

## Beschlusskammer 2

BK 2c 03/020

### Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Antrag auf Genehmigung des Entgelts für die Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten

der Deutsche Telekom AG, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,

- Antragstellerin -

Beigeladene:

1. COLT TELECOM GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt/Main, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. Arcor AG & Co KG, Alfred-HerrhausenAllee 1, 65760 Eschborn, vertreten durch den Vorstand,
3. NEFkom, Telekommunikation GmbH & Co. KG, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. HanseNet Telekommunikation GmbH, Überseering 33, 22297 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. EWE TEL GmbH, Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
6. Talkline GmbH & Co. KG, Talkline-Platz 1, 25337 Elmshorn, vertreten durch die Geschäftsführung,
7. VarTec Telecom Europe Ltd., Belgrave House, Grosvenore Centre, 2nd Floor, Northhampton U.K. NN 12LQ, vertreten durch die Geschäftsführung,

-Verfahrensbevollmächtigte:

der Beigeladenen zu 7:

Rechtsanwälte Freshfields, Bruckhaus, Deringer u.a.  
Freilingrathstraße 1  
40479 Düsseldorf -

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Bernhard Kuhrmeyer,  
den Beisitzer Rainer Busch und  
die Beisitzerin Judith Schölzel

am 31.10.2003 beschlossen:

1. Für die Leistung „Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten“ wird ein Entgelt in Höhe von € 21,30 o. USt. genehmigt.
2. Die Genehmigung ist befristet bis zum 29.02.2005.
3. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Antragstellerin bietet als Inhaberin einer Lizenz der Lizenzklasse 4 gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 2 TKG auf Basis eines selbst betriebenen Telekommunikationsnetzes Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit an. Bei einem Wechsel zu einem alternativen Teilnehmernetzbetreiber und Verbleiben am selben Standort haben die Kunden als Nachfrager von Telekommunikationsleistungen der Antragstellerin einen Anspruch darauf, dass die Beibehaltung ihrer Rufnummer von dieser sichergestellt wird.

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

- Dienstags zwischen 21:00 und 22:00 Uhr
- Mittwochs zwischen 6:00 und 7:00 Uhr
- Freitags zwischen 17:00 und 18:00 Uhr
- Samstags zwischen 10:00 und 12:00 Uhr.

Gegenstand der vorliegend beantragten Leistung ist nicht die Sicherstellung der eigentlichen Portierung, sondern eine zusätzliche Überwachung der Portierung und gegebenenfalls die umgehende Beseitigung auftretender Störungen durch anwesendes Fachpersonal in den besonderen Portierungszeitfenstern. Dabei handelt es sich um auftretende Störungen und Verzögerungen, die im wesentlichen in den Verantwortungsbereich des aufnehmenden Teilnehmernetzbetreibers oder des Kunden fallen.

Das derzeit geltende Entgelt in Höhe von € 21,30 o. USt. wurde mit Beschluss vom 07.11.2002 (Az. BK2e-02/016) befristet genehmigt.

Die Antragstellerin hat trotz gegenteiliger Rechtsauffassung zur Genehmigungspflicht – ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – mit Schreiben vom 01.09.2003 beantragt,

1. die Genehmigung des Entgeltes für die Leistungen im Zusammenhang mit der „Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten“ gemäß des am 02.09.2002 beantragten Entgeltes (vgl. Az. BK2e – 02/16) ab dem 31.10.2003

sowie hilfsweise

2. die Genehmigung des Entgeltes für die Leistungen im Zusammenhang mit der „Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten“ gemäß Entgeltgenehmigung vom 07.11.2002 (vgl. Az. BK2e-02/016) ab dem 31.10.2003.

Des weiteren

3. das unter Punkt 1 oder – äußerst hilfsweise - Punkt 2 beantragte Entgelt vorläufig zu genehmigen, falls eine endgültige Entscheidung nicht bis zum 31.10.2003 vorliegt.

Dem Antrag sind als Anlagen die „Vertragsbedingungen und Preise Rufnummernmitnahme“ gemäß des am 02.09.2002 beantragten Entgeltes sowie gemäß der Entgeltgenehmigung vom 07.11.2002 beigefügt.

Die Antragstellerin verweist zur Darstellung der Genehmigungsfähigkeit der Entgelte auf die im Vorgängerverfahren am 02.09.2002 eingereichten Kostenunterlagen und weist darauf hin, dass diese aufgrund des kurzen Genehmigungszeitraumes von nur einem Jahr ihre Eignung als Grundlage zur Überprüfung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bis heute nicht verloren haben.

Außerdem habe sich die Zahl der Portierungsfälle gegenüber dem vorhergehenden Betrachtungszeitraum weiterhin leicht verringert. Da bei sinkenden Absatzmengen die Stückkosten stiegen, sei schon deshalb das Vorliegen unzulässiger Aufschläge i.S.d. § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG auszuschließen.

Die Beigeladene 2 hat sich in einer schriftlichen Stellungnahme zu der beantragten Entgeltmaßnahme wie folgt geäußert:

Wegen der weitgehend geschwärzten Kostennachweise sei eine Stellungnahme zur Frage der Orientierung der beantragten Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nur eingeschränkt möglich. Die im Rahmen des Vorgängerverfahrens vorgelegten Kostennachweise seien ihr daher ungeschwärzt zur Akteneinsicht zugänglich zu machen.

Zur Begründung verweist die Beigeladene 2 auf die Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.08.2003 (BVerwG 20 F 7.03 und 20 F 9.03), in welchen das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt habe, dass bei der Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsbedürfnis der Antragstellerin einerseits und dem Interesse der Beigeladenen an einem fairen Verfahren grundsätzlich letzteres Interesse überwiege. Die effektive Möglichkeit zur Wahrnehmung eigener rechtlicher Interessen sei nicht gewährleistet, wenn die verfahrensgegenständlichen Unterlagen den Beigeladenen nicht zugänglich seien, so dass die grundrechtlich geschützten Ansprüche der Antragstellerin auf Geheimhaltung ihrer Unterlagen hiergegen zurückstehen müssen. Dies folge insbesondere aus dem intensiven sozialen Bezug, den das Netz der Antragstellerin, welches zu weiten Teilen aus Steuermitteln entstanden sei, aufweise. Eine nachhaltige oder gar existenzbedrohende Gefährdung, welche für ein Überwiegen des Geheimhaltungsbedürfnisses nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts erforderlich sei, sei im vorliegenden Verfahren nicht zu befürchten.

Weiterhin entsprächen die vorgelegten Kostennachweise nicht den Aktualitätserfordernissen des § 2 TEntgV. Es könnten weder die gesunkenen Fakturierungskosten noch die gesunkenen Unternehmensgemeinkosten berücksichtigt worden sein, welche im Rahmen der letzten Entgeltgenehmigungsverfahren zu TAL-Vorleistungen genehmigt worden seien. Darüber hinaus seien die angeblich gestiegenen Stückkosten von der Antragstellerin nicht nachgewiesen.

Alle Beteiligten haben auf die Durchführung einer öffentlich-mündlichen Verhandlung verzichtet.

Der Antrag wurde gemäß § 8 Abs. 2 TEntgV im Amtsblatt Nr. 18 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung 251/2001 am 10.09.2003 veröffentlicht.

Die Entscheidungsfrist wurde mit Schreiben vom 12.09.2003 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet am 10.11.2003.

Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 82 S. 3 TKG mit Schreiben vom 28.10.2003 Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 29.10.2003 mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absieht.

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.

Die Voraussetzungen für ein Verfahren gemäß § 66 i.V.m. § 73 Abs. 1 Satz 1 TKG sind erfüllt, da es sich um eine Entscheidung der Regulierungsbehörde nach den Regelungen des Dritten Teils des TKG handelt.

### 1. Verfahren

Gemäß § 75 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbsatz TKG wird ohne mündliche Verhandlung entschieden, weil sich zum einen sämtliche Beteiligte damit einverstanden erklärt haben und zum anderen nach Ansicht der Beschlusskammer eine mündliche Verhandlung für eine sachgerechte Durchführung des Verfahrens nicht erforderlich ist.

### 2. Beteiligtenrechte

Die Beigeladene 2 hat von der Beschlusskammer gefordert, die Kostenunterlagen der Antragstellerin, auf welche sich diese in ihrem Antrag bezieht, ungeschwärzt zur Akteneinsicht zugänglich zu machen. Zur Begründung führt die Beigeladene die kürzlich im Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO ergangenen Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG 20 F 7.03 und 20 F 9.03 vom 15.08.2003) an.

Die Beschlusskammer hat von einer Offenlegung der geschwärzten Unterlagen gegenüber der Beigeladenen 2 abgesehen. Der Beigeladenen wurde mit Schreiben vom 12.09.2003 grundsätzlich gemäß § 29 Abs. 1 VwVfG Akteneinsicht gewährt. Gemäß § 29 Abs. 2 VwVfG musste das Recht auf Akteneinsicht allerdings in dem Umfang eingeschränkt werden, in dem gegenüber der Antragstellerin gemäß § 30 VwVfG eine Geheimhaltungspflicht bestand. Bei der in diesem Rahmen vorzunehmenden Güter- und Interessenabwägung überwog das Geheimhaltungsinteresse der Antragstellerin das Informationsinteresse der Beigeladenen.

Die von der Beigeladenen 2 zitierten Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts beziehen sich auf einen anderen Sachverhalt. Das Gericht hatte zu entscheiden, ob die gemäß § 99 VwGO zuständige Behörde zur Vorlage der Akten an das Hauptsachegericht verpflichtet ist, wenn ohne die Vorlage eine Beweislastentscheidung ergehen müsste. Es wurde dabei das schutzwürdige Interesse der Beteiligten und das öffentliche Interesse an einer lückenlosen Sachverhaltsaufklärung im Rechtsstreit gegen das Interesse der Antragstellerin (und Beigeladene im Gerichtsverfahren) an der Geheimhaltung ihrer verfassungsrechtlich geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse abgewogen. Dabei hat das Gericht ausgeführt:

„In die Abwägung des Interesses an der Offenlegung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gegen das Geheimhaltungsinteresse ist einzubeziehen, wie sich die Geheimhaltung der entscheidungserheblichen Tatsachen auf den Ausgang des Rechtsstreits auswirkt. Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (vgl. Art. 19 Abs. 4 GG) schließt ein, dass das Gericht das Rechtsschutzbegehren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend prüfen kann. (...) Die verfassungsrechtlich gebotene Effektivität des Rechtsschutzes wird eingeschränkt, wenn die Geheimhaltung entscheidungserheblicher Tatsachen sich nachteilig für den Rechtsschutzsuchenden auswirkt. (...) Das ist der Fall, wenn mangels Verwertbarkeit geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen über die Hauptsache nach Beweislastgrundsätzen zum Nachteil des Rechtsschutzsuchenden entschieden werden muss. (...) Aber auch bei umgekehrter Beweislastverteilung verfehlt eine mangels Offenlegung entscheidungserheblicher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse getroffene Beweislastentscheidung das eigentliche Rechtsschutzziel, weil die zwischen den Beteiligten streitigen Fragen zur Auslegung und Anwendung der Vorschriften ... ungeklärt bleiben.“

Für das Gericht war es somit ausschlaggebend, dass dem Hauptsachegericht bei einer Nicht-Offenlegung wesentliche Bestandteile der Entscheidungsgrundlage fehlten und es somit an einer Sachentscheidung gehindert wäre und auf eine Beweislastentscheidung zurückgreifen müsste.

Anders ist die Situation im Verwaltungsverfahren. Der Beschlusskammer liegen sämtliche ungeschwärzte Unterlagen vor und sie kann diese uneingeschränkt bei der Entscheidung verwerten. Die Frage der Offenlegung bezieht sich hier nur auf eine Offenlegung gegenüber den Beigeladenen nicht auf gegenüber dem für die Entscheidung zuständigen Gremium. Die Geheimhaltung der Tatsachen wirkt sich also regelmäßig nicht auf den Ausgang des Verwaltungsverfahrens aus. In dieser Konstellation, in der es nicht um die Gewährung effektiven Rechtsschutzes als solchem sondern um das Recht Beigeladener auf Abgabe einer umfassenden Stellungnahme im Verwaltungsverfahren geht, fällt eine Interesseabwägung zu Gunsten des Geheimhaltungsinteresses aus.

### 3. Genehmigungspflicht

Die beantragte Entgeltmaßnahme unterliegt der Genehmigungspflicht gemäß § 25 Abs. 1 TKG.

a) Bei der Leistung „Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten“ handelt es sich um das Angebot von Sprachtelefondienst. Der wesentliche Inhalt dieser Leistung richtet sich darauf, den Vorgang der Portierung, für den Fall, dass Störungen auftreten, zu wiederholen, abzubrechen oder umzukehren. Die Antragstellerin erbringt die vorliegende Leistung im Rahmen des Sprachtelefondienstes.

b) Die Antragstellerin verfügt im Bereich des Angebots von Sprachtelefondienst nach wie vor über eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. § 25 Abs. 1 TKG i.V.m. § 19 GWB.

Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die in dem Vorgängerverfahren BK2e-02/016 getroffenen Feststellungen zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung geändert werden müssten. Insbesondere verfügt die Antragstellerin im Bereich der Anschlüsse, welchem die hier gegenständliche Leistung im Zweifel zuzurechnen ist, weiterhin über einen Marktanteil von weit über 90%.

### 4. Verfahrensart

Gemäß § 27 TKG genehmigt die Regulierungsbehörde Entgelte nach § 25 Abs. 1 TKG entweder im Einzelgenehmigungsverfahren auf der Grundlage der auf die einzelne Dienstleistung entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung oder im Price-Cap-Genehmigungsverfahren auf der Grundlage der vorgegebenen Maßgrößen für die durchschnittliche Änderungsrate der Entgelte für einen Korb zusammengefasster Dienstleistungen.

Im vorliegenden Fall sind die Vorschriften des Einzelgenehmigungsverfahrens nach § 27 Abs. 1 Nr.1 TKG heranzuziehen.

### 5. Genehmigungsfähigkeit

Die Voraussetzungen für die Genehmigung des mit dem Hauptantrag beantragten Entgelts sind nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 und Abs. 3 TKG nicht erfüllt, weil dieses nicht den Anforderungen des § 24 Abs. 1 TKG i.V.m. § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG entspricht. Es konnte vielmehr nur das mit dem Hilfsantrag beantragte und mit Beschluss vom 07.11.2002 (Az. BK2e-02/016) für das vergangene Jahr bereits genehmigte Entgelt in Höhe von € 21,30 o. USt. genehmigt werden.

Die Antragstellerin hat dem Antrag keine neuen Kostenunterlagen beigelegt, sondern auf die Verfahrensunterlagen, die dem letzten Entgeltgenehmigungsantrag für die Leistung „Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten“ (BK2e – 02/016) beigelegt waren, verwiesen. Die Sach- und Rechtslage hat sich seit dem letzten Antrag nicht wesentlich geändert. Es kam daher nur eine Verlängerung des bisher genehmigten Entgelts in Betracht.

Der Vortrag der Beigeladenen 2 zur Senkung von Fakturierungs- und Unternehmensgemeinkosten ist nicht geeignet zu einer weiteren Kürzung zu führen. Es handelt sich bei der hier verlängerten Genehmigung (BK2e – 02/016) nämlich um eine deutliche Teilgenehmigung bei der bereits ein großer Kostenanteil nicht berücksichtigt wurde.

#### 5. Befristung

Die Befristung der Genehmigung der Entgelte erfolgte auf der Grundlage des § 28 Abs. 3 TKG i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.

Im Rahmen der Festlegung der Länge der Befristung sind dabei insbesondere zwei Gesichtspunkte abzuwägen: Einerseits muss die Befristung angesichts des Umfangs der vorzulegenden Unterlagen und des damit verbundenen Aufwandes sowohl für die Antragstellerin als auch für die Beschlusskammer eine gewisse Länge haben. Andererseits können sich die Grundlagen des Entgeltes - insbesondere auf dem Telekommunikationssektor - sehr schnell ändern, sodass eine Überprüfung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung in regelmäßigen, überschaubaren Abständen durch die Bemessung der Befristung möglich sein muss. Insgesamt erscheint eine Befristung von 16 Monaten unter diesen Gesichtspunkten hier angemessen.

Bei der Festlegung des Befristungszeitraums bis zum 29.02.2005 wurde insbesondere auch berücksichtigt, dass die Antragstellerin plant, die Leistung „Erfolgskontrolle bei der Sicherstellung der Rufnummernportierung zu besonderen Zeiten als weitere Entgeltposition in die Entgelte zur „Sicherstellung der Rufnummernportabilität“ zu integrieren sowie für diese Entgelte eine gemeinsame Kostenstudie zu erstellen. Die betreffenden Entgelte sind bis zum 31.12.2004 genehmigt (Bescheid BK2a-03/007). Im Sinne einer Entzerrung der Verfahren, wären die hier gegenständlichen Entgelte somit unmittelbar im Anschluss an die Entgelte für „Sicherstellung der Rufnummernportabilität“ zu beantragen.

#### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muß den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens 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 (§ 80 Abs. 2 TKG).

Bonn, den 30.10.2003

Kuhrmeyer  
Vorsitzender

Busch  
Beisitzer

Schölzel  
Beisitzerin