

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 110/63

URTEIL

Verkündet am
17. September 1965
Z u g,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 1) des Bauunternehmers Walter G [REDACTED], M [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED],
- 2) des Kaufmanns Fred R [REDACTED], M [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
[REDACTED] -

gegen

die A [REDACTED] F [REDACTED]-V [REDACTED] GmbH, M [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer Hans B [REDACTED]
und Peter T [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] - .

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. September 1965 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenates des Oberlandesgerichts München vom 25. Juli 1963 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin als Lizenznehmerin und eine "C- F-GmbH" als Lizenzgeber schlossen am 26. Januar 1960 einen Vertrag über die Auswertung von Filmen. Die im Handelsregister nicht eingetragene C- F-GmbH war von den beiden Beklagten im Sommer 1959 gegründet worden und wurde von ihnen als Geschäftsführern vertreten.

In dem Vertrag übertrug der Lizenzgeber der Klägerin für die Dauer von fünf Jahren das alleinige Auswertungsrecht an fünf ausländischen Filmen mit der Verpflichtung, die Filme nebst Kopien in einer von der Freiwilligen Selbstkontrolle (FSK) freigegebenen Fassung sowie je einen Beifilm kostenlos und rechtzeitig zu bestimmten Aufführungsterminen zu liefern. In Ziffer II des Vertrages heißt es,

- 3 -

der Lizenzgeber stehe dafür ein, daß er im Besitz aller zur Auswertung erforderlichen Rechte sei. Gemäß Ziffer IV sollte der Lizenzgeber bei "nachgewiesener höherer Gewalt" von der Einhaltung der festgelegten Liefertermine befreit sein. Bei Nichtlieferung aus sonstigen Gründen innerhalb einer Nachfrist von vier Wochen und bei Nichtstellung eines gleichwertigen Ersatzfilmes innerhalb dieser Frist könne die Klägerin für den nicht gelieferten Film vom Vertrag zurücktreten und Ersatz des Aufwandes in Höhe von mindestens 10.000,- DM sowie Ersatz der Kosten für Reklamematerial verlangen.

Der zur Aufführung ab 19. Februar 1960 vorgesehene Film "Dann schweigen die Pistolen" wurde zum 26. März 1960, der zur Aufführung ab 11. März 1960 vorgesehene Film "Mannstoll und gefährlich" wurde zum 6. Mai 1960 geliefert. Die übrigen drei Filme, deren Aufführung ab 8. April, 3. Juni und 8. Juli 1960 geplant war, haben die Beklagten nicht geliefert. Der französische Film Nr. 3 "Nachts wenn andere schlafen" wurde wegen Überschreitung des Exportkontingentes nicht zur Ausfuhr freigegeben; eine Anfrage der Klägerin nach einem Ersatzfilm blieb erfolglos. Für den von einem anderen Verleiher ausgewerteten Film Nr. 4 "Ausgeburt der Hölle" boten die Beklagten als Ersatz den Film "The beast with million eyes" an, den die Klägerin unwidersprochen als nicht gleichwertig ablehnte. Den Film Nr. 5 "Im Taumel des Rhythmus" beschaffte sich die Klägerin später unmittelbar von der Rechtsinhaberin, der Firma S [REDACTED]-F [REDACTED], die nach Behauptung der Beklagten zum Ausgleich der Differenzen auch für die beiden übrigen Filme Ersatz geliefert haben soll.



Die Leistungen der Klägerin waren in den Ziffern VI bis VIII des Vertrages geregelt. Gemäß Ziffer VI garantierte die Klägerin, binnen zwölf Monaten nach Vertragsschluß einen Auftragsbestand beizubringen, "der bei 20 %-iger Kapazitätsausnutzung je Filmtheater mit seinem Schätzwert die Kosten des jeweiligen Films nebst Vorkosten abdeckt". Abs. 3 dieser Ziffer lautet wie folgt:

