

Telefónica Germany GmbH & Co. OHG Georg-Brauchle-Ring 23-25 80992 München

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
53107 Bonn

Malte Piekarowitz
Head of Market Regulation

T +49 (0)40237263116
M +49 (0)17610141662
E malte.piekarowitz@telefonica.com

Per Email: Buero-VIA2@bmwi.bund.de

22. Juni 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 sowie unser Gespräch in Ihrem Hause am 24. Januar 2018 und nutzen im Folgenden die Gelegenheit zur Stellungnahme.

1. Inkrafttreten

Die im Referentenentwurf vorgesehene Stichtagsregelung erscheint nicht gerechtfertigt. Sie bringt Unternehmen bei bereits genehmigten Entgelten, deren Genehmigungszeitraum sich über den 31.07.2018 hinaus erstreckt, in das Rückwirkungsrisiko, ohne dass sie sich hiervoor noch schützen können. So dürfte im Regelfall die Frist, ein Eilverfahren einzuleiten, zu diesem Zeitpunkt verstrichen sein. Es darf den Unternehmen jedoch nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie mit Blick auf die zum damaligen Zeitpunkt geltende Rechtslage und insbesondere mit Blick auf die äußerst restriktive, vom BVerfG im Beschluss vom 22. November 2016 (Rn. 39 f.) auch beanstandete Rechtspraxis in Eilverfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG auf die Einleitung eines Eilverfahrens oder die Klageerhebung insgesamt verzichtet haben. Es spricht somit viel dafür, dass die im Referentenentwurf (Begründung, S. 7 Absatz 4 Zu Nummer 1) vorgesehene Erstreckung der Rückwirkung auf über den 31. Juli 2018 hinaus geltende Entgeltgenehmigungen eine unzulässige Rückwirkung darstellen würde.

Daher sollte sichergestellt werden, dass die neue Regelung erst für Entgelte Anwendung findet, die nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung für Zeiträume nach dem 31. Juli 2018 genehmigt werden. Einer solchen Vorgehensweise stünde unseres Erachtens auch nicht das Urteil des Bundesverfassungsgerichts entgegen, da dieses explizit keinen rückwirkenden Regelungsbedarf sieht. Das Bundesverfassungsgericht war vielmehr explizit bestrebt, alte und laufende Genehmigungen und damit zusammenhängende Klageverfahren eindeutig nach der alten gesetzlichen Regelung zu behandeln. Diese Übergangsbestimmung würde § 35 Abs. 5a TKG folglich zur Anwendung bringen, wenn eine vor dem 31. Juli 2018 erteilte Genehmigung gerichtlich aufgehoben würde und eine neue Genehmigungsentscheidung (auch) einen Zeitraum ab den 31. Juli 2018 betrifft. In diesem Fall kann

das betroffene Unternehmen allerdings abwägen, ob nunmehr Klage erhoben und ein Eilantrag gestellt wird.

Artikel 2 „Inkrafttreten“ sollte daher wie folgt geändert werden:

„Artikel 1 tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft. Für sämtliche Rechtsbehelfsverfahren des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht gegen Entgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur, die bis einschließlich 31. Juli 2018 erlassen worden sind und den Zeitraum bis 31. Juli 2018 betreffen, findet § 35 Absatz 5 TKG in der bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes geltenden Fassung Anwendung.“

Dementsprechend sollte der „Soweit“-Einleitungssatz in Absatz 5a entfallen und der Absatz dementsprechend folgenden Wortlaut erhalten:

„Absatz 5 Satz 3 findet keine Anwendung, wenn ...“

Damit wird die Problematik vermieden, dass vor dem 31. Juli 2018 genehmigte Entgelte über dieses Datum hinaus gelten, allerdings mit Blick auf die alte Rechtslage vom betroffenen Unternehmen auf eine Klageerhebung verzichtet worden ist.

2. Klarstellung Hinsichtlich der Darlegungslast

Die Formulierung in § 35 Abs. 5a regelt, dass § 35 Abs. 5 Satz 3 keine Anwendung findet, wenn ein Nachfrager von Zugangsleistungen einen Jahresumsatz von weniger als 100 Millionen Euro erzielt. Ungeachtet dessen, dass der pauschale Schwellenwert von 100 Millionen Euro nicht sachgerecht erscheint (siehe 3.), ist die jetzige Formulierung des § 35 Abs. 5a dahingehend unklar, welche Vertragspartei die Darlegungslast hinsichtlich der Umsatzschwelle trägt. Sinnvollerweise sollte diese bei demjenigen Unternehmen liegen, welches von der Rückwirkungspflicht entbunden werden möchte. Andernfalls wäre der Anbieter regulierter Vorleistungsprodukte genötigt, Geschäftsberichte sämtlicher Vertragspartner – ggf. über mehrere Jahre dauernde gerichtliche Verfahren hinweg – vorzuhalten. Dies erscheint wenig praktikabel.

Absatz 5a Satz 1 sollte daher wie folgt formuliert werden:

„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 nachweist, dass es im letzten Geschäftsjahr vor der Klageerhebung, für das ein Jahresabschluss vorliegt, einen Jahresumsatz von mehr als 100 Millionen Euro erzielt hat.“

3. Umsatzschwelle von 100 Mio. € stellt eine nicht zulässige und nicht den Vorgaben des BVerfG entsprechende typisierende Betrachtung dar

Wir erkennen das Bestreben des BMWi an, mit der in § 35 Abs. 5a vorgesehenen Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 35 Abs. 5 Satz 3 auf Unternehmen mit maximal 100 Millionen Euro Jahresumsatz eine pragmatische Lösung zu implementieren. Gleichwohl stellt dies aus unserer Sicht eine unzulässige und nicht den Vorgaben des BVerfG entsprechende typisierende Betrachtung dar. Die vorgesehene Umsatzschwelle unterstellt nämlich, dass Unternehmen mit weniger Jahresumsatz generell stärker unter rückwirkenden Zahlungsverpflichtungen leiden als Unternehmen mit höherem Jahresumsatz. Dies ist jedoch nicht zutreffend: So dürfte das Verhältnis von Vorleistungsentgelten zum Gesamtumsatz bei allen auf einem Markt tätigen Unternehmen vergleichbar sein. Kleinere Unternehmen fragen schlicht auch weniger Vorleistungen nach als große Unternehmen. Relativ zum Gesamtumsatz ist die potentielle Belastung durch nachträgliche Rückforderungen gleich. Von einer rückwirkend geltenden Zahlungspflicht aufgrund einer nachträglichen Erhöhung genehmigter Entgelte wären prozentual gesehen alle Unternehmen in vergleichbarem Maß betroffen – diesbezüglich tragen alle Marktbeteiligten das gleiche Risiko.

Auch ein etwaiger Verweis auf die Belange des Schutzes des Wettbewerbs vermag diese pauschale Umsatzschwelle nicht zu rechtfertigen. Dies würde letztlich unterstellen, dass der Wettbewerb ausschließlich von kleinen Marktteilnehmern getrieben wird. Neben diesen sind es aber tatsächlich insbesondere auch die größeren Marktteilnehmer, welche den Preis- und vor allem den Infrastrukturwettbewerb maßgeblich vorantreiben.

Daher erscheint es – wenn überhaupt – angezeigt, anstelle der pauschalen Umsatzschwelle einen prozentualen Anteil der Vorleistungsentgelte am Gesamtumsatz (oder ökonomisch zutreffender: der Gesamtkosten) des Unternehmens als Schwellenwert festzulegen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüße

i.V. Malte Piekarowitz
Head of Market Regulation

i.A. Peter Oefinger
Master Expert Regulierungsökonomie