Pachtvertrages vom 1. August 1955 verneint.

I. Witwenrecht.

Die Befugnis der Klägerin, die Stadt-Apotheke in Burgsteinfurt, für die ihr verstorbener Ehemann die persönliche Konzession besaß, an den Beklagten zu verpachten, leitet das Berufungsgericht aus ihrem "Witwenrecht" her.

Dieses Recht war in den altpreußischen Gebietsteilen des ehemaligen Landes Preußen, zu denen Nordrhein-Westfalen gehörte, in § 4 der Revidierten Apothekerordnung vom 11. Oktober 1801 (abgedruckt bei Wilson/Blanke, Apotheken- und Arzneimittelrecht IV B B/1) für die Witwe des privilegierten Apothekers verankert. Auch, nachdem durch Kabinettsorder vom 30. Juni 1894 (Urban, Apothekengesetze 6. Aufl. S. 273) in Verbindung mit dem Ministerialerlaß vom 5. Juli 1894 betr. Erteilung neuer Apothekenkonzessionen (MBl iV 119) und dem Erlaß vom 5. September 1894 betr. die Einführung der Personalkonzession für Apothekengerechtigten (MinBl iV 146) in Preußen das System der reinen Personalkonzession als unveräußerliches und unvererbliches Recht ohne die sog. Präsentationsbefugnis, nämlich ohne das Recht zur Benennung eines Rechtsnachfolgers, eingeführt worden war, blieb trotzdem dieses Witwenrecht erhalten; denn in der genannten Kabinettsorder (Abs. 4) ist ausdrücklich bestimmt, der Witwe solle es erlaubt sein, die Apotheke nach Maßgabe des § 4 der Revidierten Apothekerordnung vom 11. Oktober 1801 zu verwalten zu lassen. Soweit die Revision-Unternahme auf § 2 dieser Apothekerordnung in Verbindung mit § 463 ALR II 8 und § 63 ALR Einl. - ausführt, die Verpachtung von Apothekenkonzessionen durch Witwen sei schon deshalb unzulässig, weil persönlichkeitsgebundene Privilegien mit dem Abgang des Privilegierten (Konzessionsträgers) erlöschen, geht ihre Rüge fehl; denn für Apothekenkonzessionen ist, wie soeben ausgeführt, nach Einführung des Allgemeinen Landrechts (1. Januar 1796) gerade bestimmt, daß sie nicht erlöschen, sondern noch durch die Witwe genutzt werden können.

Das Witwenrecht blieb auch - ebenso wie das sog. Waisenrecht - später unangetastet. Erst durch das noch heute in Kraft befindliche Gesetz über die Verpachtung und Verwaltung öffentlicher Apotheken vom 13. Dezember 1935 (RGBl. I 1445) trat insofern eine Änderung ein, als im § 1 Abs. 1 dieses Gesetzes bestimmt worden ist, öffentliche Apotheken, die auf

Grund landesrechtlicher Bestimmungen für Rechnung der Witwe des verstorbenen Inhabers weitergeführt werden dürfen, müssen für die Dauer dieser Zeit an einen approbierten Apotheker verpachtet werden. Ob aber die Witwe zur Weiterführung der Apotheke - früher durch Verwaltung, jetzt durch Verpachtung - berechtigt ist, bestimmt sich auch nach diesem Gesetz weiterhin nach Landesrecht. Durch dieses Gesetz wurde jedoch der Streit darüber gegenstandslos, ob eine Apothekenkonzession durch Verpachtung genutzt werden konnte, auf den die Revision verweist, und der früher für Preußen bei auf Grund einer Personalkonzession betriebenen Apotheke dahin entschieden ist, eine Verpachtung sei schlechthin unzulässig (Adlung, Die Apothekenbesitzrechte in den deutschen Ländern, 1927 S. 30; Urban, aaO S.290; Hamburger, Die preußischen Apothekenbetriebsrechte 1928, S.53, RG JW 1927, 2209 Nr. 25). Wie der erkennende Senat in seinem Urteil vom 29. Oktober 1959 (- VIII ZR 147/58 - NJW 1960,332) eingehend dargelegt hat, ist seit Inkrafttreten des Gesetzes von 1935 die Zulässigkeit der Verpachtung auch für solche Apotheken allgemein zu bejahen und muß auch die rechtliche Möglichkeit, reine Betriebsberechtigungen zu verpachten, anerkannt werden.