"Zur Absicherung dieser Auftragsgarantie übergibt A- an Lizenzgeber zur erstrangigen Verrechnung auf dessen Erlösanteile gemäß § VII Akzepte in Höhe von 90.000,- DM in Abschnitten und mit Fälligkeiten, wie sie in beigefügter Aufstellung festgelegt sind. Es besteht Einverständnis darüber, daß die gesamten auf den Lizenzgeber entfallenden Anteile aus den Einkünften aller unter § I genannten Filme zur erstrangigen Abdeckung dieser Wechselverpflichtungen ohne Rücksicht auf deren Fälligkeiten verwendet werden resp. daraus eine Rücklage zur Abdeckung der Wechselverbindlichkeiten gebildet wird. Es besteht ferner Einverständnis darüber, daß Lizenzgeber Adria-Film von allen Ansprüchen aus der Akzepthergabe freistellt, und in die Wechselverpflichtungen der A-F eintritt, wenn die unter § IV genannten Liefertermine nicht innerhalb einer Nachfrist von vier Wochen eingehalten werden. Falls die ersten Einkünfte wegen der sehr kurzen Zeitspanne zwischen Vertragsbeginn und Start der ersten Filme nicht ausreichen, um die ersten Akzepte einzulösen, wird Lizenzgeber einen etwaigen Fehlbetrag ausgleichen, oder eine Prolongation erwirken. Ein Wechselprotest ist ausgeschlossen. Lizenzgeber übernimmt es, eine entsprechende Bankerklärung zu erwirken."

Die Klägerin akzeptierte dreiundzwanzig in der Zeit vom 25. März 1960 bis 25. Februar 1961 fällig gestellte Wechsel über insgesamt 90.000,- DM, die nach ihrer Behauptung als Sicherheitspapiere gegeben wurden, aber keine Depotklausel trugen. Auf der von den Parteien unterschriebenen Übergabequittung vom 26. Januar 1960 wurde das Versprechen wiederholt, diese Wechsel nach Ziffer VI und VII des Vertrages zu behandeln. Ein Teil der Wechsel in Höhe von 16.000,- DM wurde am 19. März 1960 prolongiert. Den ersten, zum 25. März 1960 fälligen Wechsel über 2.000,- DM löste der Beklagte zu 1 selbst ein. Fast alle übrigen Wechsel setzte der Beklagte zu 1 in Umlauf, zu einem beträchtlichen Teil für Zwecke seines Bauunternehmens. Sie wurden von der Klägerin in Höhe von 82.000,- DM eingelöst.

Als der Klägerin der zweite Wechsel über 4.000,- DM zur Zahlung präsentiert wurde und sie dabei erfuhr, daß der Wechsel für das Bauunternehmen des Beklagten zu 1 verwendet worden war, erklärte sie mit Schreiben vom 13. April 1960, sie fühle sich an ihre Verpflichtungen aus Ziffer VI bis VIII und X nicht mehr gebunden; sie fordere Rückgabe der Wechsel oder Einzahlung der Wechselsumme auf ein Sonderkonto, weiter Angabe, wo sich die Wechsel befänden, wo sie zahlbar gestellt seien und wer sie ausgestellt habe.

Der Beklagte zu 1 kündigte daraufhin am 12. Mai 1960 den Vertrag, weil sich die Klägerin nicht mehr an die genannten Vertragsbestimmungen halten wolle, weil sie ferner keine Prolongationspapiere zur Verfügung gestellt

habe und weil sie die Filme nicht ordnungsgemäß auswerte. Dieser Kündigung widersprach neben der Klägerin auch der Beklagte zu 2 am 18. Mai 1960. Dieser kündigte seinerseits den Vertrag am 2. November 1960, kurz nach Erhebung der vorliegenden Klage. Der Beklagte zu 1 wiederholte in seiner Klageerwiderung vom 10. November 1960 vorsorglich seine Kündigung.

