BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 145/12

Verkündet am:
7. Mai 2015
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO §§ 524, 264 Nr. 2 und 3

Stellt der in erster Instanz erfolgreiche Kläger in der Berufungsinstanz seine Abschlagszahlungsklage aufgrund bereits erstinstanzlich eingetretener Schlussrechnungsreife gemäß § 264 Nr. 3 ZPO auf eine höhere Schlusszahlungsklage um, liegt hinsichtlich der Erhöhung eine Klageerweiterung gemäß § 264 Nr. 2 ZPO vor, die mit der Anschlussberufung innerhalb der Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO geltend gemacht werden muss.

BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 - VII ZR 145/12 - OLG Köln
LG Köln

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, die Richter Halfmeier und Dr. Kartzke und die Richterinnen Graßnack und Sacher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 25. April 2012 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin begehrt von der Beklagten Zahlung restlicher Vergütung nach vorzeitiger Beendigung zweier Verträge über die Lieferung von Thermoreaktoren für Großanlagen in Russland.

2 Die Parteien sind auf dem Gebiet der Verfahrenstechnik tätig. Die Beklagte wurde von der Sm.-AG und der Su.-GmbH beauftragt, für russische Besteller Thermoreaktoren zu projektieren, zu liefern und zu montieren. Im September 2007 schloss sie mit der Klägerin als Nachunternehmerin zwei Verträge über die Lieferung je eines Thermoreaktors mit Zubehör und Wärmetauscher für das Projekt S. und das Projekt N. inklusive weiterer Leistungen in den Bereichen Projektierung, Montage, Inbetriebnahme und Schulung.

3 Da die Beklagte die ursprünglich vereinbarten Zahlpläne nicht einhielt, übersandte sie Ende 2008 zwei von ihr unterzeichnete Verträge, mit denen sie ihre Forderungen gegen die Sm.-AG und die Su.-GmbH zur Sicherung der Vergütungsansprüche der Klägerin anteilig an diese abtrat. In diesem Zusammenhang verpflichtete sich die Beklagte ferner, bei ihr eingehende Zahlungen der Sm.-AG und der Su.-GmbH in Höhe des vereinbarten Anteils an die Klägerin weiterzuleiten. Nachdem die Beklagte nach Behauptung der Klägerin ihrer Verpflichtung zur anteiligen Weiterleitung nicht vollständig nachgekommen war, stellte diese die Lieferungen ein.

4 Mit der Klage hat die Klägerin erstinstanzlich zuletzt Zahlung von 452.752,87 € zuzüglich Zinsen geltend gemacht und ihren Anspruch in erster Linie auf die Vereinbarung der Parteien zur anteiligen Weiterleitung der bei der Beklagten eingehenden Zahlungen gestützt. Mit Urteil vom 15. April 2011 hat das Landgericht der Klage in Höhe von 418.964,33 € zuzüglich Zinsen stattgegeben.

5 Während des erstinstanzlichen Verfahrens erklärte die Beklagte mit Schriftsatz vom 13. April 2010 die Kündigung und vorsorglich den Rücktritt von den Verträgen mit der Klägerin, die daraufhin für beide Verträge unter dem 22. Dezember 2010 Schlussrechnungen erstellte und den danach über den Klageantrag hinausgehenden Restvergütungsanspruch nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils zunächst in einem gesonderten Prozess einklagte.

6 In der Berufungsinstanz hat die Klägerin die Klage - nach Rücknahme der anderweitig anhängigen erstinstanzlichen Schlusszahlungsklage - auf die Schlussrechnungsforderungen umgestellt und auf 959.896,62 € zuzüglich Zinsen erweitert. In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat die Klägerin dem Gericht mehrseitige, teilweise in russischer Sprache und kyrillischer Schrift abgefasste Packlisten überreicht.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Diese enthalten nach ihrem Vortrag sämtliche nach den Verträgen geschuldeten, bisher noch nicht an die Beklagte ausgelieferten Anlagenteile.

