

JUCONOMY Rechtsanwälte, Mörsenbroicher Weg 200, D-40470 Düsseldorf

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Referat VIA2
Villemomblér Str. 76
53123 Bonn

per eMail Buero-VIA2@bmwi.bund.de

Mörsenbroicher Weg 200
D-40470 Düsseldorf
Tel +49 (211) ▶ 90 99 16 - 0
Fax +49 (211) ▶ 90 99 16 - 99
www.juconomy.de

Dr. Martin Geppert
Rechtsanwalt, Partner

Dr. Peter Schmitz
Rechtsanwalt, Partner

Dr. Jens Schulze zur Wiesche
Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

Kooperationspartner Wien:
Rechtsanwälte
Lichtenberger & Partner

Ihr Ansprechpartner:
Dr. Martin Geppert
geppert@juconomy.de

Unser Zeichen:
MG/

Datum: 22.06.2018

Referentenentwurf für ein Viertes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (4. TKGÄndG)

Sehr geehrter Herr Eimer,
Sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf den Referentenentwurf für ein Viertes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes, der auf den Internetseiten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie am 14.06.2018 veröffentlicht wurde:

<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/viertes-gesetz-zur-aenderung-des-telekommunikationsgesetzes.html>

Vorliegend nehmen wir unter anwaltlicher Versicherung entsprechender Bevollmächtigung für die Unternehmen

- **M-net Telekommunikations GmbH** und
- **NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH**

Stellung zum Referentenentwurf.

JUCONOMY Rechtsanwälte Geppert Schmitz Schulze zur Wiesche Partnerschaft mbB

Amtsgericht Essen PR 2918 | Deutsche Bank BIC DEUTDE33HAN
USt-IdNr. DE 196413754 | IBAN DE71300700240610273500

Newsletter: Registrierung unter www.juconomy.de

A. Wettbewerbsschutzbedarf vom Referentenentwurf unzureichend ermittelt und festgelegt

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 22.11.2016 (BVerfGE 143, 216) sieht es als „**Aufgabe des Gesetzgebers, teilmarktbezogen oder wettbewerbsbezogen zu ermitteln und festzulegen**, inwiefern eine entsprechende Wettbewerbsförderung weiterhin erforderlich ist (so wörtlich in Rn. 72 des Beschlusses). Eine teilmarktbezogene Differenzierung nimmt der Referentenentwurf nicht vor, sondern verwendet alleine eine unternehmensbezogene Differenzierung.

Bezüglich der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Ermittlung der Erforderlichkeit eines Wettbewerbsschutzes **stellt der Entwurf pauschal fest**, dass für Unternehmen mit mehr als 100 Mio. € Jahresumsatz „davon auszugehen“ sei, dass sie über ausreichend Finanzkraft verfügen, um die erforderlichen Rückstellungen zu bilden. Wir bestreiten die Richtigkeit dieser Aussage und erkennen hierin ein Ermittlungsdefizit des Referentenentwurfs.

Die alleinige Verwendung des Jahresumsatzes kann den relevanten Schutzbedarf nicht ermitteln, weil sie die **relative Marktmacht und damit die Schutzbedürftigkeit außer Betracht** lässt.

Bei einem Gesamtumsatz auf allen Telekommunikationsmärkten in Deutschland von ca. 57 Mrd. € p.a. entspricht ein Jahresumsatz von 100 Mio. € einem absoluten **Marktanteil von gerade einmal 0,18 Prozent**. Unternehmen mit solch kleinem Marktanteil können jedoch weder Marktmacht ausüben noch verfügen sie in Bezug auf die Marktgröße entgegen der pauschalen Annahme des Referentenentwurfs über die notwendige Finanzkraft, um die erforderlichen Rückstellungen für höhere als bisher genehmigte Entgelte zu bilden.

Eine solch drastische Reduzierung des Schutzniveaus von § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG, dessen grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit und Erforderlichkeit zum Schutz finanzschwacher Wettbewerber bestätigt worden ist, sieht der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts nicht vor. Vielmehr sieht das Bundesverfassungsgericht unter Verweis auf eine überstimmende Ansicht der Monopolkommission den für die Änderungsbedürftigkeit ausschlaggebenden Differenzierungsmangel der Regelung in der Marktkonsolidierung **durch große nationale Wettbewerber, insbesondere „auf dem inländischen Markt tätige ausländische Incumbents“** (Rn. 60 des Beschlusses). Die Ausführungen zielen somit etwa auf finanzstarke Unternehmen wie etwa Vodafone und Telefónica, die gemessen an dem im Referentenentwurf in Bezug genommenen Gesamtumsatz auf allen Tele-

kommunikationsmärkten absolute Marktanteile jenseits der 12 Prozent am Gesamtmarkt, und jenseits der 24 Prozent jeweils am Mobilfunkmarkt, erreichen. Daher ist es schlicht nicht nachvollziehbar, weshalb auch kleinere Unternehmen bereits mit Marktanteilen ab 0,18 Prozent der notwendige Schutz entzogen werden soll.

B. Rückstellungsbeträge führen zu unverhältnismäßigen Belastungen und Gefahren für Investitionsfähigkeit

Angesichts unverändert bestehender Vorleistungsabhängigkeit können wenige Unternehmen die Spielregeln der Märkte diktieren. Beispielsweise teilen sich den Zugang zur Erreichbarkeit von Endkunden in Mobilfunknetzen nur die drei Unternehmen Telekom Deutschland GmbH, Vodafone GmbH und Telefónica Germany GmbH & Co. OHG auf. Jedes dieser Unternehmen könnte durch seine (ggf. strategisch motivierte) Antragstellung für Mobilfunkterminierungsentgelte eine **extreme Rückstellungsnotwendigkeit bei mobilfunkunabhängigen Betreibern von Festnetzen** hervorrufen, deren Finanzkraft auch bei einem Jahresumsatz von 100 Mio. € zur Risikoabsicherung keinesfalls ausreichen würde. Dagegen wäre der Wettbewerb der Mobilfunknetzbetreiber untereinander – wie auch von der Monopolkommission festgestellt und vom Bundesverfassungsgericht wörtlich zitiert – durch die Vergleichbarkeit der Marktanteile und damit ähnlich hohe Rückstellungen kaum berührt. In der Folge böte sich für die drei Mobilfunknetzbetreiber die Möglichkeit, durch eine gezielte Antragsstellung die ohnehin begrenzten Investitionsmittel kleinerer Wettbewerber massiv und in wettbewerbsbehindernder Weise zu beschränken.

Diese Problematik zeigt sich nicht nur bei den Mobilfunkterminierungsentgelten. Eine erhebliche Unsicherheit hinsichtlich der Höhe zu bildender Rückstellungen ergibt sich auch bei allen anderen wesentlichen Vorleistungen wie Teilnehmeranschlussleitungen und Bitstromzugang und anderen regulierten Leistungen wie Zusammenschaltungsdienste. So versucht derzeit die Telekom Deutschland GmbH das regulierte Entgelt für Zusammenschaltungen (Terminierung im Festnetz der Telekom Deutschland) durch Klageverfahren mehr als zu verdoppeln. Angesichts der nicht vorsehbaren, aber jedenfalls langen Dauer der gerichtlichen Hauptsachverfahren über zwei Instanzen, einer möglichen Verpflichtung zur behördlichen Neubescheidung, des anschließenden behördlichen Verfahrens, eines sich an die Neubescheidung wiederum ggf. anschließenden verwaltungsgerichtlichen Hauptsachverfahrens gegen die Neubescheidung (das im Grundsatz wiederholt geführt werden könnte) ist von **Rückstellungsbeträgen in hoher zweistelliger Millionenhöhe** auszugehen, die existenzbedrohende Ausmaße annehmen könnten.

Jedenfalls könnten sich diese Bedrohungen selbst abseits direkte Existenzbedrohung durch offene Gerichtsverfahren **massiv auf die Investitionsfähigkeit auswirken** gerade bei kleineren Wettbewerbsunternehmen wie M-net und NetCologne. Stellt man dem die durchschnittlichen jährlichen Investitionsvolumina von M-net und NetCologne gegenüber, zeigt sich, dass die Investitionstätigkeit letztlich zum Erliegen kommen könnte. Dies schadet nicht nur den kleineren Wettbewerbern, sondern in der Konsequenz auch dem in Deutschland dringend notwendigen Glasfaserausbau, da ein Großteil der FTTB- und FTTH-Investitionen von regionalen Netzbetreibern wie M-net und NetCologne getätigt werden. Diesen die benötigten Investitionsmittel durch eine Schutzlosstellung zu entziehen, läuft auch dem Ansinnen der Bundesregierung zu wider, die Gigabitziele bis 2025 zu erreichen.

C. Wettbewerbsschutz durch marktanteilsbezogene Differenzierung

Für die Ermittlung des Schutzbedarfs zur Sicherung des Wettbewerbs und der Festlegung der „größeren Wettbewerber“ von regulierten Unternehmen sollte nicht der Jahresumsatz mit einer starren, willkürlich festgelegten Umsatzschwelle, sondern der **relative Marktanteil des Wettbewerbers ausschlaggebend** sein. Der Marktanteil ist ein Rechtsbegriff des Kartellrechts und würde daher auch die Konsistenz zwischen TKG und GWB in den Blick nehmen. Der Marktanteil bewertet die Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern. Der Marktanteil nach § 18 Abs. 3 Nr. 1 GWB gilt als wesentliches Kriterium bei der Identifikation marktbeherrschender Stellungen.

Die Höhe des Marktanteils in Prozent am Gesamtmarkt, bei der ein Wettbewerberschutz in pauschalierender Betrachtung nicht mehr greifen würde, könnte sich **an der bestehenden Regelung des § 80 TKG orientieren**. Ein Marktanteil von 4 Prozent des Gesamtumsatzes sollte bereits bisher nach dem Willen des TKG-Gesetzgebers so relevant sein, dass ein Schutz gegenüber Verpflichtungen zur Erbringung des Universaldienstes nicht mehr in Betracht kommt.

Diese Überlegungen des Gesetzgebers zur Abgrenzung einer Schutzbedürftigkeit in Form einer Marktanteilsregelung wäre aus unserer Sicht die **Untergrenze einer pauschalierenden Bemessung zum Schutz von Wettbewerbern** gegen die Ausübung beträchtlicher Marktmacht etwa durch eine entsprechende Entgeltantragstellung, die ein Rückstellungserfordernis bewirkt. Wir schlagen daher auf Grundlage des Referentenentwurfs vor, diese Marktanteilsregelung in den neuen § 35 Abs. 5a TKG einzufügen. Die gesetzestechnische Umsetzung auf Ba-

sis der Entwurfsfassung könnte ggf. an den Wortlaut des § 80 TKG anknüpfen und Bezug nehmen auf Unternehmen, das „... einen Anteil von mindestens 4 Prozent des Gesamtumsatzes auf Telekommunikationsmärkten im Geltungsbereich dieses Gesetzes auf sich vereint...“.

Sollten Sie unsere Einschätzung nicht teilen, dass eine marktanteilsbezogene Ermittlung des Schutzbedarfs besser geeignet ist, die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu erfüllen, befürworten wir – hilfsweise – eine Erhöhung der neuen in § 35 Abs. 5a TKG vorgesehenen Umsatzschwelle auf mindestens 1 Mrd. €. Dieser Schwellenwert entspräche bei dem im Referentenentwurf angeführten Gesamtumsatz auf allen Telekommunikationsmärkten einem Marktanteil von nur 1,75 Prozent und liegt somit weiterhin deutlich unter den Marktanteilen von Unternehmen wie etwa Vodafone und Telefónica, die wie ausgeführt den Anlass für die Differenzierung darstellen.

D. Rechtssicherheit und Praktikabilität gefährdender Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Neuregelung

Das BVerfG verpflichtet den Gesetzgeber „eine Neuregelung spätestens bis zum 31. Juli 2018“ zu treffen. Es verpflichtet den Gesetzgeber indes nicht, diese Neuregelung auf bis zum 31.07.2018 genehmigte Entgelte, die für Zeiträume nach dem 31.07.2018 befristet sind, anzuwenden. Würde diese Neuregelung auf die bereits laufenden Entgeltperioden angewendet, entstünden Rechtsschutzlücken und es würden erhebliche praktische Belastungen für alle Marktbeteiligten einschließlich der Bundesnetzagentur und der Gerichte hervorgerufen.

Beispiel: Die Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung BK 3c-16/017 (monatliche TAL-Überlassungsentgelte) wurden mit Beschluss vom 27.09.2016 vom 01.10.2016 bis zum 30.09.2018 genehmigt. Hiergegen sind seit Ende 2016 Verpflichtungsklagen sowie Eilrechtsschutzverfahren der Telekom Deutschland GmbH gem. § 35 Abs. 5 TKG geltender Fassung anhängig mit dem Ziel der Genehmigung höherer Entgelte. Zugangsnachfrager sind entsprechend der aktuell geltenden gesetzlichen Regelung nur in Eilverfahren nicht dagegen in den Hauptsacheverfahren beigeladen.

Andere Beispiele sind die Entgeltgenehmigungen für die Terminierung ins Festnetz der Telekom Deutschland GmbH für die Zeit vom 01.01.2017 bis zum 31.12.2018, für die Terminierung in das Mobilfunknetz der Telekom

Deutschland GmbH für die Zeit vom 01.06.2016 bis zum 30.11.2019 und weitere andere Entgeltgenehmigungen.

Würde die Neuregelung entsprechend der Begründung des Referentenentwurfs (S. 7) im vorgenannten Beispiel der TAL-Überlassungsentgelte für den Zeitraum 01.08.2018 bis 30.09.2018 anwendbar sein, so müssten nicht nur die Genehmigungszeiträume entgegen der Befristung der Genehmigung aufgeteilt werden und ggf. in jedem Einzelfall ermittelt und aufgeteilt werden, welche Leistungsnachfrage vor oder nach dem Stichtag stattgefunden hat, sondern die Zugangsnachfrager wären in den Hauptsacheverfahren entgegen den Intentionen des Referentenentwurfs bisher nicht beigelegt gewesen. Selbst in Eilverfahren vom Verwaltungsgericht vor dem 31.07.2018 entschiedene und damit nach geltendem Recht bis zum Ablauf des Befristungszeitraums abgeschlossene Verfahren, wären bei der vorgesehenen Neuregelung entgegen der formellen Rechtskraft für Zeiträume ab dem 01.08.2018 wohl nicht abgeschlossen, so dass der Eintritt der Rückwirkungssperre entgegen der geltenden Rechtslage dann für Zeiten ab dem 01.08.2018 aufgehoben würde und ggf. neue Eilverfahren eingeleitet werden könnten als auch die Hauptsachklage ohne Beiladung der betroffenen Zugangsnachfrager fortgesetzt werden könnten.

Angesichts der Anzahl von Entgeltgenehmigungen, die zwar vor dem 01.08.2018 genehmigt wurden, deren Befristung sich aber auf Zeiträume nach dem 01.08.2018 erstreckt, können wir **vor diesen erheblichen Rechtssicherheitsproblemen und praktischen Irritationen nur warnen**. Die am 01.08.2018 in Kraft tretende Neuregelung könnte – wie in anderen Fällen auch – regeln, dass die Neuregelung anzuwenden ist für Entgeltgenehmigungsverfahren, die nach dem 01.08.2018 anhängig werden. Damit wäre auch bereits für alle Verfahrensbeteiligten eines Entgeltgenehmigungsverfahrens eineindeutig klargestellt, dass für den Rechtsschutz gegenüber der zu erlassenden Entgeltgenehmigung die Neuregelung gilt.

Angesichts der kurzen Kommentierungszeit verweisen wir zur ergänzenden Begründung auf unsere Stellungnahme vom 28.02.2018, die wir dieser Stellungnahme zum einfachen Zugriff in der Anlage beifügen. Besonders hinzuweisen ist auf die dort im Einzelnen erläuterte asymmetrisch **nachteilige Risikoverteilung des gerichtlichen Rechtsschutzes für Wettbewerbsunternehmen** des regulierten Unternehmens, das anders als das regulierte Unternehmen, befürchten muss, selbst im Falle eines Klageerfolgs von Entgeltverschlechterungen („sog. „reformatio in peius“) betroffen zu sein. In der Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur wurde diese Verschlechterung zum Nachteil erfolgreicher Kläger wiederholt verfügt.

Wir hoffen, dass unsere vorgenannten Ausführungen und Überlegungen bei der gesetzlichen Neuregelung Berücksichtigung finden können.

Mit freundlichen Grüßen


(Dr. Martin Geppert)
Rechtsanwalt

Anlage: Stellungnahme an das BMWi vom 28.02.2018

JUCONOMY Rechtsanwälte, Mörsenbroicher Weg 200, D-40470 Düsseldorf

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Herr Ulmen, Herr Eimer
Referat VIA2
Villemombler Str. 76
53123 Bonn

per eMail

winfried.ulmen@bmwi.bund.de
daniel.eimer@bmwi.bund.de

Mörsenbroicher Weg 200
D-40470 Düsseldorf
Tel +49 (211) ▶ 90 99 16 - 0
Fax +49 (211) ▶ 90 99 16 - 99
www.juconomy.de

Dr. Martin Geppert
Rechtsanwalt, Partner
Dr. Peter Schmitz
Rechtsanwalt, Partner
Dr. Jens Schulze zur Wiesche
Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

Kooperationspartner Wien:
Rechtsanwälte
Lichtenberger & Partner

Ihr Ansprechpartner:
Dr. Martin Geppert
geppert@juconomy.de

Unser Zeichen:
MG/

Datum: 28.02.2018

**Anpassung des § 35 Absatz 5 Satz 2 und 3 TKG in Folge der
Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 22.11.2016**

Sehr geehrter Herr Ulmen, sehr geehrter Herr Eimer,

vielen Dank für die mündliche Anhörung mehrerer Verbände und Unternehmensvertreter am 15.02.2018 zur künftigen Anpassung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG in Folge der BVerfG-Beschlüsse vom 22.11.2016. Gerne möchten wir ergänzend zu unseren mündlichen Ausführungen als Vertreter des Unternehmens M-net Telekommunikations GmbH Ihnen einige schriftliche Ausführungen und Überlegungen unterbreiten. Diese schriftlichen Ausführungen und Überlegungen werden seitens des Unternehmens NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH ebenfalls inhaltlich unterstützt.

I. Nach unserer Bewertung ist aufgrund der BVerfG-Beschlüsse von folgendem verfassungsrechtlichen Rahmen und verfassungsrechtlichen Auftrag für den Gesetzgeber de lege ferenda auszugehen:

Das BVerfG sieht die „asymmetrische Risikoverteilung“ des wirtschaftlichen Risikos einer rechtswidrigen Genehmigung zu Lasten eines regulierten Unternehmens durch § 35 Abs. 5 S. 2 und 3 TKG in der gebotenen verfassungsrechtlichen Auslegung als bisher verfassungsgemäß an (Rn. 54). Die in den Vorjahren anfänglich ver-

JUCONOMY Rechtsanwälte Geppert Schmitz Schulze zur Wiesche Partnerschaft mbB

Amtsgericht Essen PR 2918 | Deutsche Bank BIC DEUTDE33
USt-IdNr. DE 196413754 | IBAN DE71300700240610273500

Newsletter: Registrierung unter www.juconomy.de

fassungsmäßige Regelung ist nach dem Beschluss des BVerfG inzwischen allerdings nicht mehr mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar, weil die Regelung unterschiedslos für alle Wettbewerber gilt und daher unter einem **Differenzierungsmangel** leidet (Rn. 56 ff.).

Hierbei stützt sich das BVerfG für diesen Befund auf die Aussagen der Monopolkommission, dass **im Festnetzmarkt Unternehmen** einer bestimmten Größenordnung, etwa auf dem inländischen Markt tätige ausländische Incumbents, eher Rückstellungen bilden könnten als kleine und mittlere Wettbewerber (Rn. 60). Bezüglich der aktiven und hinzutretenden kleinen und mittleren Wettbewerber stellen die vom Gericht in Bezug genommenen Aussagen der Monopolkommission fest, dass durch eine Änderung der Rückwirkungsregelungen die **wirtschaftlichen Risiken für diese Unternehmen erhöht und dadurch entsprechende Gefahren für den Unternehmensmix und die Wettbewerbsintensität sich ergeben würden**.

Ohne erheblichen Einfluss wäre dagegen der Schutz- und Fördermechanismus des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG nach den in Bezug genommenen Aussagen der Monopolkommission für den **Wettbewerb im Mobilfunkmarkt** (Rn. 61). Stärkere Auswirkungen bestünden nur für kleinere Anbieter auf dem Festnetzmarkt, deren Kunden in die Mobilfunknetze telefonieren, d.h. die Terminierung in Mobilfunknetze mit Ursprung in Festnetzen (Rn. 66).

