



Bundesverband
Breitbandkommunikation e.V.

BREKO | Menuhinstraße 6 | 53113 Bonn

per mail: buero-VIA2@bmwi.bund.de
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Referat VI A 2
Herrn Dr.Eimer

BREKO Bundesverband
Breitbandkommunikation e.V.
Menuhinstraße 6
53113 Bonn

Tel.: +49 228 24999-70
Fax: +49 228 24999-72
xxxx@brekoverband.de

22.Juni 2018

Referentenentwurf für ein 4.Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes TKG (Änderung des § 35 Abs.5 TKG)

Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrter Herr Dr. Eimer,

mit e-mail vom 15.06.2018 hat das BMWI einen Referentenentwurf zur Änderung der Regelungen der in § 35 Abs.5 TKG geregelten (begrenzten) Rückwirkungssperre an die Verbände versandt. Ein Änderungsbedarf resultiert aus einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom November 2016 und ist bis zum 31.07.2018 umzusetzen. Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme, möchten aber die sehr kurze Stellungnahmefrist von gerade einer Woche kritisch anmerken, innerhalb der es sehr schwierig ist, eine der Komplexität des Themas angemessene Stellungnahme vorzubereiten und im Verband abzustimmen. Auch wenn die Zeit mit Blick auf das Umsetzungsdatum drängt, ist darauf hinzuweisen, dass der Änderungsbedarf bereits seit November 2016 bekannt ist. Wir verweisen auf unsere ausführliche Stellungnahme vom 22.03.2018, die wir dieser Stellungnahme auch noch einmal beifügen.

Hauptstadtbüro Berlin | Invalidenstraße 91 | 10115 Berlin | Tel.: +49 30 58580-415 | Fax: +49 30 58580-412
Büro Brüssel | Rue de Trèves 49 | 1040 Brüssel, Belgien | Tel.: +32 2 290-0108
Norbert Wstfal, Präsident | Karsten Kluge, Vizepräsident | Dr. Stephan Albers, Geschäftsführer

Zur Sache selbst nehmen wir wie folgt Stellung:

1. Grundsätzliche Beibehaltung einer Rückwirkungsbegrenzung

Zunächst ist zu begrüßen, dass der Referentenentwurf des BMWI grundsätzlich an einer Rückwirkungsbegrenzung festhält. Diese ist wegen der Vielzahl der verwaltungsgerichtlichen Verfahren – die Telekom beklagt fast jede Entgeltgenehmigungsentscheidung – und deren in der Regel mehrjähriger Dauer unverzichtbar. Das erhebliche Nachzahlungsrisiko, das letztlich das gesetzgeberische Motiv für die Einführung einer rückwirkungsbegrenzenden Regelung war, besteht nach wie vor. Viele Wettbewerber und ihre Geschäftsmodelle sind weiter in erheblichem Umfang auf eine Vorleistung der Telekom angewiesen, nicht zuletzt auch durch die Vectoring-Regulierung der BNetzA, die die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für den Aufbau komplett eigener Glasfaserinfrastrukturen in den HVt-Nahbereichen negativ verändert hat. Andere wesentliche Vorleistungen, wie z.B. die Terminierung in Festnetz und Mobilfunk resultieren aus der Notwendigkeit der Netzkopplung und werden – jedenfalls bei Beibehaltung des gegenwärtigen Abrechnungssystems – daher ebenfalls dauerhaft abgerechnet werden müssen. Gerade diese Zusammenschaltungsleistungen sind auch nicht etwa durch Fortschritte auf der „ladder of investment“ geringer geworden; eine Ablösung solcher regulierter Leistungen durch eigene Produktion ist auch nicht sinnvoll. Da auch Maßnahmen zur Effektivierung und deutlichen Verkürzung der Rechtsschutzverfahren nicht absehbar sind, bleibt es daher auf Dauer bei einem entsprechend hohen Nachzahlungsrisiko für die Vorleistungsnachfrager.

Die Rückwirkungsbegrenzung ist zusätzlich auch wegen der Gefahren einer strategischen Preissetzung durch das regulierte Unternehmen und des Entstehens nachträglicher Preis-Kosten-Scheren erforderlich. Zu beiden Punkten verweisen wir auf unsere ausführliche Darstellung in der Stellungnahme vom 22.03.2018.

Die grundsätzliche Beibehaltung einer rückwirkungsbegrenzenden Regelung im TKG ist daher notwendig und richtig.

2. Form der Umsetzung im Referentenentwurf

Der Referentenentwurf sieht vor, dass TK-Unternehmen mit einem Jahresumsatz von über 100 Mio. Euro nicht länger in den Genuß einer Rückwirkungsbegrenzung kommen sollen. Dabei sollen Umsätze verbundener Unternehmen im Sinne des § 3 Nr.29 TKG in die Betrachtung einbezogen werden, soweit das verbundene Unternehmen ebenfalls Umsätze auf den TK-Märkten erzielt.

Die Umsatzschwelle wird im Referentenentwurf (S.7) damit begründet, dass Unternehmen, die einen Jahresumsatz von € 100 Mio. erzielen, leistungsfähig genug seien, um entsprechende Rückstellungen zu bilden. Diese Begründung unterschätzt aber den Umfang des Nachzahlungsrisikos auch für diese Unternehmen, die naturgemäß in einem deutlich größeren Ausmaß regulierte Vorleistungen in Anspruch nehmen. So können allein die Mobilfunkterminierungsentgelte und die Entgelte für den Zugang zur TAL bzw. für einen Bitstromzugang oder für Mietleitungen der Telekom dazu führen, dass das Nachzahlungsrisiko für Unternehmen oberhalb der Umsatzschwelle einen signifikanten zweistelligen Millionenbetrag und dabei einen erheblichen Teil des Jahresumsatzes ausmacht. Zudem stellen € 100 Mio. nicht einmal 1 Prozent des Gesamtumsatzes der TK-Märkte dar, was Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der gewählten Umsatzschwelle aufwirft.

Der BREKO hält daher die Einführung einer **Umsatzschwelle** für die Abgrenzung der Anwendbarkeit einer Rückwirkungssperre für **nicht sachgerecht**. Statt an den Umsatz sollte **an die Höhe des Rückzahlungsrisikos angeknüpft** werden. Daher sollte insbesondere für Leistungen, die zentral für die Geschäftsmodelle in den TK-Märkten sind, in großen Mengen in Anspruch genommen werden müssen und daher ein hohes Nachzahlungsrisiko generieren, die **Rückwirkungsbegrenzung ohne Einschränkung** weiter gelten. Hierzu zählen zweifellos die Einmal- und Monatsentgelte für den physischen oder virtuellen Zugang zur TAL, die Bitstromentgelte (Layer 2 und 3), die Terminierungsentgelte (Festnetz und Mobiofunk) sowie die Mietleistungsentgelte. Diese Aufzählung ist nicht abschließend und könnte durch die Beschlusskammer ergänzt werden. Für andere Entgeltarten, die ihrer Natur nach zu deutlich geringeren Nachzahlungsrisiken führen, könnte (in Verbindung mit einer Umsatzschwelle) eine Aufhebung der Rückwirkungsbegrenzung erwogen werden.

Eine uneingeschränkte Rückwirkung könnte auch für solche Fälle angenommen werden, in denen Unternehmen gleichartige Leistungen in ungefähr gleicher Größenordnung und in identischer Entgelthöhe austauschen, wie z.B. bei den Terminierungsentgelten, die sich die Mobilfunknetzbetreiber untereinander in Rechnung stellen. In diesem Fall kommt es zwar zu Umsatzverschiebungen, nicht aber zu großen Nachzahlungsrisiken. Dort, wo kein in der Regel ausgeglichener Austausch von gleichen Leistungen stattfindet, etwa beim Einkauf von Mobilfunkterminierungsleistungen durch die alternativen Festnetzanbieter, drohen hingegen massive Rückstellungen und Nachzahlungen, die weit über die Finanzkraft hinausgehen.

Eine weitere notwendige Konditionierung für eine Rückwirkung liegt in einer **prozentualen**

Begrenzung der Differenz zwischen den genehmigten Entgelten und den Entgelten, die Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzverfahrens sind, damit es das regulierte Unternehmen nicht selbst in der Hand hat, über die Beantragung deutlich überhöhter Entgelte das Nachzahlungsrisiko für die Vorleistungsnachfrager und die daraufhin zu bildenden Rückstellungen beliebig in die Höhe zu treiben.

Zudem darf eine rückwirkende Erhöhung von Vorleistungsentgelten **nicht nachträglich zu einer Preis-Kosten-Schere** führen. Um diese Prüfung zu ermöglichen, wäre es sinnvoll, wenn die Beschlusskammer bereits im Ausgangsbeschluss nicht nur eine Kostenscherenprüfung mit Blick auf die am Ende genehmigten, sondern auch hinsichtlich der beantragten Entgelte vornimmt.

Problematisch und wenig praktikabel erscheint die Einbeziehung der Umsätze verbundener Unternehmen im Sinne des § 23 Nr.29 TKG, wenn das verbundenen Unternehmen ebenfalls Umsätze auf den TK-Märkten erzielt. So sind Konstellationen üblich, in denen sich ein Unternehmen auf den Aufbau einer (passiven) Infrastruktur beschränkt und diese Infrastruktur an ein Tochterunternehmen verpachtet. In diesem Fall erzielt das verbundene Unternehmen zwar Umsätze auf einem TK-Markt, ohne dass aber die Gesamtleistungsfähigkeit des Unternehmensverbundes erhöht würde. Eine Einbeziehung der Umsätze des verbundenen Unternehmens wäre in diesem Fall nicht sachgerecht. Die gebotene differenzierte Betrachtung erscheint aber wegen der zahlreichen unterschiedlichen Konstellationen als kaum umsetzbar, so dass auf eine Einbeziehung verbundener Unternehmen in die – ohnehin kritisch zu bewertende Umsatzschwellenbetrachtung – verzichtet werden sollte.

Weiterhin ist klarzustellen, dass die **Neuregelung nicht auf laufende Entgeltperioden und Gerichtsverfahren anwendbar** ist, sondern nur auf Klagen in Zusammenhang mit solchen Entgeltgenehmigungsverfahren, die ab dem 01.08.2018 erstmals beschieden werden. Etwas anderes wird auch durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht verlangt.

Würde die Neuregelung bereits auf laufende Entgeltperioden angewendet, so entstünden **Rechtsschutzlücken** und es käme für alle Beteiligten zu **erheblichen Mehraufwänden**. In diesem Fall müsste z.B. eine laufende Entgeltperiode in einen Teil vor und einen Teil nach dem 01.08.2018 aufgeteilt werden, weil diesbezüglich unterschiedliche Rechtslagen gelten würden. Demgemäß müssten dann auch die abgenommenen Leistungsmengen für die beiden Zeiträume vor und nach dem Stichtag separat ermittelt werden. Zudem wären die Vorleistungsnachfrager in den Hauptsacheverfahren bisher nicht beigeladen gewesen, was durch den Gesetzentwurf sicher nicht intendiert ist. Hierdurch entsünden nachträglich

Rechtsschutzlücken. Weiter würden die in Eilverfahren durch das Verwaltungsgericht vor dem 31.07.2018 entschiedenen und damit de lege lata bis zum Ablauf des Befristungszeitraums abgeschlossenen Verfahren bei einer Anwendbarkeit der vorgesehenen Neuregelung entgegen der formellen Rechtskraft für den Zeitraum ab dem 01.08.2018 wohl nicht abgeschlossen sein, so dass der Eintritt der Rückwirkungssperre für die Zeitraum ab dem 01.08.2018 wieder aufgehoben wäre und möglicherweise ein neues Eilverfahren eingeleitet werden müsste. Eine Anwendung der Neuregelung auf vor dem 01.08.2018 erteilte Entgeltgenehmigungen und daran anknüpfende Klageverfahren würde damit zu rechtstaatlich fragwürdigen und praktisch nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand umsetzbaren Ergebnissen führen.

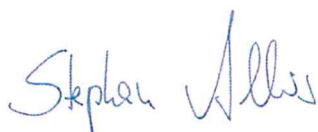
Jedwede Neuregelung darf daher nur auf Entgeltgenehmigungsverfahren Anwendung finden, die ab dem 01.08.2018 erstmals entschieden werden.

Schließlich ist jedwede (nach der Entscheidung des BVerfG gebotene) Differenzierung der Rückwirkungsbegrenzung an die Bedingung zu knüpfen, dass **vorher spürbare Verbesserungen bei der Transparenz** der verwaltungsgerichtlichen Verfahren erzielt worden sind. Dieser Punkt wurde sowohl im Termin am 15.02.2018 als auch in unserer Stellungnahme vom 22.03.2018 angesprochen, ohne dass bisher eine positive Veränderung festzustellen wäre.

So werden die Vorleistungsnachfrager nach wie vor allenfalls auf Anfrage von der BNetzA darüber informiert, dass ein reguliertes Unternehmen eine verwaltungsgerichtliche Klage gegen eine Entgeltentscheidung erhoben hat. Da eine entsprechende Übersicht in elektronischer Form im Prozessreferat der NetzA vorliegen wird, dürfte es nicht schwer fallen, diese auch den Vorleistungsnachfragern in Form einer elektronischen Datenbank zur Verfügung zu stellen. Dies wäre ein erster Schritt in Richtung der erforderlichen Transparenz.

Für eine weitere Erörterung, insbesondere der in dieser Stellungnahme angesprochenen Punkte stehen wir dem Ministerium gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Stephan Albers
(Geschäftsführer)



Benedikt Kind
(Leiter Recht & Regulierung)