

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 15/22 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

1. Es wird festgestellt, dass educom GmbH, Am Anger 1, 7210 Walbersdorf, FN 563404k, durch das Angebot des Nulltarifs „free e-learning“ an Bestandskunden in den Mobilfunktarifen

- educom muchisimo,
- educom muchos,
- educom vamos olé,
- educom vamos 5G,
- educom vamos mini,
- educom vamos minisimo,
- educom vamos preisjägeros,
- educom vamos profesores,

wobei sich der Name des jeweiligen Tarifs auf alle Varianten eines Tarifs mit „free e-learning“ (unterschiedliche [limitierte] Datenvolumina, den Zahlungsmodalitäten Postpaid/Prepaid, Monats- und Jahrestarife) bezieht,

gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art 3 Abs 3 UAbs 1 der 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 educom GmbH aufgrund der in Spruchpunkt 1 festgestellten Verstöße untersagt, das Angebot des Nulltarifs „free e-learning“ 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. educom 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 der VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 und RL (EU) 2018/1972, der darin bestanden hatte, dass educom GmbH die unter Punkt 1 beschriebene Angebotsgestaltung im Geschäftsverkehr Neukunden angeboten hatte, aufgrund der Einstellung der Neuvermarktung spätestens seit dem 31.08.2022 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 educom GmbH (im Folgenden: educom) amtswegig eingeleitet (ON 2). Diesem Verfahren voraus ging ein Verfahren nach Art 5 Abs 2 TSM-VO der RTR-GmbH („Auskunftsverfahren“, GZ: RSON 33/22) zur amtswegigen Ermittlung der konkreten Eigenschaften bzw technischen und/oder kommerziellen Ausgestaltung von Diensten bzw Produkten der educom, die eventuell mit den Bestimmungen der TSM-VO inkompatibel sein könnten (ON 1).

Der Inhalt des Verfahrens zu RSON 33/22 wurde zum Akt des vorliegenden Verfahrens genommen (ON 1) und educom mit Schreiben vom 14.06.2022 (ON 3) erneut zur Kenntnis gebracht.

Mit selbigem Schreiben (ON 3) wurde educom mitgeteilt, dass Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass educom als Anbieter von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 Z 2 TSM-VO gegen Art 3 TSM-VO verstößt. educom 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 (ON 1; ON 3). educom wurde Gelegenheit eingeräumt, bis zum 08.07.2022 zu den Vorhalten Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 08.07.2022 (ON 4) erhob educom ihre rechtliche Argumentation wie in ihren Stellungnahmen vom 28.03.2022 und vom 29.04.2022 im Auskunftsverfahren zu RSON 33/22 zur Gänze zum Vorbringen im gegenständlichen Aufsichtsverfahren und brachte zusammengefasst vor, dass das von ihr angebotene „free e-learning“ zwar die Nutzung bestimmter Bildungsinhalte ermögliche, ohne dass der hierfür anfallende Datenverkehr vom inkludierten Datenvolumen der educom-Mobilfunktarife abgezogen würde, es sich beim Angebot „free e-learning“ jedoch nicht um „Zero-Rating“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH handle und kein Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO vorliege. Insbesondere stelle „free e-learning“ kein kommerzielles Angebot dar und müsse das Grund- und Menschenrecht auf Bildung bei der Prüfung der Zulässigkeit des Produkts seitens der Regulierungsbehörde Berücksichtigung finden. Da keine Vereinbarung mit den Bildungseinrichtungen bestehe, seien auch keine Zahlungen, sonstige Entgelte, Werbemöglichkeiten oder ähnliche Vergütungen vereinbart worden oder erfolgt. Es handle sich bei den Bildungseinrichtungen daher auch nicht um „Partner“ im Sinne der Definition des „Zero-Ratings“. educom habe die Kosten für den Datenverkehr zu den vom free e-learning umfassten Webseiten alleine getragen. Free e-learning diene ausschließlich dem Zweck, bestimmten Gruppen, nämlich Personen in schulischer, universitärer oder beruflicher Ausbildung sowie den Lehrpersonen, kostenlosen Zugang zu digitalen Bildungsangeboten zu ermöglichen. Weiters seien im von der Regulierungsbehörde abgefragten Zeitraum keine Applikationen oder Kategorien von Applikationen unterschiedlich zu anderem Verkehr behandelt worden, sondern ausschließlich einzelne Webseiten.

