



Stellungnahme der Verbände ANGA, bitkom, BREKO, BUGLAS, eco, vatm und VKU zu dem Entwurf der Bundesnetzagentur für eine Allgemeinverfügung nach § 57 Abs. 5 TKG¹

Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit“ bei Festnetz-Breitbandanschlüssen

Mit Inkrafttreten des TK-Modernisierungsgesetzes (TKMoG) zum 1.12.2021 erhalten Verbraucher ein TK-sektorspezifisches Minderungsrecht, sofern sie bei ihrem Festnetz-Internetanschluss eine „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung“ bei der Geschwindigkeit nachweisen können. Die zitierten unbestimmten Rechtsbegriffe bezüglich der Abweichung sind bereits in der TK-Binnenmarktverordnung (TSM-Verordnung) enthalten und finden sich nunmehr im TKG wieder. Zur Konkretisierung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe hat die Bundesnetzagentur am 8.9.2021 für den Festnetzbereich den Entwurf einer Allgemeinverfügung gem. § 57 Abs. 5 TKG veröffentlicht und zur Diskussion gestellt.

Nach dem Entwurf der Bundesnetzagentur liegt eine „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung“ bei Festnetz-Breitbandanschlüssen im Down- und Upload vor, wenn

1. nicht an zwei Messtagen jeweils **mindestens einmal 90 Prozent** der vertraglich vereinbarten **maximalen Geschwindigkeit** erreicht werden,
2. die **normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit** nicht **in 90 Prozent der Messungen** erreicht wird oder
3. die vertraglich vereinbarte **minimale Geschwindigkeit an zwei Messtagen jeweils unterschritten** wird, wobei
4. **20 Messungen** erfolgen müssen,
5. diese Messungen **an zwei unterschiedlichen Tagen** vorgenommen werden müssen, und
6. sich diese Messungen im gleichen Umfang auf die beiden Tage verteilen müssen, sodass **zehn Messungen an einem Tag** erfolgen müssen.

Für den Nachweis der Schlechtleistung ist die Nutzung des Messtools der Bundesnetzagentur oder eines von ihr zertifizierten Überwachungsmechanismus¹ erforderlich. Hierzu hat die Bundesnetzagentur den Entwurf einer Handreichung veröffentlicht, der die Details des Nachweisverfahrens beschreibt. Hierzu haben die Verbände eine separate Stellungnahme erarbeitet.

¹ Verweise auf das TKG betreffen die ab dem 01.12.2021 gültige Fassung.

Gerne nehmen die Verbände die Gelegenheit wahr und nehmen zum Entwurf der Allgemeinverfügung Stellung wie folgt:

I. Vorabbemerkungen

Die Allgemeinverfügung erfüllt eine wichtige Funktion, welche die Bundesnetzagentur in ihrer Begründung auch deutlich zum Ausdruck bringt (S. 5 unten). Auch wir teilen die Auffassung, dass eine Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe sinnvoll ist, um langwierige Rechtsstreitigkeiten mit ungewissem Ausgang für alle Seiten zu vermeiden.

Im Rahmen der angestrebten Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe müssen aber sowohl die Interessen der Kunden als auch der TK-Anbieter angemessen berücksichtigt werden. Die Kunden erwarten einerseits, dass die im Vertrag angegebenen Leistungsdaten auch tatsächlich eingehalten werden. Andererseits stehen die TK-Anbieter vor der großen Herausforderung, dass sie in einem Massenmarkt individuelle, gesetzlich vorgeschriebene Leistungsangaben in die Verträge aufnehmen müssen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Dienstleistungen gegenüber dem Endkunden über ein hochkomplexes und weit verzweigtes Telekommunikationsnetz erbracht werden, in dem kein Endkundenanschluss dem anderen gleicht. Damit die TK-Anbieter den Verbrauchern ein überschaubares und transparentes Produktportfolio im Massenmarkt anbieten können, müssen sie über die individuellen TK-Anschlüsse generalisierte Annahmen treffen, was zwangsläufig in konkreten Einzelfällen zu Abweichungen bei den individuellen Leistungsmerkmalen führen muss.

Darüber hinaus besteht die konkret vermessene Leistung aus einem öffentlichen Telekommunikationsnetz und privater IT-Infrastruktur, auf welche die Anbieter keinen Einfluss haben. Daher unterliegt die Leistungserbringung stetigen Schwankungen, die durch die Anbieter öffentlicher Telekommunikationsnetze nur in dem von ihnen kontrollierten Bereichen zu beeinflussen sind.

Gleichzeitig ist zu beachten, dass Konkretisierungen unbestimmter Begriffe durch Behörden keine Bindungswirkung für die Gerichte haben und uneingeschränkt überprüfbar sind, vgl. *BVerfGE 64, 261 [279]; 84, 34 [49 f.]*.

Der Gesetzgeber vertraut die Festlegung der BNetzA dennoch wegen deren Sach- und Fachkenntnis, welche in der gerichtlichen Praxis eine Akzeptanz genießt, an. Dieses Vertrauen basiert auf der gesetzgeberischen Annahme, dass die Sach- und Fachkenntnis zu einer sachgerechten Entscheidung führt. Umso zutreffender und letztlich überzeugender muss deshalb die Festlegung und ihre Begründung ausfallen, um diesen Effekt nicht zu gefährden. Dies ist nicht in allen Bereich des Entwurfs gelungen und sollte daher dringend nachgebessert werden:

- Mit Blick auf die Konkretisierung des inhaltlichen Elements (Erheblichkeit der Abweichung) plädieren die Verbände für eine Reduzierung der von der BNetzA angesetzten Werte. Das erscheint nicht zuletzt deswegen angemessen, weil die Nutzungsbedürfnisse und Kundenerwartung deutlich niedriger liegt als die BNetzA dies annimmt.
- Im Hinblick auf das zeitliche Element (kontinuierlich oder regelmäßig wiederkehrend) steht für die unterzeichnenden Verbände außer Frage, dass eine kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung allein an zwei Tagen nicht hinreichend nachgewiesen werden kann. Ebenso wenig ist eine Durchführung zu einer einzigen Tageszeit repräsentativ. Daher erachten wir eine Ausdehnung des Messzeitraums sowie eine Aufteilung auf zwei tägliche Teilkampagnen für zwingend erforderlich. Auf diese Weise werden kurzfristige Schwankungen, die zeitweise die Performance des Anbieters erheblich beeinträchtigen (u. a. durch DDos-Attacken) angemessen berücksichtigt.

Letztlich ist den Verbrauchern – unseren Kunden – nur gedient, wenn im Rahmen der Allgemeinverfügung sachgerechte Abweichungswerte genannt und ihnen ein tatsächlich zertifiziertes Messverfahren zur Verfügung gestellt werden. Nur so können die Ergebnisse der Messungen zu einer konstruktiven Problemlösung im Falle von „erheblichen und kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichungen bei der Geschwindigkeit“ beitragen.

II. Im Einzelnen

1. Kriterienkatalog

a. Struktur

Der Kriterienkatalog ist aus der Mitteilung der BNetzA von 2017 übernommen, was damit begründet wird, dass er in der Praxis seitens der Marktbeteiligten nicht bemängelt wurde. Diese Einschätzung wird aus folgenden Gründen nicht geteilt.

Die Allgemeinverfügung wird nach Inkrafttreten des § 57 TKG schwerwiegende Rechtsfolgen mit sich bringen. Das Breitbandmesstool ermöglichte Kunden in Verbindung mit der Mitteilung lediglich die Ausübung eines Sonderkündigungsrechts. Die praktische Bedeutung war daher bisher sehr gering. Mit dem neuen TKG wird jedoch dem Rechtsfolgenkatalog mit der Minderung ein neues Rechtsinstitut hinzugefügt.

Das Minderungsrecht ist für die Netzbetreiber mit erheblichen Konsequenzen verbunden. Zudem ist dieses dem Dienstvertragsrecht, welches für Internetzugangsdienste prägend ist, grundsätzlich fremd. Es war zum Zeitpunkt der Konsultationen 2017 nicht vorherzusehen, dass der Gesetzgeber trotz der Komplexität der Materie und der vielfältigen Einflussfaktoren auf die Geschwindigkeit eine solche Rechtsfolge vorsehen würde. Daher kann auch nicht auf die Ergebnisse der Konsultation von 2017 verwiesen werden. Darüber hinaus haben die Anbieter bereits 2017 Kritik an den Konkretisierungen geübt, welche nur teilweise berücksichtigt wurde und angesichts der Rechtsfolge der Minderung auch an dieser Stelle erneut anzubringen und zu konkretisieren ist.

Das Minderungsrecht ist darüber hinaus sehr streng formuliert. So scheint vor der Minderungserklärung keine vorherige Fristsetzung zur Leistungserbringung oder Nacherfüllung erforderlich zu sein. Somit ist es also deutlich schärfer ausgestaltet als beispielsweise das Minderungsrecht im Kaufrecht.²

b. Verwendete Rechtsbegriffe

Die verwendeten Rechtsbegriffe des Kriterienkatalogs sind nach unserer Auffassung anzupassen. Es fällt auf, dass die BNetzA die minimale und die maximale Geschwindigkeit als „vertraglich vereinbart“ bezeichnet. Die einzig mit einer vertraglich vereinbarten Geschwindigkeit annähernd vergleichbare Angabe hingegen – die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit – wird nicht entsprechend benannt. Dies ist in mehrfacher Hinsicht nicht zutreffend und sollte durch eine durchgängige Bezeichnung als „angegeben“ ersetzt werden. Denn was vertraglich vereinbart ist, ergibt sich nicht aus einzelnen Pflichtangaben, sondern aus einer Gesamtschau der vertraglichen Regelungen, aus denen sich transparent u.a. der Wille der Vertragsparteien zu Einschränkungen der Verfügbarkeit und Leistungsfähigkeit ergibt.

Zum einen handelt es sich um eine rechtliche Bewertung vertraglicher Vereinbarungen, welche alleinige Aufgabe der Rechtsprechung ist. Insoweit ist beispielhaft auf die oben zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu verweisen. Außerdem ist die vertraglich vereinbarte

² Vgl. §§ 441 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB.

Geschwindigkeit ein Merkmal der Rechtsfolgenseite des § 57 Abs. 4 TKG und damit der Festlegung nach Absatz 5 ausdrücklich entzogen.

Darüber hinaus ist eine vertragliche Vereinbarung dieser Werte im Sinne einer Leistungspflicht nach unserer Auffassung nicht gegeben. Die TSM-VO fordert lediglich eine Erläuterung dieser Werte. Diese Erläuterung wird zwar wesentlicher Bestandteil der Verträge, bedeutet damit aber noch keine vertragliche Leistungspflicht. Der Gesetzgeber unterscheidet hier auch sprachlich deutlich, da er in § 57 Abs. 4 Nr. 1 TKG nur von einer „vom Anbieter ... angegebenen Leistung“, mithin von einer einseitigen Information, nicht jedoch von einer „vereinbarten Leistung“ (wie im weiteren Wortlaut hinsichtlich der Rechtsfolgen) spricht. Auch Erwägungsgrund 18 der TSM-VO spricht lediglich von „sachkundigen Entscheidungen“ der Endnutzer als Ziel des Art. 4 Abs. 4 TSM-VO, misst den Angaben also lediglich unter dem Gesichtspunkt der Transparenz Bedeutung bei. Von einer „Handhabe“ im Sinne einer Anknüpfung von Rechtsfolgen hingegen spricht der Erwägungsgrund nur im Zusammenhang mit der normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit (s.o.) – allerdings auch nur, soweit diese Geschwindigkeit durch Verkehrsmanagementmaßnahmen beeinträchtigt wird.

2. Inhaltliche und zeitliche Konkretisierung der unbestimmten Begriffe

Die Bundesnetzagentur verweist zutreffend darauf, dass in jedem Fall die Differenzierung eines zeitlichen Elements (einer kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung) und eines inhaltlichen Elements (einer erheblichen Abweichung) vorzunehmen ist. Diese Elemente der Abweichung müssen stets **kumulativ** vorliegen und müssen bei **jedem** Bandbreitenwert beachtet und angewandt werden. Diese eingangs auf Seite 8 des Entwurfs getroffene Feststellung der BNetzA wurde jedoch bei der Betrachtung der einzelnen Abweichungen nicht beachtet.

Zu Ziffer 1.: Abweichungen von der maximalen Geschwindigkeit

a) Erhebliche (inhaltliche) Abweichung

Zunächst muss bezweifelt werden, dass die qualitative Komponente hinreichend berücksichtigt wurde, da lediglich eine Abweichung von 10 Prozent als zulässig erachtet wird. Statt der in dem Entwurf festgelegten erheblichen Abweichung ab einer Unterschreitung um 10 Prozent ist es angebracht, die Erheblichkeit erst bei einer Abweichung um 30 Prozent anzusetzen, sodass an jedem Messtag mindestens einmal **70 Prozent** der vertraglichen maximalen Geschwindigkeit gemessen werden muss.

Der Verweis auf Seite 9 des Entwurfs auf die Rechtsprechung zu Kfz-Kaufverträgen ist nicht nachvollziehbar, da die Benzinverbrauchsangabe unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt mit einer Geschwindigkeitsangabe in Verträgen über einen Festnetzanschluss verglichen werden kann. Zudem handelt es sich bei letzterem nicht um einen Kaufvertrag, sondern um einen Dienstvertrag, sodass „erhebliche Schlechtleistungen“ nicht vergleichbar sind.

(1) Die Herleitung aus dem Kaufrecht ist unzulässig

Erstens ist die Herleitung einer 10 Prozent Schwelle für die Abweichung der Geschwindigkeit aus dem Kaufrecht nicht zulässig. Die Abweichungsschwellen beim Benzinverbrauch oder auch bei der Fläche von Mietobjekten sind auf „spezielle Fallgestaltung[en]“³ der jeweiligen Rechtsgebiete zurückzuführen und sind dem BGH zufolge nicht auf den Rücktritt bei nicht vertragsgemäßer Leistung nach § 323 Abs. 4 S. 1 BGB zu übertragen.⁴ Schon diese Einstufung des BGH lässt einen Vergleich mit der Erheblichkeit nach § 57 Abs. 5 TKG nicht zu.

³ BGH NJW 2014, 3229, Rn. 47.

⁴ BGH NJW 2014, 3229, Rn. 45 ff.

(2) Stationäre Internetzugangsdienste werden über individuelle Leitungen erbracht

Zweitens ist den Anbietern gegenüber aufgrund der speziellen Umstände von Festnetz-Breitbandanschlüssen nicht dieselbe Strenge wie gegenüber Vermietern oder Fahrzeugproduzenten angebracht. Breitbandanschlüsse sind individuelle Produkte (jede Leitung ist anders – Länge des Kupferkabels zw. HVT und TAE, Innenhausverkabelung, Hardware des Verbrauchers usw.), können aber nicht in individuellen Verträgen, sondern nur im Massenmarkt vermarktet werden. Anbietern von stationären Internetzugangsdiensten stellt sich die komplexe Aufgabe und Pflicht, diese individuellen Anschlüsse zu verallgemeinern und in eine für Kunden überschaubare Produktauswahl zu überführen (vgl. TSM-VO). Die Anbieter sind also gezwungen, verallgemeinerte Angaben zu machen, die spezielle lokale Gegebenheiten nicht in jedem Fall abbilden können, sodass hieraus in Einzelfällen zwangsweise Abweichungen bei individuellen Leistungsmerkmalen resultieren.

Es ist für Fahrzeughersteller und Vermieter deutlich weniger komplex, Abweichungen von den vertraglichen Vereinbarungen zu vermeiden als für Anbieter von stationären Internetzugangsdiensten. Mietobjekte sind individuell und haben individuelle Mietverträge. Fahrzeuge desselben Modells sind Massenprodukte, die unter gleichen Bedingungen mit gleichen Bestandteilen gefertigt werden und deren Eigenschaften daher untereinander nicht abweichen sollten.

Während also strengere Grenzen bei Abweichungen Vermietern und Fahrzeugherstellern gegenüber angemessen scheinen, ist dieselbe Strenge Breitbandanbietern gegenüber nicht sachgerecht.

