

## Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder hinsichtlich der gemäß § 25 TKG 2003 am 4.7.2016 angezeigten Vertragsbedingungen EB/LB „UPC Access Business“ der UPC Business Austria GmbH, Wolfganggasse 58 - 60, 1120 Wien, in ihrer Sitzung vom 29.8.2016 beschlossen:

### I. Spruch

Gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 wird den folgenden Klauseln bzw Teilen der Vertragsbedingungen in Zusammenhang mit der „normalerweise zur Verfügung stehende(n) Geschwindigkeit“ und der „minimalen Geschwindigkeit“ der Vertragsbedingungen EB/LB „UPC Access Business“ widersprochen:

	UPC Access Business
<b>Brutto-Bandbreiten</b> – Download/Upload in MBit/s	30/5
Datenvolumen	Flat Rate

„Download“ gibt die Bandbreite an, die beim Empfang von Daten zur Verfügung steht. „Upload“ gibt die Bandbreite an, die beim Versand von Daten zur Verfügung steht.

Bei der in der Tabelle angeführten Bandbreite handelt es sich um die maximale Bandbreite. Die maximale Bandbreite des Internetzugangs richtet sich nach dem gewählten Produkt und ist die technisch mögliche Bandbreite, die zumindest einmal täglich erreicht werden kann. Die maximale Bandbreite entspricht der beworbenen Bandbreite.

Die normalerweise zur Verfügung stehende Download- und Upload-Geschwindigkeit ist die durchschnittliche im 24-Stunden-Mittel zur Verfügung stehende Bandbreite und beträgt für UPC Access Business 30/5 größer/gleich 80 % der maximalen Bandbreite.

Die minimale Download- und Upload-Geschwindigkeit beträgt für UPC Access Business 30/5 größer/gleich 25% der maximalen Bandbreite.

## II. Begründung

### 1. Festgestellter Sachverhalt

Mit E-Mail vom 4.7.2016 wurden die EB/LB „UPC Access Business“ der UPC Business Austria GmbH (in weiterer Folge: UPC) nach § 25 TKG 2003 (ON 1) angezeigt.

Am 11.8.2016 wurde UPC unter Hinweis darauf, dass die Definition der „normalerweise zur Verfügung stehende Bandbreite“ nicht Art 4 der TSM-VO und nicht dem Transparenzerfordernis des § 6 Abs 3 KSchG entspricht, Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Dabei wurde auf einen möglichen Widerspruch nach § 25 Abs 6 TKG 2003 hingewiesen (ON 3).

UPC übermittelte am 22.8.2016 eine Stellungnahme (ON 4). Eine Überarbeitung der bedenklichen Bestimmungen im Zusammenhang mit der „normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit“ und der „minimalen Geschwindigkeit“ wurde nicht vorgenommen.

Die angezeigten Vertragsbedingungen enthalten die im Spruch angeführten Passagen in Bezug auf die „normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit“ und auf die „minimale Geschwindigkeit“.

### 2. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ist unstrittig und ergibt sich aus den von UPC am 4.7.2016 gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Vertragsbedingungen (ON 1) sowie aus der am 22.8.2016 übermittelten Stellungnahme von UPC (ON 4).

### 3. 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) 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 (§ 25 Abs 6 TKG 2003).

Vertragsbedingungen haben zusätzlich zu den Mindestinhalten nach § 25 Abs 4 TKG 2003 für Verträge ab dem 30.4.2016 auch die Mindestinhalte nach Art 4 VO (EU) 2015/2120 (in weiterer Folge „TSM-VO“) zu enthalten. UPC hat die Mindestinhalte in die angezeigten Vertragsbedingungen aufgenommen.

