

## Allgemeinverfügung

Az.: 120-3945-1/2021

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Konkretisierung der unbestimmten Begriffe „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit<sup>1</sup>“ bei Festnetz-Internetzugängen<sup>2</sup> gemäß § 57 Abs. 5 i. V. m. Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG<sup>3</sup>

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

am 08.12.2021 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-Internetzugänge wie folgt konkretisiert:

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

1. nicht an mindestens zwei von drei Messtagen jeweils mindestens einmal 90 Prozent der vertraglich vereinbarten maximalen Geschwindigkeit erreicht werden oder
2. die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit nicht in 90 Prozent der Messungen erreicht wird oder
3. an mindestens zwei von drei Messtagen jeweils mindestens einmal die minimale Geschwindigkeit unterschritten wird, wobei
4. 30 Messungen an drei unterschiedlichen Kalendertagen erfolgen müssen,
5. diese Messungen verteilt auf zehn Messungen pro Kalendertag innerhalb eines Zeitraums von maximal 14 Kalendertagen vorgenommen werden müssen und zwischen den einzelnen Messtagen jeweils ein zeitlicher Abstand von mindestens einem Kalendertag liegen muss, und
6. zwischen der fünften und sechsten Messung eines Messtages ein Abstand von mindestens drei Stunden einzuhalten ist und zwischen allen anderen Messungen eines Messtages ein Abstand von mindestens fünf Minuten liegen muss.

---

<sup>1</sup> Die gesetzliche Formulierung der Geschwindigkeit bezeichnet technisch die Datenübertragungsrates.

<sup>2</sup> Festnetz-Breitbandanschlüsse i. S. d. Mitteilung Nr. 485/2017 im Amtsblatt Nr. 13/2017 vom 12.07.2017 sind nunmehr gemäß § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG als Festnetz-Internetzugänge bezeichnet. Auf die in der Mitteilung genannte Definition zu Hybridprodukten wird Bezug genommen.

<sup>3</sup> Telekommunikationsgesetz (nachfolgend TKG) in der ab dem 01.12.2021 geltenden Fassung, BGBl. I Nr. 35 vom 28.06.2021, S. 1858ff.

## II.

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

## 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-Internetzugänge 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 Ansprüche 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.

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 Rechtsbegriffe „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 BEREK-Leitlinien vorgenommen. Mit der Mitteilung und der Desktop-App der Breitbandmessung als Nachweisverfahren liegen somit seit dem Jahr 2017 für Festnetz-Internetzugänge 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 Downloadgeschwindigkeit bei Festnetz-Internetzugängen 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. eine gerichtliche Auseinandersetzung der behördlichen Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe ermöglichen (vgl. Drucksache 19/26108 des Deutschen Bundestages 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-Internetzugänge 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. 237 bekanntgemacht.

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

- gemeinsame Stellungnahme der Telekommunikationsverbände ANGA, BITKOM, BREKO, BUGLAS, ECO, VATM und VKU
- Deutsche Glasfaser Holding GmbH
- Stellungnahmen der Stadtwerke Marburg, Stadtwerke Waldshut-Tiengen und Wittenberg-Net GmbH
- anw.net GmbH
- gemeinsame Stellungnahme des Verbandes Deutscher Zeitschriftenverleger e.V. und Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger e.V.
- Verein Ingenieure für Kommunikation e.V.
- Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
- zwei Stellungnahmen von Verbrauchern

Die Stellungnahme der Telefónica Germany GmbH & Co OHG ging nach Ablauf der Stellungnahmefrist ein. Im Wesentlichen hat die Stellungnahme auf die gemeinsame Stellungnahme der Telekommunikationsverbände zur Allgemeinverfügung und zur Handreichung verwiesen.

Die Verbände, Interessengruppen, Unternehmen und Verbraucher tragen in ihren Stellungnahmen zusammengefasst wie folgt sinngemäß vor:

Die **Telekommunikationsverbände (ANGA, BITKOM, BREKO, BUGLAS, ECO, VATM und VKU)** teilen in ihrer gemeinsamen Stellungnahme die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass eine Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe sinnvoll sei, um langwierige Rechtsstreitigkeiten mit ungewissem Ausgang für alle Seiten zu vermeiden. Darüber hinaus führen sie zu den inhaltlichen und zeitlichen Elementen aus, dass die von der Bundesnetzagentur angesetzten Werte reduziert werden sollten und ein Messzeitraum von zwei Tagen nicht repräsentativ sein könne. Daher sei eine Ausdehnung auf zwei tägliche Teilkampagnen zwingend erforderlich, um Schwankungen in der Performance angemessen zu berücksichtigen. Das Minderungsrecht sei für die Netzbetreiber mit erheblichen Konsequenzen verbunden. Die Telekommunikationsverbände lehnen mithin das vom Gesetzgeber neu geregelte Minderungsrecht bei mangelhafter Leistungserbringung ab, weil diese Rechtsfolge im Hinblick auf die vielfältigen Einflussfaktoren in Zusammenhang mit der Messung der Geschwindigkeit bzw. Bandbreiten äußerst problematisch sei. Daher habe man bereits 2017 Kritik geübt, welche aber nur teilweise berücksichtigt worden sei und nunmehr vor diesem Hintergrund der Minderung erneut vorgetragen werde. Gerade die unmittelbare Möglichkeit der Minderung ohne vorhergehende Fristsetzung durch den Kunden sei unangemessen und sei noch nicht einmal im Kaufrecht gegeben. Die Telekommunikationsverbände teilen ferner sinngemäß mit, dass nach ihrer Auffassung für die Leistungserbringung nicht die vertraglich vereinbarte Geschwindigkeit, sondern die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit maßgeblich sein müsse. Bei Gesamtbetrachtung der vertraglichen Regelungen müssten diese nach Ansicht der Telekommunikationsverbände dahingehend interpretiert werden, dass nach dem Willen der Vertragsparteien nur die angegebene Geschwindigkeit unter Berücksichtigung von Einschränkungen der Verfügbarkeit sowie Leistungsfähigkeit geschuldet sei. Zumal sei insoweit die rechtliche Bewertung der in Rede stehenden vertraglichen Vereinbarungen allein Gegenstand der Rechtsprechung. In diesem Zusammenhang verweisen sie ferner beispielsweise u. a. auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Bindungswirkung von Konkretisierungen unbestimmter Begriffe durch Behörden und deren uneingeschränkter Überprüfbarkeit. Auch unter Berücksichtigung der TSM-VO stellten die Angaben lediglich Informationen, aber keine vereinbarte Leistung der Anbieter dar und dienten im Wesentlichen der Transparenz, indem der Erwägungsgrund 18 der TSM-VO von „sachkundigen Entscheidungen“ als Ziel des Art. 4 Abs. 4 TSM-VO spreche. Die unbestimmten Rechtsbegriffe seien inhaltlich und zeitlich zu konkretisieren, indem diese Elemente stets kumulativ vorliegen müssten und bei jedem Bandbreitenwert zu beachten und anzuwenden seien. Bei der Betrachtung der einzelnen Abweichungen seien diese Vorgaben im Entwurf der Bundesnetzagentur nicht beachtet worden.

Im Übrigen nehmen die Telekommunikationsverbände zu den unbestimmten Begriffen „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung“ bei Festnetz-Internetzugängen im Down- und Upload Stellung.

Im Wesentlichen führen sie aus, dass die Herleitung des Begriffs der erheblichen (inhaltlichen) Abweichung aus dem Kaufrecht unzulässig sei. Auch im Hinblick auf die Höhe der Abweichung sind die Telekommunikationsverbände anderer Auffassung. Zu den stationären Internetzugängen seien dem Anbieter nur verallgemeinerte Angaben möglich, die nicht individuelle lokale Gegebenheiten abbilden könnten. Die Abweichung in der Geschwindigkeit sei für den Kunden kein wertmindernder Faktor und sei kein erheblicher Nachteil zu Lasten des Verbrauchers. Eine Unzufriedenheit des Kunden setze nicht schon bei einer Abweichung von 10 Prozent, sondern erst bei einer Abweichung von etwa 30 Prozent ein. Aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung ergäbe sich, dass eine erhebliche Abweichung bei der Geschwindigkeit erst ab einer Schwelle deutlich über 10 Prozent anzunehmen sei, um die speziellen Umstände bei der Breitbandmessung zu berücksichtigen. Daher sei eine Abweichung von über 30 Prozent entscheidungsrelevant, so dass in jeder Messkampagne mindestens einmal 70 Prozent der vertraglichen maximalen Geschwindigkeit gemessen werden müssten. Die technischen Voraussetzungen des Messtools stellten zu der Bedingung „kontinuierliche oder regelmäßige wiederkehrende (zeitliche) Abweichung“ nicht si-

cher, dass die maximale Geschwindigkeit zu einem Zeitpunkt erreicht werde. Es sei daher angemessener, eine kontinuierliche Abweichung erst anzunehmen, wenn nicht einmal pro Messkampagne mindestens 70 Prozent der maximalen Geschwindigkeit erreicht werde.

