

Nachschlagewerk: nein
Amtliche Sammlung: nein

2198 076

BGB § 597

Es ist eine Frage der Vertragsauslegung, ob ein Apotheker, der mit dem Inhaber einer Personalkonzession einen Pachtvertrag geschlossen hat, nach dem er selbst die räumlichen und sachlichen Voraussetzungen für den Betrieb der Apotheke zu schaffen hatte, verpflichtet ist, bei Beendigung des Pachtverhältnisses dem Verpächter eine eingerichtete Apotheke zur Verfügung zu stellen.

BGH, Urt. v. 29. Januar 1964 - VIII ZR 166/62 - KG Berlin

VIII ZR 166/62

Verkündet
am 29. Januar 1964
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 Hans W. in D., K.
L.straße,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Apothekerswitwe Auguste M. geb. D. in
B., R. Straße

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. Januar 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter
Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in
Berlin vom 10. Mai 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwie-
sen, dem auch die Entscheidung über die Kosten
des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Ehemann der Klägerin betrieb auf Grund einer Personalkonzession im Hause B [REDACTED], K [REDACTED] die "T [REDACTED] Apotheke". Das Haus wurde im Jahre 1944 infolge der Kriegssereignisse zerstört. Der Ehemann starb. Im Jahre 1949 erwarb der Beklagte auf dem Nachbargrundstück K [REDACTED] ein Holzhaus, richtete es für den Betrieb einer Apotheke ein, schloß mit dem Grundstückseigentümer am 1. Juli 1949 einen zehnjährigen Mietvertrag mit Verlängerungsklausel, und nahm dort mit Zustimmung der Klägerin, mit der er am 22. Juni 1949 einen Vorvertrag geschlossen hatte, im Jahre 1950 unter der Firma "Apotheke L [REDACTED] Platz Pächter Hans W [REDACTED]" einen Apothekenbetrieb auf. Die Parteien unterschrieben am 23. April 1952 folgenden Vertrag:

"Apotheken-Pachtvertrag

§ 1 Gegenstand des Pachtvertrages

Gegenstand des Pachtvertrages ist die T [REDACTED] Apotheke in B [REDACTED], K [REDACTED]. Sie wird betrieben auf Grund einer Personal-Konzession.

Da diese Apotheke durch Feindeinwirkung total zerstört worden ist, hat Herr W [REDACTED] (Beklagter) auf Grund der erteilten Genehmigung des Landesgesundheitsamtes B [REDACTED] die Apotheke auf seine Kosten neu aufgebaut und eingerichtet. Die Apothekenräume befinden sich in einem auf dem L [REDACTED] Platz in B [REDACTED] errichteten Holzhaus, welches Eigentum des Herrn W [REDACTED] ist. Mit dem Grundstückseigentümer und Vermieter des Platzes hat Herr W [REDACTED] einen Mietvertrag abgeschlossen, gemäß welchem Herr W [REDACTED] der entsprechende Grundstücksteil, auf welchem das ihm gehörige Holzhaus steht, zur Unterhaltung einer Apotheke vermietet ist und zwar bis zum 30. Juni 1959 mit Verlängerungsklausel. Herr W [REDACTED] hat danach das Verfügungsrecht über die Apothekenräume mindestens bis zum 30.6.1959.

§ 2 Handelsfirma

Der Pächter wird die bisherige T [REDACTED] Apotheke nach Genehmigung des Antrages der Verpächterin auf Umänderung der Firmenbezeichnung unter folgender Bezeichnung führen:

"Apotheke L [REDACTED] Platz Pächter: Hans W [REDACTED]"



... ..

§ 3 Pachtzins

... ..

