

63
Für das Nachschlagewerk!
Nicht für die Amtliche Sammlung!

2339 063

Gesetz: BGB §§ 581, 276, 249

Rechtssatz: Gibt der Pächter einer Apotheke diese während der Pachtzeit vertragswidrig auf und errichtet er mit Genehmigung der Verwaltungsbehörde in selbstbeschafften und mit eigenen Kosten ausgebauten Räumen eine andere Apotheke unter neuer Firma, so kann der Verpächter jedenfalls dann nicht verlangen, dass der Pächter die neuerrichtete Apotheke als Pachtapotheke unter der früheren Firma führt, wenn keine Identität zwischen der gepachteten und der neuen Apotheke gegeben ist. Wann eine solche Identität zu verneinen ist, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles, wobei auch die Willensrichtung des Pächters bei der Errichtung der anderen Apotheke mit zu berücksichtigen ist.

Aktenzeichen: VI ZR 19/53

Urteil des BGH vom 23. Dezember 1953 OLG Frankfurt/Main

63
VI ZR 19/53

Verkündet
am 23. Dezember 1953
Romacker, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

des Apothekers Dr. Günter K [REDACTED] in F [REDACTED]
[REDACTED], N [REDACTED] strasse [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.von [REDACTED] -

g e g e n

den Apotheker Stephan M [REDACTED] in M [REDACTED],
S [REDACTED] strasse [REDACTED],

Kläger, Berufungs- und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 12. Dezember 1953 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. Gelhaar, Hanebeck,
Dr. Bode und Dr. Hauß

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision des Beklagten wird unter ihrer Zu-
rückweisung im übrigen das Urteil des 7. Zivilse-
nats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom
7. Januar 1953 teilweise aufgehoben.

63

- 2 -

- 1) Soweit der Beklagte zur Führung der von ihm im Grundstück N [REDACTED] strasse [REDACTED] in F [REDACTED] betriebenen Apotheke unter der Firma "W [REDACTED] -Apotheke Stephan M [REDACTED]" verurteilt ist, wird auf die Berufung des Beklagten das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts in Frankfurt/Main vom 11. Dezember 1951 abgeändert und die Klage abgewiesen.
- 2) Auf den Hilfsantrag des Klägers wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen, daß der Beklagte am 1. Juni 1950 die von ihm gepachtete W [REDACTED] -Apotheke aufgegeben und eine neue Apotheke im Hause N [REDACTED] strasse [REDACTED] eröffnet hat.

II. Die Kostenentscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Kosten des Rechtsstreits werden zu vier Fünfteln dem Beklagten, zu einem Fünftel dem Kläger auferlegt.

Von Rechts wegen



Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber der W [REDACTED]-Apotheke in F [REDACTED], die während des Krieges verpachtet und in einer Notunterkunft in einem fremden Hause untergebracht war. Im Frühjahr des Jahres 1949 trat der Beklagte, der Flüchtling ist, mit dem Kläger und dem damaligen Pächter, dem Apotheker M [REDACTED], zwecks Eintritts in den Pachtvertrag in Verbindung. Nach längeren Verhandlungen übernahm der Beklagte die Apotheke Anfang September 1949, nachdem er das Warenlager von seinem Vorgänger käuflich erworben hatte. Der Pachtvertrag mit dem Kläger, der unter Benutzung eines vordruckten Vertragsmusters unter dem Datum vom 28. September 1949 niedergelegt und vom Regierungspräsidenten in W [REDACTED] genehmigt wurde, besagte in seinem § 1, dass Gegenstand des Pachtvertrages das Betriebsrecht (persönliche Konzession) der W [REDACTED]-Apotheke sein solle. Im § 2 verpflichtete sich der Beklagte, die bisherige Firma der Apotheke zu führen. Der Pachtzins wurde im § 3 auf jährlich 6 000 DM festgesetzt. Über die Pachtdauer bestimmte § 4, dass der Pachtvertrag auf fünf Jahre bis zum 11. September 1954 geschlossen sein solle. Absatz 4 des § 4 besagte:

"Der Pächter kann den Pachtvertrag unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist zum Schluss eines Kalendervierteljahres vorzeitig lösen, wenn er mit einer Apothekenkonzession beliehen worden ist."

