



Bundesnetzagentur • Postfach 80 01 • 53105 Bonn

Mit Postzustellungsurkunde

Vodafone GmbH

[REDACTED]

Ferdinand-Braun-Platz 1
40649 Düsseldorf

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Mein Zeichen, meine Nachricht vom
122 – 3430 2022-002

☎ (02 28)

14- [REDACTED]
oder 14-0

Bonn

27.04.2022

„Vodafone Pass“ – Anordnung nach § 202 Abs. 2 TKG wegen Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO

Anhörungen vom 28.01.2022 und 11.03.2022

Ihre Stellungnahmen vom 11.02.2022, 25.02.2022 und 31.03.2022

Sehr geehrte [REDACTED]

gegen die Vodafone GmbH (im Folgenden Vodafone) ergeht nach § 202 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz (TKG) auf Grund des angebotenen „Nulltarifs“, namentlich „Vodafone Pass“, wegen Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 Verordnung (EU) 2015/2120 (ABl. (EU) 2015, L 310/1, im Folgenden: TSM-VO)

folgender Bescheid:

...

1. Es wird festgestellt, dass die Vodafone durch das Angebot von „Vodafone Pass“ in den Mobilfunk-Tarifen

- Red- Tarif: Chat-, Social-, Gaming-, Music- und Video (Videopass nur in M, L, XL, XXL)
- Young-Tarif: Chat-, Social-, Gaming-, Music- und Video- (Videopass nur in M, L, XL)

gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO verstößt.

2. Der Vodafone wird untersagt, „Vodafone Pass“ in Neu- und Bestandskundenverträgen mit Kunden zu verwenden.

3. Für die Umsetzung der unter Ziffer 2 dieses Bescheids genannten Anordnung werden der Vodafone folgende Fristen gesetzt:

- a. eine Frist für die Einstellung der Neuvermarktung von „Vodafone Pass“ bis zum **01.07.2022**,
- b. eine Frist bis zum **31.03.2023** für die Einstellung von „Vodafone Pass“ gegenüber Bestandskunden.

4. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die in Ziffer 2 dieses Bescheids genannte Anordnung nach Ablauf einer der in Ziffer 3 genannten Fristen wird der Vodafone bereits jetzt ein Zwangsgeld von 500.000 Euro angedroht.

5. Die Gebührenentscheidung bleibt einem gesonderten Bescheid vorbehalten.

BEGRÜNDUNG:

A. Sachverhalt

Der vorliegende Bescheid ergeht im Anschluss an das Schreiben vom 28.01.2022 und das Schreiben nach § 202 Abs. 1 TKG vom 11.03.2022. Darin wurde festgestellt, dass die im Tenor unter Ziffer 1 angeführte Tarifooption „Vodafone Pass“ gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO verstößt.

Die Vodafone hat mit Schreiben vom 11.02.2022, 25.02.2022 sowie 31.03.2022 zu den Schreiben der Bundesnetzagentur Stellung genommen. Nach einem einleitenden Austausch zum Thema Zero-Rating mit der Telekommunikationsbranche am 16.11.2021 fanden verschiedene Gespräche zwischen der Vodafone und der BNetzA statt (u.a. am 21.01.2022, 15.02.2022 und am 17.02.2022). Darüber hinaus gab es einen bilateralen Austausch zur Problematik per Mail und Telefon (u.a. am 06.12.2021).

Hinsichtlich der von der Bundesnetzagentur aufrecht erhaltenen Beanstandungen ist der Sachverhalt wie folgt:

„Vodafone Pass“ ist eine innerhalb Deutschlands seit 2017 angebotene Tarifooption der Vodafone. Bei den Mobilfunktarifen handelt es sich um Tarife mit einem Inklusivvolumen an Daten. Wenn das vertraglich vereinbarte Volumen erreicht ist, reduziert sich die Übertragungsgeschwindigkeit. Es stehen fünf Pässe zur Wahl: Chat-, Social-, Gaming-, Music- und Video-Pass. Die Pässe sind ein integrierter Bestandteil der Mobilfunktarife: Dies bedeutet, dass ein Pass der Wahl bereits im Grundtarif enthalten ist und dieser Pass aktiviert werden muss, wenn der Kunde ihn nutzen möchte. Für 5 Euro pro Monat kann ein weiterer Pass (Chat-, Social- oder Music-Pass) hinzugekauft werden. Der Video-Pass kostet 10 Euro pro Monat. Sprach- und Videotelefonie, Werbung und das Öffnen von externen Links sind nicht enthalten und werden auf das Datenvolumen des Tarifs angerechnet. Einzelne Features bestimmter Apps werden ebenfalls angerechnet.

Der „Vodafone Pass“ zeichnet sich dadurch aus, dass Daten für die Übertragung der teilnehmenden Content-Partner (Inhalteanbieter) nicht auf das vereinbarte Datenvolumen angerechnet werden. Die Kunden können die Content-Partner-Dienste unbeschränkt nutzen, ohne dadurch eine Drosselung auszulösen. Wird allerdings das Dateninklusivvolumen für die Nutzung der übrigen, nicht von den Vodafone Pässen umfassten Dienste, ausgeschöpft, betrifft diese Drosselung alle Dienste gleichermaßen. Auch die von dem jeweiligen „Vodafone Pass“ umfassten Dienste sind nur noch verlangsamt nutzbar. Inhalte-Partner für „Vodafone Pass“ können grundsätzlich alle Anbieter werden, die mit der Vodafone den Vodafone Pass-Service Provider Vertrag schließen. Der Vertrag beinhaltet keine Zahlungsverpflichtung.

Für die jeweiligen Tarife können aktuell folgende „Vodafone Pass“-Optionen hinzugebucht werden:

- Red- Tarif: Chat-, Social-, Gaming-, Music- und Video (Videopass nur in M, L, XL, XXL)
- Young-Tarif: Chat-, Social-, Gaming-, Music- und Video- (Videopass nur in M, L, XL)

Die Vodafone führt in ihrer Stellungnahme vom 11.02.2022 aus, dass die EuGH-Urteile vom 02.09.2021 (C-34/20, C-854/19 und C-5/20) keineswegs eindeutig und die im Markt bestehenden Zero-Rating-Produkte nicht pauschal unzulässig seien. Insbesondere würden die EuGH-Urteile keine generelle Bindungswirkung für andere Gerichtsverfahren oder für Behörden entfalten. Der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (4 AEUV Abs. 3 UAbs. 2) erreiche seine Grenzen, wenn eine vom EuGH getroffene Auslegung nicht abschließend oder nicht klar ist.

Eine Entscheidung der Bundesnetzagentur zu „Vodafone Pass“ vor Verabschiedung der finalen BEREC-Guidelines wäre verfrüht und weder sachlich noch rechtlich geboten.

