



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Aktenzeichen: VIII ZR 219/08

Urteil vom 9. Dezember 2009

In dem Rechtsstreit

...

gegen

...

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 2009 durch die Dr. ..., die Richter ... und ..., die Richterin ... und den Richter ...

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 26. Juni 2008 - auch im Kostenpunkt - teilweise aufgehoben und das Urteil des Landgerichts München I, 12. Zivilkammer, vom 24. Januar 2008 teilweise geändert.

Die Klage wird bezüglich der Klausel

"Das Rückgaberecht besteht entsprechend § 312d Abs. 4 BGB unter anderem nicht bei Verträgen

- zur Lieferung von Waren die nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind oder die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind oder schnell verderben können oder deren Verfallsdatum überschritten würde;
- zur Lieferung von Audio- und Videoaufzeichnungen (u.a. auch CDs oder DVDs) oder von Software, sofern die gelieferten Datenträger vom Verbraucher entsiegelt worden sind oder
- zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten."

abgewiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Von den Kosten der Rechtsmittelinstanzen tragen der Kläger 1/3 und die Beklagte 2/3.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. Er ist in die gemäß § 4 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) bei dem Bundesverwaltungsamt geführte Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragen. Die Beklagte betreibt über die Internethandelsplattform eBay Handel unter anderem mit Heimtextilien, Kinder- und Babybekleidung sowie Babyausstattungen. Auf der bei eBay bestehenden Internetseite der Beklagten können durch Anklicken des unterstrichenen Worts "AGB" ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgerufen und ausgedruckt werden. Darin heißt es unter anderem:

"Die M. Versandhaus GmbH [Beklagte] (...) bietet Kunden ihr Sortiment unter anderem auch über den Online Marktplatz eBay zum Kauf an. Für die auf diesem Marktplatz begründeten Geschäftsbeziehungen zum Kunden gelten die nachstehenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB).

4. Rückgaberecht und -folgen

[im Folgenden im Original im Fettdruck hervorgehoben:]

Verbrauchern steht nach den Vorschriften über Fernabsatzverträge in Bezug auf die gekauften Artikel ein Rückgaberecht nach Maßgabe der folgenden Belehrung zu:

4.1

Der Verbraucher kann die erhaltene Ware ohne Angabe von Gründen innerhalb eines Monats durch Rücksendung der Ware zurückgeben. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt der Ware und dieser Belehrung. Nur bei nicht paketversandfähiger Ware (...) kann die Rückgabe auch durch Rücknahmeverlangen in Textform, also z.B. per Brief, Fax oder eMail erklärt werden. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung der Ware oder des Rücknahmeverlangens. In jedem Fall erfolgt die Rücksendung auf Kosten und Gefahr der M. Versandhaus GmbH.

(...)

4.3

Das Rückgaberecht besteht entsprechend § 312d Abs. 4 BGB unter anderem nicht bei Verträgen

? zur Lieferung von Waren die nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind oder die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind oder schnell verderben können oder deren Verfallsdatum überschritten würde;

? zur Lieferung von Audio- und Videoaufzeichnungen (u.a. auch CDs oder DVDs) oder von Software, sofern die gelieferten Datenträger vom Verbraucher entsiegelt worden sind oder

? zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten.

4.4

Im Falle einer wirksamen Rückgabe sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren und ggfs. gezogene Nutzungen (z.B. Gebrauchsvorteile) heraus zu geben. Bei einer Verschlechterung der Ware kann Wertersatz verlangt werden. Dies gilt nicht, wenn die Verschlechterung der Ware ausschließlich auf deren Prüfung - wie sie dem Verbraucher etwa im Ladengeschäft möglich gewesen wäre - zurückzuführen ist."

