

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/7/20 W179 2135192-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.07.2020

## Entscheidungsdatum

20.07.2020

## Norm

B-VG Art133 Abs4

TKG 2003 §121a

TKG 2003 §25

TKG 2003 §25 Abs1

TKG 2003 §25 Abs2

TKG 2003 §25 Abs3

TKG 2003 §25 Abs4

TKG 2003 §25 Abs5

TKG 2003 §25 Abs6

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W179 2135192-2/6E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richter Mag. Eduard Hartwig PAULUS als Vorsitzenden sowie Mag. Ingrid ZEHETNER und Dr. Anna WALBERT-SATEK als Beisitzerinnen über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch die DORDA Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Universitätsring 10, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom XXXX , Geschäftszahl XXXX , betreffend einen Widerspruch gegen Teile von angezeigten Vertragsbedingungen nach § 25 Abs 6 TKG 2003, zu Recht:

SPRUCH:

A) Beschwerde:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B) Revision:

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

#### I. Verfahrensgang:

1. Vorauszuschicken ist, gegen den angefochtenen Bescheid haben alle XXXX Bescheidadressaten (das waren XXXX näher bestimmte Gesellschaften des damaligen „ XXXX Konzerns“) Rechtsmittel erhoben; zwischenzeitig wurden XXXX Beschwerdeverfahren wegen Gegenstandslosigkeit infolge Verschmelzung der jeweiligen „ XXXX Gesellschaft“ mit der XXXX eingestellt. Vorliegend wird die Beschwerde der XXXX Rechtsmittelwerberin entschieden.

2. Mit dem bekämpften Bescheid widersprach die belangte Behörde gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 „folgenden Klauseln bzw Teilen der Vertragsbedingungen in Zusammenhang mit der , XXXX ‘:

XXXX

XXXX

XXXX

“

3. In der Begründung des bekämpften Bescheides nahm die belangte Behörde an, die genannten Teile der angezeigten Geschäftsbedingungen würden Art 4 der VO (EU) 2015/2120 (in weiterer Folge TSM-VO) sowie das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verletzen.

4. Gegen diesen Bescheid richtet sich das gemeinsam von allen XXXX Beschwerdeführern jeweils erhobene Rechtsmittel, ficht diesen seinem gesamten Umfang nach an, macht inhaltliche Rechtswidrigkeit und die Verletzung von wesentlichen Verfahrensvorschriften geltend, dies mit dem Begehren: 1.) eine mündliche Verhandlung durchzuführen, 2.) in der Sache selbst zu entscheiden und den bekämpften Bescheid wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit und der Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften ersatzlos zu beheben, 3.) in eventu den bekämpften Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen. Außerdem wird 4.) beantragt, der Beschwerde gemäß § 121a Abs 1 TKG 2003 aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, sowie wird 5.) ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV angeregt.

5. Die belangte Behörde übermittelte mit Schreiben vom XXXX den angefochtenen Bescheid und die Beschwerde samt Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung, behielt sich jedoch das Erlassen einer Beschwerdeverentscheidung ausdrücklich vor.

6. Mit Beschlüssen des Bundesverwaltungsgerichtes jeweils vom XXXX , Zahlen XXXX , wurde dem Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der XXXX Beschwerdeführer nicht stattgegeben, wobei sich der zitierte Beschluss XXXX an die Beschwerdeführerin dieses Verfahrens richtet. Keine der Parteien focht diese Beschlüsse vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts an.

7. Mit Schreiben vom XXXX legt die belangte Behörde den Verwaltungsakt samt Beschwerde vor und verzichtet auf eine Beschwerdeverentscheidung.

8. Mit Schreiben vom XXXX geben die Beschwerdeführer bekannt, mit Erwerb der XXXX durch die XXXX im XXXX seien auch operative XXXX Teil der XXXX geworden. In der Folge sei es innerhalb der XXXX zu internen Umstrukturierungen und Verschmelzungen gekommen, die auch fünf der XXXX Bescheidadressaten betroffen hätten.

Dadurch seien die XXXX , XXXX , XXXX , XXXX und XXXX im Ergebnis mit der XXXX als übernehmende Gesellschaft verschmolzen worden. Die XXXX trete als Rechtsnachfolgerin in die vorliegenden Verfahren ein und verweise auf das bisherige Vorbringen.

9. Das Bundesverwaltungsgericht teilt den beschwerdeführenden Parteien als auch der belangten Behörde im Rahmen eines Parteiengehörs mit Schreiben vom XXXX mit, es nehme vor dem Hintergrund der mitgeteilten Umstände vorläufig an, dass die beschwerdeführenden Parteien nicht mehr beabsichtigen würden, jene Vertragsbedingungen, denen mit dem bekämpften Bescheid widersprochen wurde, zu verwenden. Das Bundesverwaltungsgericht gab den Parteien unter Setzung einer angemessenen Frist Gelegenheit, bekannt zu geben, ob bzw aus welchen Gründen sie weiterhin von einer Beschwer durch den bekämpften Bescheid ausgehen würden.

10. Mit fristgerecht übermittelter Stellungnahme vom XXXX führen die beschwerdeführenden Parteien kurz zur Gegenstandslosigkeit aus, die sie verneinen. Die belangte Behörde verschweigt sich.

11. Am XXXX langt eine weitere Eingabe der beschwerdeführenden Parteien beim Bundesverwaltungsgericht ein und wird bekanntgegeben, dass nun auch die sechste Beschwerdeführerin, die XXXX, gleichermaßen mit der XXXX als übernehmende Gesellschaft verschmolzen worden sei und diese wiederum als Rechtsnachfolgerin ins Beschwerdeverfahren eintrete.

12. Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom XXXX wird der belangten Behörde die neue Eingabe der beschwerdeführenden Parteien zur Verschmelzung der sechsten Beschwerdeführerin auf besagte aufnehmende Gesellschaft sowie die Ausführungen der Beschwerdeführer zur Frage der Gegenstandslosigkeit zur Kenntnisnahme und allfälligen Stellungnahme übermittelt. Die belangte Behörde repliziert, von der Einbringung weiteren Stellungnahmen abzusehen.

