

## Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzender sowie durch Mag. Mathias Grandosek und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder hinsichtlich der gemäß § 25 TKG 2003 am 25.09.2014 angezeigten Leistungsbeschreibungen und Entgeltbestimmungen der Hutchison Drei Austria GmbH in ihrer Sitzung vom 10.11.2014 beschlossen:

### I. Spruch

- A.** Gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 wird den am 25.09.2014 angezeigten Leistungsbeschreibungen „LTE Serviceklassen“ der Hutchison Drei Austria GmbH, die als Anlage einen integrierten Bestandteil des Spruchs bilden, zur Gänze widersprochen.
- B.** Gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 wird den folgenden Klauseln bzw Klauselteilen in den angeführten, am 25.09.2014 angezeigten Entgeltbestimmungen (EB) widersprochen:
1. EB „Hallo Premium“: „*LTE Leistungsklasse = LTE Deluxe*“
  2. EB „Hui Flat 150“: „*LTE Leistungsklasse = LTE Premium*“
  3. EB „Hui Flat 30“: „*LTE Leistungsklasse = LTE Standard*“
  4. EB „Hui (Netbook) Flat 30 Plus“: „*LTE Leistungsklasse = LTE Standard*“
  5. EB „Hui (Laptop) Flat 30 Plus“: „*LTE Leistungsklasse = LTE Standard*“
- sowie
6. EB „Hui (Laptop) Flat 30 Plus“, EB „Hui (Netbook) Flat 30 Plus“, EB „Hui Flat 30“: „*Kunden mit LTE Standard werden gegenüber jenen mit LTE Direkt (Voice), wenn diese gleichzeitig in derselben Umgebung surfen, in der Aufteilung der LTE-Ressourcen und somit mit der für sie zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit, bevorzugt, gegenüber LTE Deluxe (Voice), sowie LTE Premium (Voice) benachteiligt. Siehe Beiblatt LTE - Leistungsklassen.*“
  7. EB „Hui Flat 150“: „*Kunden mit LTE Premium werden gegenüber jenen mit LTE Direkt (Voice) und LTE Standard (Data), wenn diese gleichzeitig in derselben Umgebung surfen, in der Aufteilung der LTE-Ressourcen und somit mit der für sie zur Verfügung stehenden*

*Geschwindigkeit, bevorzugt, gegenüber LTE Deluxe (Voice) benachteiligt. Siehe Beiblatt LTE - Leistungsklassen.“*

8. EB „Hallo Premium“: *Kunden mit LTE Deluxe werden gegenüber jenen mit LTE Direkt (Voice), LTE Standard (Data) und LTE Premium (Data), wenn diese gleichzeitig in derselben Umgebung surfen, in der Aufteilung der LTE-Ressourcen und somit mit der für sie zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit, bevorzugt. Siehe Beiblatt LTE - Leistungsklassen.*

## **II. Begründung**

### **1. Verfahrensablauf**

Mit E-Mail vom 24.09.2013 hat die Hutchison Drei Austria GmbH (in Folge „H3A“) eine Anzeige von Leistungsbeschreibungen (LB) und Entgeltbestimmungen (EB) erstattet, der jedoch die anzuzeigenden LB und EB nicht beigefügt waren. Die entsprechenden LB und EB wurden nach Aufforderung zur Verbesserung am 25.09.2014 nachgereicht, wodurch die Anzeige den Kriterien des § 25 Abs 1 TKG 2003 entspricht.

Am 08.10.2014 wurde H3A gemäß § 90 iVm § 25 Abs 6 TKG 2003 ein Auskunftersuchen bis 21.10.2014 im Hinblick auf einige Unklarheiten in Bezug auf den angezeigten Dienst „LTE Leistungsklassen“ übermittelt. Dieses Auskunftersuchen wurde von H3A fristgerecht beantwortet. Aufgrund erheblicher Bedenken in Hinblick auf die Konformität der LB „LTE Leistungsklassen“ und der im Spruch genannten Klauseln in den angezeigten EB wurde H3A am 30.10.2014 eine Aufforderung zur Stellungnahme übermittelt (ON 8). Am 05.11.2014 erstatte H3A - nunmehr anwaltlich vertreten - fristgerecht eine Stellungnahme im gegenständlichen Verfahren (ON 9).

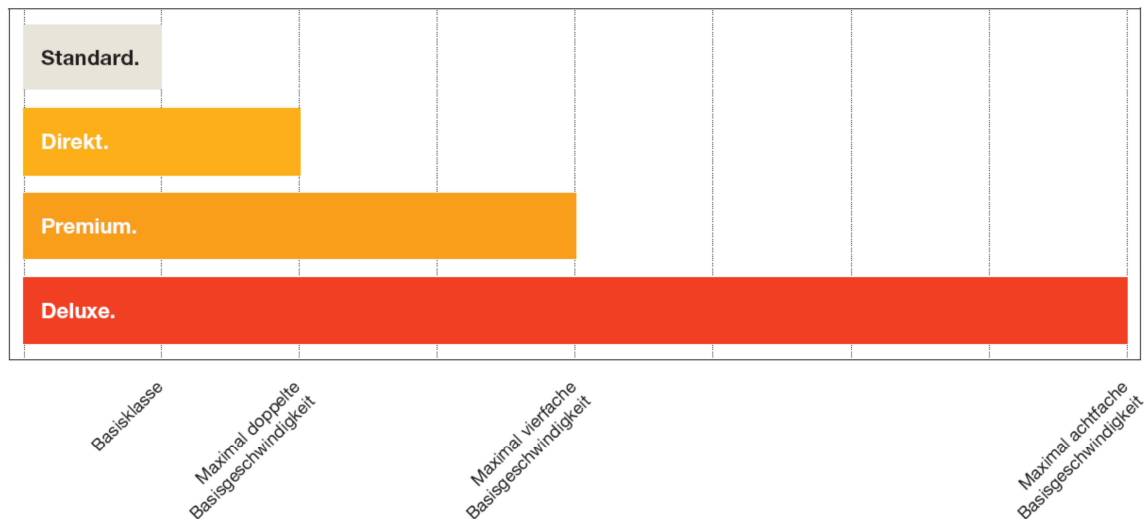
### **2. Festgestellter Sachverhalt**

Am 25.09.2014 erstatte H3A eine (nunmehr korrekt verbesserte) Anzeige von Leistungsbeschreibungen und Entgeltbestimmungen gemäß § 25 TKG 2003.

Die Anzeige enthielt die folgenden LB und EB: „Hallo Premium“, „Hui Flat 150“, „Hui (Netbook) Flat 30 Plus“, „Hui (Laptop) Flat 30 Plus“, „Hui 9GB“, „Hui Unlimitiert“, „Hui Flat 30“, „Hui SIM 9GB“, „Hui (Netbook) Unlimitiert Plus“, „Hui (Laptop) Unlimitiert Plus“, „LTE Leistungsklassen“.

In Zusammenhang mit der Nutzung von Datendiensten über das LTE-Netz enthalten die die EB „Hallo Premium“, „Hui Flat 150“, „Hui Flat 30“, „Hui (Netbook) Flat 30 Plus“ sowie Hui (Laptop) Flat 30 Plus“ sogenannte Leistungsklassen. Die Leistungsklassen werden in einer ebenfalls angezeigten LB „LTE Leistungsklassen“ dargestellt. Der Dienst der Leistungsklassen besteht im Kern aus einer gegen Bezahlung eines höheren Tarifentgeltes durch H3A erbrachten Besserbehandlung von Datenverkehrsströmen eines Kunden durch aktive Priorisierung von Datenpaketen eben dieser Kunden. Diese kommt zur Anwendung, wenn der Fall eintritt, dass die Backbone-Bandbreitenkapazität (Anbindung der Basisstation (eNodeB) an das Kernnetz des Betreibers) einer LTE-Netzzelle aufgrund der Anzahl der Nutzer in der Zelle ausgelastet ist und somit die verfügbare Bandbreite für alle Nutzer in der Zelle sinkt. Im von H3A angezeigten Modell werden in diesem Fall die Datenpakete der Nutzer mit einer höherwertigen

Leistungsklasse prioritärer im IP-Netz transportiert, wodurch diese gegenüber Nutzern mit einer geringeren Leistungsklasse bevorzugt werden. Ausgedrückt wird dieses Modell in Form einer Faktorisierung der Bandbreite des Kunden mit einer höherwertigen Leistungsklasse gegenüber einer nicht weiter spezifizierten „Basisklasse“ (zB „**Maximal** achtfache Basisgeschwindigkeit“). Die grafische Darstellung nimmt H3A in den LB dabei wie folgt vor:



Die Funktion dieser Methodik erläutert H3A in der Beantwortung des Auskunftersuchens exemplarisch auch anhand von Antworten auf Fallbeispiele:

Gegeben sei das Fallbeispiel: Teilnehmer A hat das Telefonie-Zusatzpaket „LTE XL“ (Leistungsklasse LTE Premium) und ist nahe an der Basisstation, erreicht somit alleine 150 MBit/s. Teilnehmer B hat das Telefonie-Zusatzpaket „LTE L“ (Leistungsklasse LTE Standard) und ist ebenfalls nahe an der Basisstation, erreicht somit alleine 30 MBit/s. Gefragt, welche Datenraten sich einstellen würden, wenn beide Tarife dieselbe „Leistungsklasse“ hätten, antwortet H3A: „Bei einer maximal möglichen Bandbreite von 150 MBit/s erhält typischer Weise Teilnehmer A 120 MBit/s und Teilnehmer B typischer Weise max 30 Mbit/s (Antwort 17)“. Selbiges Ergebnis stelle sich auch ein, wenn wie bisher das „best effort“-Prinzip zur Anwendung gelangen würde (Antwort 18), aber auch wenn die Kunden in den ihnen zugewiesenen unterschiedlichen Leistungsklassen verbleiben (Antwort 15).

Dieses System der Leistungsklassen unterscheidet sich grundlegend von dem bisher seit Jahrzehnten bei Internetzugängen weitestgehend angewandten „best effort“-Prinzip, nachdem alle Datenströme aller Kunden ohne Berücksichtigung des vom Kunden gebuchten Tarifes gleich behandelt und im IP-Netz transportiert werden. Entstehen Engpässe, betreffen diese alle Kunden in einer Netzzelle gleichermaßen (amtsbekannt).

Weiters enthalten die LB „LTE-Leistungsklassen“ folgende Klausel:

*[..]„Gewisse Services brauchen eine bevorzugte Behandlung – ähnlich einer Rettungsgasse auf dem Datenhighway. Deshalb behalten wir uns vor, in bis zu 15 % der verfügbaren Bandbreite im Jahresmittel, gewisse Services bevorzugt zu behandeln. Dabei handelt es sich um Services wie Telemedizinische Dienste, spezielle Multimedia Services, Telemetrie-Dienste etc.“[..].*

Die in Spruchpunkt B bezeichneten EB der H3A enthalten die in Punkt 1 bis 8 des Spruchs genannten Klauseln bzw Klauselteile.

### **3. Beweiswürdigung**

Der Sachverhalt ergibt sich aus den von der H3A am 24.09. bzw in korrekter Form am 25.09.2014 gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen (ON 1 bzw 3), dem Auskunftersuchen an H3A sowie deren Antwort hierauf (ON 4, 6), der Aufforderung zur Stellungnahme an die H3A (ON 8), sowie der Stellungnahme der H3A vom 05.11.2014 (ON 9).

Die Feststellungen zum Inhalt der LB „LTE-Leistungsklassen“ bzw zur Methodik deren Umsetzung stützt sich auf die angezeigte Leistungsbeschreibung sowie auf die Fragenbeantwortung der H3A auf das Auskunftersuchen (ON 6). Die Feststellungen hinsichtlich des „best effort“-Prinzips stellen in telekommunikationstechnischer Hinsicht Allgemeinwissen dar und sind amtsbekannt. Auch H3A geht sowohl in der Fragenbeantwortung auf das Auskunftersuchen (ON 6) sowie in ihrer Stellungnahme (ON 9) von der Anwendbarkeit des „best effort“-Prinzips als grundsätzlichem bisherigem Standard in ihrem Netz aus (ON 9 S 6).

### **4. Rechtliche Beurteilung**

#### **Widerspruchsrecht und Prüfungskriterien nach § 25 TKG 2003 :**

Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten haben Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen, in welchen die angebotenen Dienste beschrieben werden. Allgemeine Geschäftsbedingungen (inklusive Leistungsbeschreibungen) sind der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen (§ 25 Abs 1 TKG 2003). Nach § 25 Abs 2 TKG 2003 sind auch Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen.

Die Telekom-Control-Kommission kann den gemäß § 25 Abs 1 und 2 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Leistungsbeschreibungen) gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 innerhalb von acht Wochen widersprechen, wenn diese dem TKG 2003 oder auf Grund des TKG 2003 erlassenen Verordnungen oder §§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG widersprechen.

Die Rechtsfolge eines Widerspruches nach § 25 Abs 6 TKG 2003 besteht jedenfalls in der Untersagung der weiteren Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder der Entgeltbestimmungen. Im Rahmen der Prüfung ist die kundenfeindlichste (objektive) Auslegung der Vertragsbedingungen heranzuziehen (VwGH 31.01.2005, ZI 2004/03/0066 uam).

Die Prüfung hat ergeben, dass die in Spruchpunkt A bezeichnete Leistungsbeschreibung „LTE Leistungsklassen“ den Kriterien des Prüfungsmaßstabes (§ 25 Abs 6 TKG 2003) nicht entspricht (siehe unten). Aufgrund der Tatsache, dass diese in ihrer Gesamtheit aufgrund ihrer Aufmachung und Darstellung eine untrennbare Einheit bildet, erfolgt der Widerspruch gegen diese LB zur Gänze.

Die Prüfung hat weiters ergeben, dass die in Spruchpunkt B genannten Klauseln bzw. Klauselteile der gegenständlichen Entgeltbestimmungen nicht den Kriterien des Prüfungsmaßstabes (§ 25 Abs 6 TKG 2003) entsprechen (siehe unten).

### **Zu Spruchpunkt A, Widerspruch gegen die LB „LTE Leistungsklassen“ in ihrer Gesamtheit**

#### **(1) Zum Inhalt der LB „LTE Leistungsklassen“**

Die von H3A in der in Rede stehenden Leistungsbeschreibung gewählte Form der grafischen Darstellung und Erläuterung der LTE Leistungsklassen ist als intransparent iSv § 6 Abs 3 KSchG sowie als partieller Ausschluss von Gewährleistungsrechten iSv § 879 Abs 1 iVm § 9 KSchG zu qualifizieren.

Aus den § 6 Abs 3 leg cit immanenten Geboten der Erkennbarkeit, Verständlichkeit, Bestimmtheit und Differenzierung (*Langer in Kosesnik-Wehrle*<sup>3</sup>, KSchG, Rz 110f) ergibt sich, dass – gemessen am Maßstab eines Durchschnittskunden – bei erhöhter Komplexität des Regelungsbereiches eine Klausel umso klarer und vor allem bestimmter gefasst sein muss, um den Voraussetzungen des § 6 Abs 3 KSchG zu entsprechen. Bei der gegenständlichen komplexen Vereinbarung mit weitreichenden Folgen sind diese genannten Gebote nicht erfüllt. Ein Durchschnittsverbraucher kann nicht erkennen, welche Folgen diese grafisch ausgedrückte vertragliche Vereinbarung auf die Leistung, die er erhält bzw die er bei Vertragsabschluss vereinbart, hat, da er überdies auch keine Möglichkeit hat, zu überprüfen, ob er die hierin vereinbarte Leistung (in Form der korrekten Bandbreiten-Faktorisierung gegenüber anderen Nutzern mit anderer Leistungsklasse) auch tatsächlich erhält. Hierzu müsste er immerhin Kenntnis darüber besitzen, wie viele Kunden mit gleichen oder anderen Leistungsklassen sich in der selben LTE-Netzzelle befinden und mit welcher maximalen Bandbreite die Netzzelle angebunden ist. Ohne diese Information hat der Kunde keine Möglichkeit (auch in gewährleistungsrechtlicher Hinsicht) zu kontrollieren, ob er die Leistung, für die er bezahlt, auch tatsächlich konsumieren kann.

Die angeführte Vereinbarung ist aus diesem Grund auch als unverständlich und irreführend zu qualifizieren, da dem Kunden nicht erklärt wird, wie sich die Basisgeschwindigkeit in der „Standard“-Klasse berechnet, bzw welche Faktoren auf diese tatsächlich Einfluss haben. So unterlässt es die grafische Darstellung der Leistungsklassen den Kunden in Bezug auf die Tatsache aufzuklären, dass schon begriffslogisch bei begrenzten Ressourcen in einer LTE-Netzzelle bzw einem LTE-Sektor jeder zusätzlich hinzukommende Kunde mit jedweder Leistungsklasse (auch „Standard“) die Basisgeschwindigkeit aliquot um die notwendige bzw den der höheren Leistungsklasse zugesicherten Faktor absenkt. So senkt ein Kunde mit der Leistungsklasse „Direkt“ sowohl für alle Kunden in der „Standard“-Klasse aber auch für alle Kunden in der „Premium“-Klasse die verfügbare Bandbreite. Weiters geht aus der Grafik nicht hervor, dass bei der zur Anwendung kommenden Priorisierung der Datenpakete des Kunden im Internet Protocol (IP, Setzung von sog Quality of Service (QoS) Flags) diese keineswegs durchgehend vom Endgerät des Kunden bis zum Übergabepunkt vom Netz der H3A ins „Internet“ (am Vienna Internet Exchange) sichergestellt werden kann. Vielmehr stellt diese Priorisierung zusätzlich zur tariflichen „bis zu“ Bandbreite erneut nur eine maximale bzw „bis zu“ Priorisierung dar. Tatsächlich bildet die Grafik nur die Bevorzugungssituation der Datenpakete in einer LTE-Netzzelle bzw einem LTE-Sektor ab; dass die Datenpakete des Kunden während ihres Transports durch das Netz der H3A zahlreiche weitere aktive Netzkomponenten durchlaufen, an denen der Datenverkehr vieler Zellen bzw Sektoren zusammengefasst wird,

(Aggregationspunkte) bleibt unerwähnt. Dies ist jedoch insofern relevant, als dort wiederum Datenpakete verschiedener Leistungsklassen aufeinandertreffen, die entsprechend ihrer QoS Flags bevorzugt oder benachteiligt werden. Eine eventuelle Benachteiligung des eigenen Datenverkehrs durch andere aktive Nutzer mit höherer Leistungsklasse in derselben LTE-Zelle kann sich daher entlang des Transportweges der Datenpakete potenzieren. Umgekehrt besteht jedoch auch für Kunden mit höherwertiger Leistungsklasse aus technischen Gründen keine Sicherheit, dass ihre Datenpakete immer anhand der in Grafik abgebildeten Faktorisierung tatsächlich bevorzugt werden. Die Klausel ist daher unverständlich und unvollständig und daher intransparent.

H3A wendet hierzu in ihrer Stellungnahme vom 05.11.2014 ein, das Transparenzgebot dürfe auch bei erhöhter Komplexität des Regelungsbereiches nicht durch überbordende Erläuterungen oder Informationen an den Verbraucher zu einem Versagen der Kommunikation führen.

Dem ist zwar grundsätzlich zuzustimmen, entgegen der Ansicht der H3A wäre es für sie jedoch dennoch problemlos möglich, die im vorliegenden Fall unvollständige Aufklärung (siehe oben) über die näheren Umstände jener Faktoren, die in der Praxis die tatsächlich erreichbare Bandbreite bestimmen, zu verbessern (zB durch die Darstellung praktischer Beispiele), ohne dass die dem Kunden übermittelte Information überbordend wäre.

Auch ist festzuhalten, dass entgegen der Auffassung der H3A sich die Bedenken der Telekom-Control-Kommission hinsichtlich der Intransparenz nicht gegen die Leistungsklassen per se und auch nicht gegen die Modalität der Abstufung ebendieser anhand von Multiplikatoren bzw anhand von Faktorisierung der Bandbreite richten. Sehr wohl muss dieser Dienst, da er etwas völlig Neues in diesem Marktbereich darstellt, jedoch in seiner Beschreibung erhöhte Transparenzvoraussetzungen erfüllen, da der Kunde abseits von tariflich inkludiertem Datenvolumen und maximal erreichbarer Bandbreite nunmehr für eine höherwertige Leistungsklasse – entgegen dem bisherigen „best-effort“ Prinzip - letztendlich auch ein höheres Entgelt zu bezahlen hat. H3A lässt in diesem Zusammenhang nämlich auch insbesondere außer Acht, dass mit der gegenständlichen Leistungsbeschreibung eine zentrale und seit Jahrzehnten bestehende allgemein vorausgesetzte Eigenschaft von Internetzugängen, nämlich die grundsätzliche Behandlung von Kundendatenströmen nach dem „best effort“-Prinzip abbedungen werden soll. Eben der Abgang von dieser vom Verbraucher als grundsätzlich vorausgesetzten Eigenschaft, erhöht die Transparenzhürden zusätzlich und macht zumindest eine Erklärung der konkreten Unterschiede in der Leistung zwischen dem derzeitigen „best-effort“ Prinzip und dem von H3A angebotenen Leistungsklassen notwendig. Dies zeigen insbesondere auch die Antworten 15 und 18 der H3A auf das Auskunftersuchen (ON 6), im Rahmen derer der Fall bestätigt wurde, dass unter Umständen ein Kunde bei erhöhter Netzlast durch die Faktorisierung der Bandbreite gar keinen Vorteil durch eine höhere Leistungsklasse gegenüber Kunden mit niedrigen Leistungsklassen, als bei Anwendung des bestehenden „best effort“-Prinzips ziehen kann, obwohl er für die höhere Leistungsklasse ein höheres Entgelt leistet. Zum Vorhalt der mangelnden Möglichkeit der Überprüfung der Leistungszusage in der Form, als der Kunde nicht kontrollieren kann, ob der – wie von ihm bezahlt – auch tatsächlich „x“ mal so viel Bandbreite erhält wie ein Kunde in der Basisklasse, führt H3A aus, eine solche sei nicht geschuldet und überspanne die Telekom-Control-Kommission hiermit die Grenzen der notwendigen Transparenz. Dem ist zum einen erneut entgegenzuhalten, dass der in Rede stehende Dienst der Leistungsklassen mit einem bisher vorherrschenden Standard in Form des „best effort“-Prinzips bricht. Im Gegensatz zu diesem Prinzip der Gleichbehandlung aller Datenströme, bei der Kapazitätsengpässe

ohne tarifliche Unterscheidung gleichmäßig alle Kunden in der jeweiligen Zelle treffen, vereinbart der Verbraucher nun – wie H3A selbst angibt – eine spezifische Besserbehandlung gegenüber Kunden mit niedrigerer Leistungsklasse im Austausch gegen ein höheres Entgelt. Dem Kunden muss in diesem Zusammenhang aber auch die Möglichkeit gegeben werden, den Erhalt dieser dezidiert höher tarifierten Leistung tatsächlich zu überprüfen.

Diesbezüglich geht auch der Verweis der H3A, dies sei auch unter dem „best effort“-Prinzip nicht möglich gewesen und folglich auch hier nicht geschuldet, ins Leere. Da der Kunde eben explizit - im Gegensatz zum bisherigen „best effort“ Prinzip - den Dienst Leistungsklasse in Form von „Besserbehandlung ggü anderen Kunden mit niedrigerer Leistungsklasse“ bezahlt, muss für ihn auch zumindest grundlegend (zB ex post) die Möglichkeit gegeben sein, diese Leistungserbringung - vor allem in gewährleistungsrechtlicher Hinsicht - zu kontrollieren. Diese Möglichkeit ist ihm jedoch im gegenständlichen Fall gänzlich genommen, da ausschließlich H3A selbst über die notwendigen Leistungskennwerte verfügt. Unter dem bisherigen „best effort“-Regime konnte dieser Umstand dem Verbraucher zumindest dahingehend gleichgültig sein, da er davon ausgehen konnte, dass Kapazitätsengpässe gleichmäßig zu Lasten aller in einer Netzzelle befindlichen Nutzer ausschlagen, gleich wie viel monatliches Tarifentgelt diese leisten. Da hiervon jedoch durch die entgeltpflichtige Faktorisierung abgegangen wird, und eine Ungleichbehandlung zum Leistungsinhalt wird, muss der Kunde die Möglichkeit erhalten, diese von ihm bezahlte Besserbehandlung auch nachvollziehbar zu kontrollieren. Da die entsprechenden Daten ohnehin zur Durchführung der tatsächlichen Priorisierung an der eNodeB bzw im Kernnetz der H3A anfallen, wäre es durchaus möglich, dem Kunden diese Daten automatisiert und in verständlicher Darstellung aufbereitet zur Verfügung zu stellen.

Ohne diese Kontrollmöglichkeit schafft H3A letztendlich einen unbestimmten und diffusen Leistungskern, der die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers hinsichtlich der explizit vereinbarten und bezahlten Leistung „Besserbehandlung ggü anderen Kunden mit niedrigerer Leistungsklasse“ vor Kenntnis von Mängeln einschränkt bzw ausschließt. In diesem Zusammenhang verstößt die genannte Leistungsbeschreibung auch gegen § 879 Abs 1 iVm § 9 Abs 1 KSchG.

Der hierzu erstatte umfangreiche Verweis der H3A auf die Regelungen bzw Einschränkungen zur Netzabdeckung sowohl in den AGB der H3A als auch der anderer Betreiber geht gänzlich ins Leere, da diese Klauseln nur die Faktoren der geografischen Verfügbarkeit der angebotenen Dienste unter dem Einfluss von Abschattungen durch Bauwerke oder Wetterverhältnisse regeln, die naturgemäß allesamt (mit Ausnahme von Wartungsarbeiten) nicht im Einflussbereich des jeweiligen Betreibers stehen. Im gegenständlichen Fall geht es jedoch um ein Klauselwerk, dass abseits all dieser Faktoren, selbst bei bester Empfangsqualität bewusste und durch den Betreiber absichtlich gesteuerte Differenzierungen zwischen Kunden in derselben Netzzelle - je nach Tarif - festlegt. H3A liefert mit diesem Verweis auf AGB, denen mit dem bisherigen „best effort“-Prinzip (wie der Begriff schon selbst erklärt) eben nur eine Leistung nach „bestmöglichem Bemühen“ zu Grunde liegt, letztendlich selbst den Nachweis, dass mit dem von H3A angebotenen Dienst der Leistungsklassen eine Leistung (Besserbehandlung) explizit vereinbart wird, die von H3A ohne Einfluss externer Faktoren wie Wetter oder Abschattungen selbst beeinflusst und gesteuert wird. Es wäre daher unlogisch, eine Kontrollmöglichkeit für den Kunden zu verlangen, dem abhängig von exogenen Faktoren unter dem „best effort“-Prinzip ohnehin „nur“ ein „bestmögliches Leistungsbemühen“ geschuldet wird. Es ist jedoch ebenso konsequent eine Kontrollmöglichkeit für jene Kunden zu verlangen, wenn diese in Abkehr von diesem

Ansatz des „Bemühens“ mit H3A explizit eine bestimmte von H3A in ihrem Netz gesteuerte Besserbehandlungsleistung vereinbaren.

Unter dem Gesichtspunkt dieser Überlegungen und den korrespondierenden Ausführungen der H3A in ihrer Stellungnahme, ist die gegenständliche Leistungsbeschreibung daher letztlich auch als mangelhaft iSv § 25 Abs 4 Z 2 lit c TKG 2003 zu beurteilen, da eine Angabe der vertraglich zugesicherten Dienstqualität fehlt. Im Rahmen der Erbringung von Datendiensten nach „best effort“ bestand diese neben den oben erwähnten Einschränkungen durch externe Faktoren wie Wetterverhältnisse uä nämlich iaR eben aus diesem Prinzip selbst, da dieses Prinzip der Erbringung von Datendiensten in Form von Internetzugängen jahrzehntelang immanent war. Da H3A nun aber von diesem Prinzip abgeht und für eine spezifische Besserbehandlung von Datenverkehr höhere Tarifentgelte verrechnet, ist auch eine konkrete (zumindest mittelbar messbare) Zusicherung einer bestimmten Dienstqualität iSv § 25 Abs 4 Z 2 lit c leg cit erforderlich.

#### Zur Klausel über „Gewisse Services“:

Die Klausel: *[..]„Gewisse Services brauchen eine bevorzugte Behandlung – ähnlich einer Rettungsgasse auf dem Datenhighway. Deshalb behalten wir uns vor, in bis zu 15 % der verfügbaren Bandbreite im Jahresmittel, gewisse Services bevorzugt zu behandeln. Dabei handelt es sich um Services wie Telemedizinische Dienste, spezielle Multimedia Services, Telemetrie-Dienste etc.“[..]* verstößt ebenfalls gegen § 6 Abs 3 KSchG. H3A hat in ihrer Beantwortung des Auskunftersuchens vom 21.10.2014 zwar erklärt, dass sich die angegebenen 15% auf das gesamte LTE-Netz im Jahresmittel beziehen, diese Erklärung samt Grafik findet sich jedoch nicht in der gegenständlichen Leistungsbeschreibung. Doch auch wenn diese Grafik enthalten wäre, ist davon auszugehen, dass diese für einen durchschnittlich informierten Verbraucher nicht verständlich ist. Sie verschweigt nämlich insbesondere, dass 15% der Kapazität des LTE-Netzes im Jahresmittel durchaus auch 90% oder gar 100% der Kapazität des LTE-Netzes für gewisse Services während einiger Tage bedeuten könnte, wenn diese „Spitze“ im Rest des Jahres wieder ausgeglichen wird. Diese Formulierung bei verbraucherfeindlichster Auslegung – welche im gegenständlichen Verfahren nach § 25 Abs 6 TKG 2003 ausschließlich maßgeblich ist – durch die Durchschnittsberechnung über ein ganzes Kalenderjahr bei entsprechendem Bandbreitenbedarf der „gewissen Services“ theoretisch das vollständige Stilllegen des „normalen Nutzerverkehrs“ für mehrere Stunden oder auch viele Tage (rein rechnerisch bis zu 54,7 Tage). Die Klausel ist daher entgegen § 6 Abs 3 KschG irreführend, unvollständig und auch unverständlich.

H3A wendet hierzu ein, die von der Telekom-Control-Kommission vorgenommene „kundenfeindlichste Auslegung“ überschreite das Maß einer denkmöglichen Auslegung und unterstelle der Klausel einen verfremdeten Zweck. Es sei dem Rechtsanwender nicht gestattet, seine „ganze Phantasie“ spielen zu lassen, um Fallgruppen heranzuziehen, die weder vom Wortlaut noch vom Zweck der Klausel gedeckt sein können.

Hierbei übersieht H3A jedoch, dass eine solche extensive Auslegung der Klausel gar nicht unterstellt wird, da auch die Telekom-Control-Kommission realistischer Weise nicht von einer bewussten Leistungsunterbindung von 54 Tagen durch H3A zu Lasten von „normalen Nutzern“ ausgeht. Sehr wohl realistisch ist bei kundenfeindlichster Auslegung jedoch die starke oder zeitweise vollständige Einschränkung der für „normale“ Nutzer vorgehaltenen Bandbreite zB während sportlicher Großereignisse mit hohem Datenverkehrsaufkommen in bestimmten Netzgebieten. Bevorzugt werden könnten



diesfalls zB spezielle Dienste für Journalisten oder Übertragungsdienste Mediendienstleister uä. Da die Klausel zum Vorbehalt von 15 % an Kapazität aber auf das gesamte LTE-Netz im Jahresmittel bezogen ist und nicht auf einzelne Regionen, Städte oder Netzzellen, könnte in diesen beschränkten Gebieten umso länger der „normale“ Nutzerverkehr gedrosselt oder unterbunden werden, ohne sich auch nur der Verletzung der Versorgungszusage in der gegenständlichen Klausel anzunähern. Dies träfe vor allem „normale“ Nutzer in der jeweiligen Region, die an dem „Großereignis“ nicht unmittelbar teilnehmen.

Der Verweis auf bisher unwidersprochen gebliebene Klauseln im Falle von Netzstörungen ist schon deswegen verfehlt, weil eine Netzstörung schon begrifflich durch einen vom Betreiber nicht gewollten und nicht beherrschbaren meist externen Einfluss (zB Systemabsturz, Blitzschlag ua) eintritt und vom Betreiber im eigenen Interesse iaR schnellstmöglich behoben wird. Die gegenständliche Klausel behandelt im Gegensatz dazu jedoch den Fall einer vom Betreiber bewusst gesteuerten und gewillkürten Kapazitätseinschränkung, die mit einer Netzstörung nicht vergleichbar ist.

H3A zeigt durch den Verweis auf jene Klauseln in den AGB, die aufgrund der technischen Natur von Mobilfunknetzen zulässigerweise Gewährleistungsrechte des Kunden in angemessener Art und Weise aufgrund der immer vorhandenen Möglichkeit von technischen Störungen einschränken, dass es sich letztlich bei dieser Klausel auch um eine unzulässige Einschränkung von Gewährleistungsrechten vor Kenntnis des Mangels iSv § 879 Abs 1 iVm § 9 Abs 1 KSchG handelt. Es stünde H3A mit dieser Klausel nämlich offen, bei tatsächlichen, von H3A nicht gewillkürten Netzstörungen im LTE-Netz, durch Verweis auf diese Klausel, die eben nur eine 85 prozentige Netz- bzw Bandbreitenverfügbarkeit über das Kalenderjahr beinhaltet und somit auch gewährleistungsrechtlich unzulässig lange Störungen deckt, berechnete Gewährleistungsansprüche von Verbrauchern einzuschränken.

Die Klausel ist jedoch auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, da sie - ohne Hauptleistungen festzulegen - bei Abwägung aller Umstände zu einer deutlichen vertraglichen Ungleichgewichtslage zu Lasten des Nutzers führt. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass der Betreiber aus eigenem Antrieb seine Leistung über einen längeren Zeitraum vollständig oder weitgehend einstellen kann, der Kunde jedoch während dieses Zeitraums voll entgeltspflichtig bleibt, ist nicht zu erblicken.

Der vorgebrachte Einwand der H3A, der Kunde erhalte mit dieser Klausel lediglich zusätzliche Informationen und hätte dieser ohnehin nur einen Anspruch auf die Erbringung bestimmter Dienste, nicht jedoch auf die Nutzung eines durch absolute Zahlen definierten Netzes, überzeugt nicht. Die Klausel transportiert im Gegensatz zur Ansicht von H3A nur wenig Information über eine mögliche Netznutzung; sie ermöglicht vielmehr H3A eine gewillkürte und vom Kundenverhalten unabhängige Möglichkeit der temporären Leistungseinschränkung oder auch Leistungseinstellung. Aufgrund letzteren Umstandes widerspricht sich H3A auch dahingehend selbst, wenn sie ausführt, der Kunde habe nur einen Anspruch auf die Nutzung von (in diesem Fall) LTE-Datendiensten, sich aber eben gleichzeitig mit der genannten Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung das Recht einräumt, diese für einen nicht unerheblichen Zeitraum nach eigenem Gutdünken ohne vertragsbrüchig zu werden oder gewährleistungsrechtliche Ansprüche auszulösen (siehe oben), stark einzuschränken oder ganz stillzulegen.

Der Widerspruch gegen die gemäß § 25 Abs 1 TKG 2003 als neuer Dienst angezeigte Leistungsbeschreibung „LTE Leistungsklassen“ richtet sich gegen diese in ihrer

Gesamtheit, da diese iSd Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs zur ZI 2012/03/0067 vom 22.10.2012 aufgrund deren Aufmachung und Systematik eine (kleinste) untrennbare und zusammenhängende Einheit bildet. Diese liegt insbesondere dann vor, wenn der Widerspruch gegen eine Klausel bzw einen Klauselteil und die hieraus aus § 25 Abs 6 TKG 2003 Satz 2 *ex lege* eintretende Untersagung der Verwendung ebendieser - somit also die Beseitigung der Klausel - die Unvollständigkeit und Unverständlichkeit des hiernach verbleibenden Klauselwerkes per se nach sich zieht. Der dann verbleibende (jedoch potenziell als iSv § 25 Abs 6 TKG 2003 als genehmigt geltende) Rumpf der Klausel oder des Klauselwerkes wäre durch die Beseitigung einzelner Klauseln oder deren Teile schließlich erst recht intransparent iSv § 6 Abs 3 KSchG. Da dieser Umstand zwangsläufig zu einem systemwidrigen und dem teleologischen Zweck von § 25 TKG 2003 diametral zuwiderlaufenden Ergebnis, nämlich zur Genehmigung und Anwendung von gegen § 6 Abs 3 KSchG verstoßender AGB/LB/EB führt, ist in diesen Fällen iSd zitierten VwGH-Judikatur eine (kleinste) untrennbare und zusammenhängende Einheit zu bilden, gegen die sich der Widerspruch zu richten hat. Im gegenständlichen Fall besteht diese aufgrund des Regelungszusammenhangs und dem äußeren Erscheinungsbild jedenfalls in der Gänze der LB „LTE-Leistungsklassen“.

Aus diesem Grund war den LB „LTE-Leistungsklassen“ gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 zur Gänze zu widersprechen.

### **Zu Spruchpunkt B, Widerspruch gegen spezifische Klauseln in EB**

Aufgrund des untrennbaren Zusammenhangs der Vereinbarung von bestimmten Leistungsklassen in den in Spruchpunkt B bezeichneten EB mit den LB „LTE-Leistungsklassen“ sind die in diesem Spruchpunkt genannten Klauseln aufgrund deren impliziten Verweis auf die LB „LTE-Leistungsklassen“ ebenfalls als intransparent iSv § 6 Abs 3 KSchG einzustufen.

Hinsichtlich der in Spruchpunkt B, Punkt 6, 7 und 8 widersprochenen Klauseln bzw Fußnoten in den jeweiligen EB ist zusätzlich auf die Begründung zur Intransparenz der LB „LTE Leistungsklassen“ auf den Seiten 4 bis 6 des gegenständlichen Bescheides zu verweisen. Auch hier wird dem Kunden eine vertragliche Besserbehandlung seines Datenverkehrs vertraglich zugesagt, ohne ihn über die konkreten Umstände dieser Besserbehandlung aufzuklären. Weiters wird ihm auch hier für diese konkrete Besserbehandlung keine Möglichkeit der Kontrolle des Leistungsinhaltes eingeräumt.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Bei der Einbringung der Beschwerde ist an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel eine Gebühr von Euro 30,- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 10.11.2014

Der Vorsitzende  
Mag. Nikolaus Schaller

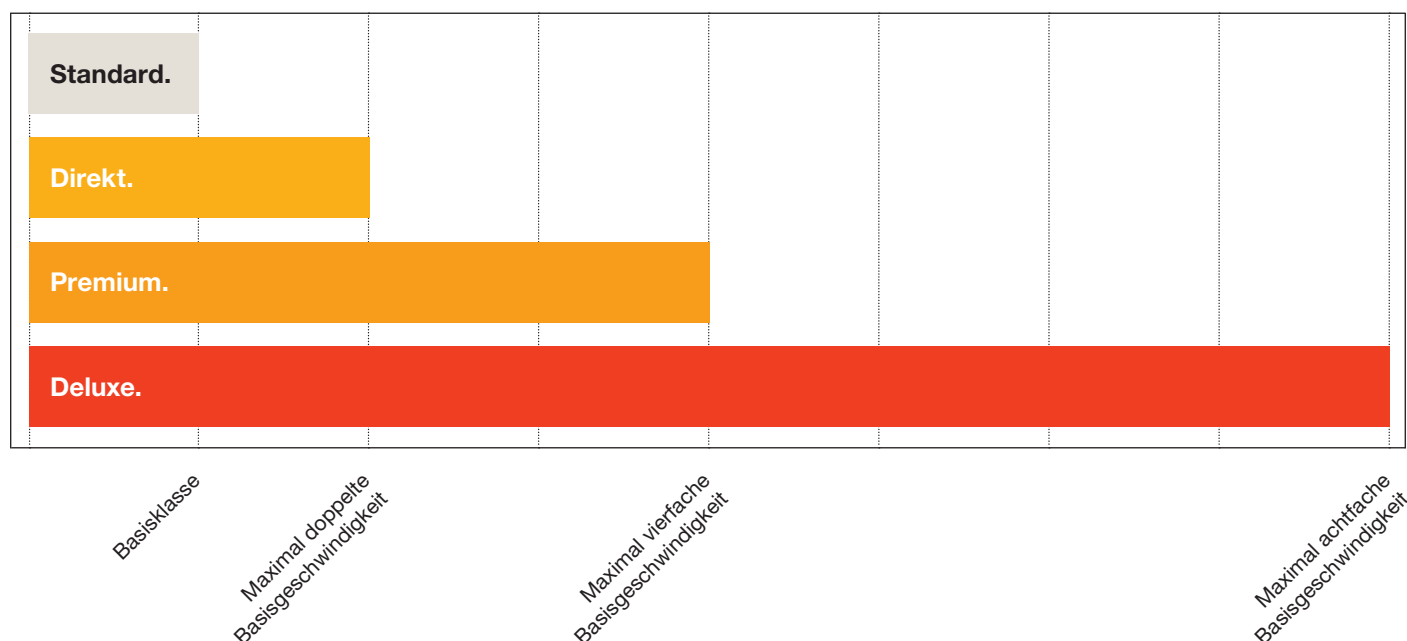
# Die LTE-Leistungsklassen im Detail.

Unser neues Konzept für eine Regelung bei überhohem LTE-Verkehrsaufkommen ist simpel: **Wer mehr zahlt, bekommt auch mehr Leistung. Deshalb gibt es bei uns seit 25. September zu jedem LTE-Tarif und LTE-Zusatzpaket eine fixe Leistungsklasse, die ab Juni 2015 die Geschwindigkeit Ihres Tarifs bei ausgelasteten Netzkapazitäten steuert.**

Ab Juni 2015 werden die Leistungsklassen im LTE Netz aktiviert. Wenn es dann zum Beispiel im Rahmen einer Veranstaltung dazu kommt, dass viele Menschen in Ihrer Umgebung gleichzeitig surfen, bestimmt Ihre Leistungsklasse mit welcher LTE-Geschwindigkeit Sie im Internet unterwegs sind. Kommt es also auf der 4G-Daten-Autobahn zu erhöhtem Verkehrsaufkommen, legt Ihre Leistungsklasse fest, mit welcher Geschwindigkeit Sie unterwegs sind.

Die Leistungswerte der unterschiedlichen Leistungsklassen stehen in einem bestimmten Verhältnis zueinander, das in der folgenden Grafik dargestellt wird. In der Leistungsklasse LTE Deluxe surfen Sie mit der höchsten Geschwindigkeit, wenn überdurchschnittlich viele Menschen im LTE Netz unterwegs sind. Mit der Leistungsklasse LTE Standard sind Sie bei erhöhtem Datenverkehr mit der Basis-Geschwindigkeit unterwegs.

Gewisse Services brauchen eine bevorzugte Behandlung – ähnlich einer Rettungsgasse auf dem Datenhighway. Deshalb behalten wir uns vor, in bis zu 15 % der verfügbaren Bandbreite im Jahresmittel, gewisse Services bevorzugt zu behandeln. Dabei handelt es sich um Services wie Telemedizinische Dienste, spezielle Multimedia Services, Telemetrie-Dienste etc.



Angeführte Geschwindigkeitsverhältnisse zwischen den Leistungsklassen stellen Zielwerte dar. Aufgrund von technischen Begebenheiten unterliegen diese Schwankungen und können nicht zugesichert werden. Die hier angeführten Netzwerk Management Maßnahmen beziehen sich auf die mit Juni 2015 verfügbaren LTE-Kapazitäten. Drei behält sich vor, weitere Leistungsklassen mit Priorisierungen zwischen den bislang bestehenden „LTE Standard“ und „LTE Deluxe“, einzuführen. Das Verhältnis zwischen den bestehenden Leistungsklassen wird dadurch nicht berührt. Weitere Details finden Sie unter [www.drei.at/leistungsklassen](http://www.drei.at/leistungsklassen)

