

Verkündet am 20. September 1961
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2214 020

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns und Landwirts Heinrich B [REDACTED] in H [REDACTED]
bei T [REDACTED] über H [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma W [REDACTED] Eisen- und Blechwarenwerke Rudolf
F [REDACTED] KG in S [REDACTED], vertreten durch den persönlich
haftenden Gesellschafter Rudolf F [REDACTED] in S [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 20. September 1961 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Spie-
ler, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
vom 24. März 1960 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden dem Beklagten
auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betreibt auf seinem etwa 160 ha großen Landgut eine Schweinemästerei mit etwa 2000 Schweinen. Er verfüttert an die Schweine größtenteils Hackfrüchte, die auf dem Gut gewonnen werden.

Am 16. September 1958 schloß der Beklagte mit der Klägerin, die eine Landmaschinenfabrik betreibt, mündlich einen Kaufvertrag über eine fahrbare Kartoffeldämpfanlage mit Zubehör zum Kaufpreis von 23 446,40 DM. Diesen Abschluß bestätigte die Klägerin durch ihr Schreiben vom 17. September 1958. In diesem Schreiben wies die Klägerin auf ihre allgemeinen Verkaufsbedingungen hin, die auf der Rückseite abgedruckt waren und die dem Beklagten schon in dem vorausgegangenen Schriftwechsel mehrfach mitgeteilt worden waren. Die Dämpfanlage ist dem Beklagten im Herbst 1958 geliefert worden.

Mit der Klage fordert die Klägerin den Kaufpreis für die Dämpfanlage und nachträglich bestellte Ersatzteile sowie Montagekosten im Gesamtbetrage von 24 278,70 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte, der die Zahlung verweigert, trägt vor, die Vertreter der Klägerin hätten ihm bei dem Kaufabschluß am 16. September 1958 zugesagt, daß die Klägerin ihm außer der Dämpfanlage eine Vorrichtung zur Steinaussonderung verkaufen und mitliefern solle, die bei maschineller Kartoffelernte selbst dann leistungsfähig sei, wenn in dem Erntegut 50 % Steine enthalten seien. Auf einigen seiner Felder habe er nämlich einen derartigen Anfall von Steinen bei der Kartoffelernte. Zur Lieferung einer solchen Steinaussonderungsanlage sei die Klägerin aber nicht in der Lage gewesen, da sie

erst im Begriff gewesen sei, eine Anlage dieser Art zu entwickeln. Dadurch, daß die Klägerin ihm die Steinaussonderungsanlage nicht geliefert habe, sei ihm in mehrfacher Hinsicht Schaden entstanden, der sich auf insgesamt 42 201,25 DM belaufe. Mit der Forderung auf Ersatz dieses Schadens hat der Beklagte im ersten Rechtszuge aufgerechnet.

Die Klägerin hat die vom Beklagten geltend gemachten Schadensersatzansprüche dem Grunde und der Höhe nach bestritten und hat sich auf den Standpunkt gestellt, eine Aufrechnung sei nach ihren allgemeinen Verkaufsbedingungen ausgeschlossen.

Das Landgericht hat dem Beklagten unter Abweisung eines Zinsteilbetrages nach dem Klageantrage: verurteilt.

Der Beklagte hat Berufung eingelegt und hat in der Berufungsbegründungsschrift, die der Klägerin am 9. Oktober 1959 zugegangen ist, auch erklärt, er fechte den Kaufvertrag über den Kartoffeldämpfer wegen arglistiger Täuschung darüber, daß die Klägerin imstande sei, die Steinaussonderungsanlage zu liefern, an. Im Berufungsrechtszuge hat der Beklagte für den Fall, daß die Anfechtung nicht durchgreife und die Aufrechnung entgegen seiner Auffassung unzulässig sei, hilfsweise Widerklage auf Zahlung von 25 000 DM nebst Zinsen erhoben. Mit der Widerklage macht er die in erster Linie zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche geltend.

Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine im Berufungsrechtszuge gestellten Anträge weiter. In der



mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht hat er erklärt, er mache mittels Aufrechnung und der hilfsweise erhobenen Widerklage seine Schadensersatzansprüche in der im Schriftsatz vom 28. April 1959 verzeichneten Reihenfolge geltend, so daß in erster Linie über den an erster Stelle genannten Anspruch und, soweit dann noch eine Forderung der Klägerin bestehe, über den jeweils folgenden Anspruch entschieden werden solle.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht hält die in der Berufungsbegründung erklärte Anfechtung des Kaufvertrages für unwirksam, da sie verspätet sei. Dem Beklagten sei, so führt das Berufungsgericht aus, spätestens am 25. September 1958, als er ein Schreiben der Klägerin vom 22. September 1958 beantwortet habe, bekannt gewesen, daß sich die Steinaussonderungsanlage noch in der Entwicklung befinde und daß die Vertreter der Klägerin ihn somit - seine dahingehenden Behauptungen als richtig unterstellt - getäuscht hätten. Die Anfechtung in der dem Gegner am 9. Oktober 1959 zugegangenen Berufungsbegründungsschrift liege daher nicht mehr innerhalb der Jahresfrist des § 124 BGB.

Die Revision meint demgegenüber zu Unrecht, der Berufung der Klägerin auf die Versäumung der Anfechtungsfrist stehe der Einwand der Arglist entgegen. Allerdings wird in Rechtsprechung und Schrifttum angenommen, der Getäuschte könne, wenn die für die Anfech-

tung vorgeschriebene Jahresfrist abgelaufen sei, noch die Leistung verweigern, sei es unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes oder in entsprechender Anwendung des § 853 BGB (RGZ 79,194,197; 130,215), sei es mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (BGB RGRK 11.Aufl. § 124 Anm.5). Auf diese Rechtsbehelfe kann der Beklagte sich aber bei seinem eigenen Verhalten nicht berufen. Er hat nicht nur die Jahresfrist verstreichen lassen, sondern er hat mit einem an die Klägerin gerichteten unstreitigen Schreiben vom 1. Oktober 1958 ausdrücklich erklärt, es bestehe für ihn die Verpflichtung, die fahrbare Dämpfanlage mit Schwemmschnecke abzunehmen, da in dem von ihm mit der Klägerin geschlossenen Verträge keine Rede davon gewesen sei, daß das Geschäft nur dann Gültigkeit habe, wenn die Klägerin eine zufriedenstellende Lösung des Problems der Steinaussonderung finde. Von dem Angebot der Klägerin, daß er von dem Verträge zurücktreten könnte, könne er aus zwei Gründen keinen Gebrauch machen: Erstens weil die fristgerechte Beschaffung einer Dämpfanlage auf größere Schwierigkeiten stoße und weil zweitens im Falle eines Rechtsstreites die Klägerin möglicherweise die Abnahme der Dämpfanlage erzwingen werde. Vorsorglich bestätigte er der Klägerin, so wird im Schreiben weiter erklärt, noch einmal, daß für ihn an der Gültigkeit des mit der Klägerin getätigten Geschäftes kein Zweifel bestehe. Er behalte sich vor, die Klägerin für den durch verspätete Lieferung ihm gegebenenfalls entstehenden Schaden haftbar zu machen. Es mag dahinstehen, ob diese Erklärung, sofern der Kaufvertrag überhaupt anfechtbar gewesen sein sollte, nicht eine Bestätigung enthält. Jedenfalls hat der Beklagte zu einer Zeit, als er schon den Sachverhalt kannte, aus dem er jetzt die Täuschung herleitet, mit aller Deutlichkeit erklärt, daß

