

Verkündet

am 4. Juli 1963

Heil, Justizsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Filmkaufmanns Kurt U [REDACTED] unter der Firma
B [REDACTED]-Filmproduktion Kurt U [REDACTED], B [REDACTED]-W [REDACTED],
B [REDACTED]allee [REDACTED],

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

gegen

den Kaufmann Karl-Heinz P [REDACTED], B [REDACTED],
M [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 4. Juli 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn,
Dr. Nörr, Dr. Reinicke und Dr. Bukow
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin
vom 28. März 1961 aufgehoben, soweit es den Be-
klagten verurteilt hat. Im Umfang der Aufhebung
wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, das auch über die Kosten der Revisions-
instanz zu entscheiden hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 22. Juni 1953 schlossen der Kläger, der hierbei sowohl in eigenen Namen wie in Vertretung der A [REDACTED]-Filmverleih GmbH und der Al [REDACTED]-GmbH, einer hundertprozentigen Tochter der A [REDACTED]-Filmverleih GmbH, auftrat, einen Vertrag mit der B [REDACTED]-Film GmbH, die im Jahre 1956 durch Beschluß ihres alleinigen Gesellschafters, des Beklagten, in ein Einzelhandelsgeschäft umgewandelt und in B [REDACTED]-Filmproduktion Kurt U [REDACTED] umbenannt worden ist.

Durch diesen Vertrag übernahm die B [REDACTED] die Produktion des Films "Der Vogelhändler", den die A [REDACTED] als Verleihfirma und die Al [REDACTED] als Produzent bereits in Angriff genommen hatten. Die B [REDACTED], die sonst mit der H [REDACTED]-Filmverleih GmbH zusammen arbeitete, sollte den Vogelhändler für die A [REDACTED] herstellen und mit ihr hierüber einen gesonderten Vertrag schließen (Vertragsziffer 2). Die Ziffer 8 des Vertrages vom 22. Juni 1953 bestimmt:

"Der gesamte Gewinn aus dem Film 'Der Vogelhändler' wird zwischen der B [REDACTED] und P [REDACTED] (Kläger) im Verhältnis 2/3 für B [REDACTED] und 1/3 für P [REDACTED] geteilt."

Schon bei Abschluß des Vertrages waren sich die Parteien darüber einig, daß die B [REDACTED]

"durch den Verleihschlüssel bei der A [REDACTED]-Film gegenüber der H [REDACTED]-Film nicht benachteiligt werden sollte".

Der Kläger hob in seinem Schreiben an die B [REDACTED] vom 12. Juli 1955 hervor, diese Garantie "zusätzlich zu dem Verleihvertrag" gegeben zu haben.

In erster Linie streiten die Parteien über den Sinn sowohl der Ziffer 8 des Vertrages vom 22. Juni 1953 wie der Zusatzabrede. Dieser Streit hängt damit zusammen, daß sich die beiden verwendeten Verleihschlüssel in wesentlichen Punkten unterscheiden:

Die H■■■■-Filmverleih GmbH kürzt zunächst die Verleihcinnahmen um die Umsatzsteuer, ihre Unkosten (das sind die Kosten für die Kopien, die Zensurkosten und die sog. Startkosten) und ihre Verleihprovision von 25 % a u f die um die Auslandserlöse verminderten Herstellungskosten (also 25 % im Hundert gerechnet) und teilt den sich danach unter Abzug der Herstellungskosten ergebenden Betrag hälftig zwischen sich und dem Produzenten.

Die A■■■■-Film GmbH berechnet ihre Provision von gleichfalls 25 % dagegen nicht von den Herstellungskosten, sondern von den um die Umsatzsteuer gekürzten Verleihcinnahmen und führt den sich nach Abzug von Umsatzsteuer, Verleihprovision, Produktionskosten und eigenen Unkosten verbleibenden Betrag voll an den Produzenten ab.

Nach dem H■■■■-Schlüssel deckt der Produzent die Herstellungskosten schneller, während er beim A■■■■-Schlüssel bei hohen Einspielergebnissen mehr Gewinn zieht.

