

**Preiskontrolle marktbeherrschender Unternehmen im Lichte der Rechtsprechung
 – Methode der Kostenkontrolle und Gewinnbegrenzung –**

I.

Ausgangslage

Grundsätzliche Zulässigkeit der Methode. Im europäischen Kartellrecht war seit der United Brands Entscheidung des EuGH (Urt. v. 14.02.1978, NJW 1978, 2439) das Konzept der Kostenkontrolle und Gewinnbegrenzung anerkannt. Im deutschen Kartellrecht stand bisher bei der Preiskontrolle die Vergleichsmarktbetrachtung im Vordergrund. Im GWB wurde die Preiskontrolle anhand einer Kostenprüfung und Gewinnbegrenzung für den Bereich der Wasserwirtschaft in § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB und für den Bereich der Energiewirtschaft durch § 29 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 GWB ausdrücklich normiert. Durch den Calw-Beschluss (vom 15.05.2012, NJW 2012, 3243) hat der BGH klargestellt, dass die Methode der Kostenkontrolle und Gewinnbegrenzung auch im Rahmen von § 19 GWB allgemein neben der Vergleichsmarktmethode zulässig ist; § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB enthält keine Beschränkung auf die Vergleichsmarktmethode, wie aus dem Wort „insbesondere“ hervorgeht.

Vorrangiger Prüfungsmaßstab im sektorspezifischen Kartellrecht. Im sektorspezifischen Kartellrecht ist die Methode der Kostenkontrolle und Gewinnbegrenzung dagegen der vorrangig anzuwendende Prüfungsmaßstab. Entgelte werden im TKG und PostG anhand der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zuzüglich eines angemessenen Zuschlags für Gemeinkosten und einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals genehmigt (§ 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 32 Abs. 1 Satz 1 TKG, § 20 Abs. 1 PostG i.V.m. § 3 Abs. 2 PEntgV). Bei den Netznutzungsentgelten im Energierecht sind Grundlage für die Genehmigung von Netznutzungsentgelten nach § 21 Abs. 2 EnWG die Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen, unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung.

Detaillierte Regelungen in der GasNEV und StromNEV. Detaillierte Bestimmungen für die Kostenprüfung enthalten die auf der Grundlage von § 24 EnWG erlassenen Verordnungen über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (GasNEV) und zu Stromversorgungsnetzen (StromNEV). Nach Einführung der Anreizregulierung im Energierecht bleibt die Kostenprüfung nach den Vorschriften der Netzentgeltverordnungen maßgeblich für die Ermittlung des Ausgangsniveaus zur Bestimmung der Erlösobergrenzen durch die Regulierungsbehörde, § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV.

Heranziehung der Maßstäbe des sektorspezifischen Kartellrechts im GWB. Nach dem Calw-Beschluss ist zu erwarten, dass die Maßstäbe des sektorspezifischen Kartellrechts auch im allgemeinen Kartellrecht herangezogen werden. Gegenstand des Calw-Beschlusses war eine Verfügung der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg vom 24.02.2011. Darin hatte die Behörde die Regelungen der GasNEV/StromNEV bei der Kostenprüfung der Wasserpreise herangezogen. Diese Methode hat der BGH in der Calw-Entscheidung der Sache nach gebilligt, denn der BGH hob den in der Vorinstanz ergangenen Beschluss des OLG Stuttgart auf, der dieses Vorgehen der Landeskartellbehörde beanstandet hatte.

Methoden der Kostenprüfung. In der Begründung der Calw-Entscheidung bleibt der BGH hinsichtlich der Methoden, die bei der Kostenprüfung anzuwenden sind, eher vage. In Rn. 15 der Entscheidung führt der BGH aus:

„Zwar kann sich nicht die Art der Preisfindung als solche, sondern nur deren Ergebnis als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S. des § 19 GWB darstellen. Deshalb kommt es – wie die Rechtsbeschwerdeerwiderung zu recht geltend macht – nicht vorrangig auf die Methode an, mit der das Unternehmen seine Preise kalkuliert. Der Ansatz insbesondere einer Mehrheit von Preisbildungsfaktoren, von denen anzunehmen ist, dass auf ihrer Grundlage kalkulierte Preise bei wirksamem Wettbewerb auf dem Markt nicht durchgesetzt werden könnten, kann aber ein Indiz für einen missbräuchlich überhöhten Preis sein [...]. Dabei kann auf den Erfahrungssatz zurückgegriffen werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen, wäre es wirksamem Wettbewerb ausgesetzt, die Ausübung seines Preisgestaltungsspielraums maßgeblich davon abhängig machen würde, welchen Erlös es erzielen müsste, um die bei Ausschöpfung von Rationalisierungsreserven zu erwartenden Kosten zu decken und eine möglichst hohe Rendite zu erwirtschaften, andererseits aber zu verhindern, dass Kunden wegen zu hoher Preise zu einem Wettbewerber abwandern [...]. Bei der danach erforderlichen Überprüfung der Preisbildungsfaktoren kann die Kartellbehörde – und im Beschwerdeverfahren das Beschwerdegericht – auf die einschlägigen und gegebenenfalls weiterzuentwickelnden ökonomischen Theorien zurückgreifen [...]. Den im Einzelfall auftretenden Unsicherheiten bei der Feststellung der relevanten Preisbildungsfaktoren ist durch entsprechend bemessene Sicherheitszuschläge Rechnung zu tragen“.

