

Stellungnahme

zum Mitteilungsentwurf der Bundesnetzagentur zur Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit“ bei stationären Breitbandanschlüssen im Download gemäß Art. 4 Abs. 4 Verordnung (EU) 2015/2120 u.a. über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet

1. Ausgangssituation

Am 12.4.2017 hat die Bundesnetzagentur einen Mitteilungsentwurf veröffentlicht, in dem es um die Operationalisierung der minimalen, normalerweise zur Verfügung stehenden und maximalen Download-Geschwindigkeiten von Internetzugangsdiensten (IZD) geht, die über einen stationären Breitbandanschluss realisiert werden. Mit der Publikation dieses Entwurfs hat die Behörde interessierten Kreisen die Gelegenheit zu einer schriftlichen Stellungnahme eingeräumt. Diese Möglichkeit nehme ich mit dem vorliegenden Dokument wahr. Meine Ausführungen wurden nicht von einem Marktteilnehmer beauftragt. Sie geben ausschließlich meine persönliche fachliche Beurteilung wieder.

2. Begründungskontext der Mitteilung

Die Bundesnetzagentur begründet die Notwendigkeit einer Konkretisierung verschiedener Datenübertragungsraten allein durch Verweis auf Art. 4 Abs. 4 der Verordnung (EU) 2015/2120. Dort wird eine nicht vertragskonforme Leistung als „jegliche erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit ... zwischen der tatsächlichen Leistung der Internetzugangsdienste und der vom Anbieter der Internetzugangsdienste gemäß Abs. 1 Buchstabe a bis d angegebenen Leistung“ umschrieben.

Univ.-Prof. Dr. Torsten J. Gerpott, Lehrstuhl Unternehmens- und Technologieplanung, Schwerpunkt Telekommunikationswirtschaft, Mercator School of Management, Universität Duisburg-Essen, Lotharstr. 65, 47057 Duisburg. E-Mail: torsten.gerpott@uni-due.de.

Diese Art der Begründung lässt außer Acht, dass eine Operationalisierung nicht vertragskonformer Leistungen nicht erst seit dem Inkrafttreten der VO (EU) 2015/2120 ab dem 30.04.2016 geboten ist. Vielmehr ist sie seit dem Inkrafttreten des „Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen“ (BGBl. 2012 I, 958) am 10.05.2012, also seit rund fünf Jahren, erforderlich. Nach § 43a Abs. 1 Nr. 2 TKG und § 43a Abs. 2 Nr. 3 TKG müssen IZD-Anbieter in Verbraucherverträgen u.a. Angaben zur Minimal- und Maximalgeschwindigkeit des von ihnen vermarkteten Zugangs machen. Folglich hat nicht allein die VO (EU) 2015/2120 seit Ende April 2016, sondern bereits die TKG-Änderung im Mai 2012 dazu geführt, dass es einer Operationalisierung von IZD-Datenübertragungsraten bedarf. Eine solche Konkretisierung durch die Bundesnetzagentur ist nämlich eine zwingende Voraussetzung dafür, um in vorhersehbarer Weise festzustellen, ob Angaben zu Datenraten von IZD-Anbietern in Verbraucherverträgen als „nicht richtig“ zu bewerten sind und infolgedessen Anbieter sich bei falschen Informationen ordnungswidrig verhalten, so dass ihnen von der Behörde eine Geldbuße von bis zu 100.000 Euro auferlegt werden kann (siehe § 149 Abs. 1 Nr. 7b und § 149 Abs. 2 Nr. 2 TKG).

Analog ist die Operationalisierung von Datenraten unverzichtbar, um vorhersehbar zu klären, wann Angaben zu Geschwindigkeiten in Produktinformationsblättern, die IZD-Anbieter nach dem überwiegenden Inkrafttreten der TK-Transparenzverordnung (BGBl. 2016 I, 2977) am 01.06.2017 Verbrauchern vor einem Vertragsabschluss zur Verfügung stellen müssen (§ 1 Abs. 2 Nr. 5 TK-Transparenzverordnung), als „nicht richtig“ einzustufen sind. Erst wenn eine solche Klärung erfolgt ist, steht es – analog zu § 43a Abs. 1 Nr. 2 TKG – im Ermessen der Bundesnetzagentur IZD-Anbieter bei nicht richtigen Angaben in ihren Produktinformationsblättern mit einem Bußgeld zu bestrafen.