Die Klägerin hat Klage auf Zahlung eines Teilbetrages von 12.000,- DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. April 1960 erhoben und zur Begründung folgendes vorgetragen: Da die Beklagten nur zwei Filme geliefert hätten, habe ihnen vertragsgemäß nur 2/5 der Wechselsumme, also 36.000,- DM, als Sicherung der Auftragsgarantie zugestanden. Dieser Betrag sei gemäß Ziffer VI des Vertrages aus den Anteilen der Beklagten an den Einspielergebnissen zu decken, die bis Januar 1962 unter Anrechnung der vorgelegten Vorabzugskosten 33.803,82 DM betragen hätten. Da sie, die Klägerin, unstreitig Wechsel in Höhe von 82.000,- DM eingelöst und zusätzliche Kosten aufgewendet habe, könne sie auf jeden Fall einen Betrag in Höhe der Klageforderung verlangen, und zwar selbst dann, wenn der wegen Nichtlieferung der drei Filme entgangene Gewinn sowie der Aufwand an Vermietungsspesen unberücksichtigt bleibe.

Das Landgericht hat die Beklagten nach Vernehmung des Produzenten Schonger antragsgemäß verurteilt:

In der Berufungsinstantz haben die Beklagten beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. Sie haben zusammenfassend folgendes vorgetragen: Im Rahmen von Verhandlungen mit dem Zeugen Schonger habe die Klägerin auf Schadensersatzansprüche zumindest gegenüber dem Beklagten zu 2 verzichtet. Im übrigen sei der Vertrag aus Gründen, die die Klägerin zu vertreten habe, wirksam gekündigt worden. Sollte der Vertrag aber noch fortbestehen, dann sei er von ihnen, den Beklagten, ordnungsgemäß erfüllt worden; denn die Nichtlieferung der Filme Nr. 3 bis Nr. 5 beruhe auf höherer Gewalt, und zudem habe die Klägerin den Film Nr. 5 und Ersatzfilme für die anderen Filme unmittelbar vom Zeugen Schonger erhalten. Die Wechsel seien nur für die beiden ersten Filme gegeben worden mit der Befugnis, sie im Rahmen des getätigten Geschäftes weiter zu verwerten. Schließlich stünden ihnen, den Beklagten, Gegenforderungen zu, mit denen aufgerechnet werde.

Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Der Filmauswertungsvertrag vom 26. Januar 1960 regelt an zwei verschiedenen Stellen die Ansprüche der Klägerin für den Fall, daß die Filme nicht oder nicht rechtzeitig geliefert wurden. Die eine Regelung betrifft die von der Klägerin übernommenen Wechselverpflichtungen, die andere Schadensersatzansprüche:

Gemäß Ziff. VI mußte der Lizenzgeber die Klägerin von allen Ansprüchen aus der Akzepthergabe freistellen und in die Wechselverpflichtungen der Klägerin eintreten, wenn die vereinbarten Liefertermine nicht innerhalb einer Nachfrist von vier Wochen eingehalten wurden.

Gemäß Ziff. IV konnte die Klägerin bei Nichtlieferung, sofern nicht höhere Gewalt nachgewiesen wurde, nach Ablauf einer vierwöchigen Nachfrist und Nichtstellung eines gleichwertigen Ersatzfilmes innerhalb dieser Frist für den nicht gelieferten Film vom Vertrag zurücktreten und Ersatz der Aufwendungen für Vermietung und Reklame verlangen.

Für beide vertraglichen Ansprüche haften die Beklagten gemäß §. 11 Abs. 2 GmbHG persönlich und solidarisch, da sie vor Eintragung der C- F- GmbH in deren Namen gehandelt haben.

II. Das Berufungsgericht hat ebenso wie das Landgericht dem nicht ganz eindeutigen Klagevorbringen entnommen, daß die Klägerin Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung verlangen wolle. Es führt dazu im einzelnen folgendes aus:

Der Auswertungsvertrag sei nach wie vor wirksam. Er habe zwar aus wichtigem Grunde gekündigt werden können. Doch habe die Kündigung gemeinsam durch beide Beklagte als Geschäftsführer der Vor-GmbH erfolgen müssen. Das sei nicht geschehen.

