

V e r k ü n d e t

laut Protokoll
am 19. April 1961
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 Justizwachtmeisters Helmut V [REDACTED] in F [REDACTED],
L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Erhr.v. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Jakob G [REDACTED] in M [REDACTED] bei H [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. April 1961 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel,
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 1. Zivilsenats in Kassel des
Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 23.
Februar 1960 aufgehoben, soweit zu seinem
Nachteil erkannt ist.

In diesem Umfange wird die Sache zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
Diesem wird auch die Entscheidung über die
Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf Grund schriftlichen Pachtvertrages vom 1. Oktober 1956 pachtete der Beklagte zusammen mit seiner Ehefrau Hildegard V., von der er seit Sommer 1958 rechtskräftig geschieden ist, von der U. in F. das "im Hause L.straße in F. gelegene Cafe M." für die Zeit bis 30. September 1962 (mit Verlängerungsklausel). Von dem Vorpächter des Cafe M. kauften beide Eheleute gemäß schriftlichem Kaufvertrage vom 1. Oktober 1956 das Inventar. Alleinige Inhaberin der behördlichen Schankkonzession für das Cafe M. war die Ehefrau des Beklagten, die auch an der Eingangstür zum Lokal als Geschäftsinhaberin angegeben war. In ihm befand sich bei der Übernahme des Geschäftes ein dem Kläger gehörender Musikautomat "Marke Seeburg 200 KD". Über diesen Automaten wurde am 2. Oktober 1956 ein schriftlicher "Aufstellungsvertrag" abgeschlossen, in dessen Eingangsworten der Beklagte und seine Ehefrau als Vertragspartner angegeben sind, der jedoch außer vom Kläger nur von der Ehefrau des Beklagten unterschrieben worden ist. Unter Nr. 2: "Verpflichtungen des Wirtes" ist in Absatz 1 bestimmt:

"Der Wirt verpflichtet sich, das Gerät zu Beginn der Geschäftszeit einzuschalten, während der gesamten Öffnungszeit seines Lokals betriebsbereit zu lassen und nach Geschäftsschluß wieder abzuschalten. Solange die Box spielbereit ist, wird er auf keine andere Weise Musik bieten. Ohne Zustimmung des Aufstellers wird er die Aufstellung eines anderen Musikautomaten in dem oben bezeichneten Lokal nicht gestatten oder vornehmen".

Der Vertrag enthält im wesentlichen gedruckte Bedingungen. Nach diesen ist eine Vertragsdauer von zwei Jahren vorgesehen. Das Wort zwei ist jedoch durchstrichen

- 3 -

und handschriftlich durch die Zahl 6 ersetzt. Unter "Besondere Vereinbarungen" befindet sich u.a. der handschriftliche Zusatz: Der Vertrag wird auf 6 Jahre abgeschlossen

Gleichzeitig erhielten der Beklagte und seine Frau vom Kläger ein Darlehen in Höhe von 2500 DM, das mit zur Bezahlung des vom Vorpächter übernommenen Inventars verwandt wurde. Der vom 2. Oktober 1956 datierte handschriftliche Vertrag über dieses unverzinsliche Darlehen weist als Darlehensnehmer die Eheleute V. aus, ist aber ebenfalls außer vom Kläger nur von der Ehefrau des Beklagten unterschrieben.

Im Sommer 1958 wurde der Apparat "Seeburg 200 KD" vom Kläger, was im Vertrag vorgesehen war, durch einen anderen Apparat, "Seeburg 201 D", ersetzt. Am 9. Oktober 1958 schlossen die inzwischen geschiedenen Eheleute V. einen notariellen Auseinandersetzungsvertrag, nach welchem die Ehefrau des Beklagten mit Wirkung vom 1. Oktober 1958 "aus dem ... gemeinsam betriebenen Geschäft" ausschied und der Beklagte dieses allein fortführte (§ 1). Im § 2 ist wörtlich bestimmt:

"Herr Helmut V. übernimmt seiner Frau gegenüber die Verpflichtung, sie von allen Verbindlichkeiten, die aus dem vorgenannten Geschäftsbetrieb erwachsen sein sollten, mit sofortiger Wirkung zu befreien".

