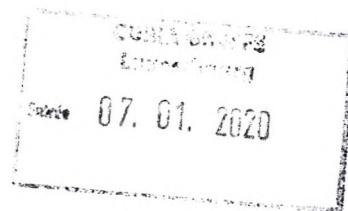


①

C-5/20-1

I-20 U 59/19
12 O 158/18
LG Düsseldorf



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In dem Rechtsstreit

Eingetragen in das Register des Gerichtshofes unter der Nr.	1138927
Luxemburg, den	08. 01. 2020
Fax/E-mail:	<i>D. Dittert</i>
eingegangen am:	7. 1. 20
	Der Kanzler, im Auftrag Daniel Dittert Referatsleiter

des Bundesverbandes der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., vertreten durch den Vorstand, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin,

Kläger, Berufungskläger und Berufungsbeklagter,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Rader + Mazur, Markt 14, 53111 Bonn -

g e g e n

die Vodafone GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer

Ferdinand-Braun-Platz 1,

40549 Düsseldorf,

Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Kranhaus 1/Im Zollhafen 18, 50518 Köln-

Sonstige Beteiligte:

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

hat der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schüttpelz sowie die Richter am Oberlandesgericht Neugebauer und Gmelin nach Anhörung der Parteien am 17. Dezember 2019

b e s c h l o s s e n :

I.

Das Verfahren wird ausgesetzt.

II.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf legt dem Gerichtshof der Europäischen Union folgende Fragen betreffend die Auslegung der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum öffentlichen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen (ABl. L 310 vom 26.11.2015, S. 1) (zukünftig: TSM-Verordnung)

zur Vorabentscheidung vor:

1. Ist Art. 3 Abs. 1 TSM-Verordnung so auszulegen, dass das Recht der Endnutzer über ihren Internetzugangsdienst Endgeräte ihrer Wahl zu nutzen, auch das Recht umfasst, den Internetzugangsdienst über ein unmittelbar an die Schnittstelle des öffentlichen Telekommunikationsnetzes angeschlossenen Endgerät (z.B. Smartphone, Tablet) auch mit anderen Endgeräten (anders Tablet/Smartphone) zu nutzen (Tethering)?
2. Falls Frage 1. zu bejahen ist,

Ist Art. 3 Abs. 1 und 2 dieser Verordnung so auszulegen, dass es eine unzulässige Einschränkung der Endgerätewahl durch den Endnutzer darstellt, wenn das Tethering weder vertraglich untersagt noch tech-

nisch beschränkt wird, jedoch auf Grund einer vertraglichen Absprache über Tethering genutzte Datenvolumen anders als ohne Tethering genutzte Datenvolumen nicht von einem Zero-Rating-Angebot umfasst, sondern auf ein Basisvolumen angerechnet und bei Überschreitung gesondert berechnet wird?

G r ü n d e :

- 1 Der Kläger ist der Dachverband aller 16 Verbraucherzentralen und 25 weiterer verbraucher- und sozialorientierter Organisationen in Deutschland. Er ist in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagegesetzes eingetragen.
- 2 Die Beklagte ist ein Mobilfunkdiensteanbieter. Für einige ihrer Mobilfunktarife bietet sie sogenannte „Vodafone Pässe“ („Chat-Pass“, „Social-Pass“, Music-Pass“, „Video-Pass“) an. Einen Pass können die Verbraucher kostenfrei – bei Abschluss eines Basisvertrages seit Oktober 2017 - hinzuwählen, für zusätzliche Pässe ist ein zusätzliches Entgelt zu zahlen. Durch einen solchen Pass können die Verbraucher bestimmte Mobilfunkdienste über von der Beklagten hierfür ausgewählte Apps nutzen, ohne dass die damit zusammenhängenden Datenvolumen auf die in ihrem jeweiligen Mobilfunktarif genannten Basisdatenvolumen angerechnet werden. In ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen heißt es dazu:
 - b) Der Daten-Verbrauch bei Nutzung über Tethering (Hotspot) ... wird auf das Tarif-Datenvolumen angerechnet.
 - c) Der Vodafone Pass gilt nur im Inland. Im Ausland wird die Nutzung der im Pass inkludierten Apps auf das inkludierte Tarif-Datenvolumen angerechnet.“
- 3 Diese Klauseln – neben anderen, hier nicht interessierenden Klauseln - beanstandet der Kläger. Er meint, die Klauseln seien mit Art. 3 TSM-Verordnung (Klausel b)) beziehungsweise Art. 6a Verordnung (EU) Nr. 531/2012 in der Fassung der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 (Roaming-Verordnung) (Klausel c)) nicht vereinbar. Die Beklagte ist dem entgegen getreten.
- 4 Die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen (zukünftig: Bundesnetzagentur) als zuständige Aufsichtsbehörde hat ein Verfahren wegen Klausel b) eingestellt, jedoch eine Untersagung hinsichtlich Klausel

