

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 04.11.2022 im amtswegig eingeleiteten Verfahren zu R 14/22 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

1. Es wird festgestellt, dass Hutchison Drei Austria GmbH, Brünner Straße 52, 1210 Wien, FN 140132b, durch das Angebot des Nulltarifs „MyStream“ an Bestandskunden in den Tarifen
 - Ideal M; Ideal L; Ideal XL;
 - Ideal M Business; Ideal L Business; Ideal XL Business;
 - Ideal M Plus;
 - Ideal SIM M; Ideal SIM L; Ideal SIM XL;
 - Ideal SIM M Business; Ideal SIM L Business; Ideal SIM XL Business;
 - My Life M; My Life L; My Life XL;
 - My Life SIM M; My Life SIM L; My Life SIM XL;
 - Perfect M; Perfect L; Perfect XL; Perfect XXL;
 - Perfect M Business; Perfect L Business; Perfect XL Business; Perfect XXL Business;
 - Perfect SIM M Business; Perfect SIM L Business; Perfect SIM XL Business;
 - Perfect SIM M; Perfect SIM L; Perfect SIM XL;

wobei sich der Name des jeweiligen Tarifs auf alle Varianten eines Tarifs mit „MyStream“ (verschiedene [limitierte] Datenvolumina, den Zahlungsmodalitäten Postpaid/Prepaid, Monats- und Jahrestarife sowie der X-Mas-Variante des Tarifs) bezieht,

sowie durch das Anbieten eines Nulltarifs an Bestandskunden bei Inanspruchnahme der Zusatzpakete

- Spotify Premium;
- 3 Cloud;

für den für die Nutzung von „Spotify Premium“ bzw „3 Cloud“ anfallenden Datenverkehr im Rahmen des jeweiligen Internetzugangsdienstes

gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art 3 Abs 3 UAbs 1 VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 und RL (EU) 2018/1972 verstößt.

2. Gemäß Art 5 Abs 1 der VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 und RL (EU) 2018/1972 wird Hutchison Drei Austria GmbH aufgrund der in Spruchpunkt 1 festgestellten Verstöße untersagt, das Angebot des Nulltarifs „MyStream“ in Tarifen sowie das Angebot des Nulltarifs als Teil der Zusatzpakete „Spotify Premium“ bzw „3 Cloud“ für den für die Nutzung von „Spotify Premium“ bzw „3 Cloud“ anfallenden Datenverkehr mit Endnutzern in Bestandskundenverträgen zu verwenden.
3. Für die Umsetzung der unter Spruchpunkt 2 dieses Bescheides genannten Anordnung wird eine Frist bis zum 31.03.2023 gesetzt. Hutchison Drei Austria GmbH hat der Regulierungsbehörde nach Umsetzung dieser Maßnahmen umgehend darüber zu berichten.
4. Es wird festgestellt, dass der Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art 3 Abs 3 UAbs 1 VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 und RL (EU) 2018/1972, der darin bestanden hatte, dass Hutchison Drei Austria GmbH die unter Punkt 1 beschriebene Angebotsgestaltung im Geschäftsverkehr Neukunden angeboten hatte, aufgrund der Einstellung der Neuvermarktung spätestens seit dem 30.06.2022 nicht mehr besteht.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 13.06.2022 wurde ein Verfahren gemäß Art 5 Abs 1 VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 und RL (EU) 2018/1972 („TSM-VO“) gegenüber Hutchison Drei Austria GmbH (im Folgenden: Hutchison) amtswegig eingeleitet (ON 2). Diesem Verfahren voraus ging ein Verfahren nach Art 5 Abs 2 TSM-VO der RTR-GmbH („Auskunftsverfahren“, GZ: RSON 32/22) zur amtswegigen Ermittlung der konkreten Eigenschaften bzw technischen und/oder kommerziellen Ausgestaltung von Diensten bzw Produkten der Hutchison, die eventuell mit den Bestimmungen der TSM-VO inkompatibel sein könnten (ON 1).

Der Inhalt des Verfahrens RSON 32/22 wurde zum Akt des vorliegenden Verfahrens genommen (ON 1) und Hutchison mit Schreiben vom 14.06.2022 (ON 3) erneut zur Kenntnis gebracht.

Mit selbigem Schreiben (ON 3) wurde Hutchison informiert, dass Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Hutchison als Anbieter von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 Z 2 TSM-VO gegen Art 3 TSM-VO verstößt. Hutchison biete sog „Nulltarif-Optionen/klassisches Zero-Rating“ an, bei denen auf Grundlage kommerzieller Erwägungen eine Unterscheidung innerhalb des Internetverkehrs vorgenommen wird, indem der Datenverkehr zu bestimmten Partneranwendungen nicht auf den Basistarif angerechnet wird. Eine solche Geschäftspraxis verstoße gegen die allgemeine sich aus der TSM-VO ergebende Pflicht, den Verkehr ohne Diskriminierung oder Störung gleich zu behandeln. Hutchison wurde Gelegenheit eingeräumt, bis zum 08.07.2022 eine Stellungnahme zum Vorhalt abzugeben, welche fristgerecht einlangte (ON 4).

Hutchison brachte in dieser Stellungnahme vom 08.07.2022 (ON 4) vor, dass, wo dies möglich war, bereits ein rechtskonformer Zustand hergestellt worden sei, und bereits die erforderlichen Schritte veranlasst worden wären, um in allen anderen Fällen einen rechtskonformen Zustand ehestmöglich herzustellen. Sämtliche einschlägigen Produkte, die Hutchison ohne Auswirkungen auf bestehende Kundenverträge anpassen konnte, seien eingestellt bzw entsprechend adaptiert worden. Mit Neukunden werde Zero-Rating als vertraglicher Bestandteil nicht mehr vereinbart.

Bestandskunden mit befristeten Zero-Rating-Paketen bzw Tarifoptionen (wie bei den Tarifen MyLife, Ideal, Perfect etc), seien informiert worden, dass die Pakete mit Zeitablauf bzw Ende der jeweiligen Kündigungsfrist auslaufen, spätestens jedoch bis zum 31.12.2022. Sollte es im Rahmen des Einstellungsprozesses trotz vereinbarter Befristung zu Kundenbeschwerden kommen, sei eine entgegenkommende Vorgehensweise sowie die kulanztweise (befristete) Vergabe von zusätzlichem Gratisdatenvolumen geplant.

Hinsichtlich „Spotify“ und „Drei Cloud“ habe Hutchison die Bewerbung und Vertragsabschlüsse mit Zero-Rating eingestellt. Für betroffene Bestandskunden bereite Hutchison aktuell neben der technischen Implementierung der künftigen Nutzungsverrechnung (bis spätestens Q1/2023) eine Vergabe von entsprechenden kostenlosen Datenpaketen vor.

Mit Schreiben vom 30.08.2022 (ON 6) wurde Hutchison informiert, dass Nulltarif-Optionen/Zero-Rating der Hutchison gegen Art 3 TSM-VO, insbesondere gegen die Pflicht, den Verkehr ohne Diskriminierung oder Störung gleich zu behandeln, verstoßen. Weiters wurde Hutchison eine Liste

mit Produkten der Hutchison, die als verfahrensrelevant ermittelt worden waren, übermittelt. Hutchison wurde nochmals Gelegenheit eingeräumt, bis zum 14.09.2022 eine Stellungnahme zum Vorhalt abzugeben. Insbesondere wurde Hutchison aufgefordert, bekanntzugeben, ob die Auflistung aktuell und vollständig alle noch vorhandenen Bestandskundertarife mit Zero-Rating abbilde und gegebenenfalls in der Liste nicht erfasste Produkte bezüglich Nulltarif-Optionen/Zero-Rating zu beauskunften.

