



INITIATIVE
EUROPÄISCHER
NETZBETREIBER

IEN · Dorotheenstrasse 54 · 10117 Berlin

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Referat VIA2
Villemombler Str 76
53123 Bonn

VORAB PER E-MAIL: buero-via2@bmwi.bund.de

**Referentenentwurf 4. TKG-Änderungsgesetz - Anpassung der
Regelung des § 35 Abs 5 TKG
Hier: Stellungnahme der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN)**

Berlin, den

26.06.2018

Sehr geehrter Herr Ulmen,
sehr geehrte Damen und Herren,

das BMWi hat am 15.06.2018 einen Referentenentwurf zur Änderung des TKG, namentlich der Regelung des § 35 Abs. 5 TKG veröffentlicht und eine Verbändeanhörung mit Stellungnahmefrist bis zum 22.06.2018 eingeleitet.

Die IEN hat im Vorfeld an der diesbezüglichen Anhörung teilgenommen und in deren Nachgang bereits eine Stellungnahme abgegeben. Des Weiteren hat die IEN sich auch persönlich nach dem Sachstand des weiteren Verfahrens bei den zuständigen Referenten erkundigt. Vor diesem Hintergrund bedauern wir, dass die IEN im Gegensatz zu anderen Verbänden nicht über die Anhörung informiert wurde. Gleichwohl bedanken wir uns für die nunmehr gewährte Verlängerung der Stellungnahmefrist bis zum 26.06.2018.

Die IEN nimmt zu dem Entwurf wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anmerkungen

Die IEN begrüßt das Bestreben des BMWi, eine Regelung in diesem schwierigen Thema herbeizuführen, die im Einklang mit der Entscheidung des BVerfG einen angemessenen Ausgleich der Interessen der Marktbeteiligten herbeiführt und dabei insbesondere kleinere Unternehmen vor existenzbedrohenden, rückwirkenden Zahlungen schützen will. Allerdings erachtet die IEN die nunmehr geplante Regelung als noch zu unpräzise und komplex, um dieses Ziel zu erreichen.

MITGLIEDER

Colt
Orange Business
Verizon
Vodafone Enterprises

SITZ UND BÜRO

Dorotheenstrasse 54
10117 Berlin

GESCHÄFTSFÜHRER

RAin Malini Nanda

VORSTAND

Dr. Jutta Merkt
Dr. Andreas Peya
Christian Weber

KONTAKTE

Telefon +49 30 3253 8066
Telefax +49 30 3253 8067
info@ien-berlin.com
www.ien-berlin.com

Weiterhin fordert die IEN eine konkrete Beiladungspflicht: Alle im Verwaltungsverfahren beteiligten Unternehmen sollten binnen einer Woche nach Eingang der Klage bei Gericht durch das Gericht zur Stellung eines Antrags auf Beiladung aufgefordert werden. Insbesondere die Vertragspartner der Klägerin, die die beklagte Leistung nachfragen, sind notwendig beizuladen.

Besonders problematisch erscheint uns, dass wegen des weiten Wortlauts selbst ein rückwirkender Wegfall der Rückwirkungssperre bei bereits abgeschlossenen Verfahren nicht ausgeschlossen zu sein scheint.

II. Im Einzelnen zur Anpassung des § 35 Abs. 5 TKG

Die oben aufgestellten Forderungen begründen sich aus Sicht der IEN insbesondere aus den nachfolgenden Erwägungen.

1. § 35 Abs. 5a TKG-E Differenzierung nach Umsätzen

Das BMWi begründet seine Erwägungen zur Umsatzgrenze für die Frage der Rückzahlungspflicht mit der Schutzbedürftigkeit derjenigen Unternehmen, die aufgrund ihrer geringeren wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines besonderen Schutzes bedürfen. Gleichzeitig hat sich das BMWi um eine Korrektur dahingehend bemüht, dass nur solche Umsätze relevant sein sollen, die auf den Telekommunikationsmärkten erwirtschaftet werden, um zu vermeiden, dass kleinere Telekommunikationsunternehmen, deren verbundene Unternehmen auf anderen Märkten entsprechend hohe Umsätze erwirtschaften, nicht allein deswegen unter die Rückzahlungspflicht fallen (vgl. Seite 6, 8 des Entwurfs).

Gerade an diesem Punkt sieht die IEN jedoch noch Ergänzungsbedarf. Bislang will das BMWi eine entsprechende Differenzierung nach Umsätzen, die „ebenfalls auf Telekommunikationsmärkten erzielt“ werden, nur bei verbundenen Unternehmen gelten lassen. Dies ist jedoch aus Sicht der IEN nicht sachgerecht. Es gibt auch eine Vielzahl an Unternehmen, welche innerhalb des Unternehmens über unterschiedliche „Sparten“ verfügen und beispielsweise einen Großteil ihres Umsatzes mit dem Vertrieb von Hardware oder nicht entgeltregulierten Diensten und nur einen geringen Anteil mit entgeltregulierten Telekommunikationsdienstleistungen erwirtschaften.