Die grundsätzlichen Fragen. Der Formulierung des BGH lässt sich entnehmen, dass zur Umsetzung des Konzepts der Kostenkontrolle und Gewinnbegrenzung drei grundsätzliche Fragen zu beantworten sind:

- Wie hoch sind die Kosten der erbrachten Leistung, insbesondere die Kosten einer Netznutzung?

- Welche Rendite könnte das Unternehmen unter Wettbewerbsbedingungen erwirtschaften?
- Bestehen Ineffizienzen, die das Unternehmen beseitigt hätte, wenn es seine Leistung unter Wettbewerbsbedingungen erbringen würde?

Dem Calw-Beschluss ist außerdem zu entnehmen, dass die Preiskalkulation im Ausgangspunkt Sache des Unternehmens ist. Insoweit kann das Unternehmen zwischen den in Betracht kommenden ökonomischen Theorien auswählen. Bindend ist diese Entscheidung jedoch für die Kartellbehörde und für das Beschwerdegericht nicht.

Nachfolgend wird skizziert, welche Methoden für die Beantwortung der drei genannten Fragen als geeignet erscheinen. Dabei wird maßgeblich auf die im sektorspezifischen Kartellrecht entwickelten Maßstäbe zurückgegriffen.

II.

Die Ermittlung der Kosten

Kostenzuordnung nach dem Maßstab der Kostenverursachung. Die Ermittlung der Kosten setzt zunächst eine Zuordnung der im Unternehmen anfallenden Kosten zu der erbrachten Leistung voraus. Maßstab dafür ist der Grundsatz der Kostenverursachung. Zu unterscheiden ist zwischen Einzelkosten, die unmittelbar durch die Leistung verursacht werden, und Gemeinkosten, die anhand geeigneter Kriterien (Umsatz, Personalstärke o.ä.) auf die verschiedenen Leistungen verteilt werden müssen. Wird eine vorhandene Netzinfrastruktur für verschiedene Leistungen genutzt, sind die Kosten des Netzes anteilig auf die verschiedenen Leistungen umzulegen. Darüber besteht allerdings bei den Zusammenschaltungsentgelten im Telekommunikationsrecht Streit. Die Europäische Kommission steht in der Empfehlung 2009/396/EG über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU vom 7. Mai 2009 auf dem Standpunkt, den Kosten für die Zustellung einer Verbindung seien nur die Netzkosten zuzuordnen, die für die dafür zusätzlich notwendige Netzkapazität entstehen.

Kostenbegriff. Bei den Kosten ist zu unterscheiden zwischen *pagatorischen Kosten* und *kalkulatorischen Kosten*. Pagatorische Kosten sind solche, die im Betrachtungszeitraum einen Geldabfluss auslösen. Kalkulatorische Kosten sind die Kapitalkosten. Diese bestehen aus den kalkulatorischen Abschreibungen und der kalkulatorischen Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals. Fremdkapitalzinsen sind dagegen im Ausgangspunkt pagatorische Kosten.

Die Errichtung von Versorgungsnetzen erfordert regelmäßig einen hohen Kapitaleinsatz. Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb auf die Kosten, die durch diesen Kapitaleinsatz entstehen. Dies sind die kalkulatorischen Abschreibungen, die kalkulatorische Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals und die Fremdkapitalkosten.

1. Bewertung des Anlagevermögens

Bedeutung. Die Bewertung des Anlagevermögens ist in zweifacher Hinsicht von Bedeutung. Der so ermittelte Wert der einzelnen Güter des Anlagevermögens ist Bemessungsgrundlage für die kalkulatorischen Abschreibungen. Der sich nach Abzug der kalkulatorischen Abschreibungen ergebende Restwert des Anlagevermögens ist Bemessungsgrundlage für die Kapitalverzinsung. Anders ist dies bei Anwendung der sogenannten Durchschnittswertmethode: Hier wird der Wert des Anlagevermögens über die gesamte Nutzungsdauer für die Berechnung der Kapitalverzinsung mit $\frac{1}{2}$ des Neuwerts angesetzt. Auf den kalkulatorischen Restwert kommt es auch nach der von der BNetzA im Telekommunikationsrecht verwendeten Annuitätenmethode nicht an. Diese Methode stammt aus der Investitionsrechnung. Sie ermittelt, welches Entgelt ein Unternehmen mit einer Neuinvestition bewirtschaften muss, damit das Unternehmen am Ende der Nutzungsdauer das eingesetzte Kapital sowie eine angemessene Eigenkapitalrendite erwirtschaftet hat.

Die beiden grundsätzlich in Betracht kommenden Methoden. Für die Bewertung des Anlagevermögens kommen grundsätzlich zwei Methoden in Betracht: der Ansatz der *Anschaffungs- und Herstellungskosten* (historische Kosten) und der Ansatz der *Wiederbeschaffungskosten*. Der Ansatz der Anschaffungs- und Herstellungskosten entspricht den Vorschriften für die Bilanzierung im HGB (§§ 253, 255). Nach IFRS/IAS sind beim Zugang die Anschaffungs- und Herstellungskosten maßgeblich. Eine Neubewertung ist zulässig und nicht durch die Anschaffungs- und Herstellungskosten begrenzt. Maßgeblich ist aber der dem Wirtschaftsgut beizulegende Zeitwert; dieser ist grundsätzlich anhand des bei einer Veräußerung erzielbaren Marktpreises zu ermitteln. Nur wenn es für spezielle Anlagegüter keinen Marktpreis gibt, ist der beizulegende Zeitwert durch sog. fortgeführte Wiederbeschaffungskosten zu ermitteln (*Scharfenberg*, in: Beck'sches IFRS-Handbuch, 4. Auflage 2013, § 5 Rn. 123ff.). Marktbeherrschende Anbieter bewerten ihr Anlagevermögen bei der kartellrechtlichen Preiskontrolle in der Regel anhand von Wiederbeschaffungspreisen.