13. Mit Beschlüssen vom jeweils XXXX, Zahlen XXXX werden die Beschwerden der besagten XXXX auf die aufnehmende Gesellschaft verschmolzenen Rechtsmittelwerber für gegenstandslos geworden erklärt und die Verfahren eingestellt. Keiner dieser Beschlüsse wird in Revision oder Beschwerde gezogen.

Das Beschwerdeverfahren zu XXXX, damals „nicht verschmolzenen“ Rechtsmittelwerberin wird vorliegend entschieden.

14. Mit ergänzender Stellungnahme vom XXXX führt die Beschwerdeführerin dieses Verfahrens, die XXXX, aus, wieso sie mangels ihrer Verschmelzung auf die besagte aufnehmende Gesellschaft und trotz gegenüber der belangten Behörde (zum Teil) seit XXXX wiederholt erstatteten Änderungsanzeigen auch der gegenständlichen Vertragsbedingungen weiterhin beschwert sei.

15. Mit Eintragung ins Firmenbuch vom XXXX wird die bisherige Mehrheitsgesellschafterin der beschwerdeführenden XXXX, die XXXX gelöscht, und zugleich die XXXX als neue Mehrheitsgesellschafterin mit derselben Stammeinlage der bisherigen (nun gelöschten) Mehrheitgesellschafterin in der Höhe von € XXXX (gesamtes Stammkapital unverändert: € XXXX; somit hält die neue Mehrheitsgesellschafterin kaufmännisch gerundet XXXX des Stammkapitals) eingetragen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1. Auch die beschwerdeführende Partei zeigte mit einem an die belangte Behörde gerichteten E-Mail vom XXXX gemäß § 25 TKG die (geänderten) Entgeltbestimmungen („EB“) und Leistungsbeschreibungen („LB“) ihrer Dienstleistungsprodukte „XXXX“, „XXXX“ und „XXXX“ an. Die angezeigten geänderten Geschäftsbedingungen sollten ab XXXX gelten. Die angezeigten Geschäftsbedingungen enthielten jeweils jene Passagen, denen die belangte Behörde mit dem bekämpften Bescheid vom XXXX, widersprach (siehe auch die wörtliche Wiedergabe des Spruchs des bekämpften Bescheides XXXX der hiemit gleichermaßen festgestellt wird).

2. Die Beschwerdeführerin gab dem BVwG nachstehende Sachstände bekannt:

2.1. XXXX.

2.2. XXXX

2.3. XXXX

2. Beweiswürdigung:

Zur Feststellung des für die Entscheidung maßgebenden Sachverhaltes wurde im Rahmen des Ermittlungsverfahrens Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde und die Akten des Bundesverwaltungsgerichts – insbesondere in den angefochtenen Bescheid und die erhobene Beschwerde, sowie in die eingetroffenen Stellungnahmen und vorgelegten Beweismitteln (Firmenbuchauszügen).

Die Feststellungen entsprechen der Aktenlage, dem Vorbringen der beschwerdeführenden Partei und dem Firmenbuch, und können insoweit auch dieser Entscheidung zugrunde gelegt werden.

3. Rechtliche Beurteilung:

1. Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben und ist zulässig.

2. Gemäß § 6 BVwGG iVm § 121a TKG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht vorliegend in Senatsbesetzung.

3.1. Rechtsnormen:

3. § 25 TKG 2003, BGBl Nr 70/2003, lautete bei Erlassung des bekämpften Bescheides idFBGBl I Nr 134/2015 (also vor Inkrafttreten der Novelle BGBl I Nr 78/2018) bzw lautet nach Inkrafttreten der Novelle BGBl I Nr 78/2018 (vgl die entsprechenden Anmerkungen) auszugsweise wortwörtlich:

„Geschäftsbedingungen und Entgelte

§ 25. (1) Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten haben Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen, in welchen auch die angebotenen Dienste beschrieben werden, sowie die dafür vorgesehenen Entgeltbestimmungen festzulegen. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen sind der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen.

(2) Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen sind vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten. Im Übrigen bleiben die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 140/1979, (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches unberührt.

(3) Der wesentliche Inhalt der nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen ist dem Teilnehmer mindestens ein Monat vor In-Kraft-Treten der Änderung in geeigneter Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, mitzuteilen. Gleichzeitig ist der Teilnehmer auf den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Änderungen hinzuweisen sowie darauf, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt kostenlos zu kündigen. Der Volltext der Änderungen ist den Teilnehmern auf deren Verlangen zuzusenden. Die Regulierungsbehörde kann mit Verordnung Detaillierungsgrad, Inhalt und Form der Mitteilung an die Teilnehmer festlegen, dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, dass die Mitteilung für den Teilnehmer transparent erfolgt. Änderungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen von Betreibern von Kommunikationsnetzen oder -diensten, die allein infolge einer von der Regulierungsbehörde auf Grundlage dieser Bestimmung erlassenen Verordnung erforderlich werden und die Nutzer nicht ausschließlich begünstigen, berechtigen den Teilnehmer nicht zur kostenlosen Kündigung des Vertrages. [Anmerkung: Dieser Satz lautet idF BGBl. I Nr. 78/2019: Änderungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen von Betreibern von Kommunikationsnetzen oder -diensten, die infolge einer Entscheidung der Behörde oder auf Grund der Änderung der Rechtslage zwingend und unmittelbar erforderlich werden und die Nutzer nicht ausschließlich begünstigen, berechtigen den Teilnehmer nicht zur kostenlosen Kündigung des Vertrages.] Bei einem Verstoß gegen Vorschriften nach diesem Absatz kann die Regulierungsbehörde auch gemäß § 91 einschreiten.