Mit seiner Klage nimmt der Kläger die Beklagte auf Unterlassung der künftigen Verwendung der Bestimmungen Ziffer 4.1 Satz 2 (im Folgenden Klausel 1), Ziffer 4.3 (im Folgenden Klausel 2) und Ziffer 4.4 Sätze 2 und 3 (im Folgenden Klausel 3) in mit Verbrauchern über die Internethandelsplattform eBay zu

schließenden Kaufverträgen sowie darauf in Anspruch, es zu unterlassen, sich bei der Abwicklung von nach dem 31. Dezember 2004 in dieser Form geschlossenen Kaufverträgen auf diese Bestimmungen zu berufen. Er verlangt ferner Aufwendungsersatz in Höhe von 200 ? nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung für die von ihm mit Schreiben vom 17. Januar 2007 ausgesprochene, fruchtlos gebliebene Abmahnung.

Das Landgericht hat der Klage zum überwiegenden Teil - hinsichtlich der Klauseln 2 und 3 und hinsichtlich des Zahlungsanspruchs - stattgegeben. Auf die Berufungen beider Parteien hat das Berufungsgericht das Urteil abgeändert und der Klage unter Ermäßigung der Zinsen auf 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz auch hinsichtlich der Klausel 1 stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger hat seinen Unterlassungsantrag bei der Abwicklung bestehender Verträge, der ursprünglich weitergehend auf die Zeit ab dem 1. April 1977 gerichtet war, im Revisionsverfahren hinsichtlich aller drei Klauseln auf die Zeit nach dem 31. Dezember 2004 beschränkt.

Gründe

Die Revision hat nur teilweise Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht (OLG München, OLGR 2008, 609 ff.) hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Dem Kläger stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG wegen der Klausel 1 zu. Die Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot und sei deshalb unwirksam (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Sie stelle nur auf zwei Umstände für den Beginn des Fristlaufs ab, nämlich den Erhalt der Ware und den Erhalt "dieser Belehrung". Nach dem Gesetz sei der Beginn des Fristlaufs aber noch von weiteren Voraussetzungen abhängig. Das könne der Durchschnittsverbraucher der Klausel 1 zwar entnehmen, er werde aber im Unklaren darüber gelassen, welche Voraussetzungen dies seien. Es bestehe deshalb die Gefahr, dass er bei Nichterfüllung der betreffenden weiteren Voraussetzungen die Frist irrig für bereits abgelaufen halte und von der Ausübung eines ihm an sich noch zustehenden Rückgaberechts absehe. Es könne dahinstehen, ob die Klausel 1 auch deshalb unwirksam sei, weil dem Verbraucher nicht hinreichend verdeutlicht werde, dass es für den Fristbeginn auf den Erhalt der Belehrung über das Rückgaberecht in Textform ankomme.

Auch die Klausel 2 verstoße gegen das Transparenzgebot und sei deshalb unwirksam. Sie sei aufgrund der verwendeten Worte "entsprechend" und "unter anderem" dahin auszulegen, dass über die in der Klausel aufgeführten Ausschlussfälle hinaus ein Ausschluss des Rückgaberechts auch in weiteren nicht näher bestimmten Fällen vereinbart werde. Der Durchschnittsverbraucher werde die Vorschrift des § 312d Abs. 4 BGB in der Regel weder nachlesen, noch werde ihm ihr Inhalt bekannt sein. Selbst wenn dies der Fall sei, verblieben Zweifel, ob mit der Klausel nur die in § 312d Abs. 4 BGB wiedergegebenen Ausschlussfälle gemeint seien. Es bestehe die Gefahr der Benachteiligung des Verbrauchers, wenn die Beklagte ihm über die aufgeführten Fälle hinaus weitere entgegengesetzte, in denen kein Rückgaberecht bestehe.

Ein Unterlassungsanspruch bestehe auch wegen der Klausel 3. Die Bestimmung sei dahin auszulegen, dass die Beklagte im Falle der Ausübung des Rückgaberechts Wertersatz auch für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der gekauften Sache eintretende Verschlechterung verlangen könne. In dieser Auslegung weiche die Klausel 3 von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Halbs. 2 BGB ab und sei deshalb unwirksam. Die Sonderregelung des § 357 Abs. 3 BGB greife nicht ein. Den Voraussetzungen von § 357 Abs. 3 BGB werde bei von der Beklagten mit Verbrauchern über die Internethandelsplattform eBay zu schließenden Kaufverträgen nicht genügt, weil dabei der von § 357 Abs. 3 BGB vorausgesetzte Hinweis in Textform spätestens bei Vertragsschluss nicht möglich sei. Allein das Bereithalten von Informationen über eine Internetseite erfülle die Voraussetzungen der Textform nicht. Da der Vertragsschluss zwischen der Beklagten und dem Verbraucher nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay bereits dann

zustande komme, wenn der Verbraucher die Festpreis-Funktion "Sofort-Kaufen" ausübe, könne bis zu einem Vertragschluss kein Hinweis in Textform erfolgen. Davon gehe auch die Beklagte aus.

Wegen der Abmahnung stehe dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 5 UKlaG in Verbindung mit § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu.

II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der Klausel 1 zusteht (§ 1 UKlaG in Verbindung mit § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Rügen der Revision greifen dagegen nicht durch. Die Klausel 1 enthält keinen ausreichenden Hinweis auf den Beginn der Rückgabefrist und trägt damit nicht den gesetzlichen Anforderungen Rechnung, die an eine Belehrung gestellt werden (§ 312d Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2, § 356 Abs. 2, § 355 Abs. 2 BGB). Die formularmäßige Verwendung der nicht den Anforderungen des Gesetzes entsprechenden Belehrung begründet die Gefahr der Irreführung der Verbraucher und benachteiligt sie unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

a) Nach § 356 Abs. 2, § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB beginnt die Rückgabefrist mit dem Zeitpunkt, zu dem dem Verbraucher eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Rückgaberecht, die unter anderem einen Hinweis auf den Fristbeginn zu enthalten hat, in Textform mitgeteilt worden ist. Ziel dieser Vorschrift ist es, den regelmäßig rechtsunkundigen Verbraucher über den Beginn der Rückgabefrist eindeutig zu informieren, damit der Verbraucher über die sich daraus ergebende Berechnung ihres Ablaufs nicht im Unklaren ist. Der mit der Einräumung des befristeten Rückgaberechts beabsichtigte Schutz des Verbrauchers erfordert eine möglichst umfassende, unmissverständliche und aus dem Verständnis der Verbraucher eindeutige Belehrung (BGHZ 172, 58, Tz. 13; BGH, Urteil vom 10. März 2009 - XI ZR 33/08, WM 2009, 932, Tz. 14; jeweils m.w.N.).

b) Diesen Anforderungen genügt die von der Beklagten verwendete Klausel 1 nicht. Sie belehrt den Verbraucher über den nach § 355 Abs. 2 BGB maßgeblichen Beginn der Widerrufsfrist nicht richtig.

aa) Die Belehrung ist nicht unmissverständlich. Aus der Sicht eines unbefangenen durchschnittlichen Verbrauchers, auf den abzustellen ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 2009, aaO, Tz. 16), kann die Klausel 1 den Eindruck erwecken, die Belehrung sei bereits dann erfolgt, wenn er sie lediglich zur Kenntnis nimmt, ohne dass sie ihm entsprechend den gesetzlichen Anforderungen in Textform mitgeteilt worden ist (aA OLG Köln, OLGR 2007, 695, 699 f.). Ein in knapper Form möglicher Hinweis - beispielsweise durch die Worte "des Erhalts dieser Belehrung in Textform" (so nunmehr auch die insoweit geänderte Anlage 3 zu § 14 Abs. 2 und 3 BGB-InfoV [BGB-Informationspflichten-Verordnung in der Fassung der Dritten Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung vom 4. März 2008, BGBl. I S. 292; dazu Föhlich, MMR 2008, 205 f.]) - verdeutlicht dem Verbraucher dagegen, dass die Widerrufsfrist erst und nur dann zu laufen beginnt, wenn ihm die Belehrung in einer bestimmten Form zugegangen ist. Der Schwierigkeit, dass der Verbraucher - wie die Revision meint - unter Umständen den Begriff der Textform nicht kennt, kann dadurch begegnet werden, dass der Begriff erklärend definiert wird, wie dies die Beklagte selbst in Ziffer 4.1 Satz 3 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen tut.

bb) Die Belehrung ist ferner nicht möglichst umfassend. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Verbraucher der Klausel 1 wegen des verwendeten Worts "frühestens" zwar entnehmen kann, dass der Beginn des Fristlaufs noch von weiteren Voraussetzungen abhängt, jedoch darüber im Unklaren gelassen wird, um welche Voraussetzungen es sich dabei handelt.

Zwar ist der Revision zuzugeben, dass die Formulierung einer möglichst umfassenden und trotzdem für den durchschnittlichen Verbraucher verständlichen und seine Auffassungsbereitschaft nicht überfordernden Belehrung bei einem Fernabsatzvertrag im elektronischen Geschäftsverkehr Schwierigkeiten bereitet. Es reicht für eine umfassende Belehrung aber nicht aus, nur zwei Voraussetzungen für den Fristlauf anzugeben,

wenn es möglich ist, die gesetzlichen Voraussetzungen für den Beginn des Laufs der Rückgabefrist - wenn auch gegebenenfalls unter Verweis auf die Vorschriften der § 312c Abs. 2, § 312e Abs. 1 Satz 1 BGB - in kurzer Form anzugeben und dem Verbraucher dadurch zu verdeutlichen, woraus sich die weiteren Voraussetzungen für den Fristlauf ergeben (aA OLG Köln, aaO). Davon geht, wie die insoweit geänderte Anlage 3 zu § 14 Abs. 2 und 3 BGB-InfoV zeigt (vgl. Gestaltungshinweis 2 Satz 2 zur Anlage 3 der BGB-Informationspflichten-Verordnung, aaO), nunmehr auch der Verordnungsgeber aus.

c) Die formularmäßige Verwendung der nicht den Anforderungen des Gesetzes entsprechenden Belehrung begründet die Gefahr der Irreführung der Verbraucher und benachteiligt sie unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Dabei kann offen bleiben, ob die Belehrung eine echte Rechtspflicht oder nur eine Obliegenheit der Beklagten darstellt (vgl. EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2005 - Rs. C-350/03, NJW 2005, 3551, Rdnr. 98 - Schulte/Badenia; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 355 Rdnr. 13; MünchKommBGB/Masuch, 5. Aufl., § 355 Rdnr. 44; offen gelassen von BGH, Urteil vom 16. Mai 2006 - XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, Tz. 37; vgl. auch BGHZ 109, 127, 130). Denn wenn eine Belehrung erteilt wird, muss sie ordnungsgemäß sein, um dem Schutzzweck der § 312d Abs. 1, § 355 Abs. 2 BGB Rechnung zu tragen (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2009 - XI ZR 156/08, WM 2009, 1497, Tz. 17). Das ist hier - wie ausgeführt - nicht der Fall. Es besteht deshalb die Gefahr, dass die Verbraucher über die für das Rückgaberecht bestehenden Voraussetzungen und auch darüber, ob eine ordnungsgemäße Belehrung erfolgt ist, irreführt werden.

d) Zutreffend geht das Berufungsgericht schließlich davon aus, dass eine gemäß § 1 UKlaG bestehende Unterlassungspflicht auch auf diejenigen Fälle erstreckt werden kann, in denen der beklagte Verwender die unwirksamen Klauseln bereits in vor dem Erlass des Urteils abgeschlossene, aber noch nicht abgewickelte Verträge eingeführt hat und sich nach Urteilserlass zur Durchsetzung seiner Rechte auf diese Klauseln berufen will (Senatsurteil vom 11. Februar 1981 - VIII ZR 335/79, NJW 1981, 1511, unter II 2 c, III; BGHZ 127, 35, 37; Senatsurteil vom 21. September 2005 - VIII ZR 284/04, WM 2005, 2250, unter II). Eine Pflicht, sich bei der Abwicklung bestehender Verträge nicht auf eine bestimmte Klausel zu berufen, besteht allerdings nur dann, wenn die Klausel nach den für den jeweiligen Vertrag geltenden gesetzlichen Regelungen unwirksam ist (vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 - III ZR 54/02, NJW 2003, 1237, unter I 2).

Das war indes hinsichtlich der Klausel 1 für die noch streitgegenständliche Zeit seit dem 1. Januar 2005 der Fall. Seit dem 1. Januar 2005 gelten die Vorschriften der §§ 312c, 355, 356 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) mit den durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen vom 2. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3102) vorgenommenen Änderungen, sowie § 14 Abs. 2 der BGB-Informationspflichten-Verordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 2002 (BGBl. I S. 3002).

Zwar war eine der Klausel 1 entsprechende Regelung bis zum Inkrafttreten der Dritten Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung vom 4. März 2008 (aaO) am 1. April 2008 wortgleich in dem Muster für die Rückgabebelehrung (Anlage 3 zu § 14 Abs. 2 BGB-InfoV) enthalten. Das führt aber für den Zeitraum vor dem 1. April 2008 nicht zur Wirksamkeit der Klausel 1 (§ 14 Abs. 2 BGB-InfoV), weil die Beklagte - wie das Berufungsgericht von der Revision unangegriffen festgestellt hat - kein Formular verwendet hat, das dem Muster der Anlage 3 zur BGB-Informationspflichten-Verordnung in der vor dem 1. April 2008 geltenden Fassung vollständig entsprach (vgl. BGHZ 172, 58, Tz. 12). Sie kann deshalb aus § 14 Abs. 2 BGB-InfoV keine ihr günstigen Rechtswirkungen herleiten.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der Klausel 2 hingegen nicht zu. Die Klausel 2 genügt - auch unter Berücksichtigung der Änderung von § 312d Abs. 4 Nr. 3 BGB durch das Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2413) - den gesetzlichen Anforderungen an eine möglichst umfassende, unmissverständliche und aus dem Verständnis der Verbraucher eindeutige Belehrung (§ 312d Abs. 1 Satz 2

und Abs. 2, § 356 Abs. 2, § 355 Abs. 2 BGB).

a) Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Beklagte nicht verpflichtet, für jeden angebotenen Artikel gesondert anzugeben, ob dem Verbraucher insoweit ein Rückgaberecht zusteht, und folglich für Fernabsatzverträge im elektronischen Geschäftsverkehr verschiedene Versionen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwenden. Eine solche Pflicht lässt sich aus dem sich aus § 355 Abs. 2 BGB ergebenden Erfordernis einer möglichst umfassenden, unmissverständlichen und aus dem Verständnis der Verbraucher eindeutigen Belehrung nicht ableiten.

aa) Zwar weist der Kläger zu Recht darauf hin, dass die Belehrung grundsätzlich keine anderen Erklärungen enthalten darf, um die vom Gesetz bezweckte Verdeutlichung (§ 355 Abs. 2 Satz 1 BGB) des Rechts zum Widerruf beziehungsweise der Rückgabe nicht zu beeinträchtigen (BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 - I ZR 55/00, NJW 2002, 3396, unter II 3 a). So liegt es hier aber schon deshalb nicht, weil die Belehrung Angaben über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rückgaberechts enthalten muss (§ 312c Abs. 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV), so dass die Angaben über die Ausschlusstatbestände einen Teil der Belehrung bilden (vgl. auch MünchKomm BGB/Wendehorst, 5. Aufl., § 312c Rdnr. 40).

bb) Eine Belehrung, die dem Verbraucher die Beurteilung überlässt, ob die von ihm erworbene Ware unter einen Ausschlusstatbestand fällt, ist auch nicht missverständlich. Es trifft zwar zu, dass über die Auslegung der Ausschlusstatbestände Zweifel bestehen (vgl. Senatsurteil vom 18. März 2009 - VIII ZR 149/08, ZGS 2009, 277, Tz. 9 ff.). Diese Auslegungszweifel werden aber nicht dadurch beseitigt, dass die Beklagte bei - ihrer Meinung nach - den Ausschlusstatbeständen unterfallenden Fernabsatzverträgen lediglich darüber belehrt, dass ein Rückgaberecht nicht bestehe. Der Verbraucher erhalte in diesem Fall deutlich weniger Informationen, als wenn er über den gesetzlichen Wortlaut der Ausschlusstatbestände informiert wird. Dies ermöglicht dem Verbraucher vielmehr, sich eine abweichende Meinung zu bilden und auf eine Klärung hinzuwirken.

