

# Grundfragen der Preis-Kosten-Schere und der Kosten-Kosten-Schere auf dem Referenzgebiet des Telekommunikationsrechts

Julien Lindner, Bonn\*

*Die Preis-Kosten-Schere hat in letzter Zeit eine gewisse Prominenz erlangt. Beigetragen hat hierzu vor allem die Verhängung hoher Kartellgeldbußen durch die Europäische Kommission, jüngst etwa in Höhe von knapp EUR 70 mio. gegen die Deutsche Telekom AG (Kommission, Entsch. v. 15.10.2014, ABl. Nr. C 314/7 vom 23.9.2015 – „Slovak Telekom“). Auch das Bundeskartellamt ist inzwischen für die Thematik sensibilisiert, was letztes Jahr etwa die Deutsche Post AG in Form der Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit bestimmter Großkunden-Verträge zu spüren bekam (BKartA, Beschl. v. 2.07.2015, Az.: B 9 – 128/12). Kaum Beachtung gefunden hat dagegen bisher die Kosten-Kosten-Schere, weder in der Praxis von Wettbewerbsbehörden und Rechtsprechung noch im Rahmen des wissenschaftlichen Diskurses. Der vorliegende Beitrag nimmt die Grundfragen nach einer teleologischen Fundierung des Verbots von Preis-Kosten-Scheren und Kosten-Kosten-Scheren, nach deren Tatbestandsmerkmalen sowie nach deren tatsächlichen und rechtlichen Korrelationen auf dem Referenzgebiet des Telekommunikationsrechts in den Blick. Ein besonderer Fokus liegt dabei auf der richtigen Kostenermittlungsmethode für die Durchführung von Preis-Kosten-Scheren-Tests sowie der dogmatischen Einordnung der Kosten-Kosten-Schere.*

## I. Einführung

Mit den Begriffen „Preis-Kosten-Schere“<sup>1</sup> (PKS) und „Kosten-Kosten-Schere“ (KKS) werden missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender bzw. marktmächtiger Unternehmen bezeichnet, welche darin bestehen, die Gewinnmargen von (potentiellen) Wettbewerbern auf einem beherrschten nachgelagerten Markt zu beschneiden. Es handelt sich um spezifische Wettbewerbsprobleme vertikal integrierter Marktstrukturen, wie sie charakteristisch sind für die (regulierten) Netzwirtschaften, etwa die Telekommunikations-, Energie-, Post- und Eisenbahnwirtschaft. Gleichwohl sind auch außerhalb dieser netzwirtschaftlichen Sektoren Margenbeschneidungen denkbar; ein Beispiel aus

der Praxis sind insofern die Kraftstoffmärkte.<sup>2</sup> Das sektor-spezifische Regulierungsrecht enthält zum Teil einschlägige Regelungen für derartige marktmachtmissbräuchliche Praktiken: Für den Bereich der Telekommunikation (TK) normiert bspw. § 28 TKG ein Verbot missbräuchlichen Verhaltens von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten. Anwendbar bleibt daneben die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle (§§ 18 bis 21 GWB, Art. 102 AEUV).<sup>3</sup>

Der vorliegende Beitrag nimmt die Grundfragen nach einer teleologischen Fundierung des Verbots von PKS und KKS nach deren Tatbestandsmerkmalen sowie nach deren tatsächlichen und rechtlichen Korrelationen auf dem Referenzgebiet des Telekommunikationsrechts in den Blick. Ein besonderer Fokus liegt dabei auf der richtigen Kostenermittlungsmethode für die Durchführung von PKS-Tests sowie der dogmatischen Einordnung der KKS.

## II. Die Preis-Kosten-Schere

Das Bestehen einer PKS führt gem. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG zur Vermutung eines verbotenen Behinderungsmisbrauchs im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG. Eine Rechtfertigung nach § 28 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 TKG liegt vor, wenn im Rahmen einer Abwägung das Interesse des TK-Netzbetreibers mit beträchtlicher Marktmacht an einer entsprechenden Preissetzungen das entgegenstehende Interesse des beeinträchtigten Wettbewerbers überwiegt.<sup>4</sup> Ein solcher sachlicher Grund kann für die PKS etwa darin bestehen, dass das vertikal integrierte Unternehmen (VIU) von der Bundesnetzagentur (BNetzA) im Wege der Entgeltregulierung zu einer entsprechenden Preissetzung verpflichtet wurde.<sup>5</sup>

\* Der Autor ist Doktorand bei Prof. Dr. Johannes Heyers, LL.M. (Westfälische Wilhelms-Universität Münster) und Wiss. Mitarbeiter der Kanzlei Loschelder Rechtsanwälte, Köln. Der Aufsatz beruht auf einer Seminararbeit im Schwerpunktereichsstudium.

<sup>1</sup> Synonym zu „Preis-Kosten-Schere“ werden auch die Begriffe „Kosten-Preis-Schere“, „Preisschere“, „zweifacher Preisdruck“, „Margenbeschneidung“, „margin squeeze“ und „price squeeze“ gebraucht.

<sup>2</sup> S. bspw. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. 2. 2002, Az.: Kart 16/00 (V), Kart 16/00, VI-Kart 16/00 (V) (zitiert nach juris).

<sup>3</sup> Vgl. §§ 2 Abs. 4, 123 Abs. 1 S. 3 TKG; Unionsrecht hat ohnehin Anwendungsvorrang; bestimmte Fälle von PKS sind in § 20 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GWB als Regelbeispiel einer unbilligen Behinderung definiert.

<sup>4</sup> Schütz/Neumann, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 28 Rn. 70, 100.

<sup>5</sup> Fischer, Das System konsistenter Entgeltregulierung im deutschen Telekommunikationsrecht, 2012, S. 187. Der EuGH hat hierfür allerdings vorausgesetzt, dass „den Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten durch nationale Rechtsvorschriften vorgeschrieben wird oder diese einen rechtlichen Rahmen bilden, der selbst jede Möglichkeit für ein Wettbewerbsverhalten ihrerseits ausschließt“ (vgl. EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08 P, Rn. 80 ff. – Deutsche Telekom AG).

Denkbar ist auch, dass zur erstmaligen Markteinführung eines Produkts Entgelte unter den langfristigen Zusatzkosten vorübergehend gerechtfertigt sind („*penetration pricing*“).<sup>6</sup>

## 1. Teleologie

Der Normzweck des § 28 TKG besteht darin, Wettbewerber vor der missbräuchlichen Ausnutzung beträchtlicher Marktmacht bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten durch ein TK-Unternehmen zu schützen und somit den Wettbewerb im TK-Sektor zu fördern.<sup>7</sup> Damit dient § 28 TKG der Umsetzung der Zielvorgabe des § 27 Abs. 1 TKG, wonach Entgeltregulierung (nunmehr) reine Missbrauchskontrolle ist.<sup>8</sup>

Mit dem Verbot der PKS in § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG adressiert der Gesetzgeber ein spezifisches Wettbewerbsproblem der vertikalen Integration von Netzbereich (Vorleistungsmarkt) und Dienstebereich (Endnutzermarkt).<sup>9</sup> Dieses birgt aufgrund der im TK-Sektor trotz einer langjährigen Phase der Liberalisierung nach wie vor bestehenden Abhängigkeit der Wettbewerber im Dienstebereich von den Zugangsleistungen des sog. Incumbents, sprich: des etablierten Anbieters, als VIU ein besonders hohes Missbrauchspotential.<sup>10</sup> Damit es dennoch nicht zu einer Verdrängungspreispolitik (*Predation*) des Incumbents kommt, bezweckt § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG die präventive Verhinderung bzw. repressive Beseitigung von PKS.<sup>11</sup> Damit soll zudem die effektive Zugangsregulierung sichergestellt werden, da infolge einer *Predation* die Wettbewerber die betroffenen Zugangsprodukte nicht in Anspruch nehmen können.<sup>12</sup>

Hierzu knüpft § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG an die Spanne zwischen Vorleistungsentgelt und entsprechendem Endnutzerentgelt jeweils des VIU an. Dahinter steht das Axiom, dass ein Wettbewerber auf lange Sicht nur dann am Markt bestehen kann, wenn er die Endnutzerpreise des Marktbeherrschers nicht überschreiten muss, um eine angemessene Gewinnmarge zu erwirtschaften.<sup>13</sup> Anders gewendet: Nach der Konzeption des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG bedarf ein

Wettbewerber zu einem langfristig rentablen Wirtschaften (zumindest) der Möglichkeit, die Endnutzerentgelte des Marktbeherrschers konkurrenzfähig nachzubilden, also eine kostendeckende Gleichpreisigkeit zu erreichen.<sup>14</sup>

## 2. Definition

Nach der Legaldefinition in § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG handelt es sich bei der PKS um eine Preissetzung eines VIU, die dadurch charakterisiert ist, dass „*die Spanne zwischen dem Entgelt, das der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, Wettbewerbern für eine Zugangsleistung in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endnutzerentgelt nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen*“.