Nach Erlass des Gesetzes vom 13. Dezember 1935 ist eine Änderung der alten landesgesetzlichen Bestimmungen über das Witwenrecht in Preußen nicht erfolgt. Diese Vorschriften galten ebenso wie das genannte Reichsgesetz nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945 weiter. Sie sind deshalb auch in dem sich neu bildenden Lande Nordrhein-Westfalen geltendes Recht geblieben. Dort wurden nach dem Runderlaß des Oberpräsidenten der Nordrheinprovinz betreffend die Verleihung von Apothekenbetriebsrechten vom 8. Februar 1946 (M u VBl NRW 1946, 183) in der Fassung des Erlasses des Innenministers vom 16. Juni 1956 (MBl Sp. 1516) persönliche Betriebsrechte verliehen. Das Witwenrecht blieb auch weiterhin anerkannt. Darin ist auch nichts durch das Gesetz über die vorläufige Regelung der Betriebs-

erlaubnis für Apotheken vom 4. Juni 1957 (GVBl 159) geändert. Im § 1 Abs. 4 aaO heißt es vielmehr ausdrücklich, eine vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes (nach § 8 aaO am 15. Juni 1957, dem Tage nach erfolgter Verkündung) erteilte Betriebsberechtigung sei nach dem Ableben des Betriebsrechtsinhabers seiner Witwe für die Zeit ihres Witwenstandes auf Antrag zur Nutzung zu übertragen. Dazu ist in den Verwaltungsvorschriften zu diesem Gesetz, in dem Runderlaß des Innenministeriums vom 14. Juni 1957 (MinBl Sp. 1429) zu § 1 unter Nr. 3, die ausdrückliche Anordnung ergangen, Witwen, welche bei Inkrafttreten des Gesetzes eine Betriebsberechtigung nutzten, behielten das Nutzungsrecht, ohne daß es eines Antrages oder einer Bestätigung bedürfe. Auch im Schrifttum ist allgemein anerkannt, daß durch das Gesetz vom 4. Juni 1957 alte Nutzungsrechte der Witwe in Nordrhein-Westfalen unberührt bleiben (Gardemann, PharmZtg 1957, 933; Femmer, PharmZtg 1957, 1190; Eberhard, Pharm.Ztg 1958, 165; Graß, PharmZtg 1958, 1188). Dazu verweist das Berufungsgericht mit Recht auch auf die Ausführungen des Abgeordneten Köllen als Berichterstatters in der Sitzung des Landtages Nordrhein-Westfalen vom 22. Mai 1957 (3. Sitzungsperiode Bd. 3, 2113). Nur für die Zukunft wird gelegentlich in Zweifel gezogen, daß eine Apotheke nach dem Tode des Inhabers der Betriebsberechtigung von seiner überlebenden Witwe noch verpachtet werden kann (Femmer aaO), worauf es jedoch hier nicht ankommt.

II. Gegenstand des Pachtvertrages.

1. Keinen Rechtsirrtum enthalten die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es feststellt, dem Beklagten sei hier nicht lediglich die Personalkonzession, sondern die S-[REDACTED]-Apotheke in B-[REDACTED] als Sachgesamtheit und als Inbegriff von rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen verpachtet worden. Das widerspricht zwar, wie die Revision hervorhebt, insofern dem Wortlaut des § 1 des Vertrages, als es darin heißt, sein Gegenstand sei "das Betriebsrecht

(persönliche Konzession) der S [REDACTED]-Apotheke in B [REDACTED]". Dafür, daß das Berufungsgericht diese Bestimmung, die es im Tatbestand seines Urteils wörtlich wiedergegeben hat, übersehen und deshalb nicht in den Kreis seiner Betrachtungen einbezogen haben könnte, ist kein Anhalt gegeben. Es liegt aber im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung und der ihm obliegenden Auslegung individueller Willenserklärungen, wenn es aus der Überschrift (Apothekenpachtvertrag) in Verbindung mit weiteren Einzelregelungen des Vertrages (§ 2 über die Führung der Firma einschließlich des Haftungsausschlusses, § 4 über die Pachtdauer mit den vorgesehenen Kündigungsmöglichkeiten, § 7 in Verbindung mit dem Raumunterpachtvertrag vom selben Tage), wobei es insbesondere auf die Verkoppelung der Unterverpachtung der Räume mit der Apothekenverpachtung verweist, als Sinn des Vertrages Verpachtung der Apotheke als Betrieb annimmt. Das ist eine nicht nur mögliche, sondern auch der Lebenserfahrung entsprechende Würdigung und Auslegung, an die das Revisionsgericht gebunden ist.

2. Die in diesem Zusammenhang von der Revision auf § 286 ZPO gestützten Verfahrensrügen greifen nicht durch.

Es ist gleichgültig, ob der Ehemann der Klägerin oder diese im Handelsregister schon eingetragen gewesen sind, was im Verträge offen geblieben ist, und ob die Klägerin darauf gedrungen hat, der Beklagte möge sich eintragen lassen. Daß eine Eintragung nicht erfolgt war, hat das Berufungsgericht ersichtlich nicht übersehen - über die Nichteintragung ist sogar eine Bescheinigung der Geschäftsstelle des Amtsgerichts B [REDACTED] vom 10. Oktober 1958 vorgelegt worden -, sondern ohne Rechtsirrtum für unerheblich gehalten; denn das Wesentliche ist, daß der Beklagte die bislang unter dem Namen "S [REDACTED]-Apotheke B [REDACTED]" betriebene Apotheke übernahm und unter dieser Bezeichnung weiterführen mußte, ihr also z.B. keinen anderen Namen geben durfte.

Ebenso ist ohne Bedeutung, daß er das gesamte Inventar (Einrichtung mit Medikamenten) auf seine Kosten in die Apotheke eingebracht hat, weil sein Pachtvorgänger dieses nicht der Klägerin zum Kauf angeboten, sondern mitgenommen hat. Das ist in §§ 5 und 6 des Vertrages vorgesehen und ist vom Berufungsgericht ausdrücklich erwähnt. Unstreitig, aber unerheblich ist ferner, daß der verstorbene Ehemann der Klägerin die erst am 1. April 1952 errichtete Apotheke nie selbst betrieben hatte, daß sie vielmehr von Anfang an bis 31. Dezember 1954 von dem Apotheker Sa [REDACTED] geführt worden war. Ins Leere ging der Beweisantrag, letzterer habe "von der Klägerin weder eine Firma und ihre Werbekraft noch andere Immaterialgüter gepachtet und habe ihr auch keine immateriellen Werte übertragen (Schriftsatz vom 10. Oktober 1958 S. 3), auf den die Revision verweist. Sa [REDACTED] hatte die Apotheke unstreitig als Pächter in Ausnutzung der dem Ehemann der Klägerin erteilten Personalkonzession auf Grund eines, wie zu unterstellen ist, von der zuständigen Behörde genehmigten Pachtvertrages geführt. Er betrieb sie deshalb nicht aus eigenem, sondern auf Grund abgeleiteten Rechtes. Mit Ablauf seines Pachtvertrages mußte er den Betrieb an den Ehemann der Klägerin und nach dessen Tode an diese herausgeben, wobei er ihr das Inventar anbieten oder es auch mitnehmen konnte, so daß es neu beschafft werden mußte. Das ändert aber nichts daran, daß die immateriellen Werte des beim Ausscheiden von Sa [REDACTED] immerhin bereits fast drei Jahre unter dem Namen S [REDACTED]-Apotheke geführten Betriebes nicht dem Pächter, sondern der Klägerin als Verpächterin (in Rechtsnachfolge ihres Ehemannes) zustanden, ohne daß es einer besonderen Übertragung auf sie bedurfte. Der frühere Pächter war nicht etwa zur Übertragung der Apotheke als Gewerbebetrieb auf einen anderen befugt, mag ihm auch die Einrichtung gehört haben. Er hat ein solches Recht nach dem unstreitigen Sachverhalt auch nicht für sich in Anspruch genommen. Gleichgültig ist auch, daß Sa [REDACTED] selbst einen unmittelbaren Pachtvertrag mit dem Grundstückseigentümer gehabt hatte; denn der Ehemann

