

V ZR 76/54

2509 025

Verkündet
am 14. Juni 1955
Symalla, 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 Bernhard S c h [REDACTED] in W [REDACTED]
[REDACTED], U [REDACTED] Strasse [REDACTED],

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

g e g e n

den Apotheker Leonhard F [REDACTED] in K [REDACTED]-
[REDACTED], Fr [REDACTED]allee [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Juni 1955 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter
Dr. Hückinghaus, Schuster, Dr. Oechßler und Dr. Spieler

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 26. Februar
1954 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Vater des Beklagten gründete im Jahre 1900 in dem ihm gehörigen Hause in W[REDACTED]-M[REDACTED], U[REDACTED] Strasse [REDACTED], die G[REDACTED]-Apotheke, die er Jahrzehnte lang selbst betrieb und schliesslich an den Beklagten verpachtete, der schon früher in dieser Apotheke als Verwalter tätig gewesen war. Mit dem Tode seines Vaters am 10. Februar 1946 ging die Konzession auf seine Mutter über, die am 31. Mai 1946 verstorben ist. Bis zu ihrem Tode führte der Beklagte die Apotheke auf Grund des Witwenbetriebsrechts seiner Mutter fort.

Seit dem Tode der Eltern gehört das Grundstück, auf dem die G[REDACTED]-Apotheke betrieben wird, der aus dem Beklagten und seinem Bruder bestehenden Erbengemeinschaft. Die Einrichtung der Apotheke und das Warenlager wurden bei einer teilweisen Auseinandersetzung der Erben dem Beklagten übereignet.

Nach dem Tode der Mutter des Beklagten wurde die Personalkonzession dem Kläger erteilt, um die sich der Beklagte ebenfalls beworben hatte. Die Erteilung der Konzession focht der Beklagte im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens späterhin an. Eine Entscheidung ist in diesem Verfahren noch nicht ergangen.

Der Kläger hat das Recht zum Betrieb der G[REDACTED]-Apotheke durch Vertrag vom 12. Februar 1948 an den Beklagten verpachtet. In diesem von der zuständigen Behörde genehmigten Vertrage und einer Anlage zu ihm ist in § 3 des Vertrages und Nr 4 der Anlage vereinbart, dass der Pachtzins 9% des Umsatzes beträgt und auf ihn bis zum 10. eines jeden

- 3 -

Monats eine Vorauszahlung zu leisten ist, die nach dem Umsatz des verflossenen Monats zu berechnen ist. Unter Nr 4 der Anlage behielten sich die Parteien eine Abänderung des festgesetzten Pachtzinses vor für den Fall

- a) einer Währungsreform,
- b) einer Inflation,
- c) auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen zu a) und b) drei Jahre nach Inkrafttreten des Vertrages, wenn eine der Parteien die Festsetzung eines festen Pachtzinses wünschen sollte.

Am 21. Juli 1948 richtete der Beklagte ein Schreiben folgenden Inhalts an den Kläger:

"In unserem Pachtvertrage haben wir ausdrücklich die Abänderung der Pachtfestsetzung für den Fall der Währungsreform vorbehalten. Ich möchte zu einer erneuten Verhandlung darüber jetzt nicht drängen, da es gewiß besser ist, noch etwas abzuwarten, um die Lage besser überblicken zu können. Bis zur erneuten Verhandlung will ich versuchen, nach der bisherigen Regelung meinen Verpflichtungen ihnen gegenüber nachzukommen, doch sehe ich diese zunächst, was die Höhe des Pachtzinses angeht, noch als freibleibend an bis zur erneuten endgültigen Regelung, rückwirkend ab Beginn der Währungsreform."

Spätere Verhandlungen der Parteien unter Einschaltung der Apothekerkammer führten zu keiner Einigung über die Abänderung des Pachtzinses. Das gab dem Beklagten Veranlassung, am 19. November 1949 bei dem Regierungspräsidenten die Ermittlung und Festsetzung eines angemessenen Festpachtzinses mit Wirkung vom 20. Juni 1948 ab zu beantragen.



Anfang Dezember 1949 erhob der Kläger gegen den Beklagten Klage auf Zahlung von 4821,02 DM rückständiger Pachtzinsen für die Zeit vom 1. Juni 1948 bis zum 30. September 1949 (2 O 130/49 des Landgerichts Wuppertal). Gegen ein Teilurteil, das ihn zur Zahlung eines Teils der eingeklagten Summe verurteilte, legte der Beklagte Berufung ein. Im Laufe des Berufungsverfahrens fand am 22. August 1950 bei dem Regierungspräsidenten eine Verhandlung der Parteien statt, die dazu führte, dass der Beklagte im Einvernehmen mit dem Kläger beantragte, das bei dieser Verwaltungsbehörde schwebende Verfahren auf Festsetzung des angemessenen Pachtzinses vorerst ruhen zu lassen. In der Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 5. Januar 1951 schlossen die Parteien sodann folgenden Vergleich:

- I. Die Parteien sind darüber einig, daß mit sofortiger Wirkung das Verfahren bei dem Regierungspräsidenten auf Festsetzung des angemessenen Pachtzinses für die Zeit ab 21. Juni 1948 durch den Beklagten wieder in Gang gebracht wird.
- II. Einstweilen rechnet der Beklagte mit Wirkung ab 1. August 1950 auf der Basis von 9% ab und verpflichtet sich, die etwa danach fälligen Beträge sofort zu zahlen. Zahlungen vor dem 1. August 1950 werden auf die Pacht bis zum 31. Juli 1950 gutgebracht. Spätere Zahlungen sind auf die Pacht nach dem 1. August 1950 zu verrechnen.
- III. Der Beklagte verpflichtet sich, sofort nach Eintritt der Rechtskraft der Pachtzinsfestsetzung durch den Regierungspräsidenten für die gesamte Zeit nach der Währungsreform nach Maßgabe der Festsetzung abzurechnen und einen etwa sich ergebenden Rückstand sofort zu bezahlen.

IV. Ohne Rücksicht auf die Festsetzung durch den Regierungspräsidenten verpflichtet sich der Beklagte, sofern er bis spätestens 1. Juli 1951 in den Besitz des Betriebsrechts der G [REDACTED]-Apotheke in W [REDACTED]-E [REDACTED] gelangen sollte, für die gesamte Pachtzeit seit der Währungsreform einen Pachtzins in Höhe von 9% zu zahlen."

