

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 242/75

URTEIL

Verkündet am
28. März 1977
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Apothekenbesitzerin Marie-Luise N[REDACTED] in Os[REDACTED],
Mö[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Apotheker Friedrich H[REDACTED] in Li[REDACTED], Kreis Ni[REDACTED]/
W[REDACTED], L[REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. März 1977 durch die Richter Hoffmann, Wolf, Merz, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 4. Juli 1975 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Im Dezember 1972 schlossen der Beklagte und der Apotheker Thomas N■■■■, der Vater der Klägerin, einen schriftlichen Vertrag, durch den der Apotheker N■■■■ die ihm gehörende La■■■■-Apotheke in Li■■■■ ab 1. Juli 1973 auf fünf Jahre an den Beklagten verpachtete. In dem Vertrag ist u.a. vereinbart:

"§ 7 Abs. 7:

Nach dem Ableben des Verpächters wird das Pachtverhältnis mit den Erben des Verpächters fortgesetzt, soweit diese verpachtungsberechtigt sind. Sind die Erben nicht verpachtungsberechtigt, erlischt der Vertrag kraft Gesetzes mit dem Ableben des Verpächters.

§ 7 Abs. 8:

Sind die Erben verwaltungsberechtigt nach § 13 des Apothekengesetzes und machen sie von diesem Recht Gebrauch, so ist der Pächter

- 3 -

berechtigt, durch Erklärung gegenüber den Erben die Verwaltung der Apotheke zu übernehmen.

§ 14 Abs. 1:

Der Pächter verpflichtet sich, während der Dauer des Pachtverhältnisses und innerhalb eines Zeitraumes von drei Jahren nach Beendigung in Liebenau oder in einem Umkreis von 8 km um die Pachtapotheke keine eigene Apotheke zu eröffnen, eine Apotheke weder zu pachten noch zu übernehmen, sich nicht mittelbar oder unmittelbar an einer Apotheke zu beteiligen, in Diensten einer solchen tätig zu sein oder während der Dauer des Pachtverhältnisses ein solches Vorhaben zu betreiben.

§ 14 Abs. 2:

Für den Fall der Zuwiderhandlung kann der Verpächter ... entweder den Anspruch auf Unterlassung oder den Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe gegen den Pächter geltend machen. Die Vertragsstrafe wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung auf 50 000 DM festgesetzt, wobei die Geltendmachung eines höheren Schadens nicht ausgeschlossen ist."

Am 28. Mai 1973 verstarb der Verpächter. Er wurde von der Klägerin als Alleinerbin beerbt. Diese ist nach dem Apothekengesetz zur Verpachtung einer Apotheke nicht berechtigt.

Ab 1. Juli 1973 führte der Beklagte die La[REDACTED]-Apotheke. Nachdem der Regierungspräsident in H[REDACTED] ihm zunächst - am 27. Juni 1973 - die Erlaubnis zum Betrieb der Apotheke als Pächter erteilt hatte, nahm er diese am 17. Oktober 1973 zurück. Daraufhin schlossen die Parteien den Verwaltungsvertrag vom 10. November 1973, der den Beklagten berechtigte und verpflichtete, die La[REDACTED]-Apotheke bis zum 28. Mai 1974 als Verwalter für die Klägerin zu betreiben, wozu der Regierungspräsident in H[REDACTED] seine Genehmigung erteilte.



Der Beklagte, der zunächst mit der Klägerin wegen des Erwerbes der La[REDACTED]-Apotheke verhandelt hatte, kaufte mit notariellem Vertrag vom 28. Dezember 1973 das in Li[REDACTED] Ecke L[REDACTED]-O[REDACTED]straße gelegene Grundstück. Anfangs Januar 1974 begann er damit, das Geschäftshaus, das auf dem Grundstück errichtet war, zu einer Apotheke umzubauen. Zugleich hängte er im Laden des Hauses ein Schild mit der Aufschrift aus: "Apotheke demnächst hier". Dem daraufhin gestellten Antrag der Klägerin, dem Beklagten durch einstweilige Verfügung zu untersagen, eine eigene Apotheke in Li[REDACTED] zu eröffnen und Vorbereitungsmaßnahmen hierfür zu treffen, gab das Landgericht statt. Das Berufungsgericht wies ihn ab.

