

Beglaubigte Abschrift

12 O 57/23



Landgericht Düsseldorf

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

des Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V. , gesetzlich vertreten durch den
Vorstand Wolfgang Schuldzinski, Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf,

Antragstellers,

Verfahrensbevollmächtigter:



gegen

die Vodafone GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung, Ferdinand-
Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf,

Antragsgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte:



hat die 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 19.04.2023
durch



für Recht erkannt:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 17.03.2023 wird
zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens werden dem Antragsteller auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Antragsteller kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Antragsgegnerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

T a t b e s t a n d

Der Antragsteller nimmt die Antragsgegnerin auf Unterlassung der Ankündigung der künftig geltenden Bedingungen zur Nutzung ihrer Mobilfunkdienstleistungen nach dem Wegfall des sog. Vodafone-Passes sowie auf verpflichtende Mitteilung der von der Änderung betroffenen Mobilfunkkunden über das ihnen nach Ansicht des Antragstellers zustehende, außerordentliche Kündigungsrecht in Anspruch.

Der Antragsteller ist ein Verein, der sich satzungsgemäß unter anderem der Durchsetzung von Verbraucherinteressen und -rechten widmet. Er ist in die Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes eingetragen.

Die Antragsgegnerin ist ein Unternehmen mit Sitz in Düsseldorf, das u.a. Mobilfunkdienstleistungen im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen (sog. Mobilfunkverträgen) erbringt. Entsprechende Mobilfunkverträge schließt die Antragsgegnerin auch mit Verbrauchern. Bis Anfang Juli 2022 bot sie ihren Neukunden bei Abschluss von Mobilfunkverträgen und ihren Bestandskunden bei Vertragsverlängerungen die Optionen „Chat-Pass“, „Social-Pass“, „Music-Pass“ und „Video-Pass“ an (im Folgenden verallgemeinernd als Vodafone-Pass bezeichnet). Dabei wurden nach erfolgter Aktivierung der jeweiligen Option bei der Nutzung des „mobilen Internets“ bzw. „mobiler Daten“ (außerhalb eines W-LANs) derjenige Datentransfer, der bei bestimmten Online-Diensteanbietern anfiel, nicht auf das sonstige im Vertrag inkludierte (High-Speed-)Datenvolumen angerechnet (vgl. Anlage AS 1). Dadurch war es den Kunden möglich, mit ihrem mobilen Endgerät unterwegs bestimmte Online-Dienste wie z.B. das Musik-Streaming bei Spotify oder Social Media wie Facebook oder Instagram) zu nutzen, ohne dass das hierfür verwendete Datenvolumen von dem im Vertrag inkludierten monatlichen Datenvolumen zur Nutzung des schnellen mobilen Internets abgezogen wurde (auch als Zero-Rating bezeichnet).

Ab Juli 2022 konnten lediglich Bestandskunden der Antragsgegnerin noch den Vodafone-Pass nutzen. Grund hierfür war, dass die Bundesnetzagentur am 28.04.2022 (vgl. Pressemitteilung Anlage AG 2) auf Grundlage der EuGH-Urteile in den Rechtssachen C-854/19, C-5/20 und C-34/20 vom 02.09.2021 die Vermarktung des sog. Zero-Rating-Angebots „Vodafone Pass“ und des vergleichbaren „Telekom Stream On“ ab dem 01.07.2022 untersagt hatte, weil diese mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung des Datenverkehrs („Netzneutralität“) unvereinbar sind.

Anfang Februar 2023 kündigte die Antragsgegnerin ihren Kunden, die eine der vorgenannten Vodafone-Pass-Optionen nutzten oder zumindest hätten nutzen können, weil der Vodafone-Pass Bestandteil ihres Mobilfunkvertrages war, sie dessen Aktivierung aber noch nicht vorgenommen hatten, in einem Schreiben an, dass die Nutzung der Vodafone-Pass-Option nach dem 31.03.2023 nicht mehr möglich ist und entfällt (vgl. hierzu die als Anlage AS 2 vorgelegte, nachfolgend eingblendete E-Mail an die [REDACTED]).

**Wichtige Info zu Deinem Mobilfunk-Vertrag mit der
Mobilfunk-Nummer 01622301059**

Hallo

danke, dass Du uns als Mobilfunk-Kundin die Treue hältst. Aktuell nutzt Du den Tarif **Red 2019 XS**. Darin enthalten ist ein kostenloser Vodafone Pass. Damit nutzt Du Deine Lieblings-Apps, ohne Dein Datenvolumen zu verbrauchen.

Gern würden wir weiter unsere Vodafone-Pässe anbieten. Leider ist das nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs nicht mehr möglich. Dieser hat Tarifbestandteile untersagt, die ausgewählte Apps ohne Datenbelastung nutzbar machen. Auf Basis des Urteils hat die Bundesnetzagentur angeordnet, solche Angebote bis zum **31. März 2023** einzustellen. **Dein Vodafone Pass entfällt dann.**

Gut für Dich:
Wir haben uns etwas für Dich einfallen lassen. Du bekommst als Ersatz von uns kostenlos **10 GB Extra-Datenvolumen pro Monat**, solange Du Deinen aktuellen Mobilfunk-Tarif nutzt.¹

Aktivier Dein Extra-Datenvolumen einfach in der MeinVodafone-App, sobald Dein Vodafone Pass entfällt: vodafone.de/app. Ansonsten ändert sich für Dich nichts. Auch die Laufzeit Deines Vertrags bleibt unverändert.²

Du hast Fragen oder brauchst Hilfe? Wir sind gern für Dich da. Ruf einfach kostenlos an: **0800 172 12 12** (montags bis freitags von 9 bis 20 Uhr). Oder besuch uns überall, wo's Vodafone gibt.

Wir freuen uns, dass Du unsere Kundin bist. Danke für Dein Vertrauen!

Viele Grüße nach Willich
Dein Vodafone-Team

Weder in diesem E-Mail-Schreiben noch im Zusammenhang mit dessen Versand wies die Antragsgegnerin auf eine sich aus den Änderungen der Vertragsbedingungen ergebende Kündigungsmöglichkeit hin. Zum Ausgleich für den

künftigen Wegfall des Vodafone-Pass kündigte die Antragsgegnerin in dem Schreiben ferner an, dass die Kunden dauerhaft ein höheres monatliches Datenvolumen erhalten – im Fall der [REDACTED] waren dies 10 GB. Vergleichbare Schreiben versandte die Antragsgegnerin überwiegend auch an andere Kunden mit anderen Tarifen, wobei diese je nach Tarif entweder ebenfalls 10 GB zusätzliches Datenvolumen oder sogar 30 GB oder 100 GB Extra-Datenvolumen zur Verfügung gestellt bekamen (vgl. hierzu die als Anlagen AG 3 bis AG 6 vorgelegten Standard-Kundenanschriften). Dieses zusätzliche Datenvolumen steht dem Kunden im Rahmen seines Mobilfunktarifs dauerhaft zur Verfügung. Bei allen Kunden, die bereits einen Vodafone-Pass aktiviert hatten, wurde das zusätzliche Datenvolumen automatisch zur Verfügung gestellt. Kunden, die noch keinen Vodafone-Pass genutzt hatten, konnten das zusätzliche Datenvolumen in der MeinVodafone App aktivieren. In einer geringeren Anzahl von Fällen stellte die Antragsgegnerin (z.B. als Ausgleich für ein für 10,00 € hinzugebuchtes Datenvolumen) ein unbegrenztes Datenvolumen zur Verfügung (Anlage AG 7).

Von dem Anschreiben an [REDACTED] erlangte der Antragsteller durch [REDACTED] am 01.03.2023 Kenntnis. Er mahnte die Antragsgegnerin daraufhin mit Schreiben vom 06.03.2023 unter Fristsetzung bis zum 13.03.2023 wegen Verstoßes gegen § 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TKG i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 14 UKlaG ab und forderte sie zur Abgabe einer dem Abmahnschreiben beigefügten strafbewehrten Unterlassungserklärung auf (Anlage AS 5). Die von der Antragsgegnerin im anwaltlichen Schreiben vom 09.03.2023 (Anlage AS 6) erbetene Fristverlängerung zur Stellungnahme lehnte der Antragsteller ab. Am Tag des Fristablaufs teilte die Antragsgegnerin mit anwaltlichem Schreiben (Anlage AS 7) mit, dass sie keine Unterlassungsverpflichtungserklärung abgeben werde, sich die vorliegende Auseinandersetzung angesichts der Anzahl der betroffenen Kunden und des im Fall der Aufhebung der einstweiligen Verfügung drohenden Schadensersatzanspruchs gemäß § 945 ZPO (mit Blick auf die daraus resultierenden möglichen Schadenshöhe) nicht für ein einstweiliges Verfügungsverfahren eigene und verwies im Übrigen auf die von ihr im zentralen elektronischen Schutzschriftenregister hinterlegte Schutzschrift.

Der Antragsteller ist der Ansicht, die Antragsgegnerin habe gegen § 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TKG verstoßen, weil sie [REDACTED] – ebenso wie eine Vielzahl weiterer Kunden – nicht auf ein ihr bzw. ihnen zustehendes Kündigungsrecht gemäß § 57 Abs. 1 Sätze 1 bis 3 TKG hingewiesen habe. Beim Wegfall des Vodafone-Passes handele es sich um eine Änderung eines Vertragsbestandteils, die nicht ausschließlich zum Vorteil für die Kundin bzw. Kunden sei. Eine Ausnahme, wonach ein Kündigungsrecht nicht bestehe, sei nicht einschlägig. Durch die Urteile des EuGH

vom 02.09.2021 habe sich die Rechtslage nicht geändert. Gleiches gelte für die nachfolgende Entscheidung der Bundesnetzagentur. Diese habe die Antragsgegnerin nicht aufgefordert, so vorzugehen, wie sie es getan habe. Schließlich hätte die Antragsgegnerin auch die Möglichkeit gehabt, den Datenverkehr, der bisher nicht unter die Optionen gefallen sei, nicht mehr auf das im Vertrag inkludierte Datenkontingent anzurechnen. Der mit dem Antrag zu 2) verfolgte Folgenbeseitigungsanspruch sei erforderlich, um Verbraucher hinsichtlich der zum 31.03.2023 wirksam werdenden Maßnahme über ein Kündigungsrecht zu informieren. Ein Fall der Vorwegnahme der Hauptsache liege nicht vor.

Der Antragsteller beantragt,

1.

der Antragsgegnerin bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen,

im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern einseitig in Bezug auf Dauerschuldverhältnisse über Mobilfunkdienstleistungen die Veränderung von Vertragsbedingungen dahingehend anzukündigen, dass die bereits erfolgte Aktivierung und/oder die Aktivierungsmöglichkeit des Chat-Pass und/oder Social-Pass und/oder Music-Pass und/oder Video-Pass, die jeweils die Nutzung verschiedener Internetdienste von der Anrechnung auf das vertraglich vereinbarte Inklusivdatenvolumen ausnehmen, wegfalle,

ohne sie innerhalb von höchstens zwei und spätestens einem Monat vor dem der Ankündigung entsprechenden Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Wegfalls über eine Kündigungsmöglichkeit ohne Kündigungsfrist klar und verständlich zu unterrichten, wenn dies geschieht wie in Anlage AS2;

2.

der Antragsgegnerin aufzugeben, Verbrauchern mit einem Mobilfunkvertrag, der eine durch einseitige Vertragsanpassung mit Ablauf des 31.03.2023 wegfallende Aktivierung und/oder Aktivierungsmöglichkeit des Chat-Pass und/oder Social-Pass und/oder Music-Pass und/oder Video-Pass enthält, die nicht über eine Kündigungsmöglichkeit informiert wurden, wenn dies geschehen ist wie in Anlage AS2,

auf eigene Kosten darüber zu informieren, dass eine Kündigungsmöglichkeit ohne Kündigungsfrist besteht, wenn eine

Kündigung innerhalb von drei Monaten ab dem Zeitpunkt der Unterrichtung und mit frühestem Beendigungszeitpunkt zum Wirksamwerden der Vertragsänderung ausgesprochen wird.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, sie sei nicht verpflichtet gewesen, die betroffenen Kunden auf die Möglichkeit der Kündigung der bestehenden Mobilfunkverträge hinzuweisen. Es liege eine Ausnahme nach § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 TKG vor, weshalb für die Kunden kein Kündigungsrecht bestanden habe. Sie sei aufgrund der vorrangig geltenden, unmittelbar anwendbaren europarechtlichen Regelungen dazu verpflichtet gewesen, das Angebot des Vodafone-Passes und die damit verbundenen Dienstleistungen zu beenden. Die Beachtung der europarechtlichen Vorgaben, insbesondere der 2022 neu gefassten GEREK-Leitlinien (beschlossen vom Gremium der europäischen Regulierungsbehörden für elektronische Kommunikation), komme einer Gesetzesänderung gleich. Diese Leitlinien erachteten nunmehr – anders als die Leitlinien von 2016 – alle Zero Rating-Angebote, bei denen im Rahmen der Abrechnung von Datenvolumen nach verschiedenen Anwendungskategorien differenziert würden, für unzulässig und ließen nur noch solche Zero Rating-Angebote zu, die nach anwendungsagnostischen Kriterien differenzieren (siehe Anlagen AG 19/20, Ziff. 40 ff.). Die neuen Leitlinien würden insofern die Vorgaben aus den Urteilen des EuGH für die Bedingungen für das Zero-Rating weiter konkretisieren. Letztlich diene die Einstellung der Vodafone-Pässe der Einhaltung der Vorgaben von Art. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 (nachfolgend „TSM-VO“), wie sie erstmals vom EuGH in seinen Urteilen vom 02.09.2021 (Rs. C-854/19, C-5/20 und C-34/20) ausgelegt worden seien. Unabhängig davon, dass generell kein Kündigungsrecht der Kunden bestehe, bestehe ein solches jedenfalls bei denjenigen Kunden nicht, denen ein unbegrenztes Datenvolumen zur Verfügung gestellt worden sei (vgl. Anlage AG 7). Außerdem würden die Anträge in der vom Antragsteller gestellten Fassung auch erlaubte Verhaltensweisen erfassen, soweit die AGB (Stand November 2021) und § 57 TKG n.F. zeitlich nicht anwendbar seien. Schließlich werde mit dem Antrag zu 2) die Hauptsache vorweggenommen, weshalb dieser Antrag im einstweiligen Verfügungsverfahren unzulässig sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Prozessbevollmächtigten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die

Sitzungsniederschrift sowie die nachstehenden Entscheidungsgründe, soweit diese Feststellung enthalten, verwiesen.

Entscheidungsgründe

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig, aber unbegründet.

I.

1.

Der Antragsteller hat nicht glaubhaft gemacht, dass ihm der mit dem Antrag zu 1. geltend gemachte Unterlassungsanspruch zusteht. Dass sich ein entsprechender Verfügungsanspruch aus § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG i.V.m. § 57 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG ergibt, ist nicht überwiegend wahrscheinlich.

a.