Da die Gesundheitsabteilung des Regierungspräsidenten auf baldige Unterbringung der Apotheke in geeigneten Räumen drängte und zudem die Eigentümerin der bisherigen Geschäftsräume Räumungsklage erhoben hatte, bemühte sich der Beklagte in der Folgezeit um ein neues Geschäftslokal für die Apotheke und setzte den Kläger von seinen Bemühungen in Kenntnis. Gleich-

zeitig versuchte er, vom Kläger eine käufliche Überlassung der Apotheke zu erreichen, hatte aber hiermit keinen Erfolg. Der Kläger kam ihm nur insoweit entgegen, als er für die Zeit von Juni bis Dezember 1950 in eine Herabsetzung des Pachtzinses auf monatlich 350 DM einwilligte. Nachdem sich der Beklagte Anfang Mai 1950 vom Regierungspräsidenten die Erlaubnis zur Errichtung einer eigenen Apotheke hatte erteilen lassen, teilte er dem Kläger am 10. Mai 1950 mit, er halte sich mit Ablauf des Monats an den Pachtvertrag nicht mehr gebunden; Gegenstand dieses Vertrages sei die Apothekenkonzession gewesen, die mit Einführung der Niederlassungsfreiheit für Apotheker hinfällig geworden sei. Ausserdem sei die Weiterführung der Apotheke in den bisher benutzten Räumen nicht mehr möglich. Vorsorglich erklärte der Beklagte die Kündigung des Vertrages auf Grund des § 4 Abs 4 zum Jahresende. Am 1. Juni 1950 stellte der Beklagte die Pachtzinszahlung ein und eröffnete in einer Entfernung von etwa 50 m von dem bisherigen Geschäftslokal der Apotheke in dem Hause N [REDACTED] strasse [REDACTED] unter eigenem Namen die Apotheke "I [REDACTED]" für die er Räume angemietet und auf eigene Kosten hergerichtet hatte. Das Warenlager und einige Einrichtungsgegenstände nahm der Beklagte aus der alten in die neue Apotheke mit.

Der Kläger hat von dem Beklagten die Pachtzinszahlung für die Monate Juni bis Dezember 1950 in Höhe von 2 450 DM (7 x 350 DM) gefordert. Ferner hat er verlangt, dass der Beklagte die auf dem Grundstück N [REDACTED] strasse [REDACTED] betriebene Apotheke unter der Firma "W [REDACTED]-Apotheke Stephan M [REDACTED], Inhaber Dr. Günter K [REDACTED]" führt. Auch hat er um Feststellung gebeten, dass der Apotheken-Pachtvertrag noch über den 1. Januar 1951 hinaus fortbesteht. Hilfsweise hat er beantragt, den Beklagten zu verurteilen, die auf der N [REDACTED]

strasse betriebene Apotheke am 31. Dezember 1950 herauszugeben, und ganz hilfsweise hat er die Feststellung beantragt, dass der Beklagte verpflichtet sei, allen Schaden zu ersetzen, der ihm, dem Kläger, dadurch entstanden sei, dass der Beklagte die gepachtete W-Apotheke am 1. Juni 1950 aufgegeben und eine neue Apotheke eröffnet habe.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er ist der Auffassung, infolge der Einführung der Gewerbefreiheit seien der Pachtgegenstand und die Vertragsgrundlage weggefallen. Er hält sich an den Pachtvertrag auch deshalb nicht gebunden, weil bei Abschluss des Vertrages davon ausgegangen worden sei, dass er die Apotheke noch ein bis zwei Jahre in den alten Räumen betreiben könne, und weil der Kläger entgegen seiner vertraglichen Zusage zur Beschaffung und Einrichtung des neuen Geschäftslokals keinen finanziellen Beitrag geleistet habe. Gegenüber der Forderung auf Zahlung des Pachtzinses hat er hilfsweise mit seinen Aufwendungen für die Neueinrichtung der Apotheke aufgerechnet und zur Begründung ausgeführt, der Kläger müsse diese Aufwendungen vertragsgemäss erstatten, wenn er ihn an dem Pachtvertrag festhalten wolle. Keinesfalls könne der Kläger, so hat er vorgetragen, verlangen, dass der Pachtvertrag auf die neue Apotheke erstreckt werde oder dass er diese dem Kläger herausgebe; denn die neuen Räume seien nur ihm persönlich zum Betrieb der Apotheke überlassen und entsprechend sei auch vom Regierungspräsidenten die Lizenz ausgestellt worden.

