

Nachschlagewerk: ja

BGHZ:-----nein

2035 042

BGB § 282

Zur Frage der Beweislast bei positiver Vertragsverletzung.

BGH, Urteil v. 13. Februar 1969 - VII ZR 14/67 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 14/67

URTEIL

Verkündet am

13. Februar 1969
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der U [REDACTED] - U [REDACTED] A [REDACTED] Company GmbH,
F [REDACTED], M [REDACTED] Landstraße [REDACTED], vertreten durch ihre
Geschäftsführer James R [REDACTED] und Erwin H [REDACTED],
E [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Theater Betriebe Kurt C [REDACTED] GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer Kurt C [REDACTED], Ha [REDACTED] [REDACTED],
E [REDACTED] Baum [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Februar 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Hubert Meyer, Dr. Vogt, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 12. Januar 1967 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 4. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte verpflichtete durch einen Vertrag vom 14. September 1961 das Grand Ballet du Marquis de Cuevas zu einem Gastspiel in dem von ihr gepachteten Operettenhaus in Hamburg. Nach den Vertragsbestimmungen (Ziff. 3) hatte das Ballett die Dekorationen, Kostüme und das notwendige Zubehör zu liefern. Zu Lasten der Beklagten gingen u.a. die Kosten für die notwendigen Proben (Ziff. 6) und alle Kosten für Maschinisten, Elektriker und weitere Personen, die für den guten Ablauf der Vorstellungen sowie aller Proben notwendig waren (Ziff. 7).



Am 2. November 1961 fand die erste Vorstellung statt. Das Ballett hatte sich verpflichtet, bis zum 12. November 1961 weitere Vorstellungen zu geben. Am Nachmittag des 4. November 1961 probte das Ballett auf der Theaterbühne. Während der Probe hatte der Hausmeister J. [REDACTED] den eisernen Vorhang hochgezogen, um am Hauptvorhang Reparaturen auszuführen. Nach Beendigung der Reparaturen verließ er das Theater. Der eiserne Vorhang blieb hochgezogen. Zwischen 16 Uhr und 16,30 Uhr ließ der Inspizient des Balletts Mo. [REDACTED] durch den bei der Beklagten angestellten Elektriker E. [REDACTED] den Oberbeleuchter S. [REDACTED] herbeirufen. Er teilte ihm mit, daß er eine Projektionseinstellung der Bühnenbilder auf dem eisernen Vorhang vornehmen wollte. Er bat S. [REDACTED], zu diesem Zweck den eisernen Vorhang herabzulassen. S. [REDACTED] und E. [REDACTED], die beide sich mit der Bedienung dieses Vorhanges nicht auskannten, versuchten, den Hausmeister zu erreichen. Sie konnten ihn jedoch nicht finden. Der Theatermeister Eh. [REDACTED] war auch nicht im Theater anwesend.

Kurze Zeit, nachdem S. [REDACTED] und E. [REDACTED] über die Bühne in Richtung der in einem Nebenraum befindlichen Anlage zur Herablassung des eisernen Vorhanges gegangen waren, trat plötzlich die Berieselungsanlage in Tätigkeit. Diese kann einmal durch einen Hebel in Tätigkeit gesetzt werden, der sich in einem Kasten neben einem anderen befindet, in dem die Seilzuganlage zum Herablassen des eisernen Vorhanges untergebracht ist. Die Berieselungsanlage kann außerdem am Schaltpult in Betrieb gesetzt werden, das neben dem diese Anlage betreibenden Dieselmotor im Keller liegt. Ausgeschaltet kann die Anlage nur dort werden.

Durch das herabströmende Wasser wurden die Dekorationen und Requisiten sowie einige Kostüme des Balletts durchnäßt. S. [REDACTED] und E. [REDACTED] konnten die Anlage nicht abstellen. Erst nachdem etwa 15 Minuten später der Hausmeister Jähde gefunden und herbeigeeilt war, war dies möglich. Das Ermittlungsverfahren (32 Js 73/62 StA Hamburg) ist eingestellt worden, da nicht ermittelt werden konnte, wer die Anlage in Betrieb gesetzt hatte.

Der Versicherer des Balletts, die Hanover Fire Insurance Company of the City of New York, hat an das Ballett 79.936 ffr. als Ersatz für den Schaden gezahlt und der Klägerin ihre Rückgriffsansprüche gegen die Beklagte abgetreten. Diese macht sie in dem vorliegenden Rechtsstreit geltend. Der Antrag lautet auf Zahlung des genannten Betrages oder seines Gegenwertes in deutscher Währung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Die Revision erstrebt die Verurteilung der Beklagten zum Ersatz des geltend gemachten Schadens. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht läßt es dahin stehen, ob es sich bei dem Gastspielvertrag zwischen dem Ballett und der Beklagten um einen Dienst- oder Werkvertrag oder

einen gemischten Vertrag eigener Art gehandelt hat. Das ist nicht zu beanstanden. Es kommt im Ergebnis darauf nicht an.

1. Mit Recht geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagte vertraglich verpflichtet war, ihre Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten, daß das berechtigt eingebrachte Eigentum des Balletts nicht zu Schaden kam. Die beschädigten Dekorationen, Requisiten und Kostüme waren berechtigt eingebrachtes Eigentum des Balletts; denn dieses hatte die Dekorationen usw. nach Ziff. 3 des Vertrages zu stellen.

Fraglich kann höchstens sein, ob sich die Pflicht der Beklagten zum Schutz des Eigentums des Balletts aus einer entsprechenden Anwendung des § 618 BGB herleiten läßt, wie das das Berufungsgericht meint. Diese Vorschrift macht dem Dienstberechtigten - und analog auch dem Werkbesteller - nur Maßnahmen zur Pflicht, die den Dienstverpflichteten bzw. Werkunternehmer vor Gefahren für Leben und Gesundheit bewahren sollen. In jedem Falle ergibt sich aber die vom Berufungsgericht angenommene Pflicht der Beklagten zum Schutz des Eigentums ihres Vertragspartners nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) beim Dienstvertrag aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten, beim Werkvertrag als eine vertragliche Nebenverpflichtung des Bestellers.

2. Das Berufungsgericht führt aus, eine Verletzung dieser Schutzpflicht durch die Beklagte könne nicht festgestellt werden. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

a) Die Berieselungsanlage entsprach nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den maßgeblichen Sicherheitsvorschriften. Das gilt insbesondere auch für die Anordnung der Anlage, die alleinige Abstellmöglichkeit im Keller, die Sicherung des Hebels gegen eine Inbetriebnahme der Anlage durch ein nur versehentliches Dagegenstoßen. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts greift die Revision auch nicht an.

b) Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist es nicht auszuschließen, daß die Berieselungsanlage nicht durch den Hebel im Bühnennebenraum, sondern durch Anlassen des Dieselmotors im Keller in Betrieb gesetzt worden ist. Das Urteil ist insoweit nicht widerspruchsvoll, wie das die Revision meint. Das Berufungsgericht konnte es bei diesen nach seiner Ansicht bestehenden Möglichkeiten dahinstehen lassen, ob der Kasten für den Hebel im Bühnenraum beschriftet sein mußte und ob die Kästen für die Berieselungsanlage und für die Bedienung des eisernen Vorhangs in diesem Raum offen gestanden haben. Wenn nicht festgestellt werden kann, daß vom Bühnennebenraum aus die Berieselungsanlage in Betrieb gesetzt worden ist, kommt es schon deshalb darauf nicht an.

Die Revision führt aus, der Kasten, in dem sich der Hebel für die Bedienung der Berieselungsanlage befindet, habe nur von einem Erfüllungsgehilfen der Beklagten offen gelassen sein können, denn der Hausmeister J. [REDACTED] habe sich beim Herausziehen des eisernen Vorhangs in diesem Raum aufgehalten. Einmal kommt es nach den obigen Darlegungen darauf nicht an, zum anderen steht dieses Vorbringen im Widerspruch zu dem festgestellten Sachverhalt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der eiserne Vorhang vom Hausmeister J. [REDACTED] vom Inspizientenpult aus hochgezogen worden.

c) Das Berufungsgericht führt auch zu Recht aus, eine Verpflichtung der Beklagten, die Berieselungsanlage gegen unbefugte Eingriffe sicherer zu gestalten, habe nicht bestanden.

II.

Das Berufungsgericht meint, der Klägerin stehe ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung auch sonst nicht zu. Sie hätte dazu beweisen müssen, daß die Beklagte oder einer ihrer Erfüllungsgehilfen durch ein vertragswidriges Verhalten den Schaden verursacht habe. Dieser Beweis sei von der Klägerin nicht erbracht worden. Auf eine analoge Anwendung des § 282 BGB könne sich die Klägerin nicht berufen. Auch Ballettangehörige hätten die Möglichkeit gehabt, die Berieselungsanlage in Tätigkeit zu setzen.

Gegen diese Auffassung wendet sich die Revision. Ihrem Vorbringen ist jedenfalls im Ergebnis der Erfolg nicht zu versagen.

1. Für die Beweislastverteilung bei einem Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung bei einem Dienst- oder Werkvertrag gelten folgende Grundsätze:

a) Der Anspruchsteller muß beweisen, daß der Inanspruchgenommene oder seine Erfüllungsgehilfen, für die er gemäß § 278 BGB einzutreten hat, den objektiven Tatbestand einer positiven Vertragsverletzung verwirklicht haben und dadurch der Schaden verursacht worden ist.

b) Erst wenn das bewiesen worden ist, wobei auch ein Anscheinsbeweis zu Gunsten des Anspruchstellers in Betracht kommen kann, greift für die Verschuldensfrage die analog anzuwendende Regelung des § 282 BGB ein. Der Inanspruchgenommene hat die Beweislast für sein Nichtvertretenmüssen. Voraussetzung für diese Umkehrung der Beweislast ist jedoch, daß die Schadensursache aus einem Gefahrenbereich hervorgegangen ist, für den er im Zweifel die Verantwortung trägt. Die analoge Anwendung des § 282 BGB betrifft nur die Frage des Vertretenmüssens (ständige Rechtsprechung des Senats; vgl. zum Werkvertrag BGHZ 23, 288, 290 im Anschluß an RGZ 148, 148, 150; 150, 134, 139; zum Dienstvertrag BGHZ 28, 251, 254; VII ZR 86/59 vom 17. Oktober 1960; VII ZR 247/61 vom 13. Dezember 1962; VII ZR 174/61 vom 10. Januar 1963; VII ZR 268/61 vom 21. März 1963; VII ZR 218/61 vom 25. März 1963; VII ZR 154/62 vom 23. April 1964; zum öffentlich-rechtlichen Verwahrungsvertrag BGHZ 3, 162, 174; BGHZ 27, 236, 238 zum Schleppvertrag; BGH NJW 1962, 31; VersR. 1966, 292; VI ZR 212/67 vom 17. Dezember 1968; BAG NJW 1968, 1350; Raape, AcP Bd. 147, 217f; Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl. S. 360 f; Soergel/Reimer Schmidt, BGB, 10. Aufl. § 282 Anm. 5 und Bem. 41 vor § 275; Erman BGB, 4. Aufl. § 282 Anm. 4; Esser, Schuldrecht, 3. Aufl. § 52 VII 4; zur Beweislast bei dem Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB vgl. BGHZ 42, 16; 48, 310).

Diese Beweislastregel ist nicht dahin auszudehnen, daß der Inanspruchgenommene auch zu beweisen hat, ihn treffe kein Pflichtverstoß und der Schaden sei nicht durch sein objektiv pflichtwidriges Handeln entstanden. Die Umstände, die den objektiven Tatbestand der positiven Vertragsverletzung ausmachen, ergeben zwar vielfach auch, daß der Schuldner diese zu vertreten hat, so daß

dann, wenn die objektive Pflichtverletzung bewiesen ist, zugleich auch sein Vertretenmüssen feststeht. Die Beweisschwierigkeiten betreffen vielfach schon die Feststellung eines objektiven Pflichtverstoßes und seiner Ursächlichkeit (vgl. Stoll Festschrift für Fritz von Hippel S. 517, 522; Larenz, Lb. Schuldrecht, 9. Aufl. § 23 I b). Diese Schwierigkeiten entstehen dann gerade deshalb, weil der Anspruchsteller nicht den Beweis für Dinge führen kann, die "seinem Gefahrenkreis und in der Regel auch seiner Sachkenntnis entzogen sind". Das war jedoch der Grund, aus dem die genannte Rechtsprechung dem Inanspruchgenommenen bei der positiven Vertragsverletzung die Beweislast dafür auferlegt hat, daß ihn bei in seinem Gefahrenbereich liegenden Schadensursachen kein Verschulden trifft. Damit ist es aber noch nicht gerechtfertigt, dem Anspruchsteller auch den Beweis für den objektiven Tatbestand der positiven Vertragsverletzung und den Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem Schaden abzunehmen. Das hat in den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches keine Grundlage.

An diesen Grundsätzen ist festzuhalten. Sie werden weder in Frage gestellt durch die von Larenz (aaO) erörterten Urteile des Bundesgerichtshofes (BGHZ 8, 239; 27, 236; NJW 1962, 31), denn diese Urteile folgen diesen Grundsätzen, noch durch das Urteil des I. Zivilsenats vom 18. September 1968 (NJW 1968, 2240). Der Pflichtverstoß und sogar das Verschulden des Inanspruchgenommenen standen dort fest. Der I. Zivilsenat will allerdings dem Inanspruchgenommenen, weil die Schadensursache in seinem Gefahrenbereich liege, die Beweislast auch dafür aufbürden, daß sein vertragswidriges Verhalten den Schaden nicht verursacht habe. Insoweit wird die Beweislastregel erweitert. Es handelt sich aber um einen besonders gela-

gerten Fall, in dem überdies der Beweis des ursächlichen Zusammenhangs nach den Regeln des Anscheinsbeweises bereits als erbracht angesehen werden konnte; das Urteil nimmt denn auch eine aus der Lebenserfahrung folgende tatsächliche Vermutung in dieser Richtung an.

2. In dem hier zu entscheidenden Fall bedarf der ursächliche Zusammenhang keines Beweises. Es ist unstreitig, daß der Schaden durch die Ingangsetzung der Berieselungsanlage eingetreten ist.

Im übrigen ergibt die Anwendung der vorstehend dargelegten Grundsätze folgendes. Die Klägerin hat zu beweisen, daß die Berieselungsanlage durch einen Erfüllungsgehilfen der Beklagten in Betrieb gesetzt worden ist oder daß die Beklagte durch sonstige positive Vertragsverletzungen die Ingangsetzung ermöglicht hat. Die Beklagte muß sich, wenn eine solche positive Vertragsverletzung bewiesen ist, hinsichtlich ihres Vertretenmüssens entlasten. Denn die Berieselungsanlage gehört eindeutig zu ihrem Gefahrenbereich. Sie ist ein Teil der Theateranlage. Für diese trägt sie allein die Verantwortung.

Die Anlage lag auch in ihrem alleinigen Gefahrenbereich. Daran wird nichts dadurch geändert, daß sich auch Angehörige des Balletts auf der Bühne aufhielten. Die Annahme des Berufungsgerichts, das Ballett habe keinerlei Einfluß auf die Gefahrenlage haben dürfen, geht zu weit. Dieses Erfordernis ist so nicht von der Rechtsprechung aufgestellt worden, jedenfalls nicht für den Bereich der positiven Vertragsverletzung bei einem Werk- oder Dienstvertrag. Die vom Berufungsgericht genannten Entscheidungen in BGHZ 3, 162, 174 und NJW 1964, 33, 35 betreffen Fälle des öffentlich-rechtlichen

Verwahrungsvertrages und des Mietvertrages. Eine mögliche Einflußnahme des Balletts auf die den Schaden verursachende Ereignisse könnte nur im Rahmen des § 254 BGB von Bedeutung sein.

3. Soweit die positive Vertragsverletzung der Beklagten darin liegen könnte, daß der Oberbeleuchter S[REDACTED] oder der Beleuchter E[REDACTED] die Berieselungsanlage in Gang gesetzt haben, hat das Berufungsgericht zu Recht die Klägerin für diese Behauptung als beweispflichtig angesehen (vgl. BGH VII ZR 174/61 vom 10. Januar 1963). Das Berufungsgericht kommt auf Grund eingehender Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, daß zwar ein Verdacht besteht, S[REDACTED] habe die Anlage versehentlich angestellt. Das sei aber letztlich nicht bewiesen. Diese Beweiswürdigung war Sache des Tatrichters. Sie kann vom Revisionsgericht nur auf Rechtsfehler, d.h. Verfahrensverstöße, Denkfehler oder Verletzung anerkannter Auslegungsregeln nachgeprüft werden. Solche Fehler sind jedoch nicht ersichtlich.

Das Berufungsgericht konnte auch ohne Rechtsfehler zu der Würdigung kommen, nach dem von ihm festgestellten Sachverhalt sei es möglich, daß ein Mitglied des Balletts in dem Bestreben, dem Inspizienten Mo[REDACTED] behilflich zu sein, die Berieselungsanlage versehentlich eingeschaltet habe. Die insoweit erhobene Rüge der Revision geht fehl. Sie setzt ihre eigene Beweiswürdigung an die Stelle der tatrichterlichen.

Auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe sich nicht mit der Aussage des Zeugen S[REDACTED] vom 4. November 1961 vor der Polizei auseinandergesetzt, ist unbegründet. Das Berufungsgericht war nicht gehalten, sich

mit jeder Einzelheit der Angaben dieses Zeugen ausdrücklich auseinanderzusetzen. Es ergibt sich aus der Beweiswürdigung, daß eine sachentsprechende Beurteilung der Aussage des Zeugen insgesamt stattgefunden hat. Das genügt den Anforderungen, die an eine Beweiswürdigung zu stellen sind (vgl. BGH VII ZR 255/61 vom 11. März 1963; VII ZR 111/63 vom 26. November 1964).

4. Das Berufungsgericht hat es aber unterlassen, hinreichend zu prüfen, ob nicht bereits bewiesen ist, daß es zu dem Schaden durch sonstige positive Vertragsverletzungen der Beklagten oder ihrer Erfüllungsgehilfen, für deren Verschulden sie gemäß § 278 BGB einzutreten hätte, kommen konnte und gekommen ist. Dabei hätte folgendes erwogen werden müssen.

a) Sinn und Zweck des eisernen Vorhangs ist es, bei einem ausbrechenden Brand das Übergreifen des Feuers vom Bühnenraum auf den Zuschauerraum und umgekehrt dann, wenn das Feuer im Zuschauerraum ausbricht, zu verhindern. Dazu ist es geboten, den eisernen Vorhang immer dann geschlossen zu halten, wenn auf der Bühne keine Vorstellung stattfindet. Daher schreibt, wie das Berufungsgericht feststellt, § 16 der Hamburgischen Verordnung betreffend sicherheitspolizeiliche Vorschriften für Theater und Versammlungsräume vom 16. Juli 1897 auch vor, daß die Bühnenöffnung nach jeder Vorstellung durch den vorgeschriebenen Schutzvorhang - das ist der eiserne Vorhang - zu schließen ist. Der eiserne Vorhang kann natürlich auch dann hochgezogen bleiben, wenn das außerhalb einer Vorstellung aus technischen Gründen erforderlich ist. Warum aber ein solches Offenlassen des eisernen Vorhangs hier erforderlich war, nachdem der Hausmeister J. [REDACTED] die Reparatur am Hauptvorhang beendet hatte, hat das Berufungsgericht nicht

dargetan. Wenn der eiserne Vorhang wieder geschlossen worden wäre, dann wäre der Schaden nicht eingetreten. Davon geht erkennbar auch das Berufungsgericht aus.

J[REDACTED] sah, daß auf der Bühne eine Ballettprobe stattfand. Er wußte, daß sie noch andauern würde. Es wird zu prüfen sein, ob es bei dieser Sachlage nicht seine Pflicht war, den eisernen Vorhang wieder herabzulassen.

Das Berufungsgericht meint zwar, das Unterlassen könne nicht als ein Verstoß gegen die der Ballettruppe gegenüber einzuhaltenden Vertragspflichten angesehen werden. Das ist bedenklich. Wenn auf der Bühne Betrieb ist, dann ist auch die Schutzwirkung des eisernen Vorhanges erforderlich; mindestens muß sichergestellt sein, daß er sofort von einer Person herabgelassen werden kann, die mit seiner Einrichtung umzugehen versteht. Jähde sah, daß der Theatermeister Eh[REDACTED] nicht anwesend war. Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob sich Jähde vor Verlassen des Theaters vergewissert hat, ob die anwesenden Elektriker die Einrichtung zu bedienen verstanden. Wenn er das getan hätte, dann hätte er erfahren, daß diese mit der Bedienung nicht vertraut waren. Da auf der Bühne geprobt wurde, konnte eine Situation auftreten, die das Herablassen des eisernen Vorhanges erforderlich machte, sei es wie hier zu einer Projektionsprobe oder auch aus anderen Gründen. Dann durfte J[REDACTED] das Theater aber nicht verlassen, wenn sonst niemand anwesend war, der den eisernen Vorhang bedienen konnte. Darin kann ein schuldhaftes zum Schaden führendes Verhalten liegen, für das die Beklagte nach § 278 BGB einzutreten hätte.

b) Dazu kommt noch folgendes.

Das Berufungsgericht hat auch nicht hinreichend geprüft, ob nicht bereits bewiesen ist, daß es durch Organisationsmängel im Bereich der Beklagten zu dem Schaden gekommen ist. Darauf weist die Revision zutreffend hin.

aa) Der Beklagten war bei der Übernahme des Theaters durch das Bezirksamt Hamburg-Mitte die Auflage gemacht worden, daß während des technischen Betriebes und der Vorstellung ein geprüfter Theatermeister anwesend sein mußte. Diese Verpflichtung oblag der Beklagten auch in dem Verhältnis zu dem Ballett. Sie hatte nach Ziffer 7 des Vertrages das Theater mit dem technischen Personal zu stellen, das notwendig war, denn zu dem technischen Betrieb gehörte auch eine Probe auf der Bühne. Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Es kann nun aber - entgegen dessen Meinung - nicht entscheidend sein, ob eine solche Probe vorher vereinbart war. Dafür, daß das Ballett auf der Bühne nur proben durfte, wenn eine solche Vereinbarung vorlag, ergeben die Feststellungen nichts.

Es bestehen schon Bedenken gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß es der Beklagten mit Rücksicht auf die allgemeine Mitteilung, es würden täglich Proben abgehalten, nicht zuzumuten sei, ständig einen Theatermeister im Theater zur Verfügung zu halten. Wenn sie eine solche Mitteilung erhalten hatte, dann war es erst einmal ihre Sache, zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen dafür Sorge zu tragen, daß die genauen Probezeiten auf der Bühne festgelegt wurden, da-

mit dann auch der Theatermeister oder wenigstens eine andere Person, die mit sämtlichen technischen Einrichtungen des Hauses vertraut war, anwesend war.

Die Bühnenprobe hat tatsächlich stattgefunden. Das Ballett war dazu in das Theater eingelassen worden. Die Probe zog sich über mehrere Stunden hin. Zumindest die Angestellten S■■■■, E■■■■ und J■■■■ der Beklagten sahen das. Es kann einen Organisationsfehler der Beklagten darstellen, wenn keine Anweisung bestand, was in einem solchen Fall zu geschehen hatte, wenn keine Person anwesend war, die mit den sämtlichen technischen Einrichtungen des Hauses vertraut war. Es hätte der Prüfung bedurft, ob nicht entweder die Anweisung bestehen mußte, daß die anwesenden Angestellten der Beklagten die Durchführung der Probe verhinderten bis zum Eintreffen des zu benachrichtigenden Theatermeisters, oder ob nicht wenigstens die Anweisung bestehen mußte, daß dann der Hausmeister das Theater nicht verlassen durfte.

bb) Wenn der Theatermeister Eh■■■■ oder zumindest der Hausmeister anwesend gewesen wären, dann ist nach dem festgestellten Sachverhalt davon auszugehen, daß sich der Inspizient Mo■■■■ sogleich an diese gewandt hätte. Der eiserne Vorhang wäre dann ordnungsgemäß herabgelassen worden, und es ist nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, daß dabei die Berieselungsanlage nicht in Tätigkeit gesetzt worden wäre. Der Schaden wäre dann nicht eingetreten.

cc) Das Berufungsgericht hält es für möglich, daß ein Ballettmitglied in dem Bestreben, Mo■■■■ behilflich zu sein, versehentlich die Berieselungsanlage eingeschal-

tet hat. Diese Möglichkeit würde aber entfallen, wenn nicht erst ein Suchen nach dem Hausmeister nötig gewesen wäre. Wenn Eh[REDACTED] oder der Hausmeister zur Stelle gewesen wären, dann hätte für eine solche mögliche Hilfeleistung kein Anlaß bestanden.

dd) Es ist festgestellt, daß es zu der Ingangsetzung der Berieselungsanlage im Zusammenhang mit dem Wunsch des Inspizienten Mo[REDACTED] auf Herablassung des eisernen Vorhangs gekommen ist, da er auf diesem eine Projektionseinstellung der Bühnenbilder vornehmen wollte. Damit hat das Herablassen des eisernen Vorhangs mit der Probe des Balletts auf der Bühne zwar unmittelbar nichts zu tun. Das ändert aber nichts daran, daß schon wegen der Ballettprobe eine Person im Theater anwesend sein mußte, die alle technischen Einrichtungen bedienen konnte.

ee) Da weder Eh[REDACTED] noch der Hausmeister beim Einsetzen der Berieselungsanlage im Theater waren, war die Anlage etwa 15 Minuten lang im Betrieb. Erst nach Auffinden des Hausmeisters konnte sie durch diesen abgestellt werden. Das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob nicht auch darin ein entscheidender Organisationsfehler der Beklagten liegt. Es hätte dabei zu erwägen gehabt, ob nicht dann, wenn im Theater eine größere Zahl von Nichtbetriebsangehörigen anwesend ist, stets die Gefahr besteht, daß eine solche Anlage versehentlich oder aus Spielerei in Gang gesetzt wird. Es drängt sich dann die Frage auf, ob nicht zumindest von der Beklagten dafür Sorge getragen werden mußte, daß jemand anwesend war, der die Anlage sofort wieder fachgerecht abstellen konnte. Eine solche Vorsorge war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von der Beklagten ersichtlich nicht getroffen

worden. Es wird davon auszugehen sein, daß bei einem sofortigen Abstellen der Anlage der Schaden überhaupt nicht oder doch in nur geringem Umfang eingetreten wäre.

III.

Die vom Berufungsgericht nicht vorgenommenen Prüfungen führen dazu, daß das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist. Der Senat hat dabei von der Vorschrift des § 565 Abs. 1 S. 2 ZPO Gebrauch gemacht. Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung der zu II 4 erfolgten Darlegungen des Senats zu entscheiden haben, ob die Klägerin den objektiven Tatbestand einer positiven Vertragsverletzung bewiesen hat. Wenn das bejaht wird, ist es dann Sache des Beklagten zu beweisen, daß er diese positive Vertragsverletzung nicht zu vertreten hat.

Bei dieser Prüfung wird das Berufungsgericht gegebenenfalls Anlaß haben, der Frage nachzugehen, ob die Leitung des Balletts an dem Schaden ein mitwirkendes Verschulden (§ 254 BGB) trifft. Dieses könnte z.B. darin liegen, daß die Ballettleitung die Probe mit der Beklagten nicht vorher abgesprochen hatte und die Probe durchgeführt hat, obwohl erkennbar der Theatermeister nicht anwesend war und man sich nicht vergewissert hatte, daß

wenigstens eine andere mit allen technischen Einrichtungen vertraute Person ständig im Theater anwesend war.

Glanzmann

Meyer

Vogt

Finke

Schmidt