§ 4 Pachtdauer

1. Der Pachtvertrag läuft vom 1. Juli 1949 bis zum 30. Juni 1959. Wird der Vertrag nicht mit einer Frist von 6 Monaten zum Vertragsende gekündigt, so verlängert er sich jeweils um 3 Jahre.
2. Der Pächter kann den Pachtvertrag vorzeitig unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist zum Schluß eines Kalendervierteljahres lösen, wenn er eine Apothekerkonzession erhält.
3. Stirbt die Verpächterin, so bleibt das Pachtverhältnis vorbehaltlich einer gesetzlichen Neuregelung des Apothekenrechts bis zur Neuverleihung des Apothekenbetriebsrechts bestehen.
4. Stirbt der Pächter, so endet das Pachtverhältnis mit seinem Tode. Es gilt alsdann folgendes:
Da der Pächter Eigentümer des Holzhauses, der gesamten Apothekeneinrichtung sowie des Warenlagers ist, ferner auch Mieter des Apothekengrundstücks ist, verpflichtet sich die Verpächterin,
 - a) das Warenlager zu übernehmen und den Wert in bar an die Erben des Pächters auszusahlen, die Übernahme von Warenmengen, die dem normalen Geschäftsumfang des Apothekenbetriebs nicht angemessen sind, sowie von unbrauchbaren, verdorbenen oder unverkäuflichen und veralteten Vorräten kann die Verpächterin ablehnen,
 - b) die Apothekeneinrichtung zum Tageskurs zu übernehmen und den Wert an die Erben des Pächters zu zahlen. Höhe und Zahlungsweise soll einer späteren Vereinbarung zwischen der Verpächterin und den Erben des Pächters überlassen bleiben,
 - c) das Holzhaus entweder käuflich zu erwerben oder einen Mietvertrag mit den Erben des Pächters über das Holzhaus abzuschließen, dessen Mietzins mindestens 250 DM (zweihundertfünfzig) monatlich betragen muß,
 - d) die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag vom 1.7.1949 zwischen der Grundstückseigentümerin und dem Pächter zu übernehmen,
 - e) bis zum Abschluß eines neuen Pachtvertrages hat die Verpächterin die Hälfte des monatlichen Reingewinns an die Erben des Pächters abzuführen, jedoch müssen der Verpächterin in jedem Falle mindestens 400 DM monatlich verbleiben.

5. Tritt der Fall der Ziffer 2) ein, so übernimmt die Verpächterin die gleichen Verpflichtungen wie zu Ziffer 4) a) - d).
6. Sollte eine neue Gesetzgebung das Witwenrecht des Pächters regeln, so soll diese Regelung an Stelle der vorstehenden Vereinbarungen treten, falls die Erben des Pächters dies verlangen.
7. Der Pächter verpflichtet sich, auf seine Kosten rechtzeitig vor Übergabe der Apotheke an die Verpächterin eine amtliche Besichtigung der Apotheke zu beantragen und die dabei sich ergebenden Beanstandungen auf seine Kosten beheben zu lassen. Er hat zu diesem Zwecke die Besichtigung 3 Monate vor Ablauf des Pachtvertrages bei der zuständigen Behörde zu beantragen.

B [REDACTED], den 23. April 1952

Hans W [REDACTED]

Auguste M [REDACTED]".

Mit Schreiben vom 1. Dezember 1958 kündigte der Beklagte den Pachtvertrag gemäß § 4 Nr. 1 des Vertrages zum 30. Juni 1959. Am 10. Juni 1959 ließ die Klägerin durch ihren Anwalt dem Beklagten schreiben:

"In der Angelegenheit des Pachtvertrages mit Frau Auguste M [REDACTED] habe ich Ihnen in ihrem Auftrage folgendes mitzuteilen:

Sie haben den Pachtvertrag gekündigt, nachdem Sie bei dem Senator für Gesundheitswesen den Antrag gestellt haben, Ihnen für die Apotheke am L [REDACTED] Platz eine Betriebsberechtigung zu erteilen. Damit treten die Bedingungen des Pachtvertrages § 4 Ziffer 2, 4 und 5 in Kraft. Meine Mandantin ist bereit, ihren Verpflichtungen gem. Ziffer a, b, c und d des § 4 nachzukommen. Ich bitte mir deshalb mitzuteilen:

- 1) Welchen Wert das Warenlager, das sich z.Zt. in Ihrer Apotheke befindet, annähernd haben wird,
- 2) welchen Wert die Apothekeneinrichtung nach Ihrer Auffassung zum Tageskurs hat und
- 3) zu welchem Preis das Holzhaus zu erwerben ist oder ob Sie bereit sind, einen Mietvertrag über das Holzhaus abzuschließen.

