

0) Vorbemerkung

Wir bedanken uns für die Übersendung des Referentenentwurfs zur Änderung von § 35 Abs. 5 TKG (Rückwirkungsverbot) und nehmen die Möglichkeit zur Stellungnahme im Folgenden gerne wahr.

Nach dem Wortlaut des § 35 Abs. 5a Satz 1 TKG-E soll das bisher geltende Rückwirkungsverbot keine Anwendung mehr finden, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

- Soweit Entgelte für einen Zeitraum nach dem 31. Juli 2018 genehmigt werden und
- dass Zugangsleistungen nachfragender Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor Klageerhebung mehr als 100 Mio. € Jahresumsatz erzielt haben. Die Umsätze verbundener Unternehmen sollen dann mitberücksichtigt werden, wenn diese ebenfalls Umsätze auf Telekommunikationsmärkten erzielen.

Wir sehen diese Regelungsvorschläge von verschiedenen Gesichtspunkten heraus als sehr kritisch an. So berücksichtigt der Entwurf aus VATM-Sicht nicht ausreichend, dass das durch die Novelle entstehende Risiko bei den Nachfragern von regulierten Vorleistungen ungleich höher ausfällt als bei dem regulierten Unternehmen. Ca. 75 % der heute bereitgestellten Breitbandanschlüsse werden immer noch über die letzte Meile der Telekom realisiert. Die Rückstellungen, die Wettbewerber künftig zu bilden hätten, würden erhebliche Mittel binden und dadurch die Wettbewerbsmöglichkeiten der nachfragenden Unternehmen einschränken. Wir regen daher an, in der Novelle stärker zu betonen, dass es durch eine Lockerung der Rückwirkungssperre keinesfalls zu Marktverzerrungen kommen darf. Dies sollte in jedem Einzelfall durch die Bundesnetzagentur geprüft werden müssen.

A) Stichtag 31. Juli 2018

Äußerst problematisch ist die Formulierung, nach der ein Rückwirkungsverbot nicht mehr für Entgelte in Betracht kommen soll, die bereits für einen Zeitraum nach dem 31. Juli 2018 genehmigt wurden. Dem Wortlaut des § 35 Abs.5a Satz 1 TKG-E nach könnte man zunächst meinen, die Rückwirkungssperre entfalle (bzw. gelte nur noch in dem stark reduzierten Umfang für kleine Unternehmen mit nicht mehr als 100 Mio. € Jahresumsatz) nur dann, wenn Entgelte gerade nach dem 31.7.2018 „genehmigt werden“, wenn also auch der Erlass der Entgeltgenehmigung erst nach dem 31.7.2018 erfolgt.

Die Gesetzesbegründung (Seite 7 Mitte), ist allerdings wohl so zu verstehen, dass ein Wegfall der Rückwirkungssperre auch dann gelten soll, „soweit“ nur ein Zeitraum nach dem 31. Juli 2018 betroffen ist. Es wird also nicht auf den Erlass der Genehmigung, sondern ausschließlich auf den von der Genehmigung betroffenen Zeitraum abgestellt.

Diese Regelung ist nicht sachgerecht und führt in der vorstehenden Konstellation (Genehmigung vor 31. Juli 2018 erlassen mit Genehmigungswirkung auch für einen Zeitraum danach) zu neuen und zusätzlichen Risiken für Zugangsnachfrager, wenn ein Eilantrag nach dem bisherigen § 35 Abs. 5 TKG abgelehnt wurde. Denn war bisher eine Nachzahlung ausgeschlossen, wohingegen sie bei der reinen Zeiträumbetrachtung des Entwurfs wohl weiterhin möglich bleibt. Das marktbeherrschende Unternehmen hätte also gewissermaßen zwei Chancen, die Zugangsnachfrager spiegelbildlich verdoppelte Risiken.

Der Maßstab muss daher zumindest sein, wann ein Verfahren bei der Bundesnetzagentur anhängig wurde. Noch besser wäre es, als Stichtag nicht den 31.7.2018, sondern das Inkrafttreten des Gesetzes zu wählen. Eine vergleichbare Übergangsregelung findet sich etwa in § 72 GKG, die ebenfalls die Fortgeltung der bisherigen Gesetzesfassung für Rechtsstreitigkeiten vorsieht, die vor einem Stichtag (Inkrafttreten der Neuregelung des GKG) anhängig geworden sind.

Wenn das marktmächtige Unternehmen ein auf höhere Entgelte ausgerichtetes Verfahren bei der Bundesnetzagentur vor dem Stichtag begonnen hat, dann gilt die bisherige Rückwirkungssperre, wenn es danach begonnen wird, gilt die Neuregelung. Dies entspricht auch dem Zweck der geltenden Rückwirkungssperre, insoweit Rechtssicherheit zu schaffen. Entfielen diese Beschränkung auch für bereits anhängige Verpflichtungsklagen, so würde diese Änderung in bereits abgeschlossene Sachverhalte eingreifen, soweit Entgelte nach dem Stichtag betroffen sind. Die bisherige Regelung würde entgegen der Vorgabe des BVerfG dann für bereits abgeschlossene Sachverhalte nicht bis zu einer Neuregelung fortgelten.

Beispiel:

Wenn ein Entgelt, wie z. B. die TAL-Monatsentgelte im Jahr 2016 bis Mitte 2019 genehmigt wurden und der Eilantrag der Telekom abgewiesen wurde, dann besteht nach geltendem Recht auch für den Zeitraum 01.08.2018 bis Mitte 2019 kein Risiko für den Nachfrager mehr. Mit der im Referentenentwurf vorgesehenen Neuregelung hingegen würde das Risiko für diesen Zeitraum nach dem 01.08.2018 bis Mitte 2019 wieder aufleben und jeder

Zugangsnachfrager müsste ggf. Rückstellungen bilden, mit denen er nach geltendem Recht und auch im Lichte des Bundesverfassungsurteils nicht rechnen musste.

Um dies zu verhindern, schlagen wir folgende Übergangsregelung in § 150 Abs. 13 TKG vor:

Vorschlag für § 150 Abs. 13 TKG neu:

„§ 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 (BGBl. I S. 3618), sind weiterhin anzuwenden in Verfahren, die vor dem [Stichtag – Inkrafttreten der Gesetzesänderung] bei der Bundesnetzagentur anhängig geworden sind. Entsprechendes gilt für Entgelte, die erstmals vor dem [Stichtag – Inkrafttreten der Gesetzesänderung] von der Bundesnetzagentur genehmigt wurden.“

B) Umsatzschwelle von 100 Mio. Euro, Berücksichtigung verbundener Unternehmen und Darlegungslast

Kritisch sehen wir weiterhin die im Entwurf definierte Umsatzschwelle von 100 Mio. Euro Jahresumsatz. Zum einen kann sich eine rückwirkende Entgelterhöhung – denkbar auch für mehrere Jahre – auch für Unternehmen mit einem höheren Jahresumsatz als existenzgefährdend herausstellen. Zudem beziehen sich Entgeltgenehmigungen immer auf bestimmte Märkte und es erscheint ungerechtfertigt, die Rückwirkung von Urteilen von den Umsätzen in anderen regulierten, nicht regulierten Märkten oder auch aus Geschäftsbereichen außerhalb des Telekommunikationsmarktes abhängig zu machen. Dies gilt natürlich entsprechend für eine Mitberücksichtigung der Umsätze verbundener Unternehmen.

Hinzu kommt, dass der Anteil der regulierten Vorleistungsentgelte am Gesamtumsatz bei allen Unternehmen ähnlich sein dürfte – eine Rückwirkung von Entgeltentscheidungen insofern für alle Unternehmen ähnlich hart sein dürfte.

Für den Fall, dass der Gesetzgeber dennoch an einer Jahresumsatzschwelle festhalten möchte, regen wir an, diese auf Umsätze von Einzelunternehmen im deutschen Markt zu beschränken und deutlich zu erhöhen. Zudem dürfen Unternehmen durch Rückwirkungen nicht in Preis-Kosten- oder Kosten-Kosten-

Scheren geraten – dies sollte in jedem Einzelfall von der Bundesnetzagentur geprüft werden müssen.

Abschließend zu diesem Punkt möchten wir um eine Klarstellung zu der Frage der Darlegungslast bitten. Sachgerecht wäre es, dass derjenige, der von der Rückwirkungspflicht ausgenommen werden möchte, nachweisen muss, dass er unter der Umsatzschwelle liegt und nicht etwa das klagende Unternehmen. Dies wird im vorliegenden Entwurf jedoch nicht ausreichend deutlich, bzw. erscheint missverständlich geregelt.

C) Transparenz

Ein großes Problem stellt es für die Unternehmen derzeit dar, dass keine Transparenz über laufende Verfahren und die konkreten Anträge besteht. Insofern ist das Prozessrisiko aufgrund der zahlreichen Schwärzungen nicht einzuschätzen und damit auch die Bildung entsprechender Rücklagen für die Unternehmen schlichtweg nicht möglich.

Berlin, 22.06.2018