



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZR 395/07

vom

3. Dezember 2008

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 3. Dezember 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Nobbe und die Richter Dr. Müller, Dr. Joeres, Dr. Grüneberg und Maihold

beschlossen:

Die Gehörsrüge des Beklagten gegen das Urteil des Senats vom 23. September 2008 wird auf seine Kosten zurückgewiesen. Das tatsächliche Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 7. November 2008 zu den subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB ist neu und kann im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden (§ 559 ZPO). Der Beklagte, der als Schuldner für das Vorliegen dieser Voraussetzungen die Darlegungs- und Beweislast trägt (Senat BGHZ 171, 1, 10 f. Tz. 32), hätte hierzu bereits in den Tatsacheninstanzen vortragen müssen. Dass das Berufungsgericht

insoweit eine Hinweis- oder Aufklärungspflicht verletzt hat, hat der Beklagte nicht gerügt.

Nobbe

Müller

Joeres

Grüneberg

Maihold

Vorinstanzen:

LG Flensburg, Entscheidung vom 12.01.2007 - 2 O 10/06 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 05.07.2007 - 5 U 41/07 -