der Klägerin hatte sich durch besonderen Vertrag mit letzterem inzwischen die Räume für sich und die Klägerin gesichert, so daß diese in der Lage war, sie dem Beklagten zu verschaffen. Daß die Übertragung der Räume in der Form eines besonderen Unterpachtverhältnisses erfolgte, ist unerheblich; denn das Berufungsgericht konnte ohne Rechtsirrtum annehmen, daß dieser Vertrag in unmittelbarem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang mit dem Pachtvertrag stand, in dessen § 7 ausdrücklich auf ihn als Anlage dazu verwiesen ist. Dabei ist wiederum unerheblich, ob der Beklagte jetzt vielleicht - theoretisch - in der Lage sein mag, "eine" Apotheke auch in anderen Räumen in B [REDACTED] zu führen. Die S [REDACTED]-Apotheke kann er ohne Genehmigung der Klägerin jedenfalls nicht verlegen.

III. Unmöglichkeit der Leistung und Wegfall der Geschäftsgrundlage.

1. Die Ausführungen zu II, insbesondere zu II 2 am Schluß, ergeben bereits, daß das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum - auch unter Berücksichtigung der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 (BVerStGE 4, 167 = NJW 1957, 356) und des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 1958 (BVerfGE 7, 377, 443) - weder ursprüngliche noch spätere Unmöglichkeit der Leistung annehmen konnte. Durch die genannten Urteile ist zwar klargestellt, daß eine allgemeine grundsätzliche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit mit Prüfung des Bedürfnisses und Zulassung nur unter Berücksichtigung des Betriebsabrechungsalters, Grundsätze, nach denen auch in Nordrhein-Westfalen bei der Verleihung neuer Apothekenpersonalkonzessionen bis zum Gesetz vom 4. Juni 1957 verfahren ist, schon seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes verfassungswidrig gewesen ist. Denn, wie insbesondere in dem erwähnten Urteil des Bundesverfassungsgerichts näher ausgeführt worden ist, entspricht der damaligen und der gegenwärtigen Verfassungsrechtslage allein die Niederlassungsfreiheit, verstanden als das Fehlen objektiver Beschränkungen der Zulassung. Das bedeutet jedoch noch nicht,

wie der erkennende Senat bereits in seinem Urteil vom 29. Oktober 1959 (VIII ZR 147/58 = NJW 1960, 332) ausgeführt hat, daß jeder Apotheker ohne jede behördliche Erlaubnis eine Apotheke neu hätte errichten können. Ebenso wie das in dem damals entschiedenen Fall anzuwendende rheinland-pfälzische Landesgesetz über die vorläufige Regelung der Errichtung von Apotheken (vorläufiges Apothekengesetz) vom 24. Juli 1958 (GVBl 127) sieht auch das bereits mehrfach erwähnte nordrhein-westfälische Apothekengesetz vom 4. Juni 1957 in seinem § 1 Abs. 1 vor, daß wer eine Apotheke (neu) betreiben will, dazu einer Erlaubnis bedarf, in der Ort und Betriebsgrundstück der Apotheke anzugeben sind.

Aus allem ergibt sich zwar, daß im Jahre 1951, als der Ehemann der Klägerin die Betriebserlaubnis für eine (neue) Apotheke in B [REDACTED] erhielt, wenn die wahre Rechtslage damals bereits erkannt worden wäre und der Beklagte einen entsprechenden Antrag gestellt hätte, auch ihm dieses Recht hätte erteilt werden müssen, wenn er sich entsprechende Räume hätte sichern können. Dem Beklagten hätte in der Folgezeit auf Antrag auch, bevor er die S [REDACTED]-Apotheke pachtete, das Recht verliehen werden müssen, eine dritte Apotheke in B [REDACTED] zu errichten. Niemals hatte er jedoch ein Recht darauf, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat, das Betriebsrecht gerade für die S [REDACTED]-Apotheke in B [REDACTED], das mit dieser Apotheke als Unternehmen und Gewerbebetrieb verbunden war, zu bekommen; denn dieses Betriebsrecht durfte, wie oben ausgeführt worden ist, die Klägerin kraft Witwenrechts durch Verpachtung nutzen.

