

Rechtsquellen: Urteile zu rechtskonformen und rechtsungültigen AGB-Klauseln

1. Urteil: Landgericht Düsseldorf, 22 S 3/02

25. Juli. 2003
Landgericht Düsseldorf
22. Zivilkammer
Urteil 22 S 3/02

Tenor:

Im Rechtsstreit

Klägerin und Berufungsklägerin,

hat die 22. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juni 2003 für Recht erkannt:

Das Versäumnisurteil der Kammer vom 21. Februar 2003 bleibt aufrechterhalten. Die weiteren Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin. Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 543 Abs, 1 ZPO a.F. abgesehen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, jedoch unbegründet. Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung pauschalierter Stornierungskosten nach § 651 i Abs. 3 BGB nicht zu. Eine solche Pauschale muss im Reisevertrag vereinbart sein. Daran fehlt es im vorliegenden Fall. Zwar ist in Ziff. 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin eine solche Pauschale vorgesehen. Es kann jedoch nicht festgestellt werden, dass diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsinhalt geworden waren. Die Beklagte hat dies in Abrede gestellt und vorgetragen, bei der Buchung der Reise am Last-Minute-Stand des Reisebüros F im Düsseldorfer Flughafen hätten die Allgemeinen Reisebedingungen der Klägerin nicht ausgehangen.

Dementsprechend müsste die Klägerin darlegen und beweisen, wie sie in den Vertrag mit der Beklagten einbezogen worden sein sollen. Hierzu gehörte, dass nach § 3 Abs. 3 InfVO die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten bzw. dem die Reise buchenden V vor Vertragsschluss vollständig übermittelt worden waren oder, falls sie im Katalog der Klägerin abgedruckt waren, nach § 3 Abs. 4 InfVO ein entsprechender Hinweis auf die dort abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen erteilt worden war und der Katalog der Beklagten bzw. dem buchenden V vorgelegen hatte. Die Klägerin hat jedoch nicht vorgetragen, dass Die Beklagte bzw. V aufgrund eines vorliegenden Katalogs der Klägerin gebucht hatte. Erst recht ist mangels Vertrags nicht ersichtlich, dass ein entsprechender Hinweis auf die in dem Katalog abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt war.

Der von der Klägerin vertretenden Ansicht, es reiche aus, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen im Reisebüro hätten eingesehen werden können, kann nicht gefolgt werden. Vielmehr muss nach § 3 Abs. 4 InfVO ein entsprechender Hinweis auf die dem Reisenden zur Verfügung gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen irgendwo in dem Reisebüro vorhanden sein könnten, ist unerheblich, wenn nicht auf sie verwiesen wird. Ein solcher Hinweis kann aber nicht festgestellt werden.

Einen etwa mündlich erfolgten Hinweis im Reisebüro bei der Buchung auf etwa vorhandene Allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin, die nach Beklagtenvortrag nicht ausgehangen hatten, behauptet die Klägerin nicht. In der von der Klägerin zur Akte gereichten Reiseanmeldung steht lediglich vorgedruckt, der Reisende erkenne die Reisebedingungen des Veranstalters an. Ob diese bei der Reiseanmeldung aber vorgelegen hatten oder wo sie abgedruckt waren und dementsprechend von dem Buchenden hätten eingesehen werden können, ist nicht gesagt. Deshalb reicht allein dieser Vordruck auf der Reiseanmeldung zur Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, deren Vorliegen bei der Buchung nicht festgestellt werden kann, nicht aus.

Dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin der Reisebestätigung der Klägerin beigelegt waren, hat ebenfalls nicht deren Einbeziehung zur Folge. Dabei kann dahinstehen, ob durch die Buchung am 9. Dezember 2000 über das start-Reservierungssystem bereits der Reisevertrag zustande gekommen war (vgl. hierzu Seydewitz, Reiserecht § 651 a Rdn. 91) oder ob er erst durch die Reisebestätigung der Klägerin zustande kommen sollte. War der Reisevertrag infolge der Buchung über das Startreservierungssystem schon zustande gekommen, hatte die nachfolgend erfolgte schriftliche Bestätigung der Klägerin lediglich noch deklaratorische Wirkung. Eine nachträgliche Einbeziehung der mitgesandten Allgemeinen Geschäftsbedingungen hätte deshalb einer Genehmigung der Beklagten bedurft. Eine solche war jedoch nicht erfolgt.

Vielmehr hatte diese mit Faxschreiben vom 19. Dezember 2000 ausdrücklich den mit übersandten Reise- und Zahlungsbedingungen widersprochen und den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Sollte der Reisevertrag erst durch die Reisebestätigung der Klägerin zustande kommen, stellte diese Bestätigung ein neues Angebot im Sinne vom § 150 Abs. 2 BGB dar. Aus den vorstehend genannten Gründen war eine Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin durch die Reisebestätigung nebst Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Antrag dar, diese nunmehr einzubeziehen. Diesen neuen Antrag hatte die Beklagte nicht angenommen.; Wie bereits oben ausgeführt, hatte sie der Einbeziehung schriftlich widersprochen und sogar die Kündigung des Vertrages erklärt.

Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten auch kein Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung nach § 651 i Abs. 2 Satz 2 BGB zu. Hierfür müsste sie eine konkrete Berechnung im Sinne von § 651 i Abs. 2 Satz 3 BGB vornehmen. Das tut sie jedoch nicht. Sie vertritt lediglich die Ansicht, die Höhe der Entschädigung könne nach § 287 ZPO anhand der branchenüblichen Stornopauschalen geschätzt werden. Dieser Ansicht kann sich die Kammer nicht anschließen. Damit würden die Anforderungen des § 651 i Abs. 2 Satz 3 BGB zu Lasten des Reisenden ausgehebelt und der Unterschied zu § 651 i Abs. 3 BGB aufgehoben. Der Reiseveranstalter könnte dann immer, auch wenn nicht vertraglich vereinbart, die von ihm und anderen Veranstaltern vorgegebenen Pauschalen einfordern. Dies sieht das Gesetz aber gerade nicht vor. Vielmehr gibt es dem Veranstalter in § 651 i BGB zwei Möglichkeiten, seine Entschädigung einfordern zu können mit unterschiedlichen Voraussetzungen. Entweder die eine oder die andere hat er zu erfüllen, will er die ihm zustehende Entschädigung erhalten.

