



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IV ZR 1/08

vom

29. Dezember 2009

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Terno, die Richter Dr. Schlichting, Wendt, Felsch und die Richterin Harsdorf-Gebhardt

am 29. Dezember 2009

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Beklagten wird die Revision gegen das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 29. November 2007 insoweit zugelassen, als das Berufungsgericht die Hilfsaufrechnung des Beklagten mit einer Forderung in Höhe von 48.597 € unberücksichtigt gelassen hat.

Insoweit und im Kostenpunkt wird das Berufungsurteil gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 30.677,51 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Rückzahlung eines Darlehens in Höhe von 30.677,51 € in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Der Beklagte erstrebt die Zulassung der Revision, mit der er die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen möchte.
- 2 Das Oberlandesgericht hat die Hilfsaufrechnung, die der Beklagte mit einem in der letzten mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz mit einer am selben Tag von seiner Ehefrau abgetretenen Forderung in Höhe von 48.597 € erklärte, nicht zugelassen. Zur Zahlung dieses Betrages an die Ehefrau des Beklagten und an diesen wurde die hiesige Klägerin in einem weiteren Verfahren verurteilt. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in jenem Verfahren hat der Senat durch Beschluss vom 23. September 2009 (IV ZR 236/07) zurückgewiesen.
- 3 II. Die Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision hat teilweise Erfolg.
- 4 1. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit dieses die hilfsweise erklärte Aufrechnung nicht zugelassen und damit den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt hat.
- 5 a) Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Hilfsaufrechnung abgelehnt, weil es mangels einer entsprechenden Einwilligung der Kläge-

rin an der gemäß § 533 Nr. 1, 2. Alt. ZPO erforderlichen Sachdienlichkeit fehle. Dabei hat das Berufungsgericht übersehen, dass die Einwilligung entsprechend § 267 ZPO als erteilt galt, weil die Klägerin nach Geltendmachung der Hilfsaufrechnung rügelos zur Hauptsache verhandelte. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es im Zusammenhang mit § 533 ZPO in entsprechender Anwendung von § 267 ZPO als Einwilligung anzusehen, wenn der Gegner vorbehaltlos zur Hauptsache verhandelt (BGH, Urteile vom 6. Dezember 2004 - II ZR 394/02 - NJW-RR 2005, 437 unter II 1 a; vom 28. Mai 1990 - II ZR 248/89 - WM 1990, 1938 unter III 4 m.w.N.; Musielak/Ball, ZPO 7. Aufl. § 533 Rdn. 12 m.w.N.; Zöller/Heßler, ZPO 28. Aufl. § 533 Rdn. 5). So liegt der Fall hier. Nachdem die Klägerin zu Beginn der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht den Schriftsatz des Beklagten, in dem er die Hilfsaufrechnung erklärte, erhalten hatte, nahm sie Bezug auf ihre Anträge in der Berufungsbegründung. Nach Durchführung der Beweisaufnahme verhandelten die Parteien zur Sache sowie zum Ergebnis der Beweisaufnahme mit den eingangs protokollierten Anträgen. Einen Vorbehalt hinsichtlich der Hilfsaufrechnung hat die Klägerin hierbei nicht erklärt und insoweit rügelos verhandelt.

- 6 b) Das Berufungsgericht wird nunmehr gemäß § 533 Nr. 2 ZPO zu prüfen haben, ob die Tatsachengrundlage der Aufrechnungserklärung nach § 529 ZPO zulässig in den Prozess eingeführt werden kann. Dabei wird es die rechtskräftige Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung zu beachten haben. Im Übrigen konnte der Beklagte die Hilfsaufrechnung nicht bereits im ersten Rechtszug geltend machen, weil er erst durch die Abtretungserklärung vom 30. Oktober 2007 alleiniger Inhaber der Gegenforderung wurde.

- 7 2. Im Übrigen ist die Revision nicht zuzulassen. Soweit der Klägerin die geltend gemachte Darlehensforderung zuerkannt worden ist, hat die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Von einer weitergehenden Begründung wird diesbezüglich abgesehen (§ 544 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 ZPO).

Terno

Dr. Schlichting

Wendt

Felsch

Harsdorf-Gebhardt

Vorinstanzen:

LG Aachen, Entscheidung vom 08.11.2006 - 11 O 542/05 -
OLG Köln, Entscheidung vom 29.11.2007 - 18 U 212/06 -