es, obwohl er nach seiner Auffassung getäuscht war, bei dem Vertrage sein Bewenden behalten solle. Er hat auch im Rechtsstreit nicht zum Ausdruck gebracht, daß er etwa die gekaufte Anlage der Klägerin zurückgeben wolle. In der Berufungsbegründung hat er zwar erklärt, er könne mit der Dämpfanlage allein bei seinem steinigen Boden nichts anfangen, erst die Steinaussonderungsvorrichtung hätte für ihn den Betrieb der Dämpfanlage möglich und rentabel gemacht. In diesem Vortrag liegt aber nicht die Erklärung, er wolle im Gegensatz zu der im Schreiben vom 1. Oktober 1958 geäußerten Ansicht die Dämpfanlage nicht benutzen, sondern zurückgeben. Sein wesentliches Vorbringen in beiden Rechtszügen läuft im Gegenteil darauf hinaus, den ihm angeblich durch das arglistige Verhalten der Klägerin erwachsenen Schaden gegen deren Kaufpreisanspruch aufzurechnen. Wie das Reichsgericht mit Recht hervorgehoben hat, muß aber die Partei, die die Anfechtungsfrist hat verstreichen lassen und trotzdem die Erfüllung des Vertrages verweigern will, mit Deutlichkeit erklären, daß sie den durch Betrug des Gegners erschlichenen Vertrag auflösen wolle. Sie darf nicht die Arglisteinrede benutzen, um sich gegenüber dem Gegner ihren vertraglichen Verpflichtungen zu entziehen, ohne ihrerseits die Pflicht zur Rückgewähr des auf Grund des Vertrages erlangten Vorteils anzuerkennen (RGZ 60,294,296; 130,215). Das Berufungsgericht geht daher im Ergebnis zutreffend davon aus, daß der Beklagte zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet sei.

B.

Eine andere Frage ist, ob dem Beklagten unabhängig davon, daß er zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist, auf gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage

Ansprüche auf Ersatz von Schäden zustehen, die ihm im Zusammenhang mit dem Abschluß des Kaufvertrages entstanden sind.

I. 1. Eine Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen ist nach Ansicht des Berufungsgerichts auf Grund der Nr.7 der allgemeinen Verkaufsbedingungen der Klägerin ausgeschlossen. Die Verkaufsbedingungen lauten in dem hier in Betracht kommenden Teil:

"6. ... Für nachweislich fehlerhaft gelieferte Stücke liefern wir, sofern wir eine Wiederinstandsetzung des betreffenden Stückes nicht vorziehen, bei frachtfreier Rücksendung ohne Berechnung Ersatz, und zwar in gleicher Form, wie ursprünglich bestellt. Weitergehende Ansprüche lehnen wir ab....

7. Verzugsstrafen, Schadensersatzansprüche jeder Art und Ansprüche auf Wandlung oder Minderung sind ohne vorherige Vereinbarung ausgeschlossen. Nach erfolgter Lieferung ist Zurückhaltung der Zahlungen oder Aufrechnung gegen diese, insbesondere wegen Mängel und dergleichen, nicht zulässig.

....

12. Mündliche Vereinbarungen erhalten erst durch die schriftliche Bestätigung unsererseits Gültigkeit."

2. a) Die Revision hat in der mündlichen Verhandlung des Revisionsrechtszuges geltend gemacht, der Ausschluß der Aufrechnung verstoße gegen die guten Sitten, insbesondere weil diese Bestimmung geeignet sei, die unerfahrene bäuerliche Bevölkerung unbillig zu benachteiligen. Damit kann die Revision aber nicht gehört werden. Der Bundesgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich die Wirksamkeit von Abreden anerkannt, durch die in allgemeinen Lieferungsbedingungen die Aufrechnung mit Ansprüchen gegen Kaufpreisforderungen ausgeschlossen wird. Ob dann etwas anderes

gilt, wenn gegenüber einer unstreitigen Forderung eine dem Grund und der Höhe unstreitige Forderung, also eine liquide Forderung zur Aufrechnung gestellt wird, ob dann also der Berufung auf das an sich nicht unsittliche Aufrechnungsverbot die Einrede der Arglist durchgreift, bedarf hier keiner Entscheidung, weil hier die zur Aufrechnung gestellte Forderung nach Grund und Betrag streitig ist. Davon, daß die Berufung auf das Aufrechnungsverbot etwa mit Rücksicht auf die Person des Käufers sich als unzulässige Rechtsausübung darstelle, kann keine Rede sein. Der Beklagte ist Eigentümer eines großen landwirtschaftlichen Betriebes und Vollkaufmann. Er hat selbst nicht behauptet, daß die Klägerin etwa unter Ausnutzung einer Geschäftsungewandtheit ihn zur Unterwerfung unter die Klauseln der Verkaufsbedingungen bewogen habe. Auch sonst sind keine Umstände hervorgetreten, die den Aufrechnungsausschluß als sittenwidrig erscheinen lassen könnten.

b) Die Revision glaubt weiter, das Aufrechnungsverbot sei mindestens dann, wenn die aufzurechnende Forderung auf einer arglistigen Täuschung beruhe, nach § 138 Abs.1 BGB nichtig. Zu Unrecht stützt die Revision sich zur Begründung ihrer Ansicht auf die Vorschrift des § 463 und - so will sie wohl sagen - auch des § 487 BGB. Sie meint, eine Beschränkung der Gewährleistungspflicht finde bei arglistiger Täuschung nicht statt. Daher sei der in Nr.6 der Verkaufsbedingungen bestimmte Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen, sofern sie auf arglistige Täuschung gegründet seien, unwirksam. Weil aber das Aufrechnungsverbot der Nr.7 auf dem Gewährleistungsausschluß der Nr.6 abgestellt sei, könne dieses Verbot bei einer vom Verkäufer begangenen arglistigen Täuschung ebenfalls nicht gelten. Diesem Gedankengang ist nicht zu folgen. Wieweit der Ausschluß der Gewährleistung nach Nr.6 wirksam ist, mag dahingestellt bleiben. Das Aufrechnungsverbot der Nr.7 beschränkt sich, wie das Berufungsgericht, ohne daß dagegen Bedenken bestünden, ausführt, gerade nicht auf Gegenansprüche aus Mängelhaftung und hat

mit der Beschränkung der Mängelhaftung nichts zu tun. Das Berufungsgericht geht auch keineswegs davon aus, daß die Ansprüche des Beklagten Gewährleistungsansprüche seien und etwa deshalb unter die Ausschlußbestimmung fielen.

Der Revision ist aber zuzugeben, daß die Rechtsprechung wiederholt ausgesprochen hat, ein vereinbarter Aufrechnungsausschluß könne sich nicht auf Ansprüche beziehen, die einer Vertragspartei aus betrügerischem Verhalten des Gegners bei Vertragsschluß entstanden seien. Andernfalls verstieße der Ausschluß gegen die guten Sitten und Treu und Glauben (RGZ 60,294,296; 142,143). Unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht zwar den Sachverhalt nicht ausdrücklich behandelt, obwohl es die Möglichkeit einer arglistigen Täuschung unterstellt. Im Ergebnis halten die Ausführungen des Berufungsgerichts aber der Nachprüfung stand. Die Auffassung, daß die Aufrechnung mit Ansprüchen aus arglistigem Verhalten nicht ausgeschlossen werden könnte, gilt nicht uneingeschränkt. Das Reichsgericht hat angenommen, besondere Umstände könnten auch eine andere Beurteilung rechtfertigen. Seine Auffassung hat es in der Entscheidung RGZ 142,143 damit begründet, der Verkauf und die Übergabe der Kaufsache seien in dem zu entscheidenden Fall ohne Anzahlung erfolgt, der Verkäufer habe daher verständlicherweise Sicherheit in der besonderen Vertragsgestaltung gesucht. Die anstandslose Zahlung des Kaufpreises habe durch die Verkaufsklausel, daß keine Gewähr geleistet werde, sowie durch den Ausschluß von Aufrechnung, Zurückbehaltung und Hinterlegung gesichert werden sollen. Dieser Zweck der besonderen Vertragsgestaltung würde vereitelt werden, wenn man dem Käufer die Möglichkeit offenhalten wolle, durch die Behauptung betrügerischen Verhaltens und die Aufstellung ungeklärter Gegenforderungen die Kaufpreiszahlung mindestens auf lange Zeit hinauszuschieben. Der Käufer habe die Kaufsache seit zwei Jahren im Besitz, ohne irgend etwas auf den Kaufpreis gezahlt zu haben. Die von ihm zur Begründung

