



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 190/18

vom

5. März 2019

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 297 Abs. 2

Nimmt eine Partei ausdrücklich auf die Klageschrift Bezug, sind sämtliche darin angekündigten Anträge gemäß § 297 Abs. 2 ZPO gestellt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich aus dem Verhandlungsprotokoll unmissverständlich ergibt, dass die Partei nur auf einen Teil der angekündigten Anträge Bezug genommen hat.

ZPO § 321 Abs. 1

Wird ein prozessualer Anspruch (Streitgegenstand) rechtsfehlerhaft bewusst nicht beschieden, kommt eine Ergänzung des Urteils nach § 321 ZPO nicht in Betracht. Vielmehr muss die Nichtberücksichtigung eines prozessualen Anspruchs in diesem Falle mit dem jeweils statthaften Rechtsmittel - hier der Nichtzulassungsbeschwerde - angefochten werden (st. Rspr.; vgl. nur BGH,

Urteile vom 7. Mai 2007 - II ZR 281/05, WM 2007, 1270 Rn. 41; vom 20. September 2007 - I ZR 171/04, NJW-RR 2008, 851 Rn. 28; vom 1. Juni 2011 - I ZR 80/09, GRUR-RR 2012, 88 Rn. 7; jeweils mwN).

BGH, Beschluss vom 5. März 2019 - VIII ZR 190/18 - OLG München in Augsburg
LG Augsburg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 5. März 2019 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richterinnen Dr. Hessel und Dr. Fetzner sowie die Richter Dr. Bünger und Kosziol

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers wird das Urteil des Oberlandesgerichts München - 27. Zivilsenat - vom 25. April 2018 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der hilfsweise zum Klageantrag Ziffer 1 gestellte Antrag auf Rückzahlung des Kaufpreises (nebst Zinsen) abzüglich einer Nutzungsentschädigung, Zug um Zug gegen Rückgabe des erworbenen Fahrzeugs, und der sich hierauf beziehende Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs vom Berufungsgericht nicht beschiedenen ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens wird auf 24.814,10 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Der Kläger kaufte von der Beklagten, damals Inhaberin der Auto-Import-Agentur F. in G., mit schriftlichem Vertrag vom 21. Mai 2014 einen Seat Alhambra Style 2.0 TDI CR Ecomotive zum Preis von 29.360 € brutto. Der Kaufpreis wurde später geringfügig auf 29.425 € erhöht. Nach Zahlung des Kaufpreises holte der Kläger das importierte Dieselfahrzeug am 15. Oktober 2014 bei der Beklagten ab.

2 Mit Schreiben vom 15. Februar 2016 teilte das Unternehmen Seat Deutschland GmbH dem Kläger mit, dass sein Fahrzeug von einer noch im Kalenderjahr 2016 beginnenden Rückrufaktion wegen Abweichungen der Stickoxidwerte (NOx) bei EA 189 (Diesel-)Motoren betroffen sei. Der Kläger wurde darüber informiert, dass der in seinem Fahrzeug eingebaute Dieselmotor mit einer Software versehen sei, die im realen Fahrbetrieb zu schlechteren Emissionswerten als im Prüfstandlauf führe.

3 Mit Schreiben vom 24. März 2016 forderte der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung vergeblich zur Lieferung eines mangelfreien Fahrzeugs auf. Hierauf hat der Kläger mit Schriftsatz vom 13. September 2016 Klage eingereicht und darin folgende Anträge angekündigt:

"1. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein mangelfreies fabrikneues Fahrzeug Seat Alhambra Style 2.0 TDI 130 kW 6 Gang mit einer Ausstattung gemäß dem Kaufvertrag vom 21.05.2014 und dem Angebot vom 21.05.2014 Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Seat Alhambra Style 2.0 mit der Fahrzeugidentifikationsnummer nachzuliefern.

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Antrag zu 1.) genannten Fahrzeugs im Verzug befindet.