Der Kläger hat demgegenüber den Standpunkt vertreten, daß Vertragsgegenstand allein die Apotheke als Handelsgeschäft gewesen sei. Bereits bei Vertragsschluss hätten beide Parteien damit gerechnet, dass infolge der Gewerbefreiheit die Errich-

tung neuer Apotheken ohne Beschränkung möglich sein werde. Die in dem alten Vertragsformular enthaltene Kündigungsmöglichkeit des § 4 Abs 4 könne sich bei einer dem Willen der Vertragschliessenden entsprechenden Auslegung nicht auf den Fall beziehen, dass der Pächter die Erlaubnis zum Betrieb einer eigenen Apotheke erlange, da dieser es sonst in der Hand gehabt hätte, sich jederzeit vom Vertrag loszusagen. Dass eine baldige Verlegung der Apotheke in neue Räume notwendig gewesen sei, hätten beide Parteien bei Vertragschluss gewusst. Der Beklagte habe wiederholt versprochen, die Kosten für die Beschaffung neuer Räume zunächst selbst in die Hand zu nehmen, er habe nie eine Forderung auf finanzielle Beteiligung des Klägers erhoben. Eine Erstattung seiner Aufwendungen könne der Beklagte jedenfalls nicht vor Ende der Pachtzeit verlangen, und dann müsse gemäss dem geschlossenen Schiedsvertrag ein Schiedsgericht über die Höhe des Erstattungsanspruchs entscheiden. Dass der Beklagte die neueingerichtete Apotheke als W[REDACTED]-Apotheke zu führen habe, ergebe sich schon daraus, dass eine Verlegung der Apotheke in ein anderes Geschäftslokal von vornherein vorgesehen gewesen sei und der Beklagte den alten Kundenstamm der W[REDACTED]-Apotheke in die neue Apotheke herübergewonnen habe.

Das Landgericht hat den Beklagten gemäss den Hauptanträgen des Klägers verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und dabei den entscheidenden Teil des Urteils wie folgt neu gefasst:

"Der Beklagte wird verurteilt,

- 1) an den Kläger zweitausendvierhundertundfünfzig Deutsche Mark nebst vier vom Hundert Zinsen seit dem 1. Dezember 1950 zu zahlen;

- 2) die von ihm im Grundstück N [REDACTED] Strasse [REDACTED] in F [REDACTED] betriebene Apotheke unter der Firma "W [REDACTED] - Apotheke Stephan M [REDACTED]" Inhaber Dr. Günter K [REDACTED] zu führen.

Es wird festgestellt, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Pachtvertrag vom 28. September 1949 über den 1. Januar 1951 hinaus bis zum 11. September 1954 läuft."

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht führt zunächst aus, dass in Hessen bereits vor Abschluss des Pachtvertrages durch rechtsetzende Anordnungen der Militärregierung (Weisungen des Direktors des Amtes der Militärregierung für Hessen vom 2. und 20. Dezember 1948 - HessGVBl 1949, 6 - sowie Direktive vom 28. März 1949) die Gewerbefreiheit eingeführt und das bisherige Konzessionierungssystem für Apotheken beseitigt worden sei. Den Parteien sei bei Vertragsschluss der Übergang zur Gewerbefreiheit auf dem Gebiete des Apothekenwesens bekannt gewesen, wenn auch die weitere Entwicklung noch nicht mit Gewissheit vorausszusehen gewesen sei. Das Berufungsgericht legt § 1 des Pachtvertrages unter Berücksichtigung der damaligen in Apothekerkreisen herrschenden Anschauungen und der Vorstellungen der Parteien dahin aus, dass die W [REDACTED] - Apotheke als Handelsgeschäft verpachtet worden sei, aber für den Fall einer Rückkehr zum Konzessionierungssystem auch die dann wesentliche Personalkonzession Gegenstand der Verpachtung habe sein

sollen. Da diese Auslegung den vorliegenden Auslegungstoff berücksichtigt und einen Rechtsverstoss nicht erkennen lässt, ist sie für das Revisionsgericht bindend. Vom Standpunkt dieser Auslegung kann der Beklagte nicht mit Erfolg geltend machen, mit der Entwicklung zur Gewerbefreiheit sei der Vertragsgegenstand oder die Geschäftsgrundlage des Vertrages entfallen.