Mit der Erfüllung dieses wirksamen Vertrages seien die Beklagten bezüglich der Filme Nr. 3 bis 5 in Leistungsverzug geraten, ohne daß es der Setzung einer Nachfrist bedurft hätte, weil die Beklagten die Nutzungsrechte an diesen Filmen gar nicht hätten übertragen können. Die Beklagten könnten sich nicht etwa auf höhere Gewalt berufen, worunter sie außergewöhnliche Ereignisse verstehen wollten, deren Eintritt und Folgen durch alle Sorgfalt nicht hätten verhindert werden können. Die Einfuhrschwierigkeiten bei dem Film Nr. 3 seien vorhersehbar und in ihren Folgen vermeidbar gewesen. Auch das Unvermögen, die Filme Nr. 4 und 5 zu liefern, hätten die Beklagten zu vertreten; denn offensichtlich hätten sie bei Vertragsschluß diese Filme überhaupt noch nicht von der Rechtsinhaberin, der Firma S [REDACTED]-Film, erworben gehabt, und sie hätten zudem damit rechnen müssen, daß diese Firma die erforderliche Zustimmung zu einer Auswertung durch die Klägerin verweigern werde.

Wegen teilweiser Nichterfüllung des Vertrages seien die Beklagten gemäß §§ 326 Abs. 1 S. 2, 280 BGB zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet. Dieser Schaden bestehe darin, daß die Klägerin Wechsel im Gesamtbetrag von 82.000,- DM habe einlösen und diesen Betrag aus der Auswertung von nur zwei Filmen habe bezahlen müssen, ohne die Möglichkeit der Auswertung auch bei den anderen drei Filmen zu erhalten. Die Höhe des Schadens sei gemäß § 287 ZPO nach den zutreffenden, in zweiter Instanz erhärteten Ausführungen des Landgerichts wie folgt zu schätzen: Wenn schon die beiden ersten Filme einen

Produzentenanteil von rund 33.000,- DM eingebracht hätten, dann sei bei fünf Filmen von einem sicher eingespielten Anteil von rund 66.000,- DM auszugehen. Der Klägerin hätte also mindestens ein Betrag von weiteren 33.000,- DM zur Verfügung gestanden, um die Wechsel nicht mit eigenen Mitteln, sondern mit Einspielanteilen der Beklagten einzulösen zu können.

III. 1. Gegenüber diesen Ausführungen rügt die Revision zunächst, das Berufungsgericht sei unter Verstoß gegen § 286 ZPO zum Ergebnis gelangt, daß der Vertrag von den Beklagten nicht wirksam gekündigt worden sei. Schon die Kündigung des Beklagten zu 1 vom 12. Mai 1960 sei nicht etwa deshalb unwirksam gewesen, weil der Beklagte zu 1 sie allein ausgesprochen habe. Denn der Beklagte, der die Filmrechte bezahlt habe, sei so lange allein Verfügungsberechtigt gewesen, bis ein Ankauf durch die Gesellschaft möglich geworden sei. Außerdem sei "vorgeesehen" gewesen, daß der Beklagte zu 1 als allein zeichnungsberechtigter Geschäftsführer habe bestellt werden sollen. Endlich sei unter Beweisantritt vorgetragen worden, daß der Beklagte zu 1 von seinem Mitgesellschafter zur Einzelvertretung bevollmächtigt worden sei. Auf jeden Fall sei die spätere Kündigung des Beklagten zu 2 vom 2. November 1960 wirksam gewesen; denn dieser Kündigung habe der Beklagte zu 1 in der Klageerwiderung vom 10. November 1960 zugestimmt.