In der Mitteilung sollte deshalb ausdrücklich deutlich gemacht werden, dass es bei der Operationalisierung von Download-Datenraten stationärer Breitbandanschlüsse nicht nur darum geht, auf privatrechtlicher Ebene mehr Sicherheit bezüglich der Bedingungen zu schaffen, unter denen Verbraucher Ansprüche infolge nicht vertragskonformer Datenraten gegenüber IZD-Anbietern (z.B. Preissenkung, Sonderkündigung, Schadensersatz) geltend machen können. Vielmehr ist klarzustellen, dass die Konkretisierung ebenso darauf zielt, dass auf verwaltungsrechtlicher Ebene Fehlverhalten der Anbieter durch von der Bundesnetzagentur auferlegte Geldbußen mit größerer Rechtssicherheit sanktioniert werden kann.

3. Konkretisierung von Download-Geschwindigkeiten

Die von der Bundesnetzagentur vorgesehenen inhaltlichen Faktoren für die Definition der Download-Mindestgeschwindigkeit und der normalerweise zur Verfügung stehenden Empfangsgeschwindigkeit (jeweils „ohne Abschlag“) und zeitlichen Kriterien („nie unterschritten“ bzw. „in

90 % der Messungen im Messzeitraum erreicht“) ähneln Vorstellungen, die vom BEREC, von Bundestagsfraktionen und von Verbraucherschutzverbänden bereits seit längerem zur Diskussion gestellt wurden (siehe BEREC (2016), S. 34; Deutscher Bundestag Drucksache 18/8573 (2016a), S. 3; Deutscher Bundestag Drucksache 18/10525 (2016b), S. 2; Verbraucherzentrale Bundesverband (2016), S. 4 und (2017), S. 5). Diese beiden Konkretisierungen der Bundesnetzagentur sind deshalb jeweils als vertretbar zu beurteilen.¹

Demgegenüber bleibt die Festlegung, dass eine vertragskonforme Maximalgeschwindigkeit vorliegen soll, wenn in mindestens einer Messung im Messzeitraum 90 % der vertraglich vereinbarten Maximalgeschwindigkeit erreicht wird, weit hinter den Maßstäben zurück, die von anderen Experten für sinnvoll gehalten werden.²

BEREC vertritt hier die Position, dass Endkunden erwarten dürfen, die Maximalgeschwindigkeit „at least some of the time (e.g. at least once a day)“ (BEREC (2016), S. 34, Rn. 145) zu erhalten. Mit Ziffer 9 der Begründung für die vorgeschlagene Definition der maximalen Datenrate könnte jedoch der Eindruck erweckt werden, dass sie mit der einschlägigen BEREC-Auffassung übereinstimmen würde. Dieser Eindruck ist nicht zutreffend, da entsprechend dem BEREC-Beispiel die maximale Geschwindigkeit *mindestens einmal am Tag* zur Verfügung stehen sollte, während gemäß der Sicht der Bundesnetzagentur lediglich zu fordern wäre, dass die Maximalgeschwindigkeit an einem von zwei Messtagen mindestens einmal (und das auch nur zu 90 %) realisiert werden muss.

Nach DIN 66274-2 (2012, S. 12) liegt ein IZD der niedrigsten (höchsten) Qualitätsklasse vor, wenn bei wenigstens 85 % (95 %) der Messungen mindestens 75 % der kommunizierten (d.h. in Deutschland der werblich in den Vordergrund gestellten maximalen) Down- und Upload-Bandbreiten tatsächlich verfügbar gemacht werden. Hingegen soll es gemäß Bundesnetzagentur lediglich erforderlich sein, dass bei 20 Messungen mindestens 5 % der Werte wenigstens 90 % der Maximalgeschwindigkeit erreichen. Erhöhen Nutzer z.B. zur Verringerung des Stichprobenfehlers die Zahl der Messungen über den Mindestwert von 20, dann führt der von der Behörde gewählte *absolute* zeitliche Faktor („mindestens 1x“) sogar dazu, dass der relative Anteil der Messungen,

¹ Im Hinblick auf die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit sollte allerdings eine redaktionelle Klarstellung beim zeitlichen Faktor durch Verwendung der Formulierung „in *mindestens* 90 % der Messungen im Messzeitraum erreicht“ erfolgen. Dadurch wird deutlich, dass eine vertragskonforme Normalgeschwindigkeit auch vorliegt, wenn sie in mehr als 90 % der Messungen realisiert wird. Außerdem ist diese Formulierung konsistent zur Wortwahl, die beim zeitlichen Faktor für die Maximalgeschwindigkeit vorzufinden ist.

² Siehe Verbraucherzentrale Bundesverband (2015), S. 3 („sollten die Anbieter verpflichtet werden, *stets* mindestens 75 % der vertraglich vereinbarten maximalen Bandbreite bereitzustellen“); Deutscher Bundestag Drucksache 18/8573 (Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen), S. 3 (es ist „sicherzustellen, dass *stets* mindestens 90 % der vertraglich vereinbarten maximalen Bandbreite ... auch tatsächlich zur Verfügung stehen“). Kursive Hervorhebungen nicht im Original.

welcher die 90 %-Schwelle der Maximalbandbreite überschreiten muss, noch weiter unter den ohnehin schon niedrigen 5 %-Wert sinkt (z.B. bei 50 Messungen auf 2 %).

Verfehlt ist in Ziffer 14 der Begründung auch die Art der Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung verschiedener Amtsgerichte zur Zulässigkeit von Sonderkündigungsrechten und zu Schadensersatzansprüchen in Abhängigkeit von den tatsächlich von IZD-Anbietern gelieferten Bandbreiten. Sie hat „nach Auffassung der Bundesnetzagentur für heutige Sachverhalte keine Bedeutung“ (S. 4), weil die „Anbieter v.a. noch nicht die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit in ihren Verträgen angeben mussten“ (S. 4). In den zitierten vier Gerichtsurteilen ging es aber primär um das Verhältnis von Normal- zu Maximalgeschwindigkeit, ohne dass dort genau erörtert wurde, wie eine Maximalgeschwindigkeit zu definieren sei. Primär deshalb und nicht etwa wegen fehlender Angaben zur Normalgeschwindigkeit hat die zitierte Rechtsprechung wenig Relevanz bei der Beurteilung der Sinnhaftigkeit der von der Bundesnetzagentur festgelegten Konkretisierung von Maximalgeschwindigkeit. Folglich sollte Ziffer 14 der Begründung entweder entsprechend richtiggestellt werden oder entfallen.

Alles in allem führt die vorgeschlagene Definition von Maximalgeschwindigkeit dazu, dass es IZD-Anbietern wie bislang ermöglicht wird, „Bis-zu-“Bandbreiten zu bewerben und im Vertrag zu nennen, die Verbraucher später nur sehr selten (in Extremfällen zur nur 90 % bei weniger als 5 % der Anwendungen) tatsächlich erhalten. Um dies zu vermeiden, empfehle ich den zeitlichen Faktor als relative Größe zu definieren und deutlich zu erhöhen (z.B. „in mindestens 50 % der Messungen im Messzeitraum erreicht“) sowie den sachlich nicht zwingend gebotenen inhaltlichen Faktor entweder wegfällen zu lassen oder zumindest auf 95 % anzuheben. Darüber hinaus sollte in Anlehnung an BEREC (2016, S. 34, Rn. 148) eine Vorgabe dahingehend, „that the normally available speed should be in reasonable proportion to the maximum speed“ realisiert werden. Hierdurch erhalten die Anbieter zusätzliche Anreize realistische Maximalgeschwindigkeiten in Werbung und Verträgen zu nennen, weil zu hoch kommunizierte Maximaldatenraten dazu führen, dass auch die Normalgeschwindigkeitswerte auf dem Produktinformationsblatt und in Verträgen zu falschen Angaben mutieren könnten, die von der Bundesnetzagentur sanktioniert werden könnten.

4. Konkretisierungslücken

Der Mitteilungsentwurf beschränkt sich ohne Begründung auf Empfangsgeschwindigkeiten stationärer Breitbandanschlüsse. Damit klammert er Sende-/Upload-Geschwindigkeiten von breitbandigen IZD in Festnetzen ebenso aus wie die „geschätzte maximale ... Download- und Upload-Geschwindigkeit von Internetzugangsdiensten bei Mobilfunknetzen“ (Art. 4 Abs. 1 lit. d VO (EU) 2015/2120), die in Deutschland gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 5 und § 2 TK-Transparenzverordnung ab Juni 2017 in Produktinformationsblättern und in Mobilfunkverträgen zu berichten sind. Auch für diese drei Variablen sind Konkretisierungen geboten. Deshalb sollte die Mitteilung um Definitio-

nen von Upload-Geschwindigkeiten bei stationären Breitbandanschlüssen und um die für IZD über Mobilfunknetze erforderlichen o.g. zwei Angaben erweitert werden.

5. Instrument zur Geschwindigkeitsmessung durch Endnutzer

Aus den Ziffern 39 bis 41 der Begründung des Mitteilungsentwurfs ergibt sich, dass es nur über die von der Bundesnetzagentur Endnutzern zur Verfügung gestellte „installierbare Version“ eines Instruments zur Geschwindigkeitsmessung möglich sein soll, Messergebnisse zu sammeln, die gegebenenfalls in gerichtlichen Verfahren von Endnutzern zum Nachweis nicht vertragskonformen Verhaltens eines IZD-Anbieters verwendet werden können. Damit wird anbieterspezifischen Instrumenten, die § 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TK-Transparenzverordnung ausdrücklich zulassen, praktisch die Existenzberechtigung entzogen. Um dies zu vermeiden, sollte in der Mitteilung festgehalten werden, dass die Bundesnetzagentur sich verpflichtet, auch anbieterspezifische Messinstrumente zu zertifizieren und dass mittels zertifizierter anbieterspezifischer Instrumente vorgenommene Messungen in Streitfällen Messungen gleichgestellt sind, die unter Rückgriff auf die installierbare Version der Behörde vorgenommen wurden.

Quellenverzeichnis

- BEREC (2016): BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules, BoR (16) 127, Riga, http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-b_0.pdf (letzter Abruf: 21.4.2017).
- Deutscher Bundestag (2016a): BT-Drs. 18/8573 vom 27.5.2016, Berlin, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/085/18085731808573.pdf> (letzter Abruf: 21.4.2017).
- Deutscher Bundestag (2016b): BT-Drs. 18/10525 vom 30.11.2016, Berlin, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/105/1810525.pdf> (letzter Abruf: 21.4.2017).
- DIN 66274-2 (2012): Informationstechnik – Internet-Zugänge – Teil 2: Klassifikation, Berlin: Beuth Verlag.
- Verbraucherzentrale Bundesverband (2015): Netzneutralität und Mindestqualität des offenen Internets absichern, 27.10.2015, Berlin, http://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/DM_15-10-27_TSM_Netzneutralität%2520absichern.pdf (letzter Abruf: 21.4.2017).
- Verbraucherzentrale Bundesverband (2016): Transparenz im TK-Markt, 19.09.2016, Berlin, http://www.vzbv.de/sites/default/files/transparenzverordnung-stellungnahme_vzbv-2016-09-19.pdf (letzter Abruf: 21.4.2017).
- Verbraucherzentrale Bundesverband (2017): Produktinformationsblätter nach § 1 TK-Transparenzverordnung, 06.02.2017, Berlin, http://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2017/02/16/17-02-06_bnetza_vzbv_stellungnahme_muster-produktinformationsblaetter.pdf (letzter Abruf: 21.4.2017).