7 Das Berufungsgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 959.896,62 € zuzüglich Zinsen Zug um Zug gegen Herausgabe der Software und Dokumentation für die Thermoreaktoren und der in den zum Tenor genommenen Packlisten bezeichneten Anlagenteile zu zahlen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 Die erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erfolgte Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Klägerin ändert gemäß § 249 Abs. 3 ZPO nichts daran, dass das Urteil gegen sie zu verkünden ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 1994 - IX ZR 193/93, BGHZ 127, 74, 75).

I.

10 Das Berufungsgericht hat sein Urteil wie folgt begründet:

11

Die Umstellung der Klage auf die höheren Schlussrechnungsforderungen sei zulässig. § 533 ZPO stehe dem nicht entgegen, weil die Umstellung bei zwischenzeitlich eingetretener Schlussrechnungsreife keine Klageänderung im Sinne von §§ 263, 533 ZPO sei, sondern § 264 Nr. 2 und 3 ZPO unterfalle. Der neue Vortrag sei gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 1 und 3 ZPO zu berücksichtigen, da keine Nachlässigkeit vorliege und das erstinstanzliche Gericht diesen Punkt für unerheblich gehalten habe. Die Erweiterung der Klage scheitere nicht daran, dass die Klägerin die Einlegung einer Anschlussberufung innerhalb der Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO versäumt habe. In der schriftsätzlich erfolgten Klageerweiterung liege die konkludente Erklärung einer Anschlussberufung. Die Versäumung der Frist sei ausnahmsweise unschädlich. Es widerspreche dem Zweck der Vorschrift des § 264 ZPO, die der Prozesswirtschaftlichkeit dienen solle, eine Klageerweiterung im Zusammenhang mit einer wegen veränderter Umstände erforderlichen Umstellung von einer Abschlags- auf die Schlusszahlungsklage nur innerhalb der Anschlussberufungsfrist zuzulassen und nach deren Ablauf den Unternehmer auf einen zweiten Prozess wegen des weitergehenden Betrages zu verweisen. Hinzu komme, dass das Berufungsgericht erst nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist auf die erforderliche Klageumstellung hingewiesen habe, so dass der Klägerin zumindest im Hinblick auf Art. 103 Abs. 1 GG von Amts wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entsprechend §§ 233, 236 Abs. 2 ZPO gewährt werden müsste.

12 Die Klage sei gemäß § 649 Satz 2 BGB begründet. Bei den Verträgen handele es sich um Werkverträge im Sinne von § 631 BGB. Hier stehe nicht die Übertragung von Eigentum und Besitz an den zu liefernden Thermoreaktoren im Vordergrund, vielmehr sei nach dem Vertragsinhalt ein Gesamterfolg geschuldet. Die Klägerin habe im Einzelnen dargelegt, dass es sich bei den vereinbarten Leistungen um eine individuell angepasste Fertigung der Thermoreaktoren in Abstimmung mit den übrigen Prozessen der Anlagen vor Ort, ihrer

Montage und schließlich der Schulung des Personals gehandelt habe. Dem sei die Beklagte nicht in erheblicher Weise entgegengetreten.

13 Aufgrund der Kündigung der Verträge durch die Beklagte stehe der Klägerin gemäß § 649 Satz 2 BGB die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zu. Die Kündigung sei als freie Kündigung zu werten. Eine Kündigung aus wichtigem Grund komme nicht in Betracht, da die Klägerin wegen des Zahlungsverzugs der Beklagten berechtigt gewesen sei, weitere Lieferungen zu verweigern.

