



Mit Postzustellungsurkunde

Telekom Deutschland GmbH
Sprecher der Geschäftsführung
Herrn Niek Jan van Damme
Landgrabenweg 151
53227 Bonn

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
10.11.2017

Mein Zeichen, meine Nachricht vom
114-3983 Zero Rating
StreamOn /
312-DurchSVOSTreamOn

☎ (02 28)
14-1190/-3120
oder 14-0

Bonn
15.12.2017

StreamOn;

hier: Anordnung nach § 126 Abs. 2 TKG wegen Verstößen gegen Vorschriften über die Netzneutralität und das Roaming

Sehr geehrter Herr van Damme,

gegen die Telekom Deutschland GmbH ergeht nach § 126 Abs. 2 TKG hinsichtlich der Zubuchoption „StreamOn“ (zu den Mobilfunktarifen MagentaMobil) wegen Verstößen gegen Vorschriften über die Netzneutralität nach Verordnung (EU) 2015/2120 (ABl. (EU) 2015, L 310/1; im Folgenden: TSM-Verordnung) und das Roaming nach Verordnung (EU) Nr. 531/2012 (ABl. (EU) 2012, L 172/10) geändert durch die Verordnung (EU) 2015/2120 sowie durch die Verordnung (EU) 2017/920 (ABl. (EU) 2017, L 147/1; im Folgenden: Roaming-Verordnung) folgender Bescheid:

1. a) Es wird festgestellt, dass die Telekom Deutschland GmbH durch die Reduzierung der Datenübertragungsrate für Videostreams auf bis zu - d.h. maximal - 1,7 Mbit/s (Bandbreitenreduzierung) in der Zubuchoption „StreamOn“ in den Tarifen MagentaMobil L, MagentaMobil L Plus, MagentaMobil L Premium und MagentaMobil L Plus Premium

...

gegen Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung verstößt. Des Weiteren wird festgestellt, dass die Voraussetzungen für eine nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 oder UAbs. 3 lit. a bis lit. c zulässige Verkehrsmanagementmaßnahme nicht erfüllt sind.

b) Der Telekom Deutschland GmbH wird untersagt, in der Zubuchoption „StreamOn“ in den Tarifen MagentaMobil L, MagentaMobil L Plus, MagentaMobil L Premium und MagentaMobil L Plus Premium die Datenübertragungsrate für Videostreams auf bis zu - d.h. maximal - 1,7 Mbit/s zu reduzieren (Bandbreitenreduzierung).

c) Der Telekom Deutschland GmbH wird untersagt, Klauseln, die eine der Untersagung unter 1.b) widersprechende Reduzierung der Datenübertragungsrate vorsehen, sowohl in Verträgen mit Inhaltenanbietern als auch in Verträgen mit Kunden, die die Zubuchoption StreamOn buchen, zu verwenden.

2. a) Es wird festgestellt, dass die derzeitige konkrete Ausgestaltung der Zubuchoption StreamOn in Form der Anrechnung der StreamOn-Partnerdienste bei Nutzung im Ausland¹ auf das im jeweiligen MagentaMobil-Tarif inkludierte Datenvolumen gegen Art. 6 a i.V.m. Art 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung verstößt. Die bei Nutzung der StreamOn-Partnerdienste im Ausland erfolgende Anrechnung der StreamOn-Partnerdienstleistungen auf das im jeweiligen MagentaMobil-Tarif inkludierte Datenvolumen stellt eine Abänderung des Entgeltmechanismus und damit ein unzulässiges Roamingentgelt i.S.d. Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r Roaming-Verordnung dar.

b) Der Telekom Deutschland GmbH wird untersagt, die derzeitige konkrete Ausgestaltung der Zubuchoption StreamOn in der Form der Anrechnung der StreamOn-Partnerdienste auf das im jeweiligen MagentaMobil-Tarif inkludierte Datenvolumen bei Nutzung im Ausland (Roaming) weiter anzubieten.

c) Der Telekom Deutschland GmbH wird untersagt, eine Klausel, die eine gegen Art. 6 a i.V.m. Art 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung verstoßende ausschließliche Nutzung der Zubuchoption StreamOn im Inland beinhaltet, bzw. eine der Anordnung unter 2.b) widersprechende Klausel sowohl in Verträgen mit Inhaltenanbietern als auch in Verträgen mit Kunden, die die Zubuchoption StreamOn buchen, zu verwenden.

3. Für die Umsetzung der unter Ziffern 1.b), 1.c), 2.b) und 2.c) genannten Anordnungen wird der Telekom Deutschland GmbH eine Frist bis zum 31.03.2018 eingeräumt.

¹ Der Begriff Ausland bezieht sich im Kontext dieses Bescheids auf den räumlichen Anwendungsbereich der Roaming-Verordnung, welcher die 28 Mitgliedstaaten der EU sowie die Länder des Europäischen Wirtschaftsraums: Island, Liechtenstein und Norwegen umfasst.

4. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen eine der in Ziffern 1.b), 1.c), 2.b) und/oder 2.c) genannten Anordnungen nach Ablauf der in Ziffer 3 genannten Frist wird der Telekom Deutschland GmbH bereits jetzt jeweils ein Zwangsgeld von 100.000 Euro angedroht.

BEGRÜNDUNG:

A. Sachverhalt

Der vorliegende Bescheid ergeht im Anschluss an die Schreiben vom 20.07.2017 und 06.10.2017 nach § 126 Abs. 1 TKG, mit denen festgestellt wurde, in welchen Punkten die Zubuchoption StreamOn der Telekom Deutschland GmbH (TDG) gegen die TSM-Verordnung und die Roaming-Verordnung verstößt, und mit denen Gelegenheit zur Stellungnahme und Abhilfe gegeben wurde.

Zubuchoption StreamOn

StreamOn ist eine innerhalb Deutschlands seit dem 19.04.2017 kostenlos zubuchbare Zubuchoption der TDG zu den bestehenden und preislich unveränderten Mobilfunktarifen MagentaMobil M sowie MagentaMobil L, MagentaMobil L Plus, MagentaMobil L Premium und MagentaMobil L Plus Premium (im Folgenden: Tarif L oder MagentaMobil L) und für MagentaEins-Kunden² in den Tarifen M und L.

Magenta	Preis (inkl. MwSt.)	Inkludiertes Volumen	StreamOn Music	StreamOn Music&Video	StreamOn Music&Video Max.
MagentaMobil M	39,10€	4GB	X	-	-
MagentaMobil L	48,11€	6GB	-	X	-
MagentaMobil L+	70,60€	10GB	-	X	-
MagentaEINS	Ab MagentaM + Festnetz	>= 4GB	-	-	X

Abbildung 1: Varianten Zubuchoption StreamOn (Stand Preise: Dezember 2017)

Entscheidet sich ein Kunde für die Zubuchoption StreamOn, so werden die Datenmengen, die beim Audio- und Videostreaming von sog. Content-Partner übertragen werden, nicht auf das jeweilige Inklusiv-Datenvolumen des Kunden angerechnet (sog. Zero Rating). Die Nichtanrechnung von übertragenen Datenmengen gilt nur für Audio- und Videostreams der Content-Partner;

² MagentaEins-Kunden sind Kunden, die sowohl einen Mobilfunktarif als auch einen Festnetztarif bei der Telekom gebucht haben.

Audio- und Videostreams anderer Anbieter werden ebenso wie anderer Datenverkehr auf das Inklusiv-Datenvolumen angerechnet.

Content-Partner sind Anbieter von Audio- und Videostreaming, die an StreamOn teilnehmen. Grundsätzlich steht die Teilnahme bei „StreamOn“ allen Audio- und Video-Inhalteanbietern offen. Allerdings muss ein Inhalteanbieter einen Vertrag mit der Deutschen Telekom abschließen und Bedingungen erfüllen, die in den „Allgemeine Bedingungen für die Teilnahme von Content-Partnern am Zero-Rating- Angebot der Telekom Deutschland GmbH“ (Stand: April 2017; im Folgenden: Content Partner AGB) festgelegt sind.³ Die Teilnahme ist für Audio- und Videoanbieter unentgeltlich. Eine Liste über die an „StreamOn“ teilnehmenden Content-Partner ist auf der Internetseite der TDG veröffentlicht.⁴

Für die jeweiligen Tarife gilt Folgendes:

- Im Tarif M kann „StreamOn Music“ hinzugebucht werden. Audiostreaming von Content-Partnern wird nicht auf das Inklusiv-Datenvolumen angerechnet.
- Im Tarif L kann „StreamOn Music & Video“ hinzugebucht werden. Audio- und Videostreaming von Content-Partnern wird nicht auf das Inklusiv-Datenvolumen angerechnet. Im Tarif L ist die verfügbare Bandbreite reduziert: Für Videostreams sowohl mit Partner- als auch ohne Nichtpartner-Inhalten ist die Bandbreite auf bis zu – d.h. maximal - 1,7 Mbit/s reduziert. Dies führt zu einer Auflösung von 480p, was bedeutet, dass Videos nicht in HD-Qualität übertragen werden können. StreamOn Kunden haben die Möglichkeit, die Bandbreitenreduzierung zu jeder Zeit für bis zu 24 Stunden zu deaktivieren, wenn sie Videos in HD-Qualität ansehen wollen. In diesem Fall wird die übertragene Datenmenge auf das inkludierte Datenvolumen angerechnet, es erfolgt somit kein Zero Rating.
- MagentaEins-Kunden können in den Tarifen M und L „StreamOn Music & Video Max“ hinzubuchen. Audio- und Videostreaming von Content-Partnern wird nicht auf das Inklusiv-Datenvolumen angerechnet. Videos können in HD-Qualität gestreamt werden; es gibt keine Bandbreitenreduzierung in diesem Tarif.

Im Rahmen der Option StreamOn Music&Video (kostenlos zubuchbar ab MagentaMobil L) werden sämtliche Videoinhalte in einer Version mit verringerter Auflösung übertragen. Technisch ist dies in Form einer Begrenzung der maximal zur Verfügung stehenden Bandbreite für Video-

³ <https://www.telekom.de/hilfe/downloads/allgemeine-geschaeftsbedingungen.pdf>

⁴ https://www.telekom.de/unterwegs/tarife-und-optionen/streamon?wt_mc=alias_1459_streamon

streaming-Dienste durch die TDG umgesetzt. Konkret entspricht dies einer Datenübertragungsrate von maximal 1,7 MBit/s („Bandbreitenreduzierung“).

Die Reduzierung der Bandbreite bewirkt, dass Anbieter von Videostreaming-Diensten Daten mit einer maximalen Geschwindigkeit von 1,7 MBit/s – also einer gedrosselten Geschwindigkeit – zum Endkunden übertragen können. Die pro Zeiteinheit zum Endkunden übertragbare Videodatenmenge ist aus Sicht des Anbieters von Videostreaming-Diensten also begrenzt. Um den Videoinhalt an die verfügbare Datenübertragungsrate (Bandbreite) des Netzes anzupassen, hält er unterschiedliche Versionen des gleichen Videoinhalts mit jeweils unterschiedlichen Bildauflösungen vorrätig. Hierbei haben hochauflösende Videos eine große Datenmenge, geringauflösende Videos eine kleine Datenmenge. Sind ausreichend Netzkapazitäten vorhanden und ist die Datenübertragungsrate hoch, so kann ein Video in HD-Qualität (mit hoher Auflösung) eingespeist werden. Ist das Netz „verstopft“ und die Datenübertragungsrate infolgedessen geringer, so kann ein Video ggf. nicht mehr in HD-Qualität, sondern in einer geringeren Auflösung (etwa SD-Qualität) eingespeist werden.

Dieser Mechanismus wird als „Adaptive Bitrate Coding“ bezeichnet. Da Verbindungen über das Internet nicht stabil sind und Endkundenanschlüsse unterschiedliche Datenübertragungsraten aufweisen, wird dieser Mechanismus von Anbietern von Videostreaming-Diensten eingesetzt. Der Anbieter kann so den Videostream an die aktuelle Datenübertragungsrate seines Kunden anpassen.

Bei einer durch den Netzbetreiber „voreingestellten“ Bandbreite von max. 1,7 MBit/s bewirkt der Einsatz von Adaptive Bitrate Coding, dass das Video in der Auflösung 480p („DVD-Qualität“) eingespeist wird und in dieser Auflösung beim Endkunden ankommt.

Diese Bandbreitenreduzierung für Video im Tarif L findet sich in den folgenden Klauseln:

- Content Partner AGB, Sätze 2 und 3 in Ziffer 7.2: *„In bestimmten Tarifen beschränkt das Netzwerk der TDG die verfügbare Bandbreite für erkennbaren Video-Verkehr („Bandbreitenreduzierung“). Dem Content-Partner ist bewusst, dass ein „fließendes“ und ununterbrochenes Streaming- Erlebnis nur erreicht werden kann, indem Video-Inhalte mit geringerer Auflösung, deren Datenverbrauch unterhalb der von TDG angewendeten Bandbreitenreduzierung liegt, ausgeliefert werden.“*
- „Preisliste „Zubuchoptionen Mobilfunk (Privatkunden)“ (Stand: 19.04.2017; im Folgenden: Preisliste Zubuchoptionen), Ziffer 6.7 unter b) „StreamOn Music&Video“, Absatz 2 Sätze 1 und 2: *„Bei vereinbarter Option werden sämtliche Videostreaming-Inhalte, die der teilnehmenden Partner als auch der nicht teilnehmenden Anbieter, in für den Mobil-*

funk optimierter Qualität mit bis zu 1,7 Mbit/s übertragen (vgl. DVD-Qualität). Wünscht der Kunde eine maximale Übertragungsqualität, kann er jederzeit die mobil optimierte Qualität ausschalten. In diesem Fall wird der Datenverbrauch für die mit maximaler Übertragungsqualität genutzten Videostreamings, auch der teilnehmenden Partner, so lange auf das Inklusiv-Datenvolumen des zugrundeliegenden Tarifes angerechnet bis die mobil optimierte Qualität wieder aktiv durch den Kunden eingeschaltet wird. Bei Nichteinschaltung durch den Kunden, erfolgt nach 24 Stunden automatisch die Standard-Einstellung auf die mobil optimierte Übertragungsrate.“

- Preisliste Zubuchoptionen, Ziffer 6.7 unter b) „StreamOn Music&Video“, dort Absatz 5 „Berechnung von Datenvolumen“, Satz 4: *„Ebenfalls angerechnet wird das gesamte Datenvolumen der Audio- und Videostreamings der teilnehmenden Partner, wenn die mobil optimierte Qualität ausgeschaltet ist.“*

Die Zubuchoption StreamOn kann ausweislich der Preisliste Zubuchoptionen (Ziffer 6.7, Satz 1 unter a), b), c) jeweils am Ende) im Inland genutzt werden. Nach Satz 2 dieser Klausel fließt bei Nutzung im Ausland (Roaming) das Streaming der StreamOn-Partnerdienste in die Berechnung des Inklusiv-Datenvolumens des zugrundeliegenden MagentaMobil-Tarifs ein. Es erfolgt also eine Anrechnung des im Ausland genutzten Datenvolumens der StreamOn-Partnerdienste auf das Datenvolumen des zugrundeliegenden MagentaMobil-Tarifs.

Ausweislich der „Preisliste Mobilfunknutzung im Ausland (Privatkunden)“ 5 vom 01.09.2017 gilt für die oben genannten MagentaMobil-Tarife vollumfänglich das Roam-like-at-home-Prinzip, welches zum 15.06.2017 eingeführt wurde und aufgrund dessen Endkunden ihren inländischen Tarif zu den gleichen Konditionen im EU-Ausland nutzen können wie zu Hause; („Roaming zu Inlandspreisen“; RLAH-Prinzip). Gem. Ziffer 1.1 der Preisliste ist die „Roaming Option All Inclusive“ in den MagentaMobil XS, S, M, L, L Plus und L Plus Premium Bestandteil des Vertrages. Ziffer 2 definiert die Konditionen für Mobilfunk-Verbindungen mit der Roaming Option All Inclusive wie folgt:

„In der Roaming-Ländergruppe 1 sind das Telefonieren, Versenden von SMS sowie die Datennutzung im Ausland ausschließlich für eine vorübergehende Nutzung zulässig. In den EU-Ländern inkl. Liechtenstein, Island und Norwegen ist das Telefonieren, Versenden von SMS sowie die Datennutzung ohne Roaminggebühren möglich.“

Die Ziffern 2.1 „Gespräche im Ausland mit der Roaming Option All Inclusive“, 2.2 „SMS im Ausland mit der Roaming Option All Inclusive“ sowie 2.4. „Datennutzung im Ausland mit der Roaming Option All Inclusive“ weisen insoweit keine im Vergleich zum inländischen Entgelt zusätz-

⁵ <https://www.telekom.de/dlp/agb/pdf/44682.pdf>

lichen Roaming-Entgelte für Verbindungen in EU-Ländern inkl. Liechtenstein, Island und Norwegen einschließlich der Schweiz aus. Schließlich enthält der Anhang der „Preisliste Mobilfunknutzung im Ausland (Privatkunden) Regelungen zur angemessenen Nutzung regulierter Roaming-Leistungen innerhalb der Europäischen Union.

Verfahren bei der Bundesnetzagentur

Bei der Bundesnetzagentur wurden die Untersuchungen zu Roaming und zur Netzneutralität hinsichtlich StreamOn anfangs in zwei getrennten Verfahren geführt.

Verfahren Roaming

Durch die Roaming-Verordnung wurden zum 15.06.2017 Endkunden-Roamingaufschläge abgeschafft und das RLAH-Prinzip eingeführt, wonach im regulierten Roaming-Tarif im EU-Ausland die gleichen Endkundenentgelte zu gelten haben wie für die Nutzung nationaler Mobilfunkdienste. Zur Erörterung der Einzelheiten der praktischen Implementierung des RLAH-Konzepts veranstaltete die Bundesnetzagentur am 27.01.2017 sowie am 28.04.2017 ganztägige Informationsveranstaltungen mit Vertretern der Mobilfunkbranche (einschließlich der Deutsche Telekom AG (DTAG)), in denen umfassend zahlreiche Aspekte der Umsetzung der Vorgaben der Roaming-Verordnung erörtert wurden. Auch die grundsätzliche Behandlung von sog. „Zero-Rating-Angeboten“ unter Roaming-Gesichtspunkten wurde während der Informationsveranstaltung am 28.04.2017 angesprochen.

Im Nachgang zu diesen Informationsveranstaltungen erfolgte ein bilateraler Austausch zwischen der DTAG und der Bundesnetzagentur bezogen auf die Bedingungen des Produkts StreamOn hinsichtlich Roaming:

Per E-Mail vom 02.06.2017 wies die Bundesnetzagentur auf die zum derzeitigen Zeitpunkt geltende Preisliste Zubuchoptionen in Ziffer 6.7. (unter a), b), c) jeweils am Ende) hin, die wie folgt lautete:

„Die Option [...] kann ausschließlich im Inland genutzt werden. Im Ausland (Roaming) wird das Datenvolumen entsprechend des zugrundeliegenden Tarifs berechnet bzw. angerechnet.“

Die Bundesnetzagentur forderte dazu auf, bis möglichst 09.06.2017 mitzuteilen, wie die Preisliste Zubuchoptionen in Bezug auf die Zubuchoption StreamOn im Hinblick auf das Roaming in der Europäischen Union zu verstehen sei, insbesondere ob der Kunde StreamOn im europäischen Ausland nutzen könne und wenn ja, zu welchen Konditionen die Nutzung von StreamOn-Partnerdiensten eingeräumt werde.

Mit E-Mail vom 09.06.2017 teilte die DTAG mit, Streaming-Dienste seien auch im Ausland nutzbar. Aufgrund der Regelung zur Begrenzung von „Open Data Bundles“ im Roamingfall erhalte der Kunde jedoch nach der Formel in Ziffer 4 Absatz 2 der Durchführungsverordnung⁶ (EU) 2286/2016 vom 15.12.2016 (Durchführungs-Verordnung) kein gesondertes Roamingvolumen für die Option StreamOn. Hierauf werde der Kunde bei der Buchung auch hingewiesen. Das Unternehmen habe sich dagegen entschieden, dem Kunden bei Nutzung von Streamingdiensten im Ausland sofort ab dem ersten kB Aufschläge zu berechnen, sondern ziehe die für Streamingdienste benutzten Roamingvolumen vom Inklusiv-Volumen des Grundtarifs ab. Dies gelte in dieser Form bereits. Da die Option StreamOn nur in den aktuellen Tarifen buchbar sei, seien diese auch bereits vor dem 15.06.2017 voll RLAH-fähig. Für diese Tarife werde es auch nach dem 15.06.2017 keine Roaming-Fair-Use-Policy geben. Sollte das inkludierte HighSpeed-Volumen des Kunden aufgebraucht sein, könne er sowohl im Ausland als auch im Inland weitere HighSpeed Datenvolumen-Pakete hinzubuchen, diese gelten gleichermaßen im EU/EEA-Ausland wie in Deutschland.

In der E-Mail vom 09.06.2017 wurde zudem mitgeteilt, dass man sich aufgrund der Missverständlichkeit der genannten Preisliste Zubuchoptionen unter Ziffer 6.7 dazu entschlossen habe, diese wie folgt für die verschiedenen Varianten der Zubuchoption anzupassen:

StreamOn Music:

„Die Option StreamOn Music kann im Inland genutzt werden. Bei Nutzung im Ausland (Roaming) fließt das Streaming der Partner-Audiodienste in die Berechnung des Inklusiv-Datenvolumens des zugrundeliegenden Tarifes ein.“

StreamOn Music&Video

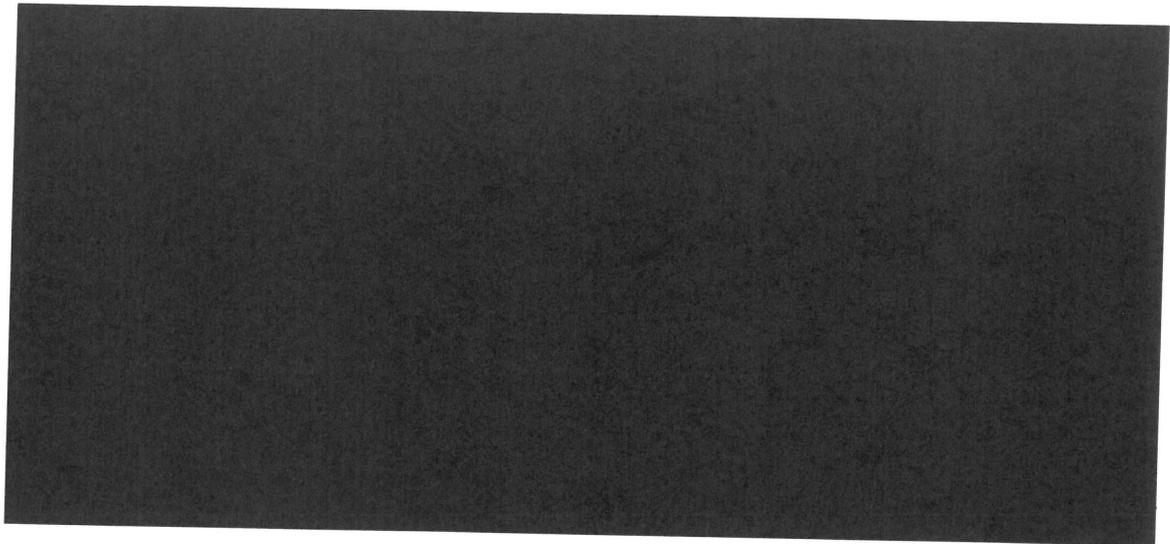
„Die Option StreamOn Music&Video kann im Inland genutzt werden. Bei Nutzung im Ausland (Roaming) fließt das Streaming der Partner-Audio- und Videodienste in die Berechnung des Inklusiv-Datenvolumens des zugrundeliegenden Tarifes ein.“

MagentaEINS StreamOn Music&Video Max

„Die Option MagentaEINS StreamOn Music&Video Max kann im Inland genutzt werden. Bei Nutzung im Ausland (Roaming) fließt das Streaming der Partner-Audio- und Videodienste in die Berechnung des Inklusiv-Datenvolumens des zugrundeliegenden Tarifes ein.“



⁶ Durchführungsverordnung (EU) 2016/2286 der Kommission vom 15. Dezember 2016 zur Festlegung detaillierter Vorschriften über die Anwendung der Regelung der angemessenen Nutzung und über die Methode zur Prüfung der Tragfähigkeit der Abschaffung der Endkundenroamingaufschläge sowie über den von Roaminganbietern für diese Prüfung zu stellenden Antrag in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.12.2017 (ABl. (EU) L344/46).



