

QSC AG – Mathias-Brüggen-Straße 55 – 50829 Köln

Per Mail: 114-Postfach@bnetza.de

Bundesnetzagentur
Referat 114
Postfach 8001

53105 Bonn

QSC AG
Mathias-Brüggen-Straße 55
50829 Köln

Carina Panek
Regulierung
T +49 221 669-8174
Carina.Panek@qsc.de

02.05.2017

**Konsultation: "Anhörung zu Abweichungen bei Breitbandgeschwindigkeiten im Festnetz".
Stellungnahme der QSC AG (enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit möchte die QSC AG gerne zu der Anhörung Stellung nehmen.

A. Allgemein

Vorab ist grundsätzlich festzustellen, dass eine Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 4 der TSM-VO zu begrüßen ist, da sie sowohl Rechtsunsicherheiten auf Seiten der Endkunden als auch der Internetzugangsanbieter beseitigt.

Nicht verständlich ist allerdings, warum sich die Konkretisierung auf Breitbandgeschwindigkeiten im Festnetz beschränkt. Art 4 der TSM-VO gilt unstreitig für alle Internetzugangsanbieter und somit auch die Mobilfunknetzbetreiber. Wie die Erhebung der Bundesnetzagentur zur Breitbandmessung gezeigt hat, weichen gerade im Mobilfunk die vertraglich vereinbarten und die tatsächlich verfügbaren Bandbreiten stark voneinander ab. Warum nun nur die Festnetzbetreiber stärker in die Verpflichtung genommen werden, erschließt sich uns nicht und ist eindeutig diskriminierend.

B. Nichtanwendbarkeit auf Geschäftskunden

Die vorliegende Anhörung soll der Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 4 Absatz 4 TSM-VO dienen. In diesem Absatz wird festgehalten, dass jede erhebliche Abweichung zwischen den angegebenen und den tatsächlich erreichbaren Bandbreiten, die kontinuierlich oder regelmäßig auftritt, sofern dies durch ein zertifiziertes Messtool festgestellt wird, als vertragswidrige Leistung gelten und die nationalen Rechtsbehelfe des Verbrauchers auslösen.

Diese Regelung korrespondiert mit Art.4 Absatz 1 e) TSM-VO, wonach der Verbraucher ebenfalls auf die ihm zustehenden Rechtsbehelfe in diesem Fall hinzuweisen ist.

Im Umkehrschluss bedeutet dies unseres Erachtens, dass sowohl Art. 4 Absatz 1 e) als auch Art. 4 Absatz 4 TSM-VO nur auf Endkundenverhältnisse zwischen Telekommunikationsunternehmen und Verbrauchern Anwendung finden, nicht aber auf solche zu Geschäftskunden.

Eine Beschränkung dieser Regelung auf Verbraucher ist auch sinnvoll, da Geschäftskundenverträge nicht nur oft individuell ausgehandelt werden, sondern auch aus einem Gesamtpaket mehrerer Anschlüsse und Leistungen bestehen. So werden bei Geschäftskundenanschlüssen andere Leitungskapazitäten und

Anschlussbündel eingesetzt, um den Anforderungen der Geschäftskunden gerecht zu werden. Eine vielleicht geringere Bandbreite eines Anschlusses wird durch die anderen kompensiert. Darüber hinaus werden Geschäftskundenanschlüsse meist auch mit einem Backup versehen. Diese dienen dazu, Ausfälle der Hauptanschlüsse aufzufangen. Eine geringere Bandbreite bei diesen lediglich als Backup eingesetzten Anschlüssen ist naturgemäß auch für den Geschäftskunden nicht vertragswesentlich.

Eine Abweichung der Bandbreiten bei einem der eingesetzten Anschlüsse stellt daher nicht im gleichen Maße eine Schlechtleistung dar wie dies bei einem Verbraucher bei seinem einzigen Anschluss der Fall sein mag.

Daher sind sowohl die in der TSM-VO enthaltenen Regelungen als auch die vorliegende Konkretisierung unseres Erachtens nicht auf Geschäftskunden anwendbar.

Wir bitten daher um eine ausdrückliche Klarstellung, dass die vorliegende Konkretisierung auf Vertragsverhältnisse zu Geschäftskunden keine Anwendung findet.