Im vorliegenden Rechtsstreit erhielt die Klägerin zunächst den mit der einstweiligen Verfügung geltend gemachten Unterlassungsanspruch aufrecht. Außerdem begehrte sie die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihr sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihr aus Handlungen des Beklagten entstanden sei, die gegen den Unterlassungsanspruch verstoßen hätten. Hilfsweise verlangte sie die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung einer Vertragsstrafe wegen Verstoßes gegen die Vereinbarung in § 14 Abs. 2 des Pachtvertrages vom Dezember 1972. Nachdem der Beklagte im Juni 1974 eine Apotheke auf dem von ihm in Li[REDACTED] gekauften Grundstück eröffnet hatte, erklärte die Klägerin die Unterlassungs- und Feststellungsklage in der Hauptsache für erledigt. Sie verlangt noch die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung eines Schadensersatzes von 150 000 DM. Die Klägerin macht geltend, sie könne, weil zwei Apotheken in Li[REDACTED] unrentabel seien, ihr Grundstück, das mit Apotheke 271 000 DM wert gewesen sei, nur noch für etwa 10 000 DM verkaufen.

Sie meint, der Beklagte müsse ihr den Unterschiedsbetrag von 261 000 DM als Schadensersatz bezahlen. Mit der Klage macht sie den Teilbetrag von 150 000 DM geltend.

Das Landgericht hat den Schadensersatzanspruch der Klägerin dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Entscheidungsgründe

1. Das Berufungsgericht führt aus:

Auf das im Pachtvertrag vom Dezember 1972 vereinbarte Wettbewerbsverbot könne der von der Klägerin geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht gestützt werden. Da die Klägerin nach § 9 Abs. 1 des Gesetzes über das Apothekenwesen (ApothG) vom 20. August 1960 (BGBl I 697) in der Fassung des § 15 der Bundesapothekerordnung vom 5. Juni 1968 (BGBl I 601) und des Art. 24 1. StrRG vom 25. Juni 1969 (BGBl I 645) zur Verpachtung der Apotheke nicht berechtigt gewesen sei, sei der von ihrem Vater abgeschlossene Vertrag nämlich mit dessen Tod am 28. Mai 1973 kraft Gesetzes unwirksam geworden (§§ 134 BGB, 12. ApothG) und aufgrund der Vereinbarung der Parteien in § 7 Abs. 7 des Pachtvertrages erloschen. Falls die Parteien bei Übernahme der Apotheke durch den Beklagten einen neuen Pachtvertrag abgeschlossen haben sollten, sei dieser wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 ApothG ebenfalls unwirksam. Auch aus dem Verwaltungsvertrag

30

vom 10. November 1973 könne die Klägerin die geltend gemachte Schadensersatzforderung nicht herleiten. Eine Konkurrenzklausel enthalte dieser nicht. Gegen seine Treuepflicht aus dem Vertrag habe der Beklagte durch die Eröffnung einer eigenen Apotheke nicht verstoßen. Auch aus Verschulden bei Vertragsschluß hafte der Beklagte nicht. Die Verhandlungen der Parteien über den Abschluß eines Kaufvertrages seien noch nicht so weit gediehen gewesen, daß daraus eine Treuepflicht des Beklagten hergeleitet werden könnte. Die Klägerin habe auch noch nicht darauf vertrauen dürfen, daß der Beklagte das Grundstück kaufe. Die Voraussetzungen des § 826 BGB habe die Klägerin nicht dargetan.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Dahingestellt bleiben kann, ob die vom Berufungsgericht in Übereinstimmung mit Hoffmann ApothG, § 9 Rdn. 10 vertretene Ansicht richtig ist, ein wirksam zustandekommener Pachtvertrag werde gemäß §§ 134 BGB, 12 ApothG unwirksam, sobald eine der Voraussetzungen entfalle, die für die Zulässigkeit der Verpachtung nach § 9 ApothG erforderlich seien. Aus dem Zusammenhang der Ausführungen des Berufungsgerichts (BU S. 11 zu bb) ergibt sich nämlich, daß es angenommen hat, in der Vereinbarung der Parteien in § 7 Abs. 7 Satz 2 des Pachtvertrages sei nicht, wie die Revision meint, lediglich die Feststellung einer nach Meinung der Vertragschließenden kraft Gesetzes eintretenden Rechtsfolge, sondern die Abrede zu sehen, daß der Pachtvertrag erlösche, wenn der Verpächter sterbe und seine Erben nach dem Apothekengesetz nicht verpachtungsberechtigt seien. Diese Auslegung ist möglich. Sie verstößt nicht gegen die Denkgesetze oder allgemeine Auslegungsregeln

und ist deshalb für den Senat bindend. Sie ist im übrigen auch naheliegend, weil nicht einzusehen ist, weshalb die Vertragspartner mit der genannten Vertragsbestimmung lediglich eine deklaratorische Feststellung hätten treffen wollen.

b) Als der Beklagte am 1. Juli 1973 die Apotheke in Li[REDACTED] übernahm, lag somit ein wirksamer Pachtvertrag nicht vor, der ihm die Eröffnung eines Konkurrenzbetriebes am gleichen Ort hätte verbieten können. Ob die Parteien ab 1. Juli 1973 ausdrücklich oder stillschweigend einen Pachtvertrag abgeschlossen haben, was das Berufungsgericht zu Gunsten der Klägerin unterstellt hat, ist unerheblich. Auch aus einer solchen Vereinbarung kann die Klägerin den geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht herleiten, weil sie nach § 12 ApothG wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 Nr. 2 ApothG nichtig wäre.

c) Dadurch, daß der Regierungspräsident in H[REDACTED] dem Beklagten erlaubte, die La[REDACTED]-Apotheke in Li[REDACTED] als Pächter zu betreiben, ist die Nichtigkeit des Pachtvertrages vom Dezember 1972 wie eines etwa ab 1. Juli 1973 geschlossenen Pachtvertrages nicht geheilt worden. Wie bereits das Berufungsgericht ausgeführt hat, handelt es sich bei der Erlaubniserteilung um eine öffentlich-rechtliche Maßnahme, die weder bestimmt noch dazu geeignet ist, auf bürgerlich-rechtliche Rechtsbeziehungen gestaltend einzuwirken.

d) Auch auf den Verwaltungsvertrag vom 10. November 1973 kann die Klägerin ihren Schadensersatzanspruch nicht stützen. Entgegen der Annahme der Revision ist der Verwalter einer Apotheke nicht gehalten, auch nach Be-

endigung seiner Verwaltungstätigkeit den Betrieb einer Konkurrenzapotheke zu unterlassen. Nach dem Apothekengesetz besteht ein solches Konkurrenzverbot nicht. Allerdings ist die Treuepflicht des Verwalters Nebenpflicht eines Dienstvertrages. Diese reicht aber nicht so weit, daß der Verwalter verpflichtet wäre, Vorbereitungen für die für die Zeit nach Beendigung des Dienstvertrages vorgesehene Eröffnung eines Konkurrenzbetriebes zu unterlassen und nach Beendigung des Dienstvertrages nicht in Konkurrenz zu seinem Arbeitgeber zu treten. Trotz seiner nach § 13 Abs. 1 Sätze 2 und 3 und Abs. 3 ApothG gewährleisteten fachlichen Selbständigkeit steht der Apothekenverwalter zu dem Inhaber der Apotheke in einem Angestelltenverhältnis (Hoffmann ApothG § 13 Rdn. 14 und Schiedermaier/Blanke/Stammbberger/Dittrich ApothG, Grundlagen und Grundbegriffe VI 5). Für Arbeitnehmer besteht aber für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Konkurrenzverbot ohne besondere Vereinbarung grundsätzlich nicht. Vertragliche Wettbewerbsverbote, denen sich technische Angestellte, Handlungsgehilfen, Handelsvertreter, Lehrlinge und Volontäre für diese Zeit unterwerfen, sind nur unter bestimmten Voraussetzungen statthaft (§§ 133 f GewO, 74 ff und 90 a HGB, 5 Abs. 1 und 19 BerufsbildungsG BGBl 1969 I 1112). Diese Bestimmungen haben den Sinn, Arbeitnehmern nach Beendigung des Dienstvertrages hinsichtlich ihrer gewerblichen Tätigkeit Entfaltungsfreiheit zu gewährleisten (vgl. für den Handlungsgehilfen BAG AP Nr. 10 zu § 74 HGB). Aus diesen Regelungen entnehmen Rechtsprechung und Schrifttum übereinstimmend, daß der ausgeschiedene Arbeitnehmer zur Unterlassung von Wettbewerb grundsätzlich nicht verpflichtet ist (vgl. Staudinger/Weber BGB, 11. Aufl., § 242 Rdn. A 992 m.Nachw.). Der Senat teilt diese Auffassung. Der Arbeitnehmer kann daher im allgemeinen bis zu den

