



R 3/16-39

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 18.12.2017 im amtswegig eingeleiteten Verfahren R 3/16 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

- 1 Folgende Verstöße der A1 Telekom Austria AG („A1“) gegen die VO (EU) 2015/2120 werden festgestellt:
 - 1.1 A1 bietet im Rahmen ihres Bündelproduktes „A1 TV“ einen Videoabrufdienst (Videostreaming- bzw Video-on-Demand Dienst) an, der von A1 iSd Art 3 Abs 5 VO (EU) 2015/2120 in Form eines anderen Dienstes, der kein Internetzugangsdienst ist und der für bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste oder eine Kombination derselben optimiert ist („Spezialdienst“), erbracht wird. Hinsichtlich dieses Videoabrufdienstes liegt die von Art 3 Abs 5 leg cit geforderte Notwendigkeit einer Optimierung des Dienstes, um den Anforderungen der Inhalte, Anwendungen oder Dienste an ein bestimmtes Qualitätsniveau zu genügen, jedoch nicht vor, wodurch A1 gegen Art 3 Abs 5 leg cit verstößt.
 - 1.2 A1 verstößt durch die in Spruchpunkt 1.1 bezeichnete Handlung auch gegen Art 3 Abs 3 UAbs 1 u 3 VO (EU) 2015/2120, in dem sie durch die unzulässige Optimierung (Priorisierung ggü sonstigem Datenverkehr des Internetzugangs) des Videoabrufdienstes des Bündelproduktes „A1 TV“, den Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten entgegen Art 3 Abs 3 UAbs 1 leg cit ungleich behandelt bzw diskriminiert, indem sie ihren eigenen Videoabrufdienst ohne Rechtfertigung iSd Art 3 Abs 5 leg cit gegenüber allen anderen Diensten, Inhalten oder Anwendungen einer Priorisierung/Optimierung beim Datentransport unterzieht. Hiermit verstößt A1 auch gegen Art 3 Abs 3 UAbs 3 VO (EU) 2015/2120, weil sie durch die unzulässige Priorisierung/Optimierung ihres Videoabrufdienstes gleichzeitig alle anderen Dienste, Inhalte oder Anwendungen verlangsamt, einschränkt, verschlechtert und diskriminiert.

- 1.3** A1 verstößt gegen Art 3 Abs 1 u 2 VO (EU) 2015/2120, indem sie das Recht von Endnutzern Anwendungen und Dienste selbst bereitzustellen, dadurch unzulässig einschränkt, indem sie IP-Verbindungen von Endnutzern, die Privatkundeninternetzugangsdienste von A1 beziehen, nach 24 Stunden Verbindungsdauer automatisch trennt. Hiermit verstößt A1 gleichzeitig auch gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO, da sie mit dieser Praktik jene Dienste bzw Anwendungen, die der Endnutzer selbst bereitstellt, stört.
- 1.4** A1 verstößt gegen Art 3 Abs 1 u 2 VO (EU) 2015/2120, indem sie das Recht von Endnutzern Anwendungen und Dienste selbst bereitzustellen, dadurch unzulässig einschränkt, indem sie jenen Endnutzern, die Internetzugangsdienste über das Mobilnetz der A1 beziehen, eine für das Bereitstellen von Anwendungen und Diensten notwendige (zumindest) dynamisch-öffentliche IPv4-Adresse nur gegen ein zusätzliches (zum Entgelt für den Internetzugangsdienst) Entgelt und nur bei Buchung des Produktes „A1 Mobile Dynamic IP“ zuteilt.
- 2** Gemäß Art 5 Abs 1 VO (EU) 2015/2120 werden A1 aufgrund der in Spruchpunkt 1 festgestellten Verstöße zur Sicherstellung der Einhaltung des Art 3 leg cit folgende notwendigen und geeigneten Maßnahmen vorgeschrieben:

 - 2.1** Hinsichtlich der in den Spruchpunkten 1.1 und 1.2 festgestellten Verstöße wird A1 verpflichtet, binnen einer Frist von drei Jahren ab Zustellung dieses Bescheides die Optimierung (Priorisierung ggü sonstigem Datenverkehr des Internetzugangs) des im Rahmen ihres Bündelproduktes „A1 TV“ erbrachten Videoabrufdienstes (Videostreaming- bzw Video-on-demand Dienstes) zu beenden.
 - 2.2** Hinsichtlich des in Spruchpunkt 1.3 festgestellten Verstoßes wird A1 verpflichtet, binnen sechs Monaten ab Zustellung dieses Bescheides die automatische Trennung von IP-Verbindungen von Endnutzern nach 24 Stunden zu unterlassen und die Verbindungsdauer bis zur automatischen Trennung der IP-Verbindung auf 31 Kalendertage auszuweiten.
 - 2.3** Hinsichtlich des in Spruchpunkt 1.4 festgestellten Verstoßes wird A1 verpflichtet, binnen acht Wochen ab Zustellung dieses Bescheides Endnutzern, die Internetzugangsdienste über A1 beziehen, zumindest auf deren Wunsch eine öffentliche IP-Adresse zuzuteilen, ohne für die Zuweisung einer dynamisch-öffentlichen IP-Adresse ein zusätzliches Entgelt (zusätzlich zum Entgelt für den Internetzugang) zu verrechnen. Bereits eingehobene Entgelte hierfür sind rückwirkend bis 30.04.2016 binnen drei Monaten ab Bescheidzustellung den jeweiligen Endnutzern zurückzuzahlen.
- 3** A1 hat der Regulierungsbehörde über den Fortgang der Umsetzung der Maßnahmen nach Spruchpunkt 2.1 in sechsmonatigem Rhythmus ab Zustellung dieses Bescheides und hinsichtlich der Spruchpunkte 2.2 und 2.3 spätestens nach Ende der Umsetzung zu den angeordneten Maßnahmen zu berichten.
- 4** Die im gegenständlichen Verfahren von A1 Telekom Austria AG gestellten Anträge („Anregungen auf Vorabentscheidungsersuchen“) werden zurückgewiesen.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit 30.04.2016 trat ein Großteil der Bestimmung der Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union (auch „Telecom-Single-Market Verordnung“, kurz „TSM-VO“) in Kraft.

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 10.10.2016 wurde ein Verfahren gemäß Art 5 Abs 1 VO TSM-VO amtswegig eingeleitet (ON 1). Diesem Verfahren voraus ging ein Verfahren nach § 90 Abs 1 Z 2 TKG 2003 („Auskunftsverfahren“, GZ: RSON 30/16, ON 2) der RTR-GmbH zur amtswegigen Ermittlung der konkreten Eigenschaften bzw technischen und / oder kommerziellen Ausgestaltung von Diensten bzw Produkten der A1, die eventuell mit den Bestimmung der TSM-VO inkompatibel sind; dies insbesondere zur Berichtslegung an die Telekom-Control-Kommission als deren Geschäftsstelle. Dabei wurden insbesondere auch die vom Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation („BEREC“) gemäß Art 5 Abs 3 TSM-VO veröffentlichten „BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules“ (BoR (16) 127 (in Folge kurz „Guidelines“) berücksichtigt.

Der Inhalt des Verfahrens RSON 30/16 wurde zum Akt des gegenständlichen Verfahrens genommen und A1 mit Schreiben vom 13.10.2016 im gegenständlichen Verfahren erneut zur Kenntnis gebracht.

Mit selbigem Schreiben (ON 3) wurde A1 aufgefordert, die dort vorgehaltenen mutmaßlichen Verstöße binnen unterschiedlicher Fristen abzustellen. Gleichzeitig wurde A1 Gelegenheit eingeräumt, bis zum 25.11.2016 bzw nach Fristerstreckung bis zum 12.12.2016 eine Stellungnahme zu den Vorhalten abzugeben, welche letztlich am 05.12.2016 einlangte.

A1 brachte in dieser Stellungnahme (ergänzt durch ein Rechtsgutachten, beides ON 6) hinsichtlich der in Spruchpunkt 1.1. bis 1.3 bezeichneten Verstöße im Wesentlichen vor, dass es sich aus ihrer Sicht beim Produkt „A1 TV“ um ein gesamtheitliches Service in Form eines Bündelproduktes handle, dessen Einzeldienste nicht getrennt betrachtet werden könnten. Zur Priorisierung des Datenverkehrs des Produktes „A1 TV“ in ihrem Netz brachte A1 (auszugsweise) wie folgt vor:

„Zur beanstandeten Priorisierung von A1 TV darf A1 informieren, dass die Priorisierung grundsätzlich durch Nutzung der Methode „p-bit Marking“ gemäß der Verkehrsklassifizierung nach IEEE 802.1p erfolgt (siehe auch https://de.wikipedia.org/wiki/IEEE_802.1p, z.B. Video bevorzugt vor „best effort“), welche für den Dienst A1 TV auch auf dem Kunden-Access zum Tragen kommt.

Beim Internetzugangsdienst wirkt die p-bit Klassifizierung der Pakete durch das Networkmanagement hingegen nur im Zugangsnetz bzw. im Internet, wodurch am Access automatisch eine Unterscheidung zwischen TV-Signal und Internet-Traffic erfolgt. Die Übertragung des Signals in einem eigenen VLAN sorgt für keine gesonderte Priorisierung sondern ist u.a. dafür



erforderlich, damit „Nicht-Kunden“ aus dem kostenpflichtigen Service ausgeschlossen werden können und die Steuerung sowohl der Set-Top-Box (STB) selbst als auch der Eingaben über die STB störungsfrei erfolgen können.

Für die Bereitstellung der Funktion ist am Endpunkt beim Kunden eine definierte Mindestqualität erforderlich, ohne die die Signalaufbereitung (gem. ETSI TR 101 290; DVB-Standard) durch die STB nicht möglich ist. Das (lineare) TV-Signal wird als Multicast-Signal übertragen, wodurch die benötigte Bandbreite im Netz bis zum Headend minimiert werden kann und nicht für jeden TV-Kanal je Kunden gesamthaft zur Verfügung stehen muss. Das lineare TV-Signal wird auf Transportlevel (lt. OSI-Modell) mit UDP (User Datagram Protocol) übertragen. Um die von den Qualitätsstandards geforderte Bitfehler-freie Zustellung in Echtzeit zu erreichen, ist vom Headend im Netz bis zur STB beim Kunden u.a. auch eine definierte Bandbreite zwingend erforderlich. Für die Übertragung selbst wird das Verfahren CBR (constant bitrate) eingesetzt, wodurch für ein SD-Signal stetig ca. 3 Mbit/s und für die Übertragung eines HD-Signals ca. 7 Mbit/s je Kanal erforderlich sind. Das „Bandbreitenmanagement“ selbst wirkt aber ausschließlich durch die Nutzung des „p-bit Marking“.

Die jeweils benötigte Bandbreite (SD, HD) am Access wird, solange eine Verbindung der STB zum Service besteht, durch das Verfahren CBR und der Priorisierung durch die p-bit Markierung entsprechend genutzt. [..]

Dazu darf A1 hervorheben, dass A1 TV keine Verbindung zum Internet, sondern ausschließlich eine direkte Verbindung in definierter Qualität (Echtzeit TV-Signal in SD- oder HD-Qualität) zwischen dem Endgerät beim Kunden (STB) und der Service-Plattform herstellt, weshalb auch dieses Kriterium für einen Dienst iSd Art 3 Abs 5 EU-VO erfüllt ist.“

A1 vertritt in der Stellungnahme somit die Ansicht, dass das Produkt „A1 TV“ aufgrund seiner Untrennbarkeit per se die Definition eines Spezialdienstes iSd Art 3 Abs 5 TSM-VO erfülle und daher die Priorisierung des Datenverkehrs sowohl des linearen TV-Dienstes als auch des Videoabrufdienstes im Produktbündel „A1 TV“ in ihrem Netz zulässig sei. In Zusammenhang mit einem möglichen Zeithorizont und den Aufwänden für die notwendigen Änderungen, falls hinsichtlich bestimmter Dienste innerhalb von „A1 TV“ die Priorisierung zu beenden wäre, gab A1 an, 360.000 Stück Set-Top Boxen austauschen zu müssen, was Aufwände von ca 10 Mio Euro mit sich bringen würde und wofür ein Zeitraum von fünf Jahren vorzusehen sei.

Hinsichtlich der automatischen Trennung von IP-Verbindungen nach 24 Stunden führte A1 im Wesentlichen aus, dass diese dem Schutz der Privatsphäre der Endnutzer diene, da diese über ihre IP-Adresse verfolgbar bzw identifizierbar wären. Dies diene insbesondere auch der Erfüllung von aus dem DSGVO 2000 bzw der Datenschutzgrundverordnung entspringenden Pflichten. Darüber hinaus diene die Trennung auch dem Schutz der Endnutzer vor fortgesetzten Angriffen, da im Falle der Trennung auch die IP-Adresse gewechselt werde. Die Trennung sei daher iSd Art 3 Abs 3 lit a und b TSM-VO gerechtfertigt.

Darüber hinaus regte A1 ein Vorabentscheidungsersuchen gem Art 267 AEUV an den EuGH im Hinblick auf bestimmte Auslegungsfragen der TSM-VO an.

In weiterer Folge wurde von der Telekom-Control-Kommission folgender Gutachtensauftrag erteilt:

„Gemäß § 52 AVG werden Dr. Kurt Reichinger, DI Dietmar Zlabinger und Mag. Paul Pisjak zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines Gutachten bis zum 19.06.2017 zu folgendem Thema beauftragt:

Besteht bei der Erbringung eines Videoabrufdienstes (Video on Demand-Dienst) die Notwendigkeit einer technischen Optimierung, um die Anforderungen an die Qualität des Inhalts, der Anwendungen oder des Dienstes oder einer Kombination derselben an ein bestimmtes Qualitätsniveau zu erfüllen, das über das Qualitätsniveau eines Internetzugangsdienstes hinausgeht und damit die Verwendung eines anderen Dienstes, der kein Internetzugangsdienst ist (sog „Spezialdienst“ iSd Art 3 Abs 5 VO (EU) 2015/2120), erfordert? Dabei sind insbesondere auch mögliche Substitutionsverhältnisse zwischen vergleichbaren Videoabrufdiensten zu berücksichtigen.“

Das Gutachten der Amtssachverständigen vom Juni 2017 wurde A1 mit Schreiben vom 28.06.2017 zur Kenntnis- und Stellungnahme übermittelt. Gleichzeitig wurde A1 in diesem Schreiben aufgefordert, den in Spruchpunkt 1.4 bezeichneten Mangel der Verrechnung einer zusätzlichen Gebühr für die Zuteilung dynamisch-öffentlicher IPv4 Adressen an Endnutzer in ihrem Mobilnetz bis 09.08.2017 abzustellen bzw binnen selbiger Frist eine Stellungnahme zu diesem Vorhalt abzugeben. Nach Fristerstreckung erstatte A1 am 07.09.2017 eine Stellungnahme zum og Gutachten der Amtssachverständigen als auch zum Vorhalt iSd Spruchpunktes 1.4. Teil dieser Stellungnahme war erneut ein (zum Vorbringen von A1 erhobenes) Rechtsgutachten von RA Dr. Lukas Feiler und ein Gutachten von Ass.-Prof. Dr. Manfred Bobrowsky mit dem Titel „Ein Wimpernschlag Aufmerksamkeit“ zur Frage der Einheitlichkeit des Qualitätsniveaus des IP-TV Produktes der A1 (alles ON 24). Ass Prof Bobrowsky kommt hierin, nach Untersuchung der Auswirkungen auf die Bildqualität bei Trennung des VoD Dienstes vom linearen TV Dienst innerhalb von A1 TV und Einstellung der priorisierten Übertragung des VoD Dienstes, sowie „Herunterschrauben“ bzw „Filetieren“ des Qualitätsangebots in den genannten drei Bereichen zum Ergebnis, dass dieser Umstand zu Vertrauensverlust, Kundenzufriedenheit, möglichem Kundenverlust bzw Abwanderung zur Konkurrenz führen würde. Da die drei verschiedenen (über A1 TV abrufbaren) Dienste stets im eigenen Wohnbereich konsumiert würden, dh aus der gleichen Set Top Box am gleichen Bildschirm geliefert würden, wäre es für den Kunden unverständlich und unlogisch, wenn die Qualität unterschiedlich wäre. Der Kunde habe sich bereits an die Einheitlichkeit der Qualität gewöhnt. Unterschiedliche Bildqualitäten zwischen den im A1 TV enthaltenen Diensten, hätten ganz wesentliche negative Auswirkungen auf die Kundenzufriedenheit und eine allfällige Beschwerdeanzahl zur Folge.

In rechtlicher Hinsicht brachte A1 (auch im Rahmen eines erneuten Rechtsgutachtens) Folgendes vor: Die Frage des Vorliegens der Eigenschaften eines Spezialdienstes nach Art 3 Abs 5 UAbs 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 dürfe nicht abstrakt beurteilt, sondern müsse anhand des konkreten Dienstes beurteilt werden. Darüber hinaus sei der erteilte Gutachtensauftrag an die Amtssachverständigen mangelhaft. Weiters bringt A1 erneut zur aus ihrer Sicht bestehenden Untrennbarkeit der linearen TV und VoD-Dienst Komponente des Bündelproduktes A1 TV vor. In weiter Folge führt A1 aus, dass eine Anordnung iSd Art 5 Abs 1 TSM-VO zur Abstellung jedenfalls als Eingriff in bestehende Verträge auch ein unzulässiger Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum nach Art 5 StGG und Art 1 1. ZP-MRK darstelle.

Hinsichtlich des Produktes „A1 Mobile Dynamic IP“ bringt A1 vor, dass die TSM-VO in Art 3 Abs 2 anerkenne, das für eine höhere Bandbreite ein zusätzliches Entgelt zu zahlen sei. Es sei daher

zulässig, dass Internetzugangsanbieter bei objektiv kostenintensiveren Varianten des Internetzugangsdienstes ein höheres Entgelt vereinbaren dürfen und bei billigeren Varianten des Internetzugangsdienstes bestimmte Dienste von Nutzern nicht uneingeschränkt angeboten werden können (zB ein Video-Streaming-Server). Diesem Grundsatz folgend sei es daher zulässig, für die Zuweisung einer öffentlichen IPv4-Adresse ein angemessenes zusätzliches Entgelt zu verlangen, sofern sich dieses an den tatsächlichen Kosten des Anbieters orientiert. Bei der Zulässigkeit der Vereinbarung dieses geringfügigen zusätzlichen Entgelts für die Zuweisung einer öffentlichen IPv4-Adresse sei weiters zu berücksichtigen, dass es im vorliegenden Fall keine spürbaren Auswirkungen auf Nutzer gibt, weil die Entgeltregelung nur für Mobilfunkverträge gilt und – vereinfacht gesagt – niemand einen Server auf seinem Handy betreibt. Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass die vorgenommene Network Address Translation (NAT) auch der Sicherheit der Endgeräte der Nutzer dient (vgl Art 3 lit c TSM-VO), weil NAT den Nebeneffekt habe, dass die dahinter befindlichen Geräte vor eingehenden Verbindungsversuchen von Angreifern geschützt sind.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht regte A1 erneut ein Vorabentscheidungsersuchen an und führte weiters aus, dass die Telekom-Control-Kommission für das gegenständliche Verfahren gar nicht zuständig sei.

Weiters beantrage A1 die Abhaltung einer mündlichen Anhörung, die im Rahmen der Sitzung der Telekom-Control-Kommission am 16.10.2017 durchgeführt wurde (Niederschrift ON 27a).

Unter anderem brachte A1 im Rahmen der Anhörung auch vor, dass innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes Produkte auf den jeweiligen Märkten angeboten würden, die dem im gegenständlichen Verfahren thematisierten Produkt „A1 TV“ in Art und Ausgestaltung ähneln. Mit Schreiben vom 18.10.2017 wurde A1 aufgefordert, diese Angaben zu konkretisieren. Mit Stellungnahme vom 25.10.2017 gab A1 an, dass ihrer Meinung nach in Deutschland, UK, Dänemark, in den Niederlanden und in der Schweiz von ISPs vergleichbare Produkte erbracht würden, die auch eine Priorisierung beinhalten würden.

Mit 14.11.2017 wurde A1 die Niederschrift der mündlichen Anhörung zur Kenntnis- und Stellungnahme bzw hinsichtlich eventueller Ergänzungen (§ 14 Abs 3 AVG) zugestellt. A1 brachte hierzu keine Anmerkungen oder Ergänzungen ein. Mit Schreiben vom 04.12.2017 wurden der A1 weitere Aktenbestanteile (ON 33 – 35) zur Kenntnisnahme übermittelt.

2 Festgestellter Sachverhalt

2.1 Allgemeines

A1 ist Inhaberin einer Bestätigung nach § 15 TKG 2003, und betreibt ein Kommunikationsnetz (Festnetz und Mobilfunk) und bietet Kommunikationsdienste an. A1 bietet sowohl über das von ihr betriebene ortsfeste Kommunikationsnetz (Festnetz) als auch über das von ihre betriebene Mobilfunknetz Internetzugangsdienste (engl: „Internet Access Service“, in Folge kurz „IAS“) an bzw tritt als Internet Service Provider (ISP) auf. A1 bietet verschiedene Festnetz-Internetzugangsdienste über DSL-Technologie an, hinsichtlich derer mit den Teilnehmern je nach vereinbarter Leistungsbeschreibung eine bestimmte maximale („bis zu“) tarifliche Bandbreite vereinbart wird.

