



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VIII ZR 258/00

vom

28. März 2001

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. März 2001 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Hübsch, Dr. Beyer, Ball und Dr. Leimert

beschlossen:

Der Antrag des Beklagten, den Wert seiner Beschwer auf einen Betrag von mehr als 60.000 DM festzusetzen, wird abgelehnt.

Gründe:

I. Der Kläger begehrt die Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 60.000 DM nach Wandelung eines Kaufvertrages über einen Pkw der Marke Daimler Benz, Typ 230 E. Der Beklagte rechnet mit einer Schadensersatzforderung auf und verlangt im Wege der Widerklage einen überschießenden Betrag in Höhe von 18.295,55 DM sowie die Feststellung der Verpflichtung des Klägers zum Ersatz seines zukünftigen Schadens. Das Berufungsgericht hat der Klage in Höhe von 29.385,67 DM stattgegeben und im übrigen die Klage und die Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, der Kläger habe wegen der gezogenen Gebrauchsvorteile nur einen Rückzahlungsanspruch in Höhe von 57.360 DM; dieser Anspruch sei in Höhe von 27.974,33 DM durch die Aufrechnung des Beklagten erloschen, denn er habe in dieser Höhe einen Gegenanspruch gegen den Kläger. Weitere Forderungen stünden dem Beklagten gegen den Kläger nicht zu. Den Wert der Beschwer des Beklagten hat das Berufungsgericht auf unter 60.000 DM festgesetzt, wo-

bei es von einem Wert des Feststellungsantrags des Beklagten von 5.000 DM ausgegangen ist.

Der Beklagte hat Revision eingelegt und beantragt, den Wert der Beschwer auf über 60.000 DM festzusetzen. Er meint, das Berufungsgericht habe verfahrensfehlerhaft die vom Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen unberücksichtigt gelassen.

II. Das Berufungsgericht hat den Wert der Beschwer für den Beklagten zu Recht auf unter 60.000 DM festgesetzt.

Entgegen der Revision hat der Beklagte die Aufrechnung in zweiter Instanz nicht hilfsweise erklärt. Der Beklagte hat zwar in erster Instanz und auch zunächst in zweiter Instanz den Wandelungsanspruch des Klägers bestritten. Mit Schriftsatz vom 29. November 1999 hat der Beklagte dann aber erklärt:

"Im übrigen nimmt der Beklagte hin, daß der Kläger den Kaufvertrag gewandelt und zurückgetreten ist".

Zu Recht ist das Berufungsgericht aufgrund dieses Vortrags davon ausgegangen, daß der Beklagte die Klageforderung an sich nicht mehr bestritten und sich nur mit der Aufrechnung verteidigt hat. Dies stellt aber keine Hilfsaufrechnung, sondern eine Primäraufrechnung dar. Im Fall der Primäraufrechnung ist jedoch der Wert der Beschwer des unterlegenen Beklagten nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht höher als die Summe, zu deren Zahlung er verurteilt worden ist (BGHZ 57, 301, 303; BGH, Beschluß vom 24. Oktober 1991 - VII ZR 95/91, NJW-RR 1992, 314 unter II 2).

Danach ist der vom Berufungsgericht festgesetzte Wert der Beschwer des Beklagten nicht zu beanstanden. Der Beklagte ist vom Berufungsgericht zur Zahlung von 29.385,67 DM verurteilt worden. Nur in dieser Höhe ist er durch das Berufungsurteil beschwert im Hinblick auf die Klageforderung und die von ihm dagegen zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung. Da die Abweisung der Widerklage den Beklagten zudem in Höhe von 18.295,55 DM sowie von weiteren 5.000 DM beschwert, beträgt die Beschwer insgesamt 52.681,22 DM.

Dr. Deppert

Ball

Dr. Hübsch

Dr. Leimert

Dr. Beyer