



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VII ZR 208/07

vom

27. November 2008

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 27. November 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richter Dr. Kuffer und Bauner, die Richterin Safari Chabestari und den Richter Dr. Eick

beschlossen:

Der für die Beklagte geführten Beschwerde der Streithelferin zu 2 gegen die Nichtzulassung der Revision wird stattgegeben.

Das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts vom 21. September 2007 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Streitwert: 458.949,93 €

#### Gründe:

- 1 Das Berufungsurteil beruht, soweit es zum Nachteil der Beklagten ergangen ist, auf einer Verletzung des Rechts der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs.

- 2 Das Berufungsgericht hat verfahrensfehlerhaft und unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG den von der Beklagten benannten Zeugen Ro. nicht vernommen. Die Beklagte hatte diesen Zeugen in erster Instanz für ihre Behauptung angeboten, die Klägerin habe die notwendige Wasserauflast nicht mittels eines C-Rohres gegeben, sondern habe niemals mehr als einen Gartenschlauch benutzt. Der Zeuge ist vom Landgericht nicht vernommen worden. In der Berufungsinstanz hat die Beklagte auf dieses Beweisangebot mit Schriftsatz vom 22. August 2007 in zulässiger Weise Bezug genommen. Der Beweisantritt zur Vernehmung des Zeugen Ro. war erheblich, denn nach der Behauptung der Beklagten konnte die erforderliche Wasserlast durch Zufuhr von Wasser mittels eines Gartenschlauchs nicht hergestellt werden. Es sind keine Gründe des formellen oder materiellen Rechts erkennbar, den Beweisantritt unbeachtet zu lassen.
- 3 Darauf, dass das Berufungsgericht die gebotene Vernehmung des Zeugen unterlassen hat, beruht das Urteil. Es ist nicht auszuschließen, dass das Beweisergebnis zu einer anderen Entscheidung geführt hätte.
- 4 Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache an einen anderen Spruchkörper des Berufungsgerichts zurückzuverweisen, § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Er weist zudem darauf hin, dass jedenfalls nunmehr auch die persönliche Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugen durch das Berufungsgericht sowie die Anhörung des Sachverständigen geboten erscheinen, soweit das Berufungsgericht aus den Zeugenaussagen Anknüpfungstatsachen entnehmen will, zu denen der Sachverständige nicht oder nicht umfassend befragt worden ist. Das Berufungsgericht wird auch zu beachten haben, dass bei

einem Verstoß gegen anerkannte Regeln der Technik eine Vermutung bestehen kann, dass die im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dem Verstoß entstehenden Schäden auf diesen zurückzuführen sein können.

Kniffka

Kuffer

Bauner

Safari Chabestari

Eick

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 13.01.2006 - 28 O 545/01 -

KG Berlin, Entscheidung vom 21.09.2007 - 21 U 23/06 -