



## **Stellungnahme der Vodafone zu den Entwürfen einer Allgemeinverfügung und Handreichung betreffend die Konkretisierung der unbestimmten Begriffe „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit“ bei Mobilfunk-Internetzugängen**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Gelegenheit, zu den o.g. Entwürfen Stellung zu nehmen.

Insgesamt sind in beiden Entwürfen bereits viele Gesichtspunkte verankert, welche zu einer ausgewogenen und damit kohärenten Regulierung beitragen können und müssen. Dennoch sind die Entwürfe aus unserer Sicht noch nicht in Gänze kohärent, sondern müssen um einige weitere Punkte ergänzt bzw. in einigen Punkte angepasst werden.

Wie bereits in der Vergangenheit im Rahmen von unternehmens- und verbändeübergreifenden Stellungnahmen erläutert, sehen wir ausgesprochen hohe Hürden, um den Schritt von einer Information über geschätzte maximale Bandbreiten zu einer Umdeutung in eine verbindliche Mindestbandbreite zu gehen. Ein wichtiger Baustein hierbei ist die Anpassung der geforderten Mindestbandbreiten sowohl an die tatsächlich bestehenden Netzstrukturen als auch an die immanenten Beschränkungen des Mobilfunks durch

- entsprechende Abschlüsse und
- die Forderung einer Mindestanzahl an Messungen, um eine statistische Signifikanz der Messergebnisse zu erreichen.

Hier sehen wir die BNetzA mit der entworfenen Allgemeinverfügung grundsätzlich auf dem richtigen Weg. Es fehlt jedoch eine Regelung zu einer Kartenlösung, die sich mit dem nun vorgeschlagenen Raster in einen tauglichen Rahmen gießen ließe. Insoweit ist es irreführend, eine solche Lösung unter Hinweis auf ihre praktische Nichtnutzung abzulehnen, da die Einführung einer kartenbasierten Geschwindigkeitstransparenz von einer Klarheit über ihre rechtlichen Implikationen abhängt – mit anderen Worten wäre es nötig, ein **zuerst** ein Kartenmodell zu regeln und es **danach** auf dieser Basis einzuführen.

Die Handreichung wiederum thematisiert zu Recht eine Vielzahl von Faktoren, welcher der Betriebshoheit der Netzbetreiber entzogen sind und daher bei der Ausgestaltung des Messmechanismus zu berücksichtigen sind. Hier sehen wir jedoch den Katalog der Faktoren bei weitem nicht als erschöpfend beschrieben an und halten es darüber hinaus für zwingend, alle maschinell erfassbaren Faktoren auch tatsächlich zu berücksichtigen und dies nicht einer Erklärung des Nutzers zu überlassen.

Umgekehrt ist indes auch anzuerkennen, dass einige wichtige Faktoren entweder keiner maschinellen Auswertung zugänglich sind oder allenfalls als Indizien für eine ungeeignete Messumgebung herangezogen werden können. In solchen Fällen wird weiterhin nötig sein, sich auf Zusicherungen des Nutzers zu verlassen und alle erfassbaren Parameter den



Netzbetreibern für eine Plausibilitätsprüfung zugänglich zu machen. Aus selbigem Grund ist es aber auch – wie die Handreichung zutreffend erkennt – nicht möglich, Messkampagnen zu automatisieren, die die nötigen Zusicherungen nur im zeitlichen Zusammenhang mit jeder einzelnen Messung geben lassen.

Die vorausgeschickt, möchten wir im Folgenden auf einzelne Aspekte der Rechtlichen Rahmenbedingungen (I.) und der Erfassung von Parametern der Messumgebung (II.) eingehen sowie skizzieren, wie eine Kartenlösung ausgestaltet werden könnte (III.). Im Übrigen verweisen wir an dieser Stelle auf die weitergehenden Ausführungen in der verbändeübergreifenden Stellungnahme von VATM und BITKOM, die wir vollständig mittragen.

## I. Rechtliche Rahmenbedingungen

Die vorliegende Aufgabe der BNetzA besteht zwar vordergründig darin, konkrete Anforderungen an zu erreichende Bandbreiten festzulegen und ein Verfahren für eine rechtssichere Messung zu entwickeln. Genau besehen ist dies jedoch ein Spagat, der den Bemühungen um eine Quadratur des Kreises vergleichbar scheint. Anders als bei Festnetzen hat der Vorordnungsgeber der TSM-VO für den Mobilfunk nämlich in Anbetracht der praktischen Einschränkungen in der Beherrschbarkeit ihrer Leistung bewusst darauf verzichtet, Angaben zu einer Mindestgeschwindigkeit zu fordern.

