

Stellungnahme des Bundesverbandes Breitbandkommunikation (BREKO e.V.) zur Konsultation der Bundesnetzagentur zur Entgeltregulierung bei FTTH/B-basierten Vorleistungsprodukten mit Blick auf den Ausbau hochleistungsfähiger Glasfaserinfrastruktur

Einleitung:

Der BREKO begrüßt grundsätzlich die Initiative der BNetzA, die Bedingungen eines investitionsfreundlichen Regulierungsumfeldes frühzeitig mit der Branche zu diskutieren.

Allerdings greift der gewählte Ansatz nach Auffassung des BREKO in mehrfacher Hinsicht nicht weit genug. Zum einen wird noch nicht klar, wie sich die Konsultation der BNetzA in die Gesamtdiskussion zum Glasfaserausbau in Deutschland einfügt, die auch wesentlich durch andere Initiativen, wie das im März 2017 veröffentlichte „Weißbuch Digitale Plattformen“ des BMWI oder die laufende Überarbeitung des Europäischen Rechtsrahmens („EECC“) bestimmt wird. Bevor eine Diskussion über einzelne Aspekte, wie z.B. die Frage der Zugangs- und Entgeltregulierung von Glasfaseranschlussnetzen geführt wird, sollte zunächst ein gemeinsames Verständnis über die angestrebten Infrastrukturziele hergestellt und die möglichen Maßnahmen (auch solche außerhalb des regulatorischen Rahmens) identifiziert und bewertet werden. Hierzu regen wir einen ganzheitlichen Diskussionsansatz unter Beteiligung der zuständigen Ministerien, der BNetzA, des BKartA, der Monopolkommission und natürlich der Branchenakteure an. Erst nach Herstellung eines gemeinsamen Verständnisses über die zu setzenden Ziele und die möglichen Maßnahmen zur Zielerreichung sollte deduktiv mögliche Anpassungen des regulatorischen Rahmens analysiert werden. Dabei sollte zum anderen die Diskussion nicht ausschließlich auf Fragen der Zugangs- und Entgeltregulierung zugespitzt werden, wie es im Konsultationsdokument der Fall ist. Auch der regulatorische Rahmen – als ein Teilaspekt des Investitionsumfeldes für den Ausbau von Glasfaseranschlussnetzen – muss ganzheitlich betrachtet werden. Dabei sind neben der Zugangs- und Entgeltregulierung weitere Aspekte einer investitionsfördernden Regulierung, wie z.B. die Bedingungen einer möglichen Privilegierung von (echten) Kooperationsmodellen oder Wholesale-only-Modellen in die regulatorische Debatte einzubeziehen. Im Sinne des gebotenen deduktiven Vorgehens ist die Konsultation über einzelne (und zugegeben wichtige) Regulierungsaspekte verfrüht und zunächst in einen größeren Kontext einzubetten.

Weiter ist zu beachten, dass Entscheidungen, die in Verfahren nach dem 2.Teil des TKG zu treffen sind (also vor allem die Marktanalyse nach § 11 TKG und die Regulierungsverfügung nach § 13 TKG) durch die Konsultation nicht vorweggenommen werden dürfen. Die Funktion der Konsultation ist daher darauf beschränkt, die Interessen und Bedürfnisse der Marktteilnehmer zu identifizieren und entsprechendes Meinungsbild einzuholen. Wir gehen daher davon aus, dass die Ergebnisse des angekündigten Marktanalyseverfahrens durch die Konsultation nicht präjudiziert und weitere Stellungnahmemöglichkeiten im Rahmen der Verfahren nach dem 2.Teil des TKG nicht beschränkt werden. Zudem hängt eine Diskussion der Remedies stark von den Ergebnissen der Marktanalyse ab.

Die Diskussion über die ggf. zu treffenden Maßnahmen auf der Ebene der Vorabverpflichtungen, insb. der Zugangs- und Entgeltregulierung, sollte daher erst nach Vorliegen der Ergebnisse der Marktanalyse geführt werden.

Schließlich ist die Konsultation klar auf das künftige regulatorische Umfeld für Glasfaseranschlussnetze (und ggf. vergleichbar leistungsstarke Netze) beschränkt. Der Regulierungsrahmen für das bestehende Kupfernetz hat sich im Grundsatz bewährt und sollte unverändert beibehalten werden. Er ist daher, unserem Verständnis nach, auch nicht Gegenstand dieser Konsultation.

Die regulatorische Abgrenzung zwischen dem Kupferanschlussnetz (incl. FTTC / VDSL-Vectoring) und Glasfaseranschlussnetzen (bzw. anderen Hochkapazitätsnetzen) kann einerseits über die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes und andererseits über die Auferlegung eines unterschiedlichen Sets an regulatorischen Verpflichtungen („Remedies“) erfolgen. Angesichts des gegenwärtigen Stands der Marktentwicklung und der Schwierigkeiten, einen separaten „Glasfaseranschlussmarkt“ EU-rechtskonform abzugrenzen, kommt nach Auffassung des BREKO gegenwärtig allenfalls eine Lösung über differenzierte Remedies in Betracht.

