

- 2 -

Kläger und Berufungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigter:

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 30. August 2012 durch den Richter am Oberlandesgericht _____, den Richter am Oberlandesgericht _____ und die Richterin am Oberlandesgericht _____

für R e c h t erkannt:

I.

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 28. Dezember 2011 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1.

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 01. April 1977, zu berufen:

a)

„Sollte Vodafone Internet mit der von mir gewünschten Bandbreite nicht zur Verfügung stehen, möchte ich das von mir ausgewählte Paket inkl. der ausgewählten Sprach-Extras mit der maximal verfügbaren Bandbreite erhalten.“

b)

„Mein Vertragspartner kann mir Text- oder Bildmitteilungen an mein Telefon (sowie meine E-Mail- und Postadresse) zukommen lassen“.

2. Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot gemäß Ziffer 1 ein vom Gericht festzusetzendes Ordnungs-

- 3 -

geld bis zu einer Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 200,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22. Dezember 2012 zu zahlen.

4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II.

Die Kosten des Rechtsstreits werden zu einem Drittel dem Kläger und zu zwei Dritteln der Beklagten auferlegt.

III.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Zwangsvollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV.

Gegen die Entscheidung zu I 1 a) des Urteilstenors wird die Revision zugelassen.

Gründe:

A.

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, der nach seiner Satzung Verbraucherinteressen wahrnimmt und in die Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragen ist. Die Beklagte - eine bundesweit tätige Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen - hat gegenüber Verbrauchern wie insbesondere der von ihr in diesem Zusammenhang als Zeugin benannten Kundin : in den Vertragsformularen zum Abschluss von Internet-Providerverträgen unter anderem die nachfolgenden Formulierungen verwendet:

1.

„Sollte Vodafone-Internet mit der von mir gewünschten Bandbreite nicht zur Verfügung

- 4 -

stehen, möchte ich das von mir ausgewählte Paket inkl. der ausgewählten Sprach-Extras mit der maximal verfügbaren Bandbreite erhalten.“

2.

„Mein Vertragspartner kann mir Text- und Bildmitteilungen an mein Telefon (sowie meine E-Mail und Postadresse) zukommen lassen.“

3.

„Das Vertragsverhältnis kommt zustande, sobald mir Vodafone diesen Auftrag bestätigt.“

Die Formulierung gemäß Nr. 2 befindet sich dabei in dem Kontext eines in dem schriftlichen Auftragsformular als „Beratungseinwilligung“ überschriebenen und jedenfalls dort von dem Kunden gesondert zu unterschreibenden, aber - ohne diese Überschrift - in gleicher Weise auch in dem Internet-Bestellformular der Beklagten enthaltenen Abschnittes, der optisch und inhaltlich wie folgt gestaltet ist:

☒

(...)

☒

Ja, Vodafone* darf mich telefonisch oder per Textmitteilung kontaktieren und beraten.

* Vodafone D 2 GmbH und Vodafone AG & Co. KG

Die Daten dürfen zwischen den beiden Unternehmen zu den vorgenannten Zwecken wechselseitig übermittelt werden.

Hinweis: Ich kann meine vorstehende Einwilligung jederzeit ganz oder teilweise widerrufen. Ohne meine Einwilligung bestehen gesetzliche Werbebeschränkungen fort. Mein Vertragspartner kann mir Text- oder Bildmitteilungen an mein Telefon sowie meine E-Mail und Postadresse zukommen lassen. Ich kann dem jederzeit widersprechen.“

Der Kläger hält die Verwendung aller drei Bestimmungen für unzulässig. Mit Schreiben vom 14. Juli 2010 (Anlage K 6) mahnte er deshalb die Beklagte ab und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sowie zur Zahlung eines Auslagenpauschale in Höhe von 200,00 € einschließlich Mehrwertsteuer auf. Die Beklagte lehnte die Abgabe einer derartigen Unterlassungserklärung ab.

Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen aller weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes und wegen der Urteilsgründe Bezug genommen wird, soweit die hier getroffenen Feststellungen davon nicht abweichen, hat das Landgericht der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln antragsgemäß die Einbe-

- 5 -

ziehung der drei streitigen Klauseln in Verträge mit Verbrauchern verboten und dieser außerdem untersagt, sich bei der Abwicklung solcher Verträge auf diese zu berufen, soweit die zugrunde liegenden Verträge nach dem 01. April 1977 geschlossen worden sind.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung. Sie macht geltend:

1.

Die Klausel Nr. 1 („Bandbreitenreduzierungsklausel“) verstoße weder gegen § 307 Abs. 1 Nr. 2 BGB noch gegen § 308 Nr. 4 BGB. Es handele sich zwar um eine vorformulierte Regelung. Entgegen der unzutreffenden Betrachtungsweise des Landgerichts unterliege diese aber als reine Leistungsbeschreibung dennoch von vornherein nicht der Inhaltskontrolle gemäß den §§ 307 ff. BGB. Bei der Klausel handele es sich um eine bloße Leistungsbeschreibung, denn der Inhalt der vertraglich geschuldeten Leistung - Internetanschluss mit einer bestimmten, bereits von vornherein festliegenden Bandbreite bei Vertragsschluss ohne die Vereinbarung der streitigen Klausel oder Internetanschluss mit der größtmöglichen, auch nach der endgültigen Verfügbarkeitsprüfung tatsächlich zur Verfügung stehenden Bandbreite bei deren Einbeziehung - werde durch den Kunden in jedem Einzelfall erst dadurch festgelegt, dass dieser sich für oder gegen eine Aktivierung des Optionsfeldes zur Auswahl der streitigen Klausel entscheide. Eine entsprechende Entscheidung müsse von dem Kunden sowohl bei einem Vertragsschluss über das Internet wie auch bei einem Vertragsschluss im Ladenlokal jeweils ausdrücklich getroffen werden. In beiden Fällen sei zur Generierung des schriftlichen Auftragsformulars zunächst ein Online-Formular auszufüllen, wobei dies allerdings bei einem Vertragsschluss im Ladenlokal jeweils durch das dortige Personal erfolge, das zu diesem Zweck bei dem Kunden zunächst nachfrage, ob das Optionsfeld aktiviert werden solle.

Selbst wenn man aber davon ausgehe, dass eine Inhaltskontrolle der Klausel in Betracht komme, halte sie einer solchen Kontrolle im Ergebnis stand. Der Auffassung des Landgerichts, dass die Klausel sowohl in dem Sinne einer Änderungsvorbehaltsklausel gemäß § 308 Nr. 4 BGB als auch in dem Sinne einer abändernden Annahme gemäß § 150 Abs. 2 BGB ausgelegt werden könne, sei nicht zu folgen. Eine abändernde Annahme im Sinne von § 150 Abs. 2 BGB liege schon deshalb nicht vor, weil die Klausel - wie sie bereits erstinstanzlich näher ausgeführt habe - nur dann Vertragsinhalt werde,

- 6 -

wenn sich die Parteien über ihre Einbeziehung im Einzelfall geeinigt hätten und weil sie inhaltlich dahingehend zu verstehen sei, dass der Kunde in dem Falle ihrer Einbeziehung ausdrücklich ein Vertragsangebot mit zwei alternativen, in einem Stufenverhältnis stehenden Angeboten abgebe, in dem Sinne, dass er für den Fall der technischen Unmöglichkeit eines Internetanschlusses mit der von ihm vorrangig gewünschten Bandbreite ausdrücklich auch mit einer geringeren Bandbreite einverstanden sei. Auch ein Fall des § 308 Nr. 4 BGB liege nicht vor, denn anders als das Landgericht meine, beziehe sich die Klausel ausschließlich auf das Zustandekommen des Vertrages. Eine nachträgliche Leistungsänderung oder Modifikation, die von § 308 Nr. 4 BGB erfasst werde, liege hier schon begrifflich nicht vor Selbst wenn man eine Anwendbarkeit dieser Vorschrift dennoch unterstelle, sei sie ihrem Inhalt nach außerdem zumindest für den Verbraucher zumutbar. Entgegen der Ansicht des Landgerichts lasse die Klausel die - ausschließlich technischen - Gründe für eine etwaige Abweichung von dem ursprünglich vereinbarten Leistungsinhalt nämlich durchaus mit ausreichender Deutlichkeit erkennen.

2.

Auch die Klausel Nr. 2 („Werbeübermittlungsklausel“) verstoße nicht gegen gesetzliche Regelungen. Insbesondere weiche sie auch von der in dem angefochtenen Urteil vorrangig herangezogenen Vorschrift des § 7 UWG nicht in unvereinbarer Weise ab. Das Landgericht habe zunächst verkannt, dass diese Vorschrift im konkreten Fall durch die Spezialregelung des § 95 TKG verdrängt werde, die bei zutreffender Sichtweise nicht nur in datenschutzrechtlicher Hinsicht, sondern auch im Hinblick auf Aspekte des Lauterkeitsrechtes den Vorschriften des UWG vorgehe. Außerdem enthalte die Klausel einen reinen Hinweis auf die gemäß der Ausnahmeregelung des § 95 Abs. 2 Satz 2 TKG ohnehin zulässigen Fälle einer Verwendung der Telefonnummer und der E-Mailadresse. Soweit § 95 Abs. 2 Satz 3 TKG eine derartige Verwendung der Telefonnummer und der E-Mailadresse nur nach einer ausdrücklichen Belehrung des Teilnehmers über sein Widerrufsrecht zulasse, werde in dieser Vorschrift ein ausdrücklicher Hinweis auf die eingeschränkten Zwecke, zu denen das Gesetz die Verwendung der Daten nur erlaube, gerade nicht verlangt. Das Gesetz mache hier einen eindeutigen Unterschied zwischen den Fällen einer besonders privilegierten Werbeansprache in den Fällen des § 95 Abs. 2 Satz 2 TKG und der allgemeinen Zulässigkeit einer Verwendung von Bestandsdaten gemäß § 95 Abs. 2 Satz 1 TKG, wo eine auf die dort genannten Zwecke beschränkte Einwilligung des Teilnehmers ausdrücklich verlangt werde. Ohne

- 7 -

dass es darauf wegen der Spezialität des TKG im Ergebnis noch entscheidend ankomme, seien durch die Klausel im Übrigen auch die Vorschriften des UWG nicht verletzt. Entgegen dem Grundsatz des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG sei eine Werbeansprache in dem sich aus der Klausel ergebenden Umfang unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG ausnahmsweise zulässig. Diese seien hier gegeben. Insbesondere werde der Kläger durch die Klausel auch in der von § 7 Abs. 3 Nr. 4 UWG geforderten Form auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen. Dass in einem derartigen Hinweis noch einmal auf den Umfang der nach dem Gesetz zulässigen Werbung ausdrücklich hingewiesen werden müsse, werde in § 7 Abs. 3 UWG gerade nicht verlangt und sei - anders als in dem Falle einer nur nach Einwilligung zulässigen Werbeansprache - auch in der Sache nicht begründet.

3.

Anders als das Landgericht meine, enthalte die Klausel Nr. 3 („Annahmeklausel“) überhaupt keine Regelung einer etwaigen Annahmefrist, sondern sie beschränke sich auf die - sich ohnehin bereits aus dem Gesetz ergebende - Feststellung, dass das Vertragsverhältnis erst mit der Annahme des Auftrages durch sie - die Beklagte - überhaupt zustande komme. Im Hinblick auf die zeitliche Zulässigkeit der Annahme greife daher ohne weiteres die Vorschrift des § 147 Abs. 2 BGB. Ein Verstoß gegen § 308 Abs. 1 Nr. 1 BGB könne daher entgegen der Ansicht des Landgerichts schon von vornherein nicht vorliegen.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil und macht insbesondere geltend:

1.

Die Darlegungen der Beklagten im Hinblick auf die Klausel Nr. 1 („Bandbreitenreduzierungsklausel“) erfüllten bereits nicht die Voraussetzungen des § 520 Abs. 3 ZPO. Es sei nicht ausreichend zu erkennen, in welcher Hinsicht das angefochtene Urteil angegriffen werden solle. Die Berufungsbegründung befasse sich zwar einerseits mit Rechtsargu-

- 8 -

menten, beanstande aber andererseits dennoch schwerpunktmäßig die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts im Zusammenhang mit dem von der Beklagten behaupteten Einbeziehungsverfahren und laufe im Ergebnis darauf hinaus, dass es sich bei dieser nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, sondern um eine Individualvereinbarung handele. Wie das Landgericht zutreffend festgestellt habe, stehe aber auch die individuelle Einbeziehung einer Vertragsklausel der AGB-Kontrolle nicht entgegen, solange diese - wie es hier unstreitig der Fall sei - im Sinne von § 305 Abs. 1 Nr. 1 BGB für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert sei. Im Übrigen werde die Behauptung der Beklagten, dass für die Einbeziehung der streitigen Klausel in jedem Falle zunächst die Aktivierung eines entsprechenden Optionsfeldes in einem Online-Formular durch den Verbraucher erforderlich sei und nur unter dieser Voraussetzung die Klausel auch in dem schriftlichen Ausdruck des Auftragsformulars erscheine, mit Nichtwissen bestritten. Richtig sei zwar, dass ein solches Optionsfeld in den Fällen einer Internet-Bestellung vorgesehen sei. Ob es aber auch in den Fällen eines Vertragsschlusses in einem Ladenlokal - wie insbesondere auch in dem Falle der Zeugin - Verwendung gefunden habe, wisse er nicht. Die Ansicht der Beklagten, dass es sich bei der Klausel um eine reine Leistungsbeschreibung handele, sei bereits durch den Wortlaut der Klausel nicht gedeckt. Selbst die Hilfsüberlegungen der Beklagten stünden wiederum im Zusammenhang mit den angeblichen Besonderheiten des von ihr behaupteten Einbeziehungsverfahrens. Die Auslegung des Landgerichts, wonach die Klausel je nach ihrer denkbaren Auslegung entweder wegen Abweichung von § 150 Abs. 2 BGB gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB oder gemäß § 308 Nr. 4 BGB unwirksam sei, sei jedoch nicht zu beanstanden. Insbesondere erkläre der Verbraucher durch die Klausel sein formularmäßiges Einverständnis damit, dass ihm entgegen von § 150 Abs. 2 BGB ein anderes als das von ihm eigentlich gewünschte Produkt geliefert werde, was umso weniger nachvollzogen werden könne, als zumindest im Falle der Online-Bestellung die Verfügbarkeit dieses Produkts ohnehin vorab überprüft werde.

2.

Auch die Ausführungen des Landgerichts zu der Klausel Nr. 2 („Werbeübermittlungsklausel“) seien nicht zu beanstanden. Auf die umfangreichen Ausführungen der Berufung zu einer angeblichen Spezialität von § 95 Abs. 2 TKG komme es schon deshalb nicht an, weil der Anwendungsbereich der Klausel eben nicht auf die Fälle von § 95 Abs. 2 Nr. 2 TKG beschränkt sei. Die vorliegende Klausel beziehe sich nicht nur auf eine Werbung für die besonderen, in § 95 Abs. 2 Satz 1 TKG im Einzelnen aufgezählten

- 9 -

Zwecke, sondern auf die Zulässigkeit jeglicher Form von Text- und Bildmitteilungen, insbesondere auch im Hinblick auf die Angebote Dritter. Ob die Beklagte eine solche Werbung tatsächlich praktiziere, sei für die Zulässigkeit der Klausel ohne Bedeutung. Nicht recht nachzuvollziehen sei schließlich auch der Hinweis der Beklagten, wonach die streitbefangene Klausel Bestandteil einer gesonderten Einwilligung sei. Soweit in dem Formular der Beklagten eine derartige Einwilligung vorgesehen sei, werde jedenfalls die streitige Klausel davon gerade ausdrücklich ausgenommen.

3.

Entgegen der Ansicht der Beklagten enthalte die Klausel Nr. 3 („Annahmeklausel“) schon durch die Verwendung des Wortes „sobald“ sehr wohl auch ein zeitliches Moment. Nach dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung könne sie durchaus dahingehend verstanden werden, dass durch sie die Frist des § 147 Abs. 2 BGB abbedungen sein solle.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil sowie auf die in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nur teilweise begründet.

I.

Die Berufung der Beklagten ist insgesamt zulässig. Die Beklagte hat auch im Hinblick auf die sog. „Bandbreitenreduzierungsklausel“ mit ausreichender Deutlichkeit und unter konkreter Auseinandersetzung mit den Gründen des angefochtenen Urteils dargelegt, in welchen Punkten sie das angefochtene Urteil für unrichtig hält. Insbesondere hat sie dabei eine unrichtige Rechtsanwendung des Landgerichts im Hinblick auf die Subsumtion dieser Klausel unter die Vorschriften der §§ 307 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Nr. 1 und 308 Nr. 4 BGB gerügt, was für die Zulässigkeit der Berufungsbegründung zu dieser Klausel gemäß § 530 Abs. 3 Nr. 2 ZPO für sich allein schon ausreicht. Auf die Schlüssigkeit der Argumentation der Beklagten und insbesondere auf die von dem Kläger aufgeworfene Frage, ob sich diese nicht viel eher als mit Rechtsfragen mit den tatsächlichen Umständen der Einbeziehung der streitigen Klausel befasst, kommt es für die Zulässigkeit der Berufung nicht an.

- 10 -

II.

Die Berufung der Beklagten im Hinblick auf die sog. „Bandbreitenreduzierungsklausel ist nicht begründet. Der - unstreitig gemäß den §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 UKlaG klageberechtigte - Kläger kann von der Beklagten gemäß § 1 UKlaG verlangen, dass sie die Verwendung dieser Klausel in dem von ihr beantragten Umfang unterlässt.

1. Bei der in Rede stehenden Klausel handelt es sich unstreitig um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung, mithin um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Diese wird den Verbrauchern auch nach dem eigenen Vortrag der Beklagten im Sinne der genannten Vorschrift jeweils „gestellt“ (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB), ihnen also aufgrund der überlegenen Gestaltungsmacht der Beklagten einseitig vorgegeben (MüKo BGB/Basedow, 6. Auflage, § 305 BGB Rn 20). Einer solchen Beurteilung steht nicht entgegen, wenn die Verbraucher - so wie hier nach der Behauptung der Beklagten deren Kunden - bei der Vereinbarung einer Geschäftsbedingung zwischen mehreren Regelungsalternativen wählen können (BGH NJW 2010, 1131 ff. = WM 2010, 725 ff. = juris Rn 18; BGH NJW 1996, 1676 = WM 1996, 483 f. = juris Rn 17 m.w.N.; Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, § 305 BGB Rn 10 f., jeweils m.w.N.). Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Vereinbarung der Klausel tatsächlich in jedem Einzelfall mit den Kunden der Beklagten wirklich ausgehandelt würde. Dafür genügt es aber nicht, wenn dem Verbraucher lediglich die Auswahl zwischen bestimmten, von der anderen Seite vorgegebenen Formularalternativen eingeräumt wird. Erforderlich ist vielmehr, dass er - wenn er schon auf die inhaltliche Gestaltung des vorgeschlagenen Formulartextes keinen Einfluss nehmen konnte - in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ auch eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen (BGH NJW 2010, 1131 ff. = WM 2010, 725 ff. = juris Rn 18 m.w.N.). Eine derartige Form der Einbeziehung wird aber für die hier streitige Klausel auch von der Beklagten selbst nicht behauptet. Ihr Vortrag beschränkt sich vielmehr darauf, dass der Kunde sowohl bei den Fällen des Online-Vertragsschlusses wie auch im Falle des Vertragsschlusses in einem Ladenlokal ausdrücklich gefragt wird, ob der Auftrag mit oder ohne die Einbeziehung der streitigen Klausel erteilt werden soll. Für ein echtes Aushandeln im Sinne einer Individualvereinbarung reicht das nicht aus.

2. Die Klausel ist auch nach den Maßstäben der §§ 307 ff. BGB kontrollfähig.

a) Der Inhaltskontrolle nach diesen Maßstäben unterliegen gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Hingegen unterliegen Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistungen (sog. Leistungsbeschreibungen) mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit ebenso wenig der Inhaltskontrolle wie Vereinbarungen über das von dem anderen Teil zu erbringende Entgelt, insbesondere soweit sie dessen Höhe betreffen. Nicht kontrollfähige Leistungsbeschreibungen in diesem Sinne sind allerdings nur solche Bestimmungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen. Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen abweichend vom Gesetz oder der nach Treu und Glauben geschuldeten Leistung einschränken, verändern, ausgestalten oder aushöhlen, unterliegen dagegen der Inhaltskontrolle. Damit bleibt für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich der Leistungsbezeichnungen, ohne die mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann. (BGH NJW 2010, 1958 ff. = WM 2010, 1087 ff. = juris Rn 20; Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 307 BGB Rn 45, jeweils m.w.N.).

b) Nach diesen Grundsätzen handelt es sich hier entgegen der Ansicht der Beklagten nicht nur um eine reine Leistungsbeschreibung in dem Sinne, dass die Parteien bei Einbeziehung der Klauseln von vornherein eine Leistung mit einem anderen Inhalt vereinbaren wie in denjenigen Fällen, in denen eine solche Einbeziehung nicht erfolgt. Auch bei einer Einbeziehung der Klausel verbleibt es nämlich dabei, dass der Kunde jeweils ein DSL-Paket mit einer ganz bestimmten, eindeutig festgelegten Bandbreite bestellt, so wie in dem Beispiel der Zeugin z.B. das All-Inclusive-Paket „Vodafone Internet 6000“ mit einer Down-/Upload-Geschwindigkeit von bis zu 6144/640 Kbps. Nur für den - angesichts der nach dem eigenen Vortrag der Beklagten auch in den Fällen des Vertragsschlusses im Ladenlokal immer durchgeführten Vorprüfung - aus der Sicht des Kunden nicht ohne weiteres auf der Hand liegenden Fall, dass die Beklagte den so bestellten DSL-Anschluss am Ende doch nicht zur Verfügung stellen kann, erklärt sich der Kunde durch die Vereinbarung der streitigen Klausel hilfsweise damit einverstanden, dass dann statt dessen ein Vertrag lediglich über einen DSL-Anschluss mit einer geringeren, von der Beklagten lieferbaren Bandbreite zustande kommen soll. Auf diese Weise wird daher nicht ein anderer Vertragsinhalt festgelegt, sondern vielmehr der von dem Kunden in seinem eigentlich gewollten Inhalt unveränderte Vertrag unter den Vorbehalt der Erfüllbarkeit gestellt und für den Fall seiner Nichterfüllbarkeit durch einen

anderen ersetzt, mithin also in seinem Inhalt modifiziert und ausgehöhlt. Die Voraussetzungen für eine Kontrollfähigkeit der Klausel nach den Maßstäben der §§ 307 ff. BGB sind deshalb erfüllt.

3. Der damit zulässigen und gebotenen Inhaltskontrolle hält die angefochtene Klausel im Ergebnis nicht stand. Ihre Verwendung erweist sich vielmehr selbst dann als im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht angemessen, wenn man den Vortrag der Beklagten als zutreffend unterstellt, dass deren Kunden bei der Erteilung ihrer jeweiligen Aufträge nicht nur auf dem unmittelbaren Weg über das Internet, sondern auch bei einer Auftragserteilung im Ladenlokal tatsächlich in jedem Einzelfall gefragt werden, ob sie die Einbeziehung der streitigen Klausel in den Vertragsinhalt wünschen.

a) Mit dem Landgericht geht dabei auch der Senat davon aus, dass die Klausel mehrdeutig ist und bei der gebotenen, kundenfeindlichsten Auslegung sowohl auf den Vertragsschluss selbst wie auch auf den Fall einer nachträglichen Abänderung des bereits laufenden Vertragsverhältnisses bezogen werden kann.

aa) Die erforderliche Auslegung der Klausel hat dabei nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so zu erfolgen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden wird, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners zugrunde zu legen sind. Zweifel bei der Auslegung gehen nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Nach ständiger Rechtsprechung führt diese Auslegungsregel dazu, dass bei einer mehrdeutigen Klausel von den möglichen Auslegungen diejenige zugrunde zu legen ist, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt. Denn damit ist die scheinbar "kundenfeindlichste" Auslegung im Ergebnis regelmäßig die dem Kunden günstigste (BGHZ 180, 257 ff. = WM 2009, 1077 ff. = juris Rn 11 m.w.N., st. Rspr.). Außer Betracht zu bleiben haben insoweit nur solche Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fern liegend und nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind (BGHZ 150, 269 ff. = WM 2002, 1006 ff. = juris Rn 26; BGHZ 152, 262 ff. = NJW 2003, 294 f. = juris Rn 16; BGHZ 180, 257 ff. = WM 2009, 1077 ff. = juris Rn 11, jeweils m.w.N.).

bb) Hiervon ausgehend erweist sich die Klausel als mehrdeutig, denn entgegen der Ansicht der Beklagten liegt es nach deren Wortlaut für einen durchschnittlichen Verbraucher zumindest nicht vollständig fern, dass damit neben dem Fall der Bestätigung

des Vertragsschlusses mit einer anderen, als der von dem Kunden eigentlich gewünschten Bandbreite auch derjenige Fall mit erfasst werden soll, dass dem Kunden eine Internet-Verbindung mit der gewünschten Bandbreite zwar anfänglich zur Verfügung gestellt werden kann, sich diese Situation aber - aus technischen oder auch aus anderen Gründen - während des laufenden Vertragsverhältnisses nachträglich ändert. Der Senat verkennt dabei nicht, dass die streitige Klausel auf dem Auftragsformular der Beklagten (Anlage K 1) im Kontext mit der Leistungsbeschreibung des jeweils ausgewählten „All-Inclusive-Pakets“ abgedruckt wird und deshalb ein inhaltlicher Bezug auf die Situation des Vertragsschlusses deutlich näher liegen dürfte als ein solcher auf den Fall einer erst nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts. Angesichts des ansonsten vollständig neutralen Wortlautes der Klausel liegt aber auch ein Verständnis im Sinne eines nachträglichen Änderungsvorbehalts für das bereits laufende Vertragsverhältnis zumindest nicht vollständig fern.

b) Auf dieser Grundlage führt zunächst das Verständnis der Klausel in dem zuletzt genannten Sinne zu einer unangemessenen Benachteiligung der Verbraucher, weil ein derartiger Vorbehalt der nachträglichen Änderung zentraler Vertragspflichten des AGB-Verwenders als Verstoß gegen das Klauselverbot des § 308 Nr. 4 BGB zu werten ist. Die vorbehaltene Änderung der Bandbreite des geschuldeten Internet-Anschlusses ist auch nicht im Sinne von § 308 Nr. 4 Halbsatz 2 BGB unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für die Kunden der Beklagten zumutbar, denn sie lässt nach ihrem Wortlaut vollständig offen, aus welchen Gründen die zunächst an sich vereinbarte Bandbreite möglicherweise in der Zukunft nicht mehr „zur Verfügung stehen“ könnte. Soweit sich die Beklagte in diesem Zusammenhang darauf beruft, die Klausel betreffe allein technische - und überdies nur zu Beginn des Vertragsverhältnisses relevante - Umstände, kommt eine solche Beschränkung in deren Wortlaut nicht zum Ausdruck. Nach diesem wären vielmehr durchaus auch andere, insbesondere zum Beispiel rein ökonomische oder organisatorische Gründe für eine spätere Einschränkung der geschuldeten Anschluss-Bandbreite denkbar, die ihrem Inhalt nach zudem für den Verbraucher vollständig im Dunkeln bleiben, mit dem Ergebnis, dass hierdurch für die Beklagte unter Umständen bei Auftreten eines entsprechenden Bedarfs auch Handlungs- und Beurteilungsspielräume eröffnet werden könnten, deren Hinnahme dem Verbraucher auch dann nicht zugemutet werden kann, wenn die Einbeziehung der Klausel freiwillig erfolgt und in jedem Einzelfall seine ausdrückliche Zustimmung erfordert.

- 14 -

c) Erst recht führt das von der Beklagten selbst vertretene Verständnis der Klausel als einer nur auf den Vertragsschluss bezogenen Regelung gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu einer unangemessenen Benachteiligung des Verbrauchers, denn bei einem solchen Verständnis ist die Klausel mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 150 Abs. 2 BGB nicht vereinbar, wonach die Annahme eines Vertragsangebotes einen Vertrag nur dann zustande bringen soll, wenn sie ohne Einschränkungen oder sonstige Änderungen erfolgt und die entsprechende Willenserklärung anderenfalls nur als ein neues Angebot der anderen Vertragspartei angesehen werden soll, dass einen Vertragsschluss aber gerade noch nicht zustande bringt. Durch die der Beklagten in der streitigen Klausel eingeräumte Befugnis zur Abweichung von dem eigentlich vereinbarten Vertragsinhalt wird diese Konzeption des Gesetzgebers im Ergebnis weitgehend ausgehöhlt, wenn nicht sogar in ihr Gegenteil verkehrt.

d) Die sich daraus gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ergebende Vermutung einer unangemessenen Benachteiligung des Verbrauchers wird auch bezogen auf ein derartiges Verständnis der Klausel durch die von der Beklagten angeführten, technischen Gründe im Ergebnis nicht entkräftet. Auch in diesem Zusammenhang ist nämlich die bereits angeführte, sprachlich weite Fassung der Klausel zu bedenken, in der die von der Beklagten angeführten Gründe sprachlich nicht einmal ansatzweise zum Ausdruck kommen. Im Übrigen wird durch die von der Beklagten angeführten Abläufe zwar belegt, warum ihr eine endgültige und verbindliche Verfügbarkeitszusage für eine bestimmte DSL-Bandbreite zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht möglich ist. Das ändert aber nichts an dem Interesse des Verbrauchers, der in der Regel nicht an dem Erhalt irgendeines beliebigen DSL-Anschlusses interessiert sein wird, sondern gerade einen Anschluss mit der zumindest in dem Internet-Auftritt der Beklagten jeweils ausdrücklich beworbenen und für das von ihm beauftragte Paket nicht umsonst jeweils sogar mit namensgebenden DSL-Bandbreite wünschen wird.

e) Hinzu kommt, dass dem durchschnittlichen Verbraucher die von der Beklagten geschilderten Hintergründe und technischen Abläufe nicht in ihrem vollen Umfang bekannt sein dürften und er daher durch die Bestätigung des Vertrages mit einer veränderten Bandbreite zwangsläufig in einem gewissen Maße überrascht sein wird, nachdem ihm die Verfügbarkeit der von ihm gewünschten Bandbreite jedenfalls im Rahmen der dargelegten Vorprüfung zunächst einmal zugesagt worden ist. Hieran vermag im Ergebnis auch der von der Beklagten zu ihren Gunsten angeführte Hinweis über die

- 15 -

Unmöglichkeit einer endgültigen Aussage über die Machbarkeit der gewünschten Bandbreite zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Zusammenhang mit der Mitteilung des Ergebnisses der Vorab-Überprüfung in den Fällen eines Vertragsschlusses über das Internet (Anlagenkonvolut K 13, Teil 5, Seite 2) nichts Entscheidungserhebliches zu ändern, denn zumindest in den Fällen eines Vertragsschlusses im Ladenlokal bekommt der Verbraucher diesen Hinweis im Zweifel überhaupt nicht zu Gesicht.

f) Im Rahmen der auch bei einer wesentlichen Abweichung von dem Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB stets gebotenen Gesamtabwägung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles (BGHZ 153, 344 ff. = WM 2003, 673 ff. = juris Rn 26 m.w.N.) kann sich die Beklagte vor dem dargelegten Hintergrund auch bei einem auf den Vertragsschluss bezogenen Verständnis der streitigen Klausel nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Einbeziehung der Klausel nach ihrem Vortrag in jedem Einzelfall von einer bewussten Entscheidung des Verbrauchers abhängt, ob er für den Fall einer fehlenden Verfügbarkeit der von ihm gewünschten DSL-Bandbreite ersatzweise auch mit der jeweils tatsächlich maximal verfügbaren Bandbreite einverstanden ist. In dieser Hinsicht ist nämlich zunächst schon zweifelhaft, ob bei der im Rahmen einer Verbandsklage gebotenen, typisierenden Betrachtungsweise die Klausel nicht von vornherein auch an solchen - im Einzelfall auch durch entsprechende Organisationsmaßnahmen der Beklagten nicht sicher vermeidbaren - Situationen gemessen werden muss, in denen die Kunden bei einem Vertragsschluss im Ladenlokal - so wie nach dem Vortrag des Klägers die Zeugin, eine entsprechende Auswahlentscheidung entgegen dem Vortrag der Beklagten im Einzelfall doch nicht treffen können. Darüber hinaus wird außerdem durch die bewusste Einbeziehungsentscheidung des Kunden zwar das zumindest in den Fällen des Vertragsschlusses in einem Ladenlokal verbundene Überraschungsmoment in einem gewissen Umfang wieder abgemildert, es verbleibt aber dessen ungeachtet bei der sprachlich zu weiten Fassung der Klausel und den dadurch der Beklagten im Ergebnis eingeräumten, für den Verbraucher nicht zumutbaren Handlungs- und Beurteilungsspielräumen.

III.

Die Berufung der Beklagten im Hinblick auf die sog. „Werbeübermittlungsklausel“ ist ebenfalls nicht begründet. Der Kläger kann von der Beklagten gemäß § 1 UKlaG verlangen, dass sie die Verwendung auch dieser Klausel in dem von ihr beantragten Umfang unterlässt.

1. Entgegen dem angefochtenen Urteil ist die streitige Klausel zwar nicht deshalb unangemessen, weil sie im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit den wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung, von der sie abweicht, nicht zu vereinbaren wäre. Eine Unangemessenheit aus diesem Grunde kommt - selbst bei kundenfeindlichster Auslegung - schon deshalb nicht in Betracht, weil die streitige Klausel eindeutig als Teil eines bloßen Hinweises gekennzeichnet ist, mithin durch sie also überhaupt keine - und somit auch keine von dem ansonsten geltenden Recht abweichende - Regelung getroffen worden ist.

Dessen ungeachtet ergibt sich ihre fehlende Angemessenheit aber daraus, dass sie nicht ausreichend klar und verständlich ist, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Auf das zwischen den Parteien streitige Verhältnis zwischen den Vorschriften des TKG und denjenigen des UWG kommt es dabei im Ergebnis nicht an, denn die Klausel erweist sich sowohl dann als nicht ausreichend transparent, wenn sie am Maßstab des § 95 Abs. 2 TKG gemessen wird, wie auch dann, wenn man der Beurteilung die Vorschrift des § 7 Abs. 2 und 3 UWG zugrunde legt.

Ebenso kann vor diesem Hintergrund im Ergebnis auch dahinstehen, ob eine Abweichung von den wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung nicht ohnehin bereits von ihrem systematischen Ansatz her lediglich bei dispositiven Rechtsnormen in Betracht kommt, während es sich bei den hier in Betracht kommenden Vorschriften des TKG und des UWG ohnehin um zwingendes Recht handeln dürfte (Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 307 BGB Rn 29; Staudinger/Coester, a.a.O., § 307 BGB Rn 232 m.w.N.; a.A. im Sinne einer Kontrollmöglichkeit nach den Maßstäben der §§ 307 ff. BGB auch bei Vorschriften des zwingenden Rechts ohne nähere Begründung allerdings BGH NJW 1983, 1320 ff. = WM 1983, 308 ff. = juris Rn 23 m.w.N.).

2. Die streitige Klausel weicht zwar von der gesetzlichen Vorschrift des § 95 Abs. 2 TKG nicht ab, ist aber geeignet, die Kunden der Beklagten über den Umfang der nach dieser Vorschrift ihnen gegenüber auch ohne Einwilligung gesetzlich zulässigen Verwendung ihrer Daten zu verwirren und sie auf diese Weise von der Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Rechte in dem vollen, ihnen zustehenden Umfang im Ergebnis abzuhalten.

a) Gemäß § 95 Abs. 2 Satz 3 TKG ist nämlich die Verwendung der Rufnummer oder der Postadresse - auch der elektronischen - eines Teilnehmers zu den Zwecken des § 95 Abs. 2 Satz 1 TKG - also zur Werbung für eigene Angebote, zur Marktforschung und

zur Unterrichtung über einen individuellen Gesprächswunsch eines anderen Nutzers - genau dann, aber auch nur dann zulässig, wenn der Teilnehmer bei der Erhebung oder der erstmaligen Speicherung der Rufnummer und der Adresse - mithin also beim Vertragsschluss - und bei jeder späteren Versendung einer Nachricht an die betroffene Rufnummer oder Adresse deutlich sichtbar und gut leserlich darauf hingewiesen wird, dass er der Versendung weiterer Nachrichten jederzeit schriftlich oder elektronisch widersprechen kann. Genau ein solcher Hinweis soll den Kunden der Beklagten durch den erkennbar an dieser Vorschrift orientierten Hinweis mit der streitigen Klausel ganz offenbar erteilt werden, wobei die Beklagte im Grundsatz auch durchaus zu Recht darauf hinweist, dass für einen derartigen Hinweis eine ausdrückliche Nennung der beschränkten Zwecke des § 95 Abs. 2 Satz 1 TKG- anders als im Falle der Einwilligung in die Nutzung von sonstigen Bestandsdaten nach der zuletzt genannten Vorschrift - durch das Gesetz nicht explizit vorgeschrieben ist. Das ändert jedoch nichts daran, dass bei einer fehlenden Erwähnung dieser nur beschränkten Nutzungszwecke bei den Kunden der Beklagten der fälschliche Eindruck entstehen kann, diese dürfe ihm bis zu einem ausdrücklichen Widerspruch seinerseits Text- und Bildmitteilungen auch für andere als die in § 95 Abs. 2 Satz 1 TKG aufgezählten Zwecke - insbesondere also auch zum Zwecke der Werbung für die Produkte von Drittunternehmen - zuschicken, selbst wenn er zuvor keinerlei Einwilligungserklärung in die Nutzung seiner Bestandsdaten abgegeben habe. Ohne die ausdrückliche Nennung der beschränkten Zwecke, für die das TKG die Nutzung seiner Rufnummer sowie seiner E-Mail- und Postadresse lediglich zulässt, bleibt der in der streitigen Vertragsklausel enthaltene Hinweis deshalb in seiner Reichweite unklar und es besteht die Gefahr, dass die Kunden der Beklagten die ihnen durch das Gesetz eingeräumte Rechtsposition zu ihren Lasten zu ungünstig einschätzen.

b) Zu einem vergleichbaren Ergebnis führt es auch, wenn man die streitige Klausel statt an der Vorschrift des § 95 Abs. 2 TKG an derjenigen des § 7 Abs. 3 UWG messen will. Auch in diesem Fall weicht die Klausel zwar von der gesetzlichen Regelung nicht ab, ist aber dennoch unangemessen, weil sie geeignet ist, die Kunden der Beklagten über den Umfang der ihnen gegenüber nach dieser Vorschrift auch ohne Einwilligung gesetzlich zulässigen Werbeansprache zu verwirren und sie auf diese Weise möglicherweise von der Wahrnehmung der ihnen gesetzlich zustehenden Rechte abzuhalten.

Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG gilt nämlich die Werbung unter Verwendung von elektronischer Post grundsätzlich als eine unzumutbare Belästigung der Marktteilnehmer; elektronische Post in diesem Sinne sind dabei insbesondere auch Text- und Bildmitteilungen (SMS und MMS) an Mobiltelefone (Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage, § 7 UWG Rn 196 m.w.N.). Gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 UWG sind aber solche Text- und Bildmitteilungen ausnahmsweise dann nicht als Belästigung anzusehen, wenn die dortigen Voraussetzungen vorliegen, mithin also der Unternehmer von dem Verbraucher **(a)** dessen E-Mailadresse erhalten hat, **(b)** diese zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren und Dienstleistungen verwendet, **(c)** der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und er schließlich **(d)** bei der Erhebung der Adresse sowie bei jeder einzelnen Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen worden ist, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Auch hieran gemessen wird aber die Reichweite der gesetzlichen Regelung aus dem durch die streitige Klausel erteilten Hinweis nicht ausreichend deutlich. Abgesehen davon, dass ein Hinweis auf die den Kunden der Beklagten auch im Falle eines Widerspruches allenfalls treffenden Kosten ohnehin fehlt, ist es auch in Bezug auf die Vorschrift des § 7 Abs. 3 UWG wiederum ohne weiteres denkbar, dass die Kunden der Beklagten irrtümlich annehmen, eine Werbeansprache per elektronischer Post sei auch außerhalb der besonders privilegierten Zwecke des § 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG bis auf weiteres zulässig, so dass er dieser selbst dann ausdrücklich widersprechen müsste, wenn er zunächst eine Einwilligung in eine Werbeansprache mit den in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG aufgezählten Kommunikationsmitteln nie erteilt hätte. Auch gemessen an den Vorschriften des UWG handelt es sich daher zwar nicht um eine vertragliche Regelung mit einem für den Verbraucher nachteiligen Inhalt, aber doch um einen verwirrenden Hinweis, der den Vorschriften des Transparenzgebotes nicht in ausreichender Weise genügt.

IV.

Die Berufung der Beklagten im Hinblick auf die sog. „Annahmeklausel“ ist dagegen begründet.

- 19 -

Gemessen an den auch für die Auslegung dieser Klausel anzulegenden Maßstäben - siehe bereits oben II 3) a) aa) - wird durch die in der streitigen Klausel gewählte Formulierung

„Das Vertragsverhältnis kommt zustande, sobald mir Vodafone diesen Auftrag bestätigt.“

selbst bei kundenfeindlichster Auslegung nur der sich aus dem Gesetz ohnehin ergebende Grundsatz wiederholt, dass es für einen wirksamen Vertragsschluss der Annahme eines zuvor von der einen Vertragspartei abgegebenen Angebots durch die andere Partei bedarf. Einen Regelungsgehalt in dem von dem Kläger geltend gemachten Sinne eines Abbedingens von § 147 Abs. 2 BGB, wonach der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden kann, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf, kann der streitigen Klausel dagegen nicht entnommen werden.

Einer solchen Beurteilung steht auch nicht entgegen, dass in der Klausel nach ihrem Wortlaut durch die Verwendung des Wortes „sobald“ insoweit eine gewisse - zumindest auch - zeitliche Komponente anklingt, als darin zum Ausdruck kommt, dass ein Vertrag erst dann geschlossen ist, wenn die Beklagte den Antrag des jeweiligen Kunden angenommen hat. Eine zeitliche Abfolge der Dinge in diesem Sinne liegt bereits in der Natur der Sache. Ein Regelungsgehalt der Klausel in dem von der Klage geltend gemachten Sinne, dass sich die Beklagte dadurch die Annahme des Vertrages für einen unbestimmt langen Zeitraum vorbehalten wollte, kommt aber in der Verwendung des Wortes „sobald“ dennoch nicht ernstlich zum Ausdruck und erweist sich vielmehr auch aus der typisierten Sicht eines redlichen Durchschnittsverbrauchers als eine nur theoretisch denkbare, praktisch aber fernliegende Verständnismöglichkeit. Für eine Klausel in dem von dem Kläger behaupteten Sinne bestand nämlich auch aus der Sicht der Beklagten überhaupt kein nachvollziehbarer Bedarf, denn auch die gesetzliche Regelung in § 147 Abs. 2 BGB ist in jeder Hinsicht bereits ausreichend flexibel, um den vorübergehenden, technisch bedingten Unsicherheiten bis zu der endgültigen Bestätigung des zugesagten Vertragsinhaltes in ausreichendem Maße Rechnung zu tragen, ganz davon abgesehen, dass es für die Beklagte auch ein Leichtes gewesen wäre, ein entsprechendes Zeitmoment sprachlich in einer erheblich eindeutigeren Art und Weise zum Ausdruck zu bringen, wenn es ihr auf ein derartiges Moment tatsächlich angekommen wäre.

- 20 -

Tatsächlich handelt es sich bei der Klausel daher vielmehr um den Fall einer bloßen Wiederholung des Gesetzesinhalts ohne die Vereinbarung einer abweichenden oder ergänzenden Regelung, der gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB einer AGB-Kontrolle anhand der §§ 307 Abs. 1 und 2, 308 und 309 BGB - abgesehen von der Möglichkeit einer stets zulässigen, hier aber ebenfalls nicht relevanten Transparenzkontrolle - ohnehin entzogen ist. Insbesondere ein - von dem Landgericht jedoch angenommener - Fall des § 308 Nr. 1 BGB kann hier daher schon aus diesem Grunde nicht vorliegen, abgesehen davon, dass auch schon die sich aus § 147 Abs. 2 BGB ergebende Zeitspanne für die Annahme eines Vertrages immer von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängt und deshalb in einem gewissen Ausmaß unbestimmt ist, so dass die unzulässige Unbestimmtheit einer Annahmefrist im Sinne von § 308 Nr. 1 BGB folglich in ihrem Ausmaß und/oder in ihrer Qualität über die sich ohnehin bereits aus dem Gesetz ergebende Unsicherheit über den zulässigen Annahmezeitraum in irgendeiner Weise hinaus gehen müsste, woran es jedoch spätestens fehlt.

V.

Gemäß § 5 UKlaG i.V.m. § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG sind dem Kläger auch die - der Höhe nach von der Beklagten nicht beanstandeten und im Wege der Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO auch von dem Senat für angemessen erachteten - Kosten der vorgerichtlichen Abmahn Tätigkeit des Klägers zu erstatten. Die Abmahnung des Klägers vom 14. Juli 2010 (Anlage K 6) war berechtigt, weil der geltend gemachte Unterlassungsanspruch jedenfalls überwiegend begründet ist. Eine Kürzung der Abmahnkosten erscheint angesichts der ohnehin erfolgten Pauschalierung nicht geboten (BGH NJW 2010, 2179 ff. = WM 2010, 2719 ff. = juris Rn 55; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Auflage, § 5 UKlaG Rn 8a m.w.N.). Der Anspruch auf die Verzinsung der Abmahnkosten beruht auf §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

VI.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 ZPO.

- 21 -

VII.

Gegen die Entscheidung über die Zulässigkeit der wirtschaftlich sowohl für die Beklagte wie auch für die Verbraucher besonders bedeutsamen „Bandbreitenklausel“ - Ziffer I 1 a) des Urteilstenors - wird gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO die Revision zugelassen.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 7.500,00 €

Richter am OLG

Richter am OLG

Richterin am OLG