Der Kläger geht von der Gewinnklausel aus und will unter dem "gesamten Gewinn" den Betrag verstanden wissen, der nach dem einen oder dem anderen Schlüssel auf den Produzenten entfällt (vgl. Bl. 55 d. A.). Er mißt der Garantierusage nur für den Fall Bedeutung zu, daß die sich für den Produzenten ergebende Summe nach dem H■■■■-Schlüssel höher liegt als beim A■■■■-Schlüssel. In diesem Fall, so meint der Kläger weiter, ständen von dem sich nach dem H■■■■-Schlüssel ergebenden Betrage dem Beklagten $\frac{2}{3}$ zu, während ihm weniger als ein Drittel, nämlich nur



die Differenz zwischen dem nach dem A[REDACTED]schlüssel auf den Produzenten entfallenden Betrag und dem sich für den Beklagten ergebenden Betrag gebühre.

Der Beklagte geht dagegen von der Garantiezusage aus. Er behauptet, diese zusätzliche Vereinbarung garantiere ihm, daß er durch die Verwendung der A[REDACTED] nicht schlechter gestellt werde, als wenn er den Verleihvertrag, wie sonst, mit der H[REDACTED]-Filmverleih GmbH ohne Gewinnbeteiligung eines Dritten abgeschlossen hätte. Das Benachteiligungsverbot der Garantiezusage bedeute, daß der Kläger erst gewinnberechtigt sei, wenn die anfängliche Schlechterstellung des Beklagten durch den Vertrag mit der A[REDACTED] gegenüber einem Vertrage mit der H[REDACTED]-Filmverleih vollständig ausgeglichen sei. Die Gewinnklausel der Ziffer 8 des Vertrages vom 22. Juni 1953 habe im Zusammenhang mit der Zusatzabrede den Sinn gehabt, daß der B[REDACTED] der Gewinn zustche, der ihr bei einem Verleihvertrag mit der H[REDACTED]-Filmverleih zugefallen wäre, und daß auf den Kläger der Gewinn entfalle, der mit der A[REDACTED] über den mit der H[REDACTED]-Filmverleih erzielbaren Gewinn hinaus erreicht werden würde. Dieser Mehrgewinn sei beiderseits als ein Drittel des gesamten Gewinns angesprochen worden, weil nach dem Vortrag der Streitteile vom 22. Juni 1953 und dem Vertrag B[REDACTED]-A[REDACTED] vom 12. Juni 1953 auf die A[REDACTED] eine Provision von 25 % und auf die Parteien zusammen 75 % und davon wieder auf die B[REDACTED] zwei Drittel und den Kläger ein Drittel entfielen.

Mit dem Vogelhändler waren bis Ende 1956 2.551.302,46 DM eingespielt. Beide Parteien errechnen den Produzentenanteil nach dem A[REDACTED]schlüssel auf 455.788,15 DM und nach dem H[REDACTED]schlüssel auf 381.075,72 DM. Der Kläger beansprucht ein Drittel von 455.788,15 DM = 151.929,38 DM und setzt hiervon die ihm von der B[REDACTED]

und dem Beklagten gezahlten 112.880,38 DM ab. Mit der Klage verlangt er die Differenz, also Zahlung von 39.049 DM.

Der Beklagte meint, dem Kläger stehe höchstens die Differenz zwischen den 455.788,15 DM und den 381.075,72 DM = 74.712,88 DM zu.

Der Kläger stützt den erhobenen Anspruch auch darauf, daß er in dem Brief vom 12. Juli 1955 geschrieben hat,

"von der ersten Mark an partizipiere ich an dem Gewinn mit einem Drittel",

und daß die B [REDACTED] hierauf bis zu ihrem Schreiben vom 27. März 1956 geschwiegen hat.

Der Beklagte behauptet demgegenüber, er habe diesen Satz unter seiner Vorstellung vom Vertragsinhalt gelesen und es nicht für nötig gefunden, ihm zu widersprechen. Er habe die Auslandseingänge ab 1955 nach der H [REDACTED] methode abgerechnet und den Kläger an diesen Einnahmen statt mit einem Drittel zu 50 % beteiligt. Der Kläger habe dies nicht nur hingenommen, sondern, wie unter Beweis gestellt (S. 1/2 des Schriftsatzes vom 9. November 1959, Bl. 37/38 d.A.), sogar seinerseits verlangt. Hierdurch sieht der Beklagte seine Auffassung vom Inhalt des Vertrages und der Zusatzabrede bestätigt.

Der Beklagte macht noch geltend, der Kläger könne Zinsen nicht verlangen, da die B [REDACTED] ihm auf die zu erwartenden Einspielergebnisse größere Vorschüsse zinslos gewährt habe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte berechnet, daß er bei Verleiheinnahmen in Höhe von 2.551.302,46 DM durch den A [REDACTED] schlüssel allein dadurch um 77.210 DM schlechter als bei Anlegung des H [REDACTED] schlüssels gestellt

ist, weil die Provision der A [REDACTED] vor Abzug der sog. Vorunkosten - das sind die Kopier-, Start- und Zensurkosten - berechnet werden (S. 10 des Schriftsatzes vom 8. August 1960, Bl. 134 d. A.). (Das ist rechnerisch falsch. Der Beklagte hat die 77.210 DM dadurch gewonnen, daß er a u f die Vorunkosten in Höhe von 463.299,05 DM 25 % gerechnet und die sich danach ergebenden 154.423 DM nach dem H [REDACTED] schlüssel geteilt hat. Die A [REDACTED] nimmt ihre Provision jedoch nicht a u f die, sondern von den um die Umsatzsteuer gekürzten Verleiheinnahmen. Sie erhebt ihre 25 % also v o n den Vorunkosten. 25 % von 463.299,05 DM sind 115.824,76 DM. Um diesen Betrag wäre der Gewinn der H [REDACTED]-Filmverleih höher gewesen. Der Beklagte hätte daher 50 % hiervon = 57.912,38 DM mehr Gewinn gezogen, wenn er mit der H [REDACTED]-Filmverleih zusammengearbeitet hätte.)

Der Beklagte hat außerdem geltend gemacht, der Vertrag vom 22. Juni 1953 sei nach § 306 BGB nichtig. Er beruft sich hierfür einmal darauf, daß sich der Kläger in Ziffer 3 dieses Vertrages unter der Behauptung, er sei Inhaber der Weltverfilmungsrechte der Operette "Der Vogelhändler", verpflichtete, diese Rechte auf die B [REDACTED] zu übertragen; zum anderen darauf, daß die B [REDACTED] nach ihrem Vertrag mit der A [REDACTED] vom 12. Juni 1953 eben diese Rechte bereits von der A [REDACTED] erworben hatte. Der Beklagte meint, aus diesem Grunde habe der Kläger die Weltverfilmungsrechte seinerseits nicht mehr übertragen können, darum sei der Vertrag vom 22. Juni 1953 auf eine Unmöglichkeit gerichtet gewesen.

Dieser Vertrag sei auch nach § 138 BGB nichtig. Die A [REDACTED] garantierte der B [REDACTED] einen Teilbetrag von 650.000 DM der Herstellungskosten des Filmes (§ 7 des Vertrages vom 12. Juni 1953). Außerdem sollte die Pro-

vision der A [REDACTED] um 100.000 DM gekürzt werden, falls die innerdeutschen Bruttoverleiheinnahmen weniger als 2,2 Millionen DM betrügen. Mit Rücksicht auf diese Risikoübernahmen, so meint der Beklagte, habe der A [REDACTED] und nicht dem Kläger eine Gewinnbeteiligung zugestanden. Wenn er sich aber persönlich einen Gewinnanteil ausbedungen habe, und dies noch dazu, obwohl nicht er, sondern die A [REDACTED] die Weltverfilmungsrechte für die Operette hergegeben habe, so habe er in sittenwidriger Weise nicht die Interessen seiner Vollmachtgeberin, sondern eigene Interessen wahrgenommen.

Weil der Kläger nicht seine Verpflichtung erfüllt habe, die Weltverfilmungsrechte der Operette zu übertragen, müsse er sich jedenfalls eine Minderung der erhobenen Ansprüche gefallen lassen. Dies, so führt der Beklagte aus, ergebe sich aus den Vorschriften der §§ 445, 437 BGB.

Der Beklagte hat auch gegenüber dem Klageanspruch aufgerechnet. Einmal mit dem Rückforderungsanspruch, der sich für den Fall ergebe, daß er den Kläger an den ab 1953 erzielten Auslandserlösen statt, wie geschehen, zur Hälfte, nur zu einem Drittel zu beteiligen brauche. Er berechnet diesen Anspruch auf 9.552 DM (vgl. S. 10 seines Schriftsatzes vom 8.8.60, Bl. 134 d. A.). Des weiteren mit einer Schadensersatzforderung aus Rechtsmängelgewähr, die er mit 50.000 DM beziffert. Schließlich mit einer Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Ziffer 7 des Vertrages vom 22. Juni 1953. Nach dieser Bestimmung hatte der Kläger zur Finanzierung einen Betrag von 150.000 DM beizutragen. Das ist nicht geschehen. Er hat der B [REDACTED] lediglich ein Akzept über 75.000 DM übergeben, für das die B [REDACTED] die Mithaft übernehmen mußte, um es diskontieren zu können. Die weiteren 75.000 DM

hat der Kläger überhaupt nicht erbracht. Allein die anderweite Aufbringung dieses Betrages hat nach der Behauptung des Beklagten 5.662,55 DM Zwischenzinsen gekostet. Gegenüber dem letzteren Anspruch erhebt der Kläger den Einwand der Verwirkung.