Nach § 3 sollte das bisher im gemeinschaftlichen Eigentum der Eheleute stehende Inventar in das Alleineigentum des Beklagten übergehen. Dieser mußte die etwaigen Restzahlungen darauf allein entrichten. Die Ehefrau V. verzichtete auf die Schankerlaubnis (§ 4). Sie trat (§ 5) ihre Rechte aus dem Pachtvertrag mit der U. an den Beklagten ab, der die Verpflichtungen aus diesem



Vertrag allein übernahm und sich auch verpflichtete, dahin zu wirken, daß Frau V. baldmöglichst aus dem Verträge entlassen werde. Außerdem verzichtete die Ehefrau des Beklagten auf alle Unterhaltsansprüche für Vergangenheit und Zukunft (§ 6) und erhielt zur Abfindung aller Ansprüche, insbesondere aus ihrer Beteiligung an dem bisher gemeinsam betriebenen Geschäft, einen Geldbetrag (§ 8).

Tatsächlich war die Ehefrau des Beklagten bereits im Sommer 1958 aus dem Betrieb ausgeschieden. Die Mutter des Beklagten hatte unter dem 9. Juli 1958 die Schankerlaubnis für das Cafe M. erbeten, die ihr jedoch laut Schreiben des Magistrats der Stadt Fulda vom 30. Juli 1958 versagt wurde, weil die geschiedene Ehefrau des Beklagten damals noch nicht auf die ihr am 7. Januar 1957 erteilte Schankerlaubnis hatte verzichten wollen. Unter dem 5. Februar 1959 erhielt jedoch die Mutter des Beklagten die Erlaubnis zum Betrieb des "Cafe M".

Seit dem 28. Dezember 1958 ist der vom Kläger aufgestellte Musikautomat abgeschaltet und in einem anderen Raum abgestellt worden. An seiner Stelle ist ein Musikgerät einer anderen Firma in Betrieb, das der Beklagte oder seine Mutter inzwischen zu Eigentum erworben haben.

Der Kläger behauptet, der Aufstellungsvertrag sei mit beiden Eheleuten V. abgeschlossen worden, der Beklagte sei bei seinem Abschluß zugegen gewesen und habe ihm zugestimmt, der Kläger habe den Beklagten nur deshalb nicht mit unterschreiben lassen, weil ihm seine mündliche Verpflichtung genügt habe. Im übrigen habe der Beklagte den Vertrag auch nachträglich genehmigt. Der Beklagte hat sich im ersten Rechtszuge nur darauf berufen, der Kläger habe den Aufstellungsvertrag nicht

mit ihm, sondern nur mit der Ehefrau V. [REDACTED] abgeschlossen, mit der er, der Beklagte, in einer sog. Innengesellschaft gestanden habe.

Das Landgericht hat den Beklagten dem Antrage des Klägers entsprechend verurteilt: 1. den im Cafehaus M. [REDACTED] aufgestellten Musikautomaten Marke "Seeburg 201 D" des Klägers jeweils täglich zu Beginn der Geschäftszeit einzuschalten, während der gesamten Öffnungszeit des Lokals betriebsfertig zu lassen und nach Geschäftsschluß wieder abzuschalten, und 2. es bei Meidung gerichtlich festzusetzender Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu sechs Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen, in seinem Lokal auf andere Weise als durch den vorbezeichneten Apparat Musik zu bieten, insbesondere keinen anderen, nicht vom Kläger gelieferten Musikapparat aufzustellen.

Im Berufungsrechtszuge hat der Beklagte vorgetragen, er habe sich ausdrücklich geweigert, den Vertrag zu unterschreiben, weil der Kläger darin - einer Einigung bei Vorbesprechungen entgegen - nicht eine Vertragsdauer von zwei, sondern von sechs Jahren vorgesehen habe. Erst, als sich nach zwei Jahren mit dem Kläger Schwierigkeiten wegen des Apparates ergeben hätten, habe er davon Kenntnis erhalten, daß seine geschiedene Ehefrau den Vertrag dennoch - und zwar ohne sein Wissen - unterschrieben habe. Er macht weiter geltend, ihm sei eine Erfüllung der Klagansprüche unmöglich, weil nicht er, sondern seine Mutter Inhaberin des Lokals sei.

