



- Beschlusskammer 2 -

## B e s c h l u s s

im Verwaltungsverfahren wegen

Genehmigung des Entgelts für die Erfolgskontrolle bei der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten (Az.: BK 2c - 99/023)

Verfahrensbeteiligte:

1. **Deutsche Telekom AG**  
Friedrich-Ebert-Allee 140  
53113 Bonn  
vertreten durch den Vorstand, Dr. Ron Sommer (Vorsitzender), Detlev Buchal, Dr. rer. nat. Hagen Hultsch, Dr. Heinz Klinkhammer, Dr. Joachim Kröske, Dipl.-Ing. Gerd Tenzer  
  
- Antragstellerin -  
Verfahrensbevollmächtigte: Joachim Strecke (Deutsche Telekom AG)
2. **NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH**  
Maarweg 163  
50825 Köln  
vertreten durch die Geschäftsführer Werner Hanf, Udo Pauck  
  
- Beigeladene -  
Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Norbert Nolte (DERINGER TESSIN HERMANN & SEDEMUND, Köln)
3. **Mannesmann Arcor AG & Co.**  
Kölner Straße 5  
65760 Eschborn  
vertreten durch die Mannesmann Arcor Verwaltungs-AG, diese vertreten durch den Vorstand, Dipl.-Ing. Harald Stöber (Vorsitzender), Dipl.-Wirtsch.-Ing. Elmar Hülsmann (Stellv. Vorsitzender), Dr. Michael Hann, Dr. Patricia L. Harris, Dr. Volker Ruloff  
  
- Beigeladene -  
Verfahrensbevollmächtigter: Martin Glock (Mannesmann Arcor AG & Co.)
4. **VIAG Interkom GmbH & Co**  
Frankfurter Ring  
80807 München  
vertreten durch die Geschäftsführung Peter M. Briese - Vorsitzender -, Martin Furuseth, Werner G. Fraas, Lowry Stanage, Hans-Burghardt Zier-

mann

**- Beigeladene -**

Verfahrensbevollmächtigter

Dietrich Beese (VIAG Interkom GmbH &amp; Co)

5. **Global Telesystems Netzwerk GmbH & Co. KG (ehemals PLUSNET GmbH & Co. KG)**

August-Thyssen Straße 1  
40211 Düsseldorf

vertreten durch den Geschäftsführer Dr. Jürgen Hernichel

**- Beigeladene -**

6. **TelePassport Service GmbH**  
Theodor-Heuss-Allee 106  
60486 Frankfurt am Main

vertreten durch den Geschäftsführer Georg F. Hofer

**- Beigeladene -**

Verfahrensbevollmächtigter

Dr. Raimund Schütz (BRUCKHAUS WESTRICK  
HELLER LÖBER, Düsseldorf)

hat die Beschlusskammer 2 durch

ihren Vorsitzenden Ltd. RD Dipl.-Ing. Bernhard Kuhrmeyer

den Beisitzer RR Busch

den Beisitzer RD Funk

auf Grund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 10.09.1999

am 29.09.1999

beschlossen:

1. Das am 22.07.99 beantragte Entgelt in Höhe von 74,50 DM für die Erfolgskontrolle bei Sicherstellung der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten wird entsprechend der vorgelegten Leistungsbeschreibungen und Preisliste in Höhe von 60,30 DM (o. USt.) befristet bis zum 30.06.2000 teilgenehmigt.
2. Die mit Schreiben vorsorglich beantragte Verlängerung des mit Bescheid vom 30.11.98 (Az. BK2c-98/015) genehmigten Entgelts in Höhe von 94,33 DM (o. USt.) über den 30.09.99 hinaus wird bis zur Veröffentlichung des unter 1. genehmigten Entgelts für die Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportabilität, längstens jedoch bis zum 31.10.99 genehmigt.
3. Die Abweichung von der gemäß § 29 TKV vorgeschriebenen Veröffentlichungsfrist von einem Monat vor dem Inkrafttreten der Entgelte wird genehmigt.
4. Im übrigen wird der Antrag abgelehnt.

**Gründe:**

## I.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Antragstellerin bietet als Inhaberin einer Lizenz der Lizenzklasse 4 gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 2 TKG auf der Basis eines selbst betriebenen Telekommunikationsnetzes Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit an. Bei einem Wechsel zu einem neuen Teilnehmernetzbetreiber und Verbleiben am selben Standort haben die Kunden als Nachfrager von Telekommunikationsdienstleistungen der Antragstellerin einen Anspruch darauf, dass die Beibehaltung ihrer Rufnummer von dieser unentgeltlich sicherstellt wird (BK2b vom 07.04.98 und BK2c 98/023 vom 17.12.98 ).

Darüber hinaus bietet die Antragstellerin ihren Kunden als zusätzliche Dienstleistung die Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportabilität innerhalb der nachfolgenden besonderen Zeitfenster an:

- a) Dienstag zwischen 21.00 und 22.00 Uhr
- b) Mittwoch zwischen 6.00 und 7.00 Uhr
- c) Freitag zwischen 17.00 und 18.00 Uhr
- d) Samstag zwischen 10.00 und 12.00 Uhr

Gegenstand der Leistung ist nicht die Sicherstellung der eigentlichen Portierung, sondern die Überwachung und die gegebenenfalls erforderliche qualifizierte Entstörung zu im besonderen Portierungsfenster auftretender Störungen durch anwesendes Fachpersonal. Das Angebot umfasst insoweit die Leistung, die zusätzlich zur grundsätzlich automatisierten Portierung erbracht wird, damit die Portierung auch außerhalb der Regelarbeitszeit der Antragstellerin erfolgreich abgeschlossen werden kann.

Das derzeit geltende Entgelt in Höhe von 94,33 DM wurde am 30.11.98 genehmigt (BK 2c 98/015). Diese Genehmigung läuft am 30.09.99 aus.

Die Antragstellerin hat trotz gegenteiliger Rechtsauffassung zur Genehmigungspflicht - unter Aufrechterhaltung ihrer Ansicht und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - mit Schreiben vom 22.07.99 beantragt,

die Entgelte für die Erfolgskontrolle bei der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten als Endkundenentgelt in Höhe von 74,50 DM (o. USt.) zu genehmigen.

Für den Fall, dass eine endgültige Genehmigung nicht erteilt wird, hat die Antragstellerin vorsorglich beantragt,

die Entgelte für die Erfolgskontrolle bei der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten als Endkundenentgelt in Höhe von 74,50 DM (o. USt.) vorläufig zu genehmigen.

Mit Schreiben vom 02.09.99 hat die Antragstellerin ferner beantragt,

die Veröffentlichungsfrist gemäß § 29 TKV zu verkürzen.

In dem gleichen Schreiben hat sie für den Fall, dass eine Genehmigung bis zum 10.09.99 nicht möglich ist, vorsorglich beantragt,

das mit Bescheid vom 30.11.98 genehmigte Entgelt in Höhe von 94,33 DM (o. USt.) über den 30.09.99 zu verlängern.

Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass Gegenstand der von der Antragstellerin entgegen der Ausführung im Betreff des Entgeltantrages im weiteren missverständlich als „Portieren zu besonderen Zeiten“ bezeichneten Dienstleistung nicht die Sicherstellung der Rufnummernportabilität, sondern die Überwachung der Portierung und gegebenenfalls die umgehende Beseitigung auftretender Störungen, die ihre Ursache sowohl in der Weiterschaltung der Rufnummer in das Telekommunikationsnetz des anderen Anbieters, als auch bei der in den meisten Fällen ebenfalls erforderlichen Umschaltung der Teilnehmeranschlussleitung haben können.

Der Antrag wurde gemäß § 8 Abs. 2 TEntgV im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung 338/1999 am 11.08.99 veröffentlicht.

Mit Schreiben vom 31.08.99 hat die Beschlusskammer die sechswöchige Entscheidungsfrist um vier Wochen verlängert.

Den Beigeladenen wurde die Möglichkeit eingeräumt, schriftlich und in der am 10.09.98 durchgeführten mündlichen Verhandlung zum Antrag Stellung zu nehmen.

Seitens der Beigeladenen zu 2), 3) und 5) wurde gerügt, dass die erfolgten „Schwäzungen“ in den den Beigeladenen zur Akteneinsicht zur Verfügung gestellten Kopien der Verfahrensakte das ihnen durch § 75 Abs. 1 TKG eingeräumte rechtliche Gehör verletzt werde. Es bestehe keine Möglichkeit, substantiiert zu den internen Verfahrensabläufen und den zugrunde liegenden Kosten Stellung zu nehmen, zumal ein Geheimbedürfnis an den zugrunde gelegten internen Betriebsabläufen nicht nachvollziehbar sei, da es sich um eine für alle und von allen Netzbetreibern gleich zu erbringende Leistung handele.

Nach Auffassung der Beigeladenen zu 2) sei darüber hinaus nicht ersichtlich, worin der zusätzliche Aufwand der Antragstellerin bei der Portierung zu besonderen Zeiten liegen solle. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Erfolgskontrolle nicht in einer Fehlerentstörung, sondern in der erstmaligen Durchführung der Portierung selbst bestehe. Schließlich sei auch unklar, warum etwaige Fehler nicht zentral beseitigt werden könnten.

Die Beigeladenen zu 3) und 5) sind der Auffassung, dass sich das Entgelt nicht den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung orientieren könne. Im Rahmen eines effizienten Netzwerkmanagements müsse es möglich sein, sowohl die für die Rufnummernmitnahme notwendige Datenveränderung, als auch die Fehlerkontrolle zentral zu steuern.

Nach Ansicht der Beigeladenen zu 3) sollen ferner Aufwendungen, die auf der Grundlage von ungünstigen, nicht betriebsüblichen aber nicht gekündigten tariflichen Regelungen basieren, nicht zu Lasten der Wettbewerber als neutrale Aufwendungen gem. § 3 Abs. 4 S. 2 TEntgV berücksichtigt werden dürfen.

Des weiteren sei davon auszugehen, dass die Kosten pro Portierung mit steigender Anzahl der Portierungsfälle in erheblichem Umfang absinken dürften. In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, dass die Beigeladene noch in diesem Jahre in erheblichem Umfang Komplettanschlüsse anbieten wolle, was bereits kurzfristig einen Anstieg bei den Portierungen zur Folge haben werde. Dieser Umstand verlange eine kurze Genehmigungsfrist.

Schließlich sei es nach Auffassung der Beigeladenen zu 3) für den Fall, dass die Antragstellerin ihre Gemeinkostenanteile erneut nicht differenziert nachgewiesen hat, auch nicht mehr zu rechtfertigen, die nicht nachgewiesenen Gemeinkostenanteile im Rahmen der Entgeltgenehmigung zu berücksichtigen. Diese Auffassung wurde in der mündlichen Verhandlung vom 10.09.99 nochmals ausdrücklich bekräftigt.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung unter Bezug auf die Stellungnahmen der

Wettbewerber vorgetragen, dass der zu erwartende Anstieg der Bearbeitungszahlen bei der Kalkulation des Entgelts mit berücksichtigt worden sei.

Eine zentrale Fehlerbeseitigung sei bei ihr nicht möglich. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass sie im Vergleich zu den Beigeladenen um ein vielfach größeres Telekommunikationsnetz verfüge, das sich aufgrund seiner Struktur diesbezüglich nicht zentral steuern und überwachen lasse.

Hinsichtlich der Problematik der Geschäftsgeheimnisse sei auf die den Beteiligten bekannte Entscheidung des OVG Münster vom 12.05.99 - 1 L 538/99 - hinzuweisen.

Im Rahmen der Befristung einer Genehmigung sei als wichtiger Punkt auch die Frage der Planbarkeit zu berücksichtigen.

Im Übrigen würde der Antrag im Bezug auf die Gemeinkosten den Vorgaben gerecht werden. Die Herleitung der Gemeinkosten sei mit dem notwendigen Detaillierungsgrad dokumentiert worden.

Die Beigeladene zu 5) hat am 13.09.99 mitgeteilt, dass sie nunmehr in die Global TeleSystems Netzwerk GmbH & Co. KG umfirmiert wurde.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 16.09.99 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte sowie auf den Inhalt der beigezogenen Verfahrensakten BK 2c 98/003, BK 2c 98/008 und BK 2c 98/010 und BK 2c 98/015 Bezug genommen.

## II.

Die Entscheidung beruht auf §§ 24, 25 Abs. 1, 27, 28 Abs. 3 TKG.

### 1. Formelle Rechtmäßigkeit

- a) Die Zuständigkeit der Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post ergibt sich aus § 66 i. V. m. 73 Abs. 1 TKG.
- b) Die Entscheidung erfolgte innerhalb der Frist gemäß § 28 Abs. 2 TKG. Der Antrag ging am 22.07.99 bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post ein und wurde mit Schreiben vom 31.08.99 um vier Wochen verlängert. Die Frist endet daher gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 TKG, § 31 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 188 Abs. 2 BGB am 30.09.99.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 16.09.99 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 82 Satz 3 TKG eingeräumt.
- d) Entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 2), 3) und 5) stellt der Umstand, dass der im Amtsblatt veröffentlichte Antrag keine Ausführung zur Kostenermittlung enthält, keine Verletzung ihres Rechts auf rechtliches Gehör dar. Im Rahmen des Verfahrens vor der Beschlusskammer gelten mangels einer eigenen Regelung im TKG die §§ 29, 30 VwVfG. Nach § 29 VwVfG steht den am Verfahren Beteiligten ein Akteneinsichtsrecht zu. Gemäß § 30 VwVfG haben die Beteiligten einen Anspruch auf den Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

- e) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind Tatsachen, die im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehen und an deren Geheimhaltung der Unternehmer ein schutzwürdiges wirtschaftliches Interesse hat. Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses umfasst Geheimnisse des kaufmännischen Bereichs eines Unternehmens.

Die Antragstellerin insbesondere hat ein schützenswertes wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung ihrer Kostenkalkulationen, da diese Rückschlüsse auf interne Verfahrensabläufe und die Kalkulationsgrundlagen der Antragstellerin zulassen. Die Beigeladenen als Wettbewerber könnten durch die Kenntnis der Informationen ihre eigene Wettbewerbsfähigkeit verbessern. Ihnen würden Rückschlüsse auf interne Prozesse und Kostenkalkulationen der Antragstellerin ermöglicht. Dadurch könnten sie ihre eigenen Kalkulationsgrundlagen mit denen der Antragstellerin vergleichen und Rückschlüsse auf die Effizienz der Antragstellerin ziehen. Dieser Wettbewerbsvorteil und das damit verbundene Interesse an den Kalkulationsgrundlagen ginge weit über das eigentliche Kenntnisinteresse im Rahmen des Genehmigungsverfahrens hinaus.

Bei der Abwägung der beiden Rechtsgüter - Schutzbedürfnis der Antragstellerin vor Offenlegung geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen versus Informationsrecht der Beigeladenen - ist die Beschlusskammer zu der Auffassung gelangt, dass die Interessen der Antragstellerin überwiegen, weil trotz der Schwärzung der bezeichneten Angaben die Interessen der Beteiligten an einer sachgerechten Entscheidung hinreichend gewahrt bleiben.

Schließlich ist die Beschlusskammer gemäß § 24 VwVfG als unabhängiges Kollegialgremium im Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben von Amts wegen verpflichtet, den Sachverhalt umfassend und vollständig zu ermitteln. Dabei hat sie gemäß § 24 Abs. 2 VwVfG sämtliche bedeutsamen Umstände für den Einzelfall zu berücksichtigen. Sie ist aufgrund der Regelung des § 1 TKG verpflichtet, durch Regulierung im Bereich der Telekommunikation den Wettbewerb zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Die Beschlusskammer entscheidet als neutrale Stelle, die kraft Gesetz den Regulierungszielen, insbesondere der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten der Telekommunikation verpflichtet ist. Dadurch wird sichergestellt, dass vorgelegte Entgeltgenehmigungsanträge von einer unabhängigen und neutralen Instanz nach den Maßstäben des 3. und 4. Abschnittes des TKG geprüft werden.

## **2. Sachentscheidungsvoraussetzungen**

### **a) Marktbeherrschende Stellung**

Die Antragstellerin verfügt auf dem Markt für das Angebot von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 TKG über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Unbeschadet der Frage, ob dieser Markt in weitere Teilmärkte unterteilt werden kann, wurde zwischen dem Bundeskartellamt und der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post Einvernehmen darüber erzielt, dass die Antragstellerin auch auf denkbaren Endkundenmärkten für Orts-, Fern- und internationale Verbindungen derzeit noch über eine überragende Marktstellung verfügt, so dass die Frage der Marktabgrenzung dahinstehen kann.

### **b) Sprachtelefondienstleistung**

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin unterliegt das für die Erfolgskontrolle bei der Portierung zu besonderen Zeiten beantragte Entgelt als Angebot von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 der Genehmigungspflicht des § 25 Abs. 1 TKG. Gegenstand der Leistung ist der zusätzliche Aufwand, der dadurch verursacht wird, dass der Erfolg der Rufnummernportierung in besonderen Zeitfenstern außerhalb der Regelarbeitszeit sicherzustellen ist.

Die Beschlusskammer hat insoweit bereits in ihrer Entscheidung vom 06.01.1998 (B 2b) festgestellt, dass Entgelte für Leistungen im Zusammenhang mit der Rufnummernportierung gemäß § 43 Abs. 5 TKG genehmigungspflichtige Maßnahmen im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 25 Abs. 1 TKG sind. Für die Genehmigungspflicht der Entgelte kann sich auch dann nichts anderes ergeben, wenn der Erfolg der Rufnummernportabilität auf Wunsch des Kunden zu besonderen Zeiten außerhalb der Regelarbeitszeit erfolgt. Die Genehmigungspflicht entfällt auch nicht etwa deshalb, weil es sich hier um eine Zusatzleistung handelte, die noch vom „Kernbereich“ des § 43 Abs. 5 TKG umfasst wäre. Denn dies würde voraussetzen, dass die gesetzliche Verpflichtung der Sicherstellung der Rufnummernportabilität auf die Zeitfenster Montag bis Freitag 07.00 - 08 Uhr und 12.00 - 16.00 Uhr beschränkt wäre. Während aufgrund der Entscheidung der Beschlusskammer vom 07.04.98 (BK 2b - 24/98) die eigentliche Portierung unentgeltlich erbracht werden muss, ist insbesondere bei Geschäftskunden, die innerhalb ihrer Geschäftszeiten nicht auf ihren Telekommunikationsanschluss verzichten können, der Bedarf anzuerkennen, die Portierung auch in den Zeiten vorzunehmen, in denen die Betriebszentren der Antragstellerin unbesetzt sind. § 43 Abs. 5 S. 1 TKG umfasst daher gleichermaßen die Verpflichtung, den Erfolg der Portierung auch in diesen Zeiten sicherzustellen (vgl. Entscheidung der Beschlusskammer vom 30.07.1998 Az. BK 2c 98/010).

### **3. Versagung des beantragten Entgelts**

Die beantragte Genehmigung eines Entgelts in Höhe von 74,50 DM (o. USt.) für die Erfolgskontrolle bei der Portierung zu besonderen Zeiten §§ 25, 27 Abs. 3, § 24 Abs. 1 TKG i.V.m. §§ 2 und 3 TEntgV ist zu versagen.

Nach § 24 Abs. 1 TKG i.V.m. § 3 Abs. 1 TEntgV waren die von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen dahingehend zu prüfen, ob sie der gesetzlich festgelegten Nachweispflicht genügen und inwieweit die beantragten Entgelte sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Sinne des Absatzes 2 orientieren.

Insbesondere die von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen zur Gemeinkostenkalkulation lassen nicht darauf schließen, daß sich das beantragte Entgelt an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientiert.

Trotz der diesbezüglichen Kritik in der letzten Genehmigung vom 30.11.98 - BK 2c 99/015 - wurden wiederum keine Kostennachweise vorgelegt, welche aufzeigen, wie sich die genannten Beträge zusammensetzen. Auch ist nicht vollständig klar, anhand welcher Kriterien eine Aufteilung in Einzel- und Gemeinkosten erfolgt. Trotz gemeinsamer Bemühungen ist es der Antragstellerin bislang noch nicht gelungen, entsprechende Kriterien zu entwickeln. Zwar hat die Antragstellerin in verschiedene Besprechungen mit dem Regulierer den Versuch unternommen, Kriterien vorzustellen und zu erläutern. Diese Zuordnungskriterien waren bislang jedoch noch nicht nachvollziehbar. Ein differenziertes Urteil ist nach Sicht der Beschlusskammer erst nach Abschluß einer speziellen Untersuchung der Gemeinkosten insgesamt möglich.

Auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit war es diesmal nicht mehr möglich, die geltend gemachten Gemeinkostenzuschläge nochmals hinzunehmen. Insoweit enthielt bereits die letzte Entscheidung den ausdrücklichen Hinweis, dass die bestehenden Bedenken nur in diesem konkreten Einzelfall für einen gewissen - überschaubaren - Übergangszeitraum bis zur endgültigen Klärung der Gemeinkostenproblematik hingenommen werden. Der Umstand, dass seit diesem Hinweis zehn weitere Monate vergangen sind, ohne dass eine Klärung erfolgt ist, steht einer erneuten Genehmigung entgegen.

Die Problematik bezüglich der Gemeinkosten besteht im Übrigen antragsübergreifend, da das hier zugrunde gelegte Kostenschema sowie die Aufteilung der Kosten als Grundlage mehrerer Entgeltanträge Verwendung findet. Bezogen auf die grundsätzlichen Kritikpunkte

zur Ermittlung der Gemeinkosten wird auf die Beschlüsse BK 2c 98/015 vom 30.11.98 und BK 4e 99/029 vom 03.09.99 verwiesen.

#### 4. Teilgenehmigung

Aus Gründen der Verfahrensökonomie in im Interesse der Antragstellerin war es vorliegend jedoch möglich, den Entgeltgenehmigungsantrag für die Erfolgskontrolle bei der Rufnummernportierung gemäß §§ 25 Abs. 1, § 27 Abs. 1 TKG i.V.m. § 24 Abs. 1 S. 1 TKG zumindest teilweise in Höhe von 60,30 (O. USt.) zu genehmigen.

##### a) Zulässigkeit der Teilgenehmigung

Entspricht ein beantragtes Entgelt nicht den gesetzlichen Anforderungen, so muss die Regulierungsbehörde die Genehmigung grundsätzlich versagen. Aus Gründen der Verfahrensökonomie und im Interesse des Antragstellers, d.h. unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit kann es jedoch geboten sein, ein vom Antrag abweichendes, nämlich ein niedrigeres als das beantragte Entgelt zu genehmigen.

Dafür war eine Abwägung der widerstreitenden Interessen der Antragstellerin und ihrer Kunden vorzunehmen. Die Interessen der Kunden gehen dahin, die von der Antragstellerin zu erbringende Leistung zu einem angemessenen Preis zu erhalten. Im Falle einer Ablehnung des Entgeltantrages bestünde die Gefahr, dass die Leistung überhaupt nicht oder zumindest nur verzögert erbracht werden würde. Auf der anderen Seite wäre es in diesem Fall unverhältnismäßig, die Antragstellerin zur unentgeltlichen Leistungserbringung zu verpflichten. Aus diesem Grund wurde hier der Antrag der Antragstellerin nicht abgelehnt, sondern teilgenehmigt, wobei als Basis für die Stundensätze die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Antragstellerin herangezogen wurden. Die Antragstellerin hat die Verwendung dieser Stundensätze im Rahmen ihres Entgeltgenehmigungsantrages vom 21.09.98 für die Leistung „Projekte“ zugrunde gelegt. Die entsprechenden Entgelte wurden von der Beschlusskammer mit Beschluss BK 2c 98/015 vom 30.11.98 bis zum 31.12.2000 genehmigt. Die AGB-Stundensätze wurden darüber hinaus auch in den Entscheidungen der Beschlusskammer 4 zur Genehmigung von Entgelten für die Bereitstellung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung zu besonderen Zeiten sowie Projekte BK 4e 99/029 vom 03.09.99 zugrunde gelegt.

Die Genehmigung eines niedrigeren als des beantragten Entgeltes ist nach TKG zulässig. Man könnte zwar den Wortlaut des § 27 Abs. 3 TKG („die Genehmigung der Entgelte ist zu versagen, wenn... sie den Anforderungen nicht entsprechen“) so verstehen, dass es für die Regulierungsbehörde nur die beiden Entscheidungsalternativen der vollständigen Genehmigung oder der gänzlichen Ablehnung des beantragten Entgeltes geben kann, die Teilgenehmigung also als Möglichkeit ausschiede. Dies ist jedoch schon kein sprachlich zwingendes Verständnis der Norm. Ihr Aussagegehalt kann ebenso in der Festlegung der Voraussetzungen liegen, unter denen ein beantragtes Entgelt genehmigungsfähig ist. Für dieses Verständnis sprechen sowohl die Gesetzesbegründung, der kein Hinweis zu entnehmen ist, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Teilgenehmigung ausschließen wollte, als auch der Wortlaut des § 3 TEntgV, wonach die Regulierungsbehörde zu prüfen hat, ob und inwieweit die beantragten Entgelte sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren.

Ein weiteres Argument für dieses Verständnis liegt auch im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, welcher einen allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts darstellt. Die Genehmigung eines niedrigeren als des beantragten Entgeltes ist im Vergleich zur gänzlichen Versagung der Genehmigung ein milderes Mittel. Die Ablehnung hätte vor dem Hintergrund des § 29 Abs.1 TKG zur Folge, dass bis zu einer Neubearbeitung und Neubescheidung die Antragstellerin für die Leistung, zu deren Erbringung sie nach § 43 Abs. 5 TKG verpflichtet ist, gar kein Entgelt verlangen könnte.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Beschlusskammer bereits im Rahmen der letzten Genehmigungsentscheidung auf die erheblichen Bedenken im Hinblick auf den unzureichenden Nachweis der Gemeinkosten hingewiesen hat, diese Bedenken allerdings für einen gewissen - überschaubaren - Übergangszeitraum bis zur endgültigen Klärung der Gemeinkostenproblematik für hinnehmbar erachtet hat.

Der Umstand, dass die Gemeinkostenproblematik auch nach Ablauf von 10 weiteren Monaten immer noch nicht gelöst ist, steht einer erneuten endgültigen Genehmigung entgegen.

Schließlich spricht auch der Grundsatz der Verfahrensökonomie für eine solche Auslegung. Bei vollständiger Abweisung des Antrages müsste der Antragsteller für den Fall, dass er bereit wäre, das niedrigere Entgelt zu akzeptieren, einen neuen Antrag auf Entgeltgenehmigung stellen, der im Rahmen eines nochmals nach §§ 73ff. TKG durchzuführenden - aufwendigen - Genehmigungsverfahrens behandelt werden müsste. Auf der anderen Seite zeigen die in diesem Verfahren gewonnenen Erkenntnisse, dass die Durchführung eines nach Ablehnung durchgeführten weiteren Genehmigungsverfahrens nicht unbedingt zu einer erheblichen Verbesserung der Kostenunterlagen dergestalt führen muss, dass eine Genehmigung erfolgen könnte. Die sich daraus ergebende mögliche Konsequenz der Aneinanderreihung von zehnwöchigen Genehmigungsverfahren in ein und derselben Sache bzw. die unentgeltliche Leistungserbringung durch die Antragstellerin bis zu einer gerichtlichen Klärung kann jedoch vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.

## **b) Kosten der effizienten Leistungsbeschreibung**

Das genehmigte Entgelt in Höhe von 60,30 DM (o. USt.) für die Erfolgskontrolle bei der Portierung zu besonderen Zeiten orientiert sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 TKG.

Bevor auf die Kosten im Einzelnen eingegangen wird, erfolgt zunächst eine Abgrenzung der „Erfolgskontrolle zu besonderen Zeiten“ von der „Sicherstellung der Netzbetreiberportabilität“.

Gegenstand der von der Antragstellerin missverständlich als „Portieren zu besonderen Zeiten“ bezeichneten Dienstleistung ist nicht die Sicherstellung der Rufnummernportabilität, sondern die Überwachung der Portierung und gegebenenfalls die umgehende Beseitigung auftretender Störungen, die ihre Ursache sowohl in der Weiterschaltung der Rufnummer in das Telekommunikationsnetz des anderen Anbieters, als auch bei der in den meisten Fällen ebenfalls erforderlichen Umschaltung der Teilnehmeranschlussleitung haben können.

Tätigkeiten im Zusammenhang mit der „Sicherstellung der Netzbetreiberportabilität“ sind insofern nicht berücksichtigungsfähig.

### **ba) Tarifvertragliche Bindung**

Die Höhe des Entgelts resultiert hauptsächlich aus historisch bedingten Verpflichtungen, die sich aus dem Tarifvertrag i.V.m. dem Tarifvertragsgesetz (TVG) ergeben. Danach muss die Antragstellerin für Arbeitsleistungen in besonderer Schicht der tatsächlichen Arbeitszeit zwei Arbeitsstunden zurechnen (BP-Vfg. 322-2 8620-0.v. 23.10.74). Die Gewährleistung dieses Freizeitausgleichs ist dabei unabhängig von der geleisteten Arbeitszeit allein an die Tatsache geknüpft, dass das Tätigwerden außerhalb der Regelarbeitszeit erfolgt.

Diese tarifvertragliche Verpflichtung ist gemäß § 21 Abs. 1 S. 2 PostPersRG auf die Antragstellerin übergegangen. Diese Aufwendungen, die die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung übersteigen, sind als gesetzliche Verpflichtung lediglich nach § 3 Abs. 4 S. 2 TEntgV zu berücksichtigen. Der Antragstellerin wird daher aufgegeben, etwaige Änderungen im Zuge von Neuverhandlungen des Tarifvertrags unverzüglich der Beschlusskammer mitzuteilen, da der entsprechende Entgeltbestandteil ausschließlich aus der Tarifverpflichtung resultiert, die bereits seit 1974 besteht.

Die diesbezüglichen Ausführungen der Beigeladenen zu 3) gehen insoweit fehl, als sie meint, die tarifvertraglichen Verpflichtungen der Antragstellerin seien rein rechtsgeschäftlicher Natur, die gekündigt und neu verhandelt werden könnten und somit nicht nach § 3 Abs. 4 S. 2 TEntgV zu berücksichtigen seien.

Gemäß § 1 Abs. 1 TVG regelt der Tarifvertrag die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die unter anderem den Inhalt von Arbeitsverhältnissen regeln können. Nach § 4 Abs. 1 TVG gelten diese Rechtsnormen, die den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Tarifvertrag fallen. Gemäß Abs. 5 dieser Vorschrift gelten auch nach Ablauf des Tarifvertrags seine Rechtsnormen weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden.

Eine Kündigung des Tarifvertrags durch die Antragstellerin hätte danach nicht zur Folge, dass die tarifvertraglichen Verpflichtungen entfielen. Anders als bei der Kündigung einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung, die nach einer wirksamen Kündigung entfällt, wäre hier die Antragstellerin weiterhin an die Rechtsnormen des Tarifvertrages gebunden.

Im Rahmen der Entgeltregulierung ist die Beschlusskammer nicht befugt, der Antragstellerin die Kündigung und Neuvereinbarung des Tarifvertrags aufzugeben.

#### **bb) Kalkulation des Mengengerüsts**

Im Hinblick auf die Kalkulation des Mengengerüsts war festzustellen, dass die Berechnungen der INTRA-Dokumentation rechnerisch korrekt sind. Die dort vorgestellte Vorgehensweise ist kostenrechnerisch nachvollziehbar und sachlich gerechtfertigt. Positiv zu bewerten ist in diesem Zusammenhang die Erweiterung des zugrunde gelegten Mengengerüsts. Wurde im alten Antrag noch von nur 25 Portierungen pro Woche ausgegangen, wird im vorliegenden Antrag eine Reihe von möglichen Portierungsklassen pro Woche unterschieden. Dabei variiert die Anzahl der Portierungen pro Woche von vier (sechs Standorte) bis 104 (Köln). Anhand dieser Daten ermittelt die Antragstellerin den durchschnittlichen Zeitbedarf pro Erfolgskontrolle von 26,89 Minuten. Auf der Basis der Portierungsfälle des alten Antrages war dies noch ein Bedarf von 33,8 Minuten. Mit dieser Vorgehensweise kommt die Antragstellerin der in der Genehmigung vom BK2c 98/015 vom 30.11.98 geäußerten Forderung nach, die Kosten nicht anhand des Mengengerüsts eines einzelnen Vertrages mit einem lokalen Teilnehmernetzbetreiber zu kalkulieren, sondern die Grundlage der Berechnung des Zeitbedarfs durch die entsprechende Berücksichtigung einer Vielzahl möglicher Portierungen zu erweitern. Dabei sinkt der Aufwand der Portierung bei steigender Stückzahl.

Da es sich um eine gegenüber allen Endkunden in der gleichen Weise zu erbringende Leistung handelt, bestehen vorliegend auch keine Bedenken gegen die vorgenommene Berechnung des durchschnittlichen Zeitbedarfs pro Erfolgskontrolle auf der Grundlage einer bundesweiten Betrachtung. Im Unterschied zum Entgeltgenehmigungsverfahren für die Bereitstellung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung zu besonderen Zeiten BK 4e 99/029 wäre es im Bereich von Endkundenentgelten sachlich nicht gerechtfertigt, zu fordern, die Höhe des Entgeltes vom Bestellverhalten des aufnehmenden Teilnehmernetzbetreiber abhängig zu machen.

Als Stundensatz für die Prozesse „Überwachung der Schaltung im Netzknoten zu besonderen Zeiten“ und für den Prozess „zusätzlicher administrativer Aufwand“ wurde der jeweils der AGB-Stundensatz für die Beaufsichtigung von Arbeiten und für höherwertige praktische Arbeiten (DM 110,-) herangezogen (Allgemeine Geschäftsbedingungen der Deutschen Telekom, Stand August 1998, Preisliste Sonstige Dienstleistungen, D 18.100/Pkt. 3: Preise nach Aufwand). Die Beschlusskammer geht insoweit zugunsten der Antragstellerin davon aus, dass sich sowohl die Tätigkeit in der Auftragsbearbeitung, als auch die Überwachungstätigkeit in der Vermittlungstechnik als höherwertige praktische Arbeit einstufen lässt.

Der genehmigte Betrag in Höhe von 60,30 DM ergibt sich durch Ansetzung des AGB-Stundensatzes für höherwertige praktische Arbeit (Position 1.1.2., DM 110,-) bei einem durchschnittlichen Zeitbedarf von 26,89 Minuten pro Erfolgskontrolle für die Überwachungstätigkeit in der Vermittlungstechnik und einem zusätzlichen durchschnittlichen Zeitbedarf von 6 Minuten pro Erfolgskontrolle für die Auftragsbearbeitung. Der AGB-Stundensatz für höherwertige praktische Arbeit konnte hier, ebenso wie bei den im Beschluss BK 2c 98-015 vom 30.11.98 genehmigten Projekten, angesetzt werden, da es sich um die gleichen Tätigkeiten wie bei den Projekten handelt und der Stundensatz einem den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechenden Stundensatz nahekommmt.

### **bc) Zentrale Erfolgskontrolle**

Entgegen der von den Beigeladenen zu 2) und 3) vertretenen Ansicht ist die Beschlusskammer nach wie vor der Auffassung, dass eine zentralisierte Erfolgskontrolle im technischen Betrieb mit der im Netz der Antragstellerin verwendeten Vermittlungstechnik derzeit nicht möglich ist. Die Antragstellerin hat diesbezüglich plausibel vorgetragen, dass die Überprüfung der Rechnerprotokolle und ein eventuell erforderliches Eingreifen nur durch vor Ort anwesendes Personal erreicht werden kann.

Es ist der Antragstellerin nach Einschätzung der Beschlusskammer auch nicht möglich, Portierungsvorgänge zentral von den durchgängig besetzten Netzkontrollzentren aus zu steuern. Nach Darstellung der Antragstellerin sind die derzeit sechs durchgängig besetzten Betriebszentren mit der Überwachung der vitalen Netzfunktionen voll ausgelastet, so dass dort keine Möglichkeit besteht, daneben auch noch die Durchführung von Portierungsabläufen zu besonderen Zeiten zu überwachen. Sachgerecht erscheint schließlich auch das von der Antragstellerin vorgebrachte Argument, dass für Arbeiten der Kundenadministration eine Netzkonzentration aufgrund der Größe ihres Telefonnetzes mit 40 Mio. Kunden nicht sinnvoll sei und eine Sonderlösung für die Portierung in diesem Zusammenhang nicht praktikabel sei und erhebliche Ineffizienzen bewirken würde.

Nicht gefolgt werden kann in diesem Zusammenhang auch dem in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Einwand der Beigeladenen zu 2), dass die Antragstellerin ein Entgelt nur im Falle einer tatsächlich ausgeführten Nachbearbeitung beanspruchen könne. Hauptbestandteil der Leistung ist insoweit die Überwachung der Portierungsvorgänge, welche die körperliche Präsenz von Fachpersonal auch außerhalb der üblichen Regelarbeitszeit erfordert.

## **5. Befristung**

Die Befristung der Genehmigung der Entgelte erfolgte auf der Grundlage des § 28 Abs. 3 TKG i. V. m. § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG.

Bei der Befristung der Genehmigung des Entgelts für die Sicherstellung der Rufnummernportabilität zu besonderen Zeiten bis zum 30.06.2000 wurde sowohl berücksichtigt, dass sich die Grundlagen des Entgelts aufgrund von Effizienzsteigerungen ändern können, als auch, dass für einen überschaubaren Zeitraum Planungssicherheit bestehen muss. Die Länge der Befristung trägt darüber hinaus dem Umstand Rechnung, dass die Kosten pro Erfolgskontrolle bei einem denkbaren weiterem Anstieg der zu bearbeitenden Aufträge schneller sinken könnten, als erwartet.

## **6. Verlängerung**

Durch die Genehmigung der mit Schreiben vorsorglich beantragten Verlängerung des mit Bescheid vom 30.11.98 (Az. BK2c-98/015) genehmigten Entgelts in Höhe von 94,33 DM (o. USt.) über den 30.09.99 hinaus bis zur Veröffentlichung des nunmehr genehmigten Entgeltes

von 60,30 DM (O. USt.), längstens bis zum 31.10.99, wird gewährleistet, dass die Antragstellerin die Leistung zwischen dem Auslaufen der derzeitigen Genehmigung am 30.09.99 und dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des jetzt genehmigten Entgelts nicht unentgeltlich erbringen muss.

## **7. Veröffentlichungsfrist**

Die Abweichung von der gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 TKV vorgeschriebenen Veröffentlichungsfrist von mindestens einem Monat vor dem Inkrafttreten geänderter Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile Allgemeiner Geschäftsbedingungen wurde genehmigt, um den Kunden der Antragstellerin möglichst schnell den Genuss der mit der Genehmigung einhergehenden Tarifsenkung zu ermöglichen.

### Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50557 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundenbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Streitgegenstand bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung.

Kuhmeyer  
(Vorsitzender)

Busch  
(Beisitzer)

Funk  
(Beisitzer)