



INITIATIVE
EUROPÄISCHER
NETZBETREIBER

IEN · Dorotheenstrasse 54 · 10117 Berlin

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

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

**Anhörung zur Anpassung der Regelung des § 35 Abs 5 TKG
Hier: Stellungnahme der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN)**

Berlin, den

28.02.2018

Sehr geehrter Herr Ulmen,
sehr geehrte Damen und Herren,

das BMWi hat am 15.02.2018 eine Anhörung zur Anpassung der Regelung des § 35 Abs. 5 TKG durchgeführt, an welcher die IEN -vertreten durch ein Mitgliedsunternehmen - teilgenommen hat.

Im Nachgang an die Anhörung nimmt die IEN noch einmal schriftlich Stellung.

I. Allgemeine Anmerkungen

Die IEN begrüßt zunächst 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.

Gerade dies ist letztlich aus Sicht der IEN essentiell: die Berücksichtigung der Interessen sämtlicher Marktbeteiligten im Rahmen der Neufassung. Dabei ist zu beachten, dass es gerade nicht nur um die Interessen der regulierten Unternehmen an einer Gewinnmaximierung geht, sondern die Regelung notwendig ist, um ein Funktionieren des Wettbewerbs zu gewährleisten. Dies betrifft insbesondere auch die Anbieter von maßgeschneiderten Produkten für große, überregional oder international agierende Unternehmens- und Behördenkunden.

Vor diesem Hintergrund fordert die IEN die Aufnahme einer konkreten Beiladungspflicht im Verfahren von den Verwaltungsgerichten: Alle im Verwaltungsverfahren beteiligten Unternehmen sollten binnen einer Woche nach Eingang der Klage bei Gericht durch das Gericht zur Stellung eines

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

Antrags auf Beiladung aufgefordert werden. Darüber hinaus sind die Vertragspartner der jeweiligen Klägerin, die die beklagten Leistungen nachfragt, notwendig beizuladen.

Hinsichtlich bereits heute anhängiger Verfahren sollte die alte Regelung beibehalten werden. Andernfalls würden zufällige Ergebnisse erzeugt. Altverfahren dürfen gerade nicht zum Spekulationsobjekt einzelner Unternehmen werden, sondern sollten zügig im Wege von Eilverfahren auf der Basis der aktuellen Gesetzeslage durchentschieden werden.

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. Zur Regulierung der Terminierungsentgelte

Seit Jahren sind die Entgeltgenehmigungsentscheidungen der Bundesnetzagentur Gegenstand von Auseinandersetzungen. Insbesondere stehen die Entscheidungen der Bundesnetzagentur auch aus Sicht der EU-Kommission im Widerspruch zu ihren Vorgaben - insbesondere in Widerspruch zu der Kommissionsempfehlung vom 07.05.2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU, 2009/ 396/EG, ABl. L 124/67 v. 20.05.2009

Vor diesem Hintergrund hat die Europäische Kommission wiederholt Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland durchgeführt.

Dies führt zu nachhaltigen Planungs- und Rechtsunsicherheiten am Markt. Sowohl bei den regulierten Unternehmen als auch bei den Nachfragern der regulierten Leistung.

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 Wettberber der regulierten Unternehmen vor existenzbedrohenden, wirtschaftlichen Risiken schützen.

Nach der Gesetzesbegründung rechtfertigt sich die Rückwirkungssperre des § 35 Abs. 5 S. 2 und 3 TKG daraus, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in der Regel mit einer Vielzahl von Wettbewerbern Zugangsverträge geschlossen hat. Die Wettbewerber haben auf Basis genehmigter Entgelte Leistungen bezogen und wären – für den Fall, uneingeschränkter Rückwirkung – dem Risiko ausgesetzt, Nachzahlungen für mehrere Jahre (die regelmäßig bis zum rechtskräftigen Abschluss entsprechender Gerichtsverfahren vergehen) leisten zu müssen. Für diesen Fall wären Rückstellungen erforderlich in Höhe der Differenz zwischen den beantragten und den genehmigten Entgelten, die sich

aufgrund der Vielzahl der Vertragsbeziehungen und des Umfangs der bezogenen Leistungen zu ganz erheblichen Beträgen summieren können. Ferner haben die Wettbewerber – rechtlich oder tatsächlich – keine Möglichkeit, gegenüber ihren Endkunden entsprechende Nachzahlungen durchzusetzen, so dass die Wettbewerber in eine existenzbedrohende Situation gelangen könnten (BT Drucks. 15/2316, S. 69 f.).

Es entspricht also dem intendierten Schutzzweck der Vorschrift, die Wettbewerber vor existenzbedrohenden Risiken zu schützen, die sich aus einer unbegrenzten Möglichkeit der rückwirkenden Geltendmachung höherer Zusammenschaltungsentgelte ergeben würden.

Dabei ist insbesondere wesentlich, dass die betreffenden Unternehmen für die begrenzte Dauer des Eilverfahrens nach § 35 Abs. 5 S. 2 TKG i.V.m. § 123 VwGO als Zusammenschaltungspartner mit rückwirkenden Nachforderungen höherer Entgelte rechnen müssen. Nach Abschluss des Eilverfahrens sollte dann Rechts- und Planungssicherheit hinsichtlich der Entgelthöhe bestehen. Dementsprechend können sie während der Dauer der einstweiligen Rechtsschutzverfahren gemäß § 35 Abs. 5 S. 2 TKG i.V.m. § 123 VwGO regelmäßig Rückstellungen bilden, deren Höhe sie wegen ihrer Beteiligung an dem Verfahren berechnen können.

Es ist ihnen aufgrund ihrer Beteiligung an den einstweiligen Rechtsschutzverfahren, aufgrund der gesetzlichen Kriterien von § 35 Abs. 5 TKG und der Entscheidungspraxis der Verwaltungsgerichte möglich, die Wahrscheinlichkeit einer rückwirkenden Inanspruchnahme abzuschätzen. Daher ist ein verstärktes Augenmerk auf die Beiladung zu richten, um den betreffenden Unternehmen einerseits die Möglichkeit einzuräumen, ihre eigenen Argumente vorzutragen und darüber hinaus durch Verfahrenskennntnis die Risiken entsprechend zu bewerten. Dabei ist jedoch grundsätzlich auch zu berücksichtigen, dass die Bildung von Rückstellungen nicht das wirtschaftliche Risiko nachträglicher Rückforderungen beseitigt, sondern lediglich bilanziell abbildet. Letztlich muss jeder Zusammenschaltungspartner eine Entscheidung darüber treffen, ob das bei ihm für die Dauer des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens verbleibende wirtschaftliche Risiko durch eine Entgeltabsenkung mit Bildung von Rückstellungen abgebildet werden kann.

Es gilt jedoch, 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.

Seite 4 | 4
28.02.2018

3. Zur Beibehaltung der Regelung – insbesondere der Eilverfahren im Rahmen von Altfällen

Soweit in der Gesetzesbegründung weiter auf die Gefahr der Notwendigkeit der Bildung von der Höhe nach unbegrenzten Rückstellungen hingewiesen wird, ist darauf hinzuweisen, dass diese Darstellung das tatsächlich bestehende Risiko nicht hinreichend adäquat beschreibt. Tatsächlich würden zunächst Rückstellungen in Höhe der Differenz zwischen den beantragten und den genehmigten Entgelten erforderlich. Diese würden sich aufgrund der Vielzahl der Vertragsbeziehungen und des Umfangs der bezogenen Leistungen und der langen Dauer von verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahren auf enorme Beträge summieren. Sie würden damit schnell die Grenze dessen überschreiten, was für den Zusammenschaltungspartner wirtschaftlich zu verkraften wäre.

Vor diesem Hintergrund können Rückstellungen nur dann eine kaufmännische Lösung einer Risikosituation darstellen, wenn sich der Betrag in einer angemessenen Relation zur Unternehmensgröße bzw. zu dessen wirtschaftlichen Verhältnissen bewegt. Wenn ein Unternehmen jedoch mit einer wahrscheinlichen Inanspruchnahme in einer solchen Größenordnung rechnen muss, dass beim Eintritt des Haftungsfalls eine Insolvenzsituation eintreten würde, so sind Rückstellungen nicht mehr möglich.

Derartige Risiken lassen sich höchstens für den Zeitraum eines verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens noch abbilden. Bei verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahren werden die Größenordnungen jedoch so hoch, dass Rückstellungen nicht mehr möglich sind. Gerade für Altverfahren gilt daher, dass die Beibehaltung der Eilverfahrensregelung notwendig ist.

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



Malini Nanda, Rechtsanwältin
Geschäftsführerin der IEN