BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 90/14

Verkündet am:
10. Dezember 2014
Vorusso,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 157 A

Zur Auslegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay - hier: Vorzeitige Angebotsbeendigung (Fortführung von BGH, Urteil vom 8. Juni 2011 - VIII ZR 305/10, NJW 2011, 2643).

BGB § 312b Abs. 1 Satz 1 (Fassung vom 17. Januar 2011)

Das Recht der Fernabsatzverträge erfasst nur Verträge, an denen ein Unternehmer auf Seiten des Lieferanten und ein Verbraucher auf Seiten des Abnehmers beteiligt ist.

BGH, Urteil vom 10. Dezember 2014 - VIII ZR 90/14 - OLG Nürnberg
LG Nürnberg-Fürth

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 2014 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richterinnen Dr. Hessel und Dr. Fetzer sowie die Richter Dr. Bünger und Kosziol

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 26. Februar 2014 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger begehrt Schadensersatz wegen einer vorzeitig abgebrochenen eBay-Auktion.

2 Am 17. Mai 2012 bot der Beklagte im Rahmen einer Auktion über die Internetplattform eBay unter Angabe eines Startpreises von 1 € und einer Auktionsfrist von zehn Tagen ein Stromaggregat zum Verkauf an. Die Versteigerung erfolgte auf der Grundlage der zu dieser Zeit maßgeblichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay (im Folgenden: eBay-AGB aF). Dort heißt es auszugsweise:

"§ 9 Nr. 11

Anbieter, die ein verbindliches Angebot auf der eBay-Website einstellen, dürfen nur dann Gebote streichen und das Angebot zurückziehen, wenn sie gesetzlich dazu berechtigt sind. Weitere Informationen.

[…]

§ 10 Nr. 1 Satz 5

Bei Ablauf der Auktion oder bei vorzeitiger Beendigung des Angebots durch den Anbieter kommt zwischen Anbieter und Höchstbietendem ein Vertrag über den Erwerb des Artikels zustande, es sei denn, der Anbieter war gesetzlich dazu berechtigt, das Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen."

Der Link "Weitere Informationen" zu § 9 Nr. 11 führt zu einer eBay-Seite, die unter anderem folgende Hinweise enthält:

"Wie beende ich mein Angebot vorzeitig?

Wenn Sie einen Artikel auf der eBay-Website einstellen, geben Sie grundsätzlich ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrags über diesen Artikel ab und sind für die Angebotsdauer dieses Angebots gebunden. Es kann jedoch vorkommen, dass Sie ein Angebot vorzeitig beenden müssen, zum Beispiel, wenn Sie feststellen, dass Sie sich beim Einstellen des Artikels geirrt haben oder der zu verkaufende Artikel während der Angebotsdauer ohne Ihr Verschulden beschädigt wird oder verloren geht.

Vor dem Beenden eines Angebots gilt:

- Vergewissern Sie sich, dass Ihr Grund für das Beenden des Angebots gültig ist.
- Überprüfen Sie, ob Sie die Voraussetzungen für das Beenden des Angebots erfüllen.

Hinweis: Wenn das Angebot in weniger als 12 Stunden endet, gelten Einschränkungen.

[…]

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

Gründe für die vorzeitige Beendigung eines Angebots

Wenn Sie ein Angebot vorzeitig beenden oder kurz vor dessen Ende Änderungen vornehmen, werden Käufer möglicherweise enttäuscht. In den folgenden Fällen dürfen Sie Ihr Angebot jedoch vorzeitig beenden:

Grund	Vorgehensweise
Der Artikel ist ohne Ihr Verschulden verloren gegangen, beschädigt worden oder anderweitig nicht mehr zum Verkauf verfügbar.	[...]
Sie haben beim Eingeben des Angebots, des Startpreises oder des Mindestpreises einen Fehler gemacht."	[...]

Unmittelbar im Anschluss daran heißt es:

"**Voraussetzungen**

Ob Sie ein Angebot vorzeitig beenden können, hängt davon ab, wie lange das Angebot noch läuft und ob dafür Gebote vorliegen.