2. Diese Angriffe sind jedenfalls insoweit unbegründet, als es sich um die erste Kündigung vom 12. Mai 1960 handelt. Nach der zutreffenden Würdigung durch das Berufungsgericht konnte der Vertrag nur gemeinsam von beiden

Beklagten gekündigt werden. Nicht nur waren beide Beklagte, die den Vertrag im Namen der noch nicht eingetragenen C- F GmbH geschlossen hatten, als Geschäftsführer zur gemeinsamen Vertretung dieser Vor-GmbH bestellt worden. Darüber hinaus sind sie bei Vertragsschluß auch tatsächlich nach außen als gemeinsam vertretungsberechtigte Geschäftsführer in Erscheinung getreten. Bei dieser Sachlage ist es aber unerheblich, ob der Beklagte zu 1 hinsichtlich der Filmrechte zunächst allein verfügungsberechtigt sein und zum allein vertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellt werden sollte; denn beides betrifft nur das Innenverhältnis zwischen den Beklagten und läßt die gemeinsame Ausübung der Rechte nach außen gegenüber dem Vertragspartner unberührt. Es kann ferner dahinstehen, ob das Berufungsgericht eine Bevollmächtigung des Beklagten zu 1 durch seinen Mitgesellschafter ohne Beweiserhebung verneinen konnte. Denn selbst, wenn im Innenverhältnis eine solche Bevollmächtigung vorgelegen haben sollte, ist die Kündigung vom 12. Mai 1960 schon deshalb unwirksam, weil diese Erklärung ausdrücklich nur im Namen des Beklagten zu 1 erfolgte und nicht etwa zugleich in Vertretung des Beklagten zu 2, der im Gegenteil der Kündigung alsbald widersprach. Zudem könnte eine etwaige Bevollmächtigung des Beklagten zu 1 auch deshalb gemäß § 174 BGB unerheblich sein, weil die Klägerin in ihrem Antwortschreiben die Kündigung mit der Begründung zurückgewiesen hat, der Beklagte zu 2 habe nicht zugestimmt, ohne daß der Beklagte zu 1 eine Vollmacht seines Mitgesellschafters beibrachte.

3. Ob auch die spätere Kündigung des Beklagten zu 2 vom 2. November 1960 bereits aus formellen Gründen unwirksam war, könnte hingegen zweifelhaft sein. Insoweit hat das Berufungsgericht nicht geprüft, ob der Beklagte zu 1 dieser Kündigung durch Wiederholung seiner eigenen Kündigung in der Klageerwiderung vom 10. November 1960 zugestimmt hat. Auf die dazu erhobenen Revisionsrügen braucht indessen nicht eingegangen zu werden; denn die spätere Kündigung konnte aus anderen Gründen nicht wirksam werden:

Das Berufungsgericht geht zutreffend von dem Rechtsgrundsatz aus, daß der Filmvertretungsvertrag nur dann gekündigt werden konnte, wenn dem Kündigenden ein wichtiger Grund zur Seite stand, so daß ihm das weitere Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden konnte. Die Revision meint, ein solcher Kündigungsgrund habe vorgelegen und es habe sich auch erübrigt, eine Frist unter Androhung der Ablehnung der Erfüllung zu setzen. Dem kann nicht beigetreten werden. Die Revision übersieht, daß nach dem unstreitigen Sachverhalt die Beklagten - anders als in dem von ihnen zitierten Fall BGHZ 11, 80 - zum Zeitpunkt der Kündigung vom 2./10. November 1960 selbst ihre Pflichten nicht vertragsgemäß erfüllt hatten und daß die Störung des Vertragsverhältnisses von ihnen ausgegangen war; denn sie hatten nicht nur statt der versprochenen fünf Filme lediglich zwei geliefert, sondern hatten insbesondere nicht verhindert, daß die Klägerin aus den Wechseln, die der Beklagte zu 1 für sein Baugeschäft verwendet hatte, in Anspruch genommen wurde. Dieses Verhalten der Beklagten mochte zwar ihr Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund nicht ausschließen. Doch waren nunmehr an Voraussetzungen

und Ausübung dieser Rechte strengere Anforderungen zu stellen. Insbesondere mußte im vorliegenden Falle von den Beklagten erwartet werden, daß sie der Klägerin Gelegenheit gaben, etwaige berechnigte Beanstandungen innerhalb einer angemessenen Frist auszuräumen, und daß sie näher darlegten, aus welchen Gründen ihnen widrigenfalls eine Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden konnte.

Die Beklagten haben selbst nicht vorgetragen, daß sie diese Erfordernisse erfüllt haben. Im Schreiben des Beklagten zu 2 vom 2. November 1960 werden nicht einmal Gründe für seine Kündigung genannt. Auch die Klageerwiderung des Beklagten zu 1 vom 10. November 1960 läßt eine ausreichende Angabe von Kündigungsgründen nebst Fristsetzung vermissen. Im wesentlichen wird nur der schon im früheren Kündigungsschreiben vom 12. Mai 1960 erhobene Vorwurf wiederholt, die Klägerin habe mit Schreiben vom 13. April 1960 die Erfüllung wesentlicher Vertragspflichten verweigert. Diese Wiederholung genügte aber nicht für eine wirksame Kündigung. Nachdem die Klägerin zwischenzeitlich durch die weitere Auswertung der beiden gelieferten Filme zum Ausdruck gebracht hatte, daß sie sich nicht etwa bezüglich dieser beiden Filme von ihren Pflichten lossagen wollte, hätten die Beklagten sich vor einer Kündigung zumindest unter Fristsetzung darüber vergewissern müssen, wie die seinerzeitige Weigerung der Klägerin zu verstehen war und inwieweit die Klägerin daran festhalten wollte. Einige weitere Vorwürfe, die der Beklagte zu 1 in seiner Klageerwiderung erhoben hatte, haben sich im späteren Verlauf des Rechtsstreits als unerheblich oder unbegründet erwiesen, so daß auch die Revision

nicht mehr darauf zurückkommt. Das gilt insbesondere für die Behauptung, die Klägerin habe entgegen Ziff. VI des Vertrages bezüglich der beiden gelieferten Filme keinen Auftragsbestand beigebracht, der die Kosten dieser Filme nebst Vorkosten abdecke; denn die Klägerin holte für diese Filme, deren Kosten die Beklagten mit insgesamt 149.766,59 DM beziffern, nach den Feststellungen, die das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang trifft und die von der Revision nicht angegriffen werden, bis Ende 1960 einen Auftragsbestand von insgesamt 226.310,- DM ein.

Nach alledem ist dem Berufungsgericht im Ergebnis darin beizutreten, daß die Beklagten den Vertrag nicht wirksam gekündigt haben.

IV. 1. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe der Klägerin zu Unrecht Schadensersatzansprüche wegen teilweiser Nichterfüllung des Vertrages zugebilligt und dabei sogar die Setzung einer Nachfrist für entbehrlich erachtet. Hätte es die Klausel, bei nachgewiesener höherer Gewalt werde der Lizenzgeber von der Einhaltung der Liefertermine befreit, entsprechend dem schriftsätzlich vorgetragenen Parteiwillen ausgelegt, dann hätte sich ergeben, daß die Lieferung der drei weiteren Filme infolge höherer Gewalt im Vertragssinne unmöglich geworden sei. Vor allem habe das Berufungsgericht übersehen, daß man im Vertrag etwaige Schadensersatzansprüche wegen Nichtlieferung von Filmen ausdrücklich auf diejenigen Schäden beschränkt habe, die durch das Vertrauen der Klägerin auf die Lieferung der Filme verursacht worden seien (sogen. negatives Interesse).

Auch diesen Angriffen muß im Ergebnis der Erfolg versagt bleiben. Die Revision berücksichtigt nicht, daß der Klägerin - wie eingangs erwähnt - außer Schadensersatzansprüchen gemäß Ziff. IV des Vertrages auch Rechte im Hinblick auf die übernommenen Wechselverpflichtungen zustanden. Die Klägerin hat mit Recht wiederholt geltend gemacht, daß die Beklagten sie gemäß Ziff. VI des Vertrages von allen Ansprüchen aus der Akzepthergabe freistellen und in die Wechselverpflichtungen eintreten mußten, wenn die vereinbarten Liefertermine nicht innerhalb einer Nachfrist von vier Wochen eingehalten wurden. Diese Erfüllungsübernahme galt, wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, erst recht für den Fall, daß die Beklagten einzelne Filme überhaupt nicht lieferten. Da die Beklagten diese Verpflichtung nicht eingehalten haben, sondern der Klägerin unstreitig die Einlösung von Wechseln im Gesamtbetrag von 82.000,- DM überließen, steht der Klägerin nunmehr ein von der Regelung in Ziff. IV unabhängiger Schadensersatzanspruch zu. Dieser Anspruch knüpft an die Nichterfüllung der Freistellungsverpflichtung an und setzt nicht voraus, daß die Beklagten die Nichtlieferung der Filme zu vertreten haben. Auch ist er seinem Umfang nach anders als der in Ziff. IV erwähnte Schadensersatzanspruch nicht auf das sogen. negative Interesse beschränkt.