(4) Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Betreibern von Kommunikationsdiensten und Endnutzern haben, soweit dies nach der Art des Dienstes möglich ist, zumindest zu enthalten:

1. Name und Anschrift des Betreibers;

2. die angebotenen Dienste; darunter insbesondere:

a) Informationen über den Zugang zu Notrufdiensten nach § 20,

b) Informationen über Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu oder die Nutzung von Diensten,

c) vertraglich zugesicherte Dienstqualität, sowie gegebenenfalls anderer von der Regulierungsbehörde gemäß § 17 festgelegter Parameter für die Dienstqualität;

d) Frist bis zum erstmaligen Anschluss,

e) allgemeine Informationen über vom Unternehmen zur Messung und Kontrolle des Datenverkehrs eingerichteten Verfahren, um eine Kapazitätsauslastung oder Überlastung einer Netzverbindung zu vermeiden, einschließlich Information über die möglichen Auswirkungen dieser Verfahren auf die Dienstqualität, sowie Angaben, wo diesbezügliche Detailinformationen für den Teilnehmer leicht zugänglich abrufbar sind,

f) die Arten der angebotenen Wartungsdienste und der verfügbaren Kundendienste sowie die Mittel zur Kontaktaufnahme mit diesen Diensten;

g) alle vom Betreiber auferlegten Beschränkungen für die Nutzung der von ihm zur Verfügung gestellten Endeinrichtungen;

2a. sofern eine Verpflichtung nach § 69 Abs. 2 besteht, über die Möglichkeit des Teilnehmers sich zu entscheiden, ob seine personenbezogenen Daten in ein Teilnehmerverzeichnis aufgenommen werden sollen und gegebenenfalls die betreffenden Daten;

2b. die angebotenen Zahlungsmodalitäten und die durch die Zahlungsmodalität bedingten Kostenunterschiede;

3. die Vertragslaufzeit und die Bedingungen für eine Verlängerung und Beendigung der Dienste und des Vertragsverhältnisses einschließlich

a) der Mindestnutzung oder Mindestnutzungsdauer, die gegebenenfalls erforderlich ist, um in den Genuss von Werbemaßnahmen zu gelangen;

b) der bei Beendigung des Vertragsverhältnisses fälligen Entgelte einschließlich einer Kostenanlastung für Endeinrichtungen;

4. Entschädigungs- und Erstattungsregelungen bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Dienstqualität;

5. Hinweis auf die Möglichkeit der Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens nach § 122 sowie eine Kurzbeschreibung desselben;

6. Bestimmungen über die Intervalle der periodischen Rechnungslegung, die drei Monate nicht überschreiten dürfen;

7. Informationen über das Bestehen der einheitlichen europäischen Notrufnummer 112;

8. allgemeine Informationen über die Arten von Maßnahmen, mit denen das Unternehmen auf Sicherheits- oder Integritätsverletzungen oder auf Bedrohungen und Schwachstellen reagieren kann, sowie Angaben, wo diesbezügliche Detailinformationen für den Teilnehmer leicht zugänglich abrufbar sind;

9. Information über die Möglichkeiten der Rufnummernanzeige und Unterdrückung derselben bei öffentlichen Telefondiensten gemäß § 104.

(5) Entgeltbestimmungen haben zumindest zu enthalten:

1. Einzelheiten über einmalige, regelmäßig wiederkehrende und variable Entgelte einschließlich des Beginn- und Endzeitpunkts der Tarifierung von Verbindungen und sowie die Art der Tarifierung,

2. die Angabe, mit welchen Mitteln aktuelle Informationen über alle anwendbaren Tarife und Wartungsentgelte eingeholt werden können,

3. allfällige Rabatte,

4. die Entgelte für die Übertragbarkeit von Nummern und anderen Teilnehmerkennungen.

[Anmerkung: Durch die Novelle BGBl. I Nr. 78/2018 wurde der folgender Abs. 5a eingefügt:

(5a) Die Vertragsbedingungen müssen auch die Mindestinhalte nach Art. 4 der Verordnung (EU) 2015/2120 enthalten.]

(6) Die Regulierungsbehörde kann den gemäß Abs. 1 und 2 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen, letzteren jedoch nicht hinsichtlich der Höhe der nominellen Entgelte, innerhalb von acht Wochen bei Nichtübereinstimmung mit diesem Bundesgesetz oder den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen oder §§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG widersprechen. [Anmerkung: Dieser Satz lautet idF BGBl. I Nr. 78/2019: Die Regulierungsbehörde kann den gemäß Abs. 1 und 2 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen, letzteren jedoch nicht hinsichtlich der Höhe der nominellen Entgelte, innerhalb von acht Wochen bei Nichtübereinstimmung mit diesem Bundesgesetz oder den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen oder §§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG oder Art. 4 der Verordnung (EU) 2015/2120 widersprechen.] Der Widerspruch bewirkt jedenfalls die Untersagung der weiteren Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder der Entgeltbestimmungen. Die Zuständigkeiten zur Überprüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt.

(7) Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten haben der Regulierungsbehörde die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Entgeltbestimmungen sowie jede Änderung derselben in einer von der Regulierungsbehörde vorgegebenen elektronischen Form zu übermitteln. Die Regulierungsbehörde veröffentlicht

diese Informationen sowie Informationen über den Universaldienst, insbesondere über die in § 29 Abs. 2 angeführten Einrichtungen und Dienste.

(8) Abs. 6 ist nicht für Betreiber von Rundfunknetzen und für Betreiber, soweit sie die Übertragung von Rundfunksignalen besorgen, anzuwenden. Abs. 4 Z 7 gilt ausschließlich für Betreiber von öffentlichen Telefondiensten.“

4. Die VO (EU) 2015/2120 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zu Endkundenentgelten für regulierte intra-EU-Kommunikation (sogenannte TSM-VO) lautet (auszugsweise) wortwörtlich:

„Artikel 3

Gewährleistung des Zugangs zum offenen Internet

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

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

[...]

Artikel 4

Transparenzmaßnahmen zur Sicherstellung des Zugangs zu einem offenen Internet

(1) Die Anbieter von Internetzugangsdiensten stellen sicher, dass ein Vertrag, der Internetzugangsdienste umfasst, mindestens folgende Angaben enthält:

[...]

d) eine klare und verständliche Erläuterung, wie hoch die minimale, die normalerweise zur Verfügung stehende, die maximale und die beworbene Download- und Upload-Geschwindigkeit von Internetzugangsdiensten bei Festnetzen oder die geschätzte maximale und die beworbene Download- und Upload-Geschwindigkeit von Internetzugangsdiensten bei Mobilfunknetzen ist und wie sich erhebliche Abweichungen von der jeweiligen beworbenen Download- und Upload-Geschwindigkeit auf die Ausübung der Rechte der Endnutzer gemäß Artikel 3 Absatz 1 auswirken könnten; [...]"

5. § 6 Abs 3 KSchG, BGBl Nr 140/1979 idF BGBl I Nr 91/2003, lautet wortwörtlich:

„Unzulässige Vertragsbestandteile

§ 6. [...]

(3) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefaßt ist.“

3.2. Zu Spruchpunkt A) Beschwerde:

6. Verfahrensgegenständlich zeigte die beschwerdeführende Partei als Betreiberin von Kommunikationsnetzen und -diensten der belangten Behörde ihre geänderten Vertragsbedingungen der Entgeltbestimmungen (EB) und Leistungsbeschreibungen (LB) für die dargestellten Dienstleistungsangebote an.

7. Gemäß § 25 Abs 2 TKG 2003 sind solche Änderungen von Geschäftsbedingungen vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten. Der bekämpfte Bescheid, mit dem Teilen der angezeigten Änderungen widersprochen wurde, erging weniger als zwei Monate nach der Anzeige (§ 25 Abs 6 TKG 2003). Die Beschwerde hatte gemäß § 121a Abs 1 TKG 2003 keine aufschiebende Wirkung, zumal das Bundesverwaltungsgericht dem Antrag auf deren Zuerkennung keine Folge gab. Somit durften die in Rede stehenden geänderten Geschäftsbedingungen nicht weiterverwendet werden.

8. Da die Beschwerdeführerin nicht wie die besagten anderen Beschwerdeführer mit der aufnehmenden Gesellschaft

verschmolzen wurde — sohin die auf den angezeigten AGBs verwendete Bildmarke „XXXX“ und das zugehörige äußere Erscheinungsbild der angezeigten Bedingungen seinem objektiven Erklärungswert zufolge (grundsätzlich bzw zumindest teilweise) noch mit der Firma der Beschwerdeführerin in Zusammenhang steht — sowie die Rechtsmittelwerberin weiterhin über hier einschlägige aufrechte Verträge verfügt, ist im Falle der vorliegenden Beschwerdeführerin durchaus noch eine aufrechte Beschwer zu erkennen (wenngleich das Bundesverwaltungsgericht nicht übersieht, dass dies in seiner Gesamtheit durch die zwischenzeitig punktuell erfolgten Änderungen nicht mehr auf alle verfahrensgegenständlichen Bedingungen zutrifft).

9. Der Wortlaut der inkriminierten Bestimmungen der verfahrensgegenständlichen Bedingungen ist — mit Ausnahme der genauen Bezeichnung der jeweiligen Leistungspakete und der Höhe der jeweiligen Prozentsätze — ident: Zuerst wird in den jeweiligen Bedingungen, wie dargestellt, für jedes Leistungspaket die jeweilige Bandbreite der Download- und Upload-Rate mit einem konkreten numerischen Wert in kbit/s angegeben, sodann auf derselben Seite der Bedingungen die 1.) normalerweise zur Verfügung stehende Download- und Upload-Geschwindigkeit, die durchschnittlich im 24-Stunden-Mittel als Bandbreite zur Verfügung steht (zB: „größer/gleich 60 % der maximalen Bandbreite“), als auch 2.) die minimale Download- und Upload-Geschwindigkeit als „größer/gleich“ eines genau bezifferter Prozentsatz der jeweiligen maximalen Bandbreite beziffert (zB: „größer/gleich 20 % der maximalen Bandbreite“).

10. Genau diese Textierung ist zwischen den Parteien strittig, wurde jener von der belangten Behörde wegen Verstoßes gegen Art 4 Verordnung (EU) 2015/2120 („TSM-VO“) und § 6 Abs 3 KSchG ausweislich § 25 Abs 6 TKG widersprochen, diametral entgegengesetzt dazu sieht die Beschwerdeführerin diese im Einklang mit Art 4 TSM-VO und § 6 Abs 3 KSchG:

#### a) Art 4 TSM-VO

11. Die belangte Behörde stützt sich auf Art 4 Abs 1 lit d TSM-VO, wonach der Vertrag „eine klare und verständliche Erläuterung“ beinhalten muss, wie hoch — unter anderem — „die normalerweise zur Verfügung stehende Download- und Upload-Geschwindigkeit von Internetzugangsdiensten“ ist:

11.1. Was unter dem Begriff der „normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit“ zu verstehen sei, ergebe sich aus dem Erwägungsgrund 16 der TSM-VO, dem zufolge jene Geschwindigkeit gemeint sei, die „ein Endkunde meistens erwarten kann, wenn er auf den Dienst zugreift“.

11.2. Im Einklang mit besagtem Erwägungsgrund 16 stehe auch die Definition in den (im Zeitpunkt der Bescheiderlassung damals öffentlich zu konsultierenden) Leitlinien des Gremiums europäische Regierungsstellen für elektronische Kommunikation (kurz: GEREK), nämlich die „BEREC-Leitlinien zur Umsetzung der europäischen Netzneutralitätsregeln durch die nationalen Regulierungsbehörden“. Aus den (damals noch konsultierten) Leitlinien ergebe sich nämlich aus deren Randziffern 144 und 145, genauso wie aus besagtem Erwägungsgrund 16, dass mit der „normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit“ keinesfalls ein Mittelwert, der im 24-Stunden-Mittel dem Kunden zur Verfügung steht, gemeint ist, sondern müsse dieser dem Kunden eben meistens zur Verfügung stehen, was jedenfalls durch die beiden in den Leitlinien genannten Varianten erfüllt wäre: nämlich jene Bandbreite auszuweisen, die der Kunde entweder 1.) zu 95 % der Zeit eines Tages erreicht, oder 2.) zu 90% während der „Peak Zeit“ und ständig außerhalb der „Peak Zeit“ erreicht.

11.3. Da es bei den Zugriffen auf den angebotenen Dienst jedenfalls signifikante Schwankungen — im Sinne hoher Bandbreiten in der Nacht aufgrund verringerter Zugriffe — gibt, könne der (zumal durch einen Prozentsatz) ausgewiesene Mittelwert über 24 Stunden inklusive der Nachtstunden dem Kunden nicht jene Geschwindigkeit aufzeigen, die er meistens erreiche, wenn er auf den Dienst zugreife.

11.4. Schließlich sollen die Mindestinhalte dem Kunden die Möglichkeit bieten, vor Vertragsabschluss die Produkte und Leistungen auf Basis von transparenten Informationen zu vergleichen. Dieses Ziel der TSM-VO könne nicht erreicht werden, wenn jeder Internetanbieter individuelle Definitionen der vorgegebenen Begriffe vornehme, sondern sei vielmehr eine einheitliche Definition auch des Begriffes „normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeiten“ notwendig.

12. Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen:

12.1. Telos von Art 4 TSM-VO sei es ausschließlich, verbindliche Aussagen über jene Geschwindigkeiten zu treffen, die

dem Kunden zur Verfügung gestellt werden, was sich auch aus Art 4 Abs 4 leg cit selbst ergebe; hingegen sei es nicht der Zweck der Verordnung, den Anbietern Mindestanforderungen für ihre Dienstqualität vorzuschreiben. Diesem Verständnis folge auch Erwägungsgrund 18 TSM-VO (von der belangten Behörde unrichtigerweise als Erwägungsgrund 16 bezeichnet), der im Verständnis der Beschwerdeführerin bedeute, der Anbieter habe den Kunden über jene Geschwindigkeit zu informieren, die dieser als Nutzer „unter normalen Umständen, gewöhnlich erwarten“ könne. Art 4 Abs 1 lit d TSM-VO verpflichte den Anbieter allerdings nicht, exakt jene Bandbreite zu nennen, die dem Kunden rund 23 Stunden am Tag zur Verfügung stehen werde.

12.2. Zudem stütze sich die belangte Behörde vor allem auf den bloßen Entwurf der BEREC-Leitlinien, allerdings seien die finalen Leitlinien erst mit XXXX [Anm: XXXX ] veröffentlicht worden. Und im Bericht zum Ergebnis der öffentlichen Konsultationen habe GEREK im Hinblick auf den Abschnitt zu Art 4 Abs 1 TSM-VO erklärt, dass die besprochenen Ansätze lediglich Vorschläge oder Wahlmöglichkeiten für die Regulierungsbehörden seien und daher der erste Satz dieses Abschnittes, der wohl allzu vorschreibend fehlinterpretiert hätte werden können, anzupassen gewesen sei. Vor diesem Hintergrund werde deutlich, dass die Leitlinien ausschließlich als Orientierung dienen sollen, aber keinesfalls eine verbindliche Rechtsgrundlage seien. Deshalb seien die beiden von belangte Behörde im Lichte der besagten Leitlinien herangezogenen Beispiele keine abschließenden, rechtsverbindlichen Definitionen für den Begriff der „normalerweise verfügbaren Geschwindigkeiten“.

12.3. Schließlich habe die Beschwerdeführerin als Referenzwert für die Höhe der normalerweise zu Verfügung stehenden Geschwindigkeiten die durchschnittlich im 24-Stunden-Mittel zur Verfügung stehende Bandbreite herangezogen. Ein Durchschnitt stelle die gemittelte Größe mehrerer Werte dar, gebe jedoch keine Auskunft über die Häufigkeit oder Wahrscheinlichkeit eines Wertes. Daher treffe der gemittelte Wert keine Aussage darüber, welche Geschwindigkeit ein Endkunde meistens erwarten könne und stehe deshalb die gewählte Vorgangsweise nicht im Konflikt mit dem Begriff normalerweise. Denn die belangte Behörde unterstelle dem Begriff „normalerweise“ in den inkriminierten Bestimmungen eine zeitliche Komponente, wohingegen dieser dessen Höhe bestimme. Auch die GEREK-Leitlinie beinhalte die Überlegung, dass die normalerweise verfügbare Geschwindigkeit in vernünftiger Proportion zur maximalen Geschwindigkeit stehen solle. In Summe würden die angezeigten Bedingungen den gemäß Art 4 Abs 1 TSM-VO geforderten Mindestangaben entsprechen.

13. Die Beschwerde ist im Ergebnis nicht von Erfolg getragen:

a.1) „Normalerweise zur Verfügung stehend“

13.1. Beide Parteien sind sich richtigerweise einig, dass Art 4 TSM-VO selbst keine Definition zum Begriff „normalerweise zur Verfügung stehend“ enthält (ebensowenig wie die Begriffsbestimmungen in Artikel 2 leg cit) und verweisen beide auf die Erwägungsgründe der Erstfassung der TSM-VO, ABI 26.11.2015, L 310/1, und hier die Beschwerdeführerin richtig auf Erwägungsgrund 18 (wohingegen die belangte Behörde in der Bescheidbegründung aus einem offenkundigen redaktionellen Versehen heraus Erwägungsgrund 16 nennt, wenngleich aufgrund der Textierung des im Bescheid zitierten Erwägungsgrundes klar ist, dass beide Parteien denselben Erwägungsgrund 18 meinen).

Der Vergleich der englischen und deutschen Erstfassung der TSM-VO verdeutlicht, der von beiden Parteien zitierte Satz in Erwägungsgrund 18 definiert — zweifelsfrei — die hier einschlägigen verbindlichen Vorgaben des Art 4 Abs 1 lit d TSM-VO:

So spricht Art 4 Abs 1 lit d TSM-VO in der englischen Fassung von der „normally available .... speed“, und der zugehörige Erwägungsgrund 18 in der englischen Fassung gleichermaßen von „The normally available speed...“, sodass in einem ersten Schritt geklärt ist, dass im Erwägungsgrund 18 tatsächlich bereits die Bedeutung des Begriffes „normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit“ definiert ist. [Die deutsche Fassung ist hier etwas weniger klar, spricht Art 4 leg cit zwar mit der englischen Fassung übereinstimmend von „normalerweise zur Verfügung stehende ... Geschwindigkeit“, hingegen Erwägungsgrund 18 davon etwas abweichend von „Als die in der Regel zur Verfügung stehende Geschwindigkeit“].

13.2. Im nächsten Schritt ist die maßgebliche Textpassage des Erwägungsgrundes 18 zu analysieren; diese lautet in der deutschen Fassung (auszugsweise) wortwörtlich: [Hervorhebungen BVwG]

„Anbieter von Internetzugangsdiensten sollten die Endnutzer klar darüber informieren, wie die eingesetzte



Verkehrsmanagementpraxis sich auf die Qualität des Internetzugangsdiensts, die Privatsphäre des Endnutzers und den Schutz personenbezogener Daten auswirken könnte, sowie über die etwaigen Auswirkungen von anderen Diensten, die keine Internetzugangsdienste sind, über die sie einen Vertrag abschließen, auf die Qualität und Verfügbarkeit ihrer jeweiligen Internetzugangsdienste. Um den Endnutzern in solchen Fällen eine Handhabe zu geben, sollten Anbieter von Internetzugangsdiensten daher zu ihrer Information im Vertrag die Geschwindigkeit angeben, die sie realistisch zur Verfügung stellen können. Als die in der Regel zur Verfügung stehende Geschwindigkeit ist die Geschwindigkeit zu verstehen, die ein Endnutzer meistens erwarten kann, wenn er auf den Dienst zugreift. Anbieter von Internetzugangsdiensten sollten die Verbraucher ferner darüber informieren, welche Rechtsbehelfe ihnen im Falle der Nichterbringung der Leistung nach nationalem Recht zur Verfügung stehen.“

13.3. Soweit die Bedeutung des Wortes „meistens“ von den Parteien unterschiedlich verstanden wird, hilft auch hier ein Blick in die englische Fassung des Erwägungsgrundes 18: [Hervorhebung BVwG]

„The normally available speed is understood to be the speed that an end-user could expect to receive most of the time when accessing the service.“

„Most of the time“, also „die meiste Zeit“, oder verkürzt „meistens“.

13.4. Die englische Fassung verdeutlicht es besser, wenngleich auch die deutsche Fassung dasselbe zum Ausdruck bringt, es geht um etwas, hier eine bestimmte Geschwindigkeit, das „die meiste Zeit“, also „fast immer“ zur Verfügung steht.

Auch die weiteren Ausführungen in Erwägungsgrund 18, dass im Vertrag jene Geschwindigkeit anzugeben sind, welche die Anbieter „realistischerweise“ zur Verfügung stellen können (in der englischen Fassung: „realistically to deliver“), stimmen damit überein.

13.5. Soweit die Beschwerde klarstellt, dass sie über 24 Stunden den Durchschnittswert der Bandbreiten (allerdings nicht in kbit/s, sondern als Prozentsatz) berechnet hat, ist notorisch bereits im Lichte einfacher Gymnasialmathematik bekannt, dass das arithmetische Mittel mathematisch gesehen nicht „in den meisten Fällen“ oder „die meiste Zeit“ erreicht wird, sondern eben nur ein Durchschnittswert ist, der naturgemäß zum Teil über- und zum Teil unterschritten, jedoch nicht „meistens“ erzielt wird.

Vielmehr müsste es sich bei dem als „normalerweise zur Verfügung stehenden“ ausgewiesenen Wert — zwangsläufig — um einen niedrigeren (!) Wert als den Durchschnittswert handeln, damit er auch tatsächlich „meistens“ vorliegt, dieser stünde dann auch „realistischerweise“ meistens bzw iSd Art 4 TSM-VO „normalerweise zur Verfügung“. Damit ist das Wesentliche bereits gesagt.

13.6. Soweit die Beschwerde, wohl um dieser einfachen Schlussfolgerung vorzubeugen, nicht ungeschickt moniert, der von ihr — in ihren Vertragsbestimmungen — verwendete Begriff „normalerweise“ besitze keine zeitliche Komponente und mache damit auch keine Aussage zur Häufigkeit, stimmt dies keineswegs:

So hat laut Beschwerde (vgl Seite 12, letzte Absatz) die Rechtsmittelwerberin als „Referenzwert“ für die Höhe der normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeiten die durchschnittliche im 24-Stunden Mittel zur Verfügung stehenden Bandbreite herangezogen. Allerdings besitzt dieser als „Referenzwert“ gebildete Durchschnittswert zwangsläufig selbst einen Referenzrahmen für die miteinbezogenen Werte (von welchen Geschwindigkeiten wird der Durchschnitt gebildet?), und ist dies hier, wie in der Beschwerde ausgeführt, die vorgenommene 24-Stunden-Betrachtung, in der Messungen im Netzwerk durchgeführt wurden, weshalb der berechnete Durchschnittswert jedenfalls (wenngleich mittelbar) auch eine zeitliche Komponente beinhaltet.

Vor dem Hintergrund dieser und der zuvor getroffenen Erwägungen führt die belangte Behörde richtigerweise aus, dass durch die Bildung eines Durchschnittswertes die in den Nachtstunden (mangels verringerter Zugriffe auf die Dienste in größerer Bandbreite) zur Verfügung stehenden Geschwindigkeiten nicht jene Bandbreite widerspiegeln, die der Endnutzer meistens erwarten kann.

13.7. Aus all dem Gesagten ergibt sich zwangsläufig bereits aus der TSM-VO und ihrem Erwägungsgrund 18 selbst, dass die inkriminierten Vertragsbedingungen hinsichtlich der im Wege der Durchschnittsbildung berechneten „normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeiten“ nicht den unionsrechtlichen Vorgaben des Art 4 Abs 1 lit d TSM-VO entsprechen.

Schon deshalb ist — auch im Lichte des zwischenzeitig eingeführten § 25 Abs 5a TKG 2003 und der dementsprechenden Aufnahme des Art 4 TSM-VO in Abs 6 leg cit — der behördliche Widerruf der angezeigten Vertragsbedingungen hinsichtlich der „normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeiten“ aufrechtzuerhalten; denn das Bundesverwaltungsgericht hat auf die maßgebliche Rechts- und Sachlage im Zeitpunkt seiner Entscheidung abzustellen.

#### a.2) „Minimale Geschwindigkeit“

14. Die belangte Behörde rügt (wenngleich nach § 6 Abs 3 KSchG), dass sowohl die „minimalen“ als auch „normalerweise zur Verfügung stehenden“ Geschwindigkeiten nicht als kbit/s, sondern als Prozentsatz der maximalen Bandbreite ausgewiesen werden, was die Beschwerdeführerin als zulässig erachtet.

14.1. Art 4 Abs 1 lit d TSM-VO verlangt diesbezüglich eine klare und verständliche Erläuterung, sodass zunächst die Frage zu klären ist, inwieweit der verwendete Prozentsatz iSd TSM-VO klar und verständlich ist:

14.2. Die BEREC-Leitlinien in ihrer aktuellen und authentischen englischen Fassung, „BEREC Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation“, BoR (20) 112, zum Art 4 Abs 1 lit d TSM-VO lauten in ihrem Punkt 144. wortwörtlich: [Hervorhebung BVwG]

„140. In order to empower end-users, speed values required by Article 4(1) (d) should be specified in the contract and published in such a manner that they can be verified and used to determine any discrepancy between the actual performance and what has been agreed in contract. Upload and download speeds should be provided as single numerical values in bits/second (e.g. kbit/s or Mbit/s). Speeds should be specified on the basis of the transport layer protocol payload, and not based on a lower layer protocol.“

14.3. Nach Art 4 Abs 4 Verordnung (EU) 2018/1971 „zur Einrichtung des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und der Agentur zur Unterstützung des GEREK (GEREK-Büro),...“ (früher: Artikel 3 Abs 3 VO (EG) 2009/1211) haben die nationalen Regulierungsbehörden unter anderem allen Leitlinien weitgehend Rechnung zu tragen, die von GEREK mit dem Ziel verabschiedet wurden, eine einheitliche Umsetzung des Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation innerhalb eines näher bestimmten Geltungsbereiches, so unter anderem im Geltungsbereich der Verordnungen (EU) 2015/2120 und 2012/531, zu gewährleisten. Weicht eine nationale Regulierungsbehörde von den diesen „Leitlinien zur Sicherstellung der einheitlichen Umsetzung des Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation und einheitlicher regulatorischer Entscheidungen der NRB“ ab, so begründet sie diese Abweichung.

Schon daraus erschließt sich, dass die belangte Behörde zweifelsfrei die besagten Vorgaben des dargestellten Punktes 140. (Angaben in kbit/s) umzusetzen hat, und von dieser Vorgabe nur unter einer nachvollziehbaren Begründung abweichen dürfte. (Vgl ebenso Erwägungsgrund 19 letzter Satz TSM-VO.)

14.4. Es gibt ferner bereits Rsp des VwGH zu den BEREC-Leitlinien:

14.4.1. Mit Einführung der TSM-VO wurde auch die „Roaming-VO“ (EU) 2012/531 geändert. Der VwGH hat zu dieser „Roaming-VO“ im Zusammenhang mit den BEREC-Leitlinien Nachstehendes ausgesprochen: [Hervorhebungen BVwG]

„Gerade das von der Verordnung (EU) Nr 531/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union gesteckte Ziel der - vom Roaminganbieter zu garantierenden - Kostenkontrolle (vgl auch Erwägungsgrund 87, wonach "Rechnungsschocks" vermieden werden sollen) erfordert vor dem Hintergrund der unionsrechtlich gebotenen Effektivität eine Funktionalität, die es dem Kunden, der die Kosten zu tragen hat, ermöglicht, nicht nur ihre Höhe einzuschätzen und zu kontrollieren, sondern auch zu entscheiden, ob ein vorweg festgelegtes Limit überschritten werden darf. Schon deshalb ist das Vorbringen, die Pflicht der nationalen Regulierungsbehörden nach Art 3 Abs 3 der Verordnung (EG) Nr 1211/2009, Leitlinien des BEREC weitestgehend Rechnung zu tragen, gehe nicht so weit, dass damit Leitlinien Rechnung zu tragen wäre, die in höherrangigem Recht keine Deckung fänden, nicht zielführend.“

14.4.2 Maßgebliches Ziel der TSM-VO ist es, den Endnutzer zu schützen und einen gleichberechtigten und nichtdiskriminierende Behandlung des Datenverkehrs und damit verbundener Rechte der Endnutzer zu schaffen. Dies ergibt sich bereits aus Erwägungsgrund (1) der TSM-VO, und zieht sich als ein „Überziel“ durch die gesamte Verordnung und ihre Erwägungsgründe; dies setzt jedoch zwangsläufig die Vergleichbarkeit der technischen Parameter, hier der Geschwindigkeiten, voraus.

In diesem Zusammenhang ist der belangten Behörde zuzustimmen, dass es nicht dem jeweiligen Anbieter überlassen sein kann, seine eigene Definition der Vorgaben und damit Variante seiner Angaben zu wählen, weil sonst die Vergleichbarkeit und damit der Schutz des Endnutzers beeinträchtigt wird.

Zumal gerade deswegen auch die Pflicht der Anbieter, auch die beworbenen (!) Geschwindigkeiten in den Vertragsbestimmungen auszuweisen, in die TSM-VO mit aufgenommen wurde, damit der Endnutzer die Geschwindigkeiten, mit denen sein Vertrag beworben wurde, mit dem ihm tatsächlich aus diesem Vertrag zur Verfügung stehenden Geschwindigkeiten (einfach) vergleichen und bei erheblichen Abweichungen die durch die TSM-VO vorgesehenen Rechtsbehelfe ergreifen kann.

Eine Angabe ausschließlich der beworbenen (maximalen) Geschwindigkeiten in kbit/s, jedoch „Verschleierung“ der ihm tatsächlich — in Form der „normalerweise zur Verfügung stehend“ und der „minimalen“ — bereitgestellten Geschwindigkeiten durch Prozentangaben ist zweifelsfrei nicht im Sinne des Endnutzers und läuft eindeutig einem der maßgeblichen Ziele der TSM-VO, nämlich dem Schutz des Endnutzers, zuwider.

Auch deswegen ist, in Anlehnung an die bestehende zuvor zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den BEREK-Leitlinien — und vor dem Hintergrund der unionsrechtlich gebotenen Effektivität einer Funktionalität, die es auch dem „durchschnittlichen“ Endnutzer erlaubt, bei erheblichen Abweichungen zwischen der beworbenen und ihm tatsächlich zur Verfügung gestellten Geschwindigkeiten die vorgesehenen Rechtsbehelfe zu ergreifen —, ein rechtskonformes Bestehen der belangten Behörde auf Angabe aller Geschwindigkeiten iSd BEREK-Leitlinien nicht zu beanstanden.

14.5. Sohin stehen die Angaben zur „minimalen“ als auch zur „normalerweise zur Verfügung stehenden“ Geschwindigkeit in Prozentsätzen anstelle von kbit/s-Werten nicht im Einklang mit Art 4 TSM-VO, und ist beiden im Lichte des zwischenzeitig eingeführten § 25 Abs 5a TKG 2003 und der dementsprechenden Aufnahme des Art 4 TSM-VO in Abs 6 leg cit (auch deswegen) zu widersprechen.

15. Bei diesem Ergebnis kann eine weitere Prüfung der inkriminierten Bestimmungen anhand des § 6 Abs 3 KSchG dahinstehen.

#### b) Verfahrensfehler

16. Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung von wesentlichen Verfahrensvorschriften rügt, weil ihr die belangte Behörde im Administrativverfahren die später im Bescheid deutlich konkretisierten Bedenken nur cursorisch dargelegt und die konkreten Rechtsgrundlagen nicht genannt habe, wurde diese allfällige Verletzung spätestens durch die Beschwerdeerhebung saniert, kannte die Rechtsmittelwerberin doch im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung bereits den angefochtenen Bescheid und damit die hier relevanten Bedenken der belangten Behörde zur Gänze. Zumal das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht allfällige Verfahrensfehler der Administrativbehörde im Lichte der st Rsp des VwGH heilt.

#### c) Vorabentscheidungsersuchen

17. Da der behördliche Widerspruch zur „normalerweise zur Verfügung stehenden“ Geschwindigkeit bereits auf dem Boden der TSM-VO zu bestätigen war und Art 4 Abs 1 lit d TSM-VO in Zusammenschau mit seinem Erwägungsgrund 18 hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin in Zweifel gezogenen Begrifflichkeiten eindeutig ist, sowie es bereits höchstgerichtliche Rechtsprechung zu den BEREK-Leitlinien gibt, geht die Anregung der Beschwerdeführerin auf ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH ausweislich Art 267 AEUV ins Leere.

#### d) Mündliche Verhandlung

18. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt hat sich als geklärt erwiesen, sodass eine weitere Klärung des Sachstandes durch eine Verhandlung nicht zu erwarten war. Es wurden (abseits der Frage der aufrechten Beschwer, die das Gericht im Sinn der Beschwerdeführerin bejaht hat) ausschließlich Fragen der rechtlichen Würdigung geltend gemacht. Allerdings ist die Rechtslage hinsichtlich des Art 4 Abs 1 lit d TSMO in Zusammenschau mit dem zugehörigen Erwägungsgrund 18 als auch der vorhandenen Rechtsprechung des VwGH zu den BEREK-Leitlinien eindeutig und damit nicht so komplex, dass sie einer weiteren Erörterung bedürften.

Eine Verhandlung konnte somit - auch im Lichte der Rechtsprechung des EGMR sowie der Artikel 6 EMRK und 47 GRC - entfallen.

### 3.3. Zu Spruchpunkt B) Revision:

1. Gemäß § 25a Abs 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG), BGBl Nr 10/1985 idF BGBl I Nr 24/2017, hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Nach Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung insbesondere ausgesprochen (VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/0005): „Ist die Rechtslage nach den in Betracht kommenden Normen klar und eindeutig, dann liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG vor, und zwar selbst dann, wenn zu einer dieser anzuwendenden Normen noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergangen wäre (Hinweis B vom 28. Mai 2014, Ro 2014/07/0053).“ Oder: Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (VwGH 28.5.2014, Ro 2014/07/0053, zuletzt VwGH 29.07.2015, Ra 2015/07/0095).

2. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren war die Rechtsfrage zu klären, ob die belangte Behörde den verfahrensgegenständlichen Klauseln der beschwerdeführenden Partei ausweislich § 25 Abs 6 TKG 2003 zu Recht widersprochen hat.

3. Da sich die Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit einer Durchschnittsbetrachtung im Lichte des Art 4 Abs 1 lit d TSM-VO bereits eindeutig aus dem zugehörigen Erwägungsrund 18 der TSM-VO und somit aus der TMS-VO selbst ergibt, hat sich die Rechtslage diesbezüglich zweifelsfrei als eindeutig erwiesen. Zudem gibt es bereits Rsp des VwGH zur Frage, inwieweit Ziele einer EU-Verordnung im Lichte des unionsrechtlichen Grundsatzes der Effektivität in Zusammenschau mit den BEREK-Leitlinien zu bewerten sind, sodass auch diesbezüglich eine geklärte Rechtslage vorliegt, weshalb die Revision nicht zulässig ist.

4. Auch sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung einer zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich. Es war daher auch in diesem Punkt spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Schlagworte**

allgemeine Geschäftsbedingungen Beschwer Entgelt Grundsatz der Transparenz Mindestanforderung Normalleistung Referenzprodukt Schutzzweck Transparenz Widerspruch

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2020:W179.2135192.2.00

#### **Im RIS seit**

22.10.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

22.10.2020

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)