2.2 Zum Produkt „A1 TV“ im Konkreten

2.2.1 Allgemeines zum Produkt „A1 TV“

A1 bietet in Kombination mit diesen Festnetz-Internetzugangsdiensten das Produktbündel „A1 TV“ an, das im Wesentlichen aus zwei Einzeldiensten besteht: Einem linearen live-TV Dienst zur Verbreitung von Rundfunksignalen (Multicast) und einem Videoabrufdienst (Video-on-Demand Dienst bzw. „Catch-Up“ TV Dienst und Videothek, GA Ass Prof Bobrowsky ON 24 S 2). Die Vertragsbedingungen für dieses Produkt sind in den auf der Website der A1 veröffentlichten Leistungsbeschreibungen und Engeltbestimmungen „A1 TV“, „A1 TV Plus“, „A1 TV Zusatzoptionen“ zu entnehmen (ON 30). Das Bündelprodukt „A1 TV“ entspricht für sich genommen nicht der Definition eines Internetzugangsdienstes iSV Art 2 Abs 2 TSM-VO und stellt selbst keine Internetzugangsdienstleistungen bereit.

Eine konkrete Zusage bzw. Garantie einer bestimmten Qualität des über „A1 TV“ gelieferten Bildes bzw. der gelieferten Bildauflösung (TV oder VoD) in den bezughabenden Entgeltbestimmungen bzw. Leistungsbeschreibungen (ON 30) konnte nicht festgestellt werden.

2.2.2 Konkrete Technische Ausgestaltung des Produkts „A1 TV“

Zur technischen Realisierung des Produktes „A1 TV“ bzw. zur Priorisierung/Optimierung des Datenverkehrs dieses Bündeldienstes beim Datentransport über den IAS kann Folgendes festgestellt werden:

2.2.2.1 Erbringung des (linearen) live-IP-TV Dienstes innerhalb „A1 TV“

Die Priorisierung erfolgt grundsätzlich durch Nutzung der Methode „p-bit Marking“ gemäß der Verkehrsklassifizierung nach IEEE 802.1p, welche für den Dienst „A1 TV“ auch auf dem Internetzugangsdienst des Kunden zum Tragen kommt.

Beim Internetzugangsdienst wirkt die p-bit Klassifizierung der Pakete durch das Netzwerkmanagement hingegen nur im Zugangsnetz bzw. im Internet, wodurch am Access automatisch eine Unterscheidung zwischen TV-Signal und Internet-Traffic erfolgt. Die Übertragung des Signals in einem eigenen VLAN sorgt für keine gesonderte Priorisierung, sondern ist dafür erforderlich, damit „Nicht-Kunden“ aus dem kostenpflichtigen Service ausgeschlossen werden können und die Steuerung sowohl der Set-Top-Box (STB) selbst als auch der Eingaben über die STB störungsfrei erfolgen kann.

Für die Bereitstellung der Funktion ist am Endpunkt beim Kunden eine definierte Mindestqualität erforderlich, ohne die die Signalaufbereitung (gem. ETSI TR 101 290; DVB-Standard) durch die STB nicht möglich ist. Das (lineare) TV-Signal wird als Multicast-Signal (Punkt-zu-Multipunkt) übertragen, wodurch die benötigte Bandbreite im Netz bis zum Headend minimiert werden kann und nicht für jeden TV-Kanal je Kunden gesamthaft zur Verfügung stehen muss. Das lineare TV-Signal wird auf Transportlevel mit dem User Datagram Protocol (UDP) übertragen. Um die von den Qualitätsstandards geforderte Bitfehler-freie Zustellung in Echtzeit zu erreichen, ist vom Headend im Netz bis zur STB beim Kunden ua auch eine definierte Bandbreite zwingend erforderlich. Für die Übertragung selbst wird das Verfahren CBR (constant bitrate) eingesetzt, wodurch für ein SD-Signal stetig ca 3 Mbit/s und für die Übertragung eines HD-Signals ca 7 Mbit/s

je Kanal erforderlich sind. Das „Bandbreitenmanagement“ selbst wirkt aber ausschließlich durch die Nutzung des „p-bit Marking“.

Die jeweils benötigte Bandbreite (SD, HD) am Access wird, solange eine Verbindung der STB zum Service besteht, durch das Verfahren CBR und der Priorisierung durch die p-bit Markierung entsprechend genutzt (ST A1 ON 6 S 7).

2.2.2.2 Erbringung des VoD Dienstes innerhalb „A1 TV“

Die Aufbereitung des Video-Signals für VoD-Dienste (ITU-T Rec. H.264, MPEG4 Format) erfolgt auf der gleichen Hardware beim Kunden (Set-Top-Box) und es werden auch die gleichen Übertragungs- und Komprimierungstechnologien (Constant bit rate) wie bei linearem Fernsehen eingesetzt, wobei das VoD Signal lediglich als Unicast (Punkt-zu-Punkt) übertragen wird. Die zur Übertragung notwendige Bandbreite beträgt ebenfalls 3 Mbit/s für Standardqualität (SD) und für die Übertragung eines HD-Signals 7 Mbit/s. Ist keine ausreichende Bandbreite vorhanden, so könnte das UDP Signal aufgrund der (protokollbedingt) fehlenden Korrekturmöglichkeiten durch die gegenseitige Beeinflussung von allen anderen Streams mit TCP ohne Priorisierung permanent gestört werden. A1 führt hierzu wörtlich wie folgt aus (ST A1 ON 6 S 8):

„Ist keine ausreichende Bandbreite vorhanden und wird das VoD-Signal mit UDP ohne Priorisierung im gleichen Netz mit Streams über TCP (Transmission Control Protocol) übertragen, so wird das UDP Signal aufgrund der fehlenden Korrekturen durch die gegenseitige Beeinflussung von allen anderen Streams mit TCP permanent gestört. Im Gegenzug können TCP-Streams bei Problemen diese durch die Möglichkeit zur Fehlerkorrektur oder einer Qualitätsminderung ausgleichen. Durch die Anwendung von UDP und einer potentiellen Nutzung auch auf Anschlüssen mit nur geringer Access-Bandbreite, kann die Qualität des VoD-Signals daher nur durch die Priorisierung der erforderlichen Bandbreite sichergestellt werden.“

2.2.3 Produktspezifika von „A1 TV“

A1 erbringt über die von ihr angebotenen Festnetz-Internetzugangsdienste (DSL) bzw in Kombination mit diesen das Bündelprodukt „A1 TV“, das aus zwei technisch grundsätzlich trennbaren Einzeldiensten besteht. Zum einen ist dies ein (linearer) live IP-TV Dienst, der der isosynchronen Wiedergabe von verschiedenen live TV Sendern dient und bei dem kein Wiedergabeeinfluss des Nutzers gegeben ist. Der Nutzer kann daher immer nur das gerade live transportierte Fernsehbild sehen. Zum anderen besteht „A1 TV“ aus einem Videoabrufdienst in Form sog „catch-up TV“, bei dem die Fernsehprogramme an zentraler Stelle im Netz von A1 parallel zur live-Ausstrahlung aufgezeichnet werden und auf Anfrage der Nutzer als Videoabrufdienst abrufbar gemacht werden. Für den Nutzer bietet dies die Möglichkeit das Fernsehprogramm „anzuhalten“ bzw „einzufrieren“ und nach einer beliebigen Pause (nicht mehr live) als Videostream wiederzugeben, wobei die Möglichkeit besteht, wieder zum (linearen) live-TV Programm zu wechseln. Auch bietet dieser Videoabrufdienst die Möglichkeit „versäumte“ TV Sendungen eines gewissen Zeitraums als Video-on-Demand abzurufen und somit „nachzusehen“. Die gleiche Videoabruf-Funktionalität steht hinter einer über selbigen Dienst von A1 erbrachten Online-Videothek, in der Filme bzw Serien als Video-on-Demand abgerufen werden können (ST A1 ON 6, GA Ass Prof Bobrowsky ON 24 S 2). In technischer Hinsicht ist daher festzustellen, dass nur die Funktionalität des live-Fernsehens über einen linearen live IP-TV Dienst (Multicast) bewerkstelligt wird; alle anderen Funktionalitäten von „A1 TV“ („catch-up TV“, Videorecorder,

„Nachholen“ des Fernsehprogramms der letzten sieben Tage, Online-Videothek uam) werden technisch über einen Videoabrufdienst (Unicast) realisiert.

A1 priorisiert (optimiert) die Datenübertragung des Bündelproduktes „A1 TV“, wie in Punkt 2.2.2.1 festgestellt, per p-bit Markierung in ihrem Netz ggü anderen Diensten, Anwendungen oder Inhalten, indem von der Set-Top-Box für die in A1 TV enthaltenen Dienste auf dem Internetzugangsdienst des Kunden die notwendige Bandbreite exklusiv reserviert wird und diese für den „normalen“ Internetzugang nicht mehr zur Verfügung steht. Diese Priorisierung bleibt für die Dauer der Verbindung der Set-Top-Box zum „A1 TV“ Service bestehen. A1 unterscheidet dabei nicht zwischen den Einzeldiensten (lineares) live-TV und dem Videoabrufdienst („catch-up-TV“ bzw VoD); die Priorisierung wirkt auf beide Dienste.

Dass das Anbot des Bündelproduktes „A1 TV“ durch A1 zu Nachteilen in der Verfügbarkeit bzw der allgemeinen Qualität von Internet-Zugangsdiensten in ihrer Gesamtheit geführt hat oder A1 keine ausreichende Netzkapazität für das Produkt „A1 TV“, zusätzlich zu ihren Internetzugangsdiensten, bereitstellen kann, konnte nicht festgestellt werden. Weiters konnte nicht festgestellt werden, dass das Produkt „A1 TV“ als Ersatz für Internetzugangsdienste dienen kann.

2.2.4 Technische Aspekte von Videoabrufdiensten

2.2.4.1 Allgemeine technische Aspekte von Videoabrufdiensten - Qualitätsaspekte

Der Begriff „Video“ ist grundsätzlich als Bewegtbild und gegebenenfalls als Ton zu verstehen. Für die Klassifizierung als Video ist dessen genaue technische Ausprägung zunächst irrelevant, also zB ob das Video in Farbe oder in Schwarzweiß, ob stereo- oder monoskopisch, ob mit geringer oder mit hoher Auflösung wiedergegeben wird.

Der Begriff „Videoabrufdienst“ ist so zu interpretieren, dass ein Nutzer A (bspw der Anbieter eines Videoabrufdienstes) einem anderen Nutzer B (zB ein Endkunde des Anbieters des Videoabrufdienstes) ein Video (eine Video-Datei) zum Abruf über eine Datenverbindung bereitstellt. Das Ergebnis des Abrufs ist, dass der Endnutzer B das Video konsumieren kann. Beim Abruf über einen IAS kommen idR die Verfahren „Streaming“ oder (seltener) „progressive Download“ zur Anwendung.

Streaming bezeichnet die gleichzeitige Übertragung und Wiedergabe von Video- und Audiodaten über ein Netzwerk. Den Vorgang der Datenübertragung selbst nennt man Streaming und übertragene („gestreamte“) Programme werden als Livestream oder kurz Stream bezeichnet. Im Gegensatz zum Herunterladen („Download“) ist das Ziel beim Streaming nicht, eine Kopie der Medien beim Nutzer anzulegen, sondern die Medien direkt auszugeben, anschließend werden die Daten verworfen.

Ein Progressive Download („progressives Herunterladen“) ist die Übertragung digitaler Mediendateien von einem Server zu einem Client. Typischerweise wird das HTTP-Protokoll benutzt, wenn die Übertragung von einem Computer aus angestoßen wird. Der Benutzer kann bereits mit der Wiedergabe beginnen, bevor die Mediendatei vollständig heruntergeladen worden ist. Der entscheidende Unterschied zwischen Streaming und einem Progressive Download von Mediendateien besteht darin, wie die digitale Mediendatei empfangen und durch das Gerät des Endbenutzers gespeichert wird.

Letztlich ist es für die Klassifizierung als Abrufdienst unwesentlich, ob der Nutzer B das Video dauerhaft speichern kann oder möchte, ob die Wiedergabe des Videos unmittelbar nach Start der Übertragung oder erst zu einem späteren Zeitpunkt (ggf mit Ende der Übertragung) stattfindet. Wesentlich dabei ist, dass es sich beim Videoabrufdienst um einen Dienst handelt, bei dem der Nutzer bestimmt, welchen Inhalt er zu welchem Zeitpunkt abrufen.

Der Begriff „Qualität des Videoabrufdienstes“ kann in vielen unterschiedlichen Dimensionen betrachtet werden:

- Umfang des Angebots
- Vom Angebot umfasstes Genre (Spielfilme, Serien, Dokumentationen etc)
- Blockbuster vs „B-Filme“
- Übersichtlichkeit/Verständlichkeit der Navigation
- Zeitliche Verfügbarkeit (Ausfallswahrscheinlichkeit)
- Bildformat, Bildauflösung, Mehrsprachigkeit, Mono/Mehrkanalton
- Bildausfälle, Bildstörungen, Tinstörungen, Tonausfälle
- Unterbrechungen, Klötzchenbildung

Unter Video-on-Demand werden in Folge Videos auf Abruf verstanden, welche die oa Voraussetzungen erfüllen und über Online-Dienste heruntergeladen oder gestreamt werden können. Zu den kommerziellen Varianten von Video-on-Demand (VoD) zählen Subscription-Video-on-Demand (SVoD) und Transactional-Video-on-Demand (TVoD). Bei SVoD-Angeboten kann der Nutzer über ein Abonnement innerhalb eines festgelegten Zeitraums Videos per Streaming abrufen. Werden Videos nach der tatsächlichen Nutzung abgerechnet, so handelt es sich um TVoD.

Inhaltliche Qualitätsbetrachtungen sind für die Beurteilung jedoch nur insofern relevant, als mit ihnen andere technische Anforderungen einhergehen. Ein Qualitätsvergleich findet damit lediglich zwischen der am Standort des Anbieters wahrnehmbaren (verfügbaren) Qualität und der beim Endkunden wahrnehmbaren Qualität statt.

Der Begriff der „technischen Optimierung“ ist in technischer Hinsicht auf den Übertragungsweg zu beziehen. Ein Anbieter kann zwar entscheiden, ein Video mit dem Kodierungsverfahren H.265 zu encodieren, während ein anderer Anbieter mit H.264 encodiert, dies ist prima facie für die Beantwortung der Notwendigkeit der technischen Optimierung jedoch irrelevant.

Die technische Optimierung ist dabei iaR in Form einer Priorisierung bzw Bevorzugung des Datenverkehrs der zu optimierenden Anwendung, Inhalte oder Dienste zu verstehen. Hierzu zählen also jene Formen der Optimierung, die in Art 3 Abs 3 TSM-VO in negativer Form erwähnt werden, also Blockieren, Verlangsamen, Verändern, Einschränken, Stören, Verschlechtern oder Diskriminieren von Anwendungen. Im Falle von Knappheit können sich Ressourcen wie „kommunizierende Gefäße“ verhalten, dh eine positive Diskriminierung einer Anwendung (Priorisierung) ist idR mit einer negativen Diskriminierung einer anderen Anwendung verbunden.

Der Begriff „Qualitätsniveau eines Internetzugangsdienstes“ ist auf die notwendige Qualität für die Erbringung eines Videoabrufdienstes zu beziehen. Als Internetzugangsdienst wird ein in Übereinstimmung mit der TSM-VO betriebener Dienst verstanden, also ein Dienst der als „best-effort“ Service verstanden wird, bei dem grundsätzlich keine Bevorzugung von bestimmtem

Datenverkehr erfolgt, sondern alle Datenpakete grundsätzlich gleichberechtigt übertragen werden (GA ON 14, S 5f).

2.2.4.2 Möglichkeiten der technischen Erbringung eines Videoabrufdienstes

Möchte man Daten (wie zB ein Video) elektronisch von einem Ort A an einen Ort B übertragen, so muss der Übertragungskanal zwischen A und B den mit der Anwendung in Zusammenhang stehenden Anforderungen genügen. Unterschiedliche Auflösungen, rasche Schnittfolgen, verschiedene Bildqualitäten und Kodierverfahren benötigen dabei unterschiedliche Videobandbreiten.

Erfüllt der Übertragungskanal die an ihn gestellten Anforderungen nicht, so kann die Videodatei nicht mit der zuvor definierten Qualität übertragen werden: So können bspw Übertragungsfehler zu Artefakten führen oder können zu geringe Bandbreiten zu längeren Pufferzeiten oder zu Unterbrechungen führen. Im schlimmsten Fall – wenn die Verbindung unterbrochen wird und eine Wiederherstellung nicht gelingt – kann der Dienst überhaupt nicht erbracht werden.

Möchte ein Anbieter von Videoabrufdiensten sicherstellen, dass die Anforderungen der Anwendung und die Möglichkeiten des Übertragungskanals in Einklang stehen, so bieten sich aus technischer Sicht grundsätzlich zwei Möglichkeiten:

- Keine Anpassung der Anwendung an den Übertragungskanal
- Anpassung der Anwendung an den Übertragungskanal

Betrachtet man die erste Möglichkeit, dass also keine Anpassung der Anwendung an den Übertragungskanal stattfindet, so können mehrere Varianten in Betracht gezogen werden um den Videoabrufdienst optimal zur Verfügung zu stellen. Das bedeutet, dass man den Übertragungskanal in seinen Übertragungseigenschaften möglichst stabil zu halten versucht, da die Anwendung selbst auf Veränderungen des Übertragungskanals eben nicht reagieren kann. In Frage kommen bspw folgende Möglichkeiten:

- Nutzung eines eigenen, physisch getrennten Zugangsnetzes für den Videoabrufdienst: diese Variante entspricht der technischen Lösung bei klassischer Rundfunkverteilung, bspw den (historischen) Kabel-TV-Verteilnetzen, die ursprünglich ausschließlich zu Zwecken der Verteilung von TV-Signalen konzipiert und errichtet wurden.
- Reservierung von dedizierter Übertragungskapazität auf einem physischen Zugangsnetz, das auch von anderen Anwendungen genutzt wird: diese Variante entspricht bspw den Zugangsnetzen der Kabel-TV-Anbieter, wie sie heute in Verwendung stehen, nämlich als universelles Zugangsnetz für unterschiedliche Dienste wie TV, Video on Demand (VoD), Radio, Internetzugang und Telefonie, für die jeweils dedizierte Kapazitäten geschaffen werden können, beispielsweise indem bestimmte Frequenzbereiche (Kanäle) einzelnen Anwendungen zugeordnet werden. Der grundsätzlich selbe Zugang, freilich vor dem Hintergrund anderer technischer Notwendigkeiten wird bspw auch von A1 (vgl Punkt 2.2.3) für den zu in Rede Videoabrufdienst insofern genutzt, als dort eine dedizierte Übertragungskapazität auf der Teilnehmeranschlussleitung (bzw am verwendeten Breitband-DSL-System) zur Verfügung gestellt wird (GA ON 14, S 8f, ST A1 ON 6 S 7).

Betrachtet man die zweite Möglichkeit, nämlich die Anpassung der Anwendung an den Übertragungskanal, so handelt es sich um eine prinzipiell andere Herangehensweise, da der

Übertragungskanal in seinen Eigenschaften als gegeben betrachtet wird und die Anwendung mit technischen Methoden insofern darauf reagiert, als die zu übertragenden Daten (bzw. der Datenstrom) – den jeweils am Übertragungskanal auftretenden Verhältnissen entsprechend – adaptiert werden.

- Einsatz hochwertiger Codierungs- und Komprimierungsverfahren: Mit diesen Methoden wird angestrebt, dass die Anwendung auch mit niedrigen Bitraten genutzt werden kann und möglichst tolerant und robust gegenüber den wechselnden Bedingungen am Übertragungskanal ist.
- Einsatz adaptiver Technologien: Die Verwendung eines einzelnen Komprimierungsverfahrens wie die Verwendung einer festen Bitrate ist aus technischer Sicht suboptimal bzw ineffizient. Unterschiedliche Bildinhalte können unterschiedlich effizient komprimiert werden und benötigen damit bei gleicher Qualität unterschiedlich hohe Bitraten (zB benötigen Cartoons aufgrund geringen Bildrauschens und großer homogener Flächen mit geringer Bewegung eine deutlich geringere Bitrate als schnell geschnittene Action-Szenen). Je nach freier Wahl des Endgeräts können höhere Bitraten eine Verbesserung der Bildqualität bewirken oder auch nicht. Nicht zuletzt haben Endkunden deutlich unterschiedlich leistungsfähige Breitbandzugänge. Eine „one-fits-for-all“-Lösung würde bei breitbandigen Anschlüssen zu einer unnötig schlechten Übertragungsqualität führen – zB HD Auflösung obwohl UHD (Ultra-High-Density, auch „4K“) möglich wäre. Adaptive Übertragungstechnologien sorgen also dafür, dass mit minimalen Ressourcen (am Übertragungskanal) eine optimierte Übertragungsqualität für die Anwendung geschaffen werden kann.

