

Vodafone D2 GmbH
Am Seestern 1
D-40547 Düsseldorf

Arcor AG & Co. KG
Alfred-Herrhausen-Allee 1
D-65760 Eschborn

Kommentierung

Hinweise zur konsistenten Entgeltregulierung i.S.d. § 27 Abs. 2 TKG

Konsultationsentwurf – Stand: 13.05.2009

Nach der Leitlinie des § 27 Abs. 2 TKG hat die Bundesnetzagentur darauf zu achten, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit zeitlich und inhaltlich auf einander abgestimmt sind – das sogenannte Konsistenzgebot. Gleichzeitig müssen die jeweiligen Entgeltregulierungsmaßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen des § 2 Abs. 2 TKG stehen. Die Bundesnetzagentur hat daher Hinweise zur konsistenten Entgeltregulierung i.S.d. §27 Abs. 2 TKG erstellt und diese zur Kommentierung veröffentlicht. Vodafone und Arcor bedanken sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Im August 2007 hat der vatm ein Papier zur Konsistenz zwischen den Wertschöpfungsstufen vorgelegt, dessen Grundsätze von Vodafone und Arcor weiterhin befürwortet werden. Darüber hinaus bitten wir die Bundesnetzagentur, die folgenden Aspekte zu berücksichtigen.

I. Entgeltregulierung gemäß Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung

Für die Auflösung von Inkonsistenzen bei ex ante regulierten Vorleistungsentgelten hält die Bundesnetzagentur in ihren Hinweisen zur konsistenten Entgeltregulierung eine Unterschreitung der KeL für nicht zulässig und ökonomisch für nicht sachgerecht. Der Grund dafür sei, dass eine regulatorische Festsetzung von kostenunterdeckenden Preisen gegen den Willen des marktbeherrschenden Unternehmens nicht zulässig sei¹, es zu Ineffizienzen und zur Beeinträchtigung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs sowie der Diensteanbieter käme, die nicht von kostenunterdeckenden Vorleistungsprodukten profitieren könnten.

Innerhalb des KeL-Maßstabs sieht die Bundesnetzagentur jedoch bei Entgeltgenehmigungen einen Beurteilungsspielraum darin, in wie weit im jeweiligen Einzelfall die Entgelte auf der Grundlage von historischen Kosten, Wiederbeschaffungskosten oder einem Mix von beidem zu genehmigen sind. So hat die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur in ihrem Beschluss aus März 2009 zu den Überlassungsentgelten der Teilnehmeranschlussleitung dargelegt, dass sie ihren Beurteilungsspielraum zwischen historischen Kosten und Wiederbeschaffungskosten bei der Entgeltgenehmigung ausgeübt hat:

„Bei der Abwägung war zu prüfen, ob die Berücksichtigung der historischen oder Wiederbeschaffungskosten der Wahrung bzw. Erreichung der Regulierungsziele besser gerecht wird...“²

Dieser Beurteilungsspielraum zwischen historischen und Wiederbeschaffungskosten kann und sollte die Bundesnetzagentur bei der Umsetzung des Konsistenzgebots einsetzen. Denn Genehmigungen von Entgelten auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten die über den historischen Kosten liegen, ermöglichen dem marktbeherrschenden Unternehmen wettbewerbsbehindernde Preis-Kosten-

¹ Gesetzesbegründung zu § 29 TKG-E

² BK3c-09-005 Seite 24, Ziffer 4.1.3.1.2 Abs. 2

Scheren zu etablieren, ohne dass das marktbeherrschende Unternehmen beim betroffenen Endkundenprodukt Verluste einfahren würde.

Insbesondere bei Entgelten für Infrastrukturen, deren Dopplung als ineffizient angesehen wird (wie zum Beispiel der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung und zu Leerrohren), ist eine Genehmigung vorzugsweise auf der Basis von historischen Kosten anstelle von Wiederbeschaffungskosten vorzunehmen. Dies wäre ein erheblicher Beitrag, um Inkonsistenzen zwischen regulierten und unregulierten Preisen relevanter Vor- und Endkundenleistungen bereits im Voraus entgegenzuarbeiten. Die von der Bundesnetzagentur gesehene Gefahr einer ineffizienten Dopplung der passiven Infrastruktur ist hier äußerst gering und ein chancengleicher Endkundenwettbewerb zwischen marktbeherrschendem Unternehmen und seinen Wettbewerbern kann damit erreicht werden.

II. Vorteilsabschöpfung durch die Bundesnetzagentur als Mittel zur Beseitigung identifizierter Konsistenzprobleme

Die Bundesnetzagentur nennt in ihren Hinweisen die Anwendung der Vorteilsabschöpfung nach § 43 Abs. 1 TKG als ein mögliches Mittel zur Sicherstellung einer konsistenten Entgeltregulierung. § 42 Abs. 1 TKG sieht zwei Fälle vor, bei denen eine Vorteilsabschöpfung zu Anwendung kommen kann. Im ersten Fall muss das betroffene Unternehmen gegen eine Verfügung nach § 42 Abs. 4 TKG verstoßen haben und im zweiten Fall muss das Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift des TKG verstoßen und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt haben.

Erfahrungen mit diesem Instrument liegen jedoch bisher nicht vor. Vodafone und Arcor ist eine Anwendung der Vorteilsabschöpfung durch die Bundesnetzagentur seit der Einführung der Regelung nicht bekannt. Obwohl Hinweise vorliegen, die eine Anwendung der Vorteilsabschöpfung durchaus rechtfertigen würden.

So entschied die Bundesnetzagentur in mehreren Verfahren der nachträglichen Regulierung³, dass Endkundenentgelte nicht den Maßstäben des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG genügen. Alle Verfahren haben jeweils Entgelte für Portpreismodelle der Deutschen Telekom zum Gegenstand gehabt. Dass die Bundesnetzagentur mehrmals zum gleichen Sachverhalt missbräuchliche (inkonsistente) Entgelte untersagen musste, zeigt, dass eine Untersagung durch die Bundesnetzagentur in Kauf genommen wird, um das lukrative Geschäft bis zur Untersagung „mitzunehmen“. Ein solches wettbewerbsbehinderndes Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens könnte die Bundesnetzagentur mit einer Vorteilsabschöpfung unterbinden, hat dies jedoch bisher nicht als notwendig erachtet. Vodafone und Arcor würden es begrüßen, wenn für die beschriebenen Fälle eine Vorteilsabschöpfung durch die Bundesnetzagentur zur Anwendung kommen würde.

³ BK2b-09/005, BK2b-07/008, BK2b-09/004

III. Höhere Marge für Vorleistungen mit höherer eigener Wertschöpfung fördern Infrastrukturinvestitionen

Grundsätzlich begrüßen Vodafone und Arcor die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass Kosten-Kosten-Scheren insbesondere dahingehend zu verhindern sind, dass ein Geschäftsmodell, welches auf weitergehenden Netzinfrstrukturinvestitionen basiert, nicht mit höheren Kosten belastet werden darf als das Geschäftsmodell eines Wettbewerbers, das geringere Investitionen erfordert.

Dieser Ansatz greift jedoch zu kurz, da das Regulierungsziel, effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen, nur dann erreicht wird, wenn dem Geschäftsmodell auf der Basis weitergehender Infrastrukturinvestitionen eine höhere Marge als den Geschäftsmodellen mit geringeren Investitionen zugestanden und bei der Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung berücksichtigt wird. Denn nur dann kann ein Interesse daran bestehen, in Infrastruktur zu investieren und damit die nächste Stufe der ‚ladder of investment‘ zu erklimmen.

IV. Konsistenz zwischen ex ante regulierten Vorleistungsentgelten

Die Bundesnetzagentur geht in ihren Hinweisen zur konsistenten Entgeltregulierung davon aus, dass es zwischen ex ante regulierten Vorleistungsentgelten nicht zu wesentlichen Kosten-Kosten-Scheren kommen kann.

Dem ist zu widersprechen. Denn sofern zwei Vorleistungsprodukte unterschiedlicher Wertschöpfungstiefen nicht im gleichen relativen Umfang Wettbewerbsbefähigungskosten tragen, besteht zwischen diesen beiden Vorleistungen selbst bei effizienten Wettbewerbern immer eine Kosten-Kosten-Schere. Denn Wettbewerber, die auf ein Geschäftsmodell mit weitergehenden Netzinfrstrukturinvestitionen setzen, besitzen zwei wesentliche Nachteile gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen:

- a) geringere Skalenvorteile
- b) zusätzliche wholesalespezifische Kosten und Marktzutrittskosten

Daraus folgt, dass Konsistenzprobleme in Form von Kosten-Kosten-Scheren immer dann auftreten, wenn einerseits das Entgelt für eine Vorleistung mit geringerer eigener Wertschöpfung auf KeL-Basis ermittelt wird und andererseits die Anbieter (infrastrukturbasierter) Geschäftsmodelle überproportionale wholesalespezifische Kosten und Marktzutrittskosten zu tragen haben, die beim Geschäftsmodell mit geringerer eigener Wertschöpfung nicht oder in geringerer Höhe anfallen.

Entgeltkonsistenz kann allerdings dann erreicht werden, wenn die wholesalespezifischen Kosten und Marktzutrittskosten auf alle relevanten Nachfrager, ein-

schließlich der internen Nachfrager des marktbeherrschenden Unternehmens verteilt werden. Dies würde chancengleichen Wettbewerb schaffen, da die Kunden aller Marktteilnehmer vom Wettbewerb durch infrastrukturbasierte Anbieter profitieren.⁴

V. Konsistenz zwischen ex ante und ex post regulierten Vorleistungsentgelten

Die unter IV beschriebenen Konsistenzprobleme können durch eine ex post Regulierung von Vorleistungsentgelten mit geringerer eigener Wertschöpfung (i. d. R. wird es sich dabei um aktive Vorleistungen handeln) und einer ex ante-Regulierung von Vorleistungen mit höherer eigener Wertschöpfung (i.d.R. passive Vorleistungen) vermieden werden. Denn bei der ex post-Regulierung ist die Vergleichsmarktbetrachtung vorrangig anzuwenden und dabei vom höchsten unverzerrten Wettbewerbspreis auszugehen. Gleichzeitig muss der Preis den Anforderungen von § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG genügen, d. h. einem effizienten Wettbewerber die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen. Dies bedeutet wiederum, dass die oben beschriebenen Nachteile eines Wettbewerbers (geringere Skalenerträge, Belastung mit wholesalespezifischen Kosten und Markteintrittskosten) Berücksichtigung finden müssen.

Düsseldorf und Eschborn, 7. Juli 2009

⁴ Siehe auch vatm Grundsatzpapier zur Konsistenz zwischen den Wertschöpfungsstufen, August 2007