

# N&R

## Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,  
Verkehr und andere Netzwirtschaften

6/2020

S. 257–320

17. Jahrgang

Herausgegeben von  
Achim Berg  
Wilhelm Eschweiler  
Peter Franke  
Andrees Gentzsch  
Martin Henke  
Jochen Homann  
Alexander Kirschall  
Wolfgang Kopf  
Stephan Korehnke  
Matthias Kurth  
Barbara Minderjahn  
Jochen Mohr  
Andreas Mundt  
Birgit Ortlieb  
Stefan Richter  
Franz Jürgen Säcker  
Geschäftsführender  
Herausgeber  
Christian Koenig  
Schriftleitung  
Institut für das Recht  
der Netzwirtschaften,  
Informations- und  
Kommunikations-  
technologie (IRNIK)  
www.nundr.net

- *Falko Mohrs*  
Qualität der Postdienste verbessern! 257
- *Christian Koenig/Carlos D. Cesarano*  
Ende der Kundenknebelung bei  
Telekommunikationsanschlüssen in  
Mehrfamilienhäusern durch das neue TKG 258
- *Sebastian Louven*  
Verpflichtungszusagen im neuen TKG 265
- *Ludwig Gramlich*  
Das Postrecht in den Jahren 2019/2020 271
- *Birgit Ortlieb*  
Anmerkung zum Beschluss des BVerfG:  
keine einstweilige Anordnung gegen  
das Kohleausstiegsgesetz bei  
Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand 287
- *Andreas Schuler*  
Anmerkung zum Beschluss des VG Köln:  
personale Reichweite der Verpflichtungen  
aus einer Regulierungsverfügung 291
- *Bernd Holznagel*  
Anmerkung zum Urteil des BVerwG:  
Entgeltgenehmigung für Standardbriefe 317

folgt nämlich aus der wirtschaftlichen Abschreckung der Verbraucher auch ein praktischer Blockadeeffekt zulasten anderer Anbieter, der den Wettbewerb erheblich verzerrt. Die Kabelinfrastruktur durch eine faktische Zwangsabnahme für andere Anbieter zu blockieren ist somit nicht mit dem Ziel eines wirksamen Wettbewerbs vereinbar.

Durch Art. 14 TKModG-RefE-2020 wird folglich eine vollumfängliche Wahlfreiheit der Verbraucher gesichert. Diese Wahlfreiheit fördert zudem den Wettbewerb, so dass der Abschaffung des Nebenkostenprivilegs eine duale Förderlichkeit sowohl mit Blick auf den Verbraucherschutz als auch mit Blick auf den wirksamen Wettbewerb zukommt.

#### IV. Fazit

Vor dem Hintergrund der Zielsetzungen des Kommunikationskodex handelt es sich bei den im TKModG-RefE-2020 vorgesehenen Regelungen zur Stärkung der Wahlfreiheit der

Verbraucher um zwingend gebotene Umsetzungsmaßnahmen. Sowohl das Ziel des hohen Verbraucherschutzniveaus als auch das unionsrechtliche Postulat des wirksamen Wettbewerbs gebieten eine Stellung der Verbraucher, die einen freien Anbieterwechsel rechtlich und faktisch ermöglicht (Art. 105 des Kodex).

§ 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020 stellt in diesem Zusammenhang die rechtliche Grundlage für eine Wahlfreiheit der Verbraucher in Mietverhältnissen dar. Damit handelt es sich um eine erforderliche Umsetzungsmaßnahme, um eine Umgehung der Verbraucherrechte durch Vertrags- und Kooperationsgestaltungen zu verhindern (Art. 105 des Kodex).

Flankierend schafft Art. 14 TKModG-RefE-2020 faktische Hemmnisse der Wahlfreiheit der Verbraucher ab, die aus einer langjährigen Kostentragung in Folge des Nebenkostenprivilegs gemäß § 2 Nr. 15 lit. b BetrKV resultieren.

Dr. Sebastian Louven

## Verpflichtungszusagen im neuen TKG

*Der aktuelle Referentenentwurf zum TKG sieht in §§ 16 und 17 Vorschriften über Verpflichtungszusagen sowie ein damit verbundenes Überprüfungsverfahren vor. Unternehmen erhalten auf diese Weise die Möglichkeit, proaktiv Vorschläge zu unterbreiten, auf deren Grundlage sie unter bestimmten Voraussetzungen einer eingreifenden Marktregulierung entgehen können. Der folgende Beitrag ordnet die Vorschläge ein.*

### I. Einleitung und Hintergründe

Die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung wird bereits seit mehreren Jahren mit einer neuen Dynamik durch die Betroffenen selbst konfrontiert. Handelte es sich ihrem Ursprung nach vor allem um gelebte Eingriffsverwaltung gegenüber einem Unternehmen mit erheblicher Marktmacht, so ließ sich in den letzten Jahren eine proaktive Haltung der regulierten Unternehmen einerseits und ein eher auf Einvernehmen abzielendes Regulierungsverfahren andererseits feststellen. Dies zeigte sich etwa früh in den „Vectoring“-Beschlüssen der Bundesnetzagentur. Dort wurden Erleichterungen und Rücknahmen von Regulierungsverpflichtungen mit freiwilligen Angeboten kombiniert. Ob und wie ausreichend diese Angebote waren, sei dahingestellt. Auch ein Gemeinschaftsunternehmen („Joint Venture“) zum gemeinsamen Ausbau durch zwei große deutsche Telekommunikationsunternehmen wurde mit deren freiwillig angebotenen Selbstverpflichtungen in Verbindung gebracht.

Mit dieser Dynamik zeigt sich auch die Nähe der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung zum allgemeinen Wettbewerbsrecht.<sup>1</sup> Denn dort gibt es das Instrument der Verpflichtungszusagen bereits länger. Kurz lässt sich deren Zweck und Praxis damit zusammenfassen, dass anfängliche Zweifel der Behörde an der Wettbewerbsrechtsmäßigkeit bestimmter Maßnahmen durch freiwillige Selbstverpflichtungen zerstreut werden können.<sup>2</sup> Bereits mit der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische

Kommunikation (Kommunikationskodex) wurde der Gedanke aufgegriffen, auch in dieser sektorspezifischen Regulierung ein entsprechendes Instrument einzuführen. Dieses kann teilweise mit dem Wettbewerbsrecht verglichen werden, teilweise ergeben sich Unterschiede. Letztere rühren daraus, dass es sich immer noch um eine Einbettung in das System der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung handelt.

### II. Anforderungen an Verpflichtungszusagen

#### 1. Hintergründe und Regelungszweck

Die Vorschrift des § 16 TKG-RefE-2020<sup>3</sup> führt das Instrument der Verpflichtungszusagen im Telekommunikationsrecht ein. Eine vergleichbare Regelung für das Wettbewerbsrecht findet sich in § 32b GWB sowie Art. 9 der Wettbewerbsverordnung (EG) Nr. 1/2003. Dass es einer eigenständigen Regelung bedarf, hat vor allem systematische Hintergründe. Im Wettbewerbsrecht dienen Verpflichtungszusagen dazu, die begründeten Zweifel der Wettbewerbsbehörde zu beseitigen, ein bestimmtes Marktverhalten verstoße gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften.<sup>4</sup> Verpflichtungszusagen dienen hier der Vermeidung eines überhaupt in Betracht kommenden staatlichen

1 Otto, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, 4. A., 2020, § 32b GWB Rn. 1 ff.

2 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. A., 2020, § 32b GWB Rn. 3; Otto (Fn. 1), § 32b GWB Rn. 1.

