



Stellungnahme der Vodafone GmbH zum Referentenentwurf für ein Viertes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (4. TKGÄndG), hier: Anpassung des § 35 TKG

Gemäß Artikel 1 des Referentenentwurfs zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes soll ausweislich der Entwurfsfassung des § 35 Abs. 5a die bisherige Regelung zur Rückwirkungssperre in § 35 Abs. 5 S. 3 TKG unter zwei Voraussetzungen keine Anwendung mehr finden. Eine aufgrund richterlicher Verpflichtung erlassene Neu-Genehmigung der BNetzA von Entgelten entfaltet Rückwirkung dann nur noch (i) soweit Entgelte für einen Zeitraum nach dem 31.07.2018 genehmigt werden und (ii) wenn das Zugang nachfragende Unternehmen¹ vor der Klageerhebung des marktmächtigen Unternehmens auf höhere Entgelte mehr als 100 Mio. € Jahresumsatz erwirtschaftet hat.

1. Die Neuregelung ist in einem wesentlichen Punkt nicht sachgerecht

Die zweite Voraussetzung ist aus Sicht von Vodafone im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die Umsatzgrenze von 100 Mio. EUR erscheint akzeptabel, da ausweislich der Gesetzesbegründung nur kleine Unternehmen weiter geschützt sind, die insgesamt lediglich 15% Marktanteil auf sich vereinen. Zwar dürfte auch bei kleinen Unternehmen nur ein – im Vergleich zu größeren Unternehmen – proportionales Rückstellungsrisiko bestehen, so dass die reine Umsatzschwelle als Ausnahmekriterium nicht zwingend erscheint. Wichtig ist jedoch, dass die Wirkung in Bezug auf die Marktanteile der Gesamtheit dieser Unternehmen eng begrenzt wird (hier also die 15%) und bleibt. Eine Ausweitung dieses Grenzwertes ist abzulehnen, da dann ggf. nur noch sehr große Telekommunikationsunternehmen künftig das vollständige Rückwirkungsrisiko bei Neu-Genehmigungen zu tragen hätten, nicht aber die zahlreichen und auch den Markt prägenden mittelgroßen Unternehmen mit Jahresumsätzen in Größenordnungen von über 100 Mio. EUR, insbesondere mit bis zu 500 Mio. EUR.

Die erstgenannte Voraussetzung bewerten wir hingegen sehr kritisch. Sie schafft neue Risiken für Zugangsnachfrager und eröffnet dem klagenden, marktmächtigen Unternehmen ungerechtfertigterweise eine zweite Gelegenheit, trotz abgewiesenen Eilantrags doch noch rückwirkend höhere Entgelte durchsetzen zu können.

Dies gilt für alle Fallkonstellationen, in denen ein marktmächtiges Unternehmen eine (Verpflichtungs-) Klage auf Genehmigung höherer Entgelte vor dem 31.07.2018 erhoben hat und die angegriffene Genehmigung auch über den 31.07.2018 hinaus Entgelte genehmigt hat. Das ist bei einigen wichtigen Entgeltgenehmigungen derzeit der Fall (siehe dazu noch unten).

Beim ersten Lesen von § 35 Abs. 5a S. 1 – E drängt sich zunächst das Verständnis auf, die Neuregelung solle nur solche Entgeltgenehmigungen erfassen, die nach dem 31.07.2018 erlassen werden, denn nur dann „werden“ Entgelte noch „für einen Zeitraum nach dem 31.07.2018“ genehmigt. In den im vorstehenden Absatz genannten Fällen „sind“ die Entgelte bereits genehmigt, und zwar auch soweit die Entgeltgenehmigung einen Zeitraum nach dem

¹ Inkl. verbundener Unternehmen, die Umsätze auf Telekommunikationsmärkten erzielen



31.07.2018 erfasst. Demnach würde allein das bisherige Recht der Rückwirkungssperre gelten, da der Erlass der Genehmigung vor dem 31.07.2018 liegt. Das wäre u.E. sachgerecht und geboten, weil die alte Rechtslage dann bis 31.07.2018 fortgelten und keine rückwirkende Anpassung erfolgen würde, der es gemäß BVerfG gerade nicht bedarf.

In der Gesetzesbegründung, S.7, wird dann jedoch unter Bezugnahme auf das Wort „soweit“ in § 35 Abs. 5a S.1 „verdeutlicht“, dass die Neuregelung für Genehmigungszeiträume „nach dem Stichtag“, d. h. nach dem 31.07.2018, gilt. Das soll nach unserem Verständnis bedeuten, 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 31.07.2018 mit erfasst sind. Für die Zeiträume nach dem 31.07.2018 würde demzufolge die Neuregelung gelten, und zwar auch wenn der Genehmigungserlass bereits vor dem 31.07.2018 erfolgte. Wenn das so gemeint ist, dann wäre es aus unserer Sicht nicht sachgerecht und würde auch verfassungsrechtlich bedenklich sein (zu letzterem siehe nachfolgend unter 2.). Eine Klarstellung erscheint daher geboten zu sein.