2. Die Revision will aus einem anderen Grunde Bedenken gegen die Wirksamkeit des Pachtvertrages herleiten. Sie weist darauf hin, dass der Kläger das Bestehen einer Zusatzvereinbarung zu dem Pachtvertrag behauptet habe, nach der der Beklagte verpflichtet gewesen sei, die Beschaffung eines neuen Geschäftslokals selbst zu übernehmen und die Kosten hierfür vorzulegen. Ohne die gemäss § 3 des Gesetzes über die Verpachtung und Verwaltung öffentlicher Apotheken vom 13. Dezember 1935 (RGBl 1935, 1445) vorgeschriebene Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde sei die den Pächter in starkem Maße belastende Zusatzvereinbarung nichtig gewesen. Die Auswirkung dieser Tatsache auf die Gültigkeit des Pachtvertrages (§ 139 BGB) zu prüfen, habe das Berufungsgericht unter Verstoss gegen § 551 Ziff 7 ZPO unterlassen.

Die Rüge erweist sich als unbegründet. Auch wenn man von der grundsätzlichen Weitergeltung des Gesetzes über die Verpachtung und Verwaltung öffentlicher Apotheken vom 13. Dezember 1935 ausgeht, stand der Genehmigungsbehörde nach Einführung der Gewerbefreiheit nur noch die Prüfung darüber zu, ob der Pächter nach seiner Persönlichkeit und seiner fachlichen Vorbildung den Anforderungen genüge, die im Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege an einen Apotheker gestellt werden müssen. Das ist bereits vom Hessischen Minister des In-

nern durch einen Erlass vom 22. September 1951 (abgedruckt in Deutsche Apothekerzeitung 1951, 881) ausdrücklich klargestellt worden, in dem es heißt:

"Die Versagung der Genehmigung des Pachtvertrages kann sich nur auf Gründe der Gefährdung des Gemeinwohls usw. stützen. Die Versagung der Genehmigung darf z.B. nicht mehr von der Höhe des Pachtzinses oder möglichen wirtschaftlichen Berücksichtigungen abhängig gemacht werden, da auch bei der Neuzulassung von Apotheken eine Prüfung des Vorhandenseins ausreichenden Betriebskapitals nicht mehr stattfinden darf."

Der Innenminister des Landes Hessen hatte schon vorher in einem Runderlass vom 15. April 1950 - Abteilung VII Az: 18 h o 6 Nr 3610/50 - darauf hingewiesen, dass bei Zulassungsgesuchen von Apothekern nur noch eng umrissene Mindestvoraussetzungen unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Volksgesundheit zu überprüfen seien. Bestand aber seitens der höheren Verwaltungsbehörde keine Möglichkeit mehr, auf die Gestaltung des Pachtvertrages Einfluss zu nehmen oder dem Vertrage wegen einer wirtschaftlich nicht tragbaren Belastung des Pächters die Genehmigung zu versagen, so konnte auch das Fehlen der Genehmigung zu einer Einzelabrede über die Gestaltung des Pachtverhältnisses deren Gültigkeit nicht berühren. Es bedurfte daher keiner Prüfung, welche Folge es für die Wirksamkeit des Pachtvertrages gehabt hätte, wenn die behauptete Zusatzabrede mangels Genehmigung unwirksam gewesen wäre. Auch aus § 14 des Pachtvertrages kann sich entgegen der Ansicht der Revision nicht ergeben, dass die behauptete Nebenabrede die Gültigkeit des Pachtvertrages in Frage gestellt haben würde. § 14 besagt, dass weitere schriftliche Vereinbarungen nur Gültigkeit haben, wenn sie als Anlage zum Pachtvertrag schriftlich niedergelegt, unterzeichnet und von der zuständigen höheren

Verwaltungsbehörde genehmigt worden sind. Die Vorschrift beruht also ebenfalls auf dem vorausgesetzten Erfordernis, die höhere Verwaltungsbehörde müsse alle Einzelabreden des Pachtvertrages überprüfen. Mit dem Wegfall dieser Rechtsgrundlage konnte der Beklagte die Wirksamkeit der Vereinbarung, zu der er sich schriftlich bei Übersendung des Pachtvertrages bekannt hatte (Schreiben vom 4. Oktober 1948), nicht unter Hinweis auf die Vorschrift des § 14 in Abrede stellen, ohne dabei in hohem Maße gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu verstossen.