3 Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie und des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz) ist mit Stand v. 7.8.2020 abrufbar unter <https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2020/08/TKG-Novelle-August-2020.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.9.2020). Art. 1 des TKModG-RefE-2020 sieht eine Neufassung des TKG vor.

4 Bach (Fn. 2), § 32b GWB Rn. 3; Ritter/Wirtz, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. A., 2019, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 4 ff.

Eingriffs. Die sektorspezifische Regulierung knüpft dagegen zum einen bereits an der Marktstruktur an und stellt zum anderen eine Form der Ex-ante-Eingriffsverwaltung dar. Hier dienen Verpflichtungszusagen der Verhinderung des grundsätzlich in Betracht kommenden staatlichen Eingriffs. Die Vorschrift und ebenso das in § 17 TKG-RefE-2020 vorgesehene Marktüberprüfungsverfahren dienen der Umsetzung von Art. 79 des Kommunikationskodex.

#### a) Erfahrungen mit dem Instrument der Verpflichtungszusagen

Ausnahmemöglichkeiten von bestehender Regulierung wurden bereits länger grundsätzlich angewandt. Die Bundesnetzagentur hatte in der Vergangenheit Angebote regulierter Unternehmen günstig berücksichtigt, um diese aus bestehenden Verpflichtungen einer Regulierungsverfügung zu entlassen. Verfahrensrechtlich erfolgte dies jedoch stets über die Durchführung eines eigenständigen neuen Regulierungsverfahrens und die Rücknahme bzw. Aufhebung von Verpflichtungen des regulierten Unternehmens.<sup>5</sup> In einer anderen Konstellation hatte die Bundesnetzagentur ein geplantes Gemeinschaftsunternehmen zweier regulierter Unternehmen bereits als grundsätzlich nicht der Marktregulierung unterliegend angesehen, da es erst nach Erlass der entsprechenden Festlegungen gegründet worden wäre.<sup>6</sup> Die Kooperation wurde vom BKartA als wettbewerbsrechtlich unbedenklich angesehen. Ein eigenständiges Instrument der Verpflichtungszusagen war jedoch bislang im Telekommunikationsrecht nicht vorgesehen.

#### b) Kommunikationskodex

Art. 79 des Kommunikationskodex nimmt nun die politische Forderung auf und sieht die Einrichtung eines unionsweit vereinheitlichten Instruments der Verpflichtungszusagen vor. Dabei gibt bereits die Richtlinie vor, dass sich die Vorschriften an Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht richten. Das Instrument der Verpflichtungszusagen ist für drei Fälle vorgesehen. Erstens betrifft es Kooperationsvereinbarungen hinsichtlich marktregulatorischer Bedingungen. In diesem Fall sollen sich die Regelungen über Verpflichtungszusagen in das Konzept der Regulierungsverfügung einfügen, jedoch nur soweit, wie dies die regulatorischen Bedingungen des Zugangs betrifft. Der Referentenentwurf<sup>7</sup> und vorhergehend der Kommunikationskodex<sup>8</sup> gehen davon aus, dass auch rein kommerzielle und nicht von der Marktregulierung unmittelbar erfasste kommerzielle Vereinbarungen vorliegen können. Diese müssten dann im Rahmen der allgemeinen behördlichen Entscheidungsspielräume berücksichtigt werden. Zweitens ist außerhalb des Regulierungsverfahrens der Fall der Ko-Investitionen betroffen. Hier soll in einem regulierungsfreien Bereich der weiterhin frei gestaltete privatwirtschaftliche Netzausbau ermöglicht werden. Hierzu sieht Art. 76 des Kommunikationskodex ergänzende inhaltliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Bedingungen vor, die wiederum durch Anhang IV des Kodex konkretisiert werden. Drittens soll für die freiwillige Trennung vertikal integrierter Unternehmen die Möglichkeit zur ergänzenden Gestaltung der Zugangsbedingungen geschaffen werden.

## 2. Allgemeine Pflichten des Unternehmens

Die Verpflichtungszusagen stehen grundsätzlich in der Entscheidungsfreiheit der Unternehmen. Gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 TKG-RefE-2020 „können“ sie diese vorlegen. Es besteht also grundsätzlich keine Pflicht zur Vorlage.<sup>9</sup> Sofern dennoch ein Angebot erfolgt, soll es gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 TKG-RefE-2020 veröffentlicht werden und gemäß § 16 Abs. 2 TKG-RefE-2020 inhaltlichen materiellen Anforderungen genügen. Dabei wird sich die Frage nach den Folgen bei Verstößen gegen diese Pflichten stellen.

#### a) Veröffentlichungspflicht

Die betreffenden Unternehmen sollen gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 TKG-RefE-2020 die Bedingungen auf ihrer Internetseite veröffentlichen müssen. Damit ist der Entwurf an dieser Stelle strenger als der Kommunikationskodex, der keine vergleichbaren formellen Anforderungen stellt.<sup>10</sup> Vielmehr werden dort lediglich die Vorlagepflichten im behördlichen Bewertungsverfahren geregelt. Entsprechend mag sich die Frage nach den Folgen dieser Vorschrift stellen. Da jedoch in jedem Fall durch die Behörde eine Bewertung erfolgt und die Verpflichtungszusagen bei ihrer Gültigkeit gegenüber nachfragenden Unternehmen rechtmäßig angewandt – und dabei bekanntgegeben – werden müssten, ergibt sich kein weitergehender Drittschutz oder gar eine Publizitätspflicht. Vielmehr dürfte es sich um eine ergänzende Transparenzpflicht handeln, die notfalls durch die Behörde isoliert im Rahmen der Befugnisse nach § 192 TKG-RefE-2020 durchgesetzt werden kann.

#### b) Wettbewerbskonformität und Offenheit für alle Marktteilnehmer

Allen Voraussetzungen gemein ist zunächst, dass sie die Einrichtung wettbewerbskonformer Bedingungen vorsehen. Das soll erfolgen, indem die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichtet werden, die Bedingungen der Verpflichtungszusagen so auszugestalten, dass sie offen für Wettbewerb sind sowie fair, angemessen und nicht diskriminierend („Fair, Reasonable and Non-Discriminatory“, FRAND). Es handelt sich um einen materiell-rechtlich inhaltlichen Bewertungsmaßstab. Hält die Behörde das Angebot für nicht ausreichend, hat sie keine eigenständige Anpassungsbefugnis wie etwa im Standardangebotsverfahren. Sie kann lediglich im Marktüberprüfungsverfahren gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 TKG-RefE-2020 dem Unternehmen mitteilen, unter welchen Voraussetzungen sie die Verpflichtungszusage „ganz oder teilweise“ für verbindlich erklären kann. Das bedeutet, dass allein das vorliegende Unternehmen die Möglichkeit zur Änderung hat. Die Behörde kann lediglich in Form einer Minus-Maßnahme nach eigenem zweckmäßigen Ermessen die Verpflichtungszusage teilweise für verbindlich erklären.