Die Definition von „Zero-Rating“ habe sich in den BEREC-Leitlinien für die Umsetzung der Verordnung über das offene Internet vom 11.06.2022 im Verhältnis zum Entwurf der genannten Leitlinien vom 15.03.2022 aus Sicht von educom nicht wesentlich geändert. Weiterhin beziehe sich „Zero-Rating“ auf die Nichtberücksichtigung bzw Nichtverrechnung im Rahmen eines generellen Datenlimits. Das Dienste-Angebot von educom sei aber applikationsagnostisch, dh educom wähle keine bestimmten Applikationen oder Kategorien von Applikationen aus, die hinsichtlich der Behandlung des Datenverkehrs bevorzugt behandelt würden. Im Entwurf der BEREC-Leitlinien vom 15.03.2022 würden applikationsagnostische Tarife für eine größere Öffentlichkeit (etwa alle Konsumenten) oder eine bestimmte Gruppe (etwa spezielle Tarife für jüngere Menschen, Schüler, Studierende, Senioren und Menschen mit geringem Einkommen) für zulässig erachtet. Zudem habe die RTR-GmbH in ihrem Netzneutralitätsbericht 2021 auf Seite 29 festgehalten, dass nach Art 3 Abs 2 TSM-VO eine Möglichkeit bestehe, verschiedene Qualitäten anzubieten, solange diese unterschiedlichen Dienstqualitäten applikationsagnostisch angeboten würden. Aus Sicht der RTR solle dies bedeuten, dass Endnutzer die volle Kontrolle darüber haben müssen, welche Anwendungen mit welcher Dienstqualität übertragen werden – etwa durch Konfiguration der Client-Software. Dies setze voraus, dass die Dienstqualität, die bestimmte Anwendungen haben, nicht vom Anbieter von Internetzugangsdiensten ausgewählt werde. Bei educom könnten ganz grundsätzlich nur Bildungsteilnehmer (Schüler, Studierende, Auszubildende, Lehrpersonal) Verträge über Telekommunikationsdienste abschließen und das Angebot richte sich ohnehin nur an eine bestimmte Gruppe von Nutzern und sei auf deren Bedürfnisse zugeschnitten. Durch „free e-learning“ werde die Auswahlmöglichkeit der Nutzer nicht eingeschränkt. Zudem stehe die Teilnahme an der „free e-learning“-Initiative allen Anbietern von Bildungsinhalten offen. Es komme sohin nicht zur Beschränkung der Diensteauswahl durch educom.

Nach Ansicht von educom regelten die BEREC-Leitlinien vom 11.06.2022, dass es bei sogenannten „open zero-rating programmes“, die allen Contentanbietern (Inhalteanbietern) offen stünden, weniger Bedenken hinsichtlich einer potentiellen Beschränkungen der Endnutzerrechte gebe. Wenn man beim konkreten Angebot von educom nun von einem Zero-Rating-Angebot ausginge – was bestritten werde – wäre von der Regulierungsbehörde zu prüfen, ob es sich hierbei um ein offenes Programm handle, wobei diese Prüfung seitens der Telekom-Control-Kommission bis dato nicht ansatzweise erfolgt sei. Wie bereits in bisherigen Stellungnahmen von educom festgehalten, könnten sämtliche Bildungsanbieter am „free e-learning“ partizipieren, ohne dass educom diesbezüglich eine Vorauswahl treffe. Es sei ein gänzlich offenes, für jeden Bildungsinhalteanbieter zugängliches Programm, welches die Rechte der Endnutzer nicht be- oder einschränke und den Zielen der TSM-VO nicht zuwiderlaufe. Sollte die Regulierungsbehörde weiterhin davon ausgehen, dass es sich bei „free e-learning“ um „Zero-Rating“ handle, werde sie im Rahmen eines umfassenden Ermittlungs-, Beweis- und Begutachtungsverfahrens anhand der Vorgaben in den Rz 42-48 der BEREC-Leitlinien zu überprüfen haben, inwieweit es sich bei diesem Angebot um ein sogenanntes „open programme“ handle und – bejahendenfalls – inwieweit dieses offene Programm zu einer Beeinträchtigung der Endnutzerrechte führe, wobei hier die BEREC-Leitlinien diverse Prüfungskriterien enthielten. Insbesondere sei die Offenheit des „Zero-Rating“-Programmes daran zu messen, zu welchen Bedingungen die Content and Application Provider (CAPs) dem Programm beitreten könnten und ob diese Bedingungen fair und angemessen seien. Weiters sei relevant, ob diese Bedingungen öffentlich verfügbar seien. In den BEREC-Leitlinien seien noch weitere Prüfungskriterien für „Zero-Rating“ dargelegt, die darauf abstellten, ob die gleichen technischen und kommerziellen Rahmenbedingungen hinsichtlich der Teilnahme am „Zero-Rating“-Programm bestünden und ob die Teilnahme von der Anzahl der Nutzer oder dem Umsatz der CAPs abhängig sei. Wie bereits in der Stellungnahme im Auskunftsverfahren zu RSON 33/22

ausgeführt wäre, erfülle educom die vorangehend geschilderten Kriterien in einer Weise, welche die Endnutzerrechte nicht beeinträchtigt.

educom wies darauf hin, dass die Rz 43-48 der BEREC-Leitlinien vom 11.06.2022 (weitere) Kriterien regelten, die im konkreten Fall nicht berücksichtigt worden seien. Weiters werde auf Art 1, ErwGr 1 und ErwGr 7 verwiesen. Zudem habe die Regulierungsbehörde auf die Marktposition der betreffenden Dienste- und Inhaltenanbieter Bedacht zu nehmen. Schlussendlich sei eine umfassende Begutachtung der kommerziellen und technischen Bedingungen eines „Zero-Rating“-Programmes vorzunehmen. Hinsichtlich der konkreten Marktstellung der betreffenden Dienste- und Inhaltenanbieter werde in Rz 46 der BEREC-Leitlinien klargestellt, dass eine starke Marktstellung im Verhältnis zu einer schwachen Marktstellung eher geeignet sei, die Endnutzerrechte zu limitieren und dass die Marktposition der betreffenden Anbieter in Übereinstimmung mit wettbewerblichen Prinzipien analysiert werden solle. Eine derartige Analyse sei im Verfahren nicht erfolgt.

Weiters seien in Rz 46 der BEREC-Leitlinien konkrete Kriterien für die Begutachtung von Auswirkungen von „Zero-Rating“-Programmen auf die Endnutzerrechte und die Stellung der CAPs genannt: Auswirkungen auf die Vielfalt von Inhalten und Applikationen, die Endnutzer nutzen können; der Anreiz für Endnutzer, bestimmte Applikationen zu nutzen; die Auswirkungen auf die Vielfalt von Inhalten und Applikationen, die CAPs zur Verfügung stellen; die Auswirkungen auf die Marktstellung der CAPs und die Auswirkungen auf den Wettbewerb am betreffenden Markt.