Gemäß § 2 UKlaG kann derjenige, der in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vorschriften zuwiderhandelt, die dem Schutz der Verbraucher dienen (Verbraucherschutzgesetze), im Interesse des Verbraucherschutzes auf Unterlassung und Beseitigung in Anspruch genommen werden. Aus § 57 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG folgt, dass bevor eine einseitige, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vorbehaltene Änderung von Vertragsbedingungen nach § 57 Abs. 1 TKG wirksam wird, der Endkunde mindestens einen Monat, höchstens zwei Monate u.a. auf ein nach § 57 Abs. 1 S. 1 bis 3 TKG bestehendes Kündigungsrecht ausdrücklich hingewiesen werden muss.

Ein solcher Hinweis ist im Streitfall ausweislich der von der Antragsgegnerin vorgelegten Standard-Kundenanschriften (Anlagen AG 4 bis AG 6) unstreitig nicht erfolgt, soweit den Mobilfunkkunden ein zusätzliches begrenztes Datenvolumen zur Verfügung gestellt worden ist.

Soweit den Mobilfunkkunden in dem als Anlage AG 7 vorgelegten Standard-Kundenanschriften künftig ein unbegrenztes Datenvolumen zur Verfügung gestellt worden ist, ist in diesem Standard-Anschreiben ausdrücklich auf eine Kündigungsmöglichkeit hingewiesen worden („Du möchtest unser Angebot nicht annehmen? Dann kannst Du Dein Extra-Datenvolumen für 10 € pro Monat kündigen“). Ein Verstoß gegen § 57 TKG unter dem Gesichtspunkt des fehlenden Hinweises auf eine Kündigungsmöglichkeit scheidet daher in diesen Fällen von

vornherein aus. Im Übrigen wäre in den Fällen, in denen künftig ein unbegrenztes Datenvolumen zur Verfügung gestellt worden ist, ein Unterlassungsanspruch auch deshalb nicht gegeben, weil die betreffende Änderung für den Kunden ausschließlich vorteilhaft ist (§ 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG).

b.

Aber auch in den Fällen, in denen den Mobilfunkkunden als Ausgleich für die Nutzung des Vodafone-Passes lediglich ein zusätzliches begrenztes Datenvolumen zur Verfügung gestellt worden ist und kein Hinweis auf eine Kündigungsmöglichkeit erteilt worden ist (vgl. hierzu die Standard-Kundenanschriften gemäß Anlagen AG 4 bis AG 6), bedurfte es keines solchen Hinweises, weil den betroffenen Kunden kein Sonderkündigungsrecht gemäß § 57 TKG zustand bzw. zusteht.

Nach § 57 Abs.1 TKG kann, soweit ein Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste sich durch AGB vorbehält, einen Vertrag einseitig zu ändern und die Vertragsbedingungen einseitig ändert, der Endnutzer den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ohne Kosten kündigen.

§ 57 Abs. 1 gewährt selbst kein einseitiges Vertragsänderungsrecht. Voraussetzung für eine solche einseitige Vertragsänderung, die zu einem Sonderkündigungsrecht der Mobilfunkkunden führt, ist, dass sich der Telekommunikationsanbieter, hier die Antragsgegnerin, das Änderungsrecht in seinen/ihren AGB ausbedungen hat. Zeitlich anwendbar ist § 57 TKG daher im Streitfall frühestens auf Vertragsabschlüsse ab November 2021. Denn die Vorschrift umfasst ausdrücklich nur den Fall, dass eine einseitige Vertragsänderung in den AGB vorbehalten wurde und diese dann als solche durchgeführt wird. Eine solche vorbehaltene Vertragsänderung im Sinne von § 57 Abs. 1 TKG ist in den AGB der Antragsgegnerin erst seit November 2021 mit Wirkung ab dem 01.12.2021 vorgesehen (siehe Anlage AG 9, Ziffer 3), weil zu diesem Stichtag das neue TKG in der jetzigen Fassung mit der seinerzeit neuen Vorschrift § 57 TKG in Kraft trat.

Soweit die Antragsgegnerin einwendet, dass die von dem Antragsteller angeführte Verbraucherin Wolf eine Vertragsverlängerung zuletzt am 06.09.2021 vorgenommen habe und hierbei die AGB in der älteren Fassung (Anlage AG 10) einbezogen worden seien (Bl. 15 Schutzschrift), liegt jedenfalls in Bezug auf diese Kundin kein Verletzungsfall vor. Allerdings ist angesichts mehrerer Millionen Mobilfunkkunden der Antragsgegnerin, unter denen sich eine Vielzahl von Verbrauchern finden, unstrittig geblieben, dass auch Verbraucher, die ihre Mobilfunkverträge ab November 2021 unter Geltung der neuen AGB abgeschlossen oder verlängert haben, von der Beendigung des Vodafone-Passes betroffen sind, zumal die Aktivierung des

Vodafone-Passes nicht sogleich bei Vertragsschluss erforderlich war, sondern auch noch später während der Vertragslaufzeit erfolgen konnte. Die umfassende Beendigung des Angebots von Vodafone-Pässen und die im Gegenzug von der Antragsgegnerin hierfür angebotenen Ausgleichsleistungen ergeben sich insofern aus dem insoweit unstreitigen, wechselseitigen Vortrag der Parteien und insbesondere aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Standard-Kundenanschriften zu den verschiedenen Tarifen (Anlage AG 4 bis AG 6).

c.

Der Unterlassungsanspruch besteht nicht, weil sich die Antragsgegnerin jedenfalls auf die Ausnahme in § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TKG berufen kann. Danach besteht das Kündigungsrecht des Mobilfunkkunden nicht, wenn die Änderung des Vertrages unmittelbar durch Unionsrecht oder innerstaatlich geltendes Recht vorgeschrieben ist.

Unmittelbar durch Unionsrecht oder innerstaatlich geltendes Recht vorgeschrieben sind in jedem Fall solchen Änderungen, die sich aufgrund von Gesetzesänderungen ergeben, die der Telekommunikationsanbieter zwingend umsetzen muss (BeckOK InfoMedienR/Kiparski, 39. Ed. 1.2.2022, TKG2021 § 57 Rn. 18). Der Gesetzgeber hat den genauen Anwendungsbereich und die Bedingungen für den in § 57 Abs. 1 geregelten Kündigungsausschluss ausdrücklich der Entscheidung der Zivilgerichte überlassen (vgl. BT-Drucks. 19/26108, Seite 289). Der Anwendungsbereich dieser Ausnahme ist nach Ansicht der Kammer nicht auf Gesetzesänderungen beschränkt. Erfasst werden auch anderweitige europarechtliche Vorgaben.

Die Abschaffung des Vodafone-Passes dient der Einhaltung der Vorgaben von Art. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 (nachfolgend „TSM-VO“), wie sie vom EuGH in seinen Grundsatzurteilen vom 02.09.2021 (Rs. C-854/19, C-5/20 und C-34/20) zur Netzneutralität ausgelegt wurden. Bis zu diesem Zeitpunkt wurden Tarifoptionen wie der Vodafone-Pass als sog. Zero Rating-Tarife auch von dem auf europäischer Ebene tätigen Gremium „GEREK“ (Gremium Europäischer Regulierungsbehörden für elektronische Kommunikation = BEREC, Body of European Regulators for Electronic Communications) für zulässig erachtet, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllten. Das GEREK, in dem auch die Bundesnetzagentur Mitglied ist, erlässt gemäß Art. 5 Abs. 3 TSM-VO Leitlinien zur Umsetzung der Verpflichtungen aus der TSM-VO („BEREC-Leitlinien“). Die BEREC-Leitlinien dienen dazu, eine unionsweit einheitliche Anwendung des Unionsrechts zu fördern und die gesetzlichen Regelungen zu konkretisieren. Ferner sollen sie den nationalen Regulierungsbehörden als Orientierung bei der Umsetzung ihrer Verpflichtungen dienen. Den BEREC-Leitlinien ist von den nationalen Regulierungsbehörden gemäß Art. 10 Abs. 2 EKEK weitestgehend Rechnung zu tragen. Ausweislich der auf

