



Bundesnetzagentur

## Beschlusskammer 2

BK2b-20/024

# Beschluss

in dem Verwaltungsverfahren

von Amts wegen

gegen

die Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,  
vertreten durch die Geschäftsführung,

– Betroffene –

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dolde, Mayen und Partner,  
Mildred-Scheel-Straße 1, 53175 Bonn

vom 16.12.2020 wegen missbräuchlichem Verhalten gemäß § 42 TKG

Beigeladene:

1. Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten (VATM) e.V.; Frankenwerft 35, 50667 Köln  
vertreten durch den Vorstand  
– Beigeladener zu 1 –
2. Vodafone GmbH  
Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf  
vertreten durch die Geschäftsführung  
– Beigeladene zu 2 –
3. NetCom BW GmbH  
Unterer Brühl 2, 73479 Ellwangen  
vertreten durch die Geschäftsführung  
– Beigeladene zu 3 –
4. Plusnet GmbH  
Mathias-Brüggen-Str. 55, 50829 Köln  
vertreten durch die Geschäftsführung  
– Beigeladene zu 4 –
5. Plusnet Infrastruktur GmbH & Co. KG  
Mathias-Brüggen-Str. 55, 50829 Köln  
vertreten durch die Geschäftsführung  
– Beigeladene zu 5 –
6. Verizon Deutschland GmbH  
Rebstöcker Str. 59, 60326 Frankfurt  
vertreten durch die Geschäftsführung  
– Beigeladene zu 6 –
7. Bundesverband Breitbandkommunikation e.V.  
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn  
vertreten durch die Geschäftsführung  
– Beigeladene zu 7 –
8. BT (Germany) GmbH & Co. oHG  
Barthstr. 4, 80339 München  
vertreten durch die Geschäftsführung  
– Beigeladene zu 8 –
9. NetCologne GmbH  
Am Coloneum 9, 50829 Köln  
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 9 –

10. ecotel communication ag  
Prinzenallee 11, 40549 Düsseldorf  
vertreten durch den Vorstand

– Beigeladene zu 10 –

11. EWE TEL GmbH  
Cloppenburg Str. 310, 26133 Oldenburg  
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 11 –

12. Verizon Deutschland GmbH,  
Rebstöcker Str. 59, 60326 Frankfurt/Main,  
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 12 –

13. M-net Telekommunikations GmbH,  
Emmy-Noethen-Straße 2, 80992 München,  
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 13 –

14. Telefónica Germany GmbH & Co. OHG,  
Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München,  
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 14 –

15. 1&1 Versatel GmbH,  
Wanheimer Straße 90 , 40468 Düsseldorf,  
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 15 –

16. Orange Business Germany GmbH,  
Konrad-Zuse-Platz 6, 81829 München,  
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 16 –

Verfahrensbevollmächtigte der Beigeladenen zu 16:

Loschelder Rechtsanwälte, Partnerschaftsgesellschaft mbB,  
Konrad-Adenauer-Ufer 11, 50668 Köln,

hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 03.03.2021

durch

die Vorsitzende Gerlinde Schmitt-Kanthak,

den Beisitzer Jörg Lindhorst und

den Beisitzer Wolfgang Woesler

am 16.04.2021

e n t s c h i e d e n:

1. Es wird festgestellt, dass die Betroffene ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hat, indem sie die mit den Nachfragern geschlossenen Einzelverträge über den Zugang zu SDH-basierten Übertragungswegen, d.h. den Leistungen CFV-1.0, Ethernet-VPN 1.0, Ethernet-P2MP und Ethernet-P2MP HBS in den Bandbreiten 2 Mbit/s bis einschließlich 155 Mbit/s zum 30.09.2022 bzw. zum 31.03.2023 gekündigt und zugleich erklärt hat, den Zugang über die genannten Kündigungstermine hinaus lediglich zu veränderten Bedingungen, insbesondere unter der Verwendung anderer Produkte, wie etwa den Produkten CFV 2.0 sowie VPN 2.0 zu gewähren, ohne dass ihr Vorgehen insoweit gerechtfertigt wäre. Die Kündigungen werden für unwirksam erklärt. Ihr wird untersagt, aus den Kündigungen Rechte herzuleiten.
2. Es wird weiter festgestellt, dass die Betroffene ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hat, indem sie die mit den Nachfragern geschlossenen Einzelverträge über den Zugang zu SDH-basierten Übertragungswegen i.S.d. Ziffer 1 zum 30.09.2022 bzw. zum 31.03.2023 gekündigt hat und zugleich erklärt hat, ihren eigenen Endkunden noch keine entsprechenden Kündigungen auszusprechen. Die Kündigungen werden insoweit auch für unwirksam erklärt. Ihr wird auch insoweit untersagt, aus den Kündigungen Rechte herzuleiten.
3. Der Betroffenen wird untersagt, eine Kündigung aus Gründen der Migration für die SDH-basierten Übertragungswegen i.S.d. Ziffer 1 auszusprechen, sofern nicht in der zu dem Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung bestehenden Regulierungsverfügung bzw. dem zu diesem Zeitpunkt bestehenden geprüften Standardangebot der Betroffenen etwas Anderes geregelt ist.

4. Der Betroffenen wird zusätzlich untersagt, eine Kündigung aus Gründen der Migration für die SDH-basierten Übertragungswegen i.S.d. Ziffer 1 auszusprechen, sofern die Betroffene nicht auch die Verträge mit ihren eigenen Endkunden entsprechend kündigt. Dies gilt nicht, wenn in der zum Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung bestehenden Regulierungsverfügung bzw. einem zu dem Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung bestehenden geprüften Standardangebot der Betroffenen etwas Anderes geregelt ist.

Zur besseren Übersichtlichkeit wird nachfolgendes Inhaltsverzeichnis vorangestellt:

1	Sachverhalt .....	7
2	Gründe .....	21
2.1	Formelle Voraussetzungen .....	21
2.1.1	Richtige Verfahrensart .....	21
2.1.2	Verfahrenseinleitung von Amts wegen .....	21
2.1.3	Zuständigkeit und Verfahren .....	21
2.2	Materielle Voraussetzungen .....	22
2.2.1	Beträchtliche Marktstellung .....	22
2.2.2	Behinderung bzw. erhebliche Beeinträchtigung .....	23
2.2.2.1	Zeitlich unbegrenzte Verpflichtung zur Zugangsgewährung .....	24
2.2.2.2	Anträge auf Änderung nach Erklärung der Kündigung gestellt .....	25
2.2.2.3	Maßgeblichkeit des Zeitpunktes der Erklärung der Kündigung .....	27
2.2.2.4	Vorgelegtes Standardangebot zur Transformation .....	32
2.2.2.5	Spätere Umkehrung faktisch ausgeschlossen bzw. mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden .....	35
2.2.3	Diskriminierungsmissbrauch .....	35
2.2.4	Ausnutzen der beträchtlichen Marktmacht .....	37
2.2.5	Unbilligkeit bzw. fehlende sachliche Rechtfertigung bei der Behinderung bzw. der Beeinträchtigung .....	38
2.2.5.1	Überwiegen der Interessen der Carrier .....	38
2.2.5.2	Vortrag – Teilhabeanspruch der Wettbewerber ende mit Einstellung der eigenen SDH-basierten Endkundendienste .....	39
2.2.5.3	Vortrag – SDH-basierte Leistungen wären für den Wettbewerb nicht mehr relevant .....	40
2.2.5.4	Vortrag - Vermeintliche Unmöglichkeit .....	41
2.2.5.4.1	Es liegt schon offensichtlich keine Unmöglichkeit vor .....	41
2.2.5.4.2	Auch Migrationspuffer führt nicht zur Unmöglichkeit .....	43
2.2.5.4.3	Zweifel an der technischen Unmöglichkeit ab dem 31.12.2023 .....	44
2.2.5.4.4	Wholesale Premium als mögliche Alternative .....	44
2.2.5.4.5	Fehlende Antragstellung zum beabsichtigten Rückbau .....	46
2.2.5.5	Vortrag – Kündigung orientiere sich an den Vorgaben des Standardangebotes .....	48
2.2.5.6	Vortrag – Kündigung wäre für den Wettbewerber nicht überraschend .....	50
2.2.5.7	Vortrag – Keine Abhängigkeit der Kündigung von abgeschlossenem Verfahren in Hinsicht auf den Transformationsvertrag .....	51
2.2.5.8	Vortrag – Maßgeblich sei eine ausreichende Zeitspanne zwischen Aussprache und Wirksamkeit der Kündigung .....	51
2.2.5.9	Vortrag – Austauschbarkeit der 1.0er Produkte mit den 2.0er Produkten .....	52
2.2.6	Keine sachliche Rechtfertigung für die Diskriminierung .....	53
2.2.7	Abhilfe .....	53

## 1 Sachverhalt

1. Die Betroffene ist eine Tochtergesellschaft der Deutsche Telekom AG und vertreibt Telekommunikationsdienstleistungen, unter anderem hochqualitative Zugangsprodukte für den Geschäftskundenmarkt. Sie ist Eigentümerin einer bundesweiten Telekommunikations-Netzinfrastruktur. Als solche bietet sie unter anderem auch Zugang zu SDH-basierten Übertragungswegen, d.h. den Leistungen CFV-1.0, Ethernet-VPN 1.0, Ethernet-P2MP und Ethernet-P2MP HBS an, die dem Markt Nr. 4 der vormaligen Märkte-Empfehlung aus dem Jahr 2014 zuzuordnen sind.
2. Diese Dienste stellt sie sowohl in der Form von Point-to-Point- als auch in der Form von Point-to-Multipoint-Verbindungen zur Verfügung. Im Bandbreitenbereich von 2Mbit/s bis 155 Mbit/s verfügt die Betroffene über beträchtliche Marktmacht und unterliegt als solcher sektorspezifischen Auflagen. Diese sind insbesondere in der Regulierungsverfügung BK2-16/002 vom 19.12.2018 als auch in dem Standardangebotsverfahren BK2a-12/005 für die Leistung CFV-1.0 näher konkretisiert.
3. Unter anderem unterliegt sie nach Ziffer 1.1 bis 1.5 sowie Ziffer 2.1 bis 2.5 der in Bestandskraft erwachsenen Regulierungsverfügung der Verpflichtung, Zugang zu Abschluss-Segmenten von Mietleitungen mit klassischen und ethernet-basierten Schnittstellen sowie den Produkten Ethernet-VPN 1.0, Ethernet-P2MP und Ethernet-P2MP HBS mit einer Übertragungsrate von 2 Mbit/s bis 155 Mbit/s zu gewähren.
4. Die von der Betroffenen in dem Verfahren zum Erlass der Regulierungsverfügung beantragte Aufnahme einer auflösenden Bedingung dieser Verpflichtung hat die Bundesnetzagentur in ihrer Entscheidung vom 19.12.2018 (BK2-16-002, dort S. 46 f) abgelehnt und hierzu ausgeführt, dass auch der Umstand, dass die Betroffene zwischenzeitlich ein Standardangebot für ein potentes Nachfolgeprodukt für die SDH-basierten Mietleitungen auf der Basis von nativem Ethernet bei der Bundesnetzagentur mit Geltung zum 01.10.2018 gestellt habe, keine Begrenzung der Verpflichtung zur Bereitstellung von SDH-basierten Mietleitungen rechtfertige. Ob und in welchem Umfang dieses Produkt als ein ausreichendes Substitut für die bislang vom Markt ausschließlich SDH-basierten Mietleitungen eingesetzt werden kann, sei zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht absehbar.
5. Weiterhin unterliegt sie nach Ziffer 7 der Entscheidung vom 19.12.2018 (BK2a-16/002) einer Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes. Das von der Betroffenen für die Leistung CFV 1.0 veröffentlichte und von der Beschlusskammer geprüfte Standardangebot sieht für die Geltungsdauer der entsprechenden Zugangsverpflichtung keine zeitliche Begrenzung der Pflicht zur Bereitstellung bzw. Überlassung der aufgeführten Übertragungswege vor. Für

die Leistungen Ethernet-VPN-1.0, Ethernet-P2MP, Ethernet-P2MP-HBS sowie CFV 2.0 und VPN 2.0 liegt noch kein geprüftes Standardangebot vor.

6. Mit Schreiben vom 14.10.2020 hat die Betroffene der Beschlusskammer 2 mitgeteilt, dass Sie ihren Nachfragern auf der Vorleistungsebene die Einzelleistungen von Übertragungswegen auf der Basis ihrer SDH-Plattform zum 30.09.2022 bzw. zum 31.03.2023 kündige. Die entsprechenden Leistungen betreffen mit den Bandbreitenbereichen 2 Mbit/s bis 155 Mbit/s auch Übertragungswege, die der sektorspezifischen Regulierung unterliegen und zu deren Leistung die Betroffene nach der geltenden Regulierungsverfügung sowie aufgrund entsprechender Vorgaben (in Standardangeboten) gegenüber den Wettbewerbern verpflichtet ist.
7. Anlass für die Kündigung bildet nach dem Vortrag der Betroffene die beabsichtigte Außerbetriebnahme der entsprechenden SDH-Plattform (inklusive 1850er-Technik). Die Fortführung des Angebotes von SDH-Übertragungswegen auf der Grundlage der optischen Netz-Plattform im Rahmen des Produktes „Wholesale Premium“ lehnt die Betroffene für die vorgenannten Bandbreiten und damit für den regulierten Bereich ausdrücklich ab.
8. Auf ein entsprechendes Auskunftsverlangen der Beschlusskammer im Rahmen von Vorermittlungen vom 30.10.2020 hat die Betroffene gegenüber der Beschlusskammer mit Antwortschreiben vom 10.11.2020 mitgeteilt, dass zwischenzeitlich entsprechende Kündigungen zum 30.09.2022 sowie zum 31.03.2023 marktweit ausgesprochen worden seien. Der Support der SDH-Plattform durch das Herstellerunternehmen laufe noch bis zum 31.12.2023. Länger sei die Plattform nicht betreibbar.
9. Weiter teilte die Betroffene mit, dass Ihrer Auffassung nach der „Teilhabanspruch für SDH“ mit der Einstellung der SDH-basierten Produkte bis 155 Mbit/s im Retail ende und sich die Regulierungsverfügung dann erledige.
10. Bis dahin würden die Produkte bestellbar sein. Die Betroffene kündigte zugleich an, höchstvorsorglich zeitig vor dem 31.03.2023, nämlich 2021, einen Antrag auf Änderung der Regulierungsverfügung zu stellen und dabei die Aufhebung der Zugangsverpflichtung auf SDH-Basis zu beantragen. Erst mit einem Beschluss der Bundesnetzagentur zur Aufhebung der Zugangsverpflichtung werde die Betroffene die Vertriebseinstellung der regulierten Vorleistungsprodukte einleiten. Die Aufhebung dieser Zugangsverpflichtung sei nach Auffassung der Betroffenen erforderlich. Anderenfalls erfolge lediglich die Verlagerung dieser Anschlüsse in den Wholesale-Bereich, indem die Wettbewerber die Telekom-Geschäftskunden mit dem Argument abwerben würden, dass sie weiterhin SDH anböten. Dadurch werde das Leerräumen der Plattform erschwert.
11. Auf Nachfrage der Beschlusskammer, ob von der SDH-Plattformabschaltung neben den CFV sowie den CSN-Verträgen auch die entsprechenden Produkte

und Leistungen im Geschäftskundenportfolio betroffen seien, antwortete die Betroffene, dass die entsprechenden Produkte seitens des Endkundenvertriebsarms der Betroffenen noch nicht gekündigt seien. Der Produktwechsel infolge eines Technologiewechsels erfolge bei den Geschäftskunden der Betroffenen in der Art, dass die Betroffene zunächst Beratungsgespräche mit ihren Geschäftskunden führe und eine Neuausrichtung der Verträge im konsensualen Weg herbeiführe. Die Kündigung des Vertrags mit dem Geschäftskunden werde hierbei nur die Ultima Ratio sein.

12. Mit Schreiben vom 14.11.2020 hat sich der vatm an die Kammer gewandt und vorgetragen, dass er das Vorgehen der Betroffenen als unzulässig ansehe und die Beschlusskammer um Unterstützung gebeten, so dass durch die Abkündigung der SDH-basierten Produkte keine Schädigung des Wettbewerbs erfolge.
13. Mit Schreiben vom 04.12.2020 hat die Beschlusskammer 2 unter dem Aktenzeichen BK2c-20/23 ein Standardangebotsverfahren eröffnet und die Vorlage einer Zusatzvereinbarung zu den (Standard)-Verträgen über die SDH-Plattform (inklusive 1850er-Technologie) basierenden Produkte gefordert. Mit Schreiben vom 01.02.2021 hat die Betroffene eine Zusatzvereinbarung über die Produkttransformation im Zusammenhang mit der Einstellung der Legacy-Produkte vorgelegt. Das entsprechende Verfahren ist damit derzeit parallel ebenfalls vor der Beschlusskammer anhängig.
14. Gegen die o.g. Betroffene wurde schließlich am 16.12.2020 das gegenständliche Verfahren der Missbrauchskontrolle nach § 42 TKG wegen der Kündigungen der Einzelleistungen von Übertragungswegen auf der Basis ihrer SDH-Plattform zum 30.09.2022 bzw. zum 31.03.2023 im regulierten Bereich eröffnet. Ihr wurde im Vorfeld der öffentlich-mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben, eine Stellungnahme abzugeben. Hiervon machte die Betroffene mit Schreiben vom 20.01.2021 Gebrauch.
15. Die Betroffene trägt vor, dass die Wettbewerber durch die Kündigungen weder missbräuchlich diskriminiert noch missbräuchlich behindert würden. Dass die Betroffene im Wholesale bereits Kündigungen ausgesprochen habe, stelle keine Ungleichbehandlung im Verhältnis zum Retailbereich der Betroffenen dar.
16. Die für eine Ungleichbehandlung relevante Fragestellung sei, ob die Carrier durch die Kündigung der Wholesaleprodukte dazu gezwungen seien, gegenüber ihren Endkunden anders zu agieren als die Betroffene gegenüber ihren Endkunden in dem Wissen, dass die Alt-Plattformen spätestens am 31.12.2023 abgeschaltet würden, so dass die Bereitstellung von Endkundenleistungen mit SDH- oder Ethernet-over-SDH-Schnittstellen nicht mehr möglich sein werde. Das sei zu verneinen.

17. Eine Kündigung auf der Endkundenebene sei derzeit weder auf Carrier- noch Betroffenenseite geboten oder gar erforderlich. Sie wäre im Gegenteil im Rahmen von Transformationsszenarien vollkommen marktunüblich. Typischerweise hätten die Carrier ebenso wie die Betroffene ein Interesse daran, ihre jeweiligen Endkunden zunächst mit dem neuen Endkunden-Produktportfolio vertraut zu machen, im Anschluss auf die Neuprodukte umzuberaten und ein Transformationskonzept mit dem Endkunden abzustimmen. Die Kündigung stelle allenfalls eine Ultima Ratio für Restbestände dar, wenn sich Endkunden einer Umberatung verschließen.
18. Die Möglichkeit, dass die Wettbewerber ihre Geschäftskunden durch die Kündigung verlören, genüge nicht für eine erhebliche Behinderung im Sinne des § 42 TKG. Erforderlich sei eine tatsächliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Carrier. Dafür bestünden jedoch keine Anhaltspunkte.
19. Die Wettbewerber könnten sowohl auf die CFV 2.0 als auch das VPN 2.0 zurückgreifen. Auf dieser Basis könnten sie Geschäftskundenprodukte anbieten, welche die gleichen Eigenschaften wie das Produkt Ethernet Connect 2.0 aufwiesen.
20. Jedenfalls fehle es an einer unbilligen Behinderung i.S. des § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG, da die Betroffene über die Produkte CFV 2.0 und VPN 2.0 hinaus keine weiteren Wholesale-Produkte anbieten müsse.
21. Sie sei dazu berechtigt, die Legacy-Produkte abzumanagen, weil es ihr nicht möglich sei, den Betrieb der SDH-Plattform über den 31.12.2023 hinaus aufrechtzuerhalten.
22. Den Wettbewerbern stehe grundsätzlich nur ein Teilhabeanspruch am Netz der Betroffenen in Form eines Mitbenutzungsanspruchs zu. Dieser ende in jedem Fall dann, wenn die Betroffene selbst ihr Netz aus technischen Gründen nicht mehr in der bisherigen Weise nutze. Eine „Mit“-Nutzung sei dann nach der Rechtsprechung ausgeschlossen.
23. Weiter sei die Bundesnetzagentur nicht dazu befugt, der Betroffenen eine Zugangsverpflichtung zu dem Produkt Wholesale Premium in den regulierten Bandbreiten aufzuerlegen. Das OTN-Transportnetz sei nicht geeignet die in der Regulierungsverfügung definierten Bandbreiten von bis zu 155 Mbit/s effizient zu transportieren.
24. Dass die Produkte CFV 2.0 und VPN 2.0 als native Ethernet-Produkte Substitute von Mietleitungen bzw. VPN mit Ethernet-over-SDH-Schnittstellen darstellten, sei weiterhin durch die Marktdefinition und Marktanalyse bestandskräftig und für die Beschlusskammer verbindlich festgestellt.
25. Die Mietleitungen mit klassischer SDH-Schnittstelle spielten wettbewerblich keine Rolle mehr.

26. Mit Schreiben vom 02.02.2021 übersandte die Betroffene der Beschlusskammer eine Zusatzvereinbarung über die Produkttransformation im Zusammenhang mit der Einstellung der Legacy-Produkte im Rahmen des entsprechenden Standardangebotsverfahrens BK2c-20/023. In diesem ist unter Ziffer 3 Folgendes vorgesehen:

*„Die Telekom nimmt Bestellungen von Altproduktleistungen bis spätestens 30.09.2022 an. Für alle Bestellungen ab dem 01.04.2022 endet die Mindestüberlassungsdauer jedenfalls spätestens am 31.03.2023.*

*Bestellungen mit einem Kundenwunschtermin später als 01.03.2023 lehnt die Telekom ab.“*

27. Unter Ziffer 2 findet sich die folgende Regelung:

*„... Beauftragt der Kunde die Nachfolgeproduktleistung rechtzeitig nach Ziffer 6 bei der Telekom, kann jedoch die Nachfolgeproduktleistung aus von der Telekom zu vertretenden Gründen nicht zum Kündigungstermin der Altproduktleistung bereitgestellt werden, wird die Telekom die Altproduktleistung über den Kündigungstermin hinaus solange weiter betreiben, bis die vom Kunden bestellte Nachfolgeproduktleistung bereitgestellt ist.*

*Andernfalls wird die bisherige Altproduktleistung zu ihrem jeweiligen Kündigungstermin beendet. ...“*

28. In der mündlichen Verhandlung zu dem oben genannten Standardangebotsverfahren vom 17.04.2021 teilte die Betroffene mit, dass sie die SDH-Plattform nicht über Nacht abschalten werde und sich „die Not der Wettbewerber vor Augen“ grundsätzlich vorstellen könne, dass in wenigen Einzelfällen das Altprodukt weiter zur Verfügung gestellt werde, allerdings ohne dass die Leistung weiter garantiert werden könne. Voraussetzung sei allerdings, dass dies vor dem Hintergrund des § 109 TKG und der darin aufgestellten Forderung zu einem sicheren Netzbetrieb zulässig sei. Dies wurde von einem anderen Vertreter der Betroffene in der öffentlich-mündlichen Verhandlung in Abrede gestellt, da wegen des fehlenden Softwaresupports seitens des Herstellers, ein sicherer Netzbetrieb nicht mehr gewährleistet werden könne. Auf weitere Nachfrage seitens der Beschlusskammer teilte die Betroffene mit, dass sie ein entsprechendes Angebot zu einer servicereduzierten Weiterleistung über den 31.12.2023 hinaus der Beschlusskammer vorlegen werde.

29. In Hinsicht auf das von ihr angedachte Vorgehen auf der Endkundenebene teilte die Betroffene mit dass sie sich in den TDS (Telekom-Designed-Networks) -Verträgen einer vereinbarten Innovationsklausel bedienen werde. Auf deren Basis setze die Betroffene die Retail-Kunden in einem ersten Schritt davon in Kenntnis, von der Innovationsklausel Gebrauch zu machen. In einem zweiten Schritt stimme sie die Transformation mit dem Retail-Kunden individuell ab und lege

einen Transformationszeitplan fest. Aufgrund dessen würden Kündigungen in zahlreichen Fällen nicht notwendig sein.

30. Nur wenn die Retail-Kunden auf die Ansprache nicht reagieren oder eine Transformation auf Basis der Innovationsklausel verweigern, werde eine Kündigung spätestens bis zum 30.09.2022 mit Wirkung zum 31.03.2023 ausgesprochen werden. Die Wirksamkeit der Kündigungen trete damit zum gleichen Zeitpunkt ein wie im Wholesale.
31. Sollte die Transformation nicht bis zum 31.03.2023 erfolgen können, würden die Übertragungswege ganz ausnahmsweise bis zur Inbetriebnahme des Nachfolgeproduktes weiterbetrieben, längstens aber nur bis zum 30.09.2023. Auch insoweit würden die Carrier bessergestellt, weil die Betroffene im Wholesale in Bezug auf besonders problembehaftete Restbestände einen Weiterbetrieb bis zum 31.12.2023 ermöglichen werde.
32. Neben der Betroffenen haben auch insgesamt 6 der 11 Beigeladenen die Möglichkeit zur Stellungnahme vor der öffentlich-mündlichen Verhandlung genutzt.
33. Die Beigeladene zu 16 teilte in ihrer Stellungnahme mit, dass eine abrupte Leistungseinstellung alle ihre Kunden in Deutschland unmittelbar betreffen würde. Die Abkündigung bringe sie in eine Situation höchsten Risikos und großer Unsicherheit.
34. Die Kündigung widerspreche sowohl der Regulierungsverfügung, die die Betroffene bedingungslos zur Zugangsgewährung der entsprechenden Leistungen verpflichtet. Die beabsichtigte Außerbetriebnahme der entsprechenden 1850 SDH-Plattform könne nur dann erfolgen, wenn ein qualitativ und kommerziell vergleichbares Substitut bestünde, was gegenwärtig nicht der Fall sei.
35. Sie werde unmittelbar und ohne sachlich gerechtfertigten Grund daran gehindert, das Leistungsportfolio in Deutschland aufrechtzuerhalten. Gleichzeitig seien ihre Wettbewerbsmöglichkeiten erheblich beeinträchtigt, zumal eine Migration auf andere Produkte angesichts eines nicht vorhandenen, adäquaten Nachfolgeprodukts, nicht geklärter Migrationsrahmenbedingungen, nicht erfolgter Tests und unrealistischer Bereitstellungszeiträume in der Kürze der Zeit nicht möglich sei.
36. Ohne Rücksicht auf den Bedarf der Beigeladenen werde seitens der Betroffenen Druck auf die Beigeladene ausgeübt, die Migration auf diese nicht-adäquaten neuen Produkte zu beginnen.
37. Durch die Ankündigungen, dass die der Technologie zugrundeliegende Plattform abgeschaltet werden soll, sähe man sich einer unhaltbaren Situation gegenüber den Kunden ausgesetzt, denen mehr oder weniger mit Installation einer „alten“ Leitung bereits die Installation und der Aufwand der Implementierung einer „neuen“ Leitung ins Haus stehe. Dass diese Leitungen kurz nachdem sie

geschaltet werde nicht mehr funktionieren sollen, sei in der Praxis kein gangbarer Weg.

38. Allein durch die große Anzahl der für den Gesamtmarkt neu zu schaltenden Leitungen sei von noch längeren Verzögerungen für alle Wettbewerber auszugehen. Ohne einen Parallelbetrieb der SDH-Plattform mit der neuen Plattform drohe ein Komplettausfall.
39. Hier werde entgegen allgemein üblicher Vorgehensweisen ein Zeitfenster von weniger als 2 Jahren einseitig oktroyiert, wobei sehenden Auges in Kauf genommen, wenn nicht sogar intendiert werde, dass dies mit großer Wahrscheinlichkeit scheitern werde.
40. Im internationalen Umfeld erfolge ein Plattformwechsel so, dass der Betreiber, der die Migration anstoße, 4-5 Jahre vorher darüber informiere, im Austausch mit den Nachfragern ein adäquates Produkt kreiere und erst dann mit den Migrationen begonnen werde, wenn dieses Produkt auch tatsächlich erfolgreich am Markt etabliert sei.
41. Die Beigeladene zu 2 trägt vor, dass durch die nunmehr erfolgten Kündigungen der SDH-basierten Übertragungswege und die Vorgabe eines auch unter üblichen Bedingungen schon kaum umsetzbaren Migrationsplans der Betroffenen dazu führten, dass die Voraussetzungen für eine realisierbare Migration derzeit mangels eines geeigneten Ersatzprodukts gar nicht gegeben seien. In diesem Zusammenhang weist die Beigeladene zu 2 auch auf das von der Beschlusskammer kürzlich erst festgestellte missbräuchliche Verhalten der Betroffenen i.Z.m. der Bereitstellung von Mietleitungen (BK2c-19/032) hin sowie auf das Fehlen einer Migrationsvereinbarung, die klare und faire Migrationsbedingungen definiere. Durch dieses Vorgehen werde ein inakzeptabler Druck auf die Zugangsnachfrager ausgeübt und deren Wettbewerbsposition erheblich gefährdet. Vor diesem Hintergrund sei das Eingreifen der Beschlusskammer in das Vorgehen der Betroffenen aus ihrer Sicht dringend erforderlich.
42. Die Standardangebotsverfahren bzgl. der nativen Ethernetprodukte CFV 2.0 und VPN 2.0, die von der Betroffenen ursprünglich als potentielle Ersatzprodukte angeboten wurden, hätten die deutlichen qualitativen Defizite dieser Produkte offengelegt. Auch die parallel laufenden Entgeltverfahren (CFV 2.0) bzw. Entgeltprüfungen (VPN 2.0) hätten deutliche Nachteile dieser Produkte offenbart.
43. Durch die frühzeitige Kündigung der SDH-basierten Leistungen ziele die Betroffene offenkundig darauf ab, sich der bestehenden Zugangsverpflichtung zu entledigen, ohne – z.B. durch vorherigen Antrag auf Abänderung der Regulierungsverfügung – die rechtlich zulässigen Voraussetzungen dafür zu schaffen. Deutlich erschwerend komme hinzu, dass die Betroffene trotz der ausgesprochenen Kündigungen bis heute kein Alternativprodukt für die Bandbreiten bis 155 Mbit/s angeboten habe, das in qualitativer und kommerzieller Weise mit den

gekündigten SDH-Leistungen vergleichbar sei, während sie auf Basis ihrer OTN-Plattform sehr wohl Leistungen mit SDH-Qualitäten anbieten und auch im regulierten Segment nutzen könne.

44. Die Beigeladene zu 2 weist den wiederholten Vortrag der Betroffenen zurück, wonach die Zugangsnachfrager gar nicht auf die hohen SDH-Qualitäten angewiesen seien, wenn sich die Qualitätsstandards technologiebedingt für alle Marktteilnehmer verringern würden. Dieses Argument sei schon deshalb nicht haltbar, weil die Betroffene über ein OTN-basiertes Leistungsangebot verfüge, das SDH-Qualitäten liefern kann, den Zugangsnachfragern aber für Bandbreiten bis 155 Mbit/s nicht angeboten werde.
45. Für zukünftige Ausschreibungen würde ein Wegfall von Zugangsprodukten mit SDH-Qualitäten bedeuten, dass ein Wettbewerb mit der Betroffenen um Geschäftskunden mit höchsten Qualitätsanforderungen kaum mehr möglich sei. Bei Bestandskunden, denen auf Basis der SDH-basierten Leistungen benötigte Qualitäten vertraglich zugesagt wurden, die jedoch zukünftig deutlich verfehlt werden, drohten den Zugangsnachfragern Vertragskündigungen und damit massive Geschäftsverluste. Auch wenn ein Geschäftskunde von Vertragskündigungen absehen sollte, bestünden erhebliche Verlustrisiken aufgrund von kommerziellen Nachverhandlungen auf Basis der neuen Leistungsangebote. Der Geschäftskundenmarkt würde sich folglich nicht, wie die Betroffene behauptet, an das allgemein schlechtere Qualitätsniveau automatisch anpassen und die Wettbewerbsverhältnisse somit unberührt lassen. Vielmehr würden sich die Wettbewerbsverhältnisse deutlich zugunsten der Betroffenen verschieben. Die Kündigung der SDH-basierten Leistungen ohne ein zeitlich vorgelagertes Angebot eines qualitativ und kommerziell gleichwertigen Ersatzprodukts sei ein klarer Hinweis auf missbräuchliches Verhalten der Betroffenen gem. § 42 TKG. Ohne ein entsprechendes Ersatzprodukt könnten die Zugangsnachfrager nicht auf die SDH-Qualitäten verzichten.
46. Die Beigeladene zu 11 weist darauf hin, dass die Betroffene nach der Regulierungsverordnung BK2a-16/002 bedingungslos zum Angebot von Mitleitungen mit klassischen und ethernetbasierten Schnittstellen verpflichtet sei. Eine auflösende Bedingung dieser Verpflichtung habe die Bundesnetzagentur auf Seite 46 f. ihrer Entscheidung ausdrücklich abgelehnt. In diesem Zusammenhang werde auf Feststellungen der Beschlusskammer 2 in den Gründen zur Regulierungsverordnung hingewiesen, wonach zum Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverordnung nicht absehbar sei, ob und in welchem Umfang die auf der BNG-Netzstruktur der Betroffenen realisierten Produkte als ein ausreichendes Substitut für die bislang vom Markt ausschließlich SDH-basierten Mitleitungen eingesetzt werden könnten.

47. Es sei den Wettbewerbern nicht zumutbar, vor Abschluss der Standardangebotsverfahren auf native Ethernetprodukte der Betroffenen verwiesen zu werden. Gerade darauf zielten jedoch die Kündigungen der SDH-Vorleistungsprodukte ab. Gerade darin zeige sich die Missbräuchlichkeit des Vorgehens der Betroffenen.
48. Doch selbst wenn ein taugliches Ersatzprodukt vorliegen würde, wäre die Kündigung in der vorliegenden Art und Weise missbräuchlich. Der einseitig von der Betroffenen vorgegebene Migrationszeitraum bis maximal März 2023 sei viel zu kurz bemessen. Es bestehe aufgrund der Erfahrungen in der Vergangenheit deutlicher Anlass zur Sorge, dass es auch bei der Migration zu erheblichen Verzögerungen der Bereitstellungen kommen werde, die am Ende das Verhältnis der Wettbewerber zu ihren Kunden weiter belasteten. Von den Wettbewerbern könne nicht verlangt werden, ihre Kundenbestände unter den gegebenen Rahmenbedingungen kurzfristig auf native Ethernetprodukte der Betroffenen zu migrieren. Dass die Betroffene gleichwohl eine solche Migration forcieren, erscheine als offenkundiger Versuch, den Wettbewerb weiter zu schwächen.
49. Die Beigeladene zu 4 trägt vor, dass diese Kündigungen einen Verstoß gegen die auferlegte Zugangsverpflichtung und damit zugleich ein missbräuchliches Verhalten i.S.d. §42 TKG darstellten. Zugangsverpflichtungen werden dem marktmächtigen Unternehmen auferlegt, um einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen. Die Weigerung, diesen Zugangsverpflichtungen nachzukommen, stelle damit eine unmittelbare Benachteiligung dar.
50. So dürfe die Betroffene eine Vorleistung nur dann abkündigen, wenn dadurch der grundlegende Zugangsanspruch nicht beeinträchtigt werde, so wenn ein reguliertes adäquates, qualitativ und kostenmäßig gleichwertiges Vorprodukt zur Verfügung stünde, auf das die Nachfrager in einem angemessenen Zeitraum migrieren könnten.
51. Der den Nachfragern zur Verfügung stehende Migrationszeitraum bis maximal März 2023 sei bei den tausenden im Markt bereitgestellten Mietleitungen viel zu knapp bemessen. Erfahrungsgemäß werde es weder der Betroffenen noch den Nachfragern möglich sein, diesen signifikanten Bestand reibungslos und vollständig zu dem angekündigten Abschaltetermin zu migrieren.
52. So lange das Standardangebot seitens der Betroffenen nicht abgekündigt und nach Überprüfung der Beschlusskammer ein Neues festgesetzt worden ist, sei die Betroffene über das Standardangebot verpflichtet, die dort vertraglich vereinbarten Leistungen auch zu erbringen.
53. Das – ebenfalls von der Beschlusskammer initiierte- Verfahren zur Änderung des Standardangebotes samt Abschluss einer entsprechenden Migrationsvereinbarung hätte abgeschlossen sein müssen, bevor die Betroffene eine Kündigung aussprechen dürfe. In dieser Migrationsvereinbarung hätten nicht nur das

Zielprodukt, auf welches migriert wird, sondern auch ein verbindlicher Zeitrahmen sowie alle technischen wie auch finanziellen Aspekte abschließend und mit dem Markt abgestimmt geregelt werden müssen.

54. Die Beigeladene zu 7 trägt vor, dass die Weigerung der Betroffenen, den Zugangsverpflichtungen aus der Regulierungsverfügung nachzukommen, eine unmittelbare Benachteiligung der übrigen Wettbewerber darstelle.
55. Der ersatzlose Wegfall von SDH-basierten Produkten könne von vielen Unternehmen nicht ohne weiteres kompensiert werden, da keine qualitativ vergleichbaren Vorleistungsprodukte am Markt bestehen, auf welche eine Migration wirtschaftlich und technisch sinnvoll bzw. nicht geschäftsschädigend wäre.
56. Stand jetzt biete die Betroffene trotz weiterhin bestehender Nachfrage nach SDH-basierten Produkten kein Substitut für die CFV 1.0 Vorleistungsprodukte an.
57. Die Qualität der SDH-basierten Produkte, welche die Anbieter vermarkten, messe sich nicht ausschließlich an technischen Parametern. Auch die Integrität des Anbieters habe hohe Bindungsrelevanz für Endkunden. Würden die SDH-basierten Leistungen wegfallen, könnten einerseits Entschädigungsansprüche auf die Anbieter zukommen, andererseits müssten viele Anbieter ihren Endkunden gegenüber vertragsbrüchig werden.
58. Beide Szenarien würden die Anbieter von SDH-basierten Produkten in einem von Konkurrenz geprägten Endkundenmarkt tendenziell diskreditieren und dazu führen, dass Endkunden, die man bereits für eine Produktauswahl gewinnen konnte, nachhaltig verstimmt wären und Endkunden von weiteren Vertragsabschlüssen mit dem Anbieter, auch und gerade in Bezug auf andere Produkte, absehen würden.
59. Die Integrität der anbietenden Unternehmen, welche zurecht auf dem Grundsatz pacta sunt servanda – Verträge breche man nicht – basiere, drohe hier aufgrund eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens seitens der Betroffenen aufs Spiel gesetzt zu werden. Beide Entwicklungen, der Integritätsverlust und die mangelnde technische Leistungsfähigkeit der Wettbewerber, würden einerseits absehbar unmittelbar Endkunden zur Betroffenen treiben – die Betroffene biete SDH Endkundenschnittstellen weiter auf Basis des bislang nicht regulierten Produktes Wholesale Premium 2.0 an - und andererseits die Investitionsmodelle (Business-Case) am Markt 4 platzierter Unternehmen und Stakeholder beeinträchtigen und damit das Vertrauen in den Wachstumsmarkt Telekommunikation und das Vertrauen in die Rechtssicherheit des Wirtschaftsstandortes Deutschland nachhaltig erschüttern.
60. Die Beigeladene zu 1 trägt vor, dass die Voraussetzungen für eine Kündigung der SDH-basierten Vorleistungen innerhalb des Geltungszeitraums der aktuellen Regulierungsverfügung für den Markt 4 erst dann gegeben seien, wenn von

der Betroffenen ein für den Markt in kommerziell und qualitativer Hinsicht akzeptables Ersatzprodukt angeboten werde, das auch als Zielprodukt eines geordneten Migrationsprozesses fungieren könne, und wenn hinsichtlich diesem hochkomplexen Migrationsprozess Klarheit und Planungssicherheit in Bezug auf die technischen, betrieblichen und finanziellen Aspekte mit dem Markt erzielt worden sei.

61. Da diese beiden Voraussetzungen nicht erfüllt seien und zudem die Beschlusskammer gerade erst das missbräuchliche Verhalten der Betroffenen bei der Bereitstellung von Carrier-Festverbindungen (CFV) festgestellt habe (siehe Missbrauchsbeschluss Az. BK2c-19/032), werde das Vorgehen der Betroffenen nachdrücklich als missbräuchlich abgelehnt.
62. Im Kontext der Vertragspflichtigkeit sei darauf hinzuweisen, dass gegenüber vielen derzeitigen Bestandskunden die vertraglich zugesicherten Leistungsparameter uneingeschränkt zu erbringen sind und sich die Qualität der bezogenen Vorleistungen nicht verschlechtern dürfe, um gegenüber dem Geschäftskunden nicht als vertragsbrüchig zu gelten und diesem einen Kündigungsgrund zu liefern.
63. Mit Schreiben vom 02.03.2021 beantragte die Betroffene den teilweisen Widerruf der Regulierungsverfügung. Ziel des Antrages ist, dass die Beschlusskammer 2 die Verpflichtungen in Bezug auf die sogenannten Legacy-Produkte widerruft. Die Zugangsverpflichtungen sollen bis zum 30.09.2022 bzw. bis zum 31.03.2023 widerrufen werden, die weiteren Verpflichtungen bis zum 31.12.2023.
64. Im Nachgang zur öffentlich-mündlichen Verhandlung hat die Betroffene erneut Stellung genommen.
65. Die im Oktober 2020 ausgesprochenen Kündigungen stünden nach ihrer Einschätzung im Einklang mit den in diesem Zeitpunkt bestehenden regulatorischen Vorgaben zur Vorgehensweise bei einer Transformation. Sie könnten daher nicht gleichzeitig ein missbräuchliches Verhalten darstellen.
66. Dabei sei es unschädlich, dass die Betroffene nicht die Rahmenverträge, sondern die Einzelverträge gekündigt habe. Dürfe die Betroffene den Rahmenvertrag unter den Voraussetzungen von Ziffer 9.2 lit. a) Abs. 1 des Standardangebots CFV 1.0 kündigen und in der Konsequenz auch alle Einzelverträge unter Beachtung der Kündigungsfrist nach Ziffer 9.2 lit. a) Abs. 2 des Standardangebots CFV 1.0 kündigen, dürfe sie erst Recht die Einzelverträge unter Beachtung der gegenüber Abs. 2 schärferen Voraussetzungen des Abs. 1 kündigen.
67. Sie habe im Zeitpunkt der Kündigung ein neues Vertragsangebot vorgelegt, indem sie das Standardangebot CFV 2.0 und das Standardangebot VPN 2.0 im Extranet veröffentlicht habe.

68. Die Vertragsangebote CFV 2.0 und VPN 2.0 seien geeignet, um die im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung bestehenden Zugangsverpflichtungen zu gewährleisten. Zu diesem Zeitpunkt bestünden nämlich nur Zugangsverpflichtungen für die Produkte CFV 2.0 und VPN 2.0.
69. Diese seien auch geeignet, den ununterbrochenen Leistungsbezug zu gewährleisten.
70. Abschlussegmente mit klassischen SDH-Schnittstellen seien nicht mehr erforderlich und würden auch in keinem der P2MP-Produkte der Betroffenen angeboten, ohne dass dies auf Widerspruch der Carrier gestoßen wäre.
71. Die aktuelle Nachfrage nach Abschlussegmenten mit SDH-Schnittstellen rechtfertige es nicht, die Verpflichtung zur Bereitstellung von Abschlussegmenten mit SDH-Schnittstellen nach dem Ende der SDH-Plattform aufrechtzuerhalten.
72. Auf Basis der Regulierungsverfügung vom 19.12.2018 sei die Betroffene weder zur Gewährung des Zugangs zu OTN-basierten Abschlussegmenten noch zur Gewährung des Zugangs zu einem OTN-basierten substitutiven hochqualitativen Zugangsprodukt verpflichtet. Eine solche Verpflichtung komme auch nicht in einer zukünftigen Regulierungsverfügung in Betracht.
73. Die Leistungsmerkmale der CFV 2.0 und des VPN 2.0 führten auch nicht zu einer Behinderung der Carrier in der Transformation. Die Behauptung, es drohten Verluste von Bestandskunden in erheblichem Umfang und man sehe sich Schadenersatzforderungen bzw. Preisminderungen entgegen, welche zu hohen Verlusten führten, werde bestritten.
74. Der Abschluss eines Standardangebots für die Transformation sei in Anbetracht des Primats der Vertragsverhandlungen nicht Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Kündigung.
75. Maßgeblich sei allein, ob die Zeitspanne zwischen der Aussprache und der Wirksamkeit der Kündigung ausreichend ist, um eine Transformationsvereinbarung verhandeln und abschließen zu können bzw. deren Bedingungen im Rahmen eines Verfahrens nach § 25 TKG, für das eine viermonatige Frist gilt, zu klären. Dies sei auf Basis einer im Oktober 2020 ausgesprochenen und zum 31.03.2023 wirksam werdenden Kündigung zweifelsohne der Fall.
76. Das konkret gewählte Datum der Wirksamkeit der Kündigung sei nicht missbräuchlich. Eine Kündigung erst zum 31.12.2023 würde den Transformationsprozess nämlich in unvertretbarer Weise gefährden.
77. Es sei im Rahmen von Transformationen vollkommen unüblich, die Leistungsbeziehungen vertraglich zum spätest denkbaren Datum zu beenden.
78. Es liege in der Natur der Sache, dass sich diese besonders komplexen Fälle erst im Laufe der Umstellungsaktivitäten herausbilden und dann zu einer Überschrei-

tung der terminierten Abschalttermine führten. Um hier einen stabilen vollwertigen Betrieb für die Interimszeit sicherstellen zu können, könne die komplette Restlaufzeit nicht für alle Transformationsaktivitäten offenstehen, sondern nur für derartige Problemfälle.

79. Alle Altproduktleistungen, für die rechtzeitig eine Nachfolgeproduktleistung mit Kundenwunschtermin vor 31.03.2023 bestellt werde und diese zu diesem Termin noch nicht auf die Nachfolgeproduktleistung umgestellt seien, könnten durch den Endkunden uneingeschränkt weiter genutzt werden, längstens jedoch bis 31.12.2023.
80. Neben der Betroffenen haben auch insgesamt 2 der 16 Beigeladenen die Möglichkeit zur Stellungnahme nach der öffentlich-mündlichen Verhandlung genutzt.
81. Die Beigeladene zu 15 trägt vor, dass die Umsetzung des EECC in § 34 TKmodG-E die Wichtigkeit erstens einer ausreichenden Vorlaufzeit vor Abschaltung von Netzinfrastrukturen und zweitens von festen belastbaren Bedingungen für die Abschaltung zeige. Nur durch diese Maßnahmen könne für die Wettbewerbsunternehmen und ihre Endkunden eine ausreichende Planungssicherheit gewährleistet werden. Die Nachfrage zum Angebot von SDH bei der Beigeladenen sowohl für Neukunden, wie auch für Bestandskunden bestehe weiter fort. Aufgrund der besseren Qualitätsparameter forderten Neukunden derzeit und auch zukünftig jedoch weiterhin CFV SDH Verbindungen. Die Kunden nutzten diese Mietleitungen für verschiedenste Anwendungen, u.a. für Echtzeitanwendungen (z.B. Maschinensteuerungen, fahrerlose Transportsysteme). So forderten die Kunden unter anderem Delayzeiten von 12 bis 20ms, die derzeit ausschließlich durch SDH basierte Vorleistungen der Telekom erreicht werden können.
82. Die Behauptung der Betroffenen, dass es für SDH keine Nachfrage mehr gebe sei irreführend, da sie genau diese Nachfrage mit dem Angebot ihrer kostenintensiven SDH-Endkundenschnittstelle im Wholesale Premium 2.0-Produkt bediene. Gäbe es keine Nachfrage würde die Betroffene diese SDH Endkundenschnittstellen weder entwickeln noch anbieten müssen.
83. Einzig durch die weiterhin bestehende Nachfrage nach SDH erscheine die Entwicklung eines neuen Produktes mit SDH Endkundenschnittstellen aus Sicht der Betroffenen sinnvoll. Inhärent widerspreche sich die Betroffene somit und bestätige die bestehende Nachfrage nach SDH durch die Notwendigkeit zur Einführung dieser SDH-Schnittstelle. Bisher geplante Endkundenprojekte würden durch die vorzeitige Migration (Kündigungen vor dem 31.03.2023) unwirtschaftlich. Vielmehr zerstörten zusätzliche, durch die vorzeitige Migration entstehende Investitionserfordernisse die Business Cases der Unternehmen und verlängerten die Amortisationszeit. Die vormals mit einer positiven Kostendeckung versehenen Endkundenprojekte rechneten sich schlagartig für die Beigeladene nicht

mehr, so dass das Geschäftssegment der Beigeladenen existentiell gefährdet sei.

84. Die Beigeladene zu 7. ist der Auffassung, dass § 34 TKModG-E über die Migration von herkömmlichen Infrastrukturen, in eine Beurteilung mit einfließen müsse. In § 34 Abs. 2 Satz 2 TKModG-E heiße es insbesondere, dass die BNetzA bei einer bevorstehenden Außerbetriebnahme oder der Ersetzung von Netzen oder Netzinfrastrukturen eines Marktteilnehmers in einem transparenten Zeitplan, nachvollziehbare und angemessene Bedingungen festzulegen habe, einschließlich einer angemessenen Kündigungsfrist. Die Festlegung umfasse auch die Verfügbarkeit alternativer Zugangsprodukte zu fairen, angemessenen und nicht diskriminierenden Bedingungen. Im Fall einer Terminierung sämtlicher Transformationen auf den 31.12.2023 könnte dieses Vorgehen nicht angewendet werden und somit zu ungewollten Abschaltungen führen.
85. Die Beschlusskammer hat Ermittlungen durchgeführt durch das Verlangen von Auskünften und das Stellen von Fragenkatalogen (§ 127 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG). Hinsichtlich des Ergebnisses der Ermittlungen wird auf den Inhalt der Akten verwiesen.
86. Dem Bundeskartellamt wurde am 14.04.2021 der Beschlussentwurf zur Stellungnahme übermittelt (§ 123 Abs. 1 S. 2 TKG).
87. Die Einleitung des Verfahrens ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur unter „Einheitliche Informationsstelle/Missbrauchsverfahren/Streitbeilegungsverfahren“, sowie im „Amtsblatt der Bundesnetzagentur“ Nr. 24 vom 23.12.2020 unter der Mitteilungsnummer 426 auf Seite 1999 veröffentlicht worden. Mit Schreiben vom 16.04.2021 teilte das Bundeskartellamt mit, dass es die Durchführung des Missbrauchsverfahrens wie auch die beabsichtigte Entscheidung begrüße.
88. Die im Telekommunikationsbereich tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden vor dem Entscheidungsentwurf informiert und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 132 Abs. 4 TKG).

## 2 Gründe

89. Es ist wie tenoriert zu entscheiden.

### 2.1 Formelle Voraussetzungen

90. Die formellen Voraussetzungen für eine Entscheidung im Missbrauchsverfahren gemäß § 42 TKG liegen vor.

#### 2.1.1 Richtige Verfahrensart

91. Das Missbrauchsverfahren gemäß § 42 TKG ist die richtige Verfahrensart. Ein Vorrang eines anderen Verfahrens besteht im vorliegenden Fall nicht.
92. Das Missbrauchsverfahren dient der Beendigung eines missbräuchlichen Ausnutzens einer marktmächtigen Stellung. Dazu kann die Bundesnetzagentur gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 TKG dem marktmächtigen Unternehmen ein Verhalten auferlegen oder untersagen oder Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären. Eben ein solches Vorgehen steht vorliegend in Rede. Die Beschlusskammer erachtet das Verhalten der Betroffenen als ein missbräuchliches Ausnutzen ihrer Marktmacht und sieht zur Beendigung dieses Missbrauchs die tenorierten Maßnahmen vor.

#### 2.1.2 Verfahrenseinleitung von Amts wegen

93. Es gilt, dass die Missbrauchsaufsicht der Bundesnetzagentur auch kraft Gesetzes bzw. von Amts wegen obliegt. Für die Einleitung des Verfahrens bedarf es keines Antrages eines Wettbewerbers, da die Behörde auch schon bei Bestehen eines Anfangsverdachts von Amts wegen zur Ausermittlung des Sachverhalts und zu einem entsprechenden Vorgehen verpflichtet ist.

#### 2.1.3 Zuständigkeit und Verfahren

94. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus den §§ 116 Abs. 1 und 132 Abs. 1 S. 1 TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur im Bereich der im 2. Teils des TKG normierten besonderen Missbrauchsaufsicht durch Beschlusskammern.
95. Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG) und aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG). Gem. § 5 Abs. 2 i.V.m. Abs. 5 PlanSiG durfte die mündliche Verhandlung, da die mit Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten vorlag, als Video- bzw. Telefonkonferenz durchgeführt werden.
96. Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ist die Entscheidung gemäß § 132 Abs. 4 TKG behördenintern abgestimmt worden.

- 97. Mit Schreiben vom 16.04.2021 teilte das Bundeskartellamt mit, dass es die Durchführung des Missbrauchsverfahrens wie auch die beabsichtigte Entscheidung begrüße.
- 98. Die vorliegende Entscheidung ergeht innerhalb der viermonatigen Regelentscheidungsfrist nach § 42 Abs. 4 Satz 4 und 5 TKG.

## **2.2 Materielle Voraussetzungen**

- 99. Die materiellen Voraussetzungen für die getroffenen Maßnahmen liegen in dem tenorierten Umfang vor.
- 100. Die Betroffene nutzt ihre beherrschende Stellung auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen missbräuchlich aus, indem sie die mit den Nachfragern geschlossenen Einzelverträge über den Zugang zu SDH-basierten Übertragungswegen gekündigt und zugleich erklärt hat, den Zugang über die genannten Kündigungstermine hinaus lediglich zu veränderten Bedingungen, insbesondere unter der Verwendung anderer Produkte, wie etwa den Produkten CFV 2.0 sowie VPN 2.0 zu gewähren, ohne dass ihr Vorgehen insoweit gerechtfertigt wäre. Es liegt eine Behinderung bzw. erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Zugangsnachfrager im Sinne des § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG vor.
- 101. Weiterhin hat die Betroffene ihre dominante Stellung missbraucht, indem sie indem sie die mit den Nachfragern geschlossenen Einzelverträge über den Zugang zu SDH-basierten Übertragungswegen gekündigt hat und zugleich erklärt hat, ihren eigenen Endkunden noch keine entsprechenden Kündigungen auszusprechen. Dies stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Carrier dar. Es wird darauf hingewiesen, dass die fehlende Aussprache der Kündigung gegenüber den Endkunden für sich nicht missbräuchlich ist, sondern allein im Zusammenhang mit der gleichzeitigen Kündigung der Verträge auf der Vorleistungsebene als missbräuchlich zu werten ist.

### **2.2.1 Beträchtliche Marktstellung**

- 102. Die hier gegenständlichen Produkte sind dem Markt „Auf der Vorleistungsebene an festen Standorten bereitgestellter Zugang von hoher Qualität“ (Markt Nr. 4 der Empfehlung 2014/710/EU - alt) zuzuordnen. Auf diesem Markt besitzt die Betroffene eine beträchtliche Marktmacht (vgl. BK1-14/003 vom 14.12.2016). Reguliert sind demnach entsprechende Produkte in den Bandbreiten von 2 Mbit/s bis einschließlich 155 Mbit/s.
- 103. Die Anwendung des Missbrauchsverbotes ist grundsätzlich auf solche Märkte begrenzt, auf denen zuvor ein Marktdefinitions- und –analyseverfahren durchgeführt worden ist. So ist die Ex-post-Missbrauchsaufsicht nach der Rechtspre-

chung des BVerwG regelmäßig von einer bereits abgeschlossenen Marktdefinition- und –analyse abhängig, nur eine solche kann Basis für die sich daran anschließende Bekämpfung eines Missbrauchs auf dem regulierten Markt sein,

vgl. Schütz, Beckscher TKG-Kommentar, 4. Auflage, § 42 , Rn. 11 mit Verweis auf BVerwGE 128, 305 (309 Rn.17).

104. Über das Verfahren der Regulierungsverfügung nach § 13 TKG wird der konkrete Regulierungsrahmen für marktmächtige Unternehmen auf bestimmten Telekommunikationsmärkten für eine längere Zeit, das bedeutet bis zu einer diese als Ergebnis einer Anlass- oder Regelüberprüfung nach § 14 TKG abändernden Verfügung und für eine unbestimmte Anzahl an Fällen vorab festgelegt.
105. Durch die Regulierungsverfügung BK2a-16/002 R vom 19.12.2018 sowie den gemäß § 13 Abs. 5 TKG verbundenen Ergebnissen einer auf der Grundlage der §§ 10 ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse (hier: Festlegungen der Präsidentenkammer BK1-14/003 vom 14.12.2016), sind die in den Markt Nr. 4 (alt) fallenden Produkte sowie die in dieser Hinsicht bestehende beträchtliche Marktmacht der Betroffenen bestandskräftig festgestellt worden. Insbesondere ergibt sich aus der Regulierungsverfügung, dass auch die hier gegenständlichen SDH-basierten Übertragungswege Bestandteil desjenigen Marktes sind, der in den Festlegungen der Präsidentenkammer als regulierungsbedürftig identifiziert wurde,

siehe BK2a-16/002 R, Beschluss vom 19.12.2018, S. 13 f.

### **2.2.2 Behinderung bzw. erhebliche Beeinträchtigung**

106. Aufgrund ihrer beträchtlichen Marktmacht kann die Betroffene die Einzelverträge der SDH-basierten Übertragungswege nicht kündigen und eine Weiterleistung ab dem Kündigungszeitpunkt verweigern. Dies behindert die Zugangsnachfrager bzw. beeinträchtigt sie in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten erheblich im Sinne des § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG.
107. Eine Behinderung bzw. Beeinträchtigung im Sinne des § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG liegt vor, wenn sich das Verhalten des marktmächtigen Unternehmens auf die wettbewerblichen Handlungsmöglichkeiten anderer Unternehmen objektiv nachteilig auswirkt,  
  
Gersdorf, in: Säcker, TKG, 3. Auflage 2013, § 42 Rn. 31; vgl. auch Schütz, in: Geppert/Schütz, BeckTKG, 4. Auflage 2013, § 42 Rn. 45 und 93; Roth, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Auflage 2018, § 42 Rn. 75.
108. Unter einer unmittelbaren oder mittelbaren Behinderung bzw. Beeinträchtigung in diesem Sinne ist jedenfalls die Verweigerung des Zugangs zu Leistungen zu fassen, ohne deren Nutzung der Wettbewerber an der Erbringung der von ihm beabsichtigten Telekommunikationsdienstleistung gehindert ist.

109. Vorliegend sind diese Voraussetzungen erfüllt. Ausweislich der Feststellungen in der Regulierungsverfügung verfügen die Nachfrager nicht über ein entsprechendes Angebot an SDH-basierten Übertragungswegen und sie sind auch nicht imstande, diese flächendeckend mit zumutbarem Aufwand selbst zu errichten. Aus diesem Grunde und dem Bestehen einer allgemeinen Nachfrage ist die Betroffene durch die Regulierungsverfügung und für die Leistungen CFV-1.0 zusätzlich das für sie verbindliche Standardangebot verpflichtet, den Nachfragern, die SDH-basierten Übertragungswege bereitzustellen.

#### **2.2.2.1 Zeitlich unbegrenzte Verpflichtung zur Zugangsgewährung**

110. Die Betroffene ist zeitlich unbegrenzt zur Erbringung der Leistung auf Nachfrage verpflichtet.
111. Das von der Betroffene in ihrem Extranet veröffentlichte Standardangebot speziell für die Leistung CFV-1.0 setzt die Verpflichtung nach Ziffer 7.1 der Regulierungsverfügung (BK2a-16/002) um. Demnach hat die Betroffene für Abschluss-Segmente von Mietleitungen mit klassischen, d.h. SDH-basierten, und ethernet-basierten Schnittstellen, für die eine allgemeine Nachfrage besteht, ein Standardangebot zu veröffentlichen. Dieses ist für die Betroffene solange verbindlich, bis sie eine Änderung bei der Bundesnetzagentur nach § 23 Abs. 4 S. 3 TKG anzeigt. Eine solche Änderungsanzeige, die eine erneute Überprüfung durch die Bundesnetzagentur auslöst, liegt nicht vor.
112. Nach Ziffer 5 der Anlage 1 des Standardangebotes CFV 1.0 haben die Wettbewerber das Recht, CFV 1.0er-Mietleitungen bei der Betroffenen zu bestellen. Nach Ziffer 5 der Anlage 1 des Standardangebotes hat die Betroffene die Bestellung zu bestätigen und nach Ziffer 1.1 und 2.1 der Anlage 2 ist sie zur Überlassung verpflichtet. Weder das Bestellrecht noch die Bereitstellungspflicht sind zeitlich begrenzt.
113. Eine entsprechende zeitlich unbegrenzte Verpflichtung zur Zugangsgewährung ergibt sich ebenfalls aus den Ziffern 1.1 und 1.2 sowie 1.4 und 1.5 und 2.1 und 2.2 sowie 2.4 und 2.5 der Regulierungsverfügung für Mietleitungen mit klassischen und ethernetbasierten Schnittstellen (CFV-1.0) sowie für die Produkte Ethernet-VPN-1.0, Ethernet-P2MP und Ethernet-P2MP-HBS. In den Gründen der Regulierungsverfügung ist umfassend dargelegt (vgl. S. 46f.), dass und weshalb die Zugangsverpflichtung ohne eine auflösende Bedingung erlassen worden ist. Anlass für die ausführliche Auseinandersetzung war insbesondere, dass die Betroffene im Rahmen des Verfahrens zum Erlass der Regulierungsverfügung einen entsprechenden Antrag bei der Beschlusskammer gestellt hatte. Demnach solle eine auflösende Bedingung dahingehendaufgenommen werden, dass die SDH-basierten Produkte unter Berücksichtigung gewisser Übergangs-

fristen nicht mehr länger angeboten werden müssten, sobald die nativen Ethernet-Produkte von der Telekom angeboten würden, vgl. S. 16 der öffentlichen Fassung der Regulierungsverfügung BK2a-16/005 vom 18.12.2018.

114. Schließlich ergibt sich die zeitlich unbegrenzte Verpflichtung aus den jeweiligen Rahmenverträgen, die die Betroffene mit den einzelnen Wettbewerbern abgeschlossen hat. Soweit ersichtlich, finden sich die entsprechenden Klauseln dort ebenfalls wieder. Selbst wenn dies im Einzelfall nicht der Fall sein sollte, ergeben sich die entsprechenden Rechte und Pflichten der Wettbewerber auf ein unbegrenztes Bestellrecht sowie eine zeitlich unbegrenzte Bereitstellungspflicht aus den oben genannten Beschlusskammerentscheidungen, an die die Betroffene solange gebunden ist, bis diese von der Bundesnetzagentur in den dafür vorgesehenen Verfahren nach § 13 TKG bzw. § 23 TKG widerrufen bzw. abgeändert worden sind.

### 2.2.2.2 Anträge auf Änderung nach Erklärung der Kündigung gestellt

115. Der Betroffenen ist die zeitliche Unbegrenztheit ihrer Pflicht zur Zugangsgewährung auch bekannt. Sie hat zwischenzeitlich, dass bedeutet während des hier laufenden Verfahrens, einen Antrag auf teilweisen Widerruf der Zugangsverpflichtungen aus der Regulierungsverfügung hinsichtlich der gegenständlich relevanten Produkte mit Wirkung zu den von ihr erklärten Kündigungsterminen beantragt. Der Antrag auf teilweisen Widerruf der Regulierungsverfügung sowie das zur Prüfung vorgelegte Standardangebot für eine Transformation werden unter den Aktenzeichen BK2b-21/004 in Hinsicht auf die Regulierungsverfügung sowie BK2c-20/023 in Bezug auf das Standardangebot geführt. Das vorgelegte Standardangebot für einen Transformationsvertrag für die gegenständlichen Produkte mit Stand vom 01.02.2021 sieht unter Ziffer 2 mit der Überschrift „Ende der Neubereitstellungen“ vor, dass das Bestellrecht der Kunden auf den 30.09.2022 sowie die Pflicht zur Bereitstellung auf den 01.03.2023 begrenzt sein soll.

*„Die Telekom nimmt Bestellungen von Altproduktleistungen bis spätestens 30.09.2022 an. Für alle Bestellungen ab dem 01.04.2022 endet die Mindestüberlassungsdauer jedenfalls spätestens am 31.03.2023. Bestellungen mit einem Kundenwunschtermin später als 01.03.2023 lehnt die Telekom ab.“*

116. Den Antrag auf teilweisen Widerruf der entsprechenden Zugangsverpflichtung aus der Regulierungsverfügung hat sie nach Erklärung der Kündigungen und nach Eröffnung dieses Verfahrens am 02.03.2021 und damit einen Tag vor der mündlichen Verhandlung des gegenständlichen Verfahrens gestellt.
117. Widerrufen werden können die Verpflichtungen nur, wenn sich in den genannten Verfahren zeigen sollte, dass eine solche Aufhebung zu den genannten Terminen von den Vorgaben des TKG gedeckt ist. Die Einschätzung der Betroffenen,

dass dies zu den genannten Terminen der Fall sein werde, reicht hierbei nicht aus. Ob und unter welchen Anforderungen das Recht zum Zugang begrenzt werden kann, ist in den dafür vorgesehenen Verfahren zu klären. Die Betroffene hatte ausreichend Zeit, rechtzeitig vor der Erklärung der Kündigung die Sachlage vor der Bundesnetzagentur auf Änderung der regulatorischen Verpflichtungen überprüfen zu lassen. Hiervon hat sie vor der Erklärung der Kündigung abgesehen.

118. Die Durchführung dieser Verfahren ist auch kein reiner Formalismus, wie die Betroffene meint. Die Verfahren vor der Bundesnetzagentur stellen sicher, dass bei der Auswahl der erforderlichen Marktmachtabhilfemaßnahmen die Regulierungsziele und hierbei insbesondere auch die Interessen der Wettbewerber hinreichend berücksichtigt werden. Das ist besonders dann von Interesse, wenn – wie vorliegend – das mögliche Auslaufen von Zugangsansprüchen in Rede steht. Ansprüche auf die Gewährung von Produkten, für die eine allgemeine Nachfrage besteht, sind essentiell für den Abbau von Marktzugangshindernissen. Bevor derartige Ansprüche widerrufen werden können, gilt es seitens der Bundesnetzagentur zu ermitteln, ob die von dem Marktbeherrscher vorgetragenen neuen Sachverhalte tatsächlich Anlass dafür bieten, die bestehenden Zugangsverpflichtungen aufzuheben und wenn ja, in welchem Umfang und unter welchen zeitlichen und ggf. weiteren Bedingungen.
119. Von maßgeblichem Interesse ist hierbei auch, ob und sofern dem so ist, welche Produkte die Betroffene als Ersatz für die bislang zu erbringenden Dienste, künftig dem Grunde nach dem Wettbewerber bereitzustellen hat und ob hierzu auch die Plattform, auf der die Leistung Wholesale-Premium erbracht wird, zu verwenden ist.
120. Die bestehende Verpflichtung zur Zugangsgewährung ist weder in der Regulierungsverfügung noch im Standardangebot auf die zur Abschaltung vorgesehene SDH-Plattform oder 1850er-Plattform begrenzt.
121. Nach dem aktuellen Kenntnisstand der Beschlusskammer und vorbehaltlich noch zu führender weiterer Ermittlungen in dem anhängigen Verfahren zum teilweisen Widerruf der Regulierungsverfügung verfügt die Betroffene mit Wholesale-Premium über eine Technologiebasis, über die Qualitäten realisiert werden können, die denen entsprechen, die in den derzeitigen Leistungsbeschreibungen der SDH-basierten Übertragungswege festgelegt sind.
122. Ob und inwieweit eine solche Leistung in den Bereich der regulierten Bandbreiten über diese Plattform „technisch ineffizient“ wäre, wie es die Betroffene behauptet, ist vorliegend nicht zu entscheiden, sondern wird ggf. im Rahmen des Verfahrens zum teilweisen Widerruf der Regulierungsverfügung zu bewerten sein. Maßgeblich ist allein, dass die Entscheidung darüber, ob regulatorische

Zugangsverpflichtungen auslaufen, nicht einseitig von dem marktmächtigen Unternehmen bestimmt werden kann, sondern in den dafür vorgesehenen administrativen Verfahren zu ermitteln ist.

123. Auch wenn sich in dem anhängigen Verfahren zum teilweisen Widerruf der Regulierungsverfügung herausstellen sollte, dass vor dem Hintergrund des geplanten Abbaus der genannten Plattformen die in Rede stehende Zugangsauflage zur Gänze oder in Teilen zu widerrufen wäre, verbliebe die Frage zu klären, unter welchen Bedingungen ein solcher Widerruf zu erfolgen hätte. Hierbei gilt es insbesondere zu klären, bis zu welchem Zeitpunkt eine weitere Bereitstellung sicherzustellen ist und in welcher Weise ein möglichst unterbrechungsfreier Übergang sichergestellt werden kann. All diese Begleitumstände eines Plattformwechsels sind für den Wettbewerber, der seine bislang verwendete Anbindungsinfrastruktur aufzugeben hat, von essentieller Bedeutung. Für ein einseitiges Diktieren der Bedingungen durch das marktbeherrschende Unternehmen ist hier kein Platz.

#### **2.2.2.3 Maßgeblichkeit des Zeitpunktes der Erklärung der Kündigung**

124. Die Kenntnis zu der Regelung der oben genannten Fragestellungen ist für den Wettbewerber dabei zu dem Zeitpunkt erforderlich, zu dem sich dieser mit der Abkündigung des Altproduktes konfrontiert sieht. Das ist deshalb erforderlich, weil die Bedingungen unter denen gekündigt werden kann, wie eben auch die Bestimmung der anzubietenden Ersatzprodukte und den grundsätzlichen Bedingungen des Übergangs und möglicher Regelungen zur Kostentragung von maßgeblicher Bedeutung für den Wettbewerber sind, um entscheiden zu können, ab wann für welche Kunden auf welche Ersatzprodukte gewechselt werden soll.
125. Die Entscheidung für ein bestimmtes Nachfolgeprodukt löst regelmäßig erhebliche Investitionen bei dem Wettbewerber sowie auf Seiten des von diesem bedienten Geschäftskunden, etwa im Zusammenhang mit den Endgeräten oder auch der Realisierung der Inhouseverkabelung etwa im Fall eines notwendigen Parallelbetriebs, aus. Je nach dem gewählten Ersatzprodukt kann sich auch herausstellen, dass die derzeit betriebene eigene Netzstruktur des Wettbewerbers an sich anzupassen ist. Während bei den SDH-basierten Übertragungswegen wegen der damit verbundenen Zusicherung besonders niedriger Verzögerungswerte sowie besonders niedriger Entgelte für einen Zusammenschaltungspartner derzeit eine möglichst ursprungsnahe Abnahme relevant sein kann und etwa Geschäftsmodelle für den Auftritt als Transitnetzbetreiber und damit den Aufbau eigener Infrastruktur besonders unterstützen, können sich diese Umstände bei den Produkten CFV 2.0 und VPN-2.0 wegen der anderen Netztechnologie anders darstellen. Sofern statt dem BNG-basierten Produkt 2.0 das Produkt Wholesale Premium abgenommen würde, kann sich eine effiziente Änderung der eigenen Netzstruktur noch einmal anders darstellen. Gleiches gilt,

wenn sich etwa in Teilen für Wettbewerber ein Rückgriff auf das Massenmarktprodukt L2-BSA als sachgerechte Alternative erweisen sollte.

126. Maßgeblich ist, dass der Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens zu dem Zeitpunkt, zu dem dieser die Entscheidung über das Nachfolgeprodukt anzugehen hat, zumindest dem Grunde nach über umfassende Kenntnis über die im regulierten Bereich vorhandenen Ersatzprodukte verfügt., Aber auch die sonstigen Bedingungen des Wechsels, wie etwa die Frage nach der grundsätzlichen Regelung, welche Partei in welchem Umfang die Migrationskosten zu tragen hat, sind in diesem Zusammenhang von Bedeutung, da auch diese davon beeinflusst sein können,, für welches Produkt sich der Wettbewerber als das Nachfolgeprodukt oder die Nachfolgeprodukte entscheidet.
127. Indem das marktbeherrschende Unternehmen zum Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung weder einen Antrag auf Änderung des Standardangebotes noch auf teilweise Anpassung der Regulierungsverfügung gestellt hat, zeigt sich zugleich ihr geringes Interesse, die Frage der grundsätzlichen Berechtigung zur Einstellung der Leistung und den in einem solchen Fall von ihr zu erfüllenden Anforderungen, rechtzeitig, das bedeutet spätestens zu dem Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung, durch behördliche Entscheidung überprüft und festgelegt zu haben.
128. Die Betroffene wähnt sich vielmehr in einer Position, in der es angezeigt ist, einseitig Fakten zu schaffen und damit die Migrationsbedingungen aus einer Position der Marktmacht heraus zu bestimmen, die ohne Vorab-Kontrolle und damit ohne rechtzeitige Kontrolle erfolgt. Der Wettbewerber steht mit Kenntnis von dem Datum der Kündigung unter dem Druck der Abschaltung des Bestandsproduktes unter dem Druck zu einer möglichst schnellen Entscheidung über die Auswahl sowie vertragliche Einigung über das Anschlussprodukt, wenn er nicht Gefahr laufen will, zu dem angegebenen Kündigungszeitpunkt ohne jegliche Vorleistung gegenüber seinen Geschäftskunden dazustehen.
129. Solange der von der Betroffenen mit der angekündigten Abschaltung einseitig geschaffene Druck unverändert fortbesteht, kann der Wettbewerber, wenn er die Weiterversorgung seiner Geschäftskunden sicherstellen will, nur die einseitig vom dominanten Unternehmen aufgestellten Bedingungen akzeptieren bzw. die mit der Kündigung notwendig werdenden Entscheidungen allein auf dieser Grundlage fällen.
130. Gerade um dies auszuschließen ist in dem geprüften Standardangebot ausdrücklich vorgesehen, dass die Betroffene zu dem Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung (des Rahmenvertrages) ein neues Angebot vorzulegen hat. Dabei reicht ausdrücklich kein Angebot, das das dominante Unternehmen einseitig vorgibt, sondern es muss sich um ein Angebot handeln, das den Vorgaben der bestehenden Regulierungsverfügung entspricht (vgl. Ziffer 9.2 des StA).

*„Die Telekom wird in diesem Fall ein neues Vertragsangebot vorlegen, das geeignet ist, hinsichtlich der dann bestehenden Zugangsverpflichtungen den ununterbrochenen Leistungsbezug zu gewährleisten.*

*Das neue Vertragsangebot legt die Telekom KUNDE spätestens mit Zugang der Kündigung vor.“*

131. Denn nur bei zeitgleicher, das bedeutet zum Zeitpunkt der Kündigung bestehender Kenntnis des Folgeangebotes, sind die Interessen der Wettbewerber ausreichend gewahrt. Dass bei den Anforderungen, denen das neue Angebot entsprechen muss, allein die aktuell geltende Regulierungsverfügung maßgeblich sein kann und nicht eine Pflichtenlage, die nach Einschätzung der Betroffenen künftig bzw. zum vorgesehenen Tag der Wirksamkeit vermutlich gelten wird, ist selbstverständlich und wird durch die Formulierung „...der dann bestehenden Zugangsverpflichtungen...“ noch einmal ausdrücklich betont.
132. Wäre dies anders und würde etwa ein Antrag der Betroffenen reichen, wäre die Planungssicherheit, die für die Wettbewerber grundsätzlich und insbesondere auch in der Migrationsphase essentiell ist, bereits dem Grunde nach entzogen.
133. Das bedeutet für den gegenständlichen Fall, dass die Vorlage der Angebote für die beiden 2.0er Produkte eben nicht ausreichen kann, weil bei der Bewertung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung die aktuell geltende Regulierungsverfügung maßgeblich sein muss. Diese sieht jedoch ausweislich der Ziffern 1.1 bis 1.5 und 2.1 bis 2.5 im Zusammenhang mit dem diese Zugangsverpflichtungen bei dem Produkt CFV-1.0 umsetzenden Standardangebot nach Ziffer 7.1 der Regulierungsverfügung die Bereitstellung der gegenständlichen Produkte vor.
134. Hinzu kommt, dass es nach Ziffer 9.2 des geprüften Standardangebots CFV 1.0 neben den Angeboten für die 2.0 Produkte auch eines Angebots für eine Migrationsvereinbarung bedurft hätte, das schon zum Zeitpunkt der Kündigung hätte vorgelegt werden müssen.
135. Denn nach Ziffer 9.2 muss mit der Kündigung ein Angebot für den Folgevertrag vorgelegt werden, der den ununterbrochenen Leistungsbezug gewährleistet. Der ununterbrochene Leistungsbezug wird aber nur dann gewährleistet, wenn eine reibungslose Migration geregelt ist. Hierzu bedarf es einer weiteren Vereinbarung, die über das bloße Standardangebot für die 2.0 Produkte hinausgeht, nämlich eine gesonderte Migrationsvereinbarung. Tatsächlich wurde diese aber erst deutlich später als die Kündigung vorgelegt, nämlich erst im Februar 2021, nachdem die Telekom von der Beschlusskammer hierzu aufgefordert werden musste.
136. Erst wenn und falls sowohl die Regulierungsverfügung als auch das Standardangebot zu einem bestimmten Zeitpunkt ggf. unter bestimmten Anforderungen,

die die Betroffene zu erfüllen hat, wirksam widerrufen sein sollte, kann die bisherige Leistung und der bisherige Rahmenvertrag gekündigt werden und ein neues Angebot vorgelegt werden. Nur dieses Vorgehen stellt sicher, dass die Interessen der Wettbewerber in dem erforderlichen Umfang gewahrt werden und diese darauf vertrauen können, dass das marktbeherrschende Unternehmen fortwährend die bestehenden Verpflichtungen achtet.

137. In dem vorliegenden Fall ist zu beachten, dass auch der Rahmenvertrag von der Betroffenen nicht gekündigt worden ist. Das bedeutet zugleich, dass die Wettbewerber die Möglichkeit haben, das im Einzelvertrag gekündigte Produkt für den Folgetag neu zu bestellen. Das macht aber deshalb keinen Sinn, weil die Betroffene bereits angekündigt hat, dass sie ab den von ihr gesetzten Kündigungsterminen nicht mehr bereitstellen werde. Selbst wenn sie sich diesbezüglich doch noch zu einem vertragskonformen Verhalten entschließen sollte und den bestellten SDH-basierten Übertragungsweg für den Folgetag zu bestätigen und dann auch bereitzustellen, würde sich dies als nicht weniger missbräuchlich erweisen, da dann erst recht kein Anlass bzw. sachlicher Grund für die Kündigung besteht.
138. Der Wettbewerber muss sich darauf verlassen können, dass die Frage ob und wenn ja, unter welchen Umständen, die Einstellung von bislang regulierten Leistungen möglich ist, in den dafür vorgesehenen Verfahren vor der Bundesnetzagentur zu prüfen ist und sich die Betroffene danach zu richten hat. Ist die Betroffene, wie vorliegend, der Ansicht, dass zwischenzeitlich eine neue Sachverhaltslage entstanden sei, die dazu führt, dass die in der Regulierungsverfügung sowie in dem Standardangebot als unbedingte Zugangsverpflichtung ausgestalteten Rechte der Wettbewerber nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen sollten, so steht ihr in beiden Fällen die Möglichkeit zur Verfügung, die Richtigkeit ihrer Einschätzung von der Bundesnetzagentur in den dafür vorgesehenen Verfahren prüfen und klären zu lassen. Die Betroffene hat gerade diesen Weg eines rechtssicheren Vorgehens nicht beschritten, sondern es vorgezogen, einseitig und entgegen der bestehenden Rechtslage Maßnahmen zur Beendigung der Zugangsgewährung zu ergreifen.
139. Die Einhaltung dieser Reihenfolge ist aus Gründen der mit der Regulierung verfolgten Ziele maßgeblich, denn nur wenn die Berechtigung zu einer künftigen Zugangsverweigerung durch eine entsprechende Anpassung der Rechtsgrundlagen legitimiert ist, hat der Wettbewerber die Gewähr, dass er bei einer Abschaltung seiner Bestandsprodukte von dem marktbeherrschenden Unternehmen auf Grund dessen Marktmacht nicht übervorteilt wird.
140. Das Erfordernis zur Einhaltung dieser Reihenfolge ist der Betroffene schließlich hinlänglich bekannt aus den Verfahren zum teilweisen Widerruf der Regulierungsverfügung in Bezug auf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung BK

3g-15/004 vom 01.09.2016. In diesem Verfahren hatte die Betroffene vor Ausspruch einer Kündigung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung einen Antrag auf eine entsprechende Änderung der Regulierungsverfügung gestellt, die es ihr ermöglichen sollte, die Zugänge in Teilen abzukündigen. Im Rahmen dieser Entscheidung über den teilweisen Widerruf der Zugangverpflichtungen wurden dabei die Voraussetzungen festgelegt, die es der Betroffenen ermöglichen, bestehende Zugänge zu kündigen und neue Anträge auf Zugang zu verweigern, vgl. III. der Anlage 1 zu Ziffer 1.1.1 (Zugangsverweigerung zum Teilnehmeranschluss außerhalb des Hauptverteiler-Nahbereichs). In der tenorierten Anlage wurde dabei unter Punkt V. (Alternative Zugangsangebote) auch dem Grunde nach festgelegt, welches Ersatzprodukt die Betroffene anzubieten hat.

141. Nicht erforderlich ist dabei, dass in Hinsicht auf ein in der Regulierungsverfügung abstrakt zu bestimmendes Ersatzprodukt bereits konkrete und verbindliche Vorgaben für die technischen Eigenschaften der Ersatzprodukte sowie für die kommerziellen Bedingungen ihres Einsatzes geregelt sein müssen.
142. Dies bleibt nach den Wertungen des BVerwG einer nachfolgenden Konkretisierung durch Zugangsvereinbarungen im Sinne von § 22 TKG bzw. erforderlichenfalls durch Zugangsanordnungen der Bundesnetzagentur gemäß § 25 TKG und durch Standardangebote nach § 23 TKG vorbehalten, vgl. Urteil des BVerwG, 6 C 7/17, vom 21.09.2018, juris Randziffer 121.
143. Ausgehend von diesem gesetzlichen Konzept eines abgestuften Regulierungsinstrumentariums ist es für die gebotene Konfliktbewältigung bei der Zugangsregulierung nach den Wertungen des BVerwG, Urteil des BVerwG, 6 C 7/17, vom 21.09.2018, juris Randziffer 121, allerdings erforderlich, dass die Regulierungsverfügung einen klaren Maßstab dafür vorgibt, ob eine später konkret nachgefragte Zugangsleistung von der regulatorisch auferlegten Verpflichtung abgedeckt ist, also dem Grunde nach beansprucht werden kann, und insoweit eine fehlerfreie Abwägung der betroffenen Interessen enthält.
144. Dieser klare Maßstab über die Produkte, die dem Grund nach als mögliches Ersatzprodukt für Bestandsprodukte, zu denen der Zugang künftig bzw. ab einem festzulegenden Zeitpunkt verweigert werden kann, sind nach der Rechtsprechung des BVerwG damit unmissverständlich der Ebene des mit der Regulierungsverfügung zu setzenden regulatorischen Rahmens zuzuordnen.
145. Zu Recht weist schließlich auch die Beigeladene zu 15 darauf hin, dass eine solche Reihenfolge, bezeichnenderweise auch der Regelungssystematik des Art. 81 Abs. 2 EECC zugrunde liegt, wonach die nationale Regulierungsbehörde dafür Sorge zu tragen hat, „

*„dass der Prozess der Außerbetriebnahme oder Ersetzung einen transparenten Zeitplan und transparente Bedingungen einschließlich einer angemessenen Kündigungsfrist für den Übergang vorsieht, und ermittelt die*

*Verfügbarkeit von Alternativprodukten mindestens vergleichbarer Qualität, die den Zugang zu aufgerüsteter Netzinfrastruktur ermöglichen, die die entfernten Elemente ersetzt, soweit dies für die Wahrung des Wettbewerbs und der Rechte der Endnutzer erforderlich ist. In Bezug auf die zur Außerbetriebnahme oder Ersetzung vorgeschlagenen Anlagen kann die nationale Regulierungsbehörde die **Verpflichtungen aufheben, nachdem sie sich vergewissert hat, dass der Zugangsanbieter: a)geeignete Voraussetzungen für die Migration geschaffen hat, einschließlich der Bereitstellung eines alternativen Zugangsprodukts mindestens vergleichbarer Qualität wie mit der herkömmlichen Infrastruktur, mit dem Zugangsnachfrager dieselben Endnutzer erreichen können**, (Anmerkung: Hervorhebung durch Fettdruck nur hier) ...“*

146. Auch wenn die entsprechende Vorgabe aktuell in Deutschland trotz Umsetzungsfrist bis zum 21. Dezember 2020 noch nicht implementiert ist, wird hier das bereits im aktuellen Rechtsrahmen verankerte Erfordernis zu einer behördlichen Festlegung der Regelungen für eine migrationsbedingte Verweigerung des Zugangs vor der Erklärung der Kündigung ausdrücklich bestätigt.

#### **2.2.2.4 Vorgelegtes Standardangebot zur Transformation**

147. Tatsächlich zeigt der von der Betroffenen zwischenzeitlich auf Druck der Beschlusskammer vorgelegte Entwurf für eine Transformationsvereinbarung, mit welchen Behinderungen die Wettbewerber zu rechnen haben, wenn die Bedingungen für die Migration zum Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung einseitig von der Betroffenen bestimmt werden.
148. Das zum Zeitpunkt der gegenständlichen Entscheidung im Extranet der Betroffenen veröffentlichte Standardangebot zur Transformation, enthält eine Anzahl an Klauseln, die sich schon für sich betrachtet als missbräuchlich erweisen.
149. Zum einen werden die Wettbewerber nach dem am 01.02.2021 von der Betroffene vorgelegten Zusatzvertrag zur Transformation insoweit behindert und diskriminiert, als die Betroffene die Weiterversorgung der Geschäftskunden über den Kündigungstermin hinaus nur dann gewährleisten will, wenn die rechtzeitige Bereitstellung des Neuproduktes aus Gründen scheitert, die die Betroffene, also das marktmächtige Unternehmen zu vertreten hat. Nach einer später erfolgten Bereitstellung des neuen Produktes soll das Altprodukt dann automatisch abgeschaltet werden.

*„Beauftragt der Kunde die Nachfolgeproduktleistung rechtzeitig nach Ziffer 6 bei der Telekom, kann jedoch die Nachfolgeproduktleistung **aus von der Telekom zu vertretenden Gründen** nicht zum Kündigungstermin der Altproduktleistung bereitgestellt werden, wird die Telekom die Altproduktleistung über den Kündigungstermin hinaus solange weiter betreiben, bis die vom Kunden bestellte Nachfolgeproduktleistung bereitgestellt ist.*

***Andernfalls wird die bisherige Altproduktleistung zu ihrem jeweiligen Kündigungstermin beendet*** (Anmerkung: Hervorhebung durch Fettdruck nur hier)“

150. Die damit vorgesehene Begrenzung der Weiterversorgung auf die Fälle, in denen die nicht rechtzeitige Bereitstellung von der Betroffenen zu vertreten ist, führt dazu, dass die Geschäftskunden der Wettbewerber unmittelbar abgeschaltet werden, sofern die rechtzeitige Bereitstellung etwa aus Gründen der Komplexität des Falles oder Sachgründen scheitert, die dem Verantwortungsbereich des Wettbewerbers, seines Geschäftskunden oder höherer Gewalt zuzuschreiben sind.
151. Unklar bleibt weiterhin, in welcher Weise der Wettbewerber sicherstellen will, dass die Betroffene ihm die Möglichkeit gibt, vor der Entscheidung über die Abschaltung von dritter Seite klären zu lassen, in wessen Verantwortung die nicht rechtzeitige Neubereitstellung in dem konkreten Fall liegt. Ist der Kunde erst einmal abgeschaltet, so nutzt es diesem wenig, wenn sich später herausstellt, dass sich die Einschätzung der Betroffenen, wonach die Ursache nicht in ihrer Verantwortung lag, als unzutreffend erweisen sollte. Ein einmal abgeschalteter Geschäftskunde wird in sein Vertrauen in seinen Anbieter fundamental erschüttert sein, so dass der Wettbewerber diesen damit im Regelfall verloren haben dürfte.
152. Die Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens haben keine rechtliche Grundlage, um ihren Geschäftskunden die unterbrechungsfreie Weiterversorgung zuzusichern, da die Leitungen unweigerlich zum 31.03.2023 abgeschaltet werden, sofern der Fehler einer nicht rechtzeitigen Bereitstellung des Neuproduktes nicht bei der Betroffenen, sondern etwa bei ihm oder seinem Geschäftskunden lag, beispielsweise weil eine parallele Inhouseverkabelung nicht rechtzeitig fertig gestellt werden konnte oder erforderliche Brandschutzschottungen nicht rechtzeitig hergestellt wurden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Bereitstellung der 1.0er Mietleitung in Anlage 2 des Standardangebots CFV 1.0 etwa umfangreiche Mitwirkungspflichten vorsehen, zu deren Erfüllung die Mitarbeit des Geschäftskunden von maßgeblicher Bedeutung ist, in dessen Geschäftsräumen der Anschluss gelegt werden soll. Vgl. hierzu etwa Ziffer 4.1 der Anlage 2 zum von der Betroffenen veröffentlichten Standardangebotes für CFV 1.0:

*„KUNDE schafft die für die Installation und die Überlassung der CFV notwendigen Voraussetzungen auf eigene Kosten.*

*Auf Verlangen der Telekom stellt KUNDE der Telekom unverzüglich folgende Unterlagen bzw. Informationen zur Verfügung: Aufstellungspläne bzw. -skizzen, Montageskizzen, Lage verdeckt geführter Strom-, Gas- und Wasserleitungen so-wie ähnlicher Einrichtungen sowie etwaige besondere technische Anforderungen.*

*Die Einhaltung der einschlägigen Brandschutzbestimmungen fällt in den Verantwortungsbereich von KUNDE, insbesondere das Öffnen und Verschließen von Brandschotts.“*

153. Die Mitwirkungspflichten zur Bereitstellung bei den Zielprodukten wird sich aller Voraussicht nach als nicht minder umfangreich erweisen.
154. Bezeichnenderweise verweist die Betroffene in ihrer Stellungnahme vom 23.03.2021, S. 30, selber ausdrücklich darauf hin, dass es in der Natur der Sache liege, dass sich diese besonders komplexen Fälle erst im Laufe der Umstellungsaktivitäten herausbilden und dann zu einer Überschreitung der terminierten Abschalttermine führten.
155. Die Sicherstellung einer unterbrechungsfreien Anbindung ist im Geschäftskundenbereich regelmäßig von essentieller Bedeutung. Kein Großkunde wird es sich ernsthaft erlauben können, dass sein TK-Anbieter ihn abschaltet, wenn die Umstellung auf das neue Produkt nicht sofort, wie vorgesehen, klappt und zwar unabhängig davon, von welcher Seite der Fehler zu vertreten ist.
156. Auch die in Ziffer 4 des von der Betroffenen im Extranet veröffentlichten Standardangebotes für die Transformation enthaltene Klausel, wonach die Betroffene *„die Altproduktleistung über den Kündigungstermin hinaus solange weiter betreiben, bis die vom Kunden bestellte Nachfolgeproduktleistung bereitgestellt ist.“* erweist sich als missbräuchlich. Denn damit schließt die Betroffene per definitionem aus, dass in der Zeit nach dem 31.03.2023 von dem Wettbewerber noch eine zeitweise Parallelanbindung mit dem alten und dem neuen Produkt durchgeführt werden kann. Das ist im Geschäftskundenbereich allerdings ebenso untragbar. So hat die Betroffene selber in der öffentlich-mündlichen Verhandlung zu dem Standardangebotsverfahren zum Transformationsvertrag vorgebracht, dass der zeitweise Parallelbetrieb von altem und neuem Anschluss für die Kunden essentiell ist, um sicherstellen zu können, dass alle Anwendungen ausreichend gut über die neue Plattform erbracht werden können.
157. Auch wenn die Zulässigkeit der Klauseln aus der Transformationsvereinbarung Gegenstand eines anderen noch anhängigen Verfahrens sind, so zeigt sich hieran recht offenkundig, wie die Kündigung eines regulierten Produktes, ohne dass hierfür zuvor der regulatorische Rahmen angepasst wurde, die Verwendung einseitig aufgestellter missbräuchlicher Klauseln nach sich zieht. Die Missbräuchlichkeit der Kündigung ergibt sich vorliegend allerdings bereits unmittelbar durch den Umstand, dass die Betroffene diese ausspricht, ohne dass die dafür erforderlichen regulatorischen Grundlagen vorgelegen haben.

#### **2.2.2.5 Spätere Umkehrung faktisch ausgeschlossen bzw. mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden**

158. Die Kenntnis über die dem Wettbewerber grundsätzlich zustehenden Alternativen bereits zum Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung ist für das Tätigsein von Wettbewerbern auf dem gegenständlichen Markt von zentraler Bedeutung. Eine spätere Umkehrung durch ein nachgezogenes Verfahren vor der Bundesnetzagentur, in dem die tatsächlich anzusetzenden Bedingungen für die Möglichkeit einer Kündigung nachträglich korrigiert werden, kann den dann schon eingetretenen Schaden für den Wettbewerb nicht mehr verhindern.
159. So wird es den Wettbewerbern des marktmächtigen Unternehmens wenig helfen, wenn später, das bedeutet nachdem die Investitionen getätigt sind, festgestellt wird, dass ihm auch ein Anspruch auf die Bereitstellung eines anderen Produktes, das etwa die bisher bereitgestellten Qualitäten besser abbilden kann, wie auch andere Transformationsbedingungen, zugestanden hätten.
160. Die Betroffene schafft mit der Kündigung insoweit Fakten, die durch spätere Entscheidungen nicht oder nur in begrenztem Umfang wieder eingeholt werden können. Hat sich der Wettbewerber erst einmal notgedrungen für eines der von der Betroffenen „freiwillig angebotenen Ersatzprodukte“ entschieden und ggf. seine Netzstruktur entsprechend umgestellt und die Anbindungsstruktur seines Geschäftskunden entsprechend angepasst, ist ein späterer, das bedeutet nach der Aktualisierung des regulatorischen Rahmens erfolgreicher weiterer Umstieg auf ein anderes Ersatzprodukt, das den Bedürfnissen der Geschäftskunden der Wettbewerber bzw. des Wettbewerbers selber ggf. besser gerecht wird, dem Geschäftskunden kaum noch zu vermitteln und voraussichtlich mit entsprechenden Abschreibungen verbunden.
161. Bevor es zu der Abkündigung der am Markt bewährten hochqualitativen Zugangsprodukten in einem regulierungsbedürftigen Marktsegment kommen kann, ist es für den Wettbewerb von zentraler Bedeutung, dass zumindest dem Grunde nach geklärt ist, ob überhaupt und wenn ja, unter welchen Bedingungen eine solche Einstellung der Leistungsgewährung erfolgen kann.
162. Die Erklärung der Kündigung setzt damit zwingend eine Änderung des Standardangebotes sowie auch der Regulierungsverfügung voraus, da ohne eine solche Änderung die Kündigung offenkundig in Widerspruch zu der bestehenden Rechtslage steht.

#### **2.2.3 Diskriminierungsmissbrauch**

163. Zusätzlich ist der Missbrauchstatbestand der Diskriminierung des § 42 Abs. 2 TKG insoweit erfüllt als die Betroffene die Verträge mit ihren eigenen Endkunden zu den entsprechenden Endkundenverträgen nicht gekündigt hat.

164. Nach § 42 Abs. 2 TKG wird ein Missbrauch im Sinn des § 42 Abs. 1 TKG vermutet, wenn ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich selbst, seinen Tochter- oder Partnerunternehmen den Zugang zu seinen intern genutzten oder zu seinen am Markt angebotenen Leistungen zu günstigeren Bedingungen oder zu einer besseren Qualität ermöglicht, als es sie anderen Unternehmen bei der Nutzung der Leistung für deren Telekommunikationsdienst oder mit diesen in Zusammenhang stehenden Diensten einräumt, es sei denn, das Unternehmen weist Tatsachen nach, die die Einräumung ungünstiger Bedingungen sachlich rechtfertigen.
165. Es besteht eine Ungleichbehandlung zwischen den Carriern einerseits und der Betroffenen andererseits.
166. Die Erklärung der Kündigung durch die Betroffene führt dazu, dass ab dem benannten Zeitpunkt, das bedeutet ab dem 30.09.2022 bzw. dem 31.03.2023 kein vertraglicher Anspruch zur weiteren Überlassung des Übertragungsweges mehr besteht. Insbesondere ist die Wirksamkeit der Kündigung nicht an die Voraussetzung einer rechtzeitigen Bereitstellung des Neuproduktes gekoppelt. Für Planungen für eine weitere Leistungsbereitstellung fehlt damit die vertragliche Grundlage. Diese ergibt sich auch nicht aus dem von der Betroffenen in ihrem Extranet im Nachgang zu der Kündigung veröffentlichten Standardangebot zur Transformation. Hierfür wäre es zum einen erforderlich, dass die Wettbewerber sich bereit erklären müssten, mit den weiteren Bedingungen des Transformationsvertrages einverstanden zu sein, wie etwa der in Ziffer 3 vorgesehenen Begrenzung des Bestellrechts als auch der Verpflichtung der Betroffenen zur Neubereitstellung. Hinzu kommt, dass in dem vorgelegten Standardangebot zur Transformation, wie bereits oben dargestellt, die Möglichkeit zur weiteren Bereitstellung der Leistung an das Erfordernis geknüpft ist, dass die Betroffene die nicht rechtzeitige Bereitstellung des Neuproduktes zu vertreten hat. Weiter endet die Bereitstellung, wie oben bereits dargestellt, automatisch, sobald das neue Produkt später dann doch noch bereitgestellt ist, so dass die im Geschäftskundenbereich erforderliche Möglichkeit zur parallelen Bereitstellung für die Wettbewerber von vornherein ausgeschlossen ist. Eine entsprechende Begrenzung für den eigenen Endkundenbereich hat die Betroffene demgegenüber nicht vorgebracht und erscheint auch sachfremd. Anders als die Betroffene können die Wettbewerber ihren eigenen Endkunden aus den genannten Gründen keine Zusagen machen, wonach die Leistung notfalls noch über den 31.03.2021 weiter erbracht werden kann, sofern die Neubereitstellung nicht rechtzeitig erfolgt.
167. Unabhängig davon ergibt sich die Ungleichbehandlung bereits aus dem Umstand, dass mangels Erklärung der Kündigung gegenüber ihren Endkunden für die Wettbewerber in keiner Weise gewährleistet ist, dass die Endkunden der Betroffenen überhaupt und wenn ja bis zum 30.09.2022 im Falle des Einsatzes von Cisco-Routern und für die anderen Fälle bis zum 30.09.2023 abgekündigt

werden. Die schriftsätzliche Mitteilung seitens der Betroffenen hat für die Wettbewerber als auch für die Endkunden der Betroffenen tatsächlich keinerlei Rechtsverbindlichkeit. Es ist ihr also weiter unbenommen, die Endkundenleistungen bzw. zumindest den Teil davon, die sich als „besonders schwierige Restmengen“ erweisen, solange weiter mit den Produkten zu bedienen, solange sie dies für sachgerecht hält. Für die Wettbewerber ist die Kündigung demgegenüber unmittelbar rechtsverbindlich. Die Erklärung der Kündigung durch das marktbeherrschende Unternehmen schließt für die Wettbewerber demgegenüber von vorneherein aus, irgendwelche ernsthaften Planungen zu einer Weiterversorgung ihrer Endkunden nach dem 31.03.2023 vornehmen zu können.

168. Die Betroffene hat im Rahmen der öffentlich-mündlichen Verhandlung die von ihr ausgesprochenen Kündigungen als einen „Warnschuss“ an die Wettbewerber bezeichnet. Der „Warnschuss“ ist aber tatsächlich für die Wettbewerber eine rechtsverbindliche Maßnahme des den Markt beherrschenden Unternehmens. Von der Erklärung einer solchen rechtsverbindlichen Maßnahme will sie gegenüber ihren eigenen Endkunden gerade absehen. Darüber, ob sie eine solche überhaupt jemals ausspricht oder den Kunden dann letztlich doch noch weiter bedient, besteht für den Carrier keinerlei Rechtssicherheit. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Betroffene im Rahmen der öffentlich-mündlichen Verhandlung für den vorgelegten Standardvertrag zur Zusatzvereinbarung Transformation mitgeteilt hat, dass sie die in Rede stehenden SDH-Plattformen - anders als noch in ihrem Schriftsatz in dem gegenständlichen Verfahren vorgetragen - zum 31.12.2023 gerade nicht automatisch abschalten werde. Sie hat demnach vielmehr vor, die Plattform auch in Ausnahmefällen noch länger zu betreiben, dies allerdings mit voraussichtlich schlechteren Service-Level-Agreements. In dieser Verhandlung teilte die Betroffene auch mit, dass sie ein entsprechendes Angebot der Beschlusskammer vorlegen werde. Zumindest bis zum Zeitpunkt der Entscheidung in dem gegenständlichen Verfahren ist dieses Angebot der Beschlusskammer allerdings noch nicht übermittelt worden.

#### **2.2.4 Ausnutzen der beträchtlichen Marktmacht**

169. Die Dominanz der Betroffenen ist auch kausal für die Wettbewerbsbeeinträchtigung.
170. Da die Wettbewerber weiter auf das marktbeherrschende Unternehmen angewiesen sind, da allein dieses eine flächendeckende Infrastruktur anbieten kann, können sich diese dem Druck, der durch die Kündigung auf sie ausgeübt wird, die von dem dominanten Unternehmen aufgestellten Bedingungen für die Beendigung der Bereitstellung des Altproduktes wie auch der Auswahl der Ersatzprodukte, nicht in der gleichen Weise entziehen wie einem Unternehmen, das in einem harten Konkurrenzkampf steht.

171. Entsprechendes gilt für die von der Betroffenen vorgenommene Ungleichbehandlung. Würde die Betroffene auf der Vorleistungsebene in der gleichen Weise im Wettbewerb um die Kunden stehen wie auf der Endkundenebene, hätte sie auch bei den Wettbewerbern die Kündigung nicht schon generell ausgesprochen, sondern als Ultima Ratio für die Fälle vorgesehen, in denen es zu keiner Einigung über ein Nachfolgeprodukt gekommen wäre.

#### **2.2.5 Unbilligkeit bzw. fehlende sachliche Rechtfertigung bei der Behinderung bzw. der Beeinträchtigung**

172. Die Weigerung der Betroffenen zur Berücksichtigung der regulatorischen Vorgaben ist unbillig; sachliche Rechtfertigungsgründe im Sinne von § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG sind nicht ersichtlich.
173. Bei der Prüfung, ob das beanstandete Verhalten unbillig ist bzw. nicht durch einen sachlichen Grund im Sinne von § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG gerechtfertigt wird, ist eine Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Ziele des TKG (Herstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs) vorzunehmen. Dabei wird die vorzunehmende Abwägung durch die gesetzliche Wertung des TKG mitbeeinflusst,

VG Köln, Urteil vom 26.10.2005, Az. 21 K 3468/05; Kredel, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Auflage 2015, § 42 Rn. 43 m.w.N.

##### **2.2.5.1 Überwiegen der Interessen der Carrier**

174. Eine solche Abwägung führt vorliegend zu einem deutlichen Überwiegen der Interessen der Wettbewerber. Denn aufgrund des gesetzlichen Regulierungsziels der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 TKG), kommt ihrem Interesse an einer zuverlässigen Planbarkeit in der Abwägung ein hohes Gewicht zu, während es bereits der Zugangsverpflichtung der Betroffenen gemäß § 21 TKG sowie der Verpflichtung aus dem Standardangebot nach § 23 TKG entspricht, dass die Bereitstellung unter keiner auflösenden Bedingung und insbesondere auch nicht unter einem zeitlichen Enddatum steht. Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung ist zwar nicht unbeschränkt. Schranken des Anspruchs auf Zugang, bzw. bestimmte Modifikationen der vertraglichen Regelungen können sich insbesondere aus sachlichen Gründen ergeben. Derartige Gründe, die einer Zugangsgewährung zu den ursprünglichen Bedingungen entgegenstehen und über ein rein wirtschaftliches Interesse der Betroffenen hinausgehen, sind von ihr jedoch nicht überzeugend dargelegt worden und auch der Kammer nicht erkennbar.
175. Wie dargelegt wurde, erwächst den Wettbewerbern ohne Zugang zu den SDH-basierten Übertragungswegen im Wettbewerb mit der Betroffenen ein erheblicher Nachteil, weil ihnen damit der in den genannten Entscheidungen als wettbewerbsrelevant identifizierte Zugang zu einem Teil des Marktes versagt wird.

176. Demgegenüber hat die Betroffene einen erheblichen Vorteil, der gerade vor dem Hintergrund der Sicherstellung eines längerfristigen und chancengleichen Wettbewerbs einen Ausgleich in Form von angemessenen vertraglichen Regelungen zum Zugang wie auch den Bedingungen für ein Recht zur Verweigerung des Zugangs erfordert.
177. So können die Wettbewerber für die Entscheidung über den Zeitpunkt und das ggf. anzusetzende Ersatzprodukt zum Zeitpunkt der Kündigung nur mit den von der Betroffenen einseitig angebotenen Ersatzprodukten einschließlich der einseitig angebotenen Migrationsbedingungen planen, die mit dem deutlichen Risiko einer Abweichung im Rahmen nachfolgenden behördlichen Überprüfung einhergehen. Die Betroffene befindet sich in dieser Hinsicht in einer deutlich günstigeren Position. **BuGG** Insofern hat die Betroffene für ihre eigene Migration einen deutlich längeren Vorlauf und deutlich mehr Planbarkeit. In diesem zeitlichen Rahmen wäre es ihr seit langem möglich gewesen die erforderlichen Verfahren anzustoßen und für planbare Rahmenbedingungen für die Wettbewerber und deren Kunden zu sorgen.

#### **2.2.5.2 Vortrag – Teilhabeanspruch der Wettbewerber ende mit Einstellung der eigenen SDH-basierten Endkundendienste**

178. Soweit die Betroffene darauf hinweist, dass die Zugangsverpflichtung auf der Vorleistungsebene durch die Einstellung der entsprechenden Produktlinie auf der Endkundenebene durch die Betroffene selber gegenstandslos werde, widerspricht dies offensichtlich der geltenden Rechtslage. Die Rechte der Wettbewerber sowie die Verpflichtung der Betroffenen stehen in keinem Zusammenhang und insbesondere in keiner Abhängigkeit von der Entscheidung der Betroffenen, wie sie ihr eigenes Endkundensortiment aufstellt und wann sie selber bestimmte Produkte auf der Endkundenebene nicht mehr anbieten möchte.
179. Die von der Betroffenen zur Begründung zitierten Entscheidungen des VG Köln sowie des BVerwG beziehen sich auf die Vorschrift des § 33 TKG 1996. Dabei handelte es sich allerdings um eine Vorschrift, die es dem marktbeherrschenden Unternehmen untersagte, die Wettbewerber gegeneinander bzw. gegenüber dem eigenen Endkundenarm zu diskriminieren. Die Zugangsvorschrift des § 21 TKG gilt jedoch erkennbar ohne eine Begrenzung auf Diskriminierungstatbestände. Die Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung ist in der Regulierungsverordnung im Übrigen zusätzlich zu der gegenständlich relevanten Verpflichtung zur Zugangsgewährung bzw. zur Veröffentlichung eines Standardangebotes nach § 23 TKG mit enthalten. Die von der Betroffenen für ihre Rechtsauffassung zitierten Entscheidungen beziehen sich dementsprechend auf einen grundlegend anders gelagerten Sachverhalt und können die von ihr geltend gemachte Begrenzung der Zugangsverpflichtung nicht rechtfertigen.

180. Nichts Anderes ergibt sich im Übrigen aus den von der Betroffenen in ihrer zweiten Stellungnahme vorgetragenen Erwägungen in der Regulierungsverfügung im Zusammenhang mit der Verpflichtung nach Ziffer 1.6 bzw. 2.6 sowie auf die Ausführungen im Zusammenhang mit ihrem Antrag auf die Aufnahme einer auflösenden Bedingung in Hinsicht auf die nach Ziffer 1.1 auferlegte Zugangsverpflichtung.
181. Zutreffend ist, dass in Ziffer 1.6 eine Begrenzung der Zugangsverpflichtung auf solche Produkte vorgenommen worden ist, die die Betroffene selber verwendet. Hierbei handelt es sich allerdings gerade ausdrücklich um eine begründete Ausnahme von der dem Tenor nach gerade anders gehaltenen Verpflichtung nach den Ziffern 1.1 bis 1.5. Anlass für die in der Zugangsverpflichtung nach Ziffer 1.6 bzw. 2.6 vorgenommen Begrenzung auf die Fälle, in denen die Betroffene diese Produkte selber verwendet, war, dass es sich hier um eine Generalklausel handelt, die sich auf Produkte bezieht, die zum Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverfügung noch nicht entwickelt worden sind, die aber noch während der Geltungsdauer der Regulierungsverfügung von der Betroffenen auf dem Markt angeboten werden. Durch die Begrenzung der Zugangsverpflichtung bei solchen künftigen Produkten sollte ausgeschlossen werden, dass die Betroffene auf der Grundlage dieser Klausel zur Entwicklung von neuen Produkten verpflichtet wird, die sie selber gar nicht entwickeln würde.

#### **2.2.5.3 Vortrag – SDH-basierte Leistungen wären für den Wettbewerb nicht mehr relevant**

182. Der Vortrag der Betroffenen, wonach Produkte zwischenzeitlich für den Zugang und einer relevanten Betätigung auf dem Markt nicht mehr erforderlich sein sollen widerspricht offenkundig den Feststellungen in der bestehenden Regulierungsverfügung, in der die wettbewerbliche Bedeutung des Zugangs zu den SDH-basierten Übertragungswegen ausführlich begründet wird. Unabhängig davon überrascht der Vortrag einer vermeintlich fehlenden wettbewerblichen Relevanz der SDH-basierten Übertragungswege schon deshalb, weil die Betroffene zumindest bis einen Tag vor der mündlichen Verhandlung in dem gegenständlichen Verfahren keinen Anlass gesehen hat, einen Antrag auf teilweisen Widerruf der die in der genannten Regulierungsverfügung benannten Verpflichtung zur Bereitstellung der SDH-basierten Übertragungswege zu den von ihr anvisierten Kündigungsterminen zu stellen. Entsprechendes gilt für das Standardangebot.
183. Zudem setzt sich die Betroffene mit ihren eigenen Aussagen in ihrer ersten Stellungnahme in Widerspruch, wonach sie die Gefahr sieht, dass die Wettbewerber für den Fall, dass diese länger als die Betroffene selber noch SDH-Produkte anbieten würden, der Betroffenen Kunden „abwerben könnten“.

*„... Die Aufhebung dieser Zugangsverpflichtung ist erforderlich. Anderenfalls erfolgt lediglich die Verlagerung dieser Anschlüsse in den Wholesale-Bereich, indem die Carrier die Telekom-Geschäftskunden mit dem Argument abwerben, dass sie weiterhin SDH anbieten.“*

184. Mit der plattformübergreifenden sowie der wettbewerberübergreifenden Kündigung tritt nunmehr gerade die gegenteilige Situation ein nämlich, dass die Betroffene selber das einzige Unternehmen ist, dass ihren Endkunden über den 31.03.2023 hinweg im regulierten Bereich SDH-basierte Übertragungswege anbieten kann – und nach den eigenen Einlassungen auch genau in dieser Weise vorzugehen beabsichtigt.
185. So führt sie in ihrem Schriftsatz aus, dass sie ihren Endkunden in gewissen Teilbereichen erst zum 30.09.2023 kündigen werde. Da sie weiterhin noch bis zum 30.09.2022 bzw. bis zum 01.03.2021 eine Neubereitstellung ermöglichen will, führt das Vorgehen der Betroffenen nunmehr gerade dazu, dass gerade sie es ist, die die Kunden der Wettbewerber mit dem Hinweis auf die Möglichkeit, länger im regulierten Bereich SDH anbieten zu können, „abwerben“ kann bzw. konnte.
186. Unabhängig davon, bleibt zu beachten, dass die Betroffene selber weiterhin Produkte mit SDH-Schnittstelle über ihre OTN-Plattform unter dem Produktnamen Wholesale Premium anbietet.

#### **2.2.5.4 Vortrag - Vermeintliche Unmöglichkeit**

187. Schließlich trägt auch der Hinweis nicht, dass die Leistung ja ab den von ihr gesetzten Kündigungszeitpunkten tatsächlich unmöglich sei.

##### **2.2.5.4.1 Es liegt schon offensichtlich keine Unmöglichkeit vor**

188. Die Annahme einer Unmöglichkeit scheitert schon daran, dass die Betroffene selber ausgeführt hat, dass sie die Plattform vollumfänglich bis Ende 2023 weiter betreiben kann, vgl. hierzu nur den eigenen Sachvortrag der Betroffenen:

*„... • **BuGG**, den Support der SDH-Plattform bis zum 31.12.2023 zu verlängern. Darüber hinaus ist die Plattform nicht mehr betreibbar. Daher erfolgt die Kündigung generell zum 31.03.2023. ...“*

*„...Die Telekom ist dazu berechtigt, die Legacy-Produkte abzumanagen, weil es ihr nicht möglich ist, den Betrieb der SDH-Plattform über den 31.12.2023 hinaus aufrechtzuerhalten. ... Die Vorleistungsprodukte können daher spätestens ab dem 01.01.2024 nicht mehr erbracht werden, so dass jeglicher Teilhabeanspruch endet.“*

189. Auch in Bezug auf die von ihr ausgesprochenen Kündigungen zum 30.09.2022, bei denen ihrem Vortrag nach auch der Cisco-Router nicht mehr verwendet werden könne, teilt sie mit, dass die Leistung etwa durch technische Übergangslösungen noch weiter erbracht werden könnten. Hinzu kommt, dass auch ohne eine solche Übergangslösung die Weiterleistung von Mietleitungen im 4. Quartal 2022 zumindest in Teilen nach ihrem eigenen Vortrag möglich ist.

*„...Grundsätzlich ist der Austausch des Cisco-Routers durch eine technische Übergangslösung zwar realisierbar, aufgrund des kurzen Zeitraums bis zur anstehenden Umstellung der betroffenen SDH Mietleitungen auf das Zielfportfolio (spätestens zum 31.03.2023) und der fehlenden Kompatibilität der Übergangslösung zum Zielfportfolio, wirtschaftlich aber nicht sinnvoll.*

*Um Ersatzinvestitionen für nur wenige Monate bis zur Abschaltung der SDH-Plattform zu vermeiden, wurde für die betroffenen Anschlüsse die Kündigung mit Wirkung zum 30.09.2022 ausgesprochen. Dieser Termin stellt sicher, dass die Umstellung weniger, ggf. nach diesem Datum noch im Geschäftslauf befindlicher betroffener Mietleitungen im 4. Quartal 2022 erfolgen kann. ...“*

190. Sofern die Betroffene der Auffassung ist, dass eine solche Übergangslösung wirtschaftlich nicht sinnvoll ist, besteht für sie die Möglichkeit, im Rahmen eines entsprechenden Antrages vor der Bundesnetzagentur rechtzeitig vor der Erklärung einer Kündigung und rechtzeitig für die Wettbewerber klären zu lassen, inwieweit eine solche Übergangslösung tatsächlich erforderlich ist und sofern dem so sein sollte, ob und inwieweit eine solche Maßnahme wirtschaftlich sinnvoll ist und ob und inwieweit für den Fall der Bejahung dieses Umstandes die Zugangsverpflichtungen entsprechend anzupassen sind bzw. zu ändern wären.
191. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang zusätzlich, dass die von der Betroffenen als ursächlich für die „wirtschaftliche“ Sinnhaftigkeit oder Nicht-Sinnhaftigkeit nach ihrem Vortrag das jeweilige Zielprodukt ist. Auch die Bestimmung der anzubietenden Zielprodukte ist nicht allein von der Betroffenen festzulegen. Technische Unmöglichkeit liegt zumindest in keinem der erklärten Kündigungszeitpunkten vor.
192. In jedem Fall bleibt die Verpflichtung bereits nach dem Vortrag der Betroffenen damit über den ausgesprochenen Kündigungstermin erfüllbar.
193. Zu beachten ist, dass sich die Betroffene in der öffentlich-mündlichen Verhandlung zum Standardangebot Transformation dahingehend geäußert hat, dass sie sich „die Not der Wettbewerber“ sehend vorstellen kann, die Plattform in einer Art abgespekter Form auch in dem Jahr 2024 weiter zu betreiben, so dass auch der 31.12.2023 schon ihrem eigenen Vortrag nach nicht der letztmögliche Zeitpunkt des Leistungsbetriebes sein muss.

#### 2.2.5.4.2 Auch Migrationspuffer führt nicht zur Unmöglichkeit

194. Die Unmöglichkeit zu den genannten Zeitpunkten wird auch nicht dadurch erzeugt, dass nach dem Vortrag der Betroffenen ein Migrationspuffer (von 9 Monaten - bzw. bei den Cisco-Routern von 3 Monaten) erforderlich sei, durch den sichergestellt werde, dass auch die zu erwartenden „Problemfälle“, das bedeutet scheinbar insbesondere solche Fälle, in denen die Bereitstellung des Neuproduktes zum Kündigungstermin der Altprodukte noch nicht erfolgt ist, ohne Abschaltung des Kunden abgebildet werden können.
195. Unstreitig ist, wie bereits dargestellt, dass der technische Support bis zum 31.12.2023 vollumfänglich sichergestellt ist bzw. bei den Cisco-Routern sichergestellt werden kann. Damit ist es aber auch möglich, dass bis zu diesem Termin sämtliche Leitungen weiter von der Betroffenen bereitgestellt werden können.
196. Unterstellt man der Betroffenen insoweit ungeprüft folgend für Ihren Geschäftsbereich einen Migrationspuffer von 9 bzw. 3 Monaten, um soweit als möglich sicherstellen zu können, dass auch die von ihr als „Problemfälle“ zu erwartenden Konstellationen noch rechtzeitig umgestellt werden können, so handelt es sich hierbei allein um eine Frage des Zeitpunktes, zu dem das neue Produkt „spätestens“ bereitgestellt werden muss, um einen sicheren Übergang zu gewährleisten. Auf die Möglichkeit, das Bestandsprodukt zumindest bis zum 31.12.2023 vollumfänglich weiter anbieten zu können, hat dies gerade keinen Einfluss.
197. Die Frage, bis wann der Wettbewerber das Folgeprodukt neu zu bestellen hat, um sichergehen zu können, dass es zu keiner Unterbrechung der Anbindung des Kunden kommt, ist dem Grunde nach in der Regulierungsverfügung zu regeln sowie in dem entsprechenden Standardangebotsverfahren zur Migration. Auf die hier in Rede stehende Möglichkeit zur Bereitstellung des Bestandsproduktes hat dies aber erkennbar keinen Einfluss. Insbesondere wird die Leistung zum 31.03.2023 nicht unmöglich.
198. Hinzu kommt, dass die Betroffene nach eigenem Bekunden bereits fest damit rechnet, dass es eine nicht näher bestimmte Anzahl an Fällen geben wird, in denen es nicht gelingt, den Kunden zum 31.03.2023 auf das neue Produkt migriert zu haben, selbst wenn dieser das neue Produkt rechtzeitig bei der Betroffenen bestellt hat.
199. Für diese Fälle sieht die Betroffene ja ausweislich ihres Standardangebotes zur Migration unter bestimmten Begrenzungen einen Weiterbetrieb der Bestandsleistung bis zur Bereitstellung des neuen Produktes vor.
200. Insoweit stellt sich die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage denn in einem solchen Fall die Weiterleistung erfolgen soll, nachdem der zugrundeliegende Einzelvertrag ja mit der Kündigung zum 31.03.2023 gerade nicht mehr besteht. Nach den bestehenden rechtlichen Grundlagen scheint dafür grundsätzlich eine

Art Vereinbarung zur Neubereitstellung der Mietleitungen in Betracht zu kommen, was wegen der damit einhergehenden weiteren Aufwendungen für den Wettbewerber, nicht zuletzt wegen erneutem Anfall von Bereitstellungsentgelten, als rechtsmissbräuchlich einzuordnen wäre. Die Betroffene hat auf den entsprechenden Vorhalt in der mündlichen Verhandlung zu der angedachten Rechtsgrundlage für die Weiterleistung keine Antwort geben können und stattdessen mitgeteilt, dass sie diese Frage mitnehmen werde. Um die Wettbewerberinteressen hinreichend schützen zu können, ist es von essentieller Bedeutung, dass zumindest dem Grunde nach Klarheit über die Grundzüge der Anforderungen für eine Abkündigung der regulierten Vorleistungsprodukte besteht. Das ist hier offenkundig nicht der Fall.

201. Unabhängig davon ist festzuhalten, dass kein Grund dafür besteht bzw. ersichtlich ist, den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung vor den Zeitpunkt zu legen, zu dem das neue Produkt bereitgestellt ist (einschließlich einer zu gewährenden Zeit für den im Geschäftskundenbereich erforderlichen Parallelbetrieb).
202. Noch weniger besteht ein Anlass für die Erklärung einer Kündigung zu den gesetzten Terminen, wenn sich der Wettbewerber im Zusammenhang mit der anstehenden Abschaltung der SDH-Plattform dazu entscheidet, bei der Betroffene überhaupt kein Nachfolgeprodukt zu bestellen, etwa, weil er auf Produkte anderer Anbieter mit anderen zugesicherten Migrationspuffern ausweichen will bzw. grundsätzlich kein entsprechendes Produkt mehr nachzuordnen beabsichtigt.
- 203.

#### **2.2.5.4.3 Zweifel an der technischen Unmöglichkeit ab dem 31.12.2023**

204. Unabhängig von den vorgenannten Aspekten bestehen zumindest nach dem derzeitigen Kenntnisstand der Beschlusskammer und vorbehaltlich weiterer Ermittlungen im Zusammenhang mit dem Verfahren zur teilweisen Änderung der Regulierungsverfügung Zweifel daran, dass die weitere Bereitstellung der Leistung ab dem von der Betroffenen benannten Zeitpunkt, dem 31.12.2023, nicht mehr erbracht werden könnte. In jedem Fall bedarf es zu diesen Fragen vorher einer Klärung dem Grunde nach in den entsprechenden regulatorischen Grundlagen von Standardangebot sowie Regulierungsverfügung.

#### **2.2.5.4.4 Wholesale Premium als mögliche Alternative**

205. Hierbei ist zunächst zu beachten, dass nach dem derzeitigen Kenntnisstand der Beschlusskammer einiges dafürspricht, dass die entsprechenden Merkmale, die nach den Vorgaben der Regulierungsverfügung als auch des Standardangebotes vorliegend zu erfüllen sind, seitens der Betroffenen ggf. auch über andere Plattformen, die diese in Betrieb hat und die sie soweit ersichtlich nicht abzumachen gedenkt, erbringen kann.

206. Auch wenn dies im Rahmen des Verfahrens zur teilweisen Aufhebung der Regulierungsverfügung noch tiefergehend zu untersuchen ist, erscheint die von der Betroffenen vorgetragene vermeintliche Ineffizienz einer solchen Leistung über diese Plattform als vorgeschoben. Der Umstand, dass ein Anschluss eines Kunden technisch eine wesentlich höhere Bandbreite realisiert, als die dem Kunden dann tatsächlich angebotene Bandbreite, wie dies von der Betroffenen gegen eine Verwendung dieser Plattform vorgetragen wird, entspricht gerade der Situation, die auch im Rahmen der Produkte CFV 2.0 sowie VPN 2.0 vorzufinden ist. So bietet die Betroffene im Rahmen der Produkte VPN 2.0 nach Kenntnis der Kammer über Anschlüsse, die tatsächlich eine Anschlussbandbreite von 1G realisieren, Verbindungen von 1Mbit/s an und zwar freiwillig. Es folgen Schritte von 2 Mbit/s bis 100 Mbit/s und 200 und weiter. Weshalb eine derartige Skalierung bei der Plattform Wholesale-Premium nicht marktkonform ausgestaltet werden könnte, ist zumindest nicht offensichtlich.
207. Zu beachten ist hierbei nicht zuletzt, dass die Bereitstellung eines solchen Produktes als Ersatzprodukt für die eingestellten Produkte im regulierten Bereich gerade deshalb von hoher Wettbewerbsrelevanz sein kann, da nach dem derzeitigen Kenntnisstand der Kammer nur diese Produkte es den Wettbewerbern ermöglichen, die Qualitäten zu garantieren, die sie bislang über die 1.0er Produkte verwirklichen können. Festzuhalten ist auch, dass die Betroffene selber die Möglichkeit hat, die Qualitäten über die Wholesale-Premium-Plattform ihren Kunden, die sie jetzt migrieren will, anzubieten. Sie muss dementsprechend keine Kunden verlieren, wenn diese auf die weitere Bereitstellung der Qualitäten bestehen, die bereits bislang mit der Betroffene vereinbart waren, aber bereit sind, in höhere Bandbreiten zu migrieren.
208. Der Hinweis der Betroffenen, wonach es ja auch dem Wettbewerber freistehe, die Wholesale-Premium-Qualitäten auf dem Markt frei einzukaufen, schließlich stehe dieser Markt oberhalb von 155 Mbit/s ja nach den Ergebnissen der Marktanalyse im Wettbewerb, verkennt, dass die Marktanalyse festgestellt hat, dass es für eine wettbewerbliche Betätigung in dem Markt bis 155 Mbit/s eben nicht ausreicht, dass der Markt über 155 Mbit/s zumindest bislang noch nicht als regulierungsbedürftig identifiziert worden ist. Das freiwillige Angebot von 1 GBit/s hat insoweit keine Auswirkungen auf die festgestellte Notwendigkeit, dass von dem marktbeherrschenden Unternehmen gerade (auch) die kleineren Bandbreiten im regulierten Bereich angeboten werden.
209. Festzuhalten ist, dass es vorliegend, das bedeutet für die Frage der Missbräuchlichkeit der von der Betroffenen erklärten Kündigungen, keiner abschließenden Entscheidung bedarf, ob die gegenständlich in Rede stehenden Produkte künftig auch über die Wholesale-Premium-Plattform der Betroffenen zu erbringen sind. Dies ist ggf. im Rahmen des aktuell anstehenden Verfahrens zur teilweisen Änderung der Regulierungsverfügung zu ermitteln und zu entscheiden. Für das gegenständliche Verfahren ist allein maßgeblich, dass die Klärung dieser Frage in

jedem Fall vor der Erklärung der Verweigerung einer weitergehenden Bereitstellung bzw. Überlassung der zugangsregulierten Produkte zu erfolgen hat, damit es zu keiner unbilligen Behinderung der Wettbewerber kommt.

#### **2.2.5.4.5 Fehlende Antragstellung zum beabsichtigten Rückbau**

210. Unabhängig von den vorgenannten Erwägungen zu der fehlenden technischen Möglichkeit zu den von der Betroffene einseitig festgesetzten Terminen ist darauf hinzuweisen, dass die Abschaltung der SDH- bzw. 1850er-Plattform in den Verantwortungsbereich des marktmächtigen Unternehmens fällt. Sofern die Betroffene zu der Auffassung gelangt, dass die Plattform zu einem gewissen Zeitpunkt abgeschaltet werden muss bzw. von ihr nicht mehr betrieben werden kann, steht es in ihrer Verantwortung mit dem Zeitpunkt der Kenntnis hiervon durch die rechtzeitige Stellung der entsprechenden Anträge auf Aufhebung der Zugangsverpflichtungen am Markt für Rechtssicherheit zu sorgen.
211. Das bedeutet, dass sie dafür zu sorgen hat, dass die entsprechenden Entwicklungen und die von der Betroffene daraus gezogenen Schlussfolgerungen, wie eben einer scheinbaren Unmöglichkeit einer weiteren Leistungsbereitstellung der regulierten Produkte, rechtzeitig vor der Erklärung einer Kündigung von der Bundesnetzagentur dahingehend überprüft werden, ob dies und wenn ja, unter welchen zeitlichen und sonstigen Bedingungen die Betroffene dazu berechtigt, den Zugang zu regulierten Leistungen zu verweigern. Dann hätten die Bedingungen für die Kündigung geklärt werden können, wenn denn ein solcher Widerruf an sich gerechtfertigt wäre. Das wollte sie augenscheinlich nicht, weil sie sich Vorteile für die Durchsetzung ihrer Interessen unter dem jetzt künstlich erzeugten zeitlichen Druck für die Migration und der Nichtüberprüfung der Richtigkeit ihrer Einschätzung versprochen hat. Sie hat einseitig Fakten geschaffen und versucht die Wettbewerbssituation damit, dass sie die Wettbewerber vor vollendete Tatsachen stellt, nachhaltig zu ihren Gunsten zu beeinflussen.
212. Dass es gerade im Zusammenhang mit dem Standardangebot für die CFV 1.0er-Produkte an ihr ist, mögliche Änderungen bis zu einer möglichen Aufhebung des bestehenden Standardangebotes vor dem Hintergrund eines möglichen Rückbaus der bisherigen SDH-Plattform durch einen entsprechenden rechtzeitigen Antrag auf Anpassung bzw. Aufhebung des bestehenden Standardangebotes zu stellen, wurde bereits in der 2. Teilentscheidung zum Standardangebot ausdrücklich benannt, vgl. Ziffer 4.1 der Gründe in dem Beschluss zur 2. Teilentscheidung wegen der Überprüfung von Änderungen des Standardangebots für Abschlussegmente von Mietleitungen BK2a-12/005.
213. So hatte die Betroffene in dem damaligen Verfahren wegen der geplanten Migration ihres Mietleitungs-Portfolios auf reines Ethernet eine Rückfalloption mit aufnehmen wollen, wonach,

*„... die nachfolgend aufgeführten Qualitätsparameter so lange“ ... (gelten sollten),“bis die Telekom die jeweilige CFV Ethernet über eine von der aktuell verwendeten Technik abweichende technische Lösung realisiert. Die Laufzeitwerte wird die Telekom nach Festlegung der technischen Rahmenbedingungen weiter in Bezug auf Entfernungen, Bauweisen und Bandbreiten differenzieren, sofern und sobald ihr die entsprechenden Werte vorliegen. Die Telekom wird die vertraglichen Regelungen entsprechend anpassen. ...“*

214. In der 2. Teilentscheidung wurde der Betroffenen aufgegeben, diese Vertragsanpassungsklausel zu streichen, wobei ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass es der Aufnahme einer Rückfallposition zum damaligen Zeitpunkt mangels hinreichender Konkretisierung für eine Migration zum damaligen Zeitpunkt nicht bedurfte. Dem von der Betroffenen vorgetragenen Umstand wurde nach den Gründen des Beschlusses allerdings ausdrücklich durch die Bestimmung einer Mindestlaufzeit des Standardangebots Rechnung getragen. Diese war nach der Darstellung in dem Beschluss mit 6 Monaten so (kurz) bemessen, dass innerhalb dieser Zeit und damit innerhalb der Zeit, in der das Standardangebot mindestens gelten muss, schon nach dem Vortrag der Betroffenen mit keiner Änderung der Netzplattform zu rechnen war, so dass es keiner solche Regelung in dem Standardangebot bedurfte:

*„Diese Rückfallposition hat die Betroffene wegen der geplanten Migration ihres Mietleitungs-Portfolios auf reines Ethernet vorgesehen. Diese Rückfallposition war zu streichen. Da die Betroffene nach ihrem eigenen Vortrag ab 2017 mit der Migration beginnen will, bedarf es der Aufnahme einer Rückfallposition zum jetzigen Zeitpunkt nicht. Vielmehr wird diesem Umstand durch die Bestimmung einer Mindestlaufzeit des Standardangebots bis zum 31.12.2016 Rechnung getragen. ...“*

Das Ablaufende der Mindestzeitlauf führt aber nicht dazu, dass die Betroffene nunmehr nicht mehr an das Standardangebot gebunden wäre. Es gibt dem marktbeherrschenden Unternehmen alleine die Möglichkeit, Änderungen des Standardangebotes bei der Bundesnetzagentur zu beantragen und dessen Berechtigung nach den Vorgaben des § 23 TKG prüfen zu lassen. Diese bereits in der 2. Teilentscheidung als erforderlich benannte Vorgehensweise zur Herbeiführung der Entscheidung über die Möglichkeit, sich von der Verpflichtung zur Bereitstellung der CFV 1.0er-Produkte im Zusammenhang zu einer Migration zu neuen Produkten zu lösen, deren mögliche Wahrnehmung alleine in ihren Verantwortungsbe- reich fällt, hat die Betroffene bewusst nicht ergriffen.

215. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass in der Entscheidung festgestellt wurde, dass die Rückfallposition darüber hinaus auch nicht dem Gebot der Chancengleichheit entsprach, da es den Wettbewerbern so erheblich erschwert

worden wäre, ihren Kunden bestimmte Werte vertraglich zu garantieren. Zugleich wurde festgestellt, dass die Garantie bestimmter Qualitäten „im Markt eine große Rolle spielt“.

#### **2.2.5.5 Vortrag – Kündigung orientiere sich an den Vorgaben des Standardangebotes**

216. Sofern die Betroffene vorträgt, dass sie in Ermangelung anderer regulatorischer Vorgaben im Zeitpunkt der Kündigungen davon ausgehen können, dass die ausgesprochenen Kündigungen nicht gegen § 42 TKG verstoßen, da sie sich an den Vorgaben aus dem Standardangebot orientiert habe, weil sie die Einzelverträge unter Beachtung der gegenüber Abs. 2 schärferen Voraussetzungen des Abs. 1 gekündigt habe, kann das nicht überzeugen.
217. Die Betroffene hat sich gerade nicht an die von ihr benannten Vorgaben zur Kündigung in dem Standardangebot gehalten. Sie hat den Rahmenvertrag gerade nicht gekündigt, sondern diesen vielmehr ausdrücklich bestehen lassen. Der Rahmenvertrag gibt den Wettbewerbern aber das Recht, die von der Betroffenen in den Einzelverträgen gekündigten Übertragungswege zu bestellen und der Betroffenen die Pflicht, die von den Nachfragern bestellten SDH-basierten Übertragungswege bereitzustellen. Damit steht den Wettbewerbern das Recht zu, die gekündigten Mietleitungen für den unmittelbaren Folgetag neu zu bestellen. Die Betroffene wäre in diesem Fall verpflichtet, die Neubestellung zu bestätigen und für den Folgetag neu bereitzustellen. Da die Betroffene somit auch für die Zeit nach dem von ihr vorgesehenen Kündigungszeitpunkt verpflichtet ist, die Leistungen weiter bereitzustellen, liegt kein sachlicher Grund vor, der die Kündigung der Einzelverträge zu den genannten Terminen rechtfertigen könnte. Die Kündigung steht damit gerade im direkten Widerspruch zu den Vorgaben des Rahmenvertrages (als auch der Regulierungsverfügung), da die Kündigung darauf abzielt, den Anspruch auf Bereitstellung umfassend zu unterlaufen und zu verhindern.
218. Insoweit greift auch der von der Betroffenen in ihren Kündigungsschreiben bemühte Vergleich mit der Abkündigung von Mietleitungen wegen des Abbaus von Hauptverteilerstandorten nicht. Die Kündigung der Mietleitungen wegen der Verlegung von Hauptverteilerstandorten (darum handelt es sich im Ergebnis und nicht um einen ersatzlosen Abbau) stellt gerade nicht den grundsätzlichen Anspruch auf Zugangsgewährung in Frage, sondern dient dazu, den Anspruch weiterhin aufrechterhalten zu können (eben über einen anderen Hauptverteilerstandort), vgl. Ziffer 10. der 1. Teilentscheidung wegen Überprüfung des Standardangebots für Abschlussegmente von Mietleitungen, BK2a-12/005, vom 30.04.2015:

*„...Der Betrieb eines bestimmten HVt ist unmittelbar nicht geschuldet, so dass es sich bei der Einstellung des Betriebs eines HVt entgegen der*

*Ansicht der Beigeladenen nicht um eine Leistungsänderung handelt. In der Kundenbeziehung verpflichtet sich die Betroffene eine bestimmte Leistung – hier die Überlassung einer CFV- zur Verfügung zu stellen. Allein auf diese Leistung bezieht sich die Kündigung nach Ziffer 9.2 b) Abs. 3, 1. Spiegelstrich. Diese Kündigungsregelung wiederum ist gemäß Ziffer 1.2 des Hauptvertrags von den Regelungen über die Verlegung eines HVt abhängig, die vorsehen, dass die Betroffene KUNDE bei der Verlegung eines HVt in der Regel 12 Monate im Voraus informieren muss. Diese Frist ist ausreichen um sicherzustellen, dass der Betroffenen die Möglichkeit zur Umsetzung betrieblich erforderlicher Maßnahmen nicht genommen wird und andererseits KUNDE genügend Zeit verbleibt, um sich auf die Änderung einzustellen und ggf. geeignete betriebliche Maßnahmen zu ergreifen. Sofern die Betroffene und KUNDE die akzessorischen Regelungen (z.B. bezüglich der Verlegung eines HVt) nicht vereinbart haben, kommt die Kündigungsregelung aus Ziffer 9.2 b) Abs. 3, 1. Spiegelstrich nicht zum Tragen. ...“*

219. Dient die Kündigung wegen Rückbaus, wie hier, dazu, den Zugangsanspruch zu den im Rahmenvertrag definierten Produkten bereits grundsätzlich zu verweigern, das bedeutet, ohne der Schaffung der Option eines den Qualitätsanforderungen des gegenständlichen Standardangebotes entsprechenden Ersatzproduktes, so bedarf es hierfür der Kündigung des Rahmenvertrages unter zeitgleicher Bereitstellung eines den zum Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung genügenden Anforderungen der bestehenden Regulierungsverfügung.
220. Hätte die Betroffene den Rahmenvertrag gekündigt, wovon sie nach eigenen Auskünften aus Gründen der Vertragsökonomie abgesehen hat, dann wäre sie verpflichtet gewesen, am gleichen Tag ein neues Angebot vorzulegen. In jedem Fall hätte auch dann das Standardangebot für CFV 1.0 weiter gegolten, so dass die Betroffene insoweit genau das gleiche Produkt wieder anzubieten hätte. Nur dann, wenn die Betroffene gleichzeitig auch das Standardangebot geändert hätte und eine solche Änderung nach der obligatorischen Vorlage vor der Bundesnetzagentur akzeptiert worden wäre, hätte die Betroffene die Möglichkeit das Produkt nicht mehr entsprechend dem aktuellen Standardangebot anzubieten, sondern entsprechend dem dann geänderten Standardangebot. Aber auch dann wäre es erforderlich, dass ein solches, neues Standardangebot / Angebot den Anforderungen der bestehenden Regulierungsverfügung zu entsprechen hätte, so dass den Anforderungen der Regulierungsverfügung gefolgt wird. Zum Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung lag allerdings, wie bereits dargestellt, noch nicht einmal ein Antrag auf Änderung der Regulierungsverfügung vor, geschweige denn eine Entscheidung der Beschlusskammer über eine angepasste Regulierungsverfügung, in der dann auch die zeitlichen und ggf. sonstigen Bedingungen für die Möglichkeit einer Zugangsverweigerung festzulegen wären bzw. sind.

221. Dass die Betroffene nur die Einzelverträge kündigt, nicht aber den Rahmenvertrag, und damit die Verpflichtung zur Bereitstellung der SDH-basierten Produkte offenkundig aufrechterhalten lassen will bzw. die von ihr als sachgerecht angesehenen Änderungen vor der Erklärung der Kündigung gerade nicht in dem dafür zwingend vorgesehenen Verfahren vor der Bundesnetzagentur auf seine Berechtigung hin überprüfen lassen wollte, erklärt sich damit, dass es die Betroffene aus ihrer Position der Marktmacht heraus als wirtschaftlich nützlicher erachtet hat, Fakten gerade außerhalb der zwingend vorgesehenen Verfahren zu schaffen.

#### **2.2.5.6 Vortrag – Kündigung wäre für den Wettbewerber nicht überraschend**

222. Der Vortrag der Betroffenen, wonach die Kündigung für die Wettbewerber nicht überraschend gekommen sei, kann ebenfalls nicht überzeugen.
223. Der Betroffenen ist offenkundig bekannt, dass es einer Änderung der Regulierungsverfügung bedarf, um die Leistungseinstellung zu den von ihr genannten bzw. zu anderen Zeitpunkten rechtfertigen zu können. Dies ergibt sich nicht nur aus den zwischenzeitlich gestellten Anträgen der Betroffenen zu der Zusatzvereinbarung Transformation wie auch dem Antrag auf teilweise Änderung der Regulierungsverfügung, sondern ist von ihr bereits in ihrem ersten Antwortschreiben auf Fragen der Kammer in Hinsicht auf die von ihr ausgesprochenen Kündigungen vom 11.11.2020 offen koinzidiert worden:

*„... Erst mit einem Beschluss der Bundesnetzagentur zur Aufhebung der Zugangsverpflichtung wird die Telekom die Vertriebseinstellung der regulierten Vorleistungsprodukte einleiten. ...“*

224. Umso erstaunlicher bzw. überraschender ist es für die Wettbewerber, wenn die Betroffene trotz Kenntnis dieser Rechtslage nunmehr bis zum Zeitpunkt der Aussprache der Kündigung keinen Anlass gesehen hat, eine entsprechende Anpassung der Regulierungsverfügung bei der Bundesnetzagentur zu beantragen.
225. Es ist nicht erkennbar, weshalb sie nicht diesen offenkundigen und hier einzig gangbaren Weg beschritten hat, nämlich, dass sie zunächst den entsprechenden teilweisen Widerruf der Regulierungsverfügung sowie die Änderung des Standardangebotes durch entsprechende Anträge bei der Bundesnetzagentur betreibt und die entsprechenden Entscheidungen der Bundesnetzagentur zu der grundsätzlichen Zulässigkeit einer solchen künftigen Verweigerung sowie den in einem solchen Fall voraussichtlich zu beachtenden weiteren Anforderungen wie etwa zu den dann möglicherweise anzubietenden Ersatzprodukte abwartet.
226. Klar ist allein, dass die Betroffene kein gesteigertes Interesse daran gehabt zu haben scheint, ihre Kündigung auf ein rechtssicheres Fundament zu stellen. Bezeichnenderweise trägt sie dies in ihrem Schriftsatz vom 20.01.2021 offen vor, wenn sie ausführt, dass sie „zur Schaffung von Rechtssicherheit- und -klarheit

für alle Seiten“ beabsichtige, noch einen Antrag auf Änderung der Regulierungsverfügung stellen

227. Bis zur späteren Antragstellung am 02.03.2021 hatte sie also offensichtlich kein Interesse ihr vermeintliches Recht zur Kündigung von der Bundesnetzagentur förmlich überprüfen zu lassen.

#### **2.2.5.7 Vortrag – Keine Abhängigkeit der Kündigung von abgeschlossenem Verfahren in Hinsicht auf den Transformationsvertrag**

228. Soweit die Betroffene vorträgt, dass der Abschluss eines Standardangebotes für die Transformation in Anbetracht des Primates der Vertragsverhandlungen nicht Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Kündigung sein könne, und die Situation bei dem Standardangebot für die Umsetzung von Vectoring im Nahbereich anders gelagert sein soll, weil dies dort ausdrücklich in der Regulierungsverfügung auferlegt worden sei, kann dies nicht überzeugen.
229. Nach der aktuell bestehenden Regulierungsverfügung als auch dem derzeit geltenden Standardangebot CFV 1.0 besteht schon keine Grundlage für eine zwangsweise Beendigung der Leistungsbereitstellung. Ist die Betroffene der Auffassung, dass die gerade zeitlich nicht begrenzte Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu einem oder mehreren bestimmten Terminen nicht mehr bestehen soll, weil sie die Plattform zurückbauen will bzw. muss, die sie aktuell dafür verwendet, so liegt es in dem Verantwortungsbereich der Betroffenen, die dafür erforderliche Änderung der rechtlichen Grundlagen bei der Beschlusskammer anzustoßen bzw. zu beantragen. Hierbei handelt es sich auch um keine für die Betroffene unbekannte Vorgehensweise. Genau diesen Weg hat sie in der von ihr benannten Fallgestaltung bei der Änderung der Regulierungsverfügung beim Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung im Zusammenhang mit der Einführung von Vectoring im Nahbereich auch beschritten. Aufgrund dessen wurde die benannte Regulierungsverfügung schließlich geändert, wobei zugleich die zentralen Bedingungen festgelegt worden sind, die zu erfüllen sind, damit die Betroffene aus ihrer Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu den Altprodukten (teilweise) entlassen werden konnte.

#### **2.2.5.8 Vortrag – Maßgeblich sei eine ausreichende Zeitspanne zwischen Aussprache und Wirksamkeit der Kündigung**

230. Unzutreffend ist ferner, wenn die Betroffene vorträgt, dass allein maßgeblich sei, ob die Zeitspanne zwischen der Erklärung der Kündigung und der Wirksamkeit der Kündigung ausreichend sei, um eine Transformationsvereinbarung verhandeln und abschließen zu können bzw. deren Bedingungen im Rahmen eines Verfahrens nach § 25 TKG, für das eine viermonatige Frist gelte, zu klären.
231. Unabhängig von den oben erfolgten Ausführungen zu dem Erfordernis einer rechtlichen Grundlage für die Kündigungen in dem Standardangebot sowie der

Regulierungsverfügung bleibt unklar, inwieweit die Transformationsregeln in einem Verfahren nach § 25 TKG festgelegt werden können sollten.

232. Der Zugang zu den Altprodukten besteht aktuell schon mangels Kündigung der Rahmenverträge und einer Änderung des Standardangebotes weiter fort. Auch der Zugang zu den von der Betroffenen selber angebotenen Produkten CFV 2.0 als auch VPN -2.0 wird ja dem Grunde nach gewährt. Sofern die Betroffene hier auf die Möglichkeit eines Zugangsverfahrens in Hinsicht auf ein mögliches Ersatzprodukt Wholesale-Premium Bezug nehmen möchte, ist auch hier nicht erkennbar, weshalb in einem solchen Verfahren die Anforderungen für die Möglichkeit einer Beendigung der Zugangsgewährungspflicht hinsichtlich der Altprodukte festgelegt werden sollten bzw. könnten.

#### **2.2.5.9 Vortrag – Austauschbarkeit der 1.0er Produkte mit den 2.0er Produkten**

233. Die Kündigung rechtfertigt sich auch nicht mit dem Vortrag der Betroffenen, wonach die 1.0er Produkte mit den 2.0er Produkten ausweislich der Feststellungen der Präsidentenkammer über eine Substitutionskette einem Markt zuzuordnen seien und damit austauschbar seien.
234. Die Feststellung einer Austauschbarkeit von Produkten etwa über Substitutionsketten im Rahmen der Bestimmung der Marktgrenzen enthält entgegen der Auffassung der Betroffenen noch keine Aussagen dazu, welche Produkte infolge der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung von dem marktbeherrschenden Unternehmen denn dann zur Abhilfe des festgestellten Marktversagens auf dem Markt anzubieten sind. So wie es unterschiedliche effiziente Geschäftsmodelle gibt bzw. geben kann, ist dies dementsprechend auch auf der Ebene der Frage zu beurteilen, welches oder welche Produkte denn dann zur Abhilfe des festgestellten Marktversagens von dem marktbeherrschenden Unternehmen anzubieten sind.
235. So ist es auch hier.
236. Ausweislich des verbindlichen Standardangebotes ist die Betroffene verpflichtet, nicht irgendeine Marktleistung zu erbringen, sondern eine Leistung, die genau die Leistungsmerkmale der 1.0er Produkte erfüllt, weil genau dafür eine allgemeine Marktnachfrage festgestellt worden ist. Sofern sie der Auffassung ist, dass sich die Marktgegebenheiten zwischenzeitlich geändert hätten und sie die Produkte ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr bereitzustellen habe, ist es in jedem Fall zwingend, dass es zu einer entsprechenden Änderung des Standardangebotes kommt.
237. Der Umstand, dass mehrere Produkte in einem Markt enthalten sind führt ebenfalls nicht dazu, dass die Betroffene jeweils nur zu einem dieser Produkte Zugang zu gewähren hätte. Welche Produkte bereitzustellen sind und unter welchen Umständen, das bedeutet insbesondere zu welchem Zeitpunkt und ggf.

unter Gewährung des Zugangs zu welchen Ersatzprodukten, einzelne Marktprodukte von der Betroffenen nicht mehr zu erbringen sind, ist ebenfalls dem Grunde nach in der Regulierungsverfügung festzulegen.

238. Sofern die Betroffene der Auffassung gewesen wäre, dass sie etwa nur zu einem der in der Regulierungsverfügung aufgezählten Produkte Zugang zu gewähren hätte, so wäre zu erwarten gewesen, dass sie dann die in der Regulierungsverfügung vorgenommene ausdrückliche Zugangsverpflichtung zu einer Anzahl an aufgezählten Leistungen Zugang zu gewähren, gerichtlich vorgegangen wäre. Das hat sie aber gerade unterlassen.

#### **2.2.6 Keine sachliche Rechtfertigung für die Diskriminierung**

239. Es sind keine sachlichen Rechtfertigungsgründe für das unterschiedliche Verhalten der Betroffenen zu erkennen.
240. Sofern die Betroffene vorträgt, dass auch die Wettbewerber selber die Möglichkeit hätten, ihren Endkunden erst später zu kündigen bzw. zuvor zu versuchen, eine einvernehmliche Transformation auf die neuen Produkte zu vereinbaren, verkennt die Betroffene, dass die Wettbewerber aufgrund der rechtsverbindlichen Erklärung der Kündigung zu den genannten Terminen gerade keine Rechtsgrundlage dafür haben, ihren eigenen Endkunden für eine nicht rechtzeitige Bereitstellung verbindlich zusagen zu können, dass in einem solchen Fall das Altprodukt noch weiter bereitgestellt wird.
241. Hinzu kommt, dass, wie bereits dargestellt, in keiner Weise sichergestellt ist, dass die Leistungen der Betroffenen gegenüber ihren Endkunden tatsächlich zu den von der Betroffenen genannten Terminen abgestellt werden. Damit besteht aber gerade kein „level-playing-field“ zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen einerseits und seinen Wettbewerbern andererseits. Die Wettbewerber sollen der Betroffenen vertrauen, dass die Endkunden zu den von ihr jetzt angekündigten Terminen auch tatsächlich abgeschaltet werden. Das kann nur in der Weise sichergestellt werden, dass die Betroffene ihren Endkunden zu den jeweiligen Terminen ebenfalls kündigt. Sofern sie diese unter den Vorbehalt der Wirksamkeit stellen will, dass das neue Produkt rechtzeitig bestellt worden ist, ist es erforderlich, dass dann auch gegenüber den Wettbewerbern eine entsprechende rechtsverbindliche Begrenzung bei der Erklärung der Kündigung aufgenommen wird.

#### **2.2.7 Abhilfe**

242. Stellt die Bundesnetzagentur fest, dass das marktmächtige Unternehmen seine Stellung missbräuchlich ausnutzt, trifft sie gemäß § 42 Abs. 4 TKG eine Entscheidung, um die missbräuchliche Ausnutzung der marktmächtigen Stellung zu beenden. In diesem Zusammenhang steht der Bundesnetzagentur grundsätz-

lich ein Entschließungsermessen zu. Dieses Entschließungsermessen wird jedoch regelmäßig auf null zu reduzieren sein wenn, wie vorliegend, die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt. Zur Beendigung des Missbrauchs kann die Regulierungsbehörde dem Unternehmen ein Verhalten auferlegen oder untersagen oder Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären. Diesbezüglich kommt der Behörde ein Auswahlermessen zu,

vgl. Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 42 Rn. 153.

243. Der Zweck eines Missbrauchsverfahrens nach § 42 TKG ist der effektive Schutz der Unternehmen, die durch ein als missbräuchlich erkanntes Verhalten des marktmächtigen Unternehmens benachteiligt werden,

vgl. Neitzel/Hofmann, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage 2019, TKG, § 42 Rn. 3.

244. Durch die Abhilfemaßnahmen soll es den geschützten Unternehmen ermöglicht werden, mit dem marktmächtigen Unternehmen in einen wirksamen Wettbewerb zu treten. Andererseits ist bei der Auswahl der insofern in Betracht kommenden Mittel gemäß § 40 VwVfG ebenso sicherzustellen, dass die Abhilfemaßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen und dem marktmächtigen Unternehmen insbesondere kein Verhalten abverlangen, dessen Erfüllung dem Unternehmen unmöglich ist.

245. In pflichtgemäßer Ausübung dieses Ermessens ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gelangt, die Kündigungen nach den Ziffern 1 und 2 für unwirksam zu erklären, soweit diese den regulierten Bereich von 2 Mbit/s bis 155 Mbit/s betreffen. Die in § 42 Abs. 4 S. 1 TKG enthaltene Option, Verträge für unwirksam zu erklären, enthält als Eingriff mit geringerer Intensität zugleich die Option, einseitige Erklärungen des marktbeherrschenden Unternehmens zur Beendigung von bestehenden Vertragsverhältnissen für unwirksam zu erklären. In jedem Fall wird der Betroffenen zudem untersagt, aus der Kündigung Rechte herzuleiten.

246. Die Anordnungen in Ziffer 3 und 4 des Tenors auch für zukünftiges Verhalten ergibt sich aus der Feststellung des Missbrauchs. Würden nach Vollziehbarkeit des vorliegenden Bescheides erneut Kündigungen ausgesprochen, die den tenorierten Anordnungen widersprechen, müssten unmittelbar neue Missbrauchsverfahren eingeleitet werden, um diese Kündigungen den hier getroffenen Festlegungen anzupassen, um den ansonsten bestehenden Missbrauch abzustellen.

247. Eine Kündigung der Einzelverträge oder des Gesamtvertrages ist damit nur dann zulässig ist, wenn ein sachlicher Grund vorliegt, der in Einklang mit den rechtlichen Rahmenbedingungen steht. Das bedeutet insbesondere, dass eine Kündigung der Leistungen und eine Verweigerung der weiteren Überlassung

bzw. Neubereitstellung für den Tag, der dem Tag der Wirksamkeit der Kündigung folgt, aus Gründen einer beabsichtigten Migration der Netzplattform erst dann zulässig ist, wenn dies in Einklang mit den dann bestehenden Vorgaben der Regulierungsverfügung als auch dem Standardangebot steht.

248. Die Erklärung der Kündigung ist gegenüber den Wettbewerbern nach Ziffer 4. weiterhin nur dann zulässig, wenn die Betroffene auch die Verträge mit ihren eigenen Endkunden entsprechend kündigt, sofern nicht im Rahmen einer geänderten Regulierungsverfügung bzw. eines geänderten bzw. neuen geprüften Standardangebotes eine solche gegenüber der Endkundenebene vorzeitige bzw. alleinige Kündigung auf der Vorleistungsebene gestattet wird.
249. Der Ausspruch der Unwirksamkeit der Kündigungen sowie die Untersagungen sind verhältnismäßig. Ein milderer, in gleicher Weise geeignetes Mittel zur Herstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bestand im Hinblick auf den Zugang zu SDH-basierten Übertragungswegen nicht. Die Betroffene wird durch den Ausspruch der Unwirksamkeit der Kündigung sowie die Untersagungen auch nicht unangemessen belastet. Sie hat die entsprechenden Anträge auf Änderung der Rechtslage zwischenzeitlich gestellt. Dass dies nicht eher erfolgt ist, so dass bereits zum Zeitpunkt der von ihr erklärten Kündigungen die dafür erforderlichen Grundlagen hätten geklärt sein können, liegt allein in ihrer Verantwortung. Anhaltspunkte, wonach dieses Ergebnis der Betroffenen nicht zumutbar sein sollten, sind nicht ersichtlich.

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Schmitt-Kanthak

Lindhorst

Woesler

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, erhoben werden.

### **Gebühren:**

Für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen der Beschlusskammer werden Gebühren nach der Besonderen Gebührenverordnung der Beschlusskammern Post und Telekommunikation der Bundesnetzagentur (BKGebV) erhoben. Weitere Informationen finden Sie unter „Aktuelles“ auf den Internetseiten der Beschlusskammern 2, 3, 5 und 11 unter [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de).