durch die §§ 1 UWG, 823 und 826 BGB gesteckten Grenzen zu seinem ehemaligen Arbeitgeber in Wettbewerb treten (vgl. Schaub RdA 1971, 268 m.Nachw.). Dieser Grundsatz gilt auch für den Verwalter einer Apotheke. Auch unter dem Gesichtspunkt, daß die Erben die Möglichkeit der Verwaltung haben, um sich während der nach § 13 ApothG auf ein Jahr beschränkten Vertragsdauer über das Schicksal der Apotheke schlüssig zu werden (vgl. Hoffmann, ApothG, § 13 Rdn. 3), ist eine andere Beurteilung nicht gerechtfertigt. Das kann allenfalls von Bedeutung dafür sein, ob und in welchem Umfang dem Verwalter während des Bestehens des Dienstvertrages ein Wettbewerb untersagt ist. Diese Frage ist hier aber nicht zu entscheiden. Der Senat brauchte deshalb auch nicht darüber zu befinden, ob der Beklagte dadurch gegen seine Treuepflicht aus dem Verwaltungsvertrag verstoßen hat, daß er in dem Laden, den er zu einer Apotheke umbaute, darauf hinwies, daß dort "demnächst eine Apotheke eröffnet werde". Daß dieses Verhalten des Beklagten für ihren Schaden ursächlich gewesen sei, hat die Klägerin zwar in der Berufungsbegründung behauptet, sie hatte indessen entgegen den Ausführungen in der Berufungsbegründung hierfür keinen Beweis angetreten.

e) Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe den von der Klägerin geltend gemachten Schaden auch nicht aus Verschulden bei Vertragsabschluß zu erstatten, wendet sich die Revision ebenfalls ohne Erfolg.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts standen die Parteien allerdings in Vertragsverhandlungen. Der Beklagte wollte die Apotheke der Klägerin kaufen und die Klägerin hatte vor, sie dem Beklagten zu verkaufen. Die

