

## **Stellungnahme der ANGA Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V. zum Entwurf des Bundeswirtschaftsministeriums für ein Viertes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (4. TKGÄndG), hier: Anpassung des § 35 TKG**

Durch die geplante Anpassung des § 35 TKG würde die Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen, die Entgelte für einen Zeitraum nach dem 31. Juli 2018 betreffen, in den Fällen neu geregelt, in denen die BNetzA auf Antrag des regulierten Unternehmens durch Gerichtsentscheidung verpflichtet wird, ein höheres als das ursprünglich festgesetzte Entgelt zu genehmigen. Während bislang unterschiedslos gegenüber allen Unternehmen eine Rückwirkung ausscheidet, wenn nicht zuvor eine einstweilige Anordnung nach § 35 Absatz 5 Satz 2 TKG ergangen ist, würden zukünftig allein Unternehmen mit einem Jahresumsatz von weniger als 100 Mio. Euro geschützt. Die Möglichkeit der objektiven Abschätzung, ob Nachzahlungen fällig werden, entfiel damit für Unternehmen mit einem Jahresumsatz von mehr als 100 Mio. Euro; sie müssten künftig immer Rückstellungen machen.

Die ANGA bewertet an dem Entwurf des BMWi drei Aspekte kritisch:

### **1. 100 Mio. Euro-Schwelle**

Mit der Festlegung, dass die Rückwirkungsschranke nur noch zugunsten von Unternehmen mit weniger als 100 Mio. Euro Jahresumsatz greifen soll, will das BMWi nur noch Unternehmen privilegieren, „die aufgrund ihrer geringeren wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines besonderen Schutzes bedürfen“. Aus Sicht der ANGA ist die Schwelle indes zu niedrig gewählt, um dieses Ziel zu erreichen. Zudem erscheint wie willkürlich und findet keinen Anhaltspunkt im TKG.

Bei einem vom BMWi zugrunde gelegten Gesamtbranchenjahresumsatz von 57 Mrd. Euro entsprechen 100 Mio. Euro ca. 0,18 Prozent. Mit diesem niedrigen Marktanteil als Schwellwert unterfiel beinahe jeder Marktteilnehmer der verschärften Regelung. Dass alle „wirtschaftlich besonders schutzwürdigen“ Unternehmen tatsächlich in den Genuss der Rückwirkungsschranke kämen, ist jedenfalls anzuzweifeln.

Vor diesem Hintergrund plädiert die ANGA für eine Anhebung der Schwelle unter Anlehnung an bereits aus dem TKG bekannte Größen. In Betracht käme hier etwa die 4 Prozent-Schwelle, die aus dem Universaldienstregime bekannt ist.

### **2. Unklarheit im Hinblick auf eine Rückwirkung der Regelung**

Den Wortlaut von § 35 Abs. 5a S. 1 des BMWi-Entwurfs versteht die ANGA dahingehend, dass die Neuregelung nur für solche Entgeltgenehmigungen gilt, die nach dem 31. Juli 2018 erlassen werden. Die gesetzliche Änderung hätte damit keine Auswirkungen auf Entgeltgenehmigungen, die zwar vor dem 31. Juli 2018 ergangen sind aber noch über den 31. Juli 2018 hinaus wirken und bei denen der vom verpflichteten Unternehmen gestellte Antrag auf einstweilige Anordnung abgelehnt wurde (so etwa im Hinblick auf den Beschluss der BNetzA vom 06. März 2017 zu den Mobilfunkterminierungsentgelten („MTR“) der Telekom Deutschland) bzw. sofern ein entsprechender Antrag auf einstweilige Anordnung im laufenden Verfahren noch abgelehnt wird (so etwa möglich im Hinblick auf den Beschluss der BNetzA vom 08. März 2018 über die Zugangsentgelte der Telekom Deutschland für die Inanspruchnahme von Layer-2 Bitstrom Zugangsleistungen).

Eine solche Auslegung ist sachgerecht, weil die betroffenen zugangsnachfragenden Unternehmen in diesen Fällen Vertrauensschutz genießen. Auch würde eine gegenteilige Interpretation verfassungsrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit dem Rückwirkungsverbot aufwerfen.