Nicht sachgerecht wäre es, weil es dem auf höhere Entgelte klagenden, marktmächtigen Unternehmen eine zweite Gelegenheit zur Durchsetzung einräumen und die Zugangsnachfrager spiegelbildlich erneut mit Risiken belasten würde, die im Vertrauen auf die geltende Rechtslage bereits entfallen waren. Das ist der Fall, wenn das klagende Unternehmen schon vor der Gesetzesänderung mit einem Eilantrag nicht durchgedrungen ist (oder ihn gar nicht gestellt hat) und es mithin gerade auch für Zeiträume nach dem 31.07.2018 höhere Entgelte nicht mehr durchsetzen konnte und kann. Wenn die Gelegenheit dazu durch die Gesetzesänderung für Zeiträume ab dem 31.07.2018 wieder aufleben würde, dann würde insoweit gesetzgeberisch in einen abgeschlossenen Sachverhalt eingegriffen, der bereits nach der bisherigen Rechtslage, deren rückwirkender Anpassung es gemäß BVerfG nicht bedarf, abgeschlossen war.

Solche Fallkonstellationen sind auch in der Praxis durchaus relevant, folgende Beispiele mögen das verdeutlichen:

- Die BNetzA genehmigte ggü. der Telekom Deutschland mit endgültigem Beschluss vom 06.03.2017 deren Mobilfunkterminierungsentgelte („MTR“) bis zum 30.11.2019. Die Telekom hat hiergegen (Verpflichtungs-) Klage auf höhere Entgelte erhoben sowie einen Eilantrag nach § 35 Abs. 5 TKG, § 123 VwGO gestellt, den das VG Köln mit Beschluss vom 18.05.2018 abgelehnt hat (VG Köln 21 L 2466/17). Nach geltender Rechtslage besteht demnach keine Möglichkeit mehr, dass Zugangsnachfrager/Zusammenschaltungspartner rückwirkend mit höheren MTR durch die Telekom belastet werden können, und zwar gerade auch für den Zeitraum nach dem 31.7. 2018 bis zum Ende der Genehmigungsfrist, also dem 30.11.2019. Der Entwurf der Neuregelung würde jedenfalls für den Zeitraum 01.08.2018 – 30.11.2019 eine solche rückwirkende Genehmigung höherer Entgelte wieder ermöglichen und die Zugangsnachfrager mit entsprechenden Risiken belasten, obwohl damit nicht mehr zu rechnen und der Sachverhalt (Möglichkeit rückwirkend höherer Genehmigung) erledigt war. Es ist auch keine Rechtfertigung dafür ersichtlich, dem klagenden Unternehmen eine solche Gelegenheit erneut zu gewähren, da es gerade keiner rückwirkenden Anpassung der Rechtslage laut BVerfG bedarf, die hier allerdings partiell vollzogen werden würde,



indem die geltenden prozessualen Erfordernisse für eine Rückwirkung (vorläufige Anordnung) bei einer vor dem 31.07.2018 erlassenen Genehmigung insofern ausgehebelt werden, wie es den Zeitraum nach dem 31.07.2018 betrifft.

- Diese Situation verschärft sich bei noch länger laufenden Genehmigungen. Die BNetzA genehmigte z.B. zuletzt mit endgültigem Beschluss BK 3c-17/039 vom 08.03.2018 die Zugangsentgelte der Telekom Deutschland für die Inanspruchnahme von Layer-2 Bitstrom Zugangsleistungen. Die Genehmigung der Überlassungsentgelte wurde bis März 2021, die der Einmalentgelte bis März 2019 erteilt. Soweit uns bekannt hat die Telekom jedenfalls die Entgeltgenehmigung gerichtlich mit dem Ziel angegriffen für ein bestimmtes – sehr relevantes – Überlassungsentgelt in dem Risikobeteiligungsmodell „Kontingentsmodell“ ein höheres Entgelt durchzusetzen. Insofern hat sie kürzlich auch ein Eilverfahren nach § 35 Abs. 5 TKG, § 123 VwGO eingeleitet (VG Köln 1 L 1309/18). Sollte der Antrag auf vorläufige Anordnung abgelehnt werden, dann würde auch hier nach bisheriger Rechtslage das Ergebnis eintreten, dass etwaige Neugenehmigungen infolge gerichtlicher Verpflichtung keine Rückwirkung mehr entfalten könnten, was allein sachgerecht wäre. Die L2BSA Entgelte (Kontingentsmodell und Standard) wurden im März 2018 zum bis März 2021 (Überlassungsentgelt), z.T. bis November 2019 (Einmalentgelte) genehmigt (BK3c-17/039).
- Die immer noch bedeutsamen TAL Monatsentgelte genehmigte die BNetzA endgültig im Juni 2016 bis zum 30.06.2019 (BK 3c-16/005). Über einen Eilantrag der Telekom gemäß § 35 Abs. 5 TKG, § 123 VwGO ist noch nicht entschieden (VG Köln 9 L 2322/16). Auch hier erwachsen Nachfragern – wenn der noch anhängige Eilantrag der Telekom abgewiesen werden sollte – erneut Nachzahlungsrisiken für die Zeit 01.08.2018 bis 30.06.2019, die nach geltender Rechtslage bereits erledigt wären.
- Über diese drei Beispiele hinaus gibt es möglicherweise noch weitere ähnlich gelagerte Konstellationen, wo die Genehmigung bereits (deutlich) vor dem 31.07.2018 erging und über diesen Zeitpunkt hinaus Entgelte genehmigt (Festnetzterminierungsentgelte, Mietleitungen).