C. Konkrete Ausgestaltung

I. Widerspruch zu den Anforderungen der TSM-VO

Die Bundesnetzagentur führt aus, dass in Art.4 Absatz 4 TSM-VO jede erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung die Rechtsbehelfe des Verbrauchers auslösen kann und führt daraufhin die 90/90/0-Regelung ein. Diese Übersetzung entspricht indes nicht der englischen Originalfassung der TSM-VO und führt in der Folge zu einer Verschärfung für die Internetzugangsanbieter.

In der Originalfassung heißt es „ Any significant discrepancy, continuous or regularly recurring,...“ Dies bedeutet, dass die Abweichung stets erheblich sein muss, zudem muss sie kontinuierlich oder regelmäßig sein. Eine einfache kontinuierliche oder wiederkehrende Abweichung reicht daher nicht aus. Dies geht auch aus Erwägungsgrund 18 der Verordnung hervor, wo es heißt „Jede erhebliche und ständig oder regelmäßig auftretende Abweichung...“.

Die zwingend erforderliche erhebliche UND kontinuierliche/regelmäßige Abweichung ist aber nicht bereits dann zu bejahen, wenn die maximale Bandbreite nur einmal zu 90% erreicht wird. Erst recht sind die kumulativ erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben, wenn die normalerweise zur Verfügung stehenden Bandbreite nicht in 90% der Fälle voll erreicht wird. Hier fehlt es nicht nur an der erheblichen Abweichung, sondern auch an der Kontinuität oder Regelmäßigkeit.

Daher sind die von der Bundesnetzagentur aufgestellten Anforderungen im Sinne des tatsächlichen Wortlauts der TSM-VO zu überarbeiten und nur dann eine vertragswidrige Leistung zu konstatieren, wenn die Abweichungen tatsächlich sowohl erheblich als auch kontinuierlich/regelmäßig sind.

II. Widerspruch zur technischen Ausgestaltung

Darüber hinaus entsprechen die in der vorliegenden Anhörung aufgeworfenen Parameter nicht der tatsächlichen technischen Ausgestaltung und den (Vor)Leistungsspezifikationen, so dass sie in der Umsetzung zu unüberwindbaren Schwierigkeiten führen.

1. Technische Parameter

Nach der TSM-VO (und gleichlautend in der TransparenzVO) sind die minimale, die normalerweise zur Verfügung stehende und die maximale Breitbandgeschwindigkeit anzugeben.

Laut vorliegendem Entwurf darf die minimale Geschwindigkeit während der Messungen kein Mal unterschritten werden. Dies gestaltet sich am wenigsten problematisch, da diese dann in Zukunft wohl mit 0 oder einem vergleichbar niedrigen Wert angegeben wird.

Die normalerweise zur Verfügung stehende Bandbreite soll diejenige sein, die unter normalen Bedingungen stets erreicht werden kann. Und dies nach dem Willen der Bundesnetzagentur in 90% der Messungen. Wie der Bundesnetzagentur bekannt ist, hängt die tatsächlich zur Verfügung stehende Bandbreite von diversen Faktoren ab. Zu nennen sind hier zum einen die Leitungslänge, bauliche Gegebenheiten, Zahl und Frequenz der Internetnutzung im Umkreis. Diese Faktoren stellen nur eine beispielhafte Aufzählung dar. Aufgrund der Vielzahl von Aspekten, die die tatsächliche Bandbreite beeinflussen können, müsste zunächst einmal konkretisiert werden, was unter „normalen Bedingungen“ zu verstehen ist, um hierüber eine bestimmte Bandbreite zu definieren.

Dass eine solche überwiegend erreichbare Bandbreite weder zu eruieren noch zu garantieren ist, zeigen auch sämtliche vor der Bundesnetzagentur durchgeführten Standardangebotsverfahren zu den hier in Frage kommenden Vorleistungen. So hat die Bundesnetzagentur durch ihre 3. Beschlusskammer z.B. erst letztes Jahr im Rahmen des L2-BSA-Standardangebotes folgende Regelung akzeptiert: „Die konkret erreichbare Übertragungsgeschwindigkeit hängt von den jeweils physikalischen Gegebenheiten der Anschlussleitung ab“. Dies gilt entsprechend für IP BSA. Dies bedeutet, dass der Nachfrager die Anschlussleitung auch bei der Telekom innerhalb eines bestimmten Bandbreitenkorridors bucht, er aber nicht im Voraus und erst recht nicht für alle Produkte allgemeingültig feststellen kann, wie hoch die in 90% der Fälle messbare Bandbreite ist.