Zweck der jeweiligen Methode. Der Ansatz von Wiederbeschaffungspreisen soll sicherstellen, dass die Summe der Abschreibungen nach dem Ende der Abschreibungszeit den Kosten entspricht, die das Unternehmen für eine Ersatzbeschaffung aufwenden muss. Dies dient der *Substanzerhaltung* des Unternehmens. Demgegenüber dient der Ansatz der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der *Kapitalerhaltung*. Die Summe der Abschreibungen nach dem Ende der Nutzungsdauer eines Wirtschaftsguts entspricht hier den Kosten, die für dessen Anschaffung aufgewendet wurden.

Ausgleich der Inflation. Für den Ansatz von Wiederbeschaffungskosten wird geltend gemacht, dass damit ein Ausgleich für die Inflation geleistet werde. Ein Ausgleich für die Inflation wird aber auch durch die Eigenkapitalverzinsung geleistet. Diese entspricht der Rendite, die Eigenkapitalgeber verlangen. Diese Rendite schließt einen Ausgleich für die Inflation ein. Entsprechendes gilt für die Fremdkapitalzinsen: im Fremdkapitalzins ist auch ein Ausgleich für die Inflation enthalten. Es besteht daher eine Wechselbeziehung zwischen der Bewertung des Anlagevermögens und der Kapitalverzinsung. Wird das Anlagevermögen anhand der Wiederbeschaffungspreise bewertet, ist damit die Inflation bereits berücksichtigt. Folglich kann das Unternehmen in diesem Fall Eigenkapitalzinsen und eine Erstattung der gezahlten Fremdkapitalzinsen nur unter Abzug der Inflationsrate verlangen; anzusetzen sind also die *Realzinsen*. Wird das Anlagevermögen dagegen anhand der Anschaffungs- und Herstellungskosten bewertet, sind Eigenkapital- und Fremdkapitalzinsen in voller Höhe, also die *Nominalzinsen*, anzusetzen.

Kostensenkender Effekt durch Ansatz der Wiederbeschaffungskosten? Für die Vorzugswürdigkeit einer Bewertung anhand von Wiederbeschaffungskosten wird angeführt, dass ein Unternehmen unter Wettbewerbsbedingungen sein Netz ständig auf den neuen Stand bringen müsste. Die Empfehlung der Kommission 98/322/EG zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt vom 8. April 1998 vertritt die Ansicht, die Ermittlung der langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistung (dieser Maßstab entspricht dem Maßstab der effizienten Leistungsbereitstellung, § 32 Abs. 1 TKG) setze eine Bewertung des Anlagevermögens anhand von Wiederbeschaffungskosten voraus. Dabei geht die Empfehlung davon aus, dass eine Bewertung anhand der Wiederbeschaffungspreise im Telekommunikationssektor zu niedrigeren Kosten führe als eine Bewertung anhand der historischen Kosten.

Beispiele für fallende und steigende Wiederbeschaffungskosten. Die Annahme einer kostensenkenden Wirkung war bei den Zusammenschaltungsentgelten plausibel. Denn wegen grundlegender technologischer Fortschritte bei der Vermittlungstechnik (digital statt analog) und Übertragungstechnik (Glasfaser statt Kupferkabel) konnten Zusammenschaltungsdienstleistungen mit moderner Technik wesentlich kostengünstiger erbracht werden als mit der älteren Technik. Eine Bewertung anhand von Wiederbeschaffungspreisen führt aber keineswegs immer zu niedrigeren Entgelten. Bei den Entgelten für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist das Gegenteil der Fall. Die Kosten für die heutige Neuerrichtung eines Kupferkabel-Ortsanschlussnetzes wären weit höher als die Kosten der Weiternutzung des vorhandenen Netzes.

Bewertung nach der GasNEV und StromNEV. Die Regelungen in der GasNEV und der StromNEV lassen eine Bewertung anhand von Wiederbeschaffungsprei-

sen nur bei Altanlagen zu. Für die ab 1. Januar 2006 errichteten Anlagen ist der Ansatz der Anschaffungs- und Herstellungskosten vorgeschrieben. Perspektivisch sind daher bei den Netznutzungsentgelten im Energierecht aufgrund der fortlaufenden Ersetzung des Altvermögens die Weichen in Richtung auf eine Bewertung des Netzanlagevermögens anhand der historischen Kosten gestellt (vgl. hierzu *Groebel*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 21 Rn. 97ff.).