## 3. Kommerzielle Vereinbarungen mit Einfluss auf die Regulierungsverfügung

#### a) Anwendungsbereich

Gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG-RefE-2020 können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht der Bundesnetzagentur Verpflichtungszusagen vorlegen, die kommerzielle Vereinbarungen beinhalten, die in Bezug auf die Bewertung geeigneter und angemessener Verpflichtungen nach § 11 TKG-RefE-2020 relevant sind. Damit wird klargestellt, dass es sich bei diesen Verpflichtungszusagen um Bedingungen handelt, die das Unternehmen schaffen kann, um eine Deregulierung anzustoßen. Gemäß § 11 Abs. 3 S. 1 TKG-RefE-2020 muss die Bundesnetzagentur für verbindlich erklärte Verpflichtungszusagen bei Entscheidungen über Maßnahmen im Zusammenhang mit der Regulierungsverfügung berücksichtigen. Gemäß § 13 Abs. 1 S. 4 TKG-RefE-2020 können für verbindlich erklärte Verpflichtungszusagen als Tatsachen gelten,

5 Siehe für den Fall einer Netzausbauzusage etwa BVerwG, N&R 2019, 113 (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 8.17).

6 Diese Einschätzung wurde allerdings von der Rechtsprechung korrigiert, siehe VG Köln, N&R 2020, 289 (Beschl. v. 29.6.2020 – Az. 21 K 4325/19) (in diesem Heft) m. Anm. Schuler.

7 Begründung zum Referentenentwurf (Fn. 3), S. 217, 260.

8 Siehe insbesondere Erwägungsgrund 170 des Kommunikationskodex.

9 Ähnlich im allgemeinen Wettbewerbsrecht, siehe Ritter/Wirtz (Fn. 4), Art. 9 VO 1/2003 Rn. 5 ff.; Bach (Fn. 2), § 32b GWB Rn. 8.

10 Auch im allgemeinen Wettbewerbsrecht fehlen derartige formelle Anforderungen.

die zur Änderung oder zum Widerruf von Teilen der Regulierungsverfügung oder dem Erlass neuer zusätzlicher Maßnahmen führen. Über diesen Weg wird das Instrument der Verpflichtungszusagen grundsätzlich in das Verfahren der Regulierungsverfügung eingebettet.

#### *b) Prüfmaßstab der Bundesnetzagentur*

Anders als bei den anderen beiden Alternativen der Verpflichtungszusagen besteht kein ausdrücklicher materieller Prüfkanon. Dieser ergibt sich vielmehr lediglich aus dem Wortlaut der Norm des § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG-RefE-2020 und seinem systematischen Zusammenhang mit dem Verfahren der Regulierungsverfügung. Noch unklar geregelt sind dabei jedoch die Umstände der Marktwirkung.

#### *aa) Geeignete und angemessene Verpflichtungen nach § 11 TKG-RefE-2020*

Die kommerziellen Vereinbarungen müssen solche sein, die „in Bezug auf die Bewertung geeigneter und angemessener Verpflichtungen nach § 11 relevant sind“. In Bezug auf die Bewertung relevant können diese Vereinbarungen aber nur sein, wenn sie nach dem Maßstab des § 11 TKG-RefE-2020 berücksichtigt werden müssen. Deutlicher wird das noch einmal durch den dort angeordneten materiellen Bewertungsmaßstab der geeigneten und angemessenen Verpflichtungen. Daraus wird deutlich, dass die Verpflichtungszusagen geeignet sein müssen, die zu treffenden Regulierungsmaßnahmen zu ersetzen. Sie müssen auch angemessene Maßnahmen nach diesem Maßstab sein. Es muss also eine regulatorische funktionale Äquivalenz zwischen den Verpflichtungszusagen und der Regulierungsverfügung bestehen.

#### *bb) Berücksichtigung der funktionalen Äquivalenz in der Regulierungsverfügung*

Der Umfang der Berücksichtigungspflicht ergibt sich erst aus dem systematischen Zusammenhang. Denn wenn § 11 Abs. 3 S. 1 TKG-RefE-2020 eine Berücksichtigungspflicht vorsieht, kann diese nur soweit reichen, wie die Verpflichtungszusagen für die Maßnahmen der Regulierungsverfügung ersetzend sind. Das bedeutet, dass eine eigenständige Bewertung innerhalb des Verfahrens der Regulierungsverfügung vorgenommen werden muss, die nicht durch eine reflexhafte Übertragung der Bedingungen der Verpflichtungszusagen ersetzt werden kann.

Ähnliches muss für die Vorschrift in § 13 Abs. 1 S. 4 TKG-RefE-2020 gelten, wonach die für verbindlich erklärte Verpflichtungszusagen als neue Tatsachen „gelten können“. Der Wortlaut deutet nicht auf eine Fiktion hin, sondern einen eigenständigen Beurteilungsspielraum. Dies erscheint auch interessengerechter, da ansonsten allein durch die Gestaltung der Bedingungen der Verpflichtungszusagen die Tatsachenbewertung präkludiert wäre.

## 4. Ko-Investitionsangebote

### *a) Anwendungsbereich*

§ 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG-RefE-2020 sieht die Möglichkeit für Verpflichtungszusagen weiterhin vor hinsichtlich Ko-Investitionsangeboten eines marktmächtigen Unternehmens. Diese Ko-Investitionsangebote müssen die Errichtung eines Netzes mit sehr hoher Kapazität betreffen, das bis zu den Gebäuden des Endnutzers oder der Basisstation aus Glasfaserkomponenten besteht. Netze mit sehr hoher Kapazität sind in Art. 2 Nr. 2 des Kommunikationskodex legaldefiniert. Eine ähnliche Definition findet sich in § 3 Nr. 26 TKG-RefE-2020. Beiden gemein ist zunächst, dass Glasfaserkomponenten nur bis zum Verteilerpunkt erforderlich sind oder eine qualitativ vergleichbare Leistung unabhängig von der Infrastruktur. § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG-RefE-2020 beschränkt den Anwendungsbereich für

Verpflichtungszusagen allerdings auf den Glasfaserausbau. Ein Ausbau mit einem qualitativ vergleichbar leistungsstarken Netz wäre hiervon nicht erfasst. Das entspricht dem Regellungsansatz von Art. 76 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommunikationskodex, der ebenfalls nur den Ausbau von Netzen erfasst, die bis zu den Gebäuden des Endnutzers oder der Basisstation aus Glasfaserkomponenten besteht.

Art. 76 Abs. 1 UAbs. 1 des Kodex liefert zudem die Rahmenbedingungen. Inhaltlich wird unter Ko-Investition danach u. a. Miteigentum an dem Netz oder eine langfristige Risikoteilung für dessen Errichtung verstanden. Letztere könne vor allem durch eine Ko-Finanzierung oder Abnahmevereinbarungen und spezielle Rechte mit strukturellem Charakter erfolgen. Dies deutet auf eine mit dem Miteigentum und der damit einhergehenden Rechtsstellung vergleichbare Position anderer Unternehmen hin. Die Verpflichtungszusagen in diesem Zusammenhang dienen also dem Zweck, koordinierte Ausbaumöglichkeiten zu schaffen. Sofern die Verpflichtungszusage den materiellen Anforderungen entspricht, soll nach dem Willen des Unionsgesetzgebers von weiteren behördlichen Eingriffen abgesehen werden. Damit erhält das anbietende Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Art Regulierungsfreistellung („regulatory waiver“).

