



Mit Postzustellungsurkunde

Telekom Deutschland GmbH

Landgrabenweg 151
53227 Bonn

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Mein Zeichen, meine Nachricht vom
122 – 3430 2022-001

☎ (02 28)

14- [REDACTED]
oder 14-0

Bonn

27.04.2022

„StreamOn“ – Anordnung nach § 202 Abs. 2 TKG wegen Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO

Anhörungen vom 28.01.2022 und 11.03.2022
Ihre Stellungnahmen vom 11.02.2022 und 31.03.2022

Sehr geehrte [REDACTED]

gegen die Telekom Deutschland GmbH (TDG) ergeht nach § 202 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz (TKG) auf Grund des angebotenen „Nulltarifs“, namentlich „StreamOn“, wegen Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 Verordnung (EU) 2015/2120 (ABl. (EU) 2015, L 310/1, im Folgenden: TSM-VO)

folgender Bescheid:

1. Es wird festgestellt, dass die TDG durch das Angebot von „StreamOn“ in den Mobilfunk-Tarifen

...

- Magenta Mobil S: StreamOn Gaming, StreamOn Music
- Magenta Mobil M: StreamOn Gaming, StreamOn Music & Video
- Magenta Mobil L: StreamOn Gaming, StreamOn Music & Video, StreamOn Social & Chat
- Magenta Mobil XL: StreamOn Gaming, StreamOn Music & Video, StreamOn Social & Chat
- Magenta Mobil S Young: StreamOn Gaming, StreamOn Music
- Magenta Mobil M Young: StreamOn Gaming, StreamOn Music & Video
- Magenta Mobil L: StreamOn Gaming, StreamOn Music & Video, StreamOn Social & Chat
- Magenta Mobil XL: StreamOn Gaming, StreamOn Music & Video, StreamOn Social & Chat

gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO verstößt.

2. Der TDG wird untersagt, „StreamOn“ in Neu- und Bestandskundenverträgen mit Kunden zu verwenden.
3. Für die Umsetzung der unter Ziffer 2 dieses Bescheids genannten Anordnung werden der TDG folgende Fristen gesetzt:
 - a. eine Frist für die Einstellung der Neuvermarktung von „StreamOn“ bis zum **01.07.2022**,
 - b. eine Frist bis zum **31.03.2023** für die Einstellung von „StreamOn“ gegenüber Bestandskunden.
4. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die in Ziffer 2 dieses Bescheids genannte Anordnung nach Ablauf einer der in Ziffer 3 genannten Fristen wird der TDG bereits jetzt ein Zwangsgeld von 500.000 Euro angedroht.
5. Die Gebührenentscheidung bleibt einem gesonderten Bescheid vorbehalten.

BEGRÜNDUNG:

A. Sachverhalt

Der vorliegende Bescheid ergeht im Anschluss an das Schreiben vom 28.01.2022 und das Schreiben nach § 202 Abs. 1 TKG vom 11.03.2022. Darin wurde festgestellt, dass die im Tenor unter Ziffer 1 angeführte Tarifooption „StreamOn“ gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO verstößt.

Die TDG hat mit Schreiben vom 11.02.2022 sowie vom 31.03.2022 zu den Schreiben der Bundesnetzagentur Stellung genommen. Nach einem einleitenden Austausch zum Thema Zero-Rating mit der Telekommunikationsbranche am 16.11.2021 fanden verschiedene Gespräche zwischen der TDG und der BNetzA statt (u.a. am 19.01.2022, 16.02.2022 und am 30.03.2022). Darüber hinaus gab es einen bilateralen Austausch zur Problematik per Mail und Telefon (u.a. am 04.02.2022).

Hinsichtlich der von der Bundesnetzagentur aufrecht erhaltenen Beanstandungen ist der Sachverhalt wie folgt:

„StreamOn“ ist eine innerhalb Deutschlands kostenlos zubuchbare Tarifooption zu bestehenden Mobilfunktarifen der TDG, welche seit 2017 angeboten wird. Bei den Mobilfunktarifen handelt es sich um Tarife mit einem Dateninklusivevolumen. Wenn das vertraglich vereinbarte Volumen erreicht ist, reduziert sich die Übertragungsgeschwindigkeit.

Die Zubuchoptionen zeichnen sich dadurch aus, dass Daten für die Übertragung der teilnehmenden Content-Partner (Inhalteanbieter) nicht auf das vereinbarte Datenvolumen angerechnet werden. Die Kunden können die Content-Partner-Dienste unbeschränkt nutzen, ohne dadurch eine Drosselung auszulösen. Wird allerdings das Dateninklusivevolumen durch die Nutzung der übrigen, nicht von der Zubuchoption umfassten Dienste, ausgeschöpft und kommt es infolgedessen zu einer Drosselung nach Überschreiten des Datencaps, betrifft diese Drosselung alle Dienste gleichermaßen. Auch die von „StreamOn“ umfassten Dienste sind nur noch verlangsamt nutzbar. Inhalte-Partner für „StreamOn“ können grundsätzlich alle Anbieter werden, die die in den „Allgemeinen Bedingungen für die Teilnahme von Content-Partnern am Zero-Rating-Angebot der Telekom Deutschland GmbH“ (Content Partner-AGB) festgelegten Voraussetzungen erfüllen und hierüber mit der TDG einen Vertrag schließen. Der Vertrag beinhaltet keine Zahlungsverpflichtung.

Für die jeweiligen Tarife können aktuell folgende „StreamOn“-Optionen hinzugebucht werden:

- Magenta Mobil S: StreamOn Gaming, StreamOn Music
- Magenta Mobil M: StreamOn Gaming, StreamOn Music & Video

- Magenta Mobil L: StreamOn Gaming, StreamOn Music & Video, StreamOn Social & Chat
- Magenta Mobil XL: StreamOn Gaming, StreamOn Music & Video, StreamOn Social & Chat
- Magenta Mobil S Young: StreamOn Gaming, StreamOn Music
- Magenta Mobil M Young: StreamOn Gaming, StreamOn Music & Video
- Magenta Mobil L: StreamOn Gaming, StreamOn Music & Video, StreamOn Social & Chat
- Magenta Mobil XL: StreamOn Gaming, StreamOn Music & Video, StreamOn Social & Chat

In ihren Schreiben vom 11.02.2022 und 31.03.2022 führt die TDG an, dass die Zubuchoption StreamOn in keiner ihrer Angebotsvarianten gegen die Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO verstoße. Aus dem „Telenor-Urteil“ (EuGH, vb. Rs. C-807/18 und C-39/19 - *Telenor Magyarország*) folge, dass rein vertragliche Vereinbarungen ohne Auswirkungen auf den technischen Datentransport allein auf der Grundlage des Art. 3 Abs. 2 TSM-VO zu beurteilen seien. An Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 TSM-VO seien dahingegen nur Verkehrsmanagementmaßnahmen zu messen, die auf vertraglichen Vereinbarungen beruhen. Insofern sei zwischen Zero-Rating-Angeboten, die bestimmte technische Maßnahmen beinhalten, und Zero-Rating-Angeboten, die sich auf Tarifelemente beschränken, zu differenzieren. StreamOn falle unter die letztgenannte Kategorie und sei folglich ausschließlich an Art. 3 Abs. 2 TSM-VO zu messen.