Angebot läuft noch länger als 12 Stunden

Wenn das Angebot noch **12 Stunden oder länger** läuft, können Sie es ohne Einschränkungen vorzeitig beenden. Wenn zum Zeitpunkt der Beendigung des Angebots Gebote für den Artikel vorliegen, werden Sie gefragt, ob Sie die Gebote streichen oder den Artikel an den Höchstbietenden verkaufen möchten.

Angebot ist in weniger als 12 Stunden beendet

Wenn das Angebot noch **weniger als 12 Stunden** läuft, hängt die Möglichkeit, das Angebot vorzeitig beenden zu können, davon ab, ob Gebote vorliegen und ob für den Artikel ein Mindestpreis gilt.

Anzahl der Gebote für den Artikel	Kann das Angebot vorzeitig beendet werden?
Keine Gebote, auch keine gestrichenen	Ja, solange keine gestrichenen Gebote vorliegen.

Ein oder mehrere Gebote	Ja, aber Sie müssen den Artikel an den Höchstbietenden verkaufen.
Ein oder mehrere Gebote, aber der Mindestpreis wurde nicht erreicht	Nein.

So beenden Sie ein aktives Angebot

So beenden Sie ein Angebot vorzeitig:

1. Geben Sie die Artikelnummer in das Formular für das vorzeitige Beenden von Angeboten ein. Die Artikelnummer finden Sie in Ihrem Angebot, in der Bestätigungs-E-Mail und in Mein eBay.

2. Wenn Gebote für den Artikel vorliegen, müssen Sie entscheiden, wie Sie Ihr Angebot beenden möchten.

   - Wenn das Angebot in **12 Stunden oder mehr endet**, wählen Sie 'Gebote streichen und Angebot vorzeitig beenden' oder 'Artikel an den Höchstbietenden verkaufen'.

   - Wenn das Angebot in **weniger als 12 Stunden endet**, können Sie nur die Option 'Artikel an den Höchstbietenden verkaufen' wählen.

3. Wählen Sie den Grund, aus dem Sie das Angebot vorzeitig beenden.

4. Ihr Angebot wird beendet und auf eBay nicht mehr als aktives Angebot angezeigt. Wenn Sie eine Auktion abbrechen, bei der Gebote vorliegen, erhalten Bieter, die nicht erfolgreich waren, eine E-Mail mit der Mitteilung, dass ihr Gebot gestrichen und das Angebot vorzeitig beendet wurde. [...]."

3 Der Kläger nahm das Angebot des Beklagten am 18. Mai 2012 an. Am 19. Mai 2012 beendete der Beklagte die Auktion vorzeitig und veranlasste die Streichung des Gebots des Klägers. Weitere Gebote waren bis dahin nicht abgegeben worden. Später zahlte der Kläger dem Beklagten 1 €.

4 Mit der Klage hat der Kläger Herausgabe und Übereignung des Stromaggregats verlangt, hilfsweise Schadensersatz in Höhe von 8.500 € nebst Zinsen, ferner Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten. Das Landgericht hat die

Klage abgewiesen. Es hat die Auffassung vertreten, dass zwischen den Parteien kein Kaufvertrag zustande gekommen sei. Das Angebot des Beklagten habe ohne das Erfordernis weiterer Gründe beendet werden können, weil es noch länger als zwölf Stunden gelaufen sei.

5 Im Berufungsrechtszug haben die Parteien, nachdem der Beklagte das Stromaggregat anderweitig veräußert hatte, den Rechtsstreit hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs übereinstimmend für erledigt erklärt. Die auf das Schadensersatzbegehren gestützte Berufung des Klägers hat Erfolg gehabt.