Im Zusammenhang mit den Prüfungskriterien der Regulierungsbehörde bringt educom vor, dass sie ein kleiner Internetserviceprovider sei, der über keine starke Marktposition oder Marktmacht verfüge, sodass Marktverzerrungen durch das „free e-learning“-Angebot nicht auftreten könnten. Educom biete durch „free e-learning“ keinen Anreiz für die Nutzung bestimmter Applikationen, weil es sich bei den Kunden von educom um Personen handle, die sich in Ausbildung befänden und deshalb bei ihnen von vornherein von einer verstärkten Nutzung von Bildungsinhalten auszugehen sei. educom beeinflusse durch ihr Dienstangebot nicht die Diversität von Inhalten und Applikationen, die von Endnutzern genutzt werden könnten und von CAPs angeboten würden. Auch erschwere educom nicht den Marktzugang von Inhaltenanbietern und das Angebot sei auch keinesfalls geeignet, den Wettbewerb am Markt für Internetzugangsanbieter oder am Markt für Inhaltenanbieter im Allgemeinen oder der Anbieter digitaler Bildungsinhalte zu beeinflussen, zu verfälschen oder sonst irgendwie zu verletzen. Durch „free e-learning“ würde Innovation im Internet nicht verhindert, sondern gefördert. Aus alledem ergebe sich, dass „free e-learning“ nicht gegen die Rechtsvorschriften der EU oder gegen österreichische Vorschriften verstoße. Abschließend wies educom abermals darauf hin, dass die Regulierungsbehörde ihrer Pflicht zur Einzelfallbeurteilung nach den BEREC-Leitlinien noch nicht nachgekommen sei.

Mit Schreiben vom 30.08.2022 (ON 6) wurde educom informiert, dass Produkte der educom, welche Nulltarife inkludieren, gegen Art 3 TSM-VO, insbesondere gegen die Pflicht, den Verkehr ohne Diskriminierung oder Störung gleich zu behandeln, verstoßen. Weiters wurde educom eine Liste mit von ihr angebotenen Internetzugangsdiensten, die als verfahrensrelevant ermittelt worden waren, übermittelt. educom wurde Gelegenheit eingeräumt, bis zum 14.09.2022 eine Stellungnahme zum Vorhalt abzugeben, wobei diese Frist auf Antrag der educom bis zum 28.09.2022 erstreckt wurde. Insbesondere wurde educom aufgefordert, bekanntzugeben, ob die Auflistung aktuell und vollständig alle Bestandskundentarife, die Nulltarife beinhalten, abbildet und gegebenenfalls in der Liste nicht erfasste Tarife und/oder Optionen bezüglich „Nulltarif-

Optionen/klassisches Zero-Rating“ zu beauskunften (ON 6). Zudem wurde educom aufgefordert, bekanntzugeben, ob eine Einstellung der Neuvermarktung von „free e-learning“ erfolgt sei, was ihr Rechtsvertreter bereits am 31.08.2022 in einem Telefonat mit der Regulierungsbehörde dieser gegenüber bestätigte. Am 28.09.2022 erstattete educom eine Stellungnahme, in der sie an ihrem bisherigen Vorbringen festhielt und zudem nochmal mitteilte, dass keine Neuvermarktung von „free e-learning“ erfolge, sich educom dies aber für die Zukunft vorbehalte.

2 Festgestellter Sachverhalt

educom ist Inhaberin einer Allgemeinenehmigung nach §6 TKG 2021. Sie erbringt Kommunikationsdienste, einschließlich Internetzugangsdienste. educoms Angebote von Telekommunikationsdienstleistungen richten sich an Bildungsteilnehmer (Schüler, Lehrer, Studierende, Lehrlinge, Uni-, FH- und PH-Bedienstete).

„free e-learning“ ist ein kostenloser Bestandteil bestehender Mobilfunktarife der educom, welcher seit 11.01.2022 bis auf Widerruf Schülern, Lehrern, Studierenden, Lehrlingen, Universitäts-, FH- und PH-Bediensteten angeboten wird (Anzeige von Vertragsbedingungen für „free e-learning“, RAGB 12/22, ON 1). Bei diesen Mobilfunktarifen handelt es sich um Tarife mit einem Dateninklusionvolumen. Wenn das vertraglich vereinbarte Datenvolumen aufgebraucht ist, erfolgt eine verbrauchsabhängige kostenpflichtige Abrechnung des anfallenden Datenverkehrs.