14 Der Höhe nach stehe der Klägerin aus den beiden Projekten insgesamt eine fällige Restforderung jedenfalls in Höhe der Klageforderung zu. Der Zahlungsanspruch bestehe aber nur Zug um Zug gegen Herausgabe der im Tenor aufgeführten, noch nicht gelieferten Software, Dokumentation und Anlagenteile. Es sei unerheblich, dass die Klägerin ihren Zahlungsantrag nicht mit einer entsprechenden Einschränkung gestellt habe. Die Zug-um-Zug-Leistung könne auch mit der nach § 253 ZPO erforderlichen Bestimmtheit tenoriert werden. Hinsichtlich der Anlagenteile sei auf die von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Packlisten abzustellen. Die Beklagte sei dem im Rahmen des ihr gewährten Schriftsatznachlasses nicht substantiiert entgegengetreten.

II.

15 Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

16 1. Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin einen Vergütungsanspruch gemäß § 649 Satz 2 BGB hat.

17 a) Dabei kann dahinstehen, ob die tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ausreichen, um die Verträge der Parteien als Werkverträge einzuordnen.

18 Zumindest handelt es sich um Verträge gemäß § 651 Satz 1 BGB, bei denen § 649 BGB über § 651 Satz 3 BGB Anwendung findet, da die von der Klägerin zu liefernden Thermoreaktoren als nicht vertretbare Sachen zu qualifizieren sind. Nicht vertretbar sind solche Sachen, die auf die Betriebsverhältnisse des Bestellers ausgerichtet und seinen Wünschen angepasst sind und die deshalb für den Unternehmer anderweitig schwer oder gar nicht absetzbar sind (BGH, Urteil vom 30. Juni 1971 - VIII ZR 39/70, NJW 1971, 1793, 1794; MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl., § 651 Rn. 17 f.).

19 Nach den tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts mussten die vertraglich geschuldeten Thermoreaktoren individuell unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Anforderungen des Bestellers gefertigt und spezifisch an die jeweiligen Anlagen, für die sie vorgesehen waren, angepasst werden. Dies trägt die Annahme, dass es sich um nicht vertretbare Sachen handelt. Der Hinweis der Beklagten, dass die Einzelteile, aus denen der jeweilige Thermoreaktor bestehe, im Wesentlichen als vertretbare Sachen zu qualifizieren seien, führt entgegen der Auffassung der Revision schon deshalb zu keiner anderen Beurteilung, weil die Klägerin nicht die Lieferung der Einzelteile, sondern der Thermoreaktoren schuldete.

20 b) Auch die Feststellung des Berufungsgerichts, dass es sich bei der Kündigung der Verträge durch die Beklagte um eine wirksame freie Kündigung gemäß § 649 Satz 1 BGB gehandelt habe, weil ihr ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund nicht zugestanden habe, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die dem zugrunde liegende Beweiswürdigung weist keine Rechtsfehler auf.

21 c) Die zur Einordnung der Verträge und zum Kündigungsgrund erfolgten Feststellungen des Berufungsgerichts sind verfahrensfehlerfrei zustande gekommen. Die von der Revision vorgebrachten Verletzungen von Verfahrensgrundrechten hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet, § 564 ZPO.

22 2. Das Berufungsurteil ist aber von Rechtsfehlern beeinflusst, soweit das Berufungsgericht die Klageerweiterung in der Berufungsinstanz unbeschadet der von ihm angenommenen Versäumung der Anschlussberufungsfrist (§ 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO) für zulässig erachtet hat.

23 a) Noch zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass auf die in der Berufungsinstanz erfolgte Umstellung des Klageantrags auf die höheren Schlussrechnungsforderungen § 533 ZPO nicht anwendbar ist.

24 § 533 ZPO regelt die Zulässigkeit der Klageänderung im Sinne von § 263 ZPO in der Berufungsinstanz. Änderungen des Klageantrags nach § 264 ZPO sind auch in der Berufungsinstanz nicht als Klageänderung anzusehen, so dass § 533 ZPO auf sie keine Anwendung findet (BGH, Urteil vom 8. Dezember 2005 - VII ZR 191/04, BauR 2006, 414, 415 = NZBau 2006, 175). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt der Übergang von der Abschlags- auf die Schlusszahlungsklage keine Klageänderung dar. Eine Änderung des Klagegrundes liegt nicht vor, da der Anspruch auf Abschlagszahlung lediglich eine modifizierte Form des einheitlichen Anspruchs auf Vergütung ist (BGH, Urteil vom 8. Dezember 2005 - VII ZR 191/04, BauR 2006, 414, 415 = NZBau 2006, 175; Urteil vom 11. November 2004 - VII ZR 128/03, BauR 2005, 400, 405 = NZBau 2005, 158). Erfolgt der Übergang aufgrund einer nach Rechtshängigkeit eingetretenen Veränderung, liegt danach ein Fall des § 264 Nr. 3 ZPO vor. Ist damit gleichzeitig eine Erhöhung des Klageantrags in der Hauptsache verbunden, stellt auch dies gemäß § 264 Nr. 2 ZPO keine Klageänderung dar.

25 Entgegen der Auffassung der Revision handelt es sich hier um einen solchen Übergang von einer Abschlags- auf eine Schlusszahlungsklage. Die Klägerin hat ihren Anspruch erstinstanzlich in erster Linie auf die im Rahmen der Sicherungsabtretungsverträge getroffene Vereinbarung der Parteien über eine anteilige Weiterleitung der bei der Beklagten eingehenden Abschlagszahlungen der Sm.-AG und der Su.-GmbH gestützt. Diese Vereinbarung stellt lediglich eine Modifikation der ursprünglichen Vereinbarung über Abschlagszahlungen im Rahmen der Zahlpläne dar, die von der Beklagten nicht eingehalten wurde. Die weiterzuleitenden Beträge sind ebenso wie die ursprünglich vereinbarten Abschlagszahlungen nur eine Anzahlung auf die jeweilige vertragliche Gesamtvergütung im Hinblick auf bereits erbrachte Leistungen der Klägerin. In der Umstellung der zunächst auf die Weiterleitungsvereinbarung gestützten Klage auf die höheren Schlussrechnungsforderungen aufgrund nach Rechtshängigkeit eingetretener Schlussrechnungsreife liegt daher gemäß § 264 Nr. 2 und 3 ZPO keine Klageänderung im Sinne von § 263 ZPO.

26 b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, zum Zwecke der Klageerweiterung sei die fristgemäße Einlegung einer Anschlussberufung nicht erforderlich, ist jedoch von Rechtsfehlern beeinflusst.

27 aa) Zweck der Anschlussberufung ist es, diejenige Partei zu schützen, die in Unkenntnis des Rechtsmittels der Gegenpartei trotz eigener Beschwer die Rechtsmittelfrist im Vertrauen auf den Bestand des Urteils verstreichen lässt (Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 524 Rn. 1). Darüber hinaus soll die Anschlussberufung prozessuale Waffengleichheit schaffen, indem sie den Berufungsbeklagten in den Stand setzt, auf eine Berufung des Gegners ohne verfahrensrechtliche Fesseln reagieren und die Grenzen der neuen Verhandlung mitbestimmen zu können (BGH, Urteil vom 28. März 1984 - IVb ZR 58/82, NJW 1984, 2951, 2952). Will er die Grenzen neu bestimmen und sich nicht auf die

Abwehr der Berufung beschränken, kann er dies grundsätzlich nur im Wege der Anschlussberufung erreichen.

28 Dementsprechend muss sich der in erster Instanz obsiegende Kläger nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Berufung der Gegenseite anschließen, wenn er eine Klageerweiterung vornehmen oder neue Ansprüche einführen und sich damit nicht nur auf die Abwehr der Berufung beschränken will. Danach ist auch im Fall der Klageerweiterung gemäß § 264 Nr. 2 ZPO die Einlegung einer Anschlussberufung erforderlich (BGH, Urteil vom 12. März 2009 - VII ZR 26/06, BauR 2009, 1140 Rn. 22 = NZBau 2009, 376; Urteil vom 13. September 2011 - X ZR 69/10, GRUR 2012, 45 Rn. 56).

29 Lediglich wenn in der Berufungsinstanz gemäß § 264 Nr. 3 ZPO ohne Änderung des Klagegrundes statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer späteren Veränderung ein anderer Gegenstand gefordert und mit dem nunmehr geltend gemachten Antrag nicht mehr verlangt wird als bereits erstinstanzlich zuerkannt, ist die Einlegung einer Anschlussberufung entbehrlich (BGH, Urteil vom 12. Januar 2006 - VII ZR 73/04, BauR 2006, 717, 718; Urteil vom 18. Februar 2011 - V ZR 197/10, WuM 2011, 310 Rn. 10 ff.). Das Begehren des in erster Instanz erfolgreichen Klägers geht in diesem Fall nicht über eine Abwehr der Berufung hinaus.

30 Ein solcher Fall liegt jedoch nicht vor, wenn der in erster Instanz obsiegende Kläger eine aufgrund nach Rechtshängigkeit eingetretener Veränderungen erfolgte Klageumstellung gemäß § 264 Nr. 3 ZPO mit einer Klageerweiterung gemäß § 264 Nr. 2 ZPO verbindet. Auch wenn die veränderten Umstände materiell-rechtlich eine Klageumstellung erfordern, beschränkt sich der Kläger in dieser Konstellation nicht auf die Abwehr der Berufung, sondern begehrt einen höheren als den erstinstanzlich zuerkannten Betrag und be-

stimmt damit die Grenzen des Berufungsverfahrens neu. Dies ist nur im Wege der Anschlussberufung möglich.

31 bb) Ist die Einlegung einer Anschlussberufung erforderlich, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO zu beachten. Sinn und Zweck der gesetzlichen Fristenregelung des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO rechtfertigen im vorliegenden Fall keine abweichende Beurteilung.

32 Der Gesetzgeber hat sich mit dem Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001 (BGBl. I S. 1887) dafür entschieden, die Einlegung einer Anschlussberufung nur binnen einer bestimmten Frist zuzulassen, um auf diese Weise das nach der Neukonzeption in erster Linie der Fehlerkontrolle dienende Berufungsverfahren zu straffen und zu beschleunigen (vgl. BT-Drucks. 14/4722, S. 64, 98 f.). Trotz erheblicher Kritik in Rechtsprechung und Literatur hat der Gesetzgeber mit dem 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 (BGBl. I S. 2198) die Frist, wenn auch in abgeänderter Form, beibehalten und eine Ausnahme nur für wiederkehrende Leistungen geschaffen (vgl. BT-Drucks. 15/3482, S. 17, 18). Vor diesem Hintergrund ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO im Wege der teleologischen Reduktion sowohl für klageerweiternde als auch für klageändernde Anschlussberufungen abgelehnt worden (BGH, Urteil vom 12. März 2009 - VII ZR 26/06, BauR 2009, 1140 Rn. 22 = NZBau 2009, 376; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2007 - V ZR 210/06, NJW 2008, 1953 Rn. 17 ff.).

33 Ob demgegenüber nach Sinn und Zweck sowie unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Gebots der prozessualen Waffengleichheit in besonderen Fällen Ausnahmen von der Befristung zuzulassen sind, wenn die Anschlussberufung eine Reaktion auf eine nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung oder gar erst nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist

eingetretene Veränderung der Umstände ist, kann dahinstehen. Denn ein solcher Fall liegt nicht vor. Vorliegend sind die Voraussetzungen für eine endgültige Abrechnung und die nach ständiger Rechtsprechung des Senats (BGH, Urteil vom 20. August 2009 - VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158 Rn. 42 ff.; Urteil vom 26. Februar 1987 - VII ZR 217/85, BauR 1987, 453; Urteil vom 25. Oktober 1990 - VII ZR 201/89, BauR 1991, 81, 82) damit einhergehende Notwendigkeit zur Umstellung einer Abschlags- auf die Schlusszahlungsklage nicht erst nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung eingetreten. Vielmehr sind sowohl die Kündigung der Verträge als auch die Erstellung der Schlussrechnungen noch während des erstinstanzlichen Verfahrens erfolgt. Die Klägerin hätte daher die mit der Klageumstellung auf die höheren Schlussrechnungsforderungen verbundene Klageerweiterung bereits erstinstanzlich vornehmen können. Auf diese Weise hätte sie einen etwa notwendig werdenden weiteren Rechtsstreit über die Restforderungen ohne weiteres vermeiden können. Jedenfalls in dieser Konstellation wären bei entsprechender Prozessführung die vom Gesetzgeber verfolgten prozessökonomischen Ziele, insbesondere der mit der Befristung der Anschlussberufung verfolgte Zweck der Straffung und Beschleunigung des Berufungsverfahrens, erreicht worden. Darüber hinaus wäre auch der mit der Neukonzeption des Berufungsrechts verbundene Aspekt der Fehlerkontrolle zum Tragen gekommen, da sich bereits das erstinstanzliche Gericht umfassend mit den Schlussrechnungen hätte befassen können.

34 cc) Für die vom Berufungsgericht zu Recht als Anschlussberufung gewertete Klageerweiterung gemäß § 264 Nr. 2 ZPO war danach die Einhaltung der Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO erforderlich unbeschadet der Möglichkeit, bis zur Höhe des erstinstanzlich zuerkannten Betrages auch nach Ablauf dieser Frist eine Umstellung der Abschlags- auf die Schlusszahlungsklage vorzunehmen.

35 c) Die vom Berufungsgericht hilfsweise angestellte Erwägung, die von ihm angenommene Versäumung der Anschlussberufungsfrist sei jedenfalls deshalb unschädlich, weil die Klägerin erst nach Ablauf der Frist auf die erforderliche Umstellung von der Abschlags- auf die Schlusszahlungsklage hingewiesen worden und ihr deshalb gegebenenfalls von Amts wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren sei, ist ebenfalls nicht tragfähig.

36 Eine direkte Anwendung der Vorschriften über die Wiedereinsetzung scheidet aus, weil die Anschlussberufungsfrist gemäß § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO keine Notfrist ist und auch nicht bei den sonstigen Fristen in § 233 ZPO aufgeführt wird.

37 Ob bei Versäumung der Anschlussberufungsfrist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in (analoger) Anwendung der §§ 233 ff. ZPO in Betracht kommt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (ablehnend - obiter dictum - BGH, Urteil vom 6. Juli 2005 - XII ZR 293/02, BGHZ 163, 324, 329; OLG Hamm, NJW-RR 2003, 1720, 1721; Gerken, NJW 2002, 1095, 1096; bejahend OLG Stuttgart, OLGR 2008, 25, 27; OLG Düsseldorf, FamRZ 2006, 215, 216; OLG Karlsruhe, OLGR 2005, 443; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2003, 1299, 1300; MünchKommZPO/Rimmelspacher, 4. Aufl., § 524 Rn. 32; MünchKommZPO/Gehrlein, 4. Aufl., § 233 Rn. 14; Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 233 Rn. 6).

38 Dieser Streit bedarf keiner Entscheidung, denn auch bei analoger Anwendung der §§ 233 ff. ZPO begründen die hilfsweise angestellten Erwägungen des Berufungsgerichts keinen Wiedereinsetzungsgrund. Die Klägerin hat aus Nachlässigkeit davon abgesehen, die Klage bereits erstinstanzlich - spätestens jedoch bis zu dem vom Berufungsgericht angenommenen Ablauf der Anschlussberufungsfrist - im Hinblick auf die höheren Schlussrechnungsforderungen zu erweitern. Es entspricht, wie ausgeführt, ständiger Recht-

