BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 64/07

Verkündet am:
23. Oktober 2008
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 286 G

a) Der Auftragnehmer trägt vor Abnahme seiner Werkleistung die Beweislast für deren Mangelfreiheit. Die Beweislast kehrt sich nicht allein deshalb um, weil der Auftraggeber die Mängel der Werkleistung im Wege der Ersatzvornahme hat beseitigen lassen.

b) In einer fehlenden oder unzureichenden Dokumentation der durch Ersatzvornahme beseitigten angeblichen Mängel kann eine Beweisvereitelung liegen, wenn das Vorliegen von Mängeln erst im Laufe der Mängelbeseitigungsarbeiten überprüft werden kann und der Auftraggeber dem Auftragnehmer keine dahingehenden Feststellungen ermöglicht. Beruht die Beweisvereitelung auf einer Verletzung der Kooperationspflicht des Auftraggebers, kann hieraus eine Umkehr der Beweislast für das Vorliegen der Mängel zu seinen Lasten folgen.

BGH, Urteil vom 23. Oktober 2008 - VII ZR 64/07 - Saarländisches OLG
LG Saarbrücken

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Oktober 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Kuffer, Bauner, die Richterin Safari Chabestari und den Richter Dr. Eick

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Saarländischen Oberlandesgerichts vom 7. März 2007 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger macht als Insolvenzverwalter über das Vermögen der W. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) restlichen Werklohn für die Ausführung von Betonierungsarbeiten für ein neu zu erstellendes Parkhaus geltend. Gegenstand des Revisionsverfahrens sind nur noch Gewährleistungsansprüche der Beklagten wegen Mängeln auf Ebene 4 des Parkhauses, mit denen sie gegen die Werklohnforderung die Aufrechnung erklärt hat.

2 Die Beklagte errichtete als Generalunternehmerin ein Parkhaus mit vier Ebenen. Sie beauftragte im Mai 2000 unter Vereinbarung der VOB/B die Schuldnerin mit der Ausführung von Deckenbetonarbeiten. Auf der Ebene 4 des

Parkhauses zeigten sich unmittelbar nach Einbringen des Betons im August 2000 Rissbildungen. Diese, sowie Abplatzungen und eine Betonsteinschicht rügte die Beklagte mehrfach als Mangel und forderte die Schuldnerin, die eine Verantwortung für die gerügten Mängel von sich wies, zur Mängelbeseitigung auf. Nachdem dies erfolglos geblieben war, entzog die Beklagte der Schuldnerin den Auftrag hinsichtlich der Mängelbeseitigung und ließ die gerügten Mängel auf der Ebene 4 beseitigen.

3 Am 5. Dezember 2000 einigten sich die Parteien auf die Abnahme des Werks der Schuldnerin mit einem Vorbehalt u.a. hinsichtlich der Mängel der Betonoberfläche der Ebene 4.

4 Die Schuldnerin hat mit ihrer Klage restlichen Werklohn gemäß ihrer Schlussrechnung vom 10. November 2000 in Höhe von 434.115,86 DM (= 221.959,91 €) geltend gemacht. Die Beklagte hat hiergegen u.a. mit Mängelbeseitigungskosten wegen der Mängel der Ebene 4 aufgerechnet. Das Landgericht hat die Werklohnforderung in vollem Umfang für berechtigt angesehen und der Klage nach Abzügen für Mängelbeseitigungskosten und einen Gewährleistungseinbehalt in Höhe von 163.162,78 € stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht diesem 182.029,71 € zugesprochen; die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Insbesondere hat das Berufungsgericht von den hinsichtlich der Ebene 4 geltend gemachten Mängelbeseitigungskosten einen Betrag von 219.942,49 DM (= 112.454,81 €) mit der Begründung nicht anerkannt, die Beklagte habe nicht nachgewiesen, dass die Mängel einen solchen Umfang gehabt hätten, dass auch insoweit die geltend gemachten Aufwendungen erforderlich gewesen seien. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen und dies damit begründet, dass die Frage der Beweislastverteilung nach Mangelbeseitigung durch den Auftraggeber bzw. der Annahme einer Beweisvereitelung durch unvollstän-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android