Das Angebot „free e-learning“ zeichnet sich dadurch aus, dass Daten für die Nutzung der Dienste von teilnehmenden Contentanbietern (Inhalteanbietern) nicht auf das vereinbarte Datenvolumen im Mobilfunkvertrag angerechnet werden. Die Vertragskunden von educom können die Dienste dieser Contentanbieter unbeschränkt nutzen, ohne das vereinbarte inkludierte Datenvolumen im Mobilfunkvertrag auszuschöpfen und dadurch eine verbrauchsabhängige kostenpflichtige Abrechnung des anfallenden Datenverkehrs auszulösen. Wird das inkludierte Datenvolumen durch die Nutzung der übrigen, nicht von „free e-learning“ umfassten Dienste, ausgeschöpft und kommt es infolgedessen zu einer verbrauchsabhängigen kostenpflichtigen Abrechnung des übrigen Datenverkehrs nach Überschreiten des Inklusivdatenvolumens, wird der Datenverkehr für die Nutzung der von „free e-learning“ umfassten Diensten weiterhin nicht verrechnet.

Grundsätzlich können alle Contentanbieter (Inhalteanbieter) von „Bildungsinhalten“ am „free e-learning“-Programm teilnehmen, die die von educom vorgegebenen Voraussetzungen für die Teilnahme erfüllen. Um am „free e-learning“-Programm teilnehmen zu können, werden auf educoms Website unter dem Link <https://www.educom.at/elearning> Contentanbieter von „Bildungsinhalten“ aufgefordert, e-Learning-Services wie Moodle, aber auch private e-learning-Initiativen einzumelden, damit diese von educom für das „free e-learning“-Programm freigeschaltet werden können.

educom hat zudem proaktiv ihr bekannte Bildungseinrichtungen (etwa Technische Universität Wien und Universität für Bodenkultur Wien) und deren Dienste für das „free e-learning“-Programm freigeschaltet. In diesen Fällen war die Ausnahme von der Verrechnung des Datenvolumens mit den betroffenen Bildungseinrichtungen nicht vereinbart.

Neben Bildungsinstitutionen kann jeder mit Bildungsbezug, insbesondere Lehrende, Schüler, Studierende und Eltern über ein Formular auf der Website www.free-elearning.at eine Freischaltung von „Bildungsinhalten“ einmelden. educom prüft mit einer Checkliste die

eingemeldeten Websites und Services, ob diese zu einer anerkannten Bildungseinrichtung gehören, ein digitales Bildungsangebot darstellen und im Rahmen der Lern- und Lehrtätigkeiten für digitale Bildung verwendet werden. Von anerkannten Bildungsträgern (insbesondere öffentlich-rechtliche Träger) werden die Websites und Services, welche die Bildungsinstitution über das Formular oder per Mail einmeldet, de facto immer freigeschaltet. Mit Freischaltung wird der für diese Bildungsinhalte anfallende Datenverkehr bei Nutzung der im Spruch bezeichneten Mobilfunkverträge den Endkunden von educom nicht vom inkludierten Datenvolumen des jeweiligen Mobilfunktarifs abgezogen und nicht verrechnet.

Eine Zahlungsverpflichtung für teilnehmende Contentanbieter ist nicht vorgesehen.

Am 11.01.2022 (RAGB 12/22, ON 1) zeigte educom folgende Vertragsbedingungen bei der Regulierungsbehörde an:

„Jeder Mensch hat das Recht auf freien digitalen Bildungszugang

*Bildung soll für alle leistbar sein. Darum ermöglicht educom, der Bildungsmobilfuncker, allen Schüler*innen, Lehrer*innen, Studierenden, Lehrlingen, Uni-, FH- und PH-Bediensteten, kurzum dem gesamten Bildungsnachwuchs und ihren Ausbilder*innen den kostenlosen Zugang zu e-learning.*

Das bedeutet: e-learning ist bei den educom Tarifpaketen kostenlos (Ausnahme Basico, da es sich um einen Tarif mit Wertkarte handelt ist), alle digitalen Bildungsinhalte werden nicht vom Datenvolumen abgezogen sondern können unbegrenzt in der vollen dem Tarif zugrunde liegenden Bandbreite genutzt werden. (Sofern du mit dem educom Mobilfunknetz verbunden sind, sowie auch keine VPN-Verbindung bzw. sonstige Datentunnelverbindungen nutzt.)

Dazu werden die Domains aller auf www.educom.at/free-elearning einmeldenden Bildungsinstitutionen freigeschaltet, sodass der Datenverkehr von und zur jeweiligen Schule, Uni, FH, PH oder sonstiger staatlich anerkannter Bildungseinrichtung kostenlos ist. Weiters können diese Bildungseinrichtungen auch ihre e-learning Services wie moodle, aber auch private e-learning Initiativen bis zu youtube-channels mit e-learning Inhalten einmelden, damit diese freigeschaltet werden. Nähere Informationen zu den jeweils aktuell teilnehmenden Partnern und zu den berechtigten Bildungsangeboten entnehmen Sie unserer Webseite www.educom.at/free-elearning.

Das für die berechtigten Bildungsdienste nutzbare unlimitierte Datenvolumen gilt ausschließlich im österreichischen educom Netz. Leistungsinhalt von free-elearning ist lediglich die Nichtverrechnung von verbrauchtem Datenvolumen hinsichtlich oben eingemeldeter und akzeptierter Domains und -services. Lizenzkosten für Software, Apps, ist nicht Leistungsgegenstand der Option free-elearning.

Bitte vergewissere dich regelmäßig vor der Nutzung von Bildungsdiensten, welcher Dienst bzw. Bildung-Partner zu diesem Zeitpunkt am Programm free-elearning teilnimmt. Die Auflistung der teilnehmenden Partner wird in regelmäßigen Abständen, in der Regel alle 2 Wochen, aktualisiert. Die teilnehmenden Bildungs-Partner können sich ändern. Eine durchgängige Verfügbarkeit einzelner teilnehmender Bildung-Partner am Programm freeelearning kann nicht garantiert werden. Fällt ein Bildungspartner weg, dann informieren wir dich in geeigneter Form auf der Webseite www.educom.at/free-elearning, um die Transparenz und Nutzungssicherheit des Services zu erhöhen.“

Endkunden von educom konnten vom 11.01.2022 bis spätestens 31.08.2022 den Nulltarif „free e-learning“ als Teil folgender Mobilfunktarife abschließen:

- educom muchisimo,
- educom muchos,
- educom vamos olé,
- educom vamos 5G,
- educom vamos mini,
- educom vamos minisimo,
- educom vamos preisjägeros,
- educom vamos profesores,

wobei sich der Name des jeweiligen Tarifs auf alle Varianten eines Tarifs mit „free e-learning“ (unterschiedliche [limitierte] Datenvolumina, den Zahlungsmodalitäten Postpaid/Prepaid, Monats- und Jahrestarife) bezieht.

Die Vertragsbedingungen für diese Tarife sowie jede Änderung derselben wurden bei der Regulierungsbehörde angezeigt. Die Vertragszusammenfassung für den Tarif „educom vamos preisjägeros“ und für den Tarif „educom vamos profesores“ wurde der Regulierungsbehörde im Rahmen eines Verfahrens nach § 133 TKG 2021 vorgelegt. Sie enthält den Hinweis, dass „free e-learning“ Teil der vertraglichen Leistung darstellt.

Die Option „free e-learning“ ist bei Bestandskunden, die diese Option in Kombination mit einem der genannten Mobilfunktarife im Zeitraum vom 11.01.2022 bis spätestens 31.08.2022 abgeschlossen haben, weiterhin Bestandteil der vertraglichen Leistung. ██████████ Bestandskunden haben laufende Mobilfunkverträge mit der Option „free e-learning“. Neue Vertragsabschlüsse von Tarifen mit „free e-learning“ sind spätestens seit dem 31.08.2022 nicht mehr möglich. educom behält sich vor, Neukunden künftig „free e-learning“ anzubieten.

3 Beweiswürdigung

Der dem Verfahren zu Grunde liegende Sachverhalt ergibt sich aus den im Rahmen der Feststellungen in Klammer angeführten Beweismitteln, insbesondere aus den Endkundenvertragsbedingungen für „free e-learning“ (RAGB 12/22, ON 1), den Datenlieferungen sowie der Stellungnahmen der educom (RSON 33/22, ON 3; RSON 33/22, ON 7; R 15/22, ON 1; R 15/22, ON 4; R 15/22 ON 11) und ist unstrittig. Die im Geschäftsverkehr von educom 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. Zudem übermittelte educom der Regulierungsbehörde die Vertragszusammenfassungen für ausgewählte Tarife und sind diese ebenfalls amtsbekannt.

Die Feststellung, dass educom bei der Nutzung von im Spruchpunkt 1 bezeichneten Nulltarifoptionen dort anfallenden Datenverkehr im Rahmen des jeweiligen Internetzugangsdienstes der im Spruchpunkt 1 bezeichneten Mobilfunktarife der Bestandskunden auch tatsächlich nicht verrechnet, basiert auf der ausdrücklichen Bestätigung von educom (RSON 33/22, ON 3; RSON 33/22, ON 7; R 15/22, ON 1; R 15/22, ON 4; R 15/22 ON 11).

Die Feststellung, dass educom Neukunden „free e-learning“ nicht mehr anbietet, ergibt sich insbesondere aus den Informationen der educom. 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) 20215/2120 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 („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 9.6.2022 (BoR [22] 81) letztmalig aktualisiert.¹ Die

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).

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). 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 ernststen 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 ZI 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) 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. educom 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.

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.

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 „free e-learning“ an Bestandskunden in den im Spruch bezeichneten Mobilfunktarifen führt 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 „free e-learning“ werden Dienste, die keine Dienste von am „free e-learning“ teilnehmenden Contentanbietern sind, diskriminiert. Diese Diskriminierungen sind das Ergebnis der Bevorzugung der Dienste von am „free e-learning“ teilnehmenden Contentanbietern. Im Falle von „free e-learning“ wird der durch die Nutzung der Dienste und Anwendungen von am Programm teilnehmenden Contentanbietern anfallende Datenverkehr nicht auf das Inklusivvolumen des Endnutzers angerechnet und nach Ausschöpfen des Inklusivvolumens (aufgrund der Nutzung des übrigen Datenverkehrs durch den Endkunden) nicht verrechnet, während der für den übrigen Datenverkehr des Internetzugangsdienstes anfallende Datenverkehr in Rechnung gestellt wird.

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 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, das 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 Nulltarifen fehlt es an der notwendigen „Anwendungsagnostik“, 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 Nulltarifen, 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 BEREK-Leitlinien zur Umsetzung der TSM-VO, die aufgrund der jüngsten Entscheidungen des EuGH aktualisiert wurden. Diese Leitlinien 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 educom aufgrund ihrer Produktausgestaltung wie im Spruch angeführt, gegen das Gleichbehandlungsgebot nach Art 3 Abs 3 UAbs 1 TSM-VO verstößt.

Entgegen dem Vorbringen der educom ist es unerheblich, ob die Ungleichbehandlung von Teilen des Datenverkehrs des Internetzugangsdienstes eines Endnutzers aufgrund (schriftlicher) vertraglicher Vereinbarungen seinerseits mit Contentanbietern oder aufgrund tatsächlicher (einseitiger) Vornahme der Ungleichbehandlung durch Nichtverrechnung von durch educom ausgewähltem Datenverkehr erfolgt und ob es sich bei den Anbietern um „Contentpartner“ handelt oder nicht. Im Übrigen begründen die an Bildungsinhalteanbieter gerichtete Aufforderung zur Teilnahme an „free e-learning“ der educom, deren Annahme durch Anmeldung des Contentanbieters sowie die Prüfung und Freischaltung der Inhalte für „free e-learning“ durch educom ohnehin ein Vertragsverhältnis. In jenen Fällen, in denen educom ohne Rücksprache mit den jeweiligen Contentanbietern deren Dienste freigeschaltet hatte, handelt es sich zwar um einseitige Verhaltensweisen von educom; dieser Umstand ändert aber nichts daran, dass ein Anbieter von Internetzugangsdiensten den Datenverkehr nicht ungleich behandeln darf, außer diese Ungleichbehandlung ist aufgrund von Art 3 Abs 3 UAbs 2 oder UAbs 3 erlaubt. Genausowenig dürfte der Anbieter von Internetzugangsdiensten den für die Nutzung seiner eigenen Contentdienste und/oder Kategorien von Diensten im Vergleich zum übrigen Datenverkehr des Internetzugangsdienstes eines Endnutzers bevorzugen. Auch eine Entledigung der eigenen Verpflichtungen zur Einhaltung der Netzneutralität durch Auslagerung von bestimmten Handlungen auf Dritte ist unzulässig, weil deren Handeln als Erfüllungsgehilfen dem Anbieter von Internetzugangsdiensten zuzurechnen ist. educom steuert den gesamten Prozess betreffend „free

e-learning“ und entscheidet eigenständig über die Freischaltung von Inhalten. Dass sie die Einmeldung von Bildungsinhalten Dritten überlässt, derer sie sich wie eines Werkzeugs bedient, ändert nichts an ihrer Pflicht als Anbieter von Internetzugangsdiensten zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs im Rahmen ihrer Dienstleistungen.

Die von educom ins Treffen geführten Forderungen nach einer umfassenden Einzelfallprüfung von „Zero-Rating“-Angeboten nach den BEREC-Leitlinien und das Zitieren von letzteren in der Fassung vor deren Aktualisierung aufgrund oben genannter EuGH-Rsp ist ebenfalls nicht erfolgsversprechend. Nachdem der EuGH – im Gegensatz zu den BEREC-Leitlinien in der alten Fassung – „Nulltarife“ nicht unter Art 3 Abs 2 TSM-VO subsumiert, sondern bei diesen von einem Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO ausgeht, bleibt kein Raum für die Abwägung jener umfassenden Kriterien, die educom im Detail ausführt. Insbesondere ist es unerheblich, ob es sich um offene „Zero-Rating“-Angebote handelt, welche Marktstellung die beteiligten CAPs und der Anbieter von Internetzugangsdiensten haben oder wie die Vertragsbedingungen für Contentpartner ausgestaltet sind. Auch eine Prüfung der Auswirkung des konkreten Angebots auf die Endnutzerrechte nach Art 3 Abs 1 (maßgeblicher Prüfungsbestandteil bei Vereinbarungen und Geschäftspraktiken nach Art 3 Abs 2 TSM-VO) im Einzelfall kann hier – wie oben bereits festgehalten – unterbleiben, zumal es sich bei Verstößen gegen Art 3 Abs 3 UAbs 1 um per se Verstöße handelt.

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 educom 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 Nulltarifen von educom 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 educom angebotenen Nulltarife 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 Nulltarifen binnen bestimmter Frist zur Verfügung, weshalb diese gegenüber educom 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 solchen Nulltarifen 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 Nulltarifen 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 educom ein, wobei educom spätestens zu diesem Zeitpunkt eindeutig bewusst sein musste, dass die Regulierungsbehörde von einem Verstoß der im Spruch genannten Produkte gegen die Vorgaben nach Art 3 TSM-VO ausgeht.

In Bezug auf die Einstellung des Angebots von Nulltarifen 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 Nulltarife aus dem Bestand zu bewerkstelligen. Aus Gründen der Gleichbehandlung und gleicher Wettbewerbschancen der Mitbewerber wurde die Frist bis zum 31.03.2023 gesetzt. Im Übrigen ist auch in Hinblick auf die

Kunden der Nulltarife 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 educom die unter Spruchpunkt 1 beschriebene Angebotsgestaltung im Geschäftsverkehr Neukunden angeboten hatte, aufgrund der Einstellung der Neuvermarktung seit spätestens 31.08.2022 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