b) Die Beklagte ist nicht verpflichtet, sämtliche in § 312d Abs. 4 BGB enthaltenen Ausschlusstatbestände in der Klausel 2 aufzuführen. Die Revision weist hinsichtlich der nicht in der Klausel 2 enthaltenen Ausschlusstatbestände zu Recht darauf hin, dass sie von vornherein in dem Geschäftsbetrieb der Beklagten nicht relevant werden können und deshalb aus Gründen der Klarheit und Übersichtlichkeit nicht in die Belehrung aufgenommen wurden. Dagegen ist nichts einzuwenden. Im Gegenteil bestünde bei einer Aufnahme des Ausschlusstatbestandes des § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB die Gefahr, dass der durchschnittliche Verbraucher - weil ihm nicht bekannt ist, dass die auf der Internethandelsplattform eBay veranstalteten Online-Auktionen keine Versteigerungen im Sinn des § 156 BGB darstellen (Senatsurteil vom 3. November 2004 - VIII ZR 375/03, WM 2004, 2457, unter II 2) - fälschlich davon ausgeht, dass ein Rückgaberecht bei Online-Auktionen generell nicht besteht. Die vollständige Aufnahme der von vornherein nicht relevanten Ausschlusstatbestände mit dem erläuternden Zusatz, dass sich die Ausnahme der Nummer 5 nicht auf Online-Auktionen bezieht, würde die Belehrung dagegen unnötig kompliziert gestalten (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2002, aaO).

c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erweckt die Klausel 2 aus der Sicht eines unbefangenen durchschnittlichen Kunden, auf den abzustellen ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 2009, aaO, Tz. 16), nicht den Eindruck, dass über die in der Klausel aufgeführten drei Ausschlusstatbestände hinaus ein Ausschluss des Rückgaberechts auch für weitere Fälle vereinbart wird, die nicht näher bestimmt sind und die von der Beklagten im Einzelfall geltend gemacht werden könnten. Der Senat kann die Auslegung der Klausel 2 unbeschränkt nachprüfen, weil sie bundesweit Verwendung findet (st. Rspr., Senatsurteil vom 18. Juli 2007 - VIII ZR 227/06, WM 2007, 2078, Tz. 20).

Das in der Klausel 2 enthaltene Wort "entsprechend" verweist im Sinne einer Bezugnahme auf die gesetzliche Regelung, die - in der bis zum 3. August 2009 geltenden Fassung - wörtlich wiedergegeben wird. Auf die den Worten "gemäß" und "entsprechend" in der juristischen Fachsprache beigelegten Bedeutungsabstufungen kommt es dabei nicht an. Vielmehr ist die Bedeutung maßgeblich, die dem Wort "entsprechend" nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zukommt (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juni 1983 - IVa

ZR 31/82, NJW 1983, 2638, unter 1). Danach wird das Wort "entsprechend" synonym mit "gemäß" verwendet. Aus den verwendeten Worten "unter anderem" kann der Verbraucher ableiten, dass in der Vorschrift des § 312d Abs. 4 BGB weitere Ausschlusstatbestände genannt sind. Der Klausel 2 lässt sich deshalb nur entnehmen, dass die in der Vorschrift des § 312d Abs. 4 BGB angegebenen Ausschlusstatbestände gelten sollen, nicht aber, dass die Beklagte sich auf weitere, dort nicht genannte Fälle soll berufen dürfen. Die Gefahr, dass die Beklagte dem Verbraucher unter Berufung auf die Klausel 2 missbräuchlich weitere Ausschlusstatbestände entgegenhält, mag zwar nicht auszuschließen sein. Dabei handelt es sich aber um die generell bestehende Gefahr, dass der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer wirksamen Klausel missbräuchlich eine Bedeutung beilegt, die sie in Wirklichkeit nicht besitzt. Dagegen bietet das Unterlassungsklageverfahren keinen Schutz.

d) Etwas anderes gilt schließlich auch nicht, soweit § 312d Abs. 4 Nr. 3 BGB durch das Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29. Juli 2009 (aaO) mit Wirkung vom 4. August 2009 geändert worden ist (aaO). Nach § 312d Abs. 4 Nr. 3 BGB nF, an dem der in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch zu messen ist (vgl. BGHZ 160, 393, 395 m.w.N.), besteht ein Widerrufsrecht nicht bei Fernabsatzverträgen zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten, es sei denn, dass der Verbraucher seine Vertragserklärung telefonisch abgegeben hat. Der Umstand, dass die Klausel 2 wegen der zwischenzeitlich erfolgten Gesetzesänderung die nunmehr in § 312d Abs. 4 Nr. 3 BGB enthaltene, die telefonische Abgabe der Vertragserklärung betreffende Gegen Ausnahme nicht aufführt, ist vorliegend allerdings unschädlich. Der Kläger macht Unterlassungsansprüche nur wegen mit Verbrauchern über die Internethandelsplattform eBay zu schließende Kaufverträge geltend, so dass ein Fall, in dem die Voraussetzungen der Vorschrift des § 312d Abs. 4 Nr. 3 Halbs. 2 BGB erfüllt sind, von vornherein nicht gegeben sein kann.

3. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der Klausel 3 zusteht (§ 1 UKlaG in Verbindung mit § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

a) Nach § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB hat der Schuldner im Falle des Rücktritts Wertersatz zu leisten, soweit der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist; jedoch bleibt die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung außer Betracht. Abweichend von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Halbs. 2 BGB hat der Verbraucher im Fall der Ausübung eines Rückgaberechts gemäß § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB Wertersatz auch für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung zu leisten, wenn er spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, sie zu vermeiden. Dies gilt nicht, wenn die Verschlechterung ausschließlich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen ist (§ 357 Abs. 3 Satz 2 BGB).

Bei der Auslegung dieser Bestimmungen ist zu beachten, dass Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG Nr. L 144 S. 19; im Folgenden: Richtlinie) einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der der Verkäufer vom Verbraucher für die Nutzung einer durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekauften Ware in dem Fall, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht fristgerecht ausübt, generell Wertersatz für die Nutzung der Ware verlangen kann. Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der Richtlinie stehen jedoch nicht einer Verpflichtung des Verbrauchers entgegen, für die Benutzung der Ware Wertersatz zu leisten, wenn er sie auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung unvereinbare Art und Weise benutzt hat, sofern die Zielsetzung der Richtlinie und insbesondere die Wirksamkeit und die Effektivität des Rechts auf Widerruf nicht beeinträchtigt werden (EuGH, Urteil vom 3. September 2009 - Rs. C-489/07, NJW 2009, 3015 - Messner/Krüger).

b) Es kann hier offen bleiben, wie die Vorschrift des § 357 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB unter Berücksichtigung der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 3. September 2009 (aaO) auszulegen ist (vgl. Lapp, jurisPR-ITR 19/2009 Anm. 2, unter D). Denn die Klausel 3 ist bereits deshalb unwirksam, weil sie den gesetzlichen Anforderungen an eine Belehrung gemäß § 356 Abs. 2, § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB - unabhängig von den sich nach der Entscheidung des Gerichtshofs (aaO) hinsichtlich der

Auslegung der Vorschriften der §§ 312d, 355, 357, 346 BGB stellenden Fragen - nicht genügt. Die formulärmäßige Verwendung dieser nicht den Anforderungen des Gesetzes entsprechenden Belehrung begründet die Gefahr der Irreführung der Verbraucher und stellt eine unangemessene Benachteiligung dar (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Zwar erfordert das Gesetz keine umfassende, alle möglicherweise in Betracht kommenden Fallgestaltungen berücksichtigende Belehrung über die für den Fall der Ausübung des Rückgaberechts eintretenden Rechtsfolgen (§§ 346 ff. BGB). Die Belehrung muss aber einen Hinweis auf die Rechtsfolgen des § 357 Abs. 1 und 3 BGB enthalten. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV in der seit dem 8. Dezember 2004 geltenden Fassung (Art. 3 des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen vom 2. Dezember 2004; BGBl. I S. 3102), der die Überschrift zu § 357 BGB wiederholt (vgl. BT-Drs. 15/2949, S. 26). Es folgt ferner aus der Entstehungsgeschichte von § 312 Abs. 2 BGB, weil diese Vorschrift geschaffen wurde, um einen Gleichlauf der Belehrungspflichten über die Rechtsfolgen bei Fernabsatzverträgen und Haustürgeschäften zu erreichen (vgl. BT-Drs. 14/7052, S. 190 f.).

Wenn - wovon das Berufungsgericht ausgeht - die Erteilung eines den Voraussetzungen des § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB genügenden Hinweises bei Vertragsschlüssen über eBay von vornherein ausgeschlossen ist, weil der Vertrag zustande kommt, ohne dass der erforderliche Hinweis spätestens bei Vertragsschluss in Textform erteilt werden kann (str.; so auch OLG Stuttgart, ZGS 2008, 197, 200; KG, MMR 2008, 541, 543), ist die Klausel 3 unwirksam, weil sie keinen Hinweis darauf enthält, dass für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung kein Wertersatz zu leisten ist (vgl. Gestaltungshinweis 6 zu Anlage 3 BGB-InfoV).

Selbst wenn aber - wie die Revision meint - die Beklagte einen den Voraussetzungen des § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB genügenden Hinweis in der erforderlichen Textform auch noch bis zum Erhalt der Ware erteilen könnte (§ 312c Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB; so OLG Hamburg, OLGR 2007, 657 f.), müsste die Klausel 3 jedenfalls darauf hinweisen, dass eine Wertersatzpflicht für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung nur unter dieser Voraussetzung besteht (§ 312c Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV). Auch das ist hier nicht der Fall.

c) Ein Verbot der Klausel im abstrakten Kontrollverfahren ist - anders als die Revision meint - auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Beklagte die Möglichkeit hat, im Einzelfall oder auch generell einen Hinweis gemäß § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB gesondert zu erteilen und damit die Voraussetzungen für das Bestehen einer Wertersatzpflicht bei bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme (noch) zu schaffen (vgl. BGHZ 116, 1, 3). Eine solche etwaige gesonderte Hinweiserteilung ist ein Merkmal der konkreten Fallgestaltung, das nicht Bestandteil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist und deshalb bei der vom Einzelfall losgelösten abstrakten Wirksamkeitsprüfung im Unterlassungsverfahren außer Betracht bleiben muss (BGHZ 116, 1, 5).

d) Wie bereits ausgeführt, erstreckt sich die Unterlassungspflicht - unter der Voraussetzung, dass die Klausel nach den für den jeweiligen Vertrag geltenden gesetzlichen Regelungen unwirksam ist - auch auf diejenigen Fälle, in denen der beklagte Verwender die unwirksamen Klauseln bereits in vor dem Erlass des Urteils abgeschlossene, aber noch nicht abgewickelte Verträge eingeführt hat und sich nach Urteilserlass zur Durchsetzung seiner Rechte auf diese Klauseln berufen will. Das war hinsichtlich der Klausel 3 für die noch streitgegenständliche Zeit seit dem 1. Januar 2005 der Fall. Seit dem 1. Januar 2005 gelten die Vorschriften der §§ 357, 346 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (aaO) sowie § 10 Abs. 1 Nr. 10 der BGB-Informationspflichten-Verordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 2002 (aaO), jeweils mit den durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen vom 2. Dezember 2004 (aaO) vorgenommenen Änderungen.

4. Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass dem Kläger wegen der Abmahnung ein Anspruch auf Aufwendungsersatz in der geltend gemachten und von der Revision nicht angegriffenen Höhe zusteht (§ 5 UKlaG, § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG). Der Anspruchsberechtigte kann die Kostenpauschale auch dann in voller

Höhe verlangen, wenn die Abmahnung nur zum Teil berechtigt war (BGHZ 177, 253, Tz. 50 m.w.N.). Das ist hier der Fall.

III.

Das Berufungsurteil kann danach mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten wegen der Klausel 2 zurückgewiesen hat. Es ist daher wie aus dem Tenor ersichtlich aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, weil keine weiteren Feststellungen zu treffen sind (§ 563 Abs. 3 ZPO). Wegen der Klausel 2 ist die Unterlassungsklage nach dem oben Ausgeführten abzuweisen. Im Übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

(Unterschriften)