Die angezeigten Vertragsbedingungen entsprechen nicht dem Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 TKG 2003:

#### **3.1. Verletzung des Art 4 der TSM-VO**

Nach Art 4 der TSM-VO sind Mindestinhalte in die Vertragsbedingungen aufzunehmen. Art 4 Abs 1 lit d TSM-VO sieht Folgendes vor:

*„Die Anbieter von Internetzugangsdiensten stellen sicher, dass ein Vertrag, der Internetzugangsdienste umfasst, mindestens folgende Angaben enthält:*

*[...]*

*d) eine klare und verständliche Erläuterung, wie hoch die minimale, die normalerweise zur Verfügung stehende, die maximale und die beworbene Download- und Upload-Geschwindigkeit von Internetzugangsdiensten bei Festnetzen oder die geschätzte maximale und die beworbene Download- und Upload-Geschwindigkeit von Internetzugangsdiensten bei Mobilfunknetzen ist und wie sich erhebliche Abweichungen von der jeweiligen beworbenen Download- und Upload-Geschwindigkeit auf die Ausübung der Rechte der Endnutzer gemäß Artikel 3 Absatz 1 auswirken könnten; [...]*“

Was unter dem Begriff der „normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit“ zu verstehen ist, ergibt sich aus der TSM-VO und den Erwägungsgründen (ErgwG) der TSM-VO.

ErgwG 16 der TSM-VO führt aus:

*„[...] Als die in der Regel zur Verfügung stehende Geschwindigkeit ist die Geschwindigkeit zu verstehen, die ein Endnutzer meistens erwarten kann, wenn er auf den Dienst zugreift.“*

Im Einklang mit dem ErgwG 16 der TSM-VO steht auch die Definition in den (öffentlich zu konsultierenden) Leitlinien des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische

Kommunikation (GEREK) (BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules- BoR (16) 94 v - June 2016; abrufbar unter: [http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/public\\_consultations/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/public_consultations/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules)), Konsultation beendet [Hervorhebung nicht im Original]:

*„Normally available speed*

*144. The normally available speed is the speed **that an end-user could expect to receive most of the time when accessing the service**. BEREC considers that the normally available speed has two dimensions: the numerical value of the speed and the availability (as a percentage) of the speed during a specified period, such as peak hours or the whole day.”*

Sowohl aus dem ErwgG 16 der TSM-VO als auch den BEREC Leitlinien geht daher hervor, dass mit der „normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit“ kein Mittelwert gemeint ist, der dem Kunden über einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung gestellt wird.

Abweichend von den unionsrechtlichen Vorgaben (ErwgG und BEREC Leitlinien) wählt UPC in den Vertragsbedingungen eine andere Definition für die „normalerweise zur Verfügung stehende Bandbreite“. Aus den unionsrechtlichen Vorgaben geht hervor, dass jener Wert gemeint ist, den der Kunde meist erwarten kann, wenn er auf den Dienst zugreift. UPC hingegen errechnet einen Wert, der im 24-Stunden-Mittel zur Verfügung steht.

Die Darstellung von UPC ist nicht im Sinne der unionsrechtlichen Vorgaben. Der Mittelwert reagiert sehr stark auf extreme Werte. „Ausreißer“ (signifikante Schwankungen, extrem hohe Bandbreiten in der Nacht) innerhalb von Zahlenreihen (Werte der einzelnen Messungen) beeinflussen den Mittelwert sehr stark. Daher ist der Mittelwert nicht geeignet, um darzustellen, welche Geschwindigkeit der Kunde meistens erwarten kann, wenn er auf den Dienst zugreift. Der Mittelwert ist ein rein rechnerischer Wert, der dem Kunden bei signifikanten Schwankungen tatsächlich nicht zur Verfügung steht.

Weiters wird in den BEREC Leitlinien ausgeführt:

*„145. The normally available speed should be available during the specified daily period. NRAs could set requirements on defining normally available speeds under Article 5(1). Examples include:*

- specifying that normally available speeds should be available at least during off-peak hours and 90% of time over peak hours, or 95% over the whole day;*
- requiring that the normally available speed should be in reasonable proportion to the maximum speed.”*

Nach den Leitlinien besteht daher jedenfalls die Möglichkeit, unter der „normalerweise zur Verfügung stehenden Bandbreite“ jene Bandbreite als zulässig anzusehen, die der Kunde zu 95% der Zeit eines Tages erreicht. Daneben besteht nach den Leitlinien weiters die Möglichkeit, jene Bandbreite anzugeben, die der Kunde zu 90% während der „peak Zeit“ und ständig außerhalb der „peak Zeit“ erreicht.

In den angezeigten Vertragsbedingungen stellt UPC die „normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit“ als die durchschnittliche im 24-Stunden-Mittel zur Verfügung stehende Bandbreite dar (wobei UPC die Bandbreite nicht als numerischen Wert, sondern als Prozent der maximalen Bandbreite darstellt; siehe Punkt 3.2).