Ich bitte um Mitteilung, ob Sie Ihren Verpflichtungen gem. Ziffer 7 des § 4 nachgekommen sind.

Ihrer Antwort sehe ich bis zum 20. Juni 1959 entgegen."

Der Beklagte antwortete durch seinen Anwalt mit Schreiben vom 25. Juni 1959:

"In der Angelegenheit Pachtvertrag M [REDACTED] / W [REDACTED] hat mich Herr Apotheker Hans W [REDACTED], B [REDACTED], F [REDACTED] Str. [REDACTED] mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt und mir Vollmacht erteilt.

Demgemäß erwidere ich auf Ihr an Herrn W [REDACTED] gerichtetes Schreiben vom 10.6.1959 folgendes:

1. Der Pachtvertrag ist zu seinem endgültigen Ablauf rechtzeitig gekündigt worden.
2. § 4 des Pachtvertrages legt meinem Mandanten keinerlei Verpflichtungen der in Ihrem Schreiben vom 10.6.1959 erwähnten Art auf.
3. Der Pachtvertrag mit Frau Auguste M [REDACTED] ist infolge der ordnungsmäßigen Kündigung meines Mandanten zum vertragsmäßigen Ablauf mit dem 30. Juni 1959 erloschen. ..."

Nachdem der Beklagte inzwischen vom Landesgesundheitsamt selbst eine Betriebserlaubnis erhalten hatte, betrieb er ab 1. Juli 1959 die Apotheke in den bisherigen Räumen weiter, nach seinen Angaben unter der (neuen) Firma "W [REDACTED]'s Apotheke". Zum 1. Oktober 1960 veräußerte er den Betrieb an einen anderen Apotheker.

Die Klägerin steht auf dem Standpunkt, der Beklagte habe nicht nur ihre Konzession, sondern die Apotheke als Unternehmen gepachtet und schulde ihr deshalb gemäß § 597 BGB den Pachtzins von monatlich 450 DM auch für die Zeit vom 1. August 1959 bis zum 30. September 1960 mit 6 750 DM. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr entsprochen. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht davon aus, das Pachtverhältnis sei durch die Kündigung des Beklagten zum 30. Juni 1959 be-

endet worden. Pachtgegenstand, den der Beklagte gemäß §§ 581 Abs. 2, 556 Abs. 1 BGB habe zurückgeben müssen, sei nicht die Konzession, sondern die Apotheke gewesen. Das ergebe sich vor allem aus § 1 des Pachtvertrages. Auch § 4 Ziff. 4, 5 und 7 des Vertrages sprächen dafür, daß die Apotheke als wirtschaftlicher Betrieb verpachtet worden sei. Nach dem Sinn und Zweck des Vertrages sei es der Klägerin um mehr als die bloße Verpachtung ihres Witwenrechts gegangen, und der dahingehende Wille habe in dem Vertrage hinreichenden Ausdruck gefunden. Der Beklagte sei allerdings zur Herausgabe der Apotheke nur Zug um Zug gegen die nach § 4 des Vertrages von der Klägerin zu erbringenden Leistungen verpflichtet. Diese Leistungen habe die Klägerin mit Schreiben vom 10. Juni 1959 angeboten. Die Klageforderung sei danach gemäß § 597 BGB begründet.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Vertrag unrichtig und unter Verletzung von Verfahrensvorschriften (§ 286 ZPO) ausgelegt. Die Revision ist begründet.