Die Subsumtion unter diese Legaldefinition erfolgt im Rahmen eines Dreischritts.<sup>15</sup> Als Erstes ist das vom VIU als TK-Netzbetreiber erhobene Entgelt der Zugangsleistung (Vorleistungsentgelt) und als Zweites das entsprechende Endnutzerentgelt zu ermitteln. An dritter Stelle steht die Untersuchung der Spanne zwischen diesen Entgelten, also der Relation beider Entgelte zueinander. Letztere bildet den Kern des PKS-Tests und betrifft die Prüfung der Schere im eigentlichen Sinne, also das Missverhältnis zwischen Vorleistungsentgelt und entsprechendem Endnutzerentgelt.<sup>16</sup> Zur Feststellung dieses Missverhältnisses wurden im Bereich des allgemeinen Wettbewerbsrechts verschiedene Ansätze entwickelt.<sup>17</sup> Für den regulierten TK-Sektor muss insofern jedoch der Wortlaut des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG primärer Anknüpfungspunkt der rechtlichen Beurteilung sein.<sup>18</sup> Maßgeblich ist demnach, ob die Spanne zwischen Vorleistungsentgelt und entsprechendem Endnutzerentgelt „*einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt*“ ermöglicht.<sup>19</sup>

Ausweislich der Gesetzesbegründung ist unter einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals der

<sup>6</sup> Schütz/Neumann, (Fn. 4), § 28 Rn. 70, 100.

<sup>7</sup> S. Groebel, in: Säcker (Hrsg.), TKG. Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2013, § 28 Rn. 1.

<sup>8</sup> Neumann/Koch, Telekommunikationsrecht, 2013, Kap. 3 Rn. 278, S. 244; Mayen, in: Scheuerle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 27 Rn. 14.

<sup>9</sup> BT-Drs. 15/2316, S. 67.

<sup>10</sup> BNetzA, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG vom 14. November 2007, S. 5; Schreiter/Kind, MMR 2002, 788 (789 f.).

<sup>11</sup> Vgl. Neumann, Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste. Newsletter Nr. 54 vom 1. März 2004, Tz. 3.5.

<sup>12</sup> Kühling/Schall/Biendl, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 323.

<sup>13</sup> Nett/Neumann/Vogelsang, Geschäftsmodelle und konsistente Entgeltregulierung. Studie der WIK-Consult GmbH für die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post vom 2. April 2004, S. 43 f.

<sup>14</sup> BNetzA, Hinweise zur konsistenten Entgeltregulierung i.S.d. § 27 Abs. 2 TKG vom 4. November 2009, S. 25.

<sup>15</sup> Masing/Ehrmann, in: Wilms/Masing/Jochum (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz. Kommentar und Vorschriftensammlung, 8. Ergänzungslieferung 2007, § 28 Rn. 37.

<sup>16</sup> S. EuG, Urt. v. 10.04.2008 – Rs. T-J027/03 – Deutsche Telekom AG.

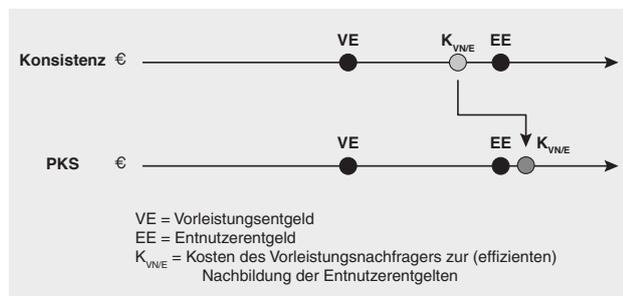
<sup>17</sup> S. dazu Klotz, MMR 2008, 650; s. ferner Petzold, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 2012, S. 37 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG. Telekommunikationsgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 28 Fn. 138.

<sup>19</sup> Dieser Zustand würde in einem vollständig von Wettbewerb geprägten Markt von selbst eintreten (s. Kühling, in: Leupold/Glossner (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 7, Rn. 165), so dass hier die wettbewerbsverfälschende Wirkung der PKS deutlich hervortritt.

„normale Gewinn“ zu verstehen.<sup>20</sup> Demnach liegt stets eine PKS vor, sofern das Vorleistungsentgelt das entsprechende Endnutzerentgelt übersteigt (*negative Preisdifferenz*) oder mit diesem identisch ist (*Preisidentität*), da in diesen Fällen auch ein effizientes Unternehmen *a priori* keine Gewinnmarge erzielen kann.<sup>21</sup> Eine weitergehende Prüfung der Relation von Vorleistungsentgelt und entsprechendem Endnutzerentgelt erübrigt sich daher für diese beiden Konstellationen und ist nur für den Fall erforderlich, dass das Endnutzerentgelt unter dem entsprechenden Vorleistungsentgelt liegt (*positive Preisdifferenz*).<sup>22</sup>

Einen Gewinn kann ein effizientes Unternehmen nur bei Kostendeckung der Endnutzerleistung erzielen. Die Kosten der Endnutzerleistung umfassen zum einen das entsprechende Vorleistungsentgelt, zum anderen die Kosten der Veredelung des Vorleistungsprodukts zur Endnutzerleistung (Retailkosten).<sup>23</sup> Somit liegt stets eine PKS vor, wenn das Delta zwischen Vorleistungsentgelt des VIU und



Endnutzerentgelt des VIU kleiner ist als die jeweiligen Retailkosten.

### Abbildung 1: PKS im Vergleich zu einem konsistenten Verhältnis von Vorleistungs- und Endnutzerentgelten

Hinsichtlich der Retailkosten stellt sich die Frage, ob deren Höhe aus der Perspektive des VIU oder eines – tatsächlichen oder hypothetischen – Wettbewerbers zu beurteilen ist. Diese Frage wird im Telekommunikationsrecht anders beantwortet als im allgemeinen Wettbewerbsrecht.<sup>24</sup> Während

die Kommission im Rahmen des Art. 102 AEUV grundsätzlich prüft, ob das VIU durch die Endnutzerentgelte die produktspezifischen Kosten seiner eigenen Endnutzerleistungen abzudecken vermag,<sup>25</sup> nimmt die BNetzA zur Prüfung des Vorliegens einer PKS im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG die Kostenperspektive eines (hypothetischen) Wettbewerbers ein.<sup>26</sup> Aus der Wahl des Referenzpunktes für die Ermittlung der Retailkosten resultieren bedeutsame praktische Konsequenzen. Denn die Kosten von Wettbewerbern liegen regelmäßig über denen des VIU, da dieses in beträchtlichem Maße über Größen- und Verbundvorteile („*economies of scale*“ und „*economies of scope*“) verfügt.<sup>27</sup> Da die Wechselneigung der Kunden des Ex-Monopolisten regelmäßig geringer ist, weist die Kundenstruktur des VIU als Incumbent zudem eine geringere Fluktuation auf als die der Wettbewerber, mit der Folge geringerer Wechselkosten pro Jahr und Kunde.<sup>28</sup> Ferner entstehen Wettbewerbern unter Umständen Zugangskosten, die bei der Leistungsbereitstellung durch das VIU nicht anfallen.<sup>29</sup> Demnach ist aus der Kostenperspektive eines Wettbewerbers prinzipiell eher eine PKS gegeben als aus der Kostenperspektive des VIU.