sprechung des Senats, dass ein Unternehmer - will er den Prozess nicht verlieren - nach Eintritt der Voraussetzungen für eine endgültige Abrechnung eine Abschlagsklage zwingend auf die Schlusszahlungsklage umstellen muss (BGH, Urteil vom 20. August 2009 - VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158 Rn. 45 f.; Urteil vom 26. Februar 1987 - VII ZR 217/85, BauR 1987, 453; Urteil vom 25. Oktober 1990 - VII ZR 201/89, BauR 1991, 81, 82). Diese Rechtsprechung musste der anwaltlich vertretenen Klägerin auch ohne gerichtlichen Hinweis bekannt sein. Ihr war darüber hinaus schon während des erstinstanzlichen Verfahrens und erst recht vor dem vom Berufungsgericht angenommenen Ablauf der Anschlussberufungsfrist bekannt, dass Schlussrechnungsreife eingetreten war und sie eine über die bereits streitgegenständliche Summe hinausgehende Restvergütung beanspruchte, was sich schon daraus ergibt, dass sie diese Vergütung zunächst in einem weiteren Prozess eingeklagt hatte.

39 d) Eine Versäumung der Frist kann ferner nicht mit dem Argument unberücksichtigt bleiben, einer Partei müsse nach einem gerichtlichen Hinweis die Möglichkeit eingeräumt werden, darauf zu reagieren. Dieser allgemeine Grundsatz findet auf die gesetzliche Ausschlussfrist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO keine Anwendung. Die Unzulässigkeit einer Anschlussberufung wegen Fristversäumung kann durch prozessleitende Maßnahmen nicht mehr behoben werden (BGH, Urteil vom 7. Dezember 2007 - V ZR 210/06, NJW 2008, 1953 Rn. 28).

40 3. Das Berufungsurteil stellt sich, soweit das Berufungsgericht die Klageerweiterung für zulässig erachtet hat, auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar. Das käme in Betracht, wenn die Anschlussberufungsfrist bei Eingang der Klageerweiterung noch nicht abgelaufen gewesen wäre. Dies kann auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen und des Akteninhalts nicht abschließend beurteilt werden.

41 a) Nach § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist die Einlegung einer Anschlussberufung nur bis zum Ablauf einer gesetzten Frist zur Berufungserwiderung zulässig. Voraussetzung für den wirksamen Lauf der Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist, dass die Frist zur Berufungserwiderung wirksam gesetzt wurde, was nur dann der Fall ist, wenn dem Berufungsbeklagten gemäß § 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO eine beglaubigte Abschrift der richterlichen Verfügung zugestellt und er über die Rechtsfolgen der Versäumung der Berufungserwiderungsfrist gemäß § 521 Abs. 2 Satz 2, § 277 Abs. 2 ZPO belehrt worden ist (BGH, Beschluss vom 23. September 2008 - VIII ZR 85/08, NJW 2009, 515 Rn. 5 f.). Das Vorliegen dieser für die Zulässigkeit einer Anschlussberufung maßgeblichen Voraussetzung ist - ungeachtet der fehlenden Verweisung in § 524 Abs. 3 Satz 2 ZPO auf § 522 Abs. 1 ZPO - von Amts wegen zu überprüfen (Musielak/Voit/Ball, ZPO, 12. Aufl., § 524 Rn. 25).

42 b) Der Senat kann nicht beurteilen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Klägerin eine beglaubigte Abschrift der betreffenden richterlichen Verfügung nebst Belehrung zugestellt worden ist. Dies ergibt sich auch nicht aus den Akten.

43 4. Das Berufungsurteil kann deshalb nicht bestehen bleiben. Es ist insgesamt aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses die notwendigen Feststellungen zum wirksamen Lauf der Anschlussberufungsfrist gemäß § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO treffen kann. Eine nur teilweise Aufhebung und Zurückverweisung bezüglich des mit der Klageerweiterung geltend gemachten höheren Betrages kommt nicht in Betracht. Denn bei der auf zwei verschiedenen Verträgen beruhenden Vergütung für die Projekte N. und S. handelt es sich um zwei verschiedene Streitgegenstände. Die Klägerin muss daher für den Fall der Versäumung der Anschlussberufungs-

frist zunächst eindeutig klarstellen, in welcher Reihenfolge sie die Forderungen geltend machen will.

