



INITIATIVE  
EUROPÄISCHER  
NETZBETREIBER

IEN · Dorotheenstrasse 54 · 10117 Berlin

Per Email an:

## Viertes TKGÄndG

### Zweite Stellungnahme der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN)

Berlin, den

05.09.2018

#### I. Einleitung:

Die vorliegend anstehende Reform des § 35 Abs. 5 TKG ist Folge des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 143, 216, das diese Bestimmung teilweise verfassungswidrig erklärt hat.

Die bisherige Fassung des § 35 Abs. 5 TKG diene dem Schutz der Zusammenschaltungspartner regulierter Netzbetreiber. Wenn ein regulierter Netzbetreiber auf höhere Zusammenschaltungsentgelte (z. B. Terminierungsentgelte) klagte und im Hauptsacheverfahren ein bestätigendes Urteil erwirkte, entfaltete eine infolge dessen ergangene Entgeltgenehmigung nur dann Rückwirkung, wenn das Verwaltungsgericht zuvor im summarischen Verfahren nach § 123 VwGO zuvor die einstweilige Zahlung dieser höheren Entgelte angeordnet hatte. In der Vergangenheit waren derartige Eilverfahren nicht erfolgreich, während die Hauptsacheverfahren unterschiedlich ausfielen. Somit war durch den Ausgang der summarischen Verfahren nach § 123 VwGO in der Vergangenheit das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens für die Zusammenschaltungspartner weitgehend irrelevant.

Das Verfassungsgericht stellte fest, dass diese alte Regelung die Rechte der regulierten Netzbetreiber beschränke. Diese Beschränkung wurde

#### MITGLIEDER

Colt  
Orange Business  
Verizon  
Vodafone Enterprises

#### SITZ UND BÜRO

Dorotheenstrasse 54  
10117 Berlin

#### GESCHÄFTSFÜHRUNG

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

grundsätzlich als gerechtfertigt angesehen, da ansonsten der Zusammenschaltungspartner Gefahr lief, mit erheblichen zusätzlichen rückwirkenden Zahlungen belastet zu werden, auch wenn Jahre später ein Gericht davon ausging, dass höhere Zusammenschaltungsentgelte hätten genehmigt werden müssen. Im November 2016 hat das Bundesverfassungsgericht die bisherige Regelung wegen mangelnder Differenzierung für verfassungswidrig erklärt. Sie unterscheidet nicht ausreichend zwischen schwachen Zusammenschaltungspartnern, die einen solchen Schutz benötigen, und solchen starken Netzbetreibern als Zusammenschaltungspartner, die bereits eine bedeutende Position auf dem Markt einnehmen. Es sei daher nicht notwendig und nicht verhältnismäßig, alle Vertragspartner ungeachtet ihrer finanziellen Stärke zu schützen. Das Bundesverfassungsgericht hat daher den Gesetzgeber verpflichtet, den § 35 Abs. 5 TKG bis zum 31. Juli 2018 entsprechend zu ändern.

## II. Zusammenfassende Bewertung der IEN

Die geplante Änderung des § 35 Abs. 5 TKG gemäß dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 04.07.2018 wird den ohnehin in der Praxis schon schwach ausgeprägten Schutz gegen das Risiko rückwirkender Zahlungsverpflichtungen hinsichtlich regulierter Zusammenschaltungsentgelte de facto für fast alle Unternehmen – nicht nur die wirtschaftlich Starken - weiter einschränken. Die gesetzliche Schutzwirkung war bereits nach der alten Fassung als gering anzusehen, weil den Zusammenschaltungspartnern rückwirkend Zahlungsverpflichtungen auch aufgrund summarischer Verfahren nach § 123 VwGO auferlegt werden konnten. Diese sogenannten *Eilverfahren* dauern in der Praxis nicht selten deutlich länger als ein Jahr, was bedeutet, dass sich ohnehin schon für alle Unternehmen – die „schwachen“ wie die sog. „starken“ – die Rückstellungsproblematik und die Unsicherheit hinsichtlich des Bestands der Entgeltgenehmigung für viele Monate stellt.

Durch die geplante Änderung wird dieser Schutz weiter eingeschränkt, indem der Anwendungsbereich von § 35 Abs. 5 S. 3 TKG auf KMU mit jährlichen Einnahmen von höchstens 100 Mio. EUR begrenzt werden soll.

Die Umsetzung der Einführung dieser Umsatzschwelle durch den Referentenentwurf muss leider als in mehrfacher Hinsicht missglückt angesehen werden.