Available on the App Store
JLaw – für iOS

dige Schadensdokumentation mit der Folge der Beweislastumkehr höchstrichterlicher Klärung bedürfe und eine Vielzahl von Fällen betreffe. Der Senat hat die hilfsweise beantragte Zulassung der Revision gegen das angefochtene Urteil in vollem Umfang zurückgewiesen und hierzu ausgeführt, das Berufungsgericht habe eine Zulassung der Revision lediglich hinsichtlich der Ansprüche der Beklagten wegen Mängeln des Betons der Ebene 4 beabsichtigt, denn nur für diese Mängel, die einen abgrenzbaren Streitgegenstand bildeten, sei der vom Berufungsgericht angeführte Zulassungsgrund von Bedeutung. Mit der in dem Umfang dieser Zulassung eingelegten Revision möchte die Beklagte die Abweisung der Klage insoweit erreichen, wie das Berufungsgericht die für die Ebene 4 geltend gemachten Mängelbeseitigungskosten nicht anerkannt hat.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

6 Das für die Beurteilung maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

7 Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte sei berechtigt gewesen, hinsichtlich der Beseitigung der Mängel der Ebene 4 den Vertrag zu kündigen. Die Beweislast für die Mangelfreiheit der erbrachten Leistungen trage vor der Abnahme grundsätzlich der Auftragnehmer. Dies gelte auch dann, wenn der

Auftraggeber aus den Mängeln vorzeitig besondere Rechte herleiten wolle. Das Verhalten der Beklagten nach der Teilkündigung habe allerdings zu einer teilweisen Umkehr der Beweislast geführt, denn die Beklagte habe den Zustand des Werks der Schuldnerin bei der Ersatzvornahme schuldhaft nicht ausreichend dokumentiert. Unterlaufe ein Besteller die Begutachtung des Baukörpers dadurch, dass er Teile, deren Mängel im Streit seien, beseitige oder neu ausführen lasse, obwohl ihm bekannt sein müsse, dass es noch (weiterer) sachverständiger Feststellungen bedürfe, liege eine Beweisvereitelung vor. In einem solchen Fall könne sich der Unternehmer auf die Mangelfreiheit seines Werks berufen. Eine Umkehr der Beweislast komme allerdings nicht in Frage, soweit die Schuldnerin gehalten und in der Lage gewesen sei, nach der Mängelrüge der Beklagten selbst eine Beweissicherung zu betreiben.

8 Es sei daher davon auszugehen, dass auf Ebene 4 eine flächige Rissbildung, Abplatzungen und eine Zementsteinschicht an der Betonoberfläche vorgelegen hätten, da insoweit die Schuldnerin Feststellungen hätte treffen können. Diese Mängel hätten dazu geführt, dass größere Risse über 0,3 mm Breite gezielt zu sanieren gewesen seien und die gesamte Oberfläche wegen der Abplatzungen und der Zementsteinschicht habe gefräst und kugelgestrahlt werden müssen (Abtrag bis 5 mm). Für die insoweit erforderlichen Arbeiten zur Mängelbeseitigung errechne sich ein Gesamtbetrag in Höhe von 126.404,37 DM.

9 Soweit es um Mangelerscheinungen gehe, die erst im Rahmen der Mangelbeseitigung beim Vordringen in tiefere Schichten zu Tage getreten seien und die einen zweiten und dritten Fräsgang erforderlich gemacht haben sollen, trage die Beklagte die Beweislast. Von der Schuldnerin hätten keine eigenen sachverständigen Feststellungen erwartet werden können, die die gesamte Ebene 4 betroffen hätten. Denn sie habe davon ausgehen dürfen, an der von der Beklagten angekündigten Schadensfeststellung mit einem Sachverständigen be-

teiligt zu werden, weil sie die Beklagte darum gebeten und diese ihre Bitte nicht abgeschlagen habe. Außerdem sei ihr der Umfang der von der Beklagten beabsichtigten Ersatzvornahme nicht bekannt gewesen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Mängelrüge der Beklagten allgemein gehalten gewesen sei, obwohl die Beklagte wegen von ihr veranlasster Haftzugprüfungen über weitere Erkenntnisse zu verfügen geglaubt habe. Zwar habe die Beklagte wegen einer ihr drohenden Vertragsstrafe die Arbeiten fortsetzen dürfen. Sie habe der Schuldnerin aber erst wenige Tage vor dem Abfräsen der Ebene 4 die von ihr geschätzten Kosten in Höhe von 250.000 DM mitgeteilt, so dass die Schuldnerin keine eigenen Feststellungen mehr habe treffen können. Angesichts der von der Schuldnerin vorgeschlagenen Sanierung mit Kosten in Höhe von rund 10.000 DM habe die Beklagte mit einer Auseinandersetzung mit der Schuldnerin rechnen und bei der Ersatzvornahme Nachweise zum Zustand des Betons unterhalb der Oberfläche schaffen müssen.

10 Die Beklagte habe mindestens fahrlässig gehandelt. Sie habe erkennen müssen, dass eine Dokumentation erforderlich sein würde, und fahrlässig nicht erkannt, dass die von ihr angefertigten Lichtbilder und die Feststellungen des von ihr eingeschalteten Sachverständigen nicht ausreichten. Es sei der Beklagten möglich und im Hinblick auf ihre Kooperationspflicht auch zumutbar gewesen, die erforderliche Dokumentation zu erstellen.

11 Die Beklagte habe den ihr obliegenden Beweis der Mangelhaftigkeit des Betons in tieferen Schichten nicht geführt. Eine Vernehmung der von der Beklagten in der Berufungsinstanz benannten Zeugen K. und Prof. G. aus dem Ingenieurbüro Sch. sei gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO wegen Verspätung nicht zuzulassen. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, es sei für sie nicht erkennbar gewesen, dass diese die Baustelle besichtigt hätten, denn dies hätte

sie durch eine einfache Nachfrage bei dem ihr bekannten Ingenieurbüro Sch., das im Auftrag der Bauherrin die Arbeiten überwacht habe, ermitteln können.

12 Die durch die weiteren Fräsgänge verursachten Kosten könne die Beklagte daher nicht ersetzt verlangen. Kosten für das Ausspachteln von Vertiefungen auf dem Randstreifen der Ebene 4 (Pos. 20 der Anlage B 23) und für Material gemäß Pos. 23 der Anlage B 23 seien nicht zu berücksichtigen, weil nicht dargelegt sei, dass diese für solche Arbeiten angefallen seien, die bereits durch das einmalige Fräsen nebst Kratzspachtelung notwendig geworden seien. Aus diesem Grund könnten von den Kosten für die Vermessung der Deckenstärke der Ebene 4 und der Überprüfung der Statik in Höhe von insgesamt 3.152,72 DM (von der Revision irrtümlich mit 3.956,22 DM berechnet) nur 500 DM angesetzt werden.

II.

13 Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Berufungsgericht konnte aufgrund seiner Feststellungen die Überzeugung gewinnen, dass der Beklagten eine Beweisvereitelung anzulasten sei, sie deshalb die Beweislast für die Mangelhaftigkeit der Betonierungsarbeiten in den tieferen Schichten trage und sie insoweit beweisfällig geblieben sei.

14 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Auftragnehmer vor der Abnahme die Mangelfreiheit seiner Leistungen zu beweisen hat (BGH, Urteil vom 4. Juni 1973 - VII ZR 112/71, BGHZ 61, 42, 47; Urteil vom 29. Juni 1981 - VII ZR 299/80, BauR 1981, 575, 576 = ZfBR 1981, 218; Urteil vom 25. März 1993 - X ZR 17/92, BauR 1993, 469, 472 = ZfBR 1993, 189; Urteil vom 13. Juli 2000 - VII ZR 139/99, BauR 2000, 1762, 1763

= NZBau 2000, 523 = ZfBR 2000, 548). Dies gilt auch dann, wenn der Auftraggeber vor der Abnahme Mängelansprüche geltend macht (BGH, Urteil vom 24. Oktober 1996 - VII ZR 98/94, BauR 1997, 129, 130 = ZfBR 1997, 75; Urteil vom 24. November 1998 - X ZR 21/96, NJW-RR 1999, 347, 349; Urteil vom 13. Juli 2000 - VII ZR 139/99, aaO).

15 An dieser Verteilung der Beweislast hat sich hinsichtlich der Mängel auf Ebene 4 des Parkhauses durch die Abnahme des Werks nichts geändert, denn die Beklagte hat hinsichtlich dieser Mängel einen Vorbehalt erklärt (vgl. BGH Urteil vom 24. Oktober 1996 - VII ZR 98/94, aaO). Die Gegenauffassung (OLG Hamburg, OLGR 1998, 61; Marbacher/Wolter, BauR 1998, 36 ff. m.w.N.) überzeugt nicht. Dass durch die Abnahme eine Beweislastumkehr eintritt, beruht auf § 363 BGB. Dieser setzt die Annahme einer Leistung als Erfüllung voraus. Daran fehlt es, soweit der Besteller wegen eines Mangels einen Vorbehalt erklärt.

16 Eine Umkehr der Beweislast ist auch nicht schon allein deshalb anzunehmen, weil die Beklagte die Mängel im Wege der Ersatzvornahme hat beseitigen lassen (BGH, Urteil vom 25. März 1993 - X ZR 17/92, BauR 1993, 469 = ZfBR 1993, 189). Mit Beseitigung der Mängel geht zwar der Erfüllungsanspruch des Bestellers unter und der Besteller kann sich auf die fehlende Abnahme nicht mehr berufen. Dies beruht jedoch nicht auf der Erfüllung der Leistung durch den Unternehmer, sondern auf der Tätigkeit eines von ihm unabhängigen Dritten. Es ist daher nicht gerechtfertigt, dem Besteller nur deshalb, weil er im Wege der berechtigten Ersatzvornahme den Zustand herbeigeführt hat, zu dem der Unternehmer verpflichtet war, die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels der Werkleistung aufzuerlegen.

17 2. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte trage wegen einer Beweisvereitelung die Be-

weislast für die Mangelerscheinungen, die erst im Rahmen der Mangelbeseitigung beim Vordringen in tiefere Schichten zu Tage getreten sein und einen zweiten und dritten Fräsgang erforderlich gemacht haben sollen.

18 a) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei die Grundsätze über die Beweisvereitelung herangezogen.

19 aa) Eine Beweisvereitelung kann in verschiedenster Form auftreten (BGH, Urteil vom 10. Februar 1993 - XII ZR 241/91, BGHZ 121, 266, 278). Eine Beweisvereitelung liegt vor, wenn jemand seinem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht. Dies kann vorprozessual oder während des Prozesses durch gezielte Handlungen geschehen, mit denen bereits vorhandene Beweismittel vernichtet oder vorenthalten werden. Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, kann eine Beweisvereitelung auch in einem fahrlässigen Unterlassen einer Aufklärung bei bereits eingetretenem Schadensereignis liegen, wenn damit die Schaffung von Beweismitteln verhindert wird, obwohl die spätere Notwendigkeit einer Beweisführung dem Aufklärungspflichtigen bereits erkennbar sein musste (BGH, Urteil vom 23. September 2003 - XI ZR 380/00, NJW 2004, 222 m.w.N.).

20 bb) Dass das Berufungsgericht nach diesen Grundsätzen das Verhalten der Beklagten als Beweisvereitelung bewertet hat, lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Zwar kann der Vorwurf der Beweisvereitelung nicht allein daraus hergeleitet werden, dass die Beklagte die streitigen Mängel hat beseitigen lassen, obwohl ihr nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bekannt gewesen sein muss, dass es noch weiterer sachverständiger Feststellungen bedurfte. Einer solchen generellen Zuweisung der Verantwortung für die Dokumentation der Mängel an den Auftraggeber steht entgegen, dass der Auftragnehmer nach einer Mängelrüge, in der lediglich die Mangelerscheinungen bezeichnet sein

müssen (vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 2002 - VII ZR 488/00, BauR 2002, 784, 785 = NZBau 2002, 335 = ZfBR 2002, 357 m.w.N.), verpflichtet ist, die Mangelursache zu ermitteln und den Mangel zu beseitigen. Kommt der Auftragnehmer dieser Pflicht nicht nach, und macht der Auftraggeber daraufhin von seinem Recht Gebrauch, den Mangel selbst zu beseitigen, kann allein aus dem Umstand, dass im Zuge der Mangelbeseitigung das von dem Auftragnehmer erstellte Werk verändert worden ist, grundsätzlich nicht der Vorwurf abgeleitet werden, der Auftraggeber habe schuldhaft die Beweisführung durch den Auftragnehmer vereitelt. Etwas Anderes kann aber gelten, wenn weitere Umstände hinzutreten. So kann eine Beweisvereitelung darin liegen, dass der Auftraggeber ausgetauschte Teile, die für die Beweisführung des Auftragnehmers von Bedeutung sind, nicht verwahrt (vgl. BGH, Urteil vom 23. November 2005 - VIII ZR 43/05, NJW 2006, 434, 436).

21 Solche weiteren Umstände hat das Berufungsgericht festgestellt. Es hat die Annahme einer Beweisvereitelung nicht nur auf die durch die Mängelbeseitigung bedingte Veränderung des Werks der Schuldnerin gestützt, sondern maßgeblich darauf abgestellt, dass die Beklagte es der Schuldnerin nicht ermöglicht hat, sich an der Schadensfeststellung zu beteiligen, obwohl die Schuldnerin hierum gebeten und die Beklagte diese Bitte nicht zurückgewiesen hatte. Zudem hat das Berufungsgericht festgestellt, dass der Beklagten bekannt war, dass die Schuldnerin sich des Umfangs der erforderlichen Mängelbeseitigungsmaßnahmen und damit auch der Notwendigkeit weiterer Feststellungen nicht bewusst war, und es die Beklagte dennoch unterlassen hat, der Schuldnerin ihre weitergehenden Erkenntnisse mitzuteilen, nach denen die gesamte Ebene 4 abgefräst und eine Kratzspachtelung aufgebracht werden musste. Schließlich hat das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass der Umfang der Mängel erst im Zuge der Mängelbeseitigungsmaßnahmen sichtbar werden konnte. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht unter

Berücksichtigung der bauvertraglichen Kooperationspflichten die Beklagte unter den gegebenen Umständen als verpflichtet angesehen hat, nach dem ersten Fräsen Maßnahmen zu ergreifen, um der Schuldnerin den Beweis zu ermöglichen, dass der Mangel ihres Werks sich auf die Oberfläche der Ebene 4 beschränkte.

22 b) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht bei der gegebenen Sachlage wegen dieser Beweisvereitelung eine Umkehr der Beweislast angenommen.

23 aa) Der Bundesgerichtshof entscheidet in ständiger Rechtsprechung, dass eine Beweisvereitelung Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast zur Folge haben kann. Dabei obliegt es tatrichterlicher Wertung, ob der jeweilige Sachverhalt eine vollständige Umkehr der Beweislast oder lediglich Beweiserleichterungen rechtfertigt (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2005 - IV ZR 62/04, NJW-RR 2005, 1051, 1052; Urteil vom 23. September 2003 - XI ZR 380/00, NJW 2004, 222; Urteil vom 28. November 2000 - X ZR 194/97, zitiert nach juris, Tz. 25; Urteil vom 11. März 1993 - III ZR 182/91, zitiert nach juris, Tz. 11). Insoweit sind alle Umstände des Einzelfalls im Rahmen des § 286 ZPO zu würdigen (BGH, Urteil vom 17. Januar 2008 - III ZR 239/06, NJW 2008, 982, 984, Tz. 18), da nur so angemessene Ergebnisse erzielt werden können.

24 bb) Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts im Hinblick auf die Verletzung der Kooperationspflicht durch die Beklagte im Rahmen der gebotenen Wertung zu der Beurteilung gelangt ist, hier sei die Umkehr der Beweislast als Folge der Beweisvereitelung anzunehmen.

25 (1) Dass die Verletzung der Kooperationspflicht zu einer Beweislastumkehr führen kann, hat der Senat bereits für den Fall entschieden, dass der Auf-

traggeber einem Termin zum gemeinsamen Aufmaß unberechtigt fernbleibt. Ist in einem solchen Fall ein neues Aufmaß oder eine Überprüfung des einseitig genommenen Aufmaßes nicht mehr möglich, etwa weil das Werk durch Drittunternehmer fertiggestellt worden oder durch nachfolgende Arbeiten verdeckt ist, hat der Auftraggeber vorzutragen und zu beweisen, welche Massen zutreffend oder dass die vom Auftragnehmer angesetzten Massen unzutreffend sind (Urteil vom 22. Mai 2003 - VII ZR 143/02, BauR 2003, 1207 = NZBau 2003, 497 = ZfBR 2003, 567).

26 (2) Es ist gerechtfertigt, den Auftraggeber einen derartigen Rechtsnachteil auch erleiden zu lassen, wenn er seine Kooperationspflicht dadurch verletzt, dass er dem Auftragnehmer weder eigene Feststellungen zu den behaupteten Mängeln ermöglicht noch eine Dokumentation erstellt, anhand derer das Vorliegen der angeblichen Mängel überprüft werden kann.

27 Die Mängel der Betonierungsarbeiten, die sich nach Behauptung der Beklagten in den tieferen Schichten gezeigt haben sollen, konnten von der Schuldnerin durch Überprüfung der Betonoberfläche der Ebene 4 nicht festgestellt werden. Derartige Feststellungen konnten erst getroffen werden, nachdem der erste Fräsgang bereits durchgeführt worden war. Das von der Beklagten behauptete Schadensbild in den tieferen Schichten war nicht ohne weiteres zu erwarten. Die Beklagte hätte daher in besonderem Maße Veranlassung gehabt, die Schuldnerin auf das zunächst nicht erkennbare Ausmaß der Mängel hinzuweisen und ihr Gelegenheit zu geben, sich entweder selbst davon zu überzeugen oder sich Beweise für das Nichtvorliegen der behaupteten weitergehenden Mängel zu verschaffen. Dies hat sie nicht getan, obwohl die Schuldnerin sie ausdrücklich darum gebeten hatte, an der Schadensfeststellung durch den eingeschalteten Privatsachverständigen beteiligt zu werden und damit dessen Feststellungen vor Ort überprüfen zu können. Für die Beklagte war ohne weite-

res erkennbar, dass es der Schuldnerin ohne eine entsprechende Dokumentation nach Ausführung der Mängelbeseitigungsarbeiten unmöglich sein würde, die Mangelfreiheit der Betonierungsarbeiten in den tieferen Schichten nachzuweisen. Die Beklagte war daher gehalten, wenn sie schon der Schuldnerin keine eigenen Feststellungen ermöglichte, selbst für eine hinreichende Dokumentation des nach dem ersten Fräsgang vorgefundenen Zustands des Parkdecks zu sorgen. In dem Absehen von einer solchen Dokumentation ist unter den gegebenen Umständen ein erheblicher Verstoß gegen das Kooperationsgebot zu sehen, der die vom Berufungsgericht angenommene Beweislastumkehr als gerechtfertigt erscheinen lässt.

28 3. Dass das Berufungsgericht aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen, insbesondere der fehlenden hinreichenden Dokumentation des nach dem ersten Fräsgang vorgefundenen Zustands des Parkdecks, den Beweis der Mangelhaftigkeit der Betonierungsarbeiten in den tieferen Schichten nicht als bewiesen angesehen hat, ist nicht zu beanstanden. Von der Vernehmung der Zeugen K. und Prof. G. hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei abgesehen. Der Senat hat die gegen die Zurückweisung dieser Beweismittel gerichteten Rügen der Revision geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung insoweit wird abgesehen (§ 564 Satz 1 ZPO).

29 4. Das Berufungsgericht ist auch zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte sich nicht darauf berufen kann, sie habe weitergehende Mängelbeseitigungsarbeiten bei verständiger Würdigung für erforderlich halten dürfen (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 2003 - VII ZR 443/01, BGHZ 154, 301, 304). Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass diese Rechtsprechung die Frage betrifft, auf welche Weise die Mängelbeseitigung erfolgen kann. Wendet der Auftragnehmer in einem solchen Fall ein, die dem Auftraggeber zur Beseitigung des Mangels entstandenen Kosten seien nicht erforderlich gewe-

sen, kann sich der Auftraggeber dadurch entlasten, dass er sich unverschuldet über die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Maßnahmen geirrt hat. Liegt jedoch ein Mangel nicht vor, oder ist sein Vorliegen jedenfalls nicht nachgewiesen, kann der Auftraggeber Kosten für die Beseitigung des vermeintlichen Mangels nicht geltend machen. Insoweit fehlt es bereits an der haftungsbegründenden Kausalität.

Dressler Kuffer Bauner

Safari Chabestari Eick

Vorinstanzen:
LG Saarbrücken, Entscheidung vom 11.01.2005 - 7IV O 31/01 -
OLG Saarbrücken, Entscheidung vom 07.03.2007 - 5 U 66/05-65 -