

ENTWURF

Verfügung Nr. XX/2021 (Amtsblatt XX/2021 vom XX.XX.2021)

Allgemeinverfügung

Az.: 120-3945-1/2021

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Konkretisierung der unbestimmten Begriffe „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit“ bei Festnetz-Breitbandanschlüssen gemäß § 57 Abs. 5 i. V. m. Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG¹

hat die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten Jochen Homann,

am XX.XX.2021 verfügt:

I.

Die unbestimmten Begriffe der erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung bei der Geschwindigkeit i. S. d. § 57 Abs. 5 i. V. m. Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG werden für Festnetz-Breitbandanschlüsse wie folgt konkretisiert:

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

II.

Die Mitteilung Nr. 485/2017 im Amtsblatt Nr. 13/2017 vom 12.07.2017 wird mit Bekanntgabe dieser Allgemeinverfügung gegenstandslos.

¹ Telekommunikationsgesetz (nachfolgend TKG) in der ab dem 01.12.2021 geltenden Fassung, BGBl. I Nr. 35 vom 28.06.2021, S. 1858ff.

ENTWURF

- 2 -

Gründe

I.

1. Das „Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts“ (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz) stärkt die Rechte von Verbrauchern im Falle einer nicht vertragskonformen Leistung bezogen auf den Internetzugangsdienst.

Gemäß § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG ist der Verbraucher berechtigt, im Falle von erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichungen bei der Geschwindigkeit oder bei anderen Dienstleistungsparametern zwischen der tatsächlichen Leistung der Internetzugangsdienste und der vom Anbieter der Internetzugangsdienste gemäß Artikel 4 Absatz 1 lit. a bis d der Verordnung (EU) 2015/2120 (im Folgenden: TSM-VO) angegebenen Leistung, die durch einen von der Bundesnetzagentur bereitgestellten oder von ihr oder einem von ihr beauftragten Dritten zertifizierten Überwachungsmechanismus ermittelt wurden, unbeschadet sonstiger Rechtsbehelfe, das vertraglich vereinbarte Entgelt zu mindern oder den Vertrag außerordentlich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

§ 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG geht auf die Regelung des Art. 4 Abs. 4 TSM-VO zurück und entspricht weitestgehend dessen Wortlaut und Inhalt. Insbesondere finden sich dort auch die unbestimmten Begriffe „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit“ als Voraussetzungen für die Geltendmachung einer nicht vertragskonformen Leistung wieder, die durch einen von der nationalen Regulierungsbehörde zertifizierten Überwachungsmechanismus festgestellt werden sollen.

Die Regelungen aus der TSM-VO ermöglichen Verbrauchern bislang schon die Überprüfung ihrer Breitbandgeschwindigkeiten mittels des von der Bundesnetzagentur seit 2018 für den Festnetzbereich im Download zu diesem Zweck zur Verfügung gestellten Überwachungsmechanismus. Seitdem wird eine installierbare Version (sog. Desktop-App) der Breitbandmessung der Bundesnetzagentur für Festnetz-Breitbandanschlüsse im Download zum Nachweis einer nicht vertragskonformen Leistung nach Art. 4 Abs. 4 TSM-VO bereitgestellt. Diese gilt gemäß der BEREC-Leitlinien zur Umsetzung der Verordnung zum Offenen Internet (BoR (20) 112, im Folgenden: BEREC-Leitlinien, Rn. 161) als zertifizierter Überwachungsmechanismus im Sinne der TSM-VO.

An festgestellte Abweichungen zwischen der tatsächlich zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit und der vertraglich vereinbarten Qualität waren nach bisherigem Recht lediglich die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe des Schadensersatzes und der Kündigung, jedoch bislang kein Recht zur Minderung zugunsten des Kunden geknüpft. Durch das Telekommunikationsmodernisierungsgesetz wurde ein Minderungsrecht bei Schlechtleistung eingeführt: Nach § 57 Abs. 4 Satz 2 TKG haben Verbraucher nun die Möglichkeit, bei Abweichungen das vertraglich vereinbarte Entgelt gegenüber ihrem Anbieter in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem die tatsächliche Leistung von der vertraglich vereinbarten Leistung abweicht. Daneben besteht auch weiterhin die Möglichkeit, den Vertrag außerordentlich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

Die Bundesnetzagentur erhält mit dem Inkrafttreten der neuen Verbraucherrechte in § 57 Abs. 4 TKG eine Festlegungskompetenz nach § 57 Abs. 5 TKG. Diese sieht u. a. vor, dass die Bundesnetzagentur die in § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG genannten unbestimmten Begriffe der erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichungen bei der Geschwindigkeit zwischen tatsächlicher und vertraglich zugesicherter Leistung nach Anhörung der betroffenen Kreise durch eine Allgemeinverfügung konkretisieren kann.

ENTWURF

- 3 -

Im Jahr 2017 hat die Bundesnetzagentur im Rahmen der Mitteilung Nr. 485/2017 im Amtsblatt Nr. 13/2017 vom 12.07.2017 eine Konkretisierung der unbestimmten Begriffe „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit“ bei Festnetz-Breitbandanschlüssen im Download auf Grundlage von Art. 4 Abs. 4 der TSM-VO und unter Bezugnahme auf die gemäß Art. 5 Abs. 3 der TSM-VO erlassenen BEREC-Leitlinien vorgenommen. Mit der Mitteilung und der Desktop-App der Breitbandmessung als Nachweisverfahren liegen somit seit dem Jahr 2017 für Festnetz-Breitbandanschlüsse im Download Hinweise für eine nicht vertragskonforme Leistung sowie seit 2018 ein Überwachungsmechanismus zur Feststellung dieser Minderleistung vor. Die seinerzeit umfangreich in der TK-Branche konsultierte Mitteilung besteht seit ihrer Veröffentlichung unverändert fort und wird seitdem in der Praxis im Rahmen des Nachweisverfahrens mittels Desktop-App angewendet. Es wurden zwischenzeitlich keine Änderungen vorgenommen.

Die Gesetzesbegründung zu § 57 Abs. 5 TKG nimmt Bezug auf die seit 2017 bestehende Mitteilung und zu den Vorgaben zur Download-Geschwindigkeit bei Festnetz-Breitbandanschlüssen sowie zum Nachweisverfahren mittels Breitbandmessung. Demnach soll die Bundesnetzagentur die Festlegungskompetenz nach § 57 Abs. 5 TKG zur Vorbeugung von sich aus dem Minderungsrecht möglicherweise ergebenden Streitigkeiten zwischen Anbietern und Verbrauchern erhalten bzw. um eine gerichtliche Beurteilung der behördlichen Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe zu ermöglichen (vgl. Deutscher Bundestag, Drucksache 19/26108 vom 25.01.2021, nachfolgend BT-Drucks. 19/26108, S. 290).

2. Vor diesem Hintergrund hat die Bundesnetzagentur – ausgehend von der Mitteilung Nr. 485/2017 – einen Entwurf einer Allgemeinverfügung zur Konkretisierung der unbestimmten Begriffe der „erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung bei der Geschwindigkeit nach § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG“ in Bezug auf Festnetz-Breitbandanschlüsse im Down- und Upload erstellt. Der Entwurf wurde am 08.09.2021 auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht und im Rahmen eines schriftlichen Anhörungsverfahrens bis zum 05.10.2021 zur Konsultation gestellt. Zugleich hat die Bundesnetzagentur die Verfahrenseröffnung im Amtsblatt Nr. 17 vom 08.09.2021, Mitteilung **Nr. XX** bekanntgemacht.

Im Rahmen der Anhörung haben sich folgende Verbände, Interessengruppen und Unternehmen durch Übersendung von Stellungnahmen an der Anhörung beteiligt:

[Platzhalter für Beteiligte am Verfahren und Zusammenfassung der eingegangenen Stellungnahmen]

Die Stellungnahmen sind auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die Bundesnetzagentur konkretisiert mit dieser Allgemeinverfügung die unbestimmten Begriffe der erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung bei der Geschwindigkeit für Festnetz-Breitbandanschlüsse im Down- und Upload. Die Entscheidung beruht auf § 57 Abs. 5 i. V. m. Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG.

1. Formelle Anforderungen

Die formellen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Allgemeinverfügung sind erfüllt. Die Bundesnetzagentur ist die zuständige Behörde für die hiesige Entscheidung (hierzu 1.a)), sie hat das

ENTWURF

- 4 -

erforderliche Anhörungsverfahren durchgeführt (hierzu 1.b)) und die Entscheidung in der gesetzlich vorgesehenen Form erlassen und öffentlich bekanntgemacht (hierzu 1.c)).

a) Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die Entscheidung folgt aus §§ 191, 57 Abs. 5 i. V. m. Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG.

b) Verfahren und Adressatenkreis

(1) Die gesetzlich gemäß § 57 Abs. 5 TKG i. V. m. § 28 VwVfG erforderliche Anhörung der betroffenen Kreise erfolgte mit der am 08.09.2021 eingeleiteten öffentlichen Konsultation des Entwurfs der Allgemeinverfügung im Amtsblatt und auf der Internetseite der Bundesnetzagentur. Es bestand die Möglichkeit zur Stellungnahme bis zum 05.10.2021.

(2) Der Verbraucher ist zunächst Adressat der in § 57 Abs. 4 TKG definierten Rechte. Wird ihm ein unmittelbarer Minderungsanspruch oder ein außerordentliches Kündigungsrecht im Falle von erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichungen bei der Geschwindigkeit zwischen tatsächlicher und vertraglich zugesicherter Leistung ermöglicht, wird er durch die hiesige Konkretisierung der Begriffe in die Lage versetzt, festzustellen, ab wann eine solche Abweichung vorliegt und er die daran anknüpfenden Rechtsbehelfe geltend machen kann. Gleichermaßen erhält er Vorgaben zum Überwachungsmechanismus, um seine Ansprüche gegenüber dem Anbieter oder bei einem möglichen Schlichtungs- oder Gerichtsverfahren nachweisen zu können.

Der Anbieter von Festnetz-Internetzugangsdiensten ist ebenfalls Adressat dieser gesetzlichen Verpflichtung. Er gibt die vertraglich vereinbarte Leistung gegenüber seinem Kunden vor, die im Rahmen des Überwachungsmechanismus mit der tatsächlich erreichten Leistung abgeglichen wird. Die Konkretisierung der unbestimmten Begriffe legt für den Anbieter die Schwelle fest, ab wann er ein Minderungsrecht oder ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Verbrauchers gegen sich gelten lassen muss.

c) Form und öffentliche Bekanntgabe

Die Bundesnetzagentur erlässt die Entscheidung gemäß § 57 Abs. 5 TKG als Allgemeinverfügung nach § 35 Satz 2 VwVfG.

Die Entscheidung in Form der Allgemeinverfügung ist gemäß § 210 Satz 1 TKG öffentlich bekannt zu geben. Die öffentliche Bekanntgabe wird gemäß § 210 Satz 2 Nr. 1 TKG dadurch bewirkt, dass die vollständige Entscheidung einschließlich ihrer Begründung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht und gemäß § 210 Satz 2 Nr. 2 TKG im Amtsblatt der Bundesnetzagentur der verfügende Teil der Allgemeinverfügung, die Rechtsbehelfsbelehrung sowie ein Hinweis auf die Veröffentlichung der vollständigen Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur bekannt gemacht wird.

Hierzu wird die Entscheidung mit ihrem verfügenden Teil im Amtsblatt der Bundesnetzagentur vom **XX.XX.2021** öffentlich bekanntgemacht. Gemäß § 210 Satz 2 Nr. 2 lit. c) TKG wird darin angegeben, dass die vollständige Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur eingesehen werden kann.

2. Materielle Anforderungen

Nach § 57 Abs. 5 TKG kann die Bundesnetzagentur die in § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG genannten Begriffe der erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichungen bei der Geschwindigkeit zwischen der tatsächlichen Leistung der Internetzugangsdienste und der vom Anbieter angegebenen Leistung durch Allgemeinverfügung konkretisieren.

Mit der vorliegenden Allgemeinverfügung macht die Bundesnetzagentur von der ihr in § 57 Abs. 5 TKG zustehenden Kompetenz in Bezug auf Festnetz-Breitbandanschlüsse im Down- und Upload Gebrauch. Sie übt das ihr zustehende Entschließungs- und Auswahlermessen gemäß § 40 VwVfG entsprechend dem Zweck der Ermächtigung aus und hält die gesetzlichen Grenzen des Ermessens ein.

Die materiellen Anforderungen für den Erlass dieser Allgemeinverfügung liegen vor. Die Festlegung der unbestimmten Begriffe ist insoweit erforderlich und geboten (hierzu 2.a)) sowie in der konkreten Ausgestaltung ermessensfehlerfrei erfolgt (hierzu 2.b)).

a) Allgemeinverfügung ist geboten

Die Allgemeinverfügung ist geboten, weil es das Ziel des Gesetzgebers war, den Verbrauchern mit § 57 Abs. 4 Satz 1 TKG nunmehr auch ein Recht zur Minderung bei einer festgestellten Abweichung zwischen der tatsächlich zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit und der vertraglich vereinbarten Geschwindigkeit der Internetzugangsdienste neben die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe des Schadensersatzes und der Kündigung zu stellen. Die Bundesnetzagentur ist auf der Grundlage von § 57 Abs. 5 TKG ermächtigt, die in § 57 Abs. 4 Satz 1 TKG genannten unbestimmten Begriffe im Rahmen ihres Ermessens zu konkretisieren. Hierzu hat die Bundesnetzagentur bereits im Jahr 2017 eine Mitteilung Nr. 485/2017 im Amtsblatt Nr. 13/2017 erstellt, die Konkretisierungen für Festnetz-Breitbandanschlüsse im Download enthielt. Die Erfahrungen haben gezeigt, dass nunmehr auch die Regelungen auf den Festnetz-Upload auszudehnen sind.

Die Allgemeinverfügung überführt die bisherige Mitteilung vom 12.07.2017 der Bundesnetzagentur, erweitert um die Upload-Geschwindigkeit, in den neuen Rechtsrahmen des TKG. Damit wird den Ausführungen des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung zu § 57 Abs. 5 TKG Rechnung getragen, wonach mit der Übertragung einer Konkretisierungskompetenz auf die Bundesnetzagentur auch eine gerichtliche Beurteilung der behördlichen Konkretisierung der unbestimmten Begriffe ermöglicht werden soll. Eine gerichtliche Überprüfung dieser Konkretisierung in Form einer Allgemeinverfügung kann – im Gegensatz zu der bisherigen Mitteilung – nunmehr vor den Verwaltungsgerichten erfolgen.

Die Allgemeinverfügung ist zudem geboten, um für alle betroffenen Kreise Rechtssicherheit bei der Frage herzustellen, ab wann ein Minderungsanspruch oder ein Anspruch auf eine außerordentliche Kündigung i. S. v. § 57 Abs. 4 Satz 1 TKG gegenüber dem Anbieter von Internetzugangsdiensten geltend gemacht werden kann. Sie ermöglicht damit eine einheitliche Rechtsanwendung zwischen allen Verbrauchern und Anbietern von Internetzugangsdiensten. Dies dient der Planungssicherheit der Anbieter und stärkt den Schutz der Verbraucher. Schließlich entspricht dieses Vorgehen auch hier dem in der Gesetzesbegründung formulierten Ziel des Gesetzgebers, möglichen Streitigkeiten zwischen Anbietern und Verbrauchern vorzubeugen. Ohne entsprechende Konkretisierung wäre die Auslegung der unbestimmten Begriffe des § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG allein durch die Rechtsprechung zu erreichen mit der Folge, dass bis zum Erlass rechtskräftiger Entscheidungen eine längerfristige Rechtsunsicherheit zu erwarten wäre.

Die Konkretisierung der unbestimmten Begriffe für den Bereich der Mobilfunk-Breitbandanschlüsse bleibt vorbehalten.

b) Festlegung „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit“ (Tenor zu I.)

Die Begriffe der erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßigen Abweichung bei der Geschwindigkeit werden für die maximale Geschwindigkeit (Tenor zu I. 1.), für die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit (Tenor zu I. 2.) sowie für die minimale Geschwindigkeit (Tenor zu I. 3.) der Internetzugangsdienste im Festnetz konkretisiert (hierzu unter aa)). Die Konkretisierung erstreckt sich sowohl auf den Up- wie auch auf den Download-Bereich (hierzu unter bb)). Die bisherige Mitteilung der Bundesnetzagentur wird als Grundlage herangezogen (hierzu unter cc)). Die Konkretisierung der unbestimmten Begriffe erfolgt differenziert nach einem inhaltlichen und einem zeitlichen Faktor (hierzu unter dd)). Im Einzelnen:

aa) Festlegung für maximale, normalerweise zur Verfügung stehende und minimale Geschwindigkeit im Festnetz nach Art. 4 Abs. 1 lit. d TSM-VO

Die Erforderlichkeit, die unbestimmten Begriffe für die maximale, die normalerweise zur Verfügung stehende sowie für die minimale Geschwindigkeit festzulegen, ergibt sich aus der Verweisung von § 57 Abs. 5 TKG auf § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG, der wiederum unter anderem auf Art. 4 Abs. 1 lit. d TSM-VO Bezug nimmt.

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. d TSM-VO sind bei Internetzugangsdiensten bei Festnetzen die minimale, normalerweise zur Verfügung stehende, maximale und beworbene Down- und Upload-Geschwindigkeit vom Anbieter im Vertrag anzugeben. Die beworbene Geschwindigkeit entspricht in Deutschland in der Regel der maximalen Geschwindigkeit. Dem trägt auch die Verordnung zur Förderung der Transparenz auf dem Telekommunikationsmarkt (TK-Transparenzverordnung) vom 01.07.2017 Rechnung. Für Internetzugangsdienste muss danach im Produktinformationsblatt nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 TK-Transparenzverordnung die minimale, die normalerweise zur Verfügung stehende sowie die maximale Datenübertragungsrate für Download und Upload angegeben werden.

bb) Geltung für Upload- und Download-Geschwindigkeit

Bei der Festlegung des Geltungsbereichs der Allgemeinverfügung für Festnetz-Breitbandanschlüsse hat die Bundesnetzagentur ihr Ermessen dahingehend fehlerfrei ausgeübt, dass die vorgenommene Konkretisierung der unbestimmten Begriffe für die vertraglich angegebenen Geschwindigkeiten im Festnetz sowohl im Download als auch im Upload gilt.

Die Entscheidung, die Allgemeinverfügung abweichend von den bisherigen Regelungen der Mitteilung auch auf Upload-Geschwindigkeiten auszudehnen, ergibt sich zunächst aus den Rechtsgrundlagen. Art. 4 Abs. 1 lit. d TSM-VO wie auch § 1 Abs. 2 Nr. 5 und § 7 Abs. 2 der TK-Transparenzverordnung sowie die BEREC-Leitlinien (Rn. 140) sind jeweils auf Download und Upload anwendbar.

Die bislang geltende Mitteilung Nr. 485/2017 im Amtsblatt Nr. 13/2017 vom 12.07.2017 der Bundesnetzagentur beinhaltet ausschließlich Regelungen für Festnetzanschlüsse im Download. Die Upload-Geschwindigkeiten waren seinerzeit nicht berücksichtigt worden, da diese 2017 in der weit überwiegenden Zahl der Fälle nicht die gleiche Bedeutung hatten wie die Download-Geschwindigkeiten und auch nicht beworben wurden.

Die Konkretisierung bezieht sich nun auch auf die Upload-Geschwindigkeiten. Aufgrund der verstärkten Nutzung von z. B. Home Office, Home Schooling und Smart Home-Anwendungen hat die Leistungsfähigkeit des Datentransports in Upload-Richtung zwischenzeitlich für den Nutzer eine

ENTWURF

- 7 -

vergleichbare Bedeutung wie die Download-Richtung erlangt. Daher wird der Upload auch durch die Anbieter beworben. Zum Teil werden Produkte mit gleicher Download- aber unterschiedlicher Upload-Geschwindigkeit angeboten, um den unterschiedlichen Ansprüchen der Nutzer gerecht zu werden.

Bei der Nutzung von Internetzugangsdiensten unterscheiden sich Download und Upload jeweils nur in der Richtung des Datentransports; es liegen dem aber die gleichen Transportprotokolle zugrunde. Daher werden auch die gleichen Anforderungen im Rahmen dieser Allgemeinverfügung zugrunde gelegt. Bei der Breitbandmessung werden ebenfalls die gleichen technischen Abläufe zur messtechnischen Erfassung der Geschwindigkeiten angewandt.

cc) Mitteilung der Bundesnetzagentur Nr. 485/2017 als Grundlage

Mit der Mitteilung Nr. 485/2017 im Amtsblatt Nr. 13/2017 vom 12.07.2017 hat die Bundesnetzagentur die Begriffe „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung“ in Bezug auf die im Festnetz angegebenen Geschwindigkeiten des Anbieters im Download bereits definiert. Sie hat damit konkretisiert, wann eine nicht vertragskonforme Leistung vorliegt.

Mit Blick darauf, dass diese Mitteilung seit über vier Jahren unverändert Bestand hat und angewendet wird, wird sie als Grundlage für die hiesige Entscheidung zur Konkretisierung der nunmehr in § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG genannten unbestimmten Begriffe der erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung bei der Geschwindigkeit für Festnetz-Breitbandanschlüsse herangezogen. Überdies nimmt auch die Gesetzesbegründung zu § 57 Abs. 5 TKG auf die Mitteilung Bezug.

dd) Konkretisierung der unbestimmten Begriffe

Für die Konkretisierung der unbestimmten Begriffe wird eine Differenzierung vorgenommen nach inhaltlichem (erhebliche Abweichung) und zeitlichem Faktor (kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung) (hierzu unter (1) (a)). Voraussetzung für das Vorliegen eines Minderungsanspruchs ist das kumulierte Vorliegen von inhaltlichem und zeitlichem Faktor (hierzu unter (1) (b)). Auf diesen Grundlagen wird die erhebliche, kontinuierliche und regelmäßig wiederkehrende Abweichung jeweils für die maximale Geschwindigkeit (Tenor zu I. 1, hierzu unter (2)), die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit (Tenor zu I. 2., hierzu unter (3)) und die minimale Geschwindigkeit (Tenor zu I. 3, hierzu unter (4)) konkretisiert. Abschließend erfolgt zusammenfassend eine Übersicht zu vertragskonformen Abweichungen (hierzu unter (5)). Im Einzelnen:

(1) Inhaltlicher und zeitlicher Faktor

(a) Die Bundesnetzagentur differenziert im Rahmen ihrer Festlegungen zwischen einem inhaltlichen Faktor einerseits (erhebliche Abweichung in Bezug auf den Leistungsumfang) und einem zeitlichen Faktor andererseits (kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung).

Dies ergibt sich aus § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG und Art. 4 Abs. 4 TSM-VO. Hinsichtlich der Nennung der möglichen Abweichungen übernimmt § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG den Wortlaut aus Art. 4 Abs. 4 TSM-VO, der ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG weiterhin die inhaltliche Grundlage für die neue gesetzliche Regelung sein soll (BT-Drucks. 19/26108, S. 290). Der Verordnungsgeber führt in Erwägungsgrund 18 der TSM-VO aus, dass „jede erhebliche und ständig oder regelmäßig auftretende Abweichung zwischen der tatsächlichen Leistung des Dienstes und der im Vertrag angegebenen Leistung [...] als nicht vertragskonforme Leistung gelten [Unterstreichung nur hier]“ soll. Durch die Trennung von „erhebliche Abweichung“

ENTWURF

- 8 -

mit dem Wort „und“ von „ständig oder regelmäßig auftretende Abweichung“ ist hier eine Differenzierung sowohl in ein inhaltliches („erheblich“) als auch ein zeitliches („kontinuierlich“ oder „regelmäßig wiederkehrend“) Element gegeben.

Auch die BEREC-Leitlinien unterscheiden zumindest für die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit ausdrücklich zwischen einem inhaltlichen und einem zeitlichen Faktor als „zwei Dimensionen“: dem numerischen Wert der Geschwindigkeit und der Verfügbarkeit während eines bestimmten Zeitraums (BEREC-Leitlinien, Rn. 147).

Die Bundesnetzagentur hat in ihrer Mitteilung Nr. 485/2017 im Amtsblatt Nr. 13/2017 vom 12.07.2017 diese Differenzierung entsprechend zugrunde gelegt. Sie wurde im Rahmen der Konsultation der Mitteilung und seit ihrer finalen Veröffentlichung in der Praxis seitens der Marktbeteiligten nicht bemängelt. Die Unterscheidung zwischen inhaltlichem und zeitlichem Element wird daher von der Bundesnetzagentur fortgeführt.

(b) Für die Geltendmachung eines Minderungsanspruchs ist Voraussetzung, dass sowohl der inhaltliche als auch der zeitliche Faktor gegeben ist, d. h., dass sowohl eine erhebliche Abweichung als auch eine kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung kumulativ vorliegen müssen. Dies belegt Erwägungsgrund 18 der TSM-VO, wonach zwischen der inhaltlichen und der zeitlichen Kategorie durch die Einfügung des Wortes „und“ eine Verknüpfung hergestellt wird („jede erhebliche und ständig oder regelmäßig auftretende Abweichung“). Die Kumulierung der erheblichen mit der kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung als Voraussetzung für einen Minderungsanspruch ist somit bereits in Art. 4 Abs. 4 TSM-VO vorgesehen. Da § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG den Inhalt dieses Rechtstextes und damit auch die Begründung des Art. 4 Abs. 4 TSM-VO übernimmt, ist die Kumulierung der Faktoren aus einerseits inhaltlicher (erheblicher) Abweichung und andererseits zeitlicher (kontinuierlich oder regelmäßig wiederkehrenden) auch im Rahmen des Minderungsanspruchs anzuwenden.

(2) Maximale Geschwindigkeit (Tenor zu I. 1.)

Eine „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßige Abweichung bei der Geschwindigkeit“ wird für die maximale Geschwindigkeit (Tenor zu I. 1.) als dann vorliegend festgelegt, wenn nicht an zwei Messtagen jeweils mindestens einmal 90 Prozent der vertraglich vereinbarten maximalen Geschwindigkeit erreicht wird.

Bei der maximalen Geschwindigkeit handelt es sich um die vertraglich mögliche Maximalgeschwindigkeit des Festnetz-Breitbandanschlusses. Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. d TSM-VO ist diese Geschwindigkeit für einen Anbieter von Festnetz-Internetzugangsdiensten verpflichtend anzugeben.

Als inhaltlichen Faktor für eine erhebliche Abweichung hält die Bundesnetzagentur einen Abschlag von mehr als 10 Prozent von der vertraglich vereinbarten maximalen Geschwindigkeit für angemessen. Hierbei wird u. a. berücksichtigt, dass die Maximalgeschwindigkeit unter günstigen Bedingungen (z.B. Messung außerhalb der Hauptverkehrszeiten (Off Peak)) erreicht werden kann, aber nicht durchgängig erreicht werden muss. Daher können in der Praxis bei einer begrenzten Anzahl von Messungen die vom Endnutzer im Messzeitraum erreichten Spitzenwerte auch unter der an sich möglichen Maximalgeschwindigkeit liegen. Ein Wert von mehr als 10 Prozent ergibt sich darüber hinaus auch aus der Vertragsgestaltung zahlreicher Internetzugangsanbieter bezüglich ihrer Angaben zur normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit: Eine weitergehende Erheblichkeitsschwelle hätte nämlich zur Folge, dass in bestimmten Bandbreitklassen/bei bestimmten Technologien eine erhebliche Abweichung von der maximalen Geschwindigkeit erst bei Unterschreiten dieser normalerweise verfügbaren Geschwindigkeit vorläge.

Für die Annahme einer Abweichung im Falle von mehr als 10 Prozent der vertraglich vereinbarten maximalen Geschwindigkeit spricht auch ein Vergleich mit den Schlechtleistungsrechten aus anderen zivilrechtlichen Vertragsarten. Auch im Kaufrecht kann beispielsweise eine erhebliche Schlechtleistung unter Bewertung des Ausmaßes der Funktionsbeeinträchtigung bei einer Abweichung von 10 Prozent oder mehr angenommen werden (vgl. etwa Grüneberg, in: Palandt, 80. Auflage, 2021, § 323, Rn. 32 m. w. N. unter Verweis auf die Rechtsprechung zur Unerheblichkeit eines Mangels, welche beispielsweise bei Abweichung des Benzinverbrauchs bis 10 Prozent von der Herstellerangabe eine unerhebliche Pflichtverletzung annimmt).

Die Konkretisierung der Bundesnetzagentur nimmt eine Abweichung in Bezug auf den zeitlichen Faktor der unbestimmten Begriffe „kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung“ an, wenn an keinem oder nur an einem der beiden Messtage mindestens einmal 90 Prozent der vereinbarten Geschwindigkeit erreicht werden. Wesentlich für diese Annahme sind die BEREC-Leitlinien, wonach die Maximalgeschwindigkeit definiert ist als die Geschwindigkeit, mit der ein Endnutzer zumindest zeitweise rechnen kann, z. B. mindestens einmal am Tag (BEREC-Leitlinien Rn. 145). Bei der Überarbeitung der BEREC-Leitlinien im Jahr 2019 sind diese Erwägungen zu den Geschwindigkeiten ausdrücklich unverändert bestehen geblieben. Dass die maximale Geschwindigkeit nicht permanent erreicht werden muss, ergibt sich darüber hinaus auch vor dem Hintergrund, dass nach Art. 4 Abs. 1 lit. d TSM-VO auch die normalerweise zur Verfügung stehende und die minimale Geschwindigkeit angegeben werden müssen. Schließlich sind zwei Messtage erforderlich, da nur ein Messtag keinen Nachweis einer Regelmäßigkeit oder Wiederholung bieten würde. Die Vorgabe, an zwei Messtagen jeweils einmal 90 Prozent der Maximalgeschwindigkeit zu erreichen, ist schließlich als Eingriff verhältnismäßig, da es das mildeste Mittel darstellt.

(3) Normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit (Tenor zu I. 2.)

Eine „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit“ wird für die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit (Tenor zu I. 2.) als dann vorliegend festgelegt, wenn diese nicht in 90 Prozent der Messungen erreicht wird.

Die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit wird definiert als eine Geschwindigkeit, welche normalerweise, d. h. im Regelfall, zu erreichen ist. Die Angabe einer normalerweise verfügbaren Geschwindigkeit bedeutet umgekehrt, dass die angegebene Geschwindigkeit – außerhalb des Regelfalls – unterschritten werden kann.

Dem entspricht das Verständnis des Ordnungsgebers sowie von BEREC, wonach die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit als die Geschwindigkeit definiert wird, die ein Endnutzer meistens erwarten kann, wenn er auf den Dienst zugreift (vgl. Erwägungsgrund 18 der TSM-VO sowie BEREC-Leitlinien Rn. 147). Sie ist die Geschwindigkeit, die nach Einschätzung des Anbieters unter Normalbedingungen erreicht wird. Auf diese Angabe in den Verträgen darf sich der Endnutzer verlassen. Der Endnutzer wird also annehmen, dass jedenfalls die vom Anbieter im Vertrag angegebene „normalerweise zur Verfügung stehende Download- und Upload-Geschwindigkeit“ (Art. 4 Abs. 1 lit. d TSM-VO) unter normalen Bedingungen zur Verfügung steht.

Vor diesem Hintergrund sieht die Bundesnetzagentur bei der „normalerweise zur Verfügung stehenden Download- und Upload-Geschwindigkeit“ jede Abweichung nach unten als „erheblich“ an. Ein prozentualer Abschlag auf den inhaltlichen Faktor der Erheblichkeit (wie bei der maximalen Geschwindigkeit) ist nicht geboten.

Die Bundesnetzagentur nimmt für das Vorliegen des zeitlichen Faktors eine „kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung“ an, wenn mehr als 10 Prozent aller Messungen die normalerweise verfügbare Geschwindigkeit unterschreiten. Dies entspricht im Wesentlichen den Vorgaben in den BEREC-Leitlinien und ist insofern angemessen und das mildeste Mittel.

BEREC nennt als Beispiel für eine Festlegung, dass die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit zumindest außerhalb der Spitzenzeiten (d. h. zu den Off-Peak-Zeiten zu 100 Prozent) und zu 90 Prozent während der Spitzenzeiten oder zu 95 Prozent während des gesamten Tages verfügbar sein sollte (BEREC-Leitlinien Rn. 148). Aus Anbietersicht stellt sich die von der Bundesnetzagentur hier vorgenommene Konkretisierung von 90 Prozent gegenüber den BEREC-Leitlinien sogar günstiger dar, wenn der Endnutzer über den gesamten Tag verteilt, d. h. sowohl in Peak- als auch Off-Peak-Zeiten, misst. Umgekehrt trägt der Wert von 90 Prozent auch dem Umstand Rechnung, dass es Endnutzer geben wird, die ausschließlich während der Peak-Zeiten messen werden, was nach den Vorgaben der BEREC-Leitlinien grundsätzlich ebenfalls möglich sein soll. In diesem Fall entspricht der Wert von 90 Prozent dem in den BEREC-Leitlinien genannten Wert.

Darüber hinaus ist auch nach der Bedeutung des Wortes „meistens“, wie in der in Erwägungsgrund 18 der TSM-VO genannten Definition für die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit erwähnt, nach Auffassung der Bundesnetzagentur das Erreichen der normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit in (deutlich) mehr als 50 Prozent der Fälle nicht ausreichend für eine vertragskonforme Leistung. Ein solches Verständnis wird dem Begriff „meistens“ nicht gerecht. „Meistens“ ist der Bedeutung nach u. a. als „fast immer“, „(für) gewöhnlich“ bzw. „in den meisten Fällen“ und damit im Sinne von „mehrheitlich“ zu verstehen (vgl. Duden Online, www.duden.de).

(4) Minimale Geschwindigkeit (Tenor zu I. 3.)

Eine „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßige wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit“ wird für die minimale Geschwindigkeit (Tenor zu I. 3.) als dann vorliegend festgelegt, wenn sie an zwei Messtagen jeweils unterschritten wird.

Die Bundesnetzagentur legt fest, dass bei der Mindestgeschwindigkeit jede Abweichung nach unten als „erheblich“ bezüglich des inhaltlichen Faktors anzusehen ist. Dies ist aus nachfolgenden Gründen erforderlich und geboten:

Die „minimale Download- und Upload-Geschwindigkeit“ im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. d TSM-VO, die vom Anbieter im Vertrag angegeben wird, muss aus Sicht des Endnutzers immer, d. h. auch unter ungünstigen Umständen zur Verfügung stehen. Die vertraglich vereinbarte minimale Geschwindigkeit ist eine vom Anbieter selbst gewählte Untergrenze, die nicht unterschritten werden darf.

Nach den BEREC-Leitlinien ist die Mindestgeschwindigkeit die geringste Geschwindigkeit, die der Festnetz-Internetzugangsanbieter dem Endnutzer gemäß dem Vertrag für den Internetzugangsdienst zusichert (BEREC-Leitlinien Rn. 143). Grundsätzlich sollte die tatsächliche Geschwindigkeit nicht unter der Mindestgeschwindigkeit liegen.

Die minimale Geschwindigkeit stellt den Leistungswert dar, der jederzeit – auch unter schlechtesten Bedingungen – vom Internetzugangsdienst bereitgestellt wird. Dieser Wert ist aus Sicht des Endkunden von entscheidender Bedeutung, da er den Grenzwert darstellt, an dem ein bestimmtes Internetzugangprodukt seine individuellen Leistungsanforderungen an das Produkt gerade noch erfüllt. Unterhalb dieses Wertes ist das Produkt für den Endkunden nicht mehr nutzbar. Die Unterschreitung des Minimums der vertraglichen Zusicherung stellt daher einen Vertragsverstoß und eine Schlechtleistung dar. Insofern führt die vertragliche Vereinbarung einer Mindestgeschwindigkeit im Sinne einer zugesicherten Mindestqualität dazu, dass jede Abweichung von der minimalen Geschwindigkeit auch erheblich ist.

ENTWURF

- 11 -

Eine kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung ist dann anzunehmen, wenn eine Messung an jedem der beiden Messtage unterhalb der minimalen Geschwindigkeit liegt. Die Abwägung von Verbraucher- und Anbieterinteressen erfordert, dass für diesen Fall jeder der beiden Messtage berücksichtigt wird. Nur so kann eine Wiederholung dargelegt werden und der strenge inhaltliche Faktor um eine angemessene zeitliche Komponente ergänzt werden.

(5) Übersicht zu vertragskonformen Abweichungen

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

	Inhaltlicher Faktor (=erhebliche Abweichung)	Zeitlicher Faktor (=kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung)
Maximalgeschwindigkeit	Mindestens 90 Prozent vom Maximalwert	an beiden Tagen jeweils mindestens 1x erreicht
Normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit	ohne Abschlag	in mindestens 90 Prozent der Messungen im Messzeitraum erreicht
Minimale Geschwindigkeit	ohne Abschlag	nicht an beiden Tagen unterschritten

c) Vorgaben an die Messung zur Bestimmung des zeitlichen Faktors (Tenor zu I. 4. bis 6.)

Die Vorgaben an die Messung zur Bestimmung der kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung bei den Geschwindigkeiten als zeitlichem Faktor (Tenor zu I. 4. bis 6.) sind sachgerecht und geboten.

Um den Nachweis der Abweichung der tatsächlich gemessenen von den vertraglich vereinbarten Datenübertragungsraten mittels der Breitbandmessung zu erbringen, nimmt die Bundesnetzagentur auf die in der Mitteilung Nr. 485/2017 im Amtsblatt Nr. 13/2017 vom 12.07.2017 gemachten Vorgaben und Empfehlungen bzgl. der Messungen Bezug.

Weitere Empfehlungen zum Messverfahren für Verbraucher sind Bestandteil der „Handreichung bezüglich eines Überwachungsmechanismus zum Nachweis von „erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichungen bei der Geschwindigkeit“ bei Festnetz-Breitbandanschlüssen gemäß § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG“ der Bundesnetzagentur.

aa) Anzahl der Messungen

Die Bundesnetzagentur hält eine Zahl von 20 Messungen für erforderlich, da nur so die Begriffe kontinuierlich und regelmäßig wiederkehrend im Sinne des § 57 Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 5 TKG vom Anbieter oder möglicherweise auch gerichtlich geprüft werden können. Hierdurch soll die Aussagekraft der Ergebnisse gewährleistet werden.

Darüber hinaus ist auch die Handhabbarkeit für den Verbraucher zu beachten. Die Barriere für den Verbraucher darf nicht zu hoch sein, da diesem sonst eine Überprüfung der von den Anbietern vertraglich in Aussicht gestellten Geschwindigkeiten wesentlich erschwert wird bzw. sogar nicht möglich ist.

Die Anforderung von 20 Messungen trägt aus Sicht der Bundesnetzagentur beiden Aspekten hinreichend Rechnung. Im Vergleich zur Mitteilung nimmt die Bundesnetzagentur hinsichtlich der Anzahl der Messungen aufgrund der Ergebniswerte der bisherigen Messungen eine Anpassung vor, indem Mindestanzahlen an Messungen gestrichen und eine konkrete Zahl an Messungen festgeschrieben wird. Denn die Ergebnisdaten der bisherigen Desktop-App zeigen, dass die Möglichkeit, mehr Messungen als die Mindestanzahl durchzuführen, in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht wahrgenommen wird. Um zukünftig ein einheitliches Vorgehen zu gewährleisten, soll die Messkampagne daher automatisch beendet werden, wenn jeweils zehn Messungen an zwei Messtagen vorliegen.

bb) Messungen an unterschiedlichen Tagen

Die Bundesnetzagentur hält es zur Konkretisierung einer kontinuierlichen und regelmäßig wiederkehrenden Abweichung nach § 57 Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 5 TKG für geboten, dass die Messungen an zwei verschiedenen Tagen erfolgen. Die Tage müssen nicht aufeinander folgen. Würde nur ein Tag berücksichtigt werden, so könnte keine Wiederholung oder Regelmäßigkeit festgestellt werden. Mehr Messtage sind nicht erforderlich, da dies nicht mehr das mildeste Mittel darstellen würde.

Die Messungen sollen sich im gleichen Umfang auf die beiden Tage verteilen, sodass zehn Messungen je Tag erfolgen sollen. Hierdurch soll ein Ungleichgewicht zwischen den Tagen vermieden werden.

d) Keine Fortgeltung der Mitteilung der Bundesnetzagentur Nr. 485/2017 (Tenor zu II.)

Mit dieser Allgemeinverfügung handelt die Bundesnetzagentur auf der Grundlage des ihr gesetzlich zustehenden Ermessens gemäß § 57 Abs. 5 TKG und konkretisiert die in § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG genannten unbestimmten Begriffe. Damit wird die Mitteilung Nr. 485/2017 im Amtsblatt Nr. 13/2017 vom 12.07.2017 der Bundesnetzagentur mit Bekanntmachung dieser Allgemeinverfügung gegenstandslos und wird durch diese Allgemeinverfügung abgelöst.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe 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 gemäß § 217 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung. Die Einlegung des Widerspruchs ändert nichts an der Wirksamkeit und Vollziehbarkeit der Verfügung.