Hinsichtlich der gem. Abs. (5a) S. 1 der Entwurfsfassung für den Vertragspartner selbst geltenden Umsatzschwelle soll es nach dem Wortlaut des Entwurfs nicht einmal darauf ankommen, dass der Jahresumsatz überhaupt auf Telekommunikationsmärkten erzielt wurde. Diese Regelung ist sachfremd und entspricht nicht den Vorgaben aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, weil auf diese Weise auch Unternehmen aus dem Anwendungsbereich des Rückwirkungsschutzes heraus fallen, die auf

den Telekommunikationsmärkten eindeutig als *klein* anzusehen sind, nur weil sie auf „Nicht-Telekommunikationsmärkten“ Umsätze erzielt haben.

Seite 3 | 8  
05.09.2018

Hinsichtlich der gem. Abs. (5a) S. 2 der Entwurfsfassung vorgesehenen Zurechnung von Umsätzen verbundener Unternehmen ist die Einschränkung auf Telekommunikationsmärkte ebenfalls völlig unzureichend. Nach dem Wortlaut wäre es ausreichend, dass nur 1 € Umsatz von einem verbundenen Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt erwirtschaftet wird, um die gesamten Umsätze des verbundenen Unternehmens zuzurechnen.

Um eine sachgerechte und verhältnismäßige Regelung darzustellen, müsste in beiden Sätzen auf die Höhe der Umsätze auf dem räumlich und sachlich relevanten regulierten Markt abgestellt werden. Es ist nicht sachgerecht, dass nach dem Entwurf Umsätze auf anderen, nicht relevanten Märkten in die Berechnung des Jahresumsatzes einfließen.

Mit anderen Worten, die Folge der gegenwärtig vorgeschlagenen Neuregelung wird sein, dass alle Unternehmen mit einem jährlichen Konzernumsatz von mehr als 100 Mio. EUR (und zwar praktisch unabhängig davon, ob sie auf dem regulierten Telekommunikationsmarkt *stark* oder *schwach* sind) nun rückwirkenden Zahlungsverpflichtungen unterliegen, wenn ein Verwaltungsgericht (nach mehrjährigem Verfahren) die BNetzA zur Genehmigung höherer Zusammenschaltungsentgelte verpflichtet.

Dies ist aus Sicht der IEN jedoch nicht sachgerecht: soweit es sich bei einem Unternehmen bei den Umsätzen auf Telekommunikationsmärkten um ein Nischengeschäft handelt, während der eigentliche Umsatz auf anderen Märkten generiert wird, sollten diese sachfremden Umsätze nicht in die Bewertung mit einbezogen werden können. So sind etwa 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.

Unser Vorschlag wäre es daher, nur Umsätze des Unternehmens und seiner verbundenen Unternehmen für die Berechnung der Umsatzschwelle heranzuziehen, **soweit diese auf demselben sachlich und räumlich relevanten regulierten Markt** erzielt werden. 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 und die auch nach der Rechtsprechung des Bundesver-

fassungsgerichts intendierte Schutzregelung würde insoweit ins Leere laufen.

### III. Im Einzelnen

#### 1. Wesentliche Änderungen des § 35 Abs. 5 TKGÄndG

Im Wesentlichen wird nunmehr eingeführt, dass der Schutz vor rückwirkenden Nachzahlungen nur für Unternehmen mit jährlichen Einnahmen von höchstens 100 Mio. EUR gelten soll. Dies soll in einem neuen § 35 Abs. 5a TKG geregelt werden.

Der bisherige, umsatzunabhängige Schutz besteht nur noch für bis zum 31. Juli 2018 erstmalig genehmigte Zusammenschaltungsentgelte. Dies bedeutet, dass bestehende Rechtspositionen durch die Gesetzesänderung nicht berührt werden sollen.

Das Bundesverfassungsgericht hat vorgegeben, dass der Gesetzgeber eine differenziertere Regelung erlässt, die zwischen dem Schutzbedürfnis der jeweiligen Wettbewerber unterscheidet. Die Änderung des § 35 Abs. 5 TKG konzentriert sich daher auf die finanzielle Stärke eines Unternehmens, indem eine Umsatzschwelle von 100 Millionen EUR eingeführt wird. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird argumentiert, dass die finanzielle Stärke die Fähigkeit eines Unternehmens bestimmt, Reserven aufzubauen und auch rückwirkende Zahlungen zu leisten. Ausweislich der Begründung im Gesetzesentwurf wird ein Schwellenwert von 100 Mio. EUR als angemessen vorausgesetzt. Weiterhin wird festgelegt, wie der Jahresumsatz zu berechnen ist. Es ist der für das Geschäftsjahr vor der Klageerhebung vorliegende Jahresabschluss zugrunde zu legen.