Der verfassungsrechtlich unzulässig gewordene Differenzierungsmangel besteht somit darin, dass das Gesetz keine zulässige Typisierung vornimmt (Rn. 69). Nicht immer besteht nach Auffassung des BVerfG zum aktuellen Stand der Marktentwicklung pauschal ein Förderbedarf des Vertragspartners eines regulierten Unternehmens. Nach den Aussagen des BVerfG **kommt es bei der Typisierung auf die Finanzschwäche oder -stärke der Wettbewerber an** (Rn. 69). Eine dahin differenzierende und typisierende Regelung wird vom BVerfG zwar als aufwändiger für Gesetzgeber, Regulierungsbehörde und Gerichte anerkannt, aber **als nicht ausgeschlossen und auch nicht als unpraktikabel** angesehen (Rn. 70). Der Gesetzgeber muss insoweit nachbessern, um die veränderten tatsächlichen Bedingungen und die veränderten Erkenntnisse mit der Verfassung in Einklang zu bringen. Hierfür hat das BVerfG dem Gesetzgeber eine Umsetzungsfrist bis zum 31.07.2018 eingeräumt.

II. Materielle Konkretisierung des verfassungsgerichtlichen Umsetzungsauftrages:

Nach unserer Bewertung erfordert das BVerfG nicht, dass auf eine Typisierung in Bezug auf den Schutz einer beschränkten Rückwirkung gänzlich verzichtet wird. **Im Gegenteil: eine Differenzierung und Typisierung in Bezug auf den Schutz einer beschränkten Rückwirkung ist erforderlich.** Auf diesen Schutz darf nach unserem Verständnis des BVerfG-Beschlusses aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht verzichtet werden. Sollte nämlich der Gesetzgeber künftig keinerlei Schutz durch eine begrenzte Rückwirkung – etwa gemäß den Forderungen der Verfas-

sungsbeschwerdeführerin Vodafone GmbH – mehr vorsehen, würden sich die Gefahren für kleinere und mittlere Wettbewerber erheblich erhöhen und die Ziele der Wettbewerbsintensität durch die Aufrechterhaltung eines Unternehmensmix auf den Telekommunikationsmärkten auch aktuell in Gefahr bringen. Nach den Feststellungen des BVerfG muss Ausgangspunkt einer differenzierten und somit **verfassungsrechtlich konformen Lösung** die Finanzstärke bzw. -schwäche der Wettbewerber eines regulierten Unternehmens ein. Die Finanzstärke eines Wettbewerbers kann im Einzelfall weit höher sein als diejenige eines regulierten Unternehmens. Beispielsweise ist für die Erbringung von Terminierungsleistungen jedes Unternehmen mit eigenen Endkunden wie auch die M-net bzw. NetCologne marktbeherrschend nach der geltenden Regulierungsdoktrin „Ein Netz-Ein Markt“. Ein nur lokal tätiges Unternehmen mit wenigen 100 Kunden oder ein regional tätiges Unternehmen wäre somit marktbeherrschend gegenüber dem überragend finanzstärkeren Wettbewerber und Leistungsnachfrager Telekom Deutschland GmbH oder Vodafone GmbH.

Eine nach der Finanzkraft von Wettbewerbern und deren Schutzbedürftigkeit differenzierende und dennoch praktikable Lösung sollte nach unserer Auffassung die **Verhältnisse auf den sachlich korrespondierenden Endkundenmärkten** zur genehmigungspflichtigen Leistung in den Blick nehmen. Je stärker ein Unternehmen diese Endkundenmärkte beeinflusst, umso eher kann es – typisierend – Rückzahlungsverpflichtungen aus gerichtlichen Verfahren zu Vorleistungsentgelten aufgrund seiner Marktstärke ohne Insolvenzrisiko durchstehen. Die Marktstärke auf den Endkundenmärkten bewirkt aufgrund der entsprechenden Größe des Wettbewerbers eine wichtige entgegengerichtete Nachfragemacht auf den Vorleistungsmärkten. Das regulierte Unternehmen wird sich besonders gegenüber größeren Nachfragern veranlasst sehen, Rücksichten zu üben und beispielsweise besondere Vereinbarungen – mit Genehmigung der BNetzA - abzuschließen (vgl. die bundesweiten Kontingentverträge). Die entgegengerichtete Nachfragemacht zusammen mit den stärkeren Preis-Reaktionsmöglichkeiten auf den Endkundenmärkten verringert – typisierend – die Abhängigkeit von Preis-Kosten-Scheren aufgrund regulierter Vorleistungsprodukte eines marktbeherrschenden Unternehmens.

Praktikable Anknüpfungspunkte, die auch im „allgemeinem Wettbewerbsrecht“ des GWB verankert sind, wären die Umsatzgröße und/oder der Marktanteil auf dem betreffenden korrespondierenden Endkundenmarkt. Die **einfachere und somit praktikablere Ermittlungsmethode** spräche dabei für das Kriterium des Umsatzes auf dem betreffenden korrespondierenden sachlich relevanten Endkunden. Zu empfehlen wäre dabei die Umsatzverhältnisse **relativ zwischen einem regulierten Unternehmen und seinem Wettbewerber** in den Blick zu nehmen, weil die absoluten Höhen aufgrund der Marktentwicklungen nicht alleine eine Aussage zur konkreten Schutzbedürftigkeit eines Wettbewerbers ergeben.

In Bezug auf den räumlich relevanten Bereich sollte typisierend und aus Praktikabilitätsgründen auf die Verhältnisse im **Geltungsbereich des TKG** abgestellt werden.

Dies entspräche einem Ansatz in der Regelung des § 80 TKG: „.....jeder Anbieter, der auf dem jeweiligen sachlich relevanten Markt tätig ist und einen Anteil von mindestens 4 Prozent des Gesamtumsatzes dieses Marktes im Geltungsbereich dieses Gesetzes auf sich vereint“.

III. Verfahrensrechtliche Konkretisierung:

Um die Entscheidungsbefugnis des regulierten Unternehmens bezüglich seiner Rechtsschutzmöglichkeiten möglichst weitgehend zu sichern, sollten **den regulierten Unternehmen** nach unserem Vorschlag folgendes **prozedurale Wahlrecht** gegeben werden:

- 1.) Möchte ein reguliertes Unternehmen eine Rückwirkung gegenüber allen – auch allen kleineren - Zugangsnachfragern erreichen, müsste es entsprechend der bisher geltenden Regelung in § 35 Abs. 5 S. 2 und 3 TKG ein Eilverfahren i.V.m. § 123 VwGO führen. Die Verpflichtungs-Hauptsacheklage hätte entsprechend der bisherigen Regelung nur dann Rückwirkung, wenn zuvor eine rückwirkend geltende Anordnung des Gerichts im Eilverfahren ergangen ist.
- 2.) Möchte ein reguliertes Unternehmen eine Verpflichtungs-Hauptsacheklage auf ein höheres Entgelt mit Rückwirkung der Entscheidung auf Wettbewerber führen, könnte ihm ein mit der Klageerhebung auszuübendes Wahlrecht eingeräumt werden, die Beiladung der „marktstarken Wettbewerber zu beantragen. Die BNetzA wird in diesem Falle gegenüber dem Gericht die „marktstarken Wettbewerber“ benennen. Im Falle einer erfolgten Beiladung zur Verpflichtungs-Hauptsacheklage durch das Gericht sind die beigeladenen Wettbewerber auch rückwirkend an die rechtskräftige gerichtliche Entscheidung gebunden. Ein vorhergehendes Eilverfahren wäre in diesem Falle nicht erforderlich. Nicht beigeladene Wettbewerber werden an das Ergebnis der gerichtlichen Entscheidung nicht gebunden (und folglich auch nicht im Falle eines Bescheidungsurteils und einer Neubescheidung). Allerdings werden sich alle Wettbewerber darauf einstellen können und müssen, dass die Ergebnisse der Verpflichtungs-Hauptsacheklage in einer Entgeltgenehmigung für spätere Entgeltperioden von der BNetzA berücksichtigt werden.
- 3.) Ein reguliertes Unternehmen könnte beide Möglichkeiten auch kombinieren, d.h. die Durchführung eines Eilverfahrens mit Rückwirkung im Erfolgsfall gegenüber allen Wettbewerbern einleiten sowie eine Verpflichtungs-Hauptsacheklage mit Rückwirkung gegenüber marktstarken Wettbewerbern zu beantragen. Aufgrund der unterschiedlichen gerichtlichen Prüfungsdichte (Glaubhaftmachung vs. Vollprüfung) und der unterschiedlichen Dauer der Verfahren wäre diese Kombination auch durchaus erwägenswert.

IV. Formulierungsvorschläge für eine Novellierung

Unter Berücksichtigung der oben dargestellten materiellen und verfahrensrechtlichen Konkretisierungen könnte eine gesetzliche Neuregelung des § 35 Abs. 5 und 6 TKG wie folgt formuliert werden:

(5) ¹Beinhalten Entgeltgenehmigungen die vollständige oder teilweise Genehmigung eines vertraglich bereits vereinbarten Entgelts, so wirken sie zurück auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. ²Verpflichtet das Gericht die Bundesnetzagentur zur Erteilung einer Genehmigung für ein höheres Entgelt, so entfaltet diese Genehmigung die Rückwirkung nur unter den Voraussetzungen der Absätze 6 und 7.

(6) ¹Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kann gegenüber dem Gericht die Beiladung von Personen beantragen, welche auf den zur betreffenden genehmigten Leistung korrespondierenden sachlich relevanten Endkundenmärkten einen Anteil von mindestens der Hälfte des Umsatzes des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht im Geltungsbereich dieses Gesetzes auf sich vereinen. ²Der Antrag auf Beiladung kann nur innerhalb der Klagefrist gestellt werden. ³Die Bundesnetzagentur benennt gegenüber dem Gericht diese Personen. ⁴Die Berechnung der Umsatzerlöse erfolgt entsprechend § 38 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. ⁵Die Entscheidung des Gerichts bindet nur die vom Gericht beigeordneten Personen.

(7) ¹Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kann statt oder neben dem Verfahren nach Absatz 6 einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung zur vorläufigen Zahlung eines beantragten höheren Entgeltes mit Wirkung gegenüber allen Leistungsnachfragern stellen. ²Das Gericht kann im Verfahren nach § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung die vorläufige Zahlung eines beantragten höheren Entgeltes anordnen, wenn überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Anspruch auf die Genehmigung des höheren Entgeltes besteht; der Darlegung eines Anordnungsgrundes bedarf es nicht. ³Verpflichtet das Gericht die Bundesnetzagentur zur Erteilung einer Genehmigung für ein höheres Entgelt, so entfaltet diese Genehmigung die Rückwirkung nach Satz 1 nur, wenn eine Anordnung nach Satz 2 ergangen ist. ⁴Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung kann nur bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Klageerhebung gestellt und begründet werden.

Bisheriger Absatz 6 wird Absatz 8 und bisheriger Absatz 7 wird Absatz 9.

In Absatz 8 wird die Streichung „in besonderem Maße“ aufgrund der beabsichtigten inter-omnes-Wirkung und der schwierigen Praktikabilität dieser Einschränkung vorgeschlagen:

(8) ¹In dem Verfahren nach Absatz 7 in Verbindung mit § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung kann das Gericht durch Beschluss anordnen, dass nur solche Personen beigeordnet werden, die dies innerhalb einer bestimmten Frist beantragen. ²Der

Beschluss ist unanfechtbar. ³Er ist im elektronischen Bundesanzeiger bekannt zu machen. ⁴Er muss außerdem auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht werden. ⁵Die Bekanntmachung kann zusätzlich in einem von dem Gericht für Bekanntmachungen bestimmten Informations- und Kommunikationssystem erfolgen. ⁶Die Frist muss mindestens einen Monat ab der Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger betragen. ⁷in der Veröffentlichung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur ist mitzuteilen, an welchem Tag die Frist abläuft. ⁸Für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung der Frist gilt § 60 der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend. ⁹Das Gericht soll Personen, die von der Entscheidung erkennbar ~~in besonderem Maße~~ betroffen werden, auch ohne Antrag beiladen.

(9) Die Bundesnetzagentur veröffentlicht genehmigte Entgelte.

Alternativ zum oben vorgestellten Novellierungsvorschlag könnte auch eine weitere starke Vereinfachung dergestalt geregelt werden, dass eine gerichtliche (Hauptsachenklage-)Verpflichtung zur Genehmigung eines höheren Entgeltes nur gegenüber solchen Personen Rückwirkung besitzt, welche sich auf Antrag zum Verpflichtungs-Hauptsacheklageverfahren haben beiladen lassen. Einer spezifischen Regelung zu einem Eilverfahren bedürfte es dann nicht mehr

Zwar würde damit einem regulierten Unternehmen die Dispositionsbefugnis genommen, in Bezug auf welche Wettbewerber die gerichtliche Entscheidung Rückwirkung entfaltet. Allerdings ist ein Beiladungsantrag insbesondere finanzstarker Wettbewerber trotz der Rückwirkungsrisiken deshalb naheliegend, weil die Beiladung im Hauptsache-Klageverfahren die Möglichkeit bieten würde, an der Entscheidungsfindung des Gerichts mitzuwirken, eigene Anträge zu stellen und Rechtsmittel gegen eine erstinstanzliche gerichtliche Entscheidung anzustrengen (und somit nicht alleine mehr von der Prozessführung der Bundesnetzagentur abhängig zu sein). Ohne eine Beteiligung am Hauptsache-Klageverfahren müssten Wettbewerber befürchten, dass die Entscheidung des Gerichts zwar für die beklagte Entgeltperiode nicht zurückwirkt, sich aber in späteren Entgeltperioden entsprechend nachteilig auswirken könnte.

Eine solcherart entsprechende Novellierung könnte die bisherige Komplexität der Regelungen deutlich verringern:

(5) ¹Beinhalten Entgeltgenehmigungen die vollständige oder teilweise Genehmigung eines vertraglich bereits vereinbarten Entgelts, so wirken sie zurück auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. ²Verpflichtet das Gericht die Bundesnetzagentur zur Erteilung einer Genehmigung für ein höheres Entgelt, so entfaltet diese Genehmigung die Rückwirkung nur für solche Personen, die einen Antrag auf Beiladung zum Verfahren gestellt und vom Gericht beigeladen wurden. Das Gericht ordnet durch Beschluss an, dass nur solche Personen beigeladen werden, die dies innerhalb einer

bestimmten Frist beantragen. ²Der Beschluss ist unanfechtbar. ³Er ist im elektronischen Bundesanzeiger bekannt zu machen. ⁴Er muss außerdem auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht werden. ⁵Die Bekanntmachung kann zusätzlich in einem von dem Gericht für Bekanntmachungen bestimmten Informations- und Kommunikationssystem erfolgen. ⁶Die Frist muss mindestens einen Monat ab der Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger betragen. ⁷in der Veröffentlichung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur ist mitzuteilen, an welchem Tag die Frist abläuft. ⁸Für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung der Frist gilt § 60 der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend.

Bisheriger Absatz 6 würde entfallen; bisheriger Absatz 7 würde zu Absatz 6.

V. Verbleibende asymmetrische Risikoverteilung des gerichtlichen Rechtsschutzes zu Lasten der Wettbewerber

Die vorgenannten modifizierten Rechtsschutzregelungen wären gegenüber einem regulierten Unternehmen nicht unbillig. In der Praxis bestehen viele Asymmetrien in der Risikoverteilung des gerichtlichen Rechtsschutzes zu Lasten von Wettbewerbern eines regulierten Unternehmens, die nicht Gegenstand des verfassungsgerichtlichen Verfahrens waren. Diese würden – ohne Korrekturen - auch bei einer Neuregelung überwiegend bestehen bleiben. Keinesfalls kann somit behauptet werden, dass ein teilweise Schutz gegen uneingeschränkte Rückwirkung einseitig nur ein reguliertes Unternehmen belasten würde. De lege ferenda sollte darüber nachgedacht werden, diese die Wettbewerber belastenden Asymmetrien des gerichtlichen Rechtsschutzes abzubauen:

- Die Verpflichtungsklage eines regulierten Unternehmens hat „inter omnes-Wirkung“ gegenüber ALLEN Zugangsnachfragern. Dagegen hat eine Wettbewerber-Anfechtungsklage nach der Rechtsprechung des BVerwG nur eine „inter partes“-Wirkung zwischen dem (erfolgreich) klagenden Wettbewerber und dem regulierten Unternehmen.
- Gerade kleinere Wettbewerber können sich die Prozesskosten einer Anfechtungsklage nicht leisten. Um eine rechtswidrige Entgeltgenehmigung per Anfechtungsklagen „marktweit“ durchzusetzen, müssten im Einzelfall ggf. mehrere hundert Anfechtungsklagen (z.B. TAL-Zugangsnachfrager) durchgeführt werden. Ein reguliertes Unternehmen weiß, dass mit diesem Risiko praktisch niemals zu rechnen ist.
- Die Prozesskosten einer nur inter partes wirkenden Anfechtungsklage sind erheblich größer als bei einer inter omnes wirkenden Verpflichtungsklage eines regulierten Unternehmens. Der Grund liegt darin, dass bei einer Anfechtungsklage das regulierte Unternehmen stets beigeladen wird, das sich anwaltlich vertreten lässt und daher bei Erfolglosigkeit der Anfechtungsklage einen An-

spruch auf Ersatz seiner Anwaltskosten besitzt. Dagegen wird in einer Verpflichtungsklage des regulierten Unternehmens KEIN Wettbewerber beigeladen mit der Folge, dass das regulierte Unternehmen ein entsprechend geringeres Kostenrisiko trägt.

- Die Anhängigkeit einer Verpflichtungs-Hauptsacheklage bleibt dem Wettbewerbsunternehmen aufgrund mangelnder Beiladung verborgen. Dagegen wird ein reguliertes Unternehmen notwendig bei allen Anfechtungsklagen von Wettbewerbern beigeladen und hat somit umfassende Kenntnis über alle Rechtsschutzverfahren.
- Beim Erfolg einer Anfechtungsklage (kassatorische Gerichtsentscheidung) muss das Wettbewerbsunternehmen stets einen „Phyrrussieg“ befürchten, weil die Bundesnetzagentur im Rahmen einer Neugenehmigung die Entgelte zu Lasten des erfolgreichen Anfechtungsklägers „verbösern“ kann (sog. *reformatio in peius*). Dass dies keine hypothetische Gefahr ist, zeigt die Entscheidungspraxis der BNetzA. Dagegen muss das regulierte Unternehmen im Erfolgsfall seiner Verpflichtungsklage niemals eine Absenkung der zunächst genehmigten Entgelte befürchten. Aufgrund der Bestandskraft des „bestehengebliebenen Teils des Entgelts“ darf die BNetzA die bisherige Entgeltgenehmigung in einer Neugenehmigung nicht unterschreiten (vgl. *Mayen/Lünenbürger/Mayen* in Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. A., § 35 Rn. 89a.).
- Die Anfechtungsklage eines Wettbewerbsunternehmens ist argumentativ erheblich schwieriger zu führen als die Verpflichtungsklage eines regulierten Unternehmens. Das eine Genehmigung anfechtende Wettbewerbsunternehmen hat aufgrund der umfassenden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nur sehr rudimentär Kenntnis über Kostenunterlagen des regulierten Unternehmens und die darauf basierenden Entscheidungsgründe der BNetzA. Dagegen sind dem regulierten Unternehmen der Sachverhalt und die Entscheidungsgründe umfassend bekannt.
- Die Höhe der Differenz zwischen dem beantragten und dem genehmigten Entgelt ist ausschließlich abhängig von der Antragsstrategie eines regulierten Unternehmens. In praktisch allen gegenüber der Telekom Deutschland ergangenen Genehmigungen hat die BNetzA bisher ausgeführt, dass die Kostenwerte des regulierten Unternehmens keinerlei Bezug zu den beantragten Entgelten gehabt hätten und die berechneten Kosten die beantragten Entgelte weit übersteigen würden. Das regulierte Unternehmen kann daher sehr einfach eine Änderung seiner Antragsstrategie vornehmen mit der Folge möglicherweise wirtschaftlich erdrückender Rückstellungsnotwendigkeiten bei seinen Wettbewerbern.
- Die Gefahren von Preis-Kosten-Scheren und Kosten-Kosten-Scheren bei einer rückwirkenden Erhöhung auch nur eines Vorleistungsproduktes wirken sich nur

auf die Wettbewerber des regulierten Unternehmens aus. Die rückwirkende Entgelterhöhung würde in diesem Fall gegen Grundsätze des allgemeinen Wettbewerbsrechts verstoßen. Es wäre mit der Einheit der Rechtsordnung nicht vereinbar, wenn ein marktmächtiges Unternehmen, das der Entgeltgenehmigungspflicht nicht unterliegt, eine Preis-Kosten-Schere nicht ohne Rechtsverstoß zu Lasten seiner Konkurrenten verwirklichen darf, während ein der Entgeltenehmigungspflicht unterliegendes Unternehmen, mit gerichtlicher Billigung Preis-Kosten-Scheren verursachen dürfte.

Wir hoffen, mit den vorgenannten Ausführungen und Überlegungen einen Beitrag zu Ihren Prüfungen der gesetzlichen Neuregelung geleistet zu haben. Für weitere Diskussionen stehen wir sehr gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen


(Dr. Martin Geppert)
Rechtsanwalt