Nach allen kann keine Rede davon sein, daß Gegenstand des Pachtvertrages ein Recht gewesen ist, das dem Beklagten ohnehin zustand. Nichtigkeit des Pachtvertrages gemäß § 306 BGB, wie die Revision meint, kann deshalb nicht angenommen werden. Soweit sie in diesem Zusammenhang auf Entscheidungen des Reichsgerichts (RGZ 80, 311, 316; 150, 216, 218; WarnRspr. 1916 Nr. 162) verweist, kann ergänzend auf die Ausführungen

in dem bereits erwähnten Urteil des erkennenden Senats vom 29. Oktober 1959 (NJW 1960, 332) Bezug genommen werden. Der diesem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich von dem hier zu beurteilenden zu Ungunsten des Beklagten sogar noch dadurch, daß es sich dort um die Verpachtung eines reinen Betriebsrechts handelte, während hier das Betriebsrecht bereits mit einer mehrere Jahre betriebenen Apotheke verbunden war und kraft Witwenrechtes genutzt werden konnte.

2. Ebenso wenig enthalten die Ausführungen des Berufungsgerichts, soweit es dem Beklagten eine Berufung auf den Fortfall oder auch nur auf eine (wesentliche) Änderung der Geschäftsgrundlage versagt, einen Rechtsirrtum zu seinem Nachteil.

Dabei unterstellt das Berufungsgericht, die Parteien seien entsprechend der damaligen allgemeinen Ansicht in Apotheker- und Behördenkreisen bei Vertragsabschluß davon ausgegangen, die Nutzung einer Apotheke sei für den Beklagten nur auf dem Weg über die Überlassung der persönlichen Konzession möglich gewesen und daß sie dieser bei der Vereinbarung des Pachtzinses Bedeutung beigemessen hätten. Es geht weiter davon aus, nach damaliger Beurteilung sei Inhalt der Personalkonzession als eines subjektiven öffentlichen Rechts auch der Rechtsvorteil gewesen, daß sich der Konzessionsinhaber nur einer sehr beschränkten Konkurrenz ausgesetzt sah. Es meint jedoch, der Beklagte müsse sich entgegenhalten lassen, daß eine Veränderung der wirtschaftlichen Lage zu seinen Ungunsten bislang nicht eingetreten sei. Dazu verweist es darauf, in B [REDACTED] seien nach wie vor nur zwei Apotheken vorhanden, die streitige und die E [REDACTED]-Apotheke, und hebt hervor, daß sich der Umsatz des Beklagten während der Pachtzeit von Jahr zu Jahr erheblich auf über 200 000 DM gesteigert habe. Dabei erwägt es, die Festpacht (gemeint Mindestpacht) von 500 DM setze nur einen Umsatz von 120 000 DM voraus, den der Beklagte seit Jahren bei weitem überschreite; jede Umsatzminderung jenseits dieses Mindestbetrages bringe aber für ihn zwangsläufig eine Anpassung des Pachtzinses mit sich.

Abschließend kommt es zu dem Ergebnis, bei dieser Sachlage würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn man dem Beklagten das Recht zugestehen wollte, durch Richterspruch eine Lösung von dem Pachtvertrag oder eine Änderung des Vertrages durch Herabsetzung des Pachtzinses zu erlangen. Er könne sich bei der geschilderten überaus günstigen Entwicklung der S-[REDACTED]-Apotheke in B-[REDACTED], möge diese auch zu einem großen Teil auf seiner persönlichen Tüchtigkeit beruhen, in seinen wirtschaftlichen Erwartungen, die er an den Abschluß des Pachtvertrages mit der Klägerin geknüpft habe, nicht getäuscht sehen und ihm sei deshalb billigerweise zuzumuten, seinerseits die vereinbarten Leistungen weiter zu erbringen.

Das Berufungsgericht hat bei diesen Gedankengängen nicht verkannt, daß durch die Einführung der unbeschränkten Niederlassungsfreiheit, richtiger die Erkenntnis, daß diese der gegenwärtigen Verfassungslage entspricht, die Geschäftsgrundlage für einen Apothekenpachtvertrag entfallen sein kann. Mehr hat der erkennende Senat in seinem von der Revision angeführten Urteil vom 13. Oktober 1959 - VIII ZR 120/58 - NJW 60, 93 nur Leitsatz = MDR 1960, 44) für den Kaufvertrag betreffend eine Realkonzession nicht ausgesprochen. Dieser Fall lag im übrigen insofern besonders, als hier eine Apothekerin eine Realkonzession (ohne Apotheke) noch im Februar 1956 für rund 70 000 DM gekauft hatte. Davon waren 7000 DM noch nicht bezahlt, die Gegenstand des Rechtsstreits waren. Noch bevor die Apothekerin auf Grund der gekauften Realkonzession ihrer mit dem Kauf verbundenen Absicht entsprechend eine neue Apotheke hatte errichten können, wurde die wahre Rechtslage auf Grund des bereits erwähnten Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 erkannt und konnte die neue Apotheke nunmehr von ihr auf Grund einer Personalkonzession errichtet werden, die gegen Zahlung einer Verwaltungsgebühr von nur 300 DM erworben werden konnte. Im vorliegenden Falle nutzt der Beklagte jedoch die gepachtete Apotheke (mit der Betriebserlaubnis) seit Jahren unangefochten mit Gewinn. Er könnte sie auch heute nicht ohne

den Pachtvertrag mit der Klägerin betreiben.

Es kommt nach allem sowohl bei Kauf- und Pachtverträgen über Real- und Personalkonzessionen sowie über mit solchen verbundenen Apotheken, die vor den erwähnten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts, d.h. vor dem Erkennen der wahren Rechtslage, abgeschlossen sind, bei der Entscheidung, ob und inwieweit ein Fortfall der Geschäftsgrundlage anzunehmen ist, immer auf die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles an. Das ist vom erkennenden Senat auch in der bereits mehrfach erwähnten Entscheidung vom 29. Oktober 1959 - VIII ZR 147/58 - NJW 1960, 332 ausgesprochen. Dort ist (insoweit aaO nicht abgedruckt) ausgeführt, der Einwand, die Geltendmachung der vom Gläubiger aus einem Vertrage hergeleiteten Forderungen wegen Fehlens oder Fortfalls der Geschäftsgrundlage ^{Sei} ~~unzulässig~~, könne ^{unzulässig} nur ausnahmsweise, nämlich nur dann zum Erfolge führen, wenn dem Schuldner die Erfüllung des Vertrages ganz oder doch teilweise nicht mehr zugemutet werden könne (mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs). Es ist hervorgehoben, der Umstand allein, daß der auf Zahlung der Pacht aus einem Pachtvertrag über eine Apothekenkonzession in Anspruch genommene Apotheker, wenn die wahre Rechtslage bereits erkannt gewesen wäre, auch eine eigene Konzession hätte erhalten müssen, könne eine Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage noch nicht ohne weiteres rechtfertigen, jedenfalls dann nicht, wenn ihm die Vertragsvorteile erhalten geblieben sind. Daß das hier der Fall ist, hat das Berufungsgericht aber gerade festgestellt. AaO ist auch betont, es müßten besondere Umstände dargetan werden, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, z.B. Errichtung weiterer Apotheken ohne Bedürfnisprüfung. Solche Umstände hat aber der Beklagte nicht vorzubringen vermocht.

An der Würdigung und der Feststellung des Berufungsgerichts, eine erhebliche Leistungsstörung, die eine Herabsetzung

des Pachtzinses rechtfertigen könnte, sei nicht eingetreten, würde sich im Übrigen auch nichts ändern, wenn der Beklagte jetzt vielleicht eine andere Apotheke günstiger würde pachten können, ganz abgesehen davon, daß es auch hierzu an einem schlüssigen Vortrag fehlt.

Bei der hier gegebenen besonderen Sachlage bestehen auch keine rechtlichen Bedenken dagegen, daß der Feststellungsklage stattgegeben ist; denn dadurch wird der Beklagte nicht gehindert, falls später doch noch eine - jetzt nicht voraussehbare - wesentliche Änderung der Verhältnisse eintreten sollte (z.B. durch Errichtung einer oder gar mehrerer weiterer Apotheken in B [REDACTED]), die sein Festhalten am Vertrage nunmehr - ganz oder auch teilweise - unzumutbar erscheinen lassen würden, diese Umstände - gegebenenfalls in einem neuen Verfahren - geltend zu machen.

C.

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthält, ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner