

§ 307 BGB

## „Endgerätfreiheit“: Internetanbieter darf Internetnutzung nicht auf mobile Endgeräte beschränken

BGH, Urt. v. 04.05.2023 – III ZR 88/22, GRUR-RS 2023, 15256

### Fall

Unternehmen B bietet Mobilfunkdienstleistungen zu verschiedenen Tarifen an, dabei auch den Tarif „Free Unlimited“ mit einem unbegrenzten Datenvolumen. Der Tarif enthält nach Angaben von B einen mobilen Internetzugang mit einer geschätzten maximalen Datenübertragungsrate für „mobiles Surfen über LTE mit bis zu 225 Mbit/s“. So steht es auch in der Beschreibung des Tarifes, die den Kunden vorliegt.

In den Vertragsbedingungen, die den zahlreichen Privatkunden der B vorformuliert bei Vertragsschluss ausgehändigt werden, heißt es:

*„Der mobile Internetzugang kann/darf nur mit Smartphones, Tablets oder sonstigen Geräten genutzt werden, die eine mobile Nutzung unabhängig von einem permanenten kabelgebundenen Stromanschluss ermöglichen (nicht z.B. in stationären LTE-Routern).“*

K ist die Dachorganisation der Verbraucherzentralen der Länder. Sie koordiniert die verbraucherpolitische Arbeit der insgesamt 16 Verbraucherzentralen und ist eine eingetragene Einrichtung i.S.d. § 4 UKlaG.

K ist der Ansicht, dass die Klausel die Kunden der B unangemessen benachteiligt und deswegen unzulässig ist. Denn die Verordnung (EU) 2015/2120 bestimme, dass Endnutzer eines Internetzugangsdienstes das Recht haben, den Internetzugang mit Endgeräten ihrer Wahl zu nutzen.

Art 3 der EU-Verordnung lautet:

*Abs. 1: „Endnutzer haben das Recht, über ihren Internetzugangsdienst, unabhängig vom Standort des Endnutzers oder des Anbieters und unabhängig von Standort, Ursprung oder Bestimmungsort der Informationen, Inhalte, Anwendungen oder Dienste, Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten, Anwendungen und Dienste zu nutzen und bereitzustellen und Endgeräte ihrer Wahl zu nutzen.“*

*Abs. 2: „Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten wie Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit sowie die Geschäftspraxis der Anbieter von Internetzugangsdiensten dürfen die Ausübung der Rechte der Endnutzer gemäß Absatz 1 nicht einschränken.“*

B ist hingegen der Meinung, dass die EU-Endgerätfreiheit bei Mobiltarifen nur eingeschränkt anwendbar ist.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der Klausel?

### Lösung

Ein Anspruch auf Unterlassung gegen B könnte sich aus **§§ 1, 3 Abs. 1 UKlaG** i.V.m. **§ 307 BGB** ergeben.

I. K müsste **aktivlegitimiert** sein. Wer den Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG geltend machen kann, ist abschließend in § 3 UKlaG geregelt. Bei K han-

### Leitsätze

1. Das Recht der Endnutzer eines Internetzugangsdienstes, Endgeräte ihrer Wahl zu nutzen (Endgerätwahlfreiheit), kann vertraglich nicht abbedungen werden.

2. Die Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Telekommunikationsunternehmens, mit der die vertragsgemäße Nutzung des Internetzugangs auf Endgeräte beschränkt wird, die eine mobile Nutzung unabhängig von einem permanenten kabelgebundenen Stromanschluss ermöglichen, verstößt gegen die Endgerätwahlfreiheit und ist damit unwirksam.

Der **Einstieg in die Klausur** ist ungewöhnlich. Allerdings weist bereits der Sachverhalt auf das UKlaG hin, sodass eine Anspruchsgrundlage für den Unterlassungsanspruch zunächst hier zu suchen war (Nr. 105 im Habersack). Sodann folgt eine „normale“ AGB-Prüfung.

**AGB-Kontrolle:**

- I. Anwendbarkeit, § 310 Abs. 4 BGB
- II. Vorliegen von AGB, § 305 Abs. 1 BGB
- III. Einbeziehung, § 305 Abs. 2 u. 3 BGB
  1. Beachte: § 310 Abs. 1 u. Abs. 4 S. 2 BGB
  2. Sonderfälle: §§ 305 a, b, c, 306 a BGB
- IV. Auslegung, beachte § 305 c Abs. 2 u. § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB
- V. Inhaltskontrolle:
  1. § 307 Abs. 3 (i.V.m. § 310 Abs. 4 S. 3)
  2. § 309, § 308, § 307 BGB
- VI. Rechtsfolgen: § 306 BGB

Vgl. AS-Skript BGB AT 2 (2023), 408 ff.

Auf diesen Punkt geht der BGH in seinem Urteil überhaupt nicht ein. Im Rahmen eines **vollständigen Gutachtens** sollte jedoch zumindest kurz § 305 c BGB geprüft werden.

AGB werden nach h.M. nicht nach §§ 133, 157 BGB vom Horizont eines objektiven Dritten in der Person des konkreten Vertragspartners ausgelegt. Zu fragen ist vielmehr, wie ein verständiger, aber rechtlich nicht vorgebildeter **Durchschnittskunde** die Bedingungen redlicherweise und unter Abwägung der Interessen der **normalerweise an derartigen Geschäften beteiligten Kreise** versteht.

Vgl. AS-Skript BGB AT 2 (2023), 437 ff.

delt es sich um eine sog. „**qualifizierte Einrichtung**“ i.S.d. **§ 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG** i.V.m. **§ 4 UKlaG**. K ist damit aktivlegitimiert.

**II.** Die Klausel müsste nach **§ 1 UKlaG i.V.m. §§ 305 ff. BGB unwirksam sein.**

**1.** Zunächst müsste es sich bei der Klausel um **Allgemeine Geschäftsbedingungen** i.S.d. **§ 305 Abs. 1 BGB** handeln.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Hier **nutzt B die Klausel gegenüber einer Vielzahl von Privatkunden**, die jeweils **keinen Einfluss auf den vorformulierten Vertrag** nehmen können, sodass die Bedingungen „für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert“ sind.

Die AGB müssten außerdem **vom Verwender gestellt** worden sein. Soweit es sich – wie hier – um die Verwendung von AGB gegenüber Verbrauchern handelt, wird gemäß **§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB vermutet**, dass sie vom Unternehmer, also B, gestellt wurden.

**2.** Zudem müssen die AGB gemäß **§ 305 Abs. 2, 3 BGB wirksam in den Vertrag einbezogen** worden sein. Hier **hündigt B seinen Kunden die AGB bei Vertragsschluss aus**. Die Kunden haben somit die Möglichkeit, in zumutbarer Weise von den Regelungen Kenntnis zu erlangen.

Bei der Klausel könnte es sich aber um eine „**überraschende Klausel**“ i.S.d. **§ 305 c BGB** gehandelt haben. Klauseln, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, **so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil**.

**Zweck der Regelung** ist ein **umfassender Verbraucherschutz**. Selbst wenn der Kunde die Regelung nicht gelesen hat, soll er vor Klauseln geschützt werden, die so ungewöhnlich sind, dass niemand damit rechnen muss. Der Verbraucher soll darauf vertrauen können, dass sich der Unternehmer grob an das hält, was der Vertrag nach seinem Äußeren und den Umständen verspricht (**Vertrauensschutz**).

Zunächst ist deswegen festzustellen, welche **Vorstellungen und Erwartungen der durchschnittliche Kunde vom Inhalt** des abgeschlossenen Vertrages nach den Umständen haben durfte. Danach ist der Inhalt der streitigen Klausel zu ermitteln und zu prüfen, ob eine Diskrepanz vorliegt.

Hier schließen die Kunden einen Tarif über einen **mobilen Internetzugang mit unbegrenztem Datenvolumen** („Free Unlimited“). B verspricht „*mobiles Surfen über LTE mit bis zu 225 Mbit/s*“. Aus dieser Formulierung geht hervor, dass der **Tarif für ein mobiles Endgerät gedacht ist**. Nur, weil der Kunde den Internetzugang auch stationär mit einem fest verbundenen Endgerät benutzen könnte, darf er sich bei der vorliegenden Beschreibung des Tarifs nicht darauf verlassen, dass der Anbieter ihm dies auch zugesteht.

Es ist allgemein bekannt, dass Internetanbieter **verschiedene Tarife** anbieten, die sich auf **unterschiedliche Lebensbereiche und Nutzungen** beziehen. **Festnetztarife** sind dabei meist **teurer als reine Handytarife**. Das liegt daran, dass über einen **Router gewöhnlicherweise mehrere Geräte** betrieben werden, die einen **hohen Datenverbrauch** haben. Außerdem umfassen diese Tarife häufig einen Telefonanschluss. Reine Handytarife sind hingegen lediglich für unterwegs gedacht und decken ein geringeres Datenvolumen ab. **Diese Unterschiede sind auch den Kunden bekannt**.

Die Kunden können sich im vorliegenden Fall also nicht darauf berufen, dass die Klausel für sie überraschend ist.

3. Die Klausel könnte aber gegen § 307 BGB verstoßen. Gemäß **§ 307 Abs. 3 BGB** müsste der **Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle eröffnet** sein. Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn durch die Bestimmung nicht **von Rechtsvorschriften abgewichen** wird. **Bloß deklaratorische Klauseln** und Klauseln, die Art, Umfang und Güte der **vertraglichen Hauptleistung** und die Vergütung bestimmen, fallen nicht darunter.

„[10] ... Die **Freistellung von der Inhaltskontrolle** gilt jedoch nur für **Abreden über den unmittelbaren Leistungsgegenstand**, während Regelungen, die die Leistungspflicht des Verwenders einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, inhaltlich zu kontrollieren sind. Damit bleibt für die der **Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung** nur der enge Bereich von **Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann.**“

Dafür müssen der Inhalt der Klausel und die Hauptleistungspflichten der B bestimmt werden. Die Klausel **beschränkt die vertragsgemäße Nutzung des Internetzugangs auf bestimmte Endgeräte**, die eine mobile Nutzung unabhängig von einem permanenten Stromanschluss ermöglichen.

„[12] ... Bei einem Mobilfunkvertrag mit Internetnutzung besteht die **Hauptleistungspflicht [der B]** darin, dem Kunden zum Datentransfer über das Mobilfunknetz den **Zugang zum Internet mit einer bestimmten Übertragungsgeschwindigkeit** zu verschaffen.

[12] ... [B] hat dem Kunden insoweit zu ermöglichen, **unter Verwendung hierzu geeigneter Endgeräte mittels Funkschnittstelle eine Verbindung zum Internet herzustellen**. Die Vorgabe an den Kunden, **nur bestimmte Endgeräte** für den Internetzugang zu nutzen, soll den mit dieser Hauptleistungspflicht korrespondierenden **Anspruch des Kunden lediglich einschränken**. Eine vertragliche Regelung, mit welchen Endgeräten der Internetzugang genutzt werden darf, ist hingegen nicht erforderlich, damit der **wesentliche Vertragsinhalt bestimmbar** ist.“

Damit regelt die Klausel nicht lediglich Art, Umfang und Güte der Hauptleistungspflicht oder die Vergütung der B. Der Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 BGB ist eröffnet.

4. Die Klausel könnte gegen **§ 307 Abs. 1 BGB** verstoßen. Danach sind Klauseln, die den Partner **unangemessen benachteiligen, unwirksam**.

Nach **§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB** ist im Zweifel eine Benachteiligung unangemessen, wenn eine Klausel mit **wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung**, von der abgewichen wird, **unvereinbar** ist.

Wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung sind **ihr Zweck** und ihre Wertentscheidungen, aber nur **soweit sie dem Schutz der Gegenseite dienen**.

a) Die Klausel **beschränkt die vertragsgemäße Nutzung des Internetzugangs auf bestimmte Endgeräte**, die eine mobile Nutzung unabhängig von einem permanenten kabelgebundenen Stromanschluss ermöglichen. Sie könnte damit gegen die in **Art. 3 Abs. 1 VO (EU) 2015/2120 normierte Endgerätewahlfreiheit** verstoßen. Diese ist gemäß **Art. 288 Abs. 2 AEUV** in allen Teilen verbindlich und in jedem Mitgliedstaat unmittelbar geltend.

„[15] Entgegen der Auffassung der [B] richtet sich der Umfang der Endgerätewahlfreiheit **nicht danach, ob dem Internetzugangsdienst ein Mobilfunkvertrag, ein Festnetzvertrag oder ein anderer ‚Vertragstyp‘ zugrunde liegt**. Die **Verordnung (EU) 2015/2120 sieht eine derartige Differenzierung nicht vor**. Anknüpfungspunkt für die Endgerätewahlfreiheit ist der Internetzugangsdienst und

Vgl. AS-Skript BGB AT 2 (2023), 443 ff.

Die **Prüfung erfolgt** hier „rückwärts“ gegenüber dem Gesetzestext: Also **§§ 309, 308, 307 BGB**.

§ 307 Abs. 2 BGB enthält Regelbeispiele und § 307 Abs. 1 S. 2 BGB statuiert eine Fallgruppe einer unangemessenen Benachteiligung.

Vgl. AS-Skript BGB AT 2 (2023), 472 ff.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus **Erwägungsgrund 7 VO (EU) 2015/2120**. Denn dieser besagt gerade nicht, dass der Ausschluss der Verwendung bestimmter Endgeräte nur unzulässig sei, wenn dadurch die Wahlmöglichkeit des Endnutzers mehr als nur geringfügig eingeschränkt werde.

damit **unabhängig von der verwendeten Netztechnologie und den verwendeten Endgeräten.**"

Die Klausel verstößt damit grundsätzlich gegen die Endgerätewahlfreiheit.

**b)** Fraglich ist, ob die **Endgerätefreiheit abbedungen** werden kann.

Das Recht des Endnutzers, über seinen Internetzugangsdienst Endgeräte seiner Wahl zu nutzen, wird durch die Verordnung (EU) 2015/2120 jedoch **ohne Einschränkungen gewährleistet**.

„[16] ... Nach dieser Vorschrift dürfen Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten wie **Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit** sowie die Geschäftspraxis der Anbieter die **Ausübung der Rechte der Endnutzer gemäß Absatz 1 nicht einschränken**. Aus dieser Bestimmung lässt sich nicht herleiten, dass eine vertragliche Beschränkung der Endgerätewahlfreiheit zulässig ist, soweit sie eine ‚Wesentlichkeitsschwelle‘ nicht überschreitet.“

Der BGH zieht in seiner Argumentation auch den englischen, französischen und spanischen Wortlaut der Regelung heran.

„[20] Schließlich stellt Art. 3 Abs. 2 VO (EU) 2015/2120 ... **nur auf die Auswirkungen ab, die Folgen** der Vereinbarungen und Geschäftsgepflogenheiten der Internetzugangsanbieter für die Ausübung der nach Absatz 1 (unverändert) gewährleisteten Rechte **sind** ... Die unmittelbare Beschränkung oder **Abbedingung dieser Rechte selbst ist hingegen nicht Gegenstand der Bestimmung**.

[21] Auch der von [B] erhobene Einwand, damit postuliere man abwegig als Regelungsziel eine von der Internetnutzung unabhängige, d.h. **zweckfreie technische Konnektivität**, ist unbegründet. Die Möglichkeit der Endnutzer, beim Zugang zum Internet im **Grundsatz frei und unabhängig von der verwendeten Netztechnologie unter den verschiedenen Arten von Endgeräten** i.S.d. Richtlinie 2008/63/EG **wählen zu können**, ist vielmehr ... erklärtermaßen ein **Ziel der Verordnung**.“

Die Endgerätefreiheit kann damit nicht wirksam abbedungen werden.

Die **unangemessene Benachteiligung** nach **§ 307 BGB** ergibt sich somit unmittelbar aus dem Verstoß gegen die Endgerätewahlfreiheit, weil es sich bei Art. 3 Abs. 1 VO (EU) 2015/2120 um **zwingendes Recht** handelt.

**c)** Eine andere Wertung könnte sich ergeben, wenn man den **Router nicht als „Endgerät“, sondern als „Zwischengerät“** ansieht.

„[23] ... Nach der Klausel ist die Nutzung des Internetzugangs [allerdings] mit **sämtlichen Geräten, die zum Betrieb mit einem Kabel dauerhaft an die Stromversorgung angeschlossen sein müssen, nicht zulässig**. Der Ausschluss erfasst damit neben dem LTE-Router, der in der Klausel nur exemplarisch genannt wird, auch stromkabelgebundene (End-)Geräte, die zur Nutzung des Internetzugangs an diesen Router angeschlossen werden.“

Dieser Einwand führt deswegen zu keiner anderen Beurteilung.

K steht gegen B ein Anspruch auf Unterlassung aus **§§ 1, 3 Abs. 1 UKlaG** i.V.m. **§ 307 BGB** zu.

**Ass. Jur. Jannina Schäffer**