3. Die Kosten des Verfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht den Klageantrag zu 1.) als unzulässig oder unbegründet hält, wird beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 29.425 EUR, Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs Seat Alhambra Style 2.0 mit der Fahrzeugidentifikationsnummer _____ unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung von 4.610,90 EUR, nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen."

4 In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht war die Beklagte nicht vertreten. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat ausweislich des Sitzungsprotokolls Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils und "Antrag wie im Schriftsatz vom 13.09.2016 mit folgender Ergänzung hinter dem Text und dem Angebot vom 21.05.2014 (Serienausstattung mit Zusatzausstattung wie Xenonlicht und Kurvenlicht, inclusive dynamischer Leuchtweitenregulierung, Fernlichtassistent, Lackierung metallic (nachtblau-metallic), Parklenkassistent und Einparkhilfe-Ultraschall vorne und hinten, Anhängerkupplung schwenkbar mit elektrischer Entriegelung und Autoholdfunktion, Technologiepaket 1, Winterpaket 2, Textilfußmatten vorne und hinten)" gestellt.

5 Das Landgericht hat die Beklagte mit Versäumnisurteil vom 17. Februar 2017 antragsgemäß zur Nachlieferung des beschriebenen Ersatzfahrzeugs verurteilt (Klageantrag zu 1) und zusätzlich den Annahmeverzug der Beklagten festgestellt (Klageantrag zu 2). Auf den Einspruch der Beklagten hat das Landgericht mit Urteil vom 11. August 2017 das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat zur Aufhebung des Versäumnisurteils und zur Abweisung der Klage geführt. Die Revision hat das Oberlandesgericht nicht zugelassen. Hiergegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers, mit der er die Zulassung der Revision mit dem Ziel begehrt, seinen Hilfsantrag auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises

(nebst Zinsen) abzüglich einer Nutzungsentschädigung von 4.610,90 €, Zug um Zug gegen Rückgabe des erworbenen Fahrzeugs, sowie den hierauf bezogenen Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten weiterzuverfolgen. Die Abweisung des Hauptantrags nimmt der Kläger hin.

II.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

7 Der Kläger habe keinen Anspruch auf die mit seinem Hauptantrag geltend gemachte Nachlieferung eines mangelfreien fabrikneuen Fahrzeugs gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB. Denn die von ihm verlangte Nachlieferung sei unmöglich, da inzwischen ein Modellwechsel stattgefunden habe und der vom Kläger erworbene Neuwagen nicht mehr hergestellt werde.

8 Über den in der Klageschrift angekündigten Hilfsantrag des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises sei nicht zu befinden gewesen. Denn dieser Antrag sei weder im erstinstanzlichen Verfahren (vgl. Protokoll vom 17. Februar 2017) noch in der Berufungsinstanz gestellt worden.

III.

9 Die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde hat in der Sache Erfolg und führt im Umfang der Anfechtung gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die angefochtene Entscheidung verletzt in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG), da die Annahme des Berufungsgerichts, der vom Kläger in der Klageschrift angekündigte Hilfsantrag auf Rückzahlung des Kaufpreises, abzüg-

lich einer Entschädigung für gezogene Nutzungen, und der hierauf bezogene Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten seien weder im ersten Rechtszug noch im Berufungsverfahren gestellt worden, im Prozessrecht keine Stütze findet.

10 1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verpflichtet das mit der Sache befasste Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Zwar gewährt Art. 103 Abs. 1 GG keinen Schutz gegen Entscheidungen, die den Sachvortrag der Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts teilweise oder ganz unberücksichtigt lassen (st. Rspr.; vgl. etwa BVerfGE 69, 145, 148 f.; 96, 205, 216; BVerfG, Beschlüsse vom 27. Mai 2016 - 1 BvR 1890/15, juris Rn. 14 mwN; vom 15. Februar 2017 - 2 BvR 395/16, juris Rn. 4, 6 mwN). Die Nichtberücksichtigung erheblichen Vortrags verstößt jedoch dann gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (st. Rspr.; vgl. nur BVerfGE 65, 305, 307; 69, 141, 143 f.; BVerfG, Beschlüsse vom 26. Juni 2012 - 2 BvR 1013/11, juris Rn. 32; vom 6. Mai 2015 - 1 BvR 2724/14, JZ 2015, 1053 Rn. 8; jeweils mwN).

11 2. Ein Übergehen von Prozessvortrag in diesem Sinne liegt auch dann vor, wenn das Gericht einen Klageantrag unberücksichtigt lässt und dadurch unter offenkundiger Missachtung des einschlägigen Prozessrechts den Kläger mit seinem Antrag und dem zugehörigen Lebenssachverhalt nicht hört. So liegen die Dinge hier. Das Berufungsgericht hat angenommen, vom Kläger seien in erster Instanz nicht sämtliche in der Klageschrift angekündigten Anträge gestellt worden und damit auch nicht Prozessstoff in der Berufungsinstanz geworden.

12 a) Das Berufungsgericht hat in offensichtlicher Verkennung der Regelung des § 297 Abs. 2 ZPO und unter Fehlinterpretation der vom Landgericht am

17. Februar 2017 protokollierten Prozesserkklärungen des Klägers die Auffassung vertreten, der Klägervertreter habe den in der Klageschrift angekündigten Hilfsantrag und den hierauf bezogenen Feststellungsantrag in erster Instanz nicht gestellt.

13 aa) Nach § 297 Abs. 1 Satz 1 ZPO sind die Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen zu verlesen. Der Vorsitzende kann auch gestatten, dass die Anträge zu Protokoll erklärt werden (§ 297 Abs. 1 Satz 3 ZPO). Die Verlesung kann gemäß § 297 Abs. 2 ZPO dadurch ersetzt werden, dass die Parteien auf die Schriftsätze Bezug nehmen, die die Anträge enthalten. Einer Gestattung durch das Gericht bedarf es hierfür nicht (Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl., § 297 Rn. 5; MünchKommZPO/Prütting, 5. Aufl., § 297 Rn. 9).

14 bb) Von der Möglichkeit des § 297 Abs. 2 ZPO hat der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung vom 17. Februar 2017 vor dem Landgericht Gebrauch gemacht. Er hat ausweislich des Verhandlungsprotokolls "Antrag wie im Schriftsatz vom 13.09.2016" gestellt. Ergänzend hat er den auf Neulieferung eines mangelfreien Ersatzfahrzeugs gerichteten Hauptantrag um weitere Beschreibungen ergänzt und diese zusätzlichen Angaben - wie in § 297 Abs. 1 Satz 3 ZPO vorgesehen - zu Protokoll erklärt. Dieser Ergänzung, die allein den Hauptantrag betrifft, ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeerwiderung nicht im Wege eines Umkehrschlusses zu entnehmen, dass die übrigen, nicht ergänzungsbedürftigen Anträge nicht verlesen worden wären. Denn nimmt eine Partei - wie hier - ausdrücklich auf die Klageschrift Bezug, sind sämtliche darin angekündigten Anträge gemäß § 297 Abs. 2 ZPO gestellt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich aus dem Protokoll unmissverständlich ergibt, dass die Partei nur auf einen Teil der angekündigten Anträge Bezug genommen hat.