### *b) Prüfmaßstab der Bundesnetzagentur*

Hinsichtlich des materiellen Prüfmaßstabs gilt zum einen der bereits dargestellte § 16 Abs. 2 TKG-RefE-2020, der für alle Arten von Verpflichtungszusagen gleichermaßen anwendbar ist. Zum anderen werden in § 16 Abs. 3 TKG-RefE-2020 die besonderen Anforderungen abgebildet, die für Ko-Investitionsangebote aus Art. 76 Abs. 1 UAbs. 2 des Kommunikationskodex folgen. Dabei ergeben sich vor allem inhaltliche Anforderungen, die einer besonderen Konditionenkontrolle des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht gleichkommen. Weitere Konkretisierungen finden sich in Anhang IV des Kodex.

### *aa) Offenheit des Ko-Investitionsangebots während der gesamten Lebensdauer*

Zunächst regelt § 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 TKG-RefE-2020, dass das Ko-Investitionsangebot während der gesamten Lebensdauer des Telekommunikationsnetzes anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze oder Anbietern von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten zu jedem Zeitpunkt offen steht. Das bedeutet nicht lediglich eine besondere Ausprägung des Transparenzgebots. Denn um das Offenstehen zu erfüllen, muss auch das Angebot ständig öffentlich verfügbar ausgewiesen werden. Vielmehr muss das anbietende Unternehmen die Konditionen seines Ko-Investitionsangebots so ausgestalten, dass ein zeitlich unbegrenzter Zugang möglich ist. Den genannten anderen Unternehmen muss also langfristig eine Einstiegsmöglichkeit zur Verfügung stehen.

Auf den ersten Blick mag sich hierbei die Frage stellen, ob das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zeitlich unendlich gebunden ist. Dazu lässt sich jedoch bereits in tatsächlicher Hinsicht der Einwand erheben, dass andere Unternehmen nach einiger Zeit kein größeres Interesse haben werden, in ein Netzausbauprojekt noch einzusteigen. Wenn dieses bereits weit fortgeschritten ist und in seiner Qualität von dem nachfragenden Unternehmen als ausreichend angesehen wird, erscheint es wahrscheinlicher, dass eine Beteiligung oder ein Zugang auf einer nachgelagerten Marktebene verlangt wird. Entsprechend ergänzend sind hierbei die Bedingungen des § 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG-RefE-2020 ausgestaltet. Ein rechtlicher Einwand gegenüber Nachfragen lässt sich aus einem Umkehrschluss zur Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG-RefE-2020 ableiten. Denn die Verpflichtungszusage betrifft

lediglich die Errichtung des Netzes mit sehr hoher Kapazität. Ist dieses Netz jedoch errichtet und der Zweck einer Ko-Investition damit erfüllt, besteht kein Grund mehr für einen Zugang zu dessen Bedingungen.

*bb) Konditionen ermöglichen Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten*

§ 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG-RefE-2020 sieht daneben vor, dass andere Ko-Investoren die Möglichkeit erhalten müssen, mit dem marktbeherrschenden Unternehmen auf nachgelagerten Märkten langfristig wirksam und nachhaltig im Wettbewerb zu stehen. Damit soll vermieden werden, dass diese beteiligten Unternehmen durch ihre Beteiligung in ihrer wettbewerblichen Entfaltung gehemmt werden. Langfristig wirksam und nachhaltig bedeutet dabei, dass die Bedingungen nicht nur in ihrem Gehalt Abhilfemaßnahmen darstellen, sondern vielmehr proaktiv Wettbewerb ermöglichen und sogar fördern sollen.

*(1) Tätigkeit des marktbeherrschenden Unternehmens auf nachgelagerten Märkten*

Der Wortlaut ist sehr weit, da er allein auf irgendeine Tätigkeit des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht abstellt. Es bedarf allerdings auch keiner Einschränkung, da die Konditionen in jedem Fall weitreichenden Wettbewerb ermöglichen sollen. Selbst bei nur unerheblicher Tätigkeit ist das Unternehmen daran gebunden. Problematisch kann dabei eher das formale Erfordernis werden, dass überhaupt Konditionen vorliegen, wenn im Fall der Vorlage der Verpflichtungszusage eine Tätigkeit noch nicht vorliegt. Der Wortlaut „tätig ist“ deutet aber auf eine gegenwärtige Betrachtung hin. Änderungen sind dann im Marktüberprüfungsverfahren gemäß § 17 TKG-RefE-2020 zu behandeln.

*(2) Möglichkeit zu langfristig wirksamem und nachhaltigem Bestehen im Wettbewerb*

Die Vorschrift erschöpft sich nicht darin zu verlangen, dass überhaupt Wettbewerb möglich ist. Sie verlangt vielmehr, dass konkret auf den nachgelagerten Märkten langfristig wirksamer und nachhaltiger Wettbewerb besteht. Damit macht sie auch eine Vorgabe über die Intensität. Über dieses Kriterium wird dem die Verpflichtungszusage anbietenden Unternehmen gleichzeitig die Verantwortung für das Bestehen dieses intensiven Wettbewerbs überhaupt auferlegt. Die Bedingungen des Ko-Investitionsangebots müssen dies widerspiegeln.

*(3) FRAND-Zugang mindestens im Ko-Investition entsprechenden Umfang*

Diese Bedingung aus § 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b TKG-RefE-2020 zielt darauf ab, dass die Ko-Investitionspartner auf der nachgelagerten Marktstufe dieselben Zugangsbedingungen haben wie auf der Stufe der Ko-Investition in das zu errichtende Netz selbst.

*(4) Flexible Gestaltung des Umfangs der Beteiligung*

Die Ko-Investitionspartner sollen die Möglichkeit haben, ihre Beteiligungsrechte flexibel anzupassen. Sie müssen also Ausstiegsrechte erhalten, ebenso sollen sie ihre Beteiligungen auf Dritte übertragen können. Hinweise hierzu ergeben sich aus Anhang IV lit. c tir. 2 und 4 des Kommunikationskodex.

*(5) Reziproke Rechte für Beteiligte nach Abschluss der Errichtung der Infrastruktur*

Schließlich sieht der Entwurf vor, dass sich die Ko-Investoren gegenseitig reziproke Rechte, insbesondere einschließlich des Zugangs zur Infrastruktur, gewähren, sobald die Infrastruktur errichtet ist. Das bedeutet, dass die Freiheit der einzelnen Beteiligten zur wirtschaftlichen Verwertung nicht eingeschränkt werden darf und sie gleichzeitig zueinander weiterhin in offenen Verhandlungsprozessen stehen. Anhang IV lit. c tir. 5 S. 2 des Kommunikationskodex sieht hierzu den

Grundsatz der Gleichwertigkeit des Einsatzes („Inputs“) vor, welcher der unterschiedlichen Beteiligungshöhe der einzelnen Ko-Investitionen Rechnung trägt. Die Verpflichtungszusage muss entsprechend in ihrem Bedingungsnetzwerk die möglichen unterschiedlichen Umstände abbilden.