1. Im Schriftsatz vom 30. April 1962 hat der Beklagte vortragen lassen:

"Die Parteien sind immer davon ausgegangen, daß lediglich die nackte Konzession verpachtet wurde. Die Parteien waren sich hierüber in den zahlreichen Verhandlungen, die schließlich zur endgültigen Formulierung des Pachtvertrages führten, völlig darüber einig.

Der unterzeichnete Prozeßbevollmächtigte bietet sich hiermit als Zeuge dafür an, daß die Parteien bei Abschluß des Pachtvertrages davon ausgingen, daß die Klägerin nur das reine Konzessionsrecht bzw. die Nutzung ihres Rechts als Witwe besaß und auch nur dieses Recht verpachten wollte und verpachtet hat."

Das Berufungsgericht hat offenbar diesen Beweisantrag im Auge, wenn es ausführt (UA S. 9):

"Würdigt man die Verhältnisse, wie sie vor und bei dem Abschluß des Pachtvertrages bestanden, so ist nach dem Sinn und Zweck des Vertrages kein Zweifel darüber möglich, daß es der Klägerin um mehr als die bloße Verpachtung ihres Witwenrechts gegangen ist und der dahingehende Wille in dem Vertrag hinreichenden Ausdruck gefunden hat. Für davon etwa abweichende Vorstellungen der Parteien ist daneben kein Raum. Es kommt deshalb nicht auf die Behauptung des Beklagten an, die Parteien seien bei Vertrags-schluß davon ausgegangen, daß die Klägerin nur das reine Konzessionsrecht bzw. die Nutzung ihres Rechts als Witwe besessen habe und auch nur dieses Recht verpachten wollte und verpachtet habe. Daß die Klägerin bis zum Abschluß des Pachtvertrages nur noch das reine Betriebsrecht besaß, entsprach gewiss den damaligen Vorstellungen der Parteien. Darüber, was die Parteien zum Gegenstand des Pachtvertrages machen wollten, verhält sich maßgeblich der Vertrag selbst."

Diese Begründung kann nicht rechtfertigen, daß das Berufungsgericht den Beweisantrag des Beklagten übergangen hat. Zutreffend konnte allerdings das Berufungsgericht als unstrittig und deshalb des Beweises nicht bedürftig ansehen, daß die Klägerin vor dem Abschluß des Pachtvertrages nur ihre Konzession in der Hand hatte, während alles übrige, was zum Betrieb der Apotheke noch erforderlich war (Gebäude, Mietrecht, Einrichtung, Warenlager) vom Beklagten zu stellen war. Damit war aber für eine Auslegung des Vertrages nichts Entscheidendes gewonnen. Die Klägerin konnte ihre Konzession in der Weise nutzen, daß sie nur die Konzession, oder in der Weise, daß sie mit der Konzession zugleich das

- allerdings erst vom Beklagten zu schaffende - wirtschaftliche Unternehmen Apotheke an den Beklagten verpachtete. Ob das eine oder das andere der Sinn des Pachtvertrages war, konnte nur durch dessen Auslegung ermittelt werden. Dabei kam es entscheidend auf den Willen der Parteien an. Von einer Eindeutigkeit des Vertrages kann nicht die Rede sein. Das Berufungsgericht selbst hat sich im Beschluß vom 31. Oktober 1961, durch den es der Klägerin das Armenrecht verweigerte, zunächst ausdrücklich der Auffassung des Landgerichts angeschlossen, verpachtet gewesen sei nur die Konzession und nicht ein wirtschaftliches Unternehmen. Es war deshalb, weil der Vertrag auslegungsbedürftig war, der wirkliche Wille der Parteien zu erforschen (§ 133 BGB). Dabei konnte der Beweisantrag des Beklagten nicht übergangen werden. Als Tatsachekern, der einem Beweis durch Zeugen zugänglich war, enthielt er die Behauptung, in den Verhandlungen, die dem Vertragsabschluß vorausgingen, hätten die Parteien immer wieder zum Ausdruck gebracht, daß nur die Konzession verpachtet werden sollte. Das Berufungsgericht verstieß, wenn es, ohne diesem Beweisangebot nachzugehen, feststellte, es sei der Klägerin um mehr als die bloße Verpachtung ihres Witwenrechts gegangen, gegen § 286 ZPO. Denn es setzte sich zu der ordnungsmäßig unter Beweis gestellten Behauptung des Beklagten in Widerspruch. Schon dieser Verfahrensverstoß zwingt gemäß § 564 ZPO zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