Eröffnung von Gestaltungsspielräumen durch Ansatz von Wiederbeschaffungspreisen. Aufschlussreich bei der Frage des richtigen Bewertungsmaßstabs ist die Regelung in der Wegekostenrichtlinie 1999/62/EG vom 17. Juni 1999, die Grundlage für die Berechnung der Autobahnmaut für schwere LKW ist. Sie sieht in Anhang III Ziffer 2.1 vierter Spiegelstrich vor, dass alle in der Vergangenheit entstandenen Kosten auf den gezahlten Beträgen beruhen müssen. Ziel dieser Regelung ist es, nachprüfbar Kriterien für die angesetzten Wegekosten zu erhalten. Damit wird ein zentrales Problem des Ansatzes von Tagesneuwerten angesprochen: die Eröffnung von Gestaltungs-, man könnte auch sagen: Manipulations-Spielräumen. Österreich und Deutschland halten sich allerdings nicht an diese Richtlinienbestimmung, sondern setzen Tagesneuwerte an. Dies wird von der Kommission hingenommen.

Vermeidung zu großer Gestaltungsspielräume durch Anwendung von Preisindexreihen. Wenn ein Ansatz von Wiederbeschaffungskosten zugelassen wird, sollten die Tagesneuwerte des Anlagevermögens durch die Anwendung geeigneter Preisindexreihen ermittelt werden. Dies ist in der GasNEV und der StromNEV in § 6 Abs. 3 Satz 1 und 2, und § 6a vorgeschrieben. Den beiden Verordnungen kann Leitbildfunktion für die Bewertung des Anlagevermögens zugemessen werden. Es handelt sich um einen Kompromiss zwischen den Interessen der Netzbetreiber und denen der Netznutzer. In keiner anderen Netzindustrie finden sich vergleichbar detaillierte Vorschriften. Daher sollten die Wertungen der GasNEV und der StromNEV auch in anderen Netzindustrien herangezogen werden (*Rajczak*, Wasserpreise auf dem Prüfstand des Zivilrechts, S. 303ff.).

Probleme beim Ansatz der heutigen Einkaufspreise. Eine Ermittlung der Tagesneuwerte anhand der heutigen Einkaufspreise ist dagegen grundsätzlich problematisch. Aufgrund des technischen Fortschritts gibt es häufig keine Neupreise für das im Netz des Betreibers noch eingesetzte, aber nicht mehr dem Stand der Technik entsprechende Wirtschaftsgut. Wird ersatzweise der Preis für ein modernes Wirtschaftsgut angesetzt (sogenanntes Modern Equivalent Asset – MEA), weist dieses nicht selten eine weitaus höhere Leistungsfähigkeit auf. Ein Beispiel sind die Kupferkabel im heute vorhandenen Ortsanschlussnetz der Telekom. Diese werden nach Ablauf ihrer Nutzungszeiten nicht mehr durch Kupferkabel, sondern durch Glasfaserkabel ersetzt werden. Der Ansatz der Kosten für Glasfaserkabel ist aber kein geeigneter Maßstab, da Glasfaserkabel Übertra-

gungsraten ermöglichen, die um den Faktor 100 (oder mehr) über den Übertragungsraten liegen, die mit Kupferkabeln erreichbar sind. Es wäre daher vom Preis für Glasfaserkabel ein Abschlag vorzunehmen. Die Bemessung dieses Abschlags ist aber im Grunde willkürlich, nachvollziehbare Kriterien dafür wären erst noch zu entwickeln. Darüber hinaus ist es mit der Ersetzung von Kupferkabeln durch Glasfaserkabel nicht getan. Glasfaserkabel setzen den Einsatz einer Übertragungstechnik voraus, die für Kupferkabel nicht notwendig ist. Bei der Kostenmodellierung müssten daher weitere Annahmen getroffen werden, für die verlässliche Kriterien fehlen.

Das Beispiel UMTS-Lizenzen. Ein weiteres Beispiel für die Tendenz zur Willkür beim Ansatz von Tagesneuwerten anhand heutiger Einkaufspreise sind die Kosten für die UMTS-Lizenzen. Die BNetzA setzt bei diesen Kosten einen fiktiven Wiederbeschaffungswert an, für den sie die bei späteren Frequenzversteigerungen erzielten Erlöse heranzieht. Die Situation bei den späteren Versteigerungen ist aber mit der Situation bei der Versteigerung der UMTS-Lizenzen nicht vergleichbar. Der damals erzielte Versteigerungserlös von insgesamt 50 Mrd. € kam in einer singulären Situation zustande.

2. Abschreibungsdauer

Maßgeblichkeit der ökonomischen Nutzungsdauer. Maßgeblich für die kartellrechtliche Preiskontrolle sind nicht die in der Bilanz zugrunde gelegten Abschreibungszeiten. Aus bilanzpolitischen Überlegungen wählt man in der Regel eine möglichst kurze, steuerrechtlich noch zulässige Abschreibungsdauer. Für die kalkulatorische Abschreibung ist die tatsächliche ökonomische Nutzungsdauer maßgeblich. Als ökonomische Nutzungsdauer wird die Nutzungszeit angesehen, bis zu deren Ende es kostengünstiger ist, das vorhandene Anlagegut weiter zu verwenden als es durch ein neues zu ersetzen.

