Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) durch Übergehen eines Hilfsantrags

1. **Nimmt eine Partei ausdrücklich auf die Klageschrift Bezug, sind sämtliche darin angekündigten Anträge gemäß § 297 II 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.**

2. **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 Fall mit dem jeweils statthaften Rechtsmittel – hier der Nichtzulassungsbeschwerde – angefochten werden (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 07.05.2007 – II ZR 281/05, WM 2007, 1270 Rn. 41; Urt. v. 20.09.2007 – I ZR 171/04, NJW-RR 2008, 851 Rn. 28; Urt. v. 01.06.2011 – I ZR 80/09, GRUR-RR 2012, 88 Rn. 7; jeweils m. w. Nachw.).**

3. **Der Anspruch des Käufers eines – hier vom VW-Abgasskandal betroffenen – Neuwagens auf Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2 BGB) eines mangelfreien Fahrzeugs ist nicht ohne Weiteres deshalb wegen Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) ausgeschlossen, weil zwischenzeitlich ein Modellwechsel stattgefunden hat (vgl. Senat, Hinweisbeschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, WM 2019, 424 Rn. 24 ff.).**

4. **Eine – hier in einem Hilfsantrag enthaltene – Rücktrittserklärung (§ 349 BGB) darf zwar als Ausübung eines Gestaltungsrechts nicht unter eine Bedingung i. S. von § 158 BGB gestellt werden. Eine unzulässige Bedingung in diesem Sinne, nämlich eine zukünftige Ungewissheit, liegt aber nicht vor, wenn der Erklärende die Rücktrittserklärung nur davon abhängig macht, dass das Gericht seinem – hier auf Nacherfüllung gerichteten – Hauptantrag nicht stattgibt, indem er nur für diesen Fall – hilfsweise – die Rückabwicklung des Kaufvertrags begehrt. Denn dann steht das materielle Gestaltungsrecht lediglich unter einer sogenannte Gegenwartsbedingung, bei der der Eintritt der Gestaltungswirkung nicht von einem zukünftig ungewissen, sondern von einem objektiv bereits feststehenden, für den Erklärenden nur subjektiv ungewissen Ereignis abhängt.**

BGH, Beschluss vom 05.03.2019 – VIII ZR 190/18

Sachverhalt: Der Kläger kaufte von der Beklagten, damals Inhaberin der Auto-Importagentur *F* in G., mit schriftlichem Vertrag vom 21.05.2014 einen Seat Alhambra 2.0 TDI CR Ecomotive Style 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 15.10.2014 bei der Beklagten ab.

Mit Schreiben vom 15.02.2016 informierte die *Seat Deutschland GmbH* dem Kläger darüber, dass der in seinem Fahrzeug eingebaute EA189-Dieselmotor mit einer Software versehen sei, die im realen Fahrbetrieb zu höheren Stickoxidemissionen führe als beim Betrieb des Fahrzeugs auf einem technischen Prüfstand. Das Fahrzeug sei deshalb von einer noch im Kalenderjahr 2016 beginnenden Rückrufaktion betroffen. Der Kläger forderte die Beklagte mit Schreiben vom 24.03.2016 zur Lieferung eines mangelfreien Fahrzeugs auf und setzte ihr dafür eine Frist. Nachdem diese erfolglos abgelaufen war, hat der Kläger mit Schriftsatz vom 13.09.2016 Klage erhoben und darin folgende Anträge angekündigt:

> „1. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein mangelfreies fabrikneues Fahrzeug Seat Alhambra Style 2.0 TDI … 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 TDI 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 €, Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs Seat Alhambra Style 2.0 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer … unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung von 4.610,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.“

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.

Das Landgericht hat die Beklagte mit Versäumnisurteil vom 17.02.2017 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 11.08.2017 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 richtete sich die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers, mit der er die Zulassung der Revision mit dem Ziel begehrte, 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.

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers wurde das Urteil des Berufungsgerichts vom 25.04.2018 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Hilfsantrag des Klägers nicht beschieden worden ist. Im Umfang der Aufhebung wurde die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Aus den Gründen: [6] II. 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 I Fall 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 17.02.2017) noch in der Berufungsinstanz gestellt worden.

[9] III. Die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde hat in der Sache Erfolg und führt im Umfang der Anfechtung gemäß § 544 VII 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 I GG), da die Annahme des Berufungsgerichts, der vom Kläger in der Klageschrift angekündigte Hilfsantrag auf Rückzahlung des Kaufpreises, abzüglich 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 I 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 I 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 BVerfG, Urt. v. 30.01.1985 – 1 BvR 876/84, BVerfGE 69, 145, 148 f.; Urt. v. 08.07.1997 – 1 BvR 1621/94, BVerfGE 96, 205, 216; Beschl. v. 27.05.2016 – 1 BvR 1890/15, juris Rn. 14 m. w. Nachw.; Beschl. v. 15.02.2017 – 2 BvR 395/16, juris Rn. 4, 6 m. w. Nachw.). Die Nichtberücksichtigung erheblichen Vortrags verstößt jedoch dann gegen Art. 103 I GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (st. Rspr.; vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 29.11.1983 – 1 BvR 1313/82, BVerfGE 65, 305, 307; Beschl. v. 30.01.1985 – 1 BvR 393/84, BVerfGE 69, 141, 143 f.; Beschl. v. 26.06.2012 – 2 BvR 1013/11, juris Rn. 32; Beschl. v. 06.05.2015 – 1 BvR 2724/14, JZ 2015, 1053 Rn. 8; jeweils m. w. Nachw.).