2. Auch sonst begegnet die Begründung der Auslegung des Berufungsgerichts, das sich dabei im wesentlichen nur mit dem Wortlaut des Vertrages auseinandersetzt, teilweise rechtlichen Bedenken.

a) Das Berufungsgericht findet eine Stütze für seine Auslegung in erster Linie in § 1 des Vertrages. Es ent-

nimmt dieser Bestimmung, Gegenstand des Pachtvertrages sei die von dem Erblasser der Klägerin betriebene Apotheke in dem Zustand, in den sie nach der Zerstörung zur Ausübung der Konzession wieder versetzt werden mußte und von dem Beklagten seit 1949 tatsächlich auch versetzt worden sei. Das ergibt sich aber nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des Vertrages.

§ 1 Abs. 1 des Vertrages bezeichnet als Gegenstand des Pachtvertrages "die T [REDACTED] Apotheke in B [REDACTED], K [REDACTED]". Abs. 2 des Vertrages berichtet, daß diese Apotheke durch Feindeinwirkung total zerstört worden sei, und daß der Beklagte auf dem Nachbargrundstück "die Apotheke" neu aufgebaut und eingerichtet habe. Es hätte einer Begründung dafür bedurft, daß Abs. 2 des § 1 nicht nur die Leistungen des Beklagten vertraglich festhalten, sondern zugleich - in Verbindung mit Abs. 1 - den Vertragsgegenstand verbindlich umschreiben sollte. Die Aufzählung der Leistungen des Beklagten in Abs. 2 des § 1 konnte - von anderen Möglichkeiten abgesehen - ihren Grund auch darin haben, daß dem Landesgesundheitsamt gegenüber, das den Vertrag zu genehmigen hatte, klar zu legen war, daß die vom Beklagten auf dem Nachbargrundstück zu betreibende Apotheke identisch mit der vom Ehemann der Klägerin früher betriebenen T [REDACTED] Apotheke war, auf die sich allein die Konzession der Klägerin bezog.

b) Einen weiteren Anhaltspunkt für seine Auslegung findet das Berufungsgericht in § 4 Ziff. 4 und 5 des Vertrages. Danach war die Klägerin verpflichtet, wenn das Pachtverhältnis durch den Tod des Beklagten endigte, oder wenn der Beklagte selbst eine Apothekerkonzession erhielt und deshalb den Pachtvertrag vorzeitig (§ 4 Ziff. 2) kündigte, Warenlager und Einrichtung gegen Bezahlung zu übernehmen, das Holzhaus zu erwerben oder zu mieten und die Rechte

und Pflichten aus dem Grundstücksmietvertrag zu übernehmen. Das Berufungsgericht meint, diese Regelung sei vom Standpunkt der Klägerin aus weder verständlich noch wirtschaftlich vertretbar, wenn der Beklagte nur die Konzession gepachtet hätte. Diese Wertung ist offensichtlich unrichtig (§ 286 ZPO).