Unzulässigkeit einer kalkulatorischen Abschreibung „unter Null“. Endet die für die ökonomische Nutzungsdauer angesetzte Zeit, ist eine weitere Abschreibung des betreffenden Wirtschaftsguts nicht zulässig. Dies ist in der GasNEV und der StromNEV in § 6 Abs. 6 und 7 ausdrücklich geregelt. Nach der Betriebswirtschaftslehre ist zwar die kalkulatorische Abschreibung solange fortzusetzen, wie das Wirtschaftsgut tatsächlich genutzt wird. Diese kalkulatorische Abschreibung dient aber einem anderen Zweck als diejenige im Rahmen der kartellrechtlichen Preiskontrolle. Sie soll den durch die Nutzung des Wirtschaftsguts weiterhin eintretenden Wertverzehr abbilden; die kartellrechtliche Preiskontrolle dient dagegen der Kostenkontrolle und Gewinnbegrenzung. Das Ziel der Gewinnbegrenzung kann nicht erreicht werden, wenn Abschreibungen auch nach Ansatz der zugrunde gelegten Nutzungszeit weiter vorgenommen werden dürfen. Denn diesen Abschreibungen stehen keine Kosten des Unternehmens mehr gegen-

über. Durch die Vornahme weiterer Abschreibungen wird daher ein tatsächlich beim Unternehmen entstehender Gewinn verdeckt.

„Ewige Abschreibung“ durch den Ansatz von Bruttowiederbeschaffungskosten? Mit dem Konzept der Kostenkontrolle und Gewinnbegrenzung unvereinbar ist daher der Ansatz von sogenannten Bruttowiederbeschaffungskosten, wie ihn die BNetzA im Telekommunikationsrecht vornimmt. Das BVerwG hat diese Möglichkeit grundsätzlich anerkannt (Urteil vom 23.11.2011, 6 C 11/10; zuletzt Urteil vom 25.09.2013, 6 C 13/12). Die BNetzA ermittelt in jeder Entgeltperiode die Entgelte von Neuem anhand der Kosten eines fiktiv neu errichteten Netzes. Diese Methode führt dazu, dass die Abschreibung in jeder Entgeltperiode neu beginnt und daher niemals endet. Beim Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung erreicht die Summe der von 1999 bis 2017 angesetzten Abschreibungen für das Kupferhauptkabel bereits die Kosten eines neuen Kupferhauptkabels. Dies, obwohl im Jahr 1999 die Kupferhauptkabel im Durchschnitt schon mindestens 15-20 Jahre alt waren und obwohl die Kupferhauptkabel auch nach 2017 noch einige Zeit genutzt werden. Eine derartige Ermittlung vermeintlich effizienter Kosten führt zu einem grundlegenden Wertungswiderspruch zur Preiskontrolle nach allgemeinem Kartellrecht.

3. Kapitalverzinsung

Eigenkapitalzins. Die Eigenkapitalverzinsung wird anhand des Konzepts der Opportunitätskosten ermittelt. Die Eigenkapitalgeber des Unternehmens verzichten dadurch, dass sie ihr Kapital im Unternehmen angelegt haben, auf die Renditemöglichkeit durch eine alternative Kapitalanlage. Die Eigenkapitalverzinsung vergütet diese Opportunitätskosten. Angemessen ist die Eigenkapitalverzinsung, wenn sie der Rendite entspricht, die die Eigenkapitalgeber durch eine gleichartige Investition hätten erzielen können.

Das Capital Asset Pricing Model (CAPM). Für die Ermittlung eines angemessenen Eigenkapitalzinses hat sich das Capital Asset Pricing Model (CAPM) in der regulatorischen Praxis etabliert. Es ermittelt die angemessene Eigenkapitalverzinsung anhand der Rendite einer Investition in ein Portfolio von Aktien. Die langfristige Rendite einer Investition in Aktien liegt über der Rendite von risikolosen (oder risikoarmen) Staatsanleihen. Die Differenz zwischen dem risikolosen Zins und einer Investition in das Aktienportfolio ist die Marktrisikoprämie. Diese liegt bei etwa 5 % p.a.

CAPM-Formel. Nach der CAPM-Formel besteht die angemessene Eigenkapitalverzinsung aus dem risikolosen Zins zuzüglich der Marktrisikoprämie multipliziert mit dem Risikomaß Beta. Das Risikomaß Beta bildet die Volatilität einer Aktie im Vergleich zum Gesamtportfolio der Aktien ab. Das Risiko des gesamten Aktienportfolios ist 1. Das Beta von Versorgungsunternehmen liegt typischerweise deut-

lich unter 1, da deren Risiko aufgrund ihrer monopolähnlichen Stellung geringer ist. Das 250-Tage-Beta der Dax-30-Unternehmen wird von der deutschen Börse veröffentlicht.

Betrachtungszeiträume. Die Marktrisikoprämie wird beim CAPM langfristig (50-100 oder mehr Jahre) ermittelt. Der risikolose Zins wird sachgerecht anhand des durchschnittlichen Zinses für Bundesanleihen mit einer Restlaufzeit von 10 Jahren im Durchschnitt der letzten 10 Jahre ermittelt (Vorteile: leicht festzustellen, Verstetigung der Entgelte). Für das Beta wird ein kurzer Zeitraum (z. B. das 250-Tages-Beta) herangezogen (dazu eingehend OLG Schleswig, Beschluss vom 1.10.2009, 16 Kart 2/09).