Der Kläger hat den Klageantrag um einen Betrag von 7.283,93 DM ermäßigt, den der Beklagte am 20. Juli 1959, also noch vor Erlaß des landgerichtlichen Urteils, gezahlt hat.

Das Berufungsgericht hat demgemäß die Verurteilung des Beklagten in Höhe dieses Betrages beseitigt. Es hat auch den erhobenen Zinsanspruch gekürzt und die Berufung im übrigen zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Der Vertrag vom 22. Juni 1953 ist nichtichtig.

1. Die Berolina war Partnerin sowohl des Vertrages vom 12. Juni 1953 wie des Vertrages vom 22. Juni 1953. Wenn sie sich die Weltverfilmungsrechte am 12. Juni 1953 bereits von der A. [REDACTED] wirksam übertragen ließ, so wußte sie am 22. Juni 1953, daß ihr der Kläger diese Rechte nicht noch seinerseits übertragen konnte, da sie dann schon selbst Inhaberin war. Ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen, kann sie sich daher nicht darauf berufen, der Kläger habe sich dazu verpflichtet, ihr die Weltverfilmungsrechte zu verschaffen. Das um so weniger, als sie selbst nicht bestreitet, den Kaufpreis von 50.000 DM nur einmal gezahlt und die Verfilmungsrechte unangefochten erhalten zu haben. § 306 BGB greift nicht ein, ohne

daß es darauf ankäme, in welcher Beziehung die Ziffer 3 des Vertrages vom 22. Juni 1953 zu der entsprechenden Klausel des Vertrages vom 12. Juni 1953 steht und ob sie dem Kläger überhaupt noch eine Übertragungsverpflichtung auferlegt.

2. Auch § 138 BGB trifft nicht zu. Der Beklagte ist nicht berechtigt, geltend zu machen, der Kläger habe seine Pflichten gegenüber einer seiner Vollmachtgeberinnen, nämlich der A■■■■, verletzt. Denn das ist ein unzulässiger Einwand aus dem Rechte eines Dritten.

II. Schon bei Abschluß des Vertrages vom 22. Juni 1953 besteht Einigkeit darüber, daß die B■■■■ durch die Verleihbedingungen der A■■■■ nicht schlechter gestellt werden sollte, als sie bei den Verleihbedingungen der H■■■■-Filmverleih GmbH gestanden hätte. Das ist jetzt auch unstreitig. Die Zusatzabrede diente der Klarstellung der Gewinnbeteiligungsklausel des Vertrages. Es ist daher davon auszugehen, daß die Fassung der Ziff 8 des Vertrages das wirklich Vereinbarte nicht einwandfrei wiedergibt. Die Parteien streiten sowohl darüber, welchen Sinn die Garantiezusage des Klägers hat, wie darüber, welchen Inhalt die Gewinnklausel des Vertrages im Hinblick auf die Zusatzabrede hat. Die Revision hat darum nicht recht, wenn sie geltend macht, die Abreden seien klar, so daß kein Bedürfnis für eine Ermittlung ihres Sinns und Zwecks bestehe.

1. Bei der Beurteilung der Zusatzabrede geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Garantiezusage des Klägers von dem Zeitpunkt ab gegenstandslos sei, in dem der Produzentengewinn nach beiden Schlüsseln gleich hoch war, und daß dies für ein Einspielergebnis von 2.551.302,46 I zutreffe. Es geht weiter davon aus, daß der A■■■■-Schlüssel für den Produzenten bei einem geringeren Einspielergebnis ungünstiger als der H■■■■-Schlüssel ist, während es bei