Die für eine gerichtliche Schätzung nach § 287 ZPO erforderlichen Tatsachengrundlagen hat die Beklagte nicht dargelegt. Hierauf hat bereits das Amtsgericht in dem angefochtenen Urteil zutreffend hingewiesen. Gleichwohl hat die Klägerin dies nicht zum Anlass genommen, ihren Vortrag insoweit zu substantiieren.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Streitwert für das Berufungsverfahren: 977,59 Euro.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO n.F. nicht vorliegen.

2. Urteil: Bundesgerichtshof, III ZR 104/03 -

24. Juni 2004
Bundesgerichtshof
III. Zivilsenat
Urteil: III ZR 104/03

Tenor:

In dem Rechtsstreit

Klägerin und Berufungsklägerin

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juni 2004 durch die Richter ... für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Hannover vom 21. Februar 2003 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte nach Maßgabe der Rechnung der Klägerin vom 14. April 2000 zur Zahlung von 7.687,40 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtzugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

Die Klägerin betreibt ein Telekommunikationsnetz für die Öffentlichkeit und stellt ihren Kunden Telefonanschlüsse zur Verfügung. Die Beklagte schloss 1998 mit der Klägerin einen Telefonanschlußvertrag. Diesem lagen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin zugrunde, die auszugsweise wie folgt lauteten:

„Ausschluss von Einwendungen

Einwendungen gegen die Höhe der Verbindungspreise oder sonstigen nutzungsabhängigen Preise der D. T. sind umgehend nach Zugang der Rechnung bei der in der Rechnung genannten Kundenniederlassung der D. T. schriftlich zu erheben. Einwendungen müssen innerhalb von acht Wochen ab Rechnungsdatum bei der D. T. eingegangen sein. Die Unterlassung rechtzeitiger Einwendungen gilt als Genehmigung; die D. T. wird in den Rechnungen auf die Folgen einer unterlassenen rechtzeitigen Einwendung besonders hinweisen. Gesetzliche Ansprüche des Kunden bei Einwendungen nach Fristablauf bleiben unberührt.“

Die Klägerin erstellte der Beklagten für die Nutzung ihres Telefonanschlusses unter dem 14. April, 16. Mai, 15. Juni, 14. Juli und 26. Juli 2000 Rechnungen über insgesamt 10.078,10 DM. Die Rechnung vom 14. April 2000, die sich auf 7.687,40 DM (= 3.930,51 €) belief, erfasste unter anderem 96 Verbindungen zur Rufnummer einer T. GmbH. Hierfür waren einschließlich Umsatzsteuer 7.100,63 DM berechnet. Ferner waren in der Rechnung 74 Verbindungen zu 0180-Diensten aufgeführt, die die Klägerin mit 50,21 DM inklusive Umsatzsteuer in Ansatz brachte.

Am 18. Juli 2000 beanstandete die Beklagte diese und die weiteren Rechnungen gegenüber der zuständigen Niederlassung der Klägerin. Sie machte geltend, unter anderem die Verbindungen zu den vorgenannten Rufnummern seien nicht von ihrem Telefonapparat aus hergestellt worden. Bei der daraufhin von der Klägerin veranlassten Prüfung des Anschlusses der Beklagten, die in einem Mietshaus mit acht Parteien wohnt, stellte ein Techniker am 27. April 2001 fest, dass die Einrichtung im Keller des Gebäudes, an der das von außen kommende Erdkabel mit den hausinternen Leitungen verbunden wurde (sog. Abschlusspunkt Linientechnik - APL), nicht verplombt war.

Die Beklagte weigerte sich, die Rechnungen zu begleichen. Das Amtsgericht hat die Klage hinsichtlich der für Mai bis Juli 2000 geltend gemachten Beträge teilweise abgewiesen und die Beklagte unter Bezugnahme auf Nummer 6 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin unter anderem zur Zahlung der sich aus der Rechnung vom 14. April 2000 ergebenden Summe verurteilt. Die gegen das

amtsgerichtliche Urteil gerichtete Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag bezüglich der unter dem 14. April 2000 berechneten 7.687,40 DM nebst Zinsen weiter.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision führt im Umfang der Anfechtung des Berufungsurteils zu dessen Aufhebung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Die Revision hat allerdings nicht bereits deshalb Erfolg, weil im Berufungsurteil die zweitinstanzlichen Anträge der Parteien nicht wörtlich wiedergegeben sind. Der Senat hat die insoweit erhobene Rüge geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (vgl. z.B. BGHZ 154, 99, 100 f; BGH, Urteil vom 13. Januar 2004 - XI ZR 5/03 - WM 2004, 445, 446 m.w.N.). Von einer näheren Begründung wird gemäß § 564 ZPO abgesehen.

II.

Die Revision ist in materiellrechtlicher Hinsicht begründet. Das Berufungsgericht hat in der Urteilsbegründung ausgeführt, die Beklagte schulde den mit der Rechnung vom 14. April 2000 geltend gemachten Betrag, weil sie die in Nummer 6 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin (AGB) bestimmte Einwendungsfrist versäumt habe. Die Klausel verstoße nicht gegen § 10 Nr. 5b ABGB. Die Beklagte habe nicht den Nachweis für ihre Behauptung, bereits vor dem 18. Juli 2000 die Rechnung beanstandet zu haben, erbracht. Sie könne der Klageforderung auch nicht die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) entgegenhalten. Die Beklagte habe insoweit nicht den ihr obliegenden Beweis führen können, dass wenigstens eine Verbindung zur Nummer nicht von ihrem Apparat aus hergestellt worden sei.

III.

Dies hält den Angriffen der Revision nicht stand. Das Berufungsgericht hat, wie die Revision zu Recht rügt, die Bestimmungen der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 11. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2910) in der zur Zeit der Erstellung der strittigen Rechnung geltenden Fassung der Ersten Verordnung zur Änderung der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 14. April 1999 (BGBl. I S. 705) (TKV) unberücksichtigt gelassen. Deshalb sind vor der Entscheidung, welche Partei für die hier strittigen Tatsachen die Darlegungs- und Beweislast trägt, Feststellungen nachzuholen. 1. Der Anspruch der Klägerin auf Entrichtung der Verbindungsentgelte ergibt sich aus Nummern 5.1 und 5.3 ihrer AGB. Danach werden dem Kunden die Verbindungen, die er von der Klägerin bezieht, in Rechnung gestellt (Nummer 5.1). Die Verbindungspreise sind nach Erbringung der Leistung zu entrichten (Nummer 5.3).

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Kunde die Leistung des Telefonnetzbetreibers - die Herstellung einer Verbindung - in Anspruch genommen hat, trägt grundsätzlich letzterer (allg. Meinung, vgl. z.B.: OLG Dresden CR 2002, 34; OLG Celle NJW-RR 1997, 568, 569; LG Hof MMR 2003, 414; LG Frankfurt (Oder) MMR 2002, 249, 250; LG Oldenburg NJW-RR 1998, 1365).

2. Die Beweislast für die Behauptung der Beklagten, die strittigen Verbindungen seien nicht von ihrem Anschluß aus hergestellt worden, ist nicht gemäß Nummer 6 der klägerischen AGB auf sie übergegangen. Diese Klausel weicht zum Nachteil der Kunden der Klägerin von § 16 Abs. 2 und 3 TKV ab und ist deshalb insgesamt unwirksam.

Nach Nummer 6 der AGB der Klägerin gilt die unterlassene Erhebung von Einwendungen gegen die Höhe der Verbindungspreise nach Ablauf von acht Wochen ab Rechnungsdatum als Genehmigung der Rechnung. Eine derartige Bestimmung hätte - ihre Wirksamkeit vorausgesetzt - die Folge, daß es nach Ablauf der Einwendungsfrist dem Kunden obliegt, diejenigen Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen sich die Unbegründetheit der geltend gemachten Forderungen ergibt. Die Klausel erfaßt sämtliche Einwendungen des Kunden gegen die Verbindungspreise. Hierunter fallen neben Beanstandungen etwa des angewendeten Tarifs oder der unterbliebenen Berücksichtigung eines Rabatts auch das Bestreiten, daß einzelne Verbindungen von dem Anschluß des Kunden hergestellt wurden oder daß die Preisermittlung technisch fehlerfrei war. Die Beweislast für die letztgenannten Einwendungen wird den Kunden in § 16 Abs. 2 TKV und in § 16 Abs. 3 TKV unter engeren Voraussetzungen als in Nummer 6 der AGB der Klägerin überbürdet. Die genannten

Bestimmungen der TKV gehen dieser Klausel vor, da nach § 1 Abs. 2 TKV Vereinbarungen, die zu Ungunsten des Kunden von der Verordnung abweichen, unwirksam sind.

Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung setzt § 16 Abs. 2 und 3 TKV nicht einen nach Nummer 6 der AGB der Klägerin rechtzeitig erhobenen Widerspruch voraus. Wäre der Anwendungsbereich dieser Verordnungsvorschriften von Vereinbarungen der Vertragsparteien abhängig, würde § 1 Abs. 2 TKV unterlaufen.

Die Unwirksamkeit der Klausel für Einwendungen nach § 16 Abs. 2 und 3 TKV erstreckt sich auf die gesamte Bestimmung. Sie ist nicht in einen zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsinhalt teilbar. Die geltungserhaltende Reduktion einer Klausel scheidet in derartigen Fällen aus (vgl. insoweit z.B. BGHZ 145, 203, 212 m.w.N.).

3. Die Beweislast für die Einwendungen der Beklagten gegen die Höhe der ihr berechneten Verbindungsentgelte richtet sich nach § 16 Abs. 2 Satz 1 TKV. Danach ist der Anbieter vom Nachweis für die Herstellung der berechneten Einzelverbindungen entlastet, wenn die Verbindungsdaten aus technischen Gründen oder auf Wunsch des Kunden nicht gespeichert wurden oder gespeicherte Daten entsprechend dem Kundenwunsch oder aufgrund rechtlicher Verpflichtung gelöscht wurden.

a) Diese Regelung knüpft an § 6 Abs. 3 und 4 der Telekommunikationsdienstunternehmen-Datenschutzverordnung (TDSV 1996) vom 12. Juli 1996 (BGBl. I S. 982) in der - hier maßgeblichen - bis zum 19. Dezember 2000 geltenden Fassung an (Bundesratsdrucksache 551/97, S. 35 zu § 15 TKV-Entw, der in der endgültigen Verordnung als § 16 in Kraft trat). § 6 TDSV 1996 (vgl. jetzt § 7 TDSV 2000) brachte das Interesse des Telekommunikationsanbieters an dem Nachweis seiner Entgeltforderung und das Interesse seiner Kunden an dem Schutz ihrer Verbindungsdaten aufgrund des Fernmeldegeheimnisses zum Ausgleich. Von für die Entscheidung des vorliegenden Sachverhalts nicht bedeutsamen anderen Fallgestaltungen abgesehen, war der Anbieter berechtigt und verpflichtet, die Verbindungsdaten zu löschen, wenn der Kunde nicht innerhalb von 80 Tagen nach Rechnungsversand Einwendungen erhoben hatte (§ 6 Abs. 3 Sätze 2, 4 und 5 TDSV 1996). Waren die Verbindungsdaten nach diesen Bestimmungen gelöscht, war der Anbieter zur Vorlage dieser Daten zum Beweis der Richtigkeit seiner Entgeltforderung nicht mehr verpflichtet (§ 6 Abs. 4 Satz 2 TDSV 1996).

b) Nach § 16 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz der jüngeren und hinsichtlich der Verbindungsentgelte spezielleren TKV entfällt die Nachweispflicht des Anbieters für die einzelnen Verbindungen jedoch nur unter der weiteren Voraussetzung, dass der Kunde in der jeweiligen Rechnung auf die nach den gesetzlichen Bestimmungen geltenden Fristen für die Löschung gespeicherter Verbindungsdaten hingewiesen wurde. Das bedeutet, dass die Rechnung insbesondere einen Hinweis auf die 80-Tagefrist des § 6 Abs. 3 Satz 2 TDSV 1996 enthalten muss. Dieser Verweis muss nach der genannten Vorschrift der TKV in drucktechnisch deutlich gestalteter Form gehalten sein. Diese zusätzliche Bedingung für die Befreiung des Anbieters von seiner Nachweispflicht für die Einzelverbindungen wurde auf Beschluss des Bundesrats in die Verordnung aufgenommen, um dem Verbraucher die Löschung von Daten und damit den Verlust von Beweisen in geeigneter Form vor Augen zu führen (Bundesratsdrucksache 551/97, Ausschussempfehlungen S. 7 und Beschluss S. 5). Die Formulierung "in drucktechnisch deutlich gestalteter Form" entspricht den im sonstigen Verbraucherschutzrecht (z.B.: § 7 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG, § 2 Abs. 1 Satz 2 HaustürWG, § 5 Abs. 2 Satz 4 TzWrG; vgl. auch § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F.) geltenden Anforderungen (Bundesratsdrucksache aaO). Danach muß die Belehrung drucktechnisch in nicht zu übersehender Weise herausgehoben sein (z.B.: BGH, Urteil vom 20. Dezember 1989 - VIII ZR 145/88 - NJW-RR 1990, 368, 370; OLG Köln NJW 1987, 1206), und zwar durch eine andere Farbe, größere Lettern oder Fettdruck (BGH aaO und Urteil vom 25. April 1996 - X ZR 139/94 - NJW 1996, 1964, 1965; OLG Stuttgart NJW 1992, 3245, 3246). Ob die Rechnung der Klägerin vom 14. April 2000 diesen Anforderungen entsprach, lässt sich dem Sachvortrag der Parteien und den von ihnen vorgelegten Unterlagen nicht entnehmen. Der in den Akten befindliche Ausdruck lässt nicht mit der erforderlichen Sicherheit erkennen, ob er ein vollständiges Abbild der Originalrechnung ist. In ihm befindet sich kein Hinweis auf Lösungsfristen und auf einen Einwendungsausschluss.

c) Sollte die Rechnung den Erfordernissen des § 16 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz TKV nicht genügen, bleibt die Klägerin dafür darlegungs- und beweisbelastet, dass die strittigen Verbindungen von dem Anschlussgerät der Beklagten aus hergestellt wurden.

Hat der Anbieter seine Hinweispflicht nicht erfüllt, ändert sich entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung an der Darlegungs- und Beweislast für die Herstellung der einzelnen Verbindungen auch dann nichts, wenn der Kunde Einzelverbindungs nachweise erhalten hat (vgl. hierzu auch LG Frankfurt (Oder) aaO; LG Kiel NJW-RR 1998, 1366, 1367). Auch in diesem Fall muss dem Anschlussinhaber die Löschung der Daten mitgeteilt und das Risiko des Beweisverlustes vor Augen geführt werden, da er ansonsten über die Bedeutung der Einzelverbindungs nachweise im Unklaren bliebe und möglicherweise deshalb von ihrer Aufbewahrung absehen würde. Wenn und soweit der Kunde im Laufe eines Rechtsstreits mit dem Anbieter noch über die Einzelverbindungs nachweise verfügt, während der Gegner seiner datenschutzrechtlichen Löschungspflicht genügt hat und sich deshalb in Nachweisnot befindet, kann diesem jedoch im Einzelfall eine Erleichterung seiner Darlegungslast zugute kommen. Es ist zu prüfen, ob es dem Kunden ausnahmsweise zuzumuten ist, dem Anbieter eine prozessordnungsgemäße Darlegung durch nähere Angaben über die Rufnummer der jeweils bestrittenen Verbindung, den Tag und die Uhrzeit ihres Beginns sowie ihre Dauer zu ermöglichen. Ob und in welchem Maß die Beklagte diese sekundäre Behauptungslast (vgl. hierzu z.B.: BGHZ 140; 156, 158; 86, 23, 29; Urteil vom 18. Mai 1999 - X ZR 158/97 - NJW 1999, 2887, 2888) trifft, vermag der Senat aufgrund des bisherigen Sachvortrags nicht zu entscheiden. Insbesondere ist nicht geklärt, in welchem Umfang die Beklagte noch über den offenbar 22 Seiten umfassenden Einzelverbindungs nachweis zur Rechnung vom 14. April 2000 verfügt.

d) Sollten die nachzuholenden Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben, dass die Rechnung vom 14. April 2000 einen den Anforderungen von § 16 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz TKV entsprechenden Hinweis enthält, wird folgendes zu beachten sein.

Die schlichte Nichtzahlung der Rechnung kann nicht als Einwendung nach § 6 Abs. 3 Satz 4 TDSG angesehen werden (anders: OLG Dresden aaO). Diese Bestimmung setzt voraus, dass Einwendungen gegen "die Höhe der in Rechnung gestellten Verbindungsentgelte" erhoben werden. Erforderlich ist danach eine Erklärung, der wenigstens andeutungsweise zu entnehmen ist, dass der Kunde Beanstandungen spezifisch im Hinblick auf die Verbindungspreise geltend macht. Der unterlassenen Zahlung kommt ein solcher Erklärungswert nicht zu, da hierfür vielfältige Ursachen in Betracht kommen. So kann die unterbliebene Begleichung der Telefonrechnung beispielsweise auf Zahlungsunfähigkeit, einer allgemeinen Zahlungsunwilligkeit oder einem Versehen des Kunden wie auch auf einem Bankirrtum beruhen. Diese Umstände lassen keinen Rückschluss auf eine Erklärung des Kunden zu. Darüber hinaus fehlt der erforderliche Bezug zu den Verbindungsentgelten. Ferner wird zu beachten sein, dass die in einem Urteil aus dem Jahr 1995 vom Landgericht München I vertretene Auffassung, der Anbieter bleibe auch nach berechtigter Löschung der Verbindungsdaten darlegungs- und beweisbelastet für die einzelnen berechneten Verbindungen (NJW-RR 1996, 893, 894; ablehnend: LG Frankfurt (Oder) aaO, S. 251; LG Kiel aaO; Büchner aaO, Rn. 3), jedenfalls mit Inkrafttreten von § 16 Abs. 2 Satz 1 TKV überholt ist.

4. Unbeschadet der vorstehenden Ausführungen muss die Klägerin gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1 TKV weiterhin nachweisen, dass sie ihre Leistung bis zu der Schnittstelle, an der der allgemeine Netzzugang dem Kunden bereitgestellt wird, technisch einwandfrei erbracht und richtig berechnet hat. Ergibt die technische Prüfung Mängel, die die beanstandete Entgeltermittlung beeinflussen könnten, wird widerleglich vermutet, dass die Verbindungsentgelte unrichtig ermittelt sind (Satz 2). Das Berufungsgericht wird - sofern es auf die vorbezeichnete Bestimmung unter Berücksichtigung von § 16 Abs. 2 TKV noch ankommen sollte - in diesem Zusammenhang zu erwägen haben, ob die vom Amtsgericht mit Bezug auf die übrigen strittigen Rechnungen herausgestellten Auslassungen bei der technischen Überprüfung des Anschlusses sowie die fehlende Verplombung oder sonstige Absicherung des APLs (vgl. insoweit LG Saarbrücken NJW-RR 1998, 1367 und Anhang A3.3 des vom Bundesministerium für Post und Telekommunikation herausgegebenen Katalogs von Sicherheitsanforderungen nach § 87 TKG) auch für die Rechnung vom 14. April 2000 von Bedeutung sind. Dem Senat ist eine eigene Sachentscheidung hierzu bereits deshalb verwehrt, weil den Parteien zur Gewährung des rechtlichen Gehörs Gelegenheit gegeben werden muss, ihren Sachvortrag zu dieser Frage erforderlichenfalls zu ergänzen.

5. Das Berufungsgericht wird sich, soweit noch erforderlich, in der neuen Verhandlung und Entscheidung der Sache auch mit den übrigen Rügen der Revision zu befassen haben, auf die einzugehen der Senat derzeit keine Veranlassung hat.

(Unterschriften)

3. Urteil: Bundesgerichtshof VIII ZR 284/04

21. September 2005
Bundesgerichtshof
VIII Zivilsenat
Urteil: ZR 284/04

Tenor

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2005 für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 9. September 2004 teilweise aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der Zivilkammer 24 des Landgerichts Hamburg vom 5. September 2003 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist ein Verbraucherverband, der in die gemäß § 4 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) beim Bundesverwaltungsamt geführte Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragen ist. Die Beklagte betreibt ein Versandhandelsunternehmen. Sie unterhält einen "Internetshop" und verwendet hierbei vorformulierte Geschäftsbedingungen (nachstehend: AGB), die unter anderem folgende Klauseln enthalten:

"3. Gewährleistung

[Abs. 3] Sollte ein bestimmter Artikel nicht lieferbar sein, senden wir Ihnen in Einzelfällen einen qualitativ und preislich gleichwertigen Artikel (Ersatzartikel) zu. Auch diesen können Sie bei Nichtgefallen innerhalb von 14 Tagen zurückgeben. Sollte ein bestellter Artikel oder Ersatzartikel nicht lieferbar sein, sind wir berechtigt, uns von der Vertragspflicht zur Lieferung zu lösen; wir verpflichten uns gleichzeitig, Sie unverzüglich über die Nichtverfügbarkeit zu informieren und etwa erhaltene Gegenleistungen unverzüglich zu erstatten."

Der Kläger hat von der Beklagten verlangt, es zu unterlassen, die vorstehend wiedergegebenen Klauseln in Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 und Satz 3 Halbsatz 1 sowie zwei weitere Klauseln ihrer AGB in Verbrauchsgüterkaufverträge einzubeziehen und sich auf diese Klauseln bei der Abwicklung derartiger, nach dem 1. April 1977 geschlossener Verträge zu berufen. Das Landgericht (VuR 2004, 27) hat der Klage hinsichtlich der beiden oben zitierten Klauseln sowie einer weiteren Klausel stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage hinsichtlich der Klausel in Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 abgewiesen; die weitergehende Berufung der Beklagten hat es zurückgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, ausgeführt:

Die Klausel "Sollte ein bestimmter Artikel nicht lieferbar sein, senden wir Ihnen in Einzelfällen einen qualitativ und preislich gleichwertigen Artikel (Ersatzartikel) zu" verstoße nicht gegen §§ 475 Abs. 1, 307, 308 Nr. 4 BGB. Ein Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB könne nur bejaht werden, wenn zwischen dem Verbraucher und der Beklagten bereits vor der Übersendung des Ersatzartikels ein Vertrag über die bestellte Ware geschlossen werde. Der Vertrag komme aber nicht schon aufgrund der Bestellung des Verbrauchers zustande, selbst wenn diese elektronisch bestätigt werde. Im Internethandel liege

regelmäßig ein Leistungsversprechen des Verkäufers vor der Zusendung eines Artikels nicht vor. Soweit der Kläger demgegenüber mögliche Fallgestaltungen eines Vertragsschlusses vor der Lieferung der Ware aufzeige, handele es sich um seltene Ausnahmefälle, von denen bei der Bewertung der Klausel nicht auszugehen sei. Auch ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB könne nur bejaht werden, wenn zwischen dem Verbraucher und der Beklagten vor der Lieferung der Ware ein Vertrag zustande komme, was jedoch vor der Annahme durch den Verbraucher nicht der Fall sei. Für die Zulässigkeit der Klausel spreche im übrigen § 241a Abs. 3 BGB, wonach eine Ersatzlieferung nicht als unbestellte Leistung gelte.

II.

Die Revision des Klägers ist begründet. Der Kläger kann gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 4 UKlaG von der Beklagten verlangen, es zu unterlassen, die in Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 der AGB ihres "Internetshops" enthaltene Klausel über die Zusendung eines so genannten Ersatzartikels in Verbrauchsgüterkaufverträgen (§ 474 Abs. 1 Satz 1 BGB) zu verwenden und sich auf diese Klausel bei der Abwicklung derartiger, nach dem 1. April 1977 geschlossener Kaufverträge zu berufen (vgl. zu letzterem BGHZ 127, 35, 37; BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 -III ZR 54/02, NJW 2003, 1237 = WM 2003, 425, unter I 2).

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Klausel gemäß § 308 Nr. 4 BGB (dazu nachfolgend unter 1.) und nach § 307 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 BGB unwirksam (dazu im Weiteren unter 2.).

1. Die streitige Klausel ("Sollte ein bestimmter Artikel nicht lieferbar sein, senden wir Ihnen in Einzelfällen einen qualitativ und preislich gleichwertigen Artikel (Ersatzartikel) zu.") enthält einen gemäß § 308 Nr. 4 BGB unzulässigen Änderungsvorbehalt. Nach dieser Bestimmung ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, unwirksam, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist.

a) Die Voraussetzungen des § 308 Nr. 4 BGB liegen hier vor. Die in Rede stehende Klausel berechtigt die Beklagte, eine versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, weil sie der Beklagten nach der gebotenen objektiven Auslegung das Recht einräumt (dazu sogleich unter aa), dem Kunden einen "Ersatzartikel" als vertragsgemäße Leistung zu übersenden, wenn zuvor ein Kaufvertrag über die vom Verbraucher auf der Internetseite der Beklagten bestellte Ware zustande gekommen ist (dazu anschließend unter bb).

aa) Die Klausel ist, wie der Senat wegen ihrer bundesweiten Verwendung selbst feststellen kann (vgl. BGHZ 139, 190, 198 m.w.Nachw.), dahin auszulegen, dass die Beklagte sich ein vertragliches Recht zur Lieferung eines Ersatzartikels vorbehält. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (st. Rspr., vgl. BGHZ 102, 384, 389 ff. m.w.Nachw.).

Der Wortlaut der Klausel ist danach allerdings nicht eindeutig. Einerseits kann die Formulierung, die Beklagte "sende" in Einzelfällen einen Ersatzartikel zu, als bloße Ankündigung verstanden werden. Dafür spricht die abweichende Fassung der Klausel im übernächsten Satz (Nr. 3 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 der AGB), wonach die Beklagte ausdrücklich "berechtigt" ist, sich von der "Vertragspflicht zur Lieferung" zu lösen, wenn ein bestellter Artikel oder Ersatzartikel nicht lieferbar sein sollte. Andererseits steht der Wortlaut der Klausel aus der Sicht eines verständigen Kunden der Auslegung nicht entgegen, dass sich die Beklagte das Recht zur Lieferung eines Ersatzartikels als vertragsgemäße Leistung vorbehält. Das folgt aus dem Umstand, dass die Klausel unter der Überschrift "Gewährleistung" steht. Dies legt aus der Sicht des Kunden die Annahme nahe, dass die Beklagte nicht lediglich die Lieferung einer anderen als der bestellten Sache ankündigen will, was im Falle eines vorherigen Vertragsschlusses nach § 434 Abs. 3 BGB eine vertragswidrige Leistung wäre, sondern dass die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Beklagten als vertragsgemäße Leistung gelten soll, die der Kunde nach dem sich anschließenden Satz 2 ("auch") nur unter Einhaltung der gemäß Nr. 1 der AGB für die Lieferung bestellter Artikel geltenden Rückgabefrist von 14 Tagen zurückweisen kann. Im Übrigen hat die Beklagte selbst in dem vorliegenden Verfahren nicht geltend gemacht, die Klausel sei im Sinne einer bloßen Ankündigung zu verstehen.

Die Mehrdeutigkeit der Klausel ist durch eine objektive, an ihrem Wortlaut und Regelungszusammenhang sowie den Verständigungsmöglichkeiten der typischerweise angesprochenen Kunden orientierte Auslegung nicht zu beseitigen. Die somit verbleibenden Zweifel gehen gemäß § 305c Abs. 2 BGB (früher § 5 AGBG) zu Lasten der Beklagten. Dies führt jedenfalls im -hier vorliegenden -Verbandsklageverfahren dazu, dass von der so genannten kundenfeindlichsten Auslegung auszugehen ist (BGHZ 139, 190, 199; 158, 149, 155, jeweils m.w.Nachw.). Bei der Prüfung der Wirksamkeit der in Rede stehenden Klausel ist daher die Auslegung zugrunde zu legen, dass die Beklagte sich ein vertragliches Recht zur Lieferung eines Ersatzartikels vorbehält.

bb) Aus der Sicht eines verständigen und juristisch nicht vorgebildeten Kunden erfasst die Formularbestimmung auch den Fall, dass vor der Lieferung des Ersatzartikels bereits ein Kaufvertrag über die bestellte Ware abgeschlossen worden ist. Dem Wortlaut der Klausel lässt sich nicht entnehmen, dass der Beklagten lediglich dann ein Recht zur Lieferung eines anderen als des bestellten Artikels zustehen soll, wenn noch kein Kaufvertrag mit dem Kunden zustande gekommen ist. Vielmehr ist das formularmäßig eingeräumte Recht zur Zusendung des Ersatzartikels allein davon abhängig, dass ein bestimmter Artikel nicht lieferbar ist. Hiervon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen.

Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aber bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Klausel die von ihrem Wortlaut erfasste Möglichkeit eines Vertragsschlusses vor der Lieferung unberücksichtigt gelassen. Zwar haben völlig fern liegende Auslegungsmöglichkeiten, von denen eine Gefährdung des Rechtsverkehrs nicht ernsthaft zu befürchten ist, auch im Verbandsklageverfahren außer Betracht zu bleiben (BGHZ 91, 55, 61; BGH, Urteil vom 10. Mai 1994 -XI ZR 65/93, NJW 1994, 1798 = WM 1994, 1283 unter II 2 b bb m.w.Nachw.).

Ein solcher Fall ist hier jedoch nicht gegeben.

Allerdings dürfte die Ansicht der Beklagten zutreffen, dass die Warenpräsentation auf ihrer Internetseite noch kein gemäß § 145 BGB verbindliches Angebot, sondern lediglich eine Aufforderung zur Abgabe von Angeboten (*invitatio ad offerendum*) darstellt. In diesem Falle ist das Vertragsangebot in der Warenbestellung des Kunden zu sehen (vgl. Senatsurteil vom 26. Januar 2005 -VIII ZR 79/04, NJW 2005, 976 = WM 2005, 659 unter II A 1). Es mag auch richtig sein, dass im Versandhandel grundsätzlich erst die Übersendung des bestellten Artikels als konkludente Annahmeerklärung zu werten ist. Sendet die Beklagte dem Kunden unter diesen Umständen einen anderen als den bestellten Artikel zu, gilt diese Änderung gemäß § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung der Bestellung verbunden mit einem neuen Antrag der Beklagten, einen Kaufvertrag über die von ihr ausgewählte Ware zu schließen. Ein Vertrag über diese geänderte Leistung kommt dann nur zustande, wenn der Kunde das neue Angebot annimmt.

Gleichwohl erscheint es nicht als ausgeschlossen, dass in bestimmten Fällen schon vor der Zusendung des bestellten Artikels oder eines Ersatzartikels ein Vertrag zustande kommt. Dies kommt etwa dann in Betracht, wenn die auf der Internetseite der Beklagten vorgesehene Bestätigung der Bestellung, deren Wortlaut das Berufungsgericht nicht festgestellt hat, so formuliert wäre, dass sie aus der Sicht eines verständigen Kunden nicht nur als Bestätigung des Zugangs seines Kaufangebots, sondern als dessen Annahme zu verstehen wäre. Des Weiteren zeigt die Revision die durchaus nahe liegende Möglichkeit auf, dass ein Kunde mehrere Artikel bestellt, die Beklagte jedoch lediglich einen Teil der bestellten Ware übersendet und dem Kunden die Lieferung der restlichen Ware für einen späteren Zeitpunkt ankündigt. Eine solche Mitteilung wäre vom objektiven Empfängerhorizont des Kunden aus regelmäßig als rechtsverbindliches Lieferversprechen und demgemäß als Annahme seines Kaufangebots hinsichtlich der bestellten, aber noch nicht gelieferten Artikel zu werten. Dass die Beklagte in Übereinstimmung damit selbst einen Kaufvertragsschluss vor Übersendung der bestellten Ware oder eines Ersatzartikels für möglich hält, ergibt sich aus Nr. 3 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 der AGB. Dort heißt es nämlich, dass die Beklagte, sollte ein "bestellter Artikel oder Ersatzartikel" nicht lieferbar sein, berechtigt ist, sich "von der Vertragspflicht zur Lieferung" zu lösen.

b) Der mithin durch die streitige Klausel begründete Änderungsvorbehalt hinsichtlich der Lieferung eines Ersatzartikels ist gemäß § 308 Nr. 4 BGB unwirksam. Danach ist ein formularmäßiger Änderungsvorbehalt nur zulässig, wenn er unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Damit wird eine Abwägung zwischen den Interessen des Klauselverwenders an der Möglichkeit einer Änderung seiner Leistung und denen des anderen Vertragsteils an der Unveränderlichkeit der vereinbarten Leistung des Verwenders verlangt. Die Zumutbarkeit einer Leistungsänderungsklausel ist dann zu bejahen, wenn die Interessen des Verwenders die für

das jeweilige Geschäft typischen Interessen des anderen Vertragsteils überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind. Das setzt eine Fassung der Klausel voraus, die nicht zur Rechtfertigung unzumutbarer Änderungen dienen kann, und erfordert im Allgemeinen auch, dass für den anderen Vertragsteil zumindest ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungsänderungen besteht (BGHZ 158, 149, 154 f.).

Diesen Anforderungen wird die in Rede stehende Klausel nicht gerecht. Zwar berücksichtigt sie die Interessen des Kunden insoweit, als sich die Beklagte lediglich die Zusendung qualitativ und preislich gleichwertiger Artikel vorbehält. Dies trägt dem Interesse des Kunden, nur die von ihm bestellte Ware als vertragsgemäße Erfüllung (§§ 433 Abs. 1, 362 Abs. 1 BGB) annehmen zu müssen, jedoch nicht in jedem Falle hinreichend Rechnung. In der Formularbestimmung ist nicht berücksichtigt, dass zahlreiche Artikel -etwa Bekleidungsgegenstände -vom Kunden nach seinen individuellen Wünschen und Bedürfnissen ausgewählt werden. Demgegenüber belässt die in der Klausel allein vorgegebene Beschränkung auf gleichwertige Qualität und gleichen Preis der Beklagten einen weiten Spielraum für Abweichungen von der bestellten Ware, die dem Kunden im Einzelfall unzumutbar sein können. Dies trifft etwa für das vom Kläger gebildete Beispiel zu, wonach die Klausel es zulässt, dem Kunden anstelle der bestellten, nicht lieferbaren braunen Schuhe qualitativ und preislich entsprechende schwarze Schuhe zu liefern.

Das berechtigte Interesse des Kunden, eine solche von der Bestellung abweichende Leistung nicht als vertragsgemäße Erfüllung annehmen zu müssen, wird auch nicht dadurch gewahrt, dass der Kaufvertrag nach Nr. 1 der AGB auf Probe abgeschlossen und dem Kunden nach Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 der AGB für den ersatzweise gelieferten Gegenstand ein Rückgaberecht innerhalb von 14 Tagen eingeräumt wird. Hierdurch wird der Kunde schlechter gestellt als nach der gesetzlichen Regelung. Gemäß § 434 Abs. 3 BGB steht es einem Sachmangel gleich, wenn der Verkäufer -wie im Falle der Zusendung eines Ersatzartikels -eine andere Sache liefert. Der Käufer einer mangelhaften Sache kann nach näherer Maßgabe des § 437 BGB Nacherfüllung, Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen, vom Vertrag zurücktreten und den Kaufpreis mindern. Diese Rechte können ohne zeitliche Beschränkung bis zu der durch die Einrede der Verjährung gezogenen Grenze von mindestens zwei Jahren (§ 438 BGB) ausgeübt werden. Dagegen steht dem Kunden nach Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 der AGB im Falle der Lieferung eines Ersatzartikels lediglich ein Rückgaberecht zu, das zudem auf 14 Tage befristet ist. Daraus folgt in Verbindung mit Nr. 1 der AGB, dass der Kunde nach Ablauf von 14 Tagen nicht mehr einwenden kann, die Ware sei nicht vertragsgemäß, weil der auf Probe geschlossene Kaufvertrag nach Ablauf der Rückgabefrist mit dem hinsichtlich des Ersatzartikels geänderten Inhalt wirksam wird; denn nach Ablauf dieser Frist gilt das Schweigen des Käufers als Billigung der ihm übersandten Ware (§ 454 Abs. 1 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 455 Satz 2 BGB).

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die streitige Klausel gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB in Verbindung mit Satz 1 auch dann unwirksam, wenn die AGB der Beklagten dahin zu verstehen sein sollten, dass ein Vertrag grundsätzlich nicht vor der Zusendung eines Ersatzartikels zustande kommt. Bei einer solchen Auslegung verstößt die Klausel gegen das Transparenzgebot, weil sie nicht klar und verständlich ist und den Kunden hierdurch entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Ein solcher Verstoß liegt unter anderem dann vor, wenn eine Formularbestimmung die Rechtslage unzutreffend darstellt und es dem Verwender ermöglicht, begründete Ansprüche unter Hinweis auf die in ihr getroffene Regelung abzuwehren (st.Rspr. zum früheren § 9 Abs. 1 AGBG, BGHZ 119, 152, 170; 145, 203, 220 f., jew. m.w.Nachw.). So liegt es hier. Die Klausel ist -insbesondere im Zusammenhang mit dem nachfolgenden Satz, wonach der Ersatzartikel bei Nichtgefallen innerhalb von 14 Tagen zurückgegeben werden kann -geeignet, bei einem juristisch nicht vorgebildeten Kunden den Eindruck zu erwecken, die Lieferung des Ersatzartikels stelle eine vertragsgemäße Leistung der Beklagten dar, die lediglich durch Ausübung des befristeten Rückgaberechts zurückgewiesen werden könne. Eine solche Klauselgestaltung kann einen rechtsunkundigen Besteller im Einzelfall davon abhalten, die Ware zurückzugeben, wenn die Frist von zwei Wochen abgelaufen ist. Hierzu wäre der Kunde nach der gesetzlichen Regelung jedoch berechtigt, weil es ihm freisteht, ein neues Angebot der Beklagten (§ 150 Abs. 2 BGB) nicht anzunehmen und die ohne vertragliche Grundlage gelieferte Ware ohne Einhaltung einer Frist zurückzugeben. Dies ergibt sich auch aus § 241a Abs. 1 BGB, wonach durch die Lieferung unbestellter Sachen durch einen Unternehmer an einen Verbraucher ein Anspruch gegen diesen nicht begründet wird. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind die Voraussetzungen des § 241a Abs. 3 BGB nicht gegeben. Danach liegt eine unbestellte Leistung nicht vor, wenn dem Verbraucher statt der bestellten eine nach Qualität und Preis gleichwertige Leistung angeboten und er darauf hingewiesen wird, dass er zur Annahme nicht verpflichtet ist und die Kosten der Rücksendung nicht zu tragen hat. Einen solchen Hinweis enthält die streitige Klausel nicht.

III.

Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht die Klage hinsichtlich der Klausel in Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 der AGB abgewiesen hat (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist zur Endentscheidung reif. Daher ist das Berufungsurteil im vorbezeichneten Umfang aufzuheben, und die Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil ist insgesamt zurückzuweisen (§ 563 Abs. 3 ZPO).