[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 II ZPO und unter Fehlinterpretation der vom Landgericht am 17.02.2017 protokollierten Prozesserklärungen 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 I 1 ZPO sind die Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen zu verlesen. Der Vorsitzende kann auch gestatten, dass die Anträge zu Protokoll erklärt werden (§ 297 I 3 ZPO). Die Verlesung kann gemäß § 297 II 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; MünchKomm-ZPO/*Prütting,* 5. Aufl., § 297 Rn. 9).

[14] bb) Von der Möglichkeit des § 297 II ZPO hat der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2017 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 I 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 II 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 13.09.2016 ist unmittelbar nach den aus mehreren Ziffern bestehenden Hauptanträgen ein Hilfsantrag zu dem Hauptantrag Ziffer 1 angekündigt worden. Dem Verhandlungsprotokoll vom 17.02.2017 ist nicht zu entnehmen, dass der Klägervertreter 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 Klägervertreter 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 Klägervertreter 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 Klägervertreter 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 II ZPO) sämtliche angekündigten Anträge als gestellt gelten, sondern auch – wie die Nichtzulassungsbeschwerde mit Recht rügt –, dass die im Protokoll vom 17.02.2017 verwendete Formulierung „Antrag“ ersichtlich als übergreifender Begriff gebraucht wurde.

[17] Dass der im Protokoll vom 17.02.2017 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 17.02.2017, 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 17.02.2017 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, Urt. v. 26.03.1999 – V ZR 294/97, BGHZ 141, 184, 193; Urt. v. 12.03.2004 – V ZR 37/03, NJW 2004, 2019 [unter II 2 b aa]; jeweils m. w. Nachw.). 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, Urt. v. 29.01.1964 – V ZR 23/63, BGHZ 41, 38, 39 ff.; Urt. v. 24.01.1990 – VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518 [unter I 2 a]; Urt. v. 24.09.1991 – XI ZR 245/90, NJW 1992, 117 [unter III]; Urt. v. 20.09.2004 – II ZR 264/02, NJW-RR 2005, 220 [unter II]; Urt. v. 18.07.2013 – III ZR 208/12, NJW-RR 2013, 1334 Rn. 9; jeweils m. w. Nachw.).

[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 Feststellungantrag, soweit auf den Hilfsantrag bezogen) nach Ablauf der in § 321 II ZPO genannten Zweiwochenfrist, also vor Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde, entfallen wäre (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 16.02.2005 – VII-I ZR 133/04, NJW-RR 2005, 790 [unter II 2]; Urt. v. 20.01.2015 – I ZR 209/14, NJW 2015, 1826 Rn. 5 m. w. Nachw.). 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, Urt. v. 16.12.2005 – V ZR 230/04, NJW 2006, 1351 Rn. 9; Urt. v. 30.09.2009 – VIII ZR 29/09, NJW-RR 2010, 19 Rn. 11; jeweils m. w. Nachw).

[20] 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 Fall mit dem jeweils statthaften Rechtsmittel – hier der Nichtzulassungsbeschwerde – angefochten werden (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 07.05.2007 – II ZR 281/05, WM 2007, 1270 Rn. 41; Urt. v. 20.09.2007 – I ZR 171/04, NJW-RR 2008, 851 Rn. 28; Urt. v. 01.06.2011 – I ZR 80/09, GRUR-RR 2012, 88 Rn. 7; jeweils m. w. Nachw.).

[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 I 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 I BGB) und eine solche bei richtiger Betrachtung nicht – wie das Berufungsgericht unter Hinweis auf einen erfolgten Modellwechsel meint – ohne Weiteres wegen Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) abzulehnen gewesen wäre (vgl. Senat, Hinweisbeschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, WM 2019, 424 Rn. 24 ff.). 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.

[23] IV. Das Urteil des Berufungsgerichts ist deshalb im angefochtenen Umfang aufzuheben und der Rechtsstreit insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 544 VII ZPO); dabei macht der Senat von der Möglichkeit des § 563 I 2 ZPO Gebrauch, der auf den Fall einer Zurückverweisung nach § 544 VII ZPO entsprechend anwendbar ist (Senat, Beschl. v. 23.10.2018 – VIII ZR 61/18, NJW-RR 2019, 134 Rn. 17 m. w. Nachw.).

[24] Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass – wie in der Klageschrift vom 13.09.2016 ausgeführt – der Hilfsantrag zugleich die Erklärung des Rücktritts (§ 349 BGB) enthält. Eine solche Erklärung darf zwar als Ausübung eines Gestaltungsrechts nicht unter eine Bedingung i. S. von § 158 BGB gestellt werden (BGH, Urt. v. 21.03.1986 – V ZR 23/85, BGHZ 97, 264, 267 [zum Rücktritt]; vgl. auch Senat, Urt. v. 19.11.2018 – 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 zukünftig ungewissen, sondern von einem objektiv bereits feststehenden, für den Erklärenden nur subjektiv ungewissen Ereignis abhängig ist (vgl. BGH, Urt. v. 15.12.2016 – VII ZR 221/15, NJW-RR 2017, 229 Rn. 46 m. w. Nachw.; OLG Brandenburg, Urt. v. 18.07.2013 – 12 U 21/12, juris Rn. 29 m. w. Nachw.; Palandt/*Ellenberger,* BGB, 78. Aufl., Einf. v. § 158 Rn. 6).

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.