2

einem höheren Einspielergebnis umgekehrt liege, und daß sich aus diesem Unterschied für den Produzenten bei Anlegung des A■■■■■schlüssels ein höheres Risiko als beim Herzogsschlüssel ergebe, da er seine Produktionsaufwendungen beim H■■■■■schlüssel schon bei einem geringeren Einspielergebnis hereinbekomme. Allein dieses Risiko habe der Kläger dem Beklagten mit der Garantiezusage abnehmen wollen. Weder der Wortlaut des Vertrages noch die Umstände gäben etwas dafür her, daß der Kläger dafür habe einstehen wollen, daß der Beklagte durch die Beteiligung des Klägers an dem Gewinn nicht habe schlechter gestellt werden sollen, als er gestanden haben würde, wenn der Kläger nicht an dem Gewinn beteiligt worden wäre und der Beklagte den Film für die H■■■■■-Filmverleih GmbH hergestellt hätte. Für die Richtigkeit der Darstellung des Klägers spreche auch das Interesse der Parteien: Der Kläger habe ein Interesse daran gehabt, daß die A■■■■■ den Film zum Verleih erhielt, und der Beklagte habe das Risiko aus dem A■■■■■schlüssel nicht eingehen wollen. Zugunsten des Klägers spreche auch, daß die B■■■■■ das Schreiben vom 12. Juli 1955 unwidersprochen hingenommen habe. Die Behauptung des Beklagten, er werde durch den A■■■■■schlüssel deshalb schlechter gestellt, weil die Verleihprovision der A■■■■■ auch auf die Vorunkosten erhoben werde, sei unrichtig. Denn einmal sei unstreitig, daß nach dem A■■■■■schlüssel der Gewinnanteil des Beklagten Ende 1956 höher gewesen sei, als er nach dem H■■■■■schlüssel gewesen wäre. Zum anderen berücksichtige der Beklagte nicht, daß die A■■■■■ den sich nach ihrem Abrechnungsmodus ergebenden Gewinn voll an den Produzenten abführe und dafür nicht, wie die Herzog, 50 % für sich einbehalte. Schließlich werde die angebliche Schlechterstellung des Produzenten nach dem A■■■■■schlüssel bei gutem Einspielergebnis ausgeglichen, und dieser Fall sei eingetreten.

2. Die Auslegung der vertraglichen Gewinnteilungsklausel gibt zu rechtlichen Bedenken Anlaß.

a) Das Berufungsurteil (S. 17/18) wendet sich in längeren Ausführungen dagegen, daß der Beklagte den Standpunkt vertreten habe, die Differenz zwischen dem sich nach beiden Schlüsseln ergebenden Gewinn falle zu einem Drittel dem Kläger und ihm zu zwei Dritteln zu. Diesen Standpunkt hat der Beklagte, wenn er ihn im Prozeß anfänglich noch vertreten haben sollte, nicht mehr aufrechterhalten.

Der Beklagte hat die Differenz allerdings im Verhältnis von 2 : 1 in der vergleichenden Rechnung geteilt, die er seinem Schreiben vom 12. November 1954 beigelegt hat. Er kam dort bei einem Einspielergebnis von 2.128.465 DM bis August 1954 zu einem Gewinn von 160.424,02 DM nach dem A-Schlüssel und einem Gewinn von 154.151,16 DM nach dem H-Schlüssel. Die Differenz von 6.272,86 DM schrieb er zu einem Drittel (in Höhe von 2.090,95 DM) dem Kläger und zu zwei Dritteln sich selbst gut. Im Prozeß hat der Beklagte dagegen vorgetragen, die vertragliche Gewinnteilungsklausel habe in Verbindung mit der Zusatzabrede zum Inhalt gehabt, derjenige Gewinn, der den sich nach dem H-Schlüssel ergebenden Gewinn übersteige, falle ganz dem Kläger zu. Er hat zu erklären versucht, daß die in der Gewinnteilungsklausel vereinbarte Quotierung des Gewinns nichts anderes zum Inhalt gehabt habe. Zu diesem Zweck hat er (vgl. S. 2/3 seines Schriftsatzes vom 23. Oktober 1959, Bl. 32/33 d. A.) auf die Zahlen der seinem Schreiben vom 12. November 1954 beigelegten vergleichenden Rechnung zurückgegriffen. Er hat vorgetragen, die Parteien seien davon ausgegangen, daß das, was der Produzent nach dem H-Schlüssel über die Herstellungskosten hinaus erhält, 50 % des Gesamtgewinns von Verleih und Hersteller seien, und daß es dem entspreche, wenn die A ihre

2

Provision und der Kläger ein Drittel und der Beklagte zwei Drittel des nach Deckung aller Unkosten verbleibenden Überschusses bekämen, weil dieser Überschuß, wende man den Abrechnungsmodus der Allianz an, bei Berücksichtigung der Provision des Verleihs 75 % des Einspielgewinns betrage, diese 75 % den Gesamtgewinn des Produzenten darstellten und, wenn der Kläger davon ein Drittel = 25 % erhalte, auf den Beklagten, wie bei der Herzog-Filmverleih GmbH, 50 % = $\frac{2}{3}$ entfielen.