Dabei ist gem. Abs. (5a) S. 1 der Entwurfsfassung der Gesamtumsatz des betreffenden Unternehmens einzubeziehen, da dies die finanzielle Stärke des Unternehmens widerspiegelt. Das soll also unabhängig davon gelten, auf welchem Markt die Umsätze erzielt werden.

Gem. Abs. (5a) S. 2 der Entwurfsfassung sollen auch die Umsätze von verbundenen Unternehmen in die Umsatzberechnung einzubeziehen, wenn diese irgendeinen Umsatz auf einem Telekommunikationsmarkt erzielen. Dies soll dem Risiko entgegenwirken, dass Unternehmen ihre Umsätze durch eine Veränderung ihrer Unternehmensstrukturen beeinflussen können und damit die Neuregelungen des § 35 Abs. 5a TKG umgehen.

Der Entwurf bleibt zudem insofern unbestimmt, als nach dem Wortlaut offen bleibt, ob auch ausländische verbundene Unternehmen, d.h. Unternehmen, die auf ausländischen Telekommunikationsmärkten Umsätze erzielen, bei der Berechnung des relevanten Umsatzes berücksichtigt werden. Unter Berücksichtigung der amtlichen Begründung kann wohl da-

von ausgegangen werden, dass nur diejenigen verbundenen Unternehmen berücksichtigt werden sollten, die auf dem räumlich relevanten Markt Umsätze erzielen.

Seite 5 | 8  
05.09.2018

Problematisch dabei ist, dass über die Auslegung der unklaren Gesetzesregelung frühestens in vielen Jahren durch die Rechtsprechung Klarheit geschaffen werden kann. Denn ein Unternehmen, welches davon ausgeht, dass es aufgrund der Umsatzschwellen künftig noch in den Schutzbereich des § 35 Abs. 5 S. 3 TKG fällt, wird Klarheit hierüber erst erlangen können, wenn es nach mehrjährigen Verwaltungsgerichtsprozessen, einem sich anschließenden neuen Entgeltgenehmigungsverfahren mit sich möglicherweise anschließenden neuen Verwaltungsgerichtsverfahren schließlich von dem regulierten Unternehmen zivilrechtlich auf Rückzahlung in Anspruch genommen wird und sich hiergegen gegebenenfalls zivilrechtlich verteidigen muss. Erst in diesem Verfahren (also vermutlich nach Jahrzehnten) werden sich die im gegenwärtigen Gesetzentwurf angelegten Unklarheiten für die betroffenen Unternehmen klären lassen.

In der Folge der geplanten Änderung des § 35 Abs. 5 TKG wird die Relevanz des Verfahrens nach § 123 VwGO abnehmen. Angesichts der oben thematisierten Umsatzschwelle könnte das Verfahren nach § 123 VwGO sogar gänzlich jede Bedeutung verlieren, weil kein signifikanter Marktteilnehmer mehr unter diese Schwelle fallen wird und die regulierten Unternehmen sich deshalb entschließen könnten, Anträge nach § 123 VwGO künftig zu unterlassen. Wegen der geringen praktischen Bedeutung hätten sie von diesen Verfahren kaum wirtschaftliche Vorteile zu erwarten, müssten aber mit dem Nachteil rechnen, dass von einer potentiell negativen Entscheidung im Verfahren nach § 123 VwGO ein negatives Präjudiz für das nun viel wichtigere Hauptsacheverfahren ausgehen könnte.

Durch die Änderung des § 35 Abs. 5 TKG wird nämlich die Relevanz des Hauptverfahrens ganz erheblich zunehmen. Daher hat sieht die Änderung des § 35 TKG vor, dass diese Unternehmen im Ausgangsverfahren durch Beiladung beteiligt werden können. Nach § 35 Abs. 6 TKG kann das Gericht jedoch anordnen, dass nur Unternehmen beigeladen werden, die innerhalb eines begrenzten Zeitraums (in der Regel nur einen Monat) beantragen, an dem Verfahren teilzunehmen. Die Verfahrenseröffnung, welche die Antragsfrist auslöst, muss im elektronischen Bundesanzeiger und auf der Homepage der Bundesnetzagentur veröffentlicht werden. Diese Regelung soll nun auf die Fälle des neuen § 35 Abs. (5a) TKG ausgedehnt werden. Wie wir unten noch im Einzelnen darlegen werden, ist diese Regelung jedoch zum Schutz der prozessualen Belange der Wettbewerber völlig unzureichend.