Daneben sind sogar große deutsche Automobilhersteller als Anbieter von Telekommunikationsdiensten gemeldet, ohne dass diese in nennenswertem Umfang Umsätze mit gewerblich öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten, sondern fast den gesamten Umsatz mit Herstellung und Vertrieb von Kraftfahrzeugen, erwirtschaften.

Nach dem gegenwärtigen Entwurf könnten derartige Umsätze mit hinzugerechnet werden, wenn es sich auch um „Telekommunikationsmärkte“ handelt. Dies kann jedoch nicht sachgerecht sein. Im Hinblick auf die wettbewerbsregelnde Funktion der Regelung, kann

es nur angemessen sein, wettbewerbsrechtliche Marktkriterien zur Zurechnung heranzuziehen.

Der Vorschlag der IEN wäre daher, nur Umsätze des Unternehmens und seiner verbundenen Unternehmen für die Berechnung der Umsatzschwelle heranzuziehen, die **auf demselben sachlich und räumlich relevanten regulierten Markt** erzielt werden und dies durch eine verpflichtende Beiladung festzustellen. Ohne eine solche erforderliche Beschränkung könnte es nach dem gegenwärtigen Wortlaut sogar möglich sein, Telekommunikationsumsätze auf anderen, nicht verwandten, unter Umständen sogar ausländischen Märkten hinzuzurechnen und wäre für viele Unternehmen überraschend. Damit könnten im Ergebnis auch solche Unternehmen zur Rückzahlung verpflichtet sein, die ersichtlich gerade nicht zu den „großen Playern“ gehören. Dies wäre nach Auffassung der IEN unverhältnismäßig. Die bisher angedachte Schutzregelung des BMWi würde insoweit ins Leere laufen.

Die IEN schlägt daher vor, die Umsatzbemessung auf die Erbringung von entgeltregulierten Telekommunikationsdienstleistungen **auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt** zu beziehen. Nur auf diese Weise ist sichergestellt, dass die Schutzbedürftigkeit der Zusammenschaltungspartner möglichst genau und nicht nur pauschal bestimmt wird.

Wir schlagen daher vor, den Gesetzesentwurf wie folgt zu ergänzen:

1. In § 35 wird nach Absatz 5 folgender Absatz 5a angefügt:

*„(5a) Soweit Entgelte für einen Zeitraum nach dem 31. Juli 2018 genehmigt werden, findet Absatz 5 Satz 3 keine Anwendung, wenn der Vertragspartner gemäß Absatz 5 Satz 1 Zugangsleistungen nachfragt und dieses Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor der Klageerhebung, für das ein Jahresabschluss vorliegt, einen Jahresumsatz von mehr als 100 Millionen Euro mit Leistungen auf demselben regulierten Telekommunikationsmarkt erzielt hat und in den Verfahren von den Verwaltungsgerichten beteiligt war. Umsätze verbundener Unternehmen im Sinne des § 3 Nummer 29 sind zu berücksichtigen, **soweit das verbundene Unternehmen ebenfalls Umsätze auf Leistungen auf denselben regulierten Telekommunikationsmärkten erzielt.**“*

2. Zur Frage der Beiladung bei Bildung von Rückstellungen und die wirtschaftlichen Risiken der Zusammenschaltungspartner des regulierten Unternehmens

Nach der bisherigen Gesetzesbegründung soll die Rückwirkungssperre des § 35 Abs. 5 S. 2 und 3 TKG die Wettbewerber der regulierten Unternehmen vor existenzbedrohenden, wirtschaftlichen Risiken schützen, die sich aus einer bei einer unbegrenzten Möglichkeit der rückwirkenden Geltendmachung höherer Zusammenschaltungsentgelte ergeben würden.

Für das Eilverfahren nach § 35 Abs. 5 TKG i.V.m. § 123 VwGO ist bislang durch die Rechtsprechung eine Beiladung der Vertragspartner des

regulierten Unternehmens sichergestellt. Bei einem Wegfall der Rückwirkungssperre für „große Unternehmen“ verlagert sich die Rückwirkungsproblematik künftig in das Hauptsacheverfahren. Das ist an sich schon misslich, weil diese Verfahren eine erhebliche Verfahrensdauer von in der Regel vielen Jahren haben.

Nur exemplarisch für nicht akzeptable lange Verfahrensdauern sei darauf verwiesen, dass im Amtsblatt 11/2018 nunmehr rückwirkend Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung für die Zeiträume 2003-2004 (Mitteilung Nr. 153/2018) bzw. 2004-2005 (Mitteilung Nr. 154/2018) angeordnet werden (und bei denen faktisch jemand 14 Jahre lang Rückstellungen bilden musste!).

Verfahrensmäßig ist dabei besonders problematisch, dass es nach der bisherigen Rechtsprechung und Beiladungspraxis der Verwaltungspraxis eine (einfache) Beiladung selbst der Vertragspartner regelmäßig unterbleibt. Deshalb ist hier der Gesetzgeber gefragt. Es ist ein verstärktes Augenmerk auf die Beiladung zu richten, um den betroffenen Unternehmen einerseits die Möglichkeit einzuräumen, ihre eigenen Argumente vorzutragen und darüber hinaus durch Verfahrenkenntnis die Risiken entsprechend zu bewerten.

Die IEN regt hier dringend die gesetzliche Anordnung der notwendigen Beiladung aller Vertragspartner des regulierten Unternehmens auch für die verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahren gegen die Entgeltgenehmigung an. Hierfür reicht es nicht aus, wie bisher vorgesehen in § 35 Absatz 6 nach Satz 9 anzuordnen, dass die Beiladung gem. Sätze 1 bis 9 auf sämtliche Rechtsbehelfsverfahren des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht Anwendung findet. Denn im Gegensatz zum Eilverfahren gilt im Hauptsacheverfahren bislang nicht die notwendige Beiladung als Regelfall. Die vorgeschlagene Regelung wird im Hauptsacheverfahren daher leerlaufen.

Es gilt stets zu beachten, dass das Fehlen einer Rückwirkungssperre sich unmittelbar existenzbedrohend für die Wettbewerber darstellen könnte, denn es besteht häufig keine Möglichkeit, gegenüber den eigenen Kunden Nachzahlungen durchzusetzen. Soweit es sich bei den eigenen Kunden um Endkunden handelt, ergibt sich dies ohne weiteres aus den Verträgen mit den Kunden. Ein Vorbehalt für mögliche Nachzahlungen wäre dort weder AGB-rechtlich möglich, noch würde er sich im Wettbewerb durchsetzen lassen. Auch soweit es sich bei den Kunden nicht um Endkunden handeln sollte, sondern um Zwischenhändler, welche die Leistung ihrerseits weiterverkaufen, so würde dort zwar grundsätzlich die Möglichkeit der Vereinbarung von Rückforderungsklauseln bestehen. Hierbei würde jedoch immer ein erhebliches Restrisiko (Insolvenzrisiko) bei dem Zusammenschaltungspartner verbleiben. Im Übrigen würde hierdurch lediglich das beschriebene Risiko nach unten verlagert, weil jedenfalls in der nächsten Ebene von dem anderen Telekommunikationsunternehmen das Risiko nicht an dessen Kunden weitergegeben werden könnte. Hier stellt sich überdies das Problem, dass die Zwischenhändler aufgrund der fehlenden Eigenschaft als Zusammenschaltungspartner im Rahmen der Verfahren nicht vortragen können.

3. Zur Behandlung von Altfällen

Nach dem Wortlaut von § 35 Absatz 5a „Soweit ...“ und der einschlägigen Begründung soll die Regelung des § 35 Absatz 5 Satz 2 und 3 für den Zeitraum nach dem Stichtag wegfallen. Dies empfinden wir als äußerst problematisch, da es damit selbst in Fällen, in denen Verwaltungsgerichte bereits vor dem Stichtag rechtskräftig den Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt haben, für die Entgelte im Zeitraum nach dem 31. Juli 2018 zu einer Rückwirkung kommen kann.

Was dies bedeutet, verdeutlicht konkret das aktuelle Verfahren 1 L 24466/17, bei dem das Verwaltungsgericht durch Beschluss vom 17.05.2018 die Anordnung einer einstweiligen Anordnung zugunsten der Telekom Deutschland abgelehnt hat. Die zugrundeliegende Entgeltgenehmigung betrifft aber auch Entgelte nach dem 31. Juli 2018, und – wie immer – bestand für die Vertragspartner keine Möglichkeit, sich zu dem bereits anhängigen Hauptsacheverfahren 1 K 4860/17 beiladen zu lassen. Wenn es bei der vorgeschlagenen Regelung bleibt, könnte also ohne Beteiligung der betroffenen Unternehmen in einem bereits anhängigen Verfahren rückwirkend über die Zahlungspflicht höherer Zusammenschaltungsentgelte betreffend den Zeitraum nach dem 31. Juli 2018 entschieden werden. Dies wäre eine unverhältnismäßige und gegen Verfahrens- und Beteiligungsrechte der materiell potentiell Betroffenen verstoßende Rückwirkung.

Für Rückfragen stehen die Vertreter der Mitgliedsunternehmen der IEN sowie ich selbst jederzeit gern zur Verfügung. Die Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Nanda', written in a cursive style.

Malini Nanda, Rechtsanwältin
Geschäftsführerin der IEN