3. Dass sich der Beklagte nicht deshalb von dem Pachtvertrag lossagen kann, weil er der Auffassung gewesen sein will, die Apotheke könne noch ein bis zwei Jahre in der Notunterkunft bleiben, ist vom Berufungsgericht zutreffend ausgeführt. Dieses hält einen Irrtum des Beklagten in dem behaupteten Sinn nicht für erwiesen und weist im übrigen mit Recht darauf hin, dass es an einer rechtzeitigen Anfechtung des Vertrages fehle. Die Revision wendet sich auch nicht gegen diese Ausführungen.

4. Soweit ein Kündigungs- oder Rücktrittsrecht des Beklagten verneint worden ist, greift die Revision sowohl die zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen wie die rechtliche Folgerung des Berufungsgerichts an.

Das Berufungsgericht lässt es dahingestellt, ob der Kläger verpflichtet war, eigene Mittel für die Beschaffung eines neuen Geschäftslokals aufzuwenden. Es führt aus, der Beklagte habe auf jeden Fall bei Vertragsschluss damit gerechnet, dass in kurzer Zeit die Anmietung eines neuen Geschäftsraumes erforderlich sein werde. Er habe die Beschaffung selbst in die Hand genommen und den Kläger von seinen Bemühungen laufend

63
unterrichtet, ohne ihn zum Ersatz oder zur Bevorschussung seiner Aufwendungen aufzufordern. Stattdessen habe er sich mit Rücksicht auf seine zu erwartenden Ausgaben eine zeitweise Herabsetzung des Pachtzinses einräumen lassen und alsdann die unberechtigte Forderung gestellt, der Kläger möge ihm die W [REDACTED] Apotheke käuflich überlassen. Selbst wenn man eine Verpflichtung des Klägers zur finanziellen Beteiligung an der Beschaffung und Herrichtung des neuen Geschäftslokals bejahen wollte, habe sich der Beklagte beim damaligen Stand der Verhandlungen jedenfalls nicht ohne Fristsetzung vom Pachtvertrag lossagen dürfen.

Die Revision meint, wenn das Berufungsgericht die angebotenen Beweise erhoben hätte, würde sich ergeben haben, dass der Kläger eine finanzielle Hilfe für den Neuaufbau der Apotheke durch Kreditaufnahme zugesichert habe. Aus dem Schreiben der Ehefrau des Klägers vom 8. Mai 1950 und dem zögernden Verhalten des Klägers habe der Beklagte die Überzeugung erhalten müssen, dass in angemessener Zeit mit einer Kapitalbeschaffung durch den in beengten Verhältnissen lebenden Kläger nicht zu rechnen sein werde. Bei dieser Lage sei aber eine Fristsetzung überflüssig gewesen.

Die Rüge ist unbegründet. Da das Berufungsgericht eine Pflicht des Klägers zu einer angemessenen finanziellen Beteiligung bei den Aufbaukosten unterstellt, brauchte es auf die angebotenen Beweise über die behauptete Zusage nicht einzugehen. Dass eine Mitwirkung des Klägers bei der Kapitalbeschaffung aussichtslos war, konnte der Beklagte nicht ohne weiteres annehmen. Er selbst hat in seinem Schriftsatz vom 15. März 1951 (Bl 61 dA) vorgetragen, der Kläger habe über mehrere Grundstücke verfügt und sei zur Finanzierung des Aufbaus in der La-

ge gewesen. Mit diesem Vortrag setzt sich das Revisionsvorbbringen des Beklagten, er habe eine Beteiligung des Klägers für praktisch aussichtslos gehalten, in Widerspruch. Aus dem Schreiben der Ehefrau des Klägers vom 8. Mai 1950 ergab sich im übrigen die Bereitwilligkeit des Klägers, nach Kräften bei der Kapitalbeschaffung behilflich zu sein. Dass dieser dem Beklagten seine Anstrengungen um Beschaffung eines neuen Geschäftsraums erleichtern wollte, ging zudem aus der zeitweisen Senkung des Pachtzinses um 30 Prozent hervor, in die er einwilligte. Nachdem der Beklagte in wiederholten Schreiben den Eindruck erweckt hatte, er werde den Neuaufbau der Apotheke schaffen, durfte er sich keineswegs im Stadium der Verhandlungen plötzlich vom Vertrag lossagen, ohne dem Kläger auch nur Gelegenheit zu geben, zu der Forderung nach einer finanziellen Beteiligung Stellung zu nehmen, und ihn auf die Folgen einer Nichtleistung aufmerksam zu machen. Wie das Berufungsgericht feststellt, lässt erst die Ablehnung der Bitte nach einer käuflichen Überlassung der Apotheke den wahren Grund für die plötzliche Lossage von der Vertragsbindung erkennen. Diese ^{Lossage} könnte aber weder als Kündigung (§ 542 Abs 1 in Verb mit § 581 Abs 2 BGB) noch als Rücktrittserklärung (§ 326 BGB) ohne die gesetzlich vorgeschriebene Fristsetzung wirksam erfolgen.