Zu dem Begriff der normalerweise zur Verfügung stehenden Geschwindigkeit führen die Telekommunikationsverbände im Wesentlichen aus, dass auch hier eine erhebliche Abweichung gegeben sein müsse. Der fehlende Toleranzwert führe mangels Vorgabe durch die Bundesnetzagentur dazu, dass es an einem inhaltlichen Merkmal fehle. Auch die zeitliche Komponente sei durch die Bundesnetzagentur nicht ausreichend beachtet. Es erscheine angemessen, auf einen Wert von 80 Prozent der Messungen abzustellen.

Auch bei einer (inhaltlichen) Abweichung von der minimalen Geschwindigkeit müsse anstelle von einer Erheblichkeitsschwelle von über 30 Prozent von 20 Prozent ausgegangen werden. Eine kontinuierliche oder regelmäßige wiederkehrende (zeitliche) Abweichung solle durch 90 Prozent der Messungen einer Messkampagne festgestellt werden. Eine Unterschreitung der vertraglich vereinbarten minimalen Geschwindigkeit je einmal an jedem Messtag könne nicht die Annahme einer Schlechtleistung durch den Anbieter rechtfertigen.

Aus Sicht der Telekommunikationsverbände sei der Ansatz richtig, für die Erheblichkeit einer Abweichung eine zeitliche und eine inhaltliche Komponente vorzusehen. Das Messverfahren sei nicht repräsentativ und lasse wesentliche Aspekte zum Nachteil der Anbieter unberücksichtigt. Nach Ansicht der Telekommunikationsverbände müsse das Nachweisverfahren anders ausgestaltet werden und sich nach der Rechtsprechung über einen längeren Zeitraum verteilen. Auch erscheine es sinnvoll, dass der Verbraucher sich bereits nach einem Teil der Messungen („einer Messkampagne“) an seinen Anbieter wende, damit dieser dem Kunden helfe, die Validität der Messung sicherzustellen und mögliche Ursachen für die Abweichung zu finden. Mehrere „Messkampagnen“ durch die Kunden ließen sich angesichts der ungewöhnlichen Härte der Rechtsfolge Minderung ohne die Möglichkeit der Nachbesserung rechtfertigen. Störungen des Netzes dürften zudem nicht als Teil der Messkampagne berücksichtigt werden. Hybridprodukte aus stationären Mobilfunkanschlüssen unterlägen nach dem Verständnis der Telekommunikationsverbände nicht den Regularien der Allgemeinverfügung. Im Hinblick auf die in Rede stehende Regelung in der Allgemeinverfügung schlagen die Telekommunikationsverbände einen anderen (abweichenden) Wortlaut vor.

Die **Deutsche Glasfaser Holding GmbH (DG)** führt zum Begriff der Regelmäßigkeit und zu der in Rede stehenden Abweichung aus, dass das von der Bundesnetzagentur vorgeschlagene Messverfahren nicht ausreichend sei, um eine regelmäßige wiederkehrende Abweichung zu begründen. Sie legt anhand eines Beispiels dar, dass das von der Bundesnetzagentur vorgeschlagene Messverfahren innerhalb eines Messzeitraumes von lediglich vier Stunden einen Minderungsanspruch oder aber auch ein außerordentliches Kündigungsrecht des Kunden herbeiführe. So ein kurzer Messzeitraum könne nach Ansicht der DG aber nicht den Tatbestand einer regelmäßig wiederkehrenden Minderung erfüllen. Zur Feststellung einer regelmäßig wiederkehrenden Abweichung bedürfe es daher der Durchführung von zwei Messkampagnen mit einem zeitlichen Abstand von sieben Tagen.

Die DG stellt ferner zur Definition der Geschwindigkeiten u. a. dar, dass nach dem Entwurf der Bundesnetzagentur bei einer normalen Verfügbarkeit der Geschwindigkeit in 90 Prozent der Messungen die Bandbreite in nahezu allen Fällen vorhanden sein müsse. Dieser Ansatz korrespondiere nicht mit einer normal anzunehmenden Verfügbarkeit. Nach der DG ergäbe sich die Regelverfügbarkeit bereits dann, wenn 70 Prozent oder 75 Prozent der Messungen belegten, dass die normal verfügbare Bandbreite zur Verfügung stünde. Zur maximalen Geschwindigkeit sei einzugrenzen, dass der Messwert einmal pro Messkampagne erreicht werden müsse. Die DG sehe die maximale Geschwindigkeit auch als gegeben an, wenn diese nur 80 Prozent der angegebenen maximalen Bandbreite beinhalte. Bei der minimalen Geschwindigkeit teile sie nicht die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass das Endprodukt beim Unterschreiten der minimalen Leistung an

Bandbreite für den Kunden nicht nutzbar sei. Aus der Sicht der DG sei ein Unterschreiten der Minimalbandbreite häufiger als einmal am Tag zuzulassen.

Zur Bemessungsgrundlage für den Minderungsanspruch kritisiert die DG, dass außer dem Tool der Bundesnetzagentur zur Breitbandmessung kein weiteres Tool zertifiziert werden solle. Damit fehle dem Telekommunikationsanbieter die Handhabe, um gegenüber dem Endkunden den Gegenbeweis zu führen. Er könne weder der Minderung noch ihrer Höhe entgegentreten. Die Bundesnetzagentur solle sich bewusst sein, dass dies nicht dazu führen dürfe, dass der Endkunde womöglich eine dauerhafte Preissenkung erziele.

Das überwiegend im Zahlungsverkehr mit dem Kunden verwendete Lastschriftverfahren führe zur Aussetzung des Zahlungsprozesses, wenn die Zahlungsbeträge zur Minderung zurückgebucht würden. Aufgrund dieser Schwierigkeiten im Zahlungsverkehr mit dem Kunden sei eine Entschädigung von Seiten des Telekommunikationsanbieters die sinnvollere Lösung, die aber rechtlich nicht vorgesehen sei.

Die drei lokalen Telekommunikationsunternehmen **Stadtwerke Marburg, Stadtwerke Waldshut-Tiengen und Wittenberg-Net** legen übereinstimmend dar, dass die erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung aus technischen Gründen nicht immer im Verantwortungsbereich des Anbieters läge. Auch Fehler und Performanceprobleme auf Seiten des Messtools könnten dazu führen, dass die tatsächliche Geschwindigkeit nicht richtig gemessen werde. Nach Ansicht der drei lokalen Telekommunikationsunternehmen erfolge eine Festlegung zur Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe verfrüht, da der in den Produktinformationsblättern der Anbieter genannte Sollzustand zur Feststellung der Abweichung bereits Fragen aufwerfe. Die Bundesnetzagentur habe versäumt, diesbezüglich die erforderlichen Klarstellungen und Ergänzungen auf den Weg zu bringen. Dies berge die Gefahr, dass vom Kunden Abweichungen geltend gemacht würden, die der Anbieter nicht zu vertreten habe. Die Bundesnetzagentur habe das bereitgestellte Messtool bislang weder zertifiziert noch sei es technisch so ausgestattet, um grundsätzlich verbindliche Messergebnisse zu gewährleisten. Das Messergebnis könne durch den Anbieter kaum widerlegt werden und führe zur Steigerung von Kosten und schließlich zur Erhöhung der Preise beim Endkunden. Darüber hinaus berücksichtige die Allgemeinverfügung nicht die unverhältnismäßige Minderung bei Bündelprodukten (als sog. double-play oder triple-play). Der Vorschlag der Bundesnetzagentur zu den in Rede stehenden unbestimmten Rechtsbegriffen sei verbesserungswürdig. Die Voraussetzung „regelmäßig wiederkehrende kontinuierliche Abweichung“ dürfte gegeben sein, wenn die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit in mehr als 60 Prozent der Fälle statt – wie vorgesehen – in mindestens 90 Prozent der Fälle erreicht werde. Auch im Hinblick auf die Messtage und normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit bedürfe die Allgemeinverfügung großzügigerer Anpassungen. Die drei lokalen Telekommunikationsunternehmen sehen die Gefahr, dass die Kunden in Unkenntnis der Rechtslage sowohl die Entschädigung wegen Störung als auch die Minderung wegen Abweichung geltend machen könnten und eine doppelte Sanktionierung forderten.

Das **Messunternehmen anw.net GmbH** bemängelt, dass die Verbraucher über die von der Bundesnetzagentur eingeführte Breitbandmessung nur eine einzige Möglichkeit hätten, ein Nachweisverfahren zu führen. Eine Messung sei über die Adresse „breitbandmessung.de“ nur durch die dort verfügbare Desktop-App und nicht über den dort ebenfalls zur Verfügung stehenden Internet-Browser zugelassen. Ein einziges technisches Verfahren sei eine für den Verbraucher erhebliche und unnötige Einschränkung. Die deutsche Internetwirtschaft böte eine Vielzahl geeigneter Messinstrumente an, die sogar stellenweise über die Fähigkeiten der Breitbandmessung hinausgingen. Problematisch sei eine Messung am Endgerät des Verbrauchers und nicht am Netzabschlusspunkt, da nur dieser im Verantwortungsbereich des Service-Anbieters läge. Es bestünde damit keine manipulatorsichere Möglichkeit zwischen Netzabschlusspunkt und Endgerät wirksam zu prüfen. Es gäbe von der Bundesnetzagentur keine anerkannten Messverfahren, die getrennt nach diesen Verantwortungsbereichen einmal bis zum Netzabschlusspunkt und dann bis zum Endgerät eine Beurteilung der Gesamtstrecke ermöglichten. Es wäre auch im Sinne des Verbrauchers,

wenn diese innovativen Messverfahren von der Bundesnetzagentur zugelassen würden. Vor diesem Hintergrund fordert das Unternehmen zur Stärkung der Verbraucherrechte auch andere Nachweisverfahren zuzulassen.

Die **Verbände Deutscher Zeitschriftenverleger e.V. und der Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger e.V.** legen in ihrer gemeinsamen Stellungnahme dar, dass in den Printmedien mit technischen Hinweisen zu Messverfahren die tatsächliche Verfügbarkeit der Breitbandanschlüsse eine große Rolle spiele. Die Attraktivität einer Messung setze voraus, dass das Messverfahren zur Feststellung der Voraussetzungen für eine Minderung des Kaufpreises auch geeignet sei. Die Verbände führen ferner aus, dass auch eine Zertifizierung privater Testverfahren geboten sei, um Nachteile für ihre Mitglieder zu vermeiden. Es entstünde der fälschliche Eindruck, dass die Angebote der Mitglieder technisch unterlegen seien, obwohl die Zertifizierung eines einzigen Verfahrens durch die Bundesnetzagentur auf einer politischen Entscheidung beruhe. Zum Nachteil der Mitglieder würden die digitalen Angebote aus den Computerzeitschriften zu gleichwertigen Messverfahren nicht mehr nachgefragt, wenn die Bundesnetzagentur die Messverfahren privater Dritter von der Möglichkeit der Zertifizierung ausnehmen wolle. Darüber hinaus sei die Zertifizierung privater Messverfahren auch rechtlich geboten, zumal aus den rechtlichen Grundlagen nicht zu entnehmen sei, dass nur ein von der Regulierungsbehörde angebotenes Messverfahren maßgeblich sein könne.

Der **Verein Ingenieure für Kommunikation e.V.** schlägt zur Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit“ vor, dass ein maximaler Abstand von einer Woche zwischen den beiden Messungen sachgerecht und hinreichend sei. Das in der Handreichung genannte Zeitintervall sowie die wichtigsten Rahmenbedingungen sollten aus rechtlichen Gründen in die Allgemeinverfügung aufgenommen werden. Darüber hinaus solle in der Allgemeinverfügung aus Gründen der Klarstellung die Pflicht zur Nutzung der von der Bundesnetzagentur zertifizierten Desktop-App oder einer entsprechend zertifizierten Anwendung festgeschrieben werden. Die Anwendung der von der Bundesnetzagentur zertifizierten Desktop-App für den Verbraucher sei wesentlich einfacher, wenn mit dieser ein einfacher Report zu Datum und Messergebnissen, Messzeitraum und eine abschließende Bewertung zur Erfüllung der Anforderungen erstellt werden könne.

Der **Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv)** führt zu der Allgemeinverfügung aus, dass die Anbieter ihre Produkte mit der Maximalgeschwindigkeit bewürben. Deshalb solle, da Verbraucher mit der Maximalgeschwindigkeit ohnehin nur zeitweise rechnen könnten, entweder die Erheblichkeitsschwelle von 10 Prozent auf 5 Prozent vermindert oder der zeitliche Faktor der Messungen auf 50 Prozent erhöht werden. Eine zusätzliche Erheblichkeitsschwelle sei zudem irreführend, wenn im Zusammenhang mit der Messung nicht mehr die maximale Datenübertragungsrate erreicht werden müsse, sondern nur 90 Prozent der vertraglich vereinbarten Maximalgeschwindigkeit. Der vzbv stimmt mit der Bundesnetzagentur dahingehend überein, dass die maximale Geschwindigkeit nicht durchgängig erreicht werden müsse. Dies entspreche auch den BEREC-Leitlinien (Body of European Regulators for Electronic Communications) zur Umsetzung der europäischen Netzneutralitätsregeln, wonach die Maximalgeschwindigkeit die Geschwindigkeit sei, mit der ein Endnutzer zumindest zeitweise rechnen könne.

Die normalerweise zur Verfügung stehende Bandbreite solle für die Verbraucher, die sich auf diese Geschwindigkeit verlassen, beim Zugriff auf den Dienst im Regelfall verfügbar sein und in einem angemessenen Verhältnis zur Maximalgeschwindigkeit stehen. Verbraucher sollten sich darauf verlassen können, dass diese Geschwindigkeit im Normalfall zur Verfügung stehe. Der vzbv unterstütze die Konkretisierung der Bundesnetzagentur, dass jede Abweichung als erheblich angesehen werde und diese „kontinuierlich oder regelmäßig wiederkehrend“ sei, wenn mindestens 10 Prozent der Messungen die normalerweise verfügbare Datenübertragungsrate unterschritten.

Da es Telekommunikationsanbietern freistehe, alle drei Geschwindigkeitskategorien in Verträgen unilateral festzulegen, begrüßt der vzbv, dass die minimale Geschwindigkeit bei den Messungen

nicht unterschritten werden dürfe. Die minimale Geschwindigkeit sollte jedoch, wie von BEREK vorgeschlagen, in einem angemessenen Verhältnis zur maximalen Geschwindigkeit stehen, da sie sonst als Qualitätsparameter unbrauchbar sei. Hätten Verbraucher beispielsweise eine Mindestbandbreite von 5 Mbit/s bei einer vertraglich zugesicherten Maximalgeschwindigkeit von 50 Mbit/s, wäre dies aus Sicht des vzbv unverhältnismäßig. Anbieter könnten demnach die festgelegten Qualitätsparameter der Bundesnetzagentur durch die selbst gewählte Festlegung der Geschwindigkeitskategorien beeinflussen. Damit die minimale Geschwindigkeit anwendbar und verhältnismäßig bliebe, sollten die Messergebnisse nur berücksichtigt werden, sofern die Minimalgeschwindigkeit mindestens die Hälfte der Maximalgeschwindigkeit betrage.

Das Messtool der Bundesnetzagentur solle Verbraucher hervorgehoben und leicht verständlich auf die Anforderungen für eine nicht vertragskonforme Leistung hinweisen. Zur Anzahl der nach dem Messtool der Bundesnetzagentur durchzuführenden 20 Messungen solle es den Verbrauchern freistehen, in welchen Abständen sie die Messpunkte starteten oder diese pausierten. Diese sollten darüber hinaus auch automatisch durchführbar sein. Der vzbv begrüßt, dass die zwei Messtage nicht aufeinander folgen müssten. Allerdings sollten von den Verbrauchern die Anzahl der Messungen an den jeweiligen Tagen selbst festgelegt werden können, um auf insgesamt 20 Messpunkte zu kommen.

Zwei **Verbraucher** nahmen zum Entwurf der Allgemeinverfügung Stellung und teilten sinngemäß mit, dass dieser mit Mängeln behaftet und zudem die Messung nicht sicher vor Manipulation sei, da das Tool nicht prüfe, was zum Zeitpunkt der Testung die Kunden oder Kundinnen zusätzlich auf dem betroffenen System noch betrieben. Im Falle der Nichterreichbarkeit der Internetseite „Breitbandmessung.de“ aus Gründen der Schlechtleistung oder des kompletten Ausfalls der Leistung des Anbieters sei das Messtool für die Minderung wertlos. Es sei nicht hilfreich, wenn die Verbraucher bei Schlechtleistung den Preis mindern könnten, aber auf die Nutzung der Bandbreite aus verschiedenen Gründen angewiesen seien. Im Falle der Schlechtleistung sei es für Verbraucher wichtiger, wenn diese bei den Anbietern Nachbesserung einfordern oder andernfalls Schadenersatz verlangen könnten. Die unter der Nr. 3 des Entwurfes angeführte vertragliche Minimalgeschwindigkeit sei in den AGB's der Telekommunikationsunternehmen absurd niedrig angesetzt, so dass dieser Punkt so gut wie nie zum Tragen käme. Der Anbieter könne nach Belieben die Werte soweit heruntersetzen, dass die Verordnung jegliche Grundlage verliere. Die Verbraucher forderten vor diesem Hintergrund die Streichung der Ausführungen zur Minimalgeschwindigkeit in Zusammenhang mit der Konkretisierung der unbestimmten Begriffe „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit“.

Die Stellungnahmen sind auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht.

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

## II.

Die Bundesnetzagentur trifft mit dieser Allgemeinverfügung eine Festlegung zu den unbestimmten Begriffen der erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung bei der Geschwindigkeit für Festnetz-Internetzugänge 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 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 Ansprüche 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-Internetzugängen 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.

Entsprechend hierzu wird die Entscheidung mit ihrem verfügenden Teil, der Rechtsbehelfsbelehrung sowie einem Hinweis auf die Veröffentlichung der vollständigen Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur im Amtsblatt der Bundesnetzagentur vom 08.12.2021 öffentlich bekanntgemacht. Gemäß § 210 Satz 1 TKG wird die vollständige Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur am 08.12.2021 veröffentlicht.

Grundsätzlich gilt nach § 210 Satz 3 TKG eine Allgemeinverfügung zwei Wochen nach der Bekanntmachung im Amtsblatt als bekannt gegeben. Nach § 210 Satz 4 TKG gilt § 41 Absatz 4 Satz 4 VwVfG entsprechend. Demnach kann in einer Allgemeinverfügung ein hiervon abweichender Tag, jedoch frühestens der auf die Bekanntmachung folgende Tag bestimmt werden. Die Bundesnetzagentur bestimmt den Tag auf den 13.12.2021. Ab diesem Tag steht auch das aktualisierte

Messverfahren (Breitbandmessung Desktop-App) als Überwachungsmechanismus zur Verfügung.

Die Allgemeinverfügung gilt damit abweichend von § 210 Satz 3 TKG am 13.12.2021 gemäß § 210 Satz 4 i. V. m. § 41 Absatz 4 Satz 4 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) als bekannt gegeben.

## **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-Internetzugänge 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.

Die Allgemeinverfügung ist geboten, weil es das Ziel des Gesetzgebers ist, 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 den zivilrechtlichen Ansprüchen des Schadensersatzes und der Kündigung zu geben. 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-Internetzugänge im Download enthält. Die Erfahrungen haben gezeigt, dass nunmehr die Regelungen auch auf Festnetz-Internetzugänge im Upload auszudehnen sind.

Die Allgemeinverfügung überführt die bisherige Mitteilung vom 12.07.2017 der Bundesnetzagentur - erweitert um die Uploadgeschwindigkeit und Vorgaben für die Messung - 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 Festlegungskompetenz auf die Bundesnetzagentur auch eine gerichtliche Beurteilung der behördlichen Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe ermöglicht werden soll. Eine gerichtliche Überprüfung dieser Festlegung 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. Die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe erfolgt auch nicht – wie in der Konsultation vorgetragen – verfrüht, denn das novellierte Telekommunikationsgesetz und damit der Minderungsanspruch für Verbraucher gilt seit dem 01.12.2021. 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-Internetzugänge ist nicht von dieser Allgemeinverfügung umfasst und bleibt vorbehalten.

### **b) Festlegung „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit“ (Tenor zu I. 1. bis 3.)**

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 festgelegt (hierzu unter aa)). Die Festlegung 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 Geschwindigkeit für Download und Upload angegeben werden.

Es handelt sich bei der Angabe der Geschwindigkeiten um vertraglich zugesicherte Geschwindigkeiten. In diesem Zusammenhang besteht für die Bundesnetzagentur kein Bedarf für eine Anpassung der Formulierung „vertraglich vereinbarte Geschwindigkeiten“ zu „angegebenen Geschwindigkeiten“. Insofern hält die Bundesnetzagentur weiterhin an der Zusammenfassung und Bewertung der Stellungnahmen zur Mitteilung Nr. 486/2017 (Amtsblatt Nr. 13/2017 vom 12.07.2017) fest. Angaben im Vertrag, die – anders als z. B. die Adressangabe – Leistungspflichten beschreiben und damit für die Entscheidung des Verbrauchers, einen solchen Vertrag abzuschließen, Relevanz haben, sind Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung. Dazu gehören in jedem Fall die Angaben zu den Geschwindigkeiten nach Art. 4 Abs. 1 lit. d TSM-VO. Bestätigt wird dies durch Art. 4 Abs. 4 TSM-VO, der explizit feststellt, dass jede erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit zwischen der tatsächlichen Leistung und

der nach Art. 4 Abs. 1 lit. d TSM-VO angegebenen Geschwindigkeit als nicht vertragskonforme Leistung gilt. Diese Herleitung hat der Gesetzgeber mit § 57 Abs. 4 TKG übernommen.

Darüber hinaus müssen Anbieter dem Verbraucher nach § 54 Abs. 3 TKG, bevor er seine Vertragserklärung abgibt, eine klare und leicht lesbare Vertragszusammenfassung kostenlos zur Verfügung stellen („Durchführungsverordnung (EU) 2019/2243 der Kommission vom 17. Dezember 2019 zur Festlegung eines Musters für die Vertragszusammenfassung“, Amtsblatt der EU L 336/274 vom 30.12.2019). Die Vertragszusammenfassung muss die Hauptelemente der Informationspflichten darlegen. Zu diesen gehören nach Erwägungsgrund 12 der Durchführungsverordnung auch die Geschwindigkeiten des Internetdienstes nach der TSM-VO und Abhilfen bei Problemen. Die Vertragszusammenfassung beinhaltet die konkreten Leistungen, die unter der Anschrift des Kunden erbracht werden (vgl. dazu auch das „Praxishandbuch zur Vertragszusammenfassung“ der Rundfunk- und Telekom Regulierungs GmbH Österreich, S. 7, 14. Dort wird ebenfalls davon ausgegangen, dass die Geschwindigkeitsangaben unter der Adresse des Verbrauchers - also standortbezogen - gemacht werden müssen). Nach § 54 Abs. 4 TKG wird die Vertragszusammenfassung Inhalt des Vertrages, womit die darin enthaltenen Vereinbarungen ebenfalls Vertragsbestandteil werden (vgl. BT-Drucks. 19/26108, S. 286). Selbst wenn man – wie in einigen Stellungnahmen vorgetragen – davon ausginge, dass es sich beim Produktinformationsblatt nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 TK-Transparenzverordnung lediglich um angegebene Geschwindigkeiten handelt, die (noch) nicht Vertragsinhalt geworden sein sollen, so werden diese nunmehr durch § 54 Abs. 3 TKG mit der Vertragszusammenfassung und über die Leistungsbeschreibungen der Anbieter Vertragsbestandteil.

Für bereits bestehende Verträge ergibt sich die vertragliche Zusicherung der Geschwindigkeiten aus den geltenden Leistungsbeschreibungen. Nur wenn die dort vereinbarte Beschaffenheit erzielt werden kann, gilt der Vertrag als sachmängelfrei. Daher kommt es mit Inkrafttreten des neuen TKG nicht mehr auf die Frage der Verbindlichkeit der Angaben im Produktinformationsblatt nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 TK-Transparenzverordnung oder der Einbeziehung des Produktinformationsblattes in den Vertrag an. Weiterhin werden Angaben über Geschwindigkeiten zumindest über die Leistungsbeschreibungen der Produkte der Anbieter Vertragsbestandteil. Eine Klarstellung zu den Regelungen der TK-Transparenzverordnung ist seitens der Bundesnetzagentur hier nicht erforderlich.

## **bb) Geltung für Upload- und Downloadgeschwindigkeit**

Bei der Festlegung des Geltungsbereichs der Allgemeinverfügung für Festnetz-Internetzugänge hat die Bundesnetzagentur ihr Ermessen dahingehend fehlerfrei ausgeübt, dass die vorgenommene Konkretisierung der unbestimmten Begriffe für die vertraglich angegebenen Geschwindigkeiten 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 Verbraucher

eine 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 Verbraucher 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 nichtvertragskonforme 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-Internetzugänge herangezogen. Überdies nimmt auch die Gesetzesbegründung zu § 57 Abs. 5 TKG auf die Mitteilung Bezug.

Die Bundesnetzagentur nimmt die im Rahmen der Konsultation vorgetragene Bedenken der Anbieter zur Kenntnis, wonach durch die Einführung des neuen gesetzlichen Minderungsanspruchs im TKG und die auf dieser Grundlage geltend gemachten Forderungen ein höheres finanzielles Risiko bestehe. Hierzu wird auf die Gesetzesbegründung verwiesen, die die vielfachen Forderungen von Verbrauchern und Verbraucherverbänden nennt, die zur Einführung eines konkreten, durchsetzbaren Minderungsanspruchs führten (BT-Drucks 19/26108, S. 290: „Mit der Einführung eines Minderungsrechts wird der vielfachen Forderung von Verbrauchern und Verbraucherverbänden sowie der Länder Rechnung getragen. Verbraucher haben nun die Wahl, entweder den Preis zu mindern, oder – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 314 BGB – den Vertrag oder bei Angebotspaketen den betroffenen Paketbestandteil oder das gesamte Angebotspaket zu kündigen.“). Die Bundesnetzagentur erkennt das gestiegene Schutzniveau für Verbraucher durch die gesetzliche Regelung und die daraus entstandene finanzielle Belastung für Anbieter an und passt mit Blick darauf die Allgemeinverfügung in einigen Punkten an.

### **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)) unter Berücksichtigung der im Rahmen der Konsultation eingegangenen Stellungnahmen festgelegt. 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“ 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 auch im Rahmen der Konsultation der Entwurfsfassung dieser Allgemeinverfügung in verschiedenen Stellungnahmen ausdrücklich begrüßt und 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 des 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 wiederkehrender) 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 mindestens zwei von drei 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-Internetzugangs. 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 weiterhin 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 Verbraucher 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 Bundesnetzagentur verweist bezüglich der Vergleichbarkeit mit Miet- oder Kaufrecht auf ihre bereits in Mitteilung Nr. 486/2017 (dort Ziffer 30) vertretene Auffassung. Demnach ergibt sich der Wert von mehr als 10 Prozent insbesondere aus der Vertragsgestaltung der Internetzugangsanbieter. Auf die Rechtsprechung zum Kaufrecht wird lediglich ergänzend verwiesen. Es ist zutreffend, dass es sich bei dem Internetzugangsvertrag nicht um einen Kaufvertrag handelt. Die rechtliche Einordnung des Internetzugangsvertrages ist in der Literatur umstritten. Der BGH tendiert dazu, den Internetzugangsvertrag als Dienstvertrag einzuordnen (vgl. BGH, Urt. v. 23.3.2005 - III ZR 338/04, NJW 2005, 2076). Der Gesetzgeber hat sich in Kenntnis dieser Situation trotzdem dazu entschlossen, Verbrauchern ein Minderungsrecht einzuräumen, da sie bisher häufig keine Möglichkeit hatten, sich gegen vertragliche Schlechtleistungen zu wehren, wenn der Anbieter eine freiwillige Vertragsanpassung ablehnte und kein alternativer Anbieter zur Verfügung stand (vgl. BT-Drucks. 19/26108, S. 290). Gleichwohl dient der Vergleich mit der Rechtsprechung im Miet- oder Kaufrecht der Plausibilisierung der Erheblichkeit einer Abweichung. Auch liegen sicher nicht alle zivilrechtlichen Erheblichkeitsschwellen bei 10 Prozent. Verglichen wird jedoch nicht die konkrete Schwelle von 10 Prozent, sondern die Möglichkeit einer prozentualen Minderung beim Fehlen bestimmter, vertraglich zugesicherter Eigenschaften. Hier liegt eine Vergleichbarkeit zu Miet- oder Kaufrecht zweifellos vor.

Darüber hinaus sieht das Kaufrecht bei der Minderung überhaupt keine Erheblichkeitsschwelle vor. Denn der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB findet nach § 441 Abs. 1 Satz 1 BGB keine Anwendung. Das heißt, auch im Kaufrecht ist die Minderung bereits bei unerheblichen Pflichtverletzungen möglich, lediglich für den Rücktritt vom Vertrag – welcher vorliegend im Telekommunikationsrecht dem Verbraucher gar nicht zur Verfügung steht – ist die Erheblichkeit der Pflichtverletzung Voraussetzung.

Die Bundesnetzagentur folgt nicht der in der Konsultation vorgetragenen Ansicht, dass eine Schlechtleistung erst ab einer Abweichung von 30 Prozent angenommen werden könne, da erst dann eine Unzufriedenheit beim Kunden einsetze. Das Nachweisverfahren der Bundesnetzagentur dient der Überprüfung der vertraglich vereinbarten Geschwindigkeiten, nicht der daraus möglicherweise resultierenden subjektiven Unzufriedenheit mit der Nutzbarkeit des Internetzugangs. Des Weiteren wird der Verbraucher im Rahmen der Durchführung der Breitbandmessung auch nicht zu seiner erhaltenen Geschwindigkeit, sondern zu seiner generellen, subjektiven, Zufriedenheit mit seinem Anbieter befragt. Weiterhin ergibt sich, dass zufriedene Verbraucher tendenziell einen besseren Verhältniswert der tatsächlichen gemessenen Geschwindigkeit im Vergleich zur

vertraglich vereinbarten maximalen Geschwindigkeit erzielen. Im Umkehrschluss führt eine relativ größere Schlechtleistung zu einer höheren Unzufriedenheit der Verbraucher.

Anbieter können durch eine realistische Angabe der konkret erreichbaren Internetgeschwindigkeiten bereits im vorvertraglichen Stadium sowie im Internetzugangsvertrag verhindern, dass Verbraucher aufgrund dauerhafter Nichterreichung vertraglich vereinbarter Geschwindigkeiten im Vertragsverhältnis berechtigt sind, den Preis zu mindern.

Die Konkretisierung der Bundesnetzagentur nimmt eine Abweichung in Bezug auf den zeitlichen Faktor der unbestimmten Begriffe „kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung“ an, wenn nicht an mindestens zwei von drei Messtagen jeweils mindestens einmal 90 Prozent der vertraglich vereinbarten maximalen 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 (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.

Nach Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen und Berücksichtigung der unmittelbar an die Feststellung einer erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßigen Abweichung geknüpften neuen Rechtsfolge der Minderung des Vertragsentgelts hat sich die Bundesnetzagentur entschlossen, sowohl die Anzahl der Messtage als auch der Messungen zu erhöhen. Damit soll sichergestellt werden, dass Verbraucher in einer gerichtlichen Überprüfung nunmehr einen ausreichend rechtssicheren Nachweis insbesondere des Kriteriums einer regelmäßigen Wiederkehr der Abweichung beibringen können. Demnach sind statt bislang zwei Messtage zukünftig drei Messtage erforderlich, an denen jeweils zehn Messungen durchzuführen sind.

In der Konsultation wurde kritisiert, dass die bislang in der Entwurfsfassung vorgesehene Anzahl der Messungen nicht ausreichend sicher feststellen könne, ob die angegebene maximale Geschwindigkeit regelmäßig erreicht werde. Tatsächlich führt das Messtool nicht permanent über den ganzen Tag hinweg Messungen durch, sondern zieht vielmehr aus zehn einzelnen Messpunkten Erkenntnisse. Es ist daher richtig, dass durch die zehn generierten Messpunkte am Tag ggf. nicht die tatsächliche maximale Geschwindigkeit ermittelt wird. Diesem Aspekt trägt die Bundesnetzagentur aber bereits dadurch Rechnung, dass auch nicht das Erreichen von 100 Prozent des Maximalwertes zur Voraussetzung gemacht wird, sondern dass lediglich 90 Prozent des Maximalwertes zur Erfüllung des Kriteriums herangezogen werden.

Zur rechtssicheren Feststellung insbesondere einer „regelmäßig wiederkehrenden Abweichung“ hält die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Ermessensausübung eine Ausweitung der notwendigen Messtage von zwei auf drei für geboten. Einhergehend mit der Ausweitung wird ein Mindestabstand von jeweils einem Kalendertag zwischen diesen drei Messtagen eingeführt. Der Grund für diese Anpassungen liegt darin, dass dadurch eine größere Zeitspanne im Rahmen des Nachweisverfahrens abgedeckt wird, nämlich mindestens fünf Kalendertage für eine Messkampagne. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur kann eine Überprüfung insbesondere der vertraglich vereinbarten maximalen und minimalen Geschwindigkeit im Rahmen dieses erweiterten Zeitraums substantiierter der Bedeutung von „regelmäßig wiederkehrend“ Rechnung tragen als zwei aufeinanderfolgende Messtage. Mit Blick auf das in der Gesetzesbegründung verankerte Ziel des Gesetzgebers, mit einer gerichtlichen Überprüfbarkeit der Allgemeinverfügung für Rechtssicherheit zu sorgen, hat die Bundesnetzagentur diesen Punkt in ihre Ermessensentscheidung einbezogen und die Konkretisierung der unbestimmten Begriffe wie hier die regelmäßig wiederkehrende Abweichung rechtssicher für einen Minderungsanspruch – sowohl für Verbraucher als auch für Anbieter – ausgestaltet.



Im Rahmen der Konsultation der Entwurfsfassung war kritisiert worden, dass insbesondere kurzfristige Beeinträchtigungen im Netz des Anbieters durch die bisherige Vorgabe von zwei Messtagen, die auch direkt aufeinander folgen konnten, nicht hinreichend berücksichtigt werden. Durch die Ausweitung der Anzahl der Messtage von zwei auf drei im Verbund mit der Verankerung eines Mindestabstandes von jeweils einem Kalendertag zwischen den Messtagen wird aus Sicht der Bundesnetzagentur diesem Aspekt hinreichend Rechnung getragen. Dass höhere Anforderungen an den zeitlichen Faktor der Abweichungen (insbesondere mit Blick auf die zu prüfende regelmäßige Wiederkehr) zu knüpfen sind, erscheint auch gerechtfertigt vor dem Hintergrund, dass nunmehr durch die gesetzliche Festschreibung des Minderungsrechts unmittelbare finanzielle Forderungen auf die Anbieter zukommen. Verbrauchern gegenüber erscheinen diese höheren Anforderungen ebenfalls gerechtfertigt, um diesen – im Gegensatz zu den bisherigen Vorgaben auf Grundlage der formlosen Mitteilung von 2017 – nunmehr ein gerichtlich überprüfbares Ergebnis einer Minderleistung zur Verfügung zu stellen, das rechtssicher einen Minderungsanspruch belegt.

Mit der Erweiterung auf drei Messtage einhergehend legt die Bundesnetzagentur fest, dass eine kontinuierliche oder regelmäßige wiederkehrende Abweichung vorliegt, wenn nicht an mindestens zwei von drei Messtagen jeweils mindestens einmal 90 Prozent der vertraglich vereinbarten maximalen Geschwindigkeit erreicht werden. Der Fall des Unterschreitens von 90 Prozent der maximal vereinbarten Geschwindigkeit an nur einem Messtag kann aus Sicht der Bundesnetzagentur nicht hinreichend einen Minderungsanspruch begründen, da gerade an den anderen beiden Messtagen mindestens 90 Prozent erreicht werden. Eine Vorgabe hingegen, die darauf abzielt, dass eine regelmäßig wiederkehrende Abweichung erst dann begründet würde, wenn an drei von drei Messtagen 90 Prozent der vertraglich vereinbarten maximalen Geschwindigkeit nicht erreicht werden, bildet eher ausschließlich das permanente Nicht-Erreichen im Sinne einer kontinuierlichen Abweichung ab. Dies würde nicht den Voraussetzungen der Regelung des § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG gerecht, wonach nicht erst eine kontinuierliche, sondern auch schon eine regelmäßig wiederkehrende Abweichung als zeitlicher Faktor einen Minderungsanspruch begründen kann. Mit Blick auf diese Erwägungen erscheint die Vorgabe sachgerecht, dass es zur Feststellung einer regelmäßig wiederkehrenden Abweichung ausreicht, wenn nicht an zwei von drei Messtagen die maximale Geschwindigkeit jeweils einmal erreicht wird.

Grundsätzlich werden durch die Verknüpfung der drei Faktoren (Abschlagswert, Anzahl der Messtage und Anzahl der relevanten Messungen) weitgehende Einschränkungen zum Erreichen des Maximalwertes vorgenommen, um einerseits den Rechtsfolgen für die Anbieter, andererseits aber auch dem Schutzbedürfnis des Verbrauchers und einer möglichst einfachen Handhabbarkeit der Messungen Rechnung zu tragen.

Schließlich wird mit dem neu implementierten Sperrfenster von mindestens drei Stunden nach den ersten fünf Messungen des Messtages ein vergrößerter Messzeitraum am Messtag erreicht. Hierdurch wird besser als bisher ausgeschlossen, dass Messungen ausschließlich während kurzfristiger Beeinträchtigungen im Netz des Anbieters durchgeführt werden. Diese erhöhten Anforderungen sind umgekehrt für den Verbraucher zumutbar, da ihm im Gegenzug mit dem Minderungsanspruch eine unmittelbar geltende Rechtsfolge durch die mögliche Reduzierung des Vertragsentgelts eingeräumt wird. Zudem erhält er ein rechtssicheres Messverfahren zur Geltendmachung seines Anspruches gegenüber seinem Anbieter.

Die (umgekehrte) Vorgabe für eine vertragskonforme Leistung, an mindestens zwei von drei Messtagen jeweils mindestens einmal 90 Prozent der Maximalgeschwindigkeit zu erreichen, ist als Eingriff verhältnismäßig, da sie das mildeste Mittel im Sinne einer Gesamtschau der abgewogenen Argumente 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 Verordnungsgebers sowie von BEREC, wonach die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit als die Geschwindigkeit definiert wird, die ein Endnutzer (Verbraucher) 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 Verbraucher verlassen. Der Verbraucher 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, weil die normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit grundsätzlich niedriger ist als die maximale Geschwindigkeit und sie zudem als Geschwindigkeit zu verstehen ist, die regelmäßig erreicht wird. In den Stellungnahmen wurde vielfach ein Abschlag auf den inhaltlichen Faktor unabhängig von der Art der Geschwindigkeit bzw. dessen Erhöhung bei der maximalen Geschwindigkeit gefordert. Dies ist aus den bereits oben unter Ziffer 2. b) dd) (2) genannten Gründen zur Erhöhung des Abschlags bei der maximalen Geschwindigkeit abzulehnen.

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 im Rahmen der Gesamtabwägung 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.

Da der Verbraucher grundsätzlich frei ist, wann er die Messungen vornimmt, steht die zeitliche Anforderung, in neun von zehn Fällen die normalerweise verfügbare Geschwindigkeit erreichen zu müssen, in Übereinstimmung mit den von BEREC genannten Werten. Ein Wert von 95 Prozent der Messungen - wie in der Konsultation gefordert - wäre angesichts der BEREC-Leitlinien sowie des Umstandes, dass der Verbraucher nicht zu Messungen über den gesamten Tag verpflichtet

ist, dagegen zu hoch. Daher sieht die Bundesnetzagentur keinen Grund, bei der zeitlichen Komponente Änderungen vorzunehmen.

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“ zu verstehen (vgl. Duden Online, [www.duden.de](http://www.duden.de)).

Die Bundesnetzagentur geht klarstellend davon aus, dass die Angaben der Geschwindigkeiten so zu verstehen sind, dass etwa die normalerweise verfügbare Geschwindigkeit individuell für jeden einzelnen Verbraucher und nicht lediglich im Durchschnitt aller Verbraucher meistens vorliegen muss. Diese Argumentation würde nur dann zutreffen, wenn es sich bei den Angaben zur Geschwindigkeit nicht um eine vertragliche Zusicherung bzw. nicht um Vertragsinhalt handelt. Die Angaben der vom einzelnen Verbraucher erreichbaren Geschwindigkeiten werden jedoch Vertragsbestandteil.

#### **(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 an mindestens zwei von drei Messtagen jeweils mindestens einmal die minimale Geschwindigkeit 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 Verbrauchers 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 Verbrauchers 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 Verbraucher 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.

In der Konsultation wurde vorgetragen, eine Preisminderung sei nicht hilfreich, wenn Verbraucher auf die Nutzung der Bandbreite angewiesen seien. Stattdessen sei es wichtiger, Nachbesserung oder Schadenersatz einfordern zu können. Diesem Vorbringen ist zu entgegnen, dass Verbraucher bereits unter der bisherigen Rechtslage die Möglichkeit hatten, Schadenersatz zu verlangen. Da der Nachweis eines konkreten Schadens für viele Verbraucher schwierig zu erbringen ist, hat

sich der Gesetzgeber zur Einführung eines zusätzlichen Minderungsrechts entschieden. Im Falle eines vollständigen Ausfalls des Dienstes können Verbraucher nach § 58 TKG im Wege der Entstörung vorgehen.

Eine kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung ist dann anzunehmen, wenn an mindestens zwei von drei Messtagen jeweils mindestens einmal die minimale Geschwindigkeit unterschritten wird. Bezüglich der Entscheidung, zwei von drei Messtagen für die Feststellung der Abweichung ausreichen zu lassen, wird auf die Erwägungen unter Ziffer 2. b) dd) (2) zur maximalen Geschwindigkeit verwiesen. Diese Ausführungen gelten auch hier.

Für eine Festlegung eines festen Verhältnisses von minimaler zu maximaler Geschwindigkeit wie im Rahmen der Konsultation vorgetragen, besteht kein Grund. Zwar ist eine Festlegung der minimalen Geschwindigkeit in einem angemessenen Verhältnis zur maximalen Geschwindigkeit in den BEREK-Leitlinien angesprochen (vgl. Rn. 144, 148). Dies ist aber nur als Beispiel für eine von mehreren Maßnahmen genannt, welche die Bundesnetzagentur ergreifen kann. Die Bundesnetzagentur hat sich demgegenüber entschieden, die Anbieter an ihren vertraglichen Versprechen festzuhalten. Dies ist ein im Vergleich zur Festlegung eines prozentualen Verhältnisses zwischen den Geschwindigkeitsarten milderes Mittel und trägt den Besonderheiten der unterschiedlichen Technologien Rechnung. Schließlich müsste der Verbraucher auch im Fall einer prozentualen Festlegung der Geschwindigkeitsarten untereinander vor Gericht nachweisen, wann eine Abweichung vorliegt. Entsprechend wäre in diesem Fall ebenfalls eine Konkretisierung notwendig, wann eine „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung“ zwischen der tatsächlichen und vertraglichen Geschwindigkeit vorliegt.

#### **(5) Übersicht zu vertragskonformen Geschwindigkeiten**

Zusammengefasst ergibt sich aus den oben getroffenen Konkretisierungen zum Vorliegen einer zur Minderung berechtigenden Minderleistung die nachfolgende Übersicht, unter welchen Voraussetzungen die Geschwindigkeit eines Internetzugangsdienstes vertragskonform ist:

	<b>Inhaltlicher Faktor</b> (=erhebliche Abweichung)	<b>Zeitlicher Faktor</b> (=kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung)
<b>Maximalgeschwindigkeit</b>	Mindestens 90 Prozent vom Maximalwert	An mindestens zwei von drei Tagen jeweils mindestens einmal erreicht
<b>Normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeit</b>	ohne Abschlag	In mindestens 90 Prozent der Gesamtmessungen
<b>Minimale Geschwindigkeit</b>	ohne Abschlag	Nicht an mindestens zwei von drei Tagen jeweils mindestens einmal unterschritten

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

Die Vorgaben für 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. Nach Auswertung der in den Stellungnahmen vorgetragenen Argumenten kommt die Bundesnetzagentur in Ausübung ihres Ermessens zu dem Ergebnis, dass höhere Anforderungen an die Messungen zur Feststellung des zeitlichen Kriteriums einer kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung zu stellen sind. Gegenüber der Entwurfsfassung dieser Allgemeinverfügung werden daher Anpassungen vorgenommen. Nunmehr müssen 30 Messungen an drei unterschiedlichen Kalendertagen erfolgen, wobei sich diese Messungen auf jeweils zehn Messungen pro Messtag verteilen und innerhalb eines Zeitraums von maximal 14 Tagen vorgenommen werden müssen (hierzu unter aa)). Zwischen den einzelnen Messtagen muss jeweils ein zeitlicher Abstand von mindestens einem Kalendertag liegen (hierzu unter bb)). Darüber hinaus muss zwischen der fünften und sechsten Messung eines Messtages ein Abstand von mindestens drei Stunden eingehalten werden und zwischen allen anderen Messungen eines Messtages muss weiterhin ein Abstand von mindestens fünf Minuten liegen (hierzu unter cc)).

Um den Nachweis der Abweichung der tatsächlich gemessenen von den vertraglich vereinbarten Geschwindigkeiten mittels der Breitbandmessung zu erbringen, nimmt die Bundesnetzagentur in angepasster Form 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 einer Handreichung der Bundesnetzagentur. In der Handreichung, die ebenfalls konsultiert wurde, hat die Bundesnetzagentur technische Anforderungen wie etwa die Art der Anbindung etc. verbrauchergerecht dargestellt und mögliche Fehlerszenarien im Rahmen der Messanweisungen benannt.

#### **aa) Anzahl der Messungen**

Die Bundesnetzagentur hält eine Zahl von 30 Messungen für erforderlich, da nur so die Begriffe kontinuierlich und regelmäßig wiederkehrend im Sinne des § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 5 TKG vom Anbieter oder möglicherweise auch gerichtlich geprüft werden können. Hierdurch soll die Aussagekraft der Ergebnisse gewährleistet werden.

Im Vergleich zur Entwurfsfassung dieser Allgemeinverfügung und der bisherigen Praxis wurde die Zahl der Messungen von 20 auf 30 Messungen erhöht. Die Messungen sind an drei unterschiedlichen Kalendertagen durchzuführen, wobei an jedem dieser Messtage zehn Messungen erfolgen müssen. Sowohl die Erhöhung der Gesamtzahl der Messungen gegenüber der Entwurfsfassung als auch die Erhöhung von zwei auf drei Messtage ist geboten, um die Bedeutung des Begriffs „regelmäßig wiederkehrende Abweichung“ für den Verbraucher besser, d. h. – im Hinblick auf die mögliche gerichtliche Überprüfbarkeit – rechtssicher im Nachweisverfahren abbilden zu können. Gleichermaßen trägt eine Anhebung der Anforderungen an das Messkonzept dem Umstand Rechnung, dass mit der Möglichkeit der Geltendmachung eines unmittelbaren Minderungsanspruchs unmittelbare finanzielle Belastungen der Anbieter entstehen und dies eine gestiegene substantiierte Darlegungspflicht für das Vorliegen der Voraussetzungen dieser neuen Rechtsfolge rechtfertigt.

Der erweiterte Messzeitraum trägt auch dem in der Konsultation vorgetragenen Argument kurzfristiger Schwankungen Rechnung, da diese so deutlich besser berücksichtigt werden können.

Die Anzahl der Messungen von 10 pro Messtag wird nicht angetastet. Dies war zum einen kein Kritikpunkt in den Stellungnahmen zur Konsultation. Diese Vorgabe bleibt zum anderen auch deshalb weiterhin bestehen, da die Bundesnetzagentur der Auffassung ist, dass hier angesichts der

schärferen Rechtsfolge einer Minderung keine Abschwächung des Kriteriums geboten ist. Eine Erhöhung der Messungen pro Tag kommt ebenfalls nicht in Betracht, da dies eine zusätzliche Belastung für den Verbraucher darstellen würde und somit nicht mehr das mildeste Mittel im Sinne einer Gesamtabwägung wäre.

Die Bundesnetzagentur berücksichtigt zudem die Handhabbarkeit für den Verbraucher. Die Barriere für den Verbraucher darf nicht zu hoch sein, da diesem sonst eine Überprüfung der von den Anbietern vertraglich in Aussicht gestellten Geschwindigkeiten zu sehr erschwert werden würde. Eine Erhöhung von 20 auf 30 Messungen im Vergleich zur Entwurfsfassung ist für den Verbraucher noch handhabbar und zumutbar. Die handhabbare Anwendungsmöglichkeit unterstützt die Bundesnetzagentur dadurch, dass Verbrauchern begleitend zur Durchführung des Messverfahrens zusätzliche, leicht verständliche Schaubilder und eine Handreichung zum Messverfahren als Erklärungen an die Hand gegeben werden.

Im Vergleich zur Mitteilung nimmt die Bundesnetzagentur hinsichtlich der Anzahl der Messungen zudem 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 drei Messtagen vorliegen.

Zur weiteren Begründung der Ausweitung der Anzahl der Messungen wird auf die Ausführungen oben unter Ziffer 2. b) dd) (2) bezüglich der maximalen Geschwindigkeit verwiesen.

### **bb) Messungen an unterschiedlichen Tagen**

Die Bundesnetzagentur hält es zur Feststellung einer kontinuierlichen und regelmäßig wiederkehrenden Abweichung nach § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 5 TKG für geboten, dass die Messungen an drei verschiedenen Tagen erfolgen. Die Tage dürfen nicht aufeinander folgen, sondern es ist ein Mindestabstand von einem Kalendertag einzuhalten. Würden nur ein oder zwei Tage berücksichtigt werden, so könnte keine ausreichend rechtssichere Wiederholung oder Regelmäßigkeit festgestellt werden. Mehr Messtage sind nicht erforderlich, da dies in der Gesamtschau nicht mehr das mildeste Mittel darstellen würde.

Im Rahmen der Konsultation wurde die Kritik geäußert, dass eine kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung an zwei Tagen nicht ausreichend zu belegen sei. Zur Dokumentation dieser Abweichungen sei eine Replizierbarkeit des Messergebnisses erforderlich. Die Bundesnetzagentur greift diese Kritik in der Art auf, dass ein dritter Messtag herangezogen wird. Damit wird das Kriterium der kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung gestärkt und mit weiteren, zeitlich getrennten Messungen unterfüttert.

Die Bundesnetzagentur erkennt damit an, dass eine kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung an zwei Tagen für den Verbraucher ggf. nicht ausreichend rechtssicher dokumentiert werden kann, um den sich daraus ergebenden Minderungsanspruch nachvollziehbar zu begründen. Es wird daher eine Erweiterung der Messkampagne auf drei Messtage vorgenommen. Damit wird den Verbrauchern und Anbietern ein verlässlicheres Messergebnis durch eine größere Kontinuität der Messungen und damit ein höheres Maß an Rechtssicherheit geliefert.

Zudem dürfen die Messtage zukünftig nicht mehr direkt aufeinander folgen. Es ist stattdessen zwischen den drei Messtagen ein Mindestabstand von einem Kalendertag einzuhalten. Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen ihres Abwägungsprozesses diesen Messablauf festgelegt, um damit mögliche kurzfristige Einflüsse auf das Messergebnis zu reduzieren. Dem Verbraucher steht es im Sinne der Flexibilität jedoch frei, auch mehr Tage zwischen die einzelnen Messtage zu

legen. Lediglich der Gesamtzeitraum der Messkampagne von maximal 14 Tagen darf nicht überschritten werden. Ein beliebiges Verteilen der zukünftig 30 Messungen auf die drei Messtage wird von der Bundesnetzagentur nicht unterstützt. Vielmehr sollen drei gleichgewichtige Messtage in das Ergebnis einfließen, um Besonderheiten einzelner Tage oder Messzeiten zu reduzieren.

Eine Fokussierung auf mehrere Messtage stellt darüber hinaus ein besser geeignetes Kriterium dar als etwa – wie in der Konsultation geäußert wurde – 90 Prozent der Messungen als Kennzahl heranzuziehen. Störungen können ggf. einen längeren, mitunter mehrstündigen Ausfall an einem Messtag hervorrufen. Sie sollten aber nicht an verschiedenen, zeitlich nicht aufeinander folgenden Messtagen wiederkehren.

Eine zweite Messkampagne – wie in der Konsultation der Entwurfsfassung gefordert wurde – ist nicht notwendig, da die bisherige Messung nun bereits um einen dritten Messtag mit weiteren 10 Messungen erweitert wird und damit einen größeren Zeitraum abdeckt. So wird die Überprüfbarkeit der Messungen gestärkt und gleichzeitig werden Verbraucher für das Führen des Nachweises eines Minderungsanspruchs nicht zu stark mit der Durchführung der Messungen belastet.

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

### **cc) Zeitabstand zwischen den Messungen eines Messtages**

Zwischen der fünften und sechsten Messung eines Messtages ist ein Abstand von mindestens drei Stunden einzuhalten. Alle anderen Messungen eines Messtages müssen – wie auch bislang schon vorgegeben – mindestens fünf Minuten auseinander liegen.

Mit dem Sperrfenster zwischen der fünften und sechsten Messung verteilt die Bundesnetzagentur die Messungen eines Messtages in mindestens zwei Blöcke. Damit wird sichergestellt, dass zukünftig nicht mehr alle zehn Messungen innerhalb ungefähr einer Stunde absolviert werden können, sondern dass der Verbraucher einen Messzeitraum von insgesamt mindestens vier Stunden ausnutzen muss. Die Bundesnetzagentur verteilt die Messungen mit dieser Vorgabe stärker im Tagesverlauf, um auch hier das zeitliche Kriterium einer kontinuierlichen oder regelmäßigen Abweichung besser darstellen und begründen sowie tageszeitliche Einflüsse angemessener berücksichtigen zu können.

Ein automatisiertes Messen über den ganzen Tag hinweg scheidet dagegen insbesondere aus Gründen einer mangelnden Kontrolle über die Nutzerumgebung aus. Um Fehler in der Endkundenmessumgebung ausschließen und in einem möglichen Gerichtsverfahren die Einhaltung der technisch korrekten Endkundenmessumgebung für den Verbraucher rechtssicher nachweisen zu können, werden wesentliche Fehlerszenarien dokumentiert. Die einzelnen Fehlerszenarien werden dem Verbraucher vor jeder Messung mitgeteilt. Dieser muss den Ausschluss des jeweiligen Szenarios bestätigen.

Einen größeren zeitlichen Abstand zu implementieren hält die Bundesnetzagentur im Rahmen der Abwägung der Interessen aller Beteiligten nicht für zielführend, da die zusätzliche Belastung des Verbrauchers nicht mit einem deutlichen Mehr an Kontrolle über die tageszeitlichen Einflüsse einhergeht.

Die Bundesnetzagentur weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Hauptverkehrszeiten von Anbieter zu Anbieter verschieden sein können und allgemein durch den fortschreitenden Netzausbau und die verstärkte Homeoffice-Nutzung nicht mehr die Bedeutung haben wie noch vor einigen Jahren.

Entgegen einer Stellungnahme ist für die Geltendmachung des Minderungsanspruchs keine vorherige Kontaktaufnahme des Verbrauchers mit dem Anbieter vor Abschluss sämtlicher Messungen erforderlich. Denn das TKG sieht nicht vor, dass sich der Verbraucher bereits vor Abschluss der Messkampagne mit einem Teilergebnis seiner Messungen an den Anbieter wenden muss. Ungeachtet dessen steht es Verbrauchern frei, sich jederzeit mit Problemen in der Vertragsdurchführung an ihren Anbieter zu richten, auch wenn sie nicht die in dieser Allgemeinverfügung vorgeschriebenen 30 Messungen vollständig durchgeführt haben. Insofern gelten ergänzend zivilrechtliche Regelungen, wenn das TKG keine spezialgesetzliche Regelung trifft. Im Übrigen wäre auch offen, ob durch frühzeitige Abhilfemaßnahmen der Anbieter eine dauerhafte rechtzeitige Lösung des bei der Messung festgestellten Problems erfolgen könnte bzw. möglich wäre. Darüber hinaus wäre durch eine frühzeitige Kommunikation von Teilergebnissen der Messungen an den Anbieter die Gefahr einer Verzerrung der Messergebnisse durch unerlaubte Priorisierung der Datenverkehre nicht auszuschließen. Abschließend ist festzuhalten, dass der Nachweis für das Bestehen eines Minderungsanspruchs erst erbracht ist, wenn sämtliche 30 Messungen korrekt, d. h. unter Einhaltung aller technischen Parameter, durchgeführt wurden.

#### **dd ) Zertifizierung des Messtools**

Die Frage, ob und in welchem Umfang ein Messtool zu zertifizieren ist, ist nicht im Rahmen der Festlegungskompetenz nach § 57 Abs. 5 TKG zu beantworten. Diese Kompetenz der Bundesnetzagentur beschränkt sich allein auf die Konkretisierung einer erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung bei der Geschwindigkeit. Dennoch hat sich die Bundesnetzagentur mit den in mehreren Stellungnahmen vorgetragenen Argumenten auseinandergesetzt und behält sich vor, zu diesem Thema eine gesonderte Mitteilung zu erlassen.

#### **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 aus § 57 Abs. 5 TKG und legt die in § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG genannten unbestimmten Begriffe fest. Damit ist die Mitteilung Nr. 485/2017 im Amtsblatt Nr. 13/2017 vom 12.07.2017 der Bundesnetzagentur mit Bekanntmachung dieser Allgemeinverfügung gegenstandslos geworden 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 des Bescheides.

Im Auftrag

Friedhelm Dommermuth  
(Abteilungsleiter  
Ökonomische Fragen der Regulierung Telekommunikation)