In ihrer höchstrichterlich durch den EuGH<sup>30</sup> bestätigten Entscheidungspraxis bzgl. Art. 102 AEUV nimmt die Kommission bei der Prüfung einer PKS grundsätzlich die Perspektive des VIU ein, prüft also anhand eines *As-efficient-competitor-Tests* (AEC-Test).<sup>31</sup> Dass es sich hierbei allerdings nicht um ein Ausschließlichkeitsdogma handelt, geht aus der Kommissionsentscheidung in der Sache *Telefónica* hervor.<sup>32</sup> Dort geht die Kommission ausdrücklich davon aus, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch die Perspektive eines effizienten Wettbewerbers zweckmäßig sei; zu prüfen sei dann anhand eines *Reasonably-efficient-competitor-Tests* (REC-Test).<sup>33</sup> Diese Entscheidungspraxis deckt sich mit der „*Mitteilung Wettbewerb*“<sup>34</sup>, in der die Kommission für die Prüfung einer PKS (dort „*zweifacher Preisdruck*“ genannt) zunächst in Tz. 117 auf den AEC-Test rekurriert, anschließend jedoch in Tz. 118 „*unter entsprechenden Umständen*“ auf den REC-Test ausweicht.<sup>35</sup>

<sup>20</sup> BT-Drs. 15/2316, S. 67 unter Verweis auf *Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich. Rahmen, relevante Märkte und Grundsätze, Abl. Nr. C 265 v. 22.08.1998, S. 2-28, Tz. 114 f.; der Gesetzgeber übernimmt insofern im Wesentlichen die Definition der Kommission bzgl. der PKS („*zweifacher Preisdruck*“), s. *ibid.*, Tz. 118.

<sup>21</sup> *Kommission*, Entsch. v. 21.05.2003 – COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Rn. 102 – *Deutsche Telekom AG* zu Art. 82 EGV (nunmehr Art. 102 AEUV).

<sup>22</sup> Vgl. *Groebel*, (Fn. 7), § 28 Rn. 68.

<sup>23</sup> S. zur Definition der Retailkosten *Groebel*, (Fn. 7), § 28 Rn. 67, Fn. 136.

<sup>24</sup> Vgl. einerseits *Schütz/Neumann*, (Fn. 4), § 28 Rn. 106, und andererseits *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 42. EL 2015, Teil 10, Rn. 234.

<sup>25</sup> *Kommission*, Entsch. v. 21.05.2003 – COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Rn. 138 – *Deutsche Telekom AG*.

<sup>26</sup> *BNetzA*, (Fn. 10), S. 6 ff.

<sup>27</sup> *BNetzA*, (Fn. 10), S. 7; *Nett/Neumann/Vogelsang*, (Fn. 13), S. 43.

<sup>28</sup> *Fischer*, (Fn. 5), S. 189.

<sup>29</sup> *Mayen*, (Fn. 8), § 28 Rn. 46.

<sup>30</sup> *EuGH*, Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08 P – *Deutsche Telekom AG*; *EuGH*, Urt. v. 17.02.2011 – Rs. C-52/09 – *TeliaSonera* sowie jüngst *EuGH*, Urt. v. 10.07.2014 – C-295/12 P – *Telefónica*.

<sup>31</sup> Vgl. *Leupold*, *EuZW* 2011, 345 (346).

<sup>32</sup> *Kommission*, Entsch. v. 04.07.2007 – COMP/38.784 – *Telefónica*.

<sup>33</sup> *Kommission*, Entsch. v. 04.07.2007 – COMP/38.784, Rn. 311 – *Telefónica*; so wohl auch *EuGH*, Urt. v. 17.02.2011 – Rs. C-52/09, Rn. 45 – *TeliaSonera*.

<sup>34</sup> *Kommission*, (Fn. 20), Tz. 117 f.

<sup>35</sup> Im Falle einer Vorab-Preisprüfung hält die Kommission den REC-Test neuerdings sogar für in der Regel zweckmäßiger als den AEC-Test; s. *Kommission*, Empfehlung v. 20.09.2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA), ABl. 2010, Nr. L 251/35, Erwägungsgrund Nr. 26.

Zweifelhaft ist allerdings, ob diese EU-kartellrechtlichen Grundsätze auf das TK-Regulierungsrecht übertragen werden können. In der Gesetzesbegründung zu § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG wird zwar ausdrücklich auf die vorgenannte „Mitteilung Wettbewerb“ Bezug genommen; allerdings findet sich auch die Erwägung, dass es „effizienten Konkurrenten“ möglich sein muss, Endnutzerentgelte des VIU nachzuvollziehen, ohne Verluste zu machen.<sup>36</sup> Entsprechend dem darin zum Ausdruck kommenden eindeutigen Willen des Gesetzgebers stellt die *BNetzA* im Rahmen von PKS-Tests auf die Kostenperspektive der Wettbewerber ab, geht also von der Anwendbarkeit (allein) des REC-Tests aus, allerdings ohne diese EU-kartellrechtliche Terminologie zu verwenden.<sup>37</sup>

Gegen die Vorgehensweise der *BNetzA* spricht nicht, dass es hierdurch zu einer gespaltenen Auslegung zwischen Kartell- und Regulierungsrecht kommt. Zwar sind beide Rechtsgebiete durch das gemeinsame Ziel der Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbssystems verbunden,<sup>38</sup> jedoch weichen die jeweils gegenständlichen Marktsituationen fundamental voneinander ab.<sup>39</sup> Während das Kartellrecht einen grundsätzlich von Wettbewerb geprägten Markt vor Verfälschungen schützen soll, ist es Aufgabe des sektorspezifischen Regulierungsrechts, den Wettbewerb auf den jeweiligen Einzelmärkten erst zu ermöglichen bzw. zu simulieren.<sup>40</sup> Daher entspricht es Sinn und Zweck des Regulierungsrechts, dass im Rahmen des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG mit dem REC-Test allein der im Vergleich zum AEC-Test strengere Referenzmaßstab zur Ermittlung der Retailkosten Anwendung findet.<sup>41</sup>

Hiervon abweichend plädiert ein Teil der Literatur für eine den Effizienzmaßstab des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG verschärfende und dadurch das VIU begünstigende, ausschließliche Anwendung des AEC-Tests.<sup>42</sup> Demzufolge sei es ein Gebot der „ökonomischen Logik“, dass die oben genannten Incumbency-Vorteile im Rahmen eines beim PKS-Test anzulegenden, einheitlichen objektiven Effizienzstandards nicht unberücksichtigt bleiben, weshalb die Kostenperspektive des VIU als Incumbent maßgeblich sei.<sup>43</sup> Denn Ineffizienz liege schon dann vor, wenn ein beliebiges anderes Unternehmen gegebene Mittel besser nutzt, indem

es den Erfolg kostengünstiger erreicht.<sup>44</sup> Bei dieser Vergleichsbetrachtung könne, da es sich beim Effizienzbegriff um ein „universelles ökonomisches Prinzip“ handle, der Incumbent nicht ausgeblendet werden.<sup>45</sup> Andernfalls würde durch den Schutz ineffizienter Wettbewerber langfristig die gesamtwirtschaftliche Effizienz in Mitleidenschaft gezogen.<sup>46</sup>

Diese Argumentation ist in ihrer Stringenz nicht angreifbar, muss *de lege lata* jedoch auf Bedenken stoßen. Denn ihr steht der eindeutige Wortlaut des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG entgegen. Das Abstellen auf die Entgelte, die ein VIU „Wettbewerbern für eine Zugangsleistung in Rechnung stellt“, ist bereits Ausdruck der vom Gesetz eingenommenen Wettbewerberperspektive, da sich das VIU nicht in gleicher Weise Kosten „in Rechnung stellt“. <sup>47</sup> Mit der „Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt“ ist ein Geschäftsmodell angesprochen, wie es typisch für Wettbewerber des VIU ist, aber nicht für das VIU selbst, welches auch auf dem Vorleistungsmarkt eine Gewinnerzielung anstrebt.<sup>48</sup> Hierfür spricht auch, dass es das VIU andernfalls – bei Anwendung des AEC-Tests – in der Hand hätte, durch die Eliminierung aller denkbaren Downstream-Kosten, trotz erheblicher Beeinträchtigung der Wettbewerber, das Entstehen einer PKS zu verhindern.<sup>49</sup> Durch das Zugrundlegen der „Bedingung der Gleichpreisigkeit“ besteht im Rahmen des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ohnehin eine Fiktion zugunsten des VIU, da es der Marktrealität entspricht, dass Wettbewerber zur Kompensation monopolistischer *Goodwill*-Vorteile des VIU dessen Endnutzerentgelte nicht nur nachbilden, sondern sogar unterbieten müssen, um Marktanteile zu gewinnen.<sup>50</sup>