Das war falsch, weil weder die Provision der A[REDACTED] noch die der H[REDACTED]verleih vom Überschuß der Einspieleinnahmen über die Unkosten von Verleih und Hersteller genommen werden, der Gewinn des Produzenten nach beiden Abrechnungsarten verschieden hoch ist und daher die für Provision und Produzentengewinn ausgeworfenen Hundertsätze weder zu hundert Teilen zusammengefaßt noch zueinander in Beziehung gesetzt werden können. Das Berufungsgericht hätte daraus, daß die Darstellung des Beklagten nur schwer verständlich ist, und daraus, daß er in der Abrechnung vom 12. November 1954 den Gewinn im Verhältnis von 2 : 1 zwischen sich und dem Kläger geteilt hat, falls dem nicht die Beweisaufnahme entgegenstand, folgern können, daß der Vortrag des Beklagten keinen Glauben verdiene. Es hat den Vortrag des Beklagten richtig dahin wiedergegeben (vgl. den Tatbestand des BU, S. 11), der Kläger habe den Überschuß erhalten sollen, der sich nach dem A[REDACTED]schlüssel gegenüber der H[REDACTED]-Abrechnung ergebe. Diesen Vortrag hat es in seinem Urteil auch auf Seite 26 oben und Seite 23/24 gewürdigt. Es durfte aber nicht zu etwas Stellung nehmen, was der Beklagte im Prozeß entweder überhaupt nicht geltend gemacht oder aber fallengelassen hat. Von diesem Fehler ist die Auslegung der Parteiabreden maßgebend beeinflußt.

b) Dieser Fehler kehrt auch bei der Würdigung der Aussage der Zeugin L[REDACTED] (vgl. BU S. 22) wieder. Die

Zeugin hat an den Vertragsverhandlungen teilgenommen und darüber ausgesagt: Der Beklagte und sie seien der Auffassung gewesen, daß die Gewinnabrechnung bei der H- Filmverleih günstiger sei als bei der A. Sie hätten den Kläger hierauf hingewiesen; er habe darauf erklärt, selbstverständlich solle der Beklagte in keiner Weise einen Nachteil dadurch erleiden, daß er mit der Allianz abschließe. Von dem Reingewinn eines Films erhalte der Beklagte bei der H-Filmverleih 50 % der Reineinnahmen, bei der A dagegen 75 %. Bei Abschluß des Vertrages seien sich die Parteien darüber einig gewesen, daß der Beklagte nicht schlechter gestellt werden solle als bei einem Abschluß mit der H-Film, "d.h. ihm sollten 50 % des Reingewinns zustehen und Herr P (Kläger) sollte, da die A 75 % des Reingewinns an den Hersteller zahlte, 25 % dieses Betrages erhalten".

Das Berufungsgericht glaubt, dieser Aussage nicht entnehmen zu können, Inhalt der Parteiabreden sei es gewesen, der Kläger solle ein Drittel des Betrages erhalten, um den der Produzentengewinn nach dem Allianzschlüssel den Gewinn nach dem Abrechnungsmodus der H-Filmverleih übersteige. Mit dieser Beweiswürdigung wird das Berufungsgericht dem Vortrag des Beklagten nicht gerecht. Es fehlt namentlich eine Würdigung in der Richtung, ob mit dieser Aussage sich der tatsächliche Vortrag des Beklagten vereinbaren läßt oder nicht und vor allem, ob diese Aussage den Vortrag des Beklagten bestätigt oder nicht.

c) Zu Unrecht meint das Berufungsgericht auch, der Beklagte könne selbst nicht der im Prozeß vertretenen Auffassung gewesen sein, weil er dem Kläger bis zur Klageerhebung 112.880,38 DM habe zukommen lassen, obwohl er bei Richtigkeit seines Standpunkts nur 74.705,88 DM

(muß heißen: 74.712,88 DM) hätte zu zahlen brauchen.
Denn, wie die Revision zutreffend rügt, waren in dem
gezählten Betrage Vorschüsse auf den Abrechnungszeitraum
ab 1. Januar 1957 enthalten.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die
Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an
das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über
die Kosten der Revisionsinstanz zu entscheiden hat.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Nörr

Dr. Reinicke

Dr. Bukow