Hutchison bestätigte in ihrer Stellungnahme vom 14.09.2022 (ON 7) die Vollständigkeit und Aktualität der Aufzählung der Produkte und verwies auf die Ausführungen der vorherigen Stellungnahme vom 08.07.2022 (ON 4). Weiters teilte Hutchison mit, dass MyStream-Bestandskunden bereits in Tranchen ab KW 22 2022 darüber informiert worden seien, dass die jeweilige im Tarif inkludierte Option (MyStream) mit dem nächstmöglichen Befristungsende, spätestens jedoch bis 31.12.2022, beendet würde. Betreffend Spotify und 3Cloud werde die technische Implementierung der künftigen Nutzungsverrechnung bis spätestens Q1/2023 umgesetzt.

2 Festgestellter Sachverhalt

Hutchison ist Inhaberin einer Bestätigung nach § 6 TKG 2021. Sie betreibt ein Kommunikationsnetz (Festnetz und Mobilfunk) und erbringt Kommunikationsdienste, einschließlich Internetzugangsdienste.

Der Nulltarif „MyStream“ ist ein Bestandteil von bestehenden Mobilfunktarifen von Hutchison, welcher seit zumindestens September 2020 am österreichischen Markt angeboten wird. Bei diesen Mobilfunktarifen handelt es sich um Tarife mit einem Dateninklusionvolumen. Wenn das vertraglich vereinbarte Datenvolumen aufgebraucht ist, wird – abhängig vom Basistarif – die Geschwindigkeit gedrosselt bzw gesperrt.

Grundsätzlich können alle Contentanbieter (Inhalteanbieter) als Inhaltspartner am Nulltarif-Programm „MyStream“ teilnehmen, die die von Hutchison vorgegebenen Vertragsbedingungen für die Teilnahme erfüllen und hierüber einen Vertrag mit Hutchison schließen. Eine Zahlungsverpflichtung für teilnehmende Contentanbieter ist nicht vorgesehen. Der Nulltarif „MyStream“ ist grundsätzlich bis zum Ende des jeweiligen Jahres befristet. Er verlängert sich automatisch um 12 weitere Monate, wenn der Kunde nicht vor Ablauf der Befristung in geeigneter Weise über die Einstellung von Hutchison informiert wird. Der Nulltarif „MyStream“ kann vom Kunden jederzeit mit einer Kündigungsfrist von 30 Tagen deaktiviert werden. Eine Kündigung durch den Kunden oder Einstellung des Dienstes durch Hutchison ist jeweils zum Ende des Rechnungsmonats möglich.

Das Zusatzpaket „Spotify Premium“ wird seit mindestens 30.04.2016 am österreichischen Markt angeboten. Bei diesem wird der Datenverbrauch des Musik-Streamings von „Spotify“ nicht angerechnet. Wenn das vertraglich vereinbarte Datenvolumen aufgebraucht ist, wird – abhängig vom Basistarif – die Geschwindigkeit gedrosselt bzw gesperrt.

Das Zusatzpaket „3 Cloud“, ein von Hutchison angebotener Speicherdienst, wird seit mindestens September 2018 am österreichischen Markt angeboten. Bei diesem wird der Datenverbrauch im Zusammenhang mit Speicherdiensten von „3 Cloud“ nicht angerechnet. Wenn das vertraglich

vereinbarte Datenvolumen aufgebraucht ist, wird – abhängig vom Basistarif – die Geschwindigkeit gedrosselt bzw gesperrt.

Bestandskunden von Hutchison beziehen den Nulltarif „MyStream“ in folgenden Tarifen:

- Ideal M; Ideal L; Ideal XL;
- Ideal M Business; Ideal L Business; Ideal XL Business;
- Ideal M Plus;
- Ideal SIM M; Ideal SIM L; Ideal SIM XL;
- Ideal SIM M Business; Ideal SIM L Business; Ideal SIM XL Business;
- My Life M; My Life L; My Life XL;
- My Life SIM M; My Life SIM L; My Life SIM XL;
- Perfect M; Perfect L; Perfect XL; Perfect XXL;
- Perfect M Business; Perfect L Business; Perfect XL Business; Perfect XXL Business;
- Perfect SIM M Business; Perfect SIM L Business; Perfect SIM XL Business;
- Perfect SIM M; Perfect SIM L; Perfect SIM XL

wobei sich der Name des jeweiligen Tarifs auf alle Varianten eines Tarifs mit „MyStream“ (verschiedene [limitierte] Datenvolumina, den Zahlungsmodalitäten Postpaid/Prepaid, Monats- und Jahrestarife sowie der X-Mas-Variante des Tarifs) bezieht.

Bestandskunden von Hutchison beziehen einen Nulltarif bei Inanspruchnahme der folgenden Zusatzpakete

- Spotify Premium;
- 3 Cloud;

für den für die Nutzung von „Spotify Premium“ bzw „3 Cloud“ anfallenden Datenverkehr im Rahmen des jeweiligen Internetzugangsdienstes.

Spätestens seit dem 30.06.2022 wird der Nulltarif „MyStream“ sowie der Nulltarif für die Zusatzpakete „Spotify Premium“ bzw „3 Cloud“ aufgrund der Einstellung der Neuvermarktung nicht mehr angeboten.

Mit Stand 31.01.2022 bestanden [REDACTED] Mobilfunkverträge (gezählt in SIM-Karten) zwischen Hutchison und ihren Endkunden, die einen Nulltarif umfassen [REDACTED] Mobilfunkverträge (gezählt in SIM-Karten) zwischen Hutchison und ihren Endkunden beinhalteten zu diesem Datum Nulltarife nur aufgrund einer Option. Optionen sind Zusatzpakete, welche losgelöst vom Basisvertrag kündbar sind.

Mit Stand Juli 2022 bestanden [REDACTED] Mobilfunkverträge zwischen Hutchison und ihren Endkunden, die einen Nulltarif umfassten. [REDACTED] Endkundenverträge umfassten „Spotify Premium“; die Dienstleistung „3 Cloud“ bezogen [REDACTED] Endnutzer von Hutchison [REDACTED]. Die Anzahl der Bestandskundenverträge hat sich bis zum Entscheidungszeitpunkt nicht wesentlich geändert.

3 Beweiswürdigung

Der dem Verfahren zu Grunde liegende Sachverhalt ergibt sich aus den im Rahmen der Feststellungen in Klammer angeführten Beweismitteln, insbesondere aus den Stellungnahmen und Datenlieferungen der Hutchison (ON 4, ON 7; RSON 32/22 ON 2, 4 und 5) und ist unstrittig. Die im Geschäftsverkehr von Hutchison verwendeten Vertragsbedingungen sind aufgrund der Anzeigepflicht des Anbieters von Kommunikationsdiensten vor erstmaliger Aufnahme des Kommunikationsdienstes sowie bei jeder Änderung der Vertragsbedingungen nach § 132 TKG 2021 amtsbekannt.

Die Feststellung, dass Hutchison den bei der Nutzung von im Spruchpunkt 1 bezeichneten Nulltarif-Produkten und -Optionen dort anfallenden Datenverkehr im Rahmen des jeweiligen Internetzugangsdienstes der Bestandskunden auch tatsächlich nicht verrechnet, basiert auf der ausdrücklichen Bestätigung von Hutchison (ON 4, ON 7; RSON 32/22, ON 2 und 5).

Die Feststellung, dass Hutchison Neukunden keine Tarife und Optionen mit Nulltarifen mehr anbietet, ergibt sich insbesondere aus den Informationen der Hutchison sowie aus den von Hutchison angezeigten Vertragsbedingungen. Umstände, die Zweifel an der Richtigkeit dieser Angaben aufkommen lassen würden, sind im Zuge des Ermittlungsverfahrens nicht hervorgekommen.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 198 Z 23 TKG 2021, BGBl I 2021/190, ist die Telekom-Control-Kommission zur Entscheidung über geeignete und erforderliche Maßnahmen nach Art 5 Abs 1 VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 und RL (EU) 2018/1972 im Einzelfall zuständig.

4.2 Gesetzliche Regelungen

Die Art 2, 3 und 5 der VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 und RL (EU) 2018/1972 („TSM-VO“) lauten auszugsweise wie folgt:

„Artikel 2

Begriffsbestimmungen

Für die Zwecke dieser Verordnung gelten die Begriffsbestimmungen des Artikels 2 der Richtlinie 2002/21/EG.

Darüber hinaus gelten die folgenden Begriffsbestimmungen:

1. „Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation“: ein Unternehmen, das öffentliche Kommunikationsnetze oder öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste bereitstellt;

2. „Internetzugangsdienst“: ein öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienst, der unabhängig von der verwendeten Netztechnologie und den verwendeten Endgeräten Zugang zum Internet und somit Verbindungen zu praktisch allen Abschlusspunkten des Internets bietet.

Artikel 3

Gewährleistung des Zugangs zum offenen Internet

(1) Endnutzer haben das Recht, über ihren Internetzugangsdienst, unabhängig vom Standort des Endnutzers oder des Anbieters und unabhängig von Standort, Ursprung oder Bestimmungsort der Informationen, Inhalte, Anwendungen oder Dienste, Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten, Anwendungen und Dienste zu nutzen und bereitzustellen und Endgeräte ihrer Wahl zu nutzen.

Dieser Absatz lässt das Unionsrecht und das mit dem Unionsrecht im Einklang stehende nationale Recht in Bezug auf die Rechtmäßigkeit von Inhalten, Anwendungen oder Diensten unberührt.

(2) Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten wie Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit sowie die Geschäftspraxis der Anbieter von Internetzugangsdiensten dürfen die Ausübung der Rechte der Endnutzer gemäß Absatz 1 nicht einschränken.

(3) Anbieter von Internetzugangsdiensten behandeln 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.

Unterabsatz 1 hindert die Anbieter von Internetzugangsdiensten nicht daran, angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen anzuwenden. Damit derartige Maßnahmen als angemessen gelten, müssen sie transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sein und dürfen nicht auf kommerziellen Erwägungen, sondern auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen. Mit diesen Maßnahmen darf nicht der konkrete Inhalt überwacht werden, und sie dürfen nicht länger als erforderlich aufrechterhalten werden.

Anbieter von Internetzugangsdiensten wenden keine Verkehrsmanagementmaßnahmen an, die über die Maßnahmen gemäß Unterabsatz 2 hinausgehen; insbesondere dürfen sie nicht bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste — oder bestimmte Kategorien von diesen — blockieren, verlangsamen, verändern, einschränken, stören, verschlechtern oder diskriminieren, außer soweit und solange es erforderlich ist, um

a) Gesetzgebungsakten der Union oder mit dem Unionsrecht im Einklang stehenden nationalen Rechtsvorschriften, denen der Internetzugangsanbieter unterliegt, oder mit dem Unionsrecht im Einklang stehenden Maßnahmen zur Umsetzung dieser Gesetzgebungsakte der Union oder dieser nationalen Rechtsvorschriften zu entsprechen, einschließlich Verfügungen von Gerichten oder Behörden, die über die entsprechenden Befugnisse verfügen;

b) die Integrität und Sicherheit des Netzes, der über dieses Netz erbrachten Dienste und der Endgeräte der Endnutzer zu wahren;

c) eine drohende Netzüberlastung zu verhindern oder die Auswirkungen einer außergewöhnlichen oder vorübergehenden Netzüberlastung abzumildern, sofern gleichwertige Verkehrsarten gleich behandelt werden.

[...]

(5) Den Anbietern öffentlicher elektronischer Kommunikation, einschließlich der Internetzugangsanbieter und der Anbieter von Inhalten, Anwendungen und Diensten, steht es frei, andere Dienste, die keine Internetzugangsdienste sind, anzubieten, die für bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste oder eine Kombination derselben optimiert sind, wenn die Optimierung erforderlich ist, um den Anforderungen der Inhalte, Anwendungen oder Dienste an ein bestimmtes Qualitätsniveau zu genügen.

Die Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation einschließlich der Internetzugangsanbieter dürfen diese anderen Dienste nur dann anbieten oder ermöglichen, wenn die Netzkapazität ausreicht, um sie zusätzlich zu den bereitgestellten Internetzugangsdiensten zu erbringen. Diese anderen Dienste dürfen nicht als Ersatz für Internetzugangsdienste nutzbar sein oder angeboten werden und dürfen nicht zu Nachteilen bei der Verfügbarkeit oder der allgemeinen Qualität der Internetzugangsdienste für Endnutzer führen.

[..]

Artikel 5

Aufsicht und Durchsetzung

(1) Die nationalen Regulierungsbehörden überwachen genau und stellen sicher, dass Artikel 3 und 4 des vorliegenden Artikels eingehalten werden, und fördern die kontinuierliche Verfügbarkeit von nichtdiskriminierenden Internetzugangsdiensten auf einem Qualitätsniveau, das den Fortschritt der Technik widerspiegelt. Für diese Zwecke können die nationalen Regulierungsbehörden Anforderungen an technische Merkmale, Mindestanforderungen an die Dienstqualität und sonstige geeignete und erforderliche Maßnahmen für einen oder mehrere Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation, einschließlich der Anbieter von Internetzugangsdiensten, vorschreiben.

Die nationalen Regulierungsbehörden veröffentlichen jährlich Berichte über ihre Überwachungstätigkeit und ihre Erkenntnisse und übermitteln der Kommission und dem GEREK diese Berichte.

(2) Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation, einschließlich der Anbieter von Internetzugangsdiensten, legen auf Ersuchen der nationalen Regulierungsbehörde dieser Informationen im Zusammenhang mit den Verpflichtungen nach den Artikeln 3 und 4 vor, insbesondere Informationen darüber, wie sie ihren Netzverkehr und ihre Netzkapazitäten verwalten, sowie Rechtfertigungen für etwaige Verkehrsmanagementmaßnahmen. Die Anbieter übermitteln

die angeforderten Informationen gemäß dem von der nationalen Regulierungsbehörde verlangten Zeitplan und Detaillierungsgrad.

(3) Um einen Beitrag zur einheitlichen Anwendung dieser Verordnung zu leisten, gibt das GEREK spätestens bis zum 30. August 2016, nach Anhörung der Interessenträger und in enger Zusammenarbeit mit der Kommission, Leitlinien für die Umsetzung der Verpflichtungen der nationalen Regulierungsbehörden nach diesem Artikel heraus.

(4) Dieser Artikel lässt die Aufgaben unberührt, die die Mitgliedstaaten den nationalen Regulierungsbehörden oder anderen zuständigen Behörden nach Maßgabe des Unionsrechts übertragen haben.“

Zu den Bestimmungen der VO (EU) 2015/2120 hat BEREC gemäß Art 5 Abs 3 TSM-VO im August 2016 „BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules“ (BoR [16] 127) veröffentlicht und am 09.06.2022 (BoR [22] 81) letztmalig aktualisiert.¹ Die Leitlinien sollen den harmonisierten Vollzug der VO (EU) 2015/2120 sicherstellen und die Regulierungsbehörden haben diesen Leitlinien bei der Vollziehung weitestgehend Rechnung zu tragen. Darin (BoR [22] 81) wird zu Art 3 der VO (EU) 2015/2120 und insbesondere zu Nulltarif-Optionen (Zero-Rating) ua Folgendes ausgeführt:

„Safeguarding of open internet access

Article 3 comprises measures intended to safeguard open internet access, covering the rights of the end-users of IAS, and obligations and permitted practices for the ISPs:

- Article 3(1) sets out the rights of end-users of IAS;*
- Article 3(2) sets limits on the contractual conditions which may be applied to IAS and the commercial practices of ISPs providing IAS, and requires that these should not limit exercise of the end-user rights set out in paragraph 1. When assessing agreements or commercial practices, Article 3(3) must be taken into account (see paragraph 37 and 37a);*
- Article 3(3) constrains ISPs' traffic management practices, setting a requirement that ISPs should treat all data traffic equally and making provision for the specific circumstances under which ISPs may deviate from this rule;*
- Article 3(4) sets out the conditions under which traffic management measures may entail processing of personal data;*
- Article 3(5) sets out the freedom of ISPs and CAPs to provide specialised services as well as the conditions under which this freedom may be exercised.*

[...]

34. With regard to characteristics of IAS, agreeing on tariffs for specific data volumes and speeds of the IAS would not represent a limitation of the exercise of the end-users' rights (ref. Recital 7).

¹ <https://www.berec.europa.eu/en/document-categories/berec/regulatory-best-practices/guidelines/berec-guidelines-on-the-implementation-of-the-open-internet-regulation-0> (zuletzt abgerufen am 10.10.2022).

Moreover, BEREC considers that end-users' rights are likely to be unaffected, at least in the case that data volume, speed characteristics and pricing are applied in an application-agnostic way (refer to paragraphs 34a and 35). The same assumption applies to offering different speeds for different IAS subscriptions, including in the case of mobile IAS subscriptions.

34a. In these Guidelines, "application-agnostic" means that the commercial and technical treatment of traffic is independent of application. Under Article 3(2), where the ISP provides more than one level of QoS, application-agnostic implies that any application may populate any QoS level as selected by the end-user. Under Article 3(3), where the ISP provides more than one "category of traffic", application-agnostic implies that the treatment of traffic within each category is independent of application.

34b. Different levels for QoS parameters other than data volumes and speeds, such as latency, jitter and packet loss, can also be agreed upon under Article 3(2). Such QoS levels must not be confused with "categories of traffic" under the second subparagraph of Article 3(3) (refer to paragraphs 57-75). When assessing cases in which ISPs provide different IAS subscriptions, each with a different level of QoS, NRAs should ensure that the implementation of the different QoS levels is application-agnostic and transparent in order to verify compliance with Article 3(3). Furthermore, the practice must not limit the exercise of the rights of end-users laid down in Article 3(1).

34c. If IAS offers come to the market which facilitate multiple QoS levels at the same time for a single subscription under Article 3(2), NRAs should note that this may be allowed as long as this practice is application-agnostic and is in line with the requirements of Articles 3(1) and 3(3). In such an assessment, the NRA may, among other factors, take into account that end-users must have full control over which applications transmit traffic over which QoS level (e.g. by configuring the client application software) and that the QoS level in which specific applications are transmitted is not preselected by the ISP (e.g. based on commercial agreements with a third party, such as the end-user at the other end). Such assessment procedures could be fine-tuned by the NRAs if and when new use cases are implemented by ISPs. 34d. When assessing the implementation of application-agnostic QoS levels by an ISP, the NRA should note that it is not allowed to provide IAS subscriptions to some end-users to such an extent that it degrades the quality of other IAS subscriptions to a quality below the contract conditions agreed under Article 4(1). BEREC emphasises that full transparency of the relevant traffic management measures must be provided according to Article 4(1) of the Regulation (refer to paragraph 135). According to Article 5(1), NRAs may also impose requirements concerning technical characteristics, minimum quality of service requirements and other appropriate and necessary measures to prevent degradation of the general quality of service of internet access services for end-users.

35. Examples of commercial practices which are typically admissible would include:

- application-agnostic offers where data consumption during a certain time period (e.g. during the weekend or off-peak times or a given number of hours per month) is not counted against the general data cap in place on the IAS tariff or is priced differently, since all traffic is treated equally and no specific application or category of specific application is treated favourably;
- offers based on different IAS tariffs with different application-agnostic QoS levels (for parameters such as speed, latency, jitter and packet loss), volumes, contractual length, bundles and with or without subsidised equipment since within one tariff all traffic is treated equally;

- *application-agnostic tariff plans for a broad public (e.g. all consumers) or a targeted group (e.g. special tariffs for younger people, school children, students, seniors or low-income citizens);*
- *offers where the speed is throttled for all traffic after the data volume has been used up; a sufficient speed could still allow accessing the internet in an application-agnostic manner, this would also allow access to provider's online self-service portal or of the application allowing end-users to purchase additional data volume.*

36. An ISP may bundle the provision of the IAS with an application. For instance, a mobile operator may offer free subscription to a music streaming application for a period of time to all new subscribers. Where the traffic associated with this application is not subject to any preferential traffic management practice, and is not priced differently than the transmission of the rest of the traffic, such commercial practices are deemed not to limit the exercise of the end-users' rights granted under Article 3(1).

37. When assessing agreements or commercial practices, NRAs must take Article 3(3) into account. In particular, Article 3(3), first subparagraph mandates that ISPs must treat all traffic equally (see paragraph 49). This is in line with the common rules to safeguard equal and non-discriminatory treatment of traffic in the provision of internet access services and related end-users' rights as expressed in Article 1(1).

37a. Typically, infringements of Article 3(3) (e.g. blocking access to applications or types of applications or non-application-agnostic differentiated pricing) will also limit the exercise of end-users' rights, and constitute an infringement of Articles 3(2) and 3(1). Neither the rights as set out in Article 3(1) nor the requirements of Article 3(3) can be waived by an agreement or commercial practice otherwise authorised under Article 3(2). This holds in particular because the principle of equal and non-discriminatory treatment as expressed in Article 1(1) applies to all traffic, when providing internet access services, and therefore also to traffic which is transmitted when the ISP carries out their obligations under an agreement or implements a commercial practice. Details about this assessment can be found in paragraphs 49-93.

[...]

40. Among commercial practices there are differentiated pricing practices. With these offers the price per amount of data (e.g. per GB) is not the same for all traffic across a particular IAS tariff. Differentiated pricing practices may come in different forms. For example, an additional data allowance within the IAS tariff does not count towards the general data cap in place on the IAS tariff. This additional data allowance can be unlimited or limited. Furthermore, the price for the allowance provided in addition to the general data allowance can be zero, positive or negative. Differentiated pricing practices include both tariffs which are permissible as well as those which are not permissible.

40a. Zero tariff options are a subset of differentiated pricing practices which are inadmissible. The ECJ defines zero tariff options as "a commercial practice whereby an internet access provider applies a 'zero tariff', or a tariff that is more advantageous, to all or part of the data traffic associated with an application or category of specific applications, offered by partners of that access provider." Those data are therefore not counted towards the data volume purchased as part of the basic package.

40b. BEREC considers any differentiated pricing practices which are not applicationagnostic to be inadmissible for IAS offers, such as applying a zero price to ISPs' own applications or CAPs subsidising their own data.

40c. Different from (inadmissible) zero tariff options and similar tariff options, there are differentiated pricing practices that are typically admissible if all elements of the tariff are application-agnostic. Examples of such offers are mentioned above in paragraph 35.

41. A price-differentiated offer where all applications are blocked (or slowed down) once the data cap is reached except for the application(s) for which zero price or a different price than all other traffic is applied would infringe Article 3(3) first (and third) subparagraph (see paragraph 55).

[...]

48. In applying such a comprehensive assessment, the following considerations may also be taken into account:

- Commercial practices which apply a different price to the data associated with a specific application or class of applications are incompatible with the obligation of equal treatment of traffic as set out in Article 3(3).

[...]

