

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII SA 55/70

URTEIL

Verkündet am
3. Februar 1972

■,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Hausfrau Liesel J ■ geb. 1 ■,
N ■, Zum D ■,

Beklagten, Widerklägerin,
Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

gegen

die Firma R ■ - N ■ GmbH & Co KG,
R ■ a.N., S ■ straße, vertreten durch den
Geschäftsführer Dr. H ■,

Klägerin, Widerbeklagte,
Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. ■
und Dr. ■ -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Februar 1972 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 15. Januar 1970 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Widerklage der Beklagten abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin erstellte für die Beklagte auf deren Grundstück in S [REDACTED] bei M [REDACTED] ein Fertighaus zum Preis von 102.913,22 DM. Hiervon hat die Beklagte 69.500 DM bezahlt. Mit der Klage verlangte die Klägerin die Zahlung des Restes von 33.413,22 DM nebst Zinsen sowie Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung wegen dieses Betrags nebst Zinsen und Kosten aus einer für die Klägerin auf dem Grundstück eingetragenen Sicherungshypothek.

Durch rechtskräftiges Teilurteil hat das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von 14.000 DM nebst Zinsen und Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verurteilt. Durch Schlußurteil hat es unter Abweisung des Anspruchs in Höhe von 2.389,76 DM die Beklagte zur Zahlung weiterer 17.023,46 DM nebst Zinsen und zur Duldung der Zwangsvollstreckung auch wegen dieses Betrags verurteilt.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt und gleichzeitig Widerklage erhoben mit dem Antrag auf Feststellung, daß das Bauwerk mangelhaft und die Klägerin verpflichtet sei, den hieraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

In der mündlichen Schlußverhandlung vom 5. Dezember 1969 stellte die Beklagte den Widerklageantrag, die Klägerin zur Zahlung von 129.795 DM nebst Zinsen sowie allen weiteren Schadens, der ihr durch die Mangelhaftigkeit des Bauwerks entstanden sei und noch entstehe, zu verurteilen. Nunmehr "erkennt" die Klägerin den Berufungsantrag der Beklagten auf Abweisung der Klage "an".

Das Oberlandesgericht hat die Klage auf Zahlung weiterer 17.023,46 DM nebst Zinsen und auf Duldung der Zwangsvollstreckung hierwegen abgewiesen. Ebenso hat es die Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision beantragt die Beklagte, das Urteil des Oberlandesgerichts aufzuheben, soweit sie dadurch beschwert ist, und entsprechend ihrem Widerklageantrag zu erkennen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

1. Die Klägerin hat in die Erhebung der Widerklage nicht eingewilligt, und das Oberlandesgericht hat diese als nicht sachdienlich nicht zugelassen und deshalb abgewiesen (§ 529 Abs. 4 ZPO).

Es ist der Auffassung, daß die Beklagte mit der Erhebung der Widerklage einen neuen Streitstoff zur Entscheidung gestellt habe. Eine Entscheidung hierüber würde zu einer "unökonomischen Belastung des Prozesses" führen. Wohl habe die Beklagte ein Interesse daran, daß der Streitstoff in einem Prozeß erledigt und sie nicht auf einen neuen Prozeß verwiesen werde. Das könne aber noch nicht zu einer Bejahung der Sachdienlichkeit führen, denn diese finde ihre Grenze dort, wo die Erledigung des neuen Streitstoffs zu einer unsachgemäßen Verzögerung des Rechtsstreits führe. Das sei aber hier der Fall. Das Berufungsgericht habe zwar in einem Beweissicherungsverfahren ein Gutachten des Sachverständigen R. [REDACTED] eingeholt. Damit sei aber noch nicht eine sachgemäße und rasche Prozeßerledigung gewährleistet, denn die Klägerin habe dieses Gutachten in mehreren Punkten beanstandet, und auch die Beklagte habe eine teilweise Erneuerung der Beweisaufnahme angeregt. Das Berufungsgericht wäre daher nach dem Verzicht der Klägerin auf den Klageanspruch (als welcher sich das "Anerkenntnis" des auf Klageabweisung lautenden Berufungsantrags darstelle) in einer prozeßwirtschaftlich nicht mehr sachgemäßen Weise gezwungen, über die in erster Instanz versäumte Widerklage auf Grund einer umfangreichen Beweisaufnahme zu entscheiden (BU S. 7 f).

2. Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten ist begründet.

Die Zulassung einer Widerklage in der Berufungsinstanz steht zwar im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters. Seine Entscheidung unterliegt aber, sofern die Widerklage nicht zugelassen wird, der Nachprüfung durch das Revisionsgericht darauf, ob der Begriff der Sachdienlichkeit verkannt worden ist und damit die Grenzen des Ermessens überschritten worden sind (BGHZ 16, 317, 322; BGH Urt. v. 15. Mai 1970 - III ZR 200/67 - = BB 70, 1152 = WM 1970, 1023 mit weiteren Nachweisen).

Das ist hier der Fall.

a) Die Sachdienlichkeit einer in der Berufungsinstanz erhobenen Widerklage ist (ebenso wie die einer Klageänderung oder einer in der Berufungsinstanz erklärten Aufrechnung) dann zu verneinen, wenn damit ein völlig neuer Streitstoff zur Entscheidung gestellt wird und der gesamte Tatsachenkomplex in der ersten Instanz überhaupt nicht erörtert worden ist (BGHZ 5, 373, 377 für den Fall, daß der Beklagte mit einer ihm erst später abgetretenen Forderung im Berufungsverfahren aufrechnet; BGH Urteil vom 15. Mai 1970 - III ZR 200/67 - = WM 1970, 1023 mit weiteren Nachweisen).

So liegt der Fall hier aber nicht. Das Landgericht hatte zwar über den Streitstoff der Widerklage nicht entschieden, weil diese noch nicht erhoben und eine Aufrechnung und ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängelansprüchen zwischen den Parteien vertraglich ausgeschlossen worden war. Die Beklagte hatte aber schon in der

ersten Instanz den Streitstoff der Widerklage vortragen und dazu auch bereits Privatgutachten vorgelegt. Ferner hat nach Erhebung der Widerklage auf Antrag der Beklagten bei dem Berufungsgericht ein Beweissicherungsverfahren stattgefunden, in dem ein Augenschein eingenommen wurde, an welchem zwei der Richter, die bei dem Erlaß des angefochtenen Urteils mitgewirkt haben, teilnahmen, sowie ein Gutachten des Sachverständigen Dr. Ringel eingeholt wurde. Mit diesem Gutachten hatten sich dann in der Folgezeit beide Parteien eingehend auseinandergesetzt.

Unter diesen Umständen kann der Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Erhebung der Widerklage in dem anhängigen Verfahren nicht sachdienlich sei, nicht beigetreten werden; denn die Beklagte würde durch die Nichtzulassung der Widerklage gezwungen, ihren Anspruch in einem neuen Prozeß geltendzumachen, was mit großer Wahrscheinlichkeit auch geschehen würde, wobei der unter den Parteien bereits erörterte und durch das Beweissicherungsverfahren vorbereitete Streitstoff wieder von Grund auf neu aufgerollt werden müßte. Das würde aber - entgegen der Meinung des Berufungsgerichts - dem Gedanken einer vernünftigen Prozeßwirtschaft widersprechen.

b) Rechtsfehlerhaft ist auch die Auffassung des Oberlandesgerichts, die Sachdienlichkeit der Widerklage sei deshalb zu verneinen, weil damit die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werde. Das ist nicht entscheidend (BGHZ 53, 24, 28; BGH VI ZR 255/62 vom 21. Juni 1963 = VersR 1963, 1078, wonach eine mögliche Verzögerung bei konnexen Gegenforderungen im allgemeinen kein Grund ist,

die Widerklage nicht zuzulassen RG HRR 37 Nr. 338; a.A. Stein/Jonas ZPO (19) § 529 Anm. IV 2 b). In einem Fall wie dem hier vorliegenden kann der Gesichtspunkt der Verzögerung nicht von Bedeutung sein. Solange die Klägerin ihren Anspruch noch aufrecht erhielt, konnte, sobald er entscheidungsreif war, darüber durch Teilurteil entschieden werden. Nachdem sie auf ihn verzichtet hatte, entfiel ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an einer raschen Entscheidung (abgesehen von einem Kostentitel, der aber nur eine untergeordnete Rolle spielt).

c) Der Bejahung der Sachdienlichkeit steht auch nicht entgegen, daß im Falle der Zulassung der Widerklage der Klägerin und Widerbeklagten eine Tatsacheninstanz verloren geht (BGHZ 1, 65, 71; 53, 24, 28; BGH VersR 1963, 1078).

d) Fehl geht es schließlich auch, daß das Berufungsgericht zur Begründung seiner Entscheidung ausführt, die Beklagte habe es versäumt, die Widerklage schon in der ersten Instanz zu erheben, obwohl sie auf diese Möglichkeit sogar ausdrücklich hingewiesen worden sei. Das ist - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - unbeachtlich, da es bei der Entscheidung über die Sachdienlichkeit nicht auf ein etwaiges Verschulden ankommt (Stein/Jonas aaO). Es handelt sich bei § 529 Abs. 4 ZPO gerade um eine Regel für die in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage. Dann kann es aber keine Rolle spielen, ob diese schon in der ersten Instanz hätte erhoben werden können. Deshalb liegt die Behauptung der Beklagten, sie sei durch das Urteil des Landgerichts im schriftlichen Verfahren "überrascht" und dadurch gehindert worden, die Widerklage noch in der ersten Instanz zu erheben, neben der Sache.

Der Übergang von der Feststellungsklage auf die Zahlungsklage ist ohne Einfluß auf die Frage der Sachdienlichkeit.

3. Das angefochtene Urteil kann deshalb, soweit das Berufungsgericht die Widerklage abgewiesen hat, nicht aufrechterhalten werden. Es ist insoweit und auch im Kostenpunkt aufzuheben und die Sache in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird nun über die Widerklage sachlich zu entscheiden haben.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke