

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

Referat VIA2  
Villemombler Str. 76  
53123 Bonn

Buero-VIA2@bmwi.bund.de

**Stellungnahme des BUGLAS zum Referentenentwurf für ein  
Viertes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes  
(4. TKGÄndG)**

22.06.2018

Sehr geehrter Herr Eimer,  
sehr geehrte Damen und Herren,

mit dem vorliegenden Referentenentwurf soll der vom BVerfG beanstandete Differenzierungsmangel in § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG beseitigt werden. Dazu soll als Differenzierungsmerkmal mit § 35 Abs. 5a TKG eine Umsatzgrenze von 100 Mio. € eingeführt werden, ab der nachträgliche höhere Entgeltgenehmigungen für ein Unternehmen auch dann Rückwirkung entfalten, wenn keine entsprechende vorläufige Anordnung ergangen ist.

Wir bedanken uns dafür, zum Entwurf Stellung nehmen zu dürfen und möchten im Folgenden darlegen, warum die vorgeschlagene Regelung unserer Auffassung nach nicht dazu geeignet ist, den Differenzierungsmangel in sachlich angemessener Weise zu beseitigen.

Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 22.11.2016 (BVerfGE 143, 216) ausgeführt, dass der Schutz der Wettbewerber nicht durch die marktbeherrschende Stellung des regulierten Unternehmens gerechtfertigt wird, sondern durch die Stärke bzw. Schwäche des jeweiligen Wettbewerbers (BVerfGE 143, 216, Rn. 69). Diese muss also der Ausgangspunkt für ein verfassungskonformes Differenzierungsmerkmal sein.

Die Stärke oder Schwäche eines Wettbewerbers kann jedoch nicht anhand eines absoluten Wertes bestimmt werden, sondern muss in Abhängigkeit vom Marktumfeld ermittelt werden. **Anknüpfungspunkt muss daher das Kräfteverhältnis zwischen dem Wettbewerber und dem übrigen Markt sein.** Auch die Äußerungen der Monopolkommission stützten diesen Ansatz. Sie führt aus, es gehe darum, dass größte-

re Wettbewerber dem regulierten Unternehmen hinsichtlich der Finanzkraft nicht mehr in einem Maße unterlegen seien, dass die Bildung entsprechender Rückstellungen als wettbewerbshindernd erscheinen lasse. **Kern der Differenzierung muss demnach also ein hinreichend großes Maß an Unterlegenheit, bzw. hinreichend großes Ungleichgewicht sein, also eine relative Größe, nicht etwa eine absolute Größe wie eine statische Umsatzschwelle.** Es bietet sich daher an, als Differenzierungsmerkmal den relativen Marktanteil des Wettbewerbers heranzuziehen. Der Gesetzgeber hat sich bereits in § 80 Satz 1 TKG für eine solche Differenzierung entschieden, welche eine **Marktanteilsschwelle von 4 %** des sachlich relevanten Marktes als Differenzierungsmerkmal vorsieht.

Durch die Heranziehung des relativen Marktanteils ist zudem gewährleistet, dass der außerordentlich hohen Dynamik des Telekommunikationsmarktes Rechnung getragen wird. **Eine statische Umsatzschwelle würde dieser Anforderung nicht gerecht und müsste vor dem Hintergrund der Marktentwicklung sowie der Inflation in regelmäßigen Abständen angepasst werden, um nicht einen Differenzierungsmangel zulasten der kleineren Wettbewerber hervorzurufen.**

Gerade vor dem Hintergrund des durch die Bundesregierung im Koalitionsvertrag formulierten und von uns uneingeschränkt unterstützten Ziels eines „Netzinfrastrukturwechsels zu Glasfaser“ und der damit verbundenen enormen Kosten ist ein höheres Endkundenpreisniveau nicht auszuschließen, was automatisch zu höheren Umsätzen führen würde, ohne dass diese dadurch in ihrer Finanzkraft im Verhältnis zum relevanten Markt gewinnen. Im Gegenteil entzögen die notwendigen Rückstellungen, die sich bei einzelnen Mitgliedsunternehmen mindestens auf einen höheren zweistelligen Millionenbetrag belaufen könnten, dem weiteren Glasfaserausbau die notwendigen Mittel in ganz erheblichem Umfang.

Das BVerfG sieht in seiner Entscheidung zudem vor, dass die Ermittlung „teilmarktbezogen oder wettbewerbsbezogen“ erfolgen muss. Der Gesetzentwurf nimmt dementsprechend eine rein unternehmensbezogene Differenzierung vor und benennt diese in der Gesetzesbegründung auch als solche.