49. A basic principle of the Regulation relates to the obligation on ISPs to treat all traffic equally when providing IAS. As the ECJ has established in its 2020 and 2021 judgements, Article 3(3) first subparagraph imposes on providers of internet access services a "general obligation of equal treatment" and that, in principle, "any measure" by an ISP which is discriminatory could be a violation of this general obligation. The ECJ applies the principle of equal treatment of traffic to the practice of zero-tariffs as such. BEREC takes from this that the general obligation to treat all traffic equally is not limited to technical traffic management practices but also applies to commercial practices of the ISP such as differentiated pricing. Hence, it also includes unequal treatment by way of zero tariff options and similar offers (for more details see paragraph 54a below). Typically, infringements of Article 3(3) first subparagraph which are not justified according to Article 3(3) second and/or third subparagraphs would also constitute an infringement of the end-user rights set out in Article 3(1) (see paragraphs 37 and 37a).

51. In assessing whether an ISP complies with this principle, NRAs should apply a two-step assessment:

- In a first step, they should assess whether all traffic is treated equally.
- In a second step, they should assess whether situations are comparable or different and whether there are objective grounds which could justify a different treatment of different situations (under Article 3(3) second subparagraph – see paragraphs 57-75 below).

52. Moreover, NRAs should ensure that traffic on an IAS is managed:

- "without discrimination, restriction or interference";

- *“irrespective of the sender and receiver, the content accessed or distributed, the applications or services used or provided, or the terminal equipment used”.*

[...]

54a. The ECJ in its rulings of 2 September 2021 concluded that a zero tariff option violates the general obligation to treat all traffic equally according to Article 3(3) first subparagraph. The ECJ established that “a ‘zero tariff’ option draws a distinction within internet traffic, on the basis of commercial considerations, by not counting towards the basic package traffic to partner applications.” (see also paragraph 40a above). According to the ECJ, “that failure, which results from the very nature of such a tariff option on account of the incentive arising from it, persists irrespective of whether or not it is possible to continue freely to access the content provided by the partners of the internet access provider after the basic package has been used up.”

[...]

Legislation related to the lawfulness of the content, applications or services

28. Article 3(1) second subparagraph specifies that Union law, and national law that complies with Union law, related to the lawfulness of content, applications or services still applies. The Regulation does not seek to regulate the lawfulness of the content, applications or services (ref. Recital 6).

29. Whereas Article 3(1) second subparagraph contains a clarification with regard to the applicability of such legislation, Article 3(3) (a) provides for an exception for ISPs to implement measures going beyond reasonable traffic management measures in order to comply with legislation or measures as specified in that exception.

[...]

Article 3(3) (a) Union and national legislation

81. If an ISP applies traffic management measures which cannot be regarded as reasonable, NRAs should assess whether an ISP does so because it has to do so for legal reasons, namely to comply with the legislation or measures by public authorities specified in that exception.

82. As explained in Recital 13, such legislation or measures must comply with the requirements of the Charter of Fundamental Rights, and notably Article 52 which states in particular that any limitation of the rights and freedoms recognised by the Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms.”

§ 198 Z 23 TKG 2021, BGBl I 2021/190, lautet wie folgt:

„§ 198. Der Telekom-Control-Kommission sind folgende Aufgaben zugewiesen:

[...]

17. Entscheidung über geeignete und erforderliche Maßnahmen nach Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EU) 2015/2120 im Einzelfall;“

§ 184 TKG 2021, BGBl I 2021/190, lautet wie folgt:

„§ 184. (1) Hat die Regulierungsbehörde in Bezug auf durch sie zu besorgende Aufgaben Anhaltspunkte dafür, dass ein Unternehmen gegen die Vorschriften dieses Bundesgesetzes, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung, gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid oder gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht verstößt, hat sie dies dem Unternehmen mitzuteilen und gleichzeitig Gelegenheit einzuräumen, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel in angemessener Frist nach Erhalt der Mitteilung abzustellen.

(2) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, derentwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt worden sind, hat sie diese mit Bescheid festzustellen, gleichzeitig die gebotenen, angemessenen Maßnahmen anzuordnen, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen und eine angemessene Frist festzusetzen, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.

(3) Sind die gemäß Abs. 2 angeordneten Maßnahmen erfolglos geblieben, kann die Regulierungsbehörde in Bezug auf ein Unternehmen, das seine Pflichten gröblich oder wiederholt verletzt hat, das Recht, Kommunikationsnetze oder Kommunikationsdienste bereitzustellen aussetzen, bis die Mängel abgestellt sind oder diesem Unternehmen untersagen, weiterhin Kommunikationsnetze oder Kommunikationsdienste bereitzustellen. Aus den gleichen Gründen kann die Regulierungsbehörde die Zuteilung von Frequenzen und Kommunikationsparametern widerrufen.

(4) Stellt ein Verstoß gegen die Vorschriften dieses Bundesgesetzes, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid eine unmittelbare und ernste Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit dar oder führt er bei anderen Anbietern oder Nutzern von Kommunikationsnetzen oder -diensten zu ernstesten wirtschaftlichen oder betrieblichen Problemen, kann die Regulierungsbehörde Maßnahmen gemäß Abs. 2 auch in einem Verfahren gemäß § 57 AVG anordnen. Diese Maßnahmen sind mit bis zu drei Monaten zu befristen und können bei Vorliegen besonders schwerwiegender Umstände um weitere drei Monate verlängert werden.

(5) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass die Mängel, derentwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, tatsächlich nicht vorliegen oder innerhalb der gesetzten Frist abgestellt worden sind, hat sie mit Beschluss festzustellen, dass die Mängel nicht oder nicht mehr gegeben sind.

(6) Partei im Aufsichtsverfahren ist jedenfalls das Unternehmen, bei dem die Regulierungsbehörde Anhaltspunkte gemäß Abs. 1 hat.

(7) Parteien im Aufsichtsverfahren nach § 202 sind ferner jene, die gemäß § 202 Abs. 2 ihre Betroffenheit glaubhaft gemacht haben.

(8) § 202 Abs. 3 Z 1 gilt mit der Maßgabe, dass das Edikt die Beschreibung jener Anhaltspunkte zu enthalten hat, die zur Einleitung des Aufsichtsverfahrens geführt haben.“

§ 188 Abs 6 TKG 2021 lautet auszugsweise wie folgt:

„Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 100 000 Euro, im Falle ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen, zu bestrafen, wer

[...]

11. den Artikeln 3, 4 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2 oder Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 zuwiderhandelt.“

Art 1 Abs 1 und 2 Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 – EGVG, BGBl I 2008/87 idF 2018/61, lautet wie folgt:

„(1) Die Verwaltungsverfahrensgesetze (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG und Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 – VVG) regeln das Verfahren der nachstehend bezeichneten Verwaltungsorgane, soweit sie behördliche Aufgaben besorgen und im Folgenden nicht anderes bestimmt ist.

(2) Von den Verwaltungsverfahrensgesetzen sind anzuwenden:

- 1. das AVG auf das behördliche Verfahren der Verwaltungsbehörden;*
- 2. das VStG auf das Strafverfahren der Verwaltungsbehörden mit Ausnahme der Finanzstrafbehörden des Bundes;*
- 3. das VVG auf das Vollstreckungsverfahren der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung, der Organe der Städte mit eigenem Statut und der Landespolizeidirektionen.“*

4.3 Anzuwendendes Verfahrensrecht

Art 5 Abs 1 TSM-VO ordnet zur Sicherstellung der Einhaltung insbesondere der Bestimmung des Art 3 leg cit weitgehende Überwachungs-, Aufsichts- und Durchsetzungsbefugnisse zugunsten der nationalen Regulierungsbehörden an. Neben technischen Merkmalen und Mindestanforderungen an die Dienstqualität können gegenüber den betroffenen Anbietern von Internetzugangsdiensten auch alle *„sonstigen geeigneten und erforderlichen Maßnahmen“* angeordnet werden, um die Einhaltung der Art 3 und 4 TSM-VO sicherzustellen.