Wirtschaftlich ist bei den vorgenannten Beispielen zu berücksichtigen, dass jedes Unternehmen, das Zugangsleistungen auf Grundlage der genehmigten Entgelt bezieht, für die langen Zeiträume nach dem 31.7.2018 wieder oder erstmals Rückstellungen bilden müsste, was sich auch negativ auf Investitionen auswirken kann.

2. Notwendigkeit einer Übergangsregelung und deren verfassungsrechtliche Vorgaben

Wie oben dargestellt soll die Neuregelung auf alle Genehmigungen Anwendung finden, soweit diese Entgelte für einen Zeitraum nach dem 31.07.2018 genehmigen. Für bereits anhängige Rechtsschutzverfahren, die über den 31.07.2018 hinausreichende Entgeltgenehmigungen betreffen, ist jedoch auch aus den bereits oben genannten Gründen zwingend eine Übergangsregelung vorzusehen:



2.1 Vorschlag für die Formulierung einer Übergangsregelung

In § 150 TKG wird ein neuer Absatz eingefügt, der eine spezifische Übergangsregelung zur Neuregelung des § 35 Abs. 5 TKG vorsieht.

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 vom 30.10.2017 (BGBl. I S. 3618), sind weiterhin anzuwenden in Rechtsstreitigkeiten, die vor dem 31.07.2018 anhängig geworden sind.“

Eine vergleichbare Übergangsregelung sieht z. B. § 72 GKG vor. Dort wird ebenfalls die Fortgeltung der bisherigen Gesetzesfassung für Rechtsstreitigkeiten gesetzlich angeordnet, die vor einem Stichtag (Inkrafttreten der Neuregelung des GKG) anhängig geworden sind.

2.2 Verfassungsrechtliche Vorgaben an eine Übergangsregelung

Die Zulässigkeit einer durch eine Gesetzesänderung eintretenden nachträglichen Verschlechterung der Rechtslage ist durch verfassungsrechtliche Vorgaben begrenzt. Dies gilt insbesondere für Gesetzesänderungen mit „echter“ Rückwirkung, die grundsätzlich unzulässig sind (siehe etwa BVerfG, Beschluss vom 07.07.2010, 2 BvL 14/02 u.a., NJW 2010, S. 3629, 3630, Rn. 56; BVerfG, Beschluss vom 12.11.2015, 1 BvR 2961/14 u.a., NVwZ 2016, S. 300, Rn. 51 ff.). Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn Neuregelungen Auswirkungen auf bereits abgewickelte Sachverhalte haben. Dies ist hier der Fall:

Wie angeführt sind derzeit Verpflichtungsklagen auf Genehmigung eines höheren Entgelts anhängig, zu denen ein Eilantrag gemäß § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG nicht erfolgreich war oder nicht gestellt wurde. Eine rückwirkend höhere Entgeltforderung durch § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG war in diesen Fällen bisher endgültig ausgeschlossen. Der Sachverhalt im Sinne der strittigen Entgeltforderung ist hier also für die Vergangenheit bereits abschließend geklärt, weil eine ggf. materiell bestehende höhere Entgeltforderung nicht mehr wirksam umgesetzt werden könnte (zu einer ähnlichen Konstellation siehe BVerfG, Beschluss vom 12.11.2015, 1 BvR 2961/14 u.a., NVwZ 2016, S. 300, Rn. 52). Dies entspricht dem Zweck der Rückwirkungssperre, insoweit Rechtssicherheit zu schaffen. Entfielen diese Beschränkung auch für bereits anhängige Verpflichtungsklagen, so würde diese Änderung in den bereits abgeschlossenen Sachverhalt eingreifen, soweit Entgelte für einen Zeitraum ab dem 31.07.2018 betroffen sind, was in den anhängigen Verfahren der Fall ist. Die bisherige Regelung würde entgegen der Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts dann für bereits abgeschlossene Sachverhalte nicht bis zu einer Neuregelung fortgelten.