Mithin ist festzuhalten, dass die maßgebliche Perspektive für die im Rahmen eines PKS-Tests gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG relevanten Retailkosten diejenige des Wettbewerbers ist. Im Übrigen konstituiert das explizite gesetzliche Erfordernis der Effizienz einen abstrakten Maßstab, so dass nicht etwa die Durchschnittskosten und damit die tatsächlichen Kosten des Wettbewerbers zugrunde gelegt werden können, sondern nur die eines hypothetischen effizienten Wettbewerbers.<sup>51</sup>

<sup>36</sup> BT-Drs. 15/2316, S. 67.

<sup>37</sup> *BNetzA*, (Fn. 10), S. 6 ff.; so auch *Monopolkommission*, Wettbewerbsentwicklungen 2005, Sondergutachten Nr. 43, S. 74, Tz. 143.

<sup>38</sup> *Koenig/Schreiber*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2010, S. 9.

<sup>39</sup> *Oster*, (Fn. 24), Teil 4, Rn. 18.

<sup>40</sup> Vgl. *Klees*, in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch. Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 32. EL 2013, Teil 6, Rn. 17.

<sup>41</sup> Vgl. *BNetzA*, (Fn. 10), S. 9.

<sup>42</sup> *Haucap/Heimeshoff*, in: Haucap/Kühling (Hrsg.), Effiziente Regeln für Telekommunikationsmärkte. Kartellrecht, Netzneutralität und Preis-Kosten-Scheren, 2009, S. 190; *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht. Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 268 f.

<sup>43</sup> *Ludwigs*, (Fn. 42), S. 268.

<sup>44</sup> Vgl. *Ludwigs*, (Fn. 42), S. 268.

<sup>45</sup> *Haucap/Heimeshoff*, (Fn. 42), S. 190, formulieren dies prägnant: „Aus Sicht der ökonomischen Theorie kann ein effizienter Wettbewerber nicht etwas anderes sein als ein effizientes Unternehmen.“

<sup>46</sup> *Haucap/Heimeshoff*, (Fn. 42), S. 191.

<sup>47</sup> *BNetzA*, (Fn. 10), S. 7.

<sup>48</sup> *Monopolkommission*, Wettbewerbsentwicklungen 2005, Sondergutachten Nr. 43, S. 74, Tz. 143.

<sup>49</sup> *F. Müller*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien. Kommentar, 3. Auflage 2015, § 28 TKG Rn. 38.

<sup>50</sup> *Schütz/Neumann*, (Fn. 4), § 28 Rn. 108.

<sup>51</sup> So die h.M., s. etwa Fischer, (Fn. 5), S. 191; anders etwa *Gerpott/Winzer*, K&R 2004, 162 (166 ff.).

### 3. Beseitigung

Wie gezeigt, ist die PKS durch eine unangemessene Spanne zwischen Vorleistungsentgelt und entsprechendem Endnutzerentgelt gekennzeichnet.<sup>52</sup> Die Ursache eines solchen Missverhältnisses liegt stets in einer von drei Preisgestaltungsvarianten des VIU.<sup>53</sup> Erstens kann das Endnutzerentgelt kostenorientiert bemessen sein, wogegen das Vorleistungsentgelt überhöht ist; zweitens kann das Vorleistungsentgelt kostenorientiert bemessen sein, wogegen das Endnutzerentgelt kostenunterdeckend ist; drittens kann beides zugleich der Fall sein.

Der Wortlaut des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG verhält sich nicht zur Frage, wie der PKS abzuwehren ist, ob also das Vorleistungsentgelt abzusenken ist, das Endnutzerentgelt anzuheben ist oder beides zugleich zu erfolgen hat.<sup>54</sup> Diese Entscheidung ist somit in das (Regulierungs-)Auswahlermessen der *BNetzA* gestellt.<sup>55</sup> Dem Auswahlermessen der *BNetzA* bei der Beseitigung einer PKS werden allerdings durch das TKG in mehrfacher Hinsicht Grenzen gesetzt.<sup>56</sup> Einerseits ist gem. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG das Fordern überhöhter Entgelte verboten (Preishöhenmissbrauch), so dass insoweit eine Preisobergrenze für Endnutzerentgelte zu beachten ist.<sup>57</sup> Andererseits darf das Vorleistungsentgelt nicht unter die Dumpingschwelle des § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG abgesenkt werden, da nach dieser Vorschrift eine Kostenunterdeckung zur Vermutung eines Behinderungsmissbrauchs im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG führt.<sup>58</sup> Schließlich muss berücksichtigt werden, dass das Absenken der Vorleistungsentgelte nicht zur Entstehung einer KKS führen darf.<sup>59</sup>

Im Falle der Ex-ante-Entgeltregulierung ist zur Beseitigung einer PKS anstatt bzw. neben dem Anheben der Endnutzerentgelte auch das Absenken der Vorleistungsentgelte unter die in § 32 Abs. 1 TKG legal definierten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) zulässig, so dass insoweit der Missbrauchsmaßstab des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG den Effizienzmaßstab des § 31 Abs. 1 TKG überlagert.<sup>60</sup>

<sup>52</sup> Vgl. *Groebel*, (Fn. 7), § 28 Rn. 56, die eine PKS (verkürzend) als „nicht ausreichende Spanne“ definiert.

<sup>53</sup> Hier und im Folgenden *BNetzA*, (Fn. 10), S. 26 f.; *Groebel*, (Fn. 7), § 28 Rn. 60.

<sup>54</sup> Vgl. hier und im Folgenden *Fetzer*, (Fn. 18), § 28 Rn. 62.

<sup>55</sup> Ein (Regulierungs-)Entschließungsermessen besteht in diesem Punkt nicht.

<sup>56</sup> Vgl. hier und im Folgenden *Fetzer*, (Fn. 18), § 28 Rn. 62.

<sup>57</sup> Zum Preishöhenmissbrauch s. *Schütz/Neumann*, (Fn. 4), § 28 Rn. 44 ff.

<sup>58</sup> Zur Kostenunterdeckung s. *Schütz/Neumann*, (Fn. 4), § 28 Rn. 94 ff.

<sup>59</sup> S. dazu noch ausführlich unten Abschnitt IV.

<sup>60</sup> So mit ausführlicher Begründung *Radtke*, Materielle Maßstäbe der telekommunikationsrechtlichen ex ante Vorleistungsentgeltkontrolle. Eine Analyse des § 28 TKG im Vergleich zum KeL-Maßstab, 2013, S. 181 ff.; krit. im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 14 GG *Mayen*, (Fn. 8), § 28 Rn. 49.

### III. Die Kosten-Kosten-Schere

Anders als die in § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG legal definierte PKS, kennt das TKG den Begriff der KKS nicht. Gleichwohl ist die KKS normativ im TKG verankert.

#### 1. Teleologie

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der KKS lassen sich bei teleologischer Betrachtung aus dem Gesetz selbst herleiten. Hierzu sind das Konsistenzgebot des § 27 Abs. 2 TKG und das auf diesem fundierende Konzept der Investitionsleiter sowie die Ziele und Grundsätze der Regulierung, namentlich § 2 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 4 TKG, in den Blick zu nehmen.