Mit Schreiben vom 20.07.2017 an die DTAG hat die Bundesnetzagentur gemäß § 126 Abs. 1 TKG festgestellt, in welchen Teilen die wie in der E-Mail vom 09.06.2017 angekündigt geänderten Bedingungen zum Produkt StreamOn gegen die Regelungen der Roaming-Verordnung verstoßen: Die Bundesnetzagentur stellte gemäß § 126 Abs. 1 TKG fest, dass die in der Preisliste Zubuchoptionen vorgesehene Anrechnung der StreamOn-Partnerdienste bei Nutzung im Ausland auf das Inklusivvolumen der MagentaMobil-Tarife gegen die Vorgaben der Roaming-Verordnung, konkret gegen die Anwendung desselben Mechanismus zur Berechnung des Entgelts im Sinne von Art. 6a i.V.m. Art 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung verstößt. In dem Schreiben wies die Bundesnetzagentur daraufhin, dass die Zubuchoption StreamOn keinen eigenständigen Datendienst darstelle, sondern als integrales Element des Datenroamingtarifs aus zugrundeliegendem MagentaMobil-Tarif zuzüglich StreamOn eingestuft werde. Für diesen sei nach dem Konzept RLAH bei Nutzung im Ausland derselbe Entgeltmechanismus wie bei inländischer Nutzung anzuwenden. Die Anrechnung der StreamOn-Partnerdienste bei Nutzung im Ausland, während bei inländischer Nutzung keine Anrechnung dieser Dienste erfolge, stelle eine Abänderung des Entgeltmechanismus und damit ein unzulässiges Roamingentgelt dar. Mit dem genannten Schreiben wurde die DTAG zur Stellungnahme und Abhilfe bis zum 03.08.2017 aufgefordert. Die Bundesnetzagentur wies in dem Schreiben daraufhin, dass, sofern beabsichtigt sei im Zusammenhang mit den Maßnahmen zur Abhilfe eine sog. „Fair-Use-Policy“ einzuführen, diese der Bundesnetzagentur zu melden wäre.

Auf Antrag der DTAG vom 24.07.2017 hat die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 27.07.2017 eine Fristverlängerung zur Stellungnahme und Abhilfe bis zum 17.08.2017 gewährt.

Mit Schreiben vom 17.08.2017 hat die DTAG ihre Auffassung dargelegt, dass das von der TDG angebotene Produkt StreamOn nicht gegen die Roaming-Verordnung verstoße und dement-

⁷ Leitlinien der Global System for Mobile Communication Association (GSMA)

sprechend keine Modifikation des Produkts vorgenommen werde. In dem Schreiben führt die DTAG ausführlich aus, dass es sich ihrer Ansicht nach bei StreamOn um einen getrennt zu betrachtenden Zusatzvertrag zu den MagentaMobil-Verträgen handele. Die Zubuchoption sei vor dem Hintergrund technischer und ökonomischer Überlegungen sowie wegen mangelnder Verfügbarkeit der Partnerdienste im Ausland als reiner Inlandstarif konzipiert. Eine Öffnung der Zubuchoption für das Ausland sei wirtschaftlich nicht tragfähig. Ein Verstoß gegen die Roaming-Verordnung sei nicht gegeben, da das Angebot von Roamingdiensten freiwillig sei. StreamOn sei nicht als regulierter Datenroamingdienst im Sinne der Roaming-Verordnung einzustufen, die von der Bundesnetzagentur vertretene einheitliche Betrachtung von zugrundeliegendem MagentaMobil-Tarif zuzüglich StreamOn Zubuchoption als reguliertem Datenroamingdienst fände in der Roaming-Verordnung keine Grundlage und wäre zudem mit den europäischen Grundrechten nicht vereinbar. Durch das Angebot von StreamOn werde daher kein zusätzliches Roamingentgelt erhoben. Hilfsweise sei die Inlandsbeschränkung der Zubuchoption StreamOn als zulässige Fair-Use-Policy im Sinne des Art. 6b Roaming-Verordnung einzustufen. Eine Entscheidung der Bundesnetzagentur gemäß § 126 Abs. 2 TKG wäre ermessensfehlerhaft, da die Interessensabwägung zu einem Absehen von einer Anordnung führen müsse. Eine Nichtanrechnung der StreamOn Zubuchoption auf das Inklusivvolumen von MagentaMobil-Tarifen im EU-Ausland könne nicht verlangt werden, die TDG könne nur durch sofortige Einstellung des Produkts reagieren, was mit gravierenden Nachteilen für die TDG, für die TDG- Endkunden und die StreamOn-Partnerdienste sowie großem finanziellen und personellem Aufwand verbunden wäre. Höchst vorsorglich werde beantragt, eine angemessene Umsetzungsfrist einzuräumen.

Verfahren Netzneutralität

Zur Prüfung der netzneutralitätsrechtlichen Vorschriften hat die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 13.04. und 02.08.2017 umfassende Fragen zu StreamOn an die Deutsche Telekom AG (DTAG) übersandt. Zur Ermittlung der Auswirkungen des Zero Rating-Angebots „StreamOn“ wurden mit Schreiben vom 27.04.2017 und 12.05.2017 Fragen an weitere Marktbeteiligte und Behörden übersandt, so an das Bundeskartellamt, die Landesmedienanstalten, die Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV), die Digitale Gesellschaft e.V. (Digitale Gesellschaft), den Bundesverband Deutsche Startups e.V., Anbieter von Audio- und Videostreaming-Diensten, Anbieter von Internetzugangsdiensten sowie Branchenverbände.

Die DTAG hat mit Schreiben vom 19.05. und 23.08.2017 zu den netzneutralitätsrechtlichen Fragen Stellung genommen.

Die Bundesnetzagentur hat Auskünfte von insgesamt 23 der 30 angeschriebenen Marktbeteiligten, Verbänden, Behörden und Institutionen erhalten. Zudem wurden sieben unaufgefordert eingesandte Stellungnahmen und Informationen berücksichtigt (u.a. auch des BITKOM).

Wegen der Antworten der DTAG, Marktteilnehmer, Verbände und sonstigen Institutionen wird auf die Akte verwiesen.

Am 7.6.2017 fand eine Besprechung zwischen der Bundesnetzagentur und Vertretern der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI), am 12.06.2017 ein Gespräch zwischen der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt statt.

Am 19.07.2017 fand eine Besprechung zwischen der Bundesnetzagentur und der DTAG statt, in der dieser erneut die rechtlichen Bedenken mitgeteilt wurden und ihr Gelegenheit gegeben wurde, eine netzneutralitätskonforme Lösung zu präsentieren. Im Nachgang dazu wurden telefonisch Lösungswege zu alternativen netzneutralitätskonformen Ausgestaltungen von StreamOn erörtert.

Gemeinsames Verfahren Roaming und Netzneutralität

Mit Schreiben vom 14.09.2017 hat die DTAG zwei Gutachten von Prof. Fetzer zur „Vereinbarkeit von StreamOn mit der Verordnung (EU) 2015/2120“⁸ und zur „Vereinbarkeit der Tarifoptionen „StreamOn“ mit der VO (EU) 531/2012 (RoamingVO) zuletzt geändert durch VO (EU) 2015/2120“⁹ übersandt.

Am 18.09.2017 fand daraufhin erneut ein Gespräch zwischen der Bundesnetzagentur und der DTAG mit dem Ziel statt, mögliche Modifikationen von StreamOn zu erörtern, die die Vereinbarkeit des Geschäftsmodells StreamOn mit den Vorschriften über Roaming und Netzneutralität sicherstellen können.

Die Bundesnetzagentur hat mit Schreiben vom 06.10.2017 den Anträgen der DTAG vom 17.08.2017 und 14.09.2017 entsprochen und die bislang getrennten Verwaltungsverfahren hinsichtlich der Netzneutralität sowie hinsichtlich des Roamings zu einem Verfahren verbunden. Mit gleichem Schreiben hat sie nach § 126 Abs. 1 TKG gegenüber der TDG festgestellt, in welchen Teilen die Zubuchoption „StreamOn“ gegen die Vorschriften über die Netzneutralität und das Roaming verstößt. Der TDG wurde eine Frist zur Stellungnahme und zur Abhilfe bis zum 20.10.2017 eingeräumt.

In diesem Schreiben führte die Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Vorschriften über die Netzneutralität aus, dass sie derzeit von einem Vorgehen gegen das in StreamOn enthaltene

⁸ Prof. Dr. Thomas Fetzer, Vereinbarkeit der Tarifoptionen „StreamOn“ mit der VO (EU) 531/2012 (RoamingVO) zuletzt geändert durch VO (EU) 2015/2120 (im Folgenden: „Roaming-Gutachten“).

⁹ Prof. Dr. Thomas Fetzer, Zur Vereinbarkeit der Tarifoptionen „StreamOn“ mit der VO (EU) 2015/2120 (TSM-VO), Gutachten vom 12.04.2017 (im Folgenden: „netzneutralitätsrechtliches Gutachten“), in ähnlicher Form als Artikel veröffentlicht in MMR 2017, 579 ff.

Zero Rating (ohne Bandbreitenreduzierung) unter bestimmten Auflagen bzw. Bedingungen ab-
sieht (vgl. Schreiben vom 06.10.2017, S. 12). Des Weiteren stellte sie fest, dass (1) die in der
Zubuchoption „StreamOn“ enthaltene Reduzierung der Datenübertragungsrate für Video-
streaming-Dienste auf bis zu 1,7 Mbit/s (Bandbreitenreduzierung) im Tarif
L/L Plus/L Premium/L Plus Premium gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 Abs. 3
TSM-Verordnung verstößt und die Voraussetzungen für eine nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 oder
UAbs. 3 lit. a bis lit. c TSM-Verordnung zulässige Verkehrsmanagementmaßnahme nicht erfüllt
sind, und (2) Ziffer 1.2 und Ziffer 1.7 Content Partner AGB nicht mit Art. 3 Abs. 2 TSM-
Verordnung vereinbar sind (vgl. Schreiben vom 06.10.2017, S. 2).

Im Zuge der Verbindung beider Verwaltungsverfahren wurde in diesem Schreiben vom
06.10.2017 an die TDG der bereits mit Schreiben vom 20.07.2017 an die DTAG festgestellte
Verstoß gegen die Regelungen der Roaming-Verordnung mitgeteilt und die TDG zur Stellung-
nahme und zur Abhilfe in Bezug auf StreamOn unter gleichzeitiger Berücksichtigung von Ro-
aming als auch der Netzneutralitätsaspekten aufgefordert. Eine Abschrift dieses Schreiben wur-
de ebenfalls der DTAG zugesandt.

Die Bundesnetzagentur hat dem Antrag der TDG vom 16.10.2017 entsprochen und die Frist zur
Stellungnahme bis zum 10.11.2017 verlängert. Des Weiteren erhielt die TDG auf ihren Antrag
vom 11.10.2017 am 18.10.2017 Akteneinsicht.



In ihrer Stellungnahme vom 10.11.2017 führt die TDG im Wesentlichen an, dass StreamOn nicht
gegen die Vorschriften über die Netzneutralität verstoße und sie daher nicht zur Abhilfe ver-
pflichtet sei. Das Verwaltungsverfahren sei rechtswidrig geführt worden und die BEREC-
Leitlinien zur Umsetzung der europäischen Netzneutralitätsregeln durch die nationalen Regulie-
rungsbehörden¹⁰ (im Folgenden: BEREC-Netzneutralitäts-Leitlinien) seien nicht zur Auslegung
der TSM-Verordnung geeignet. Das Zero Rating sei einschränkungslos zulässig: Es sei für End-
kunden ausschließlich vorteilhaft, da es de facto eine Datenflatrate darstelle. Auch für Inhalten-
anbieter sei StreamOn ausschließlich vorteilhaft, da es unentgeltlich eine zusätzliche Vermark-
tungsgelegenheit biete. Die Bandbreitenreduzierung für Video im Tarif L sei nach Art. 3 Abs. 2
TSM-Verordnung zulässig. Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung sei nicht einschlägig. Hilfsweise wird
angeführt, dass die Bandbreitenreduzierung eine angemessene Verkehrsmanagementmaß-
nahme sei: Eine Datenübertragungsrate von 1,7 MBit/s stehe regelmäßig im Mobilfunknetz der
TDG zur Verfügung und die Bandbreitenbegrenzung auf max. 1,7 MBit/s wirke „stabilisierend“

¹⁰ BEREC-Leitlinien zur Umsetzung der europäischen Netzneutralitätsregeln durch die nationalen Regulierungsbe-
hörden, BoR (16) 127, im Folgenden: BEREC-Netzneutralitäts-Leitlinien.

bei Videostreaming. Im Hinblick auf das Roaming schließt sich die TDG dem Antrag der DTAG an und „*macht sich die Begründung dieses Antrags der DTAG in deren Schreiben vom 17. August 2017 zu eigen.*“ Wegen der Einzelheiten wird auf diese Stellungnahme verwiesen.

Mit E-Mail vom 17.11.2017 hat die TDG mitgeteilt, dass sie zum 01.11.2017 546.099 StreamOn-Kunden hatte. Hiervon sind 124.445 StreamOn-Kunden im MagentaMobil-Tarif L und 17.709 StreamOn-Kunden im MagentaMobil-Tarif L Plus.

Mit Schreiben vom 11.12.2017 hat die DTAG eine geänderte Version der Content Partner AGB der TDG vorgelegt, in der v.a. Ziffern 1.2 und 1.7 geändert sind, und verbindlich erklärt, dass diese zum 01.03.2018 in Kraft treten. Hiernach können nun auch Privatpersonen und Streaming-Anbieter, die gleichzeitig eine Downloadfunktion anbieten, als Partner an StreamOn teilnehmen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akte verwiesen.

B. Rechtliche Würdigung

I. Netzneutralität

Die unter 1.a) tenorierte Feststellung sowie die im Tenor unter 1.b) und 1.c) getroffenen Anordnungen finden ihre Rechtsgrundlage in § 126 Abs. 2 i.V.m. § 126 Abs. 1 TKG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung.

Bei der Anwendung der netzneutralitätsrechtlichen Vorschriften der TSM-Verordnung hat die Bundesnetzagentur zudem den BEREC-Netzneutralitäts-Leitlinien „weitestgehend Rechnung“ zu tragen. Dies ergibt sich zum einen aus Erwägungsgrund 19 TSM-Verordnung, zum anderen aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und des Büros (ABl. 2009, L 337/1; im Folgenden: BEREC-Verordnung), welche unmittelbar in Deutschland anwendbar ist:

„Die nationalen Regulierungsbehörden und die Kommission tragen allen vom GEREK verabschiedeten Stellungnahmen, Empfehlungen, Leitlinien und Ratschlägen oder bewährten Regulierungspraktiken weitestgehend Rechnung.“

1. Formelle Rechtmäßigkeit

1.1. Zuständigkeit

Zur Vornahme der im Tenor genannten Anordnungen unter 1.a) und 1.b) ist die Bundesnetzagentur nach §§ 116, 126 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 TKG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung sachlich und örtlich zuständig.

1.2. Verfahren

Das Verwaltungsverfahren wurde ordnungsgemäß durchgeführt. Das Verfahren ist in § 126 Abs. 1 und Abs. 2 TKG zweistufig angelegt. Stellt die Bundesnetzagentur fest, dass ein Unternehmen seine Verpflichtungen nach dem TKG, auf Grund des TKG, nach der Roaming-Verordnung oder nach der TSM-Verordnung nicht erfüllt, fordert sie das Unternehmen in einem ersten Schritt nach § 126 Abs. 1 TKG zur Stellungnahme und Abhilfe auf. Sie setzt dem Unternehmen für die Abhilfe eine Frist. Die Bundesnetzagentur hat die TDG (im Folgenden: die Betroffene) mit Schreiben vom 06.10.2017 zur Stellungnahme zu den netzneutralitätsrechtlichen Verstößen und zur Abhilfe aufgefordert. Die Betroffene ist ihren Verpflichtungen innerhalb der bis zum 10.11.2017 gesetzten Frist nicht nachgekommen. Kommt das Unternehmen innerhalb der gesetzten Frist seinen Verpflichtungen nicht nach, kann die Bundesnetzagentur nach § 126 Abs. 2 TKG die zur Einhaltung der Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen anordnen, was mit vorliegendem Bescheid geschieht.

Beachtung der Verfahrensrechte der Betroffenen

Die Verfahrensrechte der Betroffenen sind beachtet worden. Ihr wurde Akteneinsicht nach § 29 VwVfG gewährt. Sie erhielt mehrfach Gelegenheit zu Erörterungsgesprächen als auch zur Stellungnahme nach § 126 Abs. 1 TKG. Die Betroffene konnte sich vor der Anordnung von Maßnahmen nach § 126 Abs. 2 TKG zu den gegen sie gerichteten Vorwürfen äußern und hierbei auch die Antworten der übrigen Marktteilnehmer, Verbände und Institutionen berücksichtigen.

Beteiligung anderer Behörden und Institutionen

Die Bundesnetzagentur hat Auskünfte vom Bundeskartellamt und von den Landesmedienanstalten eingeholt. Ihre Befugnis dazu ergibt sich aus § 123 Abs. 1 S. 5 TKG sowie § 123 Abs. 2 S. 3 TKG.

Fragen an weitere Marktbeteiligte und Verbände

Im Rahmen ihrer Amtsermittlungspflicht hat die Bundesnetzagentur auch Auskünfte von weiteren Marktbeteiligten wie Anbietern von Audio- und Videostreaming-Diensten, Internetzugangsanbietern sowie deren jeweiligen Verbänden, der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) und dem Bundesverband Deutscher Startups eingeholt.

Die befragten Unternehmen, Verbände und Institutionen haben hierdurch keine Beteiligtenstellung nach § 13 VwVfG erlangt. Insbesondere hat die Bundesnetzagentur diese Personen nicht nach § 13 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 VwVfG als Beteiligte herangezogen.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Bescheid ist materiell rechtmäßig. Die Bandbreitenreduzierung im Tarif L verstößt gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs nach Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung (hierzu unter 2.1.). Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen ihres Ermessens alle für die Entscheidung relevanten Gesichtspunkte abgewogen (hierzu unter 2.2.). Die tenorierte Frist für die Umsetzung der angeordneten Maßnahmen ist angemessen (hierzu unter 2.3.). Auch die Androhung eines Zwangsgelds ist rechtmäßig erfolgt (hierzu unter 2.4.).

2.1. Verstoß gegen Grundsatz der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs

Die Bandbreitenreduzierung auf bis zu 1,7 MBit/s für Videostreaming-Dienste im Tarif L verstößt gegen das Gebot der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs nach Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung.

Hiernach behandeln Anbieter von Internetzugangsdiensten den gesamten Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gleich, ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung, sowie unabhängig von Sender und Empfänger, den abgerufenen oder verbreiteten Inhalten, den genutzten oder bereitgestellten Anwendungen oder Diensten oder den verwendeten Endgeräten.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs stellt ein Kernelement der Netzneutralität dar (hierzu unter 2.1.1.). Die Betroffene behandelt durch die Bandbreitenreduzierung den Internetverkehr ungleich und verlangsamt ihn (hierzu unter 2.1.2.). Die Bandbreitenreduzierung stellt weder eine angemessene Verkehrsmanagementmaßnahme dar (hierzu unter 2.1.3.) noch erfüllt sie die Voraussetzungen für einen Ausnahmetatbestand nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. a bis lit. c TSM-Verordnung (hierzu unter 2.1.4.). Ebenso wenig ist der Grundsatz der Gleichbe-

handlung allen Datenverkehrs durch die Einwilligung eines Kunden abdingbar (hierzu unter 2.1.5.).

2.1.1. Gebot der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs ist ein Kernelement der Netzneutralität

Das Gebot der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs ist ein Kernelement der Netzneutralität. Der Begriff Netzneutralität bezieht sich auf die Diskussion über die Art der Steuerung der Daten bzw. des "Verkehrs", der über die Netze der Anbieter von Internetzugangsdiensten übertragen wird, wenn Breitbandkunden – die nach der TSM-Verordnung als „Endnutzer“ bezeichnet werden – Daten anfordern oder als Inhalte-, Anwendungs- und Diensteanbieter (wie YouTube oder Spotify) Daten bereitstellen und Verkehr zwischen diesen Endnutzern ausgetauscht wird. Netzneutralität bedeutet die gleichberechtigte (neutrale) Übertragung von Daten im Internet. Netzneutrale Internetdiensteanbieter behandeln alle Online-Inhalte, Websites und Plattformen gleich, ohne Qualitätsverluste (Europäisches Parlament, Was bedeutet Netzneutralität?, 22.10.2015¹¹).

Das Internet stellt einen Verbund unabhängiger Netze ohne zentrale Verwaltung dar. Sein Erfolg ist auf seine simple und dadurch robuste und gleichzeitig flexible Netzinfrastruktur zurückzuführen. Wesentliches Merkmal des Internets und seiner Innovationskraft ist das sogenannte Best-Effort-Prinzip.

Beim "Best-Effort-Internet" geht es um die Gleichbehandlung des über das Internet übertragenen Datenverkehrs, d.h. die Daten sollen "nach besten Kräften" übertragen werden, insbesondere

- unabhängig von den abgerufenen und verbreiteten Inhalten und
- ohne Beschränkung.

Dieser Grundsatz hat in Art. 3 Abs. 3 der TSM-Verordnung seinen Niederschlag gefunden.¹² Mit der TSM-Verordnung sollen gemeinsame Regeln zur Wahrung der gleichberechtigten und nicht-diskriminierenden Behandlung des Datenverkehrs bei der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten und damit verbundener Rechte der Endnutzer geschaffen werden. Ziel der Verordnung ist es, die Endnutzer zu schützen und gleichzeitig zu gewährleisten, dass das „Ökosystem“ des Internets weiterhin als Innovationsmotor funktionieren kann (Erwägungsgrund 1 der TSM-Verordnung). Hierbei umfasst der Begriff des „Endnutzers“ neben konsumierenden Verbrau-

¹¹ Abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/society/20151022STO98701/was-bedeutet-netzneutralitaet>

¹² Vgl. auch Kühling, Zero-Rating - Regulatorisches Off für StreamOn?, K&R-Editorial, Heft 11/2017, der dieses Gebot als einen „zentralen Grundsatz der Netzneutralität“ bezeichnet.

chern auch Inhalte- und Anwendungsanbieter, soweit sie zur Erreichung anderer Endnutzer einen Internetzugangsdienst nutzen.¹³

2.1.2. Ungleichbehandlung und Verlangsamung des Internetverkehrs

In der durch die Betroffene angewandten Bandbreitenreduzierung liegt eine Ungleichbehandlung und Verlangsamung des Internetverkehrs gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-Verordnung.

Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-Verordnung sind Anwender von Internetzugangsdiensten verpflichtet, bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten den gesamten Verkehr gleich zu behandeln. Wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt, darf bei der Frage, was gleich zu behandelnder „Verkehr“ ist, nicht danach differenziert werden, wer Sender und Empfänger ist, welche Inhalte abgerufen oder verbreitet werden, welche Anwendungen oder Dienste genutzt oder bereitgestellt werden oder welche Endgeräte verwendet werden. Ebenfalls aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich, was eine „Ungleichbehandlung“ ist, nämlich (jede) Diskriminierung, Beschränkung oder Störung. Zudem ergibt sich aus Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3, dass Anbieter von Internetzugangsdiensten – außerhalb eines angemessenen Verkehrsmanagements oder der Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 – nicht bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste – oder bestimmte Kategorien von diesen – blockieren, verlangsamen, verändern, einschränken, stören, verschlechtern oder diskriminieren dürfen.

Wenn der Kunde im Tarif L die StreamOn-Option dazu bucht, wird die Datenübertragungsrate bei Videostreaming-Diensten im Tarif L auf maximal 1,7 Mbit/s reduziert. Die Reduzierung der Datenübertragungsrate bewirkt bei Einsatz von Adaptive Bitrate seitens der Inhalteanbieter, dass Videostreams in geringerer Auflösung (480p) eingespeist bzw. abgerufen werden. Ob der Videostream von einem Content-Partner stammt oder nicht, spielt dabei keine Rolle. Bei anderen Diensten bzw. Anwendungen wird die Datenübertragungsrate nicht reduziert; es bleibt vielmehr bei der im konkreten Fall zur Verfügung stehenden *Best Effort*-Datenübertragungsrate, die in der Regel höher liegen wird. Videostreaming-Dienste werden damit innerhalb desselben Tarifs L anders behandelt als andere Dienste wie z.B. Audio-Streaming, Gaming, E-Mail-Verkehr oder Video-Konferenzen und im Vergleich zu diesen verlangsamt. Darüber hinaus wird auch innerhalb des Videoverkehrs im Tarif L die Bandbreitenreduzierung nur für reine Mobilfunkkunden angewendet; bei MagentaEins-Kunden (also Kunden, die neben dem Mobilfunkprodukt

¹³ Vgl. BEREC-Leitlinien, Rn. 4 f. Dies folgt aus der Definition des „Endnutzers“ in Art. 2 lit. n der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. L 108/33), zuletzt geändert durch Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 (Rahmenrichtlinie). Hiernach ist ein „Endnutzer“ ein Nutzer, der keine öffentlichen Kommunikationsnetze oder öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienste bereitstellt. Ein „Nutzer“ ist nach Art. 2 lit. h der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG eine juristische oder natürliche Person, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst in Anspruch nimmt oder beantragt. Auf dieser Basis umfasst der Begriff „Endnutzer“ Privatpersonen und Unternehmen und schließt sowohl Verbraucher als auch Inhalte- und Anwendungsanbieter ein.

auch ein Festnetzprodukt gebucht haben) wird im Tarif L die Datenübertragungsrate bei Video-Verkehr nicht reduziert.

Der Verkehr wird danach in zweifacher Weise differenziert: zum einen danach, welche Anwendungen oder Dienste genutzt oder bereitgestellt werden (Video oder andere Dienste), zum anderen innerhalb von Video-Verkehr danach, ob der Kunde im Tarif L MagentaEins-Kunde ist oder nicht (also nach der Art des Empfängers und/oder seines Endgeräts). Eine Differenzierung nach diesen Kriterien ist jedoch grundsätzlich nicht zulässig.

Die Bandbreitenreduzierung stellt somit eine Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-Verordnung in Abhängigkeit von den genutzten Anwendungen und Diensten bzw. des Empfängers und gleichzeitig eine Verlangsamung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-Verordnung dar.

Die Bandbreitenreduzierung stellt entgegen der Auffassung der Betroffenen (vgl. TDG Stellungnahme, S. 36 f.; *Fetzer*, Netzneutralitätsrechtliches Gutachten¹⁴, S. 19) auch keine Datenkomprimierung i.S.v. Erwägungsgrund 11 der TSM-Verordnung dar. Die TSM-Verordnung erwähnt in Erwägungsgrund 11 nichtdiskriminierende Datenkomprimierungstechniken:

"Regeln gegen die Veränderung von Inhalten, Anwendungen oder Diensten beziehen sich auf eine Veränderung des Inhalts der Kommunikation, sind aber nicht mit einem Verbot nichtdiskriminierender Datenkomprimierungstechniken verbunden, mit denen die Größe einer Datei ohne irgendeine Veränderung des Inhalts reduziert wird."

Um eine solche nichtdiskriminierende Datenkomprimierung, die den Inhalt der Datei nicht verändert, durchzuführen, muss der Netzbetreiber die anbieterseitig an seiner Netzgrenze ankommenden Datenpakete entpacken, den Inhalt umwandeln (komprimieren) und ihn wieder in Datenpakete packen und weiterleiten. An der endkundenseitigen Netzgrenze müsste er den Inhalt wieder in seine ursprüngliche Form zurückwandeln (dekomprimieren), um ihn sodann unverändert an den Endnutzer zu übergeben. So würde etwa ein eingespeistes HD-Video nach Datenkomprimierung und -dekomprimierung durch den Netzbetreiber beim Endnutzer „ohne irgendeine Veränderung des Inhalts“ als ein HD-Video ankommen, d.h. der Inhalt (die Daten) beim Endkunden entsprechen exakt Bit für Bit dem eingespeistem Inhalt.

Entscheidend ist, dass bei jeder Form von Datenkomprimierung der Netzbetreiber direkt auf den Nachrichteninhalt zugreift und diesen in irgendeiner Form elektronisch bearbeitet. Dies geschieht bei StreamOn jedoch nicht: Der Netzbetreiber begrenzt lediglich den Paket-Durchsatz im Netz (Bandbreitenreduzierung) ohne auf den Dateninhalt zuzugreifen. Bei einer durch den Netz-

¹⁴ Siehe oben in Fn. 9.

betreiber „voreingestellten“ Bandbreite von max. 1,7 MBit/s wird das Video in der Auflösung 480p („DVD-Qualität“) eingespeist. In dieser Auflösung kommt es auch beim Endkunden an.

2.1.3. Keine angemessene Verkehrsmanagementmaßnahme

Die Reduzierung der Datenübertragungsrate bei Videostreaming-Diensten auf maximal 1,7 Mbit/s im Tarif L stellt auch keine „angemessene Verkehrsmanagementmaßnahme“ i.S.d. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-Verordnung dar. Hiernach hindert das Gebot der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs Anbieter von Internetzugangsdiensten nicht daran, angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen anzuwenden.

Die Bandbreitenreduzierung ist zwar eine Verkehrsmanagementmaßnahme (hierzu 2.1.3.1.), jedoch nicht „angemessen“ im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-Verordnung (hierzu 2.1.3.2.).

2.1.3.1. Verkehrsmanagementmaßnahme

Die Bandbreitenreduzierung für Videoverkehr im Tarif L stellt eine Verkehrsmanagementmaßnahme dar. Der Begriff der Verkehrsmanagementmaßnahme ist weder in der TSM-Verordnung noch in den BEREC-Netzneutralitäts-Leitlinien definiert. Unter Verkehrsmanagementmaßnahmen sind alle Aktivitäten eines Netzbetreibers zu verstehen, mit denen der Transport und Weiterleitung von Datenpaketen innerhalb des Netzes beeinflusst wird. Dabei können einzelne Datenpakete oder Verkehrsströme in Abhängigkeit von der Auslastung des Netzes über unterschiedliche Pfade zur Gegenstelle geleitet werden oder auch in Abhängigkeit vom Inhalt oder Verkehrskategorie in Netzknoten unterschiedlich priorisiert, verlangsamt oder sogar blockiert werden. Durch die Bandbreitenreduzierung wird Videoverkehr verlangsamt.

2.1.3.2. Angemessenheit

Damit Verkehrsmanagementmaßnahmen nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 und S. 3 TSM-Verordnung 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.

Damit eine Verkehrsmanagementmaßnahme angemessen ist, müssen alle Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Insoweit genügt bereits die Feststellung, dass eine dieser Voraussetzun-

gen nicht erfüllt ist, um eine Verkehrsmanagementmaßnahme als nicht angemessen zu qualifizieren.

Die Bandbreitenreduzierung erfüllt mehrere der geforderten Voraussetzungen nicht. Sie ist zwar transparent, aber diskriminierend (hierzu 2.1.3.2.1). Sie beruht nicht auf objektiv unterschiedlichen Anforderungen an die Dienstqualität von Videostreaming (hierzu 2.1.3.2.2.), sondern auf kommerziellen Erwägungen (hierzu 2.1.3.2.3.). Durch sie wird der konkrete Inhalt überwacht (hierzu 2.1.3.2.4.) und sie wird länger als erforderlich aufrecht erhalten (hierzu 2.1.3.2.5.).

2.1.3.2.1. Transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig

Die Bandbreitenreduzierung wird zwar in der Preisliste Zubuchoptionen transparent gemacht (vgl. Ziffer 6.7 dort unter b, c), jedoch ist sie diskriminierend.

Dies zeigt sich bereits daran, dass sie nicht auf objektiv unterschiedlich technischen Anforderungen an die Dienstqualität von Videostreaming beruht (siehe dazu 2.1.3.2.2.). Selbst wenn es eine objektiv technische Anforderung gäbe, die eine andere Behandlung von Videostreaming im Vergleich zu anderen Verkehrsarten rechtfertigen würde, gäbe es jedenfalls keinen sachlichen Grund zwischen Videoverkehr im Tarif L in Abhängigkeit davon zu differenzieren, ob der Kunde nur einen Mobilfunktarif oder zusätzlich auch einen Festnetztarif gebucht hat (also MagentaEins-Kunde ist).

2.1.3.2.2. Keine objektiv unterschiedlich technische Anforderung an die Dienstqualität von Videostreaming

Eine Reduzierung der Datenübertragungsrate auf maximal 1,7 Mbit/s beruht nicht auf einer „objektiv unterschiedlichen technischen Anforderung an die Dienstqualität“ von Videostreaming-Diensten.

Bestimmte Datenverkehrskategorie

Für die weitere Prüfung wird unterstellt, dass Videostreaming-Dienste eine Datenverkehrskategorie i.S.v. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-Verordnung darstellen (so TDG Stellungnahme, S. 38).

Hierbei ist entscheidend, welche objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen bestimmte Datenverkehrskategorien an die Dienstqualität stellen (und nicht die Gesamtqualität aller Dienste und das Nutzererlebnis aller TDG-Kunden, wie die Betroffene meint). Dies bedeutet, dass je Datenverkehrskategorie untersucht werden muss, welche objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen sie an die Dienstqualität stellt. Mit anderen Worten: Bei der Abwä-

gung, ob eine Verkehrsmanagementmaßnahme angemessen ist, ist immer die erzielte Gesamtübertragungsqualität der Verkehrskategorie selbst der Maßstab.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen (vgl. TDG Stellungnahme, S. 41 f.; Fetzer, Netzneutralitätsrechtliches Gutachten, S. 25) folgt auch nichts anderes aus Erwägungsgrund 9 der TSM-Verordnung. Das in Erwägungsgrund 9 genannte Ziel eines angemessenen Verkehrsmanagements, nämlich zu einer effizienten Nutzung der Netzressourcen und Optimierung der Gesamtübermittlungsqualität beizutragen, ist an das Vorliegen objektiv unterschiedlicher Anforderungen an die technische Qualität der Dienste bei speziellen Verkehrskategorien geknüpft. So heißt es in Erwägungsgrund 9 (der in der TDG Stellungnahme, S. 42, unvollständig zitiert wird):

„Ziel eines angemessenen Verkehrsmanagements ist es, zu einer effizienten Nutzung der Netzressourcen und zur Optimierung der Gesamtübermittlungsqualität entsprechend den objektiv unterschiedlichen Anforderungen an die technische Qualität der Dienste bei speziellen Verkehrskategorien und somit den übermittelten Inhalten, Anwendungen und Diensten beizutragen. [...] Die Anforderung, dass Verkehrsmanagementmaßnahmen nicht diskriminierend sein dürfen, schließt nicht aus, dass die Internetzugangsanbieter zur Optimierung der Gesamtübermittlungsqualität Verkehrsmanagementmaßnahmen anwenden, bei denen zwischen objektiv verschiedenen Verkehrskategorien unterschieden wird. Um die Gesamtqualität und das Nutzererlebnis zu optimieren, sollte jede derartige Differenzierung nur auf der Grundlage objektiv verschiedener Anforderungen an die technische Qualität der Dienste (beispielsweise in Bezug auf Verzögerung, Verzögerungsschwankung, Paketverlust und Bandbreite) bei bestimmten Verkehrskategorien, nicht aber auf Grundlage kommerzieller Erwägungen zulässig sein.“ (Eigene Hervorhebung)

Das Verkehrsmanagement soll also die Anforderungen des Dienstes selbst unterstützen und zwar im Hinblick auf seine Gesamtübertragungsqualität. Ziel eines angemessenen Verkehrsmanagements ist es, die zur Verfügung stehenden knappen Netzressourcen nach Dringlichkeit – und damit vorrangig für spezielle Verkehrskategorien – genutzt werden können.

Eine Beschränkung der Netzressourcen für eine bestimmte Verkehrskategorie zum Schutz anderer Verkehrskategorien ist in der Logik der Verordnung hingegen nicht vorgesehen.

Objektiv unterschiedlich technische Anforderungen an die Dienstqualität von Videostreaming?

Videostreaming stellt nicht die objektiv technische Anforderung an die Dienstqualität, dass die Datenübertragungsrate auf bis zu – d.h. maximal – 1,7 Mbit/s reduziert wird.

Technische Anforderungen an die Dienstqualität sind z.B. die Verzögerung (Paketlaufzeit), Verzögerungsschwankungen (Paketlaufzeitvarianz), Paketverlustrate oder die Bandbreite (Daten-

übertragungsrate), vgl. Erwägungsgrund 9 TSM-Verordnung sowie BEREC-Netzneutralitäts-Leitlinien, Rn. 62.

Als Beispiel können Echtzeitanwendungen (wie z.B. Sprachtelefonie) genannt werden, die besondere Anforderungen im Sinne einer vorrangigen Behandlung (Priorisierung) gegenüber anderen Datenverkehrskategorien stellen. Echtzeitanwendungen erfordern eine kurze Verzögerungszeit (Paketlaufzeit), damit z.B. ein Telefongespräch als solches geführt werden kann (vgl. zum Ganzen BEREC-Netzneutralitäts-Leitlinien, Rn. 63).

Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen ihrer Ermittlungen umfassende Fragen zum Verkehrsmanagement an die DTAG gestellt (vgl. Schreiben vom 13.04.2017, Fragen 9-14), so auch, ob die Bandbreitenreduzierung auf objektiv technischen Anforderungen an die Dienstqualität oder auf kommerziellen Erwägungen beruht. Die DTAG hat hierauf in ihrem Schreiben vom 19.05.2017 nicht in der Sache geantwortet, sondern bisher allein darauf verwiesen, dass Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung ihrer Auffassung nach nicht auf die Bandbreitenreduzierung anwendbar sei (vgl. Stellungnahme DTAG vom 19.05.2017, S. 9 f., Antworten auf die Fragen 9 und 10; siehe hierzu ausführlich unter 2.1.5.).

In ihrer Stellungnahme vom 10.11.2017 führt die Betroffene nunmehr erstmalig an, die Bandbreitenreduzierung auf 1,7 MBit/s wirke stabilisierend auf mobiles Videostreaming, da *„davon ausgegangen werden kann, dass diese Übertragungsrate auch tatsächlich im Mobilfunknetz der Betroffenen zur Verfügung steht, ohne die wahrnehmbare Bildqualität zu beeinflussen“* (TDG Stellungnahme, S. 38).

Auch dieser Vortrag führt nicht zu der Bewertung, die Bandbreitenreduzierung als angemessene Verkehrsmanagementmaßnahme zu qualifizieren. Denn eine Reduzierung der Datenübertragungsrate auf maximal 1,7 Mbit/s beruht danach auf einer Anforderung des Netzes des Anbieters, jedoch nicht auf einer „objektiv unterschiedlichen technischen Anforderung an die Dienstqualität“ von Videostreaming-Diensten¹⁵:

(1) Die durch die Bandbreitenreduzierung bewirkte Auflösung von 480p ist eine merkbare Qualitätsverschlechterung und entspricht nicht dem heutigen Standard

Dass Videostreams gerade eine Verlangsamung der Datenübertragungsrate im Vergleich zu der jeweils aktuell über das Mobilfunknetz erreichbaren Bandbreite erfordern, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Die Reduzierung der Datenübertragung erzwingt aufgrund des oben beschriebenen Adaptive Bitrate Coding beim Anbieter des Videostreaming-Dienstes die Einspeisung des Videos in einer niedrigeren Auflösung und damit typischerweise eine Verschlechterung der Dienstqualität als mit der bislang üblichen Best Effort-Datenübertragungsrate.

¹⁵ Im Ergebnis ebenso Kühling, Zero-Rating – Regulatorisches Off für StreamOn?, K&R-Editorial, Heft 11/2017.

Eine geringere Auflösung ist auch auf den heutigen Tablets und Smartphones – dies insbesondere im Falle von Smartphones mit größeren Bildschirmen und/oder höherer Pixelzahl – mit dem bloßen Auge erkennbar (vgl. Gegenüberstellung von Bildern mit verschiedener Auflösung durch Lohninger, Netzpolitik.org, 11.04.2017). Dass die Auflösung von 480p auf mobilen Endgeräten eine merkliche Qualitätseinbuße darstellt, wurde auch in mehreren Stellungnahmen (vgl. ACO Stellungnahme; [REDACTED]

[REDACTED] vzbv Stellungnahme, S. 7; in diesem Sinne Chaos Computer Club Stellungnahme; epicenter.works Stellungnahme, S. 5, u.a. zu Sportvideoangeboten) sowie einem Testbericht (teltarif.de vom 24.04.2017, Telekom StreamOn: Das Gratis-Streaming im Test, S. 2 f.) vorgetragen.

Festzuhalten ist, dass die Auflösung von 480p nicht dem heutigen Standard der Bildauflösung von Videoangeboten entspricht. Vielmehr war dies die Bildauflösung des ersten iPhones (welches im Jahr 2007 auf den Markt gebracht worden ist) und bereits im Jahr 1995 der übliche Standard für Photos. Auch auf mobilen Endgeräten werden Videoinhalte heutzutage in höheren Auflösungen konsumiert. Diese Entwicklung beruht auf dem Trend hin zu größeren Smartphone-Displays und einer höheren Pixeldichte. Moderne Smartphones können Auflösungen von 1080p und höher darstellen.

(2) Die Bandbreitenreduzierung wird nicht für jeden Videoverkehr eingesetzt und ist daher nicht objektiv technisch erforderlich

Dass eine Bandbreitenreduzierung nicht für die Übertragung von Videostreams technisch erforderlich ist, zeigt sich zudem bereits daran, dass die Datenübertragungsrate bei Videostreams in einigen Fällen durch die Betroffene reduziert wird, in anderen nicht. So wird im Rahmen der Zubuchoption StreamOn etwa im Tarif L die Bandbreite reduziert, bei MagentaEins-Kunden hingegen nicht (siehe bereits oben unter 2.1.3.2.1). Auch kann im Tarif L die Bandbreitenreduzierung ausgeschaltet werden. Objektiv technische Anforderungen an die Dienstqualität bedeuten aber gerade, dass diese technische Anforderung ausnahmslos für alle Tarife und Anbieter für die Erbringung des Dienstes erforderlich ist. Dies ist aber offensichtlich nicht der Fall und wird auch von der Betroffenen nicht behauptet.

Schließlich sind objektiv technische Anforderungen Mindestanforderungen an die Dienstqualität und gerade nicht eine Begrenzung (Deckelung) des Verkehrsflusses. Dies stellt einen diametral anderen Befund dar als es der Ansatz der Betroffenen ist, wonach eine maximale Bandbreite von 1,7 Mbit/s (d.h. ein „oberer Deckel“) für Videostreaming im Tarif L eingesetzt wird.

(3) Eine Bestimmung der Bandbreite in Abhängigkeit von der Leistungsfähigkeit des Netzes ist willkürlich und gerade keine objektiv technische Anforderung an die Dienstqualität

Ein solcher Ansatz wie von der Betroffenen vorgetragen würde zudem dazu führen, dass die objektive technische Anforderung an die Dienstqualität davon abhängt, was das Mobilfunknetz des jeweiligen Anbieters leisten kann. Damit wäre die „objektiv technische Anforderung“ willkürlich und individuell je nach Netzleistung zu bestimmen. Ein Internetzugangsanbieter hätte es in der Hand, nicht nur bei Videoverkehr, sondern auch bei anderen datenintensiven Diensten die Datenübertragungsrate in Abhängigkeit von der Leistungsfähigkeit seines Netzes zu drosseln und damit Innovationen zu bremsen. Dies würde klar gegen den Wortlaut und Sinn und Zweck der Regelung zum angemessenen Verkehrsmanagement verstoßen, wonach objektive technische Anforderungen sich gerade von den Anforderungen des Dienstes bestimmen, und nicht danach, was das jeweilige individuelle Netz relativ stabil zu leisten vermag.

2.1.3.2.3. Kommerzielle Erwägungen

Die Bandbreitenreduzierung für Video im Tarif L beruht dementsprechend auf kommerziellen Erwägungen.

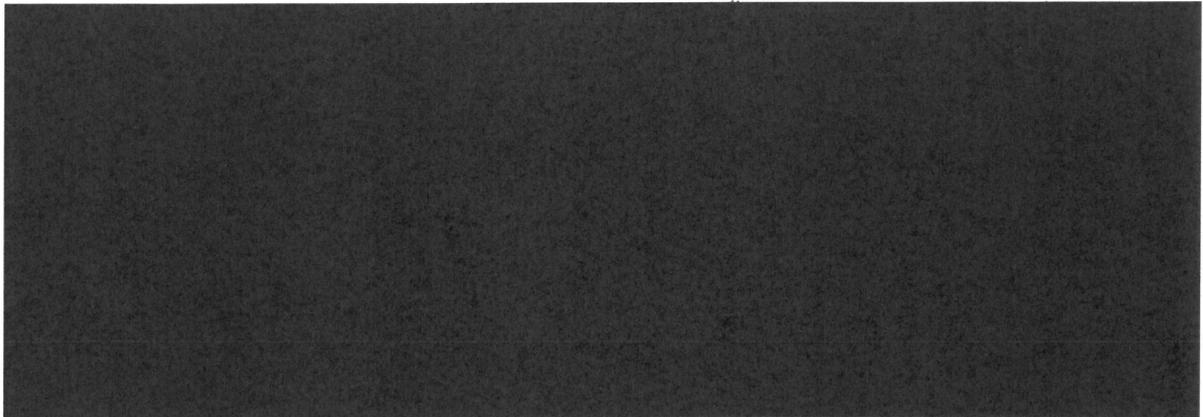
(1) Ausschlussverhältnis von „objektiv technischen Anforderungen“ und „kommerziellen Erwägungen“.

Denn wenn keine objektiv unterschiedlichen Anforderungen an die Dienstqualität von Videostreaming vorliegen, so beruht die Bandbreitenreduzierung – im Umkehrschluss – auf kommerziellen Erwägungen. Diese beiden Beweggründe stehen in einem Ausschlussverhältnis. Dies folgt aus dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-Verordnung („... dürfen nicht auf kommerziellen Erwägungen, sondern auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen“, eigene Hervorhebung). Es genügt für den Befund, dass kein angemessenes Verkehrsmanagement vorliegt, also insoweit die Feststellung, dass die Verkehrsmanagementmaßnahme nicht auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität beruht (vgl. BEREC-Netzneutralitäts-Leitlinien, Rn. 68). Dass jedes Produkt auf kommerziellen Erwägungen beruht, steht dem nicht entgegen. Denn im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 UAbs. TSM-Verordnung geht es nicht um die kommerziellen Erwägungen für ein Produkt, sondern die kommerziellen Erwägungen, die einer Verkehrsmanagementmaßnahme (und nicht dem gesamten Produkt) zugrunde liegen.

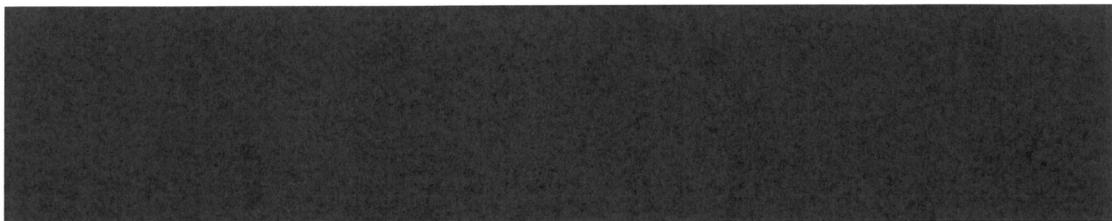
(2) Hilfsweise: Feststellung von kommerziellen Erwägungen

Unabhängig davon ergibt es sich aus den der Bundesnetzagentur vorliegenden Informationen, dass die Bandbreitenreduzierung auf kommerziellen Erwägungen beruht:

Zum einen dient sie nach eigenen Angaben der DTAG der Finanzierung von StreamOn. So teilte die DTAG beim Termin am 01.03.2017 mit, dass die Finanzierung der kostenlos angebotenen Zubuchoption StreamOn durch „Upselling“¹⁶ der Tarife und eine verbesserte Netzauslastung („Verkehrsoptimierung“) erfolge.



StreamOn beinhaltet ein Zero Rating von Video, weshalb zu erwarten ist, dass der Videokonsum und somit das Datenvolumen aufgrund von Videoverkehren ansteigt. 



¹⁶ „Upselling“ bedeutet, dass StreamOn dazu beiträgt, dass mehr Kunden den Tarif L buchen bzw. neben dem MagentaMobil-Tarif auch einen Festnetztarif buchen, um MagentaEins-Kunde zu werden.

[REDACTED]

Die Betroffene hat ein Geschäftsmodell – hier: Zero Rating von u.a. Videostreaming – entworfen und die technischen Leistungsparameter in Abhängigkeit von der Leistungsfähigkeit des Netzes (im Wesentlichen 1,7 Mbit/s) festgelegt. [REDACTED]

[REDACTED] Anders ausgedrückt: Der Internetzugangsanbieter und Netzbetreiber gibt durch die – in Abhängigkeit von der Netzleistung festgelegte – Bandbreitenreduzierung vor, auf welche Art und Weise bzw. in welcher Qualität ein bestimmter Dienst (hier: Videostreaming) durchzuführen ist.

Aus der Stellungnahme der DTAG vom 19.05.2017 wird deutlich, dass die Bandbreitenreduzierung das Knappheitsproblem lösen und auch dazu dienen soll, den Netzausbau der bestehenden Mobilfunk-Infrastruktur aufzuschieben:

„Darüber hinaus bietet StreamOn auch beim Netzbetrieb einen Effizienzgewinn: Die in manchen Mobilfunkzellen aufgrund der aktuell sehr intensiven Nutzung knappe Kapazität kann durch die Optimierung des Datenverkehrs mehr Endkunden zur Verfügung gestellt werden. [...] Zwar werden die Zellen entsprechend dem in Summe wachsenden Datenverkehr laufend ausgebaut.“ [REDACTED]

Dies entspricht aber nicht dem Verständnis von angemessenem Verkehrsmanagement der Verordnung. Ein solches kann sich nur aus den objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität einer Datenverkehrskategorie begründen, nicht aber aus Kapazitätsrestriktionen des jeweiligen Netzes.

(3) Bei Überbuchung von Netzwerkressourcen ist eine Drosselung datenintensiver Dienste nicht als dauerhafte Maßnahme zulässig

Nach der Netzneutralitätsverordnung bestehen bei dauerhaften Überlastungen des Netzes zwei Möglichkeiten, die auch nebeneinander angewendet werden können:

- Gleichmäßige Verteilung der Kapazitäten: Im Falle von Kapazitätsrestriktionen sind die vorhandenen Kapazitäten grundsätzlich gleichmäßig zu verteilen, dies unabhängig von der Art der transportierten Daten (vgl. Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 TSM-Verordnung)
- Erweiterung der Kapazitäten: *„Für wiederkehrende und länger dauernde Fälle von Netzüberlastungen, bei denen es sich weder um außergewöhnliche noch um zeitweilige Überlastungen handelt, sollte nicht auf diese Ausnahmen zurückgegriffen werden können, sondern sie sollten vielmehr im Wege einer Erweiterung der Netzkapazität angegangen werden.“* (vgl. Erwägungsgrund 15 TSM-Verordnung) Aus der TSM-Verordnung folgt zwar keine Verpflichtung zum Netzausbau. Bei dauerhafter Überbuchung von Ressourcen sind Verkehrsmanagementmaßnahmen jedoch nicht unter der TSM-Verordnung gerechtfertigt.

Die TSM-Verordnung erlaubt also nicht, dass Überbuchung von Netzwerkressourcen durch Drosselung bandbreitenintensiver Datenverkehre wie Video gelöst wird.

2.1.3.2.4. Überwachung des konkreten Inhalts der Datenpakete

Durch die Bandbreitenreduzierung wird auch entgegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 S. 3 TSM-Verordnung der konkrete Inhalt des Datenverkehrs überwacht. Ein angemessenes Verkehrsmanagement erfordert keine Techniken zur Überwachung spezifischer Inhalte des Datenverkehrs, der über den Internetzugangsdienst übertragen wird (vgl. Erwägungsgrund 10 TSM-Verordnung).

Der konkrete Inhalt eines Datenpakets besteht aus der Payload (Nutzdaten) des Transportschichtprotokolls¹⁷. Verkehrsmanagementmaßnahmen, bei denen nicht der konkrete Inhalt, sondern andere Aspekte, z.B. der generische Inhalt, überwacht werden, sollten hingegen als zulässig gelten. Von den Internetzugangsanbietern eingesetzte Überwachungsverfahren, die sich auf die Informationen im IP-Header und im Header der Transportschichtprotokolls (z.B. TCP) stützen¹⁸, können als generischer Inhalt gelten, im Gegensatz zum konkreten Inhalt, der von den Endnutzern selbst stammt (wie Text, Bilder und Videos), vgl. BEREC Netzneutralitäts-Leitlinien, Rn. 69 f.

¹⁷ Die Transportschicht ist die Schicht, innerhalb der eine direkte logische Ende-zu-Ende-Kommunikation zwischen zwei Endnutzern stattfindet. Aufgabe des Transportschichtprotokolls ist es, einen kontrollierten Nutzdatenaustausch zwischen Anwendungsprozessen zu gewährleisten.

¹⁸ Der IP-Header und der Header des Transportschichtprotokolls sind den Nutzdaten des Transportschichtprotokolls vorgelagerte Daten. Der IP-Header enthält Informationen, die für die Verkehrslenkung (Routing) und Paketweiterleitung im IP-Netz des ISP erforderlich sind. Der Header des Transportschichtprotokolls enthält Informationen, die für die Aufrechterhaltung einer Verbindung und Austausch von Nutzdaten zwischen den Anwendungen auf Endkundenseite notwendigen Steuerinformationen notwendig sind.

Dass für die Anwendung der Bandbreitenreduzierung bei Videoverkehren weitergehende Daten, nämlich die Payload (Nutzdaten) des Transportschichtprotokolls und damit konkreter Inhalt des Datenverkehrs verwendet werden, ergibt sich v.a. aus Folgendem:

Nach Ziffer 6.2 Content Partner AGB werden zur Verkehrsidentifizierung u.a. URL (Uniform Resource Locator) und SNI (Server Name Indication) ausgewertet. Beides sind Daten, die Bestandteil der Payload des Transportschichtprotokolls sind.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

2.1.3.2.5. „nur solange wie erforderlich“

Schließlich wird die Bandbreitenreduzierung auch länger als erforderlich angewendet.

Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-Verordnung darf eine Maßnahme des angemessenen Verkehrsmanagements nur solange wie erforderlich angewendet werden. Die Bandbreitenreduzierung ist dauerhaft implementiert und überschreitet damit den zeitlich zulässigen Rahmen (ebenso *Kühling*, Zero-Rating - Regulatorisches Off für StreamOn?, K&R-Editorial, Heft 11/2017).

Die Auffassung der Betroffenen, die Bandbreitenreduzierung sei nicht dauerhaft installiert, weil der Kunde diese durch Knopfdruck ausschalten und auf HD-Qualität wechseln könne (TDG Stellungnahme, S. 42) oder weil sie erst durch Entscheidung des TDG-Kunden für die Zubuchoption beim Kunden implementiert wird (*Fetzer*, Netzneutralitätsrechtliches Gutachten, S. 26), verfängt nicht.

Wenn ein Kunde sich für StreamOn entscheidet, ist die Bandbreitenreduzierung bei Videoverkehren auf 1,7 Mbit/s innerhalb der Zubuchoption StreamOn im Tarif L der Regelfall (d.h. die „Default-Einstellung“), das Ausschalten der Bandbreitenreduzierung durch den Kunden per Knopfdruck die Ausnahme. Nicht alle Kunden werden von der Option, bei Video auf HD zu wechseln, Gebrauch machen. Auch wird nach spätestens 24 Stunden nach einem solchen Knopfdruck wieder zurück auf die Bandbreitenreduzierung gewechselt.

Die Möglichkeit, die Bandbreitenreduzierung auszuschalten, genügt daher nicht. Ein angemessenes Verkehrsmanagement ist als Ausnahmefall bei Verkehrsspitzen vorgesehen und nicht als notwendige Voraussetzung für das Angebot eines Produkts.

2.1.4. Kein Ausnahmegrund für Verkehrsmanagementmaßnahmen, die über Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-Verordnung hinausgehen

Es liegt auch keiner der in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. a) – c) TSM-Verordnung genannten Ausnahmegründe vor. Dies ist weder ersichtlich noch wurde dies von der Betroffenen vorgetragen.

Insbesondere liegt nicht der Ausnahmegrund des Überlastmanagements nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) TSM-Verordnung vor. Dieser Ausnahmegrund greift jedenfalls nicht bei wiederkehrenden oder länger dauernden Netzüberlastungen, bei denen es sich weder um außergewöhnliche noch um zeitweilige Überlastungen handelt (vgl. Erwägungsgrund 15 der TSM-Verordnung). Auch dürfen Maßnahmen des Überlastmanagements nur solange es erforderlich ist – und nicht dauerhaft – angewendet werden.

2.1.5. Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung ist nicht durch die Einwilligung der StreamOn-Kunden abdingbar

Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung ist schließlich auch nicht durch die Einwilligung der StreamOn-Kunden abdingbar.

Art. 3 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 2 TSM-Verordnung stehen als eigenständige Vorschriften mit eigenständigem Regelungszweck nebeneinander. Nach Art. 3 Abs. 2 TSM-Verordnung dürfen Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern die Ausübung der Rechte der Endnutzer gemäß Art. 3 Abs. 1 TSM-Verordnung nicht einschränken. Demgegenüber beinhaltet Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung den Grundsatz der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs. Dieser Grundsatz unterliegt nicht der Parteidisposition.

Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung sieht Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot nur für ganz bestimmte und genau geregelte Verkehrsmanagementmaßnahmen des Anbieters von Internetzugangsdiensten vor. Aus Erwägungsgrund 11 der Verordnung geht hervor, dass weitere Ausnahmen vom Gleichheitsgebot nicht zulässig sind:

„Jede Verkehrsmanagementpraxis, die über solche angemessenen Verkehrsmanagementmaßnahmen hinausgeht indem sie eine Blockierung, Verlangsamung, Veränderung, Beschränkung, Störung, Schädigung oder Diskriminierung je nach

spezifischen Inhalten, Anwendungen oder Diensten oder spezifischen Kategorien derselben vornimmt, sollte — vorbehaltlich begründeter und genau festgelegter Ausnahmen nach Maßgabe dieser Verordnung — verboten werden. Diese Ausnahmen sollten einer strengen Auslegung und strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit unterliegen.“ (Eigene Hervorhebung)

Die von der Betroffenen vertretene gegenteilige These, Art. 3 Abs. 2 TSM-Verordnung gehe als *lex specialis* für Vereinbarungen zwischen Anbieter und Endkunden dem Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung vor (vgl. TDG Stellungnahme, S. 31 ff.; DTAG, Stellungnahme vom 19.05.2017, S. 9-11, Antworten zu den Fragen 9,10,13; Fetzer, Netzneutralitätsrechtliches Gutachten, S. 18 ff.) und letzterer komme nur bei unilateralen Verkehrsmanagementmaßnahmen zur Anwendung (vgl. Fetzer, Netzneutralitätsrechtliches Gutachten, S. 19), ist weder begründet noch haltbar (im Ergebnis ebenso Kühling, Zero-Rating - Regulatorisches Off für StreamOn?, K&R-Editorial, Heft 11/2017). Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass der dort niedergelegte Grundsatz der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs der Parteidisposition unterliegen würde. Zudem spricht die *ratio legis* der Vorschrift dagegen.

Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung ist nach dem Sinn und Zweck der Verordnung nicht durch eine Vereinbarung zwischen dem Anbieter von Internetzugangsdiensten und seinem Kunden abdingbar, weil

„ein derartiges Verständnis faktisch einen „Vertrag zulasten Dritter“ bedingt, obwohl es bei der Verordnung eben nicht nur um den Schutz der Kunden, sondern auch der Inhalteanbieter und der Allgemeinheit geht (siehe nur Erwägungsgrund 1: Schutz des Internets „als Innovationsmotor“). Eine Nichtanwendung von Art. 3 Abs. 3 bei vertraglichen Vereinbarungen zwischen Endnutzern und Internetzugangsanbietern würde damit einen zentralen Grundsatz der Netzneutralität zu deren Disposition stellen.“ (Kühling, Zero-Rating - Regulatorisches Off für StreamOn?, K&R-Editorial, Heft 11/2017)

Inhalteanbieter haben zwar keinen Anspruch darauf, dass ihre Inhalte in einer bestimmten Datenübertragungsrate übertragen werden (dies bestimmt der konsumierende Endnutzer), jedoch haben sie einen Anspruch auf Gleichbehandlung ihres Datenverkehrs mit anderem Datenverkehr (also einen Anspruch auf Übertragung in *Best Effort*-Qualität im Rahmen der maximalen anwendungsneutralen Datenübertragungsrate des jeweiligen Tarifs, siehe bereits oben 2.1.1.).

Dass Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung nicht vertraglich abbedungen werden kann, bestätigt schließlich die Gesetzgebungshistorie. Entsprechende Vorschläge, eine Endnutterzustimmung als Ausnahme nach Art. 3 Abs. 3 lit. d hinsichtlich der Übertragung unaufgeforderter Kommunikation sowie einer Jugendschutzfunktion („parental control“) einzufügen, wurden abgelehnt (vgl. Ratsdokument, Interinstitutional File: 2013/0309 (COD), S. 9, 24, woraus sich die Streichung

entsprechender Vorschläge ergibt). Wenn ein Endkunde bereits nicht einer Verkehrsmanagementmaßnahme zustimmen kann, durch die unaufgeforderte Kommunikation (Werbung) oder Seiten, die gegen den Jugendschutz verstoßen, blockiert werden, so kann die Zustimmung des Endkunden erst recht nicht generell Verkehrsmanagementmaßnahmen, die über ein angemessenes Verkehrsmanagement hinausgehen, rechtfertigen. Auch die EU Kommission geht in dem Fact Sheet zur Verordnung (EU) 2015/2129 (Roaming charges and open Internet: questions and answers, 30.06.2015, aktualisiert am 27.10.2015) davon aus, dass Zero Rating-Angebote an den Regeln über das nicht-diskriminierende Verkehrsmanagement zu messen sind.¹⁹

2.1.6. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 TSM-Verordnung

Wie bereits in dem Schreiben nach § 126 Abs. 1 TKG vom 06.10.2017 (S. 18 f.) ausgeführt, muss zum jetzigen Zeitpunkt nicht entschieden werden, ob neben dem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 dieser Verordnung vorliegt. Eine Ungleichbehandlung und Verlangsamung vom Videostreaming-Diensten stellt für gewöhnlich auch eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 TSM-Verordnung dar (vgl. BEREC Netzneutralitäts-Leitlinien, Rn. 37). Nach Erwägungsgrund 7 sollen die nationalen Regulierungsbehörden allerdings nur dann verpflichtet sein einzugreifen, wenn Vereinbarungen oder Geschäftsgepflogenheit nach Art. 3 Abs. 2 TSM-Verordnung dazu führen würden, dass das Recht der Endnutzer nach Art. 3 Abs. 1 TSM-Verordnung in der Praxis *wesentlich* eingeschränkt und *in seinem Kern* untergraben würde. Ob diese Eingriffsvoraussetzung im Falle von StreamOn erfüllt ist, kann zum jetzigen Zeitpunkt dahin stehen, da StreamOn jedenfalls gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung verstößt.

2.2. Ermessen

Die im Tenor Ziffer 1.b) und 1.c) getroffenen Anordnungen halten sich im Rahmen der nach Art. 5 Abs. 1 TSM-Verordnung zulässigen Maßnahmen. Die Feststellung in Ziffer 1.a) erfolgt aus Klarstellungsgründen.

Nach Art. 5 Abs. 1 TSM-Verordnung überwachen die nationalen Regulierungsbehörden genau und stellen sicher, dass Art. 3 und 4 TSM-Verordnung 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

¹⁹ „Commercial agreements and practices, including zero rating, must comply with the other provisions of the Regulation, in particular those on non-discriminatory traffic management.“ (Eigene Hervorhebung)

Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation, einschließlich der Anbieter von Internetzugangsdiensten, vorschreiben.

Die Bundesnetzagentur hält sich bei den Anordnungen nach Ziffer 1. b) und 1.c) an das ihr vorgegebene Ermessen. Die Anordnungen stellen eine geeignete und erforderliche Maßnahme zur Durchsetzung des Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung dar. Bei einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EU) kann das Verbot, bestimmte Anwendungen zu drosseln, zu den zu treffenden Maßnahmen gehören (BEREC Netzneutralitäts-Leitlinien, Rn. 179 sowie Rn. 178, 2. Tired generell zur Beendigung bestimmter Verkehrsmanagementmaßnahmen, sowie 5. Tired generell zu Unterlassungsverfügungen).

Die Untersagung der Bandbreitenreduzierung bei Video im Tarif L (Anordnung 1.b)) ist geeignet, den Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot abzuwenden. Videoverkehr wird sodann in der gleichen, ungedrosselten Datenübertragungsrate übertragen wie andere Datenverkehre.

Diese Anordnungen sind auch erforderlich. Der durch die TSM-Verordnung bezweckten Schutz der Endnutzer sowie des Internets als „Innovationsmotor“ (vgl. Erwägungsgrund 1 der Verordnung) im Hinblick auf eine Gleichbehandlung allen Datenverkehrs kann nur durch eine Untersagung der Bandbreitenreduzierung bei Video im Tarif L und eine entsprechende Anpassung der Content Partner AGB und der Preisliste Zubuchoptionen gewährleistet werden. Mildere, ebenso geeignete Mittel zur Beseitigung des Verstoßes sind nicht ersichtlich. Insbesondere war die Betroffene auch nach der Besprechung netzneutralitätskonformer Ausgestaltungsmöglichkeiten nicht bereit, StreamOn so anzupassen, dass es nicht gegen das Gebot der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs verstößt.

Die Anordnung ist schließlich auch angemessen. Das Interesse der Endnutzer (die nicht nur Kunden der Betroffenen umfassen, sondern auch Inhaltenanbieter sowie weitere konsumierende Endnutzer²⁰) sowie der Allgemeinheit an der Einhaltung des Gebots der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs überwiegen das Interesse der Betroffenen an einer Drosselung datenintensiver Dienste wie Video, welches im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung kein schutzwürdiges Interesse ist (siehe oben unter 2.1.3.2.2. und 2.1.3.2.3).

Würde die Bundesnetzagentur die Bandbreitenreduzierung nicht untersagen, würde sich ein rechtswidriger Zustand verfestigen, welcher der Betroffenen einen Vorsprung gegenüber ihren Wettbewerbern verschaffen würde, die keine unzulässige „Videodrossel“ anwenden. Gerade gegenüber Wettbewerbern, die die Netzneutralitätsvorschriften einhalten, würde dies eine un gerechtfertigte Bevorteilung darstellen.

²⁰ Vgl. oben in Fn. 13.

Auch der Umstand, dass es mittlerweile ca. 550.000 StreamOn-Kunden gibt und deren Zahl weiter steigt, führt zu keiner anderen Bewertung. Zum einen sind von der Bandbreitenreduzierung nicht alle StreamOn-Kunden betroffen, sondern nur die des Tarif L. [REDACTED]

[REDACTED] Für diese Kunden wiederum stellt die Abschaffung der Bandbreitenreduzierung und damit die Übertragung von Videos in ungedrosselter Geschwindigkeit eine Besserstellung dar. Zum einen ist es im Falle einer *ex post*-Regulierung wie nach der TSM-Verordnung ein generelles Risiko eines Unternehmens, dass ein Geschäftsmodell ganz oder teilweise nachträglich untersagt wird und in der Folge u.a. Kundenverträge rückabgewickelt werden müssen.

Schließlich wurde auch berücksichtigt, dass die Untersagung der Bandbreitenreduzierung im Tarif L nicht notwendigerweise zu einer Einstellung der gesamten Zubuchoption führen muss. Die Anordnungen nach Ziffer 1. b) und 1.c) betreffen nicht alle Tarife, sondern nur den Tarif L. In den Zubuchoptionen StreamOn im MagentaMobil-Tarif M sowie in den Tarifen für MagentaEins-Kunden findet sich keine Reduzierung der Datenübertragungsrates bei Video. In diesen Tarifen bzw. für diese Kunden kann daher StreamOn – jedenfalls nach derzeitiger netzneutralitätsrechtlicher Bewertung - unverändert weiterangeboten werden. Auch ist es möglich, dass im Tarif L die Bandbreitenreduzierung entfernt wird und Videoverkehre ungedrosselt übertragen werden. Zudem stünde es den Betroffenen auch frei, die wirtschaftliche Tragfähigkeit eines Zero Rating-Produkts, welches zu erhöhtem Datenverkehr für Audio und Video führt, durch Erhebung eines Entgelts von den StreamOn-Kunden zu beeinflussen.

Die Untersagung der Verwendung bestimmter Vertragsklauseln (Anordnung Ziffer 1.c)) ist eine Folge der Anordnung unter Ziffer 1.b). Sie ist aus Gründen der Transparenz und des Kundenschutzes geboten.

3. Fristen

Die in Ziffer 3. des Tenors nach § 126 Abs. 2 Satz 2 TKG eingeräumte Frist von drei Monaten ist zur Umsetzung der Anordnungen unter 1.b) und 1.c). ausreichend.

Die Unterlassung der Bandbreitenreduzierung bei Video im Tarif L (Anordnung unter 1.b)) erfordert eine Abschaltung der entsprechenden Verkehrsmanagementmaßnahme. Eine solche Abschaltung ist üblicherweise in einem überschaubaren Zeitraum zu bewerkstelligen. Da Tarife von Telekommunikationsdiensten (einschließlich Internetzugangsdiensten) mit unterschiedlichen Leistungsprofilen, wie z.B. Maximalgeschwindigkeiten und Volumina, angeboten werden, ist grundsätzlich ein technischer Steuerungsmechanismus im Netz vorhanden, mit dem die vertrag-

lichen Vorgaben eingestellt und während der Nutzung überwacht werden. Dass ein solcher Steuerungsmechanismus vorhanden sein muss, zeigt sich auch daran, dass die Betroffene aktuell einen Videostreaming-Tarif ohne Bandbreitenbegrenzung anbietet. Die Betroffene ist also in der Lage, in ihrem Netz endkundenindividuelle Einstellungen vorzunehmen.

Zur Abschaltung der Bandbreitenreduzierung müsste lediglich im Mobilfunknetz die entsprechende Einstellung im Leistungsprofil des Tarif L deaktiviert werden oder die Tarif L-Kunden auf den bestehenden Tarif ohne Bandbreitenreduzierung umgebucht werden. Eine Umsetzungsfrist von drei Monaten ist jedenfalls ausreichend.

Auch die in den Anordnungen unter 1.c) tenorierte Anpassung der Content Partner AGB sowie der gegenüber dem Kunden geltenden Vertragsdokumente (insbesondere der Preisliste Zubuchoptionen) ist innerhalb von drei Monaten umsetzbar. Es wird davon ausgegangen, dass eine solche Anpassung grundsätzlich auch innerhalb von acht Wochen bewerkstelligt werden könnte. Verträge mit den Inhaltenanbietern können innerhalb einer Frist von sechs Wochen gekündigt (vgl. Ziffer 11.1 Content Partner AGB) bzw. angepasst (vgl. Ziffer 2.5 Content Partner AGB) werden. Hierauf wird ein weiterer Zeitraum von zwei Wochen für ggf. erforderliche Vorgespräche mit Partnerunternehmen hinzugerechnet. Die Zubuchoption StreamOn kann „jederzeit ohne Einhaltung einer Frist“ (vgl. Preisliste Zubuchoptionen, Ziffer 6.7, dort unter a, b, c), also auch von Seiten der Betroffenen gegenüber ihren Kunden kurzfristig geändert werden.

Zur Vermeidung von zwei kurz aufeinanderfolgenden AGB-Änderungen im Hinblick auf die aus Anordnung 2.c) folgende weitere Pflicht zu vertraglichen Anpassungen, für welche drei Monate gewährt werden (vgl. unter II.3.), ist es angemessen, dass der Betroffenen auch für die Anordnungen zu 1.b) und 1.c) eine Umsetzungsfrist von drei Monaten gewährt wird.

Warum eine darüber hinausgehende Umsetzungsfrist von 12 Monaten für die Umsetzung der Anordnungen zur Bandbreitenreduzierung erforderlich ist, wurde von der Betroffenen nicht weiter begründet.

4. Zwangsgeld

Ermächtigungsgrundlage für die Androhung eines Zwangsgeldes ist § 13 i.V.m. §§ 6, 9, 11 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG) i.V.m. § 126 Abs. 5 TKG.

Die im Tenor unter 1.b) und 1.c) ausgesprochenen Unterlassungen stellen Anordnungen der Regulierungsbehörde nach § 126 Abs. 2 TKG dar, die nach § 126 Abs. 5 TKG nach Maßgabe des VwVG mit einem Zwangsgeld bis zu 500.000 Euro durchgesetzt werden können. Hierbei

kann es sich nach § 9 Abs. 1 lit. b i.V.m. § 11 VwVG um die Festsetzung eines Zwangsgeldes handeln, da es sich bei der Umsetzung der Anordnungen nicht um eine vertretbare Handlung handelt.

Die Bandbreitenreduzierung für Video im Tarif L verstößt gegen die Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung. Diese Vorgaben gelten seit dem 30.04.2016 und wären von der Betroffenen bei der Ausgestaltung von StreamOn einzuhalten gewesen. Vor diesem Hintergrund ist eine Zwangsgeldandrohung zur Durchsetzung der Anordnungen geeignet, erforderlich und angemessen. Es kann erwartet werden, dass die Betroffene der Anordnung infolge der Androhung des Zwangsgeldes Folge leisten wird. Hierbei wurde berücksichtigt, dass die Zwangsgeldandrohung nach § 13 Abs. 2 S. 1 VwVG mit dem Verwaltungsakt verbunden werden soll, wenn den Rechtsmitteln keine aufschiebende Wirkung beigelegt ist. Dies ist hier der Fall (vgl. § 137 Abs. 1 TKG).

Die Höhe des Zwangsgeldes bestimmt sich abweichend von § 11 Abs. 3 VwVG nach § 126 Abs. 5 TKG. Hiernach kann zur Durchsetzung der Anordnungen nach § 126 Abs. 2 TKG nach Maßgabe des VwVG ein Zwangsgeld bis zu EUR 500.000 festgesetzt werden. Das Zwangsgeld in Höhe von EUR 100.000 hält sich in diesem Rahmen. Aufgrund der Bedeutung des Gebotes der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs als Kernelement der Netzneutralität, der wirtschaftliche Lage und Unternehmensgröße der Betroffenen²¹ und der wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit wäre ein Zwangsgeld, das unterhalb von EUR 100.000 liegt, nicht wirkungsvoll. Umgekehrt wäre ein höheres Zwangsgeld angesichts des Umstandes, dass es sich um eine erstmalige Zwangsgeldandrohung handelt, nicht angemessen.

II. Roaming

Die unter 2.a) tenorierte Feststellung sowie im Tenor zu 2.b) und 2.c) getroffenen Anordnungen finden ihre Rechtsgrundlagen in § 126 Abs. 2 i.V.m. § 126 Abs. 1 TKG i.V.m. Art. 16 Abs. 1 und 6 i.V.m. Art. 6a i.V.m. Art 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung.

Bei der Anwendung der Vorgaben der Roaming-Verordnung hat die Bundesnetzagentur gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 1 der BEREC-Verordnung den BEREC-Roaming-Leitlinien²² weitestgehend Rechnung zu tragen. Die diesbezüglichen Ausführungen unter B.I. gelten auch hier.

²¹ Vgl. Geschäftsbericht 2016, S. 152: Im Jahr 2016 hatte die Betroffene einen Umsatz von EUR 21,429 Mrd. und ein Betriebsergebnis von EUR 4,483 Mrd. Der Geschäftsbericht ist abrufbar unter http://www.geschaeftsbericht.telekom.com/site0317/fileadmin/16_AR/PDF_DE/telekom_gb16_gesamt.pdf

²² BEREC-Leitlinien "BEREC Guidelines on Regulation (EU) No 531/2012 as amended by Regulation (EU) 2015/2120 and Commission Implementing Regulation (EU) 2016/2286 (Retail Roaming Guidelines); BoR (17) 56 (im Folgenden: BEREC-Roaming-Leitlinien).

1. Formelle Rechtmäßigkeit

Zur Vornahme der im Tenor genannten Feststellung unter 2.a) sowie der Anordnungen unter 2.b) und 2.c) ist die Bundesnetzagentur nach §§ 116, 126 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 TKG i.V.m. Art. 16 Abs. 1 und Abs. 6 i.V.m. Art. 6a i.V.m. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung sachlich und örtlich zuständig. Gemäß Art. 16 Abs. 1 der Roaming-Verordnung überwachen die nationalen Regulierungsbehörden die Einhaltung der Roaming-Verordnung in ihrem Gebiet. Stellt die nationale Regulierungsbehörde einen Verstoß gegen die Verpflichtungen aus dieser Roaming-Verordnung fest, so kann sie nach Art. 16 Abs. 6 der Roaming-Verordnung die sofortige Abstellung des Verstoßes anordnen.

Das Verwaltungsverfahren wurde ordnungsgemäß durchgeführt. Wie unter B.I.1.1.2. ausgeführt ist das Verfahren in § 126 Abs. 1 und Abs. 2 TKG zweistufig angelegt. Dementsprechend hat die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 20.07.2018 sowie vom 06.10.2017 hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung von StreamOn im Roamingfall einen Verstoß gegen die Vorgaben der Roaming-Verordnung festgestellt und die Betroffene zur Stellungnahme und Abhilfe aufgefordert. Die Betroffene ist ihren Verpflichtungen innerhalb der bis zum 17.08.2017 bzw. 10.11.2017 gesetzten Frist nicht nachgekommen. Kommt das Unternehmen innerhalb der gesetzten Frist seinen Verpflichtungen nicht nach, kann die Bundesnetzagentur nach § 126 Abs. 2 TKG die zur Einhaltung der Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen anordnen, was mit vorliegendem Bescheid geschieht.

Die Bundesnetzagentur hat gemäß § 24 VwVfG zur Feststellung, ob die Betroffene mit ihrem Angebot des Produkts StreamOn die Vorgaben der Roaming-Verordnung einhält, den Sachverhalt umfassend ermittelt. Insbesondere wurden die Verfahrensrechte der Betroffenen gewahrt. Der Betroffenen wurde Akteneinsicht nach § 29 VwVfG gewährt und im Rahmen des bilateralen Austausches, im Verfahren nach § 126 Abs. 1 TKG durch das Schreiben vom 20.07.2017 bzw. vom 06.10.2017 sowie in mehrerer Erörterungsgesprächen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die mit Schreiben der Bundesnetzagentur vom 20.07.2017 gesetzte Frist zur Stellungnahme wurde auf Antrag der Betroffenen vom 24.07.2017 mit Schreiben der Bundesnetzagentur vom 27.07.2017 bis zum 17.08.2017 verlängert.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Bescheid ist materiell rechtmäßig. Die derzeitige konkrete Ausgestaltung der Zubuchoption StreamOn in Form der Anrechnung der StreamOn-Partnerdienste bei Nutzung im Ausland auf das im jeweiligen MagentaMobil-Tarif inkludierte Datenvolumen verstößt gegen Art. 6 a i.V.m. Art 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung. Die bei Nutzung der StreamOn-Partnerdienste im

Ausland erfolgende Anrechnung der StreamOn-Partnerdienstleistungen auf das im jeweiligen MagentaMobil-Tarif inkludierte Datenvolumen stellt eine Abänderung des Entgeltmechanismus und damit ein unzulässiges Roamingentgelt i.S.d. Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r Roaming-Verordnung dar(hierzu unter 2.1.) Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen ihres Ermessens alle für die Entscheidung relevanten Gesichtspunkte abgewogen (hierzu unter 2.2.). Die tenorierte Frist für die Umsetzung der angeordneten Maßnahmen ist angemessen (hierzu unter 2.3.) Auch die Androhung eines Zwangsgelds ist rechtmäßig erfolgt (hierzu unter 2.4.).

2.1. Verstoß gegen Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung

Die Beschränkung des Angebots von StreamOn auf das Inland bzw. die Anrechnung von StreamOn-Partnerdiensten im Ausland (Roaming) bei gleichzeitiger Nichtanrechnung dieser Dienste bei inländischer Nutzung stellt einen unzulässigen Endkunden-Roamingaufschlag i.S.v. Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung dar.

Wie im Sachverhalt ausgeführt handelt es sich bei StreamOn um ein Zero-Rating-Angebot der Betroffenen, bei dem – abhängig vom jeweiligen Tarif – der Datenverbrauch für Video- und/oder Audiostreaming-Dienste bei inländischer Nutzung nicht auf das Inklusivvolumen angerechnet wird. Ausweislich der Ziffer 6.7 der Preisliste Zubuchoptionen wird die Nutzung dieser Audio-und Videostreaming-Dienste im Ausland (Roaming) auf das jeweilige Inklusivvolumen des zugrundeliegenden MagentaMobil-Tarifs angerechnet.

Diese Ausgestaltung der Zubuchoption „StreamOn“ ist an den Vorgaben der Roaming-Verordnung zu messen: Die zugrundeliegenden MagentaMobil-Tarife sind unstreitig als regulierte Datenroamingdienste i.S. d. Art. 2 Abs. 2 lit. m der Roaming-Verordnung einzustufen. Die Zubuchoption StreamOn ist als Teil der MagentaMobil-Tarife und damit aufgrund einer einheitlichen Betrachtungsweise als Teil des regulierten Datenroamingdienstes i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. m der Roaming-Verordnung einzustufen und unterfällt damit auch den Vorgaben des Art. 6 a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung.

2.1.1. StreamOn als regulierter Datenroamingdienst i.S.d. 2 Abs. 2 lit. m

Die Zubuchoption StreamOn erfüllt als integrales Element eines einheitlich zu betrachtenden regulierten Datenroamingdienstes die Begriffsbestimmung des Art. 2 Abs. 2 lit. m der Roaming-Verordnung. StreamOn ist als Element der MagentaMobil-Tarife als Teil eines Roamingangebots i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. m einzustufen (dazu unter 2.1.1.1.). Der regulierte Datenroamingdienst i.S. dieser Vorschrift ist einheitlich zu betrachten ist (dazu unter 2.1.1.2), was auch primär- und grundrechtlichen Vorgaben Stand hält (dazu unter 2.1.1.3).

2.1.1.1 Angebot als Roamingdienst

Die Zubuchoption StreamOn ist als Teil eines regulierten Datenroamingdienstes im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. m einzustufen.

Ein regulierter Datenroamingdienst im Sinne des Art 2 Abs. 2 lit. m ist ein Roamingdienst, der

„einem Roaming-Kunden die Nutzung paketvermittelter Datenkommunikation ermöglicht, während er mit dem besuchten Netz verbunden ist“.

Auch gemäß den weiteren Begriffsbestimmungen in Art. 2 der Roaming-Verordnung ist für die Definition des Roaminganbieters (Art. 2 Abs. 2 lit. a) wie des Roamingkunden (Art. 2 Abs. 2 lit. g) ausschlaggebend, dass Roamingdienste „bereitgestellt“ bzw. nach dem Vertrag oder der Vereinbarung „ermöglicht“ werden.

Wie im Sachverhalt ausgeführt, sind die MagentaMobil-Tarife als Roamingdienste ausgestaltet, die den Endkunden mit seinem mobilen Gerät die Nutzung paketvermittelter Datenkommunikation ermöglichen, während er mit einem besuchten Netz verbunden ist. Die MagentaMobil-Tarife sind daher als regulierte Datenroamingdienste i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. m einzustufen.

Die Zubuchoption StreamOn ist Teil des jeweiligen MagentaMobil-Tarifs und damit als Teil eines regulierten Datenroamingtarifs i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. m der Roaming-Verordnung einzustufen.

Die von der Betroffenen verwendeten relevanten Klauseln in Bezug auf Endkundenverträge hierzu (Preisliste Zubuchoptionen“, Ziffer 6.7, dort jeweils unter a), b), c), dort jeweils unter „Berechnung von Datenvolumen“ a. E.) lauten wie folgt:

„Die Option [StreamOn] kann im Inland genutzt werden. Bei Nutzung im Ausland (Roaming) fließt das Streaming der [Partnerdienste] in die Berechnung des Inklusiv-Datenvolumens des zugrundeliegenden Tarifs ein.“

Die relevanten AGB der Betroffenen für die Verträge mit ihren Content-Partnern lauten diesbezüglich (Ziffer 4.5):

„Das Zero-Rating-Angebot gilt ausschließlich im Territorium, d.h. Streaming durch Kunden außerhalb des Territoriums erfolgt nicht auf Zero-Rating Basis (selbst wenn die jeweiligen Kunden alle Voraussetzungen für Zero-Rating erfüllen).“

Als Territorium im Sinne dieser Ziffer ist laut Ziffer 1.11 der Content Partner AGB Deutschland zu verstehen.

Bereits der Wortlaut der o.g. Preisliste Zubuchoptionen spricht dafür, dass StreamOn als Teil eines regulierten Datenroamingdienstes i.S. v. Art 2 Abs. 2 lit. m der Roaming-Verordnung einzustufen ist: Satz 1 der genannten Preisliste Zubuchoptionen besagt, dass die Zubuchoption jedenfalls im Inland genutzt werden kann. Eine Beschränkung darauf, dass die Inhalte von StreamOn ausschließlich im Inland abgerufen werden können, ist auch in der Gesamtschau mit Satz 2 nicht ersichtlich. Denn Satz 2 verweist ausdrücklich darauf, dass „bei Nutzung im Ausland (Roaming) das Streaming der Partnerdienste“ auf das Inklusivvolumen des zugrundeliegenden Tarifs angerechnet wird. Diese Aussage legt den Schluss nahe, dass die Nutzung der StreamOn-Partnerdienste im Ausland (Roaming) faktisch angeboten wird, jedoch hier – in Abweichung von der Nutzung im Inland – eine Anrechnung auf das Inklusivvolumen des zugrundeliegenden MagentaMobil-Tarifs erfolgt, also die faktische Verfügbarkeit der Streamingdienste im Ausland gegeben und ein Unterschied primär hinsichtlich der Anrechnung auf das Inklusivvolumen besteht (zur Untersagung dieser Klausel siehe unter B.II.2.b.).

Diese Einschätzung wird auch durch die Informationen, die seitens der DTAG mit E-Mail vom 09.06.2017 übermittelt wurden, gestützt:

„Aufgrund der Regelung zur Begrenzung von „Open Data Bundles“ im Roamingfall, erhält der Kunde jedoch nach der Formel in Ziffer 4 Absatz 2 der Durchführungsverordnung vom 15.12.2016 kein gesondertes Roamingvolumen für die Option StreamOn. Hierauf wird der Kunde bei der Buchung auch hingewiesen. Wir haben uns dagegen entschieden, dem Kunden bei Nutzung von Streaming Diensten im Ausland sofort ab dem ersten kB Aufschläge zu berechnen, sondern ziehen die für Streaming-Dienste benutzten Roamingvolumen vom sogenannten High-Speed-Volumen des Grundtarifs ab. Wir halten dies für die kundenfreundlichere Variante.“

Diese Ausführungen stützen, dass auch unternehmensintern StreamOn als Element des auch seitens der Betroffenen unstreitigen „Roamingangebots“ der MagentaMobil-Tarife eingestuft wurde, die Begrenzung eines Datenroamingvolumens auf 0 GB sich aber aus den Regelungen zur Fair-Use-Policy (Art. 6b Roaming-Verordnung i.V.m. Art 4 Abs. 2 Durchführungsverordnung) ergäbe. Diese Argumentation wird in der Stellungnahme vom 17.08.2017 nur noch als „hilfsweise“ Argumentation vorgetragen – siehe hierzu unter B.II.2.a.1.3.).

Der Vortrag, StreamOn sei in seiner

„Gesamtarchitektur des StreamOn-Dienstes in technischer, rechtlicher und kommerzieller Hinsicht auf die Nutzung in Deutschland beschränkt“

(vgl. Stellungnahme der Betroffenen vom 17.08.2017, S.9-11 sowie unter II), III)), steht zunächst den o.g. Ausführungen in der E-Mail vom 09.06.2017 entgegen. Dessen ungeachtet beziehen

sich die genannten späteren Ausführungen in der Stellungnahme vom 17.08.2017 allein auf die Tarifkomponente StreamOn und könnten damit lediglich klarstellen, dass die unternehmerische Intention auf die Begrenzung der Zubuchoption StreamOn auf die inländische Nutzung gerichtet war.

Wie im Weiteren ausgeführt wird (unter 2.1.1.2.), ist StreamOn aus hiesiger Sicht aber als integrales Element eines einheitlich zu betrachtenden regulierten Datentarifs, der Roaming anbietet, einzustufen, der den Vorgaben des Art. 6a i.V.m. Art 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung unterliegt, damit ist eine isolierte Beschränkung der Zubuchoption auf das Inland unzulässig. Hinsichtlich etwaiger technischer sowie rechtlicher Beschränkungen bei der Zurverfügungstellung von StreamOn für die Roamingnutzung wird auf die Ausführungen unter B.II.2.b.verwiesen.

2.1.1.2. Einstufung als einheitlicher Datenroamingdienst i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit.m

StreamOn ist nach entsprechender Aktivierung durch Wahl des Kunden als integraler Bestandteil des Datentarifs der MagentaMobil-Tarife anzusehen und damit als Element eines einheitlich zu betrachtenden Datenroamingdienstes i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. m einzustufen. Die einheitliche Betrachtung des Datenroamingdienstes ist aus verschiedenen Gesichtspunkten geboten, sie ergibt sich aus dem Verhältnis des Tarifs zur Zubuchoption (dazu unter 2.1.1.2.1), aus dem Wortlaut und der Systematik des Art. 2 Abs. 2 lit. m (dazu unter 2.1.1.2.2.), aus dem Regelungszweck der Roaming-Verordnung (dazu unter 2.1.1.2.3) sowie dem Risiko der Umgehung desselben (dazu unter 2.1.1.2.4). Zudem ist StreamOn auch nicht als Add-On einzustufen (dazu unter 2.1.1.2.5), bzw. kann als Teil des regulierten Datenroamingdienstes nicht isoliert auf inländische Nutzung beschränkt werden (dazu unter 2.1.1.2.6 und 2.1.1.2.7).

2.1.1.2.1. Verhältnis Tarif und zubuchbare Option

StreamOn stellt eine Zubuchoption dar, die (kostenlos) zu den MagentaMobil-Tarifen gebucht werden kann. Damit handelt es sich – wie von der Betroffenen angeführt – um eine Zusatzabrede zum zugrundeliegenden Mobilfunkvertrag zwischen Telekommunikationsanbieter und Endkunden. Diese zusätzliche vertragliche Abrede ist rein vertragsrechtlich vom zugrundeliegenden Mobilfunkvertrag zum gewählten MagentaMobil-Tarif getrennt zu sehen und kann dementsprechend – wie auch seitens der Betroffenen angeführt – von beiden Vertragspartnern auf der Basis der relevanten Leistungsbeschreibungen gesondert gekündigt werden.

Die getrennte Beauftragung und gesonderte Kündbarkeit stehen aber der Einschätzung, dass StreamOn als integraler Bestandteil des Datenroamingtarifs zu sehen ist, nicht entgegen. Hinsichtlich der Einstufung als regulierter Datendienst i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. m der Roaming-

Verordnung ist nicht isoliert auf die rein vertragsrechtliche Einstufung abzustellen, sondern mit-einzubeziehen, dass die Zubuchoption StreamOn nicht getrennt und eigenständig vom Kunden als Tarif gebucht werden kann, sondern, wie für Zubuchoptionen charakteristisch, nur in Verbindung mit einem zugrundeliegenden – hier dem jeweiligen MagentaMobil – Tarif.

Das Angebot von verschiedensten Tarifen und die fakultative Kombination mit kostenpflichtigen oder kostenlosen Zubuchoptionen entsprechen der gängigen Praxis im deutschen Mobilfunkmarkt und begründen eine große Tarifvielfalt. Vergleichbar mit einem „Baukastensystem“ ergeben sich die individuellen vertraglichen Beziehungen zwischen Kunde und Anbieter regelmäßig und entsprechend der Wahl des Endkunden aus zugrundeliegendem Basistarif / Mobilfunkvertrag potenziell kombiniert mit weiteren Zubuchoptionen / Zusatzvereinbarungen. Nach allgemeinem Verständnis bzw. aus Sicht des Endkunden ergibt sich der individuelle Mobilfunktarif aus den im Basistarif angebotenen Leistungen plus den vom Endkunden gewählten zusätzlichen Sprach-, SMS- und Datenkomponenten.

Im vorliegenden Fall wird darüber hinaus die enge Verknüpfung von zugrundeliegendem Vertrag und Zubuchoption u.a. auch dadurch deutlich, dass den einzelnen Basistarifen (MagentaMobil M, L, L+ sowie MagentaEins) jeweils bestimmte Zubuchoptionen zugeordnet werden (StreamOn Music für MagentaMobil M, StreamOn Music&Video für MagentaMobil L sowie StreamOn Music&Video Max. für MagentaMobil L+ und MagentaEins), die auch nicht beliebig ausgetauscht werden können. Auch die Bezeichnung „Preisliste Zubuchoptionen“ deutet bereits darauf hin, dass die dort angeführten Zubuchoptionen, hierunter StreamOn, keine eigenständigen Tarife sind. Zudem manifestiert sich die enge Verbindung aus Basistarif und zubuchbarer Komponente auch dadurch, dass regelmäßig mit Beendigung des zugehörigen Mobilfunkvertrags ebenfalls das an den Basistarif anknüpfende Vertragsverhältnis über die Option „automatisch“ endet – die unselbständige Zubuchoption also an das „Schicksal“ des zugrundeliegenden Tarifs anknüpft.

Ungeachtet der gesonderten Kündbarkeit werden solche, nach den individuellen Bedürfnissen des Endkunden gewählte zusätzliche Tarifkomponenten zum zugrundeliegenden Basistarif zudem regelmäßig auf Dauer gewählt und nicht – wie etwa bei zusätzlichen Datenpaketen – anlassbezogen oder zeitlich befristet. Gerade wegen der Unentgeltlichkeit der Zubuchoption StreamOn ist davon auszugehen, dass Kunden, die sich aufgrund ihrer Interessen bewusst für StreamOn entschieden haben, dieses auch regelmäßig auf Dauer nutzen wollen bzw. dies in der Praxis auch tun werden. Die Zubuchoption StreamOn ist daher als ein grundsätzlich auf Dauer angelegtes, integrales Element des Datentarifs einzustufen.

2.1.1.2.2. Wortlaut des Art 2 Abs. 2 lit. m und Systematik

Weder im Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 lit. m, dem Wortlaut der weiteren relevanten Bestimmungen noch in der Systematik der Roaming-Verordnung ist eine Differenzierung nach zugrundeliegenden Basistarifen und Zubuchoptionen eines Telekommunikationsanbieters angelegt²³; vielmehr kennt die Roaming-Verordnung diese Differenzierung nicht, eine solche widerspricht auch der gesamten Systematik der Roaming-Verordnung.

Der Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 lit. m der Roaming-Verordnung stellt auf

ein[en] Roamingdienst [ab], der einem Roamingkunden mit seinem mobilen Gerät die Nutzung paketvermittelter Datenkommunikation ermöglicht, während er in einem besuchten Netz ist“.

Dieser Wortlaut lässt sowohl die Auslegung zu, es handle sich um „einen“ (von mehreren) Datenroamingdiensten, als auch die Interpretation, es handle sich um „einen“ einheitlichen Datenroamingdienst aus zugrundeliegendem Tarif plus zusätzlichen Komponenten. Systematisch stellt aber die Roaming-Verordnung in den Begriffsbestimmungen sowie in Art. 6a konsequent auf *den* regulierten Roamingdienst in den drei Dienstekategorien Sprache/SMS/Daten ab, sei es hinsichtlich der

„Abwicklung abgehender oder ankommender regulierter Roaminganrufe“, der „Abwicklung versendeter regulierter SMS-Roamingnachrichten“ oder der „Nutzung regulierter Datenroamingdienste, einschließlich MMS-Nachrichten“.

Die Kernvorgabe der Roaming-Verordnung in Art. 6a – der Abschaffung von Endkunden-Roamingaufschlägen – sieht diese einheitlich für die drei Kategorien von Diensten Sprache/SMS/Daten vor. Die Roaming-Verordnung sieht keine weitere Unterscheidung nach einzelnen Elementen innerhalb der jeweiligen Dienstekategorie, also innerhalb des Sprach-, SMS- oder Datendienstes vor. Nach dem Wortlaut ist es demnach zulässig, nach der Systematik der Verordnung geboten, die Einhaltung der Roamingvorgaben bezogen auf die jeweilige Kategorie sicherzustellen. Dies kann nur durch einheitliche Betrachtung der Basistarife einschließlich der gebuchten Zusatzkomponenten erreicht werden. Dementsprechend ist unter einem Datenroamingdienst i.S.d. Wortlauts der Roaming-Verordnung der für den jeweiligen Kunden im Einzelfall vertraglich geltende Tarif, in Gestalt des Basistarifs in Verbindung mit allen hinzugebuchten Datenoptionen, zu verstehen.

²³ Vgl. Fetzer, Roaming-Gutachten, unter II.2. S. 12 unten.

2.1.1.2.3.Regelungszweck der Roaming-Verordnung

Der Sinn und Zweck der Roaming-Verordnung gebietet eine einheitliche Betrachtung der MagentaMobil-Datentarife und der Zubuchoption StreamOn als einheitlichen Datenroamingdienst i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. m.

Zielsetzungen der Roaming-Verordnung

Die Zielsetzung der Roaming-Verordnung ist gemäß Art. 1 Abs. 1 darauf gerichtet, einen gemeinsamen Ansatz einzuführen, der sicherstellt, dass den Nutzern im Rahmen von unionsweiten Roamingdiensten

„für abgehende und ankommende Anrufe, das Senden und Empfangen von SMS-Nachrichten und das Benutzen paketvermittelter Datenkommunikationsdienste keine überhöhten Preise in Rechnung gestellt werden, um dadurch zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes beizutragen und gleichzeitig ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen, Wettbewerb und die Transparenz am Markt zu fördern und Anreize sowohl für die Innovation als auch für die Auswahl der Verbraucher zu bieten.“

Gemäß Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2120/2015 wird zudem

„mit dieser Verordnung [...] ein neuer Mechanismus für die Endkundenpreise für unionsweit regulierte Roamingdienste festgelegt, um die Roamingaufschläge für Endkunden abzuschaffen, ohne die inländischen und die besuchten Märkte zu verzerren.“

Ausweislich Erwägungsgrund 21 der TSM-Verordnung verfolgte die Roaming-Verordnung zunächst das politische Ziel,

„dass der Unterschied zwischen Roaming- und Inlandstarifen gegen Null gehen sollte“.

Im selben Erwägungsgrund wird sodann ausgeführt, das letztendliche Ziel sei

„die Beseitigung der Unterschiede zwischen Inlands- und Roamingentgelten“.

Die gegen Null tendierende „Annäherung“ der Entgelthöhen stellte ein „Etappenziel“ der 2012 verabschiedeten Fassung der Roaming-Verordnung dar, welches insbesondere durch entsprechende Preisobergrenzen erreicht werden sollte. Das finale Ziel der Beseitigung der Unterschiede zwischen Inlands- und Roamingentgelten soll durch Einführung des RLAH-Prinzips erreicht werden.

Dieser Leitgedanke der Roaming-Verordnung, dass der Endkunde sein mobiles Gerät im EU-Ausland zu den vereinbarten Inlandspreisen nutzen können soll, findet in der Roaming-Verordnung unmittelbar, in Art. 1 Abs. 2 der TSM-Verordnung sowie in Art. 6a der Roaming-Verordnung in Form der Abschaffung von Endkunden-Roamingaufschlägen, aber auch in Art. 1 Abs. 2 der Roaming-Verordnung seinen Ausdruck, der auf die Schaffung eines Binnenmarktes gerichtet ist,

„auf dem schließlich nicht mehr zwischen Inlands- und Roamingtarifen unterschieden wird.“

Das RLAH-Prinzip zieht sich durch die gesamte Roaming-Verordnung und kommt an vielfältigen weiteren Stellen der Roaming-Verordnung zum Ausdruck. So weist etwa Erwägungsgrund 23 der TSM-Verordnung darauf hin, dass außergewöhnliche Umstände im Sinne von Art. 6c der Roaming-Verordnung dann nicht mehr gegeben sein dürften,

„sobald sich die Roamingmärkte sowohl auf der Großkunden- als auch der Endkundenebene vollständig daran angepasst haben, dass für das Roaming generell der Inlandspreis berechnet wird und es normaler Bestandteil der Endkundentarife geworden ist.“

Wie Erwägungsgrund 25 der TSM-Verordnung klarstellt, soll die Übergangsregelung des Art. 6f vorbereiten,

„dass unionsweites Roaming als fester Bestandteil in die Inlandstarife aufgenommen wird, die auf den verschiedenen Inlandsmärkten angeboten werden“.

Diesen Bestimmungen bzw. dem RLAH-Konzept ist zu entnehmen, dass der EU-Gesetzgeber im Interesse des Verbrauchers sicherstellen wollte, dass die Unterschiede zwischen Inlands- und Roamingentgelten vollständig beseitigt werden und der Verbraucher Roaming als Regelfall der Endkundentarife zum inländischen Preis nutzen kann. Bezieht man die in der Roaming-Verordnung grundsätzlich fehlende Differenzierung zwischen Basistarifen und Tarifkomponenten mit ein, ist daher grundsätzlich von einer die Dienstekategorie umfassenden Zielsetzung der Roaming-Verordnung auszugehen, die die einheitliche Betrachtung von zugrundeliegendem Tarif und zubuchbarer Option als regulierten Datendienst gebietet.

Stützende Auffassung der EU-Kommission

Die beschriebene einheitliche Betrachtung bzw. ein grundsätzlich die Dienstekategorie erfassendes Verständnis des Regelungszwecks der Roaming-Verordnung wird auch von der EU-Kommission geteilt, die als relevante EU-Institution u.a. für die unionsweite Überwachung der Einhaltung der Roamingbestimmungen zuständig ist.

So verweist die EU-Kommission in ihrer Veröffentlichung zum RLAH-Prinzip²⁴, zunächst auf die „gestaffelten“ Zielsetzungen der verschiedenen Fassungen der Roaming-Verordnungen hin:

„In den letzten 10 Jahren hat die EU die Anbieter von Mobilfunkdiensten in mehreren Schritten dazu veranlasst, diese Roamingaufschläge zugunsten der Verbraucher erheblich zu senken. [...] Ab dem 15. Juni werden auch die Roamingaufschläge, die Sie jetzt noch bei Reisen in ein anderes EU-Land an Ihren Mobilfunkanbieter zahlen mussten, wegfallen.“

Ferner wird aus der Antwort zu Frage 1 die grundsätzlich weite, umfassende Zielrichtung der Roamingbestimmungen deutlich:

„Ihre Mobilfunkkommunikation (Anrufe, SMS, Datendienste) aus einem anderen Land ist dann durch Ihr nationales Paket abgedeckt: Die Minuten, SMS und Gigabytes an Daten, die Sie im EU-Ausland verbrauchen, werden nach Ihrem nationalen Tarif berechnet oder von Ihrem nationalen Guthaben abgezogen, ganz so, als ob Sie zu Hause wären... Im Gegensatz zu früher entstehen Ihnen keine zusätzlichen Kosten... Für Sie gilt: Roaming zu Inlandspreisen.“

Aspekt der Angebotsgleichheit sowie Auswirkungen auf innovative Produkte

Die Auffassung der Betroffenen (Stellungnahme vom 17.08.2017, S. 13f), die Auffassung der Bundesnetzagentur einer einheitlichen Betrachtung von Basistarif und Zubuchoption bewirke eine von der Roaming-Verordnung nicht intendierte Angebotsgleichheit, überzeugt nicht. Auch der Vortrag der Betroffenen, die Erstreckung des RLAH-Prinzips auf zubuchbare Optionen würde zwangsläufig dazu führen, dass – zum Nachteil der Verbraucher – innovative Mobilfunkdienste vom Inlandsmarkt verschwinden müssten, was ausweislich Erwägungsgrund 13 der Durchführungs-Verordnung nicht vom Gesetzgeber gewollt wäre, trägt nicht.

Zutreffend ist, dass der europäische Gesetzgeber die Gefahr der Angebotsbeschränkung im Inland insoweit erkannt hat, als Erwägungsgrund 13 der Durchführungs-Verordnung zum Ausdruck bringt, dass das Verschwinden von Inlandstarifen, die als offene Datenpakete (Art. 2 Abs. 2 c der Durchführungs-Verordnung) eingestuft werden, den Interessen der Nutzer wie den Zielen der Roaming-Verordnung entgegenstehen würde. Erwägungsgrund 13 der Durchführungs-Verordnung erläutert aber gerade, dass die

„zweckwidrige oder missbräuchliche Nutzung offener Datenpakete beim Roaming“

dazu führen kann, dass

²⁴ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/faq/question-and-answers-roaming>, Frage / Antwort 1

„derartige Tarife auf den Inlandsmärkten verschwinden oder dass bei solchen Tarifen das Roaming beschränkt wird.“

Um Vorkehrungen für diese Risiken der missbräuchlichen Nutzung von Datenroamingdiensten zu treffen, sieht die Durchführungs-Verordnung in Art. 4 Abs. 2 eine spezielle Formel zur Berechnung bzw. zur Begrenzung des zu gewährenden Roaming-Volumens vor. Hiermit wird deutlich, dass der Gesetzgeber u.a. durch das Korrektiv der Regelungen zur Fair-Use-Regelung die Balance zwischen den Belastungen für die Anbieter und den nicht gewollten Beschränkungen hinsichtlich Roaming erreichen wollte.

Darüber hinaus steht die einheitliche Betrachtung des Datenroamingdienstes auch im Einklang mit den in Art. 1 Abs. 1 der Roaming-Verordnung gesetzten Zielen der Anreizsetzung für Innovation und Auswahl der Verbraucher.

Zunächst steht es dem Anbieter frei, Datendienste ausschließlich für den inländischen Markt anzubieten²⁵. Aus der einheitlichen Betrachtung folgt lediglich, dass sich diese unternehmerische Entscheidung auf die Dienstekategorie „Datendienst“ erstrecken muss, nicht nur auf ein „unselbständiges“, nicht eigenständig buchbares Element dieser Kategorie. Da der Anbieter also den Datendienst nicht für Roaming öffnen muss, ihn also auf die inländische Nutzung beschränken kann, ist mit der einheitlichen Betrachtung auch keine Angebotsgleichheit mit der inländischen Tariflandschaft verbunden.

Entscheidet sich aber der Anbieter, die Dienstekategorie „Datendienst“ als Roamingdienst auszugestalten, so muss dieser einheitlich zu betrachtende Dienst den Vorgaben der Roaming-Verordnung entsprechen und das „RLAH-Konzept“ erfüllen.

Neben der Möglichkeit der Begrenzung des (gesamten) Datendienstes auf den inländischen Markt zeigen vielfältige auf dem europäischen Markt angebotene Datendienste bestehend aus Basistarif plus Zero-Rating-Streaming-Komponenten, dass „innovative“ Mobilfunkdienste in einer für den Verbraucher vorteilhaften Ausgestaltung – als RLAH-Angebot – nicht nur technisch, rechtlich und kommerziell realisierbar sind, sondern auch, dass sie zunehmend Anklang finden.

Insbesondere Beispiele aus den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich (UK) machen deutlich, wie zero-rated Angebote ordnungskonform im Sinne der Verbraucherinnen und Verbraucher ausgestaltet werden können. So bietet die T-Mobile-Tochter in den Niederlanden seit Mitte dieses Jahres einen Zero-Rating Audio-Streamingdienst an, welcher – begrenzt durch eine Fair-Use-Regelung – ordnungskonform innerhalb der Europäischen Union angeboten wird²⁶. Bei der Berechnung der angemessenen Nutzungsgrenze hält sich die T-Mobile Neder-

²⁵ Vgl. Ausführungen unter „Freiwilligkeit“ des Roamingangebots.

²⁶ <https://www.t-mobile.nl/datavrije-muziek>

land BV (T-Mobile NL) an die detaillierten Vorschriften der Durchführungs-Verordnung. Unter Berücksichtigung des inländischen Endkundengesamtpreises gewährt die T-Mobile NL ihren Kunden 6 GB Datenvolumen für die Nutzung von Audiostreaming über die entsprechenden Content-Partner.

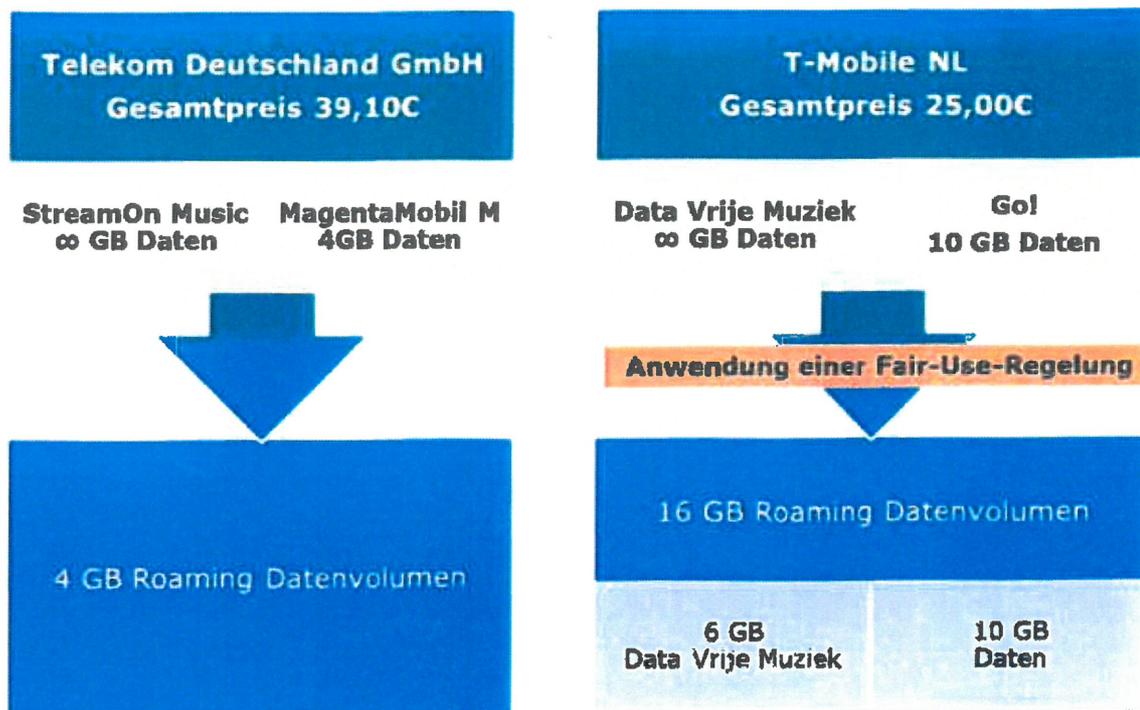


Abbildung 2: Vergleich StreamOn Musik mit vergleichbaren Produkt aus Niederlanden

Abbildung 1 stellt den Tarif MagentaMobil M in der Ausführung mit StreamOn Music dem in den Niederlanden angebotenen vergleichbaren Audiostreaming-Produkt gegenüber. Die Übersicht dient der Verdeutlichung, dass das Produkt in den Niederlanden im Hinblick auf die Roaming-Nutzung zwischen zero-rated und non-zero-rated Datenvolumen unterscheidet. Wie das Beispiel zeigt, ist insoweit auch eine Roaming-verordnungskonforme Ausgestaltung eines Zero Rating-Angebotes mit Audiostreaming möglich.

Dass zero-rated Videodienste ebenfalls ordnungskonform angeboten werden können, zeigt das Beispiel von Three UK (vgl. die nachfolgende Abbildung 2).

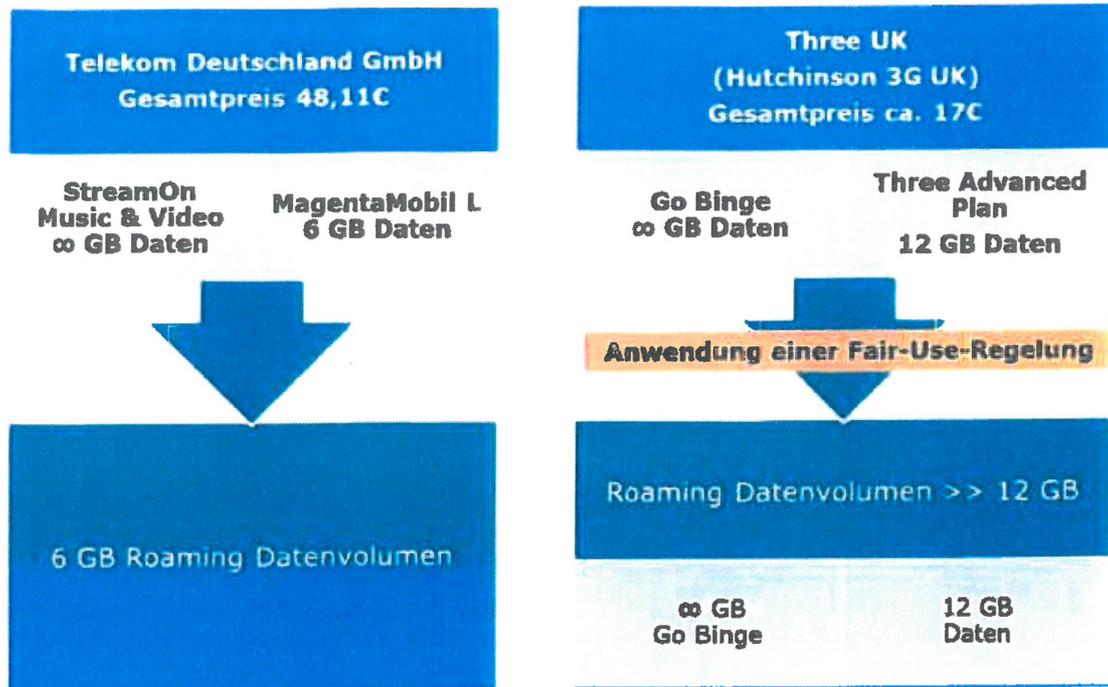


Abbildung 3: Vergleich StreamOn Musik&Video mit vergleichbaren Produkt aus UK

Im Vereinigten Königreich bietet die Hutchinson 3G UK mit ihrer Marke Three die Zubuchoption „Go Binge“ an. Kunden, die Go Binge²⁷ zusätzlich zu einem Tarif, der mindestens 12 GB monatliches Datenvolumen enthalten muss, hinzubuchen, können neben dem Videostreaming auch Audiostreaming-Dienste unbegrenzt nutzen. Das beim Streaming verbrauchte Datenvolumen wird hierbei nicht von ihrem Basistarif abgezogen. Ein für Go Binge erforderlicher Tarif kann für ca. 17€ (£15) gebucht werden. Für „Go Binge“ fällt kein zusätzliches Entgelt an. Der Tarif wird unter Berücksichtigung des RLAH-Prinzips auch in sog. „Feel At Home“²⁸-Regionen angeboten. Abhängig vom zugrundeliegenden Tarif umfassen diese Regionen mindestens die Europäische Union („Feel At Home in Europe“) oder aber bis zu 60 Destinationen weltweit („Feel At Home Around the World“). Die „Go Binge“ zugrundeliegenden Tarife unterliegen hierbei einer Fair-Use-Regelung, die eine Nutzung von non zero-rated Daten im Ausland bis zu 12 GB ermöglicht. Solange diese Grenze nicht erreicht wird, können Kunden auch im Ausland Go Binge genauso nutzen wie zu Hause, d.h. ohne jegliche Begrenzung²⁹.

²⁷ <http://www.three.co.uk/go-binge/details#howToGet>

²⁸ [http://support.three.co.uk/SRVS/CGI-BIN/WEBISAPI.DLL?Command=New,Kb=Mobile,Ts=Mobile,T=Article,varset_cat=roaming,varset_subcat=4157,Case=Ext\(EM38751\)](http://support.three.co.uk/SRVS/CGI-BIN/WEBISAPI.DLL?Command=New,Kb=Mobile,Ts=Mobile,T=Article,varset_cat=roaming,varset_subcat=4157,Case=Ext(EM38751))

²⁹ Using your Go Binge allowance in Feel At Home destinations. Our Go Binge Add-on works in all our Feel At Home destinations – as long as you have regular data left in your monthly allowance, you can access the selected Go Binge services without using up your data. If you've used up your regular data allowance you won't be able to access Go Binge services. As with all roaming in our Feel At Home in Europe destinations a fair use data policy applies. Your Go Binge usage abroad won't count towards your fair use limit of 12GB, however, once you've reached this limit, any continued usage (including Go Binge) will be chargeable at our surcharge rates of up to 0.78p/MB., abgerufen am 08.12.2017 von: [http://support.three.co.uk/SRVS/CGI-BIN/WEBISAPI.DLL?Command=New,Kb=Mobile,Ts=Mobile,T=Article,varset_cat=roaming,varset_subcat=4157,Case=obj\(12332\)](http://support.three.co.uk/SRVS/CGI-BIN/WEBISAPI.DLL?Command=New,Kb=Mobile,Ts=Mobile,T=Article,varset_cat=roaming,varset_subcat=4157,Case=obj(12332))

Vor diesem Hintergrund kann die Behauptung eines zwangsläufigen Verschwindens „innovativer“ Mobilfunkdienste zum Nachteil der Verbraucher nicht nachvollzogen werden. Vielmehr zeigen die Beispiele, dass die verordnungskonforme Anwendung des RLAH-Prinzips auf für Endkunden vorteilhafte Tarife mit günstigen Konditionen und hohen Datenvolumina möglich ist.

2.1.1.2.4. Risiko der Umgehung des Regelungszwecks

Die seitens der Betroffenen vorgetragene Auffassung, die Roaming-Verordnung sei auf „Basistarife“ zu beschränken, die Roamingbestimmungen seien für weitere Tarifbestandteile, insbesondere bezogen auf die als getrennt zu betrachtende Zubuchoption StreamOn, nicht anzuwenden bzw. die Nutzung der Zubuchoption StreamOn im Ausland isoliert beschränkbar (vgl. Stellungnahme vom 17.08.2017, insb. S. 8, 11 ff.) steht dem o.g. grundsätzlich den Datendienst einheitlich zu betrachtenden Ansatz entgegen und widerspricht damit dem vom EU-Gesetzgeber verfolgten, auf die Dienstekategorien Sprache/SMS/Daten ausgerichteten Regelungsgehalt der Roaming-Verordnung.

Die von der Betroffenen vertretene restriktive Interpretation der Roaming-Verordnung, die das RLAH-Prinzip nur auf „Basistarife“ erstrecken würde, birgt erhebliches Potenzial, den Regelungshalt signifikant zu reduzieren und das RLAH-Prinzip auszuhöhlen. Eine ins Ermessen der Anbieter gestellte Limitierung des RLAH-Prinzips auf „Basistarife“ würde angesichts der bereits erwähnten, in der Praxis festzustellenden Tarifvielfalt aus zugrundeliegenden Tarifen und zubuchbaren Optionen zu einem erheblich begrenzten Anwendungsbereich des RLAH-Prinzips führen und so Spielraum zur vollständigen Aushöhlung des Prinzips zum Nachteil der Verbraucher und zur vollkommenen Unterwanderung der Ziele der Roaming-Verordnung eröffnen. Eine getrennte Betrachtung der zugrundeliegenden Basistarife und sämtlicher zubuchbarer Komponenten würde zu einer Fragmentierung der Tarife führen, und den Anbietern von Roaming-Diensten würde es so ermöglicht, sich dem Anwendungsbereich der Roaming-Verordnung und der Abschaffung der Roamingentgelte durch Begrenzung auf Basistarife komplett zu entziehen und damit die die Dienstekategorien Sprache/SMS/Daten umfassende Zielsetzung der Roaming-Verordnung auszuhebeln.

2.1.1.2.5. Kein Add-On

Entgegen der Auffassung der Betroffenen (Stellungnahme vom 17.08.2017, S. 13 ff.) ist die Zubuchoption StreamOn auch nicht als „Add-On“ i.S.d. BEREC-Roaming-Leitlinien³⁰ einzustufen. Die Roaming-Verordnung enthält – wie bereits erwähnt³¹ – keine Unterscheidung zwischen Basistarifen und anderen Tarifkomponenten, sie enthält ebenso wenig eine Regelung zu sog. „Add-

³⁰ Vgl. BEREC-Roaming- Leitlinien, Nr. 49, 51, 52.

Ons", sondern nur die Dienstekategorien Sprach-, SMS- und Datendienst. Wie oben dargelegt ist die Zielsetzung der Roaming-Verordnung, den Kunden „Roaming zu Inlandspreisen“ zu ermöglichen³², ausweislich der gesetzgeberischen Intention umfassend bezogen auf die drei Dienstkategorien zu interpretieren. Zu den mit diesem Konzept bzw. der Auslegung verbundenen grundrechtsrelevanten Implikationen wird auf die Ausführungen unter B.II.2.a.1.1.3. verwiesen.

Die o.g. BEREC-Roaming-Leitlinien adressieren unter verschiedenen Gesichtspunkten „Add-On-Tarife“, beinhalten aber keine Definition, was als Add-on im Sinne der BEREC-Leitlinien einzuordnen ist. Die Bundesnetzagentur war als BEREC-Mitglied bzw. Mitglied der relevanten BEREC-Arbeitsgruppe aktiv an der Erarbeitung dieser BEREC-Roaming-Leitlinien beteiligt. Zielsetzung der Leitlinien war es, als „Add-On“ typischerweise solche Komponenten zu qualifizieren, die zusätzliches Datenvolumen zum zugrundeliegenden Datentarif nach dessen Verbrauch gewähren. Dies wird etwa durch den Wortlaut der Leitlinie Nr. 51 deutlich, der auf

“additional mobile retail services beyond the allowances included in the bundle“

abstellt.

Die Zubuchoption StreamOn ist hingegen nur solange nutzbar, soweit Volumen des monatlichen Datentarifs verfügbar sind. StreamOn ist ein optionales, nicht getrennt nutzbares Element des monatlichen Datentarifs und kein „Add-on“ nach Verbrauch des monatlichen Datentarifs im Sinne der BEREC-Roaming-Leitlinien.

Das in den BEREC-Roaming-Leitlinien Nr. 52 erwähnte Beispiel einer „specific promotion“ sollte zudem deutlich machen, dass es sich bei den sog. Add-Ons regelmäßig um zeitlich begrenzte spezielle Angebote (z.B. Wochenend-Datenzusatzpakete etc.) handelt – im Gegensatz zu den auf Dauer angelegten Elementen des Datentarifs.

2.1.1.2.6. „Freiwilligkeit“ des Roamingangebots

Die Auffassung der Betroffenen, StreamOn werde weder für die Nutzung im Ausland „bereitgestellt“, noch Roaming „ermöglicht“, sondern es handle sich um eine zulässige vertragliche Beschränkung von StreamOn auf die inländische Nutzung, trägt nicht. Vielmehr führt die dargelegte, vom Regelungszweck der Roaming-Verordnung gebotene einheitliche Betrachtungsweise des Datenroamingdienstes aus MagentaMobil-Tarif zuzüglich Zubuchoption StreamOn dazu, dass eine isolierte Beschränkung von StreamOn auf die inländische Nutzung unzulässig ist.

³¹ s.o. „Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 lit. m und Systematik der Roaming-Verordnung“

³² s.o. „Regelungszweck der Roaming-Verordnung“.

Zutreffend ist, dass das Angebot von Roamingdiensten grundsätzlich in der Disposition des Mobilfunkanbieters liegt. Die Roaming-Verordnung enthält Bestimmungen über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union und regelt damit die Bedingungen für *angebotene* Roamingdienste. Sie enthält damit keine Verpflichtung für Mobilfunkanbieter, Roamingdienste auch tatsächlich anzubieten³³. Dies bestätigen auch ausdrücklich die BEREC-Leitlinien³⁴, die ausführen

“BEREC considers that the Roaming Regulation does not oblige operators to offer roaming services in their tariff plans”.

Die Roaming-Verordnung normiert kein Verbot reiner Inlandstarife³⁵. Ein solches ergibt sich weder aus den Normen noch dem Regelungszweck der Roaming-Verordnung und würde in die durch Art. 16 der Grundrechte-Charta geschützte unternehmerische Freiheit von Telekommunikationsanbietern eingreifen (siehe dazu auch unter B.II.2.a.1.1.3.).

Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass die Zubuchoption StreamOn als reiner Inlandstarif ausgestaltet ist bzw. werden kann. Entscheidend aus hiesiger Sicht ist, dass StreamOn kein eigenständig und isoliert buchbarer Tarif, sondern eine zusätzliche Komponente zu einem zugrundeliegenden MagentaMobil-Tarif ist, der Roaming anbietet. Da StreamOn als integrales Element eines einheitlich zu betrachtenden regulierten Datenroamingtarifs einzustufen ist, unterliegt er als Teil dieses Datenroamingtarifs den Vorgaben des Art. 6a i.V.m. Art 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung; eine isolierte Beschränkung nur der Zubuchoption StreamOn ist nicht zulässig. Es steht der Betroffenen frei, *den* Datenroamingtarif, also den relevanten MagentaMobil-Tarif zuzüglich Zubuchoption StreamOn, als reinen Inlandstarif auszugestalten. Entscheidet sich der Anbieter aber für ein Roamingangebot – wie die Betroffene bezogen auf die MagentaMobil-Tarife – so sind die Roaming-Vorgaben hinsichtlich des einheitlich zu betrachtenden Datenroamingtarifs einzuhalten.

2.1.1.2.7. „argumentum a maiore ad minus“

Die von der Betroffenen vorgetragene Schlussfolgerung, wenn ein Anbieter befugt sei, einen Tarif vollständig oder bezogen auf eine Dienstkategorie (Sprache/SMS/Daten) auf das Inland zu beschränken, müsse er im Wege eines „argumentum a maiore ad minus“ auch befugt sein, einen optionale Tarifkomponente auf das Inland zu begrenzen (Stellungnahme vom 17.08.2017, S. 12), überzeugt nicht. Wie dargelegt, enthält die Roaming-Verordnung keine Verpflichtung,

³³ So auch verdeutlicht in Antwort 1 und 2 im Bereich „Rechte des Mobilfunkanbieters“, FAQ der Bundesnetzagentur, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Verbraucher/WeitereThemen/InternRoaming/RLAH/RLAH_faq-node.html

³⁴ BEREC-Roaming-Leitlinien, Nr. 188.

³⁵ So auch Fetzer, Roaming-Gutachten, unter I.1. S. 6.

Roamingdienste anzubieten. Entscheidet sich der Anbieter aber dafür, dies zu tun, so muss er die in der Roaming-Verordnung enthaltenen Vorgaben für die Dienstekategorien Sprache/SMS und Daten einhalten. Wie bereits dargestellt, ist hierbei die einheitliche Betrachtung des Datenroamingdienstes geboten. Eine Binnendifferenzierung innerhalb der Kategorien kennt die Roaming-Verordnung nicht; sie würde – wie dargelegt – zu einer Fragmentierung der Tarife und einer weitgehenden Aushöhlung des RLAH-Konzepts und der Roaming-Verordnung führen.

2.1.1.3. Grundrechts- bzw. Primärrechtskonformität

Die unter 2.1.1.2. dargelegte einheitliche Betrachtung der MagentaMobil-Tarife und der Zubuchoption StreamOn und die daraus resultierende „Infektionswirkung“ der Ausgestaltung der zugrundeliegenden MagentaMobil-Tarife als Roamingdienst auf StreamOn ist nicht nur mit Blick auf den Sinn und Zweck der Roaming-Verordnung geboten, sondern hält auch den primär- bzw. grundrechtlichen Vorgaben Stand.

Da es sich bei der Roaming-Verordnung wie der TSM-Verordnung um sekundärrechtliche Unionsrechtsakte handelt, ist primär auf den Grundrechtsschutz durch die Grundrechte-Charta abzustellen, die in Art. 16 u.a. die unternehmerische Freiheit schützt.

Auslegung zur Sicherstellung des Regelungszwecks geboten und durch Ziele gerechtfertigt
Der Einwand (Stellungnahme vom 17.08.2017, S. 15), die Roaming-Verordnung sei als

„schwerer gesetzlicher Eingriff in die Vertragsfreiheit und in die unternehmerische Dispositionsfreiheit restriktiv auszulegen“,

trägt bezogen auf die einheitliche Betrachtungsweise des Datendienstes nicht. Eine den einheitlich zu betrachtenden Datendienst umfassende Auslegung ist zur Sicherstellung des vom EU-Gesetzgeber intendierten Regelungsgehalts der Roaming-Verordnung geboten und durch die Zielsetzungen der Roaming-Verordnung gerechtfertigt.

Wie unter 2.1.1.2 dargelegt, zielt die Roaming-Verordnung auf die Abschaffung der Roamingaufschläge (Art. 1 Abs. 2 der TSM- 2120/2015) und beabsichtigt gemäß Art. 1 Abs. 1 der Roaming-Verordnung damit,

„zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes beizutragen und gleichzeitig ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen, Wettbewerb und die Transparenz am Markt zu fördern und Anreize sowohl für die Innovation als auch für die Auswahl der Verbraucher zu bieten.“

Ausweislich des Erwägungsgrunds 33 der TSM-Verordnung, mit welcher die Roaming-Verordnung angepasst wurde, wahren die Verordnungsbestimmungen

„die Grundrechte und Grundsätze, die insbesondere in der Charta niedergelegt sind, vor allem [...] die unternehmerische Freiheit, [...] und den Verbraucherschutz“.

Nach Auffassung des EU-Gesetzgebers stellen die Regelungen der Roaming-Verordnung demnach einen gerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit dar, da sie ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel zur Erreichung des verfolgten Ziels darstellen. In die diesbezügliche Abwägung ist ausweislich des Erwägungsgrundes neben dem Schutz der unternehmerischen Freiheit auch die Zielsetzung des Verbraucherschutzes eingeflossen. Die in Rede stehende Auslegungsfrage der Roaming-Verordnung muss sich ebenfalls an diesen Maßstäben bzw. Kriterien messen lassen.

Gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit

Hinsichtlich der Abwägung, ob die den einheitlich zu betrachtenden Datendienst umfassende Auslegung der Roaming-Verordnung als gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit angesehen werden kann, ist zunächst anzumerken, dass die im Sinne der Bundesnetzagentur-Auslegung interpretierten Regelungen geeignet sind, die Zielsetzung der vollständigen Beseitigung der Unterschiede zwischen Roaming- und Inlandsentgelten zu erreichen. Sie sind auch erforderlich, da eine gleich wirksame, aber mildere Maßnahme nicht erkennbar ist; insbesondere würde die von der Betroffenen vertretene Beschränkung des RLAH-Prinzips auf Basistarife nicht zur gewünschten vollständigen Beseitigung der Unterschiede zwischen Roaming- und Inlandstarifen führen, sondern zur angeführten Fragmentierung der Tariflandschaft und damit verbundener Aushöhlung des RLAH-Prinzips.

Bei der Prüfung der Angemessenheit der vertretenen Auslegung ist zunächst die dargestellte Möglichkeit des Anbieters anzuführen, die gesamte Dienstekategorie für Roaming zu öffnen oder auch auf die inländische Nutzung zu begrenzen.

In die Prüfung der Angemessenheit miteinzubeziehen ist auch, dass bereits im Rahmen des Legislativprozesses die mit dem RLAH-Konzept verbundenen Belastungen für die Anbieter durchaus diskutiert und gesehen wurden und darauf mit gegensteuernden Maßnahmen der Verordnung reagiert wurde.

Da Roamingdienste aufgrund ihrer Erbringung im Ausland einer anderen Kostenstruktur unterliegen als inländische Angebote, wurde in der im Vorfeld der Anpassung der Roaming-

Verordnung verabschiedeten BEREC-Stellungnahme³⁶ auf die mit der Einführung eines unkonditionierten RLAH-Konzepts verbundenen Risiken hingewiesen und eine konditionierte Einführung des RLAH-Konzepts empfohlen.

U.a. um den seitens BEREC aufgezeigten Implikationen entgegenzuwirken bzw. die Belastungen für die Mobilfunkanbieter abzumildern, verknüpfte der EU-Gesetzgeber die Einführung des RLAH-Konzepts mit verschiedenen Mechanismen:

Gemäß Art. 6b wurde dem Anbieter die Möglichkeit eingeräumt, eine Regelung zur angemessenen Nutzung (sog. „Fair Use Policy“) anzuwenden, mit welcher die Nutzung von Roamingdiensten begrenzt werden kann.

Ferner wurde den Anbietern gemäß Art. 6c die Möglichkeit eingeräumt, sich die Erhebung von Aufschlägen durch die Regulierungsbehörde genehmigen zu lassen, wenn dies zur Gewährleistung der Tragfähigkeit des inländischen Entgeltmodells erforderlich ist.

Schließlich fand – wie in Erwägungsgrund 21 der TSM-Verordnung niedergelegt – eine Überprüfung des Roaming-Vorleistungsmarktes und eine Anpassung der Roaming-Vorleistungsentgelte durch die Verordnung (EU) 2017/920 vom 17.05.2017 statt, um die beabsichtigte Beseitigung der Unterschiede zwischen Roaming- und Inlandspreisen auch nachhaltig zu sichern.

Sämtliche angeführten Maßnahmen dienen der Abmilderung der mit der Einführung des RLAH-Konzepts verbundenen Implikationen für die Anbieter und sollen eine Balance zwischen dem verbraucherschützenden Ziel und der unternehmerischen Belastung herstellen. Beispielhaft zur Verdeutlichung dieser „Balance“ sei hier etwa auf Erwägungsgrund 15 der Durchführungsverordnung verwiesen, der einerseits die Möglichkeit der Anbieter zum Erlass von Fair-Use-Regelungen erläutert, andererseits aber zugleich darauf verweist, dass die Roamingkunden gleichzeitig vor

„jeglichen Maßnahmen geschützt werden [sollen], die in irgendeiner Weise ihre Möglichkeiten einschränken, regulierte Endkundenroamingdienste zu Inlandspreisen auf vorübergehenden Auslandsreisen innerhalb der Union zu nutzen“.

Aus der Genese der Verordnung, in die BEREC als technisches Beratungsgremium eingebunden war, sowie der finalen konzeptionellen Ausgestaltung der Roaming-Verordnung ist zu schließen, dass der Gesetzgeber eine die drei Dienstekategorien umfassende „weite“ Zielsetzung der Roaming-Verordnung verfolgte, die die Notwendigkeit „korrigierender“ Maßnahmen begründete, welche wiederum in Form der o.g. Instrumente der Fair-Use-Regelungen, des Trag-

³⁶ BoR (14) 209 International Roaming: Analysis of the impacts of „Roam Like at Home“ (RLAH)

fähigkeitsmechanismus sowie der Anpassung der Vorleistungsentgelte Eingang in die Verordnung gefunden haben. Mit diesen Mechanismen sollten die sich aus dem dargelegten Regelungsgehalt der Verordnung ergebenden Belastungen für die Anbieter minimiert und auf ein angemessenes Maß zurückgeführt werden.

2.1.2. Unzulässiger Endkundenroamingaufschlag i.S.d. Art. 6a i.V.m Art. 2 Abs. 2 lit. r Roaming-Verordnung

Die Anrechnung der Nutzung der StreamOn-Partnerdienste im Ausland auf das inkludierte Datenvolumen der MagentaMobil-Tarife, während bei inländischer Nutzung derselben Dienste keine Anrechnung erfolgt, stellt eine relevante Veränderung des Entgeltmechanismus des regulierten Datenroamingdienstes und damit eine Verletzung des Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung dar.

2.1.2.1. Abweichung hinsichtlich des Entgeltmechanismus

Nach Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung dürfen Roaminganbieter ihren Roamingkunden für die Nutzung regulierter Datendienste im Vergleich mit dem inländischen Endkundenpreis weder zusätzliche noch allgemeine Entgelte für die Nutzung im Ausland berechnen. Für den Vergleich mit dem inländischen Endkundenpreis ist gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung entweder das inländische Endkundenentgelt pro Einheit relevant, oder in Fällen, in denen es keinen spezifischen inländischen Endkundenpreis pro Einheit gibt, muss derselbe Entgeltmechanismus zur Anwendung kommen wie bei nationaler Nutzung.

Die MagentaMobil-Tarife enthalten eine volumenmäßig unbegrenzte Daten-Komponente, welche dem Endkunden ein gewisses High-Speed-Volumen und nach Erreichen desselben eine Datenübertragung mit reduzierter Übertragungskapazität gewährt. Da hinsichtlich der Datennutzung demnach kein Endkundenentgelt pro Einheit berechnet wird, muss für den einheitlich zu bewertenden Datenroamingdienst aus MagentaMobil-Tarif plus StreamOn-Komponente derselbe Entgeltmechanismus zur Anwendung kommen.

Erwägungsgrund 26 der TSM-Verordnung bekräftigt den Regelungsgehalt der Art. 6a, 2 Abs. 2 lit. r und fordert, dass

„dem Entgeltmechanismus (zu) entsprechen (ist), der zur Anwendung käme, wenn der Kunde in seinem Mitgliedstaat den Inlandstarif in Anspruch nähme“.

Der Begriff des Entgeltmechanismus wird in der Roaming-Verordnung nicht definiert. Nach dem Regelungszweck der Roaming-Verordnung, der Beseitigung der Unterschiede zwischen Roaming- und Inlandsreisen, sowie nach hiesigem Verständnis ist unter dem Begriff des Entgelt-

mechanismus die Funktionsweise zu verstehen, ob und wie sich die Erbringung der tariflich vereinbarten Dienstleistungen entgeltlich für den Endkunden auswirken.

Zur entgeltrelevanten Funktionsweise des einheitlich zu betrachtenden Datenroamingdienstes der MagentaMobil-Tarife kombiniert mit der StreamOn-Komponente zählt

- die Gewährung eines gewissen Inklusiv-Datenvolumens
- gegen Zahlung eines monatlichen Entgelts
- bei Nichtanrechnung der Nutzung der StreamOn-Partnerdienste (in den Bereichen Audio und Video) auf das gewährte Inklusiv-Datenvolumen.

Die Nichtanrechnung der Zero-Rating-Leistungen auf das inkludierte Datenvolumen bei der Nutzung im Inland ist dabei als Bestandteil des Entgeltmechanismus des Datenroamingdienstes einzustufen, da die Nichtanrechnung unmittelbare Auswirkungen auf das Preis-Leistungsgefüge in der Form der zeitlich späteren Drosselung (nach Erreichen des Inklusivvolumens) hat und damit für den Verbraucher entgeltrelevant ist.

Die Anrechnung der Nutzung der StreamOn-Partnerdienste bei Nutzung im Ausland, während bei inländischer Nutzung keine Anrechnung derselben Dienstleistungen erfolgt, stellt eine relevante Abweichung von dem Entgeltmechanismus des einheitlich zu betrachtenden Datenroamingdienstes dar: Werden dem Kunden die Leistungen der StreamOn-Partnerdienste bei Nutzung im Ausland auf das inkludierte Datenvolumen angerechnet, wird das vereinbarte Inklusivvolumen wesentlich schneller erreicht. Dies bewirkt, dass die Datenübertragung an den Endkunden frühzeitiger entsprechend dem zugrundeliegenden MagentaMobil-Tarif gedrosselt wird, so dass der Endkunde ggf. zur Beibehaltung der vereinbarten High-Speed-Leistung frühzeitiger zusätzliches Datenvolumen zukaufen muss, als dies bei inländischer Nutzung der Fall wäre. Damit wäre das Ziel des Verbraucherschutzes verletzt, zumindest erheblich beeinträchtigt.

2.1.2.2. Gesamtschau des Entgeltmechanismus

Auch eine Gesamtschau des Entgeltmechanismus des Datenroamingtarifs bestätigt eine relevante Abweichung hinsichtlich der Anwendung bei Nutzung im Ausland verglichen mit der Nutzung im Inland.

Die Auffassung der Betroffenen, die Konzeption der Zubuchoption StreamOn in der Form der Administrierung im eigenen Netz sei mit der unterschiedlichen Kostenstruktur der Leistungserbringung im eigenen (On-Net) und besuchten Netz (Off-Net) im Sprach- und SMS-Bereich vergleichbar und „rechtfertige“ die unterschiedliche Handhabung (Stellungnahme vom 17.08.2017, S. 16), überzeugt nicht.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Roaming-Verordnung, insbesondere die Vorgaben des Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung nur in Bezug auf Anrufe und versendete SMS-Nachrichten eine Unterscheidung zwischen der Leistungserbringung im eigenen oder besuchten Netz im selben Mitgliedstaat vorsehen. So bezieht sich der Klammerzusatz in Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung

„(die in verschiedenen öffentlichen Kommunikationsnetzen im selben Mitgliedstaat abgehen und ankommen)“,

lediglich auf das relevante inländische Endkundenentgelt pro Einheit bei Sprach- und SMS-Diensten.

Vor diesem Hintergrund sind auch die von der Betroffenen herangezogenen BEREC-Roaming-Leitlinien³⁷ zu sehen, die es dem Anbieter ermöglichen, bezogen auf einheitenbasierte Entgelte bei Sprach- oder SMS-Diensten als relevanten inländischen Endkundenpreis auf den Off-Net-Preis abstellen zu können. Die BEREC-Roaming-Leitlinien beziehen sich in Nr. 13 sich ausweislich ihres Wortlauts

„In the case of per-unit domestic retail prices, operators may apply different prices for calls or SMS messages to the network of the customer („on-net“) than to a network other than the customer's network („off-net“), with the latter typically exceeding the former. For the purposes of the Roaming Regulation, according to Article 2 (2) (r) Roaming Regulation, roaming providers may consider the off-net price as the domestic retail price.“ (Eigene Hervorhebung)

sowie aufgrund des Wortlauts des Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung ausschließlich auf Sprach- und SMS-Verbindungen und auf einheitenbasierte Tarife und ist nicht auf den Bereich der volumenmäßig unbegrenzten Datendienste zu erstrecken.

Die Sachlage im Bereich der Sprach- und SMS-Dienste ist diesbezüglich nicht mit der bei der Erbringung von Datendiensten bzw. von StreamOn vergleichbar. Während sich im Bereich Sprachtelefonie und SMS im inländischen Mobilfunkmarkt unterschiedliche Tarife je nach Leistungserbringung im eigenen oder fremden Netz herausgebildet haben, welche bezogen auf die On-Net-Tarife im Roamingfall nicht abgebildet werden können, erfolgt im Bereich der Datendienste eine solche Unterscheidung nicht. Im Bereich der Datendienste wird nicht zwischen unterschiedlichen Netzen unterschieden, das entsprechende Endkundenentgelt richtet sich nach der tatsächlichen Nutzung der Daten, unabhängig von deren Übermittlung. Dementsprechend werden typischerweise auch nur bestimmte Datenvolumina angeboten, On-Net- und Off-Net-Tarife wie im Sprach- und SMS-Bereich gibt es im Hinblick auf Datennutzung nicht.

³⁷ BEREC-Roaming-Leitlinien, Nr. 13.

Aufgrund der ausdrücklichen Beschränkung des Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung sowie der BEREC-Roaming-Leitlinien auf den Sprach- und SMS-Bereich sowie der mangelnden Vergleichbarkeit mit dem Bereich der Datennutzung ist auch unter diesem Gesichtspunkt keine Abweichung vom Entgeltmechanismus gerechtfertigt. Hinsichtlich der technischen und rechtlichen Möglichkeit, die Nichtanrechnung von StreamOn-Partnerdiensten im Roamingfall abzubilden, wird auf die Ausführungen unter B.II.2.b. verwiesen.

2.1.3. Keine zulässige Fair-Use-Regelung i.S.d. Art. 6b der Roaming-Verordnung i.V.m Art 4 Abs. 2, Art. 2 Abs. 2 lit. c der Verordnung (EU) Nr. 2286/2016

Die Konzeption von StreamOn einschließlich der dargelegten Abweichung vom Entgeltmechanismus i.S.d. Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r stellt auch keine zulässige „Fair-Use-Regelung“ i.S.d. Art. 6b der Roaming-Verordnung i.V.m Art. 4 Abs. 2 sowie Art. 2 Abs. 2 lit. c der Durchführungs-Verordnung dar. Die gegenteilige hilfsweise Argumentation der Betroffenen für den Fall der Anwendbarkeit der Roaming-Verordnung (Stellungnahme vom 17.08.2017, S. 17 f.) trägt nicht.

Gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. c der Durchführungs-Verordnung ist als „offenes Datenpaket“ u.a. ein Tarif für die Bereitstellung eines oder mehrerer Mobilfunk-Endkundendienste einzustufen,

„der ein unbegrenztes Volumen von Mobilfunk-Endkundendatendiensten gegen Zahlung eines regelmäßig wiederkehrenden festen Entgelts enthält“.

Ausweislich der BEREC-Roaming-Leitlinien³⁶ sind auch solche Tarife als ein „offenes Datenpaket“ im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. c der Durchführungs-Verordnung einzustufen, welche nach Erreichen des inkludierten Datenvolumens eine Drosselung der Geschwindigkeit vorsehen:

„BEREC considers that in case of domestic bundles for which the speed of the subscription is throttled (at domestic level) after a data allowance limit is reached, the data limit does not in fact limit the volumes consumed and therefore these kinds of subscriptions may be treated as unlimited open data bundles, for the purposes foreseen in Article 2 CIR (though they are not „real“ unlimited tariffs).“

StreamOn ist in Kombination mit dem zugrundeliegenden MagentaMobil-Tarif als ein offenes Datenpaket i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. c der Durchführungs-Verordnung einzustufen. Aufgrund der – wie dargelegt – erforderlichen einheitlichen Betrachtung aus MagentaMobil-Tarif plus Zubuchoption StreamOn erfüllt der Datenroamingdienst die Anforderungen des Art. 2 Abs. 2 lit. c der Durchführungs-Verordnung, da er ein unbegrenztes Datenvolumen gegen Zahlung eines regelmäßig wiederkehrenden festen Entgelts gewährt. Dass es bei der Nutzung des Datendienstes –

³⁶ BEREC-Roaming-Leitlinien, Nr. 45.

nach Verbrauch des Inklusivvolumens – zu einer Drosselung der Übertragungskapazität kommen kann, ändert an dieser Einschätzung ausweislich der genannten Ziffer 45 der BEREC-Roaming-Leitlinien nichts.

Nach Art. 4 Abs. 2 der Durchführungs-Verordnung kann der Anbieter eine Fair-Use-Regelung vorsehen (und der Bundesnetzagentur mitteilen), mit der er das Roaming-Datenvolumen auf eine Menge begrenzt wird, die

„zumindest dem doppelten Volumen entspricht, das sich aus der Division des inländischen Endkundengesamtpreises (ohne Mehrwertsteuer) dieses offenen Datenpakets durch das regulierte maximale Roamingvorleistungsentgelt“

entspricht.

Nach Einschätzung der Betroffenen fällt allein die Zubuchoption StreamOn unter die Definition des offenen Datenpakets im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c der Durchführungs-Verordnung, obgleich dazu die Erfüllung des Kriteriums des wiederkehrenden festen Entgelts (bei kostenloser Zubuchbarkeit) angenommen werden müsste. Die Betroffene bezieht die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 2 der Durchführungs-Verordnung isoliert auf die Zubuchoption StreamOn und legt als „inländischen Endkundengesamtpreis“ den Preis von 0€ zugrunde. Daraus zieht sie sodann den Schluss, die Formel berechtige zu einer Reduzierung des Roaming-Datenvolumens für StreamOn auf 0 GB. Diese Argumentation trägt nicht.

Zur Berechnung des mindestens zur Verfügung zu stellenden Volumens von Endkundenroamingdatendiensten gemäß Art. 4 Abs. 2 der Durchführungs-Verordnung muss der

„inländische Endkundengesamtpreis dieses offenen Datenpakets“,

berücksichtigt werden. Damit wird auf die Definition des Art. 2 Abs. 2 lit. c der Durchführungs-Verordnung Bezug genommen, dessen Voraussetzungen aus hiesiger Sicht nur das einheitlich zu betrachtete „offene Datenpaket“ bestehend aus MagentaMobil-Tarif plus Zubuchoption StreamOn erfüllt.

Die Regelung des Art. 2 Abs. 2 lit. c Satz 2 der Durchführungs-Verordnung, die bei der Berechnung der Fair-Use-Grenze für offene Datenpakete auf den Endkundengesamtpreis abstellt, stützt die einheitliche Betrachtungsweise des Datentarifs, wie sie diesem Bescheid zugrunde liegt. Um eine zu weitgehende Begrenzung des Roamingvolumens zu verhindern, stellt diese Regelung auf den gesamten inländischen Endkundenpreis für sämtliche Mobilfunkdienste ab, die dem Kunden im Inland zur Verfügung stehen. In die Berechnung werden also auch die

Preiskomponenten für Sprache oder SMS einbezogen, selbst wenn der Anbieter diese Dienstkategorien zulässigerweise nicht für die Nutzung im Ausland (Roaming) geöffnet hat.

Sollte die Betroffene sich für die Einführung einer Fair-Use-Regelung nach Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. c der Durchführungs-Verordnung entscheiden, so wären der Datentarif im Sinne einer einheitlichen Betrachtung und das relevante Entgelt des MagentaMobil-Tarifs für die Berechnung des Datenroamingvolumens nach der in den genannten Artikeln Formel zugrunde zu legen.

Beispielhaft wird nachfolgend eine Berechnung nach der Formel des Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. c der Durchführungs-Verordnung bezogen auf ein fiktives Produkt aufgeführt:

$$\text{min. Volumen Endkundendatenroamingdienste} = \frac{\text{inländischer Endkundengesamtpreis}}{\text{max. Roamingvorleistungsentgelt}} * 2$$

mit inländischem Endkundenpreis aller Mobilfunk – Endkundendienste,

max. Roamingvorleistungsentgelt gem. Art. 12 i. H. v. 7,70 $\frac{\text{€}}{\text{GB}}$ befristet bis 31.12.2017,

Beispiel:

$$\text{FUP Datenvolumen} = \frac{30,80\text{€}}{7,70\text{€/GB}} * 2 = 8 \text{ GB}$$

Bezogen auf einen inländischen Endkundengesamtpreis aller zur Verfügung gestellten Mobilfunk-Endkundendienste i.H.v. 30,80€ (netto) könnte der betroffenen Roaming-Anbieter im obigen Beispiel die Datennutzung um Ausland auf 8 GB Roaming-Datenvolumen im Rahmen einer Fair-Use-Regelung ohne zusätzliches Roaming-Entgelt begrenzen.

2.2. Ermessen

Die im Tenor zu Ziffer 2.a) genannte Feststellung eines Verstoßes der aktuellen Produktgestaltung der Zubuchoption StreamOn gegen die Vorgaben der Roaming-Verordnung nach Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r dient der Klarstellung.

Die im Tenor Ziffer 2.b) und 2.c) getroffenen Anordnungen halten sich im Rahmen der nach § 126 Abs. 2 TKG i.V.m. Art. 16 Abs. 1 und Abs. 6 der Roaming-Verordnung zulässigen Maßnahmen.

Die Bundesnetzagentur hält sich bei den Anordnungen nach Ziffer 2.b) und 2.c) an das ihr vorgegebene Ermessen.

Die Anordnungen stellen eine geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahme zur Durchsetzung des Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung dar.

Bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung zur Abschaffung von Endkunden-Roamingaufschlägen nach Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung gehört die Untersagung der Erhebung eines unzulässigen Endkunden-Roamingaufschlags zu den zu treffenden Maßnahmen. Im vorliegenden Fall liegt der unzulässige Endkundenroamingaufschlag i.S.d. Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 a lit. r der Roaming-Verordnung in der aktuellen Ausgestaltung der Zubuchoption StreamOn begründet. Diese beinhaltet eine unzulässige Beschränkung der Zubuchoption StreamOn auf die inländische Nutzung bzw. eine damit verknüpfte unzulässige Abänderung des Entgeltmechanismus, welcher bei inländischer Nutzung die Nichtanrechnung der StreamOn-Partnerdienstleistungen vorsieht, während für die Nutzung im Ausland (Roaming) eine Anrechnung der StreamOn-Partnerdienstleistungen auf das inkludierte Datenvolumen vorsieht.

Die Anordnung unter 2.b) ist geeignet, dem Verstoß gegen Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung abzuwehren. Mit der Anordnung der Untersagung der aktuellen Produktgestaltung in Form der Anrechnung der Nutzung von StreamOn-Partnerdiensten auf das vereinbarte Inklusivvolumen der MagentaMobil-Tarife bei Nutzung im Ausland wird die Erhebung eines unzulässigen Roaming-Entgelts i.S.d. Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r Roaming-Verordnung unterbunden und dem RLAH-Prinzip genüge getan, nach welchem derselbe Entgeltmechanismus angewendet werden muss, der zur Anwendung käme, wenn der Endkunde den Inlandstarif in Anspruch nähme.

Die Anordnungen sind auch erforderlich; mildere, ebenso geeignete Mittel zur Beseitigung des Verstoßes sind nicht ersichtlich. Die Untersagung der aktuellen Produktgestaltung stellt das mildeste geeignete Mittel zur Beseitigung des festgestellten Verstoßes dar. Eine explizite Anordnung der Verfügungstellung als Datenroamingdienst in der Form der Verpflichtung zur Nichtanrechnung der StreamOn-Partnerdienste bei Nutzung im Ausland (Roaming) auf das inkludierte Datenvolumen der MagentaMobil-Tarife würde eine weitergehende Maßnahme und einen stärkeren Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Betroffenen darstellen. Mit der weniger einschneidenden Untersagung der aktuellen Produktgestaltung bleibt es der Betroffenen insbesondere unbenommen, den einheitlich zu betrachtenden Datenroamingdienst aus zugrundeliegendem MagentaMobil-Tarif zuzüglich Zubuchoption StreamOn als reinen inländischen Dienst zu konzipieren oder zur Begrenzung der Nutzung des Datenroamingdienstes eine mit der Roaming-

Verordnung konforme Fair-Use-Regelung einzuführen (wie das Beispiel des Tochter-Unternehmens aus den Niederlanden zeigt). Zudem stünde es der Betroffenen auch frei, die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Produkts durch Erhebung eines Entgelts bzw. durch Beantragung eines Aufschlags zur Gewährleistung der Tragfähigkeit des inländischen Entgeltmodells zu beeinflussen. Die angeordnete Untersagung der aktuellen Produktgestaltung in Form der Anrechnung der StreamOn-Partnerdienste auf das im jeweiligen MagentaMobil-Tarif inkludierte Datenvolumen bei Nutzung im Ausland (Roaming) ist das mildeste, geeignete Mittel, dem festgestellten Verstoß gegen Art. 6a i.V.m. Art 2 Abs. 2 lit. r abhelfen und den durch die Roaming-Verordnung intendierten Regelungszweck der Beseitigung der Unterschiede zwischen Inlands- und Roamingentgelten³⁹ zu gewährleisten.

Die Anordnungen sind auch angemessen:

Das Interesse der Endkunden sowie der Allgemeinheit an der Einhaltung der des RLAH-Prinzips durch Abschaffung der Endkunden-Roamingaufschläge bezogen auf den einheitlich zu betrachtenden Datenroamingdienst überwiegen das Interesse der Betroffenen an einer isolierten Beschränkung von StreamOn auf eine inländische Nutzung sowie an einer Anrechnung der Nutzung von StreamOn-Partnerdienste im Roamingfall aus wirtschaftlichen oder kommerziellen Erwägungen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die ungerechtfertigte Abweichung von der Anwendung desselben Entgeltmechanismus i.S. d Art. 6a i.V.m. Art 2 Abs. 2 lit. r Roaming-Verordnung kein schutzwürdiges Interesse ist.

Das Ziel der Roaming-Verordnung, die Abschaffung der Roaming-Endkundenaufschläge, dient der Schaffung eines Binnenmarktes, auf dem nicht mehr zwischen Inlands- und Roamingtarifen unterschieden wird. Dadurch sollen gleichzeitig ein hohes Verbraucherschutzniveau erreicht, Wettbewerb und Transparenz am Markt gefördert und Anreize sowohl für Innovation als auch für die Auswahl der Verbraucher geboten werden⁴⁰. Diese diesem Bescheid zugrundeliegende einheitliche Betrachtung des Datenroamingdienstes und die daraus resultierende Anordnungen unter Ziffer 2.b) und 2.c) dienen der Sicherstellung der genannten Ziele der Roaming-Verordnung sowie zur Vermeidung des weitgehenden Unterlaufens des Anwendungsbereichs der Roaming-Verordnung. So wird sichergestellt, dass das RLAH-Prinzip im Interesse der Endkunden, zur Förderung eines hohen Verbraucherschutzniveaus, zur Förderung des Wettbewerbs um innovative RLAH-Produkte sowie zur Transparenz für die Verbraucher, die zu inländischen Preisen „roamen“ können, beigetragen. Die unternehmerische Freiheit der Betroffenen wird in den Grenzen der Roaming-Verordnung geschützt, die zur Begrenzung des Eingriffs zahlreiche Mechanismen vorsieht (siehe dazu unter 2.1.1.3.).

³⁹ Vgl. Erwägungsgrund 21 der TSM-Verordnung.

⁴⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 1 S. 1, sowie Abs. 2 der Roaming-Verordnung

Würde die Bundesnetzagentur die aktuelle Produktausgestaltung in Gestalt der Erhebung eines unzulässigen Roaming-Endkundenaufschlags nicht untersagen – in der Form eines Absehens von einer Anordnung – würde sich der aufgrund festgestellten Verstoßes rechtswidriger Zustand verfestigen. Dieser rechtswidrige Zustand würde der Betroffenen einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber Wettbewerbern verschaffen, welche ordnungskonforme RLAH-Produkte anbieten.

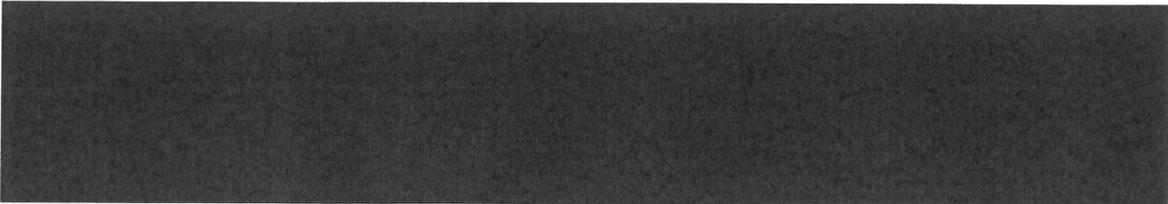
Auch die hohe Zahl der StreamOn-Kunden führt zu keiner anderen Bewertung. Im Falle einer ex-post-Intervention aufgrund eines Verstoßes gegen die Roaming-Verordnung ist es ein allgemeines Risiko eines Unternehmens, dass ein Geschäftsmodell nachträglich untersagt wird und in der Folge Kundenverträge rückabgewickelt oder angepasst werden müssen.

Zudem richtet sich die Untersagung auf die aktuelle Ausgestaltung: Es bestehen verschiedene Möglichkeiten der Betroffenen, diese zu implementieren, einschließlich einer für den Verbraucher vorteilhaften Ermöglichung von RLAH unter Nichtanrechnung der StreamOn-Partnerdienstleistungen im Roamingfall – ggfs. unter Einführung einer Fair-Use-Regelung oder einem Antrag zur Gewährleistung der Tragfähigkeit des inländischen Entgeltmodells.

In die Abwägung der Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch der Vortrag der Betroffenen eingeflossen, sie könne „Partnerdienste zur Nutzung vom Ausland aus gar nicht anbieten“. Sie beruft sich diesbezüglich primär auf technische wie lizenz- und rundfunkrechtliche Beschränkungen (Stellungnahme vom 17.08.2017, insb. S 4, 9f). Hinsichtlich der technischen Durchführbarkeit der getrennten Erfassung der genutzten Dienste sowie der getrennten Abrechnung der Datenverkehre verweist die Betroffene auf die komplexen Verfahrensweisen und entwickelten IT-Systeme für die (nationale) Einführung von StreamOn.

Hier ist zunächst zu berücksichtigen, dass weder vorgetragen wird noch diesseits Erkenntnisse vorliegen, nach denen die Zurverfügungstellung von StreamOn im Ausland und die Anwendung desselben Entgeltmechanismus in Form der getrennten Erfassung und Abrechnung auch im Roamingfall technisch nicht realisiert werden könnten. Vielmehr sprechen die gewählten Formulierungen der Betroffenen in der Stellungnahme vom 17.08.2017


dafür, dass die aktuelle technische Ausgestaltung im o.g. Sinn angepasst werden könnte.



Dass eine getrennte Erfassung und Abrechnung von Zero-Rating-Partnerstreamingdiensten und Nichtpartnerdiensten auch bei Nutzung im Ausland (Roaming) technisch möglich ist und auch in der Praxis Anwendung findet, wird auch durch aktuelle Beispiele im Markt verfügbarer, verordnungskonform ausgestalteter Produkte⁴¹ untermauert.

Soweit die Betroffene sich darauf beruft, lizenz- und rundfunkrechtliche Begrenzungen bzw. sog. „Geolocation“-Maßnahmen führten dazu, dass der Zugriff auf StreamOn-Partnerdienste vom Ausland aus unterbunden oder erschwert werde, bleibt unklar, ob, und wenn ja, für welche der Partnerdienste solche Begrenzungen bestehen. Sollten sich für die StreamOn-Partnerdienste (oder einen Teil davon) rundfunk- oder lizenzrechtliche Begrenzungen für die Nutzung im Ausland ergeben, so ist aber davon auszugehen, dass diese nicht nur hinsichtlich der Zubuchoption StreamOn bestehen, sondern auch hinsichtlich der unstreitig angebotenen Streamingleistungen nach den zugrundeliegenden MagentaMobil-Tarifen, die als Roaming angeboten werden. Für die Interessenabwägung konnte deshalb dahingestellt bleiben, ob, in welchem Umfang und für welche Partnerdienste etwaige lizenz- und rundfunkrechtlichen Begrenzungen bestehen, da diese ggfs. einem Streaming im Ausland, nicht aber der Anwendung von Zero-Rating entgegenstehen könnten. Auch nach dem Vortrag der Betroffenen stehen diese Streamingdienste im Ausland zur Verfügung, nur werden sie – anders als bei der Nutzung im Inland – auf das inkludierte Datenvolumen des zugrundeliegenden MagentaMobil-Tarifs angerechnet.

Soweit die Betroffene vorträgt, eine Nichtanrechnung der Zubuchoption StreamOn bei Nutzung im Ausland könne nicht verlangt werden, da sie mit Blick auf die dann nicht mehr gegebene wirtschaftliche Tragfähigkeit des Produkts das Angebot von StreamOn mit sofortiger Wirkung eingestellt werden müsse (Stellungnahme vom 17.08.2017, S. 18), ist zunächst anzuführen, dass es seit Einführung des RLAH-Prinzips zum Sommer 2017 zunehmend verschiedene Zero-Rating-Angebote auf dem europäischen Mobilfunkmarkt in verordnungskonformer Ausgestaltung, insbesondere als RLAH-Angebote, gibt, die offenbar nach Einschätzung der jeweiligen Anbieter wirtschaftlich tragfähig sind. Diese Produkte umfassen sowohl Musikstreaming-Angebote⁴² als auch Musik- und Videostreaming-Angebote⁴³.

⁴¹ Hier sei auf das Beispiel des vom Tochterunternehmen T-Mobile in den Niederlanden angebotenen Produkts „Data Vrije Muziek“ verwiesen, vgl. unter II.2.1.1.2.3..

⁴² Beispiel aus den Niederlanden, vgl. unter II. 2.1.1.2.3.

⁴³ Beispiel aus Großbritannien, vgl. unter II. 2.1.1.2.3.

Im Ergebnis ist für die Interessensabwägung relevant, dass die Anordnung unter Ziffer 2.b) die aktuelle Produktgestaltung aufgrund des festgestellten Verstoßes gegen Art. 6a i.V.m. Art 2 Abs. 2 lit. r untersagt und damit keine Anordnung der Nichtanrechnung von StreamOn-Partnerdiensten bei Nutzung im Ausland vorsieht. Wie oben angeführt, steht es der Betroffenen frei, den einheitlich zu betrachtenden Datenroamingdienst aus MagentaMobil-Tarif plus Zubuchoption StreamOn als reinen Inlandstarif ohne Roaming auszugestalten. In diesem Fall wäre derselbe Entgeltmechanismus in Form der Nichtanrechnung von StreamOn-Partnerdienstleistungen auch bei Nutzung im Roamingfall technisch nicht zu implementieren, es würden etwaige rundfunk- oder lizenzrechtliche Begrenzungen nicht entgegenstehen, und die Zubuchoption StreamOn müsste nicht zwangsläufig eingestellt werden. Wie erwähnt, steht es der Betroffenen auch frei, den einheitlich zu betrachtenden Datenroamingdienst aus MagentaMobil-Tarif zuzüglich der Zubuchoption StreamOn unter Anwendung desselben Entgeltmechanismus anzubieten und dabei zur Begrenzung der Roamingnutzung eine im Einklang mit den Roaming-Vorgaben nach Art. 6b Roaming-Verordnung i.V.m. Art 4 Abs. 2 i.V.m. Art 2 Abs. 2 lit. c der Durchführungs-Verordnung stehende Fair-Use-Regelung einzuführen.

Die Untersagung bestimmter Vertragsklauseln (Anordnung unter Ziffer 2.c)) ist eine Folge der unter Ziffer 2.b) tenorierten Anordnung. Der festgestellte Verstoß gegen die Verpflichtung zur Abschaffung von Endkunden-Roamingaufschlägen nach Art. 6a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung manifestiert sich in einer für den Endkunden nachvollziehbaren Form insbesondere durch die Ausgestaltung der relevanten Preisliste Zubuchoption unter Ziffer. 6.7. Die Untersagung dieser Vertragsklausel ist aus Gründen der Transparenz und des Kundenschutzes geboten und verhältnismäßig.

3. Frist

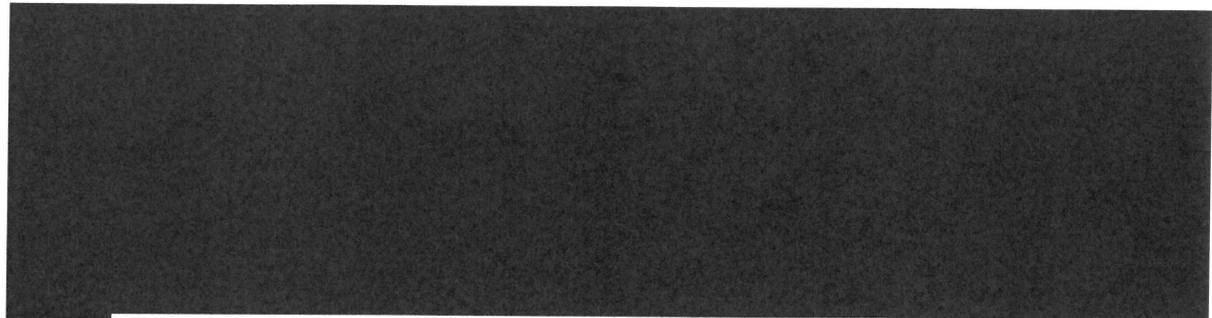
Die in Ziffer 3. des Tenors nach § 126 Abs. 2 Satz 2 TKG eingeräumte Frist bis zum 31.03.2018 zur Umsetzung der Anordnungen unter 2.b) und 2.c) ist angemessen.

Die Umsetzung der Anordnung unter Ziffer 2.b), d.h. die Untersagung der aktuellen Produktgestaltung in Form der Anrechnung genutzter StreamOn-Partnerdienstleistungen auf das im MagentaMobil-Tarif inkludierte Datenvolumen, kann durch die Betroffene auf verschiedene Art und Weise durchgeführt werden.

Wie bereits ausgeführt, steht es der Betroffenen frei, den Datenroamingtarif aus MagentaMobil-Tarif zuzüglich Zubuchoption als reinen Inlandstarif zu gestalten. Es steht ihr auch offen, auf der Basis der Vorschriften der Durchführungs-Verordnung das im EU-Ausland den Verbrauchern zur Verfügung zu stellende Roamingvolumen durch Einführung einer Fair-Use-Regelung tarifbasie-

rend zu begrenzen. Ferner steht es der Betroffenen frei, sich die Erhebung von Aufschlägen durch die Regulierungsbehörde genehmigen zu lassen, wenn dies zur Gewährleistung der Tragfähigkeit des inländischen Entgeltmodells erforderlich ist. Darüber hinaus könnte die Betroffene die Zubuchoption StreamOn gänzlich einstellen.

Es ist davon auszugehen, dass die verschiedenen möglichen Maßnahmen im Ausmaß unterschiedlichen technischen sowie administrativen Aufwand sowohl im Hinblick auf Endkunden- und Content-Partner-Beziehungen als auch mit Blick auf eine etwaige Anpassung der Vereinbarungen mit europäischen Roaming-Partnern auf der Vorleistungsebene verursachen.



Dies würde technisch auch die Abrechnung der gebrauchten Datenroamingverkehre im Hinblick auf eine ggf. implementierte Fair-Use-Policy ermöglichen.

Der administrative Aufwand der Umsetzung der Anordnungen unter Ziffer 2.b) umfasst neben der Anpassung der Vereinbarungen und AGB auf Endkunden- und Content-Partner-Ebene (vgl. dazu Ausführungen zur Frist der Anordnung unter Ziffer 2.c)) ggfs. auch die Anpassung der Vereinbarungen mit ausländischen Roamingpartnern auf der Vorleistungsebene.

Für den Fall, dass die Betroffene sich entschließt, die Zubuchoption StreamOn als Teil des Datenroamingtarifs mit demselben Entgeltmechanismus im Roamingfall (ggfs. mit einer Fair-Use-Regelung) anzubieten, wären geltende Vereinbarungen auf Vorleistungsebene mit europäischen Roaming-Partnern auf die geänderten Bedingungen zu prüfen und, sofern erforderlich, anzupassen. Hierzu wären Verhandlungen mit zahlreichen Vertragspartnern in den unterschiedlichen europäischen Ländern erforderlich. Allerdings scheint auch eine solche Anpassung der Vereinbarungen mit den europäischen Roamingpartnern der Betroffenen aufgrund der ständigen Absprachen bzw. regelmäßigen gefestigten Geschäftsbeziehungen hinsichtlich der Roaming-Implementierung innerhalb von drei Monaten durchführbar. Gegen eine etwaige längere Frist spricht bzw. bei der Angemessenheit der Frist miteinzubeziehen ist auch der Aspekt der Begrenzung eines ungerechtfertigten Vorteils gegenüber sich ordnungskonform verhaltenen Wettbewerbern sowie das berechnete Interesse der Endkunden an einer ordnungskonformen Implementierung des RLAH-Prinzips.

Auch die unter 2.c) tenorierte Untersagung der der Anordnung unter Ziffer 2.b) widersprechenden Klausel der Content Partner AGB und der Endkunden-Vertragsdokumente (insbesondere der Preisliste Zubuchoptionen) ist innerhalb von drei Monaten umsetzbar. Die zu den Anordnungen unter Ziffer 1.c) niedergelegten Ausführungen zur Umsetzungsfrist hinsichtlich der Anpassung der Verträge mit den Inhalteanbietern sowie der Preisliste Zubuchoptionen zu StreamOn gelten auch hier.

4. Zwangsgeld

Ermächtigungsgrundlage für die Androhung eines Zwangsgeldes ist § 13 i.V.m. §§ 6, 9, 11 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG) i.V.m. § 126 Abs. 5 TKG.

Die im Tenor unter 2.b) und 2.c) ausgesprochenen Untersagungen stellen Anordnungen der Regulierungsbehörde nach § 126 Abs. 2 TKG dar, die nach § 126 Abs. 5 TKG nach Maßgabe des VwVG mit einem Zwangsgeld bis zu 500.000 Euro durchgesetzt werden können. Hierbei kann es sich nach § 9 Abs. 1 lit. b i.V.m. § 11 VwVG um die Festsetzung eines Zwangsgeldes handeln, da es sich bei der Umsetzung der Anordnungen nicht um eine vertretbare Handlung handelt.

Die aktuelle Produktgestaltung von StreamOn verstößt gegen die Vorgaben des Art. 6 a i.V.m. Art 2 Abs. 2 lit. r der Roaming-Verordnung. Diese Vorgaben sind seit dem 15.06.2017 verpflichtend und wären von der Betroffenen seit diesem Zeitpunkt einzuhalten gewesen. Aus diesem Grund erscheint es geeignet, erforderlich und angemessen, durch Androhung eines Zwangsgeldes auf die unbedingte Verpflichtung zur Umsetzung der Anordnungen hinzuweisen. Es kann durch die Androhung eines Zwangsgeldes erwartet werden, dass die Betroffene der Anordnung infolge der Androhung des Zwangsgeldes Folge leisten wird. Hierbei wurde berücksichtigt, dass die Zwangsgeldandrohung nach § 13 Abs. 2 S. 1 VwVG mit dem Verwaltungsakt verbunden werden soll, wenn den Rechtsmitteln keine aufschiebende Wirkung beigelegt ist. Dies ist hier der Fall (vgl. § 137 Abs. 1 TKG).

Die Höhe des Zwangsgeldes bestimmt sich abweichend von § 11 Abs. 3 VwVG nach § 126 Abs. 5 TKG. Hiernach kann zur Durchsetzung der Anordnungen nach § 126 Abs. 2 TKG nach Maßgabe des VwVG ein Zwangsgeld bis zu EUR 500.000 festgesetzt werden. Das Zwangsgeld in Höhe von EUR 100.000 liegt damit innerhalb des gesetzten Rahmens. Aufgrund der Bedeutung der Abschaffung der Endkunden-Roaming-Aufschläge durch Einführung des RLAH-Prinzips als Kernelement der TSM-Verordnung im Roamingbereich, der wirtschaftlichen Lage und Unternehmensgröße der Betroffenen⁴⁴ scheint ein Zwangsgeld, das unterhalb von

⁴⁴ Siehe bereits oben Fn. 21.

EUR 100.000 liegt, nicht wirkungsvoll. Ein höheres Zwangsgeld hingegen erscheint angesichts des Umstands, dass es sich um eine erstmalige Zwangsgeldandrohung handelt, nicht angemessen. Die Höhe des Zwangsgelds von EUR 100.000 wurde daher unter Berücksichtigung der Bedeutung des Verstoßes, dem Interesse an der gebotenen Herstellung eines verordnungskonformen Zustands sowie der Größe des betroffenen Unternehmens sowie der Tatsache eines Erstverstoßes gewählt.

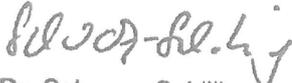
Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Widerspruch bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn oder bei einer sonstigen Dienststelle der Bundesnetzagentur erhoben werden.

Der Widerspruch hat keine aufschiebende Wirkung. Die Einlegung eines Widerspruchs ändert nichts an der Wirksamkeit und Vollziehbarkeit des Bescheides.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag


Dr. Schwarz-Schilling


Sanders-Winter