Im Rahmen der Aufforderung zur Stellungnahme wurde UPC bereits mitgeteilt, dass nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die „normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit“ jedenfalls jene Geschwindigkeit ist, die der Kunde zu 95% der Zeit eines Tages erreicht. Die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit darf daher nur 72 Minuten am Tag unterschritten werden.

In der Stellungnahme vom 22.8.2016 bringt UPC vor, dass die TSM-VO keine Definition zur „normalerweise zur Verfügung stehenden Bandbreite“ enthalte. Wie in den bisherigen Ausführungen dargelegt, ist den unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere auch den ErwgG und den BEREC-Leitlinien, zu entnehmen, was unter der „normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit“ zu verstehen ist, und, dass ein Mittelwert den Vorgaben (unabhängig davon, für welche der in den BEREC-Leitlinien vorgesehenen Varianten der Betreiber sich entscheidet) jedenfalls nicht gerecht werden kann.

Zu den Ausführungen von UPC, dass die Architektur von Kabelnetzen dazu führen kann, dass in Spitzenzeiten Teile des Netzes stärker ausgelastet sind als andere und Kunden kurzfristig weniger Bandbreite zur Verfügung stehe, ist festzuhalten, dass in genau solchen Fällen die Darstellung mittels Mittelwert falsche Vorstellungen des Kunden erwecken kann, da signifikante Schwankungen (sehr hohe Bandbreiten in der Nacht) den Mittelwert sehr stark beeinflussen. Der Mittelwert kann daher dem Kunden nicht jene Geschwindigkeit vermitteln, die er meist erreicht, wenn er auf den Dienst zugreift.

Dieser Einfluss von signifikanten Schwankungen war vom Verordnungsgeber offensichtlich nicht gewünscht, da nach den ErwgG jene Bandbreite gemeint ist, die der Endnutzer meistens erwarten kann.

Weiters bringt UPC vor, dass die durchschnittliche Bandbreite im 24-Stunden-Mittel (wobei in kurzen Abständen Speedtests durchgeführt werden) für den Kunden aussagekräftiger sei als der Wert „95% der Zeit eines Tages“, die eine Art zweite Mindestbandbreite, die nur 72 Minuten an einem Tag unterschritten werden darf, festlegen würde.

Dass für den Kunden der Mittelwert aussagekräftiger sei, trifft nicht zu, weil der Mittelwert, wie dargestellt, durch signifikante Schwankungen (extrem hohe Bandbreiten in der Nacht) sehr stark beeinflusst wird. Im Sinne der unionsrechtlichen Vorgaben ist auf jene Bandbreite abzustellen, die der Kunde die meiste Zeit erwarten kann, wenn er auf den Dienst zugreift.

Weiters ist im Zusammenhang mit der Definition der „normalerweise zur Verfügung stehenden Bandbreite“ wichtig, dass eine einheitliche Definition diesem Begriff zu Grunde liegen muss, damit Kunden auf Basis von transparenten Informationen sich für ein Angebot entscheiden können. Die Mindestinhalte sollen dem Kunden die Möglichkeit bieten, vor Vertragsabschluss die Produkte und Leistungen, die im Rahmen des Vertrages erbracht werden, auf Basis von transparenten Informationen zu vergleichen. Das Ziel der TSM-VO könnte nicht erreicht werden, wenn individuelle Definitionen der vorgegebenen Begriffe durch Internetanbieter möglich wären.

Es war daher den genannten Regelungen im Zusammenhang mit der „normalerweise zur Verfügung stehenden (Down- und Upload-) Geschwindigkeit“ der UPC wegen Verletzung des Art 4 Abs 1 lit d TSM-VO zu widersprechen.

### **3.2. Verletzung des § 6 Abs 3 KSchG**

Abgesehen von der Verletzung des Art 4 der TSM-VO entsprechen die vorgesehenen Regelungen auch nicht den Vorgaben des § 6 Abs 3 KSchG. Die Anwendbarkeit der Vertragsbedingungen ist nicht auf Unternehmer iSd KSchG eingeschränkt. Das Produkt heißt

zwar EB/LB „UPC Access Business“, dass der Vertragsabschluss jedoch lediglich mit Unternehmern iSd KSchG erfolgt, geht aus den eingereichten Unterlagen der UPC nicht hervor.