2.2.4.3 Stand der Technik bei adaptiven Technologien

Ein Videoabrufdienst der einfachsten Art würde ein Video lediglich als eine Datei mit einer vordefinierten Qualität bereitstellen. Beim Abruf würde dieses Video über den Zugangsdienst übertragen werden. Derartige, in der Vergangenheit zum Einsatz gebrachte, technisch einfache Lösungen verwenden dazu RTP (Real-Time Transport Protocol), ein auf UDP (User Datagram Protocol) aufbauendes Übertragungsprotokoll. Heute wird fast ausschließlich HTTPS zur Übertragung eingesetzt. Letzteres Protokoll hat mehrere Vorteile (zB bessere Unterstützung bei Firewalls), insbesondere aber ermöglicht es die verfügbare Bandbreite zu erkennen und bildet damit eine Grundlage für adaptives Streaming bei dem die Bandbreite (und weitere Übertragungsparameter) an die Rahmenbedingungen angepasst wird.

Das Ergebnis einer damit optimierten Lösung ist, dass mit sehr kurzen Pufferzeiten ein schneller Start der Wiedergabe in hoher Qualität ermöglicht wird, sowohl bei schnellen wie auch bei langsamen Verbindungen. Videos werden beim Anbieter in unterschiedlichen Qualitäten/Formaten bereitgehalten. Während der Wiedergabe wird laufend die Bandbreite des Übertragungskanals kontrolliert (anhand der Rückmeldungen des Clients bzw der Auslastung des Servers). Das Video wird vom Client nicht als eine „große Datei“ abgerufen, sondern in vielen kleinen Segmenten (sog „Chunks“). Mit jedem Chunk kann die Qualität an geänderte Verhältnisse am Übertragungskanal angepasst werden. Bei sehr guter Anbindung (zB hochbitratiger Glasfaseranschluss) wird die Auswahl eher statisch und vor allem durch die Anforderungen/Möglichkeiten der Endgeräte (Fire TV, Chromecast, Apple TV, Smartphone, Tablet, etc) definiert sein, bei stark variablen Verhältnissen (zB Mobilfunkanbindung während einer Zugfahrt) hingegen wesentlich durch die Eigenschaften der Anbindung.

Einzelne Anbieter gehen dabei so weit, dass sie für jeden einzelnen Filmtitel die jeweils optimalen Bandbreiteneinstellungen festlegen.

2.2.5 Zu der von A1 gewählten technischen Realisierung von A1 TV

A1 beschreibt in ihren Angaben zu A1 TV das konkrete von ihr gewählte technische Setting für die Erbringung des Bündeldienstes A1 TV. Aus der Wahl dieser technischen Realisierung durch A1 ergeben sich einhergehende Randbedingungen (bzw. Einschränkungen) technischer Natur.

Von den in Punkt 2.2.4.2 festgestellten Möglichkeiten zur Erbringung eines Videoabrufdienstes wendet A1 die Variante „Keine Anpassung der Anwendung an den Übertragungskanal“ an und stellt das Funktionieren des Videoabrufdienstes durch Priorisierung dessen Datenverkehrs sicher.

In diesem Zusammenhang kann in technischer Hinsicht festgestellt werden, dass die Anwendung anderer Übertragungsprotokolle (wie zB TCP) oder die Verwendung von Methoden mit adaptiver Datenrate – beides bei gleichzeitigem Entfall der Bandbreitenreservierung (Priorisierung) – für A1 technisch realisierbar, wenngleich dies auch mit Aufwänden hinsichtlich der technisch notwendigen Änderungen verbunden wäre. Die derzeitige Notwendigkeit einer Optimierung dieses Videoabrufdienstes ist jedoch nicht in technisch-objektiver Hinsicht gegeben, sondern ist letztlich nur der von A1 selbst gewählten technischen Lösung in ihrem Netz geschuldet.

Dass die Beendigung der Priorisierung des Videoabrufdienstes innerhalb von „A1 TV“ bei der Datenübertragung zwangsläufig zu einer für den Kunden spürbaren Verschlechterung der über diesen Videoabrufdienst ausgegebenen Bild- bzw. Videoqualität führt, kann nicht festgestellt werden.

2.2.6 Kommerzieller Produktumfang von „A1 TV“

„A1 TV“ kann nur in Verbindung (also gebündelt) mit einem Festnetz-Internet Anschluss der A1 bezogen werden (sog. Pure Bundling). „A1 TV“ gibt es demnach als Kombi-Produkt mit Internetanschlüssen unterschiedlicher Bandbreiten (vgl. Abbildung 1); die kleinste Bandbreite beträgt 10 Mbit/s (downstream, Stand Juni 2017) und umfasst bereits den Zugang zu HD Sendern.

150	80	40	20	10
150 Mbit/s A1 TV Kombi mit Festnetz-Technologie	80 Mbit/s A1 TV Kombi mit Festnetz-Technologie	40 Mbit/s A1 TV Kombi mit Festnetz-Technologie Bestseller	20 Mbit/s A1 TV Kombi Plus mit Festnetz-Technologie	10 Mbit/s A1 TV Kombi mit Festnetz-Technologie
€ 66,80 /Monat 1. Monat € 19,90 2.-3. Monat € 26,80 Preise zzgl. A1 Mediabox	€ 51,80 /Monat 1. Monat € 19,90 2.-3. Monat € 26,80 Preise zzgl. A1 Mediabox	€ 34,90 /Monat zzgl. A1 Mediabox	€ 29,90 /Monat zzgl. A1 Mediabox	€ 29,80 /Monat 1. Monat € 22,90 Preise zzgl. A1 Mediabox
Prüfen & bestellen >	Prüfen & bestellen >	Prüfen & bestellen >	Prüfen & bestellen >	Prüfen & bestellen >
bis 150 Mbit/s Download bis 20 Mbit/s Upload Geschwindigkeit	bis 80 Mbit/s Download bis 15 Mbit/s Upload Geschwindigkeit	bis 40 Mbit/s Download bis 10 Mbit/s Upload Geschwindigkeit	bis 20 Mbit/s Download bis 5 Mbit/s Upload Geschwindigkeit	bis 10 Mbit/s Download bis 0,9 Mbit/s Upload Geschwindigkeit
unlimitiert Datenvolumen	unlimitiert Datenvolumen	unlimitiert Datenvolumen	unlimitiert Datenvolumen	unlimitiert Datenvolumen
150 Sender 40 davon in HD Senderliste A1 TV Plus TV	150 Sender 40 davon in HD Senderliste A1 TV Plus TV	150 Sender 40 davon in HD Senderliste A1 TV Plus TV	150 Sender 40 davon in HD Senderliste A1 TV Plus TV	150 Sender 40 davon in HD Senderliste A1 TV Plus TV
+ Inkludierte Zusatzservices				
<small>Alle Preise in € inkl. USt.; zzgl. Internet-Service-Pauschale € 15,-/Jahr. Herstellungsentgelt € 19,90 (statt € 167,-) bei Selbstinstallation oder bei erforderlichem Technikeinsatz. Preise inkl. A1 Mediabox € 2,90 (ab 1.8.2017 € 3,90) pro Monat.</small>				

Abbildung 1: Angebot von "A1 TV" (www.a1.net)

Das Bündelprodukt „A1 TV“ wird von A1 mit folgenden Komponenten angeboten

 <p>150 Sender, 40 davon in HD Fernseh-Vergnügen mit Sendern wie ORF, ATV, Puls4, ProSieben, Sat.1, DMAX, Eurosport1 u.v.m. Zur Senderliste</p>	 <p>7 Tage Fernsehen nachholen Mit A1 View Control sehen Sie alle Sendungen der letzten 7 Tage, halten Live-TV bis zu 1 Stunde an und nehmen Filme auf - mit 10 Stunden Speicherplatz.</p>
 <p>Mehr Unterhaltung in Ihrer Videothek Über 7.500 Filme und Serien. Jederzeit abrufbar in der A1 Videothek. Sehen Sie jeden "ausgeliehenen" Film 48 Stunden lang - so oft sie wollen. Der 1. Film Ihrer Wahl kostet nur 1 Cent. Infos zur A1 Videothek</p>	 <p>TV zuhause am Tablet & Smartphone Mit der A1 TV App sehen Sie zuhause über Ihr WLAN 40 Top TV-Sender. Damit steuern Sie Ihren Fernseher, zappen durch das Programm und legen Ihre persönliche Senderliste an.</p>
 <p>Unlimitierter Sport Die Sender Eurosport 1 und LAOLA1.tv sind bei A1 TV inklusive. Noch zu wenig? Für noch mehr Sport bestellen Sie Premium TV oder Sky bei A1.</p>	 <p>Zusatzoptionen Noch mehr Sendervielfalt, mehr HD-Brillanz, mehr Serien - die gewünschten Zusatzoptionen aktivieren Sie direkt über Ihre Fernbedienung.</p>

Alle Preise in € inkl. USt.; zzgl. Internet-Service Pauschale € 15,-/Jahr. Entgelt für A1 Mediabox ab 1.8.2017 € 3,90 pro Monat.

Abbildung 2: Angebotene Komponenten von "A1 TV" (www.a1.net)

Die A1 Videothek (vgl. Abbildung 3) lässt sich in die Gruppe der TVoD Dienste einordnen und wird hinsichtlich ihrer Inhalte von A1 wie folgt beschrieben:

Mit A1 TV Plus genießen Sie jederzeit über 7.500 Film- und Serienhighlights - und das jederzeit!

- Rufen Sie aktuelle Blockbuster in Ihrer A1 Videothek ab.
- Filmgenuss pur in Originalsprache, HD und Dolby Digital 5.1.
- „Hot from the US“: Sehen Sie brandneue Folgen Ihrer Lieblingsserien direkt nach US-Erstaussstrahlung - auch in brillanter HD-Qualität.
- Wählen Sie einfach einen Film und sehen Sie sich diesen innerhalb von 48 Stunden beliebig oft an.
- Einfach Testen: Der 1. Film Ihrer Wahl kostet nur 1 Cent!

[Aktuelle Filme in der A1 Videothek >](#)



Abbildung 3: Produktdarstellung A1 TV Videothek

Grundsätzlich hat der dargebotene Inhalt, unabhängig davon, ob er in SD, HD oder Ultra-HD Auflösung übertragen wird, Auswirkungen auf die Bandbreitenerfordernisse: Sich rasch ändernde Szenen, schnell geschnittene Filme oder Sportereignisse werden deutlich höhere Übertragungsanforderungen mit sich bringen als langsam geschnittene Landschaftsaufnahmen. In dieser Hinsicht bietet „A1 TV“ ein durchmisches Programm an, das keine speziellen Anforderungen aufweist. Konkret umfasst das Angebot von „A1 TV“ derzeit ca 7500 Filme und Serien und gliedert sich in verschiedene Genres (GA ON 14 S 16)

Als minimale Bandbreite, die für den Konsum eines HD-Films zur Verfügung stehen muss, nennt A1 7 bzw 8 Mbit/s. Fällt die Übertragungsleistung zurück, kann der Film auf die A1 Mediabox heruntergeladen und – nach kurzer Zeit aufgrund der erfolgenden Pufferung – angesehen werden. Für den Empfang von „A1 TV“ wird pro Fernseher jeweils eine A1 Mediabox (STB) benötigt. Die Anzahl der Mediaboxen ist mit 5 begrenzt; die Anzahl der Mediaboxen, die gleichzeitig genutzt werden können, hängt lediglich von der verfügbaren Bandbreite des Anschlusses und der Qualität der Übertragung (SD, HD) ab (Angaben von A1 unter <https://www.a1.net/hilfe-kontakt/article/Fernsehen/Mediabox/Benutzung/Wie-viele-Mediaboxen-kann-ich-gleichzeitig-nutzen-/50000000007337/50000000027096>, 15.11.2017).

2.2.7 Kommerzielle Beurteilung / Vergleichbare VoD Dienste

Zusätzlich waren Feststellungen dazu zu treffen, ob die VoD Komponente des Bündelproduktes „A1 TV“ aus objektiver Sicht nur mit entsprechender technischer Optimierung (konkret Priorisierung) kommerziell angeboten werden kann oder ob dieser Dienst keiner besonderen Behandlung bedarf, weil das Qualitätsniveau eines Internetanschlusses des Jahres 2017 mit entsprechender Bandbreite ausreichen würde. Es ist also das Vorliegen objektiver Umstände des Dienstes (iSd Dienstetypus) für eine Optimierung und nicht die konkrete technische Realisierung iSd konkret von A1 gewählten Produktausprägung „A1 TV“ (die im Einzelfall für den Anbieter betriebswirtschaftlich durchaus sinnvoll und sachlogisch sein mag, weil eben die technische Basis auch für den linearen Fernsehdienst verwendet wird), zu beurteilen. Als kommerzielles Beurteilungskriterium hierfür sind insbesondere andere, mit dem Videoabrufdienst in „A1 TV“ vergleichbare Dienste relevant:

„A1 Now“ ist ein von A1 angebotener internetbasierter Streamingdienst, der neben linearem Fernsehen (auch in HD Qualität), eine Mediathek (7 Tage Fernsehen nachsehen), eine Festplatte mit Speichermöglichkeit von bis zu 10 Stunden sowie eine VoD Komponente einschließt. Eine Optimierung/Priorisierung des Datenverkehrs dieses Dienstes im Netz der A1 konnte nicht festgestellt werden.

Um den Dienst beziehen zu können, muss man zunächst A1 Kunde sein (nicht zwingend eines A1 Festnetz-Internet Produktes). Die von diesem Dienst umfassten Serien und Filme werden kostenlos angeboten, es handelt sich also um einen Subscription-Video-on-Demand (SVoD) Dienst der um € 4,90 pro Monat (Stand: 15.11.2017) zu beziehen ist und auch als Pre-Paid Produkt erworben werden kann. Das für das Streaming erforderliche Datenvolumen ist im Preis nicht inkludiert. Als Mindestanforderung wird von A1 eine Datenrate von 500 Kbit/s angegeben – sie richtet sich aber nach Art des Endgerätes und bezogener Qualität. Auch „A1 Now“ kann auf bis zu 5 Geräten genutzt werden, eine gleichzeitige Nutzung ist aber (im Gegensatz zu „A1 TV“) nur für einen Nutzer möglich. „A1 Now“ kann über „Chromecast“ Geräte oder andere Standards zur Bildübertragung auch am Fernseher genutzt werden (ON 33). Zur Frage, ob „A1 Now“ als Ersatz für „A1 TV“ angesehen werden kann, gibt A1 Folgendes an: *„Nein, A1 Now ist ein Over-The-Top Streaming-Dienst: Er ist für Kunden gedacht, die Fernsehen unabhängig von Programm-Startzeiten, Geräten und Netzen genießen möchten.“*

Von einer Reihe von Unterschieden in den Produkten „A1 Now“ und „A1 TV“, was ihre Vermarktung, die Breite des Angebots, die Zielgruppe etc anlangt abgesehen, ist als Zwischenergebnis feststellen, dass diese zweite Produktlinie der A1 sowohl im linearen Fernsehen wie auch in der VoD Komponente (auch hier steht HD-Qualität zur Verfügung) ohne technische Bevorzugung (Priorisierung) wie sie bei „A1 TV“ vorgenommen wird, auskommt. Nach den Angaben der A1 auf der bezughabenden Website (ON 33) ist auch mit diesem Produkt der Konsum von Inhalten in HD-Qualität auf Fernsehern möglich und Teil der Produktplatzierung. „A1 Now“ stellt also ein Beispiel dafür dar, dass ein zu jenem von „A1 TV“ vergleichbarer Videoabrufdienst von A1 auch konventionell, ohne Priorisierung über den Internetzugangsdienst (also in der Form der Anpassung der Anwendung an den Übertragungskanal) angeboten werden kann (GA ON 14, S 19).

Eine direktere Analyse von Substitutionsbeziehungen zwischen verschiedenen VoD Produkten des Marktes gestaltet sich nicht nur deshalb schwierig, weil dafür die Eigenpreiselastizität zu ermitteln wäre (also die Frage zu beantworten wäre, wie sich die nachgefragte Menge nach dem eigenen Produkt im Fall einer hypothetischen Preiserhöhung verändert – dh wie viel der Nachfrage in Richtung anderer Produkte des Marktes abwandert), sondern auch ob des Umstandes, dass es sich beim „A1 TV“ – VoD Produkt um ein Bündelprodukt handelt, das für sich genommen am Markt nicht erhältlich ist. Die meisten dargestellten Konkurrenzprodukte werden als Over-The-Top Angebote erbracht (also ohne Verbindung mit einer Zugangsleistung) und schließen auch keine linearen Fernsehdienste mit ein.

Konkret kann zwischen drei Gruppen von („dritten“) VoD-Angeboten unterschieden werden: Die VoD-Angebote integrierter Betreiber, das sind solche, die neben dem VoD-Dienst auch einen Internetzugangsdienst anbieten, ihre Angebote sind zT nur mit einer Smart-Box nutzbar. In die zweite Gruppe fallen Online-Plattformen (OTTs), die ihre Dienste entweder als SVoD- Angebot und/oder als TVoD-Angebot ausgestalten. In die dritte Kategorie fallen Mediatheken von Fernsehveranstaltern, die für eine bestimmte Zeit oder auch unbegrenzt eigene Inhalte in

verschiedenen Qualitäten unentgeltlich zur Verfügung stellen. Mediatheken von ARD, ZDF und ARTE haben ebenfalls ein umfangreiches Gratis-Film und Livestream Angebot, das zeitlich keinen Beschränkungen unterliegt. Die nach eigenen Angaben größte Online-Mediathek Deutschlands ist jene der ARD und umfasst *„mehr als 150.000 Videos und Audios aus allen Landesrundfunkanstalten - vom Tatort bis zur Sendung mit der Maus, vom Tatortreiniger bis zur Hörfunk-Bundesligakonferenz. Außerdem bietet die ARD Media-thek Live-Zugriff auf 17 TV-Programme plus Regionalausgaben sowie die ARD-Hörfunkwellen.“*

Im Rahmen der Untersuchung der Gutachter zeigte sich dabei in allen drei beschriebenen Gruppen, trotz Unterschieden in Angebotsumfang, Genres, Angebotsform, Preis, Auflösung, unterstützten Plattformen, adaptiver Bitraten-Übertragung, benötigter Bandbreite und paralleler Nutzungsmöglichkeit, für den Kunden ein durchaus vergleichbares Bild – vor allem bei führenden Plattformen (GA ON 14 S 20ff). Hinsichtlich eines Teils der Funktionalitäten von „A1 TV“ brachte beispielsweise die simpli services GmbH & Co KG erst kürzlich das Produkt „simpliTV Streaming BETA Zusatzpaket“ auf den Markt, das ähnliche Funktionalitäten wie „A1 TV“ per Videostreaming bereitstellt (liveTV, Videorecorder, „catch-up TV“), aber ohne Priorisierung bei der Datenübertragung auskommt (ON 34).

Insgesamt zeigt diese Analyse, dass es eine Fülle von Internet basierenden VoD Angeboten gibt, die, unpriorisiert, über den Internetzugangsdienst angeboten werden, inhaltlich ähnlich (breit) aufgestellt sind wie das VoD Angebot in „A1 TV“ und auch, dass diese Produkte in der Qualität durchaus mit dem „A1 TV“ - VoD Produkt vergleichbar sind. Das Gros der Angebote ist derart, dass sich die Anwendung jeweils an den Übertragungskanal anpasst bzw zusätzliche qualitätsverbessernde Maßnahmen zum Einsatz kommen. Manche der Angebote, die mit dem VoD Angebot von „A1 TV“ im Wettbewerb stehen, bieten neben HD Qualität auch Videos in Ultra HD-Qualität bzw 4K an, die technischen und kommerziellen Realisierungen (Abo oder Einzelbezahlung, Speicherung und/oder Miete, Serien, Genre-Fokus etc) unterscheiden sich allerdings voneinander. Weiters konnte auch festgestellt werden, dass marktgängige VoD-Angebote von integrierten Betreibern („UPC Horizon Go“, „A1 Now“) nicht zwingend priorisiert werden.

