



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 134/05

vom

13. Juli 2006

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 13. Juli 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Wiebel, Prof. Dr. Kniffka, Bauner und die Richterin Safari Chabestari

beschlossen:

Der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 31. Mai 2005 wird insoweit stattgegeben, als das Berufungsgericht die Hilfsaufrechnung des Beklagten mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 58.798,57 € (= 115.000 DM) unberücksichtigt gelassen hat.

Insoweit und im Kostenpunkt wird das Urteil 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.

Gründe:

- 1 1. Das Berufungsurteil ist im tenorierten Umfang aufzuheben, weil es insoweit auf einer Verletzung des Anspruchs des Beklagten auf rechtliches Gehör beruht.
- 2 Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe die hilfsweise erklärte Aufrechnung in der Berufung nicht mehr geltend gemacht, findet im

Sachverhalt keine Stütze. Die Hilfsaufrechnung wurde in erster Instanz geltend gemacht. Das Landgericht hat sie nicht geprüft, weil es die Klageforderung als verjährt angesehen hat. Der Beklagte hat in der Berufungsinstanz auf seinen erstinstanzlichen Vortrag Bezug genommen. Die Bezugnahme war zulässig, weil dieser Vortrag in erster Instanz aus Rechtsgründen nicht behandelt wurde. Das Übergehen dieses Vortrages begründet einen Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (BGH, Beschluss vom 11. Mai 2006 - VII ZR 131/05, zur Veröffentlichung vorgesehen), so dass das Urteil insoweit gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist.

- 3 2. Im Übrigen wird von einer Begründung abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist, § 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbs. ZPO.

Dressler

Wiebel

Kniffka

Bauner

Safari Chabestari

Vorinstanzen:

LG Ulm, Entscheidung vom 10.04.2000 - 2 O 10/99 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 31.05.2005 - 3 U 111/00 -