Diesem Vergleich entsprechend betrieb der Beklagte die Festsetzung des angemessenen Pachtzinses durch den Regierungspräsidenten weiter. Dieser lehnte durch Bescheid vom 23. Januar 1952 eine Änderung des Pachtvertrages ab. Er vertrat den Standpunkt, die Festsetzung eines festen Pachtzinses könne nach dem klaren Wortlaut der Nr 4 Buchstabe c. der Anlage zum Pachtvertrage nur durch Vereinbarung zwischen den Vertragsschliessenden erfolgen und die Festsetzung der Festpacht durch ihn sei in dem abgeschlossenen Pachtvertrage nicht vorgesehen. Der Regierungspräsident hat seine Entscheidung ferner damit begründet, daß er nach § 6 Abs 2 des Gesetzes über die Verpachtung und Verwaltung öffentlicher Apotheken vom 13. Dezember 1935 (RGBl I 1445) bestehende Pachtverträge unabhängig von Parteivereinbarungen nur dann ändern könne, wenn durch die wirtschaftliche Auswirkung des Vertrages die ordnungsmässige Arzneiversorgung der Bevölkerung gefährdet werde, dass aber weder nach den Angaben des Beklagten über die Rentabilität der G [REDACTED]-Apotheke noch nach dem Ergebnis der angestellten Ermittlungen eine Gefährdung der Arzneiversorgung der Bevölkerung durch die nach dem Pachtvertrage zu zahlende Pacht bisher eingetreten, noch auch zu befürchten sei.

Gegen diese Entscheidung erhob der Beklagte die Untätigkeitsklage bei dem Landesverwaltungsgericht, über die

zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch nicht entschieden worden war.

Inzwischen hatte der Beklagte den Pachtvertrag zum 31. Dezember 1951 gekündigt. Der Kläger verpachtete daraufhin sein Konzessionsrecht mit Wirkung vom 1. Januar 1952 an eine Frau Eh[REDACTED], die auf Grund dieser Pachtung am 1. Oktober 1952 eine neue Apotheke in der Nähe der G[REDACTED]-Apotheke unter dem Namen "U[REDACTED] Apotheke" eröffnete. Der Beklagte betrieb seinerseits die G[REDACTED]-Apotheke auch nach dem 31. Dezember 1951 in der bisherigen Weise weiter.

Der Kläger hat vorgetragen, der Beklagte habe zunächst vom 1. August 1950 ab gemäss Nr II des Vergleichs vom 5. Januar 1951 auf der Basis von 9% abgerechnet, dann aber für den Monat August 1951 173,77 DM zu wenig gezahlt und für die Monate September bis Dezember 1951 überhaupt keinen Pachtzins mehr entrichtet, so daß er für diese Monate nach den erzielten Umsätzen noch insgesamt 8178,82 DM zu zahlen habe. Er hat ferner die Ansicht vertreten, der Beklagte habe, da er die G[REDACTED]-Apotheke weiterhin betreibe, den Pachtgegenstand, das Konzessionsrecht, noch nicht zurückgegeben, und daraus einen Anspruch auf Entschädigung für die Zeit seit dem 1. Januar 1952 wegen weiterer Nutzung des Konzessionsrechts hergeleitet.

Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

- 1). für das Pachtjahr 1951 8178,82 DM nebst 4% Zinsen seit dem 1. Januar 1952 zu zahlen,
- 2). über den Umsatz der von ihm ehemals gepachteten G[REDACTED]-Apotheke in W[REDACTED]-E[REDACTED] für die Zeit vom 1. Januar 1952 ab Rechnung zu legen und
- 3). 9% des sich aus der Rechnungslegung ergebenden Betrages nebst 4% Zinsen an ihn zu zahlen.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten und darauf hingewiesen, dass es wegen der Anfechtung der Konzessionserteilung noch fraglich sei, ob der Kläger überhaupt Konzessionsinhaber sei, und dass die von ihm erhobene Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung habe. Er hat sich ferner darauf berufen, dass eine endgültige Entscheidung über die angemessene Pacht noch nicht vorliege, da das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht noch nicht abgeschlossen sei. Der Beklagte hat die Berechnung des rückständigen Pachtzinses für die Zeit von August bis Dezember 1951 nicht angegriffen, ist aber davon ausgegangen, daß der Pachtzins rückwirkend werde herabgesetzt werden, und hat hieraus seinerseits einen Anspruch auf Rückzahlung zuviel gezahlter Pacht und wegen Vermögenslosigkeit und Verschuldung des Klägers das Recht hergeleitet, einen angemessenen Betrag des Pachtzinses zurückzubehalten. Dieses Recht hat der Beklagte auch auf einen ihm angeblich dadurch erwachsenen Schadensersatzanspruch gestützt, dass der Kläger sich entgegen einer mündlich getroffenen Vereinbarung nicht um eine andere Konzession bemüht habe, um ihm (Beklagten) auf diese Weise den Erwerb der Konzession für die G[REDACTED]-Apotheke zu ermöglichen. Er hat ferner dem Kläger einen Anspruch auf Entschädigung für die Zeit ab 1. Januar 1952 abgesprochen, weil der Kläger sein Konzessionsrecht von diesem Zeitpunkt ab an Frau Eh[REDACTED] verpachtet habe und er (Beklagter) die G[REDACTED]-Apotheke aus eigenem Recht fortführe, wozu er sogar nach öffentlichem Recht verpflichtet sei.

Das Landgericht hat den Beklagten durch Teilurteil verurteilt, an den Kläger 8178,72 DM nebst 4% Zinsen seit dem 1. Januar 1952 zu zahlen, und den Rechtsstreit hinsichtlich der Klageanträge zu 2) und 3) als noch nicht entscheidungsreif angesehen. Es hat die Verpflichtung des

Beklagten zur Entrichtung des Pachtzinses auf der Basis von 9% des Umsatzes für die strittigen Monate bejaht und ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten verneint.