2. Dieser Anspruch der Klägerin wäre dann nicht gegeben, wenn - wie die Beklagten behaupten - die Wechselakzepte vertragsgemäß nur für die Lieferung der beiden ersten Filme hergegeben werden sollten. Dazu hat das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang ausgeführt, der Vertragswortlaut

lasse eine solche Auslegung nicht zu. Die Wechsel seien ausdrücklich zur Absicherung der in Ziff. VI vorgesehenen Auftragsgarantie hergegeben worden, die sich auf alle fünf Filme beziehe. Auch sonst sei immer nur von allen fünf Filmen die Rede, insbesondere auch in Ziff. VI Abs. 3 (Abdeckung der Wechselverpflichtungen aus den Einkünften aller Filme, Freistellungsverpflichtungen bei Nichteinhaltung aller Liefertermine). Zudem habe der Beklagte zu 1 in einem früheren Verfahren selbst vortragen lassen, daß die Wechsel nach seinem Willen "für die Filme gemäß Verleihvertrag vom 26. Januar 1960" hätten verwendet werden sollen. Daran müsse sich auch der Beklagte zu 2 festhalten lassen, der sich in der Berufungsbegründung ausdrücklich dem Vortrag seines Mitgesellschafters angeschlossen habe.

Diese Feststellungen des Berufungsgerichtes lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sie werden auch am ehesten dem Umstand gerecht, daß die Klägerin bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrages in der Lage gewesen wäre, die Wechselverpflichtungen aus den Einspielergebnissen aller fünf Filme abzudecken. Zu Unrecht meint demgegenüber die Revision, das Berufungsgericht habe den unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten beachten müssen, durch die Wechselakzepte in Höhe von 90.000,- DM habe eine für die beiden ersten Filme bei der Aba-Bank hinterlegte Wechselsumme in gleicher Höhe ersetzt werden sollen, und daher seien die Wechsel nur mit Rücksicht auf diese beiden Filme gegeben worden, über die anfangs allein verhandelt worden sei. Aus diesem Vortrag über die Vorgeschichte des Vertrages lassen sich lediglich Anlaß und Motiv für die Hergabe der Wechsel

ersehen. Dieser Anlaß ist unbeachtlich, weil er nicht Vertragsinhalt geworden ist und weil die spätere eindeutige vertragliche Regelung nach den rechtsirrtumsfreien Feststellungen des Berufungsgerichtes keinen Raum für eine abweichende Auslegung unter Berücksichtigung der Vorgeschichte läßt.

3. Gegenüber dem Anspruch der Klägerin können die Beklagten auch nicht einwenden, die Klägerin habe über die gelieferten beiden ersten Filme hinaus auf Vermittlung des Beklagten zu 2 weitere Filme durch den Zeugen Schonger erhalten. Dazu hat das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang folgendes festgestellt: Die Lieferung eines Ersatzfilmes für den Film Nr. 3 behaupteten die Beklagten selbst nicht. Die später von der Klägerin mit dem Zeugen S. [REDACTED] abgeschlossenen Auswertungsverträge über andere Filme hätten nach den eindeutigen Aussagen des Zeugen nichts mit einem Ersatz für den Film Nr. 4 zu tun. Den Film Nr. 5 habe die Klägerin vom Zeugen S. [REDACTED] unmittelbar und offensichtlich zu ungünstigeren Bedingungen erhalten.

Zu diesen für die Revisionsinstanz bindenden tatsächlichen Feststellungen macht die Revision lediglich geltend, die Klägerin sei auf Vermittlung des Beklagten zu 2 im Ergebnis so gestellt worden, wie sie nach dem Verträge habe stehen sollen. Ob dieser Gesichtspunkt gegenüber etwaigen Schadensersatzansprüchen aus Ziff. IV des Vertrages durchgreifen könnte, kann indessen auf sich beruhen, da er gegenüber dem hier erörterten Anspruch

wegen Nichterfüllung der Freistellungsverpflichtung unerheblich ist. Denn die Wechsel wurden nach dem Vertrag als Absicherung einer Auftragsgarantie den Beklagten nur dann und insoweit geschuldet, als die Beklagten ihrerseits Filme lieferten. Lieferte statt dessen ein Dritter Filme auf Grund unmittelbarer Verträge mit der Klägerin, dann fehlte jeder Anlaß dafür, daß die Klägerin den Beklagten eine Auftragsgarantie für diese Filme absicherte. Zudem wird die Klägerin durch die Verträge mit Dritten keineswegs so gestellt, wie sie nach dem strittigen Vertrag stehen sollte; denn auch die Beklagten behaupten nicht etwa, daß die Klägerin befugt sein sollte, die dem Dritten zustehenden Anteile aus den Einspielergebnissen zur Abdeckung der den Beklagten übergebenen Wechsel zu verwenden.

4. Kraft ihres Schadensersatzanspruches kann die Klägerin verlangen, so gestellt zu werden, wie sie gestanden haben würde, wenn die Beklagten ihre Freistellungsverpflichtung erfüllt hätten. Die Klägerin hätte dann nach ihrer Ansicht jedenfalls keine Wechsel in Höhe von 82.000,- DM einlösen, sondern zur Absicherung der Auftragsgarantie für die beiden gelieferten Filme lediglich Wechsel in Höhe von $\frac{2}{5}$ der im Vertrag genannten Summe, also in Höhe von 36.000,- DM, zur Verfügung stellen müssen. Diese Wechselsumme von 36.000,- DM will die Klägerin trotz Erfüllung der abgesicherten Auftragsgarantie nicht zurückverlangen, sondern mit Produzentenanteilen der Beklagten an den Einspielergebnissen verrechnen, wie das für den Fall der

ordnungsgemäßen Durchführung des Vertrages vorgesehen war. Die Klägerin ist ferner bereit, weitere Anteile der Beklagten an den Einspielergebnissen als Gegenforderungen von ihrer Erstattungsforderung abzuziehen. Folgt man dieser Berechnung, die rechtlich nicht zu beanstanden ist, dann wäre die Klageforderung über 12.000,- DM nur dann nicht in voller Höhe gerechtfertigt, wenn bis zur letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz mehr als 70.000,- DM Anteile an den Einspielergebnissen zugunsten der Beklagten erzielt worden wären. Das ist aber weder vom Berufungsgericht festgestellt noch von den Beklagten behauptet worden.

V. Nach den Ausführungen des Berufungsgerichtes stehen den Beklagten keine sonstigen zur Aufrechnung geeigneten Gegenforderungen zu. Diese Ausführungen, die von der Revision nicht angegriffen werden, lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Insbesondere trifft es zu, daß alle solchen Gegenansprüche entfallen, die auf die Rechtsfolgen der Kündigung gestützt werden, da diese Kündigung unwirksam ist.

Das Berufungsgericht hat endlich ohne Rechts- und Verfahrensverstöße die Aussagen des Zeugen Schonger dahingehend gewürdigt, daß der Beklagte zu 2 einen Verzicht der Klägerin ihm gegenüber auf die mit der Klage geltendgemachten Ansprüche nicht bewiesen habe. Auch insoweit erhebt die Revision keine Rügen.

Den Zinsanspruch hat bereits das Landgericht nach Höhe und Laufzeit als unstreitig bezeichnet, ohne daß die Beklagten dies beanstandet haben.

Nach alledem war die Revision unter Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland Jungbluth Pehle Alff Simon