*cc) Transparenz und Rechtzeitigkeit*

§ 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 TKG-RefE-2020 enthält ein weitergehendes Transparenzgebot. Dieses schreibt vor, dass über die Veröffentlichung der Verpflichtungszusagen gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 TKG-RefE-2020 hinaus das Ko-Investitionsangebot selbst transparent sein muss. Es muss also inhaltlich transparent ausgestaltet sein und nicht lediglich formell gut erreichbar. Eine besondere Hilfe bietet hier noch Anhang IV lit. b tir. 3 des Kommunikationskodex, wonach der Prozess des Ko-Investitionsvorhabens in dem Vertragswerk dargestellt werden muss. Das bedeutet auch, dass alle wichtigen Meilensteine dargestellt werden müssen. Insofern muss sich also aus der Verpflichtungszusage selbst bereits ein Gesamtbild des gesamten Vorhabens ergeben.

Zudem muss es spätestens sechs Monate vor Beginn der Errichtung des von der Ko-Investition umfassten Netzes auf den Internetseiten des Unternehmens verfügbar sein. Aus Art. 76 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c S. 1 des Kommunikationskodex mag sich hierbei die Möglichkeit einer kürzeren Veröffentlichungsfrist für Unternehmen im Zusammenhang mit Art. 80 des Kodex ergeben. Allerdings richtet sich § 16 Abs. 1 Nr. 2 TKG-RefE-2020 nicht lediglich an auf der Vorleistungsebene tätige Unternehmen, weshalb es bei der durch die Richtlinie vorgegebenen Frist bleiben konnte. Von der Verlängerungsmöglichkeit der Frist gemäß Art. 76 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c S. 2 des Kommunikationskodex macht der Referentenentwurf keinen Gebrauch.

*dd) Zugangskonditionen für Bedingungen auf nachgelagerten Märkten*

Schließlich sieht § 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 TKG-RefE-2020 vor, dass die Verpflichtungszusagen Zugangsbedingungen zugunsten von nicht an der Ko-Investition beteiligten Unternehmen auf der nachgelagerten Marktstufe enthalten müssen, auf denen das marktmächtige Unternehmen selbst tätig ist. Als besondere materielle Anforderung gilt hierbei, dass die begünstigten Unternehmen langfristig wirksam und nachhaltig im Wettbewerb stehen können müssen. Das bedeutet also, dass die Verpflichtungszusagen Garantien enthalten müssen, die diesen qualitativen Wettbewerb auf der nachgelagerten Stufe ermöglichen. Konkretisiert wird dies durch die Bedingungen im zweiten Halbsatz. Zum einen werden für den Zugang FRAND-Bedingungen vorgegeben, die den nachfragenden Unternehmen eine Leistungserbringung ermöglichen, die hinsichtlich Qualität, Geschwindigkeit und Endnutzerreichweite mindestens gleich bleibt wie vor der Errichtung der Ko-Investitionsinfrastruktur. Die Zugangsnachfrager dürfen also infolge der Ko-Investition nicht schlechter gestellt werden. Zum anderen soll ein Anpassungsmechanismus enthalten sein, der solche Bedingungen, also die des Zugangs, mit Blick auf die Entwicklung der Endkundenmärkte auch langfristig absichert. Dies kann dahingehend verstanden werden, dass die Zugangsbedingungen selbst bewusst darauf ausgelegt sein sollen, die zukünftige Technologieentwicklung zu berücksichtigen und an die Zugangsnachfrager weiterzugeben.

**5. Zugang für Dritte bei freiwilliger funktioneller Trennung**

Als dritte Möglichkeit für Verpflichtungszusagen sieht § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TKG-RefE-2020 den Zugang für Dritte nach § 30 TKG-RefE-2020 vor. Dies soll sowohl während des Umsetzungszeitraums als auch nach vollständiger Umsetzung einer freiwilligen funktionellen Trennung durch ein vertikal

integriertes Unternehmen gelten. Damit zielt diese Vorschrift in eine ähnliche Richtung ab wie bereits § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG-RefE-2020, nämlich die Erleichterung vor staatlichen Regulierungsmaßnahmen. Dies zeigt auch § 30 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 TKG-RefE-2020, wonach die Bundesnetzagentur Maßnahmen gemäß § 11 TKG-RefE-2020 treffen kann. Auch diese Vorschrift ist deshalb regulatorisch funktional äquivalent zu einem potentiellen Regulierungsverfügungsverfahren zu denken und entsprechend auszulegen.

#### a) Anwendungsbereich

Der Wortlaut deutet auf § 30 TKG-RefE-2020 hin, der die freiwillige funktionale Trennung durch ein vertikal integriertes Unternehmen regelt. Bereits in Art. 78 des Kommunikationskodex ist die Möglichkeit vorgesehen, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Vermögenswerte ihres Ortsanschlusnetztes entweder auf einen eigenständigen Rechtsträger auslagern oder funktional so abtrennen, dass sie auf der Endkundenebene völlig gleiche Zugangsprodukte anbieten. Die Bundesnetzagentur prüft demnach gemäß § 30 Abs. 2 TKG-RefE-2020 die vorgegebenen Trennungsbedingungen sowie die Verpflichtungszusagen. Letztere gewinnen dabei vor allem bei einer lediglich funktionalen Trennung eine Bedeutung. Denn in diesem Fall behält das Unternehmen mit beträchtlicher Marktstellung die Vermögensanteile ein und nimmt lediglich eine interne funktionale Trennung vor. Verpflichtungszusagen würden in diesem Zusammenhang dem Zweck dienen, dieser funktionalen Trennung eine Außenwirkung zu geben.

#### b) Effektivität und Nichtdiskriminierung

Art. 78 Abs. 1 UAbs. 3 des Kommunikationskodex schreibt bereits die Grundsätze der Effektivität und Nichtdiskriminierung für den Zugang für Dritte vor, der bei der Ausgestaltung der Verpflichtungszusagen zu berücksichtigen ist. Diese sind im Zusammenhang mit dem eigentlich verfolgten Zweck der funktionalen Trennung zu lesen. Jener ergibt sich aus Art. 78 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommunikationskodex. Demnach soll das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich selbst und anderen Anbietern auf der Endkundenebene völlig gleichwertige Zugangsprodukte liefern. Es geht dabei insbesondere um die Verhinderung von Preis-Kosten-Scheren, wenn nämlich das vertikal integrierte Unternehmen seiner eigenen Tätigkeit auf dem Endkundensegment günstigere Bedingungen gewähren könnte als den auf diesem Markt tätigen Wettbewerbern. Entsprechend muss die Behörde untersuchen, dass die Verpflichtungszusage zur Vermeidung wettbewerblicher Nachteile geeignet ist.