Selbst wenn man annehmen würde, dass aufgrund einer anhängigen Verpflichtungsklage der Sachverhalt im Sinne des bestehenden Entgeltanspruchs noch nicht abgeschlossen ist, bedeutet dies nicht, dass eine rückwirkende Gesetzesänderung zulässig ist. Denn auch eine „unechte“ Rückwirkung ist nur begrenzt zulässig. Sie ist unzulässig, wenn der Betroffene mit der Gesetzesänderung nicht rechnen musste und er diese im Rahmen seiner Dispositionen auch



nicht berücksichtigen konnte, insbesondere wenn sich die Änderung der Rechtslage auf konkret gefestigte Vermögenspositionen auswirkt (BVerfG, Beschluss vom 07.07.2010, 2 BvL 14/02 u.a., NJW 2010, S. 3629, 3631 f., Rn. 66). Eine solche konkret gefestigte Vermögensposition ist zu bejahen, wenn eine Entgeltforderung in der ursprünglich genehmigten Höhe wegen des Eingreifens der Rückwirkungssperre des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG in anhängigen Rechtsschutzverfahren nicht mehr rückwirkend erhöht werden kann und die Zusammenschaltungspartner und Zugangsnachfrager daher davon ausgehen konnten, dass keine Nachforderungen geltend gemacht werden können.

Mit einer rückwirkenden Änderung der Gesetzeslage musste auch nicht gerechnet werden. Es steht zwar außer Frage, dass der Gesetzgeber die verfassungswidrig gewordenen Vorschriften des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG ändern muss. Es war aber nicht bekannt, welche Änderungen genau erfolgen werden, weil das Bundesverfassungsgericht hierzu keine Vorgaben gemacht hat. Zudem ordnete das Gericht ausdrücklich die Fortgeltung der Vorschrift bis zu einer Neuregelung an, was gerade keine rückwirkende Änderung erwarten ließ. Zu dem Zeitpunkt, ab dem mit einer Gesetzesänderung zu rechnen ist, gilt vielmehr Folgendes (BVerfG, Beschluss vom 07.07.2010, 2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05, NJW 2010, S. 3629, 3630, Rn. 56):

„Erst mit der Verkündung, das heißt, mit der Ausgabe des ersten Stücks des Verkündungsblattes, ist eine Norm rechtlich existent. Bis zu diesem Zeitpunkt, zumindest aber bis zum endgültigen Gesetzesbeschluss (...), muss der von einem Gesetz Betroffene grundsätzlich darauf vertrauen können, dass seine auf geltendes Recht gegründete Rechtsposition nicht durch eine zeitlich rückwirkende Änderung der gesetzlichen Rechtsfolgenanordnung nachteilig verändert wird (...).“

Mit einer Gesetzesänderung ist somit frühestens mit der endgültigen Beschlussfassung zu rechnen (siehe z.B. auch BVerfG, Urteil vom 30.04.1952, 1 BvR 14, 25, 167/52, NJW 1952, S. 865, 866). Eine weiter zurückgehende Rückwirkung ist daher in Bezug auf § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG aufgrund des damit bewirkten Schutzes konkreter Vermögenspositionen verfassungsrechtlich ausgeschlossen. Es ist daher zwingend eine Übergangsregelung wie die unter 2.1 vorgeschlagene vorzusehen, damit eine verfassungswidrige Rückwirkung vermieden wird.

Es kommt hinzu, dass eine Rückwirkung der Änderung des § 35 TKG auf bereits anhängige Verfahren nicht zum Schutz berechtigter Interessen der marktmächtigen Unternehmen erforderlich ist. Für vor dem 31.07.2018 erteilte Entgeltgenehmigungen mit langen Genehmigungszeiträumen weit über den 31.07.2018 hinaus – wie in den unter 1. genannten Beispielfällen – kann ein Rechtsschutzverfahren und eine Neugenehmigung deutlich vor Ablauf der Genehmigungsperiode abgeschlossen werden, so dass die Genehmigung höherer Entgelte mit Wirkung für die Zukunft möglich bleibt. Aufgrund der vorgeschlagenen Übergangsregelung ist es dem regulierten Unternehmen lediglich versagt, in solchen Fällen eine rückwirkende Entgelterhöhung durchzusetzen, was zum Schutz der Zugangsnachfrager erforderlich und in der Abwägung der beiderseitigen Interessen auch angemessen ist.

Vodafone GmbH

22. Juli 2018