Zusätzliche Schlüsse lassen sich aus der Akzeptanz durch den Kunden bzw dem Marktergebnis dieser Produkte ziehen (GA ON 14 S 24):

Frage 13: „Wie häufig haben Sie folgende Videoportale in den letzten 7 Tagen genutzt?“

Videoportale	Starke Nutzer (5-7 Tage/Woche)	Regelmäßige Nutzer (1-4 Tage/Woche)	In den letzten 4 Wochen genutzt	Summe Nutzergruppen
Youtube	23,6%	28,9%	14,8%	67,4%
Amazon Prime Video	5,9%	10,7%	5,8%	22,4%
Netflix	5,0%	5,7%	3,4%	14,1%
Adult Content	1,8%	5,1%	4,2%	11,1%
Kinox.to	0,5%	2,6%	2,8%	5,9%
bs.to	1,5%	2,2%	1,7%	5,3%
A1 TV Videothek	0,7%	1,9%	2,5%	5,1%
Serienjunkies	0,5%	1,9%	2,0%	4,5%
Vimeo	0,3%	1,6%	2,3%	4,1%
Clipfish	0,4%	1,2%	2,0%	3,6%
movie.to	0,3%	1,3%	2,0%	3,5%
Apple TV	0,7%	1,3%	1,4%	3,4%
torrentz-Suchm.	0,5%	1,4%	1,3%	3,2%
iTunes mit Bewegtbild	0,3%	1,1%	1,6%	3,0%
UPC on demand	0,2%	1,1%	1,6%	2,8%
MyVideo	0,3%	0,7%	1,4%	2,5%
Dailymotion	0,3%	0,9%	1,1%	2,3%
maxdome	0,3%	0,9%	0,8%	2,0%
MediathekView	0,2%	0,6%	0,8%	1,7%
Cineplexx2go	0,1%	0,6%	0,9%	1,6%
DAZN	0,2%	0,8%	0,4%	1,5%
Videoload	0,1%	0,5%	0,9%	1,5%
Sky Ticket	0,1%	0,6%	0,7%	1,4%
podcast.at mit Bewegtbild	0,1%	0,6%	0,6%	1,3%
Yahoo Screen	0,1%	0,7%	0,5%	1,3%
Flimmit	0,1%	0,4%	0,6%	1,2%
Fernsehen.to	0,2%	0,3%	0,5%	1,1%
SnackTV	0,1%	0,4%	0,6%	1,1%
Videobuster	0,1%	0,4%	0,5%	1,0%
Watchever	0,1%	0,4%	0,4%	0,9%
Wuaki	0,1%	0,3%	0,4%	0,8%

Basis: Personen 14+ Jahre, n=4.000; Angaben in %

© GfK 2017 | 07.04.2017

Quelle: Bewegtbildstudie; Feldzeit: 01.02.2017 - 28.02.2017; n = 4.000; Methode: CAWI

Abbildung 4: Teilergebnis GfK Bewegtbildstudie 2017

Somit ist festzuhalten dass es eine Reihe entsprechender Angebote auch von dritten Anbietern am Markt gibt; dies liefert auch Hinweise zur Marktstellung des „A1 TV“ - VoD Produktes. Eine deutlich stärkere Position anderer – nicht priorisierter – Angebote bei breitem inhaltlichen und qualitativ vergleichbarem Angebot führt zu der Feststellung, dass diese Produkte mit dem VoD Produkt von „A1 TV“ im (erfolgreichen) Wettbewerb stehen, dass also eine Priorisierung für die Erbringung des Dienstes auch kommerziell nicht objektiv notwendig ist.

2.2.8 Gesamtfazit zur Endbeurteilung der objektiven Notwendigkeit einer Optimierung

In technischer Sicht konnte festgestellt werden, dass es grundsätzlich zwei Möglichkeiten gibt die Anforderungen der Anwendung und die Möglichkeiten des Übertragungskanal in Übereinstimmung zu bringen: Entweder passt sich die Anwendung an den Übertragungskanal an oder sie passt sich dem Übertragungskanal nicht an, ist also starr. Der von A1 realisierte Weg sieht keine flexible Anpassung der Anwendung an den Übertragungskanal vor. Die Notwendigkeit einer Priorisierung ist der konkreten technischen Lösung im Netz der A1, nicht aber den objektiven technischen oder kommerziellen Umständen des Videoabrufdienstes per se, geschuldet.

Es besteht daher keine objektive technische Notwendigkeit den von A1 im Rahmen von „A1 TV“ erbrachten Videoabrufdienst (VoD Dienst) zu optimieren (priorisieren), um ein bestimmtes, über jenes eines normalen Internetzugangsdienstes hinausgehendes Qualitätsniveau zu erfüllen und somit in technischer Hinsicht einen Spezialdienst notwendig zu machen.

Auch in kommerzieller Hinsicht, dh vor dem Hintergrund des breiten Angebots an ähnlich gelagerten Diensten, die unpriorisiert (und erfolgreich) am Markt angeboten werden, besteht keine objektive Notwendigkeit einer technischen Optimierung des VoD Dienstes im Produkt „A1 TV“, zur Sicherstellung eines die übliche Qualität eines Internetzugangs übersteigenden Qualitätsniveaus.

2.3 Zur Trennung von IP-Verbindungen nach 24 Stunden.

A1 trennt IP-Verbindungen von Endnutzern in ihrem Fest- sowie Mobilnetz automatisch ohne Zutun des Endnutzers nach 24 Stunden. Dabei wird nicht darauf Rücksicht genommen, ob gerade ein Datentransfer stattfindet. Der Endnutzer muss nach dieser netzseitigen Trennung die Verbindung (automatisch oder manuell) neu aufbauen und erhält dabei iaR eine neue dynamische-öffentliche IPv4 Adresse zugewiesen (im Mobilnetz der A1 nur bei Bezug von „A1 Mobile Dynamic IP“, vgl Punkt 2.4).

Bei den (weitgehend bei Internetzugängen noch vorherrschenden) IPv4 Adressen (basierend auf dem seit 1981 bestehenden grundsätzlichen Standard „RFC 791 - Internet Protocol“ der Internet Engineering Task Force bzw der Defense Advanced Research Projects Agency) kann im Allgemeinen zwischen dynamischen und statischen sowie zwischen öffentlichen und privaten IP Adressen unterschieden werden. Dynamische IP Adressen werden bei jeder (Wieder-)Herstellung einer IP-Verbindung vom ISP aus einem „IP Pool“ idR zufällig neu vergeben, während eine statische IP-Adresse immer demselben Endnutzer (Netzabschlusspunkt) permanent zugeteilt wird. Öffentliche IPv4 Adressen sind direkt und unmittelbar aus dem Internet erreichbar und bilden mit dem Endgerät, dem die IP-Adresse zugewiesen wird (idR dessen Modem, Router oä), einen direkt erreichbaren Abschlusspunkt des Internets. Private IP Adressen sind nicht direkt aus dem Internet erreichbar; im Allgemeinen „teilen“ sich hierbei iaR per „Net Adress Translation“ (NAT) viele private IP Adressen eine öffentliche IP Adresse. Insbesondere Mobilfunkbetreiber setzen diese Technik ein, um einer möglichen Verknappung von öffentlichen IP-Adressen (diese sind weltweit in ihrer Anzahl mathematisch als 32-Bit-Adressen auf 2^{32} Adressen (ca 4 Mrd) beschränkt) zu begegnen. Letztlich ergeben sich daher die Kombinationsmöglichkeiten einer dynamisch-öffentlichen, dynamisch-privaten sowie statisch-privaten und statisch-öffentlichen IPv4 Adresse. Der Nachteil der privaten IPv4 Adressen bei Internetzugängen für den Endnutzer ist jener, dass eingehender Verkehr (Internet => Endnutzer) nur als „Antwort“ einer Anfrage bzw eines Verkehrs ausgehend vom Endnutzer ins Internet möglich ist. Die Verbindung muss daher immer vom Endnutzer hinter der privaten IP Adresse initiiert werden, eine „direkte“ Erreichbarkeit des Endnutzers durch Dritte im Internet ist nicht gegeben.

Damit der Endnutzer selbst Dienste bzw Inhalte (zB über einen selbst betriebenen Webserver) bereitstellen kann, benötigt der Endnutzer eine (zumindest) dynamisch-öffentliche IPv4 Adresse, die – vereinfacht gesagt – direkt an den beim Endnutzer befindlichen IP-Endgerät (zB LTE-Modem, DSL-Router oä) des ISP „angelegt“ wird. Der Endnutzer ist so direkt aus dem Internet erreichbar und bildet selbst einen „Abschlusspunkt des Internets“. Damit der Endnutzer an diesem „Abschlusspunkt“ dauerhaft und ohne unbotmäßige Einschränkung selbst Dienste und Anwendungen bereitstellen kann, benötigt er eine möglichst dauerhaft bestehende IP-Verbindung mit einer möglichst gleichbleibenden IPv4 Adresse. Kommt es durch die Trennung der IP-Verbindung nämlich zu einem Wechsel dieser Adresse, können andere Internetnutzer die vom Endnutzer bereitgestellten Dienste, Anwendungen oder Inhalte nicht mehr erreichen, weil ihnen die zugewiesene neue IPv4 Adresse des Endnutzers nicht bekannt ist.

Zwar kann der bereitstellende Endnutzer hierbei durch Nutzung von sog „DynDNS“ (Dynamic DNS) Diensten etwas Abhilfe schaffen, da diese Dienste (vereinfacht) wie dynamische „Telefonbücher“ funktionieren. Das Endgerät des Endnutzers (Modem, Router, PC oä) teilt hierbei gleich nach (Wieder-)Herstellung der Internetverbindung diesem „DynDNS“ Dienst die ihm gerade aktuell (neu) zugewiesene IPv4 Adresse mit. Der „DynDNS“ Dienst verknüpft dann die ihm mitgeteilte IP-Adresse mit einer oder mehrerer zuvor vom Endnutzer gewählten Domains (zB

„www.xyz.dyndns.org“). Anfragen an diese SubDomain werden dann immer an die aktuelle IPv4 Adresse des Endnutzers weitergeleitet, unter der dieser seine Inhalte verbreitet bzw seine Anwendungen bereitstellt. Diese Dienste haben aber gerade bei häufigen Änderungen der IPv4 Adresse (wie eben zB im 24 Stunden Rhythmus aufgrund einer Verbindungstrennung) den Nachteil, dass von der Wiederverbindung des Internetzugangs bis zum Update der IP-Adresse in der Datenbank des „DynDNS“ Dienstes mehrere Minuten vergehen können. Während dieser Zeit werden aber alle Anfragen aus dem Internet an diese SubDomain an die alte IPv4 Adresse weitergeleitet und dort im Regelfall verworfen.

In technischer Hinsicht stellt daher die automatische Trennung der IP-Verbindung nach 24 Stunden und der damit verbundenen notwendigen Wiederverbindung samt Neuzuweisung einer IPv4 Adresse eine Einschränkung der Möglichkeit dar, Dienste und Anwendungen über einen Internetzugangsdienst bereitzustellen.

Dass eine Trennung von IP-Verbindungen nach 24 Stunden, inkl Wechsel der IPv4 Adresse, eine unabdingbar notwendige Schutzwirkung hinsichtlich möglicher (Cyber-) „Angriffe“ auf den Internetzugangsdienst des Endnutzers oder hinsichtlich der Privatsphäre bzw Datenschutzsituation des Endnutzers hat, kann hingegen nicht festgestellt werden.

2.4 Zum Produkt „A1 mobile Dynamic IP“

A1 bietet im Rahmen ihrer Entgeltbestimmungen „Mobil - Allgemeiner Teil“ das Produkt „A1 Mobile Dynamic IP“ an, das durch folgende Klausel beschrieben wird:

„12.6 A1 Mobile Dynamic IP:

Mit der Zusatzoption A1 Mobile Static Dynamic IP wird bei Ihrem ausgewählten (mobilen) Produkt eine öffentliche dynamische IPv4-Adresse im Netz zugeordnet. Die Option kann nach Ablauf des 1. Monats jederzeit zum Ende der Rechnungsperiode abgemeldet werden. Bitte beachten Sie, dass diese Option nur mit Ihrer A1 Haupt-SIM Karte, nicht jedoch mit Ihrer A1 Zusatz-SIM greift.

Preis: Zusätzliches monatliches Entgelt € 2,28 Euro“

Wie in Punkt 2.3 festgestellt, benötigt ein Endnutzer um selbst Dienste oder Anwendungen über seinen IAS bereitzustellen zu können, eine (zumindest) dynamisch-öffentliche IPv4 Adresse um direkt aus dem Internet erreichbar zu sein. Wie aus obiger Klausel hervorgeht, teilt A1 Endnutzern die IAS über ihr Mobilnetz beziehen, diese Art von IPv4 Adressen nur gegen Entrichtung eines zusätzlichen (zusätzlich zum Entgelt für den Internetzugang) Entgelts zu; sonst erhält der Kunde eine private IPv4 Adresse zugewiesen.

3 Beweiswürdigung

3.1 Allgemeines

Grundsätzlich basieren die Feststellungen auf den jeweils in Klammer angegebenen Beweismitteln. Zusätzlich ist auch darauf zu verweisen, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (vgl etwa Erkenntnisse vom 31.1.1995, ZI 92/07/0188, und vom 25.4.1991, ZI 91/09/0019) einem schlüssigen Sachverständigengutachten mit bloßen Behauptungen, ohne Argumentation auf gleicher Ebene, in tauglicher Art und Weise nicht

entgegengetreten werden kann. Vorbringen gegen ein Sachverständigengutachten, das sich darauf beruft, dass das Gutachten mit den Erfahrungen der in Betracht kommenden Wissenschaft in Widerspruch stehe, muss diese Behauptung aber – und zwar tunlichst unter präziser Darstellung der gegen das Gutachten gerichteten sachlichen Einwände – durch das Gutachten eines anderen Sachverständigen unter Beweis stellen. Eine bloß gegenteilige Behauptung genügt nicht.

3.2 Zu A1 TV

Die Feststellungen zum Produkt „A1 TV“ basieren hinsichtlich dessen technischen Ausgestaltung zum Einen auf den Angaben der A1 in Ihren Stellungnahmen (Konvolut ON 2, ON 6, ON 24 samt Expertisen, ON 29) und zum Anderen – auch hinsichtlich dessen kommerziellen Eigenschaften - auf dem nachvollziehbaren und schlüssigen Gutachten der Amtssachverständigen. Die Feststellung, dass A1 hinsichtlich Ihres Produktes „A1 TV“ keine spezifische Qualität des gelieferten Bildes bzw der gelieferten Bildauflösung (TV oder VoD) zusagt, fußt auf den von A1 gemäß § 25 TKG 2003 bei der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hinsichtlich IP-TV und bei der RTR-GmbH hinsichtlich der angebotenen Kombiprodukte (Internet + TV) angezeigten und nach selbiger Bestimmung von A1 auf ihrer Website veröffentlichten Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen für dieses Produkt (ON 30). Grundsätzlich ist auch festzuhalten, dass die Angaben von A1 zur von ihr gewählten technischen Realisierung von A1 TV in technischer Hinsicht als plausibel einzustufen sind.

Das wiederholte Vorbringen der A1 in ihre Stellungnahme ON 6 (RA Dr. Feiler, S 11), dass es sich bei „A1 TV“ aus Kundensicht um ein untrennbares Bündelprodukt handelt, bei dem der Kunde ein einheitliches Qualitätsniveau erwartet, sowie die Untersuchung eben dieser Kundenerwartung (ON 24, GA Ass Prof Bobrowsky: „Ein Wimpernschlag Aufmerksamkeit“, Niederschrift ON 27a) behandeln im Kern kein für das gegenständliche Verfahren beweisrelevantes Thema, weshalb ausführliche Feststellungen zu diesen Fakten nicht zu treffen waren. Dies liegt – wie anderer Stelle noch detaillierter (vgl Punkt 4.5.1) ausgeführt wird – darin begründet, dass die konkrete Kundenerwartung an ein Produkt kein Tatbestandsmerkmal des Art 3 Abs 5 TSM-VO ist, sondern im Gegenteil nur Ergebnis der zulässigen Qualifikation eines Produktes als Spezialdienst nach der zitierten Bestimmung sein kann. Anders gesagt: Die von A1 als ISP über Marketingwege selbst generierte Kundenerwartung ist kein Bewertungskriterium für die Qualifikation der Dienste innerhalb von „A1 TV“ als Spezialdienste. Würde man der Argumentation von A1 folgen, liefe dies nämlich darauf hinaus, dass der ISP vorab durch Erzeugung einer bestimmten Kundenerwartung immer einen Spezialdienst rechtfertigen könnte. Auf Grund der mangelnden Beweisrelevanz erübrigt sich auch eine nähere Auseinandersetzung mit der von A1 in Auftrag gegeben Untersuchung der Frage der Einheitlichkeit des Qualitätsniveaus der Einzeldienste in „A1 TV“ (ON 24, GA Prof Bobrowsky), der somit auch inhaltlich nicht entgegengetreten werden muss.

Ungeachtet dessen ist festzuhalten, dass die Argumentation von A1 teilweise widersprüchlich ist: Während A1 in ihrer Stellungnahme (ON 6, RA Dr. Feiler, S 11) noch vorbringt, dass es sich bei „A1 TV“ um ein Produkt handle, dessen (Einzel-)Dienste untrennbar verbunden seien und folglich deshalb bei Vorliegen der Spezialdiensteseigenschaft nur für einen Dienst alle Dienste des Produkts Spezialdienste seien, da keine „Filetierung“ bzw „Salamitaktik“ erfolgen könne, geht der Gutachter der A1 (ON 24, GA Ass Prof Bobrowsky, S 2) ausdrücklich selbst vom Vorliegen dreier verschiedener audiovisueller Mediendienste im Produkt „A1 TV“ aus. Auch der von A1 beigezogene Rechtsgutachter RA Dr. Feiler geht grundsätzlich „[...] von im Rahmen von A1 TV angebotenen Teilleistungen Live-TV und Video-on-Demand [...]“ aus (Niederschrift ON 27a, S 2).

Auf diesem Faktum, sowie auf dem nachvollziehbaren Gutachten der Amtssachverständigen (ON 14) basiert auch die Feststellung (Punkt 2.2.3 und 2.2.7), dass es sich bei den Einzeldiensten in „A1 TV“ um selbstständig erbringbare Dienste handelt, die nur als Bündel verkauft werden.

Festzuhalten ist ebenfalls, dass A1 den Ausführungen der Amtssachverständigen (ON 14) zur technischen Trennbarkeit der Einzeldienste live-IPTV und Videoabrufdienst sowie den kommerziellen Aspekten des Produktes „A1 TV“ bzw der Untersuchung vergleichbarer bis identer Produkte, die über das „offene Internet“ und somit ohne Priorisierung erfolgreich angeboten werden, nicht auf gleicher Ebene entgegengetreten ist. Vielmehr wiederholt A1 das Vorbringen zur Untrennbarkeit der mit „A1 TV“ verkauften Dienste (ON 24, RA Dr. Feiler, Punkt 1.3) lediglich, ohne dafür in technischer bzw kommerzieller Hinsicht - abseits der beweisirrelevanten Untersuchung der Nutzersicht (siehe oben) - konkrete Nachweise zu liefern.

Auf den Vorwurf, der Gutachtensauftrag sei mangelhaft, da er das Satzzeichen „?“ nicht enthalte, ist nicht weiter einzugehen; es genügt der Hinweis, dass der Gutachtensauftrag klar zum Ausdruck bringt, welchen Sachverhalt bzw welches Beweisthema die Telekom-Control-Kommission erörtert wissen wollte.

Zum Vorbringen der A1 in ihrer Stellungnahme vom 25.10.2017 (ON 29, Niederschrift ON 27a) hinsichtlich möglicherweise im EU bzw EWR Raum existierender, zu „A1 TV“ ähnlicher Produkte, die – wie A1 behauptet – ebenfalls eine Priorisierung aufweisen würden, waren keine Feststellungen zu treffen, da auch dieser Umstand im gegenständlichen Verfahren kein beweisrelevantes Thema darstellt. Freilich ist eine möglichst homogene Vollziehung von unionsrechtlichen Vorschriften in allen Mitgliedsstaaten ein erstrebenswertes Ziel, jedoch kann es aufgrund verfahrensrechtlicher Spezifika in anderen Mitgliedsstaaten bzw auch aufgrund von Ressourcenaspekten immer vorkommen, dass die Behörden anderer Mitgliedsstaaten vergleichbare Sachverhalte noch nicht oder letztlich auch anders beurteilt haben. Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission im gegenständlichen Verfahren aufgrund des festgestellten Sachverhalts frei zu entscheiden und kann aus dem Handeln oder Nicht-Handeln anderer Regulierungsbehörden nichts weiter abgeleitet werden.

3.3 Zu „A1 Mobile Dynamic IP“ und zur Trennung von IP-Verbindungen nach 24 Stunden

Die Feststellungen in Punkt 2.3 und Punkt 2.4 ergeben sich aus den jeweils in Klammer angegebenen Beweismitteln bzw den Stellungnahmen der A1 (ON 6 und 24) und sind im Grunde unstrittig. Die technischen Feststellungen zu IPv4 Adressen basieren auf dem seit 1981 bestehenden grundsätzlichen Standard „RFC 791 - Internet Protocol“ der Internet Engineering Task Force bzw der Defense Advanced Research Projects Agency. Da diese Technik seit mehr als 30 Jahren die Grundlage jedweder Internettechnik bzw Internetkommunikation und Tätigkeit eines ISP darstellt, sind diese Fakten iSd § 45 Abs 1 AVG als allgemein bekannt bzw offenkundig vorauszusetzen.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Die VO (EU) 2015/2120 enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen darüber, welche Behörden in concreto im jeweiligen Mitgliedstaat für den Vollzug dieser Verordnung zu sorgen haben. Art 5 Abs 1 TSM-VO normiert allgemein eine Zuständigkeit der „nationalen Regulierungsbehörden“:

„(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.“

Wie sich bereits aus Art 2 iVm Art 5 Abs 1 u 4 TSM-VO ergibt, können damit grundsätzlich nur jene nationalen Regulierungsbehörden gemeint sein, die Regulierungsbehörden für elektronische Kommunikation sind.

Ausgehend von diesem Faktum ergeben sich daher in Österreich nach den §§ 115, 117 u 120 TKG 2003 drei Regulierungsbehörden, die für das gegenständliche Verfahren dem Grunde nach zuständig sein könnten: Die Telekom-Control-Kommission, die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) und die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH).

§ 120 Abs 1 lit b) TKG 2003 ordnet an, dass eine Zuständigkeit der KommAustria abweichend von §§ 115, 117 TKG 2003 dann besteht, wenn sich eine Regulierungsmaßnahme auf einen Markt für die Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten bezieht. Abzustellen ist dabei auf eine Regulierungsmaßnahme, also auf die Vornahme einer hoheitlichen Handlung in Bezug auf den bezeichneten Markt. Die gegenständliche Regulierungsmaßnahme bezieht sich im konkreten Fall nicht auf einen Markt für die Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk, da Gegenstand der Feststellungen bzw Anordnung in den Spruchpunkten 1.1 – 1.2 sowie 2.1 ausschließlich der im Rahmen des Bündelproduktes „A1 TV“ (auch) erbrachte Videoabrufdienst ist. Der im Rahmen von „A1 TV“ ebenfalls bereitgestellte live-IP-TV Dienst, der einen Dienst iSd BVG-Rundfunk darstellt und an dessen Spezialdiensteigenschaft nicht gezweifelt wird (vgl auch Rz 113 der Guidelines), ist von der gegenständlichen Entscheidung explizit nicht betroffen. Eine Zuständigkeit der KommAustria besteht für das gegenständliche Verfahren daher nicht, wenngleich auch in Entsprechung von § 120 Abs 2 TKG 2003 die Verfahrensergebnisse in enger Abstimmung mit der KommAustria erörtert wurden.

Das Verhältnis der Zuständigkeiten zwischen der RTR-GmbH und der Telekom-Control-Kommission ist in den §§ 115, 117 TKG 2003 wie folgt geregelt:

„§ 115. (1) Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH hat sämtliche Aufgaben, die durch dieses Bundesgesetz und durch die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen der Regulierungsbehörde übertragen sind, wahrzunehmen, sofern hierfür nicht die Telekom-Control-Kommission (§ 117) oder die KommAustria zuständig ist.

(1a) Die RTR-GmbH ist Regulierungsbehörde gemäß der Verordnung über das GEREK (§ 3 Z 8a). In Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit der KommAustria fallen, ist das Einvernehmen mit dieser herzustellen.

(...)“

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

1. die Entscheidung in Verfahren gemäß §§ 6, 6a, 6b Abs. 7, 7, 9, 9a Abs. 8, 11,
 - 1a. Entscheidungen über Sicherheitsüberprüfungen gemäß § 16a Abs. 4,
 2. Entscheidung in Verfahren gemäß § 18 Abs. 3,
 - 2a. Entscheidungen in Verfahren gemäß § 22,
 - 2b. Entscheidungen in Verfahren nach § 24a,
 3. Ausübung des Widerspruchsrechtes gemäß § 25,
 4. Ermittlung des aus dem Universaldienstfonds zu leistenden finanziellen Ausgleichs gemäß § 31,
 5. Feststellung des an den Universaldienstfonds zu leistenden Betrages gemäß § 32,
 6. Feststellung der der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte sowie die Feststellung, ob auf diesen jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist und die Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen gemäß § 36 bis 37a,
 7. Entscheidung in Verfahren gemäß §§ 23 Abs. 2, 38, 41, 42, 47, 47a, 47b Abs. 2, 48 und 49 Abs. 3 sowie Anträge an die Europäische Kommission gemäß § 47 Abs. 1,
 - 7a. Entscheidungen in Verfahren gemäß § 50,
 8. Genehmigung von Geschäftsbedingungen und Entgelten sowie Ausübung des Widerspruchsrechtes gemäß §§ 26 und 45,
9. Zuteilung von Frequenzen, hinsichtlich derer im Frequenznutzungsplan eine Festlegung gemäß § 52 Abs. 3 getroffen wurde, gemäß § 54 Abs. 3 Z 2,
10. Entscheidung über die Überlassung von Frequenzen gemäß § 56,
11. Änderung der Frequenzzuteilung gemäß § 57 und Widerruf der Frequenzzuteilung gemäß § 60,
12. Entscheidung über das Recht Kommunikationsnetze oder -dienste bereit zu stellen gemäß § 91 Abs. 3,
13. Entscheidung über einstweilige Verfügungen gemäß § 91 Abs. 4,
 - 13a. Entscheidungen in Verfahren nach § 91a,
14. Feststellung und Antragstellung gemäß § 111,
15. Antragstellung an das Kartellgericht gemäß § 127,
16. Entscheidungen gemäß § 130 Abs. 1.“

Einleitend ist hierzu festzuhalten, dass der nationale Gesetzgeber in § 115 Abs 1 TKG 2003 die Zuständigkeiten der RTR-GmbH expressis verbis auf Aufgaben beschränkt hat, die ihr durch „dieses Bundesgesetz und durch die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen“ übertragen worden sind. Weder findet sich in § 115 Abs 1 TKG 2003 selbst noch in den Materialien hierzu ein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber hiermit (implizit) auch eine Zuständigkeit für den Vollzug unionsrechtlicher Vorschriften begründen wollte. Auch die von A1 (ON 24, RA Dr. Feiler Punkt 5) zitierte Literaturmeinung von Müller (Müller in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG (2016) § 117 Rz 6) zur aus § 115 TKG 2003 entspringenden „subsidiären Generalkompetenz“ der RTR GmbH ist im Hinblick auf direkt unionsrechtliche Kompetenzen abzulehnen bzw nicht stichhaltig, da das vorgeschlagene Konzept dieser „subsidiären Generalkompetenz“ (Müller aaO, § 115 Rz 16), bei Aufgaben, die nicht aus dem TKG 2003 oder dessen Verordnungen entspringen, im klar gefassten gesetzlichen Wortlaut des § 115 Abs 1 TKG 2003 keine Deckung findet.

Auch die von A1 ins Treffen geführte und auch in der zitierten Literatur angeführte höchstgerichtliche Judikatur spricht nicht gegen eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission im gegenständlichen Fall, sondern bejaht diese: Der VwGH (19.04.2012, 2009/03/0170) hat im Hinblick auf die Aufsichtsbestimmungen der Verordnung (EG) Nr 544/2009

(„Roaming-VO“) unter Verweis auf seine eigene Judikatur eine solche Zuständigkeit bejaht. In dieser Vorjudikatur (VwGH 15.12.2003, 99/03/0423 = VwSlg 16241 A/2003) kommt der VwGH wiederum unter Verweis auf das Erkenntnis des VfGH v 28. November 2001, VfSlg. 16369/2001, zum Ergebnis, dass die Telekom Control-GmbH (als „Vorgängerin“ der RTR-GmbH) mangels Tribunalqualität iSd EMRK aufgrund ihrer Weisungsgebundenheit nicht für Anordnungen iSd § 34 TKG (1997) (Stammfassung: BGBl I Nr 100/1997) zuständig sei. Die in diesem Judikat des VwGH erwähnte „Generalklausel“ des § 109 Abs 1 TKG (1997), der weitgehend dem § 115 TKG 2003 idgF ähnlich ist, bezog sich aber schon in dieser Fassung des TKG (1997) nur auf Aufgaben, „[...] *die im Telekommunikationsgesetz und in den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen der Regulierungsbehörde übertragen sind, wahrzunehmen, sofern hierfür nicht die Telekom-Control-Kommission (§ 111) zuständig ist*[..]“.

Vor diesem Hintergrund entschied der VwGH im erstzitierten Erkenntnis (2009/03/0170) zu den Bestimmungen der Roaming-VO: *„Ausgehend von der grundsätzlichen innerstaatlichen Zuständigkeitsverteilung der Regulierungsbehörden (§§ 115, 117 TKG 2003) und dem Gebot, für die Entscheidung über Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne des Art 6 EMRK (dass es sich im Beschwerdefall um solche handelt, ist nicht strittig) die Zuständigkeit eines Tribunals vorzusehen, kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie (im Einklang mit dem hg Erkenntnis vom 15. Dezember 2003, Zl 99/03/0423) ihre Zuständigkeit für die getroffenen Anordnungen angenommen hat.“*

Zur Frage der Zuständigkeitsverteilung zwischen RTR-GmbH und Telekom-Control-Kommission bei Verfahren unmittelbar aufgrund von unionsrechtlichen Vorschriften stellt der VwGH daher neben der Frage, ob über „civil rights“ iSd Art 6 EMRK entschieden wird, auch ausdrücklich auf das Verhältnis von §§ 115, 117 TKG 2003 ab. Folgt man diesem vom VwGH zitierten Verhältnis der innerstaatlichen Zuständigkeiten zeigt sich - wie oben dargestellt - dass der innerstaatliche Gesetzgeber die Zuständigkeit der RTR-GmbH nach § 115 Abs 1 TKG 2003 - mangels anderslautender gesetzlicher Anordnung - eben ausdrücklich auf Verfahren beschränken wollte, die sich aus dem TKG 2003 oder dessen Verordnungen ergeben. Die Aufzählung der Zuständigkeiten der Telekom-Control-Kommission in § 117 Abs 1 TKG 2003 mag zwar in Bezug auf das TKG 2003 taxativ sein, eine ausdrückliche Einschränkung der Zuständigkeiten auf das TKG 2003 bzw dessen Verordnungen, wie in § 115 Abs 1 leg cit, findet sich darin jedoch nicht. Schon aus diesem Grund ist - dem zitieren Judikat des VwGH folgend - eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission anzunehmen.

Das von A1 (ON 24, RA Dr. Feiler Punkt 5) ins Treffen geführte Argument, der VwGH habe im vorgenannten Judikat nur deshalb eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission angenommen, weil die Entscheidung über Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne des Art 6 EMRK notwendig war, ist daher nicht stichhaltig. Vielmehr führte der VwGH eben auch die innerstaatliche Zuständigkeitsverteilung ins Treffen, die - wie dargelegt - in § 115 Abs 1 TKG 2003 eine Zuständigkeit der RTR-GmbH für Verfahren unmittelbar aufgrund von unionsrechtlichen Bestimmungen nicht vorsieht.

Letztlich erweist sich die Unzuständigkeitseinrede der A1 aber auch aus genau diesen grundrechtlichen Erwägungen als unzutreffend: Dass bei der Untersagung, ein Produkt in einer bestimmten Art und Weise (Priorisierung) anzubieten bzw in der Untersagung dafür, Entgelte zu verlangen (IP-Adressen), Eingriff in zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne des Art 6 EMRK vorliegen, ist offenkundig. Auch wenn nach der jüngeren Judikatur des VfGH (28.06.2011,

ZI B254/11, B824/11) selbst im Kernbereich der civil rights eine nachprüfende Kontrolle durch ein Tribunal iSd EMRK als ausreichend angesehen wird, spricht aus grundrechtlichen Erwägungen letztlich nichts dafür, die nach § 18 Abs 3 KommAustria-Gesetz (KOG, idF BGBl I Nr 50/2016) in diesem Zusammenhang zweifelsfrei weisungsgebundene RTR-GmbH als zuständig anzusehen. Es macht daher keinen Unterschied, ob mit Einführung des Bundesverwaltungsgerichts gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 (iVm § 121a Abs 1 TKG 2003) gegen Bescheide der RTR-GmbH Beschwerde an das BVwG erhoben werden kann, das zweifelsfrei die Voraussetzungen eines Tribunals iSd Art 6 EMRK erfüllt. Letztlich adressiert § 117 TKG 2003 für die innerstaatlichen Zuständigkeiten auch grundrechtliche Bedenken und sieht für die (iSd EMRK) besonders eingriffsintensiven Verfahren eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission vor, die unstrittig Tribunalqualität besitzt.

Schließlich spricht auch eine systematische Interpretation der Zuständigkeitsbestimmungen des TKG 2003 gegen eine Zuständigkeit der RTR-GmbH: Betrifft eine Regulierungsmaßnahme nach der TSM-VO einen Markt für die Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk ist nach § 120 Abs 1 lit b TKG 2003 die KommAustria zuständig, die wiederum nach § 6 Abs 1 KOG iVm Art 20 Abs 2 Z 5 B-VG weisungsfrei gestellt ist und über Tribunalqualität verfügt. Wäre nun die RTR-GmbH für alle anderen Regulierungsmaßnahmen aus der TSM-VO zuständig, würde dies zum systemwidrigen Ergebnis führen, dass im Anwendungsbereich derselben Rechtsvorschrift eine weisungsfreie und eine weisungsgebundene Behörde zu entscheiden hätte, wobei die weisungsgebundene Behörde (RTR-GmbH) darüber hinaus auch gleichzeitig der weisungsfreien Behörde (KommAustria) als deren Geschäftsstelle ebenfalls in deren Tätigkeitsfeld weisungsgebunden ist. Dies lässt sich sogar noch weiter steigern, wenn man § 120 Abs 3 bis 5 TKG 2003 betrachtet: Der KommAustria kommt in Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission auf Antrag Parteistellung zu (Abs 3), und vice versa der Telekom-Control-Kommission in Verfahren vor der KommAustria (Abs 4); die KommAustria kann Beschwerde gegen Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission an das BVwG erheben (Abs 5). Es vermag nun nicht zu überraschen, dass § 120 TKG 2003 keines dieser Rechte für (Abs 3 u 5) bzw gegenüber (Abs 4) der RTR-GmbH vorsieht. Letztlich führt daher die Annahme der Zuständigkeit der RTR-GmbH für das gegenständliche Verfahren auch hier zu einer vom Gesetzgeber nicht intendierten Situation von Weisungsabhängigkeiten bei gleichzeitiger systemwidriger wechselseitiger Verkürzung von Verfahrensrechten.

Darüber hinaus ist noch darauf hinzuweisen, dass A1 auch hierzu widersprüchlich vorbringt: In ihrer Stellungnahme ON 24 (RA Dr. Feiler, Punkt 4) regt A1 (dies nicht in eventu) bei der „zuständigen Regulierungsbehörde“ eine Vorlage mehrerer Fragen an den EuGH an, da Beschwerden an das BVwG gegen Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission abweichend von § 13 VwGVG keine aufschiebende Wirkung zukommt. Zum einen gesteht A1 damit teils selbst eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission ein, zum anderen regt A1 aber – wenn nach ihrer Ausführung (Punkt 5 der genannten Stellungnahme ON 24) die Telekom-Control-Kommission doch gar nicht zuständig ist wohl bei der RTR-GmbH eine Vorlage an den EuGH gem Art 267 AEUV an. Die RTR-GmbH ist jedoch mangels Tribunalqualität (vgl das Judikat des VwGH oben, bzw das eigene Vorbringen der A1 in Punkt 5 der Stellungnahme ON 24) jedenfalls kein vorlageberechtigtes „Gericht“ iSd Art 267 AEUV.

Auch beruft Art 5 TSM-VO „die Regulierungsbehörde“ zur Vollziehung der Netzneutralitätsbestimmungen, hat jedoch dabei wohl den unionsrechtlichen Begriff der „Regulierungsbehörde“ iSd Art 3 RL 2002/21/EG idgF (RahmenRL) vor Augen.

Es ist daher festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission für das gegenständliche Verfahren zuständig ist.

4.2 Gesetzliche Regelungen

Die Art 2, 3 u 5 der VO (EU) 2015/2120 (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 das BEREC gemäß Art 5 Abs 3 TSM-VO „BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules“ (BoR (16) 127,) veröffentlicht¹, die als Erläuterungen zum harmonisierten Vollzug der VO dienen sollen und denen bei der Vollziehung Rechnung zu tragen ist.

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, Mindestanforderungen an die Dienstqualität können gegenüber Anbietern öffentlicher Kommunikation alle „sonstigen geeigneten und erforderlichen Maßnahmen“ angeordnet werden, um die Einhaltung der Art 3 u 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 u 2

¹ http://bereg.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/bereg/download/0/6160-bereg-guidelines-on-the-implementation-b_0.pdf, 27.11.2017

TSM-VO abzuwickeln. Art 5 TSM-VO ähnelt dabei durchaus Art 7 Abs 5 u 6 der VO (EG) Nr 717/2007 idF VO (EG) 544/2009 (Roaming-VO), die Aufsichts- und Durchsetzungsrechte hinsichtlich der Bestimmungen eben dieser VO zugunsten der nationalen Regulierungsbehörden vorsieht. Im Rahmen der zitierten Judikatur des VwGH (19.04.2012, ZI 2009/03/0170) hat dieser ausgesprochen, dass Verfahrensparteien nicht in ihren Rechten verletzt sind, wenn sich die Telekom-Control-Kommission an den für andere Aufsichtsmaßnahmen bestehenden Verfahrensregeln des § 91 TKG 2003 orientiert.

Da dieser Grundsatz auch für das gegenständliche Verfahren angewandt werden kann, hat sich die Telekom-Control-Kommission grundsätzlich am Verfahren nach § 91 TKG 2003 orientiert.

4.4 Zu den Bestimmungen der TSM-VO im Allgemeinen

Mit Inkrafttreten der Bestimmungen der TSM-VO wurden – neben Bestimmungen zu Roaming – in den Art 2 bis 6 der genannten VO erstmals bindende Regeln für die Einhaltung der Netzneutralität begründet.

Art 2 Z 1 und 2 TSM-VO definieren einen ISP als einen Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation, der Internetzugangsdienste (eng: „Internet Access Service“ – „IAS“) erbringt. Diese sind wiederum definiert als öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste, die unabhängig von der verwendeten Netztechnologie und den verwendeten Endgeräten Zugang zum Internet und somit Verbindungen zu praktisch allen Abschlusspunkten des Internets bieten.

A1 ist unstrittig Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation, bietet IAS iSd Art 2 Abs Z 2 TSM-VO an und unterliegt somit den Bestimmungen der TSM-VO.

Art 3 Abs 1 TSM-VO normiert im Anschluss einen Katalog an „Grundrechten“, der Endnutzer bei Nutzung eines der TSM-VO unterliegenden IAS zukommt. Hierzu zählen das Recht, 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 nach Wahl des Endnutzers zu nutzen. Aus der Definition des Endnutzers in diesem Absatz geht klar hervor, dass darunter nicht nur der klassische Konsument von Inhalten oder Diensten iSe Endkunden (bzw Teilnehmers iSd TKG 2003) zu verstehen ist, sondern von dieser Definition ([..]„Anwendungen und Dienste zu nutzen und bereitzustellen“ [..]) auch alle über das Internet erreichbaren Dienste- und Anwendungsanbieter (dies kann jeder Website-Betreiber oder auch Streamingdiensteanbieter wie zB „Netflix“ sein) erfasst sind.

Art 3 Abs 2 TSM-VO normiert gewisse Kriterien bzw Umstände, die Gegenstand von Vereinbarungen zwischen Endnutzern und ISP's sein können, wie Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit des Internetzuganges, sowie andere technische Bedingungen und Merkmale von Internetzugangsdiensten. Diese Vereinbarungen sowie die „Geschäftspraxis“ der ISP stehen jedoch unter dem Zulässigkeitsvorbehalt, dass Ausübung der Rechte der Endnutzer gemäß Art 3 Abs 1 leg cit nicht eingeschränkt werden dürfen.

Zum Schutz aller Endnutzer (vgl oben: Alle Endkunden als auch Anbieter von Diensten und Anwendungen) normiert im Anschluss Art 3 Abs 3 TSM-VO als verwaltungspolizeiliche Vorschrift klare, an den ISP adressierte Gebote (UAbs 1, 2) bzw Verbote (UAbs 2, 3) und zählt Ausnahmen von diesen taxativ auf (Abs 3 lit a bis c). Festzuhalten ist zum Verhältnis zwischen Art 3 Abs 2 und

Abs 3 leg cit jedenfalls, dass sich die Bestimmungen des Abs 3 als absolute verwaltungspolizeiliche Gebote und Verbote direkt an den ISP richten und somit jeder vertraglichen oder sonstigen Disposition des ISP oder eventueller Vertragsparteien bzw sonst Beteiligter nach Art 3 Abs 2 TSM-VO vollständig entzogen sind. Im Ergebnis kann daher unter Art 3 Abs 2 leg cit nichts vereinbart bzw gerechtfertigt werden, was gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO verstößt bzw wäre eine solche Vereinbarung wohl zivilrechtlich nichtig. In verwaltungspolizeilicher Hinsicht ließe sich auch ein Verstoß gegen Art 3 leg cit im Allgemeinen daher nicht durch eine vertragliche Vereinbarung iSd Art 3 Abs 2 TSM-VO rechtfertigen.

Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO verbietet es einem ISP durch Verkehrsmanagementmaßnahmen in den Datenstrom der Endnutzer einzugreifen, die seine IAS nutzen, um im Datenstrom bestimmte Handlungen vorzunehmen. Dazu zählt vor allem, dass vom ISP bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste - oder bestimmte Kategorien von diesen - blockiert, verlangsamt, verändert, eingeschränkt, gestört, verschlechtert oder diskriminiert werden. Ausnahmen hiervon sind nur nach Art 3 Abs 3 UAbs 2 u UAbs 3 lit a bis c TSM-VO zulässig. Grundsätzlich hat der ISP daher im Datenstrom den gesamten Datenverkehr (mit Ausnahmen für angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen in Art 3 Abs 3 UAbs 2 leg cit) gleichberechtigt zu transportieren. Zum Grundverständnis der Verbote des Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO ist jedoch festzuhalten, dass sowohl mobile als auch feste IAS „pareto-ineffizient“ funktionieren: Da die zur Verfügung stehende Bandbreite bei IAS physikalisch und idR auch vertraglich („bis zu Bandbreiten“) begrenzt ist, bedeutet die selektive Reservierung von Bandbreite (=Priorisierung, Optimierung) für einen bestimmten Dienst gleichzeitig auch Verlangsamung, Verschlechterung, Einschränkung und Diskriminierung aller anderen über den IAS erreichbaren Dienste, die nun mit der „Restbandbreite“ ihr Auslangen finden müssen. Eine Priorisierung eines Dienstes bzw einer Anwendung über den IAS bedeutet daher grundsätzlich automatisch auch eine Schlechterbehandlung aller anderen Anwendungen bzw Dienste.

Hierzu ist auf die Bestimmung des Art 3 Abs 5 TSM-VO zu verweisen. Diese Bestimmung gestattet es ISP's (wie A1) „andere Dienste, die keine Internetzugangsdienste sind“ (eng: „services other than internet access services“) 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. Diese in der Praxis als „Spezialdienste“ (engl: „specialized services“) bezeichneten Dienste fallen – wenn sie den hohen in Art 3 Abs 5 leg cit genannten Voraussetzungen entsprechen – nicht unter die Bestimmungen des Art 3 Abs 3 TSM-VO („Dienste, die keine Internetzugangsdienste sind“) und dürfen somit ohne Verstoß gegen diese Bestimmung priorisiert (optimiert) werden. Hintergrund dieser Bestimmung ist die Anforderung, bestimmte Dienste bei Vorliegen einer technisch objektiven Notwendigkeit priorisiert über den IAS zu übertragen, da nur so den Anforderungen an ein bestimmtes Qualitätsniveau des Dienstes, das die „normale“ (dem „best-effort“ Prinzip folgende) Übertragung über den IAS nicht bieten kann, entsprochen werden kann. Anders gesagt muss der Dienst - um Spezialdienst zu sein - geradezu „priorisiert werden müssen“ um überhaupt in der notwendigen Qualität über den IAS erbracht werden können. Hierzu ist insbesondere auch auf ErwG 16 der TSM-VO zu verweisen (Hervorhebung nur hier):

„Die Anbieter von Inhalten, Anwendungen und Diensten sind daran interessiert, andere elektronische Kommunikationsdienste, die keine Internetzugangsdienste sind, anbieten zu können, für die spezifische, von Internetzugangsdiensten nicht gewährleistete Qualitätsniveaus erforderlich sind. Diese spezifischen Qualitätsniveaus werden beispielsweise von einigen Diensten, die einem

öffentlichen Interesse entsprechen, oder von einigen neuen Diensten für die Maschine-Maschine-Kommunikation verlangt. Den Anbietern öffentlicher elektronischer Kommunikation, einschließlich der Internetzugangsanbieter und der Anbieter von Inhalten, Anwendungen und Diensten, sollte es freistehen, Dienste anzubieten, bei denen es sich nicht um Internetzugangsdienste handelt und 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 spezifisches Qualitätsniveau zu genügen. Anstatt einfach generell die Priorität vor vergleichbaren Inhalten, Anwendungen oder Diensten, die über die Internetzugangsdienste verfügbar sind, einzuräumen und damit die für die Internetzugangsdienste geltenden Bestimmungen über das Verkehrsmanagement zu umgehen, sollten die nationalen Regulierungsbehörden vielmehr prüfen, ob und inwieweit diese Optimierung objektiv erforderlich ist, um ein oder mehrere spezifische und grundlegende Merkmale der Inhalte, Anwendungen oder Dienste zu gewährleisten und eine entsprechende Qualitätsgarantie zugunsten der Endnutzer zu ermöglichen.

Erfüllt ein Dienst somit diese objektiv zu bemessenen Voraussetzungen, darf dieser Spezialdienst iSd Art 3 Abs 5 TSM-VO bei der Übertragung über den IAS optimiert (priorisiert) werden, auch wenn dies gleichzeitig eine Schlechterstellung aller sonstigen Dienste und Anwendungen bedeutet. Weitere Voraussetzungen sind noch, dass Spezialdienste nur dann angeboten werden dürfen, wenn die allgemeine Netzkapazität des ISP ausreicht, um sie zusätzlich zu den bereitgestellten Internetzugangsdiensten zu erbringen und wenn der Spezialdienst nicht als Ersatz für Internetzugangsdienste dient und nicht zu Nachteilen bei der Verfügbarkeit oder der allgemeinen Qualität der Internetzugangsdienste führt.

4.5 Zu den festgestellten Rechtsverstößen

4.5.1 Zum Produkt „A1 TV“ (Spruchpunkt 1.1, 1.2 u 2.1)

Wie in Punkt 2.2 festgestellt, priorisiert A1 in ihrem Bündelprodukt „A1 TV“ sowohl den darin enthaltenen live-IPTV Dienst als auch den darin enthaltenen Videoabrufdienst („catch-up TV“, Videothek) bei der Übertragung über die von ihr angebotenen festen IAS. Für beide Dienste wird eine bestimmte Bandbreite auf dem IAS reserviert, wobei diese Reservierung solange aufrecht bleibt, solange die Set-Top-Box (STB) beim Kunden eingeschaltet ist.

In rechtlicher Hinsicht ist daher zu klären, ob hinsichtlich der Einzeldienste in „A1 TV“ die Voraussetzungen für das Vorliegen jeweils eines Spezialdienstes gegeben ist und somit dessen Priorisierung zulässig ist, oder ob eine unzulässige Priorisierung vorliegt, die einen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 UAbs 3 und Abs 5 TSM-VO begründet.

Zum (linearen) live-IPTV Dienst in „A1 TV“, der nicht unmittelbar verfahrensgegenständlich ist erübrigen sich weitere Ausführungen, zumal dieser vom Unionsgesetzgeber bzw im Rahmen der Guidelines (vgl Rz 113) auch schon aufgrund des Dienstetypus (Synchronität des live-Bildes) als Spezialdienst angenommen wird.

Hinsichtlich des Videoabrufdienstes liegt, wie in den Punkten 2.2.4 bis 2.2.8 festgestellt, weder eine objektive technische noch objektive kommerzielle Notwendigkeit vor, diesen Dienst zu optimieren (priorisieren), um ein Qualitätsniveau zu erfüllen, das über jenes der „normalen“ (nicht priorisierten, „best-effort“) Datenübertragung eines IAS hinausgeht.

Daraus folgt in rechtlicher Hinsicht, dass A1 durch die Priorisierung des Videoabrufdienstes beim Datentransport über ihre festen IAS gegen Art 3 Abs 5 der TSM-VO verstößt, da dieser die Priorisierung eben nur dann gestattet, wenn die oben beschriebenen objektiven Notwendigkeiten vorliegen.

Ebenso verstößt A1 mit diesem Faktum auch gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO, da – wie in Punkt 4.4 ausgeführt – jede Priorisierung von einzelnen oder mehreren Diensten gleichzeitig auch eine Verlangsamung, Verschlechterung, Einschränkung und Diskriminierung aller anderen über den IAS erreichbaren Dienste bedeutet. Da für diese Verlangsamung, Verschlechterung, Einschränkung und Diskriminierung alle anderen (verbleibenden) Dienste und Anwendungen keine Rechtfertigung durch Art 3 Abs 5 TSM-VO - mangels Spezialdiensteseigenschaft des Videoabrufdienstes - vorliegt, verstößt A1 auch gegen die in Art 3 Abs 3 leg cit genannten Verbote.

4.5.1.1 Zu den Einwendungen der A1 zur Kundenerwartung und Bündelproduktbetrachtung

A1 wendet hiergegen ein, dass die Prüfung auf das Vorliegen eines Spezialdienstes nur auf Basis des gesamtheitlichen Services „A1 TV“ erfolgen dürfe, da die live-TV und VoD Komponente „untrennbar“ miteinander verbunden wären. Die Beurteilung habe sich daher am Produktbündel zu orientieren, da der Kunde „A1 TV“ auch nur als solches wahrnehme (ST A1, ON 6, S 6 & RA Dr Feiler, ON 6, S 11 und ON 24, S 3, Niederschrift ON 27a).

Zur Frage der „Kundenerwartung“ an eine einheitliche Qualität, die letztlich auch im GA Ass Prof Bobrowsky untersucht wird, ist folgendes festzuhalten: Die Kundenerwartung wird allein von A1 selbst durch die technische Realisierung des in Rede stehenden Dienstes bzw dessen Bewerbung gesteuert und ist daher bei der Beurteilung der objektiven Notwendigkeit der Optimierung irrelevant. Vielmehr darf die generierte (entsprechend hohe) Kundenerwartung an die Qualität nur Ausfluss eines (zulässigerweise) als Spezialdienst erbrachten Dienstes sein, nicht umgekehrt. Rz 11 der Guidelines erläutert dies wie folgt (Hervorhebung nur hier):

“NRAs should verify whether, and to what extent, optimised delivery is objectively necessary to ensure one or more specific and key features of the applications, and to enable a corresponding quality assurance to be given to end-users. To do this, the NRA should assess whether an electronic communication service, other than IAS, requires a level of quality that cannot be assured over a IAS. If not, these electronic communication services are likely to circumvent the provisions of the Regulation and are therefore not allowed.”

Dies bedeutet, dass ein ISP wie A1 seinen Kunden nur dann überhaupt eine Zusage über dieses Qualitätsniveau, das „höher“ ist als jenes eines „normalen“ Internetzugangs, machen darf, wenn der Dienst die objektiven Voraussetzungen für einen Spezialdienst erfüllt. Hierzu ist aber noch als bemerkenswert festzuhalten, dass A1 diese Zusage einer besonderen Qualität an die Endnutzer, die sie sowohl im GA Ass Prof Bobrowsky als auch in ihren Stellungnahmen zumindest suggeriert, gar nicht tätigt: Wie (negativ) festgestellt werden konnte (Punkt 2.2.1), gibt es in den bezug habenden Leistungsbeschreibungen und Entgeltbestimmungen (ON 30) keine vertragliche Zusage eines bestimmten, über den normalen Internetzugangsdienst hinausgehenden Qualitätsniveaus. Auch aus diesem Grund muss das Argument der Kundenerwartung der A1 ins Leere gehen, da sie ihren Kunden gar kein besseres Qualitätsniveau als jenes eines Internetzugangsdienstes zugesagt hat. Da Spezialdienste iSd Art 3 Abs 5 TSM-VO aber keinen Selbstzweck darstellen, der die Diensteeerbringung für den ISP möglichst einfach oder

kostengünstig machen sollen, müsste von dem einem Spezialdienst inhärenten erhöhten Qualitätsniveau auch etwas „beim Kunden tatsächlich ankommen“. Da eine solche vertragliche Zusage aber gänzlich fehlt, spricht auch dieses Faktum gegen das Vorliegen eines Spezialdienstes.

Zur Frage der Produktbündelung ist auf die Feststellungen (Punkt 2.2.7) zu verweisen, wonach auch in kommerzieller Hinsicht viele zu „A1 TV“ alternative Dienste kommerziell erfolgreich existieren, die aber jeweils nur eine der Komponenten in „A1 TV“ enthalten (dh einen live-TV oder einen Videoabrufdienst). Es besteht daher aus diesen wettbewerblichen Erwägungen kein Grund, das Produktbündel „A1 TV“ als Ganzes iSd Art 3 Abs 5 TSM-VO zu beurteilen, wenn doch im Internet zahlreiche Alternativdienste existieren, die technisch und kommerziell problemlos nur eine der Komponenten von „A1 TV“ anbieten. Auch ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen, wonach mit dieser Interpretation letztlich nur die Bestimmung des Art 3 Abs 5 TSM-VO umgangen werden soll: Durch „Hinzubündelung“ von Diensten, die die Voraussetzungen des Art 3 Abs 5 leg cit nicht erfüllen, zu tatsächlichen Spezialdiensten, könnte jeder ISP jeden Dienst, egal wie objektiv unnötig dessen Priorisierung auch wäre, zum Spezialdienst machen. Dies würde letztlich die Bestimmung des Art 3 Abs 5 TSM-VO, aber auch Art 3 Abs 3 UAbs 3 leg cit ad absurdum führen, da ein Dienst, dessen technische Realisierung gegen beide Bestimmungen verstößt, einfach durch „Bündelung“ mit einem tatsächlichen Spezialdienst legalisiert werden könnte. Somit ist festzuhalten, dass die Ansicht von A1 letztlich auch dazu führen würde, dass ein ISP jeden beliebigen Dienst, der keinesfalls die Voraussetzungen eines Spezialdienstes erfüllt, „huckepack“ auf einen tatsächlichen Spezialdienst laden könnte, wenn diese als Bündel verkauft werden und somit Art 3 Abs 5 TSM-VO umgehen könnte.

Auch ist den bezughabenden Erwägungsgründen der VO als auch den Guidelines (Rz 107ff) nicht zu entnehmen, dass bei der Beurteilung nach Art 3 Abs 5 TSM-VO auf kommerzielle Produktbündel abgestellt werden sollte. Vielmehr ist nach den zitierten Erläuterungen auf den spezifischen Dienstetypus - im gegenständlichen Fall ein Videoabrufdienst – abzustellen. Der Vorwurf der „Salamitaktik“ durch A1 ist insbesondere schon deshalb unbegründet, als die Betrachtung von Einzeldiensten in Produktbündeln letztlich an der technischen Selbstständigkeit der Einzeldienste ihre Grenze findet. Somit führt sich auch das von A1 aufgebrachte Beispiel der „Filetierung“ eines „Echtzeit-Gesundheitsdienstes“ (Niederschrift ON 27a) ad absurdum, da bei diesem audiovisuellen Beispieldienst natürlich Audio- und Videostream eine Einheit bilden und damit in Summe als ein Dienst betrachtet werden müssen. So wird auch im gegenständlichen Verfahren ein Videoabrufdienst untersucht, der audio-visuell ist und bei dem Audio- und Videodienstelemente eine untrennbare technische Einheit darstellen. Es wäre absurd anzunehmen, dass ein Videoabrufdienst gleichfalls als „Stummfilmvideoabrufdienst“ angeboten werden würde, der nur Video aber kein Audio enthält. Hier wäre wohl schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung die Grenze der Trennbarkeit erreicht.

Weiters ist zu ergänzen, dass die Einzeldienste in „A1 TV“ auch schon in rechtlicher Hinsicht unterschiedlichen Regulierungen unterworfen sind: Während der live IP-TV Dienst in „A1 TV“ Dienst der über ein Kommunikationsnetz iSd § 3 Z 1 TKG 2003 („Kabelweiterverbreitung“) erbracht wird, einer Anzeigepflicht bei der KommAustria nach § 25 TKG 2003 unterliegt, ist der Videoabrufdienst iSd § Z 4 AMD-G audiovisueller Mediendienst auf Abruf, der nach Anzeige eine andere regulatorische Behandlung erfährt.

In ihrer Stellungnahme ON 24 (RA Dr. Feiler, S 1ff) wird von A1 insbesondere auch unter Verweis auf die Guidelines ausgeführt, der Gutachtensauftrag sowie das Gutachten der

Amtssachverständigen sei fehlerhaft, weil nicht die konkrete Dienstausprägung „A1 TV“, sondern ein abstrakter Videoabrufdienst untersucht worden sei. Hiermit fordert A1 eine rein subjektive – weil auf die konkrete Dienstausprägung abstellende Beurteilung der Notwendigkeit einer Priorisierung iSd Art 3 Abs 5 TSM-VO. Wie aber schon aus den oben zitierten ErWG 16 zur TSM-VO und der Rz 11 der Guidelines hervorgeht, soll die Überprüfung dieser Notwendigkeit anhand objektiver Kriterien und nicht subjektiv anhand der konkreten Dienstausprägung erfolgen. Auch ist im Gegensatz zur Meinung von A1 nicht – wie schon ausgeführt – der Dienst „A1 TV“ als Ganzes zu prüfen, sondern dessen Einzeldienste.

Insbesondere das selektive Zitat von Rz 108 der Guidelines (ON 24, RA Dr. Feiler, S 1) ist irreführend, da sich das von BEREC zur Beurteilung von möglichen Spezialdiensten vorgeschlagene Procedere aus den Rz 106 bis 112 als Ganzes ergibt. Bei vollständiger Lektüre stützen diese Erläuterungen die Argumentation der A1 nicht, sondern widersprechen ihr:

“106. Initially, the requirement of an application can be specified by the provider of the specialised service, although requirements may also be inherent to the application itself. For example, a video application could use standard definition with a low bitrate or ultra-high definition with high bitrate, and these will obviously have different QoS requirements. A typical example of inherent requirements is low latency for real-time applications.

107. When assessing whether the practices used to provide specialised services comply with Article 3(5) first subparagraph, NRAs should apply the approach set out in paragraphs 108-115).

108. NRAs could request from the provider relevant information about their specialised services, using powers conferred by Article 5(2). In their responses, the provider should give information about their specialised services, including what the relevant QoS requirements are (e.g. latency, jitter and packet loss), and any contractual requirements. Furthermore, the “specific level of quality” should be specified, and it should be demonstrated that this specific level of quality cannot be assured over the IAS and that the QoS requirements are objectively necessary to ensure one or more key features of the application.

109. Based on this information, the NRA should assess the requirements mentioned in Article 3(5) first subparagraph.

110. If assurance of a specific level of quality is objectively necessary, this cannot be provided by simply granting general priority over comparable content. Specialised services do not provide connectivity to the internet and they can be offered, for example, through a connection that is logically separated from the traffic of the IAS in order to assure these levels of quality.

111. NRAs should verify whether, and to what extent, optimised delivery is objectively necessary to ensure one or more specific and key features of the applications, and to enable a corresponding quality assurance to be given to end-users. To do this, the NRA should assess whether an electronic communication service, other than IAS, requires a level of quality that cannot be assured over a IAS. If not, these electronic communication services are likely to circumvent the provisions of the Regulation and are therefore not allowed.

112. The internet and the nature of IAS will evolve over time. A service that is deemed to be a specialised service today may not necessarily qualify as a specialised service in the future due to

the fact that the optimisation of the service may not be objectively necessary, as the general standard of IAS may have improved. On the other hand, additional services might emerge that need to be optimised, even as the standard of IAS improves. Given that we do not know what specialised services may emerge in the future, NRAs should assess whether a service qualifies as a specialised service on a case-by-case basis."

Zu Beginn kann der Betreiber die Anforderungen festlegen, die er mit dem in Rede stehenden Dienst erfüllen möchte. Im gegenständlichen Fall sind diese Anforderungen (Funktionen, Features, Dienstmerkmale) jene, die in Punkt 2.2.3 hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Videoabrufdienstes festgestellt wurden. Regulierungsbehörden können sich uA unter Nutzung ihre Auskunftsrechte nach Art 5 Abs 2 TSM-VO über diese Anforderungen informieren. Hierbei soll der ISP auch darlegen, welches konkrete Qualitätsniveau, das über jenem liegt, das mit einem „normalen“ IAS erzielbar ist, der ISP anbieten möchte und darüber hinaus, warum gerade dieses Qualitätsniveau mit dem Datentransport im Rahmen des „normalen“ IAS nicht erreichbar ist.

Hierzu ist festzuhalten, dass A1 kein Vorbringen dazu erstattet hat, warum der Videoabrufdienst innerhalb von „A1 TV“ wegen der Qualitätseinschränkungen des „normalen“ IAS über diesen nicht erbracht werden kann. Wie in Punkt 2.2.6 und 2.2.7 festgestellt werden konnte, existiert eine Menge alternativer Videoabrufdienste, die über den „normalen“ IAS (ohne Priorisierung) erfolgreich erbracht werden, wodurch das nur schwer widerlegbare Indiz geschaffen ist, dass Videoabrufdienste mit den von A1 genannten Anforderungen objektiv keiner Priorisierung beim Datentransport bedürfen. Die Rz 110 und 111 der Guidelines verdeutlichen dies und führen aus, dass priorisierten Diensten bei Existenz vergleichbarer Dienste, die ohne Priorisierung nur mit dem Qualitätsniveau eines normalen IAS reüssieren, schon grundsätzlich das Stigma der Umgehung von Art 3 Abs 5 TSM-VO anhaftet. Letztlich ist im Gutachten der Amtssachverständigen aber auch nachvollziehbar dargelegt, warum in rein objektiver technischer Hinsicht der Videoabrufdienst innerhalb von „A1 TV“ keiner Priorisierung bedarf.

Soweit A1 versucht, am Gutachten der Amtssachverständigen dadurch Zweifel zu erwecken, indem sie ausführt (ON 24, RA Dr. Feiler, Punkt 1.1 – 1.2), das Gutachten bzw dessen Auftrag sei mangelhaft, weil es nicht auf die konkrete Dienstausprägung „A1 TV“ eingeht, sondern die Erbringung eines Videoabrufdienstes wie jenem, der mit „A1 TV“ im Bündel angeboten wird, untersucht, geht diese Kritik ins Leere: Es ist nachvollziehbar, dass A1 auf die konkrete Dienstausprägung in Form des Dienstes „A1 TV“ abgestellt haben möchte, da dieser Umstand letztlich immer zu einem Zirkelschluss führen muss, der in der Rechtfertigung bzw im Vorliegen eines Spezialdienstes endet. Der offensichtliche Grund hierfür liegt darin, dass A1 als ISP allein über die konkrete technische Ausgestaltung der Dienstausprägung „A1 TV“ entscheidet. Würde man bei der Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen für einen Spezialdienst nun auf eben genau diese konkrete Dienstausprägung abstellen, stünde es immer in der Disposition des ISP, durch vielleicht wirtschaftlich günstigere, aber letztlich technisch suboptimale Realisierung der konkreten Dienstausprägung die (dann subjektive) Notwendigkeit der Optimierung zur Erreichung eines bestimmten Qualitätsniveaus zu rechtfertigen. Mit der Beurteilung der konkreten Dienstausprägung „A1 TV“ fordert A1 daher eine weder Art 3 Abs 5 TMS-VO noch Rz 106 ff der Guidelines entnehmbare rein subjektive Bewertung der Notwendigkeit der Optimierung eines Dienstes für ein bestimmtes Qualitätsniveau (vgl auch ausführlicher Punkt 4.5.1 f). Da die Bewertung der Optimierung aber im Gegenteil anhand objektiver Notwendigkeitskriterien zu erfolgen hat, war im Rahmen des Gutachtens der Amtssachverständigen nicht auf die Dienstausprägung „A1 TV“ im Konkreten, sondern auf den

ausschließlich verfahrensgegenständlichen abstrakten Dienstetypus eines Videoabrufdienstes abzustellen. Die Kritik der A1 am Gutachtensauftrag bzw am Gutachten der Amtssachverständigen ist daher nicht nachvollziehbar.

Auch geht A1 fehl, wenn sie argumentiert, dass nicht der „konkrete Dienst“ im Rahmen des Gutachtens der Amtssachverständigen untersucht wurde (ON 24, RA Dr. Feiler S 1 f; Niederschrift ON 27a). A1 bringt hiermit erneut vor, dass der Bündeldienst „A1 TV“ iSd Dienstausprägung als Ganzes hätte untersucht werden müssen. Neben den bereits ausgeführten Gründen (Punkt 3.2), warum dies nicht zutrifft, wurde auch tatsächlich der konkrete Dienst, den die Guidelines in Rz 111 und 112 mit „service“ und „application“ bezeichnen, untersucht. Unter diesen Begriffen ist aber entgegen der Ansicht von A1 nicht die spezifische Dienstausprägung zu verstehen (diese wäre wohl mit „specific service“ oä textiert worden), sondern der konkrete Dienstetypus (zB ein Voice-over-IP Dienst, ein Videoabrufdienst oder ein Audiostreamingdienst). Genau auf Basis dieses konkreten Dienstes, nämlich eines Videoabrufdienstes ist zu überprüfen, ob dessen Optimierung für ein den IAS übersteigendes Qualitätsniveau objektiv notwendig ist. Letztlich spricht auch die Formulierung in Rz 110 der Guidelines „[...] cannot be provided by simply granting general priority over comparable content.[...]“ und der korrespondierende ErWG 16 der TSM-VO gegen die Interpretation der A1, da eine Überprüfung hinsichtlich „vergleichbarer Inhalte, Anwendungen oder Dienste“, die über den IAS ohne Priorisierung erbracht werden, bei Abstimmung auf die konkrete Dienstausprägung gar nicht möglich wäre. Dies liegt daran, dass wohl weltweit kein mit der Dienstausprägung „A1 TV“ in seiner kommerziellen und technischen Ausgestaltung zu hundert Prozent vergleichbarer Dienst existiert. Dieser vorzunehmende Vergleich mit anderen Diensten müsste daher – folgte man der Interpretation der A1 – letztlich immer scheitern.

Das Vorbringen der A1, dass das Gutachten der Amtssachverständigen selbst ausführt, dass die „konkrete technische Lösung im Netz der A1TA sehr wohl eine Notwendigkeit einer Priorisierung“ feststellte, scheint auf einem Missverständnis zu basieren. Der von A1 angesprochene Passus im Gutachten der Amtssachverständigen (ON 14, S 29) lautet wie folgt:

„[...] Aus technischer Sicht ist festzuhalten dass es grundsätzlich zwei Möglichkeiten gibt die Anforderungen der Anwendung und die Möglichkeiten des Übertragungskanal in Übereinstimmung zu bringen: i) Entweder passt sich die Anwendung an den Übertragungskanal an oder ii) sie passt sich dem Übertragungskanal nicht an, ist also starr. Der von A1TA realisierte Weg sieht keine flexible Anpassung der Anwendung an den Übertragungskanal vor. Die Notwendigkeit einer Priorisierung ist also der konkreten technischen Lösung im Netz der A1TA, nicht aber den Umständen des VoD-Dienstes per se, geschuldet.“

Letztlich bringen die Amtssachverständigen nichts Anderes zum Ausdruck als hier in Punkt 4.5.1 schon mehrfach ausgeführt wurde: Beim Videoabrufdienst innerhalb von „A1 TV“ liegt keine objektive Notwendigkeit einer Priorisierung (=Optimierung) für ein Qualitätsniveau vor, dass mit dem „normalen“ IAS nicht auch erreicht werden kann. Eine Notwendigkeit zur Priorisierung des Videoabrufdienstes innerhalb von „A1 TV“ besteht bei objektiver Betrachtung eben nicht; sie besteht nur deshalb, weil sich A1 dabei einer technischen Realisierung bedient, die – vereinfacht gesagt – nicht mehr dem aktuellen Stand der Technik hinsichtlich effizienter Datenübertragung bzw Videooptimierung entspricht. Bei Einsatz aktueller effizienter Technologien (vgl Punkt 2.2.4 ff) ist aber für den Videoabrufdienst innerhalb von „A1 TV“ objektiv keine Priorisierung beim Datentransport über den IAS notwendig. Dass Spezialdienste iSd Art 3 Abs 5 TSM-VO auch

keinesfalls dazu dienen sollen, einem ISP eine Art „Bestandsschutz“ für Einsatz wirtschaftlich günstiger, aber (mehr oder weniger) ineffizienter bzw veralteter Technologien zu ermöglichen, ergibt sich aus Rz 112 der Guidelines. Diese weisen darauf hin, dass bei der Betrachtung von Spezialdiensten auch auf die technische Entwicklung des Internet selbst abzustellen ist und somit Dienste, die jetzt als Spezialdienste zu rechtfertigen sind, durch die rasante technische Entwicklung auf diesem Gebiet diese Rechtfertigung auch wieder verlieren können.

4.5.1.2 Zu den grundrechtlichen Einwendungen und zum Anwendungszeitraum der TSM-VO

A1 bringt in ihren Stellungnahmen (ON 6, RA Dr. Feiler S 13; ON 24, RA Dr. Feiler S 4) unter anderem vor, ein regulatorischer Eingriff in die Produktgestaltung bestehender Produkte aufgrund der TSM-VO verbiete sich schon aufgrund der Tatsache, dass dies einen Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum darstelle. Weiters könnte ein entsprechender regulatorischer Eingriff nicht auf die BEREC Guidelines gestützt werden, da dieser Eingriff nach Art 5 StGG bzw Art 17 GRC und Art 1 1. ZP-MRK einer gesetzlichen Grundlage benötige.

Zum zweiten Argument ist lediglich festzuhalten, dass dieses Vorbringen nicht nachvollziehbar ist, da der mit diesem Bescheid getroffene regulatorische Eingriff sich nicht auf die BEREC Guidelines als rechtliche Grundlage stützt. Die von A1 geforderte gesetzliche Grundlage stellen die im Spruch explizit angeführten unionsrechtlichen Bestimmungen der TSM-VO, insbesondere deren Art 3 und 5 dar. Die von Art 5 StGG bzw Art 17 GRC und Art 1 1. ZP-EMRK geforderte gesetzliche Grundlage ist daher jedenfalls vorhanden. Die BEREC Guidelines kommen im gegenständlichen Fall lediglich in Form von Auslegungsleitlinien bzw Empfehlungen zur Anwendung. Darüber hinaus ist auch hier auf Widersprüche im Vorbringen von A1 hinzuweisen: A1 argumentiert einerseits, dass die BEREC Guidelines ihrer Rechtsansicht nach keinerlei normative Wirkung haben (siehe oben), stützt die angeblichen Unzulänglichkeiten des Gutachtensauftrages an die Amtssachverständigen und deren Gutachten selbst aber gleichzeitig weitgehend (auch hier nicht eventualiter) auf die Rz 107 und 108 ebendieser Guidelines.

Zum Vorbringen des unzulässigen Eingriffs in das verfassungsgesetzlich geschützte Recht auf Eigentum der A1 ist festzuhalten, dass sich A1 nicht der Einhaltung sie treffender verwaltungspolizeilicher Vorschriften wie Art 3 Abs 3 u 5 TSM-VO dadurch entledigen kann, in dem sie vorbringt, dass jene notwendigen Maßnahmen, die ihr gegenüber zur Sicherstellung der Einhaltung dieser Vorschriften angeordnet werden müssten, einen unzulässigen Eingriff in das Recht auf Eigentum darstellen. Ebenso ist dem Vorbringen zum von A1 behaupteten exzessiven Aufwand für die notwendigen Umrüstungen am Produkt „A1 TV“ zu begegnen. Die mit Spruchpunkt 2.1 angeordnete und zur Sicherstellung der Einhaltung von Art 3 TSM-VO (einzig) geeignete und erforderliche Maßnahme ist, ggü A1 die Einstellung der Priorisierung des Videoabrufdienstes innerhalb von „A1 TV“ anzuordnen. Andere Möglichkeiten einen den Art 3 Abs 3 u 5 TSM-VO konformen Zustand herzustellen, sind nicht vorhanden. Die Anordnung von Maßnahmen zur Herstellung dieses rechtskonformen Zustandes kann nicht nur deshalb unterbleiben, weil sie Kosten verursacht. Zu ergänzen ist noch, dass die hier anzuwendende Eingriffsnorm des Art 5 Abs 1 S 2 TSM-VO ausdrücklich von „sonstigen geeigneten und erforderlichen Maßnahmen“ spricht. Durch den Bezug auf die Geeignetheit bzw Erforderlichkeit der Maßnahme, ohne hierbei explizit auch die Verhältnismäßigkeit ebendieser Maßnahmen zur Voraussetzung zu machen, legt der Unionsgesetzgeber einen weitgehenden Eingriffsspielraum für die Regulierungsbehörden fest, den diese nutzen sollen, um die Bestimmungen des Art 3 und 4 TSM-VO durchzusetzen. Dies bedeutet zwar nicht, dass Aspekte der Verhältnismäßigkeit der angeordneten Maßnahmen keine Rolle spielen würden, da jedwedes hoheitliche

Verwaltungshandeln am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen ist. Diese ist im gegenständlichen Fall vor allem bei der Bemessung der Fristen für die Abstellung der festgestellten Verstöße zu berücksichtigen.

Der Unionsgesetzgeber hat damit auch vorrausschauend die Tatsache berücksichtigt, dass Eingriffe aufgrund Art 5 Abs 1 leg cit, die zur Sicherstellung der zur Einhaltung von Art 3 und 4 TSM-VO notwendig sind, mangels entsprechender Bestimmungen ohne Übergangsfrist erfolgen. Mit vollumfänglichem Inkrafttreten der TSM-VO am 30.04.2016 sind daher auch bestehende Vertragsverhältnisse unabhängig von der Frage, wann diese eingegangen worden sind, der TSM-VO zu unterwerfen. Dies entspricht auch der Judikatur des OGH, wonach Gesetzesänderungen auch Dauerschuldverhältnisse treffen, jedoch per se wegen der Zugehörigkeit zur einseitigen Risikosphäre eines Vertragspartners grundsätzlich aber keine außerordentliche Kündigung des Vertrages wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zulassen (EvBl 1970/203; EvBl 1972/142; *Rummel in Rummel*, ABGB², 1239 Rz 5 zu § 901). Zu berücksichtigen sind die Aspekte der Verhältnismäßigkeit und insbesondere auch das Fehlen von Übergangsfristen in der TSM-VO aber jedenfalls bei der Bemessung der zu setzenden Abstellungsfristen.

Auch das Vorbringen von A1, der Eingriff liege nicht im öffentlichen Interesse und dürfe daher vor dem 30.04.2016 geschlossene Verträge nicht betreffen, trifft nicht zu. A1 verkennt hiermit die wettbewerbssichernde Intention der TSM-VO, die neben der Funktion als Kundenschutzvorschrift, vor allem auf die Begründung eines wettbewerblichen „level playing field“ zwischen den die Hauptlast der Innovation tragenden Dienste- und Anwendungsanbietern im Internet und den ISP, die als „Gatekeeper“ den Zugang zu den Kunden der Erstgenannten kontrollieren, herstellen soll (vgl auch ErwG 1 u 3 der TSM-VO). Daher stellt der (mittelbar erfolgende) Eingriff in bestehende Vertragsverhältnisse zur Sicherstellung von wettbewerblicher Chancengleichheit zwischen A1 und den über die von ihr angebotenen IAS agierenden Dienste- und Anwendungsanbieter zweifelsfrei ein öffentliches Interesse dar. Auch wird gegenüber A1 nicht angeordnet, den Dienst „A1 TV“ gar nicht mehr anzubieten, sondern der Eingriff (Untersagung) auf die gegen Art 3 Abs 5 und Art 3 Abs 3 TSM-VO verstoßende Priorisierung des Videoabrufdienstes eingeschränkt. Der Eingriff ist daher geeignet und notwendig, um die Einhaltung der Art 3 Abs 3 u 5 TSM-VO durch A1 sicherzustellen. Er ist auch verhältnismäßig, da er auf das unbedingt notwendige Ausmaß (eingeschränkt auf die Priorisierung des Videoabrufdienstes) beschränkt ist, und gleichzeitig das einzig zur Verfügung stehende Mittel zur Herstellung eines rechtskonformen Zustandes ist.

Dem Einwand der A1 zur mangelnden Rückwirkung der TSM-VO insbesondere bei Berücksichtigung des ErwG 7 zur TSM-VO geht schon deshalb ins Leere, als sich dieser ErwG auf Art 3 Abs 2 TSM-VO bezieht und grundsätzlich erläutert, zu welchen Auswirkungen nach Art 3 Abs 2 leg cit zulässige Vereinbarungen nicht führen sollen. A1 trifft aber mit ihren Kunden (vgl Punkt 4.5.1.1) gar keine vertragliche Vereinbarung über eine bestimmte Qualität des Dienstes „A1 TV“. Unabhängig davon wird A1 auch zu „A1 TV“ kein Verstoß gegen Art 3 Abs 1 o 2 TSM-VO, sondern gegen die verwaltungspolizeilichen Vorschriften des Art 3 Abs 3 und 5 TSM-VO vorgeworfen. Dass Änderungen der Rechtslage auch auf Dauerschuldverhältnisse Einfluss haben, wurde bereits ausgeführt.

4.5.1.3 Zur angeordneten Maßnahme und zur Setzung der Abstellungsfrist

Wie bereits oben ausgeführt, kommt hinsichtlich „A1 TV“ als geeignete und notwendige Maßnahme zur Herstellung eines der TSM-VO entsprechenden Zustandes nur die Untersagung der nach Art 3 Abs 3 u 5 unzulässigen Priorisierung des Videoabrufdienstes in Frage. Alternative

Maßnahmen die ebenfalls einen der TSM-VO entsprechenden rechtskonformen Zustand herstellen, sind nicht ersichtlich.

Es war daher ggü A1 anzuordnen, die Optimierung (Priorisierung ggü sonstigem Datenverkehr des Internetzugangs) des im Rahmen ihres Bündelproduktes „A1 TV“ erbrachten Videoabrufdienstes zu beenden.

Zur Bemessung der Frist ist wie bereits ausgeführt zu berücksichtigen, dass die TSM-VO keine Übergangsbestimmungen enthält und damit ab 30.04.2016 in vollem Umfang anwendbar ist. A1 gibt in ihrer Stellungnahme ON 6 an, dass von der Anpassung von „A1 TV“ – neben Änderungen an der Plattform selbst - 360.000 auszutauschende Set-Top-Boxen betroffen wären und dafür ein Zeitraum von mindestens 5 Jahren benötigt werden würde. Dieser Zeitraum erscheint zu lang bemessen. Zieht man zB die von A1 aufgrund der Marktanalysebescheide M 1.1/12 und M 1.2/12 hinsichtlich „Entbündelung“ und „Bitstreaming“ veröffentlichten „Key Performance Indicators“ (KPI) für das Quartal 4/2016 heran (ON 42) ergeben sich im Hinblick auf die administrative Leistungsfähigkeit der A1 für (technisch und administrativ nicht unaufwändige) Bestellungen bzw Herstellungen von entbündelten und Bitstreaming-Anschlüssen ein Wert von 31.456 Vorgängen. Zusätzlich führte A1 m Quartal 4/16 50.894 Entstörungen durch. Bei Bitstreamingherstellungen ergibt sich sogar ein überwiegender Anteil von Herstellungen, die nicht als Selbstinstallation, dh mit Einsatz eines Technikers der A1 ausgeführt wurden. Rechnet man nun diese 31.456 Vorgänge pro Quartal bis zur Zahl der von A1 angegeben 360.000 Austauschvorgänge hoch, gelangt man auf einen Zeitraum von ca drei Jahren (377.472 Vorgänge). Es erscheint daher möglich, dass A1 innerhalb von drei Jahren eine solche Anzahl an administrativen Vorgängen abhandeln kann. Zusätzlich ist noch anzumerken, dass die in den KPI-Zahlen abgebildeten Vorgänge teils deutlich komplexer sind, als ein Vorgang, der darin besteht einem betroffenen Kunden eine neue Set-Top-Box zukommen zu lassen. Die Daten aus der Verteilung der Selbst- und Nicht-Selbstinstallationen bei diesen Herstellungen (ON 42) zeigt, dass im Durchschnitt 27% der Herstellungen von festen Internetzugängen der A1 als Selbstinstallation erfolgen. Zieht man nun diesen Wert heran, dass 27% der Kunden in der Lage sind, wie bei der Selbstinstallations-Variante der Internetzugänge der A1 die Set-Top-Box nach Zusendung selbst auszutauschen, besteht schon bei fast 100.000 Kunden keine Notwendigkeit für einen Technikereinsatz. Da für die Änderungen an „A1 TV“ mit Ausnahme des Austauschs der Set-Top-Box beim Kunden selbst grundsätzlich keine Änderungen notwendig sind und eine Herstellung eines Internetzuganges (Anschlussherstellung, Provisionierung am Hauptverteiler uam) im Vergleich zu einem Tausch der Set-Top-Box aufwändiger ist, ist der Wert von 27% wohl noch zu tief gegriffen. Auch ist festzuhalten, dass es sich bei den verwendeten Set-Top-Boxen bilanziell um Wirtschaftsgüter handelt, die iaR auf einen Zeitraum von drei Jahren abzuschreiben sind. Hieraus resultiert, dass ein Gutteil der beim Kunden im Einsatz befindlichen Set-Top-Boxen wohl gar nicht mehr retourniert werden müssen, sondern vom Kunden entsorgt werden können, was den administrativen Aufwand weiter reduziert. Die im Netz bzw an der Plattform der A1 selbst notwendigen Arbeiten können zum Austausch der Hardware beim Kunden parallel getätigt werden und beeinflussen daher die Fristbemessung nicht weiter.

Berücksichtigt man, dass die Priorisierung des Videoabrufdienstes innerhalb „A1 TV“ bereits mit 30.04.2016 rechtswidrig geworden ist, und somit bis zur tatsächlichen Abstellung des Rechtsverstößes durch A1 insgesamt fast fünf Jahre seit Inkrafttreten von Art 3 TSM-VO vergangen sind, erscheint ein Zeitraum für die Abstellung von 3 Jahren ab Bescheidzustellung realistisch und verhältnismäßig.

4.6 Zur Trennung von IP-Verbindungen nach 24 Stunden (Spruchpunkte 1.3 und 2.2)

Art 3 Abs 1 TSM-VO legt Rechte der Endnutzern bei Nutzung von IAS fest. Dies beinhaltet auch das Recht des Endnutzers - ohne unnötige Einschränkungen - selbst Dienste und Anwendungen bereitzustellen. Als Beispiel für Dienste, die realistischer Weise vom Endnutzer für sich oder andere (auch bei Privatkundenprodukten) bereitgestellt werden können, sind Webserver für Webseiten, Blogs aber zB auch „Smart-Home-Systeme“, IP-Alarmanlagen oder IP-Kamera Systeme zu nennen. Wie festgestellt (Punkt 2.3), ist hierfür (neben einer öffentlichen IP-Adresse) eine möglichst dauerhaft aufrechte IP-Verbindung notwendig. A1 trennt jedoch IP-Verbindungen ihrer Nutzer netzseitig nach 24 Stunden; dies unabhängig davon, ob gerade ein Datenverkehr stattfindet oder nicht. Stellt nun ein Endnutzer selbst Dienste bereit, wird diese Möglichkeit zur Bereitstellung des Dienstes alle 24 Stunden unterbrochen.

Selbst wenn der Endnutzer eine automatische Wiederverbindung der IP-Verbindung in seinen Endgeräten konfiguriert hat, ist er zum einen für wenige Minuten offline und erhält nach der Wiederverbindung iaR eine andere dynamisch-öffentlich IPv4 Adresse zugewiesen. Wie in Punkt 2.3 festgestellt, bedeutet dies selbst bei Nutzung eines dynamischen DNS Dienstes eine tägliche, mehrminütige Unterbrechung der Möglichkeit Dienste selbst bereitzustellen und somit eine Einschränkung der Rechte nach Art 3 Abs 1 TSM-VO.

Zu diesem Faktum ist festzuhalten, dass A1 die Trennung der IP-Verbindung ihrer Internetzugangsdienste nach 24 Stunden nicht bestreitet, jedoch vorbringt, dies „begünstige“ den Schutz der Privatsphäre ihrer Endnutzer bzw schütze diese vor fortgesetzten Cyber Angriffen (zB Denial-of-Service, „DoS“ Angriffe). Zwingende technische Gründe, die eine Ausweitung der Verbindungsdauer unmöglich machen würden, bringt A1 nicht vor. Es ist daher davon auszugehen, dass eine Ausweitung der maximalen Verbindungsdauer technisch möglich ist.

Zum Schutz vor fortgesetzten Angriffen ist festzuhalten, dass die regelmäßige Trennung der IP-Verbindung keinen zwingenden positiven Schutzeffekt haben kann. Dies ist damit zu begründen, dass zielgerichtete DoS Angriffe auf einzelne Privatkunden zum einen sehr selten sind und von diesem letztlich auch schnell bemerkt werden (Nicht-Funktion des IAS). Trennt der Endnutzer dann manuell die IP-Verbindung, wird auch eine neue IP-Adresse zugewiesen, wodurch der Angriff ins Leere laufen würde. Weiters verfügt ein Gutteil der Kunden der A1 ohnehin nur über eine private IP-Adresse (vgl Punkt 4.7) und ist somit schon vor Angriffen geschützt. Außerdem verkennt A1, wenn sie sich um die Cyber-Sicherheit ihrer Endnutzer sorgt, dass sie ohnehin gemäß Art 3 Abs 3 lit b TSM-VO zur Abwehr von die Netzsicherheit oder –integrität bedrohenden Angriffen (auch auf Endgeräte von einzelnen Endnutzern) verpflichtet ist. Diese Abwehrmaßnahmen müssen aber auf tatsächliche Angriffe begrenzt bleiben, nur für die zur Abwehr notwendige Dauer aufrechterhalten werden und überdies verhältnismäßig sein. Die automatische Trennung der IP-Verbindung nach 24 Stunden ist aber unabhängig von einem tatsächlichen Angriff, wird dauerhaft aufrechterhalten und ist auch kaum verhältnismäßig, weil ohne realistisches Bedrohungsszenario einfach allen Endnutzern gegenüber die Rechte des Art 3 Abs 1 TSM-VO einschränkende Maßnahmen ergriffen werden. Eine Rechtfertigung durch Art 3 Abs 3 lit b) TSM-VO liegt daher nicht vor.

Auch dem Vorbringen, diese Maßnahme diene dem Schutz der Privatsphäre der Nutzer ist eine Absage zu erteilen. Zum einen findet das „Webtracking“ von Nutzern bzw das Erstellen von

Nutzerprofilen nach allgemein zugänglichen Informationen² nicht mehr allein anhand der IP-Adresse statt. Dies auch deshalb, weil viele ISP wie auch A1 einem Gutteil ihrer Endnutzer nur noch private IP-Adressen (per NAT) zuweisen. Das bedeutet aber, dass sich hinter einer für den „Tracker“ sichtbaren öffentlichen IP-Adresse hunderte Endnutzer mit privater IP-Adresse finden können. Ein „Nutzertracking“, das eine solche Akkuranz von eins zu mehreren hundert aufweist, erscheint kaum verwertbar. Es ist davon auszugehen, dass „Trackern“ daher technisch wesentlich zielführendere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um Nutzerprofile zu generieren und IP-Adressen hierbei nur eine Randrolle (zB bei der geographischen Verortung des Nutzers) spielen.

Darüber hinaus berechtigt A1, die Absicht die Privatsphäre ihrer Nutzer schützen zu wollen, nicht dazu, gegen Art 3 Abs 1 TSM-VO verstoßende Praktiken einzusetzen. Dem Verweis der A1, dass eine Ausnahme iSd Art 3 Abs 3 lit a) TSM-VO durch die Bestimmungen des DSGVO 2000 bzw der ab 25.05.2018 anwendbaren VO (EU) 2016/679 (Datenschutzgrundverordnung, DSGVO) vorliege und sie deshalb geradezu verpflichtet sei, diese Maßnahme vorzunehmen, ist schon dadurch zu entkräften, als die Qualifikation der Erbringung eines IAS, also die Zurverfügungstellung einer reinen Zugangsleistung zum Internet per se, um die es hier geht, als Verarbeitung iSd Art 4 Abs 2 DSGVO von vornherein zweifelhaft erscheint. Verarbeitungen iSd zitierten Bestimmungen finden im Hintergrund zur Ermöglichung des IAS zweifelsfrei statt, nichts Anderes regeln schon die § 92ff TKG 2003 bereits jetzt. Die Nutzung des Internetzugangs durch den Endnutzer selbst stellt wohl aber keine Verarbeitung der A1 dar, die entsprechend nach der DSGVO zu sichern wäre. Auch ist im „Web-Tracking“ durch Dritte im Internet keine Verarbeitung iSd Art 4 Abs 2 DSGVO bei A1 zu sehen. Doch selbst wenn die Trennung der IP-Verbindung überhaupt einen „positiven“ Effekt auf die Datenschutzsituation der Endnutzer hätte (was nicht festgestellt werden konnte), wäre die lediglich allgemein gefasst Bestimmung des Art 25 DSGVO keine taugliche Ausnahme iSd Art 3 Abs 3 lit a) TSM-VO. Wie schon an anderer Stelle ausgeführt, ist es zum Schutz vor Umgehung der Bestimmungen des Art 3 Abs 3 TSM-VO notwendig, die Ausnahmen der lit a) bis c) eng auszulegen. Art 25 DSGVO setzt aber keineswegs Maßnahmen voraus, die zwingend nur durch Einschränkung der Rechte nach Art 3 Abs 1 TSM-VO bzw durch gegen Art 3 Abs 3 leg cit verstoßende Maßnahmen zu realisieren sind. Als Gegenbeispiel ist die als Ausnahme iSd Art 3 Abs 3 lit a) TSM-VO akzeptierte Bestimmung des § 81 Abs 1a UrhG zu nennen, aufgrund derer der OGH bereits in mehreren Erkenntnissen sog „Netzsperrn“ angeordnet hat. Die Bestimmung lässt also keine andere Möglichkeit zu, als bestimmte von Art 3 Abs 3 UAbs 3 eigentlich verbotene Maßnahmen zu ergreifen, um dem Gesetz Genüge zu tun. Dies trifft auf Art 25 DSGVO nicht zu.

Letztlich war daher als geeignete und notwendige Maßnahme anzuordnen, die Verbindungsdauer für IP-Verbindungen insoweit auszuweiten, dass Endnutzer nur im betrieblich geringstnotwendigen Umfang in der Ausübung ihrer Rechte nach Art 3 Abs 1 TSM-VO eingeschränkt werden. Dass die Ausübung dieser Rechte nicht absolut ohne Einschränkungen möglich ist, ergibt sich grundsätzlich schon aus der technischen Natur eines IAS, da insbesondere Störungen am Internetzugangsdienst auftreten können oder ein ISP auch technisch notwendige Wartungsarbeiten durchführen muss. Art 3 Abs 1 TSM-VO ist daher so zu verstehen, dass unter Berücksichtigung betrieblicher Notwendigkeiten bei Bereitstellung eines IAS, ein Endnutzer die geringstmögliche Einschränkung seiner Rechte nach Art 3 Abs 1 TSM-VO erfährt. Diese Abwägung war im gegenständlichen Fall so zu treffen, dass als Maßnahme iSd Art 5 Abs 1 leg cit die Ausweitung der Dauer der IP-Verbindung auf 31 Kalendertage anzuordnen war. Damit wird die

² zB Mayer, Jonathan R., Mitchell John C. „Third-party web tracking: Policy and technology.“ in Security and Privacy (SP), 2012 IEEE Symposium on. IEEE, 2012. S. 413-427, <http://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/6234427/>, 04.12.2017

Verbindung des Endnutzers (wenn dieser sie nicht selbst trennt) durch automatische Trennung effektiv nur noch ca zwölf Mal im Jahr für kurze Zeit unterbrochen. Den betrieblichen Interessen der A1 hinsichtlich der Verbindungsverwaltung ist aber durch die Tatsache, dass automatische Trennungen – wenn auch mit längerer Verbindungsdauer – zulässig bleiben, Rechnung getragen, weshalb sich die Maßnahme auch als verhältnismäßig erweist.

4.7 Zum Produkt „A1 Mobile Dynamic IP“

Wien in Punkt 4.3 und 4.6 ausgeführt, hat der Endnutzer gemäß Art 3 Abs 1 TSM-VO das Recht, selbst Dienste bereitzustellen. Vereinbarungen über kommerzielle Praktiken oder technische Merkmale nach Art 3 Abs 2 TSM-VO dürfen die Ausübung der Rechte nach Art 3 Abs 1 leg cit nicht einschränken. Für das Bereitstellen von eigenen Diensten oder Anwendungen benötigt der Endnutzer aber eine zumindest dynamisch-öffentliche IPv4-Adresse, die ihm von seinem ISP zugewiesen wird (vgl Punkt 2.4). Damit jenen Endnutzern, die einen Vertrag über einen IAS im Mobilfunknetz der A1 geschlossen haben, eine solche Adresse zugewiesen wird, verlangt A1 die Buchung der Zusatzoption „A1 Mobile Dynamic IP“. Diese Option (ON 12) wird mit von A1 mit 2,28 Euro monatlich, zusätzlich zum Grundentgelt für den IAS verrechnet.

A1 argumentiert hierzu, dass die TSM-VO in Art 3 Abs 2 anerkenne, dass bei „objektiv kostenintensiveren Varianten“ von Internetzugängen ein höheres Entgelt verlangt werden könne. Es sei daher zulässig, für die Zuweisung einer öffentliche IPv4-Adresse ein angemessenes Entgelt zu verlangen.

Dieser Argumentation ist schon deshalb nicht zu folgen, da das Recht der Endnutzer, Dienste selbst anzubieten, in Art 3 Abs 1 TSM-VO ausdrücklich und unbedingte geregelt ist und Vereinbarungen nach Art 3 Abs 2 TSM-VO die Ausübung der Rechte nach Art 3 Abs 1 leg cit nicht einschränken dürfen. Da ein Endnutzer Dienste oder Anwendungen grundsätzlich nur dann selbst bereitstellen kann, wenn er zumindest über eine dynamisch-öffentliche IP-Adresse verfügt, schränkt die Vereinbarung eines zusätzlichen Entgelts für diese IP-Adresse die Ausübung der Rechte nach Art 3 Abs 1 TSM-VO ein und ist daher unzulässig. Würde man eine gesonderte „Vergebührung“ aller in Art 3 Abs 1 TSM-VO einzeln aufgezählten Rechte erlauben, würde dies diese Bestimmung selbst ad absurdum führen. Es stünde dem Betreiber im Rahmen der Vertragsfreiheit diesfalls offen, beliebig hohe Gebühren für die Gewährung der in Art 3 Abs 1 leg cit aufgezählten Rechte zu verlangen, und damit die Inanspruchnahme dieser Rechte für den Endnutzer wirtschaftlich sinnlos zu machen. Es ist vielmehr Sache des ISP nur Internetzugangsdienste bereitzustellen, die die Ausübung des „Grundsets“ an Rechten des Art 3 Abs 1 TSM-VO grundsätzlich ermöglichen. Art 3 Abs 2 leg cit schränkt dies nur insoweit ein, als einige wenige explizit genannte Vereinbarungen, wie über den Preis des IAS, dessen Geschwindigkeit und dessen Datenvolumen, auch unter Art 3 Abs 1 leg cit als zulässig erachtet werden. Mit dieser Bestimmung wird sichergestellt, dass die grundsätzliche Art des kommerziellen Verkaufs der Grundleistungen von IAS nicht durch die Bestimmungen der TSM-VO verunmöglicht wird. Die Einhebung einer Extra-Gebühr für die Gewährung eines technischen Merkmals des IAS (dynamisch-öffentliche IP-Adresse), bei dessen Nicht-Bereitstellung der Endnutzer sein Recht, selbst Dienste bereitzustellen, überhaupt nicht ausüben kann, ist davon jedoch von Art 3 Abs 2 TSM-VO zweifelsfrei nicht gedeckt und schränkt die Ausübung der Rechte nach Art 3 Abs 1 TSM-VO unzulässig ein.

Das Vorbringen von A1, dass dieses Entgelt nur für „Mobilfunkprodukte“ eingehoben werde und „auf Smartphones keine Server betrieben würden“ ist verfehlt: Tatsächlich gelten die

Entgeltbestimmungen „A1 Entgeltbestimmungen - Allgemeiner Teil“ (ON 12), in denen dieses Zusatzentgelt vereinbart wird, für alle über das Mobilnetz der A1 erbrachten Internetzugangprodukte. Daher gelten diese Entgeltbestimmungen auch für jene weit verbreiteten Internetzugangstarife, die als Festnetz-Internetersatzprodukte mit einem grundsätzlich stationären UMTS-LTE Router/Modem verkauft werden. Als Beispiel sind die „Netcube“ Tarife der A1 zu nennen (ON 12), die mit solchen Routern verkauft werden und bei denen auch die oben erwähnten allgemeinen Entgeltbestimmungen Vertragsinhalt werden. Das Endnutzer über diese „quasi-stationären“ IAS selbst Dienste bereitstellen möchten, ist durchaus wahrscheinlich.

Es war daher als geeignete und notwendige Maßnahme anzuordnen, dass die Verrechnung des Produktes „A1 Mobile Dynamic IP“ zu unterbleiben hat und die seit Inkrafttreten der TSM-VO mit 30.04.2016 zu Unrecht eingehobenen Entgelte für dieses Produkt den betroffenen Endnutzern zurückzuerstatten sind. Die Anordnung der Rückzahlung dieser Entgelte ist als geeignete und notwendige Maßnahme erforderlich, da nur so auch zukünftig die Einhaltung der Bestimmungen des Art 3 Abs 1 TSM-VO sichergestellt werden kann. Würde diese nicht angeordnet werden, und dürfte ein ISP somit die unter Verstoß gegen die TSM-VO zu Unrecht eingehobenen Entgelte behalten, könnte aufgrund der Tatsache, dass Verfahren zur Überprüfung der TSM-VO nur ex post geführt werden können und schon aus rechtsstaatlichen Erwägungen eine gewisse Mindestdauer aufweisen müssen, ein ISP in strukturellen Verletzungen der TSM-VO durch Verrechnung solcher Entgelte ein Geschäftsmodell erblicken. Auch wenn dieser Verdacht im gegenständlichen Fall ggü A1 nicht besteht, ist Art 3 Abs 1 u 2 TSM-VO als Endnutzer- bzw Endkundenschutzvorschrift ausgestaltet. Bei Verstößen ist der Endnutzer daher so zu stellen, als hätte der Verstoß nicht stattgefunden, weswegen die Rückzahlung der für diese Leistung zu Unrecht eingehobenen Entgelte anzuordnen war. In Anbetracht der Tatsache, dass die Verrechnung dieses Entgeltes uU bereits Endnutzer von der Selbst-Bereitstellung von Diensten abgehalten hat (vgl Punkt 4.6 oben: Hierbei kann es sich auch um einfache „Smart-Home-Systeme“ oä handeln), ist diese Maßnahme iSd Art 5 Abs 1 TSM-VO geeignet, notwendig aber auch verhältnismäßig. Die Zuweisung statisch-öffentlicher IP-Adressen geht in ihrem Leistungsinhalt über das „Grundset“ der Rechte nach Art 3 Abs 1 TSM-VO hinaus und ist von dieser Maßnahme nicht betroffen. Auch war die Maßnahme dahingehend zu beschränken, dass die Zuweisung der öffentlichen IP-Adresse zumindest auf Wunsch des Endnutzers geschehen muss. Damit ist einerseits den betrieblichen Notwendigkeiten der A1, dass nicht ausreichend IPv4-Adressen zur Verfügung stehen, Rechnung getragen und andererseits werden die Rechte des Endnutzers durch diese Regelung nicht beschnitten. Jene Kunden, die bereits jetzt eine öffentliche IP-Adresse (sei es im Fest- oder Mobilnetz der A1) beziehen, sollen diese daher behalten können; jene Endnutzer, die nach Wirksamkeit dieses Bescheides eine dynamisch-öffentliche IP-Adresse nachfragen, ist diese dann unentgeltlich zuzuteilen.

Da die Umsetzung dieser Maßnahme lediglich administrative Änderungen mit sich bringt (Einstellung der Verrechnung des Produktes „A1 Mobile Dynamic IP“ und Aushebung der entsprechenden Kunden zwecks Durchführung der Rückzahlung), erscheint die Frist von acht Wochen zur Abstimmung der Verrechnung und drei Monaten zur Durchführung der Rückzahlung angemessen und verhältnismäßig. Die längere Frist für die Rückzahlung der zu Unrecht eingehobenen Entgelte, adressiert den höheren Aufwand der durch die Möglichkeit entsteht, dass Kunden die dieses Entgelt entrichtet haben, ihren Vertrag uU mittlerweile gekündigt haben.

4.8 Zu den auferlegten Berichtspflichten (Spruchpunkt 3)

Zur Sicherstellung der Umsetzung der mit diesem Bescheid angeordneten geeigneten und notwendigen Maßnahmen, war es erforderlich A1 im Hinblick auf die angeordneten Fristen der Spruchpunkte 2.1 bis 2.3 Berichtspflichten aufzuerlegen. Aus verfahrensökonomischen Gründen ist diese ohnehin sehr wenig eingriffsintensive Verpflichtung der Vorzug vor regelmäßigen Auskunftsanforderungen gemäß Art 5 Abs 2 TSM-VO zu geben, die sowohl A1 als auch die Regulierungsbehörde ohne Not administrativ belasten würden. Für A1 ist somit auch der konkrete Verlauf der Überprüfung der Einhaltung der auferlegten Maßnahmen ex ante ersichtlich, vorhersehbar und planbar.

4.9 Zu den Vorlageanregungen der A1 (Spruchpunkt 4)

A1 hat mehrfach im gegenständlichen Verfahren „Anregungen“ erstattet, bestimmte – aus ihrer Sicht verfahrensgegenständliche – Fragen im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art 267 AEUV dem EuGH vorzulegen. Da die Rechtsnatur dieser „Anregungen“ nicht klar aus den Stellungnahmen der A1 hervorgeht, waren diese aus juristischer Vorsicht - auch im Hinblick darauf, dass A1 in diesem Verfahren formell nicht anwaltlich vertreten ist - im Zweifel als Anträge zu behandeln und in diesem Fall zurückzuweisen.

Hierzu ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission nur in solchen Fällen EuGH-vorlagebefugt ist, in denen sie einen „Streitfall“ zwischen Parteien zu erledigen hat (zB in Zusammenschaltungsverfahren, Leitungsrechtsverfahren etc). Im hier vorliegenden Fall handelt die Telekom-Control-Kommission jedoch iSd Art 267 AEUV nicht (quasi) richterlich, sondern bloß verwaltungspolizeilich, weshalb Art 267 leg cit hier nicht einschlägig ist (EuGH v 06.10.2005, C-256/05 zur Vorgängerbestimmung Artikel 234 EG). Die als Anträge zu verstehenden „Anregungen“ waren daher zurückzuweisen



III. Rechtsmittelbelehrung

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

Wien, am 18.12.2017

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus Schaller
Der Vorsitzende