Es gebe keine besondere technische Behandlung der Partnerdienste vor oder nach Erreichen der Datenobergrenze. Darüber hinaus biete das kommerzielle Zero-Rating-Angebot allen Inhalte-Anbietern einen diskriminierungsfreien und niederschweligen Zugang, um Partner für zero-geratete Inhalte zu werden. Auch die Diensteanbieter, die nicht als Partner teilnehmen, würden von dem offenen Angebot profitieren. Durch die „Schonung“ des Inklusiv-Datenvolumens stehe mehr Datenvolumen für alle anderen Anwendungen zur Verfügung.

Gegen ein absolutes Verbot von Zero-Rating durch den EuGH spreche, dass der EuGH keine – aber erforderliche – Grundrechteabwägung durchgeführt habe. Ein Verbot vertraglicher Vereinbarungen über Zero-Rating-Angebote stelle einen erheblichen Eingriff in die durch Art. 16 GRCh geschützte Vertragsautonomie dar.

Des Weiteren führt die TDG an, dass es für die von der Bundesnetzagentur geforderte „Anwendungsagnostik“ an einer gesetzlichen Grundlage fehle. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO sei nicht auf den einzelnen Internetzugangsdienst anwendbar. Der Wortlaut der Norm spreche von der Erbringung von „Internetzugangsdiensten“.

StreamOn stehe im Einklang mit den aktuell gültigen BEREC-Leitlinien zur Umsetzung der Verordnung (EU) 2015/2120 vom 11. Juni 2020 (BEREC-Leitlinien). Das Vorgehen der Bundesnetzagentur widerspreche dem europäischen Harmonisierungsprozess. Erst nach Inkrafttreten der finalen Leitlinien zum Offenen Internet am 15.06.2022 stehe es im Ermessen der Bundesnetzagentur, ein Verwaltungsverfahren im Einklang mit den ggf. verschärften Leitlinien zu eröffnen.

Auch weitere europäische Rechtsakte zeigten den Willen des Gesetzgebers, Zero-Rating-Angebote zuzulassen. Die Verordnung (EU) Nr. 531/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union in der durch die Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 geänderten Fassung (Roaming-Verordnung) biete in Art. 15 Abs. 2 UAbs. 2 dem Roaming-Anbieter die Möglichkeit, Dienstbestandteile im Wege des Zero-Ratings bereitzustellen.

B. Rechtliche Würdigung

Der Bescheid ist formell und materiell rechtmäßig.

I. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Bescheid ist formell rechtmäßig.

1. Zuständigkeit

Zur Vornahme der im Tenor genannten Anordnungen unter Ziffern 1 und 2 einschließlich der in Ziffer 3 tenorierten Umsetzungsfristen ist die Bundesnetzagentur nach §§ 191, 202 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 TKG i. V. m. Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO sachlich und örtlich zuständig. Bezüglich des in Tenorziffer 4 angedrohten Zwangsgeldes beruht die Zuständigkeit auf §§ 202 Abs. 5 TKG i. V. m. § 6 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG).

2. Verfahren

Das Verwaltungsverfahren wurde ordnungsgemäß durchgeführt. Das Verfahren ist nach § 202 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-VO nicht erfüllt, fordert sie das Unternehmen in einem ersten Schritt nach § 202 Abs. 1 TKG zur Stellungnahme und Abhilfe auf. Sie setzt dem Unternehmen für die Abhilfe eine Frist.

Die Bundesnetzagentur hat der TDG (im Folgenden: die Betroffene) mit Schreiben vom 28.01.2022 zur Stellungnahme bis zum 11.02.2022 zu den netzneutralitätsrechtlichen Verstößen und mit Schreiben vom 11.03.2022 zur Stellungnahme und Abhilfe nach § 202 Abs. 1 TKG bis zum 31.03.2022 aufgefordert.

Die Betroffene ist ihren Verpflichtungen zur Gleichbehandlung allen Datenverkehrs nicht innerhalb der bis zum 31.03.2022 gesetzten Frist nachgekommen. Kommt das Unternehmen innerhalb der gesetzten Frist seinen Verpflichtungen nicht nach, kann die Bundesnetzagentur nach § 202 Abs. 2 TKG die zur Einhaltung der Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen anordnen, was mit vorliegendem Bescheid geschieht.

Die Verfahrensrechte der Betroffenen sind beachtet worden. Sie erhielt hinreichend Gelegenheit zur schriftlichen wie mündlichen Stellungnahme nach § 202 Abs. 1 TKG. Die Betroffene konnte sich vor der Anordnung von Maßnahmen nach § 202 Abs. 2 TKG zu den gegen sie gerichteten Vorwürfen äußern.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

Die unter Ziffer 1 des Bescheids tenorierte Feststellung sowie die unter Ziffer 2 getroffene Anordnung finden ihre Rechtsgrundlage in § 202 Abs. 2 i. V. m. § 202 Abs. 1 TKG i. V. m. Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO (siehe 1.). Die Festsetzung der unter Ziffer 3 eingeräumten Fristen beruht auf § 202 Abs. 2 S. 2 TKG (siehe 2.). Das unter Ziffer 4 angedrohte Zwangsgeld stützt sich auf § 13 i. V. m. §§ 6, 9, 11 VwVG i. V. m. § 202 Abs. 5 TKG (siehe 3.).

Die oben beschriebene Zubuchoption „StreamOn“ stellt einen Verstoß gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO dar.

1. Feststellung des Verstoßes und Anordnung der Einstellung von „StreamOn“

Die Feststellung des Verstoßes und die Anordnung der Einstellung von „StreamOn“ in den Ziffern 1 und 2 des Tenors finden ihre Grundlage in § 202 Abs. 2 i. V. m. § 202 Abs. 1 TKG i. V. m. Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO. „StreamOn“ stellt einen Verstoß gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO dar (siehe a.). Die angeordnete Maßnahme liegt im Rahmen des Ermessens (siehe b.).

a. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO

Art. 3 Abs. 3 TSM-VO verbietet eine differenzierte Behandlung des Internetverkehrs für Internetzugangsanbieter, sofern nicht eine ausnahmsweise zulässige Verkehrsmanagementmaßnahme nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 oder UAbs. 3 VO (EU) 2015/2120 vorliegt.

i. Ungleichbehandlung des Internetverkehrs für Internetzugangs-anbieter

Die Zubuchoption „StreamOn“ führt zu einer solchen Ungleichbehandlung des Datenverkehrs nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO. Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO behandeln Anbieter von Internetzugangsdiensten den gesamten Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gleich, ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung, sowie unabhängig von Sender und Empfänger, den abgerufenen oder verbreiteten Inhalten, den genutzten oder bereitgestellten Anwendungen oder Diensten oder den verwendeten Endgeräten.

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 und welche Anwendungen oder Dienste genutzt oder bereitgestellt 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.

Bei „StreamOn“ werden Dienste, die keine Dienste von Content-Partnern sind, diskriminiert. Die Diskriminierung folgt aus der Privilegierung der Dienste von Content-Partnern von „StreamOn“ (im Vergleich zu anderen Diensten) bei der Abrechnung des Datenverkehrs. Der durch die Nutzung der Dienste und Anwendungen von Content Partnern entstehende Datenkonsum wird nicht auf das Inklusivvolumen des Kunden angerechnet. Diese Bewertung folgt aus den Urteilen des EuGH vom 02.09.2020:

„Eine Tarifoption zum sogenannten „Nulltarif“ wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nimmt jedoch auf der Grundlage kommerzieller Erwägungen eine Unterscheidung innerhalb des Internetverkehrs vor, indem der Verkehr zu bestimmten Partneranwendungen nicht auf den Basistarif angerechnet wird. Eine solche Geschäftspraxis erfüllt daher nicht die in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 der Verordnung 2015/2120 genannte allgemeine Pflicht, den Verkehr ohne Diskriminierung oder Störung gleich zu behandeln.“¹ (Hervorhebung durch Verfasser)

sowie

„Da eine solche Tarifoption gegen die Pflichten aus Art. 3 Abs. 3 der Verordnung 2015/2120 verstößt, ist sie aber unabhängig von der Form oder der Art der mit den

¹ EuGH, C-34/20, Rn. 30; C-854/19, Rn. 28; C-5/20, Rn. 27.

angebotenen Tarifoptionen verbundenen Nutzungsbedingungen – wie im Ausgangsrechtsstreit – unzulässig.“²

Bei seinen Ausführungen zur allgemeinen Pflicht zur Gleichbehandlung allen Datenverkehrs stützt sich der EuGH auf ein früheres Urteil aus dem Jahr 2020 (*Telenor Magyarország*; im Folgenden: „Telenor“-Urteil), in dem der EuGH dies bereits wortgleich festgestellt hatte.³

Die allgemeine Pflicht zur Gleichbehandlung des gesamten Verkehrs beschränkt sich entsprechend nicht auf technische Praktiken der Internetzugangsanbieter. Eine Ungleichbehandlung kann auch durch kommerzielle Praktiken des Internetzugangsdienstes erfolgen, wie z. B. durch eine differenzierte Preisgestaltung oder Abrechnung in Bezug auf Inholdedienste unterschiedlicher Anbieter. Ein Ungleichgewicht wird dadurch hervorgerufen, dass der Kunde einen Anreiz hat, nur die zero-gerateten Dienste zu nutzen, weil der hierfür notwendige Datentransport „kostenlos“ erfolgt.

Entsprechend kann der Ansicht der Betroffenen, bei der Zubuchoption „StreamOn“ sei bereits der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 TSM-VO nicht eröffnet, nicht gefolgt werden. Die Betroffene argumentiert, es handele sich um eine rein vertragliche Vereinbarung ohne Auswirkungen auf den technischen Datentransport, und sie sei insofern allein an Art. 3 Abs. 2 TSM-VO zu messen. Der Hinweis, dies ergebe sich aus dem „Telenor-Urteil“, kann nicht nachvollzogen werden.

Zunächst enthält das „Telenor-Urteil“ lediglich die Aussage, dass ein Verhalten eines Anbieters, das mit Art. 3 Abs. 3 TSM-VO unvereinbar ist, nicht weiter an Art. 3 Abs. 2 TSM-VO zu messen ist, da das Verhalten „ohnehin“ bereits unzulässig nach der TSM-VO sei.

In Rn. 28 des Telenor Urteils EuGH (vbs. Rs. C-807/18 und C-39/19) heißt es:

„Hält eine nationale Regulierungsbehörde das konkrete Verhalten eines Anbieters von Internetzugangsdiensten in vollem Umfang für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 3 der Verordnung 2015/2120, kann sie von der Prüfung absehen, ob dieses Verhalten auch mit Art. 3 Abs. 2 der Verordnung unvereinbar ist.“

Nicht jedoch kann hieraus die Unanwendbarkeit von Art. 3 Abs. 3 TSM-VO bei vertraglichen Ungleichbehandlungen, die sich nicht-technisch auswirken, gefolgert werden.

Darüber hinaus beschränkt sich der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO – wie der EuGH in seinen Urteilen vom 02.09.2021 festgestellt hat – nicht auf technische Maßnahmen. Bereits der Wortlaut der Vorschrift gibt keine solche Differenzierung nach technischen und sonstigen Verhaltensweisen der Anbieter her. Im ersten Halbsatz heißt es,

² EuGH, C-34/20, Rn. 35; C-854/19, Rn. 33; C-5/20, Rn. 32.

³ Vgl. EuGH, Rs. C-807/18 und C-39/19, Rn. 47, 48.

„Anbieter von Internetzugangsdiensten behandeln den gesamten Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gleich, ...“. Allein die Begriffe im zweiten Halbsatz, „Beschränkung“ bzw. „Störung“, könnten technisch verstanden werden. Durch den weiteren Begriff der „Diskriminierung“ gibt es aber jedenfalls einen weiteren Auffangtatbestand, der sich nicht auf technische Verhaltensweisen beschränkt. Entsprechend versteht auch der EuGH Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO als „allgemeines Gleichheitsbehandlungsgebot“ (siehe oben).

Für einen weiten Anwendungsbereich spricht auch die allgemeine Ausrichtung bzw. der Sinn und Zweck der TSM-VO. Die Verordnung soll eine gleichberechtigte und nichtdiskriminierende Behandlung des Datenverkehrs ermöglichen (Art. 1 TSM-VO). Vor dem Hintergrund kann es nicht entscheidend sein, durch welches Verhalten die Gleichbehandlung gestört wird.

