

- Beschlusskammer 2 -

geschwärzte Fassung, enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin

B e s c h l u s s

im Verwaltungsverfahren wegen

Genehmigung des Entgelts für die Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten (Az.: BK 2e - 00/007)

Verfahrensbeteiligte:

1. **Deutsche Telekom AG**
Friedrich-Ebert-Allee 140
53113 Bonn
- Vertreten durch den Vorstand, Dr. Ron Sommer (Vorsitzender), Josef Brauner, Detlev Buchal, Dr. Karl-Gerhard Eick, Jeffrey A. Hedberg, Dr. rer. nat. Hagen Hultsch, Dr. Heinz Klinkhammer, Dipl.-Ing. Gerd Tenzer

Verfahrensbevollmächtigter: **- Antragstellerin -**
Dr. Frank Pieper (Deutsche Telekom AG)

2. **Mannesmann Arcor AG & Co.**
Kölner Straße 5
65760 Eschborn
- Vertreten durch die Mannesmann Verwaltungs-AG, diese vertreten durch den Vorstand Dipl.-Ing. Harald Stöber (Vorsitzender), Dipl.-Wirtsch.-Ing. Elmar Hülsmann (Stellv. Vorsitzender), Dr. Michael Hann, Dr. Volker Ruloff, Karl-Heinz Sötje

Verfahrensbevollmächtigter: **- Beigeladene -**
Thomas Wandres (Mannesmann Arcor AG & Co.)

hat die Beschlusskammer 2 durch

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

den Beisitzer RR Busch

den Beisitzer RD Böhm

unter Verzicht der Beteiligten auf eine mündliche Verhandlung

am 23.05.2000

beschlossen:

1. Das am 13.03.00 beantragte Entgelt in Höhe von 73,21 DM (o. USt.) für die Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten wird entsprechend der vorgelegten Leistungsbeschreibungen und Preisliste in Höhe von 60,30 DM (o. USt.) bis zum Erlass einer abschließenden Genehmigung vorläufig teilgenehmigt.
2. Im übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Genehmigung wird mit folgenden Nebenbestimmungen versehen:

- a) Die Genehmigung ist befristet bis zum 30.11.2000.
- b) Die Genehmigung erfolgt unter dem Vorbehalt des Widerrufs.
- c) Sollten zu einem späteren Zeitpunkt geringere Entgelthöhen genehmigt oder angeordnet werden als hiermit durch die vorläufige Genehmigung bewilligt werden, ist die Antragstellerin verpflichtet, ihren Kunden die Differenzbeträge zu erstatten.

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 (BK 2b vom 07.04.98 und BK 2c 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 durch anwesendes Fachpersonal in besonderen Portierungsfenstern. Dabei handelt es sich um auftretende Störungen und Verzögerungen, die in den Verantwortungsbereich des aufnehmenden Teilnehmer-netzbetreibers oder des Kunden fallen. Das Angebot umfasst insoweit die Leistung, die zusätzlich zur grundsätzlich automatisierten Portierung erbracht wird, damit die Portierung auf Wunsch des Endkunden auch außerhalb der Regelarbeitszeit der Antragstellerin erfolgreich abgeschlossen werden kann.

Das derzeit geltende Entgelt in Höhe von 60,30 DM wurde am 29.09.99 genehmigt (BK 2c 99/023). Diese Genehmigung läuft am 30.06.00 aus.

Die Antragstellerin hat trotz gegenteiliger Rechtsauffassung zur Genehmigungspflicht - ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - mit Schreiben vom 13.03.00 beantragt,

die Entgelte für die Erfolgskontrolle bei der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten als Endkundenentgelt in Höhe von 73,21 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 73,21 DM (o. USt.) vorläufig zu genehmigen.

Ferner beantragt die Antragstellerin,

die Veröffentlichungsfrist des § 29 TKV zu verkürzen.

Der Antrag wurde gemäß § 8 Abs. 2 TEntgV im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung 221/2000 am 05.04.00 veröffentlicht.

Die Beschlusskammer hat die Entscheidungsfrist um weitere vier Wochen gemäß § 28 Abs.2 TKG verlängert und dies den Verfahrensbeteiligten mit Schreiben vom 25.04.00 mitgeteilt.

Der Beigeladenen wurde die Möglichkeit eingeräumt, schriftlich zum Antrag Stellung zu nehmen.

Die Verfahrensbeteiligten haben sich jeweils mit Schreiben vom 20.04.00 einverstanden erklärt, dass die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann.

Wegen der möglichen Einbeziehung [REDACTED] für Arbeiten außerhalb der Regelarbeitszeit in die Ermittlung der Stundensätze, hat die Beschlusskammer die Antragstellerin mit Schreiben vom 04.05.00 um weitere Erläuterungen gebeten. Mit Schreiben vom 10.05.00 hat sich die Antragstellerin hierzu geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

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 13.03.00 bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post ein und wurde mit Schreiben vom 25.04.00 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 23.05.00.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 18.05.00 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 82 Satz 3 TKG eingeräumt.

2. Sachentscheidungsvoraussetzungen

a) Marktbeherrschende Stellung

Die Antragstellerin verfügt im Bereich des Angebots von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG über marktbeherrschende Stellungen. Dabei kann die Markt-abgrenzung letztlich dahingestellt bleiben, da die Antragstellerin auf Endkundenmärkten und Diensteanbietermärkten für Ortsverbindungen inkl. der Teilnehmeranschlüsse, Fern- und Auslandsverbindungen und einem Markt für Sprachtelefondienst insgesamt derzeit jeweils über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB verfügt.

b) Sprachtelefondienstleistung

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin unterliegt das für die Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung 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 (BK 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 gesetzliche Verpflichtung zur Sicherstellung der Rufnummernportabilität lässt sich insoweit entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht auf die Zeitfenster Montag bis Freitag 07.00 - 08.00 Uhr und 12.00 - 16.00 Uhr beschränken. 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. Insoweit besteht gerade bei Geschäftskunden ein nachvollziehbares Interesse, dass beispielsweise dann, wenn im Zusammenhang mit der Portierung Störungen oder Verzögerungen auftreten sollten, die in den Verantwortungsbereich des aufnehmenden Teilnehmer-

netzbetreibers oder des Kunden fallen, der Portierungsvorgang abgebrochen und gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt wiederholt wird. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass Kunden, die besonders hohen Wert auf ihre Erreichbarkeit legen und die deshalb außerhalb der üblichen Geschäftszeiten portiert werden wollen, von ihrem Recht auf Beibehaltung der Rufnummer wegen des verbleibenden Risikos keinen Gebrauch machen werden. § 43 Abs. 5 S. 1 TKG umfasst daher gleichermaßen die Verpflichtung, den Erfolg der Portierung auch in diesen Zeiten sicherzustellen (vgl. Entscheidungen der Beschlusskammer vom 30.07.1998 Az. BK 2c 98/010, vom 30.11.98 Az. BK 2c 98/015 und vom 29.09.1999 Az. BK 2c 99/023). Allerdings ist die DTAG berechtigt, für den ausschließlich durch das erhöhte Sicherheitsbedürfnis des Kunden verursachten Mehraufwand zur unentgeltlichen Portierung ein angemessenes Entgelt zu verlangen.

3. Vorläufige Teilgenehmigung

Das beantragte Entgelt in Höhe von 73,21 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 kann nur in Höhe von 60,30 DM (o. USt) vorläufig teilgenehmigt werden.

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 § 3 Abs. 2 TEntgV orientieren.

Die Durchsicht der Antragsunterlagen ergab wie im vorangegangenen Verfahren erneut Mängel. Insbesondere die Unterlagen zur Gemeinkostenkalkulation lassen keine klare Schlussfolgerung in Bezug auf eine Orientierung des Entgelts an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu. Eine Zuordnung der Gemeinkosten zu den jeweiligen Leistungen ist wegen fehlender strukturierter Kostennachweise weiterhin nicht möglich. Infolgedessen ist ein endgültiges Urteil nach Ansicht der Beschlusskammer erst nach Abschluss einer speziellen Untersuchung der Gemeinkosten insgesamt möglich. Insoweit wird auf die Entscheidung vom 29.09.1999 Az. BK 2c 99/023 zur Teilgenehmigung des Entgelts in Höhe von 60,30 DM (o. USt) verwiesen.

Im Rahmen der Prüfung hat sich ein weiterer problematischer Punkt ergeben, der die Frage der Einbeziehung [REDACTED] für Arbeiten außerhalb der Regelarbeitszeit in die Berechnung der Stundensätze betrifft.

[REDACTED] Für die Beschlusskammer ergab sich hierdurch weiterer Klärungsbedarf. Die Beschlusskammer hat daraufhin die Antragstellerin mit Schreiben vom 04.05.00 um eine Stellungnahme gebeten. Die entsprechende Stellungnahme der Antragstellerin vom 10.05.00 konnte keine endgültige Klärung herbeiführen. Eine abschließende Bewertung war daher in der gesetzlich vorgeschriebenen Entscheidungsfrist nicht möglich. Insoweit kann das Entgelt in Höhe von 60,30 DM (o. USt.) nur vorläufig genehmigt werden.

4. 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.

Die Befristung nach § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG war schon deswegen anzuordnen, weil es sich um eine vorläufige Regelung handelt. Der Zeitraum der Befristung ergibt sich daraus, dass zur Klärung der noch offenen Fragen ausreichend Zeit zur Verfügung stehen muss.

5. Widerrufsvorbehalt

Die Aufnahme eines Widerrufsvorbehalts war nach § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG erforderlich, um sicherzustellen, dass die vorläufige Genehmigung widerrufen werden kann, falls sich während der Geltungsdauer herausstellen sollte, dass die ursprünglich angenommenen Voraussetzungen etwa in Bezug auf die Berechnungsmethodik der Stundensätze nicht gegeben waren.

6. Erstattung

Die Verpflichtung, Erstattungen an Kunden vorzunehmen, soweit zu einem späteren Zeitpunkt eine geringere endgültige Entgelthöhe genehmigt oder angeordnet als in diesem vorläufigen Bescheid ausgesprochen wird, resultiert aus dem Charakter der Vorläufigkeit und hat den Zweck, die Ergebnisse der abschließenden Entscheidung nicht vorwegzunehmen.

7. Veröffentlichungsfrist

§ 29 Abs. 1 Satz 1 TKV ist in diesem Fall nicht anwendbar, da sich die Höhe des vorläufig teilgenehmigten Entgelts nicht geändert hat.

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.

Falls die Frist durch das Verschulden eines von Ihnen Bevollmächtigten versäumt werden sollte, würde dessen Verschulden Ihnen zugerechnet.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung.

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Kuhmeyer

Busch
Kuhmeyer i.V. für Busch

Böhm