### III. Marktprüfungsverfahren

Während § 16 TKG-RefE-2020 die grundsätzlichen materiellen Voraussetzungen enthält, unter denen Verpflichtungszusagen eines Unternehmens berücksichtigt werden können, ergänzt § 17 TKG-RefE-2020 diese Vorschrift um die verfahrensrechtlichen Bedingungen. Damit werden die Vorgaben aus Art. 79 Abs. 1 und 2 des Kommunikationskodex getrennt umgesetzt. Es ist demnach ein eigenständiges behördliches Marktprüfungsverfahren vorgesehen. Dabei treffen der wettbewerbsrechtliche Selbstveranlagungsgrundsatz<sup>11</sup> und das telekommunikationsrechtliche Regulierungsprinzip aufeinander. Einerseits soll das regulierte Unternehmen die Möglichkeit haben, sich mit Vorschlägen einzubringen und sich damit der fremdbestimmten Regulierung jedenfalls teilweise zu entziehen. Andererseits soll dies nicht zu negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb führen. Aus diesem Grund ist auch das hier vorgesehene Marktprüfungsverfahren weiterhin als Instrument der Ex-ante-Regulierung restriktiv anzuwenden. Das betrifft zum einen in verfahrensrechtlicher Weise die

Beteiligung anderer Unternehmen und deren Interessen. Zum anderen ergibt sich aus den materiellen Vorgaben des § 16 TKG-RefE-2020 und ihrer Durchsetzung im in § 17 TKG-RefE-2020 vorgesehenen Marktprüfungsverfahren ein Grundsatz der möglichst wettbewerbsfreundlichen Anwendung.

#### 1. Anhörung interessierter Parteien

Bereits die Richtlinie sieht eine öffentliche Konsultation vor. Der Kreis der interessierten Parteien ist dabei weit zu verstehen. Diese haben das Recht zur Stellungnahme. Daraus allein wird sich noch kein weiteres subjektives Recht ergeben, das diesen eine materielle Einflussnahme ermöglicht. Dieses wird lediglich im Rahmen der materiellen Interessenabwägung möglich sein. Ein eigenständiger Markttest<sup>12</sup> ist mit der Anhörung jedoch nicht verbunden.

Die Vorschrift sieht eine Frist von „in der Regel“ einem Monat vor. Damit soll zunächst dem Beschleunigungs- und Effektivitätsgrundsatz entsprochen werden. Das Verfahren soll zugunsten des betroffenen Unternehmens zügig durchgeführt werden, damit dieses einerseits Rechtssicherheit hat und andererseits die mit seiner Verpflichtungszusage verbundenen Vorhaben durchführen kann. Der Wortlaut deutet allerdings bereits auf eine zu erwartende flexible Handhabungsmöglichkeit in der Praxis hin. Das gilt insbesondere, da aufgrund der Konsultation durch die Stellungnahmen der interessierten Parteien zusätzliche Erkenntnisse gewonnen werden können, die das Verfahren beeinflussen. Gegen eine zu weitreichende Fristverlängerung spricht außerdem, dass das nachfolgende Verfahren nicht zu großzügig gehandhabt werden sollte. Denn anderenfalls könnte die Behörde über Fristverlängerungen nach § 17 Abs. 1 TKG-RefE-2020 ihre eigene Fristenbindung nach § 17 Abs. 2 TKG-RefE-2020 unterlaufen.

#### 2. Änderung der angebotenen Zusagen

§ 17 Abs. 2 TKG-RefE-2020 sieht einen zweistufigen Änderungsmechanismus zur Verpflichtungszusage vor. Im ersten Schritt teilt die Regulierungsbehörde dem vorliegenden Unternehmen seine Bewertung in Form einer vorläufigen Feststellung mit und nennt dabei die Voraussetzungen, unter denen sie die Verpflichtungszusage für verbindlich erklären würde. Die Behörde hat hierfür eine Frist von sechs Wochen nach Ablauf der Anhörungsfrist des § 17 Abs. 1 TKG-RefE-2020. Im zweiten Schritt kann das vorliegende Unternehmen entsprechend dieser vorläufigen Feststellung innerhalb einer weiteren Sechswochenfrist Änderungen vornehmen.

#### a) Mitteilung vorläufiger Feststellungen

Inhaltlich wird § 17 Abs. 2 TKG-RefE-2020 dem wettbewerbsrechtlichen Grundsatz der Selbstveranlagung gerecht. Dabei müssen die betroffenen Unternehmen selbst die aus ihrer Sicht ausreichenden Maßnahmen vorschlagen.<sup>13</sup> Damit verfolgt diese Vorschrift einen aufwärts gerichteten bzw. „Bottom-up“-Ansatz, der den im Grundsatz vorherrschenden abwärts gerichteten bzw. „Top-down“-Ansatz durchbricht. Entsprechend bleibt es auch im Marktprüfungsverfahren bei dem Grundsatz, dass die Verantwortlichkeit für das Angebot ausreichender Zusagen bei dem Unternehmen bleibt.

Problematisch kann dies deshalb werden, da das vorliegende Unternehmen keine direkten Möglichkeiten erhält, um etwa fehlerhafte Feststellungen oder falsche Rechtsauffassungen im Marktprüfungsverfahren zu korrigieren. Allerdings besteht aufgrund der Öffnung der Regulierung zur regulierten

11 Siehe hierzu allein Art. 9 der Wettbewerbsverordnung (EG) Nr. 1/2003.

12 Ritter/Wirtz (Fn. 4), Art. 9 VO 1/2003 Rn. 13.

13 Ähnlich dazu im Wettbewerbsrecht Bach (Fn. 2), § 32b GWB Rn. 13.

Selbstveranlagung hierzu ein geringeres Interesse. Denn statt der ansonsten stattfindenden Eingriffsverwaltung hat das Unternehmen hier die Möglichkeit zur freiwilligen Mitgestaltung. Entsprechend kann ein härteres Rechtsschutzregime erst wieder bei einer Rückkehr in die Regulierung gelten.

#### b) Änderung der Zusagen

Das Unternehmen kann seine ursprüngliche Verpflichtungszusage innerhalb eines Zeitraums von sechs Wochen ändern. Die Fristenbindung zieht die Folge nach sich, dass bei Überschreitung die Rückkehr zur behördlichen Regulierung erneut eröffnet ist. Das Unternehmen könnte dann erneut eine Verpflichtungszusage vorlegen.

### 3. Verbindlicherklärung

#### a) Einhaltung der Bedingungen des

##### § 16 Abs. 1 bis 4 TKG-RefE-2020

Gemäß § 17 Abs. 3 TKG-RefE-2020 erklärt die Bundesnetzagentur die angebotenen Verpflichtungszusagen für verbindlich, wenn sie den Anforderungen der § 16 Abs. 1 bis 4 TKG-RefE-2020 entsprechen. Die Behörde kann die angebotenen Verpflichtungszusagen ganz oder teilweise für verbindlich erklären. Es wird damit also sichergestellt, dass das vorliegende Unternehmen einen rechtsmittelfähigen Beschluss erhält. Der Wortlaut der Vorschrift deutet auf eine gebundene Entscheidung hin, so dass sich ein Anspruch des Unternehmens auf Erklärung der Verbindlichkeit ergeben kann.<sup>14</sup> Dies wird durch die Systematik und den Zweck des Verfahrens über die Verpflichtungszusagen gestärkt. Denn wenn dieses alternativ zur Regulierung laufen soll, hat das Unternehmen ein Interesse an Rechtssicherheit dahingehend, dass es vor staatlich regulierenden Eingriffen verschont bleibt.

#### b) Angebotener Zeitraum

Regelmäßig soll die Erklärung über die Verbindlichkeit den angebotenen Zeitraum aufnehmen. Damit wird hier ein flexibles Regel-Ausnahme-Verhältnis aufgenommen. Bei triftigen Gründen ist die Behörde befugt, andere Zeiträume festzulegen. § 17 Abs. 3 S. 2 TKG-RefE-2020 sieht einen Mechanismus vor, der jeweils zwölf Monate vor Zeitablauf eine Überprüfung der Verlängerung vorsieht.<sup>15</sup> Dabei werden also nicht die Inhalte oder die Wirkungen der Verpflichtungszusage überprüft, sondern allein, ob sie verlängert werden kann. Damit soll das Unternehmen die Gelegenheit erhalten, ggf. eine erneute Verpflichtungszusage rechtzeitig vorzulegen. Andernfalls erhält die Behörde die Möglichkeit der Rückkehr zur Regulierung. Verpflichtungszusagen über Ko-Investitionsangebote müssen eine Mindestlaufzeit von sieben Jahren haben. Das entspricht der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Vorhaben.

### 4. Überwachung und Gewährleistung der Zusagen

#### a) Verbindlich erklärte Verpflichtungszusagen

Gemäß § 17 Abs. 4 S. 1 TKG-RefE-2020 überwacht und gewährleistet die Bundesnetzagentur die Einhaltung der Verpflichtungszusagen. Ihr stehen dazu die üblichen Mittel zur Durchsetzung zur Verfügung. Dritte Unternehmen haben jedoch die Möglichkeit zur Durchsetzung ihrer aus einer Verpflichtungszusage erwachsenden Rechte.

#### b) Jährliche Konformitätserklärungen

Die Bundesnetzagentur hat als weitere Möglichkeit zur Überwachung die Befugnis gemäß § 17 Abs. 4 S. 2 TKG-RefE-2020, das marktmächtige Unternehmen zur Abgabe einer jährlichen Konformitätserklärung aufzufordern. Es ist unklar, welchen weiteren Sinn diese angesichts der bereits materiell erforderlichen Wirksamkeit der Verpflichtungszusage haben soll. Nahe liegt eine negative Signalwirkung dadurch, dass die Behörde angesichts einer abgegebenen Konformitätserklärung keinen

weiteren Bedarf zum Eingreifen sieht. An dieser Stelle geht der Entwurf hinsichtlich der Selbstveranlagung zu weit und ermöglicht auch hinsichtlich der Wirkungen im Wettbewerb dem marktmächtigen Unternehmen eine einseitige Gestaltung.

### 5. Fehlerfolgenrecht

Einen ersten Hinweis gibt Art. 79 Abs. 2 des Kommunikationskodex bei Verpflichtungszusagen, „die eine oder mehrere relevante Bedingungen oder Kriterien offensichtlich nicht“ erfüllen. In diesem Fall muss bereits kein Marktprüfungsverfahren durchgeführt werden. Die Ablehnung des Marktprüfungsverfahrens wird die Behörde jedoch zu begründen haben. Dies ergibt sich noch einmal mehr daraus, dass die Durchführung des Marktprüfungsverfahrens nicht im Ermessen der Behörde steht. Das Unternehmen hat also einen Anspruch darauf, dass seine Verpflichtungszusage geprüft wird, nicht jedoch auf ihre Annahme durch die Behörde.

#### a) Marktwirkungstest

Noch offene Fragen bestehen hierbei hinsichtlich des Folgenrechts. So könnte einerseits angezweifelt werden, dass das System der Verpflichtungszusagen auf eine ausreichende Tatsachengrundlage über seine Marktwirkungen zurückgreifen könnte. Insofern besteht die Gefahr einer übermäßigen Einflussnahme des regulierten Unternehmens auf die Behörde, ohne dass die tatsächlichen wettbewerblichen Wirkungen der Verpflichtungszusage regelmäßig und unabhängig von seiner Selbsteinschätzung überprüft werden. Andererseits könnte sich der Einwand einbringen lassen, dass ein Unternehmen mittels seiner für verbindlich erklärten Verpflichtungszusage einmal zu früh „aus der Regulierung entlassen“ wird. Dies spricht für eine restriktive Anwendung einerseits der Voraussetzungen für eine Freigabe gemäß § 17 Abs. 3 TKG-RefE-2020 und andererseits der Überprüfung gemäß § 17 Abs. 4 TKG-RefE-2020. Denn der Marktwirkungstest ist bereits in den Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 bis 4 TKG-RefE-2020 enthalten. Eine Erklärung über die Verbindlichkeit kann also nur unter den dort enthaltenen Voraussetzungen gegeben werden, wobei die positive Wirkung der angebotenen Selbstverpflichtung auf den Wettbewerb immanent ist. § 17 Abs. 4 S. 1 TKG-RefE-2020 sieht nur die laufende Überwachung der von der Behörde bereits für verbindlich erklärten Verpflichtungszusage vor. Das scheint auf den ersten Blick zu bedeuten, dass die Behörde keine Möglichkeit zur Reaktion auf Veränderungen hat. Wenn allerdings sich die grundsätzlichen materiellen Gegebenheiten geändert haben, hat die Behörde nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen die Möglichkeit zum Widerruf ihrer Entscheidung.<sup>16</sup> Hier bieten sich gleichwohl noch Anpassungen an.

#### b) Verzögerungen

Nicht ausdrücklich geregelt sind die Fälle der Übergangszeiträume. Hierfür bietet sich die analoge Anwendung der jeweiligen Vorschriften aus dem Hauptregulierungsverfahren an. Das gilt insbesondere für eine Entgeltregulierung und ihre Rückwirkung. Es liegt dabei an der Behörde, auf hinreichende Schutzmöglichkeiten in ihren Feststellungen nach § 17 Abs. 1 S. 2 TKG-RefE-2020 hinzuwirken.

Lässt ein Unternehmen seine Nachbesserungsmöglichkeit gemäß § 17 Abs. 2 S. 3 TKG-RefE-2020 verfallen, ist das Marktprüfungsverfahren erfolglos. Es besteht allerdings keine Möglichkeit der Behörde zur Ablehnung. Jedoch bliebe der

14 Anders dagegen im allgemeinen Wettbewerbsrecht, das lediglich eine Ermessensentscheidung der Behörde eröffnet; siehe *Otto* (Fn. 1), § 32b GWB Rn. 9.

15 Flexibler hierzu das allgemeine Wettbewerbsrecht, siehe *Bach* (Fn. 2), § 32b GWB Rn. 23.

16 Siehe auch *Bach* (Fn. 2), § 32b GWB Rn. 30 ff.



Behörde die Möglichkeit, im Rahmen ihrer Entscheidung gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 TKG-RefE-2020 missbräuchlichen Praktiken vorzuwirken, indem sie auch die Tatsache der nicht erfolgten Anpassung für verbindlich erklärt und sich einen Aufgreifvorbehalt für das Regulierungsverfahren einräumt. Das regulierte Unternehmen hätte dann nicht mehr die Möglichkeit, die Abläufe durch mehrere nacheinander erneut verfristende Marktprüfungsverfahren zu behindern, sondern müsste zunächst das noch laufende Marktprüfungsverfahren mit den für es ungünstigen Feststellungen beenden. Alternativ könnten die Feststellungen für die erneute Vorlage einer Verpflichtungszusage bei gleichbleibender Sachlage herangezogen werden.