III.

44 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

45 Die Zug-um-Zug-Einschränkung kann in der vom Berufungsgericht tenorierten Form keinen Bestand haben.

46 Es fehlt insoweit bereits an der hinreichenden Bestimmtheit der Urteilsformel, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, so dass das Urteil keinen vollstreckungsfähigen Inhalt hat.

47 Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass nicht nur der Umfang einer Verurteilung, sondern auch die Zug-um-Zug-Einschränkung im Titel hinreichend bestimmt sein muss, so dass sie ihrerseits zum Gegenstand einer Leistungsklage gemacht werden kann (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2010 - X ZR 122/07, BauR 2011, 1034 Rn. 32 = NZBau 2011, 290; Urteil vom 18. September 1992 - V ZR 86/91, NJW 1993, 324, 325; Urteil vom 2. Juni 1966 - VII ZR 162/64, BGHZ 45, 287 f.).

48 Zur hinreichenden Bestimmtheit müssen die Zug um Zug herauszugebenden Gegenstände im Tenor so genau bezeichnet sein, dass eine Identifizierung zumindest im Wege der Auslegung möglich ist (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2010 - X ZR 122/07, BauR 2011, 1034 Rn. 33 = NZBau 2011, 290). Das Vollstreckungsorgan muss, gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen, in der Lage sein, die Vollständigkeit und Richtigkeit der ihm vom Gläubiger übergebenen und dem Schuldner anzubietenden Gegenstände zu überprüfen. Danach ist schon die im Tenor aufgeführte "Dokumentation" für

die Thermoreaktoren der betreffenden Projekte nicht hinreichend bestimmt, da sich weder dem Tenor noch den Urteilsgründen entnehmen lässt, was genau diese beinhalten soll. Gleiches gilt für die Bezeichnung "Software SPS-S7 (incl. CPU 416-2DP)", wobei hier zusätzlich unklar ist, inwieweit davon auch Hardware umfasst sein soll. Das Berufungsgericht hat ferner Packlisten in den Tenor einbezogen, aus denen sich die Zug um Zug herauszugebenden Anlagenteile ergeben. Auch diese Gegenstände sind in erheblichem Umfang nur unzureichend bezeichnet, weil konkrete Beschreibungen durch Typenbezeichnungen, Angaben von Größen, Mengen oder Material, die eine klare Identifikation ermöglichen würden, fehlen.

49 Darüber hinaus liegt ein Verstoß gegen § 184 GVG vor, weil die in den Urteilstenor einbezogenen Packlisten Teile in russischer Sprache und kyrillischer Schrift ohne Übersetzung enthalten. Zwar verbietet § 184 GVG nicht jede Einbeziehung fremdsprachiger Worte in Urteilstenor und Urteilsgründen (vgl. z.B. OLG Hamm, NStZ-RR 2010, 348 f. m.w.N.; BSG, MDR 1975, 697, jeweils zu medizinischen Fachausdrücken). Wenn jedoch - wie hier - aufgrund der umfänglichen fremdsprachigen Teile der in den Tenor einbezogenen Pack-

listen Missverständnisse und Unklarheiten für die maßgeblichen Adressaten nicht ausgeschlossen werden und sich hieraus Probleme bei der Vollstreckbarkeit des Urteils ergeben können, ist die zwingende Regelung des § 184 GVG verletzt.

Eick Halfmeier Kartzke

Graßnack Sacher

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 20.04.2011 - 87 O 169/09 -
OLG Köln, Entscheidung vom 25.04.2012 - 13 U 67/11 -