Da eine solche Mindestgeschwindigkeit aber Grundvoraussetzung einer Minderung ist, muss hier eine Übersetzungsleistung stattfinden. Dies wird dadurch erschwert, dass die nationalen Anforderungen mit § 1 Abs. 2 Nr. 5 2. HS. TK-TransparenzVO nach ihrem Wortlaut nur eine bundesweite Maximalwertangabe zulassen, während eine Messung lokal erfolgt und die Mobilfunknetze naturgemäß lokale Leistungsunterschiede – sei es aufgrund ihres Ausbaustandes, der Umgebung oder anderer Faktoren – aufweisen. Hinzu kommt noch, dass die TSM-VO nur **Informationen** über die erreichbaren Bandbreiten fordert, keine **Zusagen**. Um es in einfachen Worten auszudrücken: Die Aufgabe der BNetzA besteht darin, die

***Information über eine irgendwo im Bundesgebiet schätzungsweise zu erreichende Maximalbandbreite***

*in eine*

***lokal mindestens zu erwartende Bandbreite***

zu übersetzen. Dies kann nur gelingen, wenn beide auf den ersten Blick unvereinbaren Teilaspekte unter Einbeziehung und Abwägung aller Gesichtspunkte in einen kohärenten, angemessenen Ausgleich gebracht werden.

Diese Gesichtspunkte sind sowohl tatsächlicher als auch rechtlicher Natur.

Tatsächliche Aspekte wie die konkreten Ausbaustände der Netze und die Grenzen der Beherrschbarkeit ihrer Leistung sind dabei zumindest insoweit zu berücksichtigen, als eine



kohärente Lösung niemals darin bestehen kann, die der Mobilfunktechnologie immanenten Einschränkungen den Netzbetreibern zur Last zu legen. Diese Grenzen der Betriebshoheit – zu nennen wären hier z.B. die zeitlich hochvariante Zellauslastung und die Abschirmung innerhalb von Gebäuden – müssen sowohl bei der Ermittlung der Mindestanforderungen selbst als auch beim Design des Messmechanismus gewahrt bleiben.

Bei den rechtlichen Aspekten ist neben den schon in der Vergangenheit diskutierten Problemen der § 57 Abs. 4 TKG zu beachten. Dieser weist einer abgeschlossenen Messkampagne auch dann eine gesetzliche Vermutungswirkung zu, wenn der (Gegen-)Beweis unzureichender Messbedingungen schon deswegen nicht geführt werden kann, weil die konkrete Messung niemals replizierbar sein wird.

Umso wichtiger ist es daher, Messungen bereits dann auszuschließen, wenn greifbarer Anlass zur Sorge besteht, dass diese Messung in einer Umgebung stattfindet, die jenseits der Einflussmöglichkeit der Netzbetreiber (Betriebshoheit) liegt. Mindestens ebenso wichtig aber ist es auch, **alle** für die Beurteilung der Messumgebung Parameter – und seien es nur solche mit Indizwirkung – automatisch zu erfassen. Angesichts der gesetzlichen Vermutungswirkung ist es gerade nicht angemessen, die Kontrolle der Messumgebung dem Nutzer zu überlassen, welcher die betreffenden Parameter entweder gar nicht (Temperatur, Feldstärke) oder nur mit überdurchschnittlichen Kenntnissen prüfen kann.

Ohne umfassende automatisierte Ermittlung der Messumgebung würden aber nicht nur die Grenzen der Betriebshoheit der Netzbetreiber verletzt. Vielmehr ist es – zu Recht – das erklärte Ziel der BNetzA, mit dem einzuführenden Messmechanismus auch für maximale Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu sorgen. Eine solche Rechtssicherheit lässt sich aber nicht dadurch herstellen, dass berechtigte Belange einer Seite zurückgestellt werden, sondern nur indem die Ermittlung der Messergebnisse in **weitestmöglich objektiver** Form stattfindet, welche Diskussionen der Beteiligten auf das unvermeidliche Maß beschränkt.

In diesem Zusammenhang sei auch angemerkt, dass eine möglichst objektive Messung das Auslesen aller relevanten Parameter aus den Endgeräten und damit auch ggf. die Einräumung entsprechender Rechte durch den Nutzer umfasst. Einem Nutzer, welcher eine (zumindest vermeintliche) Minderleistung geltend machen möchte, ist es augenscheinlich ohne Weiteres zuzumuten, mit der Rechtsgewährung zur Sicherung der Objektivität seiner Messungen beizutragen.

## II. Erfassung von Parametern der Messumgebung

Während die rechtlich gebotene umfassende Ermittlung und Abwägung der relevanten Aspekte sowie ihr kohärenter Ausgleich im Entwurf der Allgemeinverfügung bereits weitgehend erfolgt ist, sind der entworfenen Handreichung lediglich einige Ansätze zu entnehmen.

So arbeitet die BNetzA zutreffend heraus, dass bestimmte Umgebungsparameter bei einer Messung gewahrt bleiben müssen, um die technischen Möglichkeiten der Netze/Netzbetreiber nicht zu überschreiten. Ebenso zutreffend arbeitet die BNetzA heraus, dass



- eine gewisse Menge an Messungen erforderlich ist, um eine statistische Signifikanz der Ergebnisse und damit deren Belastbarkeit zu erreichen, und
- nur eine automatisierte Messung notwendige und zeitnah abzugebende Zusicherungen des Nutzers betreffend die jeweilige Messung ermöglicht.