Die Umsatzschwelle von 100 Mio. € bedeutete bezogen auf den in der Entwurfsbegründung angeführten Gesamtumsatz von 57 Mrd. €, dass ein Unternehmen mit einem **Marktanteil von 0,18 %** bereits als „groß“ gelten und nicht mehr vom Schutz der Regelung profitieren soll. **Damit würden auch kleinere Unternehmen unter die Neuregelung fallen und müssten künftig erhebliche Rückstellungen bilden bzw. wären unkalkulierbaren finanziellen, teilweise existenzbedrohenden Risiken ausgesetzt.** Daher ist die Wahl der Umsatzschwelle als Differenzierungsmerkmal nicht nur methodisch ungeeignet, sondern auch in der Höhe verfehlt.

Das BVerfG zielte hier eher auf große, bundesweit agierende Unternehmen, die überhaupt erst Anlass zu der Differenzierung gaben. **Dies belegen auch die in der**

**Entscheidung zitierten Ausführungen der Monopolkommission, die als Beispiel „ausländische Incumbents“ nennt, die in Deutschland tätig werden** (BVerfGE 143, 216, Rn. 60). Eine Umsatzschwelle von 100 Mio. €, die bezogen auf den in der Entwurfsbegründung angeführten Gesamtumsatz einem Marktanteil von 0,18 % entspricht, schießt nicht nur deutlich über die Vorgaben des BVerfG hinaus, sondern konterkariert die Zielsetzung des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG, indem selbst kleinere finanzschwache Unternehmen schutzlos gestellt werden und sich potentiell wettbewerbshindernden Entgeltanfechtungen ausgesetzt sehen.

Wir schlagen daher vor, **als Differenzierungsmerkmal in Anknüpfung an § 80 Satz 1 TKG den relativen Anteil am relevanten Teilmarkt zugrunde zu legen**. Hier wäre selbst ein niedrigerer Wert (bspw. 2 %) als die dort vorgesehenen 4 % noch ausreichend, um eine sachgerechte Differenzierung zu ermöglichen.

**Hilfsweise** und nur für den Fall, dass an der Wahl der absoluten Umsatzschwelle festgehalten werden sollte, muss diese jedoch dringend an die gegenwärtigen Marktverhältnisse angepasst werden. Diese müsste mindestens 1 Mrd. € betragen, um nicht kleinere Unternehmen vom Schutz der Regelung auszuschließen, die nicht von der Zielrichtung der Entscheidung des BVerfG erfasst sind. Selbst eine **Schwelle von 1 Mrd. €** würde bezogen auf die in der Begründung genannte Bezugsgröße von 57 Mrd. € lediglich einen Marktanteil von 1,75 % bedeuten, und würde damit ausschließlich kleinere Unternehmen erfassen, die der Finanzkraft des regulierten Unternehmens in erheblichem Maße unterlegen und folglich im Sinne der Entscheidung schutzwürdig sind. Bei den zu erwartenden steigenden Umsätzen würde so jedenfalls mittelfristig sichergestellt, dass kleinere Unternehmen mit einem geringen Marktanteil unter den Schutz der Regelung fallen.

Weiterhin ist die im Entwurf vorgesehene Wirkung auf Entgeltgenehmigungen, die zwar vor dem 31.07.2018 ergangen sind, jedoch bis zu einem Zeitpunkt nach dem 31.07.2018 befristet sind, kritisch zu bewerten. Eine Regelung, die laufende Genehmigungsperioden hinsichtlich des Rechtsschutzes quasi in einen Zeitraum vor und nach dem 31.07.2018 aufteilt, wurde vom BVerfG weder gefordert, noch ist sie praktikabel. Zudem begegnet sie erheblichen Bedenken hinsichtlich der Rechtssicherheit. Bei den Unternehmen würden nach dieser Regelung außerplanmäßige Rückstellungen erforderlich, da diese sich bislang auf den Schutz der gegenwärtigen Regelung für den vollen Genehmigungszeitraum verlassen durften.

Wir schlagen daher vor, dass die Neuregelung nur auf solche Entgeltgenehmigungsverfahren anzuwenden ist, die nach dem 31.07.2018 anhängig werden.

Die im Entwurf vorgesehene Regelung könnte viele kleinere Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedrohen. Jedenfalls wird sie dazu führen, dass dem dringend notwendigen **FttB/H-Ausbau**, der fast ausschließlich durch kleinere und mittlere Unternehmen erfolgt, **durch die erforderlichen Rückstellungen die Mittel entzogen** werden. In der Konsequenz wird der für den Wirtschaftsstandort Deutschland notwendige FttB/H-Ausbau – den Gigabit-Zielen der Bundesregierung bis 2025 zuwiderlaufend – erheblich verlangsamt.

Wir bitten daher um eine entsprechende Berücksichtigung der angesprochenen Aspekte und stehen Ihnen für einen weiteren Austausch jederzeit sehr gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Bundesverband Glasfaseranschluss e. V.

Wolfgang Heer  
Geschäftsführung

Stefan Birkenbusch  
Recht und Regulierung