der Gegenforderungen aufgestellten Behauptungen widersprechen dem jedenfalls zunächst gültigen Vertragswortlaut. Die Schadensersatzansprüche seien im Verhältnis zum Kaufpreis auffallend hoch und ganz undurchsichtig, so daß ihre Beachtung eine weitläufige Beweisaufnahme und damit eine Hinausschiebung der Prozeßentscheidung zur Folge haben würden. Unter solchen Umständen könne kein Verstoß des Verkäufers gegen Treu und Glauben darin gesehen werden, daß er sich auf den Vertragsschutz des Aufrechnungsausschlusses gegenüber den aus angeblichem Betrug hergeleiteten Gegenforderungen stütze. Die gleiche Beurteilung muß auch im vorliegenden Fall nach dem unstreitigen Sachverhalt und der vom Berufungsgericht in anderem Zusammenhang getroffenen Würdigung Platz greifen. Die Klägerin hat den Kartoffeldämpfer dem Beklagten ohne Anzahlung ausgeliefert. Der Beklagte hatte ihm im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsspruches über zwei Jahre im Besitz. Er hatte vor Lieferung im Schreiben vom 1. Oktober 1958 ausdrücklich erklärt, er wolle nicht zurücktreten, weil die fristgerechte Beschaffung einer anderen Anlage auf größte Schwierigkeiten stoßen werde, und hatte ferner bestätigt, daß an der Gültigkeit des Geschäfts kein Zweifel bestehe. Er hatte Schadensersatzansprüche wegen nicht fristgerechter Lieferung angedroht, hatte aber nichts davon erwähnt, daß er auch Schadensersatzansprüche geltend machen wolle, weil die Steinaussonderungsanlage noch nicht fertigungsreif sei. Das Bestätigungsschreiben über den Kauf der Kartoffeldämpfanlage enthält nichts über die Lieferung einer Steinaussonderungsanlage. Die Behauptung des Beklagten widerspricht daher zum mindesten dem reinen Vertragswortlaut. Mündliche

Vereinbarungen sollten erst durch schriftliche Bestätigung Gültigkeit erlangen. Eine solche Bestätigung hinsichtlich der Steinaussonderungsanlage ist unstreitig nicht erfolgt. Auch hier geht der angebliche Schaden weit über den Betrag des Kaufpreises hinaus. In den gleichen prozeßökonomischen Gedankengängen wie das Reichsgericht im obengenannten Urteil bewegt sich auch das Berufungsgericht im anderen Zusammenhang, wenn es abwägt, ob die vom Beklagten hilfsweise erhobene Widerklage zuzulassen sei. Es meint, außer einer Beweiserhebung über die behauptete Täuschung würde bei einer Zulassung der Widerklage eine weitere langwierige Beweisaufnahme über die Schadenshöhe notwendig sein. Es sei dem Beklagten öher zuzumuten, den Schadensersatzanspruch in einem neuen Prozeß anhängig zu machen, als es der Klägerin zuzumuten sei, noch lange auf eine Entscheidung über ihren Anspruch zu warten. Es begegnet nach alledem keinen Bedenken, wenn das Berufungsgericht dem Beklagten die Aufrechnung auch mit einer aus angeblicher arglistiger Täuschung erlangten Forderung versagt.

II. Das Berufungsgericht hat auch der hilfsweise erhobenen Widerklage nicht stattgegeben. Es trägt in erster Linie Bedenken, ob eine Widerklage überhaupt in der geschehenen Weise erhoben werden könne. Eines Eingehens auf diese Frage bedarf es aber nicht. Dem Berufungsgericht ist jedenfalls kein Rechtsverstoß unterlaufen, wenn es die Hilfswiderklage deshalb abweist, weil es sie nicht nach § 529 Abs.4 ZPO zulassen will.

Das Berufungsgericht führt aus, wenn die Widerklage zugelassen würde, so bedeutete das eine unangemessene Verzögerung der Entscheidung über die Klage. Es müsse zumindestens insoweit Beweis erhoben werden, als