Darüber hinaus enthält die TSM-VO keine weiteren verfahrensrechtlichen Bestimmungen und überlässt es daher dem jeweiligen nationalen Verfahrensrecht, Verfahren nach Art 5 Abs 1 und 2 TSM-VO zu regeln. Art 5 TSM-VO ähnelt dabei Art 7 Abs 5 und 6 der VO (EG) 717/2007 idF VO (EG) 544/2009 (Roaming-VO)², die Aufsichts- und Durchsetzungsrechte hinsichtlich der Bestimmungen ebendieser Verordnung zugunsten der nationalen Regulierungsbehörden vorsieht. Der VwGH hat bereits ausgesprochen, dass Verfahrensparteien nicht in ihren Rechten verletzt sind, wenn sich die Telekom-Control-Kommission in solchen Fällen an den für andere Aufsichtsmaßnahmen bestehenden Verfahrensregeln des § 91 TKG 2003 orientiert (VwGH 19.04.2012 Zl 2009/03/0170). Die Telekom-Control-Kommission hat sich an diesem Grundsatz bereits in Verfahren nach Art 5 TSM-VO iZm Verkehrsmanagementmaßnahmen nach Art 3 Abs 3 leg cit orientiert (siehe etwa R 1/20 vom 20.07.2020). Die nunmehr geltende Regelung des § 184 TKG 2021 sieht ausdrücklich vor, dass das in § 184 TKG 2021 geregelte Aufsichtsverfahren auch bei (vermuteten)

² Art 7 Abs 5 und 6 der VO (EG) Nr 717/2007 idF VO (EG) 544/2009 (Roaming-VO) ist ident mit Art 7 Abs 5 und 6 der aktuellen Roaming-Verordnung, VO (EG) Nr 717/2007 idF VO (EG) 544/2009, VO (EU) 531/2012 und VO (EU) 2018/1972.

Verstößen „gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht“ anzuwenden ist. Im Übrigen hat die Telekom-Control-Kommission gemäß Art 1 Abs 2 Z 1 EGVG das AVG 1991 anzuwenden.

4.4 Verfahrenspartei

Gemäß § 184 Abs 6 TKG 2021 kommt jedenfalls dem Unternehmen, bei dem die Regulierungsbehörde Anhaltspunkte gemäß § 184 Abs 1 TKG 2021 hat, Parteistellung zu. Hutchison ist als Anbieterin von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 TSM-VO Partei dieses Verfahrens nach Art 5 Abs 1 TSM-VO, weil sie aufgrund der gegenständlich angebotenen Nulltarife einen mutmaßlichen Verstoß gegen das in Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO statuierte Gleichbehandlungsgebot des Datenverkehrs bei Internetzugangsdiensten gesetzt hat und von Seiten der nach Art 5 TSM-VO iVm § 198 Z 23 TKG 2021 für Verfahren nach Art 5 Abs 1 TSM-VO iVm § 184 TKG 2021 zuständigen Regulierungsbehörde geklärt werden musste, ob dieses Verhalten einen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO darstellt.

Die Verfahrensrechte der Verfahrenspartei sind beachtet worden. Sie erhielt hinreichend Gelegenheit zur Stellungnahme und sie konnte sich vor der Anordnung von Maßnahmen nach § 184 Abs 2 TKG 2021 iVm Art 5 TSM-VO zu den gegen sie gerichteten Vorwürfen äußern.

4.5 Zur Feststellung des Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot nach Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO (Spruchpunkt 1)

Art 3 Abs 3 TSM-VO verbietet Anbietern von Internetzugangsdiensten eine Ungleichbehandlung des Internetdatenverkehrs, sofern nicht eine ausnahmsweise zulässige Verkehrsmanagementmaßnahme nach Art 3 Abs 3 UAbs 2 oder UAbs 3 TSM-VO vorliegt.

Das Anbieten des Nulltarifs „MyStream“ an Bestandskunden in den unter Spruchpunkt 1 genannten Mobilfunktarifen sowie Anbieten eines Nulltarifs an Bestandskunden bei Inanspruchnahme der Zusatzpakete „Spotify Premium“ bzw „3 Cloud“ für den für die Nutzung von „Spotify Premium“ bzw „3 Cloud“ anfallenden Datenverkehr im Rahmen des jeweiligen Internetzugangsdienstes führen zu einer solchen Ungleichbehandlung des Datenverkehrs nach Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO.

„Nulltarife“ werden vom EuGH in seinen jüngsten Urteilen vom 02.09.2021 (C-34/20; C-854/19; C- 5/20) folgendermaßen definiert:

„[B]ei einer Tarifoption zum sogenannten ‚Nulltarif‘ [handelt es sich] um eine Geschäftspraxis [...], mit der ein Anbieter von Internetzugangsdiensten einen ‚Nulltarif‘ oder günstigeren Tarif für den gesamten Datenverkehr oder einen Teil davon in Verbindung mit einer bestimmten Anwendung oder einer bestimmten Kategorie von Anwendungen anwendet, die von den Partnern dieses Zugangsanbieters angeboten werden. Diese Daten werden daher nicht auf die im Rahmen des Basistarifs erworbene Datenmenge angerechnet. Eine solche Option, die im Rahmen beschränkter Tarife angeboten wird, ermöglicht es Internetzugangsanbietern damit, die Attraktivität ihres Angebots zu erhöhen.“

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.

Bei den im Spruchpunkt 1 genannten Tarifen werden Dienste, die keine Dienste von Content-Partnern sind, diskriminiert. Beim Anbieten eines Nulltarifs an Bestandskunden bei Inanspruchnahme der im Spruchpunkt 1 genannten Optionen wird jeglicher Datenverkehr, der außerhalb dieser von Hutchison angebotenen Optionen im Rahmen des Internetzugangsdienstes des Endnutzers entsteht, diskriminiert. Diese Diskriminierungen sind das Ergebnis der Bevorzugung der Dienste von Content-Partnern bzw jenes Datenverkehrs, welcher im Zuge der Nutzung der von Hutchison angebotenen Optionen bei der Abrechnung des Datenverkehrs entsteht. Der durch die Nutzung der Dienste und Anwendungen von Content Partnern anfallende Datenverkehr wird nicht auf das Inklusivvolumen des Endnutzers angerechnet. Beim Hinzubuchen der Optionen wird der für die Nutzung anfallende Datenverkehr im Gegensatz zum übrigen Datenverkehr desselben Internetzugangsdienstes nicht verrechnet.

Diese rechtliche Beurteilung stützt sich insbesondere auf nachfolgende Ausführungen des EuGH in seinen Urteilen vom 02.09.2021 (C-34/20 Rz 30; C-854/19 Rz 28; C-5/20 Rz 27):

„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 UAbs. 1 der Verordnung 2015/2120 genannte allgemeine Pflicht, den Verkehr ohne Diskriminierung oder Störung gleich zu behandeln.“

[...]

