

KOA 6.300/24-012

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus der Vorsitzenden-Stellvertreterin Dr. Susanne Lackner als Senatsvorsitzender und den weiteren Mitgliedern Dr. Martina Hohensinn und Dr. Katharina Urbanek, im Verfahren zur Marktdefinition und Marktanalyse gemäß § 199 Abs. 2 Z 12 iVm § 87 Abs. 1 TKG 2021 betreffend die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021 wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Gemäß § 87 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz 2021 (TKG 2021), BGBl. I Nr. 190/2021 idF BGBl. I Nr. 75/2024, wird festgestellt, dass der **Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ einen der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Markt bildet**. Anbieter auf diesem Markt sind all jene Unternehmen, die Hörfunkübertragung zum Endkunden mittels analoger terrestrischer Übertragungstechnologie (UKW) anbieten. Nachfrager sind jene Unternehmen bzw. Programmveranstalter, die die Übermittlung der von ihnen gestalteten Radioprogramme zum Endkunden auf dem analogen terrestrischen Übertragungsweg nachfragen. Dieser Markt beinhaltet auch Eigenleistungen, das sind jene Leistungen, welche sich ein Anbieter für die Ausstrahlung eines eigenen Hörfunkprogramms selbst bereitstellt oder durch ein verbundenes Unternehmen bereitstellen lässt. Der Markt umfasst in geographischer Hinsicht das Bundesgebiet der Republik Österreich.
2. Gemäß §§ 87 Abs. 1 iVm 89 Abs. 1 TKG 2021 wird festgestellt, dass die **Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG (FN 256454p) gemeinsam mit der ORS comm GmbH & Co KG (FN 357120b)**, hiernach gemeinsam als „**ORS**“ bezeichnet, auf dem Markt gemäß Spruchpunkt 1. **über beträchtliche Marktmacht** verfügt und somit kein effektiver Wettbewerb auf diesem Markt besteht.
3. Der **ORS** werden hinsichtlich des Marktes gemäß Spruchpunkt 1. gemäß § 87 Abs. 1 TKG 2021 folgende **spezifische Verpflichtungen auferlegt**:

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mariahilfer Straße 77–79
1060 WIEN
ÖSTERREICH
www.rtr.at

E: rtr@rtr.at
T: +43 1 58058-0
F: +43 1 58058-9191
DVR-Nr.: 4009878

- 3.1. Die ORS hat gemäß § 95 Abs. 1 TKG 2021 auf zumutbare Nachfrage nichtdiskriminierenden Zugang zur terrestrischen UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden an ihren Sendestandorten zu gewähren. Hierbei hat die ORS ungebündelten Zugang zu ihrer Senderinfrastruktur in dem vom Kunden spezifizierten Umfang anzubieten. Der Kunde darf nicht verpflichtet werden, Dienste und Leistungen in Anspruch zu nehmen, welche von ihm nicht nachgefragt werden.
- 3.2. Die ORS hat für jede marktgegenständliche Leistung für die unter Spruchpunkt 3.1 angeführten Zugangsleistungen gemäß § 96 Abs. 1 TKG 2021 ein Entgelt maximal in Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung zu verrechnen. Die Berechnung der Kosten hat unter Anwendung der in der Empfehlung der Europäischen Kommission 2005/698/EG über die getrennte Buchführung und Kostenrechnungssysteme entsprechend dem Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation vom 19.09.2005 (ABl. L 266/64 vom 11.10.2005, im Folgenden: Kostenrechnungsempfehlung 2005) und der Mitteilung der Europäischen Kommission 2019/C 375/01 über die Berechnung der Kapitalkosten für Altinfrastrukturen im Zusammenhang mit der Prüfung nationaler Notifizierungen im Sektor der elektronischen Kommunikation in der EU durch die Kommission (ABl. C 375/1 vom 06.11.2019, im Folgenden: WACC-Mitteilung) aufgestellten Regeln zu erfolgen. Das Kostenrechnungssystem hat dabei insbesondere den folgenden Grundsätzen zu genügen:
- Relevanz
 - Zuverlässigkeit
 - Vergleichbarkeit
 - Wesentlichkeit
 - Integrität der Daten
 - Nachvollziehbarkeit
 - verursachergerechte Kostenzurechnung
 - getrennte Bestimmung der direkten und indirekten Kosten
 - konsistente Bewertung
 - angemessene Kapitalverzinsung
 - effiziente Leistungsbereitstellung
 - Annäherung an langfristige durchschnittliche Kosten
 - Durchschnittsbildung
- 3.2.1. Auf Aufforderung durch die KommAustria hat die ORS nachzuweisen, dass ihre Entgelte für marktgegenständliche Leistungen den Vorgaben des Spruchpunktes 3.2 entsprechen (§ 96 Abs. 4 TKG 2021).
- 3.2.2. Die ORS hat binnen zwei Monaten nach Rechtswirksamkeit dieses Bescheides gemäß § 96 Abs. 4 TKG 2021 eine Beschreibung der Kostenrechnungsmethode, in der die wesentlichen Kostenarten und die Regeln der Kostenzuweisung aufgeführt werden und in der die Kostendaten des Vorjahres vollständig enthalten sind, an die KommAustria zu übermitteln. Ab dem folgenden Jahr hat diese Übermittlung inklusive der vollständigen Kostendaten des unmittelbar vorangegangenen Kalenderjahres jährlich bis zum 31. Mai zu erfolgen.

- 3.2.3. Der für die Berechnung der angemessenen Kapitalverzinsung anzuwendende WACC vor Steuern wird mit 5,02 % festgelegt.
- 3.3. Die ORS hat Unternehmen, die Zugang zur terrestrischen UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden an ihren Sendestandorten nachfragen, gemäß § 92 Abs. 1 und 2 TKG 2021 gleich zu behandeln, d.h. ihnen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten und ihnen Dienste und Informationen zu gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie intern oder wie für verbundene Unternehmen bereitzustellen. Sie hat ihre marktgegenständlichen Leistungen Nachfragern nicht zu gegenüber den an den Österreichischen Rundfunk (ORF) im Zusammenhang mit der Erbringung des Versorgungsauftrags gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 ORF-G erbrachten Leistungen unsachlich benachteiligenden Bedingungen anzubieten und zu erbringen.
- 3.4. Für die nach Spruchpunkt 3.1 bereitzustellenden Übertragungsleistungen hat die ORS binnen zwei Monaten ab Rechtswirksamkeit dieses Bescheids gemäß § 91 Abs. 4 TKG 2021 ein aktualisiertes Standardangebot auf ihrer Website leicht, unmittelbar und ständig zugänglich zu veröffentlichen und der KommAustria den Link dazu in elektronischer Form zu übermitteln. Das Standardangebot hat hinreichend detaillierte Teilleistungen zu enthalten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte nach Spruchpunkt 3.2 und allfällige Rabatte offen zu legen. In das Standardangebot hat die ORS zumindest Angaben zu den folgenden Punkten aufzunehmen:
- Entgelte für Sender und Umsetzer (Ballempfang)
 - Detaillierte (technische) Beschreibung des Angebotsgegenstandes inkl. Nebenleistungen
 - Bestimmungen über Angebotsannahme, (Mindest)Vertragsdauer, (außerordentliche) Kündigung, Vertragsverlängerung und Vertragsanpassung inkl. Änderungen des Angebotsgegenstandes
 - Bestimmungen über Beginn und Ende der Leistungsbereitstellung inklusive vertraglicher Fristen
 - Bestimmungen zu Qualitätssicherung, Entstörung und Beschwerdemanagement
 - Bestimmungen zu Migrations- und Wechselprozessen
- 3.4.1. Die ORS hat gemäß § 91 Abs. 4 iVm § 96 Abs. 4 und 5 TKG 2021 das Standardangebot jährlich zum 31. Mai vollständig auf die Kostendaten des jeweils unmittelbar vorangegangenen Kalenderjahres zu aktualisieren, unverzüglich auf der Website der ORS zu veröffentlichen und der KommAustria per Link in elektronischer Form zu übermitteln, ebenso nach jeder sonstigen Aktualisierung des Standardangebots.
- 3.4.2. Gemäß § 91 Abs. 4 iVm § 92 Abs. 2 TKG 2021 hat die ORS bei jeder Aktualisierung des Standardangebots auf Nachfrage des Rundfunkveranstalters Verträge, die nach Zustellung dieses Bescheides abgeschlossen wurden, binnen sechs Monaten ohne zusätzliche Kosten an dieses anzupassen. Auch das Standardangebot hat eine entsprechende Klausel zu enthalten, wonach bei jeder Aktualisierung des Standardangebots auf Nachfrage des Rundfunkveranstalters dessen Verträge binnen sechs Monaten ohne zusätzliche Kosten an das neue Standardangebot angepasst werden.

- 3.4.3. Bis zur Aktualisierung des Standardangebotes hat die ORS Nachfragern die marktgegenständliche Leistung entsprechend dem derzeit veröffentlichten Standardangebot bereit zu stellen.
- 3.5. Die ORS hat gemäß § 93 Abs. 1 TKG 2021 jährlich zum 31. Mai des Folgejahres ihre Kosten und Erträge des vorangegangenen Jahres auf dem vorliegenden Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Übertragungsdiensten für Rundfunksignale in einem eigenen Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln („getrennte Buchführung“). In diesem Zusammenhang sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde insbesondere folgende Informationen bereitzustellen:
- Erträge
 - Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstige Kosten)
 - detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens inklusive Personalkennzahlen
4. Gemäß § 89 Abs. 1 zweiter Satz TKG 2021 werden mit Zustellung dieses Bescheides die der **ORS** mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) vom 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E, auferlegten Verpflichtungen betreffend den Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ aufgehoben.

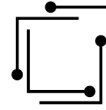
II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Beschluss vom 15.06.2022 leitete die KommAustria ein Verfahren zur Feststellung der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021, also insbesondere jener zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Zusatzdiensten sowie der Feststellung, ob auf diesen jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist, und gegebenenfalls zur Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen im Sinne des § 87 Abs. 1 TKG 2021, ein.

Die Einleitung des Verfahrens wurde von der KommAustria am selben Tag mit Edikt, KOA 6.300/22-001, auf der Website der Regulierungsbehörde www.rtr.at (auf der Startseite und unter <https://www.rtr.at/medien/aktuelles/veroeffentlichungen/Veroeffentlichungen/Sonstiges/EdiktMarktanalyse2022.de.html>) kundgemacht. Im Edikt wurden Personen, die der Auffassung sind, dass sie vom Ausgang des gegenständlichen Verfahrens betroffen sind, aufgefordert, der KommAustria binnen sechs Wochen ab Veröffentlichung dieses Edikts, also bis zum 27.07.2022, ihre Betroffenheit schriftlich glaubhaft zu machen.

Am gleichen Tag bestellte die KommAustria Dr. Roland Belfin zum Amtssachverständigen und beauftragte ihn mit der Erstellung eines Gutachtens mit folgendem Gegenstand:



„(1) Erhebung und Prüfung der ökonomischen Voraussetzungen für die Abgrenzung von Märkten im Bereich elektronischer Kommunikationsdienste und -netze zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten nach den einschlägigen Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechtes und Prüfung hinsichtlich dieser Märkte, inwieweit die Voraussetzungen für die Feststellung als relevante Märkte im Sinne des § 87 Abs. 1 TKG 2021 vorliegen. Dabei sind insbesondere die Empfehlung (EU) 2020/2245 der Kommission vom 18.12.2020 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die gemäß der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, die derzeit der Regulierung unterliegenden Märkte sowie die seit Abschluss der zuletzt durchgeführten Marktanalyseverfahren eingetretenen Entwicklungen zu berücksichtigen.

(2) Erhebung und Prüfung der ökonomischen Voraussetzungen für die Feststellung im Sinne des § 87 Abs. 1 TKG 2021, ob auf diesen relevanten Märkten jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber aus wirtschaftlicher Sicht effektiver Wettbewerb gegeben ist. Dabei sind auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die effektivem Wettbewerb gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang ist das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 86 TKG 2021 nach Maßgabe ihrer Relevanz für die betreffenden Märkte zu berücksichtigen sind.

(3) Sollte der Amtssachverständige Wettbewerbsprobleme identifizieren, wird er beauftragt, darzulegen, welche konkreten spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 89 ff TKG 2021 aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den Wettbewerbsproblemen zu begegnen. In diesem Zusammenhang ist auch zu untersuchen, ob die mit Bescheid vom 01.08.2018, KOA 6.300/18-015, betreffend den Vorleistungsmarkt ‚Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW‘ auferlegten spezifischen Verpflichtungen weiterhin aufrechterhalten oder allenfalls abgeändert werden sollen.“

Bis zum Ablauf des 27.07.2022 wurde von folgenden Personen die Betroffenheit durch das gegenständliche Verfahren geltend gemacht:

- Radio Maria Österreich - Der Sender mit Sendung
- N & C Privatrado Betriebs GmbH
- KRONEHIT Radio BetriebsgmbH.
- Krone Multimedia GesmbH & Co KG
- Kirchliche Stiftung Radio Stephansdom
- ANTENNE VORARLBERG GmbH
- Regionalradio Tirol GmbH
- Radio Arabella GmbH
- Arabella Digital GmbH
- Canal+ Austria GmbH
- Red Bull Media House GmbH
- Sky Österreich Fernsehen GmbH
- schau Media Wien GesmbH
- Life Radio GmbH & Co. KG
- Radio Eins Privatrado GmbH

- Mass Response Service GmbH
- T-Mobile Austria GmbH
- LIWEST Kabelmedien GmbH
- Hutchison Drei Austria GmbH
- Canal+ Luxembourg S.á.r.l.
- KAPPER NETWORK-COMMUNICATIONS GmbH
- A.K.I.S. GmbH

Mit Schreiben vom 25.10.2022 teilte die KommAustria den genannten Personen mit, dass ihnen auf Grund der Glaubhaftmachung ihrer Betroffenheit Parteistellung aufgrund von § 90 Abs. 3 TKG 2021 im gegenständlichen Verfahren zukommt. Mit Schreiben vom gleichen Tag informierte die KommAustria die ORS, dass ihr aufgrund von § 90 Abs. 2 TKG 2021 Parteistellung im gegenständlichen Verfahren zukommt.

Das am 28.07.2022 eingelangte Schreiben der RTG Radio Technikum GmbH zur Geltendmachung der Betroffenheit wurde mit rechtskräftigem Bescheid der KommAustria vom 24.10.2022, KOA 6.300/22-032, als verspätet zurückgewiesen.

Am 02.12.2022 übermittelte der Amtssachverständige Dr. Roland Belfin sein Gutachten an die KommAustria. Dieses wurde den Verfahrensparteien mit Schreiben vom 06.12.2022 übermittelt und diesen Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen.

Am 22.12.2022 teilte die Red Bull Media House GmbH mit, von der Erstattung einer Stellungnahme zum Gutachten abzusehen.

Am 11.01.2023 nahmen die ANTENNE VORARLBERG GmbH, KRONEHIT Radio BetriebsgmbH., Life Radio GmbH & Co. KG, N & C Privatrado Betriebs GmbH, Radio Arabella GmbH, Arabella Digital GmbH, Radio Eins Privatrado GmbH, Regionalradio Tirol GmbH, Kirchliche Stiftung Radio Stephansdom, Radio Maria Österreich – Der Sender mit Sendung, Canal+ Austria GmbH und schau Media Wien GesmbH, alle vertreten durch den Verband Österreichischer Privatsender (VÖP) gemeinsam (in der Folge: die vom VÖP vertretenen Parteien) und am 17.01.2023 die ORS zum Gutachten Stellung. Diese Stellungnahmen wurden den Parteien mit Schreiben der KommAustria vom 25.01.2023 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Am 13.02.2023 teilte die Red Bull Media House GmbH mit, von der Erstattung einer Stellungnahme abzusehen.

Die vom VÖP vertretenen Parteien nahmen mit Schreiben vom 07.02.2023 erneut Stellung, die ORS mit Schreiben vom 23.02.2023. Diese Stellungnahmen wurden den Parteien mit Schreiben der KommAustria vom 24.02.2023 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Mit Schreiben vom 16.03.2023 teilte die Red Bull Media House GmbH mit, keine Stellungnahme zur Stellungnahme des VÖP abzugeben.

Am 01.03.2023 beauftragte die KommAustria den Amtssachverständigen Dr. Roland Belfin mit der Erstellung eines Ergänzungsgutachtens hinsichtlich eines allenfalls vorhandenen Markts für die

Verbreitung von Radioprogrammen in Tunnelanlagen im Sinne des entsprechenden Vorbringens der vom VÖP vertretenen Parteien im Schreiben vom 07.02.2023.

Am 06.03.2023 legte der Amtssachverständige sein Ergänzungsgutachten vor. Dieses wurde den Parteien mit Schreiben der KommAustria vom 08.03.2023 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Mit Schreiben vom 02.05.2023 nahmen die vom VÖP vertretenen Parteien neuerlich Stellung. Diese Stellungnahme wurde den anderen Parteien mit Schreiben der KommAustria vom 04.05.2023 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Mit Schreiben vom 23.05.2023 teilte die Red Bull Media House GmbH mit, keine Stellungnahme zur Stellungnahme des VÖP abzugeben.

Mit rechtskräftigem Bescheid der KommAustria vom 11.05.2023, KOA 6.300/23-016, wurden O.Univ.-Prof. Dr. Josef Zechner sowie Univ.-Prof. Dr. Otto Randl im gegenständlichen Verfahren zu nichtamtlichen Sachverständigen aus dem Fachgebiet Finanzwissenschaften bestellt. Mit Schreiben vom 15.05.2023 erteilte die KommAustria den nichtamtlichen Sachverständigen den Auftrag zur Erstellung eines Gutachtens zur Ermittlung von angemessenen Finanzierungskosten für Anbieter auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“. Mit Schreiben vom 30.05.2023 übermittelte die KommAustria den Gutachtensauftrag an die Verfahrensparteien zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 30.05.2023 nahm die ORS erneut Stellung. Diese Stellungnahmen wurden den anderen Parteien mit Schreiben der KommAustria vom 06.06.2023 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Am 26.06.2023 teilte die Red Bull Media House GmbH mit, von der Erstattung einer Stellungnahme abzusehen.

Mit Schreiben vom 28.07.2023 legten die nichtamtlichen Sachverständigen ihr Gutachten vor. Dieses wurde den Parteien mit Schreiben vom 31.07.2023 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Mit Schreiben vom 21.08.2023 teilte die Red Bull Media House GmbH mit, keine Stellungnahme abzugeben.

Mit Schreiben vom 03.10.2023 nahm die ORS zum Gutachten der nichtamtlichen Sachverständigen Stellung. Diese Stellungnahme wurde den anderen Parteien sowie den nichtamtlichen Sachverständigen mit Schreiben der KommAustria vom 12.10.2023 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Mit Schreiben vom 07.11.2023 erstatteten die nichtamtlichen Sachverständigen eine gutachterliche Stellungnahme. Diese wurde den Parteien mit Schreiben der KommAustria vom 09.11.2023 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Mit Schreiben vom 09.11.2023 bzw. 27.11.2023 teilte die Red Bull Media House GmbH mit, zur Stellungnahme der ORS und der gutachterlichen Stellungnahme keine Stellungnahme zu erstatten.

Mit Schreiben vom 11.12.2023 nahm die ORS zur gutachterlichen Stellungnahme der nichtamtlichen Sachverständigen Stellung. Diese Stellungnahme wurde den anderen Parteien sowie den nichtamtlichen Sachverständigen mit Schreiben der KommAustria vom 13.12.2023 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Mit Schreiben vom 18.12.2023 teilte die Red Bull Media House GmbH mit, keine Stellungnahme zum Schreiben der ORS abzugeben.

Am 13.03.2024 beschloss die KommAustria einen Entwurf einer Vollziehungshandlung betreffend die Marktdefinition und Marktanalyse gemäß § 87 Abs. 1 und 2 sowie § 89 iVm § 199 Abs. 2 Z 12 TKG 2021 betreffend die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Zusatzdiensten.

Am 15.03.2024 wurde die nationale Konsultation des Entwurfs der Vollziehungshandlung der KommAustria hinsichtlich des Vorleistungsmarktes für analoge terrestrische Übertragung (UKW) von Hörfunksignalen zum Endkunden gemäß § 206 TKG 2021 eingeleitet. Im Zuge des Konsultationsverfahrens wurde der Maßnahmenentwurf bis 19.04.2024 auf der Website der Regulierungsbehörde öffentlich zugänglich gemacht. Im Rahmen der Konsultation langte eine Stellungnahme der ORS vom 19.04.2024 bei der KommAustria ein.

Weiters wurde der Maßnahmenentwurf gemäß § 90 Abs. 1 TKG 2021 der Bundeswettbewerbsbehörde sowie dem Bundeskartellanwalt zur Stellungnahme übermittelt.

Im Rahmen eines Pränotifikationsmeetings im Sinne von Randnummer 1 der Empfehlung EU 2021/554 der Kommission vom 30.03.2021 über Form, Inhalt, Fristen und Ausführlichkeit der Notifizierungen gemäß den Verfahren nach Art. 32 der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation am 14.05.2024 wurden der konsultierte Maßnahmenentwurf und die Ergebnisse der Konsultation mit der Europäischen Kommission erörtert. Mit E-Mail vom 22.05.2024 teilte die Europäische Kommission der KommAustria ihre Bedenken im Hinblick auf die Berechnung des risikofreien Zinssatzes zur Bestimmung der angemessenen Kapitalverzinsung auf Grundlage des Gutachtens der nichtamtlichen Sachverständigen mit.

Am 27.05.2024 beschloss die KommAustria unter Berücksichtigung der Ergebnisse der nationalen Konsultation einen adaptierten Entwurf einer Vollziehungshandlung betreffend die Marktdefinition und Marktanalyse gemäß § 87 Abs. 1 und 2 sowie § 89 iVm § 199 Abs. 2 Z 12 TKG 2021 betreffend die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Zusatzdiensten. Dieser wurde am selben Tag im Rahmen des Koordinationsverfahrens gemäß § 207 TKG 2021 der Europäischen Kommission, dem Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Verfügung gestellt. Mit Schreiben vom 28.05.2024 informierte die KommAustria die Verfahrensparteien über den Beginn des Konsultationsverfahrens gemäß § 207 TKG 2021 und übermittelte diesen den Entwurf einer Vollziehungshandlung vom 27.05.2024 zur Kenntnis.

Mit Schreiben vom 25.06.2024 nahm die ORS zum Entwurf einer Vollziehungshandlung vom 27.05.2024 Stellung.

Die Europäische Kommission teilte im Rahmen ihrer Entscheidung vom 26.06.2024, C (2024) 4575 final, bei der KommAustria eingelangt am 27.06.2024, mit, keine Anmerkungen zum notifizierten Entwurf zu haben. Diese Entscheidung sowie der Maßnahmenentwurf vom 27.05.2024 und die Stellungnahme der ORS wurden den Verfahrensparteien mit Schreiben vom 27.06.2024 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Am 16.07.2024 nahm die ORS erneut Stellung und wiederholte im Wesentlichen ihr Vorbringen in der Stellungnahme vom 25.06.2024.

Es langten keine weiteren Stellungnahmen ein.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Mit Beschluss vom 15.06.2022 leitete die KommAustria ein Verfahren zur Feststellung der der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021, also insbesondere jener zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Zusatzdiensten sowie der Feststellung, ob auf diesen jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist, und gegebenenfalls der Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen im Sinne des § 87 Abs. 1 TKG 2021, ein. Die Einleitung des Verfahrens wurde von der KommAustria am selben Tag mit Edikt, KOA 6.300/22-001, auf der Website der Regulierungsbehörde www.rtr.at (auf der Startseite und unter <https://www.rtr.at/medien/aktuelles/veroeffentlichungen/Veroeffentlichungen/Sonstiges/EdiktMarktanalyse2022.de.html>) in folgender Weise kundgemacht (Hervorhebungen im Original):

***„Kundmachung eines Edikts der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) gemäß § 40
KommAustria-Gesetz (KOG)***

Die KommAustria hat am heutigen Tag ein Verfahren gemäß § 199 Abs. 2 Z 12 iVm § 87 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz 2021 (TKG 2021), BGBl. I Nr. 190/2021, eingeleitet:

1. Beschreibung des Verfahrensgegenstandes

Gegenstand des Verfahrens ist die Feststellung der der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021, also insbesondere jener zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Zusatzdiensten sowie die Feststellung, ob auf diesen jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist, und gegebenenfalls die Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen.

2. Frist zur Glaubhaftmachung der Betroffenheit

*Personen, die der Auffassung sind, dass sie vom Ausgang des hier geschilderten Verfahrens betroffen sind, werden aufgefordert, der KommAustria **binnen sechs Wochen** ab Veröffentlichung dieses Edikts, also **bis zum 27.07.2022**, ihre Betroffenheit schriftlich glaubhaft zu machen.*

3. Rechtsfolgen der Fristversäumnis

Personen, die nicht innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Veröffentlichung dieses Edikts ihre Betroffenheit schriftlich glaubhaft machen, verlieren ihre Stellung als Partei.

Ein Betroffener, der glaubhaft macht, dass er durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, rechtzeitig seine Betroffenheit glaubhaft zu machen, und den kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft, kann binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses, jedoch spätestens bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung der Sache seine Betroffenheit glaubhaft machen. Eine solche Glaubhaftmachung der Betroffenheit gilt als rechtzeitig eingebracht.

4. Elektronische Kommunikationswege

Das Verfahren kann auch unter Zuhilfenahme von elektronischen Kommunikationswegen geführt werden.

Kundmachungen und Zustellungen können auch durch Edikt auf der Website der Regulierungsbehörde unter:

<https://www.rtr.at/medien/aktuelles/veroeffentlichungen/Edikte>

vorgenommen werden.

5. Elektronische Akteneinsicht

Den Parteien kann Akteneinsicht auch elektronisch gewährt werden.“

Bis zum Ablauf des 27.07.2022 wurde von den folgenden Personen fristgerecht die Betroffenheit durch das gegenständliche Verfahren geltend gemacht:

- Radio Maria Österreich - Der Sender mit Sendung
- N & C Privatrado Betriebs GmbH
- KRONEHIT Radio BetriebsgmbH.
- Krone Multimedia GesmbH & Co KG
- Kirchliche Stiftung Radio Stephansdom
- ANTENNE VORARLBERG GmbH
- Regionalradio Tirol GmbH
- Radio Arabella GmbH
- Arabella Digital GmbH
- Canal+ Austria GmbH
- Red Bull Media House GmbH

- Sky Österreich Fernsehen GmbH
- schau Media Wien GesmbH
- Life Radio GmbH & Co. KG
- Radio Eins Privatrado GmbH
- Mass Response Service GmbH
- T-Mobile Austria GmbH
- LIWEST Kabelmedien GmbH
- Hutchison Drei Austria GmbH
- Canal+ Luxembourg S.á.r.l.
- KAPPER NETWORK-COMMUNICATIONS GmbH
- A.K.I.S. GmbH

2.1. Zur Abgrenzung der Märkte im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021

2.1.1. Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung

Der angewendete ökonomische Ansatz zur Abgrenzung der Märkte wie folgt beruht auf dem Hypothetischen Monopolisten-Test (SSNIP-Test).

2.1.1.1. Substitutionspotential zwischen Hörfunk und Fernsehen

Zwischen Hörfunk und Fernsehen besteht keine ausreichende Substitutionsbeziehung, um sie in den gleichen Markt einzubeziehen. Belege dafür sind das unterschiedliche Nachfrageverhalten, unterschiedliche Marktstrukturen, unterschiedliche Vermarktungsstrukturen sowie unterschiedliche Endgeräte. Dieses niedrige Substitutionspotential bedingt die Definition getrennter Kandidatenmärkte für Hörfunk und Fernsehen. Die Trennung von Hörfunk und Fernsehen im Endkundenmarkt führt dazu, dass auch die vorgelagerten Übertragungsmärkte getrennt für Radio und Fernsehen zu definieren sind.

2.1.1.2. Zweiseitige Märkte

Eine relevante ökonomische Besonderheit in Medienmärkten ist die Präsenz eines Medienangebots (z.B. Fernsehen oder Radio-Angebot) auf zwei verschiedenen, interdependenten „Absatzmärkten“. Neben dem Rezipientenmarkt, also im vorliegenden Fall dem inhaltlichen Angebot an die Endnutzer, ist der andere Markt der Werbemarkt. Auf dem Werbemarkt wird das Medium, das am Rezipientenmarkt als Träger von redaktionellen Inhalten fungiert, gleichzeitig als Träger für absatzfördernde Botschaften der werbetreibenden Wirtschaft angeboten (Verbundprodukt). Für diesen Zusammenhang hat sich der Terminus „Zweiseitiger Markt“ etabliert. Dieses Phänomen muss in der Marktdefinition berücksichtigt werden.

2.1.1.3. Pay-Angebote und frei zugängliche Angebote

Die Europäische Kommission grenzt den Fernsehmarkt in die beiden sachlich relevanten Märkte Pay-TV und Free-TV ab. Die unterschiedliche Marktabgrenzung ist durch die verschiedenen Finanzierungsformen begründet. Pay-TV etabliert eine kommerzielle Beziehung zwischen dem Fernsehsender und dem Zuschauer, während Free-TV eine Beziehung zwischen der werbetreibenden Industrie und dem Fernsehsender herstellt.

Unzweifelhaft ist eine Interaktion zwischen den beiden Fernsehmärkten über die Zuschauerperspektive vorhanden. Aus Zuschauersicht sind jedoch Programme mit über Pay-TV verfügbaren Inhalten nicht mit Programmen und Inhalten des Free-TV austauschbar.

Schlussendlich sind die Geschäftsmodelle sehr unterschiedlich und die Angebotssubstituierbarkeit ist beschränkt. Während die Free-TV Anbieter sich entweder über Werbeeinnahmen oder Rundfunkgebühren finanzieren, erhalten die Pay-TV-Anbieter einen Großteil ihrer Einnahmen aus den Abonnement-Gebühren bzw. zu einem beschränkten Teil aus der Werbung. Die Europäische Kommission hält fest, dass Free-TV und Pay-TV unterschiedliche Märkte sind. Für die Substitutionsbeziehungen auf vorgelagerten Vorleistungsmärkten ist die Unterscheidung auf Endkundenseite in Pay-Angebote und frei verfügbare Angebote nicht von Bedeutung, weil sie auf die reine technische Signalverbreitung keinen Einfluss hat.

2.1.1.4. Fernsehen – Endkundenmarkt

Die Rundfunk-Endkundenmärkte unterfallen zwar grundsätzlich nicht der sektorspezifischen Regulierung (vgl. die rechtlichen Ausführungen unter 4.5.1); sie sind aber maßgeblich für die Abgrenzung der vorgelagerten Vorleistungsmärkte.

Für den Empfang von Fernsehen stehen grundsätzlich die Übertragungswege terrestrisch, über Kabel, Satellit oder das Internet zur Verfügung.

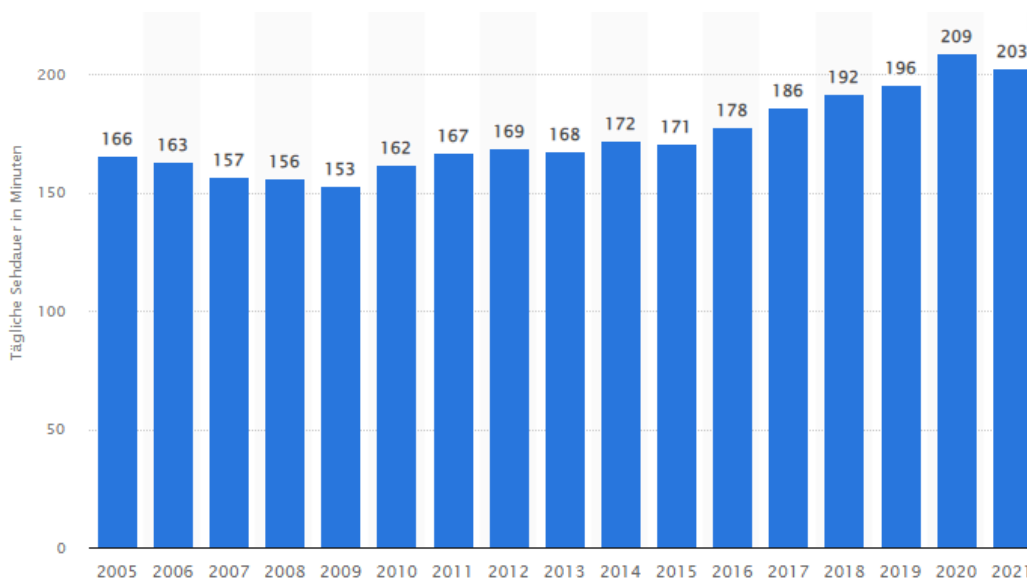
Die KommAustria hat im Rahmen des rechtskräftigen Bescheides vom 31.01.2018, KOA 6.300/18-002, (in der Folge: Bescheid Fernsehmärkte 2018) festgehalten, dass die genannten Empfangsebenen auf Endkundenseite prinzipiell miteinander austauschbar sind. Aus diesem Grund ist von einem starken Substitutionspotential über alle Plattformen auszugehen. Dieses hohe Substitutionspotential führte dazu, dass endkundenseitig ein Markt übergreifend für alle Plattformen abgegrenzt wurde.

Ausgehend von dieser Marktabgrenzung hat sich der Markt seit der letzten Marktdefinition und Marktanalyse hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Märkte (nunmehr) im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021 wie folgt entwickelt:

Entwicklung der täglichen Sehdauer

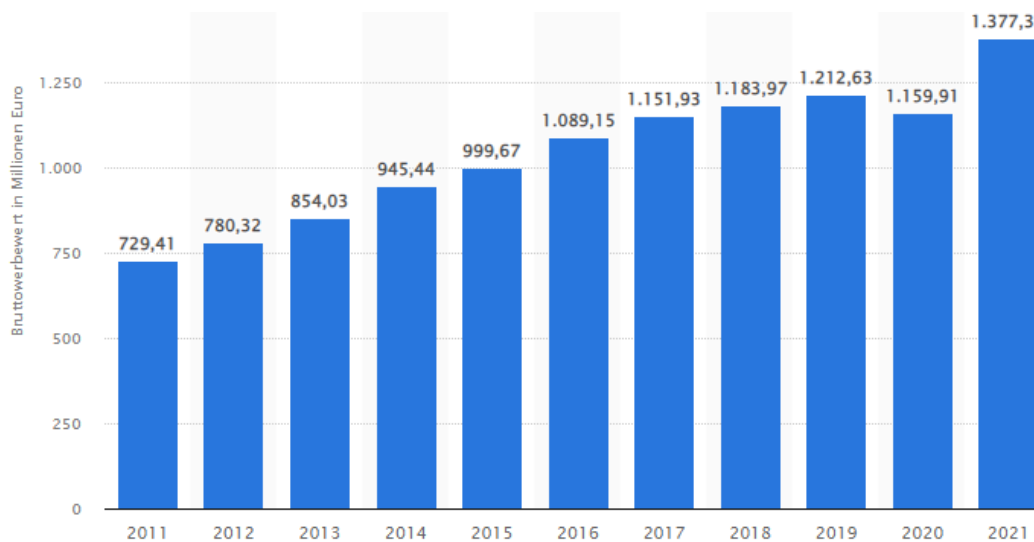
Die tägliche Sehdauer im Fernsehen in Österreich lag im Jahr 2021 bei 203 Minuten.

Abbildung 1 Entwicklung der täglichen Sehdauer im Fernsehen, Bevölkerung ab 12 Jahren in Haushalten



Der Indikator Sehdauer pro Tag ist langfristig gestiegen. Zu erkennen ist, dass trotz der Verfügbarkeit alternativer Bewegtbildangebote die Sehdauer im Fernsehen sogar noch steigt und daher nicht von einem Substitut derartiger Angebote für klassisches Fernsehen ausgegangen wird.

Abbildung 2 Entwicklung der Bruttowerbewerte im Fernsehen



Der Indikator Bruttowerbewertung zeigt langfristig eine steigende Tendenz. Die steigenden Bruttowerbewerte im Bereich des Fernsehens zeigen, dass der klassische Fernsehmarkt trotz stärker werdender Konkurrenz von Online-Angeboten und nichtlinearen Angeboten noch Wachstumspotential hat.

Entwicklung der Marktanteile

Die langfristige Entwicklung der Marktanteile der Fernsehprogramme laut AGTT/Teletest ist im Gesamtbild – daher nicht auf der Ebene eines einzelnen Fernsehprogramms – relativ stabil.

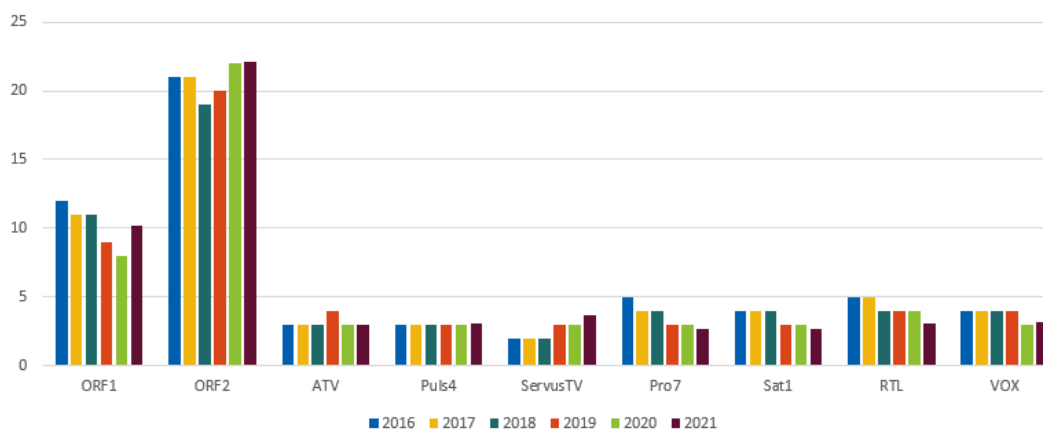
Tabelle 1 Langfristige Marktanteile Fernsehen 1995 bis 2020, Personen ab 12 Jahren, alle Empfangsebenen

Sender	1995	2000	2005	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
TV gesamt	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
ORF2	36	33	28	23	23	22	22	20	21	21	21	19	20	22
ORF1	27	24	20	15	14	14	12	13	12	12	11	11	9	8
ZDF	3	3	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4
RTL	7	6	6	6	7	6	5	5	5	5	5	4	4	4
VOX	.	2	3	5	5	4	4	4	4	4	4	4	4	3
Servus TV ¹	-	-	-	-	1	1	2	2	2	2	2	2	3	3
PULS 4 ²	-	-	-	3	3	3	4	4	3	3	3	3	3	3
ATV/ATV+ ³	-	-	2	4	4	3	3	3	3	3	3	3	4	3
PRO7	5	5	4	5	5	5	5	5	5	5	4	4	3	3
SAT1	6	5	6	7	7	6	5	5	5	4	4	4	3	3
ARD	3	3	4	4	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3
ORF III ⁴	-	-	-	-	-	.	1	1	2	2	2	2	2	.
kabel eins	1	4	3	3	3	3	3	3	3	3	3	2	2	2
RTL2	2	3	3	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2
3sat	1	1	1	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2
Super RTL	.	2	2	2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
SIXX ⁵	-	-	-	-	-	1	1	1	1	1	1	1	1	1
andere	9	9	14	15	16	20	21	22	22	23	26	28	30	32

Q: Arbeitsgemeinschaft Teletest (AGTT), GfK Austria. – Der Marktanteil drückt den prozentuellen Anteil der einzelnen TV-Kanäle an der gesamten Fernsehnutzungszeit aus. Grundgesamtheit: österreichische Wohnbevölkerung in TV-Haushalten ab dem Alter von 12 Jahren.

1) Sendestart am 1.10.2009. – 2) Sendestart am 28.1.2008 (Jahresmarktanteil ab Sendestart berechnet). – 3) Ab 1.6.2003 terrestrischer Sendestart von ATV+. – 4) Sendestart am 26.10.2011. – 5) Sendestart am 3.7. 2012.

Abbildung 3 Langfristige Marktanteile Fernsehen 2016 bis 2021



Es zeigt sich, dass die bisherige Marktabgrenzung beizubehalten ist; die stabile Entwicklung der betrachteten Indikatoren zeigt in einer Gesamtsicht, dass im Fernsehen – Endkundenmarkt weiterhin von einem funktionierenden und selbsttragenden Wettbewerb ausgegangen werden kann.

2.1.1.5. Kandidatenmärkte Fernsehen – Vorleistungsmarkt

Im Rahmen des Bescheides Fernsehmärkte 2018 hat die KommAustria folgendes zu dem bzw. den Vorleistungsmärkten für Fernsehen als Kandidatenmärkte vorgesehen:

Die verschiedenen Empfangswege im Endkundenmarkt bilden gleichzeitig den Ausgangspunkt für den bzw. die Vorleistungsmärkte für die Verbreitung von Fernsehen.

Grundsätzlich kommt eine ausschließliche Verbreitung über andere Plattformen als die Terrestrik nur für private TV-Veranstalter in Frage, da der ORF aufgrund seines Versorgungsauftrags (§ 3 ORF-G) verpflichtet ist, seine Programme jedenfalls auch terrestrisch auszustrahlen. Die Entscheidung eines Rundfunkveranstalters für die Verbreitung seines TV-Programms über eine bestimmte Plattform wird typischer Weise für jede Plattform einzeln getroffen, wobei diese Entscheidung auf Kosten-Nutzen Überlegungen basiert (Wie viel kostet die Verbreitung pro erreichbarem Haushalt und wie viel kann dafür zusätzlich am Werbemarkt eingenommen werden?).

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass jeder TV-Veranstalter bestrebt ist, sein Programm über möglichst viele Plattformen zu verbreiten, da er so seine theoretische Reichweite am Sehermarkt steigern kann. Dieser Effekt ist in jenen Fällen abgemildert, bei welchem Nutzer mehrere Übertragungswege (z.B. Terrestrik für Zweitfernsehgeräte) gleichzeitig mit einem anderen Übertragungsweg nutzen. Wegen der Besonderheit des „Zweiseitigen Marktes“ bedeutet eine hohe Reichweite am Sehermarkt potenziell höhere Werbeerlöse am Werbemarkt. Wenn ein Programm über mehrere Plattformen verbreitet wird, erhöht sich die Anzahl potenziell erreichbarer Seher. Dies gilt auch für Veranstalter von regionalen Programmen. Daher besteht in dieser Marktsituation ein komplementäres Verhältnis zwischen den unterschiedlichen Übertragungswegen. Dies bedeutet auch, dass kein ausreichendes Substitutionspotential zwischen den Übertragungswegen besteht, um mehrere Plattformen in einen „Kandidatenmarkt“ zusammenzufassen. Aus dieser Sicht bildet daher weiterhin jeder Übertragungsweg für Fernsehen einen eigenen Kandidatenmarkt. Die Veränderung der Marktsituation (insbesondere durch die Umstellung der analogen Kabelnetze auf digital und die Entwicklung auf dem Gebiet von IP-basierten „Kabelnetzen“) gegenüber jener, welche schon der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2009 (RFMVO 2009), KOA 6.300/09-001, und dem Bescheid Fernsehmärkte 2018 zugrunde lag, hat sich im Hinblick auf die Substituierbarkeit der Übertragungswege nicht substantiell ausgewirkt.

Im Bereich der terrestrischen Fernsehübertragung bestehen auf Vorleistungsebene prinzipiell zwei unterschiedliche Möglichkeiten, um die Verbreitung zum Endkunden bereitstellen zu können. Die erste Möglichkeit besteht darin, das zu verbreitende Programm in eine bestehende MUX-Plattform einzuspeisen. Die andere Möglichkeit besteht darin, auf Vorleistungsebene Verträge für den Zugang zur digitalen terrestrischen Senderinfrastruktur abzuschließen und selbst als MUX-Plattform-Betreiber aufzutreten. Diese beiden Optionen unterscheiden sich im Wesentlichen durch das Ausmaß der selbst erstellten bzw. extern bezogenen Leistung. Da sich diese Vorleistungen deutlich voneinander unterscheiden, kann nicht von einem hohen Substitutionspotential ausgegangen werden und es sind zwei getrennte „Kandidatenmärkte“ abzugrenzen.

Es werden daher bezüglich der terrestrischen Verbreitungsform noch der Markt „Zugang zu einer MUX-Plattform“ sowie der Markt „Zugang zu digitalen terrestrischen Sendeanlagen“ als „Kandidatenmärkte“ abgegrenzt.

2.1.1.6. Zusammenfassung zur Bestimmung der Kandidatenmärkte Fernsehen

Aus der Marktentwicklung (vgl. auch die diesbezüglichen Ausführungen unter 2.1.2.1) ergeben sich keine Anzeichen, dass die Marktabgrenzung nunmehr anders zu treffen wäre, sodass weiterhin von folgenden Kandidatenmärkten auszugehen ist.

- Vorleistungsmarkt Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über Kabel (inklusive IP)
- Vorleistungsmarkt Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über Satellit
- Vorleistungsmarkt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden
- Vorleistungsmarkt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über terrestrische Multiplex-Plattformen

2.1.1.7. Endkundenmarkt Hörfunk

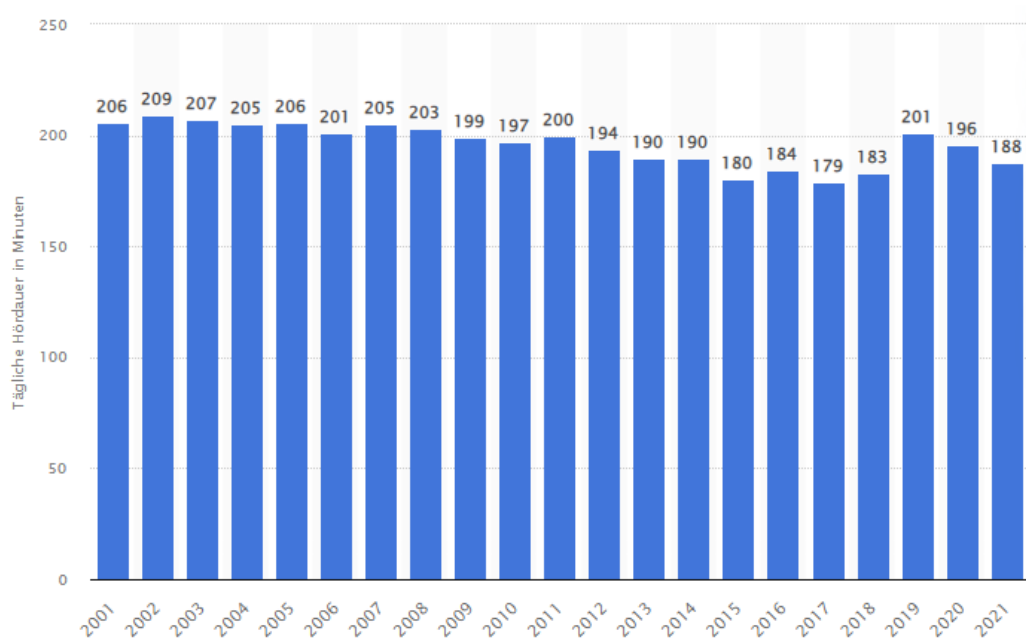
Die KommAustria hat im Rahmen ihres rechtskräftigen Bescheides vom 01.08.2018, KOA 6.300/18-015, (in der Folge: Bescheid Hörfunkmärkte 2018) bestätigt mit Erkenntnis des BVwG vom 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E, festgehalten, dass der Endkundenmarkt für Hörfunk die lineare terrestrische, Kabel-, Satelliten- und Internetverbreitung (mobil und fest) enthält. Es habe sich gezeigt, dass die analoge terrestrische UKW-Hörfunkübertragung unverändert der mit großem Abstand wichtigste Übertragungsweg für den Hörfunk in Österreich sei. Diese grundlegende Betrachtung lege nahe, dass kein hinreichendes Substitut für die analoge terrestrische UKW-Hörfunkübertragung existiere.

Ausgehend von dieser Marktabgrenzung hat sich der Markt seither hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Märkte (nunmehr) im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021 wie folgt entwickelt:

Entwicklung der täglichen Hördauer

Die tägliche Hördauer bezüglich der Radionutzung in Österreich lag im Jahr 2021 bei rund 188 Minuten (Gruppe ab 14 Jahre). Insgesamt drei Viertel der Bevölkerung nutzten regelmäßig traditionelles Radio. Rund 11 Prozent hören nie Radio.

Abbildung 4 Entwicklung der täglichen Hördauer im Hörfunk

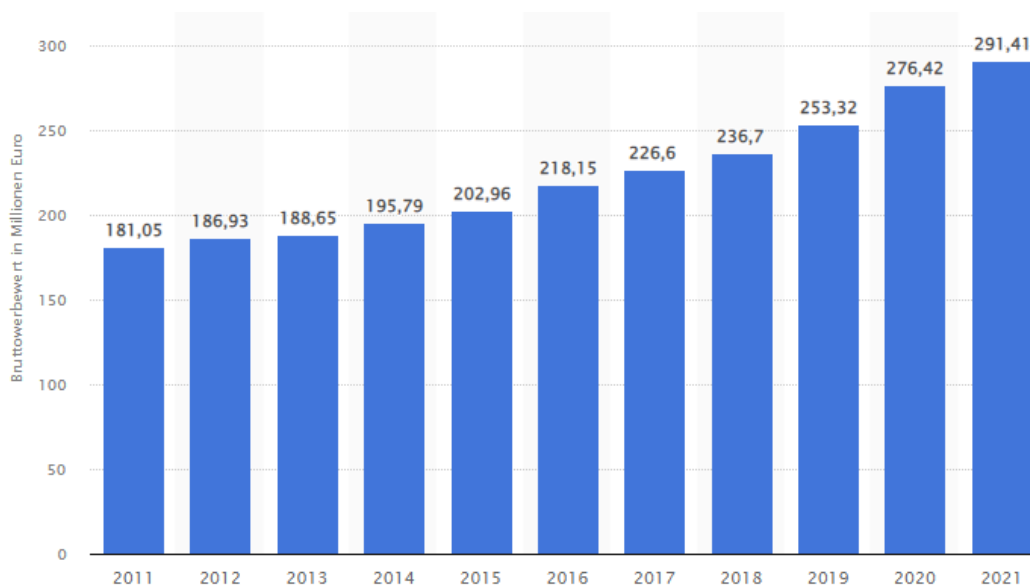


Der Indikator Hördauer pro Tag ist in den letzten Jahren relativ stabil. Zu erkennen ist, dass trotz der Verfügbarkeit alternativer Audioangebote, wie zum Beispiel Audio-Abrufdienste, Podcasts oder ergänzende Online-Angebote von Hörfunkveranstaltern, die Hördauer zwar langfristig leicht sinkend, aber auf einem hohen Niveau relativ konstant ist und daher nicht von einem Substitut derartiger Angebote für klassischen Hörfunk ausgegangen wird. In den jüngeren Altersgruppen ist ein stärkerer Rückgang der täglichen Hördauer zu verzeichnen. Die Nutzung von Hörfunk erfolgt zu einem hohen Anteil im Auto. Im Haushalt oder Arbeitsplatz werden Hörfunkprogramme oft als typisches „Lean-Back-Medium“ genutzt. Das bedeutet, dass ein Programm längere Zeit ohne Umschalten konsumiert wird. Im Gegensatz dazu steht bei Abrufangeboten von Streaming-Plattformen, wie zum Beispiel Spotify, die Individualisierung und aktive Nutzung im Vordergrund. Die Eigenschaft klassischer Hörfunkprogramme als „Lean-Back-Medium“ könnte eine Erklärung dafür sein, warum trotz der hohen Verfügbarkeit von Streaming-Angeboten nach wie vor eine starke Nutzung von Hörfunkprogrammen gegeben ist.

Entwicklung der Bruttowerbewerte

Auf der zweiten Seite des zweiseitigen Marktes sind die Bruttowerbewerte als Indikator relevant. Im Jahr 2021 lag der Bruttowerbewert im Hörfunk bei EUR 291,41 Millionen.

Abbildung 5 Entwicklung der Bruttowerbewerte im Hörfunk

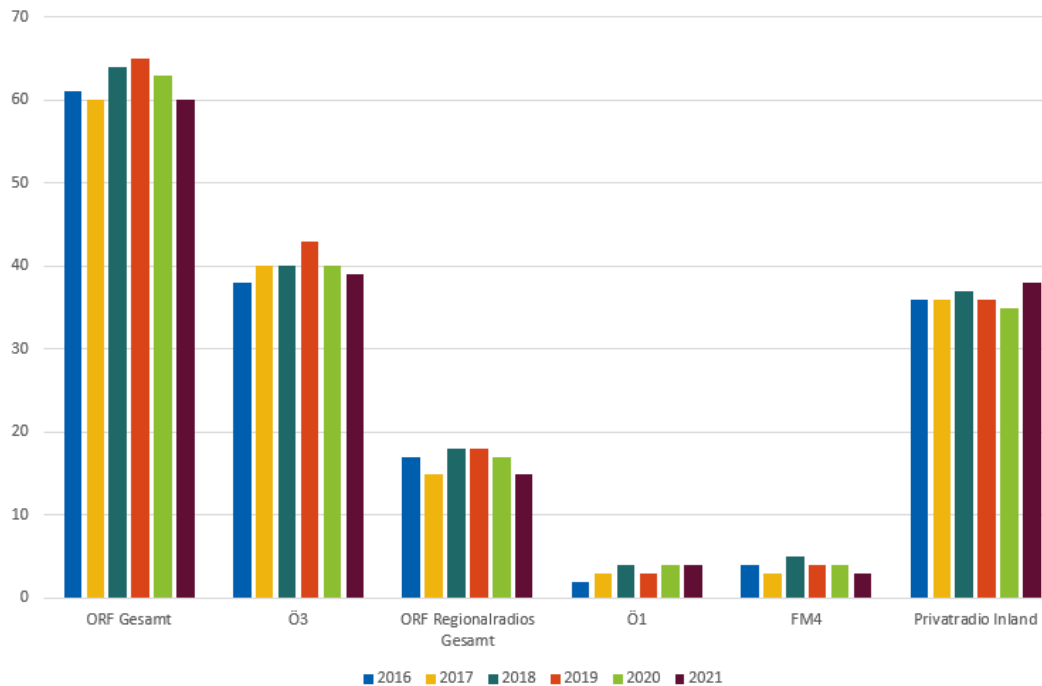


Der Indikator Bruttowerbewertung zeigt langfristig eine steigende Tendenz. Die steigenden Bruttowerbewerte im Bereich des Hörfunks zeigen, dass der klassische Hörfunkmarkt trotz stärker werdender Konkurrenz von Online-Angeboten noch Wachstumspotential hat.

Entwicklung der Marktanteile

Betrachtet man die Entwicklung Marktanteile im Hörfunk zwischen den öffentlich-rechtlichen Programmen von 2016 bis 2021 und den Privatradios im Inland, ist eine stabile Tendenz und eine leichte Verschiebung vom ORF hin zu Privatradios zu erkennen.

Abbildung 6 Entwicklung Radio-Marktanteile national 2016 bis 2021, Angaben in Prozent, Gesamt Österreich, 14 bis 49 Jahre



Die stabile Entwicklung der betrachteten Indikatoren zeigt in einer Gesamtsicht, dass im Hörfunk – Endkundenmarkt weiterhin von einem funktionierenden und selbsttragenden Wettbewerb ausgegangen werden kann. Angesichts der Entwicklungen ist auch weiterhin nicht davon auszugehen, dass On-Demand-Streamingangebote Teil des Markts sind.

2.1.1.8. Kandidatenmärkte Vorleistungen Hörfunk

Im Bescheid Hörfunkmärkte 2018 hat die KommAustria festgehalten, dass der Kandidatenmarkt analoge terrestrische Hörfunkverbreitung vom Kandidatenmarkt der Hörfunkverbreitung über sonstige Verbreitungswege abgegrenzt werden kann. Bei der terrestrischen Verbreitung von Hörfunk könne je nach Übertragungsart technisch zwischen analoger sowie digitaler Übertragung unterschieden werden. In einer (über den Marktanalysezeitraum hinausgehenden) langfristigen Sichtweise könnte es somit zu einer gänzlichen Substitution der analogen terrestrischen Hörfunkübertragung durch die digitale terrestrische Hörfunkübertragung kommen. Für diese Marktanalyse bedeute dies aber, dass digital terrestrischer Hörfunk im Standard DAB+ derzeit weder als Substitut zur analogen Hörfunkverbreitung gesehen werden könne, noch ein eigener Kandidatenmarkt für digitale terrestrische UKW-Hörfunkübertragung im Standard DAB+ in Betracht kommt. Somit seien im Hörfunkbereich folgende Kandidatenmärkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten abzugrenzen:

- Vorleistungsmarkt analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW
- Vorleistungsmarkt Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden über sonstige Übertragungswege

Der einzige Markt, welcher zwar nicht in der Märkteempfehlung aufgeführt ist, aber aufgrund des Bescheides Hörfunkmärkte 2018 und auch früherer Marktanalysen in Österreich reguliert wird, ist der Markt für analoge terrestrische Hörfunkübertragung. Dieser Markt ist daher jedenfalls ein Kandidatenmarkt in der gegenständlichen Analyse. Im Unterschied zur Fernsehverbreitung wurde und wird im Hörfunk nach dem Start der digitalen terrestrischen Verbreitung weiterhin auch analog verbreitet. Aufgrund der starken Dominanz von analoger Terrestrik im Vergleich zu anderen verfügbaren Verbreitungsformen war ein Ergebnis der bislang letzten Marktanalyse, dass aus Sicht der Hörfunkveranstalter die UKW-Verbreitung nicht durch andere Verbreitungswege substituierbar ist und daher einen eigenen relevanten Markt darstellt. Die analoge terrestrische UKW-Hörfunkübertragung ist unverändert der wichtigste Übertragungsweg für den Hörfunk in Österreich.

Verbreitungswege

Der Radiotest erhebt regelmäßig auch die Hörfunk-Verbreitungsarten. In dieser Abfrage sind Mehrfachnennungen möglich. Die folgende Tabelle der Hörfunk-Verbreitungswege in Österreich zeigt, dass im Jahr 2016 die terrestrische Verbreitung (Summe aus Autoradio und stationäres Radiogerät) bei rund 101,3 Prozent lagen. Die sonstigen Verbreitungswege kamen insgesamt im Jahr 2016 auf rund 16,6 Prozent. Skaliert man diese Zahlen von insgesamt 117,9 Prozent auf 100 Prozent, so lag 2016 die terrestrische Hörfunkverbreitung bei einem Anteil von rund 85,9 Prozent.

Tabelle 2 Verbreitungswege Hörfunk 2016 bis 2021

Jahr	Autoradio	Stationäres Radiogerät	Kabel/Sat	Internet	Smartphone	mp3-Player	Smart-TV	Digitaler Sprachassistent	DAB+	Kopfhörer InEars
2016	47,0	54,3	7,3	4,9	3,5	0,9	-	-	-	-
2017	46,7	51,9	8,0	6,1	4,0	1,0	-	-	-	-
2018	44,9	48,5	8,2	6,1	4,5	0,7	1,9	1,5		3,2
2019	43,5	48,7	8,4	7,9	5,0	0,4	0,9	2,1	2,0	3,2
2020	37,7	45,4	8,7	7,5	5,5	0,6	2,0	3,4	3,5	3,1
2021	38,0	43,9	8,8	8,5	5,8	-	-	4,5	3,9	3,3

Nun wird diese Ausgangslage im Jahr 2016 dem in der Analyse aktuellen Jahr 2021 gegenübergestellt. Im Jahr 2021 stellte sich die Situation so dar, dass Autoradio und stationäres Radiogerät insgesamt auf einen Anteil von 81,9 Prozent kamen und alle anderen Übertragungswege insgesamt auf 34,8 Prozent. Normiert auf 100 Prozent kommt die analoge terrestrische Verbreitung daher auf 70,2 Prozent. Zu erkennen ist, dass neue Übertragungswege, digitale Sprachassistenten und DAB+ hinzutreten und langfristig das Potential haben, einen Wettbewerbsdruck auf die analoge terrestrische Hörfunkübertragung auszuüben. Speziell die DAB+ Verbreitung weist relativ hohe Wachstumsraten auf.