der Beklagte sich auf Verschulden bei Vertragsschluß stütze und dazu behaupte, die Vertreter der Klägerin hätten ihm bewußt verschwiegen, daß sich die Steinaussonderungsanlage noch in der Entwicklung befinde, er, der Beklagte, hätte, wenn er die Wahrheit gekannt hätte, bei einer anderen Firma eine geeignete Dämpfanlage bestellt und dadurch den eingetretenen Schaden vermieden. Wenn diese Beweisaufnahme über den Grund der Schadensersatzforderung, so meint das Berufungsgericht, den vom Beklagten in Aussicht gestellten Erfolg gehabt hätte, wäre eine weitere langwierige Beweisaufnahme über die Schadenshöhe notwendig geworden. Gegenüber dieser für die Klägerin unzumutbaren Prozeßverzögerung könne auch der Grundsatz der Prozeßwirtschaftlichkeit die Widerklage nicht als sachdienlich erscheinen lassen. Im ersten Rechtszuge sei über die Tatsachen, die der angeblichen Schadensersatzforderung zugrunde lägen, nur summarisch verhandelt worden. Erst einen Tag vor dem einzigen Verhandlungstermin habe der Beklagte die Tatsachen, auf die er seinen Gegenanspruch stütze, schriftsätzlich vorgetragen. Im zweiten Rechtszuge habe er den Anspruchsgrund näher substantiiert und eine Reihe neuer Tatsachen behauptet. Beweise seien bislang nicht erhoben worden. Es sei daher dem Beklagten eher zuzumuten, den Schadensersatzanspruch in einem neuen Rechtsstreit anhängig zu machen, als es der Klägerin zuzumuten sei, noch lange auf eine Entscheidung über ihren Klageanspruch zu warten.

Die Angriffe, die die Revision dagegen richtet, daß das Berufungsgericht die Hilfswiderklage aus diesen Gründen nicht zugelassen hat, können keinen Erfolg haben. Darüber, ob die Zulassung einer Widerklage sachdienlich ist, hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Diese Entscheidung unterliegt der

Nachprüfung des Revisionsgerichts nur daraufhin, ob das Gericht die Grenzen des Ermessens überschritten oder den Rechtsbegriff der Sachdienlichkeit verkannt hat. In beiden Richtungen lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts einen Rechtsverstoß nicht erkennen.

Wenn die Revision meint, das Berufungsgericht hätte darüber, ob die Vertreter der Klägerin den Beklagten arglistig getäuscht haben, ohnehin Beweis erheben müssen, weil im Falle arglistiger Täuschung die Berufung auf den Ablauf der Jahresfrist zur Anfechtung mißbräuchlich sei, so geht diese Ansicht fehl. Es ist bereits oben ausgeführt, daß bei der besonderen Sachlage des Falles das Berufungsgericht von einer Entscheidung, ob eine arglistige Täuschung stattgefunden habe, absehen durfte.

Die Revision glaubt weiter, eine Verletzung der Vorschriften über die Zulassung einer Widerklage habe deshalb stattgefunden, weil die Frage, die mit der Widerklage angeschnitten sei, auch im ersten Rechtszuge schon unter dem Gesichtspunkt der Aufrechnung vorgebracht und deshalb nicht etwas grundsätzlich Neues in den zweiten Rechtszug eingeführt worden sei. Daß der Beklagten schon während des ersten Rechtszuges Tatsachen in großen Zügen vorgetragen hat, auf die er im zweiten Rechtszuge die Widerklage stützt, hat indessen das Berufungsgericht berücksichtigt. Es hat aber mit Recht das entscheidende Gewicht darauf gelegt, daß sich bei einer Zulassung der Widerklage die Entscheidung des zweiten Rechtszuges über die Klage erheblich verzögern würde. Wenn es diesem Umstand Rechnung trägt, so hält es sich im Rahmen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. In der Entscheidung BGHZ 21,13,17 ist ausgesprochen, daß die Frage der Sachdienlichkeit, wenn die bedingte Widerklage erst im Berufungsrechtszuge erhoben werde, besonders sorgfältig geprüft werden müsse. Insbesondere

sei es, so hat der Bundesgerichtshof gemeint, durch eine Versagung der Zulassung möglich, eine unangemessene Verzögerung der Entscheidung über die Klage zu verhindern, die die nachträgliche, erst im zweiten Rechtszuge erfolgende Geltendmachung der hilfsweisen Widerklage vielleicht zur Folge hätte. Diesem Gedankengang durfte das Berufungsgericht im vorliegenden Falle folgen.

C.

Die Revision des Beklagten ist daher zurückzuweisen. Die Kosten des Rechtsmittels fallen ihm nach § 97 ZPO zur Last.

Dr.Pagendarm Dr.Spieler Dr.Dorschel Dr.Mezger Dr.Messner