Der Beklagte hat sich zur Begründung seiner Berufung gegen diese Entscheidung auf sein früheres Vorbringen bezogen und ergänzend vorgetragen, in dem Vergleich vom 5. Januar 1951 hätten die Parteien ein Schiedsgutachterverfahren vereinbart, das infolge der beharrlichen Weigerung des Regierungspräsidenten, die Höhe des Pachtzinses festzusetzen, als gescheitert angesehen werden müsse. Er hat daraus hergeleitet, dass nunmehr der angemessene Pachtzins durch das Gericht auf Grund der §§ 316, 315 Abs 3 BGB festgesetzt werden müsse, und die Ansicht vertreten, der Kläger müsse ihm mindestens eine dem Klageantrage entsprechende Summe zurückerstatten, so daß er arglistig handle, wenn er jetzt von ihm (Beklagten) die Zahlung des rückständigen Pachtzinses begehre. Der Beklagte hat ferner beanstandet, dass der Kläger hinsichtlich des Pachtzinses für die Zeit vom 1. bis zum 20. Juni 1948 von einer Umstellung im Verhältnis 1 : 1 ausgegangen sei, während der Pachtzins für diesen Zeitraum richtigerweise im Verhältnis 1 : 10 umgestellt werden müsse. Er hat einen festen Pachtzins von 7200.- DM als angemessen bezeichnet und hervorgehoben, dass der Kläger tatsächlich Zahlungen erhalten habe, die einer Jahrespacht von rund 14500.-DM entsprächen. Er hat deshalb ein Zurückbehaltungsrecht für begründet erachtet und hilfsweise mit den Schadensersatzansprüchen aufgerechnet, die ihm daraus erwachsen seien, dass der Kläger sich vertragswidrig nicht um eine andere Konzession bemüht habe.

Der Kläger hat demgegenüber die Ansicht vertreten, der Pachtzins müsse durch den Regierungspräsidenten und nicht

durch das Gericht festgesetzt werden. Er hat weiter geltend gemacht, dass der in dem Vertrage festgesetzte Pachtzins zu zahlen sei, wenn man den Vergleich als unwirksam ansprechen wolle, da in diesem Falle eine Änderung des Pachtzinses nur durch beiderseitiges Einvernehmen herbeigeführt werden könne. Der Kläger hat einen Pachtzins von 9% des Umsatzes für angemessen bezeichnet und sich hierfür auf das von dem Regierungspräsidenten eingeholte Gutachten der Westdeutschen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sowie die Stellungnahme der Apothekerkammer berufen. Er hat daraus gefolgert, dass der Beklagte keinen Rückzahlungsanspruch habe, und weiter geltend gemacht, dieser habe im übrigen in dem Vergleich vom 5. Januar 1951 auf ein Zurückbehaltungsrecht verzichtet. Der Kläger hat auch an der Auffassung festgehalten, dass die Pacht für die Zeit vom 1. bis zum 20. Juni 1948 im Verhältnis 1 : 1 umzustellen sei und dem Beklagten ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung nicht zustehe.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten als unbegründet zurückgewiesen.

Mit der Revision begehrt der Beklagte die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1). Das Berufungsgericht hat angenommen, an der Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung eines Pachtzinses in Höhe von 9% des Umsatzes habe sich nichts geändert. Es hat diese Auffassung darauf gestützt, dass das Verfahren vor dem Ver-

waltungsgericht auf Herabsetzung des Pachtzinses bzw. Festsetzung einer Festpacht von 7200.-DM noch nicht abgeschlossen sei und daher die ursprüngliche Vereinbarung gelte. Nach der Ansicht des Berufungsgerichts hat daran auch der Vergleich vom 5. Januar 1951 nichts geändert, da nach seinem Wortlaut und Sinn der Beklagte solange die vertraglich vereinbarte Pacht ab 1. August 1950 zu entrichten habe, bis der Regierungspräsident eine andere Regelung getroffen habe. Das hat das Berufungsgericht vor allem aus der Vereinbarung unter Nr I des Vergleichs über die Fortsetzung des schwebenden Verfahrens gefolgert, die seiner Meinung nach auch der Auffassung entgegensteht, daß der Regierungspräsident in dem Vergleich zum privaten Schiedsgutachter bestellt worden sei. Eine derartige Vereinbarung wäre nach Ansicht des Berufungsgerichts zudem rechtsunwirksam, da die Prozeßparteien durch eine von ihnen getroffene Vertragsabrede die gesetzlich festgelegte Verfahrenszuständigkeit, die öffentlichen und damit zwingenden Rechts sei, nicht nach ihrem Belieben bestimmen könnten. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, das ordentliche Gericht könne hier auch nicht auf Grund der §§ 316, 315 Abs 3 BGB über die Höhe des angemessenen Pachtzinses befinden, weil der Umfang der Gegenleistung in dem Pachtvertrag vom 12. Februar 1948 genau bestimmt sei und die in ihm enthaltene Abrede der Vereinbarung eines anderen Pachtzinses für den Fall einer Währungsreform von den angeführten Vertragsergänzungsvorschriften nicht mitumfaßt werde.

Das Berufungsgericht ist dem Landgericht darin beigetreten, dass der Beklagte durch die Vereinbarung unter Nr II des Vergleichs auf ein Zurückbehaltungsrecht verzichtet habe, und hat darauf hingewiesen, dass es bisher an einer Ermässigung des Pachtzinses und damit an einem

fälligen und bestimmten Gegenanspruch gänzlich fehle. Es hat dem Beklagten auch eine Berufung auf die behauptete Vermögensverschlechterung des Klägers versagt, weil diese, falls sie seit dem Vergleichsschluss eingetreten sein sollte, auf der mangelnden Vertragserfüllung des Beklagten beruhe, der mit dem Hinweis auf sie daher arglistig handle.

Den von dem Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruch hat das Berufungsgericht als unsubstantiiert angesehen, weil dieser nicht hinreichend dargetan habe, daß bei Verleihung einer anderen Konzession an den Kläger gerade ihm (Beklagten) die Konzession für die G [REDACTED] Apotheke erteilt worden sei; denn für die Konzessionsverleihung komme es nach den einschlägigen Vorschriften auf das höchste Betriebsberechtigungsalter an.