A. Marktabgrenzung

I. Sachliche Marktabgrenzung

Eine erste wesentliche Weichenstellung mit Blick auf die Regulierung von „Glasfaseranschlussnetzen/ Hochkapazitätsnetzen“ erfolgt bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes.

a) Austauschbarkeit der verschiedenen TAL-Varianten aus Nachfragersicht

In der geltenden Marktanalyse BK-1/12-003 (S. 81 ff.) vom 17.08.2015 ordnet die Beschlusskammer 1 die „Glasfaser-TAL“ einem einheitlichen „Gesamt-TAL-Markt“ zu. Dabei führt sie als wesentliches Argument die Austauschbarkeit von FTTH-Anschlüssen und anderen TAL-Varianten sowohl aus Sicht der Nachfrager als auch aus der Perspektive der Vorleistungsnachfrager an („Bedarfsmarktkonzept“) an.

Zusätzlich bezieht sich die Beschlusskammer auf die EU-Kommission, die eine Nicht-Einbeziehung von FTTB/H-Anschlüssen in den Markt Nr.3a der Märkteempfehlung bisher nur in Ausnahmefällen akzeptiert sowie auf die Praxis in anderen EU-Mitgliedsstaaten, bei denen nur in Spanien, Belgien, Österreich und Gibraltar keine Einbeziehung von FTTH-Anschlüssen in einen „Gesamtmarkt TAL“ erfolgt (wobei es bei den genannten Ländern überhaupt nur in Spanien einen FTTH-Ausbau gibt).

Gegenwärtig ist nicht erkennbar, dass sich unter dem für die Abgrenzung eines sachlich relevanten Marktes wesentlichen Gesichtspunkt der „Austauschbarkeit“ seit der letzten Marktanalyse entscheidende Veränderungen ergeben hätten, die eine andere Bewertung nahelegen. Nach dem kürzlich veröffentlichten „Jahresbericht 2016“ der BNetzA waren Ende 2016 in Deutschland ca. 2,4 Mio. Glasfaseranschlüsse verfügbar (bei ca. 31 Mio. Breitband-Festnetzanschlüssen insgesamt). Davon waren rund 600.000 Glasfaseranschlüsse (FTTB/H) gebucht. Angesichts des Ausbaustandes von FTTB/H-Anschlüssen und deren Marktanteil (unter 3 %) am Gesamtmarkt breitbandiger Festnetzanschlüsse kann – zumindest für die Geltungsdauer der kommenden Marktanalyse – noch

davon ausgegangen werden, dass FTTB/H-Anschlüsse sowohl auf der Endkundenebene als auch auf der Wholesaleebene von den Nachfragern als „austauschbar“ angesehen werden, so dass die Ausführungen der BNetzA aus der Marktanalyse vom August 2015 aus der Sicht des BREKO absehbar nicht revidiert werden müssen.

b) Schwierigkeit einer europarechtskonformen Abgrenzung eines „Glasfaseranschlussmarktes“

Hinzu kommt, dass ein separater „FTTB/H-Anschlussmarkt“ kaum mit dem technologieutralen Ansatz der EU-Kommission im Rahmen der Marktdefinition und Marktanalyse vereinbar wäre (vgl. grundlegend Erwägungsgrund 18 zur Richtlinie 2002/21/EG - „Rahmenrichtlinie“). Da die technologische Entwicklung nicht nur bzgl. der Glasfaseranschlussnetze, sondern z.B. auch bei den Kabelnetzen dynamisch verläuft und – zumindest absehbar – nach dem Bedarfsmarktkonzept aus der Anbieter- wie aus der Nachfragerperspektive eine Austauschbarkeit der unterschiedlichen Anslusstechologien zu konstatieren sein dürfte, ist der technologie neutrale Ansatz der Kommission im Rahmen der Marktabgrenzung auch gut nachvollziehbar. Zu beachten ist, dass die Kommission diesbezüglich über ein echtes Vetorecht verfügt.

Eine Abgrenzung über Kriterien (z.B. sehr hohe und ggf. symmetrische) zu Bandbreiten, die letztlich nur von bestimmten Technologien erfüllt werden könnten, wie es z.B. im Mietleitungsmarkt praktiziert wird, ist vor dem Hintergrund des beizubehaltenden Bedarfsmarktkonzeptes kaum umsetzbar. Zudem wären dabei auch die technologischen Entwicklungen anderer Zugangsvarianten zu berücksichtigen. So sollen nach Tests der „Nokia-Bell-Labs“ vom Frühjahr 2016 über den Standard „DOCSIS 3.1“ sehr hohe Bandbreiten im Gigabit/sec-Bereich symmetrische über Koaxialkabelnetze erreicht werden können.

<https://www.golem.de/news/docsis-3-1-10-gbit-s-symmetrisch-im-tv-kabelnetz-uebertragen-1605-120929.html>

Der Netzwerkausrüster Alcatel Lucent erklärte im September 2015 über „G.fast“ Datenraten bis zu 150 MBit/s bei 250 Metern, bis zu 500 MBit/s bei 100 Metern und bis zu 1 GBit/s unter 100 Metern für erreichbar.

<https://www.golem.de/news/kupferkabel-deutsche-telekom-wird-g-fast-fuer-1-gbit-s-einsetzen-1601-118406.html>

Angesichts dieser technologischen Dynamik ist derzeit kaum absehbar, welche Technologien am Ende leistungsfähig genug wären, um die Kriterien an einen „Hochkapazitätsmarkt“ zu erfüllen. Es ist sehr wahrscheinlich, dass auch bei hohen technischen Anforderungen keine Marktabgrenzung erfolgen könnte, die am Ende ausschließlich Glasfaseranschlüsse (FTTB/H) umfassen würde.

c) Zwischenergebnis

Angesichts des gegenwärtigen Ausbaustandes und der gegenwärtigen Marktanteile von Glasfaseranschlussnetzen sowie der Schwierigkeiten, angesichts der technologischen Dynamik einen entsprechenden Markt EU-rechtskonform abzugrenzen, spricht sich der BREKO für die Beibehaltung eines einheitlich abgegrenzten TAL-Marktes (Nr.3a der „EU-Märkteliste 2014“) aus.

Dadurch würden die Möglichkeiten, über eine Differenzierung bei den Remedies sowie ggf. längere Befristungen der Regulierungsentscheidungen für „Hochkapazitätsnetze“, sachgerechte und investitionsfreundliche regulatorische Rahmenbedingungen für den Ausbau einer Glasfaseranschlussinfrastruktur zu setzen, nicht beschränkt.

II. Räumliche Marktabgrenzung

Die Frage der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes hängt wesentlich von der sachlichen Marktabgrenzung ab. Sofern – der hier gegebene Empfehlung folgend - Hochkapazitätsanschlüsse Teil eines „Gesamtmarktes TAL“ bleiben würden, wäre wegen der dann bestehenden homogenen Marktverhältnisse die Beibehaltung eines räumlich bundesweit abgegrenzten Marktes naheliegend. Der Ausbau und der Markterfolg von FTTB/H-Netzen sind absehbar noch nicht so weit fortgeschritten, dass regional wirklich von stark unterschiedlichen Marktverhältnissen ausgegangen werden kann, die eine regionale Marktabgrenzung rechtfertigen würden. Indiz hierfür ist, dass sich der Marktanteil der Deutschen Telekom als dem marktbeherrschenden Unternehmen im Breitbandanschlussmarkt in den vergangenen beiden Jahren kaum verändert hat.

B. Regulierung

Der Schwerpunkt des Konsultationspapiers liegt auf der Frage der adäquaten Entgeltregulierung von FTTB/FTTH-Netzen.

1. Grundsätzliche Anforderungen an ein Entgeltregulierungsregime

Der Schwerpunkt des Konsultationspapiers liegt auf der Frage, in welcher Weise die Entgeltregulierung ausgestaltet sein sollte, um Investitionsanreize für den Ausbau von Glasfaseranschlussnetzen zu setzen. Auch wenn es sich dabei um ein zentrales Ziel der Entgeltregulierung handelt, darf dabei der Kontext zu weiteren aus den Regulierungszielen des TKG resultierenden Kriterien nicht außer Acht gelassen werden.

Danach sollte das Entgeltregulierungsregime die folgenden Anforderungen zu einem Ausgleich bringen:

- Anreize für effiziente Investitionen in Glasfaseranschlussnetze setzen
- Neue Geschäftsmodelle ermöglichen
- Chancengleichen Wettbewerb sicherstellen
- Eine möglichst flächendeckende Verfügbarkeit hoher Bandbreiten gewährleisten

Schließlich ist auch auf die „Handhabbarkeit“ des Regulierungsregimes für die Unternehmen wie für die Bundesnetzagentur zu achten. Die gewählte Entgeltregulierungsmethodik muss also ein effizientes Verfahren für alle Beteiligten sicherstellen.

2. Die im Konsultationspapier erörterten Entgeltregulierungsansätze

Im Konsultationspapier werden drei mögliche Ansätze für die Ausgestaltung einer Regulierung der Zugangsentgelte zu FTTB/H-Netzen diskutiert. Der bekannten Methode einer Regulierung nach effizienten Kosten („KEL“) stellt die BNetzA eine reine Transparenzverpflichtung gegenüber, bei der schon diskutiert werden könnte, inwieweit es sich überhaupt um eine Maßnahme der Entgeltregulierung handelt. Eine klare Präferenz lässt das Konsultationspapier allerdings für einen „Nachbildbarkeitsansatz“ („Retail Minus“) erkennen, der dort als „Mittelweg“ zwischen der „KEL“-Regulierung und einer schlichten Transparenzaufgabe dargestellt wird.

Nach Auffassung des BREKO ist der „Nachbildbarkeitsansatz“ grundsätzlich – und vor allem in seiner bisherigen Ausgestaltung durch die Spruchpraxis der BNetzA – nicht geeignet, um zu einem stabilen und sachgerechten Entgeltregulierungsregime für Glasfaseranschlussnetze beizutragen und die unter lit.1 beschriebenen Ziele zu erreichen.

Dagegen werden im Konsultationspapier die über mögliche Modifikationen des KEL-Ansatzes erzielbaren Investitionsanreize nicht ausreichend beleuchtet. So wäre eine Clusterung z.B. nach regional unterschiedlichen Ausbaukosten ebenso möglich wie Investitions- bzw. Risikoaufschläge auf die KEL oder eine Berücksichtigung der Ramp-up-Kosten und die Penetrationsentwicklung.

a) Transparenzverpflichtung

Die BNetzA selbst weist im Konsultationspapier darauf hin, dass es sich bei der Auferlegung einer Transparenzverpflichtung eigentlich nicht um eine Entgeltregulierungsmaßnahme, sondern um einen „Verzicht auf Entgeltregulierung“ handelt (S.13). Das Konsultationsdokument nennt dann selbst die Gründe, warum eine ausschließlich auferlegte Transparenzverpflichtung nicht geeignet sein würde, mögliche Wettbewerbsprobleme zu beheben. So stelle die Transparenzverpflichtung lediglich eine Information über Entgelte dar, ermögliche aber keine Kontrolle derselben. Die Transparenzverpflichtung würde daher „ins Leere laufen“, wenn die aufgerufenen Zugangsentgelte so hoch seien, dass die Zugangsleistung für die Wettbewerber ökonomisch unmöglich gemacht würde,

b) Nachbildbarkeitsansatz

Aus dem Konsultationspapier ist klar erkennbar, dass die BNetzA einen „Nachbildbarkeitsansatz“ zur Regulierung der Zugangsentgelte bei FTTB/H-Netzen bevorzugen würde. Allerdings ist die Diskussion des „Nachbildbarkeitsansatzes“ in dem Papier nicht umfassend dargestellt. Insbesondere werden die Nachteile und Unzulänglichkeiten dieser Methodik nicht annähernd vollständig oder kritisch analysiert. Dabei bestehen mit Blick auf den „Nachbildbarkeitsansatz“ sowohl grundsätzliche Bedenken als auch weitere kritische Punkte, die sich aus der Ausgestaltung einer „Retail Minus“-Regelung in der bisherigen Spruchpraxis der BNetzA ergeben.

aa) Grundsätzliche Erwägungen zum Nachbildbarkeitsansatz

Legt man die oben bezeichneten Kriterien zur Identifikation eines geeigneten Entgeltmodells zugrunde, so ist der Nachbildbarkeitsansatz unter jedem dieser Aspekte kritisch zu bewerten.

(1) Nachbildbarkeitsansatz erhöht Investitionsrisiken

Der Nachbildbarkeitsansatz vermittelt weder die für Investitionen langfristige Stabilität und Planbarkeit der Vorleistungsentgelte, noch stellt er eine entgeltseitig angemessene Bewertung der zugrundeliegenden passiven Infrastruktur sicher.

- (a) Die BNetzA identifiziert im Konsultationsdokument als wesentlichen Vorzug die Preissetzungsflexibilität eines „Retail Minus“-Ansatzes. Der Anbieter könne auf eine steigende Nachfrage und Zahlungsbereitschaft der Endkunden flexibel reagieren und die Endkundenpreise – und in der Folge auch die Vorleistungsentgelte – kurzfristig anheben. Umgekehrt könne er am Anfang zur Erreichung einer bestimmten Marktdurchdringung auch Endkundenentgelte (und Vorleistungsentgelte) unterhalb seiner Kosten anbieten und diese dann später nach dem erwarteten Markterfolg anheben.

Diese Argumentation blendet jedoch das wettbewerbliche Umfeld eines in den Aufbau einer Glasfaseranschlussinfrastruktur investierenden Unternehmens aus. Die Preissetzungsflexibilität des FTTB/H-Anbieters wird maßgeblich davon abhängen, mit welchen Infrastrukturen er konkurriert und welche Preissetzungsstrategien seine Wettbewerber verfolgen. So ermöglichen z.B. die besonders günstige Kostenstruktur und der sukzessive am tatsächlichen Kundenwachstum orientierte Netzausbau den Kabelnetzbetreibern eine aggressive Preisstrategie, die die Preissetzungsflexibilität anderer Betreiber hochleistungsfähiger Netze deutlich beschränkt. Aber auch der exklusive Vectoringausbau in den HVT-Nahbereichen durch die Deutsche Telekom wird die Preissetzungsspielräume der Anbieter von Glasfaseranschlussnetzen deutlich einschränken. Vor diesem Hintergrund erhält ein in Glasfaseranschlussnetze investierendes Unternehmen bei Anwendung eines „Retail minus“-Ansatzes gerade nicht die benötigte langfristige Planungs- und Kalkulationssicherheit bzgl. der zu erwartenden Umsätze aus dem Wholesale-Geschäft. Der entsprechende Anbieter kann sich angesichts der Abhängigkeit vom wettbewerblichen Umfeld bei einem Nachbildbarkeitsansatz eben nicht sicher sein, ob, wann und ggf. in welchem Ausmaß er im Laufe des Investitionszyklus seine Endkundenpreise anheben kann und damit auch die erwarteten Einnahmen aus dem Wholesale-Geschäft erzielt. Die dem Nachbildbarkeitsansatz immanente Volatilität schafft daher kein investitionsfreundliches Umfeld.

- (b) Hinzu kommt, dass die Anwendung einer Retail-Minus-Entgeltmethodik für die Bewertung aktiver Netzelemente noch diskutabel sein mag, auf die Wertschöpfung der passiven Infrastruktur aber nicht passt und schon wegen der zu berücksichtigenden zwischengeschalteten Entgeltabstufungen dazu tendiert, diese unterzubewerten. Dies gilt umso mehr, wenn der jeweils niedrigste Retailpreis des Anbieters als Ausgangspunkt gewählt wird, um von dort aus die Abstufungen für die jeweilige Wertschöpfung vorzunehmen. In

diesem Fall wird – anders als in einem „Bottom-Up-Modell“ - das Vorleistungsentgelt für einen Leerrohrzugang die tatsächlichen Kosten für Aufbau und Betrieb der passiven Infrastruktur nicht mehr abbilden. Aber auch die Heranziehung eines Durchschnitts-Endkundenpreises („Warenkorb“) bietet hier keine wirkliche Lösung, da die Deutsche Telekom als im Festnetz insgesamt marktbeherrschendes Unternehmen größere Spielräume bei der Tarifgestaltung hat als ihre Wettbewerber und schon wegen der Skaleneffekte einen höheren Gewinn pro Endkunde erzielen wird. Insofern kann sie ihre Kalkulation auch unabhängiger von einer Durchschnittsbetrachtung vornehmen und würde dadurch bevorzugt.

(2) Nachbildbarkeitsansatz ermöglicht keine neuen Geschäftsmodelle

Durch die Anwendung einer „Retail-Minus-Methodik“ würde auch das zweite Kriterium für eine angemessene Entgeltregulierung verfehlt. Der „Nachbildbarkeitsansatz“ geht schon vom Grundsatz her davon aus, dass der Vorleistungsnachfrager durch das ermittelte Vorleistungsentgelt in die Lage versetzt werden soll, das entsprechende Produkt des regulierten Unternehmens „nachzubilden“. Aufgrund von Effizienzvorteilen hinsichtlich der von ihm selbst zu übernehmenden Wertschöpfungsstufen mag der Vorleistungsnachfrager ggf. eine höhere Marge als das regulierte Unternehmen erzielen können, Spielräume für die Gestaltung eigener, innovativer Produkte eröffnen sich jedoch nicht. Daher ist eine „Retail_Minus-Regulierung“ das klassische Instrument für die Ermittlung eines angemessenen Resale-Vorleistungsentgeltes. Je stärker der Vorleistungsnachfrager jedoch in eine eigene Wertschöpfung geht und eine eigene Infrastruktur aufbaut, um sich nicht nur entgeltseitig, sondern vor allem in der Produktgestaltung von seinen Wettbewerbern abzuheben, desto eher stößt der Nachbildbarkeitsansatz an seine Grenzen. Mit wachsender eigener Wertschöpfung ist eine „Bottom-Up-Betrachtung“ wesentlich geeigneter, um das Innovationspotenzial des Vorleistungsnachfragers, der gerade auch unter dem Aspekt einer eigenen innovativen Produktgestaltung in seine Infrastruktur investiert, wirklich auszuschöpfen.

Unabhängig von der Tatsache, dass der „Retail-Minus-Ansatz“ zur Regulierung der Zugangsentgelte für die passive Infrastruktur grundsätzlich ungeeignet ist, stellt sich mit Blick auf die aktiven Vorleistungsprodukte die Frage, wie in der zu bestimmenden Spanne zwischen den Retail- und den Wholesaleentgelten das bestehende, sehr ausdifferenzierte Vorleistungsportfolio angemessen und unter Vermeidung von Kostenscheren abgebildet werden kann. Es erscheint kaum möglich, im Rahmen des Nachbildbarkeitsansatzes einen Abschlag zu bestimmen, der genug Raum lässt, um alle bestehenden Vorleistungen - die (physische und virtuelle) Entbündelung, Layer-2-BSA und Layer-3-BSA in den Varianten „Classic“ und „Gate“ sauber zu integrieren. Vielmehr besteht die Gefahr von Kostenscheren, die wiederum zu Wettbewerbsverzerrungen führen würden. Im Ergebnis erscheinen daher auch beim Nachbildbarkeitsansatz Kostenbetrachtungen unvermeidlich.

(3) Nachbildbarkeitsansatz beschränkt Wettbewerb

Eine mögliche Wettbewerbsbeeinträchtigung resultiert daraus, dass die oben angesprochene Beschränkung der Preissetzungsflexibilität durch Entgeltmaßnahmen anderer Marktteilnehmer auch die Nachfrager nach Wholesaleleistungen beeinträchtigt. Unternehmen, die ggf. auch nur zum Lückenschluss ihres eigenen Netzes, Vorleistungen als Basis für ein eigenes Wiederverkaufsgeschäft

in Anspruch nehmen, müssen einen profitablen Wiederverkaufspreis erzielen können. Abhängig von der Preisstrategie anderer (marktmächtiger) Marktbeteiligter wird dies aber über einen Nachbildbarkeitsansatz nur schwer umsetzbar sein.

bb) Ausgestaltung durch die Spruchpraxis der BNetzA

Die grundsätzlichen Probleme, die der „Retail-Minus-Ansatz“ mit sich bringt, werden durch die Praxis der BNetzA noch verstärkt.

So ist es zum einen nicht sachgerecht, die Skaleneffekte des marktbeherrschenden Unternehmens ohne weiteres für alle Beteiligten in die Entgeltermittlung einzubeziehen. Sofern es sich bei dem regulierten Betreiber um ein sehr großes Unternehmen, wie z.B. die Deutsche Telekom handelt, werden produktübergreifend ganz erhebliche Skaleneffekte erzielt, so dass es gerechtfertigt und notwendig ist, dessen Skalierungspotenzial zugrunde zu legen. Anders ist das aber bei kleineren Anbietern und Nachfragern, die solche Skalierungseffekte nicht annähernd erreichen können. Einem „effizienten Anbieter“ oder einem „effizienten Nachfrager“ die Skaleneffekte der Telekom zu unterstellen, ist nicht sachgerecht.

Zudem geht die BNetzA in ihrer Spruchpraxis (zuletzt im Verfahren BK 2-15/006 – „Magenta@home“) zur Kostenscherenprüfung von einem „effizienten Nachfragers“ aus. Als „effizient“ gilt dabei der Wettbewerber, der groß genug ist, um ein BSA-Kontingentsmodell der Deutschen Telekom zu nutzen. Tatsächlich sind die BSA-Kontingentsmodelle der Deutschen Telekom so ausgestaltet, dass sie nur von verhältnismäßig wenigen Wettbewerbern genutzt werden können. Gerade für das regionale Kontingentsmodell gibt es aufgrund der Ausgestaltung (z.B. höhere Mindestabnahme von 6 % der Coverage, kein Ausgleich zwischen verschiedenen gebuchten Kontingentsregionen, keine Anpassung der Kontingentsregionen an das eigene Vermarktungsgebiet) kaum eine Nachfrage.

Das Konzept des „effizienten Nachfragers“ ist aber schon vom Grundsatz her verfehlt. Es setzt eine bestimmte („effiziente“) Größe des Nachfragers voraus, was der gewachsenen Struktur im deutschen Festnetzmarkt, in dem der Wettbewerb maßgeblich von den Investitionen zahlreicher regionaler und kommunaler Anbieter getrieben wird, nicht entspricht. Daher führt ein Abstellen auf einen „effizienten Nachfrager“ bei der Bewertung der „Nachbildbarkeit“ zu verzerrten Ergebnissen.

Schließlich hat die BNetzA bei der Anwendung des „Retail minus“-Grundsatzes im Rahmen der Kostenscherenprüfung mehrfach Entgeltmaßnahmen der Deutschen Telekom trotz Feststellung eines „price squeeze“ mit dem Argument geduldet, es handele sich lediglich um regionale oder zeitlich begrenzte Aktion. Diese Argumentation lässt befürchten, dass bei der Regulierung von Zugangsentgelten unter Zugrundelegung eines „Retail-Minus“-Ansatzes eine Preis-Kosten-Schere geduldet würde, solange das regulierte Unternehmen vorträgt, die Preisaktion sei regional oder zeitlich begrenzt.

cc) Effizienz der Regulierungsverfahren

Auch in der Regulierungspraxis würde eine „Retail-Minus-Regulierung“ auf erhebliche Probleme stoßen. Diese betreffen zum einen die Vielzahl der zu führenden Verfahren. Da, wie bereits oben dargestellt, die Heranziehung eines „Durchschnitts-Endkundenpreises“ („Warenkorb“) als Ausgangspunkt zu Verzerrungen führt, müsste die Entgeltregulierung für jedes als

„marktbeherrschend“ eingestuftes Unternehmen auf der Basis dessen jeweiliger Endkundenentgelte gesondert vorgenommen werden. Abhängig von der gewählten Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes kann es sich um eine Vielzahl von regulierten Betreibern handeln. Zudem müsste eine Kontrollmöglichkeit für den Fall der Änderung der Endkundenentgelte bestehen, um zu überprüfen, ob die Vorleistungsentgelte entsprechend angepasst worden sind. Dies bedeutet die Konstituierung einer Anzeigepflicht für jeden Fall einer Preisanpassung mit einem Monitoring und ggf. Korrekturmöglichkeiten durch die BNetzA. Dies ist für die regulierten Anbieter ebenso aufwändig wie für die Behörde.

Zudem sind bereits aus der bisherigen Praxis der „Retail-Minus“-Regulierung die Schwierigkeiten bekannt, die jeweils eigenen Wertschöpfungskomponenten des Vorleistungsnachfragers (z.B. Marketing, Vertrieb, Kundenservice, Billing, Mahnwesen und Zahlungsausfälle sowie die eigene Infrastrukturleistung) vollständig zu erfassen und angemessen zu beziffern. Je nach Darlegungs- bzw. Amtsermittlungslast entstehen hier für die Behörde wie für die regulierten Anbieter ebenfalls erhebliche Aufwände, ohne dass am Ende eine transparente und sachgerechte Lösung gefunden sein wird.

Die Problematik der Produktbündel im Rahmen einer „Retail-Minus“-Betrachtung erscheint als nicht lösbar. Bereits in der Vergangenheit konnte die Bündelung der eigentlichen Anschlussleistung (als Anknüpfungspunkt für eine „Retail-Minus“-Regulierung) und der darauf aufsetzenden Dienste im Rahmen der Entgeltregulierung nicht transparent und sachgerecht aufgelöst werden. Als prägnantes Beispiel sei die Bündelung von Festnetz- und Mobilfunkelementen bei dem Produkt „Magenta1“ der Deutschen Telekom angeführt, bei dem das Unternehmen seine starke Marktstellung im Festnetz- wie im Mobilfunkmarkt ausnutzen (und über das Bündelprodukt weiter verstärken) konnte, ohne dass über die Anwendung einer „Retail-Minus“-Regulierung regulatorische Korrekturen erfolgt wären.

Diese Problematik wird allerdings durch die bereits stattfindende und sich als weiter dynamisch abzeichnende Bündelung der Anschlussleistung mit Content praktisch unlösbar, insb. bei „Zero-Rating-Diensten“. Bei der Betrachtung der Endkundenpreise (z.B. für T-Entertain) lässt sich nicht wirklich ermitteln, welche Kosten auf den Anschlussteil und welche Kosten auf die Content-Beschaffung (oder zukünftig auch stärker) –Erstellung entfallen, um die Frage der „Nachbildbarkeit“ zu bewerten. Oft dürfte eine „Nachbildbarkeit“ des Endkundenprodukts des regulierten Unternehmens schon daran scheitern, dass es sich um einen „exklusiven Content“ handelt, zu dem die Wettbewerber gar keinen Zugang haben. Gerade große internationale Contentanbieter, wie Amazon oder Google, werden exklusive Kooperationsvereinbarungen nur mit sehr großen Netzbetreibern schließen. Die Konditionen solcher Vereinbarungen und die Frage, welcher Teil des Endkundenentgelts letztlich dem Content zuzurechnen ist, dürfte schlicht nicht zu ermitteln sein. Spätestens bei der Handhabung der Bündelungsproblematik stößt der „Nachbildbarkeitsansatz“ an seine Grenzen.

dd) Zwischenfazit

Neben den im Konsultationspapier hervorgehobenen möglichen Vorzügen, weist der „Nachbildbarkeitsansatz“ vor allem erhebliche Probleme auf und erscheint für eine sachgerechte Entgeltermittlung insbesondere der passiven Infrastrukturleistung als nicht geeignet. Eine „Retail-Minus“-Regulierung, die für reine Resaleleistungen angemessen sein mag, ist für die entgeltseitige

Bewertung infrastrukturbasierter Netzzugänge nicht geeignet. Insbesondere das erklärte Ziel der BNetzA, über eine ebenso flexible wie berechenbare Entgeltregulierung Investitionen in Glasfaseranschlussnetze anzureizen würde über den „Nachbildbarkeitsansatz“ nicht erreicht. Vielmehr führt der Nachbildbarkeitsansatz mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einer Unterbewertung der passiven Infrastruktur. Zudem wird der Anbieter eines Glasfaseranschlussnetzes je nach Wettbewerbssituation durch die Preisstrategien von Anbietern anderer leistungsstarker Infrastrukturen (Kabel, Vectoring, zukünftig „G.fast“ ?) ggf. stärker und länger in seinen Preissetzungsspielräumen beschränkt, was bei einer „Retail-Minus-Vorleistungsregulierung“ direkt auf die Umsätze auch aus dem Whoelsalegeschäft durchschlagen würde). Es sind daher alternative Ansätze zum „Nachbildbarkeitsansatz“ zu prüfen.

c) Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KEL)

Das Konsultationspapier diskutiert auch den KEL-Ansatz als mögliche Methode zur Regulierung von Entgelten für den Zugang zu Glasfaseranschlussnetzen. Die KEL-Betrachtung hat bisher bei allen Regulierungsentscheidungen zu den TAL-Zugangsentgelten Anwendung gefunden und sich diesbezüglich bewährt. Allerdings sieht die BNetzA bei der Anwendung des KEL-Maßstabes auf Zugangsentgelte für Glasfaseranschlussnetze verschiedene Probleme. Vor allen Dingen könne eine KEL-Regulierung die mit Blick auf das künftige Nachfrageverhalten und die vermutlich steigende Zahlungsbereitschaft der Kunden erforderliche Preissetzungsflexibilität nicht gewährleisten.

Andererseits wurde bereits aufgezeigt, dass die Preisflexibilität eines Anbieters im Wettbewerb ohnehin begrenzt ist. Der seitens der BNetzA präferierte Retail-Minus-Ansatz würde den Unternehmen zwar erlauben, in einer Einführungsphase Glasfaseranschlüsse zu Preisen (Retail und Wholesale) unterhalb ihrer Kosten anzubieten, um eine entsprechende Nachfrage zu erzeugen, allerdings zeigt die Erfahrung, dass die später erforderlichen Preisanhebungen, jedenfalls in wettbewerblichen Konstellationen, am Markt nur schwer durchsetzbar wären. Wichtiger als die Preissetzungsflexibilität erscheint daher die langfristige Berechenbarkeit und Sicherung der Wholesaleentgelte sowie die Einführung von Investitionsanreizen. Hierzu wäre das bisherige – und für die Regulierung des Kupfernetzes weiter erforderliche - KEL-Modell für Glasfaseranschlussnetze allerdings zu modifizieren.

Zum einen geht die KEL-Regulierung für das Kupfernetz von konstanten Kundenzahlen und Endkundenpreisen aus. Diese Annahme kann aber auf Glasfaseranschlussnetze nicht übertragen werden. Vielmehr ist es wahrscheinlich, dass in der Einführungsphase die Zahlungsbereitschaft der Kunden noch durch das ihnen vertraute Preisniveau für das Kupfernetz geprägt sein wird. Dies bedeutet aber, dass nach der üblichen KEL-Regulierung ermittelte Wholesale- und die daraus resultierenden Retail-Entgelte am Markt kaum durchsetzbar sein dürften. Da die Glasfaseranschlussnetze zudem erst sukzessive aufgebaut werden müssen, ist auch die Dynamik des Netzausbaus und der Netzauslastung durch die bisherige KEL-Praxis nur schwer abbildbar. Eine Lösung könnte darin liegen, die kumulierten Kosten über den gesamten Lebenszyklus des Glasfaseranschlussnetzes hinweg zu betrachten und die KEL-Regulierung auf diese Weise zu dynamisieren.

Zudem wäre bei Glasfaseranschlussnetzen die regional stark unterschiedliche Kostensituation (Bevölkerungsdichte, topographische Gegebenheiten etc.) im Rahmen der KEL-Ermittlung zu

berücksichtigen. Diese könnte in Form einer Clusterung (z.B. städtische – halbstädtische – ländliche Gebiete) geschehen. Eine solche Clusterung, die ggf. auch noch geographische bzw. topographische Besonderheiten einbeziehen müsste, würde aber die Komplexität der Entgeltregulierung erheblich steigern.

Investitionsanreize im Rahmen der KEL-Regulierung könnten zudem durch Investitions- bzw. Risikoaufschläge auf die KEL oder eine Berücksichtigung der Ramp-up-Kosten und der Penetrationsentwicklung gesetzt werden. Auch diese Maßnahmen würden aber zur Komplexität der Entgeltregulierung beitragen.

Es ist daher intensiver zu diskutieren, ob bzw. in welcher Weise eine modifizierte KEL-Regulierung den Betreibern von Glasfaseranschlussnetzen einerseits die notwendige Flexibilität gewährleisten und Investitionsanreize setzen kann, ohne gleichzeitig die Komplexität der Regulierung ins „Nicht-mehr-Praktikable“ zu steigern.

C. Schlussbemerkung

Der Einfluss von Erleichterungen bei der Entgeltregulierung auf Investitionsentscheidungen des regulierten Unternehmens sollte nicht überschätzt werden. Es ist anzumerken, dass die Telekom die Einführung des mildereren ex-post-Maßstabes bei der BSA-Entgeltregulierung nicht mit einer verstärkten Investitionstätigkeit beantwortet hat. Im Gegenteil: gut 80 Prozent der Investitionen in Glasfasernetze kommen aus dem Wettbewerb, gut 50 Prozent der Glasfaserinvestitionen in Deutschland werden dabei von BREKO-Mitgliedsunternehmen getragen.

Soll die Telekom zu Glasfaserinvestitionen bewegt werden, versprechen weder eine Lockerung der Entgeltregulierung noch der (temporäre) Verzicht auf Regulierung („Regulierungsferien“) Erfolg. Vielmehr müsste die hohe Profitabilität ihres längst abgeschriebenen Kupfernetzes zur Diskussion gestellt werden.

Die regulatorische Diskussion sollte zudem nicht isoliert, sondern im Gesamtkontext der Forcierung des Ausbaus von Glasfaserinfrastrukturen und der Anforderungen einer zunehmenden Digitalisierung in Wirtschaft und Gesellschaft geführt werden. Dabei sollten die Überlegungen nicht auf die Zugangs- und Entgeltregulierung verengt werden. Vielversprechender erscheint die Förderung von echten Infrastrukturkooperationen, Wholesale-Only- und anderen Open-Access-Konzepten. Die kürzlich vorgestellte und für alle Marktbeteiligten offene „BREKO-Plattform“ ist dabei ein praktisches Beispiel dafür, wie Kooperationsmodelle aus dem Markt heraus forciert werden können.

Der Mitgliedsunternehmen des BREKO leisten seit 18 Jahren verlässlich ihren Beitrag zur Entwicklung der Kommunikationsinfrastruktur in Deutschland und stehen der durch die Konsultation eingeleiteten – und in der Folge zu erweiternden – Diskussion um den Ausbau einer hochleistungsfähiger Glasfaseranschlussnetze offen und konstruktiv gegenüber.

Bonn, 11. Mai 2017