Parteien vereinbarten deshalb die Erholung eines Gutachtens über den Wert des Grundstücks und über den Geschäftswert der Apotheke und die Klägerin bewirkte unstreitig auch die Erholung dieses Gutachtens. Der dann vom Beklagten vorgenommene Abbruch der Vertragsverhandlungen begründete aber noch keine Schadensersatzpflicht. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, daß ein Verhandlungspartner auch dann, wenn der andere Teil den Abschluß des Kaufvertrages erwartet, grundsätzlich Vertragsverhandlungen abbrechen darf, ohne sich schadensersatzpflichtig zu machen (BGH Urteil vom 17. Mai 1962 - VII ZR 224/60 = WM 1962, 936; BGH Urteil vom 14. Juli 1967 - V ZR 120/64 = NJW 1967, 2199 und BGH Urteil vom 18. Oktober 1974 - V ZR 17/73 = NJW 1975, 43). Nur in Ausnahmefällen hat der Bundesgerichtshof den Kaufanwärter, der vom Kauf Abstand genommen hat, für schadensersatzpflichtig gehalten. Eine Schadensersatzpflicht wurde stets nur unter der Voraussetzung angenommen, daß der Vertragspartner der Annahme sein durfte, der Vertrag werde mit Sicherheit zustandekommen (vgl. BGH Urteil vom 6. Februar 1969 - II ZR 86/67 = LM BGB § 276 (Fa) Nr. 28 = MDR 1969, 641 = WM 1969, 595, BGH Urteil vom 10. Juli 1970 - V ZR 159/67 = NJW 1970, 1840 = WM 1970, 1110 und BGH Urteil vom 12. Juni 1975 - X ZR 25/73 = NJW 1975, 1774 m.w.Nachw.). Daran fehlte es hier aber, weil die Parteien sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts darüber einig waren, daß der Beklagte nicht jeden von den Gutachtern ermittelten Preis akzeptieren werde. Die von der Revision gegen diese Feststellung erhobenen Angriffe haben keinen Erfolg. Soweit sie geltend macht, der Beklagte habe von Anfang an erklärt, er wolle die Apotheke kaufen, er habe bis gegen Ende 1973 ein Interesse an dem käuflichen Erwerb der Apotheke bekundet, er habe eine Kaufabsicht in seinem Schreiben an den

Regierungspräsidenten in H[REDACTED] vom 15. September 1973 bekräftigt und bei der Besprechung vom 10. November 1973, bei der die Erholung eines Gutachtens über den Wert des Grundstücks und der Apotheke vereinbart wurde, habe zwischen den Parteien Einigkeit darüber bestanden, daß der Beklagte das Grundstück mit Apotheke kaufen sollte (Rev.Begr. S. 9), ist darauf zu verweisen, daß auch das Berufungsgericht davon ausgeht, daß der Beklagte die Apotheke kaufen wollte. Daraus, daß der Beklagte am gleichen Ort ein anderes Grundstück erwarb, vermag die Klägerin keine Ansprüche herzuleiten. Dazu war er berechtigt. Entgegen der Meinung der Revision durfte er das auch noch, nachdem die Klägerin mit seinem Einverständnis einen Sachverständigen mit der Erstattung eines Gutachtens über den Wert des Grundstücks und der Apotheke beauftragt hatte. Unstreitig mußte das Haus der Klägerin umgebaut werden, um den gesetzlichen Anforderungen für den Weiterbetrieb der Apotheke zu genügen. Länger als bis zum 28. Mai 1974 durfte der Beklagte aber nach § 13 ApothG nicht als Verwalter der La[REDACTED]-Apotheke tätig sein. Unter diesen Umständen wäre es für ihn ein Risiko gewesen, sich darauf zu verlassen, daß der beabsichtigte Kaufvertrag zustande kam. Das mußte sich auch die Klägerin sagen. Jedenfalls aus diesem Grunde bestand keine Rechtspflicht für den Beklagten, die Klägerin über seine anderweitigen Kaufverhandlungen zu unterrichten. Der Beklagte mußte die Klägerin allerdings unverzüglich von dem Abschluß des Kaufvertrages vom 28. Dezember 1973 verständigen. Das hat er unstreitig getan.

Unter diesen Umständen brauchte der Senat die Frage nicht zu entscheiden, ob mit der von der Klägerin gegebenen Begründung überhaupt das Erfüllungsinteresse oder nur das Vertrauensinteresse verlangt werden kann.

f) Auch die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte hafte für den geltend gemachten Schaden weder nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb noch aus unerlaubter Handlung, beanstandet die Revision zu Unrecht. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, daß der Beklagte rechtmäßig handelte, als er ein anderes Grundstück erwarb und schließlich in Li[REDACTED] auf diesem eine eigene Apotheke eröffnete.

3. Nach alledem konnte die Revision keinen Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Hoffmann

Wolf

Merz

Treier

Dr. Brunotte