Das Berufungsgericht hat schliesslich auch der Anfechtung der Konzessionserteilung an den Kläger für den erhobenen Zahlungsanspruch keine Bedeutung beigemessen, weil die Anfechtung, die zwar nach § 51 Abs 1 BrMilRegVO Nr 165 aufschiebende Wirkung habe, erst nach dem 23. Januar 1952 erfolgt sei und daher die Geltendmachung des bis zum 31. Dezember 1951 fällig gewordenen Pachtzinses nicht berühre.

Die Revision rügt Verletzung der §§ 133, 157, 242 BGB, des § 18 Abs 1 Nr 1 UmstG, der §§ 4 und 6 des Gesetzes über die Verpachtung und Verwaltung öffentlicher Apotheken sowie des Art 6 der 1.DVO zu diesem Gesetz, des § 24 BrMilRegVO Nr 165, der §§ 139, 286 ZPO sowie der Rechtsgrundsätze über die Nichtigkeit von Verwaltungsakten.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe rechtsirrig die Bestimmung des angemessenen Pachtzinses für die

Zeit nach der Währungsreform unterlassen. Sie ist der Ansicht, das Oberlandesgericht hätte, da der Beklagte nach der Währungsreform die vorgesehene Abänderung des Pachtzinses verlangt habe, nach §§ 133, 157 BGB prüfen müssen, ob die Vereinbarung über die Höhe des Pachtzinses hinfällig geworden und seine Höhe neu zu bestimmen sei. Die Revision hält die Auslegung des Pachtvertrages dahin, dass die eine Vertragspartei an die frühere Vereinbarung solange gebunden sein solle, bis sich der Vertragsgegner zur Festsetzung eines anderen Pachtzinses bereitfinde, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte für ausgeschlossen; nach ihrer Ansicht ist in Nr 4 der Anlage zum Pachtvertrage jeder Partei das Recht gegeben, die Fortgeltung der alten Pachtzinsvereinbarung aufzusagen, und durch die Ausübung dieses Rechts seitens des Beklagten die Voraussetzung für eine Neufestsetzung des Pachtzinses durch das Gericht gegeben. Nach der Auffassung der Revision ändert daran auch das Sonderrecht der Apotheken nichts, weil die höhere Verwaltungsbehörde zu einem Eingreifen mit konstitutiver Wirkung u.a. zwecks Wahrung der Interessen der Bevölkerung an einer gesicherten Arzneiversorgung befugt sei, also nach anderen Gesichtspunkten zu entscheiden habe als das Gericht bei der anderweitigen Festsetzung eines unangemessenen Pachtzinses, da ein solcher noch nicht notwendig die Arzneiversorgung zu gefährden brauche. Die Revision wirft dem Berufungsgericht vor, diesen Unterschied rechtsirrig übersehen zu haben, indem es auf das Verfahren vor dem Regierungspräsidenten abgestellt habe und bis zu dessen Entscheidung die ursprüngliche Vereinbarung weitergelten lassen wolle. Sie meint, das Berufungsgericht habe den Beklagten zu Unrecht an die alte, aber aufgekündigte Vereinbarung über einen Pachtzins von 9% des Umsatzes für gebunden

gehalten, weil die Parteien bei Abschluss des Vergleichs die öffentlich-rechtliche Aufgabe des Regierungspräsidenten verkannt hätten, den sie nicht nötigen könnten, ihre vertraglichen Abmachungen durch die Festsetzung eines angemessenen Pachtzinses zu ergänzen. Die Revision verweist auf die entsprechende Begründung des Entscheids des Regierungspräsidenten, der auch die Voraussetzungen für einen behördlichen Eingriff verneint habe, und folgert daraus, dass die Vergleichsabrede gegenstandslos geworden sei, da entgegen der rechtsirrigen Ansicht des Berufungsgerichts auch die verwaltungsgerichtliche Klage nicht zur Festsetzung eines neuen Pachtzinses führen könne, sofern nicht das Verwaltungsgericht die Voraussetzungen für eine Abänderung des Pachtzinses von Amts wegen für gegeben erachten sollte. Nach Ansicht der Revision hätte das Berufungsgericht bei dieser Sach- und Rechtslage prüfen müssen, ob nicht der Zeitraum, während dessen nach Nr II des Vergleichs "einstweilen" abgerechnet werden sollte, infolge der Weigerung des Regierungspräsidenten, in dieser Sache tätig zu werden, bereits verstrichen sei; denn die Parteien hätten ersichtlich mit einem begrenzten Zeitraum bis zur Entscheidung seitens des Regierungspräsidenten gerechnet, während tatsächlich bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht mehr als drei Jahre verstrichen gewesen seien, ohne dass die erwartete Entscheidung ergangen sei. Die Revision hält danach die von den Parteien in Aussicht genommene Bindungsfrist für längst überschritten. Sie sieht im übrigen die Abrede über die Bestimmung des angemessenen Pachtzinses seitens des Regierungspräsidenten durch die ablehnende Entscheidung als erschöpft und damit die Möglichkeit seiner Bestimmung durch das Gericht für gegeben an, da hier nichts anderes gelten

könne als im Schiedsgerichtsverfahren und bei der Bestimmung der Leistung nach den §§ 315 ff BGB. Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte deshalb selbst über die Höhe des angemessenen Pachtzinses entscheiden müssen und dem Beklagten nicht zumuten dürfen, abzuwarten, ob und wann der Regierungspräsident sich zu einer Entscheidung herbeilassen werde.

Diesen Rügen war der Erfolg zu versagen.