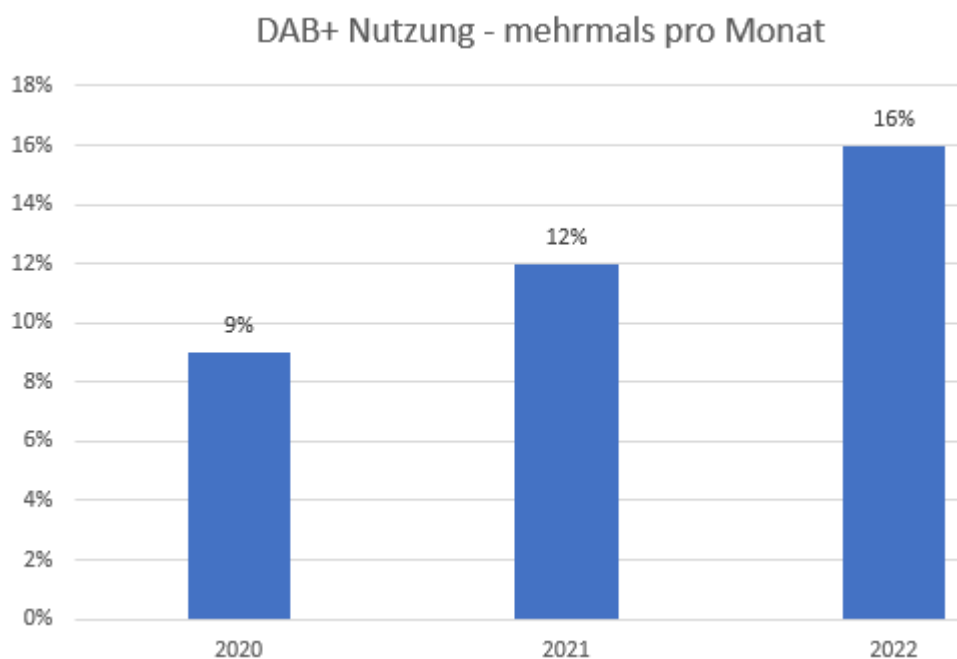
Auch Erhebungen aus anderen Quellen zeigen diesen Trend auf und sehen schon eine größere relative Bedeutung von DAB+, aber noch eine starke Dominanz von UKW.

Nach einer Studie von mScience aus dem September 2021 gaben 53 Prozent der Befragten an, regelmäßig Hörfunk über UKW zu nutzen, 22 Prozent nutzen das digitale Angebot klassischer Radiosender, 19 Prozent nutzen Web-Only-Radioangebote (d.h. Radiosender, die nur online

angeboten werden, aber keine UKW-Ausstrahlung erfolgt) und zehn Prozent nutzen Radio über DAB+.

Nach einer Studie des Vereins Digitalradio Österreich (erstellt von ipsos Österreich) gewinnt DAB+ im Jahr 2022 stark an Bekanntheit und Nutzung. Nach einer Untersuchung von Ipsos zu Bekanntheitsgrad- und Reichweitenmessung von DAB+ in Österreich, haben 47 Prozent der Befragten bereits von DAB+ gehört. Die mehrmalige Nutzung pro Monat von DAB+ ist im Zeitraum von 2020 von neun Prozent auf 16 Prozent im Jahr 2022 gestiegen.

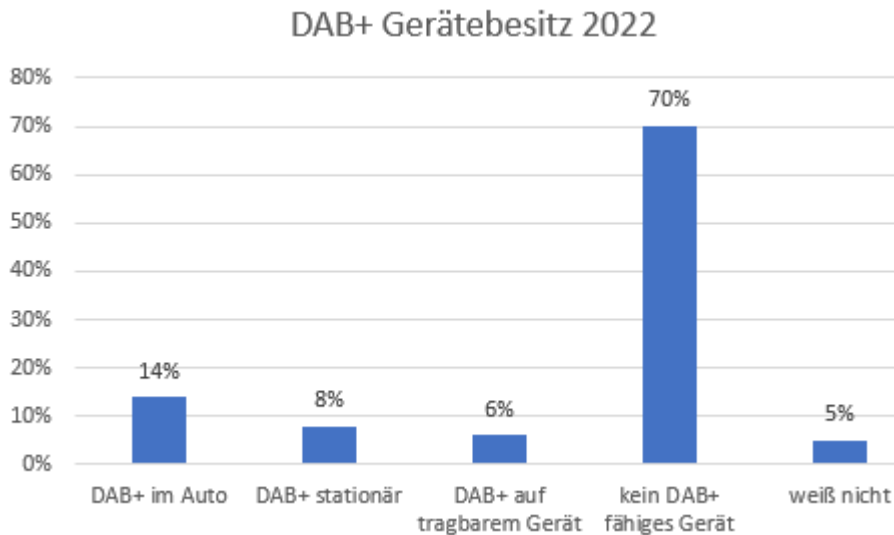
Abbildung 7 DAB+ Nutzung – mehrmals pro Monat



Fragen: Wie häufig hören Sie persönlich Radioprogramme über Digitalradio/DAB+? Basis: Österreichweit 2020 n=1004, Österreichweit 2021 n=2907, Österreichweit 2022 n=2900, Angaben in Prozent

In der gleichen Studie wurde auch der DAB+ Gerätebesitz abgefragt.

Abbildung 8 DAB+ Gerätebesitz 2022



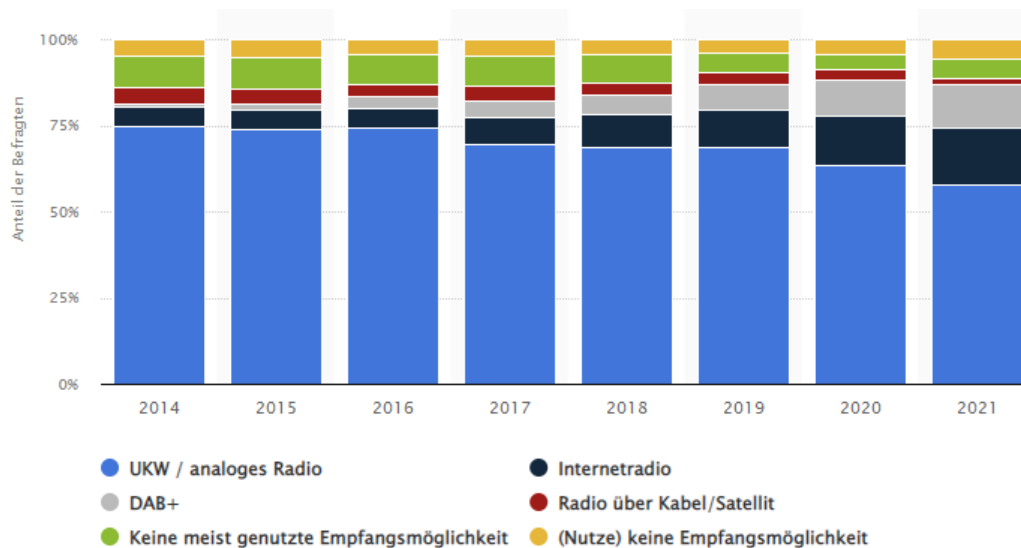
Frage: Q5. Besitzen Sie im Haushalt zumindest ein DAB+-fähiges (Radio)Gerät? Wenn ja, im Auto, ein tragbares Radiogerät oder stationär oder als Teil einer Hifi Anlage?

Basis: Total n=2900 Angaben in Prozent

Nach der Ipsos Studie besitzen rund 25 Prozent der Befragten zumindest ein DAB+ fähiges Gerät. Der DAB+ Gerätebesitz stieg von 2020 von 18 Prozent, 2021 auf 20 Prozent. Seit 2021 kamen rund 300.000 PKW mit DAB+ hinzu. Die Studie zeigt gleichzeitig auch, dass rund 70 Prozent der Befragten kein DAB+ Empfangsgerät besitzen.

Eine Untersuchung aus Deutschland zeigt ebenfalls, dass die Empfangsart UKW im Jahr 2021 mit 57,9 Prozent noch die mit Abstand am meisten genutzte Empfangsart für Hörfunk ist aber zunehmend andere Empfangsarten, wie Internetradio (16,6 Prozent) oder DAB+ (12,5 Prozent) stark wachsen.

Abbildung 9 Häufigste Empfangsart für Radioinhalte in Deutschland 2014 bis 2021



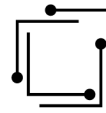
Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die analoge terrestrische Verbreitung von Hörfunk nach wie vor der mit Abstand am meisten genutzte Übertragungsweg ist, die Zahl alternativer Verbreitungswege steigt und speziell DAB+ starke Wachstumsraten aufweist und somit ein hohes Zukunftspotential hat.

Aufgrund der nach wie vor bestehenden starken Dominanz von analoger Terrestrik im Vergleich zu anderen verfügbaren Verbreitungsformen ist das Ergebnis, dass aus Sicht der Hörfunkveranstalter die UKW-Verbreitung noch nicht durch andere Verbreitungswege substituierbar ist und daher einen eigenen Kandidatenmarkt darstellt. DAB+ wird aufgrund des vorhandenen aber bei weitem noch nicht ausgeschöpften Wachstumspotentials noch nicht in diesen Kandidatenmarkt als Substitut für UKW-Verbreitung in den relevanten Markt einbezogen und stellt auch keinen eigenen Kandidatenmarkt dar, da Hörfunkveranstalter auf diesen Verbreitungsweg allein nicht angewiesen sind.

Gleiches gilt für die Frage, ob auch die UKW-Tunnel-Verbreitung in den so definierten Markt einzubeziehen ist. Dies wäre dann der Fall, wenn es sich dabei um ein Substitut für die im Markt enthaltene „klassische“ UKW-Verbreitung handelt.

Der Markt für analoge terrestrische Übertragung von Hörfunkprogrammen zum Endkunden ist dadurch gekennzeichnet, dass in einem Versorgungsgebiet eine gewisse Anzahl an Hörern und damit eine bestimmte Reichweite vorliegt. Diese Reichweite ist auch ein wichtiger Parameter für die Höhe der Werbetarife des Hörfunkprogramms. Die Vorleistungskosten für analoge terrestrische Verbreitung ist ein wichtiger Wettbewerbsparameter bei der Erschließung eines bestimmten Versorgungsgebietes und dessen Kunden.

Eine UKW-Tunnel-Verbreitung stellt kein eigenes Versorgungsgebiet mit fix zurechenbaren Kunden und einer konstanten Reichweite dar. Es gibt keine Endkunden, die ein bestimmtes Programm ausschließlich im Tunnel empfangen. Die UKW-Tunnel-Verbreitung ist eine temporäre Nutzungsform bei der Nutzung im Auto für Hörfunkprogramme, die in einem an den Tunnel angrenzenden Versorgungsgebiet verfügbar sind. UKW-Tunnel-Verbreitung ist geeignet, eine



kurzfristige Programmunterbrechung im Autoradio während einer Tunneldurchfahrt für das entsprechende Hörfunkprogramm zu verhindern. Die Kosten für die UKW-Tunnel-Verbreitung sind ein Entscheidungsfaktor, ob eine UKW-Tunnel-Verbreitung genutzt wird, um diese Programmunterbrechungen zu verhindern oder eben nicht. Diese Kosten bestimmen daher die durchgehende Empfangsqualität eines Programms, sie sind aber im Gegensatz zu den Kosten der analogen terrestrischen Verbreitung für die Erschließung eines bestimmten Versorgungsgebietes besser skalierbar, da nicht die grundsätzliche Programmverbreitungsmöglichkeit davon abhängt.

UKW-Tunnel-Verbreitung ist als eine Ergänzung zu einer bestehenden UKW-Verbreitung in einem oder mehreren Versorgungsgebieten zu sehen. Eine UKW-Tunnel-Verbreitung ist daher kein Substitut zur klassischen analogen terrestrischen Übertragung von Hörfunk und somit nicht Teil dieses Vorleistungsmarktes.

Die UKW-Tunnel-Verbreitung stellt auch keinen eigenen Kandidatenmarkt dar: Die UKW-Verbreitung in Tunneln hat Auswirkungen auf die Reichweite für ein Hörfunkprogramm während der Nutzung im Auto. Die Nutzungsintensität von Hörfunk mittels „Autoradio“ liegt im Jahr 2021 bei 38 Prozent. Diese Nutzungsart ist grundsätzlich im gesamten Straßennetz von Österreich verfügbar. Die Gesamtlänge des österreichischen Straßennetzes beträgt laut Statista im Jahr 2022 rund 127.960km. Die Länge der Tunnel mit mehr als 500m beträgt rund 371km (2022). Diese Kilometeranzahl entspricht rund 0,29 Prozent des österreichischen Straßennetzes. Nur für diesen Anteil an der Nutzung von Hörfunk mittels Autoradio ist die Frage der UKW-Verbreitung in Tunneln für den Empfang relevant. Rechnet man diesen Anteil an der Nutzung auf die Gesamthörfunknutzung zurück, beträgt der Anteil rund 0,094 Prozent. Selbst wenn man in einige Regionen von einer stärkeren Nutzung der Tunnel ausgeht, liegt man bei der Betrachtung des Nutzungsanteils in einem sehr niedrigen Bereich. Daher ist die Gesamtnutzung für Hörfunkprogramme in Österreich zu diesem Prozentsatz von der UKW-Verbreitung in Tunneln in einer Durchschnittsbetrachtung abhängig.

Auch wenn es während der Nutzung des Autoradios durch die Nichtverbreitung eines Hörfunkprogramms in einem Tunnel zu kurzen Unterbrechungen oder Qualitätseinbußen kommen kann, ist nicht davon auszugehen, dass dadurch auf dem Hörfunk-Endkundenmarkt eine substantielle Auswirkung auf den funktionierenden und nachhaltigen Wettbewerb zu erwarten ist.

Die UKW-Verbreitung ist im Gegensatz zur UKW-Tunnel-Verbreitung von grundsätzlicher Bedeutung für den Wettbewerb am Endkundenmarkt. Aufgrund des sehr geringen Anteils der UKW-Verbreitung in Tunneln von weit unter einem Prozent an der Gesamtverbreitung für Hörfunk, ist nicht davon auszugehen, dass ein eigener Kandidatenmarkt vorliegt.

Klarstellend ist zur Abgrenzung dieses Vorleistungsmarktes analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW folgendes zu präzisieren:

Nachfrager

Nachfrager auf diesem Markt sind alle Unternehmen bzw. Programmveranstalter – daher öffentlich-rechtliche, private kommerzielle und nichtkommerzielle Veranstalter – welche die Übermittlung der von ihnen gestalteten Radioprogramme zum Endkunden auf dem terrestrischen Übertragungsweg nachfragen.

Eigenleistungen

Dieser Markt beinhaltet auch Eigenleistungen. Eigenleistungen sind jene Leistungen, welche sich ein Anbieter für die Ausstrahlung eines eigenen Hörfunkprogramms selbst bereitstellt, indem er die Übertragungsleistung für sich selbst erbringt. Im gegenständlichen Markt betrifft dies vor allem Eigenleistungen der ORS, welche dem ORF – aufgrund der vertikalen Integration dieser beiden Unternehmen – formal „intern“ bereitgestellt werden. Auch Eigenleistungen privater und nichtkommerzieller Hörfunkveranstalter sind in diesem relevanten Markt enthalten.

2.1.1.9. Zusammenfassung zur Bestimmung der Kandidatenmärkte Hörfunk

Somit sind im Hörfunkbereich aus ökonomischer Sicht weiterhin folgende Kandidatenmärkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Zusatzdiensten abzugrenzen:

- Vorleistungsmarkt analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW
- Vorleistungsmarkt Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden über sonstige Übertragungswege

2.1.2. Bestimmung der relevanten Märkte

Mit Hilfe des hypothetischen Monopolistentests (HM-Test) kann eine Marktabgrenzung vorgenommen werden und die sogenannten „Kandidatenmärkte“ bestimmt werden. Nicht jeder Markt, der sich mit dem HM-Test definieren lässt, ist automatisch ein „relevanter“ Markt in dem Sinne, dass er gegebenenfalls einer sektorspezifischen ex ante-Regulierung zu unterwerfen wäre. Ein relevanter Markt muss laut der Empfehlung (EU) 2020/2245 der Kommission vom 18.12.2020 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (im Folgenden: Märkteempfehlung 2020) drei Kriterien kumulativ erfüllen:

1. Es existieren hohe und permanente Marktzutrittsbarrieren.
Zunächst ist festzustellen, ob auf einem Markt beträchtliche anhaltende Zugangshindernisse bestehen. Die Existenz solcher Zugangshindernisse ist zwar eine notwendige Voraussetzung, reicht jedoch nicht aus, um die Einbeziehung eines bestimmten Marktes in diese Empfehlung zu rechtfertigen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der dynamische Charakter der Märkte für elektronische Kommunikation trotz beträchtlicher anhaltender Zugangshindernisse letztlich einen Wettbewerb auf den Märkten verspricht.
2. Der Markt tendiert nicht von selbst in Richtung effektiven Wettbewerbs.
Weiters ist zu prüfen, ob der Markt so beschaffen ist, dass längerfristig ein wirksamer Wettbewerb zu erwarten ist. Dabei handelt es sich um ein dynamisches Kriterium unter Berücksichtigung mehrerer struktureller und verhaltensorientierter Aspekte, die – in ausgewogenem Verhältnis – anzeigen, ob der Markt in dem betreffenden Zeitraum Merkmale aufweist, die die Auferlegung von Verpflichtungen nach den spezifischen Richtlinien des Rechtsrahmens rechtfertigen können.
3. Die Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts alleine sind nicht ausreichend, um effektiven Wettbewerb herbeizuführen bzw. sicherzustellen.

Schließlich ist zu prüfen, ob das Wettbewerbsrecht (ohne Berücksichtigung von Vorabregulierung aufgrund einer beträchtlichen Marktmacht) als solches ausreicht, um effektiven Wettbewerb herbeizuführen bzw. sicherzustellen, wobei die spezifischen Merkmale der elektronischen Kommunikation zu berücksichtigen sind.

2.1.2.1. Vorleistungsmärkte Fernsehen

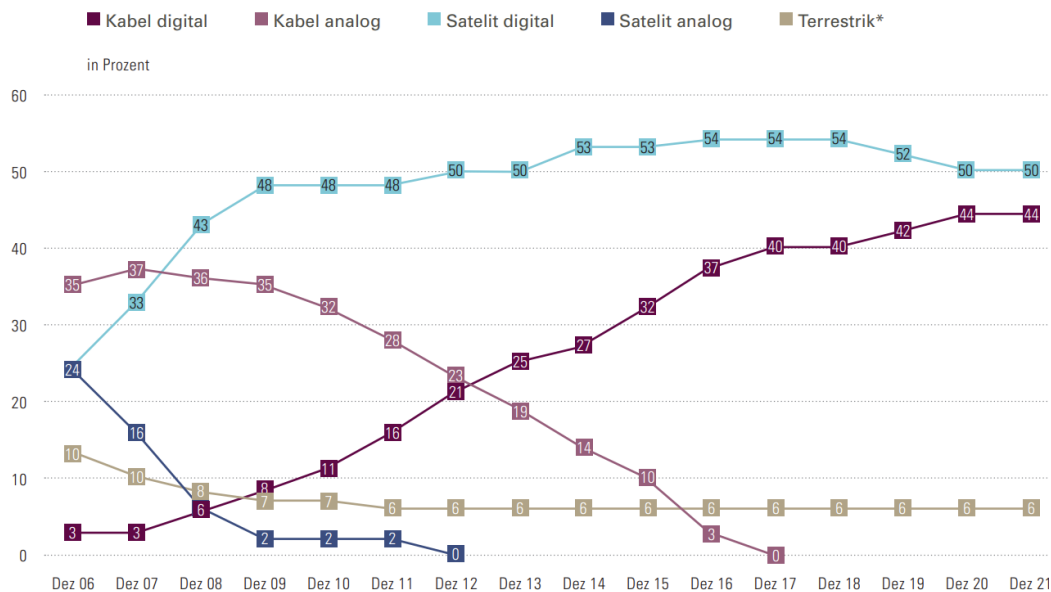
Die Europäische Kommission hat den Rundfunk-Vorleistungs-Übertragungsmarkt bereits im Jahr 2007 aus der Märkteempfehlung herausgenommen, weil sie davon ausging, dass es Anhaltspunkte für einen größeren Wettbewerb der Plattformen beim Übergang von analogen zu digitalen Übertragungsplattformen gibt. Eine Folge davon sei, dass es weniger Kapazitätsbeschränkungen auf jeder dieser Plattformen gebe. Eine weitere Folge sei, dass viele Länder nun drei bis vier konkurrierende Plattformen (Terrestrik, Satellit, Kabelfernsehen und Telekommunikation) haben. Der Übergang von analog zu digital sei folglich ein Antrieb für die Plattformen, miteinander noch stärker zu konkurrieren.

Im Bereich des Fernsehens erfolgte in Österreich terrestrisch ein vollständiger Umstieg von analoger auf digitaler Übertragung und es steht eine Vielzahl unterschiedlicher Verbreitungswege zur Verfügung, was im Fernsehbereich zu starkem und selbsttragendem Wettbewerb geführt hat.

Im Rahmen der letzten Marktanalyse (Bescheid Fernsehmärkte 2018) wurde festgestellt, dass auf den Märkten für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B sowie dem für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden effektiver Wettbewerb herrscht und diese daher für die sektorspezifische Regulierung nicht mehr relevant sind. In diesen Entscheidungen wurde auch festgestellt, dass auf diesen Märkten effektiver Wettbewerb besteht und daher die Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein ausreichend sind, um effektiven Wettbewerb herbeizuführen bzw. sicherzustellen. Daher wäre bei einem drei Kriterien-Test das dritte Kriterium für diese Märkte nicht erfüllt, wonach die Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreichend sind, um effektiven Wettbewerb herbeizuführen bzw. sicherzustellen. Auch hinsichtlich der Kandidatenmärkte für Kabel- und Satellitenverbreitung wurde, wie auch schon in der RFMVO 2009, kein relevanter Markt festgestellt, da auch auf diesen effektiver Wettbewerb herrscht.

Betrachtet man die langfristige Entwicklung der Empfangsebenenverteilung in österreichischen TV-Haushalten, so stellt man seit Abschluss der letzten Marktanalyse 2018 keine großen Verschiebungen zwischen den Verbreitungsplattformen fest. Die digitale terrestrische Verbreitung liegt nach wie vor bei rund sechs Prozent. Die Verbreitung mit Kabel digital ist zwischen 2018 von 40 Prozent auf 44 Prozent im Jahr 2021 gestiegen, wobei Satellit digital im gleichen Zeitraum von 54 Prozent einen Rückgang auf 50 Prozent verzeichnete.

Abbildung 10 Empfangsebenenverteilung in österreichischen TV-Haushalten 2006 – 2021



*) Terrestrik enthält ca. 10.000 grundversorgte Kabelhaushalte

Die stabile Entwicklung der betrachteten Indikatoren zeigt in einer Gesamtsicht, dass im Fernsehen-Endkundenmarkt weiterhin von einem funktionierenden und selbsttragenden Wettbewerb ausgegangen werden kann und aus ökonomischer Sicht daher kein relevanter Markt im Sinne der Märkteempfehlung 2020 definiert werden muss.

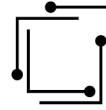
2.1.2.2. Vorleistungsmärkte Radio

2.1.2.2.1. Analoge Terrestrik

Bezüglich des ersten Kriteriums (Marktzutrittsbarrieren) ist der Erläuterung der Märkteempfehlung 2020 der Europäischen Kommission zu entnehmen, dass es sich dabei um strukturelle, rechtliche oder regulatorische Hindernisse handeln kann. Angesichts des dynamischen Charakters und der Funktionsweise der Märkte der elektronischen Kommunikation ist bei der Erstellung einer vorausschauenden Analyse zur Ermittlung der relevanten Märkte, die für eine etwaige Vorabregulierung in Betracht kommen, zu berücksichtigen, dass Hindernisse möglicherweise in einem relevanten Zeitraum abgebaut werden können.

Auf dem gegenständlichen Markt liegt folgende Situation vor:

- Die Errichtung von Standorten ist an die (internationale) Frequenzplanung und Frequenzkoordinierung gebunden. Die Frequenzen für UKW-Hörfunkübertragung sind ein knappes Gut. Neu koordinierbare Frequenzen sind nur in relativ geringem Ausmaß verfügbar.
- Die Anzahl von Standorten und verfügbaren koordinierten Übertragungskapazitäten ist begrenzt.
- Nicht alle potenziell möglichen Standorte können aufgrund von möglicherweise nicht zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten (Frequenzen) verwendet werden.



- Vorgaben aufgrund von Bau-, raumordnungs- und naturschutzrechtlichen Bestimmungen sind einzuhalten und benötigen entsprechende Vorlaufzeiten für die Genehmigungen.
- Die Erschließung und Errichtung von Übertragungsinfrastruktur sind mit erheblichen Kosten sowie dem Risiko versunkender Kosten verbunden.
- Es existieren Skalenvorteile („economies of scale“) und Verbundvorteile („economies of scope“). Daher haben Unternehmen, welche bereits über ein relativ großes Netz verfügen und Unternehmen, welche an ihren Standorten auch andere Dienste (z.B. digitales terrestrisches Fernsehen) anbieten, Wettbewerbsvorteile.
- Es ist nicht zu erwarten, dass sich die Zugangshemmnisse durch Innovationen substantziell verringern werden.

Die obigen Feststellungen führen zu dem Schluss, dass hohe und permanente Marktzutrittsbarrieren vorliegen und dass diese strukturell dauerhaft gegeben sind. Eine Änderung im Vorausschauzeitraum im Rahmen dieser Marktanalyse ist daher nicht zu erwarten.

Das zweite Kriterium sieht vor, dass nur diejenigen Märkte in Betracht kommen, die nicht innerhalb des relevanten Zeitraums zu einem wirksamen Wettbewerb tendieren. Bei der Anwendung dieses Kriteriums ist der Stand des Wettbewerbs hinter den Zugangsschranken zu prüfen. Zugangshindernisse können bei innovativen, von stetigem technischen Fortschritt gekennzeichneten Märkten an Bedeutung verlieren. Hier entsteht ein Wettbewerbsdruck häufig durch bevorstehende Innovationen möglicher Mitbewerber, die derzeit noch nicht auf dem Markt präsent sind.

Auf dem gegenständlichen Markt liegt folgende Situation vor:

- Das Angebot für die terrestrische Hörfunkverbreitung erfolgt hauptsächlich durch die ORS sowie die Senderbetriebs- und Standortbereitstellungs GmbH (im Folgenden: Sesta). Flächendeckend für ganz Österreich verfügt die ORS mit 98 % Versorgungsgrad der Bevölkerung über ein Netz. Dieses Netz umfasst rund 275 Standorte. Die ORS erbringt für den ORF die UKW-Verbreitung für die öffentlich-rechtlichen Hörfunkprogramme. Die Sesta begann ihre Tätigkeit in Tirol und Vorarlberg und ist nun österreichweit – aber mit weniger Standorten als die ORS – vertreten. Diese Marktsituation ist langfristig gegeben. An mehreren Standorten stellen sich die Hörfunkveranstalter selbst die Übertragungsleistung zur Verfügung, bieten diese Leistung aber nicht extern an.
- Der zu erwartende weitere – die UKW-Verbreitung ergänzende – Ausbau der digitalen terrestrischen Hörfunkübertragung hat zwar das Potential, dass weitere Anbieter substantziell in den Markt einsteigen könnten, für eine Vorabberücksichtigung dieser sich noch in einer relativ frühen Marktphase befindlichen Entwicklung liegen allerdings derzeit noch keine verlässlichen Marktprognosen vor.

Aufgrund dieser Marktsituation ist davon auszugehen, dass der Markt nicht von selbst in Richtung effektivem Wettbewerb tendiert und daher dieses Kriterium als erfüllt anzusehen ist.

Das dritte Kriterium ist erfüllt, wenn dem betreffenden Marktversagen mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln allein nicht angemessen entgegengewirkt werden kann. Wettbewerbsrechtliche Eingriffe reichen gewöhnlich dann nicht aus, wenn umfassende Durchsetzungsmaßnahmen zur Behebung eines Marktversagens erforderlich sind oder wenn häufig oder schnell eingegriffen werden muss.

Auf dem gegenständlichen Markt liegt folgende Situation vor:

Nachfrager nach terrestrischer Hörfunkübertragung benötigen vor ihrem Markteintritt bzw. während ihres Markteintritts Planungssicherheit und die Sicherheit, rasch und zu marktgerechten Konditionen Zugang zur terrestrischen Verbreitung zu erhalten. Für den Wettbewerb zwischen den Hörfunkveranstaltern ist es von großer Bedeutung, dass die terrestrische Verbreitung gegenüber den Konkurrenten zu nichtdiskriminierenden Konditionen erfolgt, da jede Diskriminierung auf dem Vorleistungsmarkt zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem Endkundenmarkt führen kann.

Eine reine anlassbezogene ex post-Kontrolle bezüglich des Zugangs zu Vorleistungen würde die nötige Planungssicherheit und Diskriminierungsfreiheit nicht ausreichend gewährleisten. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass Regelungen aufgrund des allgemeinen Wettbewerbsrechts in diesem Markt nicht ausreichen und somit ist dieses Prüfkriterium als erfüllt anzusehen.

Im Ergebnis sind alle drei Prüfkriterien für die Klassifizierung des Kandidatenmarktes analoge terrestrische Hörfunkübertragung als relevanten Markt nach der Systematik der Märkteempfehlung 2020 erfüllt.

2.1.2.2.2. Sonstige Verbreitungswege

Im Bescheid Hörfunkmärkte 2018 hat die KommAustria festgehalten, dass bei den übrigen Übertragungswegen die nachfrageseitige Verhandlungsmacht dazu ausreicht, um effektiven Wettbewerb sicherzustellen, weil die Hörfunkveranstalter nicht zwingend diese Verbreitungsformen wählen müssen, um einen substantziellen Markteintritt umzusetzen. Diese Situation habe sich in den letzten Jahren nicht geändert. Daher sei das zweite Kriterium nicht erfüllt und liege schon deshalb kein relevanter Markt vor, wie dies im Übrigen schon nach den Rundfunkmarktdefinitionsverordnungen (RFMVO) 2004 und 2009 der Fall war.

Die Marktentwicklung seit der Verabschiedung des genannten Bescheids (vgl. insbesondere die Ausführungen in 2.1.1.7 und 2.1.1.8) geben keinen Anlass, von einer diesbezüglichen Änderung auszugehen.

2.1.2.3. Ergebnis: sachlich relevanter Markt

Weil alle drei Kriterien des Drei-Kriterien-Tests auf dem Kandidatenmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ erfüllt sind, ist der aus ökonomischer Sicht einzige sachlich relevante Markt der Vorleistungsmarkt für analoge terrestrische Hörfunkübertragung zum Endkunden.

2.1.2.4. Geografisch relevanter Markt

Für den sachlich relevanten Vorleistungsmarkt der terrestrischen Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden werden in diesem Abschnitt die räumlichen Kandidatenmärkte ermittelt.

2.1.2.4.1. Bestimmung der geographischen Kandidatenmärkte

Nach Rz 51 der Mitteilung der Kommission „Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“, 2018/C 159/01 (in der Folge: SMP-Leitlinien) ist der räumlich relevante Markt bisher aufgrund von zwei wesentlichen Kriterien bestimmt worden, nämlich:

1. dem von einem Netz erfassten Gebiet und
2. den bestehenden Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumenten.

Anhand dieser beiden wesentlichen Kriterien können die geografischen Märkte als lokal, regional, national oder länderübergreifend für Gebiete, die sich auf zwei oder mehrere Länder erstrecken, bezeichnet werden (z.B. paneuropäische, europaweite oder globale Märkte).

Rechtliche Rahmenbedingungen

Bezüglich des Kriteriums der bestehenden Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumente sind die rundfunkrechtlichen Vorgaben für das gesamte Bundesgebiet in Österreich einheitlich und daher homogen. Rechtliche Vorgaben bezüglich der physischen Errichtung von Sendestandorten können regional unterschiedlich ausgeprägt sein.

Reales individuelles Angebot und reale individuelle Nachfrage

Das vom Netz umfasste Gebiet unterscheidet sich auf Angebots- und Nachfrageseite. Die Angebotsseite bilden jeweils die technischen Standorte der Anbieter, welche über eine bestimmte Reichweite und Ausbreitungscharakteristik der Hörfunksignale gekennzeichnet sind. Die Nachfrageseite der Hörfunkveranstalter wird durch die jeweilige Zulassung bestimmt, welche wiederum bereits den Standort, die Frequenz, die Leistung sowie die Abstrahlcharakteristik enthält. Eine konkrete Nachfrage findet somit jeweils für einen bestimmten Standort bzw. für eine Kombination von Standorten bei einem bestimmten Anbieter statt. Aus Sicht der realen Nachfrage sowie des realen Angebots ist es denkbar, dass es für Hörfunkveranstalter bei einem bestimmten Standort auch potenziell mehrere Alternativen für die Verbreitung des Hörfunksignals gibt. Es können zum Beispiel Gebiete existieren, wo es möglich ist, gegebenenfalls bereits bestehende Anlagen zu duplizieren und zum Beispiel sogar selbst die Infrastruktur für die Verbreitung aufzubauen.

Aus dieser Sicht könnte für jede einzelne Sendeanlage bzw. sehr kleine Versorgungsgebiete ein eigener geografischer Markt definiert werden, da üblicherweise keine Substitutionsbeziehungen (weder angebots- noch nachfrageseitig) zu Sendeanlagen in anderen Gebieten bestehen und die realen Wettbewerbsbedingungen in diesen Gebieten substantiell unterschiedlich sein können. In diesem Sinne werden geografische Kandidatenmärkte definiert, welche jeweils durch die von einem bestimmten Sendestandort versorgten Gebiete begrenzt sind.

Potenzielles Angebot und abstrakte potenzielle Nachfrage

Aus der Vorgabe, dass die Marktanalyse zukunftsgerichtet sein muss (vgl. SMP-Leitlinien, Rz 20), ist eine Projektion des Angebots und der Nachfrage für die Zukunft notwendig. Nachdem eine

konkrete zukünftige Nachfrage nicht vorhergesagt werden kann, wird für diesen Zweck die zukünftige Nachfragesituation abstrakt angenommen. Zukünftige Nachfrager nach Hörfunkverbreitung werden – je nach geplantem Versorgungsgebiet – an einem oder mehreren Standorten im österreichischen Bundesgebiet ihre Nachfrage stellen. Das potenzielle Angebot an Hörfunkverbreitung existiert aufgrund der bestehenden technischen Netze grundsätzlich über die Summe aller einzelnen Standorte für ganz Österreich. Aus dieser abstrakten zukunftsgerichteten Sicht ergibt sich durch die potenzielle Nachfrage für bestimmte Standorte in Österreich und das Angebot in ganz Österreich als Kandidatenmarkt der nationale Markt Österreich.

2.1.2.4.2. Bestimmung des geografisch relevanten Marktes

Für die Kandidatenmärkte wird in diesem Abschnitt überprüft, ob alle drei Kriterien nach der Systematik der Märkteempfehlung 2020 erfüllt werden und somit der Kandidatenmarkt als „relevanter“ Markt bezüglich des Hörfunk-Vorleistungsmarktes zu klassifizieren ist.

Märkte für von einem bestimmten Sendestandort versorgte Gebiete

Ob hohe und permanente Marktzutrittsbarrieren vorliegen, ist von jedem Sendestandort individuell abhängig. Große Standorte mit hoher Sendeleistung und hohen notwendigen Anfangsinvestitionen werden eher schwer duplizierbar sein und bei diesen Standorten werden somit Marktzutrittsbarrieren eher hoch und permanent sein. Bei kleineren Standorten, welche möglicherweise im Einzelfall leicht bautechnisch erschließbar sind, wird dies nicht der Fall sein. Für die leicht zu duplizierenden Standorte ist zu erwarten, dass diese eher zu effektivem Wettbewerb tendieren als bei nicht leicht zu duplizierenden Standorten. Ein Sonderfall in dieser Betrachtung sind Standorte, welche erst in Zukunft geplant bzw. errichtet werden. Für diese Standorte ist eine Abschätzung derzeit noch nicht möglich.

Aus diesen Gründen wäre die zukunftsgerichtete und lückenlose Durchführung der Prüfung des Vorliegens der drei Kriterien nach der Systematik der Märkteempfehlung für diese Kandidatenmärkte mit Unsicherheiten behaftet. Aus den Regulierungszielen im TKG 2021 ist überdies abzuleiten, dass es im Hinblick auf die Auswahl für Endkunden und die Förderung der Medienvielfalt vorteilhaft erscheint, dass durch Maßnahmen der Regulierung die Wettbewerbsbedingungen in ganz Österreich möglichst homogen gestaltet werden (vgl. die rechtlichen Ausführungen unter 4.5.3.3.1). Würde man auf Basis des Versorgungsgebiets für jeden Standort relevante Märkte festlegen, wäre durch die unterschiedliche Situation und somit auch potenziell unterschiedlicher Vorabregulierung in jedem Versorgungsgebiet nicht sichergestellt, dass homogene Wettbewerbsbedingungen in ganz Österreich gestaltet werden.

Daher werden diese geografischen Märkte anhand der Versorgungsgebiete der Standorte nicht als „relevante“ Märkte definiert.

Markt für Österreich

Es existieren hohe und permanente Marktzutrittsbarrieren, weil die Errichtung von Standorten an die (internationale) Frequenzplanung und Frequenzkoordinierung gebunden ist, die Anzahl von Standorten und verfügbaren koordinierten Übertragungskapazitäten begrenzt ist und nicht alle potenziell möglichen Standorte aufgrund von möglicherweise nicht zur Verfügung stehenden

Übertragungskapazitäten verwendet werden können. Die Errichtung von Übertragungsinfrastruktur ist mit erheblichen Kosten sowie dem Risiko versinkender Kosten verbunden und eine Änderung im Vorausschauezeitraum im Rahmen dieser Marktanalyse ist nicht zu erwarten.

Der Markt tendiert nicht von selbst in Richtung effektiven Wettbewerbs. Das Angebot für die flächendeckende terrestrische Hörfunkverbreitung in Österreich erfolgt durch die ORS. Diese Marktsituation ist langfristig gegeben.

Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein sind nicht ausreichend, um effektiven Wettbewerb herbeizuführen bzw. sicherzustellen. Nachfrager nach terrestrischer Hörfunkübertragung benötigen vor ihrem Markteintritt bzw. während ihres Markteintritts Planungssicherheit und die Sicherheit, rasch und zu marktgerechten Konditionen Zugang zur terrestrischen Verbreitung zu erhalten. In einer nationalen Betrachtung ist nicht vorhersehbar, wo diese Nachfrage erfolgen wird. Für den Wettbewerb zwischen den Hörfunkveranstaltern ist es von großer Bedeutung, dass die terrestrische Verbreitung gegenüber den Konkurrenten zu nichtdiskriminierenden Konditionen erfolgt, da jede Diskriminierung auf dem Vorleistungsmarkt zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem Endkundenmarkt führen kann. Eine reine anlassbezogene ex post-Kontrolle bezüglich des Zugangs zu Vorleistungen würde diese nötige Planungssicherheit und Diskriminierungsfreiheit nicht ausreichend gewährleisten. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass Regelungen aufgrund des allgemeinen Wettbewerbsrechts in diesem Markt nicht ausreichen und somit ist dieses Prüfkriterium als erfüllt anzusehen.

Im Ergebnis sind alle drei Prüfkriterien für die Klassifizierung des österreichweiten Kandidatenmarktes für den Hörfunk-Vorleistungsübertragungsmarkt als relevanten Markt nach der Systematik der Märkteempfehlung 2020 erfüllt. In der österreichweiten Definition sind im Sinne einer zukunftsgerichteten Analyse auch geplante bzw. zu errichtende Senderstandorte mitumfasst. Daher wird als geografisch relevanter Markt der nationale Markt „Österreich“ definiert.

Der räumliche Markt ist aus ökonomischer Sicht daher – wie bereits in der letzten Marktanalyse – der nationale Markt Österreich.

2.2. Wettbewerbsanalyse des Vorleistungsmarkts „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“

2.2.1. Marktteilnehmer – Marktstruktur – Marktverhalten

Wie dargestellt, sind potenzielle Nachfrager auf dem Markt für analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW alle aktuellen und potenziellen Rundfunkveranstalter, die eine Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk nach dem Privatradiogesetz (PrR-G) besitzen, sowie der Österreichische Rundfunk (ORF).

Anbieter auf dem gegenständlichen Markt sind all jene Unternehmen, die die FM-(UKW-) Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels analoger terrestrischer Übertragungstechnologie anbieten. Der Markt beinhaltet auch Eigenleistungen, also jene Leistungen, welche sich ein Anbieter für die Ausstrahlung eines eigenen Hörfunkprogramms selbst

bereitstellt, indem er die Übertragungsleistung für sich selbst erbringt oder durch ein verbundenes Unternehmen erbringen lässt.

Um ihre Hörfunkprogramme auf terrestrischem Weg zum Endkunden zu übertragen, haben die am Markt tätigen Unternehmen zwei Möglichkeiten. Sie können selbst Sendeanlagen errichten oder aber Sendeanlagen von anderen Unternehmen mieten. Während der ORF seine Programme seit dem 01.01.2005 ausschließlich über die Sendefrastruktur seiner Tochtergesellschaft Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG verbreiten lässt, nutzen private Hörfunkveranstalter sowohl gemietete als auch eigene Sendeanlagen. Aufgrund der vertikalen Integration des ORF und der ORS-Unternehmen auf Konzernebene (vgl. dazu im Detail 2.2.1.1.) sind die von der ORS für den ORF erbrachten Leistungen als intern bereitgestellte Eigenleistungen zu betrachten.

Aktuell bieten in signifikantem Ausmaß zwei Unternehmen Dritten Sendeanlagen für die Veranstaltung von Hörfunk am Markt an: die ORS sowie die Sesta. Die ORS kann als einzige Betreiberin marktgegenständliche Zugangsleistungen flächendeckend anbieten.

2.2.1.1. Struktur der ORS

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG ist eine zu FN 256454p eingetragene Kommanditgesellschaft mit Sitz in Wien.

Unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG ist die Österreichische Rundfunksender GmbH (FN 252826d). Kommanditisten der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG sind der Österreichische Rundfunk (FN 71451a) mit einem 60 %-igen Anteil sowie die Medicur Sendeanlagen GmbH (FN 123349x) mit einem 40 %-igen Anteil. Letztere steht im Alleineigentum der Medicur-Holding Ges.m.b.H. (FN 123349x), welche im Ergebnis im Einflussbereich der Raiffeisen-Gruppe steht.

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG ist ihrerseits Alleineigentümerin der ORS comm GmbH (FN 357121d). Letzteres Unternehmen ist unbeschränkt haftende Gesellschafterin der ORS comm GmbH & Co KG (FN 357120b), deren einzige Kommanditistin wiederum die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG ist.

Die ORS comm GmbH & Co KG wurde am 09.07.2011 im Zusammenhang mit der Novelle des ORF-G, BGBl. I Nr. 50/2010, und der damit erforderlichen Trennung der öffentlich-rechtlichen von den kommerziellen Tätigkeiten des ORF neu gegründet.

Bei allen genannten ORS-Gesellschaften herrscht ausweislich des öffentlichen Firmenbuchs vollständige Geschäftsführeridentität.

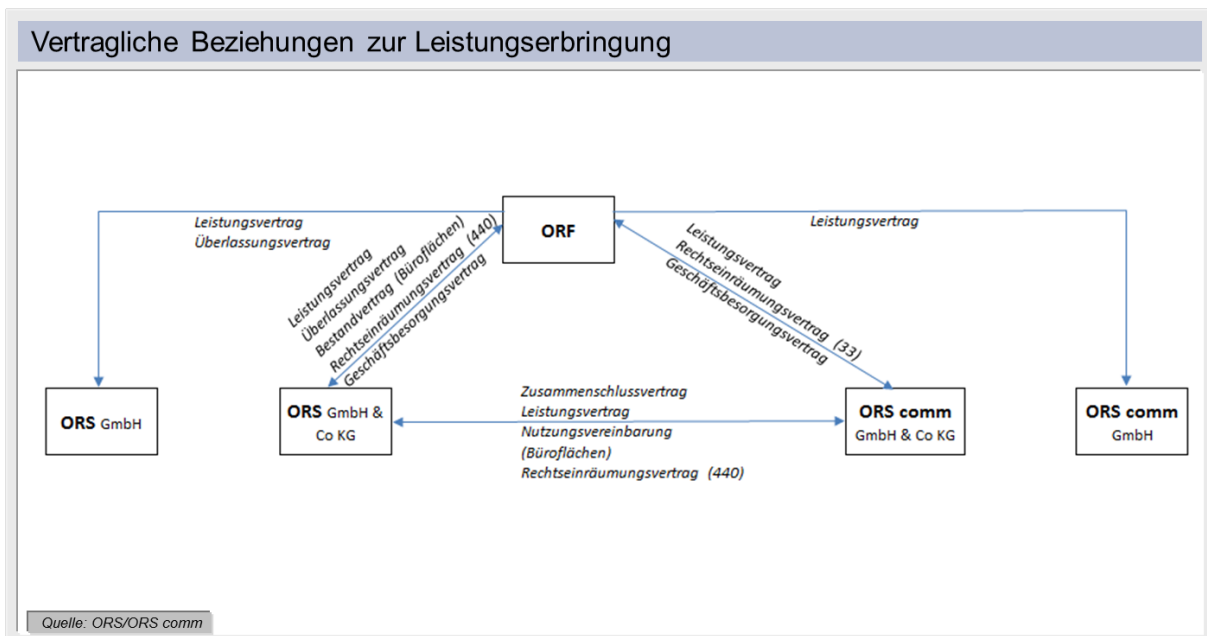
Geschäftsgegenstand der ORS comm GmbH & Co KG ist ausweislich des zwischen der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und der ORS comm GmbH & Co KG geschlossenen Übergabevertrages (Zusammenschlussvertrag) im Wesentlichen die Erbringung kommerzieller Tätigkeiten im Bereich von Planung, Errichtung und Betrieb von technischen Einrichtungen, welche für die Veranstaltung von Rundfunk notwendig sind, ebenso wie die Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und -diensten.

Das öffentlich-rechtliche Geschäft mit dem ORF sowie das damit in enger Verbindung stehende kommerzielle Geschäft werden von der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG abgewickelt. Die ORS comm GmbH & Co KG bündelt sämtliche kommerziellen Tätigkeiten, bei denen kein Konnex zum öffentlich-rechtlichen Auftrag besteht (internationale Aktivitäten, Satellitengeschäft etc.). Sie bietet kommerzielle Tätigkeiten am gegenständlichen Markt an. Unter anderem wurden jene marktgegenständlichen Sendeanlagen, die bislang ausschließlich von Unternehmen genutzt wurden, die nicht im öffentlich-rechtlichen Auftrag gemäß dem ORF-G tätig waren, an die ORS comm GmbH & Co KG übertragen. Die ORS comm GmbH & Co KG schließt alle Verträge über den Zugang zu Sendeanlagen und Multiplex-Plattformen mit privaten Veranstaltern ab.

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und die ORS comm GmbH & Co KG verfügen über eine einheitliche Internet-Präsenz unter <http://www.ors.at>.

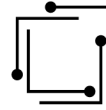
Für die Leistungserbringung gegenüber Endkunden von der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und der ORS comm GmbH & Co KG ist es teilweise notwendig, auf Vorleistungen innerhalb des ORF-Konzerns zurückzugreifen. Die gegenseitigen Vertragsbeziehungen und Verrechnungsmodalitäten sind in mehreren Vereinbarungen schriftlich festgelegt.

Abbildung 11 Vertragliche Beziehungen zur Leistungserbringung ORS/ORS comm



Zusammenschlussvertrag: Im Zusammenschlussvertrag zwischen der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und der ORS comm GmbH & Co KG wird unter anderem die Übertragung des kommerziellen Teilbetriebs der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG auf die ORS comm GmbH & Co KG geregelt.

Leistungsvertrag: Im Leistungsvertrag sind die Modalitäten der gegenseitigen Leistungserbringung zwischen den verschiedenen Unternehmen geregelt. Der Leistungsumfang umfasst folgende Bereiche:



- Administration, Recht, Finanzen und Controlling,
- Einkauf,
- Sales, Marketing und Communication,
- Business Development,
- EDV und Netzwerktechnik,
- Landesstudios – Senderbetrieb,
- DVB Betrieb,
- Terrestrischer Betrieb,
- Sendetechnik,
- Terrestrische Infrastruktur sowie
- Versicherungen, Medienforschung.

Laut dem Leistungsvertrag erfolgen Verrechnungen für obige Leistungen auf Basis eines angemessenen und fremdüblichen Entgelts. Das Entgelt wird nach der Berechnungsmethodik der aktuell gültigen ORF-Verrechnungspreisrichtlinie festgesetzt.

Überlassungsvertrag: Im Überlassungsvertrag sind die Arbeitskräfteüberlassungen im Sinne des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988 in der jeweils gültigen Fassung, geregelt.

Bestandvertrag: Im Bestandvertrag wird die Bestandgabe und die Abtretung der Bestandrechte betreffend die Senderliegenschaften, die Sendergebäude und die Mastsockel geregelt.

Rechtseinräumungsvertrag: Im Rechtseinräumungsvertrag werden Nutzungsrechte für die ORS comm GmbH & Co KG auf den Sendestandorten der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG für den Betrieb der Sendeinrichtungen geregelt.

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und die ORS comm GmbH & Co KG betreiben faktisch gemeinsam zur Übertragung von Rundfunksignalen ein Netz. Das gemeinsame Kostenrechnungsmodell umfasst alle Produkte von der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und der ORS comm GmbH & Co KG gemeinsam. Aus Sicht der Marktanalyse werden beide Unternehmen wirtschaftlich daher als ein gemeinsam agierendes „fiktives“ Gesamtunternehmen (hier bezeichnet als ORS) betrachtet, da die Trennung in einen öffentlich-rechtlichen sowie einen kommerziellen Geschäftsbereich für die wirtschaftliche Marktanalyse und die damit zu analysierenden Marktindikatoren nicht relevant ist (vgl. auch die rechtlichen Ausführungen unter 4.6.3).

Dementsprechend hat die KommAustria zuletzt im Bescheid Hörfunkmärkte 2018 ausgesprochen, dass die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG gemeinsam mit der ORS comm GmbH & Co KG (zusammen als „ORS“ bezeichnet) am Markt Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 37 TKG 2003 verfügt.

Die simpli services GmbH & Co KG (FN 384789t) gehört zum ORF-Konzern. Einzige Komplementärin ist die simpli services GmbH, eine 100%-ige Tochter der ORS comm GmbH & Co KG, die auch einzige Kommanditistin der simpli services GmbH & Co KG ist. Die simpli services GmbH & Co KG bietet

Endkunden ein entgeltliches Programm bouquet mit HD-Programmen an. Die simpli services GmbH & Co KG hat diese Tätigkeit gemäß § 9 Abs. 5 AMD-G sowie gemäß § 15 Abs. 1 TKG 2003 der KommAustria angezeigt. Weiters ist sie Mobile Virtual Network Operator und vertreibt Internetzugangprodukte an Endkunden. Diese Tätigkeit wurde der RTR-GmbH gemäß § 15 TKG 2003 angezeigt.

2.2.1.2. Rolle der ORS bei der Erbringung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags des ORF für die Hörfunkverbreitung

Der ORF ist im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrages (§ 3 ORF-G) gesetzlich dazu verpflichtet, seine Hörfunkprogramme terrestrisch zu verbreiten. Er lässt diesen technischen Verbreitungsauftrag organisatorisch durch sein Tochterunternehmen ORS erfüllen. Die „Nachfrage“ des ORF wird im Gegensatz zu privaten Hörfunkveranstaltern nicht nach einzelnen Verbreitungsleistungen an bestimmten Standorten gestellt, sondern es wird die gesamte technische terrestrische Versorgung mit den Hörfunkprogrammen des ORF operativ durch die ORS durchgeführt.

Die Beauftragung der ORS vom ORF wird im „*Vertrag betreffend die analog-terrestrische Verbreitung von Hörfunk über UKW ,UKW-Vertrag ORF‘ abgeschlossen zwischen Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und Österreichischer Rundfunk*“ geregelt. Dieser Vertrag vom 06.07.2017 umfasst die UKW-Verbreitung von allen öffentlich-rechtlichen Hörfunkprogrammen des ORF. Die Laufzeit des Vertrags begann am 01.01.2017 und beträgt zehn Jahre.

2.2.2. Indikatoren für beträchtliche Marktmacht

Im relevanten österreichweiten Vorleistungsmarkt zur terrestrischen Verbreitung von Hörfunk wird im folgenden Analyseschritt die aktuelle und langfristige Marktsituation anhand einer Reihe von Marktindikatoren untersucht.

Als Marktindikatoren werden die „Kriterien zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht“ herangezogen, wie sie in den SMP-Leitlinien (Rz 54 bis 58) dargestellt werden.

„Bei der Beurteilung der Marktmacht eines Unternehmens ist es wichtig, die Marktanteile des Unternehmens und seiner Wettbewerber sowie den mittelfristig von potenziellen Wettbewerbern ausgehenden Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs liefert ein besonders hoher Marktanteil, den ein Unternehmen über einen bestimmten Zeitraum hält (über 50 %) — von außergewöhnlichen Umständen abgesehen — an sich schon den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung.

Ist der Marktanteil zwar hoch, bleibt aber unter der 50 Prozent-Schwelle, sollten sich die Regulierungsbehörden bei der Beurteilung beträchtlicher Marktmacht auf andere wichtige strukturelle Marktmerkmale stützen. Sie sollten dann eine eingehende strukturelle Bewertung der wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Markts durchführen, bevor sie Schlussfolgerungen in Bezug auf das Bestehen beträchtlicher Marktmacht ziehen.

Für die Feststellung der Marktmacht eines Unternehmens und seiner Möglichkeiten, sich in erheblichem Maße unabhängig von seinen Wettbewerbern, Kunden und Verbrauchern zu verhalten, sind die folgenden, nicht ausschließlichen Kriterien von Bedeutung:

- 1. Marktzutrittsschranken,*
- 2. Expansionshemmnisse,*
- 3. absolute und relative Größe des Unternehmens,*
- 4. Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur,*
- 5. technologische und wirtschaftliche Vorteile oder Überlegenheit,*
- 6. fehlende oder geringe ausgleichende Nachfragemacht,*
- 7. leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanziellen Ressourcen,*
- 8. Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z.B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen),*
- 9. Größenvorteile,*
- 10. Verbundvorteile,*
- 11. direkte und indirekte Netzeffekte,*
- 12. vertikale Integration,*
- 13. hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz,*
- 14. Abschluss langfristiger und nachhaltiger Zugangsvereinbarungen,*
- 15. Eingehen von Vertragsbeziehungen mit anderen Marktteilnehmern, die zur Marktabschottung führen könnten,*
- 16. Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs.“*

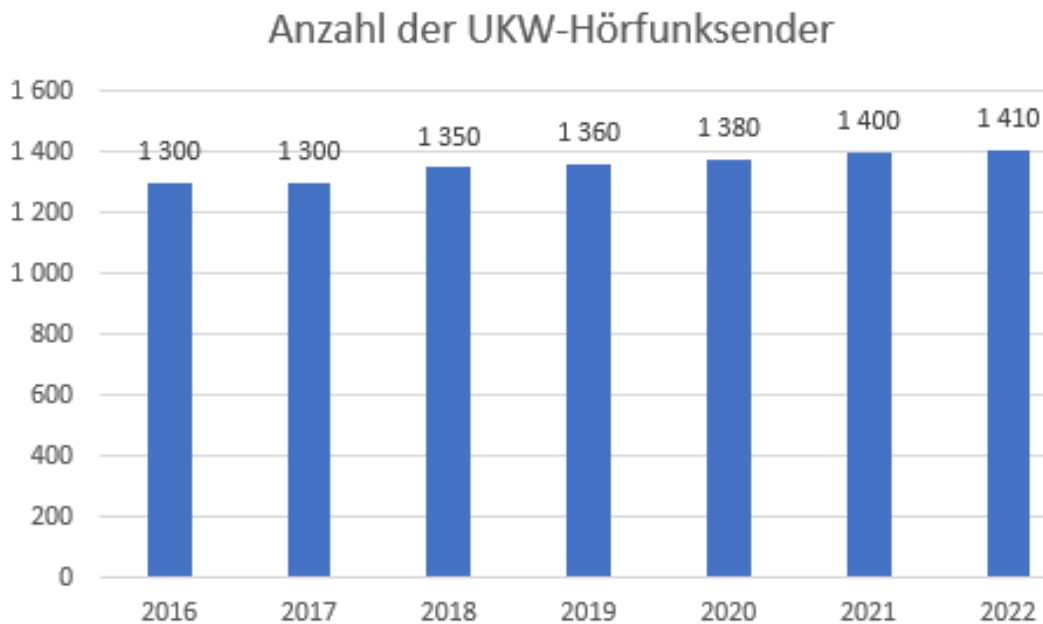
Ebenso sind die Kriterien des § 87 Abs. 5 TKG 2021 einzubeziehen.

2.2.2.1. Marktanteile

Auf dem Markt bieten im Wesentlichen zwei Unternehmen Hörfunkübertragungsleistungen an mehreren Standorten an, nämlich die ORS und die Sesta; daneben gibt es einige wenige Anbieter, die einzelne Senderstandorte betreiben.

Im Frequenzbuch bzw. Senderkataster waren im Jahr 2021 im „UKW-Band“ 1.410 Hörfunksender mit Leistungen von weniger als 1 Watt bis zu 100 kW enthalten. Davon entfallen auf den ORF ungefähr 850 Frequenzen, die restlichen ca. 550 Frequenzen werden durch private Hörfunkveranstalter genutzt. Bezüglich der Leistungsklassen der einzelnen Frequenzen sind die meisten leistungsstarken Frequenzen den ORF Programmen zuzurechnen.

Die Anzahl der UKW-Sender ist in den letzten Jahren leicht steigend. Die Wachstumsrate von 2020 auf 2021 betrug rund 1,4 Prozent, von 2021 bis Oktober 2022 rund 0,7 Prozent.

Abbildung 12 Anzahl der UKW-Hörfunksender


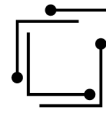
Insgesamt listet die ORS 967 in Betrieb befindliche eigene Sendeanlagen auf. Bezogen auf die Gesamtzahl von Sendeanlagen über alle Anbieter von 1.410 im Jahr 2022 ergibt sich daher ein Marktanteil von rund 68,6 Prozent. Bei dieser Zahl handelt es sich um einen nach Größenklassen oder Leistungsklassen ungewichteten Wert. Berücksichtigt man, dass die ORS die wesentlichsten Großsendeanlagen sowie eine hohe Anzahl an mittleren Leistungsklassen betreibt, ist anzunehmen, dass im Falle einer Umsatzbetrachtung der Marktanteil der ORS noch höher als diese 68,6 Prozent sein wird, weil höhere Sendeleistungen höhere Umsätze generieren. Im Jahr 2016 wurde im Rahmen der letzten Marktanalyse anhand der Umsätze der ORS sowie der Sesta geschätzt, dass der Marktanteil von ORS rund 90 Prozent betrug. In der gegenständlichen Marktanalyse wurde die weitere Entwicklung seit 2016 der UKW-Abschreibungen der ORS sowie des Anlagevermögens der Sesta erhoben und analysiert. Die Tendenz dieser Daten zeigt, dass der Umsatzmarktanteil der ORS nun unter 90 Prozent liegen wird.

Somit ist die in den SMP-Leitlinien festgelegte Schwelle für den Marktanteil von 50 Prozent mit rund 68,6 Prozent deutlich und auch mit unterschiedlichen Marktanteilsberechnungen (Anzahl der Sender und Umsatz) überschritten. Nach den SMP-Leitlinien ist das – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – an sich schon der Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Daher ist die fortgesetzte Analyse weiterer Marktindikatoren darauf gerichtet, festzustellen, ob außergewöhnliche Umstände vorliegen, die nahelegen, dass trotz eines substantiell hohen Marktanteils dennoch keine marktbeherrschende Stellung vorliegt.

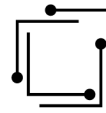
2.2.2.2. Weitere Marktindikatoren

Tabelle 3 Marktindikatoren für den relevanten Markt

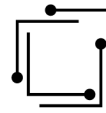
Nr.	Marktindikator	aktuelle Marktsituation	langfristige Entwicklung
01	Marktzutrittschranken	Der Markt ist durch ein hohes Risiko versunkener Kosten, Risiken und	stabil



Nr.	Marktindikator	aktuelle Marktsituation	langfristige Entwicklung
		Beschränkungen bei der Standortaufschließung sowie einer beschränkten Frequenzverfügbarkeit gekennzeichnet.	
02	Expansionshemmnisse	Expansionshemmnisse sind vor allem wegen der beschränkten Frequenz- und Standortverfügbarkeit gegeben.	stabil
03	Absolute und relative Größe des Unternehmens	die ORS hat als einziger Anbieter ein dichtes österreichweites Netz mit einem Versorgungsgrad von rund 98 Prozent der Bevölkerung und ist wesentlich größer als der zweitgrößte Anbieter (die Sesta). Daneben gibt es noch selbst bereitgestellte Standorte in nicht signifikantem Ausmaß.	keine strukturelle Veränderung
04	Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur	die ORS betreibt in Österreich ein flächendeckendes Sendernetz für UKW-Hörfunkprogramme mit rund 275 Sendestandorten und rund 967 Übertragungskapazitäten, welches auch Großsendeanlagen umfasst. Durch diese Infrastruktur können rund 98 Prozent der österreichischen Bevölkerung versorgt werden.	Seit der letzten Marktanalyse kam es bei privaten Veranstaltern vor allem zu Erweiterungen der Versorgungsgebiete und es wurden für kleinere Versorgungsgebiete neue Frequenzen verfügbar gemacht.
05	technologische und wirtschaftliche Vorteile oder Überlegenheit	die ORS bietet gleichzeitig zur terrestrischen Hörfunkübertragung auf vielen durch Hörfunk genutzten Standorten auch digitale terrestrische Fernsehübertragung an. Weil dadurch ein Teil der Kosten zwischen diesen beiden Diensten (gemeinsame Kosten für Hörfunk und Fernsehen) geteilt wird, besteht ein struktureller Kostenvorteil gegenüber anderen Anbietern in diesem Markt.	keine Veränderung
06	fehlende oder geringe ausgleichende Nachfragemacht	Private Hörfunkveranstalter: gering Vertikal integrierter öffentlich-rechtliches Unternehmen: hoch Die nachfrageseitige Gegenmacht ist ungleich zwischen privaten Nachfragern und dem öffentlich-rechtlichen integrierten Unternehmen verteilt.	keine Veränderung
07	leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanziellen Ressourcen	Grundsätzlich sollten alle Anbieter den gleichen Zugang zu finanziellen Ressourcen haben. Umsatzstärkere (größere) Unternehmen werden Vorteile für Finanzierungen konkreter Infrastrukturprojekte haben. Daher ist dieses Kriterium sehr stark vom Kriterium „Unternehmensgröße“ abhängig.	keine Veränderung
08	Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z.B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen)	Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass alle im Markt tätigen Unternehmen die Möglichkeit haben, durch Diversifizierung und Bündelung jeweils maßgeschneiderte Angebote für ihre Kunden zusammenzustellen. Die Diversifizierungsmöglichkeit wird für jene Unternehmen höher sein, welche über mehr Standorte und mehr Infrastruktur verfügt. Daher wird die Diversifizierungsmöglichkeit stark vom	keine Veränderung



Nr.	Marktindikator	aktuelle Marktsituation	langfristige Entwicklung
		<p>Marktanteil im relevanten Markt abhängen. Da die ORS das größte Netz hat, ergibt sich daraus ein Vorteil.</p> <p>Für Einzellösungen kann die Unternehmensgröße und Standardisierung auch ein Nachteil sein.</p>	
09	Größenvorteile	<p>Größenvorteile im Bereich der terrestrischen Hörfunkübertragung bestehen vor allem im Bereich der Anbindung der Standorte, der Netzplanung sowie bei Betrieb und Wartung.</p> <p>Skalenerträge ergeben sich aufgrund der Situation, dass die ORS ein flächendeckendes Netz für ganz Österreich im relevanten Gebiet anbietet.</p>	keine Veränderung
10	Verbundvorteile	<p>Verbundvorteile treten immer dann auf, wenn ein Unternehmen zusätzlich zum zu untersuchenden Produkt ähnliche weitere Produkte anbietet.</p> <p>Bei den im relevanten Markt tätigen Unternehmen werden potenziell Verbundvorteile für die ORS aufgrund des gleichzeitigen Anbietens von terrestrischem digitalen Fernsehen sowie DAB+ auftreten.</p>	keine Veränderung
11	Direkte und indirekte Netzeffekte	<p>Direkte und indirekte Netzeffekte sind tendenziell stärker, über je mehr Sendeanlagen ein Anbieter verfügt. Nachdem die ORS über das größte Netz verfügt, sind auch Vorteile bezüglich direkten und indirekten Netzeffekten gegeben.</p>	keine Veränderung
12	Vertikale Integration	<p>Die ORS stellt für den ORF die Verbreitung aller öffentlich-rechtlichen Hörfunkprogramme zur Verfügung und hat in einer Konzernsicht den Vorteil, dass ein substanzieller Teil der Nachfrage nach terrestrischer Hörfunkübertragung von „eigenen“ Hörfunkprogrammen stammt.</p> <p>Die Sesta stellt sich vereinzelt für eigene Hörfunkbeteiligungen (z.B. T-Rock) auch selbst Verbreitungsleistungen zur Verfügung.</p> <p>Mehrere Marktteilnehmer erbringen die Übertragungsleistung für das eigene Hörfunkprogramm, stellen aber diese Leistungen nicht extern am Markt zur Verfügung.</p> <p>Auf Ebene der vertikalen Integration liegt daher ein Vorteil von die ORS gegenüber den Wettbewerbern vor.</p>	keine Veränderung
13	Hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz	<p>Es ist davon auszugehen, dass größere Unternehmen mit einer höheren Kundenzahl auch ein höher entwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz</p>	keine Veränderung



Nr.	Marktindikator	aktuelle Marktsituation	langfristige Entwicklung
		unterhalten. Daher ist dieses Kriterium abhängig vom Kriterium „Unternehmensgröße“ und die ORS hat aufgrund des hohen Marktanteils einen Vorteil.	
14	Abschluss langfristiger und nachhaltiger Zugangsvereinbarungen	Die Zugangsvereinbarungen werden auf die Zulassungsdauer von üblicherweise zehn Jahren von allen Marktteilnehmern abgeschlossen. Aus dieser Sicht ergeben sich keine Unterschiede für einzelne Anbieter.	keine Veränderung
15	Eingehen von Vertragsbeziehungen mit anderen Marktteilnehmern, die zur Marktabschottung führen könnten	Die Prüfung des Indikators hinsichtlich des Marktverhaltens (zum Beispiel die Entwicklung der Vertragsabschlüsse) macht insofern im vorliegenden Fall keinen Sinn, weil auf diesem Markt seit 2006 Vorabverpflichtungen für die ORS auferlegt wurden und somit das Marktverhalten des Unternehmens reguliert wird. Würde das Marktverhalten aufgrund der bestehenden Regulierung beurteilt werden, würde dies der Anwendung des geforderten „Greenfield-Ansatzes“ widersprechen.	nicht bewertet
16	Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs	Es bestehen aufgrund der Marktstruktur, der hohen notwendigen Investitionen sowie aufgrund rechtlicher Rahmenbedingungen (insbesondere Anforderungen bei der Neuerrichtung von Standorten) hohe Markteintrittsschranken. Die Auswirkung ist ein geringer potenzieller Wettbewerb.	Die Markteintrittsschranken sind hoch und der potenzielle Wettbewerb ist gering.
17	andere Arten der Regulierung oder von Maßnahmen, die auferlegt wurden und sich auf den relevanten Markt oder zugehörige Endkundenmärkte im betreffenden Zeitraum auswirken	Es wurde keine andere Art von Regulierung auf dem relevanten Markt auferlegt.	nicht anwendbar
18	eine allfällige Regulierung anderer relevanter Märkte	Es besteht bezüglich Rundfunkübertragungsmärkte keine Regulierung anderer relevanter Märkte.	nicht anwendbar

2.2.2.3. Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht (Indikator 6)

Aufgrund der vertikalen Integration des ORF mit der ORS auf Konzernebene sowie des Umstands, dass der ORF ein öffentlich-rechtlicher Hörfunkveranstalter ist, bestehen strukturell wesentliche Unterschiede bei der nachfrageseitigen Gegenmacht zwischen dem ORF sowie den privaten Hörfunkveranstaltern.

2.2.2.3.1. Nachfrageseitige Gegenmacht von privaten Hörfunkveranstaltern

Die Nachfrage nach terrestrischer Hörfunkübertragung erfolgt durch private Hörfunkveranstalter in Abhängigkeit der jeweiligen Zulassung für einen bestimmten Standort sowie für eine bestimmte Sendeleistung. Daher bestehen bezüglich der Nachfrage kaum Substitutionsmöglichkeiten und der

Nachfrager hat eine geringe nachfrageseitige Gegenmacht, weil er sehr stark von der Realisierung auf einem bestimmten Standort abhängig ist.

Oft besteht seitens privater Hörfunkveranstalter die gleichzeitige Nachfrage für mehrere Standorte oder es folgen im Zeitverlauf weitere Nachfragen nach bestimmten Verbreitungsstandorten (z.B. bei Vergrößerung des Versorgungsgebietes). Aus diesem Grund besteht aus Nachfragersicht neben der Abhängigkeit von einem Standort auch eine starke Abhängigkeit, Zugang zu mehreren Standorten sowie im Zeitverlauf Zugang zu weiteren Standorten zu erhalten. Aus diesen Gründen ist auch die langfristige nachfrageseitige Gegenmacht von privaten Hörfunkveranstaltern eher gering.

Die Abhängigkeit von einem bestimmten Anbieter wird umso stärker sein, je mehr Standorte dieses Unternehmen unterhält. Umgekehrt wird die nachfrageseitige Gegenmacht von „größeren“ Veranstaltern höher sein, weil die Anbieter mit diesen Veranstaltern substantielle Erlöse erzielen können.

2.2.2.3.2. Nachfrageseitige Gegenmacht des ORF

Aufgrund der Eigentumsverhältnisse (der ORF ist 60 %-Eigentümer der ORS) besteht eine vertikale Integration. Der ORF ist im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrages gesetzlich dazu verpflichtet, bestimmte Hörfunkprogramme terrestrisch zu verbreiten. Er lässt diesen technischen Verbreitungsauftrag organisatorisch durch sein Tochterunternehmen erfüllen. Die „Nachfrage“ des ORF wird im Gegensatz zu privaten Hörfunkveranstaltern nicht nach einzelnen Verbreitungsleistungen an bestimmten Standorten gestellt, sondern es wird die gesamte technische terrestrische Versorgung mit den Hörfunkprogrammen des ORF operativ durch die ORS durchgeführt.

Das Verhältnis zwischen ORF und ORS ist ein Beauftragungsverhältnis und daher eher nicht mit einer klassischen Angebots- und Nachfragesituation zu vergleichen. Der ORF ist in diesem Fall kein klassischer Nachfrager, sondern der Auftraggeber an sein Tochterunternehmen. Umgekehrt stellt der ORF für die ORS mit Abstand den größten Kunden dar. Aufgrund dieser relativ starken gegenseitigen Abhängigkeit ist von einer relativ ausgeglichenen Gegenmacht des „Nachfragers“ ORF auszugehen. Hinzu tritt auch noch, dass der ORF durch seine Eigenschaft als Mehrheitseigentümer strukturell auf wesentliche Unternehmensentscheidungen der ORS Einfluss nehmen kann. Dies ist im Falle eines gewöhnlichen „Nachfragers“ nicht möglich.

2.2.2.3.3. Verteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht

Beim ORF ist die nachfrageseitige Gegenmacht hoch; die nachfrageseitige Gegenmacht von „kleinen“ Radioveranstaltern ist im Gegensatz zur nachfrageseitigen Gegenmacht des ORF gering. Bei „größeren“ Nachfragen, wie z.B. Veranstalter überregionaler Radios, ist die nachfrageseitige Gegenmacht größer, da die mit der Verbreitung erzielbaren zusätzlichen Umsätze für den Anbieter von substantieller Bedeutung sein können.

Die relativ geringe ausgleichende Nachfragemacht bzw. die ungleiche Verteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht zwischen den Nachfragern (insbesondere zwischen dem ORF und

den privaten Nachfragern) ist nicht geeignet, eine sich aufgrund anderer Marktindikatoren abzeichnende beträchtliche Marktmacht aufzuheben.

2.2.2.4. Gesamtsicht über alle Indikatoren

Die Gesamtsicht über alle Indikatoren ergibt, dass zusätzlich zum Marktanteil von deutlich über 50 Prozent die ORS auch bei den meisten Indikatoren Vorteile gegenüber den Wettbewerbern hat und gleichzeitig bei keinem bewertbaren Indikator ein Nachteil gegenüber den Wettbewerbern festgestellt werden konnte. Somit ist nicht anzunehmen, dass außergewöhnliche Umstände vorliegen, um trotz des hohen Marktanteils von weit mehr als 50 Prozent festzustellen, dass keine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Aus diesem Grund wird davon ausgegangen, dass die ORS eine marktbeherrschende Stellung im relevanten Markt hat.

2.3. Zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme geeignete spezifische Maßnahmen

2.3.1. Potenzielle Wettbewerbsprobleme

Die potenziellen Wettbewerbsprobleme am relevanten Markt liegen vor allem im Risiko, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seine Marktmacht gegenüber Abnehmern in einer wettbewerbsverzerrenden Weise ausüben könnte.

Konkret bestehen folgende potenzielle Wettbewerbsprobleme:

2.3.1.1. Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber Abnehmern

Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht könnte zum Beispiel bestimmten Nachfragern die Leistung bzw. den Zugang zum Netz (oder nachgefragten Teilen davon) verweigern und damit deren Markteintritt erschweren. Damit könnte es zum Beispiel zu einer Übertragung der Marktmacht auf einen nachgelagerten Markt (hier: Endkundenmarkt Hörfunk) kommen. Dies könnte den Wettbewerb in diesem Markt verzerren.

2.3.1.2. Diskriminierung von Nachfragern

Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht könnte in Abhängigkeit vom jeweiligen Nachfrager gleiche Leistungen zu unterschiedlichen Konditionen anbieten. Die unterschiedliche Behandlung von Nachfragern könnte zu einer Wettbewerbsverzerrung zwischen den Nachfragern führen und somit auf andere Märkte (z.B. auf den Endkundenmarkt Hörfunk) negative Auswirkungen haben.

2.3.1.3. Zwang, nicht benötigte Produkte im Bündel abnehmen zu müssen

Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht könnte die Produkte im relevanten Markt theoretisch nur im Bündel mit anderen (möglicherweise vom Nachfrager nicht benötigten Produkten) anbieten. Eine derartige Praxis würde die Vorleistungskosten der Nachfrager über jenes Niveau heben, welche sich in einem funktionierenden Wettbewerb ergeben würde.

2.3.1.4. Überhöhte Tarife

Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht könnte für die terrestrische Verbreitung von Hörfunk Tarife verlangen, welche über dem Wettbewerbsniveau bzw. den Kosten effizienter Leistungserstellung liegen würden. Weil die Nachfrager kaum auf andere Anbieter ausweichen könnten bzw. die notwendige Leistung nicht selbst erbringen können, wären die Nachfrager gewissermaßen „gezwungen“, diese überhöhten Tarife zu akzeptieren.

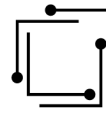
2.3.2. Auswahl der Vorabmaßnahmen

Aufgrund der festgestellten potenziellen Wettbewerbsprobleme sowie der potenziell zur Verfügung stehenden Vorabmaßnahmen werden nun jene Maßnahmen ausgewählt, welche geeignet sind, um die potenziellen Wettbewerbsprobleme abzumildern bzw. zu vermeiden. Zur Abmilderung eines potenziellen Wettbewerbsproblems kann auch eine Kombination aus mehreren Vorabmaßnahmen notwendig sein. Diese schon im Bescheid Hörfunkmärkte 2018 vorgenommene Analyse basierte auf den zum damaligen Zeitpunkt rechtlich verfügbaren „Standard-Vorabmaßnahmen“ nach dem TKG 2003, welche den Maßnahmen gemäß den §§ 91 bis 93 und 95 und 96 TKG 2021 entsprechen.

Die nunmehrige Auswahl ist in der folgenden Tabelle ersichtlich:

Tabelle 4 Zusammenhang zwischen potenziellen Vorabmaßnahmen und empfohlenen Vorabmaßnahmen

Nr.	Potenzielles Wettbewerbsproblem		Vorabmaßnahme	
	Bezeichnung	Risiko	Bezeichnung	Abmilderung bzw. Vermeidung des Risikos
01	Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber Abnehmern	Verweigerung der Leistung bzw. den Zugang zum Netz (oder nachgefragten Teilen davon)	Zugang zu Netzkomponenten und -einrichtungen Transparenzverpflichtung	Eine Verweigerung des Zugangs zu Netzkomponenten und -einrichtungen sollte nur mehr aufgrund objektiver Kriterien wie etwa technische Machbarkeit oder die notwendige Aufrechterhaltung der Netzintegrität möglich sein. Hohe Transparenz in Bezug auf die Zugangsbedingungen einschließlich der Preise beschleunigt den Verhandlungsprozess für den Zugang.
02	Diskriminierung von Nachfragern	Gleiche Leistungen werden zu unterschiedlichen Konditionen angeboten.	Gleichbehandlungsverpflichtung Transparenzverpflichtung Getrennte Buchführung	Gleiche Leistungen müssen zu gleichen Konditionen angeboten werden. Transparenz in Bezug auf die Zugangsbedingungen einschließlich der Preise bietet den Marktteilnehmern die Gewissheit, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht wird. Durch die getrennte Buchführung wird Transparenz bezüglich der Leistungsverrechnung geschaffen, so dass die Regulierungsbehörde die Einhaltung der Gleichbehandlungsverpflichtung überprüfen kann.
03	Zwang, nicht benötigte Produkte	Nachgefragte Leistungen sind nur mit der gleichzeitigen Abnahme anderer	Zugang zu Netzkomponenten und -einrichtungen	Durch die Definition, welche Netzkomponenten und Einrichtungen auch einzeln angeboten werden müssen, kann verhindert werden, dass diese



Nr.	Potenzielles Wettbewerbsproblem		Vorabmaßnahme	
	Bezeichnung	Risiko	Bezeichnung	Abmilderung bzw. Vermeidung des Risikos
	im Bündel abnehmen zu müssen	(nicht nachgefragter Leistungen) verfügbar.	Transparenzverpflichtung	Produkte im „Bündel“ abgenommen werden müssen. Transparenz in Bezug auf die Zugangsbedingungen und verfügbaren Produkte bietet den Marktteilnehmern die Gewissheit, dass ein bestimmtes Produkt einzeln verfügbar ist.
04	Überhöhte Tarife	Das Angebot erfolgt zu Tarifen, welche über dem Wettbewerbsniveau bzw. den Kosten effizienter Leistungserstellung liegen.	Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang	Durch die Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang wird das Wettbewerbsniveau der Tarife sichergestellt und somit verhindert, dass die Tarife darüber liegen können.

Einzubeziehen sind im Sinne des modifizierten Greenfield-Ansatzes Verpflichtungen, welche bereits ohne Marktanalyse – z.B. aufgrund anderer Gesetze – auferlegt sind. Konkret ist der ORF zum Beispiel verpflichtet, die Mitbenutzung der Sendeanlagen (§ 8 ORF-G) zu ermöglichen.

Aufgrund dieser Verpflichtung wird die potenziell zur Verfügung stehende Maßnahme nach § 94 TKG 2021 – Verpflichtung zu Zugang zu baulichen Anlagen nicht vorgeschlagen, da davon ausgegangen wird, dass mit der Verpflichtung nach dem ORF-Gesetz bereits ein Zugang zu baulichen Anlagen durch die ORS abgedeckt ist.

Die den ORF und seinen Tochtergesellschaften gemäß § 8 ORF-G – unabhängig von einer Vorabverpflichtung zum Zugang zu baulichen Anlagen im Sinne der Gestattung der Mitbenutzung ihrer Sendeanlagen durch andere Rundfunkveranstalter treffende Verpflichtung ist nicht ausreichend, um die in Tabelle 4 dargestellten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen. Gegenstand des hier maßgeblichen Markts ist nicht nur die genannte Infrastruktur, sondern vielmehr ein über diese Infrastruktur angebotenes Vorleistungsprodukt, nämlich die Übertragungsleistung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW. Der Zugang zu den Sendeanlagen stellt für dieses Produkt allenfalls lediglich eine Vorleistung dar. Insofern kann sie allein nicht das gegenständliche Wettbewerbsproblem beseitigen.

Auf Basis der potenziellen Wettbewerbsprobleme sowie den potenziellen Vorabmaßnahmen sind aus ökonomischer Sicht folgende fünf Maßnahmen zur Abmilderung bzw. Vermeidung von Wettbewerbsproblemen geeignet:

- Transparenzverpflichtung (§ 91 TKG 2021),
- Gleichbehandlungsverpflichtung (§ 92 TKG 2021),
- Getrennte Buchführung (§ 93 TKG 2021),
- Zugang zu Netzkomponenten und -einrichtungen (§ 95 TKG 2021) sowie
- Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang (§ 96 TKG 2021).

Nachdem alle identifizierten Wettbewerbsprobleme durch die vorgeschlagenen Maßnahmen bereits abgemildert werden, wird keine Notwendigkeit gesehen, weitere Vorabmaßnahmen, wie die „Verpflichtungszusagen“, „Funktionelle Trennung“ und „weitergehende Verpflichtungen“ vorzuschlagen. Zudem lag zur Zeit der Erstellung des Gutachtens keine zu prüfende „Verpflichtungszusage“ vor. Gegenüber den bestehenden Verpflichtungen aufgrund der vorangegangenen Marktanalyse werden daher keine Änderungen vorgeschlagen.

Das Ergebnis entspricht im Wesentlichen jenem, welches dem Bescheid Hörfunkmärkte 2018 der KommAustria in der letzten Analyse des gegenständlichen Markts zu Grunde lag.

Zur näheren Ausgestaltung einzelner Maßnahmen ist folgendes festzuhalten:

2.3.2.1. Gleichbehandlungsverpflichtung

Aus ökonomischer Sicht soll die bisherige Gleichbehandlungspflicht im Wesentlichen unverändert aufrechterhalten werden.

2.3.2.1.1. Sicherstellung der Gleichbehandlung von gleichen Nachfragen

In der praktischen Umsetzung der Gleichbehandlungsverpflichtung ist eine übliche Maßnahme, ein Standardangebot zu veröffentlichen, um zu gewährleisten, dass allen unter den gleichen Bedingungen nachfragenden Unternehmen die gleichen Produkte und gleichen Konditionen angeboten werden.

In der konkreten Situation des gegenständlichen relevanten Marktes kann mit der Bereitstellung eines Standardangebotes sichergestellt werden, dass private Hörfunkveranstalter in nichtdiskriminierender Weise auf dieses Angebot zurückgreifen können. Ein Standardangebot ermöglicht, dass den Marktteilnehmern die voraussichtlichen Konditionen bereits in der eigenen Planungsphase bekannt sind und dass auf jeden Fall auf dieses Standardangebot zurückgegriffen werden kann. Daher erhöht die Bereitstellung eines Standardangebots die Planungssicherheit und trägt dazu bei, den Markteintritt zu erleichtern. In diesem Sinne ist die Maßnahme eines verpflichtenden Standardangebots dazu geeignet, einen effektiven Wettbewerb zu ermöglichen bzw. zu fördern.

2.3.2.1.2. Sicherstellung der Gleichbehandlung mit dem öffentlich-rechtlichen Nachfrager

Auch wenn der ORF konkret auf eine andere Art und Weise die Nachfrage nach Hörfunkverbreitung stellt und gegebenenfalls gar nicht alle im Standardangebot angebotenen Produkte nachfragt, sollte durch die Ausgestaltung der Regulierungsmaßnahmen sichergestellt sein, dass der ORF keinen Wettbewerbsvorteil durch mögliche günstigere Konditionen für die Hörfunkübertragung erlangen kann. Diese Bedingung ist insofern für einen fairen und funktionsfähigen Wettbewerb von Bedeutung, als sich der ORF am Endkundenmarkt mit seinen Hörfunkprogrammen direkt im Wettbewerb mit privaten Hörfunkveranstaltern befindet.

Der öffentlich-rechtliche Nachfrager ORF, welcher gleichzeitig auch Mehrheitseigentümer der ORS ist, hat einen gesetzlich vorgegebenen Auftrag, bestimmte Hörfunkprogramme terrestrisch zu verbreiten. Diesen technischen Versorgungsauftrag erfüllt der ORF, indem er die ORS damit im

Rahmen eines Gesamtvertrages beauftragt, diese Verbreitung sicherzustellen. Technisch erfolgt zwar die Leistungserbringung durch die ORS, die rechtliche Verpflichtung, die Verbreitung sicherzustellen, verbleibt allerdings auch im Rahmen dieser Konstellation beim ORF. Eine Besonderheit ist, dass der ORF durch die gesetzliche Vorgabe eines fix definierten technischen Versorgungsauftrages für bestimmte öffentlich-rechtliche Hörfunkprogramme seine „Nachfrage“ für terrestrische Hörfunkverbreitung nicht beliebig anpassen kann. Er kann sich daher nicht entscheiden, falls zum Beispiel die Verbreitungsleistung kostengünstiger erfolgen sollte, als Reaktion darauf eine größere Anzahl an Hörfunkprogrammen zu verbreiten.

Umgekehrt wurde die ORS vor allem zur Erfüllung der technischen Verbreitungsaufträge überhaupt erst gegründet und hat daher als einen wesentlichen Unternehmenszweck die Sicherstellung dieser technischen Verbreitung der Programme des ORF.

Zur Sicherstellung einer Nichtdiskriminierung steht als Vorabmaßnahme die Gleichbehandlungsverpflichtung (§ 92 TKG 2021) zur Verfügung. Die Gleichbehandlungsverpflichtung hat insbesondere sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste.

Aufgrund der bestehenden Situation, dass der ORF eine andere Art der Beauftragung gegenüber der ORS vornimmt, als dies im Rahmen einer üblichen Nachfrage seitens privater Hörfunkveranstalter der Fall ist, sowie den unterschiedlichen Leistungsumfängen im Gesamtvertrag mit dem ORF gegenüber dem Standardvertrag, sind die Umstände der Nachfrage und die nachgefragten Dienste nicht exakt vergleichbar.

Die Beauftragung der ORS vom ORF wird im „UKW-Vertrag ORF“ geregelt. Dieser Vertrag vom 06.07.2017 umfasst die UKW-Verbreitung von allen öffentlich-rechtlichen Hörfunkprogrammen des ORF. Die Laufzeit des Vertrags begann am 01.01.2017 und beträgt zehn Jahre.

Nachdem der ORF der einzige Nachfrager ist, welcher die gesamte technische Erfüllung seines gesetzlichen öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrages beauftragt, wird es aus Wettbewerbssicht nicht sinnvoll sein, einen derartigen zusätzlichen Standardvertrag anbieten zu müssen, da dieser ohnehin nicht nachgefragt werden würde und daher in diesem Bereich das potenzielle Wettbewerbsproblem einer Ungleichbehandlung nicht besteht.

Der Umstand einer real nicht vergleichbaren Nachfrage und Vertragsgestaltung ist für die weiteren Überlegungen der Ausgestaltung einer Gleichbehandlungsverpflichtung von Bedeutung. Aus diesem Grund ist es notwendig, zuerst auf die Unterschiede und Gemeinsamkeiten in den Leistungen genauer einzugehen.

Der „UKW-Vertrag ORF“ wird daher dem Standardangebot gegenübergestellt und systematisch verglichen.

2.3.2.1.3. Vergleich der Leistung und Verträge

Im Fall des „UKW-Vertrages ORF“ wird nicht, wie von privaten Hörfunkveranstaltern, ein bestimmter Standort bzw. eine bestimmte Sendeleistung nachgefragt, sondern die ORS plant die konkreten Standorte, die Frequenzen bzw. die konkreten Sendeleistungen zur Erfüllung des Versorgungsauftrages des ORF. Das bedeutet, dass in diesem Gesamtvertrag auch die Leistung der Frequenz- und Versorgungsplanung enthalten ist. Diese Planungsleistung ist nicht von der Marktdefinition des relevanten Marktes erfasst, weil sie am freien Markt getrennt zugekauft werden kann und im Prinzip eine notwendige Vorleistung für die Planung einer Verbreitung ist.

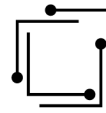
Private Nachfrager fragen oft auch bei der ORS bezüglich der Frequenz- und Versorgungsplanung nach. Ebenso bietet auch die Sesta diese Dienstleistung an. Im Standardvertrag der ORS ist diese Beratungsleistung nicht enthalten, da diese Leistung dem Vertragsabschluss vorgelagert ist. Diese Planungsleistung kann auch von unabhängigen Dritten bezogen werden. Mit den Ergebnissen aus dieser Planungsphase ist es dem Nachfrager möglich, einen Antrag bei der Behörde zu stellen. Kommt es zum Vertragsabschluss, wird diese Planungsleistung von der ORS (sofern sie durch die ORS erbracht wurde) nicht gesondert verrechnet – ist somit also dann doch inkludiert.

Folgende Leistungskomplexe sind im „UKW-Vertrag ORF“ geregelt:

Nr.	Leistung	Erläuterung
01	Frequenz- und Versorgungsplanung	Diese Leistung ist eine Vorleistung, damit die im relevanten Markt befindliche Leistung der „UKW-Verbreitung“ nachgefragt werden kann. Es handelt sich dabei um eine Planungsleistung, welche am Markt frei verfügbar ist.
02	Programmmzubringung	Die Programmmzubringung ist für die Zuführung des auszustrahlenden Audio-Signals zur Sendeanlage notwendig. Diese Leistung ist nicht Teil des relevanten Marktes, weil es sich dabei um eine gewöhnliche Telekom-Leistung handelt, welche am Markt frei verfügbar ist.
03	UKW-Verbreitung	Diese Leistung ist im relevanten Markt enthalten. Sie ist an einen konkreten Standort, eine konkrete Frequenz und an eine konkrete Sendeleistung gebunden.

Eine besondere Kategorie an Leistungen sind jene, die zwar als Produkte bzw. Teile im Standardangebot enthalten sind, aber welche für die konkrete Leistungserbringung gegenüber dem ORF für die Sicherstellung des technischen Versorgungsauftrags nicht notwendig sind. Diese Produkte werden – streng genommen – vom ORF gar nicht real nachgefragt. Auch nicht alle im Standardangebot enthaltenen Produkte werden in der Praxis tatsächlich nachgefragt. Dies können zum Beispiel einzelne Leistungsklassen sein. Um das Ziel zu erreichen, dass keine systematischen Diskriminierungen zwischen dem ORF und den privaten Nachfragern entstehen können, sollte als Maßstab daher das Angebot der ORS herangezogen werden – unabhängig davon, ob es konkret nachgefragt wird oder nicht. Dies ist auch mit einer in der Marktanalyse erforderlichen zukunftsgerichteten Sichtweise konsistent.

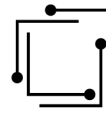
Nachdem der Vertrag der ORS mit dem ORF nicht pro Standort und Leistungsklasse abgeschlossen ist, kann ein direkter Vergleich mit den Produkten im Standardangebot nicht durchgeführt werden. Um eine systematische Gleichbehandlung für alle Produkte sicherstellen zu können, bietet es sich



an, aus dem Pauschalvertrag mit dem ORF bestimmte Indikatoren heranzuziehen und diese Indikatoren als Basis für die Sicherstellung einer Gleichbehandlung heranzuziehen. Dabei werden die Unterschiede und Gemeinsamkeiten sichtbar und es kann beurteilt werden, ob das Angebot nichtdiskriminierend ist. Beispielsweise ist für den ORF der physische Zugang zur Sendeanlage nicht vorgesehen, im Standardangebot ist dieser Zugang für private Hörfunkveranstalter enthalten. In diesem Fall ist zum Beispiel der private Nachfrager nicht schlechter gestellt als der ORF, obwohl die Verträge in diesem Punkt abweichend sind.

Folgende Kriterien und Indikatoren können für einen Vergleich des ORF-Vertrages mit dem Standardangebot herangezogen werden, um sicherzustellen, dass private Nachfrager nicht schlechter als der ORF gestellt sind. Die Kriterien wurden anhand der Strukturen des Standardangebots sowie des Vertrags mit dem ORF aufgeschlüsselt und miteinander verglichen.

Nr.	Kriterium und Indikatoren	Erläuterung
01	Vertragsdauer	Im ORF-Vertrag ist eine Vertragsdauer von zehn Jahren vorgesehen. Ebenso beträgt die Vertragsdauer im Standardvertrag zehn Jahre. Dies entspricht der üblichen Zulassungsdauer für private Hörfunkveranstalter.
02	Außerordentliche Kündigung	In beiden Verträgen ist eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit vorgesehen. Eine Detailanalyse kann die Beschreibung und Gründe der Kündigung umfassen.
03	Besicherung	Im ORF-Vertrag ist keine Besicherung vorgesehen, weil davon ausgegangen wird, dass die Bonität des ORF aufgrund der gesetzlich geregelten Finanzierung sichergestellt ist. Beim Standardvertrag ist eine Besicherung vorgesehen.
04	Programmmzubringung	Im ORF-Vertrag ist die Signalzubringung im Vertrag enthalten. Aufgrund der Verpflichtung aus der bestehenden Marktanalyse ist die ORF verpflichtet, die Leistungen „entbündelt“ anbieten zu müssen. Aus diesem Grund ist die Programmmzubringung im Standardangebot nicht enthalten und wird gesondert mit einem separaten Vertrag angeboten. Die Signalzubringung als solche ist nicht Teil des relevanten Marktes, da es sich dabei um eine standardisierte Telekomleistung handelt, welche auch am freien Markt verfügbar ist.
05	Abstrahlung des Programmsignals	Der in beiden Verträgen beschriebene Übergabepunkt für das Signal ist gleich. Die zu übergebende Signalform ist in beiden Verträgen gleich.
06	Zugangsregelung	Im Standardangebot ist der physische Zugang für den Vertragspartner geregelt. Im Vertrag mit dem ORF ist ein physischer Zugang seitens des ORF nicht vorgesehen.
07	Verfügbarkeit	Die Verfügbarkeit je nach Versorgungsklasse und versorgten Einwohnern ist in beiden Verträgen gleich geregelt. Sämtliche Parameter (Jahresverfügbarkeit [%]/Tageszeit und die maximale Ausfalldauer/Jahr in Stunden und Minuten) sind ident in den beiden Verträgen festgelegt.
08	Wartung	Die Wartung ist bei beiden Verträgen bei der Berechnung der Verfügbarkeit nicht berücksichtigt. Im ORF-Vertrag ist genauer geregelt, in welchen Fällen eine Wartung genau vorliegt.
09	Informationspflicht	In beiden Verträgen wird gleich geregelt, wie Ausfälle dem Vertragspartner bekannt zu geben zu sind.
10	Kontrollmessungen	In beiden Verträgen werden die Kontrollmessungen geregelt. Im ORF-Vertrag ist zusätzlich die Leistung des Teilnehmerbeschwerdemanagements geregelt.
11	Schnittstellenbeschreibung (Teilinfrastruktur)	Im Standardvertrag ist die Schnittstellenbeschreibung für Teilinfrastruktur enthalten. Im ORF-Vertrag ist diese Leistung nicht enthalten, da diese nicht erforderlich ist.



Nr.	Kriterium und Indikatoren	Erläuterung
12	Haftung	Die Haftung hinsichtlich Entgeltminderungen ist in beiden Verträgen beschrieben. Die Haftungssummen weisen unterschiedliche Bezugsgrößen auf. In beiden Verträgen ist die Haftung der ORS wegen EVU-Stromausfällen ausgeschlossen.
13	Entgelte	Im ORF-Vertrag erfolgt die Verrechnung monatlich, im Standardvertrag pro Quartal. In beiden Verträgen ist ein Zahlungsziel von 30 Tagen ohne Abzug vorgesehen. Im Standardvertrag ist zusätzlich innerhalb von 14 Tagen ein Abzug von 3 % Skonto möglich. Die Preisgleitung beträgt beim ORF-Vertrag 100 % des VPI, im Standardvertrag sind 85 % des VPI enthalten.
14	Programmverantwortung	In beiden Verträgen liegt die Inhalteverantwortlichkeit beim Vertragspartner.
15	Vertragsübernahme	Unter bestimmten Umständen ist in beiden Verträgen eine Vertragsübernahme möglich.
16	Geheimhaltungsverpflichtung	Im Standardangebot ist wegen der Veröffentlichung des Standardangebots die Geheimhaltungsverpflichtung nicht mit dem ORF-Vertrag vergleichbar.
17	Anwendbare Rechtsvorschriften/Gerichtsstand	In beiden Verträgen sind die anwendbaren Rechtsvorschriften und der Gerichtsstand ähnlich geregelt.
18	Kosten der Vertragserrichtung	In beiden Verträgen sind allfällige Gebühren vom Vertragspartner zu tragen. Sonstige Vertragserrichtungskosten sind jeweils von jedem Vertragspartner selbst zu tragen.
19	Vertragsergänzungen	Vertragsergänzungen bedürfen in beiden Verträgen der Schriftform.
20	Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	In beiden Verträgen haben etwaige AGB keine Geltung.

2.3.2.1.4. Konkrete Ausgestaltung

Mit der Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens zum Angebot und der Veröffentlichung eines Standardangebots kann aus ökonomischer Sicht sichergestellt werden, dass alle privaten Nachfrager nichtdiskriminierend behandelt werden.

Das Standardangebot darf im Vergleich zum Vertrag mit dem ORF keine schlechteren bzw. nachteiligeren Bedingungen enthalten. Mit dieser Verpflichtung kann sichergestellt werden, dass der Wettbewerb zwischen dem ORF und den privaten Hörfunkveranstaltern nicht durch nachteilige Konditionen auf der Vorleistungsebene verzerrt wird. Mit dieser Maßnahme sollen einheitliche Ausgangsbedingungen, also gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden.

Zur Prüfung der Einhaltung der Gleichbehandlungsverpflichtung werden bei einer Prüfung des Standardangebots auf Diskriminierungsfreiheit gegenüber den dem ORF angebotenen Leistungen („UKW-Vertrag ORF“) die in 2.3.2.1.3 genannten Indikatoren herangezogen. Die Prüfindikatoren wurden aus dem systematischen Vergleich des ORF-Vertrags mit dem Standardvertrag abgeleitet. Damit soll sichergestellt werden, dass die Prüfkriterien hinreichend bestimmt sind.

2.3.2.2. Transparenzverpflichtung

Aus ökonomischer Sicht soll die bisherige Transparenzverpflichtung im Wesentlichen unverändert aufrechterhalten werden.

Die Verpflichtung, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ein aktualisiertes Standardangebot auf seiner Homepage leicht, unmittelbar und ständig zugänglich veröffentlichen muss, dient auch zur Sicherstellung der Transparenz.

Neben den in 2.3.2.1.4 genannten Vorgaben soll das Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen enthalten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte offenlegen.

In das Standardangebot sollten zumindest folgende Angaben aufgenommen werden:

- Entgelte für Sender und Umsetzer (Ballempfang)
- Detaillierte (technische) Beschreibung des Angebotsgegenstandes inkl. Nebenleistungen
- Bestimmungen über Angebotsannahme, (Mindest-)Vertragsdauer, (außerordentliche) Kündigung, Vertragsverlängerung und Vertragsanpassung inkl. Änderungen des Angebotsgegenstandes
- Bestimmungen über Beginn und Ende der Leistungsbereitstellung inklusive vertraglicher Fristen
- Bestimmungen zu Qualitätssicherung, Entstörung und Beschwerdemanagement
- Bestimmungen zu Migrations- und Wechselprozessen

Mögliche negative Auswirkungen treten vor allem vor bzw. bei Vertragsabschluss auf. Da die Verträge auf die gesamte Zulassungsdauer von zehn Jahren abgeschlossen werden, verändern sich die Bedingungen für den Vertrag üblicherweise nachträglich nicht mehr.

Durch den individuellen Vertragsabschluss mit jeweils einer Laufzeit von zehn Jahren ergibt sich insgesamt eine Marktsituation, bei welcher einige Verträge älter und einige Verträge relativ neu sind. Sind jährliche Tarifanpassungen, so wie derzeit bei den Standardverträgen der ORS an einen Verbraucherpreisindex gekoppelt, kann es mit fortlaufender Laufzeit dazu kommen, dass die Preise für neue Vertragsabschlüsse von den Preisen in den „Altverträgen“ abweichen. Aus dieser Sicht kann es zu einer Situation kommen, in welcher Nachfrager auf dem relevanten Markt in einem Jahr für die gleiche Leistung unterschiedliche Tarife bezahlen. Eine Möglichkeit, um dies zu vermeiden ist, im Standardvertrag die Möglichkeit vorzusehen, auf Nachfrage des Hörfunkveranstalters auf einen – im jeweiligen Jahr – kostenorientierten Tarif zu wechseln.

2.3.2.3. Getrennte Buchführung

Aus ökonomischer Sicht soll die bisherige Verpflichtung zur getrennten Buchführung im Wesentlichen unverändert aufrechterhalten werden.

Zur Sicherstellung der Überprüfbarkeit der getrennten Buchführung müssen folgende Informationen gegenüber der Regulierungsbehörde aufgenommen werden:

- Erträge
- Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstige Kosten)
- detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens inklusive Personalkennzahlen

Diese Offenlegung muss getrennt für Produkte bzw. Dienste des relevanten Marktes sowie für alle anderen Produkte und Dienste des Unternehmens erfolgen.

2.3.2.4. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang

Die Maßnahme Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang verhindert, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung missbrauchen kann, um überhöhte Preise zu setzen. Andernfalls könnte es möglicherweise Übergewinne auf diesem Markt erzielen und seine Marktmacht auf andere Märkte (in diesem Fall den Hörfunk-Endkundenmarkt) übertragen. Eine weitere Frage betrifft das Thema, ob und wieweit mit einer Verpflichtung zur Kostenorientierung Infrastrukturinvestitionen gefördert werden können.

In einem ersten Teil wird auf die Kostenstruktur bezüglich der Infrastruktur eingegangen. Diese Kostenparameter werden im Folgenden mit anderen für eine Investitionsentscheidung relevanten Parametern ins Verhältnis gesetzt.

2.3.2.4.1. Charakterisierung der Kostenstruktur im relevanten Markt

Um die Relevanz der Verbreitungstarife für den Wettbewerb und die Infrastrukturinvestitionen zu erfassen, wird in einem ersten Schritt die Kostenstruktur im relevanten Markt analysiert. Die Kostenstruktur kann unterschiedlich charakterisiert werden, je nachdem, ob ein flächendeckendes Netz oder ein Einzelstandort betrachtet wird.

Flächendeckendes Netz

Bei der terrestrischen Verbreitung von Hörfunk handelt es sich technologiebedingt bei der Betrachtung der Versorgung in einem größeren geografischen Gebiet um eine monopolistisch geprägte Infrastruktur, der in der wettbewerbsökonomischen Theorie die Stellung eines „natürlichen Monopols“ zugeordnet wird. Wesentliche Eigenschaft eines natürlichen Monopols ist das Vorliegen von spezifischen Kostenvorteilen.

In der ökonomischen Theorie wird dieser Umstand mit dem Konzept der Subadditivität der Kostenfunktion beschrieben, das notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines natürlichen Monopols ist. Demnach kann ein Unternehmen den Markt kostengünstiger bedienen als mehrere Anbieter (Subadditivität der Kostenfunktion im gesamten relevanten Bereich der bereitgestellten Menge). Die Produktionskosten nehmen mit wachsender Produktionsmenge nur unterproportional zu, was zu sinkenden Durchschnittskosten führt.

Diese Kostenstruktur beruht auf Größenvorteilen („economies of scale“). Beispielsweise steigen Kosten für ein zusätzliches (benachbartes) Versorgungsgebiet nur unterproportional an, da zum Beispiel ein bereits bestehendes Serviceteam auch im neuen Versorgungsgebiet genutzt werden kann. Besonders Großanlagen können kaum dupliziert werden, weil gerade bei diesen Standorten die Erschließung besonders schwierig und kostenintensiv ist.

Aufgrund der subadditiven Kostenstruktur ist es ökonomisch sinnvoll, dass ein Unternehmen die Infrastruktur bereitstellt und diese nicht von Wettbewerbern dupliziert, sondern anderen Marktakteuren (also Programmveranstaltern) Zutritt zu dieser Infrastruktur gewährt wird. Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das Vorliegen so genannter irreversibler Kosten (sunk cost), z.B. in Bezug auf Investitionen in Sendemasten. Hierbei handelt es sich um Investitionen, die einmal getätigt - unwiederbringlich sind. Versunkene Kosten sind Kosten, die auch

beim Marktaustritt nicht wiedergewonnen werden können. Da dies den Unternehmen bereits zum Zeitpunkt des Markteintritts bewusst ist, wirken sie auch als Marktzutrittsbarrieren.

Die damit verbundenen infrastrukturbezogenen Kosten sind für ein Unternehmen, welches bereits über ein flächendeckendes Netz verfügt und die Investitionsentscheidung bereits getätigt hat, nicht mehr entscheidungsrelevant, wohl aber für einen potenziellen Markteinsteiger, der sich gerade im Entscheidungsprozess befindet, ob es rentabel sein könnte, diese irreversiblen Kosten zur Duplikation der Infrastruktur einzusetzen oder nicht. Das Unternehmen mit dem bestehenden Netz hat daher gegenüber dem Markteinsteiger einen Wettbewerbsvorteil, den es für strategisches Verhalten nutzen könnte.

In bestimmten Fällen kann sich ein Anbieter für die Erschließung eines Standorts auf versorgungstechnisch geeigneten Mobilfunkstationen, Aussichtstürmen, Silos, Seilbahnstationen, Funkstellen des öffentlichen Bereichs, von Gemeinden und Energieversorgern und auch in privaten Objekten einmieten. Dies wirkt sich üblicherweise günstig auf die Kosten aus.

Die Dichte und Struktur des Netzes hat Auswirkungen auf die erzielbaren Skaleneffekte. Aufgrund der höheren Anzahl von Standorten bei der ORS wird das Ausmaß an Skaleneffekten bei der ORS größer als bei Mitbewerbern sein.

In der Betrachtung des gesamten Netzes treten Verbundvorteile („economies of scope“) auf. Daher haben Unternehmen, welche an ihren Standorten auch andere Dienste (z.B. digitales terrestrisches Fernsehen) anbieten Kostenvorteile.

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass die konkrete Netzstruktur und Netzabdeckung sowie der Mix aus Groß-, Mittel- und Kleinsendeanlagen zu einem hohen Anteil die Kostenvorteile aufgrund von Skalenvorteilen bestimmt. Die kostenmäßigen Verbundvorteile sind vor allem davon abhängig, ob die Standorte auch noch für andere Verbreitungsdienste (zum Beispiel digitales terrestrisches Fernsehen) genutzt werden.

Infrastrukturkosten Einzelstandort

Die Kosten für einen Einzelstandort sind für jeden Standort individuell und von vielen Faktoren abhängig. Je nach notwendiger Höhe, Lage des Masts und statischen Erfordernissen können bereits erhebliche Kostenunterschiede auftreten. Teilweise kann es nötig sein, Montagen zum Beispiel mit Hilfe von Hubschraubern vorzunehmen, was sich substantiell auf die Kosten auswirkt.

Die Kosten sind wesentlich davon abhängig, ob ein Standort gefunden werden kann, wo „günstige“ Anbindungsmöglichkeiten bestehen. Hier kann es auch entscheidend sein, ob sich bereits ein anderer Standort in der Nähe befindet.

Die Kosten werden auch wesentlich davon beeinflusst, wie der physische Zugang zu einem Standort umgesetzt werden kann. Zum Beispiel entstehen für eine Benutzung von Forstwegen laufende Nutzungskosten.

Eine mögliche Aufteilung der Infrastrukturkosten an einem Standort auf mehrere Produktgruppen (z.B. Fernsehen und Radio) ist davon abhängig, ob an diesem Ort mehrere Produkte angeboten werden (können).

Ein wesentlicher Einflussfaktor ist, welches zukünftige Ausbaupotential ein bestimmter Standort hat. Zum Beispiel ist die Frage relevant, ob durch zukünftige Leistungserhöhungen Mehrerlöse generiert werden können oder ob die Möglichkeit der Nutzung für weitere Kunden besteht.

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass sich die individuelle Kostensituation auf jedem Standort kaum mit anderen Standorten vergleichen lässt, da diese von sehr vielen unterschiedlichen Einflussfaktoren bestimmt ist. Aus diesem Grund ist es auch nicht sinnvoll, Benchmarks für einen Marktpreis für einen bestimmten Standort zu berechnen und diesen Benchmark in weiterer Folge auf andere Standorte anzuwenden.

2.3.2.4.2. Verhältnis der Kosten zu anderen Investitionsparametern

Eine Besonderheit im relevanten Markt ist, dass neben den Kosten eine Reihe anderer Parameter für Investitionsentscheidungen besonders relevant sind. Die Analyse dieser anderen Investitionsparameter dient dazu, die Bedeutung der Kosten und der Erlöse an einer Investitionsentscheidung beurteilen zu können.

Knappe Übertragungskapazitäten

Ein bestimmender Engpass für Investitionen in neue Infrastruktur ist die Verfügbarkeit von UKW-Übertragungskapazitäten (Frequenzen). Betrachtet man die gesamte Frequenzsituation werden die meisten Frequenzen für die Verbreitung der Programme des ORF genutzt. Diese Situation ist seit längerer Zeit gegeben.

Bereits bei der Evaluierung, ob eine Übertragungskapazität potenziell verfügbar und technisch machbar sein kann, entstehen dem Unternehmen Aufwände. Das bedeutet, dass bereits die Suche nach weiteren Übertragungskapazitäten ein Risiko birgt. In den letzten Jahren wurden vor allem für Erweiterungen der Versorgungsgebiete sowie kleinere Versorgungsgebiete neue Frequenzen verfügbar gemacht.

Vielzahl an nötigen Genehmigungen

Der Aufbau einer alternativen Sendernetzstruktur setzt insbesondere voraus, dass auf relevanten Orten entsprechende Sendetürme bzw. -masten oder sonstige Antennenträger (nachfolgend auch Senderstandort) zur Verfügung stehen und diese mit Antennen ausgestattet sind. Darüber hinaus sind an den jeweiligen Standorten Sender und dazugehörige Anlagen notwendig, ebenso wie entsprechende Zuleitungen zu den Standorten. Für die Errichtung und den Betrieb derartiger Anlagen ist eine Reihe von Genehmigungen nötig. Zusätzlich zu der Frequenzknappheit stellt die Wahrscheinlichkeit, diese Genehmigungen in einer absehbaren Zeit erlangen zu können, einen wichtigen Entscheidungsparameter für Investitionen in Infrastruktur dar. Aus diesem Grund werden die Genehmigungen nun näher beschrieben.

Es werden einige Beispiele aufgelistet:

- Statik (Mast, Gebäude), statisches Gutachten
- Flugsicherheit: Austrocontrol zum Beispiel wegen Farbkennzeichnung, Warnlichter
- Bauvorhaben, Baugenehmigung (Gemeinde)
- Naturschutz: z.B. wegen Mastabspannungen, Ummantelungen wegen Gefahr für Vögel
- Wasserrechtliches: zum Beispiel wegen des Tanks für die Notstromversorgung
- Stadtbild/Landschaftsbild: Es kann ein Thema sein, wie ein Mast in das Stadtbild passt.
- Naherholungsgebiete: Berücksichtigung der Lärmentwicklung für Geräte, Kühlung, Lüfter ist erforderlich
- Wegerechte und Nutzungsrechte für die Sicherstellung des physischen Zugangs zum Standort (zum Beispiel für die Benutzung der Forstwege)
- Bestandsverträge & Nutzungsverträge mit Bundesforsten, Gemeinden, Privaten zur Benutzung des Grundstücks
- Speziell in der Bauphase: Genehmigungen für Hubschreibermontagen oder für die Fundamenterstellung
- Bauphase: Baukoordination & Bausicherheit

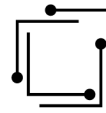
Realistische Zeitspanne für die Umsetzung

Gerade vor dem Hintergrund zahlreich notwendiger Genehmigungen ist es für die Aufschließung eines neuen Standortes von besonderer Bedeutung, ob der gesamte Prozess in einem absehbaren Zeitraum abgewickelt werden kann. Es ist sehr wichtig, vom Zeitpunkt der Erstnachfrage eines Kunden in einem absehbaren Zeitraum das Produkt auch tatsächlich bereitstellen zu können. Die besonders relevante Zeitspanne umfasst die Zeit zwischen dem Beginn der Planungen, die Genehmigungen, den Bau der Anlage sowie die Inbetriebnahme.

Nach der internen Evaluierungsphase und der Entscheidungsfindung, welche Anlage betrieben werden sollte, beginnt folgendes Prozedere:

Phase 1: Planung

- Bereisung der Anlage, Vermessen des Geländes, Besprechungen mit dem Betrieb und den Antennentechnikern über optimalen Standort
- Besprechung mit dem Grundbesitzer, Verhandlung über die Höhe der Ablöse für Wegbenutzung, Grundstücksanmietung (für Baustelleneinrichtung, Lagerplatz etc.), Vertragserstellung
- Erstellung des Einreichplanes und der Baubeschreibung
- Einreichung erfolgt z.B. bei folgenden Behörden: Naturschutz, Luftfahrt, Gemeinde (Baubehörde).
- Je nach Standort kann die Einreichung bei weiteren Behörden notwendig sein: Stadtbild, Seilbahn, Verkehr
- Behördengenehmigungsverfahren dauern mehrere Monate (mindestens 3 Monate)
- Nach Erteilung der Genehmigungen erfolgt unter Berücksichtigung der Auflagen die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen
- Erstellung Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan
- Bestellung externer Planungs- und Baustellenkoordinator
- Ausschreibung öffentlich unter Einbeziehung des Einkaufs



- Bestbieterermittlung, Erstellung der Projektunterlagen, Einreichung (interner Projektgenehmigungslauf)
- Bestellung der Leistung beim Generalunternehmer; Antennen durch Antennentechnik vorab bestellt (lange Lieferzeiten)
- Erstellung der Maststahlbau- und Halterungsplanung nach statischen Erfordernissen durch den Generalunternehmer
- Freigabe durch Ziviltechniker
- Meldung der Baustelle beim Arbeitsinspektorat

Phase 2: Realisierung:

- Nennung des Bauführers und Bekanntgabe der Bauphase bei allen involvierten Behörden
- Baustelleneinrichtung gemäß den gesetzlichen Vorgaben inkl. aller notwendigen Dokumente und Nachweise (Mitarbeiterschulungen, Bautafel, Erste Hilfe Nachweise etc.)
- Fundamentbau nach statischen Vorgaben, parallel dazu wird der Mast im Stahlwerk gebaut
- eventuell notwendiger Fundamentbau für neuen Container
- diverse Zwischenabnahmen: Bewehrung, Fundament, Rohabnahme Mast im Werk vor der Verzinkung (im zusammengebauten Zustand)
- Aushärten des Fundamentkörpers
- eventuell Stellen eines neuen Containers, Übersiedeln der Systemtechnik mit Betrieb
- Abnahme des Mastes nach Verzinkung und Beschichtung
- Maststellen durch den Generalunternehmer inkl. Bereich und Antennentechnik
- Einmessen der neuen Antennen durch Antennentechnik
- Entfernen alter Mast unter Berücksichtigung eventueller behördlichen Auflagen
- Rekultivierung, Abreise der Baufirma
- Fertigstellungsmeldung bei der Behörde

Phase 3: Abnahme und Übergabe an den Betrieb

- Begehung der Anlage mit der Antennentechnik und dem Betrieb, Durchsteigen des Mastes, Aufnahme eventueller Mängel
- Nach Beseitigung eventueller Baumängel: Übergabe der Anlage an den Betrieb
- Projektabschluss, Abrechnung mit Baufirma.

Fazit zu den Investitionsparametern

Als Fazit zu den Investitionsparametern lässt sich ableiten, dass der wesentlichste Engpass bezüglich Investitionen in neue Infrastruktur die knappen Übertragungskapazitäten (Frequenzen) sind. Ein großer Unsicherheitsfaktor bei Neuinvestitionen ist die große Anzahl erforderlicher Genehmigungen. Gemeinsam mit dem komplexen Prozess der Planung und Umsetzung hat dies eine entscheidende Auswirkung auf die voraussichtliche Umsetzungsdauer. Ist diese erwartete Umsetzungsdauer zu lange, kann dies bereits dazu führen, dass bestimmte Projekte gar nicht umgesetzt werden.

Die konkrete Situation bezüglich der Investitionsparameter stellt sich für jeden Standort sehr individuell dar. Es können sogar bei sehr nahe aneinander liegenden Standorten große Unterschiede aufgrund der jeweils individuellen Situation auf jedem Standort auftreten.

Die Preissituation für Zugangspreise für ein bestehendes Netz stellt keinen sehr wichtigen Entscheidungsparameter bezüglich einer Investition in neue Netzinfrastruktur dar.

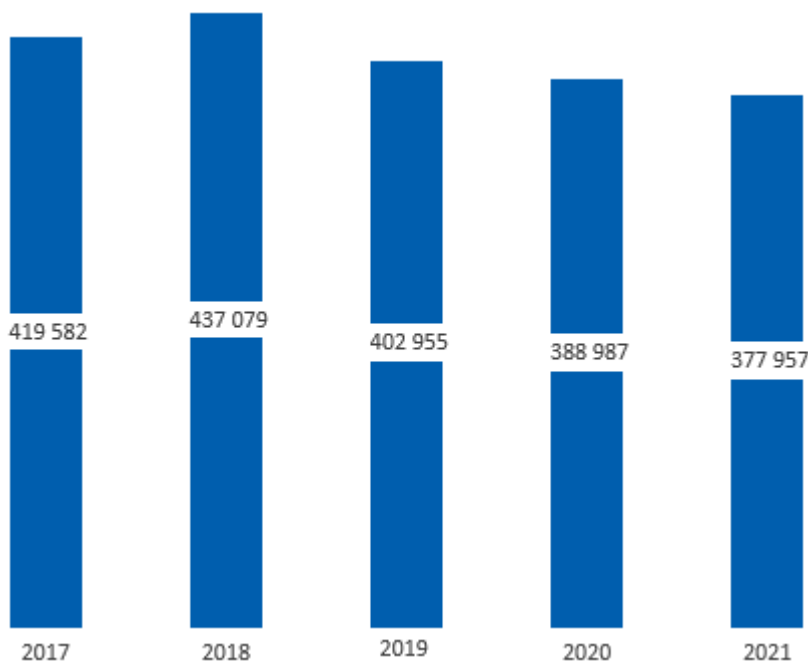
2.3.2.4.3. Entwicklung der Investitionen

Um die Auswirkungen der bestehenden Regulierung sowie die zukünftige Marktentwicklung bewerten zu können, wird nun die aktuelle Situation bezüglich der Investitionen im Markt charakterisiert. Dafür werden die Daten aus den UKW-Abschreibungen der ORS sowie die Entwicklung des Anlagevermögens des zweitgrößten Unternehmens im relevanten Markt, Sesta, herangezogen.

2.3.2.4.3.1. Abschreibungen der ORS/ORS comm

Die ORS investierte in den letzten Jahren vor allem in die Modernisierung und Optimierung des bestehenden Netzes. Das UKW-Übertragungsnetz hat sich seit dem Abschluss der letzten Marktanalyse nicht grundlegend verändert.

Abbildung 13 **Entwicklung der UKW-Abschreibungen der ORS/ORS comm**



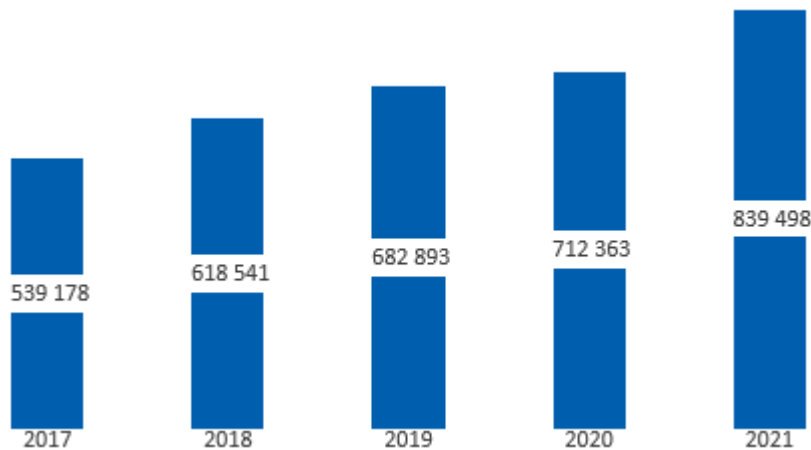
Quelle: ORS Werte in EUR

Der Rückgang in der dem UKW-Geschäftsbereich zurechenbaren Abschreibungen ist auf eine Kostenverschiebung Richtung DVB-T2 zurückzuführen.

2.3.2.4.3.2. Anlagevermögen der Sesta

Das Anlagevermögen von Sesta stieg in den Jahren von 2017 bis 2021, wie eine Auswertung ihrer Jahresabschlüsse zeigt.

Abbildung 14 Entwicklung des Anlagevermögens von Sesta



Quelle: Jahresabschlüsse der Sesta in EUR

2.3.2.4.3.3. Fazit

Aus der Investitionsauswertung bezüglich der Netzinvestitionen kann das Fazit gezogen werden, dass die bestehende Regulierung zwar nicht zum Markteintritt neuer größerer Anbieter führt, aber regelmäßige Investitionen der ORS in die Erhaltung und die Weiterentwicklung des bestehenden Netzes sowie neue Investitionen in das Netz durch den zweitgrößten Anbieter Sesta getätigt werden. Dies lässt sich daraus ableiten, dass die UKW-Abschreibungen relativ konstant sind und die Sesta kontinuierliche Zuwächse beim Anlagevermögen verzeichnet. Der Investitionsprozess erfolgt einzelfallbezogen und schrittweise und ist relativ unabhängig von den Ergebnissen der Marktanalyse. In einer Gesamtsicht ist die bestehende Regulierung anreizkompatibel, ermöglicht Investitionen und trägt daher zur Erreichung der Regulierungsziele bei.

Klassischer Zusammenhang zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb

In „klassischen“ Telekommunikationsmärkten (z.B. Breitband) geht man davon aus, dass ein funktionierender infrastrukturbasierter Wettbewerb auf Vorleistungsebene positive Auswirkungen auf den Wettbewerb im Endkundenmarkt hat. Aus diesem Grund werden bei der Regulierung dieser Märkte oft Vorabmaßnahmen mit einer hohen Priorität gewichtet, welche zu einem Infrastrukturwettbewerb auf der Vorleistungsebene führen. In der Regel bedeutet in einem klassischen Telekommunikationsmarkt, dass eine eigene Infrastruktur größere Produktgestaltungsmöglichkeiten gegenüber dem Endkunden ermöglicht. Aus diesem Grund bestehen für diese Produkte einmal grundsätzlich Anreize in ein eigenes Netz zu investieren, um sich am Endkundenmarkt besser im Wettbewerb positionieren zu können. In „klassischen“ Telekommunikationsmärkten orientiert sich die Regulierung oft am sogenannten „Ladder of Investment-Konzept“. Nach diesem Ansatz zur Markt- und Wettbewerbsentwicklung sind Anreize

besonders relevant, welche es neuen Anbietern stufenweise ermöglichen, in eigene Infrastruktur zu investieren. Durch die „Economies of Scale“ (zum Beispiel in Breitbandnetzen) können mit zunehmender Kundenbasis sukzessive mehr Investitionen in eigene Infrastruktur erfolgen, die dann wiederum eine stärkere Differenzierung der Dienstangebote (vor allem gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen) ermöglichen und damit für intensiveren Wettbewerb sorgen.

Zusammenhang zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb im UKW-Übertragungsmarkt

Grundsätzlich hat auch bezüglich UKW ein funktionierender infrastrukturbasierter Wettbewerb am Vorleistungsmarkt positive Auswirkungen auf den Endkundenmarkt. Die zwei im relevanten Markt mit eigenem Netz befindlichen Unternehmen tragen zu diesem Wettbewerb bei. Die ORS bietet in ganz Österreich standardisierte Leistungsklassen für die Verbreitung in zwei Verfügbarkeitsstufen an. Dazu stehen bei der ORS noch die „Teilinfrastruktur“ sowie die „Kollokation“ als Leistungen zur Verfügung, sodass grundsätzlich eine Wahlmöglichkeit besteht, welchen Teil der Leistung der Nachfrager selbst erbringen möchte und welchen Teil er von ORS bezieht. Sesta bietet eher auf den Kunden individuell zugeschnittene Einzelangebote an, in welchen bezüglich der wichtigsten Parameter relativ große Flexibilität besteht. Zum Beispiel kann die Laufzeit des Vertrages je nach Kundenwunsch vereinbart werden. Ebenso sind die Tarife nicht im Vorhinein fix festgelegt.

Eine wesentliche Besonderheit in diesem Markt besteht darin, dass für Hörfunkveranstalter relativ geringe Anreize bestehen, die Verbreitungsleistung selbst zu erbringen.

Im Gegensatz zur Situation in „klassischen“ Märkten ist es gegenüber dem Endkunden bei Hörfunk irrelevant, ob die Verbreitung des Signals über das eigene oder ein fremdes Netz vorgenommen wird. Entscheidend gegenüber dem Endkunden ist ausschließlich die Sicherstellung einer hohen Qualität des Radiosignals im Versorgungsgebiet. Die Kontrolle über die Infrastruktur ermöglicht in diesem Fall keinen zusätzlichen Vorteil gegenüber dem Endkunden. Aus diesem Grund sind die Anreize, in eine eigene Infrastruktur zu investieren, grundsätzlich eher geringer als in einem „klassischen“ Telekommunikationsmarkt. Für den Hörfunkveranstalter relevant ist, zu welchen Kosten er welche Reichweite für sein Programm erzielen kann und ob ein durch einen neuen Standort versorgbares Gebiet zum anderen (bereits bestehenden) Versorgungsgebiet „dazu passt“. Aus den dargestellten Gründen sind auch die Anreize für Hörfunkveranstalter relativ gering, selbst die technische Verbreitung anzubieten und aus diesem Grund in eigene Infrastruktur zu investieren. Dazu kommt noch, dass das „Kerngeschäft“ – nämlich die Konzeption und Produktion eines Radioprogramms sowie die Vermarktung gegenüber den Hörern und den Werbekunden kaum inhaltliche Überschneidungen mit der technischen Dienstleistung der terrestrischen Verbreitung aufweist. Aus diesem Grund bestehen auch relativ geringe Synergieeffekte durch die gleichzeitige Bereitstellung eines Hörfunkprogramms und der technischen Verbreitungsleistung.

Die Vorleistungskosten für die UKW-Verbreitung eines Hörfunkprogramms haben Auswirkungen auf die Rentabilität des Hörfunkunternehmens. Der Anteil an den Gesamtkosten kann in eine Größenordnung von bis zu 15 Prozent gehen.

Im Gegensatz zu anderen Märkten der elektronischen Kommunikation (z.B. Breitband) ist zwar der Vorleistungsaufwand für die technische Verbreitungsinfrastruktur nicht der größte Kostenanteil, er hat aber in dem festgestellten Bereich Auswirkungen auf die Rentabilität der Hörfunkveranstaltung und es besteht daher eine Rückwirkung auf den Endkundenmarkt durch die Vorleistungspreise.

Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass für die Zielerreichung der Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer im Hörfunk-Endkundenmarkt aus der Sicht der Programmveranstalter möglichst niedrige Vorleistungspreise vorteilhaft wären. Wichtig in diesem Zusammenhang ist allerdings, dass neben dem Betrieb auch der Netzerhalt und Netzausbau besonderes Augenmerk erfordert. Unter dem Aspekt des Netzerhalts muss dafür gesorgt werden, dass die Infrastruktur auch längerfristig auf qualitativ hohem Niveau erhalten bleibt, mit Netzausbau wird die notwendige Innovation und zukunftsgerichtete Anpassung und Erweiterung der Infrastruktur bezeichnet. Der Netzerhalt ist von Bedeutung, da gerade bei gleichzeitiger Nutzung der Infrastruktur durch mehrere Marktteilnehmer hohe Ansprüche hinsichtlich Verfügbarkeit und Qualität gestellt werden. Würde man die Tarife zu niedrig berechnen, bestünde die Gefahr, dass zugunsten kurzfristiger Kostenersparnisse notwendige Investitionen aufgeschoben oder gänzlich vernachlässigt werden, den langfristigen Erhalt der Infrastruktur gefährdet. Diese Gefährdung hätte auch langfristig wieder eine negative Rückwirkung auf den Endkundenmarkt.

Im gegenständlichen terrestrischen Hörfunkübertragungsmarkt bestehen im Verhältnis zu „klassischen“ Märkten der elektronischen Kommunikation folgende Besonderheiten:

- Der „Dienstewettbewerb“ im Hörfunkmarkt besteht in der Bereitstellung von Hörfunkprogrammen und hängt kaum mit dem Infrastrukturwettbewerb auf der Vorleistungsebene zusammen.
- Für den „Dienstewettbewerb“ sind vor allem das Programmprofil, die Hörerbindung sowie die daraus generierbaren Werbeerlöse von besonderer Bedeutung und nicht das technische Übertragungsnetz.
- Die potenziellen Werbeerlöse sind auch von der technischen Reichweite und damit dem Verbreitungsgebiet abhängig.
- Der Markt für terrestrische UKW-Verbreitung weist aufgrund der Frequenzknappheit insgesamt ein relativ geringes Gesamtwachstumspotential auf und ist daher für Neuinvestitionen in großflächige Infrastruktur grundsätzlich eher unattraktiv.
- Neben dem erzielbaren Vorleistungspreis sind eine Reihe anderer Entscheidungsparameter (z.B. diverse Genehmigungen, geografische Gegebenheiten, Bevölkerungsdichte in einem möglichen Versorgungsgebiet) für Investitionsentscheidungen relevant.

Aufgrund dieser Besonderheiten kommt im Vergleich zu „klassischen“ elektronischen Kommunikationsmärkten dem Infrastrukturwettbewerb gegenständlich eine geringere Bedeutung für die Entwicklung und Förderung des Wettbewerbs im Endkundenmarkt zu. Das Regulierungsziel der Förderung von Infrastrukturinvestitionen umfasst bestehende Investitionen und zukünftige Investitionen.

Bezüglich bestehender Investitionen (wie dies zum Beispiel beim Netz der ORS der Fall ist) wurde die Investitionsentscheidung bereits getroffen. Teilweise wurden Standorte (z.B. Sender Schöckl) vor langer Zeit (1956) erschlossen. In diesem Fall liegt für die Zukunft der Fokus bei Investitionen in die Erhaltung und Modernisierung dieser Infrastruktur. Das Risiko einer Erschließung dieser bestehenden Standorte (inklusive der dafür erforderlichen Genehmigungen) sowie der Unsicherheit einer gegebenenfalls noch nicht vorhandenen Nachfrage ist in diesem Fall nicht vorhanden. Nachdem große Teile des vorhandenen Netzes ursprünglich ausschließlich für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verbreitungsauftrages errichtet wurden, stellt sich in einer

gegenständlich nicht relevanten Vergangenheitsbetrachtung die Frage, ob dieses Netz – und damit diese bestehenden Investitionen – überhaupt ohne diesen Hintergrund in der derzeitigen Form existieren würde. Eine Frage in diesem Zusammenhang bezüglich der Ausgestaltung einer Kostenorientierungsverpflichtung ist zum Beispiel, ob für eine Kostenberechnung „historische Anschaffungskosten“ oder „Wiederbeschaffungswerte“ herangezogen werden sollen.

Bei zukünftigen Investitionen im relevanten Markt geht es vor allem um die Neuerschließung von Standorten. Die Investitionsentscheidung für einen neuen Standort ist vor allem von einem bereits bestehenden Kundenbedarf, der praktischen Machbarkeit (technisch, organisatorisch, Erlangung der notwendigen Genehmigungen), dem zeitlichen Aspekt (bis wann kann eine Umsetzung erfolgen), den notwendigen Investitionen für die Erschließung, dem möglichen Versorgungsgebiet sowie auch vom potenziell zu erzielenden Erlös abhängig. Das Risikoprofil unterscheidet sich in diesem Fall substantiell von bereits getätigten Investitionen. Bei der Ausgestaltung einer Kostenrechnung hat ein unterschiedliches Risikoprofil zum Beispiel Auswirkungen auf die marktübliche angenommene Kapitalverzinsung. Nachdem der UKW-Übertragungsmarkt mittel- und langfristig ein geringes Wachstumspotential und eine geringe Marktdynamik aufweist und zusätzlich aufgrund der künftigen terrestrischen Digitalisierung des Hörfunks oder auch 5G Broadcast zusätzliche Unsicherheiten bestehen, könnte das Risiko in der Vorausschuldauer dieser Marktanalyse sogar steigen.

Als Zwischenfazit kann daher festgehalten werden, dass das Ziel der Förderung von bestehenden Investitionen mit einer Kostenrechnungsmethode erreicht werden kann. Zukünftige Investitionen können eher nicht durch eine Kostenrechnungsmethode gefördert werden, weil eine Vielzahl anderer Entscheidungsparameter wesentlich relevanter für eine Investitionsentscheidung sind als der Preis.

Flächendeckende Netze versus einzelne Standorte

Bezüglich des Regulierungsziels der Förderung von Infrastrukturinvestitionen stellt sich die Frage, ob die Förderung in Investitionen in ein flächendeckendes Netz oder die Förderung in Investitionen in einzelne Standorte im Vordergrund stehen soll. Bei den im Gesetz beschriebenen Zielen bezüglich Investitionen und Innovation wird nicht näher spezifiziert, welche Art von Investitionen gefördert werden sollen. Aus dem Regulierungsziel im TKG 2021, dass Nutzern flächendeckend hoch qualitative Angebote ermöglicht werden sollen, lässt sich aber eher ableiten, dass nicht Investitionen in Einzelstandorte, sondern generell eher die Flächendeckung gefördert werden soll.

Die Situation im relevanten Markt zeigt, dass die ORS mit rund 275 Sendestandorten ein flächendeckendes Netz betreibt und rund 98 Prozent der österreichischen Bevölkerung versorgen kann. Die ursprünglichen Investitionen in dieses flächendeckende Netz liegen teilweise schon länger zurück. Nachdem eine bestimmte Übertragungskapazität jeweils nur auf einem bestimmten Standort nutzbar ist, erfolgt die Nachfrage durch private Hörfunkveranstalter meist für einen bestimmten Standort bzw. manchmal auch mehrere Standorte gleichzeitig. In der Praxis bedeutet dies, dass Entscheidungen für künftige Investitionen auf der Ebene eines konkreten Standortes getroffen werden.

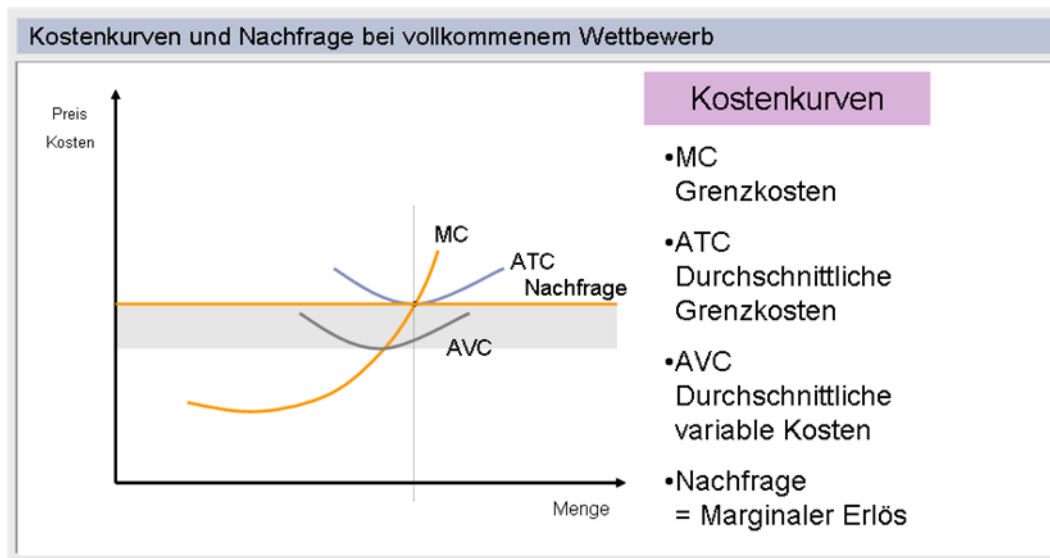
Wettbewerbspreis in Wettbewerbsmärkten

In Wettbewerbsmärkten wirken die Wettbewerbskräfte und beschränken den möglichen Preis der Wettbewerber. In einem Markt, in welchem kein selbsttragender Wettbewerb herrscht, ist dies nicht der Fall und es kann praktisch dieser sich auf effektiven Wettbewerbsmärkten einstellende Preis „simuliert“ werden.

In einem Wettbewerbsmarkt bildet sich der Preis als Schnittpunkt der Angebotskurve mit der Nachfragekurve am Markt. Solche Wettbewerbspreise wirken wohlfahrtsmaximierend (vgl. *Mansfield, Microeconomics, 283*), indem sie auch für Anbieter das richtige Preissignal für effiziente Investitionen zum Zwecke des Markteintritts bzw. für Erweiterungs- oder Ersatzinvestitionsentscheidungen geben. Der einzelne Anbieter sieht sich jedoch theoretisch (bei perfektem Wettbewerb) einer vollkommen elastischen Nachfragekurve gegenüber, d.h. es ist ihm nicht möglich, mittels einer Veränderung der Ausbringungsmenge den Preis zu beeinflussen – es handelt sich um einen reinen Preisnehmer. Seine kurzfristige Angebotskurve ist durch die dem Anbieter entstehenden Grenzkosten gegeben. Bei Tarifen unter den kurzfristigen Grenzkosten ist ein positiver Deckungsbeitrag nicht möglich. Da langfristig jedoch nur solche Unternehmen am Markt überleben werden, die zumindest ihre gesamten Kosten, damit aber auch ihre Fixkosten verdienen können, muss der Preis langfristig die Durchschnittskosten decken. Erzielt ein Unternehmen „Übergewinne“ (mehr als die Durchschnittskosten), so stellt dies (bei Fehlen von Markteintrittsbarrieren) für ähnlich effiziente Unternehmen einen Anreiz zum Markteintritt dar. Umgekehrt führen dauerhafte Verluste für nicht ausreichend effiziente Unternehmen zum Marktaustritt. Darüber hinaus können Unternehmen langfristig ihre Produktionskapazitäten (gewinnmaximierend) anpassen.

Damit setzt der Wettbewerbspreis das wohlfahrtsökonomisch richtige Signal für eine (ex-ante) Investitionsentscheidung, ob Leistungen selbst bereitgestellt oder zugekauft werden („Make-or-Buy“), indem Investitionen in effiziente Produktionskapazitäten getätigt und Marktaustritt für ineffiziente Unternehmen bewirkt wird. Ein langfristiges Gleichgewicht stellt sich somit in einem Wettbewerbsmarkt bei dem Minimum der langfristigen Durchschnittskosten ein.

Abbildung 15 Kostenkurve und Nachfrage bei vollkommenem Wettbewerb



Auf das einzelne Produkt bezogen bedeutet das, dass es langfristig zumindest seine Grenzkosten sowie die produktspezifischen Fixkosten verdienen muss (inkrementelle Kosten). Haben mehrere Produkte gemeinsame Kosten, so sind diese von der gesamten Produktgruppe abzudecken.

Der Kostenmaßstab der langfristigen zusätzlichen Kosten, also der Kosten, die einem Unternehmen entstehen, wenn es eine Leistung zusätzlich zu einem Portfolio anderer Leistungen erbringt, ist der Maßstab, der im Wettbewerb bei der Entscheidung darüber angelegt wird, ob ein bestimmtes Produkt am Markt angeboten werden soll oder nicht (in der obigen Grafik ATC, durchschnittliche Grenzkosten).

Ein Angebot ist dann sinnvoll, wenn die Kosten, die langfristig durch die Produktionsentscheidung insgesamt verursacht werden, durch die erzielbaren Erlöse wenigstens gedeckt werden. Der Erlös der einzelnen Produktionseinheit entspricht dann mindestens den langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen (Stück-) Kosten. Sie schließen alle der Leistung direkt oder indirekt zurechenbaren Kosten ein, also insbesondere auch solche, die durch Unteilbarkeiten in der Produktion entstehen. Da Gemeinkosten bei dieser Betrachtung nicht berücksichtigt werden, sind sie in Form angemessener Zuschläge auf die zusätzlichen Kosten zu berücksichtigen, um die Gesamtkosten des Leistungsportfolios zu decken. Es ist zu bedenken, dass gemeinsame Kosten auf unterschiedlichen Ebenen der Wertschöpfung entstehen können und vielfach Produktgruppen (aber eben nicht den einzelnen Produkten) zugeordnet werden können. Deckungsbeiträge für solche Gemeinkosten (im Sinne von „Einzelkosten“ einer Produktgruppe) sollten ausschließlich von den Produkten der Gruppe erbracht werden.

Dort wo Vorleistungen nicht in einem effektiven Wettbewerb angeboten werden, wird durch ex-ante Regulierung eine Situation des als-ob-Wettbewerbs herbeigeführt. Kosten und Preise sollen folglich einem wettbewerblichen Maßstab entsprechen. Durch diesen Ansatz soll erreicht werden, dass es zu keinem ineffizienten Aufbau von Infrastruktur kommt, weil die bestehende Infrastruktur zu wettbewerbsorientierten Tarifen benutzt werden kann. Gleichzeitig werden durch eine Preisobergrenze in Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung Anreize geschaffen, die Leistung auch tatsächlich effizient bereit zu stellen.

Der Zweck einer Kostenkalkulation im Zusammenhang mit einer Preisregulierung besteht somit in der bestmöglichen Annäherung des Preises an ein Wettbewerbsniveau, nicht nur um überhöhte Preise zu Lasten von Konsumenten zu verhindern, sondern um gleichzeitig auch das geeignete Signal für Markteintritt und Investition zu gewährleisten. Ein wesentliches Kriterium im Zusammenhang mit Preisregulierung lautet daher: Welchen Wert hätte der Preis in einem ausgeprägt wettbewerblichen Umfeld angenommen (vgl. *Baumol, Fee Charges*, 15: „*In such markets [where competitive constraints are ineffective or inadequate], it is concluded, the proper role of the regulators is to serve as a direct substitute for competition. This means that the regulator’s task is to ensure that the regulated entity’s conduct is precisely the same as it would have been if competitive forces had effectively restrained its behavior*“.)

Besonderheiten im relevanten Markt

Aufgrund der Besonderheiten im gegenständlichen Markt lässt sich die in Wettbewerbsmärkten üblicherweise relevante Berechnung eines „simulierten“ Wettbewerbspreises nicht auf Ebene von Einzelstandorten anwenden.

Abhängig von der geografischen Situation in Österreich unterscheiden sich die Kostensituation und der Bedarf nach Übertragungskapazitäten relativ stark in Alpenregionen und in flachen Regionen. Das bedeutet, dass eine Durchschnittswertbildung über ganz Österreich die Kosten in bestimmten Gebieten (z.B. im Alpenraum) unterschätzt und in anderen Gebieten überschätzt. Eine Betrachtung der Einzelstandorte würde zwar diesen Nachteil minimieren, würde aber das Problem aufwerfen, wie mit „Economies of Scale“ in der Berechnung umgegangen wird, dass diese Größenvorteile erst mit der Netzdichte und mehreren Standorten in einer bestimmten Region vermehrt auftreten. Dies eröffnet eine zusätzliche Unsicherheit in der Kostenzurechnung.

Zusätzliche unterscheiden sich für jeden konkreten Standort die Kosten, weil jeder Standort bestimmte Vor- aber auch Nachteile bezüglich der Möglichkeit der Anbindung hat. Aus diesen Gründen kann ein Kostenwert, der zum Beispiel für einen bestimmten Standort der ORS ermittelt würde nicht als Benchmark herangezogen werden, ob sich eine Investition an einem anderen Standort lohnen wird, weil dort die Kostensituation eine gänzlich andere sein kann. Hinzu kommt noch, dass auch auf Einzelstandortebene die gemeinsame Nutzung eines Standorts durch digitales terrestrisches Fernsehen und UKW auch auf einem einzelnen Standort zu Verbundvorteilen führt, was die dem Bereich UKW zurechenbaren Kosten wesentlich beeinflussen kann.

Somit ist es kaum möglich, das Ziel einer Forcierung von Investitionen in einzelne Standorte durch eine Regionalisierung bzw. auch Berechnung auf Einzelstandortebene der Kosten der ORS zu erreichen. Die für eine Investition relevante Kostensituation ist jeweils vom Einzelfall abhängig (Anbindung, gemeinsame Nutzungsmöglichkeiten, sich günstig ergebende Aufschließungsmöglichkeiten, etc.). Neben dieser rein kostenrechnerischen Betrachtung kommt noch hinzu, dass neben der Kosten- und Ertragssituation eine Reihe anderer Entscheidungsparameter für das Auslösen einer Infrastrukturinvestition relevant sind. Es sind dies vor allem die konkrete Nachfrage eines Hörfunkveranstalters, die Frequenzverfügbarkeit, die technische und zeitlich in einem absehbaren Rahmen abwickelbare organisatorische Umsetzung. Dies beinhaltet auch die zahlreichen erforderlichen Genehmigungen.

Im Zusammenhang mit dem Ziel der Förderung einer flächendeckenden Angebotsvielfalt besteht bei einer Regionalbetrachtung bzw. Einzelbetrachtung pro Standort die Gefahr, dass speziell in Alpenregionen, wo ohnehin für die Versorgung eines Gebiets mehr Übertragungskapazitäten bei gleichzeitig relativ geringer Kundendichte notwendig sind, die Verbreitungskosten durch Tariffdifferenzierungen für Hörfunkveranstalter noch zusätzlich steigen würden. Dieser Effekt tritt bei einer Gesamtbetrachtung des Netzes nicht auf, weil in diesem Fall ein Nachfrager – unabhängig vom konkreten Ort der Nachfrage – immer den gleichen Beitrag zur Erhaltung und Modernisierung des bereits vorhandenen flächendeckenden Netzes in Form von gleichen Tarifen leistet.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Einfluss einer konkreten Kostenrechnungsmethode auf neue Investitionen eher gering sein wird und daher Investitionen mit diesem Instrument nicht aktiv gefördert werden können. Flächendeckende Investitionen in Gesamtinfrastrukturen erscheinen in der gegebenen Marktsituation ohnehin unrealistisch. Der Investitionsaufwand für ein flächeneckendes leistungsfähiges Hörfunkübertragungsnetz wäre außerordentlich hoch.

Für Investitionen auf Einzelstandorten liefert eine Kostenrechnung der ORS keine relevanten Benchmarks für Investitionen in alternative Infrastrukturen, weil jeder Einzelstandort eine ganz besondere Kostenstruktur aufweist.

Aus diesen Gründen wird empfohlen, keine Regionalisierung bzw. Einzelbetrachtung von Standorten bei der Kostenrechnungsmethode vorzunehmen, sondern Tarife unter Heranziehung einer abstrakten durchschnittlichen Sendeanlage in einer bestimmten Leistungsklasse zu berechnen.

Bei der Nutzung der bestehenden Infrastruktur geht es im konkreten Fall um die Nutzung des flächendeckend verfügbaren Netzes der ORS. Eine kostenorientierte Tariffestsetzung kann die effiziente Nutzung sicherstellen, indem die laufende Erneuerung, die laufende Wartung und die laufende Weiterentwicklung berücksichtigt werden. Wird eine effiziente Nutzung der bestehenden Infrastruktur ermöglicht, kommt es zu keiner ineffizienten Duplizierung von Netzinfrastruktur.

Aus der Sicht der effizienten Nutzung ergeben sich folgende Eckpunkte für eine Kostenkalkulation:

Effizienz: Die Kalkulation muss auf Basis von effizienter Leistungsbereitstellung erfolgen.

Betrachtung des gesamten Netzes und nicht eines einzelnen Standorts: Nachdem der Bezugspunkt die gesamte bestehende Netzinfrastruktur ist, sollte der Beitrag zur weiteren Bereitstellung dieses Netzes nicht abhängig vom Ort der Nutzung sein, damit sichergestellt ist, dass jeder Nachfrager den gleichen Anteil an der Erhaltung und Weiterentwicklung des Netzes trägt. Dies ist insofern auch konsequent, als dass in der Berechnung auch Skaleneffekte („economies of scale“) – daher Kostenvorteile durch die Flächendeckung und hohe Reichweite in den Tarifen an die Nachfrager weitergegeben werden sollen – diese Skaleneffekte aber eben nicht auf einem einzelnen Standort, sondern erst über das gesamte Netz zum Tragen kommen.

Bewertung zu Wiederbeschaffungswerten: Obwohl gegenständlich die Nutzung eines bereits bestehenden Netzes vorliegt und für dieses Netz bereits historische Anschaffungskosten angefallen sind, ist es notwendig im Sinne einer zukunftsorientierten Betrachtungsweise und um rollierende

Netzinvestitionen sicherstellen zu können, den Tarifen Wiederbeschaffungswerte zugrunde zu legen.

Berücksichtigung einer angemessenen Kapitalverzinsung: Die in der Kostenkalkulation enthaltene Kapitalverzinsung soll insbesondere zukünftige Risiken für die Weiterentwicklung des Netzes berücksichtigen. Konkret können dies zum Beispiel Unsicherheiten aufgrund der Umstellung auf DAB+ oder der künftige Einfluss von 5G Broadcast sein.

Berücksichtigung von Skalen- und Verbundvorteilen: Bestehende Skalen- und Verbundvorteile im bestehenden Netz sollen an die Nachfrager kostenmäßig weitergegeben werden, damit es nicht zu einer Überkompensation der Kosten der Leistungsbereitstellung kommt.

Für das Regulierungsziel der effizienten Nutzung bestehender Infrastrukturen ist daher die Vorschreibung einer bestimmten Kostenrechnungsmethode geeignet. Mit einer reinen Nichtdiskriminierungsverpflichtung könnte die effiziente Nutzung nicht allein sichergestellt werden, da die Preise Übergewinne beinhalten könnten bzw. auch zu niedrig angesetzt werden könnten, damit laufende Erneuerungsinvestitionen nicht finanziert werden würden.

2.3.2.4.3.4. Fazit zu den Regulierungszielen im Verhältnis zur Kostenorientierung

Aus der bisherigen Analyse ergibt sich folgendes Zwischenfazit:

- Auf die Investitionen in neue Infrastrukturen hat die Ausgestaltung der Kostenorientierung nur einen geringen Einfluss, weil bezüglich dieser Investitionen eine Reihe anderer Parameter viel wesentlicher sind.
- Bezüglich der effizienten Nutzung einer bestehenden Infrastruktur kann die Kostenrechnungsmethode so ausgestaltet werden, damit dieses Ziel berücksichtigt wird.
- Bezüglich der größten möglichen Vorteile für die Nutzer kann die Kostenrechnungsmethode so ausgestaltet werden, damit Nachfrager nicht für Produkte und Leistungen bezahlen müssen, welche nicht im Zusammenhang mit der Leistungserbringungen stehen und dass Größenvorteile und Verbundvorteile in der Kostenberechnung berücksichtigt werden.

Zusätzlich betrifft das Thema Nichtdiskriminierung zwischen dem ORF und den privaten Nachfragern auch die Gestaltung der Kostenrechnungsmethode. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass im Sinne einer strengen Nichtdiskriminierung sowohl für „intern“ dem ORF angebotene Produkte die gleiche Kostenrechnungsmethode wie für die Berechnung der Tarife im Standardangebot zu Anwendung gelangen sollte.