Auch wenn die Klägerin nur die Konzession verpachtet hatte, konnte es sowohl im Interesse des Beklagten (bzw. seiner Erben) wie der Klägerin liegen, daß diese in der vorgesehenen Weise die Apotheke übernahm. Wenn der Beklagte, weil er selbst eine Apothekerkonzession (für eine andere Apotheke - so ist der Vertrag zu verstehen -) erhalten hatte, den Pachtvertrag vorzeitig kündigte, so hatte er ein Interesse daran, daß die Klägerin die Apotheke übernahm, weil er dann nur auf diese Weise seine in die Apotheke gemachten Investitionen von der Klägerin zurückerhielt. Entsprechendes hätte für den Fall des Todes des Beklagten gegolten, und zwar wiederum unabhängig davon, ob der Beklagte nur die Konzession oder auch die Apotheke gepachtet hatte. Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts sprechen also die Vertragsklauseln zu § 2 Ziff. 2, 4 und 5 nicht ohne weiteres für die von der Klägerin vertretene Vertragsauslegung.

c) Eher kann das schon von der Bestimmung des § 4 Ziff. 7 gelten, nach der der Beklagte, und zwar 3 Monate vor Ablauf des Pachtvertrages, eine amtliche Besichtigung der Apotheke zu beantragen und die dabei sich ergebenden Beanstandungen rechtzeitig vor der Übergabe der Apotheke beheben zu lassen hatte. Auch hier bleibt allerdings die - vom Berufungsgericht nur durch eine Unterstellung beantwortete - Frage offen, ob die hier dem Beklagten auferlegte Nebenpflicht für jeden Fall der Beendigung des Vertragsverhältnisses gelten sollte, oder nur für den in § 4 Ziff. 2 geregelten Sonderfall.

Das Berufungsgericht wird bei der ihm nach Ziff. 1 ohnehin obliegenden erneuten Auslegung den aufgezeigten Gesichtspunkten Rechnung zu tragen haben.

3. Für die neue Verhandlung wird auf folgendes hingewiesen:

a) Das Berufungsgericht, das eine Klagegrundlage allein im Gesetz (§§ 597, 581 Abs. 2, 556 Abs. 1 BGB) findet, hebt zu eng lediglich auf den Pachtgegenstand ab. Es berücksichtigt dabei nicht, daß bei der besonderen Fallgestaltung eine Rückgabe des Pachtgegenstandes, wie sie §§ 581 Abs. 2, 556 Abs. 1 BGB als gesetzliche Folge der Beendigung des Pachtverhältnisses anordnen, hier nicht in Frage steht, sondern eine Übertragung des im wesentlichen vom Beklagten geschaffenen Betriebes, durch Übereignung des Hauses, des Warenlagers und des Inventars an die Klägerin und ihren Eintritt in den Grundstücksmietvertrag, und zwar gegen Auszahlung des Beklagten. Dafür ist unmittelbare Grundlage nicht das Gesetz, sondern der Vertrag. Es kommt deshalb darauf an, ob die Parteien vereinbart haben, daß der Beklagte auch im Falle einer normalen Vertragsbeendigung (§ 4 Ziff. 1 des Vertrages) eine eingerichtete Apotheke der Klägerin zur Verfügung zu stellen hatte. Dabei ist anzuknüpfen an § 4 Ziff. 4 und 5 des Vertrages, der für zwei Fälle der vorzeitigen Beendigung des Pachtverhältnisses die Pflicht der Klägerin zur Übernahme der Apotheke im einzelnen regelt. Durch Auslegung wird zu klären sein, ob diese Sonderregelung nach dem Willen der Parteien allgemein für jeden Fall der Beendigung des Pachtverhältnisses oder jedenfalls auch für den hier gegebenen Fall der normalen Vertragsbeendigung nach § 4 Ziff. 1 gelten sollte. Die Auslegung wird sich ferner, worauf die Revision zutreffend hinweist, auch damit auseinanderzusetzen haben, daß § 4 Ziff. 4 und 5 des Vertrages seinem Wortlaut nach nur eine Verpflichtung der Klägerin

zur Übernahme - und zwar offensichtlich im Interesse des Beklagten - begründet. Für die Klage kommt es aber darauf an, ob die Parteien auch ein Übernahmerecht der Klägerin und eine damit korrespondierende Herausgabe - und Übertragungspflicht des Beklagten begründen wollten. Bei der Auslegung des Vertrages sind aber nicht nur dessen Inhalt - dabei auch die Bestimmung des Pachtgegenstandes in § 1, sowie § 4, Ziff. 7 (s. oben unter 1) -, sondern alle Umstände zu berücksichtigen, aus denen sich Anhaltspunkte für den Vertragswillen der Parteien ergeben können, insbesondere die Vorverhandlungen und nicht zuletzt die Interessenlage der Parteien beim Abschluß des Vertrages.

b) Kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß nach dem Vertrag auch bei normaler Beendigung des Pachtverhältnisses der Beklagte der Klägerin die Apotheke zu überlassen hatte, so bedarf die Frage des Wegfalles der Geschäftsgrundlage einer erneuten Prüfung. Der Einwand des Beklagten läßt sich nicht ohne weiteres mit einem Hinweis auf frühere Entscheidungen des erkennenden Senats ablehnen. Der Senat hat vielmehr wiederholt darauf hingewiesen, daß es - was sich schon aus der Eigenart dieser Einwendung als Unterfall der Arglistseinrede ergibt - immer auf den einzelnen Fall ankomme, welche Bedeutung dem Wegfall der Bedürfnisprüfung bei der Erteilung der Apothekenbetriebserlaubnis (BVerfGE 7, 377) für den einzelnen Apothekenpachtvertrag zukomme (vgl. Urt. vom 12. April 1960, VIII ZR 160/59 = MDR 60, 667). Hier stellt sich die Frage so, ob die Parteien zur Grundlage des Vertrages die Erwartung gemacht haben, der Beklagte werde ohne die Konzession der Klägerin in seinem Holzhaus K[REDACTED] bei normalem Auslaufen des Pachtverhältnisses eine Apotheke nicht betreiben können, und ob die Klägerin gegen Treu und Glauben verstößt, wenn sie den Beklagten gleichwohl an der Pflicht festhält, ihr die Apotheke

zu überlassen. Das könnte allerdings nur ausnahmsweise aus gewichtigen Gründen bejaht werden, weil ein Schuldner seine Leistung grundsätzlich auch unter geänderten Verhältnissen zu erbringen hat.

c) Ebenfalls erneut zu prüfen ist der Einwand des Beklagten, die Klägerin sei zur Zeit der Beendigung des Pachtverhältnisses nicht in der Lage gewesen, die ihr obliegenden Gegenleistungen für die Übernahme der Apotheke zu erbringen. Das Berufungsgericht hält diesen Einwand schon deshalb für unbegründet, weil der Beklagte selbst nicht am Vertrage festhalte. Es meint, der Einwand des Beklagten hänge mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zusammen und der Schuldner, der seine Leistung überhaupt ablehne, könne nach feststehender Rechtsprechung nicht die (verzögerliche) Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben. Das mag zwar richtig sein, trifft aber nicht den vorliegenden Fall. Weder klagt die Klägerin auf Erfüllung des Vertrages (Überlassung der Apotheke), noch beruft der Beklagte sich auf die Einrede aus § 320 BGB. Der Beklagte wendet vielmehr gegenüber dem Anspruch der Klägerin auf Entschädigung wegen Vorenthaltung des Pachtgegenstandes ein, eine solche sei nicht gegeben, weil er ohne die Gegenleistung der Klägerin, zu der sie außerstande gewesen sei, ihr die Apotheke nicht habe zu überlassen brauchen. Dieser Einwand ist schlüssig. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob er auch begründet ist.

Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen, weil sie von der Entscheidung in der Hauptsache abhängt.

Dr. Haidinger Artl Dr. Mezger Dr. Messner Mormann