Branchen-, Unternehmens-, leistungsspezifisches Beta. Die BNetzA setzt im Telekommunikationsrecht ein branchenspezifisches Beta an, das sie anhand der 10 größten Telekommunikationsunternehmen in der EU ermittelt. Für ein Branchen-Beta spricht, dass der Netzbetreiber häufig nicht selbst an der Börse notiert ist. Ein Unternehmensbeta kann dann nicht ermittelt werden. Die Ermittlung des Betas anhand der 10 größten Telekommunikationsunternehmen in der EU führt jedoch zu einem überhöhten Beta. Denn die meisten dieser Unternehmen sind im risikoträchtigen Auslandsgeschäft aktiv. Ihr Beta spiegelt deshalb diese Risiken wieder. Richtig ist es deshalb, ein leistungsspezifisches Beta zu ermitteln. Diese ist nunmehr in § 32 Abs. 3 Nr. 3 TKG in Form einer Soll-Vorschrift vorgesehen. Die BNetzA sieht von der Festlegung eines leistungsspezifischen Betas wegen angeblicher methodischer Schwierigkeiten dennoch ab. Die britische Regulierungsbehörde Ofcom hat dagegen für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung von British Telecom bereits seit dem Jahr 2009 ein leistungsspezifisches Beta ermittelt. Dieses liegt deutlich unter dem unternehmensspezifischen Beta der British Telecom plc.

Fremdkapitalzins. Die Fremdkapitalzinsen sind im Ausgangspunkt pagatorische Kosten. Sie werden allerdings in der regulatorischen Praxis den kalkulatorischen Kosten angenähert. Die BNetzA hat im Telekommunikationsrecht ursprünglich die Fremdkapitalkosten der Telekom anhand des aktuellen Zinses risikoloser Bundesanleihen mit einer Restlaufzeit von 10 Jahren zuzüglich des Aufschlags, den die Telekom für ihre Anlagen zahlen musste („Spread“) festgelegt. Seit dem Wechsel von der Bilanzwertmethode zum CAPM setzt die BNetzA auch bei den Fremdkapitalzinsen den Durchschnittszins von Bundesanleihen mit einer Restlaufzeit von 10 Jahren zuzüglich des Spreads an, den die 10 größten Telekommunikationsunternehmen in der EU für ihre Anleihen zusätzlich zahlen mussten. Hierdurch fließt das höhere Zinsniveau früherer Jahre in die aktuell angesetzten Fremdkapitalzinsen ein. Die kalkulatorischen Fremdkapitalzinsen liegen daher deutlich über den tatsächlichen Zinsaufwendungen.

Regelung in § 5 GasNEV/StromNEV. Nach § 5 Abs. 2 GasNEV/StromNEV sind Fremdkapitalzinsen in ihrer tatsächlichen Höhe einzustellen, höchstens jedoch in der Höhe kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen. Diese gesetzliche Regelung unterstreicht den Charakter der Fremdkapitalzinsen als pagatorische Kosten. Dennoch geht die Praxis auch im Energierecht dahin, den Fremdkapitalzins anhand der in § 5 Abs. 2 GasNEV/StromNEV genannten Obergrenze zu bestimmen.

Leistungsspezifischer Zins. Konsequenter wäre es, auch beim Fremdkapitalzins einen leistungsspezifischen Zins zu bilden. Insoweit gilt das Gleiche wie beim Eigenkapitalzins. Auch die Fremdkapitalzinsen von Unternehmen, die neben dem risikoarmen Netzbetrieb in allen Geschäftsfeldern oder gar im Auslandsgeschäft aktiv sind, sind höher als das leistungsspezifische Risiko. Der gezahlte Fremdkapitalzins spiegelt das höhere Risiko des Gesamtunternehmens und nicht das leistungsspezifische Risiko wieder.

Fazit. Fremdkapitalkosten werden in der Praxis meist in einer Höhe angesetzt, die über den tatsächlichen Zinsaufwendungen des Unternehmens liegt. Grund dafür ist die Ermittlung des Zinssatzes für einen längerfristigen, in der Vergangenheit liegenden Zeitraum. Dieser transportiert das höhere Zinsniveau früherer Perioden in den aktuellen kalkulatorischen Zins. Die aktuelle Wegekostenrechnung für die Ermittlung der LKW-Maut auf Bundesautobahnen stellt methodisch auf den aktuellen Zins für Bundesanleihen im Betrachtungszeitraum (2013-2017) ab. Zu höheren als den tatsächlichen Zinsen gelangt das Wegekostengutachten aufgrund einer Prognose, die von einem linear ansteigenden Prozentzinssatz von 1,7 % im Jahr 2013 bis auf 3,4 % im Jahr 2017 ausgeht. Diese Prognose liegt weit über dem tatsächlichen Zins. Dieser beträgt statt des für 2015 prognostizierten Zinses von 2,55 % aktuell (am 16.4.2015) 0,13 %.

III.

Ausschöpfung von Rationalisierungsreserven, Effizienzgebot

Cost-plus-Maßstab. Ein reiner cost-plus-Maßstab, wie er im Gebührenrecht in Form des Kostendeckungsprinzips gilt, eliminiert nur die Verhandlungsmacht, die dem Anbieter aufgrund seiner monopolistischen oder marktbeherrschenden Stellung bei der Preissetzung zu Gebote steht. Der Anbieter kann keinen Preis durchsetzen, der über den für die Leistung entstehenden Kosten zuzüglich eines angemessenen Gewinns liegt. Ein Cost-plus-Maßstab schafft aber keinen Ausgleich dafür, dass der Betreiber wegen fehlenden Wettbewerbs keinem Druck zur effizienten Leistungsbereitstellung ausgesetzt ist. Im Gegenteil: da dem Betreiber eine sehr auskömmliche Eigenkapitalverzinsung (branchenspezifisches Risiko statt leistungsspezifischen Risikos) und eine Fremdkapitalverzinsung, die über den tatsächlichen Fremdkapitalkosten liegt, zugestanden wird, besteht ein erheblicher Anreiz, den Wert des Anlagevermögens zu ver-

größern. Damit erhöht sich, wie eingangs zu II.1. ausgeführt, die Bemessungsgrundlage für die Kapitalverzinsung und damit der dem Betreiber zugestandene Gewinn.