Grundlage von Art. 5 Abs. 3 TSM-VO für nationale Regulierungsbehörden erlassenen BEREC-Leitlinien von August 2016 war das u.a. von der Antragsgegnerin praktizierte sog. Zero-Rating unter bestimmten Bedingungen zulässig (vgl. Fetzer, MMR 2017, 579, 580). Die Zulässigkeitsvoraussetzungen ergaben sich aus den BEREC-Leitlinien von August 2016 und später aus dem Jahr 2020 zur Umsetzung der Netzneutralitätsvorgaben der TSM-VO (Anlagen AG 15 und AG 17/Übersetzungen vorgelegt als Anlagen AG 16 und AG 18). Der hier in Rede stehende § 57 TKG ist schließlich auch in Umsetzung von Art. 105 Abs. 4 Satz 1 der Richtlinie (EU) 2018/1972 (europäischer Kodex für die elektronische Kommunikation, „EKEK“) erlassen worden. Dort heißt es:

„Bei Bekanntgabe von Änderungen der Vertragsbedingungen, die der Anbieter anderer öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste als nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste vorschlägt, haben Endnutzer das Recht, ihren Vertrag ohne zusätzliche Kosten zu kündigen, es sei denn, die vorgeschlagenen Änderungen sind ausschließlich zum Vorteil des Endnutzers, sind rein administrativer Art und haben keine negativen Auswirkungen auf den Endnutzer oder sind unmittelbar durch Unionsrecht oder nationales Recht vorgeschrieben.“ (Hervorhebungen diesseits)

Aus dem nachfolgend wiedergegebenen Erwägungsgrund Nr. 275 der Richtlinie (EU) 2018/1972 folgt ferner, dass hiermit grundsätzlich auch Änderungen von Verwaltungsvorschriften gemeint sein können:

„Werden von Anbietern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste mit Ausnahme der nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdienste Änderungen, z. B. in Bezug auf Entgelte, Tarife, Begrenzungen des Datenvolumens, die Datengeschwindigkeit, die Versorgung oder die Verarbeitung personenbezogener Daten, vorgeschlagen, die für den Endnutzer nicht vorteilhaft sind, sollten diese das Recht haben, das Vertragsverhältnis ohne Kosten zu kündigen, selbst wenn gleichzeitig für sie vorteilhafte Änderungen vorgeschlagen werden. Bei allen vom Anbieter vorgenommenen Änderungen der Vertragsbedingungen sollte somit der Endnutzer das Recht haben, den Vertrag zu kündigen, es sei denn, jede einzelne Änderung ist für ihn vorteilhaft oder es handelt sich um rein administrative Änderungen, beispielsweise Änderung der Anschrift des Anbieters, die keine nachteiligen Folgen für den Endnutzer haben, oder die Änderungen sind aufgrund von Änderungen der Rechts- und Verwaltungsvorschriften - wie etwa neuen Informationsanforderungen im Unionsrecht oder im nationalen Recht - unbedingt geboten. Ob eine Änderung für den Endnutzer ausschließlich von Vorteil ist, sollte anhand objektiver Kriterien beurteilt werden. Der Endnutzer sollte nur dann nicht berechtigt sein, den Vertrag zu kündigen, wenn der Anbieter beweisen kann, dass sämtliche Vertragsänderungen für den Endnutzer

ausschließlich von Vorteil sind oder dass es sich um rein administrative Änderungen ohne nachteilige Folgen für den Endnutzer handelt.“ (Hervorhebungen diesseits)