## **2. Mögliche Auswirkungen auf alternative Netzbetreiber**

Es ist davon auszugehen, dass die meisten Netzbetreiber zukünftig nicht mehr vom Schutz vor der rückwirkenden Genehmigung höherer Zusam-

menschaltungsentgelte profitieren wird. Dies gilt für alle regulierten Zusammenschaltungsentgelte, die nach dem 31. Juli 2018 erstmals genehmigt werden.

Seite 6 | 8  
05.09.2018

Das bedeutet, dass alle zukünftigen Entgeltentscheidungen der BNetzA bezüglich Zusammenschaltungsentgelten oder anderer regulierter Entgelte (insbesondere jede Entscheidung, die Terminierungsentgelte zu senken) für die alternativen Netzbetreiber nur dann endgültig und bindend sind, wenn sie entweder unangefochten bleiben, was aber nach den Erfahrungen der Vergangenheit insbesondere im Hinblick auf die Telekom Deutschland nicht vorkommen dürfte. Oder im Falle einer Anfechtung, würden regulierte Zusammenschaltungsentgelte erst dann endgültig bindend, nachdem die Verwaltungsgerichte durch Urteil im Hauptsacheverfahren entschieden haben. Bei einer solchen Anfechtung kann die Entgeltgenehmigung der BNetzA entweder bestätigt werden oder das Gericht kann die Entscheidung über die Genehmigung von Tarifen aufheben, so dass es zu einer Zurückverweisung an die BNetzA zwecks neuer Entgeltentscheidung kommt. Diese neue Entscheidung kann dann zu höheren Zusammenschaltungsentgelten führen, die aufgrund des geänderten § 35 TKG rückwirkend für die alternativen Netzbetreiber gelten würde.

Dies führt zu erheblichen Planungsunsicherheiten für die betroffenen bzw. die potentiell betroffenen Unternehmen. In der Vergangenheit hat es Fälle gegeben, die bis zu 14 Jahre gedauert haben, bis eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren und eine nachfolgende neue BNetzA-Entscheidung schließlich zu endgültigen und höheren Terminierungsentgelten führten, weil die ursprünglichen Entgelte von der Telekom erfolgreich vor Gericht angefochten worden waren. Auch wenn dieser Zeitraum eher ein Worst-Case-Szenario sein dürfte, so ist doch festzuhalten, dass für die Durchführung von Hauptsacheverfahren mindestens mehrere Jahre berechnet werden müssen. Hinzu kommen die Prozesszeiten evtl. Rechtsmittelverfahren und für die Durchführung eines erneuten BNetzA-Entgeltgenehmigungsverfahrens. Diesen Zeitraum müssen die alternativen Netzbetreiber für die Möglichkeit rückwirkender Zahlungen berücksichtigen, wenn sie Rückstellungen bilden.

Umgekehrt werden durch die geplanten Änderungen die Chancen der regulierten Netzbetreiber erheblich erhöht, dass sich eine Anfechtung einer Entgeltentscheidung letztlich auszahlt, da die bisherige Schutzwirkung für die alternativen Netzbetreiber eingeschränkt wird. Es ist mithin davon auszugehen, dass alle künftigen Entgeltentscheidungen von den betroffenen regulierten Netzbetreibern angefochten werden und alle möglichen Abhilfemaßnahmen des Hauptsacheverfahrens ausgeschöpft werden.

Diese Vermutung wird dadurch verstärkt, dass es unter den gegebenen Umständen ein strategisches Instrument regulierter Netzbetreiber werden könnte, durch systematische Erhebung und Verzögerungen von Hauptsacheklagen die rechtliche Unsicherheit für Ihre Wettbewerber zu erhöhen.

Während der Dauer der Anhängigkeit dieser Verfahren müssen die Wettbewerber nämlich entweder ein ganz erhebliches unternehmerisches Risiko eingehen oder sich dafür entscheiden, Entgeltabsenkungen nicht an ihre jeweiligen Kunden weiter zu geben. Die Wirksamkeit der Regulierungsmaßnahmen der BNetzA würde dadurch in Frage gestellt.

Auch einer weiteren Variante potentiellen Missbrauchs des verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahrens wird durch die Gesetzesänderung denkbar. Regulierte Unternehmen könnten bei ihren Hauptsacheklagen um ein Vielfaches überhöhte Klageanträge stellen, d.h. stark überhöhte Entgelte fordern. Dieses Prozessverhalten würde (ebenso wie eine Verfahrensverzögerung) ein Mittel darstellen, den wirtschaftlich belastenden Rückstellungsbedarf bei ihren Wettbewerbern über Jahrzehnte hinweg zu potenzieren.

### 3. Beiladungsproblematik

Da die Entscheidungen in den Hauptsacheverfahren durch marktbeherrschende Netzbetreiber erheblich an Bedeutung gewinnen, sollten die alternativen Netzbetreiber „wenigstens die Möglichkeit haben“, an dem Verfahren als Beigeladene teilzunehmen. Obwohl die Begründung das Problem zutreffend erkennt, ist die für Abs. (6) im letzten Satz vorgeschlagene Lösung leider unzureichend. Der Änderungsentwurf sieht vor, dass das Gericht anordnen „kann“, dass nur solche Personen beigeladen werden, die dies fristgerecht beantragen. Damit ist der Fall nicht geregelt, in dem das Gericht eine solche Anordnung unterlässt. Das Verwaltungsgericht Köln hat in der Vergangenheit stets eine sehr restriktive Beiladungspraxis vorgenommen, nach der es praktisch ausgeschlossen war, dass ein Zusammenschaltungspartner zu einem Hauptsacheverfahren nach § 65 Abs. 1 VwGO „einfach“ beigeladen wurde.

Vor diesem Hintergrund wäre es essentiell, dass bei der Änderung des § 35 Abs. 5 zwingend eine notwendige Beiladung nach § 65 Abs. 2 VwGO für die betroffenen Unternehmen im Gesetz angeordnet wird.

Für den Fall, dass es bei der gegenwärtigen Regelung bleibt, müsste der Gesetzgeber jedenfalls regeln, welche Rechtsfolgen das in § 35 Abs. 6 TKG vorgesehene Verfahren für diejenigen Personen haben soll, die keinen oder keinen fristgerechten Beiladungsantrag stellen. Die Rechtsfolge bleibt derzeit völlig unklar, weil es der Gesetzgeber bislang unterlassen hat, eine dem § 121 Nr. 2 VwGO für den Fall des § 36 Abs. 6 TKG anzuordnen. Dieses gesetzgeberische Versäumnis ist bislang in der Praxis noch nicht relevant geworden, weil es noch keinen Anwendungsfall eines positiv entschiedenen Verfahrens nach § 123 VwGO im Anwendungsbereich des § 36 Abs. 6 TKG gab. Mit der anstehenden Gesetzesänderung und der geplanten Erstreckung des § 36 Abs. 6 TKG auf die neuen Fälle des § 36 Abs. 5a TKG wird sich dies jedoch in Zukunft ändern.

#### IV. Formulierungsvorschlag

Seite 8 | 8  
05.09.2018

Unter Berücksichtigung unserer Anmerkungen schlagen wir vor, den Entwurf wie folgt zu ändern:

1. § 35 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 5 folgender Absatz 5a angefügt:

„(5a) Werden Entgelte nach dem 31. Juli 2018 erstmalig genehmigt, 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 erzielt hat, die er auf dem räumlich und sachlich relevanten regulierten Markt erbracht hat**, erzielt hat. Umsätze verbundener Unternehmen im Sinne des § 3 Nummer 29 sind zu berücksichtigen, **wenn soweit die Umsätze von** die verbundenen Unternehmen **auf dem räumlich und sachlich relevanten regulierten Markt erzielt wurden.**“

b) In Absatz 6 wird folgender Satz angefügt:

„In den Fällen des § 35 Absatz 5a Satz 1 **sind gegenwärtige Vertragspartner des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu dem Verfahren, welches auf die Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Erteilung einer Genehmigung für ein höheres Entgelt gerichtet ist, gemäß § 65 Absatz 2 Verwaltungsgerichtsordnung notwendig beizuladen. Für potentielle neue Vertragspartner des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht** finden die Sätze 1 bis 9 auf **das Verfahren Anwendung, welches auf die Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Erteilung einer Genehmigung für ein höheres Entgelt gerichtet ist** ~~sämtliche Rechtsbehelfsverfahren des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht Anwendung, die auf die Genehmigung eines beantragten höheren Entgelts gerichtet sind.~~“

\*\*\*\*

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

Mit freundlichen Grüßen



Malini Nanda, Rechtsanwältin,  
Geschäftsführerin der IEN