Daher ist es den Internetzugangsanbietern nicht möglich, für einen neu geschalteten Anschluss zuverlässig und valide eine normalerweise zu erreichende Bandbreite zu garantieren, für die sie dann ggf. noch im Wege eines Sonderkündigungsrechtes eintreten müssen.

Die Anforderung der Bundesnetzagentur ist daher nicht erfüllbar, außer der Wert für die normalerweise erreichbare Bandbreite wird fast genauso niedrig angegeben wie die Minimalbandbreite.

Gleiches gilt für die Maximalbandbreite. Diese soll mindestens einmal im Laufe der 20 oder mehr Messungen erreicht werden. Aufgrund der individuellen Gegebenheiten ist es aber durchaus möglich, dass z.B. bei einem bei der Telekom gebuchten ADSL 16000 IP-BSA-Anschluss eine Bandbreite von 16000 im Download nie erreicht wird. Auch dies ist für den Nachfrager nicht prognostizierbar. Er müsste demzufolge, um seinen vertraglichen Angaben gerecht zu werden, auch diesen Wert deutlich absenken.

Dies ist, wie sich auch aus dem Jahresbericht der Bundesnetzagentur zur Breitbandmessung ergibt, eine insbesondere bei ADSL- und SDSL-Anschlüssen auftretende Problematik, da sie aufgrund ihrer im Vergleich zu VDSL längeren Leitungslänge schwankungsanfälliger sind.

Die sich aus den Vorgaben der Bundesnetzagentur ergebenden Verpflichtungen führen demzufolge dazu, dass insbesondere Anbieter von ADSL- und SDSL-Anschlüssen die vertraglich vereinbarten Bandbreiten deutlich absenken müssen, wodurch zwangsläufig ein Wettbewerbsnachteil entsteht.

Ein Weg, dies zu vermeiden, wäre genauer zu konkretisieren, was unter „normalen Bedingungen“ zu verstehen ist. Auf diesem Wege würden allerdings alle Kunden mit überdurchschnittlich langen oder beanspruchten Leitungen rechtlos gestellt.

Daher ist es sinnvoller, die sehr strikten Beschränkungen des vorliegenden Entwurfes aufzulockern, um den Anbietern überhaupt eine technisch realistische Chance zu geben, dass ihre vertraglich vereinbarten Bandbreiten diesem Konstrukt entsprechen.

2. Leistung bis zum Netzabschluss

Durch das Gesetz zur Auswahl und zum Anschluss von Telekommunikationsendgeräten sind die Internetzugangsanbieter verpflichtet worden, dem Endkunden die freie Wahl seines Routers zu ermöglichen. Zu diesem Zweck wurde unter anderem in § 45 d TKG eingefügt, dass das öffentliche Telekommunikationsnetz am passiven Netzabschlusspunkt endet.

Hieraus erfolgt eine Diskrepanz, da die Bandbreite nicht richtigerweise am Netzabschlusspunkt, sondern am PC des Kunden und somit nach Einsatz des Routers gemessen wird. Router können aber die tatsächlich ankommende Bandbreite negativ beeinflussen¹. So wirkt sich unter anderem der verbaute DSL-Chipsatz wesentlich auf die synchronisierte Bandbreite aus. Ein Endgerät mit einem eher schlechteren Chipsatz kann um bis 20% niedriger synchronisieren als ein Endgerät mit einem eher guten Chipsatz. Gerade auch ältere Modelle schaffen es oft nicht, die volle Leistung umzusetzen. Es darf dem Internetzugangsanbieter, dessen Leistung am Netzabschlusspunkt endet, aber nicht zum Nachteil gereichen, welchen Router der Endkunde einsetzt.

Darüber hinaus gibt es auch andere potentielle Störquellen nach dem Netzabschlusspunkt, die die gemessene Bandbreite maßgeblich beeinflussen können, wie z.B. die Netzwerkeinstellungen des Kunden oder parallel laufende Prozesse.

Da eine Messung am Netzabschlusspunkt in der Praxis nicht umzusetzen ist, sind aufgrund des nicht in der Verantwortung des Anbieters liegenden Routereinsatzes und weiterer nicht von ihm zu beeinflussender Faktoren bei allen anzugebenden Bandbreiten Abschläge von mindestens 10% einzukalkulieren.

III. Messprocedere

Die Bundesnetzagentur stellt sich eine Messung durch den Kunden vor, wobei 20 Messungen bestmöglich über 2 Tage verteilt werden sollen. Zusätzlich soll darauf geachtet werden, dass sie über eine LAN-Verbindung erfolgen. Weiterhin führt die Bundesnetzagentur zu recht aus, dass die maximale Bandbreite vielleicht nur einmal in der Nacht, als in Off-Peak-Zeiträumen erreicht wird.

Es ist aber auch zwingend erforderlich, dass der Internetanschluss zum Messzeitpunkt nicht anderweitig genutzt wird, so dass kein zusätzlicher Traffic das Messergebnis beeinflussen kann. Darüber hinaus ist es auch erforderlich, dass die Netzwerkeinstellungen eine optimale Messung zulassen. Hierzu fehlt jedoch ein entsprechender Hinweis.

Es ist daher notwendig, die Kunden umfassend über den Messprozess zu informieren und wie die Ergebnisse zu werten sind. Dies sollte zum einen im Rahmen der von der Bundesnetzagentur avisierten installierbaren Version erfolgen, aber auch durch den Internetzugangsanbieter selber.

Eine solche umfassende Information geht deutlich über die bisherigen Verpflichtungen nach der TSM-VO hinaus und erfordert eine völlige Umgestaltung aller Produkt- und Vertragsunterlagen. Dies kann naturgemäß nicht innerhalb kurzer Zeit erfolgen, sondern bedarf einer Umsetzungsfrist von mindestens einem halben Jahr.

Die Messung soll dem Endkunden die Möglichkeit an die Hand geben, seine Rechte wegen Schlechtleistung geltend zu machen. Allerdings entnehmen wir dem vorliegenden Entwurf kein Procedere, wie der Anbieter von dem Messergebnis Kenntnis erlangt, dies überprüfen und ggf. sogar widerlegen kann. Ganz im Gegenteil bietet die derzeitige Ausgestaltung des Messtools dem Kunden die Möglichkeit, seine Rechte missbräuchlich auszunutzen. Auf der Plattform des Anbieters ZAFACO sind für den Internetzugangsanbieter

¹ http://www.focus.de/digital/computer/chip-exklusiv/tid-21206/ratgeber-praxis-so-nutzen-sie-die-volle-bandbreite_aid_596236.html

nicht alle durchgeführten Messungen seines Kunden einzusehen. Tatsächlich hat letzter die Möglichkeit, sog. Cherry Picking zu betreiben, indem er nur auf die schlechtesten Messergebnisse referiert und somit den Prozentsatz zu seinen Gunsten absenkt.

Auch im Übrigen ist der Einsatz des Messtools nicht vor Manipulationen durch den Endkunden gefeit. Um hier eine qualifizierte Aussage zu den tatsächlich erreichbaren Bandbreiten zu treffen, muss das Messprocedere noch deutlich überarbeitet werden. Desweiteren muss der Internetzugangsanbieter so hierin eingebunden werden, dass er nicht nur alle Messungen nachvollziehen, sondern sie auch auf ihre Richtigkeit überprüfen kann. Eine solche Transparenz ist erforderlich, um nicht nur den Rechten des Endkunden, sondern auch denen des Internetzugangsanbieters Genüge zu tun.

IV. Verhältnismäßigkeit

Da die vorliegende Konkretisierung der Verpflichtungen aus der TSM-VO an die Anbieter weitere Anforderungen stellt, muss sie sich an dem verwaltungsrechtlichen Maßstab der Verhältnismäßigkeit überprüfen lassen.

Diese ist nach dem bisherigen Entwurf nicht gewahrt. Wir sehen über die oben bereits dargelegten Kritikpunkte und zu berücksichtigenden Aspekte mindestens noch folgende notwendigen Änderungen, um den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit Genüge zu tun.

1. Keine Anwendung auf ADSL-basierte Produkte

Wie oben dargelegt ist es aufgrund der (Vor)Leistungsparameter von ADSL-Anschlüssen besonders schwierig, die normalerweise zur Verfügung stehende und die maximale Bandbreite im Voraus zu eruieren und für alle angebotenen Anschlüsse zu garantieren. Hierzu fehlt es zum einen an den entsprechenden Informationen durch die Vorleistungsbringer, namentlich der Telekom als Anbieter der TAL. Zum anderen führt auch die Netzausgestaltung anders als bei VDSL-Anschlüssen dazu, dass die Bandbreitenrange weit gefasst sein muss, um sämtliche tatsächlich synchronisierten und nicht prognostizierbaren Bandbreiten abzudecken.

Bei ADSL handelt es sich allerdings um Internetanschlüsse, die mit den zunehmenden Anforderungen an Bandbreiten immer mehr an Bedeutung verlieren, und in ein paar Jahren mit hoher Wahrscheinlichkeit gänzlich von VDSL oder anderen Anschlüssen abgelöst werden.

Es ist daher mehr als zweifelhaft, ob eine Verpflichtung der Anbieter, sämtliche Unterlagen zu ADSL jetzt noch umfassend zu überarbeiten und ihre Produkte neu zu gestalten, angemessen ist. Wir sehen es daher als erforderlich an, die Verpflichtungen aus der Konkretisierung auf solche Produkte zu beschränken, die auch noch in vielen Jahren am Markt angeboten werden.

2. Einschränkung der Rechtsfolgen

Darüber hinaus sollte auch eine zeitliche Begrenzung der Messung dergestalt aufgenommen werden, dass sie nur innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nach Neuanschaltung durchgeführt werden und dann ggf. das Sonderkündigungsrecht etc. auslösen kann.

So wenig es dem Anbieter bei Vertragsschluss möglich ist, die tatsächliche bzw. normalerweise zur Verfügung stehende Bandbreite zu prognostizieren, so ist es ihm erst recht nicht möglich, dies für den gesamten Vertragszeitraum zu tun. Dies gilt insbesondere aufgrund nicht absehbarer Faktoren wie der Schaltung weiterer Anschlüsse in der Nähe, die die Leistung des Erstanschlusses beeinflussen können.

Daher sollte die Messung innerhalb der ersten sechs Monate nach der Neuschaltung erfolgen, um die genannten Rechte auszulösen.

3. Übergangsfrist zur Umsetzung

Wie oben bereits dargelegt bedingen die Konkretisierungen sowie das Messprocedere eine umfassende Überarbeitung der Produkte, der Produkt- sowie der Vertragsunterlagen. Gerade die Anpassung der Produkte benötigt eine umfassende und detaillierte Recherche der erreichbaren Bandbreiten und deren verordnungskonforme Abbildung in den Produktunterlagen, um sich nicht der Gefahr von Rechtsbehelfen und Sanktionen auszusetzen.

Wir regen daher eine Umsetzungsfrist von 12 Monaten an, um allen Anforderungen hinreichend Rechnung zu tragen.

V. Fazit

Der vorliegende Entwurf einer Konkretisierung ist unter Berücksichtigung der oben aufgezeigten Aspekte umfassend zu überarbeiten. Nicht nur der Anwendungsbereich muss im Hinblick auf Geschäftskunden und ADSL-Produkte eingeschränkt werden, auch die inhaltlichen Kriterien für die Bestätigung einer erheblichen und kontinuierlichen bzw. wiederkehrenden Abweichung der tatsächlichen von den vertraglichen Bandbreiten sind anzupassen. Es ist hier erforderlich, nicht nur den Anforderungen der TSM-VO im Hinblick auf die Kumulation der Kriterien gerecht zu werden, sondern auch die tatsächliche technische Ausgestaltung der (Vor)Leistungen richtig widerzuspiegeln.

Mit freundlichen Grüßen
QSC AG



i.V. Carina Panek
Leiterin Regulierung



i.V. Michael Wassermann
Justitiar Recht & Regulierung