##### a) Konsistenzgebot

Das in § 27 Abs. 2 S. 1 TKG legal definierte Konsistenzgebot verpflichtet<sup>61</sup> die *BNetzA*, „darauf zu achten, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind“. Davon umfasst ist gem. § 27 Abs. 2 S. 2 TKG die Pflicht der *BNetzA* zur zeitlichen und inhaltlichen Abstimmung der Entgeltregulierungsmaßnahmen sowie zur Prüfung, ob die Entgeltregulierungsmaßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 TKG stehen. Sinn und Zweck des Konsistenzgebots ist es, durch eine konsistente Entgeltregulierung Wettbewerbsverzerrungen als Folgen inkonsistenter Regulierungsentscheidungen zu vermeiden.<sup>62</sup>

Schon im Gesetzgebungsverfahren wurde kritisiert, dass § 27 Abs. 2 TKG nicht zu entnehmen ist, welche Anforderungen an eine konsistente Entgeltregulierung im Einzelnen zu stellen sind.<sup>63</sup> Der Gesetzgeber hat dennoch auf eine detailliertere Regelung verzichtet, diese vielmehr ins Ermessen der *BNetzA* gestellt,<sup>64</sup> so dass das Konsistenzgebot „in materieller Hinsicht gesetzgeberisch undefiniert“<sup>65</sup> bleibt. Aus diesen Gründen hat die *BNetzA* im Jahr 2009 zur Schaffung von Rechtssicherheit ihre Rechtsauffassung bzgl. einer konsistenten Entgeltregulierung gem. § 122 Abs. 3 TKG in Form von norminterpretierenden Verwaltungsgrundsätzen dargelegt.<sup>66</sup> Dort benennt die *BNetzA* in

<sup>61</sup> So die ganz h.M., stellv. für viele *Mayen*, (Fn. 8), § 27 Rn. 26; a.A. *Gerpott*, K&R 2005, 108 f.; bloße Leitlinie. S. ausführlich zu diesem Meinungsstreit *Fischer*, (Fn. 5), S. 169 ff.

<sup>62</sup> BT-Drs. 15/2316, S. 67; zu den Folgen inkonsistenter Entgeltregulierung s. *Monopolkommission*, Telekommunikation und Post 2003, Sondergutachten Nr. 39, S. 72, Tz. 142.

<sup>63</sup> Stellungnahme des *Bundesrats* vom 09.01.2004, BT-Drs. 15/2316, S. 112.

<sup>64</sup> Stellungnahme der *Bundesregierung* vom 14.01.2004, BT-Drs. 15/2345, 3, zu Nr. 21.

<sup>65</sup> *F. Müller*, (Fn. 49), § 27 TKG Rn. 12.

<sup>66</sup> *BNetzA*, (Fn. 14).

Übereinstimmung mit dem überwiegenden Schrifttum den Grundsatz der Neutralität der Regulierung als zentrales Konsistenzanfordernis.<sup>67</sup> Demnach steht die Regulierung bei der Ermöglichung effizienter Geschäftsmodelle dem Dienstwettbewerb und dem Infrastrukturwettbewerb indifferent gegenüber.<sup>68</sup> Denn Ziel eines konsistenten Entgeltsystems ist, dass alle effizienten Anbieter unabhängig von der Wertschöpfungsstufe, auf der sie tätig sind, langfristig kostendeckend wirtschaften können.<sup>69</sup> Hierzu müssen nicht nur Vorleistungs- und Endnutzerentgelte (*vertikale Konsistenz*), sondern auch unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen entsprechende Vorleistungsentgelte (*horizontale Konsistenz*) zueinander in einem angemessenen Verhältnis stehen.<sup>70</sup> Letzteres setzt voraus, dass die Abstände zwischen den Vorleistungsentgelten der Kostendifferenz zwischen den jeweiligen Wertschöpfungsstufen entsprechen.<sup>71</sup> Durch eine solche Vorgehensweise wird gewährleistet, dass durchgängig Anreize zum Markteintritt bestehen; sie dient somit den übergeordneten Zielsetzungen der Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG) und der Sicherstellung des unverzerrten Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) auf allen Wertschöpfungsstufen.<sup>72</sup>

### b) Konzept der Investitionsleiter

Das Konzept der Investitionsleiter – in seiner Ausdeutung durch die *BNetzA* – ist ein Regulierungsprinzip<sup>73</sup>, das zur Förderung des Infrastrukturwettbewerbs optimale Investitionsanreize setzen soll.<sup>74</sup> Optimal bedeutet insofern, dass Infrastruktur- und Dienstwettbewerb in Balance gebracht werden.<sup>75</sup> Damit wird der Zielkonflikt zwischen der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs im Infrastruktur- und im Dienstbereich (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) einerseits und der Förderung von Infrastrukturinvestitionen (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG) andererseits möglichst schonend aufgelöst, indem beide Zielsetzungen größtmögliche Berücksichtigung finden.<sup>76</sup>

Dem Konzept der Investitionsleiter zugrunde liegt die Einordnung aller TK-Vorleistungsmärkte in eine Wertschöpfungskette. Demnach steigt die Wertschöpfung an der Endnutzerleistung eines neuen Anbieters mit dem zunehmenden Ausbau eigener Netzinfrastrukturen, da die Abhängigkeit von Zugangsdiensten des Incumbents abnimmt.<sup>77</sup> Dieser Prozess vollzieht sich stufenweise: Die höchste Wertschöpfungsstufe ist das vollständige Eigentum der Infrastruktur; die zweite Stufe ist der (entbündelte) Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL); die dritte Stufe ist der Bitstrom-Zugang.<sup>78</sup> Am wenigsten wertschöpfungsintensiv ist der bloße Wiederverkauf von Endnutzerleistungen des Incumbents („*resale*“) als unterste Sprosse der Investitionsleiter.<sup>79</sup>

Damit neue Anbieter sukzessive die Wertschöpfungsstufen der Investitionsleiter emporsteigen können, ist durch Regulierung sicherzustellen, dass (1.) wertschöpfungsmäßig abgestufte Zugangsprodukte verfügbar und (2.) deren Entgelte konsistent sind.<sup>80</sup> Inkonsistente Entgelte würden zur Verzerrung von Investitionsentscheidungen führen, da (potentielle) neue Anbieter in diesem Fall die Entscheidung des „*make it or buy it?*“ nicht ökonomisch-rational unter Wertschöpfungsgesichtspunkten, sondern strategisch anhand des günstigsten Vorleistungsentgelts treffen würden.<sup>81</sup> Ist das Preisgefüge der Vorleistungsprodukte dagegen konsistent – haben also alle Anbieter die Möglichkeit, unabhängig von der Wertschöpfungsstufe, auf der sie tätig sind, miteinander zu konkurrieren –,<sup>82</sup> bestehen sowohl Anreize für neue Anbieter, durch „*resale*“ in den Markt einzutreten, als auch Anreize für bereits bestehende Anbieter, stufenweise in die eigene Infrastruktur zu investieren, nachdem (durch Kundenzuwachs) Kapital generiert wurde.<sup>83</sup> Damit wird deutlich, dass das Konzept der Investitionsleiter keine Bevorzugung des Infrastrukturwettbewerbs gegenüber dem Dienstwettbewerb darstellt, sondern eine Synthese aus beiden Wettbewerbsformen ist.<sup>84</sup> Deutlich wird darüber hinaus, dass das Konzept der Investitionsleiter untrennbar mit dem Konsistenzgebot des § 27 II TKG verwoben ist.

## 2. Definition

Wie auch bei der PKS geht es bei der Definition der KKS im Kern darum, wann die Abstände zwischen

<sup>67</sup> *BNetzA*, (Fn. 14), S. 9; eine Bevorzugung des Infrastrukturwettbewerbs erfolgt somit nicht, vgl. *Paschke*, (Fn. 4), TKG, § 27 Rn. 71.

<sup>68</sup> *BNetzA*, (Fn. 14), S. 9.

<sup>69</sup> *BNetzA*, (Fn. 14), S. 9.

<sup>70</sup> *Paschke*, (Fn. 4), § 27 Rn. 73; zu den Begrifflichkeiten der *vertikalen* und *horizontalen Konsistenz* s. *Gerpott*, K&R 2005, 108 (109).

<sup>71</sup> *Groebel*, (Fn. 7), § 27 Rn. 9; andernfalls läge eine KKS vor, s. etwa *BNetzA*, Beschl. v. 26.06.2013, Az. BK 3c-13/002, S. 76.

<sup>72</sup> *BNetzA*, (Fn. 14), S. 4; *Holzner/Enaux/Nienhaus*, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 269.

<sup>73</sup> Krit. zum Investitionsleiteransatz als regulatorisches Prinzip *Knieps*, in: *Knieps/Weiß* (Hrsg.), Fallstudien zur Netzökonomie, 2009, S. 21 ff.

<sup>74</sup> *BNetzA*, (Fn. 14), S. 15, 18 f.; grundlegend zum Konzept der „*ladder of investment*“ *Cave*, MMR-Beil. 2003, 15, passim.

<sup>75</sup> *BNetzA*, (Fn. 14), S. 15, 42. Voneinander abzugrenzen und keinesfalls bedeutungsgleich sind demnach optimale Konsistenz und maximale Konsistenz; s. *Höfller*, MMR-Beil. 2005, 6 (8).

<sup>76</sup> Vgl. *Höfller*, MMR-Beil. 2005, 6 (8); *Holzner/Enaux/Nienhaus*, (Fn. 72), Rn. 240 ff., 243.

<sup>77</sup> *Kühling/Schall/Biendl*, (Fn. 12), Rn. 212.

<sup>78</sup> S. zu dieser Grobeinteilung *Winzer*, Konsistente Entgeltregulierung von Vorleistungsprodukten – vor dem Hintergrund des Ladder of Investment-Konzeptes. Vortrag im Rahmen des WIK-Consult Workshops „Infrastrukturwettbewerb vs. Dienstwettbewerb beim Breitbandzugang“ vom 11. September 2014, Folie 7.

<sup>79</sup> Vgl. *Kurth*, MMR 2001, 653 (656).

<sup>80</sup> *BNetzA*, (Fn. 14) (Fn. 14), S. 15; *Groebel*, (Fn. 7), § 27 Rn. 35.

<sup>81</sup> *BNetzA*, (Fn. 14), S. 14, 42.

<sup>82</sup> *Groebel*, (Fn. 7), § 27 Rn. 33.

<sup>83</sup> *Kühling/Schall/Biendl*, (Fn. 12), Rn. 213.

<sup>84</sup> *Groebel*, (Fn. 7), § 27 Rn. 36.

verschiedenen(hier: Vorleistungs-)Entgeltennicht, „*richtig*“ bemessen sind. Den Maßstab hierfür gibt das Gesetz in § 27 Abs. 2 TKG vor.<sup>85</sup> Wie gezeigt müssen nach dem dort konstituierten Konsistenzgebot und dem darauf fundierenden Konzept der Investitionsleiter alle Anbieter unabhängig von der Wertschöpfungsstufe, auf der sie tätig sind, die Möglichkeit haben, miteinander zu konkurrieren.<sup>86</sup> Dazu muss der Nutzer einer wertschöpfungsintensiveren, eigene Infrastruktur erfordernden Vorleistung (B) in der Lage sein, den Vorleistungspreis des Nutzers einer wertschöpfungsärmeren, geringere Infrastrukturinvestitionen erfordernden Vorleistung (A) nachzubilden.<sup>87</sup> Hierfür darf das Geschäftsmodell des B nicht mit höheren Kosten<sup>88</sup> verbunden sein als das Geschäftsmodell des A.<sup>89</sup> Somit muss die Spanne zwischen den von B und A zu zahlenden Vorleistungsentgelten mindestens den inkrementellen Zusatzkosten entsprechen, die B bei der Bereitstellung des von A genutzten Vorleistungsprodukts entstehen; die *BNetzA* spricht insoweit von der *Wertschöpfungsdifferenz* (und legt damit auch ihrer KKS-Definition einen REC-Ansatz zugrunde).<sup>90</sup> In Anlehnung an den im Rahmen der PKS gebräuchlichen Begriff der Retailkosten, ließe sich hier treffend von *Wholesalekosten* sprechen.

Daraus ergibt sich folgende KKS-Definition: Eine KKS liegt vor, wenn die Spanne zwischen den Entgelten, die ein über beträchtliche Marktmacht auf einem Zugangsmarkt verfügender TK-Netzbetreiber für Zugangsleistungen auf verschiedenen Wertschöpfungsstufen in Rechnung stellt, die jeweilige Wertschöpfungsdifferenz nicht angemessen widerspiegelt.<sup>91</sup>

#### 4. Rechtliche Einordnung

Wie gezeigt, bildet das Konsistenzgebot des § 27 Abs. 2 TKG zusammen mit dem darauf fundierenden Konzept der Investitionsleiter den Maßstab für die Beurteilung, ob eine KKS besteht. Daher ist es zutreffend, § 27 Abs. 2 TKG als normative Verankerung der KKS im TKG zu bezeichnen. Eine andere Frage ist jedoch, ob sich aus dem Konsistenzgebot auch ein Verbot der KKS – wie es § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG für die PKS normiert – ableiten lässt.<sup>92</sup> Gegen eine solche Auffassung spricht indes der

Normcharakter des § 27 Abs. 2 TKG. In § 27 Abs. 2 TKG werden gerade keine Vorgaben hinsichtlich der *materiellen Konsistenz* von Entgelten gemacht, sondern lediglich die Entgeltmaßstäbe aus §§ 28, 31 TKG ergänzt.<sup>93</sup> Zudem fehlt es in § 27 Abs. 2 TKG an einer dem § 28 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 TKG entsprechenden Regelung der Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung, so dass das Konsistenzgebot als Entgeltmaßstab die freie Preisgestaltung des regulierten Unternehmens stärker einschränken würde als der Missbrauchsmaßstab des § 28 TKG.<sup>94</sup> Nicht nur, dass eine solche Diskrepanz der rechtlichen Behandlung von PKS und KKS dogmatisch durch nichts begründet ist, sie würde aufgrund der Unbestimmtheit des Konsistenzgebots auch einen kaum zu rechtfertigenden Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 2, und 3 GG) bedeuten.<sup>95</sup> Ein Verbot der KKS kann daher nicht auf § 27 Abs. 2 TKG gestützt werden.

In der Literatur, insbesondere in der älteren vor der Novellierung des TKG im Jahr 2004, wird oftmals zwischen PKS und KKS gar nicht unterschieden bzw. die KKS als „*Preis-Kosten-Schere zwischen Vorleistungsmärkten*“<sup>96</sup> qualifiziert.<sup>97</sup> Bei einem solchen Begriffsverständnis liegt es nahe, in der Verbotsnorm für PKS, § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG, auch ein Verbot der KKS zu sehen. Dem steht allerdings der klare Wortlaut des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG entgegen („*Spanne zwischen dem Entgelt, das der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes [...] für eine Zugangsleistung in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endnutzerentgelt*“). In Betracht kommt daher allenfalls die analoge Anwendung des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG auf KKS.

Eine solche gesetzesimmanente Rechtsfortbildung im Wege der Analogie hätte das Bestehen einer offenen Gesetzeslücke zur Voraussetzung. Allerdings hält das TKG in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG eine Verbotsnorm bereit, unter die sich auch die KKS subsumieren lässt. Als Behinderungsmisbrauch verboten ist einem TK-Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nach dieser Vorschrift das Fordern von Entgelten, „*die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise beeinträchtigen*“. Die Wettbewerbseffekte einer KKS in Bezug auf den wertschöpfungsintensiveren Vorleistungsmarkt entsprechen denen der PKS (Marktverdrängung, Marktabschottung, Re-Monopolisierung) und wirken sich daher nachteilig auf die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer TK-Unternehmen aus.<sup>98</sup> Ob die darin bestehende Beeinträchtigung erheblich im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Insofern ist maßgeblich, in welchem Umfang die Spanne zwischen den Vorleistungs-

<sup>85</sup> Vgl. *BNetzA*, (Fn. 14), S. 45.

<sup>86</sup> *Groebel*, (Fn. 7), § 27 Rn. 33.

<sup>87</sup> Vgl. *BNetzA*, Beschl. v. 28.06.2013, Az. BK 3a-13/003, S. 58.

<sup>88</sup> Gemeint sind die den Wettbewerbspreis simulierenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL), s. *BNetzA*, (Fn. 14), S. 18 f.

<sup>89</sup> *BNetzA*, Beschl. v. 13.05.2008, Az. BK 3c-08-004, S. 50; *BNetzA*, (Fn. 14), S. 45.

<sup>90</sup> *Berger-Kögler*, MMR 2010, 303 (305).

<sup>91</sup> St. Beschlusspraxis der *BNetzA*, s. etwa *BNetzA*, Beschl. v. 26.06.2013, Az. BK 3c-13/002, S. 76; *BNetzA*, Beschl. v. 28.06.2013, Az. BK 3a-13/003, S. 53; *BNetzA*, Beschl. v. 17.10.2012, Az. BK 3c-12-070, S. 62; *BNetzA*, Beschl. v. 26.03.2010, Az. BK 3c-10-045, S. 52; *BNetzA*, Beschl. v. 30.06.2010, Az. BK 3c-10-088, S. 21; *BNetzA*, Beschl. v. 17.10.2012, Az. BK 3f-12-072, S. 28.

<sup>92</sup> In dieser Weise legt *Radtke* (s. *ders.*, (Fn. 60), S. 193, Fn. 894) auch die Kommentierung von *Hellwig* (s. *ders.*, (Fn. 18), § 27 Rn. 19) aus.

<sup>93</sup> Maßgeblich auf Art. 3 GG stützt das Konsistenzgebot *Mayen*, CR 2005, 21 (25); *ders.*, CR 2005, 484 (486).

<sup>94</sup> *Radtko*, (Fn. 60), S. 193.

<sup>95</sup> *Radtko*, (Fn. 60), S. 193 f.

<sup>96</sup> *Rädler*, CR 2010, 780 (785).

<sup>97</sup> So etwa *Rädler*, CR 2010, 780 (785 f.).

<sup>98</sup> Zum Merkmal der Beeinträchtigung i. S. d. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG s. *Mayen*, (Fn. 8), § 28 Rn. 27.

entgelten von der angemessenen Wertschöpfungsdifferenz abweicht. Mithin fallen von TK-Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht praktizierte KKS dem Grunde nach unter den Tatbestand des Behinderungsmisbrauchs gem. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG.

Eine Gesetzeslücke besteht somit hinsichtlich des Verbots der KKS nicht, so dass insoweit eine analoge Anwendung des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ausscheidet. Allerdings normiert § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG als Regelbeispiel der Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 TKG – anders als der Vermutungstatbestand des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG („ein Missbrauch im Sinne von Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 wird vermutet, wenn [...]“) – keine Beweislastumkehr,<sup>99</sup> so dass jedenfalls insofern eine Gesetzeslücke besteht. Fraglich ist, ob diese auch als offen, das heißt als „planwidrige Unvollständigkeit“ des Gesetzes zu qualifizieren ist. Das Fehlen einer der PKS entsprechenden Regelung eines Verbots der KKS ist keine planmäßige Dezi- sion, der Gesetzgeber war sich der Problematik schlichtweg nicht bewusst. Die explizite Regelung des Verbots der PKS in § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist auf die Abundanz der PKS unter dem Regime des TKG 1996 zurückzuführen.<sup>100</sup> Für Missbrauchspotentiale auf horizontaler Vorleistungsebene fehlte dagegen das Problembewusstsein. Die rechtliche Wertung des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist derweil durchaus auf die Situation der KKS übertragbar. So wird argumentiert, die wettbewerbsschädliche Wirkung der Kostenunterdeckung eines Vorleistungsprodukts des Incumbents sei sogar noch größer als die der Kostenunterdeckung einer Endnutzerleistung des Incumbents.<sup>101</sup> Dem ist zuzustimmen, da die Wettbewerbsverzerrung auf dem Vorleistungsmarkt die Wettbewerber zwar hinsichtlich ihrer Konkurrenzfähigkeit grundsätzlich in gleichem Maße trifft wie eine Wettbewerbsverzerrung auf dem Endnutzermarkt, darüber hinaus jedoch eine spezifische Unterminierung des Infrastrukturwettbewerbs (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG) darstellt.<sup>102</sup>

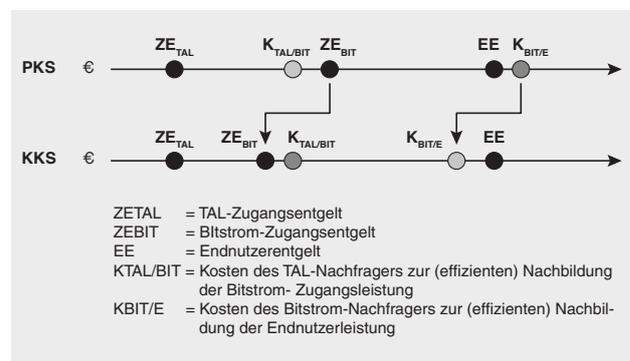
Mithin ist festzuhalten, dass die KKS in § 27 Abs. 2 TKG normativ verankert ist, das Verbot der KKS dagegen allein in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG seine gesetzliche Grundlage findet. Die Vorschrift des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist (ausschließlich) in Bezug auf die dort geregelte Beweislastumkehr analog anzuwenden.

#### IV. Korrelationen zwischen Preis-Kosten-Scheren und Kosten-Kosten-Scheren

Ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem Vorleistungsmarkt hat es in der Hand, durch seine Preissetzung eine KKS zu erzeugen und auf diese Weise die Wettbewerbsmöglichkeiten von Konkurrenten auf

dem betroffenen Vorleistungsmarkt zu behindern. Hierfür kommt neben einer isolierten KKS auch eine Kombination von KKS und PKS in Betracht.<sup>103</sup> Beide Phänomene, PKS und KKS, bedingen sich jedoch gegenseitig nicht.

Denkbar ist auch der Fall, dass die Beseitigung einer PKS zu einer KKS führt.<sup>104</sup> Diese Problematik wird virulent, wenn die *BNetzA* zur Auflösung einer PKS die Vorleistungsentgelte absenkt (statt die Endnutzerentgelte anzuheben). Senkt die *BNetzA* das Vorleistungsentgelt im Wege der Entgeltregulierung so weit ab, dass der Abstand des abgesenkten Vorleistungsentgelts zum Vorleistungsentgelt des Nutzers einer wertschöpfungsintensiveren Vorleistung die Wertschöpfungsdifferenz nicht mehr angemessen widerspiegelt, ist eine KKS entstanden.



**Abbildung 2:** Entstehung einer KKS im Zuge der Beseitigung einer PKS durch Absenken des Vorleistungsentgelts am Beispiel von Bitstrom- (von der PKS betroffen) und TAL-Nachfragern (von der KKS betroffen)

Die hieraus resultierende Konnexität von PKS und KKS erlangt insoweit rechtliche Bedeutung, als bereits bei der Beurteilung, ob und wie die PKS zu beseitigen ist, die bei Absenkung des Vorleistungsentgelts drohende KKS zu berücksichtigen ist. Diese Problematik wurde – soweit ersichtlich – von Rechtsprechung, *BNetzA* und Literatur noch nicht thematisiert.

Zur Frage der Auswirkungen einer drohenden KKS auf das „Wie“ der Beseitigung einer PKS gilt Folgendes: Eine PKS kann nicht nur durch das Absenken der Vorleistungsentgelte, sondern auch durch das Anheben der Endnutzerentgelte beseitigt werden. Diese Alternative ist für den Endnutzer zwar weitaus misslicher, führt jedoch keinesfalls zur Entstehung einer KKS. Ihrer wird sich die *BNetzA* daher stets bedienen müssen, sofern die Endnutzerpreise erhöht werden können. Denn in diesem Fall wäre es unverhältnismäßig, das betroffene Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht von dem einen Missbrauchstatbestand (die PKS) in den nächsten (die KKS)

<sup>99</sup> Zur Beweislastverteilung im Rahmen der Vermutungstatbestände des § 28 Abs. 2 TKG s. *F. Müller*, (Fn. 49), § 28 TKG Rn. 32.

<sup>100</sup> BT-Drs. 15/2316, S. 67.