15 cc) So verhält es sich hier jedoch nicht. In der Klageschrift vom 13. September 2016 ist unmittelbar nach den aus mehreren Ziffern bestehenden

Hauptanträgen ein Hilfsantrag zu dem Hauptantrag Ziffer 1 angekündigt worden. Dem Verhandlungsprotokoll vom 17. Februar 2017 ist nicht zu entnehmen, dass der Klägervorteiler aus der Klageschrift nur den Hauptantrag verlesen wollte. Die Wendung "Antrag wie im Schriftsatz vom 13.09.2016" enthält keine ausdrückliche Einschränkung auf einen Teil des Begehrens. Dies ergibt sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeerwiderung auch nicht daraus, dass der Klägervorteiler aufgrund der Säumnis der Beklagten mit einer Verurteilung im Hauptantrag habe rechnen können und daher keinen Anlass gehabt habe, den Hilfsantrag zu stellen. Denn zum einen ist eine entsprechende Einschränkung im Protokoll nicht festgehalten und zum anderen bestand für den Klägervorteiler keine Veranlassung, das Risiko einzugehen, einen angekündigten Hilfsantrag nicht zu stellen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der vom Landgericht vor dem Termin gegen den Hauptantrag geäußerten Schlüssigkeitsbedenken. Dem Protokoll des Landgerichts ist nicht zu entnehmen, dass bei Antragstellung in der mündlichen Verhandlung für den Klägervorteiler bereits feststand, dass ein dem Hauptantrag stattgebendes Versäumnisurteil nunmehr erlassen werde.

- 16 dd) Das Berufungsgericht, das eine nähere Begründung dazu schuldig bleibt, weshalb es davon ausgeht, dass aus dem Protokoll des Landgerichts eine Stellung des Hilfsantrags nicht hervorgehe, stützt seine Annahme offenbar allein auf die unterbliebene Verwendung des Plurals "Anträge" und auf den stattdessen im Protokoll gebrauchten Singular "Antrag". Dabei verkennt es nicht nur, dass bei einer - hier vorliegenden - ausdrücklichen und uneingeschränkten Bezugnahme auf einen Schriftsatz (§ 297 Abs. 2 ZPO) sämtliche angekündigten Anträge als gestellt gelten, sondern auch - wie die Nichtzulassungsbeschwerde mit Recht rügt -, dass die im Protokoll vom 17. Februar 2017 verwendete Formulierung "Antrag" ersichtlich als übergreifender Begriff gebraucht wurde.

- 17 Dass der im Protokoll vom 17. Februar 2017 verwendete Begriff "Antrag" nicht lediglich auf den Klageantrag zu 1 (Hauptantrag) bezogen war, lässt sich bereits der Formulierung des Landgerichts entnehmen. Im Protokoll heißt es nicht, der Klägervertreter stelle "den Antrag" aus der Klageschrift, sondern stelle "Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils und Antrag wie im Schriftsatz vom 13.09.2017". Der Verzicht auf den bestimmten Artikel "den" und das Fehlen einer Einschränkung (etwa Klageantrag Ziffer 1) lassen bei verständiger Betrachtung entgegen der Auffassung der Beschwerdeerwiderung nur den Schluss zu, dass mit "Antrag wie im Schriftsatz vom 13.09.2017" das dort aufgeführte Begehren als Gesamtes erfasst werden sollte. Dementsprechend hat das Landgericht in dem anschließend erlassenen Versäumnisurteil sowohl dem Klageantrag zu 1 (Lieferung eines Ersatzfahrzeugs) als auch dem Klageantrag zu 2 (Feststellung des Annahmeverzugs) stattgegeben, also dem mehrgliedrigen Hauptbegehren des Klägers (und nicht nur einem Antrag) voll entsprochen. Über den Hilfsantrag musste und durfte es nicht entscheiden, weil die innerprozessuale Bedingung, unter die dieser Antrag gestellt war (Klageantrag zu 1 unzulässig oder unbegründet) nicht eingetreten war. Dies erklärt auch, warum der Hilfsantrag im Versäumnisurteil des Landgerichts vom 17. Februar 2017, das einen ausführlichen Tatbestand enthält, keine Erwähnung findet.
- 18 ee) Auch dem Umstand, dass der Kläger in der Klageschrift und vorprozessual in erster Linie Nachlieferung begehrt hat, kann - anders als dies die Beschwerdeerwiderung offenbar meint - nicht entnommen werden, dass der ausdrücklich in der Klageschrift angekündigte und auf eineinhalb Seiten (des sieben Seiten umfassenden Schriftsatzes) begründete Hilfsantrag nicht gestellt werden sollte.
- 19 b) Der Hilfsantrag, der in der mündlichen Verhandlung vom 17. Februar 2017 gestellt wurde, wirkt im weiteren Verfahren fort. Der Klägervertreter war

nicht gehalten, ihn in der mündlichen Verhandlung über den Einspruch der Beklagten zu wiederholen. Denn der einmal gestellte Antrag bleibt bis zur Stellung eines neuen Antrags gültig, weshalb eine Wiederholung in einem Fortsetzungstermin nicht erforderlich ist (BGH, Urteile vom 26. März 1999 - V ZR 294/97, BGHZ 141, 184, 193; vom 12. März 2004 - V ZR 37/03, NJW 2004, 2019 unter II 2 b aa; jeweils mwN). Auch in der Berufungsinstanz war eine erneute Antragstellung entbehrlich. Der wegen Zuerkennung des Hauptantrags in erster Instanz nicht beschiedene Hilfsantrag des Klägers wurde allein durch die Rechtsmitteleinlegung der Beklagten Gegenstand des Berufungsverfahrens (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 29. Januar 1964 - V ZR 23/63, BGHZ 41, 38, 39 ff.; vom 24. Januar 1990 - VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518 unter I 2 a; vom 24. September 1991 - XI ZR 245/90, NJW 1992, 117 unter III; vom 20. September 2004 - II ZR 264/02, NJW-RR 2005, 220 unter II; vom 18. Juli 2013 - III ZR 208/12, NJW-RR 2013, 1334 Rn. 9; jeweils mwN).

20 3. Die Geltendmachung einer Gehörsverletzung ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Kläger eine Ergänzung des Berufungsurteils nach § 321 ZPO nicht beantragt hat und daher die Rechtshängigkeit des nicht beschiedenen Klagebegehrens (Hilfsantrag und Feststellungsantrag, soweit auf den Hilfsantrag bezogen) nach Ablauf der in § 321 Abs. 2 ZPO genannten Zweiwochenfrist, also vor Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde, entfallen wäre (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 16. Februar 2005 - VIII ZR 133/04, NJW-RR 2005, 790 unter II 2; vom 20. Januar 2015 - I ZR 209/14, NJW 2015, 1826 Rn. 5 mwN). Zwar liegt in den Fällen, in denen ein geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch vom Gericht nur versehentlich übergangen wird, regelmäßig nur eine ergänzungsbedürftige Teilentscheidung vor, deren Unvollständigkeit im Verfahren nach § 321 ZPO zu beheben ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 16. Dezember 2005 - V ZR 230/04, NJW 2006, 1351 Rn. 9; vom 30. September 2009 - VIII ZR 29/09, NJW-RR 2010, 19 Rn. 11; jeweils mwN).

Wenn dagegen - wie hier - ein prozessualer Anspruch (Streitgegenstand) rechtsfehlerhaft bewusst nicht beschieden worden ist, kommt eine Ergänzung des Urteils nach § 321 ZPO nicht in Betracht; vielmehr muss die Nichtberücksichtigung eines prozessualen Anspruchs in diesem Falle mit dem jeweils statthaftern Rechtsmittel - hier der Nichtzulassungsbeschwerde - angefochten werden (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 7. Mai 2007 - II ZR 281/05, WM 2007, 1270 Rn. 41; vom 20. September 2007 - I ZR 171/04, NJW-RR 2008, 851 Rn. 28; vom 1. Juni 2011 - I ZR 80/09, GRUR-RR 2012, 88 Rn. 7; jeweils mwN).

21 4. Nach alledem hat das Berufungsgericht dadurch, dass es den Hilfsantrag des Klägers (nebst hierauf bezogenem Feststellungsantrag) als nicht gestellt bewertet und daher dieses Klagebegehren bewusst übergangen hat, den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt. Der Gehörsverstoß des Berufungsgerichts ist auch entscheidungserheblich. Denn es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht, welches das Vorliegen eines Sachmangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs und auch zum Zeitpunkt des Nachlieferungsverlangens zu Recht bejaht hat, bei Berücksichtigung des Hilfsantrags und des (auch) darauf bezogenen Antrags auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten zu der Entscheidung gelangt wäre, dass der Kläger jedenfalls mit diesem Begehren obsiegt.

22 Dies gilt insbesondere für die im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren vertiefte Frage, ob der vom Kläger erklärte Rücktritt an einer mangelnden Fristsetzung zur Nachbesserung scheitert. Es spricht vieles dafür, dass es auf die Frage einer Nachbesserungsaufforderung nicht ankommt, weil der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung vergeblich zur Nachlieferung aufgefordert hat (§ 323 Abs. 1 BGB) und eine solche bei richtiger Betrachtung nicht - wie das Berufungsgericht unter Hinweis auf einen erfolgten Modellwechsel meint - ohne

weiteres wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) abzulehnen gewesen wäre (vgl. Hinweisbeschluss des Senats vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, WM 2019, 424). Davon abgesehen hat der Kläger in der Klageschrift mehrere Gründe angeführt, weshalb aus seiner Sicht eine Fristsetzung zur Nachbesserung entbehrlich war. Mit diesen wird sich das Berufungsgericht gegebenenfalls zu befassen haben.

IV.

23 Das Urteil des Berufungsgerichts ist deshalb im angefochtenen Umfang aufzuheben und der Rechtsstreit insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 544 Abs. 7 ZPO); dabei macht der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch, der auf den Fall einer Zurückverweisung nach § 544 Abs. 7 ZPO entsprechend anwendbar ist (Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2018 - VIII ZR 61/18, NJW-RR 2019, 134 Rn. 17 mwN).

24 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass - wie in der Klageschrift vom 13. September 2016 ausgeführt - der Hilfsantrag zugleich die Erklärung des Rücktritts (§ 349 BGB) enthält. Eine solche Erklärung darf zwar als Ausübung eines Gestaltungsrechts nicht unter eine Bedingung im Sinne von § 158 BGB gestellt werden (BGH, Urteil vom 21. März 1986 - V ZR 23/85, BGHZ 97, 264, 267 [zum Rücktritt]; vgl. auch Senatsurteil vom 19. September 2018 - VIII ZR 231/17, NJW 2018, 3517 Rn. 41, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt [zur Kündigung]). Eine unzulässige Bedingung in diesem Sinne, nämlich eine zukünftige Ungewissheit, liegt aber im Streitfall nicht vor, weil der Kläger die Rücktrittserklärung nur davon abhängig gemacht hat, dass das Gericht dem Nacherfüllungsverlangen des Klägers nicht entspricht. Das materielle Gestaltungsrecht ist damit lediglich unter eine sogenannte Gegenwartsbedingung gestellt worden, bei der der Eintritt der Gestaltungswirkung nicht von einem zu-

künftig ungewissen, sondern von einem objektiv bereits feststehenden, für den Erklärenden nur subjektiv ungewissen Ereignis abhängig ist (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - VII ZR 221/15, NJW-RR 2017, 229 Rn. 46 mwN; OLG Brandenburg, Urteil vom 18. Juli 2013 - 12 U 21/12, juris Rn. 29 mwN; Palandt/Ellenberger, BGB, 78. Aufl., Einf. v. § 158 Rn. 6).

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Kosziol

Vorinstanzen:

LG Augsburg, Entscheidung vom 11.08.2017 - 95 O 3153/16 -

OLG München in Augsburg, Entscheidung vom 25.04.2018 - 27 U 3003/17 -