5. Das Berufungsgericht versagt der Kündigung auch insoweit, als sie auf Grund des § 4 Abs 4 hilfsweise Auflösung des Pachtvertrages zum Ende des Jahres 1950 erstrebte, die Wirkung, indem es ausführt, die Erteilung einer Betriebslaubnis unter der Herrschaft der Gewerbefreiheit könne der Beleihung mit einer Apothekenkonzession im Sinne des § 4 Abs 4 nicht gleichgestellt werden. Während die Beleihung mit einer Apothekenkonzession ein nur selten vorkommender Fall gewesen sei, habe nach Einführung der Gewerbefreiheit jeder

63

approbierte Apotheker einen Rechtsanspruch darauf gehabt, dass ihm die Erlaubnis zum Betrieb einer eigenen Apotheke erteilt werde. Es habe also nur im Ermessen des Pächters gelegen, sich die Erlaubnis erteilen zu lassen. Da die Parteien hier nach Einführung der Gewerbefreiheit auf dem Gebiet des Apothekenwesens in Kenntnis der freien Zulassungsmöglichkeit den Vertrag abgeschlossen hätten, so könne der Sinn des § 4 Abs 4 des Vertrages nach ihrem Willen keinesfalls dahin verstanden werden, dass dem Pächter die Möglichkeit eingeräumt werde, sich vom Vertrag loszusagen, indem er sich eine Erlaubnis zum Betrieb einer eigenen Apotheke geben liesse.

Die Revision bemängelt diese Auslegung und meint, sie werde dem Zweck des § 4 Abs 4 des Pachtvertrages nicht gerecht, der dahin gehe, den Pächter von der Bindung an den Pachtvertrag freizustellen, wenn er sich eine eigene Existenz aufbauen könne. Zumindest habe der Beklagte die Bestimmung so auslegen können, so dass ein versteckter Einigungsmangel vorliege. Die Revision rügt sodann, dass die beantragte Auskunft von der Medizinalabteilung des Regierungspräsidiums in W [REDACTED] nicht eingeholt worden sei. Diese würde ergeben haben, dass den Vertragspartnern bei Abschluss des Vertrages die Rechtsnatur einer Lizenz und ihre Abweichung von einer Konzession nicht erkennbar gewesen sei.

Auch diese Rüge vermag der Revision nicht zum Erfolg zu verhelfen. Die Auslegung des Berufungsgerichts beruht darauf, dass die Parteien bei Vertragsschluss die Vorschrift des § 4 Abs 4 des Vertrages nicht anders verstanden haben, als sie nach dem Wortlaut aufzufassen ist, nämlich dahin, dass nur die Beleihung mit einer Konzession die Möglichkeit zur Kündigung geben sollte, und ^{dass} die Erstreckung der Vorschrift auf den Fall

der Lizenzerteilung dem Parteiwillen widersprechen würde. Diese Auslegung ist für das Revisionsgericht bindend, da nicht ersichtlich ist, dass allgemeine Auslegungsregeln verletzt sind oder wesentliches Auslegungsmaterial unberücksichtigt geblieben ist. Einer Auskunft der Medizinalabteilung des Regierungspräsidiums in W [REDACTED], die übrigens bereits im ersten Rechtszug zur Rechtslage Stellung genommen hatte, bedurfte es entgegen der Ansicht der Revision nicht; denn es kam nicht darauf an, ob die Parteien damals genaue Vorstellungen über die Rechtsnatur von Lizenz und Konzession haben konnten, sondern darauf, ob nach ihrem Willen und dem Sinn ihrer Vereinbarung schon die jederzeit zu erhaltende Erlaubnis zum Betrieb einer eigenen Apotheke ein Recht zur Kündigung des auf fünf Jahre geschlossenen Vertrages geben sollte. Das ist vom Berufungsgericht, das allein über diese Auslegungsfrage zu entscheiden hatte, ohne Rechtsverstoss verneint worden. Nach der Auslegung, wie sie das Berufungsgericht vorgenommen hat, handelt es sich bei § 4 Abs 4 nicht um eine objektiv mehrdeutige Erklärung, so daß von einem versteckten Einigungsmangel im Sinne des § 155 BGB keine Rede sein kann.