<sup>101</sup> *Radtke*, (Fn. 60), S. 194.

<sup>102</sup> S. zur Bedeutung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs *Cornils*, (Fn. 4), § 2 Rn. 38.

<sup>103</sup> *Berger-Kögler*, MMR 2010, 303 (305).

<sup>104</sup> Vgl. *Radtke*, (Fn. 60), S. 198 f.

hineinzumanövrieren.<sup>105</sup> Diese Möglichkeit der Beseitigung einer PKS scheidet ausnahmsweise dann aus, wenn eine Erhöhung der Endnutzerentgelte nicht in Betracht kommt, etwa weil die Endnutzerentgelte keiner sektorspezifischen Entgeltregulierung unterliegen oder ein Ausbeutungsmissbrauch, § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG, die Folge wäre.<sup>106</sup>

In der vorgenannten Ausnahmekonstellation stellt sich die Frage nach den Auswirkungen einer drohenden KKS auf das „Ob“ der Beseitigung einer PKS. Konkret geht es darum, ob bei einer drohenden KKS die Beseitigung der PKS gegebenenfalls auszusetzen ist. Dabei ist jedoch zu beachten, dass eine solche derogierende Wirkung der KKS allenfalls vorübergehend gelten kann, bis die *BNetzA* die Konsistenz der Vorleistungsentgelte nach § 27 Abs. 2 TKG hergestellt hat, so dass keine KKS mehr droht. Problematisch ist zudem die gesetzliche Fundierung eines derartigen Derogationsansatzes. Denn gem. §§ 35 Abs. 3 S. 2, 38 Abs. 4 S. 1 TKG sind Entgelte, die nicht in Einklang mit § 28 TKG stehen, nicht zu genehmigen bzw. zu untersagen. Ein (Regulierungs-)Ermessen besteht insoweit nicht.<sup>107</sup> Die Berücksichtigung einer durch Absenkung der Vorleistungsentgelte drohenden KKS bei der Entscheidung der *BNetzA*, ob sie der PKS abhilft, erscheint daher nur im Wege einer teleologischen Reduktion der §§ 35 Abs. 3 S. 2, 38 Abs. 4 S. 1 TKG möglich. Dann müsste es der gesetzlichen Wertung des TKG entsprechen, die §§ 35 Abs. 3 S. 2, 38 Abs. 4 S. 1 TKG insoweit einzuschränken, als bei einer drohenden KKS die Beseitigung der PKS vorübergehend auszusetzen wäre.

Für die Ermittlung der gesetzlichen Wertung können die in § 2 TKG normierten Regulierungsziele und Regulierungsgrundsätze fruchtbar gemacht werden.<sup>108</sup> Bei der Frage, ob eine PKS aus Rücksicht auf eine bei Beseitigung der PKS drohende KKS vorübergehend hinzunehmen ist, geht es letztlich um die Frage, ob dem Infrastrukturwettbewerb Vorrang gegenüber dem Dienstwettbewerb gebührt. Denn die KKS beeinträchtigt durch ihre wettbewerbschädliche Wirkung auf dem Vorleistungsmarkt unmittelbar den infrastrukturbasierten Wettbewerb *um das Netz*, wogegen sich die PKS schädlich auf den Wettbewerb der Diensteanbieter *auf dem Netz* auswirkt.<sup>109</sup> Wie jedoch bereits gezeigt, kennt das TKG keinen Primat des Infrastrukturwettbewerbs.<sup>110</sup> Dies folgt bereits aus dem Grundsatz der Neutralität der Regulierung als wichtigstes Postulat des Konsistenzgebots des § 27 Abs. 2 TKG. Darüber hinaus stehen die gesetzlich gebotene Chancengleichheit (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) und Technologieneutralität (§ 1 TKG)

der Regulierung sowie die gesetzlich verbotene Diskriminierung von Marktteilnehmern (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 a.E. TKG) der pauschalen Vorranggewährung zugunsten des Infrastrukturwettbewerbs entgegen.<sup>111</sup>

Etwas anderes gilt möglicherweise für den Bereich der *Next Generation Access Networks* (NGA-Netze), deren Ausbau gem. § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG ein Ziel der TK-Regulierung darstellt. Da der Ausbau von NGA-Netzen in hohem Maße mit (versunkenen) Kosten und daher mit einem großen Investitionsrisiko verbunden ist, bestehen insofern trotz vorhandenem Dienstwettbewerb – anders als es dem Konzept der Investitionsleiter entspricht – unter Umständen keine Anreize zur Investition in NGA-Netze als höhere Wertschöpfungsstufe.<sup>112</sup> Unter dieser Prämisse wäre – damit es in diesem Bereich überhaupt zu Infrastrukturinvestitionen kommt – eine den Dienstwettbewerb beeinträchtigende PKS vorübergehend eher hinnehmbar als eine den ohnehin gehemmten Infrastrukturwettbewerb beeinträchtigende KKS, so dass (nur) insoweit eine teleologische Reduktion der §§ 35 Abs. 3 S. 2, 38 Abs. 4 S. 1 TKG denkbar ist.

Die *BNetzA* hat es mithin in der Hand, durch eine gleichzeitige bzw. am wertschöpfungsärmsten Vorleistungsprodukt beginnende Regulierung aller Vorleistungsentgelte, deren Konsistenz entsprechend dem Konsistenzgebots des § 27 Abs. 2 TKG und dem darauf fundierenden Konzept der Investitionsleiter sicherzustellen und auf diese Weise wettbewerbschädliche Wechselwirkungen von PKS und KKS *a priori* zu verhindern.<sup>113</sup>

## V. Fazit

Der Beitrag hat gezeigt, dass es sich bei der PKS und der KKS um Missbrauchstatbestände handelt, welche der Preissetzung von VIU eine relative Entgeltobergrenze und -untergrenze ziehen und daher geeignet sind, auch Wettbewerbsverzerrungen, die durch die Relation verschiedener Märkte bzw. Marktebenen entstehen, wirksam zu verhindern.<sup>114</sup> Dass insoweit im Detail vieles umstritten ist, kann nicht verwundern, geht es bei PKS und KKS doch um die schwierige Abgrenzung legitimer, wettbewerbsökonomisch erwünschter Preispolitik von wettbewerbschädlichen, investitionshemmenden Verdrängungsstrategien. Es ist gleichwohl deutlich geworden, dass im TKG auch die Antworten auf die problematischen Fragen nach der richtigen Kostenermittlungsmethodik im Rahmen von PKS-Test sowie nach der rechtliche Behandlung von KKS und nach den Korrelationen von PKS und KKS zu finden sind.

<sup>105</sup> Zum zweitgenannten Aspekt der Übertragung des Kostendrucks von den Wettbewerbern auf den Incumbent vgl. *Radtke*, (Fn. 60), S. 199.

<sup>106</sup> Vgl. zu derartigen Situationen *Mayen*, (Fn. 8), § 28 Rn. 48; zum Ausbeutungsmissbrauch s. *Fetzer*, (Fn. 18), § 28 Rn. 24.

<sup>107</sup> *Schütz/Neumann*, (Fn. 4), § 35 Rn. 80, § 38 Rn. 78.

<sup>108</sup> S. zu den Regulierungszielen und -grundsätzen *Beckmann/Müller*, (Fn. 39), Teil 10, Rn. 12 ff.

<sup>109</sup> Vgl. zur Wirkung der PKS *BNetzA*, (Fn. 10), S. 28 ff.; zur Wirkung der KKS vgl. *BNetzA*, (Fn. 14), S. 45 ff.

<sup>110</sup> *Holzner/Enaux/Nienhaus*, (Fn. 72), Rn. 243.

<sup>111</sup> *Cornils*, (Fn. 4), § 2 Rn. 40 ff., 45.

<sup>112</sup> *Cornils*, (Fn. 4), § 2 Rn. 38.

<sup>113</sup> *Radtke*, (Fn. 60), S. 199.

<sup>114</sup> Vgl. in Bezug auf PKS *Masing/Ehrmann*, in: *Wilms/Masing/Jochum* (Hrsg.), TKG, § 28 Rn. 38.