Nach Art 4 der TMS-VO müssen die Vertragsbedingungen eine klare und verständliche Erläuterung enthalten, wie hoch die „normalerweise zur Verfügung stehende Down- und Upload-Geschwindigkeit“ und die „minimale Geschwindigkeit“ ist.

In den angezeigten Vertragsbedingungen EB/LB „UPC Access Business“ stellt UPC die „normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit“ und die „minimale Geschwindigkeit“ nicht als numerischen Wert (Angabe der Bandbreite), sondern als einen Prozentsatz von der maximalen Geschwindigkeit dar (siehe Ausführungen im Spruch).

§ 6 Abs 3 KSchG lautet: *„Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefaßt ist.“*

Die von UPC vorgesehene Darstellung ist deshalb nicht geeignet eine solche klare und verständliche Darstellung beim Kunden zu erwecken, weil der Kunde auf den ersten Blick lediglich die maximale Bandbreite erfasst. Die maximale Bandbreite ist der höchste von allen vereinbarten Werten. Dieser Wert ist die technisch maximal mögliche Bandbreite des Produktes, den der Kunde zumindest einmal täglich erreichen können muss. Der für den Kunden wirklich relevante Wert ist die „normalerweise zur Verfügung stehende Bandbreite“ und die „minimale Bandbreite“. Genau diese Werte kann der Kunde jedoch nicht den Vertragsbedingungen entnehmen, sondern müsste sie erst errechnen.

Bei der Berechnung der „minimalen Bandbreite“ und der „normalerweise zur Verfügung stehenden Bandbreite“ ist zunächst die folgende Tabelle vom Kunden heranzuziehen:

	UPC Access Business
<b>Brutto-Bandbreiten</b> – Download/Upload in MBit/s	30/5
Datenvolumen	Flat Rate

Aus obiger Tabelle kann der Kunde ableiten, dass die maximale Downloadgeschwindigkeit 30 Mbit/s und die maximale Uploadgeschwindigkeit 5 Mbit/s beträgt. In weiterer Folge müsste der Kunde die relevanten Prozente dem dritten bzw vierten Absatz entnehmen.

Dann müsste der Kunde sich vor Augen halten, dass die Werte in der Tabelle 100% darstellen und er Anteile berechnen muss. Jeweils 80% der Down- und Uploadgeschwindigkeit für die „normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit“ und jeweils 30% der Down- und Uploadgeschwindigkeit für die „minimale Geschwindigkeit“ sind. Er müsste sich daher vier Mal den Anteil aus der maximalen Geschwindigkeit ausrechnen.

In weiterer Folge (sobald die Definition an der normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit an die Vorgaben der TSM-VO angepasst ist; siehe Ausführungen unter 3.1) müsste der Kunde kombinieren, dass er zu 95% der Zeit eines Tages (= die Definition für normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit) 80% der maximalen Downloadbandbreite bekommt.

Zu beachten ist neuerlich, dass sich die Prozente für die „normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit“ aus der TSM-VO bzw den BEREK-Leitlinien ergeben. Diese

Darstellung hat der Verordnungsgeber so vorgesehen. Es steht UPC frei, statt bzw zusätzlich zu „95% eines Tages“ in den Vertragsbedingungen auszuführen, dass es sich um jenen Wert handelt, der maximal 72 Minuten lang nicht erreicht wird. Dadurch kann die Transparenz der Vertragsbedingungen sicher weiter erhöht werden. Dass die Darstellung der Up- und Downloadgeschwindigkeiten in Form von einem %-Wert von der maximalen Bandbreite erfolgen soll, ergibt sich hingegen nicht aus der Verordnung und ist im Sinne einer klaren und verständlichen Formulierung nicht erfassbar.

Es war daher den genannten Regelungen der UPC im Zusammenhang mit der „normalerweise zur Verfügung stehenden (Down- und Upload-) Geschwindigkeit“ und der „minimalen Geschwindigkeit“ wegen Verletzung des § 6 Abs 3 KSchG zu widersprechen.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 387/2014). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 29.08.2016

Die Vorsitzende  
Dr. Elfriede Solé