Typische Ineffizienzen. Bei den Netzkosten kommen Ineffizienzen typischerweise in zwei Formen vor. Die erste Form sind *Überkapazitäten*, die für die Leistungserbringung nicht notwendig sind. Ein Beispiel dafür ist die Ermittlung der Zusammenschaltungsentgelte nach dem EBC (Element Base Charging) Modell durch die RegTP vom 8.9.2000 (BK 4a-00-018/Z 30.06.00). Die Deutsche Telekom war der Ansicht, für die Erbringung der Zusammenschaltungsdienste sei ein aus 936 Zusammenschaltungsstandorten mit VEN (Vermittlungseinrichtungen mit Netzübergabefunktion) notwendig. Die RegTP vertrat demgegenüber die Ansicht, dass 469 Standorte ausreichen; sie hat die Kosten dann anhand einer Zahl von 475 Standorten ermittelt. Die zweite Form der Ineffizienz ist die Erhöhung des Wertes des Anlagevermögens durch *Luxusinvestitionen*. Netzinvestitionen sind langfristige Investitionen. Die Ersetzung vorhandenen Anlagevermögens durch neues Anlagevermögen ist daher erst wirtschaftlich, wenn dies im Ergebnis zu Kosteneinsparungen führt. Die Investitionen von monopolistischen und marktbeherrschenden Netzbetreibern in neues Anlagevermögen dürften diesem Effizienzkriterium zum Teil nicht entsprechen.

BVerwG zum Line-Sharing. In einem Urteil vom 24.6.2009 hat das BVerwG entschieden (6 C 19/08 Rn. 19), dass die Einrichtung eines integrierten Bereitstellungsprozesses nicht per se dem Maßstab der effizienten Leistungsbereitstellung entspricht. Es komme vielmehr darauf an, ob der Entwicklungsaufwand für einen integrierten Prozess sich betriebswirtschaftlich voraussichtlich innerhalb eines angemessenen Zeitraums amortisiere. Dieser Maßstab ist auf Investitionen in das Anlagevermögen zu übertragen. Nicht jede Neuersetzung vorhandenen Anlagevermögens durch neues Anlagevermögen ist kosteneffizient. Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, ob durch eine solche Investition im Ergebnis Kosten eingespart werden. In diesem Zusammenhang ist die zutreffende Ermittlung der ökonomischen Nutzungsdauer des vorhandenen Wirtschaftsguts von zentraler Bedeutung. Vor deren Ablauf ist die Ersetzung des Wirtschaftsguts durch eine Neuanschaffung kritisch zu betrachten. Einen Anhaltspunkt für die ökonomische Nutzungsdauer geben die Herstellerangaben.

IV. Thesen

1. Für die kartellrechtliche Preiskontrolle kommt die Methode der Kostenkontrolle und Gewinnbegrenzung gleichwertig neben der Vergleichsmarktmethode in Betracht. Bei der sektorspezifischen Preiskontrolle ist sie die primär anzuwendende Methode. Ihr Vorzug besteht darin, dass es bei monopolistischen und marktbeherrschenden Anbietern typischerweise keine Vergleichsunternehmen gibt, die ihre Leistung unter Wettbewerbsbedingungen erbringen.

2. Bei der Bewertung des Anlagevermögens ist der Ansatz der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten grundsätzlich vorzuziehen. Diese Bewertung hat den engsten Bezug zu den tatsächlich aufgewendeten Kosten für die Leistung. Denn die Anschaffungs- und Herstellungskosten sind tatsächlich aufgewendet worden. Bei einem Ansatz von Wiederbeschaffungspreisen wird dagegen lediglich angenommen, dass das genutzte Wirtschaftsgut nach dem Ende seiner Nutzungszeit durch ein gleichartiges Wirtschaftsgut ersetzt werde und das Unternehmen dann dafür den Anschaffungs-/Herstellungspreis zahlen müsse.
3. Wenn Wiederbeschaffungspreise angesetzt werden, sollte der Tagesneuwert anhand geeigneter Preisindexreihen ermittelt werden. Der Ansatz heutiger Einkaufspreise ist mit erheblichen Unsicherheiten behaftet, da sich die heutigen Einkaufspreise auf ein Wirtschaftsgut nach dem heutigen technischen Stand beziehen. Es fehlt daher nicht selten an einer ausreichenden Vergleichbarkeit. Geradezu willkürlich erscheint es, wenn statt der Anschaffungskosten für die UMTS-Frequenzen im Jahr 2000 die Versteigerungserlöse herangezogen werden, die bei späteren Versteigerungen unter anderen Bedingungen erzielt wurden.
4. Wird das Anlagevermögen anhand der Anschaffungs- und Herstellungskosten bewertet, wird dem Unternehmen ein Inflationsausgleich dadurch gewährleistet, dass Eigenkapital- und Fremdkapitalzinsen in nominaler Höhe angesetzt werden. Eigenkapital- und Fremdkapitalzinsen enthalten einen Ausgleich für die Inflation. Damit wird gewährleistet, dass der Wert des in das Anlagevermögen investierten Kapitals erhalten bleibt (Prinzip der Realkapitalerhaltung).
5. Wird das Anlagevermögen anhand von Wiederbeschaffungspreisen bewertet, wird bereits an dieser Stelle die Inflation berücksichtigt. Beim Eigenkapital- und beim Fremdkapitalzins ist deshalb die Inflationsrate abzuziehen; das Unternehmen kann nur einen Realzins verlangen (Prinzip der Nettosubstanzerhaltung).
6. Für die anzusetzenden Abschreibungszeiten ist nicht die in der Bilanz des Unternehmens angesetzte Nutzungszeit maßgeblich. Diese wird durch bilanzpolitische und steuerrechtliche Überlegungen determiniert. Für die kalkulatorische Abschreibung kommt es auf die ökonomische Nutzungsdauer des Wirtschaftsguts an. Die ökonomische Nutzungsdauer bestimmt sich danach, bis zu welchem Zeitpunkt eine Weiternutzung des Wirtschaftsguts kostengünstiger ist als seine Ersetzung durch ein neues Wirtschaftsgut.
7. Nach Ablauf der für kalkulatorische Zwecke angesetzten, ökonomischen Nutzungsdauer ist eine Fortsetzung der Abschreibung unzulässig (keine Abschreibung „unter Null“). Wird die kalkulatorische Nutzungsdauer während der Nutzung des Wirtschaftsguts verlängert, ist der kalkulatorische Restwert, den das Wirtschaftsgut im Zeitpunkt der Änderung hat, als neue Bemessungsgrundlage anzusetzen und in der nunmehr angesetzten Restnutzungsdauer abzuschreiben.

8. Bei der Kapitalverzinsung ist zwischen der Verzinsung des Eigenkapitals und der Verzinsung des Fremdkapitals zu unterscheiden. Der Eigenkapitalzins bildet die Opportunitätskosten der Eigenkapitalgeber ab. Diese haben durch die Investition ihres Kapitals in das Unternehmen auf anderweitige Renditemöglichkeiten verzichtet. Die Fremdkapitalkosten entsprechen dagegen im Ausgangspunkt den tatsächlich vom Unternehmen zu zahlenden Fremdkapitalzinsen.
9. Für die Ermittlung des Eigenkapitalzinses hat sich in der regulatorischen Praxis das Capital Asset Pricing Model (CAPM) etabliert. Dieses ermittelt den angemessenen Eigenkapitalzins anhand der Rendite, die der Eigenkapitalgeber durch eine Investition in ein Aktienportfolio hätte erzielen können. Durch das Risikomaß Beta wird ein Eigenkapitalzins ermittelt, der dem Risiko der Investition in das regulierte Unternehmen entspricht. Das Beta kann branchenspezifisch, unternehmensspezifisch oder leistungsspezifisch bestimmt werden.
10. Bei den Fremdkapitalzinsen ist eine Annäherung an einen kalkulatorischen Zins zu beobachten. Angesetzt werden nicht die aktuellen Fremdkapitalkosten des Unternehmens, sondern ein Durchschnittswert für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum. Typisch ist der Ansatz der durchschnittlichen Rendite von Bundesanleihen mit einer Restlaufzeit von 10 Jahren für einen vorangegangenen 10-Jahres-Zeitraum. Zu dieser Rendite kommt der Risikoaufschlag hinzu, den das Unternehmen oder die Unternehmen in dieser Branche für ihre Anleihen zahlen müssen („Spread“).
11. Dem Gedanken einer risikoadäquaten Verzinsung entspricht am besten ein leistungsspezifischer Zins. Das Risiko des Gesamtunternehmens ist – insbesondere bei den Telekommunikationsunternehmen – erheblich höher als das spezifische Risiko bei Leistungen, bei denen das Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Der britische Regulierer Ofcom hat ein leistungsspezifisches Risiko für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung von British Telekom bestimmt. Die BNetzA lehnt die Bestimmung eines solchen leistungsspezifischen Risikos trotz der Soll-Vorgabe in § 32 Abs. 3 Nr. 3 TKG bisher ab.
12. Ein reiner Cost-plus-Maßstab setzt keinen Anreiz für eine effiziente Leistungsbereitstellung. Da die dem Unternehmen zugestandene Verzinsung in der Regel großzügig ist, setzt er im Gegenteil einen Anreiz für einen möglichst hohen Wert des Anlagevermögens. Typische Ineffizienzen sind zum einen Überkapazitäten, zum anderen Luxusinvestitionen, die ein Unternehmen unter Wettbewerbsbedingungen nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt vorgenommen hätte. Um Überkapazitäten zu identifizieren, kommt neben einem Vergleich des Unternehmens mit anderen Unternehmen die Heranziehung eines Bottom-up-Kostenmodells in Betracht. Für die Identifizierung von Luxusinvestitionen kommt ebenfalls ein Vergleich mit anderen Unternehmen in Betracht; die vorzeitige Ersetzung

eines Wirtschaftsguts durch ein neues Wirtschaftsgut lässt sich außerdem anhand der Kriterien für die ökonomische Nutzungsdauer des Wirtschaftsguts ermitteln. In diesem Zusammenhang bilden die Herstellerangaben einen gewichtigen Anhaltspunkt.