6. a) Da der Beklagte an den Pachtvertrag weiter gebunden ist, hat das Berufungsgericht zutreffend gemäss § 280 ZPO die Feststellung getroffen, dass der Pachtvertrag über den 1. Juni 1951 hinaus bis zum 11. September 1954 läuft. Die Revision ist insoweit unbegründet.

b) Dagegen wendet sich die Revision mit Recht dagegen, dass der Beklagte verurteilt ist, die von ihm neu eingerichtete Apotheke unter der Firma "W [REDACTED]-Apotheke Stephan M [REDACTED]" zu führen. Das Berufungsgericht meint, die neue Apotheke sei mit der alten als Handelsgeschäft identisch. Das ergebe sich schon daraus, dass der Beklagte sie im Zeitpunkt

der Schliessung der alten Apotheke in deren unmittelbaren Nähe eröffnet habe, wobei Warenlager und Einrichtungsgegenstände übernommen seien. Die Tatsache, dass der Beklagte das Geschäft unter anderer Firma führe und sich eine eigene Betriebserlaubnis habe ausstellen lassen, ändere nichts daran, dass der "Kern" der Apotheke beibehalten sei. Die Erlaubnis zur Inbetriebnahme der neuen Apotheke decke auch die Führung der W[REDACTED]-Apotheke in den neuen Räumen, da die Genehmigungsbehörde sich um die privatrechtlichen Verhältnisse nicht zu kümmern habe. Es sei ferner vom Beklagten nicht dargetan, dass der Vermieter der neuen Räume Anstoss daran nehmen werde, dass in Zukunft die Apotheke als W[REDACTED]-Apotheke geführt werde. Es gehe nicht an, die Prüfung der Geschäftsidentität von subjektiven Momenten abhängig zu machen und die Identität deshalb zu verneinen, weil der Beklagte die neue Apotheke nur als eigene habe führen wollen. Einem Pächter dürfe es nicht möglich gemacht werden, durch Änderung seiner Willensrichtung dem Verpächter sein Handelsgeschäft zu entziehen.

Diese Erwägungen halten, wie die Revision zutreffend ausführt, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zwar kann die Identität eines Handelsgeschäfts nicht allein dadurch in Frage gestellt werden, dass der Pächter in Änderung seiner Willensrichtung das Geschäft als Eigen- und nicht mehr als Pachtgeschäft weiterführt. Die subjektive Einstellung des Pächters kann aber sehr wohl Bedeutung gewinnen, wenn auch objektiv gewichtige Anzeichen für die Führung eines Eigengeschäftes sprechen, wie es hier der Fall ist. Der Beklagte hatte durch persönliche Beziehungen neue Räume beschafft, zu diesem Zwecke Mittel eines ihm persönlich gewährten Kredites bereitgestellt, er hatte die Räume nach seinen Wünschen ausgebaut und eingerichtet, den Mietvertrag für sich abgeschlossen, die behördliche Erlaubnis zum Betrieb einer eigenen Apotheke in diesen Räu-

men erwirkt und alsdann die Apotheke unter neuer Firma errichtet und geführt. Diese Momente sprechen wenigstens in ihrer Gesamtheit gegen die Identität der neuen Apotheke mit der Pachtapotheke. Demgegenüber tritt es an Bedeutung zurück, dass der Beklagte das alte Warenlager mitnahm, zumal es ihm persönlich gehörte, und dass einige Einrichtungsgegenstände des Klägers in der neuen Apotheke Verwendung fanden, die dem Kläger aber wieder zur Rücknahme angeboten worden sind. Das Abwandern eines Teiles der Kundschaft zur neuen Apotheke erklärt sich hier als Folge der räumlichen Nähe der beiden Geschäfte und vor allem dem Fehlen anderer Apotheken. Eine Übernahme der Kundschaft im engeren Sinne, wie sie sonst bei Geschäftsverlegungen üblich ist, ist nicht ersichtlich.