Dennoch sind noch nicht alle relevanten Parameter in die Betrachtung eingeflossen (dazu unten). Dabei setzt wie oben ausgeführt eine kohärente Ausgestaltung des Messmechanismus voraus, dass größtmögliche Rechtssicherheit über die Einhaltung der Mindestanforderungen an die Messumgebung hergestellt werden kann. Um die gesetzliche Verschiebung der Beweislast zu rechtfertigen und die Kohärenz des Gesamtkonzepts zu wahren, muss das Tool alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen, um fehlerhafte Messungen auszuschließen oder zumindest erkennbar werden zu lassen, was bislang nicht der Fall ist.

Zu den einzelnen Kritikpunkten möchten wir jedoch an dieser Stelle zur Vermeidung unnötiger Doppelungen und zur Wahrung der Übersichtlichkeit auf die detaillierten Ausführungen in der verbändeübergreifenden Stellungnahme von VATM und BITKOM verweisen.

### **III. Modell einer Kartenlösung**

Wie bereits eingangs ausgeführt, ist aus unserer Sicht die Ablehnung der Einführung eines Kartenmodells nicht nachzuvollziehen. Es ist jedenfalls nicht hinreichend, dies im Hinblick auf eine fehlende praktische Anwendung und eine ebenso fehlende Rechtsgrundlage für Datenlieferungen zu stützen.

Ersteres stellt aus unserer Sicht eine Verkehrung der Sachlage, einen untauglichen Schluss dar. Dass die von weiten Teilen der Branche befürwortete und erwünschte Kartenlösung – welche den Grad der Leistungstransparenz überdies zum Nutzen aller Kunden erhebliche steigern würde – bisher nicht Eingang in die Verträge gefunden hat, liegt ja gerade daran, dass es keine Rechtssicherheit über deren rechtliche Beurteilung gibt. Dies ist zunächst die oben erwähnte Anforderung, nur eine einzige Bandbreite in den Produktinformationsblättern anzuführen und im Weiteren das rechtliche Problem, variable Leistungszusagen konform zum AGB-Recht und zu § 57 Abs. 1+2 TKG auszugestalten.

Die Datenlieferung wiederum lässt sich aus unserer Sicht auch ohne spezifische Erhebungsgrundlage in geeignete Bahnen leiten.

Konkret könnte das Modell einer Alternativen Angabe von Bandbreiten und einer Datenlieferung wie folgt aussehen:

Grundvoraussetzung einer solchen Lösung wäre die Aufnahme einer – im Weiteren durch die Vertragspraxis mit Leben zu füllenden – Kartenlösung in die Allgemeinverfügung mit der Maßgabe, dass bei Einhaltung spezifischer Anforderungen an solche Angaben (dazu unten) nicht die bisher vorgesehene, auf eine einzelne Maximalbandbreite abstellende Regelung, Anwendung findet, sondern eine spezifisch für diesen Fall vorgesehene Methodik.



Die spezifischen Anforderungen wären:

- die weiterbestehende Angabe einer bundeseinheitlichen Maximalgeschwindigkeit,
- der vertragliche Verweis, dass in einer konkret bezeichneten Datenbank für jedes Quadrat des bereits im Entwurf vorgesehenen Rasters jeweils eine lokale Angabe der geschätzten maximalen Bandbreite hinterlegt sei
- die erstmalige Lieferung und regelmäßige Aktualisierung dieser Angaben in diese Datenbank.

Hiervon ließe sich für jeden Messvorgang aus der Datenbank eine konkret zu erreichende geschätzte maximale Bandbreite ableiten, welche an die sich im ständigen Wandel befindlichen lokalen Gegebenheiten angepasst wäre. Neben der deutlich erhöhten Transparenz für den Endkunden wäre es so auch – abseits besonderer Situationen wie Großveranstaltungen – möglich, eine kohärente Vorgabe **ohne signifikante Abschläge von der Bandbreitenangabe** aufzustellen.

Da die Zulieferung von Daten also auf einer Freiwilligkeit beruhen würde, bedürfte es auch keiner spezifischen Datenerhebungs- und Verarbeitungsgrundlage. Ein Unternehmen, welches dieses Modell zu nutzen wünscht, würde den Vorgaben entsprechend Daten liefern und aktualisieren. Bei Nichteinhaltung der Anforderungen oder entsprechender unternehmerischer Entscheidung würde automatisch ein Rückfall auf die „allgemeinen“ Anforderungen, wie sie im derzeitigen Entwurf zu finden sind, möglich sein, so dass auch keine Anwendungslücke für den § 57 Abs. 4 TKG entstünde.

Düsseldorf, d. 31.07.2024