Der Ansicht der Revision, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob die Bemessung des Pachtzinses in dem Pachtvertrag vom 12. Februar 1948 hinfällig geworden ist, und bejahendenfalls seine Höhe neu festsetzen müssen, kann nicht beigetreten werden. Die Revision übersieht, dass der Kläger seinen Zahlungsanspruch aus dem Vergleich vom 5. Januar 1951 herleitet, in dem sich der Beklagte unter II verpflichtet hat, einstweilen auf der Basis von 9% abzurechnen und die danach fälligen Beträge sofort zu zahlen. Wie noch darzulegen sein wird, kommt es für die hier zu treffende Entscheidung nicht darauf an, ob, wie das Berufungsgericht angenommen hat, die Bestimmungen des Pachtvertrages über die Höhe des Pachtzinses weiterhin gegolten haben, oder ob diese, wie die Revision meint, dadurch hinfällig geworden sind, daß der Beklagte alsbald nach der Währungsreform unter Berufung auf Nr 4 Abs 2 der Anlage zum Pachtvertrag eine anderweite Festsetzung des Pachtzinses verlangt hat, ob mit anderen Worten die Vereinbarungen unter Nr 4 Abs 2 der Anlage so auszulegen sind, wie es seitens der Revision geschieht. Selbst wenn ihr hierin beizutreten wäre, bliebe doch die Tatsache bestehen, dass sich der Beklagte in dem Vergleich vom 5. Januar 1951 zu einer Abrechnung auf der Basis von 9% des Umsatzes und zur alsbaldigen Zahlung der sich daraus ergebenden Beträge

verpflichtet hat. Das Berufungsgericht hat die Verpflichtung des Beklagten zu einer Abrechnung und Zahlung auf der Basis von 9% des Umsatzes nicht zuletzt aus diesem Vergleich hergeleitet, den es dahin ausgelegt hat, dass nach seinem Wortlaut und Sinn der Beklagte solange die vertraglich vereinbarte Pacht ab 1. August 1950 entrichten müsse, bis der Regierungspräsident eine andere Regelung getroffen habe. Aus der Vereinbarung unter Nr 1 des Vergleichs über die Fortsetzung des vor dem Regierungspräsidenten schwebenden Verfahrens hat das Oberlandesgericht weiter geschlossen, dass nach dem Willen der Parteien bei Vergleichsschluss ausschliesslich die in dem noch anhängigen Verwaltungsverfahren ergehende Entscheidung für die Festsetzung der Höhe des Pachtzinses maßgebend sein solle. Diese Auslegung des Vergleichs, die seinem Wortlaut und dem mit ihm verfolgten Zweck Rechnung trägt, ist jedenfalls möglich und damit für das Revisionsgericht bindend. Durch den Vergleich ist der Beklagte danach eine selbständige Verpflichtung eingegangen, die gerade wegen der bestehenden Zweifel an der Fortgeltung der Zinsvereinbarungen des Pachtvertrages begründet worden ist, jedoch die Leistungen des Beklagten mit Wirkung vom 1. August 1950 ab nur einstweilen - und zwar bis zur endgültigen Festsetzung des Pachtzinses durch die Verwaltungsbehörde - festlegen sollte. Diese vorläufige Regelung trat danach vorerst an die Stelle der Pachtzinsbestimmungen des Pachtvertrages. Durch den Vergleich im Vorprozeß war also die von dem Beklagten zu entrichtende Pacht für die Zeit seit dem 1. August 1950 zunächst einmal für einen seiner zeitlichen Dauer nach allerdings nicht fest bestimmten Zeitraum festgesetzt. Da der Klageantrag zu 1) lediglich die für die Monate August bis Dezember 1951 zu zahlende Pacht zum Gegenstand hat, bedurfte es danach

entgegen der Ansicht der Revision keiner Neufestsetzung des Pachtzinses, da die Regelung unter II des Vergleichs auch für die hier strittige Zeit galt, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat.

Der Ansicht der Revision, der Kläger könne sich auf den Vergleich vom 5. Januar 1951 nicht stützen, weil er gegenstandslos geworden sei, kann nämlich nicht beige-pflichtet werden. Ihr Hinweis darauf geht fehl, dass es sich bei den Vereinbarungen unter II des Vergleichs um eine einstweilige Regelung gehandelt habe, auf die sich der Kläger nicht mehr berufen könne, weil zwischen dem Abschluss des Vergleichs und der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ein Zeitraum von mehr als drei Jahren gelegen habe und die Parteien bei Vergleichsschluss an eine so lange Zeitspanne nicht gedacht hätten. Die Revision übersieht, dass hier nicht Pachtzinszahlungen für diesen ganzen Zeitraum in Rede stehen, sondern es sich lediglich um den Pachtzins für die letzten fünf Monate des Jahres 1951 handelt. Würde der Kläger für die ganze Zeit bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eine Pachtzinsabrechnung und -Zahlung auf Grund des Vergleichs verlangen, so könnte möglicherweise der Einwand gerechtfertigt sein, daß die "einstweilige" Regelung für einen so langen Zeitraum nicht gedacht gewesen sei. Einen solchen Anspruch hat der Kläger indessen nicht erhoben und konnte er auch nicht erheben, da das Pachtverhältnis unstreitig durch die Kündigung des Beklagten zum 31. Dezember 1951 beendet worden ist. Es konnte sich danach nur fragen, ob etwa die Bindung des Beklagten an die Vereinbarungen unter II des Vergleichs schon vor Ablauf des Jahres 1951 entfallen war. Diese Frage hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint, indem es von der Gültigkeit des Vergleichs

ausgegangen ist. Bei dessen Abschluss ruhte das bei dem Regierungspräsidenten anhängige Verfahren, das der Beklagte alsbald wieder in Gang bringen sollte und auch weiterbetrieben hat. Ob die Parteien am 5. Januar 1951 mit einer Entscheidung durch den Regierungspräsidenten schon in einigen Wochen oder Monaten gerechnet haben, steht dahin. Aus Nr III des Vergleichs folgt, dass die Regelung unter Nr II jedenfalls bis zur Rechtskraft der Entscheidung des Regierungspräsidenten gelten sollte. Die Parteien haben danach die Möglichkeit einer Anfechtung dieser Entscheidung ins Auge gefaßt. Sie konnten aber nicht damit rechnen, dass im Falle einer Anfechtungsklage bei dem Verwaltungsgericht eine Entscheidung noch im Jahre 1951 ergehen werde. Der Beklagte hat denn auch nicht etwa geltend gemacht, er habe die Pachtzinszahlungen seinerzeit deshalb eingestellt, weil er sich an die einstweilige Regelung nicht mehr gebunden gefühlt, sondern weil er befürchtet habe, im Falle der Herabsetzung des Pachtzinses werde der Kläger nicht in der Lage sein, ihm die seit der Währungsreform zuviel gezahlte Pacht zurückzuerstatten. Die Revision nimmt denn auch in anderem Zusammenhang selbst an, dass die Vergleichsabreden erst durch die Entscheidung des Regierungspräsidenten vom 23. Februar 1952 entfallen sind. Zu diesem Zeitpunkt war das Pachtverhältnis aber bereits beendet. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte sich wegen der Länge des seit dem Vergleichsschluss verstrichenen Zeitraums mit der Frage ausdrücklich auseinandersetzen müssen, ob sich der Kläger jetzt noch auf die einstweilige Regelung berufen könne, ist danach nicht begründet.

Irrig ist ferner die Ansicht der Revision, das Berufungsgericht hätte den Pachtzins auch deshalb seinerseits festsetzen müssen, weil der Vergleich angesichts der Tatsache

gegenstandslos sei, dass die in ihm von den Parteien erstrebte Festsetzung des angemessenen Pachtzinses weder durch den Regierungspräsidenten noch auch durch das Verwaltungsgericht vorgenommen werden könne, da für die Entscheidung durch diese Stellen öffentlich-rechtliche und damit andere Gesichtspunkte als für die Bestimmung des angemessenen Pachtzinses durch das Gericht in Betracht kämen. Richtig ist, dass der Regierungspräsident bestehende Apothekenpachtverträge nach § 6 des Gesetzes über die Verpachtung und Verwaltung öffentlicher Apotheken von Amts wegen oder auf Antrag nur abändern kann, wenn bestimmte Voraussetzungen in der Person des Pächters nicht oder nicht mehr gegeben sind oder durch den Vertrag die ordnungsmässige Arzneiversorgung gefährdet wird. Letzteres ist nach Art 6 der 1.DVO vom 26.März 1936 (RGBl I 317) auch dann anzunehmen, wenn der Pachtzins einschließlich aller Nebenleistungen und des Entgelts für die Räume im Verhältnis zum durchschnittlichen Umsatz und Reingewinn der Apotheke in den letzten drei Jahren unverhältnismässig hoch vereinbart ist. Es trifft auch zu, daß für das Gericht, wenn es den angemessenen Pachtzins zu bestimmen hat, andere als diese öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkte maßgebend sind. Der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe diesen Unterschied verkannt und zu Unrecht angenommen, die von den Parteien bei Vergleichsschluss erstrebte Entscheidung könne im Verwaltungsverfahren ergehen, ist indessen nicht gerechtfertigt. Die Revision geht mit Recht davon aus, dass die Parteien bei Abschluss des Vergleichs die Bestimmung des angemessenen Pachtzinses im Auge gehabt haben. Sie irrt indessen in der Annahme, dass dieses Ziel im Verwaltungswege nicht zu erreichen ist. Es trifft zwar zu, dass es nicht Aufgabe des Regierungspräsidenten ist, eine fehlende Vereinbarung

der Parteien zu ersetzen. Das haben diese auch nicht von ihm verlangt. Der Kläger hielt einen Pachtzins von 9% des Umsatzes auch nach der Währungsreform für angemessen, während der Beklagte ihn als so unverhältnismässig hoch ansah, dass er die ordnungsmässige Arzneiversorgung gefährde. Damit hat letzterer seinen am 19. November 1949 bei dem Regierungspräsidenten gestellten Antrag ausdrücklich begründet. Nach dem Inhalt des Vergleichs haben die Parteien die Abrechnung über den Pachtzins für die ganze Zeit seit der Währungsreform von der Entscheidung der Verwaltungsbehörde abhängig gemacht, die unstreitig zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch ausstand. Sollte sich ergeben, dass das Verwaltungsgericht die Auffassung des Regierungspräsidenten, die Voraussetzungen für eine Abänderung des Vertrages auf Grund des § 6 des Gesetzes über die Verpachtung und Verwaltung öffentlicher Apotheken und des Art 6 der 1.DVO lägen nicht vor, billigt, so würde damit feststehen, daß der vereinbarte Pachtzins zu einem Einschreiten aus öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten keinen Anlaß gibt und daher für den Beklagten jedenfalls tragbar ist. Nicht ausgeschlossen ist aber, dass die Sachlage im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anders beurteilt wird, als es seitens des Regierungspräsidenten geschehen ist, und es so doch zu einer anderweiten Festsetzung des Pachtzinses kommt, die dann nach Nr III des Vergleichs vom 5. Januar 1951 für die Abrechnung über die gesamte Zeit nach der Währungsreform maßgebend sein würde. Hiervon abgesehen kann es, wie oben bereits gesagt wurde, nach der für das Revisionsgericht bindenden Auslegung des Vergleichs durch das Berufungsgericht keinem Zweifel unterliegen, daß nach dem Willen der Parteien bei Vergleichsschluss ausschliesslich die Entscheidung in dem damals noch schwebenden

52

Verwaltungsrechtsstreit für die Festsetzung der Höhe des Pachtzinses maßgebend sein sollte. Es trifft danach nicht zu, dass, wie die Revision meint, im Verwaltungswege die von den Parteien vorgesehene Entscheidung nicht erzielt werden kann und der Vergleich aus diesem Grunde hinfällig geworden ist. Dass gerade der Beklagte bis in die neueste Zeit den gegenteiligen Standpunkt vertreten hat, zeigt die Tatsache, dass er die Entscheidung des Regierungspräsidenten mit der Untätigkeitsklage angegriffen hat und das verwaltungsgerichtliche Verfahren weiterbetrieben hat, wozu er sich kaum entschlossen haben dürfte, wenn er sich hiervon nicht doch noch einen Erfolg versprochen hätte. Der Revision kann schliesslich auch darin nicht beigetreten werden, dass die Abrede über die Bestimmung des angemessenen Pachtzinses durch den Regierungspräsidenten verfahrensrechtlich durch dessen ablehnenden Bescheid erschöpft sei. Die Parteien haben unter Nr III des Vergleichs die Verpflichtung des Beklagten ausdrücklich auf die Rechtskraft der Entscheidung durch den Regierungspräsidenten abgestellt und damit die Möglichkeit der Abänderung seines Entscheids im Wege der Anfechtungs- oder Untätigkeitsklage in Betracht gezogen, der Entscheidung des Regierungspräsidenten also für den Fall der Einlegung eines Rechtsmittels keine endgültige Bedeutung beigemessen.

Nach alledem sind die Rügen der Revision jedenfalls insoweit unbegründet, als sie sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts richten, dass der Zahlungsanspruch des Klägers auch auf Grund des Vergleichs vom 5. Januar 1951 begründet sei.

2). Das Berufungsgericht hat dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht abgesprochen. Es hat die Ansicht des Land-

gerichts gebilligt, dass dieser in dem Vergleich vom 5. Januar 1951 auf ein ihm etwa wegen zuviel gezahlten Pachtzinses zustehendes Zurückbehaltungsrecht verzichtet habe, und seinerseits noch darauf hingewiesen, dass es, solange der Pachtzins nicht ermässigt sei, an einem fälligen Gegenanspruch fehle und zudem eine etwaige Vermögensverschlechterung auf Seiten des Klägers auf der mangelnden Vertragserfüllung des Beklagten beruhe, der arglistig handle, wenn er sich unter diesen Umständen auf die Vermögensverschlechterung berufe. Insoweit erhebt die Revision keine Rügen und ist eine Gesetzesverletzung auch nicht ersichtlich.

Die Revision greift dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts an, auch die Aufrechnung des Beklagten mit einem Schadensersatzanspruch könne den Klageanspruch zu 1) nicht zu Fall bringen. Das Oberlandesgericht hat dahingestellt gelassen, ob sich der Kläger, wie er behauptet, auch nach Abschluss des Vergleichs entsprechend seiner mündlichen Zusage um die Verleihung einer anderen Konzession bemüht hat, und hat greifbare Anhaltspunkte für die Behauptung des Beklagten vermisst, dass gerade ihm das Betriebsrecht der G. - Apotheke verliehen worden wäre, wenn dem Kläger auf seine Bemühungen hin eine andere Apothekenkonzession erteilt worden wäre. Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, der Beklagte hätte näher darlegen müssen, dass er von allen Bewerbern das höchste Betriebsberechtigungsalter gehabt habe, da nach den einschlägigen Vorschriften die Verleihung der Konzession von diesem Alter abhängig sei.

Die Revision rügt Verletzung des § 286 ZPO. Sie wirft dem Berufungsgericht vor, nicht den Vortrag des Beklagten berücksichtigt zu haben, dass die G[REDACTED]-Apotheke von seinem Vater errichtet und von diesem bis zu seinem Tode betrieben worden sei, der Beklagte anschliessend die Apotheke auf Grund des Witwenbetriebsrechts seiner Mutter fortgeführt habe, das Apothekengrundstück im Eigentum der Erbengemeinschaft Sch[REDACTED] stehe und dem Beklagten die Apothekeneinrichtung sowie das Warenlager gehörten. Die Revision meint, bei diesem Sachvortrage habe das Berufungsgericht zu Unrecht die Darlegung von Umständen vermisst, auf Grund deren eine Neukonzession dem Beklagten zu erteilen gewesen wäre. Sie weist darauf hin, dass die Verleihung der Konzession an den Kläger und nicht an den Beklagten bereits in erster Instanz auf unkontrollierbare Vorgänge im Sozialministerium zurückgeführt worden sei.

Auch diesen Rügen war der Erfolg zu versagen.

Richtig ist allerdings, dass das Berufungsgericht die von der Revision angeführten Gesichtspunkte, die für eine Konzessionserteilung an den Beklagten sprechen könnten, in seiner Entscheidung nicht erwähnt hat. Hieraus kann indessen nicht geschlossen werden, daß das Oberlandesgericht diese Momente übersehen hat; denn diese unstreitigen Tatsachen sind bereits im ersten Rechtszuge vorgetragen und zum Teil auch in dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils angeführt worden. Wenn das Berufungsgericht sie nicht besonders erwähnt hat, so erklärt sich dies zwanglos damit, dass es diese Gesichtspunkte allein nicht als eine ausreichende Unterlage für die Behauptung des Beklagten angesehen hat, ihm würde bei einer neuen Entscheidung über das Betriebsrecht die Konzession für die G[REDACTED]-Apotheke erteilt worden sein. Das Oberlandesgericht hat die Auffassung vertreten, für die Verleihung einer Apothekenkon-

zession komme es vor allem auf das höchste Betriebsberechtigungsalter an. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die von der Revision angeführten tatsächlichen Verhältnisse waren bereits gegeben, als dem Kläger die Konzession erteilt wurde. Ihnen ist damals seitens der zuständigen Behörde ersichtlich keine entscheidende Bedeutung beigemessen worden. Der Beklagte hat das mit unkontrollierbaren Vorgängen im Sozialministerium erklärt, ohne indessen insoweit Tatsachen anzuführen. Ob seine Darstellung zutrifft, ist in dem anhängigen Verwaltungsstreitverfahren zu entscheiden und kann hier auf sich beruhen. Ohne Rechtsirrtum hat nämlich das Berufungsgericht dem Betriebsberechtigungsalter des Beklagten eine entscheidende Bedeutung beigemessen. Seine Festsetzung ist für das Land Nordrhein-Westfalen durch den Erlass des früheren Oberpräsidenten der ehemaligen Nordrheinprovinz betreffend Festsetzung des Betriebsberechtigungsalters vom 8. Februar 1946 im einzelnen geregelt worden (vgl. Kant, Arzt- und Apotheker-Recht, S 151). Durch einen weiteren Erlaß dieser Behörde vom selben Tage (aaO S 147) sind Vorschriften über die Verleihung von Apothekenbetriebsrechten gegeben worden, nach denen bei einer Mehrzahl von Bewerbern bei gleicher Eignung das Betriebsrecht der Bewerber erhält, der das höchste Betriebsberechtigungsalter hat. Das Berufungsgericht hat danach zutreffend dem Betriebsberechtigungsalter des Beklagten hinsichtlich der Substantiierung seines angeblichen Schadensersatzanspruchs eine wesentliche Bedeutung beigemessen und Darlegungen des Beklagten zu diesem Punkte für erforderlich gehalten und vermisst, da dieser es insoweit an jeglichen tatsächlichen Angaben hat fehlen lassen.

Unbegründet ist ferner die Rüge der Revision, die Umstellung des für die Zeit vom 1. bis zum 20. Juni 1948 geschuldeten Pachtzinses dürfe nicht im Verhältnis 1 : 1

vorgenommen werden, weil der Beklagte während dieses Zeitraums Einnahmen nur in Reichsmark erhalten habe. Diese Frage spielt nämlich in dem gegenwärtigen Verfahren keine Rolle. Die Revision irrt mit der Annahme, die Höhe der Klageforderung hänge von der Umstellung des Pachtzinses für die genannte Zeit ab. Sie übersieht, dass die eingeklagte Summe den Zinsrückstand für die Monate August bis Dezember 1951 bei einer Abrechnung auf der Basis von 9% des Umsatzes darstellt und die Richtigkeit dieser Berechnung auch in beiden Vorinstanzen unstreitig gewesen ist. Die Frage der Umstellung des Pachtzinses für die Zeit vom 1. - 20. Juni 1948 kann danach nur bei der Abrechnung über die gesamte Pachtzeit nach Maßgabe des Vergleichs vom 5. Januar 1951 beachtlich sein, ist hingegen für die Höhe der Klageforderung zu 1) ohne Bedeutung, so daß auf sie nicht eingegangen zu werden brauchte.

Das Berufungsgericht hat schliesslich die Ansicht vertreten, dem Zahlungsanspruch des Klägers stehe auch die Tatsache nicht entgegen, daß der Beklagte die Verleihung der Konzession an den Kläger im Verwaltungsstreitverfahren angefochten habe. Es hat erwogen, dass die Anfechtung zwar nach § 51 Abs 1 BrMilRegVO Nr 165 aufschiebende Wirkung habe, die Konzessionserteilung als Verwaltungsakt jedoch bis zur Anfechtung uneingeschränkten rechtlichen Bestand gehabt habe. Daraus, daß die Anfechtung erst nach dem Bescheid des Regierungspräsidenten vom 23. Januar 1952 erfolgt ist, hat das Berufungsgericht gefolgert, dass die Geltendmachung der vorher bis zum 31. Dezember 1951 fällig gewordenen Pachtzinsen von der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage unberührt bleibe.

Die Revision hält diese Ausführungen des Berufungsgerichts für rechtsirrig. Sie macht geltend, im Falle des

Durchdringens der Anfechtungsklage würde die Konzessionserteilung an den Kläger von Anfang an hinfällig und dieser zur Erstattung von Zahlungen verpflichtet sein. Die Revision rügt, dass das Berufungsgericht rechtsirrig der Konzession als Verwaltungsakt einen uneingeschränkten rechtlichen Bestand bis zur Aufhebung durch das Verwaltungsgericht zugebilligt habe, ohne zu prüfen, ob aus der Begründung der verwaltungsgerichtlichen Klage auf die absolute Nichtigkeit der Konzessionserteilung zu schliessen sei, und ohne die Parteien auf den Unterschied von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit des Verwaltungsaktes hinzuweisen und sie zu entsprechenden Darlegungen über eine Nichtigkeit zu veranlassen.

Diesen Rügen war der Erfolg ebenfalls zu versagen.

Die Revision will offensichtlich unter dem Gesichtspunkt der Anfechtung der Konzessionserteilung ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Sie übersieht dabei, daß der Vergleich vom 5. Januar 1951 erst mehrere Jahre nach der Verleihung der Konzession an den Kläger geschlossen worden ist und der Beklagte in ihm nach der Auslegung, welche der Vergleich durch die Vorinstanzen gefunden hat, auf die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts verzichtet hat. Hiervon abgesehen liegt unstreitig eine Entscheidung über die Anfechtung noch nicht vor. Ein fälliger Gegenanspruch ist danach bisher nicht vorhanden, so daß auch eine Aufrechnung nicht in Frage kommt. Das Berufungsgericht war auch nicht genötigt, die Parteien auf den Unterschied zwischen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit (Aufhebbarkeit) eines Verwaltungsaktes hinzuweisen und sie zur Darlegung einer etwaigen Nichtigkeit der Konzessionserteilung zu veranlassen. Ein nichtiger Verwaltungsakt ist grundsätzlich

allgemein unbeachtlich und zeitigt keinerlei Berechtigung oder Verpflichtung. Von der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes kann aber nur gesprochen werden, wenn es sich um einen gesetzlich überhaupt nicht zu rechtfertigenden Akt reiner Willkür handelt, wenn die Verwaltungsbehörde Verwaltungsakte aus ganz unsachlichen Beweggründen vornimmt, die ausserhalb aller verwaltungsmässigen Erwägungen liegen (vgl Urteil des erkennenden Senats vom 13.Juli 1954, BGHZ 14, 240 [245] und die weiteren dort angeführten Entscheidungen). Die Nichtigkeit wird danach bei Verwaltungsakten die Ausnahme bilden. Falls der Beklagte die Nichtigkeit der Konzessionserteilung geltend machen wollte, hätte er dies zweifelsfrei zum Ausdruck bringen und näher darlegen müssen, woraus sie sich ergeben soll. Es war nicht Sache des Berufungsgerichts, auf die Möglichkeit der Nichtigkeit hinzuweisen und den Beklagten zu entsprechenden Darlegungen zu veranlassen. Die Rüge aus § 139 ZPO ist daher unbegründet, zumal da die Revision nicht einmal angibt, was der Beklagte vorgetragen haben würde, wenn das Berufungsgericht die Frage der Nichtigkeit angeschnitten hätte. Es kommt hinzu, dass nach deutschem Verwaltungsrecht eine Vermutung für die Rechtsbeständigkeit eines Verwaltungsaktes besteht (vgl BGHZ 1, 223 [225]; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3.Aufl S 185), ein fehlerhafter und deshalb aufhebbarer Verwaltungsakt bis zu seiner Aufhebung wirksam ist (BGHZ aaO und 9, 129 [131/132]; Forsthoff aaO S 186) und erst die Aufhebung ihn zum Erlöschen bringt. Es ist danach nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht von der Wirksamkeit der Konzessionserteilung ausgegangen ist.

Nach alledem war die Revision als unbegründet mit
der Kostenfolge des § 97 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr.Tasche

Dr.Hückinghaus

Schuster

Dr.Oechßler

Dr.Spieler