Dies berücksichtigend setzt die Ausnahme „unmittelbar durch Unionsrecht oder nationales Recht vorgeschrieben“ gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG (insoweit wortgleich aus Art. 105 Abs. 4 Satz 1 der Richtlinie (EU) 2018/1972 übernommen) kein nationales oder europäisches „formelles Gesetz“ oder gar dessen Änderung, mithin eine klassische Gesetzesänderung, voraus. Erforderlich ist lediglich, dass das Unionsrecht die Änderung vorschreibt. Dass auch eine Änderung von Verwaltungsvorschriften eine solche Änderung sein kann, legt die Formulierung des Erwägungsgrunds Nr. 275 nahe. Mit dem Wort „vorgeschrieben“ im Wortlaut des Art. 105 Abs. 4 Satz 1 der Richtlinie und § 57 Abs. 1 Nr. 3 TKG kommt lediglich der verbindliche und verpflichtende Charakter des erforderlichen (europäischen) Rechtsakts zum Ausdruck. Vor diesem Hintergrund sind auch die BEREC-Leitlinien als unionsrechtliche Verwaltungsvorschriften bzw. sog. „soft law“, die die primärrechtlichen Vorgaben unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH zusammenfassen und näher konkretisieren, von der Ausnahme „unmittelbar durch Unionsrecht oder nationales Recht vorgeschrieben“ erfasst. Diese Leitlinien sind hier – veranlasst durch die Rechtsprechung des EuGH – auch nachträglich geändert worden und waren als solche von der nationalen, mitgliedstaatlichen Behörde, der Bundesnetzagentur, auch künftig zu berücksichtigen. Nach der Änderung der BEREC-Leitlinien im Jahr 2022 konnten jedenfalls die früheren Fassungen der BEREC-Leitlinien für die Bundesnetzagentur als nationale Regulierungsbehörde für die Beurteilung der Zulässigkeit des Zero-Rating keine Gültigkeit mehr beanspruchen (vgl. hierzu Fetzer, ZUM 2021, 937, 939).

Selbst wenn man in den Entscheidungen des EuGH den eigentlichen Anlass zur Änderung der BEREC-Leitlinien zum Zero-Rating erblicken wollte, kann auch eine so verstandene Rechtsprechungsänderung unter den Wortlaut der „Vorgabe durch Unionsrecht“ subsumiert werden, da insofern die immer wieder zu beobachtende rechtsgestaltende Funktion von EuGH-Entscheidungen mit zu berücksichtigen ist. Schließlich haben die EuGH-Urteile vom 02.09.2021 (in den Rechtssachen C-854/19, C-5/20 und C-34/20) erstmals den Grundsatz der Netzneutralität bzw. den Grundsatz der Gleichbehandlung des Datenverkehrs mit Blick auf das Zero-Rating konkretisiert und waren daher wegweisend für die weitere Rechtsentwicklung und die Gestaltung der Tarifbedingungen für Mobilfunkverträge in der Praxis.

2.

Der Antrag zu 2. ist vor diesem Hintergrund ebenfalls nicht begründet.

Eines verpflichtenden Hinweises auf das Kündigungsrecht bedarf es nicht, weil der Antragsteller bereits nicht glaubhaft gemacht hat, dass ein solches Sonderkündigungsrecht den betroffenen Kundengruppen zusteht (siehe oben unter I.1.). Die Antragsgegnerin kann daher auch nicht gerichtlich verpflichtet werden, ihre Kunden auf ein entsprechendes außerordentliches, fristloses Kündigungsrecht hinzuweisen. Auf die Frage, ob darin eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache liegt, kommt es folglich nicht mehr an.

II.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 6, 711 ZPO.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen die Streitwertfestsetzung ist die Beschwerde an das Landgericht Düsseldorf statthaft, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt oder das Landgericht die Beschwerde zugelassen hat. Die Beschwerde ist spätestens innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, bei dem Landgericht Düsseldorf, Werdener Straße 1, 40227 Düsseldorf, schriftlich in deutscher Sprache oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Die Beschwerde kann auch zur Niederschrift der Geschäftsstelle eines jeden Amtsgerichtes abgegeben werden. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Beglaubigt

Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

Landgericht Düsseldorf



Verkündet am 10.05.2023

Nägeli, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle