

- 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 - 00/025)

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 und Dipl.-Ing. Gerd Tenzer

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwältin Dr. Bettina Bergmann (Redeker Schön Dahs & Sellner) und Dr. Frank Schmidt (Deutsche Telekom AG);

2. **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. Volker Ruloff und Karl-Heinz Sötje

Beigeladene 1,

Verfahrensbevollmächtigte:

Ronald Weiss und Dr. Thomas Wandres (Mannesmann Arcor AG & Co.);

3. **Talkline GmbH**
Talkline-Platz 1
25388 Elmshorn

vertreten durch die Geschäftsführer Kim Frimer und Frank Schubert

Beigeladene 2,

- Verfahrensbevollmächtigte: Raoul Sandner und Malte Piekarowitz (Talkline);
4. **NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH**
Maarweg 163
50825 Köln
- vertreten durch die Geschäftsführer Werner Hanf und Udo Pauck
- Beigeladene 3,**
- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. Norbert Nolte (Freshfields Bruckhaus Deringer);
5. **QS Communications AG**
Mathias-Brüggen-Straße 55
50829 Köln
- vertreten durch den Vorstand Dr. Bernd Schlobohm (Vorsitzender), Markus Metyas, Torsten C. Scheuermann
- Beigeladene 4,**
- Verfahrensbevollmächtigter: Christof Sommerberg;
6. **Global TeleSystems Netzwerk GmbH & Co. KG**
August-Thyssen-Str. 1
40211 Düsseldorf
- vertreten durch die Global TeleSystems Netzwerk Management GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Jürgen Hernichel, Johannes Theodor Janssen und Martin Rüther,
- Beigeladene 5,**
- Verfahrensbevollmächtigter: Dr. Donatus Kaufmann (GTS);
7. **Bundesverbands der lokalen und regionalen Telekommunikationsgesellschaften e.V.**
Ermekeilstraße 46
53113 Bonn
- vertreten durch den Geschäftsführer Rainer Lüddemann
- Beigeladene 6,**
- Verfahrensbevollmächtigter: Rainer Lüddemann;
8. **M"net Telekommunikations GmbH**
Comeliusstraße 10
80469 München
- vertreten durch die Herren Geschäftsführer Dr. Konle und Albrecht
- Beigeladene 7,**
- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Peter Rädler (Freshfields Bruckhaus Deringer);
9. **VIAG Interkom GmbH & Co.**
Georg-Brauchle-Ring 23-25
80992 München
- vertreten durch die VIAG Interkom Management GmbH München, diese vertreten durch die Geschäftsführer Dipl.-Ing. Maximilian Ardel, Werner G. Fraas, Joachim Preisig, Lowry Stanage und Hans-Burghardt Ziemann
- Beigeladene 8,**
- Verfahrensbevollmächtigte: Dr. Jens Neitzel und Markus Haas (VIAG Interkom)

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post aufgrund der öffentlich mündlichen Verhandlung vom 28.09.00 in der Besetzung

Ltd. RD Dipl.-Ing. Bernhard Kuhmeyer	(Vorsitzender)
RR Busch	(Beisitzer 1) und
RD Funk	(Beisitzer 2)

am 13.10.2000

beschlossen:

Das am 03.08.00 von der Antragstellerin beantragte Entgelt in Höhe 41,66 DM (o. USt) für die Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten wird entsprechend der vorgelegten Leistungsbeschreibungen und Preisliste bis zum Erlass einer abschließenden Genehmigung vorläufig genehmigt.

Die Genehmigung wird mit folgenden Nebenbestimmungen versehen:

- a) Die Genehmigung ist befristet bis zum 31.07.2001.
- b) Die Genehmigung erfolgt unter dem Vorbehalt des Widerrufs.
- c) Sollten zu einem späteren Zeitpunkt geringere Entgelthöhen genehmigt oder angeordnet werden als die mit Bescheid vom 23.05.00 vorläufig genehmigt wurden bzw. 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 vorliegend tarifierten 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 im wesentlichen in den Verantwortungsbereich des aufnehmenden Teilnehmernetzbetreibers 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 (o. USt) wurde mit Beschluss vom 23.05.2000 (BK 2e 00/007) vorläufig teilgenehmigt. Diese Genehmigung läuft am 30.11.2000 aus.

Die Antragstellerin hat trotz gegenteiliger Rechtsauffassung zur Genehmigungspflicht - ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - mit Schreiben vom 03.08.00 beantragt,

1. das Entgelt für die Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten als Endkundenentgelt in Höhe von 41,66 DM (o. USt.) zu genehmigen.

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

2. das Entgelt für die Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten als Endkundenentgelt in Höhe von 41,66 DM (o. USt.) vorläufig zu genehmigen.

Der Antrag wurde gemäß § 8 Abs. 2 TEntgV im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung 500/2000 am 23.08.00 veröffentlicht.

Die Beschlusskammer hat die Entscheidungsfrist mit Schreiben vom 15.09.00 gemäß § 28 Abs.2 TKG um weitere vier Wochen verlängert.

Den Beigeladenen wurde die Möglichkeit eingeräumt, schriftlich und in der am 28.09.00 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung zum Antrag Stellung zu nehmen.

Die Beigeladene 1 hat in der öffentlichen mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten, dass aus ihrer Sicht Klärungsbedarf über die Definition der Leistung "Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportabilität zu besonderen Zeiten", für die das Entgelt gefordert werde, bestehe. So sei die Beschreibung der Leistung in den AGB nur unzureichend abgebildet. Demnach könnte durch die Bezeichnung der Eindruck entstehen, dass es sich bei der Portierung zu besonderen Zeiten um die gleiche Leistung handelt wie bei der Portierung innerhalb der Regelarbeitszeit.

Die Antragstellerin erläuterte hierzu, dass diese Leistung bereits seit längerem angeboten werde. Man habe stets darauf geachtet, die separate Leistung "Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportabilität zu besonderen Zeiten" von der unentgeltlich zu erbringenden Portierung entsprechend abzugrenzen. Der zusätzliche Aufwand bestehe darin, dass zu den besonderen Zeiten die Betriebszentren der Antragstellerin nicht mehr besetzt seien. Demzufolge müsste für die Überwachung und die gegebenenfalls erforderliche qualifizierte Entstörung das Fachpersonal der Antragstellerin den Einsatzort von zu Hause aufsuchen.

Mit Schreiben vom 28.08.00 wurde der Antragstellerin ein detaillierter Fragenkatalog zur Problematik der möglichen Einbeziehung eines tarifvertraglich geregelten Freizeitausgleichs in Höhe von zwei Stunden für Arbeiten außerhalb der Regelarbeitszeit in die Berechnung der Jahresprozesskapazität, welches die Grundlage für die Ermittlung der Nettostundensätze bildet, zur Stellungnahme übersandt. Mit Schreiben vom 31.08.00 hat sich die Antragstellerin hierzu geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte 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 03.08.00 bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post ein und wurde mit Schreiben vom 15.09.00 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 13.10.00.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 05.10.00 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 bzw. 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 Genehmigung

Das beantragte Entgelt in Höhe von 41,66 DM (o. USt.) für die Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Portierung zu besonderen Zeiten wird gemäß den §§ 25, 27 Abs. 3, § 24 Abs. 1 TKG vorläufig genehmigt.

Die von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen waren dahingehend zu prüfen, ob sie der gesetzlich festgelegten Nachweispflicht genügen und inwieweit die beantragten Entgelte sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren.

Diesem Antrag liegt auf Budgetbasis im Ansatz eine grundlegend neue Version der Gemeinkostenverrechnung zu Grunde. Sie bedarf jedoch noch der Weiterentwicklung (Aufteilung der Kostenstellen auf die vier Hauptgruppenbereiche im Sinne der EU-Empfehlungen)

_____ erscheint die hilfsweise Verwendung _____ für die Leistung „Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung“ aus Sicht der Beschlusskammer als akzeptabel.

Ein weiterer problematischer Punkt ergab sich bereits im Rahmen der Prüfung des vorangegangenen Antrags. Er betrifft die Frage der Einbeziehung des tarifvertraglich geregelten Freizeitausgleichs in Höhe von zwei Stunden für Arbeiten außerhalb der Regelarbeitszeit in die Berechnung der Jahresprozesskapazität, die Grundlage zur Berechnung der Nettostundensätze darstellt. Der Beschlusskammer lag bereits im vorangegangenen Verfahren ein Prüfgutachten vor, aus dem hervorgeht, dass der zweistündige Freizeitausgleich in die Kalkulation der Nettostundensätze bereits enthalten sei. Die Beschlusskammer hat zur Klärung des Problems die Antragstellerin mit Schreiben vom 28.08.00 um die Beantwortung eines Fragenkatalogs gebeten. Die entsprechende Stellungnahme der Antragstellerin vom 31.08.00 konnte nur eine partielle Klä-

rung herbeiführen. Eine abschließende Bewertung war in der gesetzlich vorgeschriebenen Frist jedoch nicht möglich. Insoweit kann das beantragte Entgelt in Höhe von 41,66 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.

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.

Kuhmeyer
(Vorsitzender)

Busch
(Beisitzer)

Funk
(Beisitzer)