6 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

8 Das Berufungsgericht (OLG Nürnberg, MMR 2014, 592), hat im Wesentlichen ausgeführt:

9 Der Beklagte, dem die Übergabe und Übereignung des Stromaggregats unmöglich geworden sei, schulde gemäß § 280 Abs. 1, § 281 BGB Schadensersatz in Höhe von 8.500 €, dem unstreitigen Wert des Aggregats. Die Parteien hätten einen wirksamen Kaufvertrag über das Stromaggregat zum Preis von 1 € geschlossen. Bei einer Gesamtschau von § 10 Nr. 1 Satz 5 und § 9 Nr. 11 der eBay-AGB aF in Verbindung mit den "Weiteren Informationen" sowie den Hinweisen im "Rechtsportal" von eBay ergebe sich, dass auch im Fall einer noch zwölf Stunden oder länger dauernden Auktion ein berechtigender Grund zur

vorzeitigen Beendigung des Angebots erforderlich sei. Wenn eine Bindung des Verkäufers an sein Angebot nur in den letzten zwölf Stunden der Auktion bestünde, wäre der Käufer der Willkür des Anbieters ausgesetzt. Der Beklagte berufe sich auf eine aus dem Zusammenhang gerissene Formulierung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche den Kontext unberücksichtigt lasse. Der Hinweis, wonach ein Angebot, welches noch zwölf Stunden oder länger laufe, ohne Einschränkungen vorzeitig beendet werden könne, sei missverständlich. Er regle lediglich die technische Möglichkeit (das "Können") einer vorzeitigen Angebotsrücknahme, nicht aber deren rechtliche Zulässigkeit (das "Dürfen").

10 Das Vorliegen eines berechtigenden Grundes habe der Beklagte nicht schlüssig dargelegt und im Übrigen nicht bewiesen. Seine Behauptung, er habe versehentlich den falschen "Button" (Auktion statt Verkauf) angeklickt, sei angesichts des Sachvortrags des Klägers nicht mehr schlüssig und auch nicht hinreichend substantiiert. Zudem habe der Beklagte keinen Nachweis für den bestrittenen Irrtum geführt.

11 Zwar stehe dem Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht gemäß § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB aF zu. Es sei jedoch weder vorgetragen noch ersichtlich, dass der Beklagte bei der eBay-Auktion als Verbraucher (§ 13 BGB) gehandelt habe.

II.

12 Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung stand. Die Revision ist daher zurückzuweisen.

13 Dem Kläger steht der in zweiter Instanz nur noch geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 280 Abs. 1, 3, § 283 BGB zu. Insbesondere hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, dass ein Kaufvertrag über das Stromaggregat zustande gekommen ist, weil der Beklagte nicht berechtigt war, die Auktion vorzeitig zu beenden.

14 1. Nach § 9 Nr. 11 und § 10 Nr. 1 Satz 5 der eBay-AGB aF kommt ein Kaufvertrag bei Ablauf der Auktion oder bei vorzeitiger Beendigung des Angebots - insoweit übereinstimmend mit den §§ 145 ff. BGB - durch Annahme des Verkaufsangebots durch den Höchstbietenden zustande, es sei denn, der Anbieter war "gesetzlich dazu berechtigt", das Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen. Das Verkaufsangebot ist aus der Sicht des an der Auktion teilnehmenden Bieters (§§ 133, 157 BGB) dahin auszulegen, dass es unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme steht (Senatsurteile vom 8. Juni 2011 - VIII ZR 305/10, NJW 2011, 2643 Rn. 17; vom 8. Januar 2014 - VIII ZR 63/13, NJW 2014, 1292 Rn. 20). Zwar ist dies nicht nur im engeren Sinn als Verweisung auf die gesetzlichen Bestimmungen über die Anfechtung von Willenserklärungen (§§ 119 ff. BGB) zu verstehen, sondern wird durch Hinweise von eBay zur Angebotsbeendigung erläutert, die auch andere Tatbestände, wie etwa den unverschuldeten Verlust des Artikels, bezeichnen (vgl. Senatsurteile vom 8. Juni 2011 - VIII ZR 305/10, aaO Rn. 23; vom 8. Januar 2014 - VIII ZR 63/13, aaO Rn. 19). Rechtsfehlerfrei und von der Revision unbeanstandet hat das Berufungsgericht insoweit ausgeführt, dass der Beklagte nicht im Sinne von § 9 Nr. 11, § 10 Nr. 1 Satz 5 der eBay-AGB aF "gesetzlich dazu berechtigt" war, sein Angebot zurückzuziehen, denn es liegt keiner der benannten Tatbestände vor, welcher den Beklagten zur Lösung vom Vertrag berechtigen würde.

15 2. Den an § 9 Nr. 11 der eBay-AGB aF anknüpfenden "Weiteren Informationen" lässt sich entgegen der Ansicht der Revision nicht entnehmen, dass eine vorzeitige Angebotsrücknahme ohne einen dazu berechtigenden Grund möglich ist, wenn die Auktion - wie hier - noch zwölf Stunden oder länger läuft.

16 a) Zwar findet sich unter den "Weiteren Informationen" auch der Hinweis "Wenn das Angebot noch 12 Stunden oder länger läuft, können Sie es ohne Einschränkungen vorzeitig beenden". Dies befreit den Anbieter jedoch nicht von den unmittelbar zuvor ausdrücklich mitgeteilten rechtlichen Erfordernissen einer zulässigen vorzeitigen Angebotsbeendigung. Das Berufungsgericht hat zutreffend die streitgegenständlichen Bestimmungen einer ihnen gerecht werdenden Gesamtschau unterzogen und dabei - auch unter Berücksichtigung der Verständnismöglichkeiten des typischerweise angesprochenen Durchschnittskunden - darauf abgestellt, dass es sich bei der vorgenannten Formulierung lediglich um einen Hinweis zur Abwicklung einer (berechtigten) vorzeitigen Angebotsbeendigung handelt.

17 § 9 Nr. 11 und § 10 Nr. 1 Satz 5 der eBay-AGB aF verlangen ausdrücklich, dass der Anbieter "gesetzlich dazu berechtigt" sein muss, das Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen, wenn er die Auktion vorzeitig beenden will. Unter der Überschrift "Weitere Informationen" werden dazu nähere Erläuterungen gegeben. Schon die gewählte Überschrift verdeutlicht, dass inhaltlich lediglich erläuternde Hinweise erteilt, nicht aber die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen selbst aufgestellten rechtlichen Anforderungen an eine vorzeitige Angebotsrücknahme wieder außer Kraft gesetzt werden sollen.

18 Wie das Berufungsgericht zudem mit Recht herausgestellt hat, unterscheiden die gegebenen Hinweise erkennbar zwischen dem rechtlichen "Dür-

fen" einerseits und der Abwicklung einer berechtigten Angebotsrücknahme, dem "Können", andererseits. Im Rahmen der "Weiteren Informationen" werden zunächst "Gründe für die vorzeitige Beendigung eines Angebots" aufgezählt. Dies betrifft ersichtlich das rechtliche "Dürfen" ("In den folgenden Fällen dürfen Sie Ihr Angebot jedoch vorzeitig beenden..."). Auf welche Art und Weise der Anbieter eine solcherart berechtigte Angebotsrücknahme abwickeln kann, wird unmittelbar im Anschluss daran erläutert ("Ob Sie ein Angebot vorzeitig beenden können, hängt davon ab, wie lange das Angebot noch läuft und ob dafür Gebote vorliegen."). Das hierfür zur Verfügung gestellte Programm eröffnet - je nach Zeitablauf - zwei Möglichkeiten, die davon abhängen, wie lange das Angebot noch läuft. Sind es - wie hier - noch zwölf Stunden oder länger, ist eine vom Programm vorgesehene Abfrage beschrieben ("Wenn zum Zeitpunkt der Beendigung des Angebots Gebote für den Artikel vorliegen, werden Sie gefragt, ob Sie die Gebote streichen oder den Artikel an den Höchstbietenden verkaufen möchten."). Dies wird wenige Zeilen später noch einmal bekräftigt, nämlich in dem Abschnitt "So beenden Sie ein Angebot vorzeitig: ..." unter der Gliederungsnummer 2. Unmittelbar im Anschluss daran sieht die Gliederungsnummer 3 dieses Abschnitts unmissverständlich vor: "Wählen Sie den Grund aus, aus dem Sie das Angebot vorzeitig beenden". Dies bestätigt, dass ein rechtfertigender Grund zur vorzeitigen Angebotsbeendigung entgegen der Ansicht der Revision auch dann nicht entbehrlich ist, wenn das Angebot noch zwölf Stunden oder länger läuft. Bei verständiger Betrachtung der erläuternden Hinweise vollziehen diese vielmehr den Inhalt des § 10 Abs. 1 Nr. 5 der eBay-AGB aF nach.

19 b) Entgegen der Auffassung der Revision besteht damit - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - kein unauflösbarer Widerspruch zwischen dem Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und den dazu erteilten Erläuterungen. Im Übrigen übersieht die Revision die Wertung des § 305c Abs. 1 BGB. Ausgehend vom Verständnis der Revision wäre der von eBay ge-

genüber den Nutzern der Versteigerungsplattform verwendete Hinweis aufgrund seines offensichtlichen Widerspruchs zu § 9 Nr. 11 und § 10 Nr. 1 Satz 5 der eBay-AGB aF so ungewöhnlich, dass der jeweilige Vertragspartner von eBay mit ihm nicht zu rechnen hätte. Auch wenn der Kläger und der Beklagte nicht Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay sind (vgl. Senatsurteil vom 7. November 2001 - VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129, 136), kommt dieser Wertung Bedeutung für die Auslegung der vor ihrem Hintergrund abgegebenen Erklärungen der Parteien zu (vgl. Senatsurteile vom 11. Mai 2011 - VIII ZR 289/09, BGHZ 189, 346 Rn. 21; vom 8. Juni 2011 - VIII ZR 305/10, aaO Rn. 15, 22). Danach wäre eine so verstandene Regelung auch vom Erklärungsgehalt des zwischen dem Kläger und dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrags nicht umfasst, weil anzunehmen ist, dass die Parteien eine Gesamtregelung frei von Widerspruch schaffen wollten (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 2003 - V ZR 278/01, NJW-RR 2003, 1136 unter II 3 a).

20 3. Unbegründet ist die von der Revision erhobene Verfahrensrüge, das Berufungsgericht habe seine richterliche Hinweispflicht (§ 139 Abs. 2 ZPO) verletzt, weil es dem Beklagten einen Widerruf seines Angebots nach den Vorschriften über Fernabsatzverträge (§§ 312b ff. BGB in der vor dem 13. Juni 2014 maßgeblichen Fassung, Art. 229 § 32 Abs. 1, 2 EGBGB) versagt habe, der rechtliche Gesichtspunkt eines solchen Widerrufs im gesamten Verfahren jedoch nicht zur Sprache gekommen sei.

21 Es ist nicht entscheidungserheblich, ob der Beklagte, wie die Revision geltend macht, im Fall eines entsprechenden richterlichen Hinweises vorgetragen hätte, dass er zwar Autohändler sei und sich bei eBay auch als gewerblicher Verkäufer angemeldet habe, das Stromaggregat aber im Rahmen eines privaten Freundschaftsdienstes veräußert habe, so dass er als Verbraucher gehandelt habe (§ 13 BGB), während der Kläger hingegen einen Landmaschi-

nen- und Fahrzeughandel betreibe und überdies als "professioneller Fehlerauswerter" tätig sei. Dieser Sachvortrag ist nicht entscheidungserheblich, weil der Beklagte das Stromaggregat im eigenen Namen verkauft hat, so dass das Geschäft der Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit zuzurechnen ist (§ 14 BGB). Es ist ohne Belang, ob er dabei einem Dritten einen Freundschaftsdienst leisten wollte.

22 Etwas anderes wäre auch bei einem Verbrauchergeschäft des Beklagten nicht anzunehmen. Das Recht der Fernabsatzverträge ist nicht anwendbar auf solche Verträge, die ausschließlich die Lieferung von Waren durch Verbraucher betreffen. Es erfasst nur Verträge, an denen ein Unternehmer auf Seiten des Lieferers und ein Verbraucher auf Seiten des Abnehmers beteiligt ist (MünchKommBGB/Wendehorst, 6. Aufl., § 312b Rn. 39; Schmidt-Räntsch in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 312b Rn. 16; Förster, JA 2014, 721, 722). Das beruht, worauf die Revisionserwiderung zu Recht hinweist, auf dem Zweck des Widerrufsrechts bei Fernabsatzverträgen, der darin besteht, den Verbraucher vor der Gefahr einer Fehlentscheidung beim Kauf zu schützen, die daraus entsteht, dass er bei einem Fernabsatzgeschäft regelmäßig nicht die Möglichkeit hat, die Ware vor Vertragsschluss zu besichtigen oder sich ihre Eigenschaften im persönlichen Gespräch erläutern zu lassen (Senatsurteil vom 3. November 2004 - VIII ZR 375/03, NJW 2005, 53 unter II 2 b cc (1)). Dieser Gesetzeszweck kommt nicht zum Tragen, wenn der Verbraucher derjenige ist, der die Ware veräußert.

23 Dieses Verständnis hat auch Eingang in § 312 Abs. 1 BGB nF gefunden, wonach die Vorschriften über Fernabsatzverträge (§ 312c BGB nF) nur auf Verbraucherverträge anzuwenden sind, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 312 Rn. 3). Dies findet seine Grundlage in Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie

2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 (ABl. EG Nr. L 304/64; Verbraucherrechterichtlinie), wonach der Ausdruck "Kaufvertrag" im Sinne der Richtlinie jeden Vertrag bezeichnet, durch den der Unternehmer das Eigentum an Waren an den Verbraucher überträgt oder deren Übertragung zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt. Im vorliegenden Fall wäre die Rollenverteilung jedoch umgekehrt, so dass dem Beklagten, auch wenn er als Verbraucher gehandelt hätte, kein Widerrufsrecht zusteht.

III.

24 Vergeblich wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht, welches dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits insgesamt auferlegt hat, dies teilweise auf § 91a ZPO gestützt hat, nachdem die Parteien den Rechtsstreit in zweiter Instanz teilweise übereinstimmend für erledigt erklärt haben.

25 Eine Teilentscheidung nach § 91a ZPO unterliegt, was die Revision nicht verkennt, auch bei unbeschränkt zugelassener Revision keiner Überprüfung auf das zugrunde liegende materielle Recht. Insoweit kann nur gerügt werden, dass das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 91a ZPO selbst verkannt hat (vgl. BGH, Urteile vom 13. Dezember 2001 - IX ZR 306/00, NJW 2002, 1500 unter I; vom 21. Dezember 2006 - IX ZR 66/05, NJW 2007, 1591 Rn. 24; vom 22. November 2007 - I ZR 12/05, GRUR 2008, 357 Rn. 16; vom 25. November 2009 - VIII ZR 322/08, NJW 2010, 2053 Rn. 9; vom 6. August 2013 - X ZR 81/12, juris Rn. 6; Musielak/Ball, ZPO, 11. Aufl., § 542 Rn. 6; MünchKomm-ZPO/Krüger, 4. Aufl., § 542 Rn. 16; BeckOK-ZPO/Kessal-Wulf, Stand: 15. September 2014, § 542 Rn. 2.1; jeweils mwN).

26 Eine solche Fallgestaltung ist hier nicht gegeben. Zwar sind, worauf die Revision insoweit zu Recht hinweist, im Hinblick auf den Erfüllungsanspruch keine gesonderten Kosten angefallen, weil der erledigte Erfüllungsanspruch und der hilfsweise geltend gemachte, rechtshängig gebliebene Schadensersatzanspruch im Streitfall wirtschaftlich identisch sind (§ 45 Abs. 1 Satz 3 GKG). Das ändert entgegen der Ansicht der Revision jedoch nichts daran, dass das Berufungsgericht eine Kostenmischentscheidung zu treffen hatte, bei der bezüglich des erledigten Teils die zu § 91a ZPO entwickelten Grundsätze anzuwenden sind (siehe bereits BGH, Urteil vom 9. November 1953 - VI ZR 221/52, BeckRS 1953, 31197673 unter I).

Dr. Milger Dr. Hessel Dr. Fetzer

Dr. Bünger Kosziol

Vorinstanzen:
LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 17.01.2013 - 7 O 6876/12 -
OLG Nürnberg, Entscheidung vom 26.02.2014 - 12 U 336/13 -