(3) Die Relevanz der Geschwindigkeitsabweichung ist für Kunden gering

Drittens muss die BNetzA aus Sicht der Verbände zudem folgenden zentralen Faktor berücksichtigen: Eine Minderung soll ausgleichen, dass eine Leistung weniger nutzbringend für ihren Gläubiger ist. Angewendet auf einen Breitbandanschluss muss folglich die Frage beantwortet werden, ab wann eine Minderleistung für den Endnutzer nicht nur spürbar ist, sondern auch beeinträchtigend wirkt.

Die angegebenen Geschwindigkeiten sind aus Kundensicht nicht in einem mit dem Benzinverbrauch vergleichbaren Maß ausschlaggebend, sofern die Geschwindigkeit nicht unter einen gewissen Mindeststandard, der weit unter 90 Prozent der maximalen Geschwindigkeit liegt, fällt. Vor allem erleiden Kunden keinen finanziellen Nachteil durch Geschwindigkeitsabweichungen.

Ein Benzinmehrverbrauch um mehr als 10 Prozent ist für Kunden ein deutlich spürbarer, schwerwiegender Nachteil. Die genannte 10 Prozent Schwelle beim Benzinverbrauch wird mit der deutlichen Verringerung des Fahrzeugwertes für den Käufer begründet.⁵ Wenn ein Fahrzeug 10 Prozent mehr Benzin verbraucht als vom Hersteller angegeben, entstehen für den Nutzer regelmäßig deutlich höhere Kosten als erwartet. Die Effizienz des Benzinverbrauchs ist in aller Regel ein herausragender Faktor, der Verbrauchern beim Fahrzeugkauf bewusst ist und der deren Entscheidungen maßgeblich beeinflussen kann. Zu den wirtschaftlichen Gründen hierfür kommt das Umweltbewusstsein der Verbraucher hinzu, das auch oft ein Kriterium bei der Fahrzeugauswahl ist.⁶ Grundsätzlich ist dieser Mehrverbrauch also ein erheblicher Nachteil aus Sicht des Verbrauchers, der den Fahrzeugwert verringert.

Auch im Hinblick auf die Ergebnisse der Breitbandmessung der Bundesnetzagentur ist eine weitergehende Erheblichkeitsschwelle zwingend angezeigt. Denn die Unzufriedenheit der Kunden setzt erst bei einer Abweichung um etwa 30 Prozent ein. Regelmäßig fragt die Bundesnetzagentur im Rahmen der Breitbandmessung auch die Kundenzufriedenheit ab. Hier zeigt sich, dass die meisten Kunden mit Ihrem Anbieter zufrieden (Noten 1-3) sind (Seite 7 des Jahresberichts 2019/2020), obwohl

⁵ BGH NJW 2007, 2111, Rn. 4.

⁶ BGH NJW 2007, 2111, 2113 (Anmerkung Reinkling)

sie oftmals die angegebene maximale Datenübertragungsrate nicht erhalten haben (Seite 6 des Jahresberichts). Kunden, welche die Noten 1 und 2 bei der Zufriedenheit vergeben haben, erhalten im Median etwa zwischen 90-95 Prozent der maximalen Bandbreite. Kunden, welche die Noten 3-5 vergeben haben, erhalten im Median etwa zwischen 78-85 Prozent der maximalen Geschwindigkeit. Auch sehr unzufriedene Kunden erhalten noch etwa 70 Prozent der maximalen Bandbreite im Median (Jahresbericht 2019/2020, S. 34). Hieraus folgt zum einen, dass Abweichungen bei der Geschwindigkeit die Kundenzufriedenheit nur in geringem Maße beeinflussen. Zum anderen wird deutlich, dass eine Unzufriedenheit der Kunden erst bei einer inhaltlichen Abweichung von etwa 30 Prozent einsetzt.

Schließlich ist die Bandbreite für den Großteil der Verbraucher bei der Anbieterauswahl nicht ausschlaggebend und stellt nicht den Kern des Produktes dar. Sofern ein Mindestniveau der Geschwindigkeit weiterhin eingehalten wird, ist nicht davon auszugehen, dass geringe Abweichungen der Geschwindigkeit zukünftig spürbare Nachteile für Verbraucher mit sich bringen werden.

Die langjährigen Erhebungen der Bundesnetzagentur belegen daher, dass eine Schlechtleistung im Festnetz erst bei einer Abweichung von 30 Prozent angenommen werden kann.

(4) Nicht alle zivilrechtlichen Erheblichkeitsschwellen liegen bei 10 Prozent

Die Erheblichkeit wird in anderen zivilrechtlichen Fallkonstellationen als dem Kaufrecht deutlich anders als über eine 10-Prozent-Schwelle definiert. Eine erhebliche Beeinträchtigung einer Pauschalreise etwa, die zu einer Kündigung berechtigt, wird in der Rechtsprechung erst ab einem Minderungssatz von 25-50 Prozent angenommen.⁷

Die Schwelle bei 30 Prozent, statt bei 10 Prozent, anzusetzen ist also auch mit Blick auf andere zivilrechtliche Gebiete alles andere als außergewöhnlich.

Vielmehr ist es naheliegend, dass die bisherige Rechtsprechung der Zivilgerichte zu den Rechtsfolgen einer Abweichung von den „maximalen Bandbreiten“ auch weiterhin maßgeblich ist. Hier gibt es jedoch bisher keinerlei Rechtsprechung, die eine vertraglich erhebliche Abweichung bereits dann für gegeben hält, wenn nicht 90 Prozent der maximalen Bandbreite gemessen werden. Vielmehr sieht es die Rechtsprechung auf Grund der Einordnung des Telekommunikationsvertrages als Dienstleistungsvertrages (vgl. z. B. BGH Beschl. v. 23.03.2005 - Az.: III ZR 338/04) gerade nicht als erforderlich an, dass die maximale Geschwindigkeit erreicht wird. Ausreichend sind hier bisher Werte um knapp 50 Prozent der maximalen Bandbreite. Anhaltspunkte, dass daran etwas geändert werden soll/muss, finden sich weder im TKG noch in der TSM-VO. Die von den nationalen Regulierungsbehörden gemachten Vorgaben müssen sich vielmehr an der Rechtsprechung der nationalen Gerichte orientieren.

Im Rahmen des Vertragsschlusses wird dem Kunden zudem transparent gemacht, welche Dienstleistung maximal in der gewählten Vertragsklasse standortunabhängig verfügbar ist. Hierbei wird der Kunde vom Anbieter ebenfalls informiert, dass die tatsächlich erreichbare Geschwindigkeit insbesondere von den technischen Netzgegebenheiten, wie bspw. der Verkabelung im Wohnhaus abhängig ist.

Das Nichterreichen einer eher theoretischen Spitzengeschwindigkeit stellt keine spürbare Beeinträchtigung der Nutzbarkeit des Anschlusses dar. Der gewählte Abschlag sollte daher aus unserer Sicht von 10 % auf 30 % erhöht werden.

Hiergegen spricht auch nicht der Hinweis der BNetzA auf den bei manchen Anbietern mangelnden „Abstand“ von normalerweise zur Verfügung stehender und maximaler Geschwindigkeit, welcher

⁷ Tonner, in: MüKo BGB, § 651n, Rn. 9; e.g. LG Hannover, NJW-RR 1998, 194.

einen höheren Abschlag nicht erlauben würde. Eine Absenkung unter die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit würde jedenfalls nicht ausschließen, dass eine erhebliche Abweichung dennoch festgestellt werden kann – dann nur eben von der Normalgeschwindigkeit. Außerdem sind im Markt viele Tarife verfügbar (insbesondere bei FTTH-Versorgung), die überhaupt keine Differenz zwischen normalerweise zur Verfügung stehender und Maximalgeschwindigkeit kennen.

Zusammengefasste Empfehlung: Der Vergleich mit der Mietfläche und dem Benzinverbrauch ergibt zusammen mit den Ergebnissen zur Kundenzufriedenheit, dass erhebliche Abweichungen bei der Geschwindigkeit erst ab einer Schwelle deutlich über 10 Prozent abzunehmen sein sollten, um die speziellen Umstände dieser Fallkonstellation ausreichend zu berücksichtigen. Als angemessen zu betrachten wäre eine Abweichung von über 30 Prozent, sodass **in jeder Messkampagne mindestens einmal 70 Prozent der vertraglichen maximalen Geschwindigkeit gemessen werden müsste.**

b) Kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende (zeitliche) Abweichung

Zu Recht weist die Bundesnetzagentur auf Seite 8 ihres Entwurfs darauf hin, dass die **maximale Geschwindigkeit** „nicht durchgängig erreicht werden muss“. Folgerichtig wird die zeitliche Komponente insofern berücksichtigt, dass lediglich in 10 Prozent der Messungen (2-mal im Messzeitraum) annähernd die Maximalgeschwindigkeit gemessen werden muss.

Jedoch ist bei 20 Messungen am Tag nicht ausreichend sicher festzustellen, ob die angegebene maximale Geschwindigkeit regelmäßig erreicht wird. Der Entwurf der Allgemeinverfügung nimmt eine kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung an, wenn nicht an beiden Messtagen jeweils einmal die inhaltliche Komponente der Geschwindigkeit erfüllt wird. Es wird auf das Beispiel in Rn. 145 der BEREK-Leitlinien verwiesen, wonach die maximale Geschwindigkeit z.B. einmal am Tag erreicht werden muss. Das Messtool misst jedoch nicht kontinuierlich den ganzen Tag lang, kann also nicht treffend feststellen, ob die maximale Geschwindigkeit zu einem Zeitpunkt an dem Messtag erreicht wird, außer dieser ist zufällig einer der zehn Messzeitpunkte. Statistisch ist es aber unwahrscheinlich, dass regelmäßig zum Zeitpunkt mit der höchsten Geschwindigkeit gemessen wird.

Vor diesem Hintergrund wäre es angemessener, eine kontinuierliche Abweichung erst anzunehmen, wenn nicht *einmal pro Messkampagne* mindestens 70 Prozent der maximalen Geschwindigkeit erreicht werden.

Die BEREK-Leitlinien beanspruchen nicht, verbindlich zu sein und führen die Vorgabe des Zur-Verfügung-Stehens einmal am Tag außerdem nur beispielhaft auf.

Zu Ziffer 2.: Abweichungen von der normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit

Eine erhebliche und kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung von der angegebenen **normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit** wird dem Entwurf zufolge angenommen, wenn diese Geschwindigkeit nicht in 90 Prozent der Messungen erreicht wird.

Die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit muss nicht von jedem Nutzer in seinem persönlichen Durchschnitt durchgehend gemessen werden können. Die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit ist diejenige, die **ein** Endnutzer (zeitlich) meistens erwarten kann (TSM-VO; Erwägungsgrund 18). Dass **ein** Endnutzer diese Geschwindigkeit meistens erreichen kann ist so zu verstehen, dass die e normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit im Durchschnitt **aller** Nutzer mit diesem Tarif **meistens** festzustellen sein muss.

a) Erhebliche (inhaltliche) Abweichung

Im Hinblick auf die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit missachtet der Entwurf das Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit. Es wird kein Toleranzwert genannt, bei dem eine

Abweichung als unbeachtlich anzusehen ist. Die Vorgabe der Bundesnetzagentur enthält somit kein inhaltliches Merkmal.

Es ist erneut auf die Komplexität hinzuweisen, individuelle Anschlüsse zu generalisieren, um die Informationen für Verbraucher verständlich darzustellen: keinerlei Erheblichkeitsschwelle anzusetzen, wird diesem Umstand nicht gerecht.

Dass die Geschwindigkeit zeitlich meistens messbar sein muss, schließt nicht aus, dass inhaltliche Abschlüsse geboten sind. Gerade der Verweis der Bundesnetzagentur in dem Entwurf der Allgemeinverfügung darauf, dass die inhaltlichen und zeitlichen Faktoren kumulativ vorliegen müssen, hat zur Konsequenz, dass eine **erhebliche** Abweichung vorliegen muss. Jede Abweichung als „erheblich“ anzusehen, obwohl für die Abweichungen von den Geschwindigkeiten eine „erhebliche Abweichung“ gesetzlich vorgesehen wird ist nicht angebracht. Sofern in anderen zivilrechtlichen Konstellationen auf eine Erheblichkeit abgestellt wird, geschieht dies immer in Abgrenzung zur unerheblichen, nicht zu der jeweiligen Rechtsfolge führenden, Schlechtleistung oder Pflichtverletzung.

Auch hier sollte eine Schwelle von mindestens 70 Prozent der vom Anbieter angegebenen normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit angewandt werden, so dass erst Abweichungen ab 30 Prozent als erheblich anzusehen sind.

b) Kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende (zeitliche) Abweichung

Der zeitlichen Komponente versucht die Bundesnetzagentur damit Rechnung zu tragen, dass das Nichterreichen der Geschwindigkeit dreimal (öfter als 10 Prozent) auftreten muss. Ob dies bereits ausreicht, um das Nichterreichen als „ständig oder regelmäßig“ zu qualifizieren, erscheint äußerst fragwürdig.

Auch die zeitliche Komponente wird somit nicht ausreichend beachtet. Im Erwägungsgrund (18) der TSM-Verordnung heißt es nämlich: „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“. Meistens heißt jedoch nicht „immer“ oder „fast immer“, wie von der BNetzA auf Seite 10 des Entwurfs ausgeführt. Meistens dürfte vielmehr als in „mehr als 50 Prozent der Fälle“ oder ggf. „deutlich mehr als 50 Prozent der Fälle“ zu verstehen sein. Ein Wert von 90 Prozent der Fälle ist jedoch in jedem Falle überhöht.

Dementsprechend ist es geboten, die angegebene normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit in weniger als 100 Prozent aber in mehr als 50 Prozent der Messungen vorzuschreiben. Angemessen erscheint, auf 80 Prozent der Messungen abzustellen.

Zu Ziffer 3.: Abweichungen von der minimalen Geschwindigkeit

a) Erhebliche (inhaltliche) Abweichung

Auch bei der vom Anbieter angegebenen Minimalgeschwindigkeit ist darauf zu verweisen, dass nicht jede Abweichung als erheblich anzusehen sein kann, ohne den Zweck einer Erheblichkeitsvoraussetzung zu verfehlen. Es sollte aus den bezüglich der normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit aufgeführten Gründen auch bei der **minimalen Geschwindigkeit** eine Erheblichkeitsschwelle vorausgesetzt werden.

Statt wie bei den anderen Geschwindigkeiten eine Abweichung von über 30 Prozent als erheblich anzusehen, wäre für die minimale Geschwindigkeit bereits eine Erheblichkeitsschwelle von 20 Prozent angemessen.

b) Kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende (zeitliche) Abweichung

Ebenfalls nicht geboten ist vorzuschreiben, dass bereits einer Unterschreitung der vertraglich im Vertrag angegebenen minimalen Geschwindigkeit je einmal an jedem Messtag eine Schlechtleistung sein soll. Stattdessen sollte auf eine kontinuierliche Unterschreitung abgestellt werden, die minimale Geschwindigkeit soll also in 90 Prozent der Messungen vorliegen.

Dass die Geschwindigkeit grundsätzlich nicht zu unterschreiten ist (BEREC-Leitlinien, Rn. 143), ist kein überzeugendes Argument dafür, dass die Geschwindigkeit niemals unterschritten werden sollte. Ein „grundsätzlich“ ist kein „ausnahmslos“. Schließlich geht aus den BEREC-Leitlinien auch hervor, dass eine Abweichung im Falle einer Störung unterschritten werden kann und dass erst eine erhebliche Unterschreitung auf eine Schlechtleistung hindeutet.

Statt vorzuschreiben, dass die minimale Geschwindigkeit nicht an jedem Messtag unterschritten werden darf, soll darauf abgestellt werden, ob diese Geschwindigkeit in 90 Prozent der Messungen einer Messkampagne festgestellt werden kann.

3. Zeitliches Element

Aus Sicht der Verbände ist der Ansatz, für die Erheblichkeit einer Abweichung eine zeitliche und eine inhaltliche Komponente vorzusehen, richtig. Er entspricht den klaren Vorgaben der TSM-VO.

Bei der Festlegung, dass an zwei Tagen festgestellte Abweichungen bereits eine nicht vertragskonforme Leistung nachweisen sollen, fehlt es indes am Merkmal der kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung. Die Verbände halten die Beschränkung auf 20 Messungen an zwei Tagen ohne weitere Vorgaben zu den einzelnen Zeiten für unzureichend.

Die zeitliche Komponente der Abweichung ist – wie die Begründung zur Allgemeinverfügung zu Recht ausführt – darauf ausgelegt, eine regelmäßig wiederkehrende oder andauernde Abweichung zu belegen. Es muss also ein Kompromiss zwischen einer Repräsentativität der Messergebnisse einerseits und einer Praktikabilität andererseits gefunden werden.

Im Entwurf der Allgemeinverfügung sowie der Handreichung zum Messverfahren skizziert die BNetzA einige Randdaten, wie der Verbraucher die Messungen durchführen soll. So legt die BNetzA fest, dass der Verbraucher 20 Messungen auf zwei Tage verteilt durchführen muss – also jeweils 10 pro Tag. Die Tage können aufeinander folgen. Künftig soll die Messkampagne automatisch enden, sobald 20 Messungen erfolgt sind. Nach einer erfolgten Messung kann die nächste erst nach Ablauf von 5 Minuten gestartet werden.

Wesentliche Aspekte bleiben jedoch unberücksichtigt. Die Vorgaben überlassen es dem Verbraucher, die Messungen zu einer beliebigen und für ihn günstigen Zeit durchzuführen. In den allermeisten Fällen wird es sich hierbei um solche Zeiten handeln, die für den Anbieter nachteilig sind, da es sich um Peak-Zeiten handelt. Eine feste Regelung, dass nur ein Teil dieser Messungen während der Peak-Zeiten verzeichnet werden darf, gibt es nicht.

Bedenkt man, dass eine Messung in ca. 1 Minute durchgeführt werden kann, sind aufeinanderfolgende 10 Messungen unter Berücksichtigung des 5-Minutenabstands selbst unter ungünstigen Umständen in ca. 1 Stunde, also nebenher und ohne größere Einschränkungen des privaten Umfelds, durchführbar. Wir halten es aber für ohne Weiteres zumutbar, Teile der Messkampagne mehrmals und verteilt über den Tag durchzuführen. Dies wird einem durchschnittlichen Kunden ohne unzumutbare Last möglich sein.

Demgegenüber wäre der Gewinn an Repräsentativität erheblich. Hier gilt der Leitsatz:

Die Auswahl einer Teilgesamtheit ist so vorzunehmen, dass „aus dem Ergebnis der Teilerhebung möglichst exakt und sicher auf die Verhältnisse der Gesamtmasse geschlossen werden kann.“ Dies ist dann der Fall, „wenn sie [die Teilerhebung] in der Verteilung aller interessierenden Merkmale der Gesamtmasse entspricht, d. h. ein zwar verkleinertes, aber sonst wirklichkeitsgetreues Abbild der Gesamtheit darstellt.“⁸

Um eine repräsentatives Nachweisverfahren durchzuführen, muss dieses also so gestaltet sein, dass nicht nur statistische Abweichungen bzw. Messfehler erkannt werden können. Vielmehr muss aus den Daten selbst auf eine normale Nutzung rückgeschlossen werden können. Dazu gehört, dass die Messungen eben nicht nur zu Peak-Zeiten erfolgen dürfen. Insoweit sind die BEREK-Leitlinien zwar zu beachten aber eben auch keine verbindliche Vorgabe. Wie die gesamte hier in Rede stehende Festlegung sind diese Leitlinien – inzidenter – durch Gerichte zu überprüfen. Insofern erscheint es uns zwingend, von den Leitlinien eben dort abzuweichen, wo sie augenscheinlich zu geringe Anforderungen stellen.

In diesem Zusammenhang verweisen wir insbesondere auf die bisherige Positionierung der Rechtsprechung zur zeitlichen Komponente der Nachweispflicht, welche regelmäßig Messungen über einen Zeitraum von 14 Tagen gefordert hat. Diese Rechtsprechung ist für die vorliegende Festlegung relevant, sollte also im Rahmen einer umfassenden Abwägung aller Belange herangezogen werden.

Unverständlich ist aus unserer Sicht die auf Seite 12 des Entwurfs (lit. bb) angeführte Begründung, warum lediglich 2 Messtage vorgeschrieben werden. Da es sich nicht um eine Handlungspflicht handelt, ist ein „mildestes Mittel“ keine relevante Kategorie für eine Angemessenheitsprüfung. Vielmehr ist eine Abwägung zwischen den für eine belastbare Messung notwendigen Anforderungen und den damit verbundenen Aufwendungen beim Kunden vorzunehmen. Diese Abwägung darf nicht darauf hinauslaufen, die Messdauer so kurz wie gerade noch vertretbar zu halten, sondern die widerstreitenden Interessen sind in einen gerechten Ausgleich zu bringen.

Daher ist allenfalls eine geringfügige Kürzung der von den Gerichten geforderten Verteilung der Messungen auf 14 Tage zu rechtfertigen.

Insgesamt schlagen wir vor, das Nachweisverfahren so auszugestalten, dass

- zwei Messkampagnen
- mit einem Mindestabstand von 7 Tagen über einen maximalen Zeitraum von 14 Tagen verteilt,
- mit jeweils 2 x 5 Messungen pro Tag an zwei aufeinanderfolgenden Tagen,
- wobei zwischen den täglichen Teilkampagnen ein Abstand von mindestens 6 Stunden liegen muss,

gefordert werden.

Nach der ersten Messkampagne aus 20 Messungen, verteilt auf zwei Messtage, die eine erhebliche inhaltliche Abweichung zeigt, erscheint es sinnvoll, dass sich der Verbraucher an seinen Anbieter wendet. Dies würde dem Anbieter nicht nur die Gelegenheit einräumen, dem Kunden zu helfen und die – zu diesem Zeitpunkt noch fragliche – Ursache zu finden, sondern auch die Validität der Messungen sicherstellen. Die BNetzA weist selbst darauf hin, dass u. a. Mesh- und Powerline-Systeme nicht vom Messtool erkannt werden können. Hierzu sollte das Messtool in einem Zwischenprotokoll auf eine Abweichung hinweisen und dem Kunden die Möglichkeit nahelegen, sich zur Problemlösung

⁸ Ludwig Berekoven, Werner Eckert, Peter Ellenrieder: Marktforschung: Methodische Grundlagen und praktische Anwendung. 8. Auflage. Wiesbaden 1999.

an seinen Anbieter zu wenden. Im Anschluss müsste die zweite Messkampagne in einem Abstand von mindestens fünf Tagen zur ersten Messkampagne erfolgen, um das zeitliche Element der möglichen Schlechtleistung zu bestätigen.

Zwei Messkampagnen vorauszusetzen, ist angesichts der ungewöhnlichen Härte der Rechtsfolge der Minderung verhältnismäßig. Diese Voraussetzung ist eine höhere Anforderung an die Verbraucher als nach dem Entwurf der Allgemeinverfügung. Jedoch ist die Rechtsfolge, dass die Minderung ohne die vorherige Möglichkeit der Anbieter zur Nachbesserung erklärt werden kann (im Gegensatz zur Minderung im Kaufrecht gem. §§ 441 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB, die eine vorherige Fristsetzung erfordert). Dieser Umstand ist derart schwerwiegend, dass diese höhere Anforderung an den Verbraucher angebracht ist.

4. Gemeldete Störungen

Während gemeldete Störungen des Netzes andauern, darf keine zur Minderung berechtigende Messung durchgeführt werden. Messungen, die in dieser Zeit erfolgen, sind nicht als Teil einer Messkampagne zu berücksichtigen.

Gemeldete Störungen sind keine regelmäßig wiederkehrenden oder kontinuierlichen Abweichungen der Geschwindigkeit. In den BEREK-Leitlinien (Rn. 143) wird darauf verwiesen, dass, während Störungen andauern, nicht zu erwarten ist, dass die angegebene minimale Geschwindigkeit erreicht wird. Dieser Einschätzung ist zu folgen, auf die anderen Geschwindigkeiten ist diese Vorgabe erst recht anzuwenden.

5. Ausschluss von stationären Mobilfunkanschlüssen

Im Gegensatz zur Mitteilung der BNetzA von 2017 findet sich in der nun konsultierten Allgemeinverfügung kein Hinweis mehr auf Hybridprodukte oder ähnliche Produkte, die ausschließlich über den Zugang zum Mobilfunknetz realisiert werden. Wir gehen jedoch davon aus, dass sich an deren grundsätzlichen Einordnung als Mobilfunkdienste nichts geändert haben kann. Daher ist die (Wieder-)Aufnahme eines entsprechenden, den Anwendungsbereich der Allgemeinverfügung auf den Festnetzanteil begrenzenden Hinweises zwingend erforderlich. Die BNetzA bringt selbst konkludent zum Ausdruck, dass sie Mobilfunk anders geregelt sehen will.

6. Vorschlag

Vor diesem Hintergrund schlagen wir vor, den Wortlaut wie folgt zu fassen:

Eine erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit liegt bei Festnetz-Breitbandanschlüssen im Down- und Upload jeweils vor, wenn

1. nicht an einem Messtag einer Messkampagne jeweils mindestens einmal 70 Prozent der angegebenen maximalen Geschwindigkeit erreicht werden,
2. nicht 70 Prozent der normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit in 80 Prozent der Messungen erreicht wird oder
3. 80 Prozent der angegebenen minimalen Geschwindigkeit in 10 Prozent der Messungen unterschritten werden, wobei
4. zwei Messkampagnen,
 - a) mit einem Mindestabstand von sieben Tagen über einen maximalen Zeitraum von 14 Tagen verteilt,
 - b) mit jeweils 2 x 5 Messungen pro Tag (2 Teilkampagnen) an zwei aufeinanderfolgenden Tagen, insgesamt 40 Messungen durchzuführen sind,
 - c) wobei zwischen den täglichen Teilkampagnen ein Abstand von mindestens 6 Stunden liegen muss.

Zusammengefasst ergibt sich aus den oben getroffenen Konkretisierungen folgende Übersicht, unter welchen Voraussetzungen die Geschwindigkeit eines Internetzugangsdienstes vertragskonform ist:

	Inhaltlicher Faktor (= erhebliche Abweichung)		Zeitlicher Faktor (= kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung)	
	Entwurf der BNetzA	Vorschlag der Verbände	Entwurf der BNetzA	Vorschlag der Verbände
				in einer von zwei Messkampagnen ...
Maximalgeschwindigkeit	mindestens 90 Prozent vom Maximalwert	mindestens 70 Prozent vom Maximalwert	an beiden Tagen jeweils mindestens 1x erreicht	mindestens 1x mal erreicht
Normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit	ohne Abschlag	mindestens 70 Prozent der normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit	in mindestens 90 Prozent der Messungen im Messzeitraum erreicht	in mindestens 80 Prozent der Messungen im Messzeitraum erreicht
Minimale Geschwindigkeit	ohne Abschlag	mindestens 80 Prozent der minimalen Geschwindigkeit	nicht an beiden Tagen unterschritten	in mindestens 90 Prozent der Messungen im Messzeitraum erreicht