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 Ausgangsstreit – unzulässig.“

Die allgemeine Pflicht zur Gleichbehandlung des gesamten Verkehrs nach Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM - VO beschränkt sich nicht auf technische Praktiken des Anbieters von Internetzugangsdiensten, sondern kann auch durch kommerzielle Praktiken und vertragliche Ungleichbehandlungen, die sich nicht-technisch auswirken, erfolgen. Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot nach Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO kann daher – wie im gegenständlichen Fall – durch eine differenzierte Preisgestaltung oder Abrechnung in Bezug auf Contentdienste unterschiedlicher Anbieter oder auch des eigenen Content-Angebots verwirklicht werden. Weder Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO noch dem dazugehörigen ErwGr 8 TSM-VO kann entnommen werden, dass der Anwendungsbereich der Pflicht zur Gleichbehandlung nach leg cit nur auf technische Verhaltensweisen beschränkt wäre. Im Gegensatz zu den Rechtfertigungsgründen nach Art 3 Abs 3 UAbs 2 und 3 TSM-VO, die den Begriff Verkehrsmanagementmaßnahme verwenden, bleibt der Wortlaut des Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO allgemein und sieht die Pflicht des Anbieters von Internetzugangsdiensten zur Gleichbehandlung des gesamten Verkehrs ohne „Störung“, „Beschränkung“ und insbesondere ohne „Diskriminierung“ vor, wobei letztgenannter Begriff jedenfalls auch nicht-technische Maßnahmen umfasst. Ob dem in Art 3 Abs 3 UAbs 2 und 3 TSM-VO verwendeten Begriff „Verkehrsmanagementmaßnahme“ ein rein technisches Verständnis zugrunde liegt, kann aufgrund vorangehender Ausführungen offenbleiben, zumal dieser Begriff für die Anwendung der Pflicht zur Gleichbehandlung des Verkehrs nach Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO nicht (ausschließlich) maßgeblich ist. Insbesondere ist dieser Begriff in Bezug auf die Beurteilung der Zulässigkeit des vorliegenden Sachverhalts nicht maßgeblich, zumal es sich bei den

kommerziellen Vereinbarungen um einen Verstoß gegen die Pflicht handelt, den Verkehr ohne Diskriminierung gleich zu behandeln.

Eine Prüfung der vertraglichen Vereinbarung nach Art 3 Abs 2 TSM-VO im Einzelfall kann hier unterbleiben, zumal ein Verhalten, dass bereits mit den Vorgaben des Art 3 Abs 3 TSM-VO unvereinbar ist, nicht weiter nach Art 3 Abs 2 TSM-VO zu prüfen ist. Bei Verstößen gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO handelt es sich um per se Verstöße und als solche können sie daher nicht durch vertragliche Vereinbarungen nach Art 3 Abs 2 TSM-VO gerechtfertigt werden. Diese Sichtweise stützt sich auf die Ausführungen des EuGH, weil dieser in Rz 28 des Telenor-Urteils vom 15.09.2020 (C-807/18 und C-39/19) Folgendes festhält:

„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 vereinbar ist.“

Dass die Verpflichtung zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs eines Internetzugangsdienstes durch dessen Anbieter unabhängig von einem konkreten Vertragsverhältnis einzuhalten ist, ergibt sich aus den jüngsten Entscheidungen des EuGH vom 02.09.2021 (C-34/20 Rz 32; C-854/19 Rz 30; C-5/20 Rz 29):

„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.“

Aus dem zuvor Gesagten und weil die Rechte und Pflichten aus Art 3 Abs 2 TSM-VO gegenüber jenen aus Art 3 Abs 3 TSM-VO nachrangig sind, ist insbesondere nicht prüfungsrelevant, wie etwa die Teilnahme von Content-Partnern an einem Nulltarif-Programm des Anbieters von Internetzugangsdiensten ausgestaltet ist oder welche konkreten Auswirkungen das Anbieten einer Nulltarif-Option auf die Telekommunikationsmärkte hat. Relevant ist lediglich, ob eine Ungleichbehandlung des Datenverkehrs eines Internetzugangsdienstes vorliegt, was im gegenständlichen Fall eindeutig zu bejahen ist. Den im Spruch aufgelisteten Nulltarif-Produkten und -Optionen fehlt es an der notwendigen „Anwendungsdiagnostik“, also der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs (genauer: aller Dienste und Anwendungen) innerhalb eines Internetzugangsdienstes. Ein Anbieter von Internetzugangsdiensten muss die Verpflichtung zur Gleichbehandlung bei jedem Datenverkehr eines jeden Internetzugangsdienstes seiner Kunden gewährleisten.

Die zuvor getroffenen Ausführungen zur grundsätzlichen Unzulässigkeit von Nulltarif-Produkten bzw -Optionen, bei denen Teile des Datenverkehrs eines Internetzugangsdienstes unterschiedlich abgerechnet und somit unterschiedlich behandelt werden, sind schlussendlich auch im Einklang mit den seit 07.06.2022 gültigen BEREC-Leitlinien zur Umsetzung der TSM-VO, die aufgrund der jüngsten Entscheidungen des EuGH aktualisiert wurden. Letztere enthalten insbesondere die Klarstellung, dass „Zero-Rating-Tarifoptionen“ gegen Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO verstoßen (BoR [22] 30, Rz 49, 59a, 40b).

Aus dem zuvor Ausgeführten ergibt sich, dass Hutchison aufgrund ihrer Produktausgestaltung wie im Spruch angeführt, gegen das Gleichbehandlungsgebot nach Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO verstößt.

4.6 Zu Verkehrsmanagementmaßnahmen nach Art 3 Abs 3 UAbs 2 TSM-VO

Die zuvor festgestellte Ungleichbehandlung des Verkehrs ist auch nicht nach Art 3 Abs 3 UAbs 2 TSM-VO erlaubt. Nach dieser Bestimmung sind Verkehrsmanagementmaßnahmen 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 solchen Maßnahmen darf zudem nicht der konkrete Inhalt überwacht werden und sie dürfen nicht länger als erforderlich aufrechterhalten werden.

Wie oben bereits festgehalten, kann dahingestellt bleiben, ob es auch nicht-technische Verkehrsmanagementmaßnahmen gibt, zumal die Anwendbarkeit von Art 3 Abs 3 UAbs 2 TSM-VO im konkreten Fall schon deshalb ausscheidet, weil die von Hutchison angebotenen Nulltarif-Produkte und -Optionen auf kommerziellen Gründen beruhen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Art 3 Abs 3 UAbs 2 TSM-VO ist eine angemessene Verkehrsmanagementmaßnahme in einem solchen Fall ausgeschlossen.

In diesem Sinne sieht der EuGH in seinen Urteilen vom 02.09.2021 (C-34/20 Rz 33; C-854/19 Rz 31; C-5/20 Rz 30) bei Nulltarif-Optionen das Vorliegen der Voraussetzungen des Art 3 Abs 3 UAbs 2 TSM-VO als nicht gegeben an:

„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.“

Was der EuGH unter „kommerziellen Erwägungen“ versteht, kann dem Telenor-Urteil vom 15.09.2020 (C-807/18 und C-39/19) entnommen werden:

„Auf solchen ‚kommerziellen Erwägungen‘ beruht insbesondere jede Maßnahme eines Anbieters von Internetzugangsdiensten gegenüber einem Endnutzer im Sinne der Definition in der 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, Anwendungen oder Dienste angebotenen Inhalte, Anwendungen oder Dienste nicht gleich und ohne Diskriminierung behandelt werden.“

Es liegen keine objektiven Gründe in der Art von Nulltarif-Produkten und -Optionen von Hutchison vor, die als „objektiv unterschiedliche Anforderungen an die technische Qualität der Dienste bei speziellen Verkehrskategorien“ nach Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO beurteilt werden und daher zulässig sein könnten.

4.7 Zu Verkehrsmanagementmaßnahmen nach Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO

Die festgestellte Ungleichbehandlung des Datenverkehrs ist auch nicht nach Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO erlaubt. Nach Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO sind über das angemessene

Verkehrsmanagement nach Art 3 Abs 3 UAbs 2 TSM-VO hinausgehende Maßnahmen erlaubt, wenn sie durch besondere Umstände notwendig sind. Hierzu findet sich in leg cit eine taxative Auflistung dreier Gründe, deren Vorliegen solche besonderen Maßnahmen zulassen:

1. unionsrechtliche oder im Einklang mit EU-Recht stehende nationale Normen, die diese Maßnahme erforderlich machen,
2. Verhinderung der Netzüberlastung sowie
3. Abwehrmaßnahmen gegen Bedrohungen und Angriffe auf die Sicherheit des Netzes oder der Endgeräte.

Keiner der angeführten Gründe liegt im gegenständlichen Fall vor.

Da die von Hutchison angebotenen Nulltarif-Produkte- und Optionen den Datenverkehr innerhalb eines Internetzugangsdienstes des Endnutzers ungleich behandeln und weder durch Art 3 Abs 3 UAbs 2 TSM-VO noch durch Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO zulässig sind, verstoßen sie gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO.

4.8 Zur Anordnung der Abstellungsverpflichtung (Spruchpunkt 2)

Art 5 Abs 1 TSM-VO normiert, dass die nationalen Regulierungsbehörden zur Sicherstellung der Einhaltung der Art 3 und 4 leg cit Anforderungen an technische Merkmale, Mindestanforderungen an die Dienstqualität und sonstige geeignete und erforderliche Maßnahmen für einen oder mehrere Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation, einschließlich der Anbieter von Internetzugangsdiensten, vorschreiben können. Nach § 184 Abs 1 TKG 2021 hat die Regulierungsbehörde bei Anhaltspunkten dafür, dass ein Unternehmen ua gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht verstößt, dies dem Unternehmen mitzuteilen und gleichzeitig Gelegenheit einzuräumen, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder den Verstoß abzustellen. Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass die Mängel, derentwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt worden sind, hat sie diese mit Bescheid festzustellen, gleichzeitig die gebotenen, angemessenen Maßnahmen anzuordnen, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen und eine angemessene Frist festzusetzen, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist (§ 184 Abs 2 TKG 2021).

Bei den in Spruchpunkt 1 festgestellten Verstößen gegen das Gleichbehandlungsgebot nach Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO steht als geeignete, angemessene und notwendige Maßnahme ausschließlich die Anordnung der Abstellung bzw der Unterlassung des Angebots der im Spruch bezeichneten Nulltarif-Produkten und -Optionen binnen bestimmter Frist zur Verfügung, weshalb diese gegenüber Hutchison anzuordnen war.

Die Anordnung in Spruchpunkt 2 ist geeignet, den Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot abzustellen, zumal angebotene Dienste in Folge bei der entsprechenden Nutzung durch den Endnutzer gleichermaßen auf das Datenvolumen angerechnet werden. Hierdurch wird die Gleichbehandlung allen Datenverkehrs innerhalb eines Internetzugangsdienstes wiederhergestellt.

Die Anordnung ist auch erforderlich. Mildere, genauso geeignete Mittel zur Beseitigung des Verstoßes sind nicht erkennbar, zumal das Wesen von Nulltarif-Produkten und -Optionen, darin begründet liegt, dass sie den Datenverkehr in unzulässiger Weise ungleich behandeln.

Schlussendlich ist die Anordnung auch angemessen. Die Interessen der Allgemeinheit sowie aller Internetnutzer an der Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots jeglichen Datenverkehrs überwiegen das Interesse der Betroffenen an einer weiteren Zurverfügungstellung von Nulltarif-Produkten und -Optionen aus kommerziellen Gründen, wobei letzteres ohnehin kein schutzwürdiges Interesse nach Art 3 Abs 3 TSM-VO darstellt. Schlussendlich besteht ein generelles Risiko eines Unternehmens, dass ein Geschäftsmodell ganz oder teilweise nachträglich untersagt wird. Die Anzahl der Bestandskunden sowie etwaige Mindestbindefristen und Kündigungsbedingungen wurden jedoch bei der Bemessung der Umsetzungsfrist (Spruchpunkt 3, siehe dazu 4.9) angemessen berücksichtigt.

4.9 Zur angemessenen Frist der Abstellungsverpflichtung (Spruchpunkt 3)

Aus § 184 Abs 2 TKG 2021 ergibt sich, dass bei Vorliegen von Mängeln, derentwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, dieser Umstand mit Bescheid festzustellen ist und gleichzeitig die gebotenen, angemessenen Maßnahmen anzuordnen sind, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, wobei hierfür eine angemessene Frist festzusetzen ist, innerhalb derer der Maßnahme zu entsprechen ist.

Das bedeutet, dass die Frist so bemessen sein muss, dass sie vom Betroffenen mit zumutbarem Aufwand eingehalten werden kann. Die relevanten Entscheidungen des EuGH betreffend Nulltarif-Optionen sind am 02.09.2021 ergangen. Daran anschließend wurden die maßgeblichen Stellen der BEREC-Leitlinien am 07.06.2022 angepasst. Am 15.06.2022 leitete die Regulierungsbehörde das Aufsichtsverfahren gegen Hutchison ein, wobei ihr spätestens zu diesem Zeitpunkt eindeutig bewusst sein musste, dass die Regulierungsbehörde von einem Verstoß der im Spruch genannten Tarife und Optionen gegen die Vorgaben nach Art 3 TSM-VO ausgeht. In ihrer Stellungnahme vom 08.07.2022 sowie jener von 14.09.2022 teilte Hutchison mit, dass der Nulltarif „MyStream“ in Tarifen mit dem nächstmöglichen Befristungsende, spätestens jedoch bis 31.12.2022, beendet sei. Betreffend Spotify und 3Cloud werde die technische Implementierung der künftigen Nutzungsverrechnung bis spätestens Q1/2023 umgesetzt.

In Bezug auf die Einstellung des Angebots von Nulltarif-Produkten bzw -Optionen gegenüber Bestandskunden wird eine Umsetzungsfrist bis zum 31.03.2023 als angemessen erachtet. Diese Frist ist für den Anbieter von Internetzugangsdiensten insbesondere notwendig, um die erforderlichen Anpassungen in seinen Vertragsbedingungen vorzunehmen und bei etwaigen nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen die Regulierungsbehörde und die betroffenen Endnutzer unter Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Fristen zu informieren. Außerdem erscheint die Frist auch geboten, um die technische Migration zur vollständigen Herausnahme der Nulltarif-Produkten bzw -Optionen aus dem Bestand zu bewerkstelligen. Über die von der Betroffenen dargelegten Zeiträume hinaus ist die Umsetzungsfrist aus Gründen der Gleichbehandlung bis zum 31.03.2023 zu verlängern. Aus Gründen der gleichen Wettbewerbschancen sollen alle Mitbewerber am Markt gleichgestellt werden. Im Übrigen ist auch in Hinblick auf die Kunden der Nulltarif-Produkten bzw -Optionen angebracht, den Zeitraum für die Umsetzung ausreichend lang und gleich zu bemessen. Bei dieser Bemessung wurde insbesondere auch das Interesse der Kunden an einer schonenden und kundenfreundlichen Übergangslösung als relevant bewertet und in weiterer Folge berücksichtigt.

4.10 Zur Feststellung der Abstellung des Verstoßes bei Neukundenangeboten (Spruchpunkt 4)

Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass die Mängel, derentwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, tatsächlich nicht vorliegen oder innerhalb der gesetzten Frist abgestellt worden sind, hat sie mit Beschluss festzustellen, dass die Mängel nicht oder nicht mehr gegeben sind (§ 184 Abs 5 TKG 2021).

Im Zuge des Aufsichtsverfahrens wurde festgestellt, dass der Verstoß, der darin bestanden hatte, dass Hutchison die unter Spruchpunkt 1 beschriebene Produktgestaltung im Geschäftsverkehr Neukunden angeboten hatte, aufgrund der Einstellung der Neuvermarktung spätestens seit dem 30.06.2022 nicht mehr besteht. Daher war hier spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 200 Abs 7 TKG 2021 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 387/2014 idgF). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 04. November 2022

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus SCHALLER
Der Vorsitzende