Diese Auslegung nach dem Wortlaut wird indes aus Sicht der ANGA noch nicht hinreichend von der Gesetzesbegründung gestützt. Im Entwurf der Gesetzesbegründung, S.7, wird unter Bezugnahme auf

das Wort „soweit“ in § 35 Abs. 5a S.1 „verdeutlicht“, dass die Neuregelung „nach dem Stichtag“, d. h. nach dem 31. Juli 2018, gilt. Das könnte so interpretiert werden, dass es unabhängig vom Genehmigungszeitpunkt für die Geltung der Neuregelung allein darauf ankäme, ob auch in einer (lange) vor dem Stichtag erlassenen Genehmigung Zeiträume nach dem 31. Juli 2018 mit erfasst sind. Hier steht zu befürchten, dass es bei künftigen gerichtlichen Verfahren zu vermeidbaren Unklarheiten kommen könnte. Zudem ist zu befürchten, dass durch die aufgeworfene Unklarheit ungeplante Rückstellungen bei den betroffenen Unternehmen für den Zeitraum nach dem 31. Juli 2018 bis zum Ende der jeweiligen Genehmigungszeiträume gemacht werden müssten, was bereits für Investitionen verplantes Budget schmälern würde. Insgesamt erscheint aus Sicht der ANGA eine Textanpassung bei der Begründung dringend angezeigt. Sinnvoll wäre auch eine Übergangsregelung, welche klarstellt, dass die bestehende Rückwirkungsschranke für bereits am 31. Juli 2018 bestehende Rechtsstreitigkeiten gilt.

Eine solche Übergangsregelung könnte als neuer § 150 Abs. 13 TKG geschaffen werden und lauten:

*„§ 35 Absätze 5 und 6 dieses Gesetzes in der Fassung vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190), zuletzt geändert durch Art. 10 Abs. 12 des Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen vom 30.10.2017 (BGBl. I S. 3618), sind weiterhin anzuwenden in Rechtsstreitigkeiten, die vor dem 31. Juli 2018 anhängig geworden sind.“*

### **3. Unklarheit im Hinblick auf die subjektive Reichweite der Regelung**

Auch wenn der Gesetzentwurf die Rückwirkung nur für Unternehmen vorsieht, welche zum Zeitpunkt der Klageerhebung einen Umsatz unterhalb des Schwellenwertes per Jahresabschluss ausgewiesen haben, wird dadurch die subjektive Reichweite der Regelung nicht hinreichend festgelegt. Selbst eine Prüfung der Jahresabschlüsse aller vorhandenen Nachfrager der betreffenden Leistung schließt nicht aus, dass noch während der Klageverfahren Nachfrager hinzukommen, die unterhalb der Umsatzschwelle liegen und nicht abgewiesen werden dürfen. Allein wegen der schieren Möglichkeit eines solchen Szenarios wird es weiterhin unausweichlich sein, entsprechende Eilverfahren durchzuführen, wobei abzusehen ist, dass die Verwaltungsgerichte die Frage nach deren Rechtsschutzbedürfnis aufwerfen werden. Aus Sicht der ANGA wäre es insoweit sinnvoll, die Rückwirkung ohne Rücksicht auf den Umsatz auf alle Unternehmen zu erstrecken, welche die entsprechende Vorleistung erst nach Klageerhebung nachfragen.

---

Die ANGA vertritt die Interessen von mehr als 200 Unternehmen der deutschen Breitbandbranche. Gegenüber Politik und Marktpartnern setzt sich der Verband für investitions- und wettbewerbsfreundliche Rahmenbedingungen ein.

Zu den Mitgliedsunternehmen der ANGA zählen Vodafone, Unitymedia, Tele Columbus (PYUR), Telekom Deutschland und eine Vielzahl lokaler und mittelständischer Netzbetreiber, die insgesamt ca. 17,6 Mio. Kabelkunden mit TV und 7,7 Mio. Haushalte mit schnellem Internet versorgen. In den nächsten Jahren werden die ANGA-Mitgliedsunternehmen ca. 70 Prozent der deutschen Haushalte Breitbandanschlüsse mit Gigabit-Geschwindigkeiten anbieten können – sei es über glasfaserbasierte HFC-Netze oder Glasfaser bis ins Haus.