Da der Beklagte zudem vor der Errichtung der Apotheke I [REDACTED] dem Kläger gegenüber deutlich klarstellte, er sage sich vom Pachtvertrag los und baue ein eigenes Geschäft auf, so lässt sich hier jedenfalls nicht sagen, der Beklagte habe auch nach dem 1. Juni 1950 die W [REDACTED]-Apotheke weitergeführt. Die neue geschäftliche Betätigung stellt sich vielmehr gegenständlich als Gründung und Führung eines eigenen Geschäfts dar. Könnte der Kläger verlangen, dass der Beklagte die für seine Zwecke und mit seinen Mitteln aufgebaute Apotheke als Pachtapotheke führe und sie demgemäss bei Beendigung des Pachtvertrages herausgebe, so würde er sich möglicherweise hohe Aufwendungen und Arbeitsleistungen zu Nutzen machen, die im Rahmen des Pachtvertrages nicht gefordert werden konnten. Soweit gehen seine Ansprüche nicht.

Der Kläger kann aber andererseits Schadenersatz fordern, weil der Beklagte am 1. Juni 1950 die W [REDACTED]-Apotheke aufgegeben und zu diesem Zeitpunkt in naher Entfernung vom Ge-

schäftslokal der alten Apotheke eine neue Apotheke gegründet hat. Hierdurch verstieß er schuldhaft gegen seine Vertragspflichten und setzte sich ausserstande, dem Kläger nach dem Ende des Pachtvertrages die verpachtete Apotheke mit Einrichtung und Kundenkreis so zurückzugeben wie es der Kläger nach dem Vertrage verlangen kann; zudem erschwert er die Inbetriebnahme der W[REDACTED]-Apotheke in der bisherigen Geschäftslage. An der Feststellung dieser Schadensersatzpflicht hat der Kläger ein rechtliches Interesse (§ 256 ZPO), da er den Schaden erst endgültig ziffernmässig berechnen kann, wenn er seine Dispositionen über die Wiedererrichtung der W[REDACTED]-Apotheke getroffen hat. Es ergibt sich also, dass der Antrag des Klägers abgewiesen werden muss, der die Verurteilung des Beklagten erstrebt, die Apotheke I[REDACTED] als Pachtapotheke zu führen. Insoweit war das Berufungsurteil aufzuheben. Das Revisionsgericht konnte dem Eventualantrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten selbst stattgeben, da der Rechtsstreit insoweit zur Entscheidung reif ist und eine Zurückweisung nur zu einer überflüssigen Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits führen würde (vgl. Stein-Jonas-Schönke, ZPOKom 17. Aufl Anm V zu § 559; BGH NJW 1953, 1826 [1828]).

c) Die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung des Pachtzinses von Juni bis Dezember 1950 ergibt sich aus dem Pachtvertrag. Eine Aufrechnung mit Aufwendungen für die Beschaffung neuer Geschäftsräume scheitert schon daran, dass die Aufwendungen des Beklagten dem Geschäft des Klägers nicht zugute gekommen sind. Der veränderten Lage, die durch den Wegfall der alten Apothekenräume entstanden war, ist durch eine vereinbarte Pachtzinsherabsetzung Rechnung getragen. Ob auch für die folgende Zeit eine Senkung des Pachtzinses deshalb zu

erfolgen hat, weil nicht mehr wie zu Beginn der Pachtzeit vom Kläger gestellte Geschäftsräume zur Verfügung standen, brauchte im Rahmen dieses Prozesses nicht entschieden zu werden. Da dem Zahlungsantrag mit Recht stattgegeben ist, musste die Revision insoweit als unbegründet zurückgewiesen werden.

7. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 ZPO. Es erschien erforderlich, dem Kläger einen Teil der Kosten aufzuerlegen, weil der abgewiesene Hauptantrag nach Auffassung des Senats einen höheren Streitwert hat als der Hilfsantrag, dem stattgegeben worden ist.

Dr. Kleinewefers	Dr. Gelhaar	Hanebeck
Dr. Bode		Dr. Hauß