c) wegen Verstoßes gegen Art. 6a Roaming-Verordnung ausgesprochen. Über die dagegen von der Beklagten erhobene Anfechtungsklage beim Verwaltungsgericht Köln ist bisher nicht entschieden. Das Verwaltungsgericht Köln hat mittlerweile mit Beschluss vom 18. November 2019 (9 K 8221/18; Aktenzeichen des Gerichtshofs noch nicht bekannt) das Verfahren ausgesetzt und ein umfangreiches Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof zur Auslegung der Roaming-Verordnung erlassen.

- 5 Das Landgericht hat nach Anhörung der Bundesnetzagentur - soweit für die Vorlageentscheidung von Belang – die Beklagte zur Unterlassung der Einbeziehung der Klausel c) in Mobilfunkverträge verurteilt und die Klage hinsichtlich Klausel b) abgewiesen.
- 6 Was die Klausel b) betreffe, so werde Tethering vertraglich nicht ausgeschlossen und sei technisch auch möglich. Die Klausel b) richte sich nicht gegen bestimmte Endgeräte, sondern mache die Nutzung weiterer Endgeräte im Wege des Tetherings, unabhängig von deren Art und Herkunft, lediglich wirtschaftlich unattraktiv. Zudem könne die SIM-Karte, mit der der Pass genutzt werde, - soweit technisch möglich – auch in andere Geräte eingeführt werden.
- 7 Klausel c) hingegen sei unwirksam, weil sie gegen Art. 6a Roaming-Verordnung verstoße. Der Basistarif und der Pass bildeten eine einheitliche Leistung eines regulierten Datenroamingdienstes; der Vodafone Pass könne nur zusammen mit dem Basistarif gebucht werden, er könne nach Beendigung des Vertrages über den Basistarif nicht selbständig fortbestehen.
- 8 Gegen diese Entscheidung, soweit ihnen jeweils nachteilig, haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Bundesnetzagentur hat Stellung genommen. Die Entscheidung des Senats hängt von der Auslegung der in den Vorlagefragen genannten Vorschriften ab. Soweit es um die Klausel c) geht, sieht der Senat im Hinblick auf den – die gleiche Klausel betreffenden – Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichts Köln (vergleiche Randnummer 4) von einer erneuten Vorlage ab.

9 Die beiden Vorlagefragen betreffen die an Art. 3 TSM-Verordnung zu messende Wirksamkeit der Klausel b) zum Tethering. Das Tethering wird von den Parteien in zweierlei Fallkonstellationen diskutiert:

- Zum einen in der Fallkonstellation, in der das Mobilfunkgerät als Router benutzt wird und die Daten von diesem an ein anderes Gerät – drahtlos oder durch ein Kabel - weitergeleitet werden.
- Zum anderen in der Fallkonstellation, dass das Mobilfunkgerät mit einem mobilen LTE-Router verbunden wird und damit dieser den Internetzugang über das Mobilfunkgerät herstellt.

Zur ersten Frage:

10 Die erste Frage befasst sich mit dem von den Parteien unterschiedlich beantworteten Problem, ob Art. 3 Abs. 1 TSM-Verordnung die gleichzeitige Nutzung mehrerer – direkt und indirekt mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz verbundener – Endgeräte überhaupt regelt oder nicht.

11 Der Kläger meint, Art. 3 Abs. 1 TSM-Verordnung regele, wie sich aus der Wahl des Plurals (ebenso wie in Erwägungsgrund 4 der TSM-Verordnung) ergebe, auch die Möglichkeit der gleichzeitigen Benutzung mehrerer Endgeräte. Zudem verweise Erwägungsgrund 5 TSM-Verordnung auf Art. 1 der Richtlinie 2008/63/EG, wonach sowohl direkt als auch indirekt an die Schnittstelle eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes angeschlossene Einrichtungen Endeinrichtungen seien. Für eine solche Auslegung sprächen auch die „BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules“ (BoR (16) 127). Sie sehen unter Randnummer 27 Folgendes vor:

For example, the practice of restricting tethering is likely to constitute a restriction on the use of terminal equipment connecting to the network

Diese „Guidelines“ seien bei der Auslegung der TSM-Verordnung besonders zu berücksichtigen, weil die BEREC gemäß der Verordnung (EU) 2018/1971 ausdrücklich der Vereinheitlichung der Regulierungspraxis innerhalb der Union dienen solle. Dem stimmt grundsätzlich auch die Bundesnetzagentur zu.

- 12 Die Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, Art. 3 TSM-Verordnung regelt nicht das Recht, beliebig viele Endgeräte einschließlich nicht mobilfunkfähiger Endgeräte und Endgeräte Dritter gleichzeitig nutzen zu können. Eine solche Auslegung führte nämlich dazu, dass praktisch auch einer Vielzahl von Dritten die Leistung des Mobilfunkanbieters zugutekommen könne, was zu einer unzumutbaren Ausweitung ihrer Leistungen führe. Aus Erwägungsgrund 5 ergebe sich, dass es nur um Endgeräte gehe, die „die Verbindung zum Netz herstellen“.

Zur zweiten Frage:

- 13 Für den Fall, dass die erste Frage bejaht wird, stellt sich die weitere Frage, ob es sich bei der Klausel b) um eine „Einschränkung“ im Sinne des Art. 3 Abs. 2 TSM-Verordnung handelt.
- 14 Das Landgericht hat darauf abgestellt, dass durch die Klausel das Tethering nicht verboten werde; vielmehr bleibe es – auch in technischer Hinsicht – möglich. Es werde nur wirtschaftlich erschwert.
- 15 Der Kläger meint demgegenüber, eine „Einschränkung“ liege bereits in der Vorenthaltung ansonsten gewährter wirtschaftlicher Vorteile. Eine wirtschaftliche Benachteiligung des Tetherings jedweder Art reiche aus.
- 16 Die Bundesnetzagentur ist der Auffassung, eine „Einschränkung“ könne zwar nicht nur bei technischem oder vertraglichem Ausschluss eines Tetherings vorliegen. Es komme immer auf die Folgen an, wobei sie auf Randnummer 45 (mit näheren Erläuterungen in Randnummern 46 – 48) der in Rn. 10 angesprochenen BEREC Guidelines Bezug nimmt; diese lauten:

When assessing whether an ISP limits the exercises of rights of end-users, NRAs should consider to what extent end-users's choice is restricted by the agreed commercial and technical conditions or the commercial practices of the ISP. It is not the case that every factor affecting end-users's choice should necessarily be considered to limit the exercise of end-users' rights under Article 3 (1). The Regulation also foresees intervention in case such restrictions result in choice being materially reduced, but also in other cases that could qualify as a limitation of the exercises of the of the end-users's rights under Article 3 (1).

In diesem Fall sei zu berücksichtigen, dass von der Klausel b) nicht bestimmte Endgeräte, sondern weitere Endgeräte jedweder Art und Herkunft betroffen

seien. Zudem würden Nutzer, die über eine Festnetz-Flatrate verfügten, diese und nicht Mobilfunkgeräte für ein Tethering nutzen.

Schüttpelz

Neugebauer

Gmelin