Gleichermaßen sieht auch Erwägungsgrund 8 TSM-VO keine Einschränkung auf technische Verhaltensweisen der Internetzugangsanbieter vor:

„Bei der Bereitstellung der Internetzugangsdienste sollten Anbieter dieser Dienste den gesamten Datenverkehr ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung, ungeachtet des Senders, des Empfängers, des Inhalts, der Anwendung, des Dienstes oder des Endgeräts, gleichbehandeln. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts und der ständigen Rechtsprechung sollten vergleichbare Situationen nicht unterschiedlich und unterschiedliche Situationen nicht gleichbehandelt werden, es sei denn, eine solche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt.“

Ungleichbehandlungen sind nicht ausschließlich in technischer Hinsicht denkbar. Auch kommerzielle Vereinbarungen können potentiell zu einer Ungleichbehandlung führen.

Zu einem anderen Ergebnis kommt man auch nicht in Hinblick auf die Rechtfertigungsgründe nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 TSM-VO. Selbst wenn man den Begriff der Verkehrsmanagementmaßnahme rein technisch versteht, führt dies nicht bereits zu einer Einschränkung der Pflicht zur Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO. Der Begriff „Verkehrsmanagementmaßnahme“ beschränkt sich lediglich auf die Rechtfertigungsgründe und findet sich in UAbs. 1 gerade nicht. Dies kann als bewusste Entscheidung des EU-Gesetzgebers verstanden werden, das allgemeine Gleichbehandlungsgebot nach UAbs. 1 weit zu verstehen. Die Konstellation ist insoweit mit technischen Maßnahmen von Internetzugangsanbietern vergleichbar. Auch bei einem Zero-Rating-Produkt, das oberhalb des Datencaps nur bestimmte Inholdedienste von der Geschwindigkeitsdrosselung ausnimmt, wird das Kundenverhalten gelenkt.

Dass nach dem Verbrauch des vereinbarten Datenvolumens alle Dienste und Anwendungen (einschließlich der der Content-Partner) verlangsamt werden, ändert nichts an der Feststellung einer im Zero Rating-Angebot liegenden Ungleichbehandlung i. S. v. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO. Ausreichend ist bereits die Ungleichbehandlung des Internetverkehrs durch Anwendung

unterschiedlicher Abrechnungsmechanismen vor Erreichen des Datenvolumens. Auch die niederschwellige (weil kostenlose) Möglichkeit, Content-Partner zu werden, ändert nichts an der Ungleichbehandlung. Bereits die Konzeption von „StreamOn“ ist darauf ausgelegt, dass es teilnehmende und nicht-teilnehmende Dienste gibt, bei denen die jeweilige Datennutzung unterschiedlich auf das Datenvolumen angerechnet wird.

In dem Fall von „StreamOn“ fehlt es daher an der notwendigen Anwendungsagnostik, also der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs – und somit aller Dienste – innerhalb eines Internetzugangsdienstes. Der Einwand der Betroffenen, für die geforderte „Anwendungsagnostik“ fehle es bereits an der gesetzlichen Grundlage, weil der Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 nicht auf den einzelnen Internetzugangsdienst anwendbar sei, verfährt nicht. Die Formulierung „Anbieter von Internetzugangsdiensten“ ist so zu verstehen, dass jeder einzelne Internetzugangsdienst die Gleichbehandlung im Sinne der Vorschrift zu gewährleisten hat.

Auch der Einwand der Betroffenen, die EuGH-Urteile vom 02.09.2021 stünden im Widerspruch zum „Telenor-Urteil“⁴, verfährt nicht. Weder aus der Satzung des EuGH noch aus sonstigem EU-Recht lässt sich ein Vorrang der Entscheidung des EuGH im „Telenor“-Urteil ableiten. Die Urteile aus dem Jahr 2021 sind vielmehr als Fortentwicklung des „Telenor-Urteils“ zu verstehen. Im früheren Urteil wurden die konkreten Vorlagefragen beantwortet und erste Grundsätze zur Beurteilung von Zero-Rating-Optionen aufgestellt. In den aktuellen Urteilen bezieht der EuGH nunmehr – über die konkreten Vorlagefragen hinaus – Stellung zu der zugrundeliegenden Grundsatzfrage der Zulässigkeit von „Nulltarif“-Optionen und stützt sich dabei umfassend auf die im „Telenor“-Urteil entwickelten Grundsätze.

Ebenso wenig kann der Argumentation der Betroffenen gefolgt werden, dass das Verbot von Zero-Rating einen erheblichen Eingriff in die geschützte Vertragsautonomie darstelle. Nach Ansicht der Betroffenen dürfen die EuGH-Urteile nicht als absolutes Verbot von Zero-Rating-Angeboten verstanden werden. Dagegen spricht, dass die Vertragsautonomie bereits im Grundsatz nur innerhalb des gesetzlichen Rahmens gilt, §§ 134, 138 BGB. Auch das Rechtssystem der AGB-Kontrolle zeigt beispielhaft, dass die Vertragsautonomie nicht schrankenlos gewährleistet wird.

Schließlich führt auch das Argument der Betroffenen, StreamOn stehe im Einklang mit den aktuell gültigen BEREC-Leitlinien zur Umsetzung der Verordnung (EU) 2015/2120 vom 11. Juni 2020 (BEREC-Leitlinien), nicht zu einem anderen Ergebnis. Zwar sind nach Art. 4 Abs. 4 der Verordnung (EU) 2018/1971 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Einrichtung des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und der Agentur zur Unterstützung des GEREK (GEREK-Büro), zur

⁴ EuGH, vb. Rs. C-807/18 und C-39/19.

Änderung der Verordnung (EU) 2015/2120 und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 (BEREC-VO) sowie Erwägungsgrund 19 der TSM-VO BEREC-Leitlinien von den nationalen Regulierungsbehörden „weitestgehend zu berücksichtigen“. Jedoch kommt EuGH-Urteilen eine höhere Bindungswirkung zu. Sie sind für die Mitgliedstaaten einschließlich aller öffentlichen Stellen und somit auch die Bundesnetzagentur bindend (vgl. Art. 4 Abs. 3 UAbs. AEUV; EuGH, vb. Rs. C-231/06 – C-233/06, Rn. 38 - *Jonkman* u.a.), dies sowohl hinsichtlich Tenor als auch Begründung (vgl. EuGH, Rs. C- 135/77, Rn. 4 - *Bosch ./. Hauptzollamt Hildesheim*). Sofern der EuGH die Auslegung nicht zeitlich beschränkt, gilt die Auswirkung sogar rückwirkend (EuGH, Rs. C-61/79, Rn. 16 – *Denkavit*).

Zudem werden die BEREC-Leitlinien derzeit vor dem Hintergrund der Urteile des EuGH vom September 2021 überarbeitet. Der am 16.03.2022 veröffentlichte Entwurf der überarbeiteten BEREC-Leitlinien enthält die Klarstellung, dass Zero Rating-Tarifoptionen gegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO verstoßen (Draft BEREC Guidelines, BoR (22) 30, Rn. 49, 54a, 40b; vgl. hierzu auch das Explanatory Document, BoR (22) 31). Zudem haben sowohl die Bundesnetzagentur als auch BEREC ihre Sichtweise früh gegenüber den betroffenen Internetzugangsanbietern offengelegt. Der Betroffenen ist seit der Veranstaltung der Bundesnetzagentur am 16.11.2021 sowie dem Public Debriefing seitens BEREC am 15.12.2021 bekannt, dass die in der EU auf dem Markt befindlichen Zero Rating-Angebote von den nationalen Regulierungsbehörden sowie BEREC als unzulässig angesehen werden.

Die Betroffene führt weiter an, dass es nicht im Sinne des europäischen Gesetzgebers sei, das Zero-Rating absolut zu verbieten. Auch weitere europäische Rechtsakte zeigten den Willen des Gesetzgebers, Zero-Rating-Angebote zuzulassen. Verordnung (EU) Nr. 531/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union in der durch die Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 geänderten Fassung (Roaming-Verordnung) biete dem Roaming-Anbieter die Möglichkeit, Dienstbestandteile im Wege des Zero-Ratings bereitzustellen. Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist hieraus jedoch nicht zu entnehmen, dass sich der europäische Gesetzgeber für die generelle Zulässigkeit von Zero Rating ausgesprochen hat. Art. 15 Abs. 2 UAbs. 2 bestimmt allein, dass bestimmte Informationen im Roamingfall dem Kunden „kostenlos“ zur Verfügung gestellt werden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die netzneutralitätsrechtlichen Vorschriften der TSM-VO dann keine Anwendung finden, wenn die Informationen den Kunden innerhalb des eigenen Netzes (wie dies oftmals im Wege des Self Supplies der Fall ist) bereitgestellt werden. In dem Fall wird die Information außerhalb eines Internetzugangsdienstes bereitgestellt. Zudem wäre selbst in dem Fall, in dem die Informationen über den allgemeinen Internetzugangsdienst bereit gestellt werden, der Ausnahmegrund des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. a TSM-VO einschlägig, da die Kostenfreiheit des Dienstes gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. Entwurf der BEREC-Leitlinien, Rn. 81 mit Fn. 40)

ii. Vereinbarung kein Rechtfertigungsgrund

Der Verstoß ist auch nicht aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Kunden gerechtfertigt. Der Grundsatz der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs ist ein zentraler Grundsatz der TSM-VO. Hiervon darf unter keinen Umständen durch Geschäftspraktiken der Anbieter oder durch vertragliche Vereinbarungen mit Endnutzern abgewichen werden.⁵

Die Betroffene bringt vor, dass die Vereinbarung nach Art. 3 Abs. 2 TSM-VO zulässig sei, da das Zero-Rating-Angebot allen Inhaltenanbietern gleichermaßen zustünde. Der Zugang sei diskriminierungsfrei und niederschwellig.

Vertragliche Vereinbarungen sind von vornherein unzulässig, wenn sie – wie hier – zu einer Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO führen. Die Verpflichtung zur Gleichbehandlung des Internetverkehrs für Internetzugangsanbieter besteht unabhängig von einem konkreten Vertragsverhältnis. Bei einem Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO stellen allein Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 abschließende Rechtfertigungsmöglichkeiten dar.

In den Urteilen des EuGH vom 02.09.2021 heißt es hierzu:

„Im Übrigen ist es unerheblich, ob eine solche Option auf eine Vereinbarung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 der Verordnung 2015/2120 zurückgeht oder ob sie eine tatsächliche Nachfrage des Kunden oder des Anbieters von Inhalten befriedigen soll.“⁶

iii. Keine Verkehrsmanagementmaßnahme nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO

Die Ungleichbehandlung ist auch nicht nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO gerechtfertigt. Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO sind solche Maßnahmen des Verkehrsmanagements zulässig, die transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sind und die nicht auf kommerziellen Erwägungen, sondern auf objektiv unterschiedlichen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen. Mit diesen Maßnahmen darf zudem nicht der konkrete Inhalt überwacht werden, und sie dürfen nicht länger als erforderlich aufrechterhalten werden.

Der Ausnahmegrund des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO scheidet bereits deshalb aus, weil „StreamOn“ auf kommerziellen Gründen beruht. In einem solchen Fall ist ein angemessenes Verkehrsmanagement ausdrücklich nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO ausgeschlossen.

⁵ EuGH, C-34/20, Rn 28; C-854/19, Rn. 26; C-5/20, Rn. 25; C-807/18 und C-39/19, Rn. 47.

⁶ EuGH, C-34/20, Rn. 32; C-854/19, Rn. 30; C-5/20, Rn. 29.

Entsprechend schließt auch der EuGH in seinen Urteilen vom 02.09.2021 das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO aus:

„Schließlich können die für Managementmaßnahmen vorgesehenen Ausnahmen nicht berücksichtigt werden, da solche Maßnahmen nach Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 der Verordnung 2015/2120 nicht auf kommerziellen Strategien des Anbieters von Internetzugangsdiensten beruhen dürfen.“⁷

Im „Telenor“-Urteil vom 15.09.2020 hatte der EuGH zu den „kommerziellen Erwägungen“ Folgendes ausgeführt:

„Auf solchen „kommerziellen Erwägungen“ beruht insbesondere jede Maßnahme eines Anbieters von Internetzugangsdiensten gegenüber einem Endnutzer im Sinne der Definition in den Rn. 36 und 37 des vorliegenden Urteils, die, ohne auf solche objektiv unterschiedlichen Anforderungen gestützt zu sein, darauf hinausläuft, dass die von den verschiedenen Anbietern von Inhalten, Anwendungen oder Diensten angebotenen Inhalte, Anwendungen oder Dienste nicht gleich und ohne Diskriminierung behandelt werden.“⁸

Kommerzielle Erwägungen werden angenommen, wenn sich die Verkehrsmanagementmaßnahme gerade nicht auf „objektiv unterschiedliche Anforderungen an die technische Qualität der Dienste bei speziellen Verkehrskategorien“ gründet.⁹ Das Zero-Rating bietet den Endkunden die unbegrenzte Datennutzung im Rahmen des mobilen Internetzugang für die Dienste der Content-Partner. Diese Option steigert die Attraktivität des im Übrigen hinsichtlich des Datenvolumens beschränkten Tarifs.¹⁰ Entscheidend ist, dass die unterschiedliche Behandlung der Dienste durch die Betroffene angeboten wird, um Kunden zu gewinnen oder zu halten.

Hingegen liegen keine objektiven Gründe in der Art der zero-gerateten Dienste vor, die ein Zero Rating dieser Dienste erfordern würden.

iv. Keine Verkehrsmanagementmaßnahme nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO

Die Ungleichbehandlung ist auch nicht nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO gerechtfertigt. Neben bzw. über die in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO beschriebenen Maßnahmen des „per se“ angemessenen Verkehrsmanagements hinaus sind im Ausnahmefall Maßnahmen des Verkehrsmanagements auch dann zulässig, wenn sie durch besondere Umstände als erforderlich gerechtfertigt sind. Hierfür enthält Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO eine abschließende Liste von

⁷ EuGH, C-34/20, Rn. 33; C-854/19, Rn. 31; C-5/20, Rn. 30.

⁸ EuGH, C-807/18 und C-39/19, Rn. 48.

⁹ EuGH, C-34/20, Rn. 29.

¹⁰ EuGH, C-34/20, Rn. 30.

drei Rechtfertigungsgründen, deren Vorliegen ein Verkehrsmanagement erforderlich macht. Hierzu zählen die Rechtsdurchsetzung, die Netzüberlastung sowie Abwehrmaßnahmen gegen Bedrohungen und Angriffe auf die Sicherheit des Netzes oder der Endgeräte.

In Bezug auf die Ungleichbehandlung des Datenverkehrs durch die Zero Rating-Option „StreamOn“ ist kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich. Insbesondere Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 S. 2 lit. c TSM-VO liegt nicht vor. Die Zubuchoption „StreamOn“ verhindert keine Netzüberlastung. Ein Zero-Rating führt vielmehr zu zusätzlicher Datennachfrage. Eine Netzüberlastung wird also nicht verhindert bzw. abgemildert, sondern tendenziell gefördert.

v. Ergebnis

Die von der Betroffenen angebotene „StreamOn“-Option verstößt gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO.

a. Ermessen

Die im Tenor unter Ziffer 1 dieses Bescheids genannte Feststellung eines Verstoßes von „StreamOn“ gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO dient der Klarstellung.

Die im Tenor unter Ziffer 2 dieses Bescheids getroffene Anordnung hält sich im Rahmen der nach § 202 Abs. 2 TKG i. V. m. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO zulässigen Maßnahmen. Kommt das Unternehmen innerhalb der gesetzten Frist seinen Verpflichtungen nicht nach, kann die Bundesnetzagentur die zur Einhaltung der Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen anordnen. Die Bundesnetzagentur hält sich damit an das ihr vorgegebene Ermessen.

Die Anordnung unter Ziffer 2 ist eine geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahme zur Durchsetzung des Rechts auf allgemeine Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO durch die Internetzugangsanbieter.

Die Untersagung von „StreamOn“ ist geeignet, den Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot abzustellen. Angebotene Dienste werden sodann bei der entsprechenden Nutzung durch den Endkunden gleichermaßen auf das Datenvolumen angerechnet. Durch die Anordnung fällt die Zero-Rating-Option sowohl gegenüber den Neukunden als auch gegenüber den Bestandskunden weg. Hierdurch wird die Gleichbehandlung allen Datenverkehrs innerhalb eines Internetzugangsdienstes wiederhergestellt.

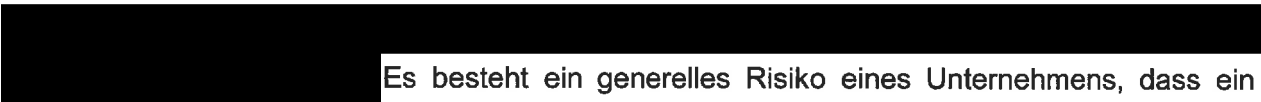
Die Anordnung ist auch erforderlich. Mildere, ebenso geeignete Mittel zur Beseitigung des Verstoßes sind nicht ersichtlich. Nach der weiten Auslegung des EuGH in Bezug auf das

allgemeine Gleichbehandlungsgebot ist keine alternative „StreamOn“-Ausgestaltung denkbar, die mit Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO vereinbar wäre.

Die Anordnung ist auch angemessen. Das Interesse der Endnutzer (die nicht nur Kunden der Betroffenen umfassen, sondern auch Inhalteanbieter sowie weitere konsumierende Endnutzer) sowie der Allgemeinheit an der Einhaltung des Gebots der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs überwiegen das Interesse der Betroffenen an einer weiteren Vermarktung aus kommerziellen Gründen, das nach Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung kein schutzwürdiges Interesse ist.

Zwar ist das Interesse der Betroffenen wirtschaftlich nachvollziehbar, den Kunden die Nutzung von (zum Teil) datenintensiven Diensten zu einem attraktiven Preis (und günstiger als Flatrate-Tarife) anzubieten. Mit der TSM-VO vereinbar wären jedoch nur solche Alternativen, die anwendungsneutral ausgestaltet wären. Dies wäre z. B. der Fall, wenn ein Zero-Rating für alle Dienste auf ein bestimmtes Zeitfenster (z. B. abends oder am Wochenende) vereinbart würde.

Würde die Bundesnetzagentur „StreamOn“ nicht untersagen, würde sich ein rechtswidriger Zustand verfestigen, welcher der Betroffenen einen Vorsprung gegenüber ihren Wettbewerbern verschaffen würde, die keine unzulässigen Zero-Rating-Optionen anwenden.

 Es besteht ein generelles Risiko eines Unternehmens, dass ein Geschäftsmodell ganz oder teilweise nachträglich untersagt wird und in der Folge u. a. Kundenverträge rückabgewickelt werden müssen. Die Anzahl der Bestandskunden wird jedoch bei der Bemessung der Umsetzungsfristen berücksichtigt (siehe dazu unter II.2.b.).

Auch der Einwand der Betroffenen, das Vorgehen der Bundesnetzagentur widerspreche dem europäischen Harmonisierungsprozess, greift nicht. Nach Ansicht der Betroffenen stehe es erst nach Inkrafttreten der finalen Leitlinien zum Offenen Internet am 15.06.2022 im Ermessen der Bundesnetzagentur, ein Verwaltungsverfahren im Einklang mit den ggf. verschärften Leitlinien zu eröffnen. Hierzu wird auf die obigen Ausführungen verwiesen (siehe oben S. 11).

Nach alledem überwiegen die Interessen der Endnutzer, insbesondere der nicht an „StreamOn“ teilnehmenden Inhalteanbieter, von Wettbewerbern und der Allgemeinheit an einer Durchsetzung der Vorschriften über das allgemeine Gleichbehandlungsgebot.

2. Umsetzungsfristen

Nach § 202 Abs. 2 S. 2 TKG ist eine angemessene Frist für die Umsetzung der Anordnungen zu setzen. Das bedeutet, dass eine Frist so bemessen sein muss, dass sie vom Betroffenen mit zumutbarem Aufwand eingehalten werden kann. Dabei ist auch zu berücksichtigen, welche

Zeiträume üblicherweise für die maßgebliche Handlung zur Verfügung stehen (vgl. *Ramsauer* in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. A. 2021, § 32, Rn. 44).

Vorab ist festzuhalten, dass die Umsetzungsfristen ab dem Zugang der hiesigen Anordnung nach § 202 Abs. 2 TKG zu laufen beginnen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 202 Abs. 2 S. 2 TKG, wonach dem Unternehmen bei der Anordnung eine angemessene Frist zu setzen ist, um den Maßnahmen entsprechen zu können.

Bei den Umsetzungsfristen muss zwischen dem Stopp der aktiven Vermarktung von „StreamOn“ (siehe a.) und der Einstellung des Angebots von „StreamOn“ gegenüber Bestandskunden (siehe b.) differenziert werden.

a. Einstellung der Neuvermarktung von „StreamOn“

In Bezug auf Einstellung der aktiven Vermarktung von „StreamOn“ wird eine Umsetzungsfrist bis zum **01.07.2022** als angemessen erachtet. Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

i. Vortrag der Betroffenen

Die Betroffene hat in Ihrer Stellungnahme vom 11.02.2022 eine Frist von [REDACTED] als notwendig angegeben. Innerhalb dieser Frist könnten die Verträge mit den Wholesale-Partnern/Branded Reselling Partner der Betroffenen [REDACTED] außerordentlich seitens der Betroffenen gekündigt werden. Die Wholesale-Partner/Branded Reselling Partner müssen dabei ihre eigenen IT-Systeme anpassen und die Einstellung gegenüber ihren eigenen Endkunden kommunizieren. Dabei seien insbesondere Anpassungen des Online-Auftritts, der Printmedien, der Auftrags- sowie Vertragsunterlagen und der AGB vorzunehmen.

ii. Bewertung

Dem Vortrag der Betroffenen zu der Frist hinsichtlich der Neuvermarktung von „StreamOn“ kann gefolgt werden. Auch aus Sicht der Bundesnetzagentur ist eine Einstellung der Neuvermarktung [REDACTED] bis zum 01.07.2022, möglich.

Nach Ziffer 11.3 der Content Partner-AGB (Fassung vom 18.06.2018) beträgt die Kündigungsfrist vier Wochen. Die Übrigen [REDACTED] Wochen können dazu genutzt werden, das Kündigungsschreiben an die Content Partner zu erstellen und an diese zu übermitteln.

iii. Verhältnismäßigkeit der Umsetzungsfrist

Die Umsetzungsfrist ist bezogen auf die Einstellung aller Interessen auch verhältnismäßig. Das Interesse der Betroffenen an einer weiteren Vermarktung von „StreamOn“ tritt hinter dem öffentlichen Interesse an der zeitnahen Herstellung eines rechtskonformen Zustands zurück. Dies

gilt umso mehr, da zum Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist am 01.07.2022 seit dem Erlass der relevanten EuGH-Urteile etwa zehn Monate vergangen sind. Des Weiteren liegt eine zeitnahe Einstellung der Vermarktung sowohl im Interesse von Inhaltenanbietern, die bisher nicht an „StreamOn“ teilnehmen, sowie im Interesse Wettbewerbern, die sich rechtskonform verhalten. Im Rahmen der Einstellung der Vermarktung sind schließlich keine Interessen von Bestandskunden zu berücksichtigen, so dass das Interesse an einer zeitnahen Umsetzung überwiegt.

b. Einstellung von „StreamOn“ gegenüber Bestandskunden

In Bezug auf Einstellung des Angebots von „StreamOn“ gegenüber Bestandskunden wird eine Umsetzungsfrist bis zum 31.03.2023 als angemessen erachtet. Dies ergibt sich aus den folgenden Gründen:

i. Vortrag der Betroffenen

In dem Schreiben vom 11.02.2022 hat die Betroffene angegeben, dass die technische Migration zur vollständigen Herausnahme von „StreamOn“ aus dem Bestand einschließlich vorbereitender (auch kommunikativer) Maßnahmen einen Zeitraum von [REDACTED] Im Einzelnen seien folgende Schritte notwendig:

- Kündigung per E-Mail oder postalischem Brief, je nach Vorliegen einer E-Mail-Adresse. Im derzeitigen Bestand müssen [REDACTED] Verträge mittels postalischem Brief angeschrieben werden. Unter Berücksichtigung der aktuellen Papierknappheit benötige der dafür notwendige Papierbedarf eine Vorlaufzeit von [REDACTED]
- Für die Ankündigung der Umstellung des Angebots und den Versand der Kündigungen sei ein Zeitraum von jeweils [REDACTED] anberaumt.
- Die technische Herausnahme der Option benötige weitere [REDACTED]

ii. Bewertung

Diesem Vortrag kann im Ergebnis hinsichtlich der Länge der Umsetzungsfrist in Bezug auf das Bestandskundengeschäft gefolgt werden. Über die von der Betroffenen dargelegten Zeitbedarfe hinaus ist die Umsetzungsfrist aus Gründen der Gleichbehandlung bis zum 31.03.2023 zu verlängern.

Erforderliche Zeit für die einzelnen Umsetzungsschritte

Die Bundesnetzagentur hat bei der Bestimmung der Frist die realen Schwierigkeiten zu berücksichtigen, denen sich die Adressatin bei der Umsetzung der Anordnung ausgesetzt sieht. Dazu gehört auch die Berücksichtigung von Ressourcenknappheit, z. B. in Form der von der Adressatin vorgebrachten begrenzten Verfügbarkeit von Papier auf dem gesamten Markt.

Die Betroffene beschreibt im Grundsatz zutreffend eine angespannte Situation auf dem Papiermarkt. Dies ist bereits den Medien zu entnehmen. Zudem hat die Bundesnetzagentur eigenständige Ermittlungen durchgeführt und sich sowohl bei Marktteilnehmern aus der deutschen Papierindustrie sowie hausintern nach den aktuellen Möglichkeiten der Bedarfsdeckung erkundigt. Die Erkundigungen bestätigten im Grundsatz das Vorbringen der Adressatin.

Die langen Lieferzeiten beruhen auf dem Anstieg der Nachfrage bei gleichzeitiger Verknappung des Angebots. Die gestiegene Nachfrage ist unter anderem durch Nachholbedarf auf Seiten der Verbraucher im Zuge der Covid-19-Pandemie sowie gestiegenem Bedarf in der Verpackungsbranche bedingt, die den boomenden Onlinehandel zu bedienen versucht. Die Verknappung des Angebots ist auf verschiedene Faktoren zurückzuführen. Insbesondere die mangelnde Verfügbarkeit von Containerschiffen für den Überseetransport in der globalen Lieferkette, die Reduktion von Kapazitäten zur Papierherstellung aufgrund gesunkener Nachfrage innerhalb der letzten zwei Jahre, die laufende Verlagerung von Produktionsstätten aus Asien zurück nach Europa und die Bestreikung eines Großlieferanten in Finnland spielen dabei eine wichtige Rolle.

All das beeinträchtigt sowohl die aktuelle Verfügbarkeit von Papier als auch die Planbarkeit der Materialbeschaffung. Diese Umstände sind für die Bundesnetzagentur nachvollziehbar und werden bei der Fristsetzung berücksichtigt.

Auch die für die weiteren Schritte (Ankündigung der Angebotsumstellung, Versand der Kündigungen, technische Herausnahme der Optionen) veranschlagten Zeitbedarfe sind nachvollziehbar.

Somit ergibt sich insgesamt eine Umsetzungsfrist von [REDACTED]. Hiermit wäre grundsätzlich eine Umsetzung bis [REDACTED] ausreichend.

Gleichlaufende Fristen für alle Anbieter von Zero-Rating-Produkten

Mit einer Umsetzungsfrist bis zum 31.03.2023 geht die Bundesnetzagentur über die von der Betroffenen angegebene Frist [REDACTED] hinaus. Aus Gründen der gleichen Wettbewerbschancen sollen alle Mitbewerber am Markt gleichgestellt werden. Es wäre eine deutliche Verzerrung des Wettbewerbs zu erwarten, wenn die Umsetzungsfristen gegenüber den betroffenen Internetzugangsanbietern unterschiedlich bemessen wären.

Auch in Hinblick auf die StreamOn-Kunden erscheint es angebracht, den Zeitraum für die Umsetzung ausreichend lang zu bemessen. Es liegt im Sinne des Verbraucherschutzes, wenn

den Internetzugangsanbietern eine ausreichende Frist für die Migration der Bestandskunden zu gewähren.

iii. Verhältnismäßigkeit der Umsetzungsfrist

Die Umsetzungsfrist bis 31.03.2023 für die Einstellung des Bestandskundengeschäfts ist unter Abwägung aller Interessen auch verhältnismäßig. Zwar wäre, würde allein das öffentlichen Interesse an einer zeitnahen Umsetzung der EuGH-Urteile betrachtet, eine schnellere Umsetzung wünschenswert. Jedoch dient die Umsetzungsfrist bis Ende März 2023 vor allem auch dazu, den Bestandskunden als Ausgleich für den Verlust der Zero Rating-Option einen Ausgleich (etwa in Form eines höheren Datenvolumens) anzubieten und den Übergang kundenfreundlich auszugestalten. Würde den Kunden kein solcher Ausgleich angeboten, wäre mit zahlreichen Kundenbeschwerden und ggf. Klagen zu rechnen. Daher liegt eine so bemessene Übergangsfrist im Interesse der Verbraucher.

Unter Abwägung all dieser Interessen, unter denen insbesondere das Interesse der Kunden an einer schonenden Übergangslösung als hoch zu bewerten ist, stellt sich die Übergangsfrist bis zum 31.03.2023 als das mildeste Mittel und damit die verhältnismäßigste Frist dar.

3. Zwangsgeld

Ermächtigungsgrundlage für die Androhung eines Zwangsgeldes ist § 13 i. V. m. §§ 6, 9, 11 VwVG i. V. m. § 202 Abs. 5 TKG.

Die im Tenor unter 2. ausgesprochenen Untersagungen stellen Anordnungen der Regulierungsbehörde nach § 202 Abs. 2 TKG dar, die nach § 202 Abs. 5 TKG nach Maßgabe des VwVG mit einem Zwangsgeld von 1.000 Euro bis höchstens 10 Millionen Euro durchgesetzt werden können. Hierbei kann es sich nach § 9 Abs. 1 lit. b i. V. m. § 11 VwVG nur um die Festsetzung eines Zwangsgeldes handeln, da es sich bei der Umsetzung der Anordnungen nicht um eine vertretbare Handlung handelt.

„StreamOn“ verstößt gegen die Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-Verordnung. Dies ist seit der EuGH-Entscheidung vom 02.09.2021 bekannt. 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. § 217 Abs. 1 TKG).

Die Höhe des Zwangsgeldes bestimmt sich abweichend von § 11 Abs. 3 VwVG nach § 202 Abs. 5 TKG. Hiernach kann zur Durchsetzung der Anordnungen nach § 202 Abs. 2 TKG ein Zwangsgeld bis zu 10 Millionen Euro festgesetzt werden. Das Zwangsgeld in Höhe von 500.000 Euro hält sich in diesem Rahmen. Aufgrund der Bedeutung des Gebotes der Gleichbehandlung allen Datenverkehrs als Kernelement der Netzneutralität, der wirtschaftlichen Lage und Unternehmensgröße der Betroffenen¹¹, der Anzahl der Bestandskunden [REDACTED] und der wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit wäre ein Zwangsgeld, das unterhalb von 500.000 Euro liegt, nicht wirkungsvoll.

Mit der Einführung des hohen Zwangsgeldrahmens durch die TKG-Novelle im vergangenen Jahr hat der Gesetzgeber zudem seinen Willen zum Ausdruck gebracht, dass das Zwangsgeld als effektives Mittel angewendet werden soll, um die betroffenen Unternehmen zeitnah dazu zu bringen, sich rechtskonform zu verhalten.

Umgekehrt wäre ein höheres Zwangsgeld unter Berücksichtigung aller Umstände nicht angemessen.

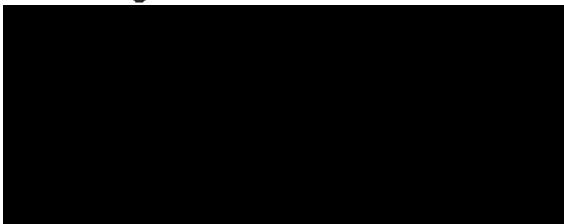
Rechtsbehelfsbelehrung

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



¹¹ Vgl. Geschäftsbericht 2021, S. 60: Im Jahr 2021 hatte die Betroffene einen Umsatz von EUR 24,164 Mrd. Der Geschäftsbericht ist abrufbar unter https://bericht.telekom.com/geschaeftsbericht-2021/_assets/downloads/entire-dtag-gb21.pdf