Die Vodafone äußert sich umfangreich zu den Übergangsfristen für Neukunden und für Bestandskunden. Die Vodafone begrüßt grundsätzlich den Ansatz der differenzierten Übergangsfristen. Sie ist allerdings der Ansicht, dass die Fristen erst mit Veröffentlichung der finalen BEREC-Guidelines beginnen dürfen.

Hinsichtlich der Übergangsfristen für die Einstellung der Vermarktung bei Neukunden sei eine Frist bis [REDACTED] notwendig. Auf weitere Rückfragen der Bundesnetzagentur gibt die Vodafone in ihrem Schreiben vom 25.02.2022 an, dass für die reine Deaktivierung der Buchungsmöglichkeiten der „Vodafone Pässe“ bis zu [REDACTED] benötigt würden.

In Bezug auf die Einstellung des „Vodafone Pass“ gibt die Vodafone in ihrer Stellungnahme vom 11.02.2022 an, dass für die Einstellung des Angebots von „Vodafone Pass“ gegenüber Bestandskunden zuerst ein neues Tarifportfolio gebaut werden müsse [REDACTED]
[REDACTED]

B. Rechtliche Würdigung

Der Bescheid ist formell und materiell rechtmäßig.

I. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Bescheid ist formell rechtmäßig.

1. Zuständigkeit

Zur Vornahme der im Tenor genannten Anordnungen unter Ziffern 1 und 2 einschließlich der in Ziffer 3 tenorierten Umsetzungsfristen ist die Bundesnetzagentur nach §§ 191, 202 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 TKG i. V. m. Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO sachlich und örtlich zuständig. Bezüglich des in Tenorziffer 4 angedrohten Zwangsgeldes beruht die Zuständigkeit auf §§ 202 Abs. 5 TKG i.V.m. § 6 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG).

2. Verfahren

Das Verwaltungsverfahren wurde ordnungsgemäß durchgeführt. Das Verfahren ist nach § 202 Abs. 1 und Abs. 2 TKG zweistufig angelegt. Stellt die Bundesnetzagentur fest, dass ein Unternehmen seine Verpflichtungen nach dem TKG, auf Grund des TKG, nach der Roaming-Verordnung oder nach der TSM-VO nicht erfüllt, fordert sie das Unternehmen in einem ersten Schritt nach § 202 Abs. 1 TKG zur Stellungnahme und Abhilfe auf. Sie setzt dem Unternehmen für die Abhilfe eine Frist.

Die Bundesnetzagentur hat der Vodafone (im Folgenden: die Betroffene) mit Schreiben vom 28.01.2022 zur Stellungnahme bis zum 11.02.2022 zu den netzneutralitätsrechtlichen Verstößen und mit Schreiben vom 11.03.2022 zur Stellungnahme und Abhilfe nach § 202 Abs. 1 TKG bis zum 31.03.2022 aufgefordert.

Die Betroffene ist ihren Verpflichtungen zur Gleichbehandlung allen Datenverkehrs nicht innerhalb der bis zum 31.03.2022 gesetzten Frist nachgekommen. Kommt das Unternehmen innerhalb der gesetzten Frist seinen Verpflichtungen nicht nach, kann die Bundesnetzagentur nach § 202 Abs. 2 TKG die zur Einhaltung der Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen anordnen, was mit vorliegendem Bescheid geschieht.

Die Verfahrensrechte der Betroffenen sind beachtet worden. Sie erhielt hinreichend Gelegenheit zur schriftlichen wie mündlichen Stellungnahme nach § 202 Abs. 1 TKG. Die Betroffene konnte sich vor der Anordnung von Maßnahmen nach § 202 Abs. 2 TKG zu den gegen sie gerichteten Vorwürfen äußern.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

Die unter Ziffer 1 des Bescheids tenorierte Feststellung sowie die unter Ziffer 2 getroffene Anordnung finden ihre Rechtsgrundlage in § 202 Abs. 2 i. V. m. § 202 Abs. 1 TKG i. V. m. Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO (siehe 1.). Die Festsetzung der unter Ziffer 3 eingeräumten Fristen beruht auf § 202 Abs. 2 S. 2 TKG (siehe 2.). Das unter Ziffer 4 angedrohte Zwangsgeld stützt sich auf § 13 i. V. m. §§ 6, 9, 11 VwVG i.V.m. § 202 Abs. 5 TKG (siehe 3.).

1. Feststellung des Verstoßes und Anordnung der Einstellung von „Vodafone Pass“

Die Feststellung des Verstoßes und die Anordnung der Einstellung von „Vodafone Pass“ in den Ziffern 1 und 2 des Tenors finden ihre Grundlage in § 202 Abs. 2 i. V. m. § 202 Abs. 1 TKG i. V. m. Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO. „Vodafone Pass“ stellt einen Verstoß gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO dar (siehe a.). Die angeordnete Maßnahme liegt im Rahmen des Ermessens (siehe b.).

a. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO

Art. 3 Abs. 3 TSM-VO verbietet eine differenzierte Behandlung des Internetverkehrs für Internetzugangsanbieter, sofern nicht eine ausnahmsweise zulässige Verkehrsmanagementmaßnahme nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 oder UAbs. 3 VO (EU) 2015/2120 vorliegt.

i. Ungleichbehandlung des Internetverkehrs für Internetzugangsanbieter

„Vodafone Pass“ führt zu einer solchen Ungleichbehandlung des Datenverkehrs nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO. Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO behandeln Anbieter von Internetzugangsdiensten den gesamten Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gleich, ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung, sowie unabhängig von Sender und Empfänger, den abgerufenen oder verbreiteten Inhalten, den genutzten oder bereitgestellten Anwendungen oder Diensten oder den verwendeten Endgeräten.

Wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt, darf bei der Frage, was gleich zu behandelnder „Verkehr“ ist, nicht danach differenziert werden, wer Sender und Empfänger ist, welche Inhalte abgerufen oder verbreitet werden und welche Anwendungen oder Dienste genutzt oder bereitgestellt werden. Ebenfalls aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich, was eine „Ungleichbehandlung“ ist, nämlich (jede) Diskriminierung, Beschränkung oder Störung. Zudem ergibt sich aus Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3, dass Anbieter von Internetzugangsdiensten – außerhalb eines angemessenen Verkehrsmanagements oder der Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 – nicht bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste – oder bestimmte Kategorien von diesen – blockieren, verlangsamen, verändern, einschränken, stören, verschlechtern oder diskriminieren dürfen.

Bei „Vodafone Pass“ werden Dienste, die keine Dienste von Content-Partnern sind, diskriminiert. Die Diskriminierung folgt aus der Privilegierung der Dienste von Content-Partnern von „Vodafone Pass“ (im Vergleich zu anderen Diensten) bei der Abrechnung des Datenverkehrs. Der durch die Nutzung der Dienste und Anwendungen von Content Partnern entstehende Datenkonsum wird nicht auf das Inklusivvolumen des Kunden angerechnet. Diese Bewertung folgt aus den Urteilen des EuGH vom 02.09.2020:

„Eine Tarifoption zum sogenannten „Nulltarif“ wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nimmt jedoch auf der Grundlage kommerzieller Erwägungen eine Unterscheidung innerhalb des Internetverkehrs vor, indem der Verkehr zu bestimmten Partneranwendungen nicht auf den Basistarif angerechnet wird. Eine solche Geschäftspraxis erfüllt daher nicht die in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 der Verordnung 2015/2120 genannte allgemeine Pflicht, den Verkehr ohne Diskriminierung oder Störung gleich zu behandeln.“¹ (Hervorhebung durch Verfasser)

sowie

„Da eine solche Tarifoption gegen die Pflichten aus Art. 3 Abs. 3 der Verordnung 2015/2120 verstößt, ist sie aber unabhängig von der Form oder der Art der mit den angebotenen Tarifoptionen verbundenen Nutzungsbedingungen – wie im Ausgangsrechtsstreit – unzulässig.“²

Bei seinen Ausführungen zur allgemeinen Pflicht zur Gleichbehandlung allen Datenverkehrs stützt sich der EuGH auf ein früheres Urteil aus dem Jahr 2020 (*Telenor Magyarorszá*; im Folgenden: „Telenor“-Urteil), in dem der EuGH dies bereits wortgleich festgestellt hatte.³

Die allgemeine Pflicht zur Gleichbehandlung des gesamten Verkehrs beschränkt sich entsprechend nicht auf technische Praktiken der Internetzugangsanbieter. Eine Ungleichbehandlung kann auch durch kommerzielle Praktiken des Internetzugangsdienstes erfolgen, wie z. B. durch eine differenzierte Preisgestaltung oder Abrechnung in Bezug auf Inholdedienste unterschiedlicher Anbieter. Ein Ungleichgewicht wird dadurch hervorgerufen, dass der Kunde einen Anreiz hat, nur die zero-gerateten Dienste zu nutzen, weil der hierfür notwendige Datentransport „kostenlos“ erfolgt.

Das „Telenor-Urteil“ enthält lediglich die Aussage, dass ein Verhalten eines Anbieters, das mit Art. 3 Abs. 3 TSM-VO unvereinbar ist, nicht weiter an Art. 3 Abs. 2 TSM-VO zu messen ist, da das Verhalten „ohnehin“ bereits unzulässig nach der TSM-VO sei.

¹ EuGH, C-34/20, Rn. 30; C-854/19, Rn. 28; C-5/20, Rn. 27.

² EuGH, C-34/20, Rn. 35; C-854/19, Rn. 33; C-5/20, Rn. 32.

³ Vgl. EuGH, Rs. C-807/18 und C-39/19, Rn. 47, 48.

In Rn. 28 des Telenor Urteils EuGH (vbs. Rs. C-807/18 und C-39/19) heißt es:

„Hält eine nationale Regulierungsbehörde das konkrete Verhalten eines Anbieters von Internetzugangsdiensten in vollem Umfang für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 3 der Verordnung 2015/2120, kann sie von der Prüfung absehen, ob dieses Verhalten auch mit Art. 3 Abs. 2 der Verordnung unvereinbar ist.“

Nicht jedoch kann hieraus die Unanwendbarkeit von Art. 3 Abs. 3 TSM-VO bei vertraglichen Ungleichbehandlungen, die sich nicht-technisch auswirken, gefolgert werden.

Bereits der Wortlaut der Vorschrift gibt keine Differenzierung nach technischen und sonstigen Verhaltensweisen der Anbieter her. Im ersten Halbsatz heißt es, „Anbieter von Internetzugangsdiensten behandeln den gesamten Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gleich,...“. Allein die Begriffe im zweiten Halbsatz „Beschränkung“ bzw. „Störung“ könnten technisch verstanden werden. Durch den weiteren Begriff der „Diskriminierung“ gibt es aber jedenfalls einen weiteren Auffangtatbestand, der sich nicht auf technische Verhaltensweisen beschränkt. Entsprechend versteht auch der EuGH Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO als „allgemeines Gleichheitbehandlungsgebot“ (siehe oben).

Für einen weiten Anwendungsbereich spricht auch die allgemeine Ausrichtung bzw. der Sinn und Zweck der TSM-VO. Die Verordnung soll eine gleichberechtigte und nichtdiskriminierende Behandlung des Datenverkehrs ermöglichen (Art. 1 TSM-VO). Vor dem Hintergrund kann es nicht entscheidend sein, durch welches Verhalten die Gleichbehandlung gestört wird.

Gleichermaßen sieht auch Erwägungsgrund 8 TSM-VO keine Einschränkung auf technische Verhaltensweisen der Internetzugangsanbieter vor:

„Bei der Bereitstellung der Internetzugangsdienste sollten Anbieter dieser Dienste den gesamten Datenverkehr ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung, ungeachtet des Senders, des Empfängers, des Inhalts, der Anwendung, des Dienstes oder des Endgeräts, gleichbehandeln. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts und der ständigen Rechtsprechung sollten vergleichbare Situationen nicht unterschiedlich und unterschiedliche Situationen nicht gleichbehandelt werden, es sei denn, eine solche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt.“

Ungleichbehandlungen sind nicht ausschließlich in technischer Hinsicht denkbar. Auch kommerzielle Vereinbarungen können potentiell zu einer Ungleichbehandlung führen.

Zu einem anderen Ergebnis kommt man auch nicht in Hinblick auf die Rechtfertigungsgründe nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 TSM-VO. Selbst wenn man den Begriff der Verkehrsmanagementmaßnahme rein technisch versteht, führt dies nicht bereits zu einer Einschränkung der Pflicht zur Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO. Der Begriff

„Verkehrsmanagementmaßnahme“ beschränkt sich lediglich auf die Rechtfertigungsgründe und findet sich in UAbs. 1 gerade nicht. Dies kann als bewusste Entscheidung des EU-Gesetzgebers verstanden werden, das allgemeine Gleichbehandlungsgebot nach UAbs. 1 weit zu verstehen.

Die Konstellation ist insoweit mit technischen Maßnahmen von Internetzugangsanbietern vergleichbar. Auch bei einem Zero-Rating-Produkt, das oberhalb des Datencaps nur bestimmte Inholdedienste von der Geschwindigkeitsdrosselung ausnimmt, wird das Kundenverhalten gelenkt.

Dass nach dem Verbrauch des vereinbarten Datenvolumens alle Dienste und Anwendungen (einschließlich der der Content-Partner) verlangsamt werden, ändert nichts an der Feststellung einer im Zero Rating-Angebot liegenden Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO. Ausreichend ist bereits die Ungleichbehandlung des Internetverkehrs durch Anwendung unterschiedlicher Abrechnungsmechanismen vor Erreichen des Datenvolumens. Auch die niederschwellige (weil kostenlose) Möglichkeit, Content-Partner zu werden, ändert nichts an der Ungleichbehandlung. Bereits die Konzeption von „Vodafone Pass“ ist darauf ausgelegt, dass es teilnehmende und nicht-teilnehmende Dienste gibt, bei denen die jeweilige Datennutzung unterschiedlich auf das Datenvolumen angerechnet wird.

In dem Fall von „Vodafone Pass“ fehlt es daher an der notwendigen Anwendungsagnostik, also der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs – und somit aller Dienste – innerhalb eines Internetzugangsdienstes.

Auch der Einwand der Betroffenen, die EuGH-Urteile vom 02.09.2021 stünden im Widerspruch zum „Telenor-Urteil“⁴, verfährt nicht. Die Betroffene ist der Ansicht, die EuGH-Urteile würden keine generelle Bindungswirkung für andere Gerichtsverfahren oder für Behörden entfalten. Der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (4 AEUV Abs. 3 UAbs. 2) erreiche seine Grenzen, wenn eine vom EuGH getroffene Auslegung nicht abschließend oder nicht klar ist. Zunächst lässt sich weder aus der Satzung des EuGH noch aus sonstigem EU-Recht ein Vorrang der Entscheidung des EuGH im „Telenor“-Urteil ableiten. Darüber hinaus stehen die EuGH-Urteile nicht im Widerspruch zu einander. Die Urteile aus dem Jahr 2021 sind vielmehr als Fortentwicklung des „Telenor-Urteils“ zu verstehen. Im früheren Urteil wurden die konkreten Vorlagefragen beantwortet und erste Grundsätze zur Beurteilung von Zero-Rating-Optionen aufgestellt. In den aktuellen Urteilen bezieht der EuGH nunmehr – über die konkreten Vorlagefragen hinaus – Stellung zu der zugrundeliegenden Grundsatzfrage der Zulässigkeit von „Nulltarif“-Optionen und stützt sich dabei umfassend auf die im „Telenor“-Urteil entwickelten Grundsätze.

⁴ EuGH, vb. Rs. C-807/18 und C-39/19.

Schließlich führt auch das Argument der Betroffenen, „Vodafone Pass“ stehe im Einklang mit den aktuell gültigen BEREC-Leitlinien zur Umsetzung der Verordnung (EU) 2015/2120 vom 11. Juni 2020 (BEREC-Leitlinien) nicht zu einem anderen Ergebnis. Zwar sind nach Art. 4 Abs. 4 der Verordnung (EU) 2018/1971 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Einrichtung des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und der Agentur zur Unterstützung des GEREK (GEREK-Büro), zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/2120 und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 (BEREC-VO) sowie Erwägungsgrund 19 der TSM-VO BEREC-Leitlinien von den nationalen Regulierungsbehörden „weitestgehend zu berücksichtigen“. Jedoch kommt EuGH-Urteilen eine höhere Bindungswirkung zu. Sie sind für die Mitgliedstaaten einschließlich aller öffentlichen Stellen und somit auch die Bundesnetzagentur bindend (vgl. Art. 4 Abs. 3 UAbs. AEUV; EuGH, vb. Rs. C-231/06 – C-233/06, Rn. 38 - *Jonkman* u.a.), dies sowohl hinsichtlich Tenor als auch Begründung (vgl. EuGH, Rs. C-135/77, Rn. 4 - *Bosch ./. Hauptzollamt Hildesheim*). Sofern der EuGH die Auslegung nicht zeitlich beschränkt, gilt die Auswirkung sogar rückwirkend (EuGH, Rs. C-61/79, Rn. 16 – *Denkavit*).

Zudem werden die BEREC-Leitlinien derzeit vor dem Hintergrund der Urteile des EuGH vom September 2021 überarbeitet. Der am 16.03.2022 veröffentlichte Entwurf der überarbeiteten BEREC-Leitlinien enthält die Klarstellung, dass Zero Rating-Tarifoptionen gegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO verstoßen (Draft BEREC Guidelines, BoR (22) 30, Rn. 49, 54a, 40b; vgl. hierzu auch das Explanatory Document, BoR (22) 31). Zudem haben sowohl die Bundesnetzagentur als auch BEREC ihre Sichtweise früh gegenüber den betroffenen Internetzugangsanbietern offengelegt. Der Betroffenen ist seit der Veranstaltung der Bundesnetzagentur am 16.11.2021 sowie dem Public Debriefing seitens BEREC am 15.12.2021 bekannt, dass die in der EU auf dem Markt befindlichen Zero Rating-Angebote von den nationalen Regulierungsbehörden sowie BEREC als unzulässig angesehen werden.

ii. Vereinbarung kein Rechtfertigungsgrund

Der Verstoß ist auch nicht aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Kunden gerechtfertigt. Der Grundsatz der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs ist ein zentraler Grundsatz der TSM-VO. Hiervon darf unter keinen Umständen durch Geschäftspraktiken der Anbieter oder durch vertragliche Vereinbarungen mit Endnutzern abgewichen werden.⁵

Vertragliche Vereinbarungen sind von vornherein unzulässig, wenn sie – wie hier – zu einer Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO führen. Die Verpflichtung zur Gleichbehandlung des Internetverkehrs für Internetzugangsanbieter besteht unabhängig von einem konkreten Vertragsverhältnis. Bei einem Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot nach

⁵ EuGH, C-34/20, Rn 28; C-854/19, Rn. 26; C-5/20, Rn. 25; C-807/18 und C-39/19, Rn. 47.

Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TMS-VO stellen allein Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 abschließende Rechtfertigungsmöglichkeiten dar.

In den Urteilen des EuGH vom 02.09.2021 heißt es hierzu:

„Im Übrigen ist es unerheblich, ob eine solche Option auf eine Vereinbarung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 der Verordnung 2015/2120 zurückgeht oder ob sie eine tatsächliche Nachfrage des Kunden oder des Anbieters von Inhalten befriedigen soll.“⁶

iii. Keine Verkehrsmanagementmaßnahme nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO

Die Ungleichbehandlung ist auch nicht nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO gerechtfertigt. Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO sind solche Maßnahmen des Verkehrsmanagements zulässig, die transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sind und die nicht auf kommerziellen Erwägungen, sondern auf objektiv unterschiedlichen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen. Mit diesen Maßnahmen darf zudem nicht der konkrete Inhalt überwacht werden, und sie dürfen nicht länger als erforderlich aufrechterhalten werden.

Der Ausnahmegrund des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO scheidet bereits deshalb aus, weil „Vodafone Pass“ auf kommerziellen Gründen beruht. In einem solchen Fall ist ein angemessenes Verkehrsmanagement ausdrücklich nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO ausgeschlossen.

Entsprechend schließt auch der EuGH in seinen Urteilen vom 02.09.2021 das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO aus:

„Schließlich können die für Managementmaßnahmen vorgesehenen Ausnahmen nicht berücksichtigt werden, da solche Maßnahmen nach Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 der Verordnung 2015/2120 nicht auf kommerziellen Strategien des Anbieters von Internetzugangsdiensten beruhen dürfen.“⁷

Im „Telenor“-Urteil vom 15.09.2020 hatte der EuGH zu den „kommerziellen Erwägungen“ Folgendes ausgeführt:

„Auf solchen „kommerziellen Erwägungen“ beruht insbesondere jede Maßnahme eines Anbieters von Internetzugangsdiensten gegenüber einem Endnutzer im Sinne der Definition in den Rn. 36 und 37 des vorliegenden Urteils, die, ohne auf solche objektiv unterschiedlichen Anforderungen gestützt zu sein, darauf hinausläuft, dass die von den verschiedenen Anbietern von Inhalten,

⁶ EuGH, C-34/20, Rn. 32; C-854/19, Rn. 30; C-5/20, Rn. 29.

⁷ EuGH, C-34/20, Rn. 33; C-854/19, Rn. 31; C-5/20, Rn. 30.

*Anwendungen oder Diensten angebotenen Inhalte, Anwendungen oder Dienste nicht gleich und ohne Diskriminierung behandelt werden.*⁸

Kommerzielle Erwägungen werden angenommen, wenn sich die Verkehrsmanagementmaßnahme gerade nicht auf „objektiv unterschiedliche Anforderungen an die technische Qualität der Dienste bei speziellen Verkehrskategorien“ gründet.⁹ Das Zero-Rating bietet den Endkunden die unbegrenzte Datennutzung im Rahmen des mobilen Internetzugang für die Dienste der Content-Partner. Diese Option steigert die Attraktivität des im Übrigen hinsichtlich des Datenvolumens beschränkten Tarifs.¹⁰ Entscheidend ist, dass die unterschiedliche Behandlung der Dienste durch die Betroffene angeboten wird, um Kunden zu gewinnen oder zu halten.

Hingegen liegen keine objektiven Gründe in der Art der zero-gerateten Dienste vor, die ein Zero Rating dieser Dienste erfordern würden.

iv. Keine Verkehrsmanagementmaßnahme nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO

Die Ungleichbehandlung ist auch nicht nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO gerechtfertigt. Neben bzw. über die in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO beschriebenen Maßnahmen des „per se“ angemessenen Verkehrsmanagements hinaus sind im Ausnahmefall Maßnahmen des Verkehrsmanagements auch dann zulässig, wenn sie durch besondere Umstände als erforderlich gerechtfertigt sind. Hierfür enthält Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO eine abschließende Liste von drei Rechtfertigungsgründen, deren Vorliegen ein Verkehrsmanagement erforderlich macht. Hierzu zählen die Rechtsdurchsetzung, die Netzüberlastung sowie Abwehrmaßnahmen gegen Bedrohungen und Angriffe auf die Sicherheit des Netzes oder der Endgeräte.

In Bezug auf die Ungleichbehandlung des Datenverkehrs durch die Zero Rating-Option „Vodafone Pass“ ist kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich. Insbesondere Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 S. 2 lit. c TSM-VO liegt nicht vor. „Vodafone Pass“ verhindert keine Netzüberlastung. Ein Zero-Rating führt vielmehr zu zusätzlicher Datennachfrage. Eine Netzüberlastung wird also nicht verhindert bzw. abgemildert, sondern tendenziell gefördert.

v. Ergebnis

Die von der Betroffenen angebotene „Vodafone Pass“-Option verstößt gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO.

⁸ EuGH, C-807/18 und C-39/19, Rn. 48.

⁹ EuGH, C-34/20, Rn. 29.

¹⁰ EuGH, C-34/20, Rn. 30.

b. Ermessen

Die im Tenor unter Ziffer 1 dieses Bescheids genannte Feststellung eines Verstoßes von „Vodafone Pass“ gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO dient der Klarstellung.

Die im Tenor unter Ziffer 2 dieses Bescheids getroffene Anordnung hält sich im Rahmen der nach § 202 Abs. 2 TKG i.V.m. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO zulässigen Maßnahmen. Kommt das Unternehmen innerhalb der gesetzten Frist seinen Verpflichtungen nicht nach, kann die Bundesnetzagentur die zur Einhaltung der Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen anordnen. Die Bundesnetzagentur hält sich damit an das ihr vorgegebene Ermessen.

Die Anordnung unter Ziffer 2 ist eine geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahme zur Durchsetzung des Rechts auf allgemeine Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO durch die Internetzugangsanbieter.

Die Untersagung von „Vodafone Pass“ ist geeignet, den Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot abzustellen. Angebotene Dienste werden sodann bei der entsprechenden Nutzung durch den Endkunden gleichermaßen auf das Datenvolumen angerechnet. Durch die Anordnung fällt die Zero-Rating-Option sowohl gegenüber den Neukunden als auch gegenüber den Bestandskunden weg. Hierdurch wird die Gleichbehandlung allen Datenverkehrs innerhalb eines Internetzugangsdienstes wiederhergestellt.

Die Anordnung ist auch erforderlich. Mildere, ebenso geeignete Mittel zur Beseitigung des Verstoßes sind nicht ersichtlich. Nach der weiten Auslegung des EuGH in Bezug auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot, ist keine alternative „Vodafone Pass“-Ausgestaltung denkbar, die mit Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO vereinbar wäre.

Die Anordnung ist auch angemessen. Das Interesse der Endnutzer (die nicht nur Kunden der Betroffenen umfassen, sondern auch Inthalteanbieter sowie weitere konsumierende Endnutzer) sowie der Allgemeinheit an der Einhaltung des Gebots der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs überwiegen das Interesse der Betroffenen an einer weiteren Vermarktung aus kommerziellen Gründen, das nach Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung kein schutzwürdiges Interesse ist.

Zwar ist das Interesse der Betroffenen wirtschaftlich nachvollziehbar, den Kunden die Nutzung von (zum Teil) datenintensiven Diensten zu einem attraktiven Preis (und günstiger als Flatrate-Tarife) anzubieten. Mit der TSM-VO vereinbar wären jedoch nur solche Alternativen, die anwendungsneutral ausgestaltet wären. Dies wäre z.B. der Fall, wenn ein Zero-Rating für alle Dienste auf ein bestimmtes Zeitfenster (z.B. abends oder am Wochenende) vereinbart würde.

Würde die Bundesnetzagentur „Vodafone Pass“ nicht untersagen, würde sich ein rechtswidriger Zustand verfestigen, welcher der Betroffenen einen Vorsprung gegenüber ihren Wettbewerbern verschaffen würde, die keine unzulässigen Zero-Rating-Optionen anwenden.

 Es besteht ein generelles Risiko eines Unternehmens, dass ein Geschäftsmodell ganz oder teilweise nachträglich untersagt wird und in der Folge u.a. Kundenverträge rückabgewickelt werden müssen. Die Anzahl der Bestandskunden wird jedoch bei der Bemessung der Umsetzungsfristen berücksichtigt (siehe dazu unter II.2.b.).

Auch der Einwand der Betroffenen, das Vorgehen der Bundesnetzagentur widerspreche dem europäischen Harmonisierungsprozess, greift nicht. Nach Ansicht der Betroffenen stehe es erst nach Inkrafttreten der finalen BEREC-Leitlinien am 15.06.2022 im Ermessen der Bundesnetzagentur, ein Verwaltungsverfahren im Einklang mit den ggf. verschärften Leitlinien zu eröffnen. Hierzu wird auf die obigen Ausführungen verwiesen (siehe oben unter S. 10).

Nach alledem überwiegen die Interessen der Endnutzer, insbesondere der nicht an „Vodafone Pass“ teilnehmenden Inhalteanbieter, von Wettbewerbern und der Allgemeinheit an einer Durchsetzung der Vorschriften über das allgemeine Gleichbehandlungsgebot.

2. Umsetzungsfristen

Nach § 202 Abs. 2 S. 2 TKG ist eine angemessene Frist für die Umsetzung der Anordnungen zu setzen. Das bedeutet, dass eine Frist so bemessen sein muss, dass sie vom Betroffenen mit zumutbarem Aufwand eingehalten werden kann. Dabei ist auch zu berücksichtigen, welche Zeiträume üblicherweise für die maßgebliche Handlung zur Verfügung stehen (vgl. *Ramsauer* in: *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 22. A. 2021, § 32, Rn. 44).

Vorab ist festzuhalten, dass die Umsetzungsfristen ab dem Zugang der hiesigen Anordnung nach § 202 Abs. 2 TKG zu laufen beginnen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 202 Abs. 2 S. 2 TKG, wonach dem Unternehmen bei der Anordnung eine angemessene Frist zu setzen ist, um den Maßnahmen entsprechen zu können. Entgegen Ihrer Auffassung (vgl. etwa Schreiben vom 11.02.2022) ist insoweit nicht auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung der finalen BEREC-Leitlinien am 15.06.2022 abzustellen. Sie tragen dazu vor, dass erst ab diesem Zeitpunkt zweifelsfrei klar sei, wie Art. 3 TSM-VO unter Berücksichtigung der EuGH-Urteile nach den BEREC-Leitlinien auszulegen sei. Dass diesem Vortrag nicht gefolgt werden kann, ist bereits ausgeführt worden (vgl. oben S. 10 zu den BEREC-Leitlinien, der Bindungswirkung von EuGH-Urteilen und der aktuellen Überarbeitung der BEREC-Leitlinien).

Bei den Umsetzungsfristen muss zwischen dem Stopp der aktiven Vermarktung von „Vodafone Pass“ (siehe a.) und der Einstellung des Angebots von „Vodafone Pass“ gegenüber Bestandskunden (siehe b.) differenziert werden.

a. Einstellung der Neuvermarktung

In Bezug auf Einstellung der aktiven Vermarktung von „Vodafone Pass“ wird eine Umsetzungsfrist bis zum 01.07.2022 als angemessen erachtet. Dies ergibt sich aus den folgenden Gründen:

i. Vortrag der Betroffenen

Die Betroffene hat in ihrer Stellungnahme vom 11.02.2022 ausgeführt, dass für die Einstellung der Neuvermarktung zuerst ein neues Tarifportfolio gebaut werden müsse. Hierfür würde sie bis [REDACTED] benötigen. Im Einzelnen werden folgende Punkte angeführt, die die Länge der Frist rechtfertigen sollen:

- Technischer Bau neuer Tarife
- Governance Prozess mit internen Freigaben
- Anpassung der Online-Auftritte
- Anpassungen bei den Vodafone Shops
- Vorbereitung der Vertriebskanäle
- Umbau der Kundenservice-App „Mein Vodafone“
- Anpassungen beim Vodafone Pass Partnermanagement
- Abstimmungen mit der externen Kommunikation
- Information der Partnerunternehmen

Auf weitere Rückfragen der Bundesnetzagentur hat die Betroffene mit Schreiben vom 25.02.2022 geantwortet, dass für die reine Deaktivierung der Buchungsmöglichkeiten der „Vodafone Pässe“ bis zu [REDACTED] benötigt würden. [REDACTED]

Schließlich hat die Betroffene in ihrer Stellungnahme vom 31.03.2022 im Wesentlichen auf die Ausführungen in den Schreiben vom 11.02. und 25.02.2022 verwiesen. Der Stopp der Vermarktung des Vodafone Passes für Neukunden werde von der Betroffenen bereits aktiv und mit hoher Priorität vorbereitet und so schnell wie möglich umgesetzt.

ii. Bewertung

Weder dem Vortrag, dass für die Einstellung der Vermarktung des „Vodafone Pass“ gegenüber Neukunden ein neues Tarifportfolio notwendig sei, noch dem Vortrag, dass die Deaktivierung der Buchungsoptionen [REDACTED] erfordere, kann gefolgt werden.

Neues Tarifportfolio nicht für Einstellung Neuvermarktung notwendig

Der Aufbau eines neuen Tarifportfolios ist für die Einstellung der Vermarktung des „Vodafone Pass“ nicht erforderlich. Zwar mag es aus Sicht der Betroffenen wirtschaftlich von Interesse sein, bereits ein neues Tarifportfolio aufgebaut zu haben, wenn die Vermarktung der Vodafone Pässe eingestellt wird. Dies ist jedoch keine Voraussetzung hierfür.

Auch der Umstand, dass „Vodafone Pass“ in die bestehenden Tarife integriert ist, ist kein zwingender Grund, vor Einstellung der Vermarktung eine neue Tariflandschaft geschaffen zu haben. Es ist ausreichend, die Buchungsmöglichkeiten der Vodafone Pässe in den bestehenden Tarifen nicht mehr zu ermöglichen.

Einstellung der Vermarktung bis zum 01.07.2022 möglich

Auch ist eine Einstellung der Neuvermarktung deutlich vor [REDACTED] bzw. schneller möglich als binnen [REDACTED]

Die Ermittlungen haben gezeigt, dass die Neuvermarktung jedenfalls bis zum 01.07.2022 eingestellt werden kann. In diesem Zeitraum können alle hierfür erforderlichen Schritte umgesetzt werden.

Im Einzelnen sind folgende Maßnahmen vorzunehmen, die zeitgleich erfolgen können:

- Die technische Vertriebseinstellung des Neugeschäfts (inkl. technischer Sperren) muss eingerichtet werden. Diese bewirkt, dass die „Vodafone Pässe“, welche ein integrierter Teil des Mobilfunktarifs sind, nicht vom Kunden aktiviert werden können. Diese Maßnahmen können innerhalb von vier Wochen vorgenommen werden.
- Des Weiteren muss der Vertrieb der Vodafone Pässe als integrierter Teil der Mobilfunktarife in allen Vertriebskanälen – so in den Online-Shops, im Self-Service, im Ladengeschäft, über die Hotlines – eingestellt werden.
 - o Das Onlinegeschäft ist so umzugestalten, dass die Webseiten zu „Vodafone Pass“ deaktiviert werden und im Online-Shop innerhalb der Buchungsmöglichkeiten für die Mobilfunktarife die integrierten „Vodafone Pässe“ jedenfalls nicht mehr sichtbar sind.

Die IT-seitigen Maßnahmen können nach hiesiger Kenntnis binnen zwei Wochen, jedenfalls aber bis zum 01.07.2022 vorgenommen werden.

- Auch im Self-Service (Online-Kundencenter sowie Kunden-App) muss sichergestellt sein, dass innerhalb der Buchungsmöglichkeiten für die Mobilfunktarife die integrierten „Vodafone Pässe“ jedenfalls nicht mehr sichtbar sind. Dies kann innerhalb eines vergleichbaren Zeitrahmens wie die Einstellung im Onlinegeschäft erfolgen.
- Die Mitarbeiter im Ladengeschäft und in den internen und externen Kundencentern müssen informiert und geschult werden. Hierfür sind ca. drei Wochen zu veranschlagen. Im Ladengeschäft sind zudem alle Werbe- und sonstigen Kommunikationsmaterialien auszutauschen, was ebenfalls bis zum 01.07.2022 möglich ist.
- Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie sonstige Rechtstexte (Preislisten, Produktinformationsblätter) müssen angepasst werden. Da im Wesentlichen nur die Bestimmungen über „Vodafone Pass“ zu entfernen sind, bedarf dies nicht länger als drei Wochen. Auch eine Onlinestellung sowie Druck dieser Dokumente (je nach Vertriebskanal) ist bis zum 01.07.2022 umsetzbar.

Dass die erforderlichen Maßnahmen bis zum 01.07.2022 vorgenommen werden können, ist jedenfalls dadurch erwiesen, dass Ermittlungen am Markt ergeben haben, dass der Stopp der Neuvermarktung weniger zeitintensiv ist, als von der Betroffenen angegeben. Hierfür sind nach marktüblichen Maßstäben jedenfalls zwei Monate ausreichend. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Betroffene für die Einstellung der Vermarktung mehr Zeit als die üblicherweise veranschlagten Fristen erfordern würde. Auch die Integration des „Vodafone Pass“ in die Mobilfunktarife ändert hieran nichts. Die erforderlichen Schritte entsprechen im Wesentlichen den Schritten, die zur Einstellung der Vermarktung eines Zero Rating-Produkts, welches als Zubuchoption zu Mobilfunktarifen ausgestaltet ist, erforderlich sind. Im Falle der Integration der Zero Rating-Option in den Mobilfunktarif muss die Möglichkeit der Aktivierung der Zero Rating-Option (hier: Vodafone Pass) technisch gesperrt werden. Dies erfordert technisch im Wesentlichen die gleichen Schritte (Sperrungen) wie die Sperre der Buchung von Zubuchoptionen. Zudem wäre es andernfalls möglich, durch eine möglichst komplexe Ausgestaltung eines Produkts die Wiederherstellung eines rechtskonformen Zustands hinauszuzögern.

iii. Verhältnismäßigkeit der Umsetzungsfrist

Die Umsetzungsfrist ist bezogen auf die Einstellung aller Interessen auch verhältnismäßig. Das Interesse der Betroffenen an einer weiteren Vermarktung des „Vodafone Pass“ tritt hinter dem öffentlichen Interesse an der zeitnahen Herstellung eines rechtskonformen Zustands zurück. Dies

gilt umso mehr, da zum Zeitpunkt des Ablaufs Umsetzungsfrist am 01.07.2022 seit dem Erlass der relevanten EuGH-Urteile etwa zehn Monate vergangen sind. Das heißt auch, dass die Betroffenen bereits zu diesem Zeitpunkt mit der Entwicklung eines neuen Tarifportfolios hätte beginnen können. Des Weiteren liegt eine zeitnahe Einstellung der Vermarktung sowohl im Interesse von Inhalteanbietern, die bisher nicht an „Vodafone Pass“ teilnehmen, sowie im Interesse von Wettbewerbern, die sich rechtskonform verhalten. Im Rahmen der Einstellung der Vermarktung sind schließlich keine Interessen von Bestandskunden zu berücksichtigen, so dass das Interesse an einer zeitnahen Umsetzung überwiegt.

b. Einstellung des Angebots gegenüber Bestandskunden

In Bezug auf Einstellung des Angebots von „Vodafone Pass“ gegenüber Bestandskunden wird eine Umsetzungsfrist bis zum 31.03.2023 als angemessen erachtet. Dies ergibt sich aus den folgenden Gründen:

i. Vortrag der Betroffenen

Die Betroffene hat in ihrer Stellungnahme vom 11.02.2022 ausgeführt, dass für die Einstellung des Angebots von „Vodafone Pass“ gegenüber Bestandskunden zuerst ein neues Tarifportfolio gebaut werden müsse [REDACTED] und sodann die Bestandsverträge [REDACTED] [REDACTED] Insgesamt würde die Betroffene hierfür bis [REDACTED] benötigen. [REDACTED]

Auf weitere Rückfragen der Bundesnetzagentur hat die Betroffene mit Schreiben vom 25.02.2022 geantwortet, [REDACTED]

Schließlich wurde in der Stellungnahme vom 31.03.2022 im Wesentlichen auf die Ausführungen in den Schreiben vom 11.02.2022 und 25.02.2022 verwiesen.

ii. Bewertung

Dem Vortrag, dass die Einstellung des Angebots von Vodafone Pass gegenüber Bestandskunden bis [REDACTED] benötige, kann zwar nicht gefolgt werden. [REDACTED]

Keine Übergangszeit bis [REDACTED]

Die Einstellung des Angebots von „Vodafone Pass“ gegenüber Bestandskunden ist schneller möglich als bis [REDACTED]. Wie die Betroffene mit Schreiben vom 25.02.2022 selbst ausführt, ist eine Übergangslösung bis Ende März 2023 und damit deutlich schneller möglich.

Eine Migration der Bestandskunden über einen Zeitraum von [REDACTED] wäre aus Sicht der Betroffenen zwar die risikoärmste Alternative. [REDACTED]

Jedoch wäre eine solche Übergangsfrist länger, als dies für eine Einstellung des Angebots gegenüber Bestandskunden erforderlich ist. Darüber hinaus wäre eine solche Übergangsfrist sowohl unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an einer möglichst zeitnahen Umsetzung der EuGH-Urteile, der Interessen von Inhaltenanbietern, die nicht an „Vodafone Pass“ teilnehmen, sowie der Interessen von sich rechtskonform verhaltenden Wettbewerbern unverhältnismäßig. Denn dies würde bedeuten, dass die EuGH-Urteile vom 02.09.2021 erst über [REDACTED] später vollständig umgesetzt wären. Bei einer solchen Übergangsfrist würde einseitig den Interessen der Betroffenen, nicht aber den Interessen der Öffentlichkeit sowie anderer Marktteilnehmer (Inhaltenanbieter, Wettbewerber) entsprochen.

Den Ausführungen zu den erforderlichen Schritten – [REDACTED]

[REDACTED] Zum einen ist bei der Frist für das Bestandsgeschäft – anders als bei der Bemessung der Frist für die Einstellung

der Neuvermarktung – zu berücksichtigen, dass „Vodafone Pass“ ein integrierter Teil der bestehenden Mobilfunktarife ist. Im laufenden Bestandsgeschäft könnte die „Herausnahme“ der Pässe zu Schwierigkeiten führen, wenn der Zeitraum hierfür zu knapp bemessen ist. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung [REDACTED]

Schließlich ist der Zeitraum bis Ende März 2023 auch ausreichend, um sowohl die Verträge mit den Content-Partnern als auch den Wholesale-Partnern zu kündigen.

iii. Verhältnismäßigkeit der Umsetzungsfrist

Die Umsetzungsfrist bis 31.03.2023 für die Einstellung des Bestandskundengeschäfts ist unter Abwägung aller Interessen auch verhältnismäßig. Zwar wäre, würde allein das öffentlichen Interesse an einer zeitnahen Umsetzung der EuGH-Urteile betrachtet, eine schnellere Umsetzung wünschenswert. [REDACTED]

[REDACTED] Daher liegt eine so bemessene Übergangsfrist im Interesse der Verbraucher. Die Bundesnetzagentur hält dies insoweit für vertretbar, als das die Herausnahme des integrierten „Vodafone Pass“ eine größere Umstellung mit sich bringt als eine reine Zubuchoption. Demgegenüber hat das Interesse der Betroffenen an einer möglichst langen Ausgestaltung der Übergangsfrist (bis Ende November 2024) keinen Vorrang (siehe dazu bereits oben). Jedoch ist auch zu berücksichtigen, dass die Übergangsfrist nunmehr länger bemessen wurde als ursprünglich von der Bundesnetzagentur gefordert. Damit sind die wirtschaftlichen Nachteile, die für die Betroffene entstehen, zumindest teilweise abgemildert.

Unter Abwägung all dieser Interessen, unter denen insbesondere das Interesse der Kunden an einer schonenden Übergangslösung als hoch zu bewerten ist, stellt sich die Übergangsfrist bis zum 31.03.2023 als das mildeste Mittel und damit die verhältnismäßigste Frist dar.

3. Zwangsgeld

Ermächtigungsgrundlage für die Androhung eines Zwangsgeldes ist § 13 i.V.m. §§ 6, 9, 11 VwVG i.V.m. § 202 Abs. 5 TKG.

Die im Tenor unter 2. ausgesprochenen Untersagungen stellen Anordnungen der Regulierungsbehörde nach § 202 Abs. 2 TKG dar, die nach § 202 Abs. 5 TKG nach Maßgabe des VwVG mit einem Zwangsgeld von 1.000 Euro bis höchstens 10 Millionen Euro durchgesetzt werden können. Hierbei kann es sich nach § 9 Abs. 1 lit. b i.V.m. § 11 VwVG nur um die Festsetzung eines Zwangsgeldes handeln, da es sich bei der Umsetzung der Anordnungen nicht um eine vertretbare Handlung handelt.

„Vodafone Pass“ verstößt gegen die Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-Verordnung. Dies ist seit der EuGH-Entscheidung vom 02.09.2021 bekannt. Vor diesem Hintergrund ist eine Zwangsgeldandrohung zur Durchsetzung der Anordnungen geeignet, erforderlich und angemessen. Es kann erwartet werden, dass die Betroffene der Anordnung infolge der Androhung des Zwangsgeldes Folge leisten wird. Hierbei wurde berücksichtigt, dass die Zwangsgeldandrohung nach § 13 Abs. 2 S. 1 VwVG mit dem Verwaltungsakt verbunden werden soll, wenn den Rechtsmitteln keine aufschiebende Wirkung beigelegt ist. Dies ist hier der Fall (vgl. § 217 Abs. 1 TKG).

Die Höhe des Zwangsgeldes bestimmt sich abweichend von § 11 Abs. 3 VwVG nach § 202 Abs. 5 TKG. Hiernach kann zur Durchsetzung der Anordnungen nach § 202 Abs. 2 TKG ein Zwangsgeld bis zu 10 Millionen Euro festgesetzt werden. Das Zwangsgeld in Höhe von EUR 500.000 hält sich in diesem Rahmen. Aufgrund der Bedeutung des Gebotes der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs als Kernelement der Netzneutralität, der wirtschaftlichen Lage und Unternehmensgröße der Betroffenen¹¹, der Anzahl der Bestandskunden [REDACTED] und der wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit wäre ein Zwangsgeld, das unterhalb von EUR 500.000 liegt, nicht wirkungsvoll.

Mit der Einführung des hohen Zwangsgeldrahmens durch die TKG-Novelle im vergangenen Jahr hat der Gesetzgeber zudem seinen Willen zum Ausdruck gebracht, dass das Zwangsgeld als effektives Mittel angewendet werden soll, um die betroffenen Unternehmen zeitnah dazu zu bringen, sich rechtskonform zu verhalten.

Umgekehrt wäre ein höheres Zwangsgeld unter Berücksichtigung aller Umstände nicht angemessen.

¹¹ Umsatz der Vodafone GmbH in Deutschland im Geschäftsjahr 2021: 12,984 Mrd. Euro, vgl. Annual Report Vodafone Group Plc, S. 24, abrufbar unter <https://investors.vodafone.com/sites/vodafone-ir/files/2021-05/vodafone-annual-report-2021.pdf>.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Widerspruch bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn oder bei einer sonstigen Dienststelle der Bundesnetzagentur erhoben werden.

Der Widerspruch hat keine aufschiebende Wirkung. Die Einlegung eines Widerspruchs ändert nichts an der Wirksamkeit und Vollziehbarkeit des Bescheides.

Mit freundlichen Grüßen