#### IV. Zusammenfassung

Mit den Vorschriften der §§ 16, 17 TKG-RefE 2020 wird das System der Verpflichtungszusagen kodifiziert. Positiv ist dabei seine enge Rückanbindung an die jeweiligen Regulierungssysteme zu sehen. Diese verlangt allerdings wiederum eine restriktive Anwendung im Sinne funktionaler Äquivalenz. Soweit und solange dies wiederum eine ständige Marktüberprüfung der tatsächlichen wettbewerblichen Wirkungen mit sich bringt, kann dieses neue Instrument praktikabel angewandt werden und gleichermaßen regulierten Unternehmen wie auch Wettbewerbern ausreichende Erleichterungen bieten.

Prof. Dr. Ludwig Gramlich

## Das Postrecht in den Jahren 2019/2020

*COVID-19 wirkt sich seit dem Frühjahr 2020 nicht nur unterschiedlich auf die Postpraxis weltweit aus, sondern führt auch national zu einer Verzögerung bei der Novellierung des PostG. Auf EU-Ebene geht die Revision der 1997er-Richtlinie ebenfalls nur langsam voran. Gleichwohl gab es auch im Berichtszeitraum diverse positive Entwicklungen.*

### I. Einleitung

Im Jahresrückblick auf 2019 schrieb *Jochen Homann*, der Präsident der Bundesnetzagentur, im Postbereich seien „wesentliche Weichen gestellt“ worden.<sup>1</sup> „Zum einen haben wir im Wege der Price-Cap-Entscheidung den Erhöhungsspielraum für Briefentgelte bis zum Jahr 2021 festgelegt und im Nachgang die Briefporti der Deutschen Post vorläufig genehmigt. Dabei haben wir noch die neu in Kraft getretene Änderung der Entgeltverordnung berücksichtigt.“<sup>2</sup> Zum anderen zeichneten „sich für die künftige Postregulierung weitere Veränderungen durch eine grundlegende Novelle des mittlerweile 20 Jahre alten Postgesetzes ab. Wir begrüßen grundsätzlich die Vorschläge zur Anpassung des Rechtsrahmens, welche das Wirtschaftsministerium im August in einem ersten Eckpunktepapier vorgestellt hat“.<sup>3</sup> Der letzte Satz fehlt im Vorwort zum Jahresbericht 2019;<sup>4</sup> in dessen Editorial wird aber bekundet, die Bundesnetzagentur setze sich auch im Bereich Post „für die Weiterentwicklung des Wettbewerbs“ ein.<sup>5</sup> Anfang Dezember 2019 vorgelegt wurde wieder der je zwei Jahre umfassende „Tätigkeitsbericht Post“. Eingangs unterstrich Präsident *Homann*, der „physische Brief“ sei für Gesellschaft und Wirtschaft weiterhin unerlässlich und von besonderer Bedeutung“; für die Änderung des Postrechtsrahmens sei entscheidend, „eine Balance zwischen den Erwartungen der Menschen an den Fortbestand bzw. die Fortentwicklung der Leistungsstandards und den Auswirkungen der Digitalisierung zu schaffen“.<sup>6</sup>

In der Pressemitteilung anlässlich des Jahresberichtes verlautet die Bundesnetzagentur zur „Marktentwicklung Post“, die Digitalisierung sei nach wie vor „wesentlicher Treiber für die Entwicklung der Postmärkte. Deutliche Wachstumsimpulse gingen dabei insbesondere vom Paketmarkt aus“. Einen zunehmend größeren Anteil an Paketsendungen hätten auch grenzüberschreitende Sendungen, auch insoweit seien weiter Mengenzuwächse zu erwarten. Hingegen entwickle sich der

Briefmarkt „rückläufig. Dort sanken Umsätze wie auch Sendungsaufkommen“, mit weiteren Rückgängen werde gerechnet. „Die Wettbewerber der Deutschen Post AG konnten allerdings ihre Umsätze und Sendungsmengen in den letzten Jahren nahezu stabil halten“.<sup>7</sup>

Wie schon im Bericht über das Jahr 2017<sup>8</sup> folgte dem ein eigener Abschnitt zum „Verbraucherservice“ und zur „Schlichtungsstelle Post“. Beschwerden wie Schlichtungsanträge hätten weiter erheblich zugenommen. Die Kritik habe sich beim Brief auf immer wieder auftretende „zeitlich verzögerte“ sowie „tage- oder wochenlange Ausfälle“ von Zustellungen konzentriert; bei Paketen werde vor allem bemängelt, dass oftmals keine „Haustürzustellung“ (direkt an den Empfänger) stattgefunden habe. Bereits in einer zum Jahresende 2019 veröffentlichten Pressemitteilung wurde der erneute Anstieg der Zahl von Beschwerden benannt.<sup>9</sup> In ihrem Tätigkeitsbericht (gemäß § 34 Abs. 1 VSBG) erläutert die (behördliche Verbraucher-) Schlichtungsstelle Post nach einer Auswertung von Beschwerden häufige Problemstellungen und gibt Empfehlungen zur Vermeidung bzw. Beilegung von Konflikten; ausdrücklich begrüßt wird eine Stärkung der außergerichtlichen Streitbeilegung im Rahmen der Postreform.<sup>10</sup>

Wie jedes Jahr wurde ein Entwurf zum Vorhabenplan für 2020 (mit Stand vom November 2019) zur öffentlichen Anhörung gestellt,<sup>11</sup> die Endfassung jedoch nicht mehr im Jahresbericht abgedruckt; dort ist nur noch ein Link auf die Publikation im Internet vorhanden.<sup>12</sup> Behandelt werden bei Post (Kap. V.) mittels Verweisung auf einzelne WWW-Seiten der Bundesnetzagentur Marktbeobachtung (Zahlen, Daten, Fakten zum Postmarkt; Bericht „Vergleich internationaler Briefpreise in Europa“; Fachdialog zur Datennutzung), Anzeigepflicht als Aspekt von Marktzugang (Datenvalidierung;

1 *Homann*, ABl. BNetzA 24/2019, Einleitung.

2 Dazu bereits *Gramlich*, N&R 2019, 279, 284.

3 Dazu *Gramlich*, N&R 2019, 279, 285; *Klotz/Hofmann*, N&R 2020, 2, 12; unten, unter III. 1. a).

4 Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2019, 2020, S. 4.

5 Bundesnetzagentur (Fn. 4), S. 1.

6 Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, BT-Drs. 19/15852, 1, 3.

7 Zum Vorstehenden insgesamt Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 30.4.2020.

8 Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2017, 2018, S. 100 ff.

9 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 30.12.2019; FR v. 31.12.2019, 14.

10 Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Schlichtungsstelle Post 2019, 2020; dazu auch Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 7.2.2020.

11 Bundesnetzagentur, Mitteilung Nr. 711/2019, ABl. BNetzA 2019, 2532 (zur Post: S. 2551 f.).

12 Bundesnetzagentur (Fn. 4), am Ende des Inhaltsverzeichnisses.