Der Kläger hat Zurückweisung der Berufung mit der Maßgabe beantragt, daß die Verurteilung des Beklagten aus dem landgerichtlichen Urteil nur ab 1. Februar 1960 bestehen bleibe, und hat Anschlußberufung eingelegt mit

dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 7215 DM nebst 4 % Zinsen seit der Zustellung der Anschlußberufung zu zahlen, hilfsweise die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß der Beklagte verurteilt wird, an ihn 7215 DM nebst entsprechenden Zinsen zu zahlen, sowie festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihm allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihm seit dem 1. Februar 1960 dadurch entsteht, daß er den Musikautomaten Marke "Seeburg 201 D" nicht bis zum 30. September 1962 aufstellen darf.

Er hat im zweiten Rechtszuge nunmehr seine Ansprüche auch darauf gestützt, die geschiedene Ehefrau des Beklagten habe ihm laut schriftlicher Erklärung vom 6. Oktober 1959 die Befreiungsansprüche abgetreten, die ihr auf Grund des § 2 des Auseinandersetzungsvertrages vom 9. Oktober 1958 hinsichtlich des Aufstellungsvertrages vom 2. Oktober 1956 gegen den Beklagten zuständen. Den Zahlungsanspruch hat er mit der Begründung geltend gemacht, der Beklagte sei ihm für die Vergangenheit schadensersatzpflichtig; die Höhe des - bisherigen - Schadens hat er nach den angeblich im Jahre 1958 erzielten Musikautomatenumsätzen, diese als später gleichbleibend unterstellt, auf 555 DM durchschnittlich im Monat für die Zeit vom 29. Dezember 1958 bis einschließlich Januar 1960 (= 13 Monate) und damit auf insgesamt 7215 DM berechnet. Der Beklagte hat den Schadensersatzanspruch nach Grund und Betrag bestritten.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten dem Antrag des Klägers entsprechend mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Verurteilung des Beklagten aus dem landgerichtlichen Urteil nur für die Zeit ab 1. Februar 1960 bestehen bleibt, und hat auf die Anschlußberufung den Schadensersatzanspruch des Klägers für die Zeit vom 29. Dezember 1958 bis zum 31. Januar 1960 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt der Beklagte Klagabweisung im vollen Umfange.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht läßt ausdrücklich dahingestellt, ob bereits am 2. Oktober 1956 auch mit dem Beklagten mündlich ein Pachtvertrag mit dem Inhalte des von seiner geschiedenen Ehefrau unterzeichneten schriftlichen Vertrages zustandegekommen ist. Es entscheidet auch nicht, ob der Beklagte durch sein Gesamtverhalten nach Vertragsabschluß bis zum Dezember 1958 nicht zumindest den von seiner Ehefrau für beide Ehegatten unterschriebenen Vertrag nachträglich genehmigt hat. Es kommt nach seiner Auffassung auf diese Fragen deshalb nicht mehr an, weil es die Klage auf jeden Fall auf Grund der Abtretungserklärung der geschiedenen Ehefrau des Beklagten vom 6. Oktober 1959 in Verbindung mit § 2 des Auseinandersetzungsvertrages vom 9. Oktober 1958 zwischen ihr und dem Beklagten für begründet hält.

I. Im Rahmen der Prüfung, ob überhaupt eine rechtswirksame Verbindlichkeit der Ehefrau des Beklagten besteht, die unter die §§ 1, 2 des Auseinandersetzungsvertrages fallen kann, hat das Berufungsgericht zunächst untersucht, in welcher Rechtsform der Beklagte und seine Ehefrau das Cafe M. betrieben haben. Es ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, es habe zwischen ihnen eine sog. Innengesellschaft nach bürgerlichem Recht bestanden, nicht aber eine Außengesellschaft. Dabei verwertet es, daß der Beklagte als Justizhelfer, später Justizwachtmeister, um eine

Gaststätte betreiben zu können, der Genehmigung seiner Behörde bedurft hätte, die er nicht gehabt habe, daß seine Frau allein Konzessionsinhaberin gewesen und auch in der Aufschrift am Laden und Cafe als (Allein-) Inhaberin des Gaststättenbetriebes bezeichnet worden sei. Wenn der Beklagte, wie er behauptet, nach außen tätig geworden sei, so habe er, so führt das Berufungsgericht aus, inso- weit nur als bevollmächtigter Vertreter seiner Ehefrau gehandelt. Aus allem zieht es die Folgerung, die Ehefrau V. sei als Geschäftsinhaberin berechtigt gewesen, für den Geschäftsbetrieb verbindliche Erklärungen abzugeben. Durch Verträge, die sie für diesen abgeschlossen habe, sei sie demgemäß auch allein nach außen verpflichtet worden. Damit sei sie auch durch den Abschluß des Aufstellungs- vertrages betreffend den Musikautomaten vom 2. Oktober 1956 als Inhaberin des Cafe M. dem Kläger gegenüber rechtswirksam berechtigt, aber auch allein verpflichtet worden.

Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten. Sie werden auch von der Revision nicht angegriffen.

II. Keine Bedenken bestehen auch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Kläger auf Grund der Ab- tretungserklärung vom 6. Oktober 1956, die von ihm ange- nommen worden ist, die Ansprüche, welche er aus dem Auf- stellungsvertrag vom 2. Oktober 1956 gegen die - geschiedene - Ehefrau V. hatte, nunmehr unmittelbar gegen den Beklagten geltend zu machen berechtigt ist, allerdings vorausgesetzt, daß dieser auf Grund des § 2 des Ausein- andersetzungsvertrages vom 9. Oktober 1958 verpflichtet ist, seine Frau/^{auch} von ihren Verbindlichkeiten aus diesem Aufstellungsvertrag zu befreien. Eine auf Befreiung von Verbindlichkeiten gerichtete Forderung ist zwar im all-

gemeinen nicht abtretbar. Davon ist aber, wie das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei ausgeführt hat, dann eine Ausnahme zu machen, wenn die Forderung gerade an den Gläubiger der Verbindlichkeit abgetreten wird. Die Forderung verwandelt sich dabei in eine solche auf die diesem geschuldete Leistung (BGHZ 12, 136). Geschuldet wurde dem Kläger aber auf Grund des Vertrages vom 2. Oktober 1956 in erster Reihe Aufstellung und Inbetriebhaltung seines Musikapparates und Unterlassung "anderer Musik". Soweit beides - für die Vergangenheit - nicht möglich ist, folgt daraus, wie das Berufungsgericht ebenfalls ohne Rechtsirrtum angenommen hat, zunächst einmal eine Haftung der Ehefrau des Beklagten aus nachträglicher, von ihr zu vertretender Unmöglichkeit auf Schadensersatz (§§ 280, 323 BGB). Daß der Beklagte einen solchen Geldzahlungsanspruch erfüllen könnte und auf Grund der Abtretung auch dem Kläger gegenüber erfüllen müßte, ebenfalls unterstellt, daß er auf Grund des § 2 des Auseinandersetzungsvertrages überhaupt dazu verpflichtet ist, seine Ehefrau von dieser Verbindlichkeit zu befreien, nimmt die Revision nicht in Abrede. Nicht zu folgen ist ihrer Auffassung, der Beklagte habe aus der Abtretung von vornherein nicht auf Aufstellung und Inbetriebhaltung des Musikapparates und Unterlassung anderweiter Musikdarbietungen in Anspruch genommen werden können.

1. Es trifft zwar zu, worauf die Revision verweist, daß die Ehefrau des Beklagten, nachdem sie aus dem Cafe ausgeschieden war, den entsprechenden Verpflichtungen aus dem Aufstellungsvertrage vom 2. Oktober nicht mehr nachkommen konnte. Fielen aber ihre Verpflichtungen aus diesem Vertrage überhaupt unter § 2 des Auseinandersetzungsvertrages, was noch besonders zu prüfen ist, so kann die Auslegung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe beide

Verpflichtungen (Inbetriebhaltung und Unterlassung) ihr abnehmen und persönlich übernehmen sollen, aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden; denn davon befreit zu werden, war alsdann für seine Ehefrau der Sinn des § 2 des Auseinandersetzungsvertrages, nach welchem der Beklagte das Geschäft allein fortführen wollte (§ 1).

2. Es stellt sich nur die Frage, ob sich daran, daß der Beklagte vom Kläger auf Grund der Abtretung nicht nur auf Schadensersatz, sondern auch auf Inbetriebhaltung und Unterlassung in Anspruch genommen werden konnte, dadurch etwas geändert hat, daß unstreitig jetzt die Mutter des Beklagten Trägerin der Konzession und damit nach außen hin Inhaberin des Cafe-Betriebes ist. Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt:

a) Eine Verurteilung zu einer objektiv unmöglichen Leistung sei allerdings widersinnig und deshalb unzulässig. Das Gleiche gelte, soweit eine Leistung subjektiv unmöglich sei. Hier stehe aber, so führt es weiter aus, auch das subjektive Unvermögen des Beklagten noch nicht fest. Dabei erwägt es, obwohl seine Mutter jetzt Inhaberin des Cafe-Betriebes nach außen ist, habe sich offenbar nichts daran geändert, daß der Beklagte selbst nach wie vor wirtschaftlich einen erheblichen Einfluß auf den Geschäftsbetrieb ausübe. Daraus folgert es, unter diesen Umständen liege die tatsächliche Möglichkeit nahe, daß die Mutter des Beklagten, welcher die Leistung bzw. die Unterlassung möglich sei, für den Beklagten handeln werde, wenn dieser seinen Einfluß dahingehend ausübe; es sei ebenfalls naheliegend, daß er dies tun werde, wenn feststehe, daß er andernfalls Schadensersatz leisten müsse, und weiter auch, die Mutter werde sich in diesem Falle dem Wunsche ihres Sohnes fügen. Sollte sich allerdings, so fährt das Berufungsgericht fort, später

herausstellen, daß diese Möglichkeit entfalle, bleibe dem Kläger nur der Weg des § 283 BGB (Schadensersatz nach Verurteilung auf Erfüllung).

b) Diese Ausführungen enthalten entgegen der Auffassung der Revision, keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist es bislang für den Beklagten weder subjektiv noch objektiv unmöglich, den Musikapparat anzuschließen und in Betrieb zu halten. Der Apparat ist nach dem Tatbestand des Berufungsurteils nur abgeschaltet, steht aber noch im Geschäftslokal, allerdings in einem anderen Raum. Der Beklagte wohnt auch noch mit seiner Mutter in der Wirtwohnung des Cafe M. Unter den vom Berufungsgericht festgestellten besonderen Umständen ist danach nicht auszuschließen, daß der Beklagte den Vertrag, wenn auch mit Hilfe seiner Mutter, noch erfüllen kann, und zwar auch hinsichtlich des Unterlassungsanspruches.

III. Der Beklagte hatte sich mit mehrfacher Begründung dagegen gewandt, daß die etwaigen Verpflichtungen seiner Ehefrau aus dem Aufstellungsvertrage vom 2. Oktober 1956 zu den Verbindlichkeiten gehörten, die er gemäß § 2 des Auseinandersetzungsvertrages vom 9. Oktober 1958 habe übernehmen sollen und wollen. Das Berufungsgericht ist seinen Einwendungen nicht gefolgt. Das wird von der Revision angegriffen.

1. a) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, § 2 enthalte ganz allgemein ohne jede Einschränkung oder Vorbehalte die Verpflichtung des Beklagten, seine Ehefrau von allen Verbindlichkeiten, die aus dem Geschäftsbetrieb des Cafe M. erwachsen sein sollten, mit sofortiger Wirkung zu befreien. Es meint, diese Verpflichtung sei (nur) die logische Folgerung aus der zwischen den Eheleuten

vereinbarten Auseinandersetzungsregelung gewesen, wonach die Ehefrau aus dem - im Innenverhältnis gemeinsam betriebenen - Geschäft ganz habe ausscheiden sollen und der Beklagte es allein habe fortführen wollen. Aus diesem Grunde und mit Rücksicht auf die allgemein gehaltene Fassung des § 2 könne es daher, so fährt das Berufungsgericht fort, auch nicht darauf ankommen, inwieweit die Verbindlichkeiten seiner Ehefrau dem Beklagten bekannt gewesen seien oder nicht. Es ist weiter der Auffassung, auch die Ausführungen des Beklagten, man sei sich bei Abschluß des Auseinandersetzungsvertrages vollkommen darüber im klaren gewesen, welche Verbindlichkeiten gemeint gewesen seien, es sei eindeutig erklärt worden, es habe sich nur um die Steuerverpflichtungen und um die Verpflichtungen gegenüber dem Vorpächter und der U [REDACTED] gehandelt, sei gegenüber dem klaren Wortlaut des § 2 des Vertrages, der das Gegenteil besage, unbeachtlich.

b) Der Revision ist darin zu folgen, daß die letzt-erwähnten Darlegungen des Berufungsgerichts von Rechtsirrtum beeinflußt sind. Wollen nämlich Parteien bei Vertragsabschluß beide dasselbe, was der Beklagte hier behauptet hatte, drücken sie sich aber anders aus, als es ihrem übereinstimmenden Willen entspricht, so kommt der Vertrag mit dem gewollten Inhalt zustande, mag dieser auch dem Wortlaut widersprechen. Solange sich der wirkliche Wille der Parteien im Wege der Beweiserhebung ermitteln läßt, ist deshalb für eine Auslegung kein Raum (BGH Urt. v. 14. März 1956 - VI ZR 336/54 - LM BGB § 157 (Gf) Nr. 2). Das Berufungsgericht hätte deshalb den Vortrag des Beklagten (im Schriftsatz vom 5. Februar 1960 S.6) würdigen und den angebotenen Beweis (Zeuge Notar Erich Sch [REDACTED]) erheben müssen.

2. a) Der Beklagte hatte weiter vorgebracht, § 2

betreffe nur solche Verpflichtungen, mit denen beide Ehegatten bereits aus dem Geschäftsbetrieb belastet gewesen seien und für die sie beide gesamtschuldnerisch hätten haften müssen, habe ihm dagegen keine Verpflichtungen auferlegen sollen, für die bisher seine Ehefrau lediglich allein gehaftet habe. Das Berufungsgericht meint, dieser Einwand fuße (wiederum) auf der Annahme einer Außengesellschaft und entfalle mit der Verneinung einer solchen. Außerdem hatte der Beklagte vorgetragen, er habe sich ausdrücklich geweigert, den Vertrag mit der sechsjährigen Verpflichtung zu unterschreiben. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, es sei ohne jede Bedeutung, ob der Beklagte in Gegenwart seiner Ehefrau und des Klägers dem Abschluß des Aufstellungsvertrages widersprochen habe oder nicht, und hat als Begründung angegeben, da seine Ehefrau nach außen hin Alleininhaberin gewesen sei und sich als solche habe verpflichten können, habe ein solcher Widerspruch des Beklagten die Wirksamkeit der von seiner Ehefrau abgeschlossenen Verträge nicht beeinflussen können, wie es überhaupt ohne Bedeutung gewesen sei, ob er im Innenverhältnis einverstanden gewesen sei oder nicht. Im anderen Zusammenhang hat das Berufungsgericht noch ergänzend ausgeführt, an sich würde zwar für den Beklagten im Innenverhältnis keine Verpflichtung bestanden haben hinsichtlich solcher Verbindlichkeiten, die seine Ehefrau zwar rechtswirksam, aber gegen seinen Willen oder gegen sein ausdrückliches Verbot eingegangen wäre. In einem solchen Falle würde er zwar seiner Ehefrau gegenüber möglicherweise das Recht gehabt haben, die Leistung zu verweigern. Nachdem er aber ohne jeden Vorbehalt bei der Auseinandersetzung ganz allgemein die Verpflichtung übernommen habe, seine Frau von allen Verbindlichkeiten aus dem Cafe-Betrieb zu befreien, könne er sich jetzt - weder seiner Frau noch dem Kläger gegenüber - darauf berufen,

daß er mit der hier streitigen Verpflichtung nicht einverstanden gewesen sei. Es stehe ihm insbesondere auch die Einrede der Arglist nicht zu, die im übrigen schon im Hinblick auf sein zumindest zweifelhaftes Verhalten bei Abschluß des Aufstellungsvertrages bis Ende Dezember 1958 entfallen würde.

b) Der Revision ist darin zu folgen, daß das Berufungsgericht mit seinen Ausführungen dem tatsächlichen Vorbringen des Beklagten nicht in vollem Umfange gerecht geworden ist und deshalb gegen § 286 ZPO verstoßen, aber auch §§ 242, 276, 404 BGB verletzt hat.

Mit Recht verweist die Revision darauf, daß ein Vertragsabschluß für die Aufstellung eines Musikautomaten mit einer Bindung auf volle sechs Jahre - statt der in dem Formular nur vorgesehenen 2 Jahre - recht ungewöhnlich ist. Ob der lange Zeitraum mit Rücksicht auf das gleichzeitig gewährte Darlehen, das jedoch "schnellstens" zurückgezahlt werden sollte - ob das geschehen ist, ist nicht festgestellt - vereinbart worden ist, hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Es ist deshalb möglich und für das Revisionsverfahren zu unterstellen, daß die Ehefrau des Beklagten dem Gesellschaftszweck zuwiderhandelte, wenn sie die sechsjährige Verpflichtung ohne, oder sogar, wovon im Revisionsverfahren auszugehen ist, gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Beklagten auf sich nahm, und zwar, ohne ihn zu unterrichten, daß sie den Vertrag nachträglich unterschrieben hat; denn der Beklagte hat - bislang unwiderlegt - auch vorgetragen, er habe von der Existenz der Verträge erst, als schon die Klage eingereicht war, Kenntnis bekommen (persönliche Vernehmung zu Protokoll vom 4. Dezember 1959). Das Berufungsgericht spricht nun zwar von einem "mindestens zweifelhaften Verhalten des Beklagten bei Abschluß des Aufstel-

lungsvertrages bis Ende 1958", auf Grund dessen ihm die Einrede der Arglist nicht zustehe. Es stellt aber nicht näher fest, worin es dieses zweifelhafte Verhalten sieht. Daß der Beklagte den Apparat hat stehen lassen und mit dem Kläger abgerechnet hat, ist unerheblich, weil er ja mit einem Vertrag für zwei Jahre einverstanden war und nur sowohl dem Kläger wie seiner Frau gegenüber, wie unterstellt werden muß, ausdrücklich und entschieden eine sechsjährige Bindung abgelehnt hatte. Die zwei Jahre waren aber abgelaufen, als sich der Beklagte am 9. Oktober 1958 mit seiner Frau auseinandersetzte. Auch das könnte erklären, daß der Aufstellungsvertrag in diesem Vertrag nicht mehr erwähnt ist.

Auf jeden Fall bedurfte es aber einer näheren Erörterung, ob die Ehefrau des Beklagten nicht diesen vor Abschluß des Auseinandersetzungsvertrages ausdrücklich darüber hätte aufklären müssen, daß sie den Aufstellungsvertrag mit der darin vorgesehenen sechsjährigen Bindung unterschrieben hatte. Würde das zu bejahen sein, dann könnte sie sich aus Verschulden bei Vertragsschluß (culpa in contrahendo) schadensersatzpflichtig gemacht haben oder eine unzulässige Rechtsausübung begehen - und zwar abgesehen von der Frage, ob sich die Eheleute über den Umfang der Verpflichtungen, auf die sich möglicherweise der § 2 des Auseinandersetzungsvertrages nur beziehen sollte, nicht ausdrücklich einig waren (zu vgl. III 1) -, wenn sie den Beklagten auf die "weite" Fassung dieses § 2 "festnageln" und an den gegen seinen ausdrücklichen Willen und hinter seinem Rücken abgeschlossenen Aufstellungsvertrag für sechs Jahre binden wollte. Diese Einwendungen könnten aber dem Kläger nach § 404 BGB entgegengehalten werden, ganz abgesehen von der Frage, ob er nicht auch selbst arglistig handelt.

IV. Das angefochtene Urteil ist aus den unter III erörterten Gründen aufzuheben, soweit zu Ungunsten des Beklagten erkannt ist, und die Sache in diesem Umfange zur andерweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen; denn es läßt sich weder aus anderen Gründen aufrecht erhalten, noch kann der Senat selbst bereits endgültig entscheiden. Dazu bedarf es vielmehr weiterer Erörterungen tatsächlicher Art und endgültiger tatsächlicher Feststellungen, wie vorstehend näher dargelegt ist.

V. Auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens ist dem Berufungsgericht übertragen, weil sie von der Entscheidung in der Sache selbst abhängt.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner