



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZA 9/08

vom

10. Dezember 2008

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. Dezember 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richter Bauner, Dr. Eick, Halfmeier und Leupertz

beschlossen:

Die Gegenvorstellung des Beklagten gegen den Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2008 wird zurückgewiesen.

Die Anhörungsrüge des Beklagten wird verworfen.

Die Kosten des Rügeverfahrens trägt der Beklagte.

Gründe:

I.

- 1 Mit der Gegenvorstellung und der für den Fall deren Erfolglosigkeit hilfsweise erhobenen Anhörungsrüge beantragt der Beklagte, das Verfahren nach Maßgabe seines Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 23. Juli 2008 fortzuführen. Er trägt dazu vor, die Vorinstanzen hätten eine Aufrechnung des Beklagten mit Schadensersatzansprüchen wegen Überschreitung eines Kostenvoranschlags nicht verbeschieden und rügt die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Weiter habe der Senat bei Würdigung der Erfolgsaussichten des Prozesskostenhilfesuchs die vom Berufungsgericht vorgenommene Umkehr der Beweislast betreffend den Auftragsumfang des zugrunde liegenden Werkvertrages nicht berücksichtigt. Die Revision hätte zugelassen werden müssen.

II.

2 Die Gegenvorstellung gibt keinen Anlass zu einer vom Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2008 abweichenden Beurteilung.

3 Das Landgericht hat die Hilfsaufrechnung des Beklagten mit angeblichen Schadensersatzansprüchen aus Überschreitung des Kostenvoranschlags auf S. 3 seines Urteils im Tatbestand erwähnt und auf S. 6 bis 7 abschlägig verbechieden. Dies hat der Beklagte nicht mit der (Anschluss-) Berufung angefochten. Vielmehr findet sich zur Hilfsaufrechnung in seinem gesamten Vorbringen zweiter Instanz nichts. Daher musste sich das Berufungsgericht hiermit in seinem Urteil auch nicht mehr befassen (§§ 322 Abs. 2, 528 ZPO). Der behauptete Verstoß gegen den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör liegt daher nicht vor.

4 Soweit sich die Gegenvorstellung gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Beweislastumkehr hinsichtlich des Auftragsumfangs des Werkvertrages wendet, ist ein Zulassungsgrund nicht erkennbar.

III.

5 Die hilfsweise erhobene Anhörungsrüge ist schon deshalb unzulässig, weil sie sich nur gegen einen vermeintlichen Gehörsverstoß durch das Berufungsgericht wendet (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Mai 2008 - VII ZR 159/07,

ZfBR 2008, 668; Beschluss vom 20. November 2007 - VI ZR 38/07, NJW 2008, 923).

Kniffka

Bauner

Eick

Halfmeier

Leupertz

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 29.08.2007 - 8 O 1940/05 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 23.07.2008 - 6 U 1589/07 -