2.3.2.4.4. Beschreibung der empfohlenen Kostenrechnungsmethode

Aus den bisherigen Überlegungen werden nun die konkreten Anforderungen an eine Kostenrechnungsmethode definiert.

Im Rahmen des Gutachtens wird der Begriff „Kostenrechnungsmethode“ im Sinne des § 96 TKG 2021 verwendet. Die „Kostenrechnungsmethode“ beinhaltet alle wesentlichen notwendigen Annahmen zur Erreichung des Zwecks der Kostenrechnung. Die Wahl einer geeigneten

Kostenrechnungsmethode ist jeweils vom Sinn und Zweck der anzustellenden Berechnung abhängig. Sinn und Zweck der gegenständlichen Kostenrechnung ist es, Preise zu berechnen, wie sie sich in einem effektiven Wettbewerb aufgrund der Marktkräfte ergeben würden und somit „überhöhte“ Preise zu verhindern. Gleichzeitig sollen mit der Kostenrechnungsmethode effiziente Investitionen in die Erneuerung der Infrastruktur gefördert sowie die effiziente Nutzung von bestehenden Infrastrukturen ermöglicht werden.

Definition der Anforderungen an die Kostenrechnungsmethode

Ausgangspunkt der Definition von Anforderungen an ein derartiges Kostenrechnungssystem ist Kostenrechnungsempfehlung 2005. Der Anwendungsbereich der Kostenrechnungsempfehlung 2005 ist nicht auf einen bestimmten Markt eingeschränkt, daher kann diese Empfehlung auch für den gegenständlich relevanten Markt herangezogen werden.

Die Kostenrechnungsempfehlung 2005 enthält mehrere Grundsätze für die Kostenberechnung. Im Zuge der Umsetzung von regulatorischen Kostenrechnungssystemen haben die European Regulators Group (ERG) sowie die International Telecommunications Union (ITU) vertiefende Überlegungen dazu angestellt. Diese bilden ebenfalls die Basis zur Definition der Anforderungen an die Kostenmethode.

2.3.2.4.4.1. Grundsatz der Relevanz

Die Kostenrechnungsmethode soll alle für die zu betrachtenden Produkte relevanten Kostenbestandteile und Annahmen beinhalten. Irrelevante und nicht mit dem betrachteten Produkt in Zusammenhang stehende Kostenbestandteile sollen nicht Teil der Kostenrechnungsmethode sein (vgl. Art. 2 Kostenrechnungsempfehlung 2005 und ERG, Common Position, S. 30). Die ERG stellt bei der Anforderung von „Relevanz“ darauf ab, während der Entwicklung der Kostenrechnungsmethode immer wieder die Frage nach der Relevanz einer Annahme in der Methode für die letztliche Aussagekraft des Ergebnisses zu stellen (*„Information is relevant if it has the ability to influence economic decisions and is provided in time to influence those decisions. A regulatory authority therefore will wish to ensure that the qualitative characteristic of relevance is applied as a selection criterion at all stages of the regulatory financial reporting process“*, ERG, Common Position, S. 30).

2.3.2.4.4.2. Grundsatz der Zuverlässigkeit

Die Kostenrechnungsmethode soll bei wiederholter Eingabe gleicher Eingangsdaten stabile Ergebnisse liefern. Es muss eine wahrheitsgetreue Berichterstattung ohne systematische Fehler oder Verzerrungen erfolgen (vgl. Art. 2 Kostenrechnungsempfehlung 2005).

2.3.2.4.4.3. Grundsatz der Vergleichbarkeit

Es muss eine Vergleichbarkeit in Bezug auf Vorperioden sowie der Zurechnung von Kosten sowohl für externe als auch für interne Leistungen möglich sein. Die zeitliche und sachliche Stetigkeit sowie Transparenz der angewandten Rechnungsführungsmethoden muss gewährleistet sein (vgl. Art. 2 Kostenrechnungsempfehlung 2005).

2.3.2.4.4.4. Grundsatz der Wesentlichkeit

Die Kostenrechnungsmethode soll alle wesentlichen Kostenelemente und Annahmen, welche zur Berechnung der Kosten der zu betrachtenden Produkte einzubeziehen sind, beinhalten. Dies bedeutet, dass keine undefinierten „Restgrößen“ oder „Restannahmen“ in die Kalkulation einfließen dürfen. Die ERG geht davon aus, dass für die Interpretation von „wesentlich“ nicht quantitative Schwellwerte relevant sind, sondern qualitativ beurteilt werden soll, inwieweit eine Größe oder Annahme die Erfüllung des Zwecks der Kostenrechnung beeinflusst („*A matter is material if its omission or misstatement would reasonably influence the economic decisions or interpretations of users. It is therefore not capable of general mathematical definition but is reliant upon qualitative judgements and estimations*“, ERG, Common Position, S. 31).

2.3.2.4.4.5. Grundsatz der Integrität der Daten

Im Interesse der Einheitlichkeit und Integrität der Daten wird empfohlen, dass Finanzberichte zu Regulierungszwecken in eine Gewinn- und Verlustrechnung sowie eine Aufstellung des eingesetzten Kapitals für das Unternehmen als Ganzes konsolidiert werden. Darüber hinaus ist die Abstimmung der zu Regulierungszwecken getrennten Kostenrechnungen mit den gesetzlich vorgeschriebenen Jahresabschlüssen des Betreibers erforderlich. Diese Abschlüsse/Aufstellungen müssen einer unabhängigen Rechnungsprüfung unterzogen werden können (Art. 4 Kostenrechnungsempfehlung 2005). Eine nachvollziehbare Überleitung zu den Jahresabschlüssen sowie zu Berechnungen aus Vorjahren muss möglich sein (vgl. ITU, Regulatory Accounting Guide, S. 14 und ERG, Common Position, S. 32).

2.3.2.4.4.6. Grundsatz der Nachvollziehbarkeit

Die Kostenrechnung sollte eine Beschreibung der Kostenrechnungsmethoden mit Angabe der Berechnungsgrundlage und -normen, Zuordnungs- und Bewertungsmethoden sowie eine Beschreibung der Ermittlung und Behandlung indirekter Kosten enthalten (vgl. Anhang zur Kostenrechnungsempfehlung 2005). Sämtliche Kostenzurechnungen sollen auf quantifizierten, objektiven und überprüfbaren Daten beruhen (vgl. ITU, Regulatory Accounting Guide, S. 14). Die ERG führt in ihrer gemeinsamen Position zu Regulierungsmaßnahmen im Zusammenhang mit der Auferlegung einer Kostenorientierungsverpflichtung zum Thema Nachvollziehbarkeit folgendes aus: „*Regulatory Authorities must ensure that where a cost accounting system is mandated in order to support price controls a description of the cost accounting system is made publicly available, showing at least the main categories under which costs are grouped and the rules used for the allocation of costs*“ (vgl. ERG, Remedies, S. 53).

2.3.2.4.4.7. Grundsatz der verursachungsgerechten Kostenzurechnung

In Erwägungsgrund 8 sowie Art. 2 Kostenrechnungsempfehlung 2005 wird die Notwendigkeit der Verursachungsgerechtigkeit angesprochen: „*Die Rechnungslegungssysteme sollten auf dem Grundsatz der Kostenverursachung beruhen, beispielsweise auf der Prozesskostenrechnung (Activity-based Costing).*“ In Art. 1 Kostenrechnungsempfehlung 2005 heißt es: „*Die Kosten sollen anhand fairer, objektiver und transparenter Kriterien den erbrachten Diensten zugeordnet werden.*“ Es muss daher eine Kausalität der Verursachung der Kosten mit dem entsprechenden Dienst oder

Produkt gegeben sein, welchem die Kosten zugerechnet werden (vgl. ITU, Regulatory Accounting Guide, S. 14).

Erwägungsgrund 10 der Kostenrechnungsempfehlung 2005 beschreibt Regeln für die Kostenzurechnung: „Die Regeln für die Zurechnung der Kosten müssen hinreichend detailliert sein, damit der Zusammenhang zwischen Kosten und Entgelten für Netzwerkkomponenten und -dienste ersichtlich ist. Ebenso muss die Grundlage angegeben werden, auf der die direkt und indirekt zurechenbaren Kosten den unterschiedlichen Konten zugeordnet werden.“ Die Kostenrechnung soll kostentreiberorientiert (Kosten werden durch festgelegte Kostentreiber zugerechnet) und geeignet sein, die Leistungserstellung hinsichtlich ihrer Effizienz zu überprüfen. Ebenso soll eine Überwachung der Kostenarten im Hinblick auf ihre Verrechnungsfähigkeit möglich sein, das heißt, es soll analysiert werden können, inwiefern die Leistungen unter Effizienzgesichtspunkten tatsächlich notwendig und insofern auf den betroffenen Dienst umlegbar sind. Zur praktischen Umsetzung müssen daher Kostentreiber sowie deren Zurechnung zu Diensten, Netzelementen und Produkten analysiert werden (vgl. ERG, Common Position, S. 6).

Diese Anforderung stellt sicher, dass Nachfrager nicht für Leistungen bezahlen müssen, die mit der Leistungserstellung nicht im Zusammenhang stehen und stellt in diesem Sinne die Förderung des Wettbewerbs am Endkundenmarkt sicher, da verhindert wird, dass „überhöhte“ Preise verrechnet werden können.

2.3.2.4.4.8. Grundsatz der getrennten Bestimmung der direkten und indirekten Kosten

Das Kostenrechnungssystem muss insbesondere eine Unterscheidung zwischen direkten Kosten und indirekten Kosten ermöglichen. Direkte Kosten sind Kosten, die vollständig und eindeutig von bestimmten Tätigkeiten verursacht werden. Indirekte Kosten sind Kosten, die mit Hilfe einer gerechten und objektiven Zurechnungsmethode zugewiesen werden müssen (Art. 3 Kostenrechnungsempfehlung 2005).

2.3.2.4.4.9. Grundsatz der konsistenten Bewertung

Die Bewertung von Netzanlagevermögen nach seinem zukunftsorientierten bzw. Wiederbeschaffungswert für einen effizienten Betreiber, das heißt nach den geschätzten Kosten, die einem vergleichbaren Betreiber auf einem hart umkämpften Markt entstünden, ist ein entscheidendes Element einer auf Wiederbeschaffungskosten beruhenden Kostenrechnung („current cost accounting“). Eine auf Wiederbeschaffungskosten basierende Kostenrechnung eignet sich als beste Annäherung an einen Wettbewerbspreis (vgl. ERG, Common Position, S. 10f). Dazu muss der auf Abschreibungen entfallende Anteil der Betriebskosten auf der Grundlage des Wiederbeschaffungswerts einer äquivalenten, neuen Anlage berechnet werden. Auch das eingesetzte Kapital muss folglich auf der Grundlage der aktuellen Wiederbeschaffungskosten ausgewiesen werden. Es können weitere Anpassungen notwendig sein, um dem jeweils aktuellen Kaufpreis eines Anlageguts und seinen Betriebskosten Rechnung zu tragen (Art. 3 Kostenrechnungsempfehlung 2005). Auch das eingesetzte Kapital soll auf Grundlage der aktuellen Wiederbeschaffungskosten berechnet werden (vgl. PWC, Getrennte Rechnungslegung, S. 4). Wenn die aktuellen Wiederbeschaffungswerte im Vergleich zu den historischen Anschaffungskosten nur geringfügig abweichen, können auch diese für eine Annäherung eines Wettbewerbspreises als geeignet betrachtet werden. Die Bewertung soll daher grundsätzlich anhand von

Wiederbeschaffungswerten erfolgen, damit sichergestellt ist, dass Tarife die Modernisierung und rollierende Investitionen in das Netz ermöglichen und somit eine effiziente Nutzung der bestehenden Infrastruktur langfristig sichergestellt werden kann.

2.3.2.4.4.10. Grundsatz der angemessenen Kapitalverzinsung

In Erwägungsgrund 6 der Kostenrechnungsempfehlung 2005 heißt es: „*Verbindlich vorgeschriebene Kostenrechnungssysteme und Methoden der getrennten Buchführung, die insbesondere als Grundlage für Preiskontrollen dienen, müssen so beschaffen sein, dass sie Anreize für wirksame Investitionen bieten, sowie potenziell wettbewerbswidriges Verhalten (vor allem die Preis-Kosten-Schere) aufzeigen helfen.*“ Dies erfordert die Berücksichtigung einer angemessenen Kapitalverzinsung des zur Leistungserstellung notwendigen Kapitals in der Kostenrechnung. Zur Berücksichtigung des Risikos und der marktüblichen Verzinsung des eingesetzten Kapitals eignet sich der Ansatz des Weighted Average Cost of Capital (WACC). Zur näheren Bestimmung der Berechnung hat die Europäische Kommission die WACC-Mitteilung veröffentlicht.

Unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen ist die marktübliche Kapitalverzinsung wie folgt festzulegen:

Kapitalkostenschätzungen können sowohl als Punktschätzer als auch als Bandbreite angegeben werden. In der Folge wird ein Punktschätzer für den Zinssatz angegeben.

Zur Ermittlung von Eigenkapitalkosten gibt es theoretisch mehrere Ansätze, von denen das Capital Asset Pricing Model (CAPM) am geeignetsten ist, welches den Zusammenhang zwischen der erwarteten Rendite und dem Risiko berücksichtigt. Die Einzelparameter, welche dafür notwendig sind, sind der risikolose Zinssatz, die Marktrisikoprämie, das Beta, die Laufzeit des Fremdkapitals sowie die Fremdkapitalkosten. Mit der Annahme Zielkapitalstruktur und dem Steuersatz kann der nominell gewichtete Kapitalkostensatz nach Steuern (WACC) berechnet werden.

Der risikolose Zinssatz, der die Verzinsung, eines theoretischen – risikolosen – Wertpapiers darstellt, wird anhand der Zinskurve Österreichischer Staatsanleihen mit einer Restlaufzeit von zehn Jahren ermittelt, wobei eine Durchschnittsbildung über einen Zeitraum von fünf Jahren vorzunehmen ist.

Zur Bestimmung der Marktrisikoprämie wird die international im Regulierungskontext etablierte Datensammlung von Dimson, Marsh und Staunton herangezogen. Unter Berücksichtigung sektorspezifischer Besonderheiten und einem Abgleich mit BEREK-Erhebungen wird ein Mittelwert aus der erwähnten Datensammlung berechnet.

Die Schätzung von Beta basiert auf einem Benchmark von sieben Vergleichsunternehmen mit einem zu Betreibern von Rundfunkübertragungsinfrastruktur möglichst ähnlichem Risikoprofil. Darauf aufbauend ergibt sich eine Bandbreite, welche mit einer von Bloomberg ermittelten Peer Gruppe von Versorgungsunternehmen („Utilities“) abgeglichen wird. Diese Rohwerte werden schrittweise – etwa durch Heranziehung des Bloomberg World Utilities Index – auf die Zielkapitalstruktur des regulierten Unternehmens angepasst.

Als Zwischenergebnis werden die nominellen Eigenkapitalkosten aus den Werten für den risikolosen Zinssatz, dem Beta und der Marktrisikoprämie berechnet.

Zur Ermittlung der Laufzeit des Fremdkapitals wird die gleiche Peer Gruppe herangezogen und ein Mittelwert aus den Anleihelaufzeiten gebildet. Unter Berücksichtigung einer üblichen durchschnittlichen Duration über alle ausstehenden Fremdkapitalinstrumente von fünf Jahren wird eine angemessene Duration für das Fremdkapital geschätzt.

Die Quantifizierung der Fremdkapitalkosten wird mittels der Verwendung von Indizes etablierter Anbieter – konkret der iBoxx-Indizes vom Datendienstleister IHS Markit und dem Bloomberg EUR 5 Europe Utilities BBB+ BBB BBB- – durchgeführt. Auf Basis von Erfahrungswerten in einschlägiger Literatur, wird ein Ausgabezuschlag berücksichtigt, welcher auf den Basiszinssatz aufgeschlagen wird. Aus diesen Parametern wird eine Bandbreite für die Fremdkapitalkosten vor Steuern berechnet.

Der WACC ergibt sich als gewichteter Durchschnitt der Kosten von Eigen- und Fremdkapital nach Steuern. Dafür wird eine Zielkapitalstruktur von 25 % Fremdkapital und 75 % Eigenkapital angenommen. Der Steuersatz beträgt 23,5 %.

Aus der Bandbreite wird besonders unter Berücksichtigung des von BEREC ermittelten risikolosen EK-Zins ein Punktschätzer berechnet.

Es ergeben sich daher folgende Werte für die Regulierungsperiode 2023 bis 2024:

Tabelle 5 WACC und Komponenten

	Schätzwert adaptiert
Risikoloser EK-Zins	0,91
FK-Zins	2,03
Ausgabekosten FK	0,20
Marktrisikoprämie	5,92
Beta unverschuldet	0,49
Beta verschuldet	0,61
EK-Zins vor Steuern	5,96
EK-Zins nach Steuern	4,55
FK-Zins vor Steuern	2,23
WACC vor Steuern	5,02
WACC nach Steuern	3,84
Alle Werte (mit Ausnahme der Beta-Faktoren) sind in Prozent p.a. angegeben. Der Steuersatz beträgt 23,5 % und das Gewicht des Fremdkapitals 25 %	

Zur Verhinderung eines Anreizes zum Verschieben von erforderlichen außergewöhnlich hohen Investitionen (etwa für einen neuen DAB+ Multiplex mit den damit verbundenen Netzadaptierungen, nicht jedoch für übliche Ersatzinvestitionen in das bestehende Netz oder geringfügige Investitionen für Neukunden wie etwa die Anschaffung eines neuen Sendegeräts) durch die mehrjährigen Durchschnittsbildung beim risikolosen Zinssatz und Fremdkapitalzinsen in einem Umfeld steigender Zinsen könnte grundsätzlich ein separater WACC für Neuinvestitionen angewendet werden. Die Ermittlung eines WACC für Neuinvestitionen, die das in der Vergangenheit übliche Ausmaß übersteigen, sollte auf Basis einer Durchschnittsbildung für den risikolosen Zins und die Fremdkapitalzinsen über einen Zeitraum von weniger als fünf Jahren, nämlich ein Jahr erfolgen. Dieser WACC für Neuinvestitionen sollte während der Regulierungsperiode jährlich aktualisiert werden. Die Zielkapitalstruktur und die Schätzwerte für die Marktrisikoprämie und das

Beta sollten dabei ident zu den bei der Ermittlung des WACC für den bestehenden Kapitalstock sein und über die Dauer der Regulierungsperiode konstant bleiben; lediglich die Höhe des risikolosen Zinssatzes und der Fremdkapitalzinsen wären anzupassen. Soll aus dem $WACC_{alt}$ für den bestehenden Kapitalstock K_{alt} und dem $WACC_{neu}$ für Neuinvestitionen K_{neu} ein Gesamt-WACC ermittelt werden, könnte dieser als gewichteter Durchschnitt berechnet werden:

$$WACC_{gesamt} = \frac{K_{alt}}{K_{alt} + K_{neu}} \times WACC_{alt} + \frac{K_{neu}}{K_{alt} + K_{neu}} \times WACC_{neu}$$

Von einer Festlegung eines gesonderten WACC für Neuinvestitionen ist aber aus folgenden Gründen abzusehen:

Auf dem gegenständlichen Markt herrscht mittel- und langfristig ein geringes Wachstumspotential und eine geringe Marktdynamik, was es für derartige (direkte) Neuinvestitionen in großflächige Infrastruktur unattraktiv macht, sodass direkte Investitionen im oben genannten Sinn weder in den letzten Jahren getätigt wurden noch in Zukunft zu erwarten sind. Vielmehr beschränken sich Investitionen im Wesentlichen auf übliche Ersatzinvestitionen in das bestehende Netz oder geringfügige Investitionen für Neukunden.

Sehr wohl ergibt sich eine solche Marktdynamik beim digital-terrestrischen Hörfunk; Neuinvestitionen dort können sich grundsätzlich im Wege der Verbundvorteile auch auf die Kosten der terrestrisch analogen Verbreitung im gegenständlichen Markt auswirken. Hier kommen lediglich (indirekte) gemeinsamen Kosten (vgl. 2.3.2.4.4.8 und 2.3.2.4.4.12) in Frage; im Zusammenhang mit gemeinsamen Infrastrukturkosten somit im Wesentlichen nur die Kosten für die Neuerrichtung von Sendemasten, die sowohl für digitales Fernsehen als auch analoges und digitales Radio nach bestimmten Sätzen zugerechnet werden (die Sendegeräte selbst sind als direkte Kosten nicht aufzuteilen; die übrigen gemeinsamen Kosten betreffen im Wesentlichen den Betrieb und nicht die Neuerrichtung). Da für den großflächigen Ausbau der digitalen Netze (wie etwa bei Neuerrichtung eines DAB+-Multiplexes) zum größten Teil vorhandene Standorte verwendet werden und es nur sehr vereinzelt zur Erschließung völlig neuer Standorte zur digitalen Verbreitung kommt, erscheint es sehr unwahrscheinlich, dass es überhaupt im signifikanten Ausmaß zur Errichtung neuer Sendemasten kommt, die wiederum auch nur anteilig in die Kosten des analogen Netzes einfließen könnten.

Da somit eine Festlegung eines eigenen WACC für Neuinvestitionen in der bezeichneten Art, wenn überhaupt, keine signifikanten Auswirkungen auf die Kostenrechnung für den gegenständlichen Markt aufweist, ist dieser aus ökonomischer Sicht nicht festzulegen.

2.3.2.4.4.11. Grundsatz der effizienten Leistungsbereitstellung

Bei Verwendung von Kostendaten zur Begründung von Preisentscheidungen wird empfohlen, eingehend zu prüfen, ob weitere Anpassungen der Finanzinformationen zur Berücksichtigung von Effizienzfaktoren notwendig sind, weil die Kostenrechnungssysteme (selbst wenn sie auf Wiederbeschaffungswerten beruhen) die effizienten oder relevanten Kosten eventuell nicht genau widerspiegeln. Effizienzfaktoren können auf Bewertungen der unterschiedlichen Netztopologien und -architekturen, der Abschreibungsverfahren sowie der eingesetzten oder geplanten Netztechnologien beruhen (Art. 3 Kostenrechnungsempfehlung 2005). Dieser Grundsatz ist

insbesondere bezüglich des Regulierungsziels der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen sowie der Sicherstellung der effizienten Nutzung bestehender Infrastrukturen besonders relevant. Durch den Grundsatz der effizienten Leistungsbereitstellung wird verhindert, dass Nachfrager für eine gegebenenfalls nicht effiziente Leistungserbringung zu hohe Tarife bezahlen müssen.

2.3.2.4.4.12. Grundsatz der Annäherung an langfristige durchschnittliche Kosten

In einem Markt mit effektivem Wettbewerb ergibt sich aufgrund der dynamischen Marktkräfte (z.B. Marktein-, Marktaustritte, Mengenanpassungen, Anpassungen der Produktionsfaktoren) in einer langfristigen Betrachtung ein „einheitlicher Marktpreis“, der sich an den langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten, welche entstehen, um die gesamte Nachfrage effizient (mit den geringsten Durchschnittskosten) zu befriedigen, orientiert. Dies setzt voraus, dass die Unternehmen einen gegebenen Output hinreichend effizient produzieren (d.h. eine optimale Kostenfunktion aufweisen) und die mindestoptimale Betriebsgröße – „minimum efficient scale“ – erreichen und damit Größen-, Dichte- und Verbundvorteile hinreichend ausgeschöpft werden. Unter diesen Bedingungen werden die Nachfrager zum niedrigstmöglichen Preis mit der höchstmöglichen Menge versorgt.

Der Kostenmaßstab der langfristigen zusätzlichen Kosten (LRIC, long run incremental cost), also der Kosten, die einem Unternehmen entstehen, wenn es eine Leistung zusätzlich zu einem Portfolio anderer Leistungen erbringt, ist der Maßstab, der im Wettbewerb bei der Entscheidung darüber angelegt wird, ob ein bestimmtes Produkt am Markt angeboten werden soll oder nicht. Dieser Kostenmaßstab wird zur Berechnung von wettbewerbsorientierten Preisen von der ERG empfohlen: *„LRIC provides regulatory authorities with a methodology by which the costs of the capital-intensive electronic communications market, which, at the wholesale market level, is characterized by significant investment costs and long term asset lives, can be analysed and used for cost-orientation and pricing purposes“* (vgl. ERG, Common Position, S. 18). Mit diesem Ansatz wird ein Preis simuliert, wie er sich in einem Wettbewerbsmarkt etablieren würde.

Ein Angebot ist dann sinnvoll, wenn die Kosten, die langfristig durch die Produktionsentscheidung insgesamt verursacht werden, durch die erzielbaren Erlöse wenigstens gedeckt werden. Der Erlös der einzelnen Produktionseinheit entspricht dann mindestens den langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen (Stück-) Kosten. Sie schließen alle der Leistung direkt oder indirekt zurechenbaren Kosten ein, also insbesondere auch solche, die durch Unteilbarkeiten in der Produktion entstehen. Da echte Gemeinkosten bei dieser Betrachtung nicht berücksichtigt werden, sind sie in Form angemessener Zuschläge auf die zusätzlichen Kosten zu berücksichtigen, um die Gesamtkosten des Leistungsportfolios zu decken. Es ist zu bedenken, dass gemeinsame Kosten auf unterschiedlichen Ebenen der Wertschöpfung entstehen können und vielfach Produktgruppen (aber eben nicht den einzelnen Produkten) zugeordnet werden können. Deckungsbeiträge für solche Gemeinkosten (im Sinne von „Einzelkosten“ einer Produktgruppe) sollten ausschließlich von den Produkten der Gruppe erbracht werden.

Für die Berechnung dieser Kosten sind folgende über die bereits beschriebenen Voraussetzungen hinausgehende Annahmen notwendig:

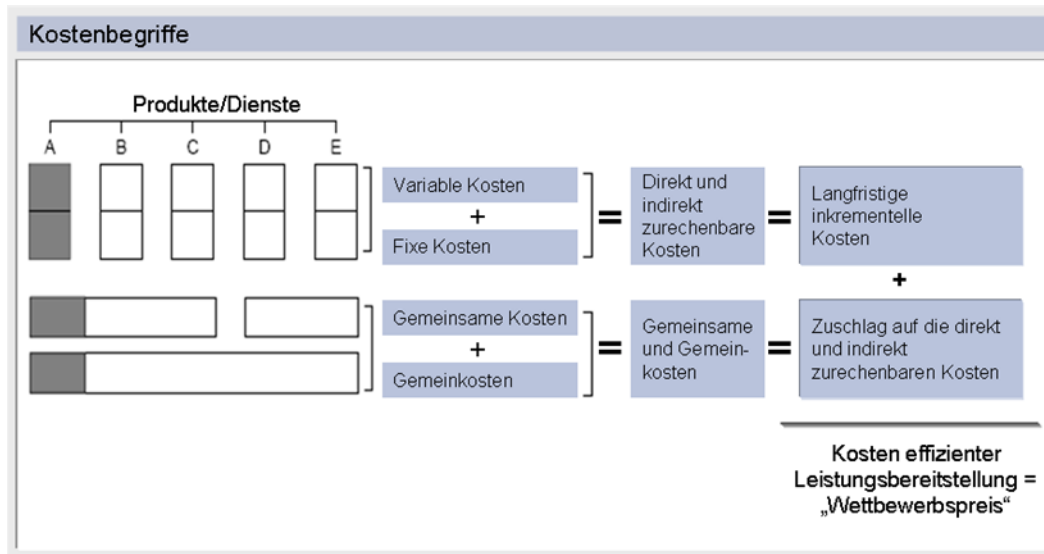
- **Ökonomische Abschreibung:** Die Abschreibung orientiert sich an der ökonomischen Nutzungsdauer.

- Langfristiger Zeithorizont: Es wird ein sehr langer Zeithorizont betrachtet, indem das Investitionskapital und die Kapazität der technischen Infrastruktur beliebig verändert werden können. Das bedeutet, dass auch bereits vorhandene Kapazitäten als variabel betrachtet werden, da man langfristig das gesamte Netz ersetzen kann und aufgrund der begrenzten Lebensdauer auch muss. Feste und variable Kosten werden somit gemeinsam berücksichtigt.
- Berücksichtigung von gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten in Form eines Zuschlags auf die direkt und indirekt zurechenbaren Kosten. Die Allokation der gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten kann auf Basis unterschiedlicher Kostenschlüssel erfolgen. Die ERG empfahl zur Zurechnung der gemeinsamen und Gemeinkosten auf die einzelnen Dienste das so genannte Equi Proportionate Mark-Up-Verfahren (EPMU). Beim EPMU-Verfahren wird zur Ermittlung des Gemeinkostenzuschlags die Summe der Gemeinkosten im Verhältnis der Einzelkosten (Summe aus den dem Produkt direkt und indirekt zurechenbaren Kosten) auf die in Rede stehenden Dienste verteilt (vgl. IRG/ERG, Principles, S. 5, sowie ERG, Common Position, S. 23).

Die langfristigen inkrementellen Kosten setzen sich aus den dem Produkt direkt und indirekt zurechenbaren Kosten zusammen. Im Gegensatz zu einer Vollkostenrechnung (FAC, fully allocated cost) werden den Produkten und Diensten keine Gemeinkosten zugerechnet. Die ERG führt dazu folgendes aus: „*The fully allocated cost (FAC) of an increment is the cost incurred in providing that increment, on the basis that none of the operator’s costs are left unallocated. This means that part of the common costs is allocated to the increment involved*“ (vgl. ERG, Common Position, S. 20).

Zur Annäherung an einen wettbewerbsorientierten Preis wird auch in einem LRIC-Ansatz üblicherweise zur Deckung der gemeinsamen und Gemeinkosten ein Zuschlag auf die langfristigen inkrementellen Kosten berücksichtigt. Insgesamt betrachtet, kann es also in den Ergebnissen zu einer Annäherung zwischen LRIC und Vollkosten kommen. Zur Ermittlung der Durchschnittskosten werden diese durch die entsprechende Bezugsgröße für das Produkt bzw. den Dienst dividiert. Die folgende Übersicht fasst die wesentlichen Kostenbegriffe zusammen.

Abbildung 16 Kostenbegriffe



Variable Kosten: Kosten, die bei Variation der Menge entstehen.

Fixe Kosten: Kosten die unabhängig von der Variation der Menge entstehen.

Direkt zurechenbare Kosten: Kosten, wo ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen einem Kostentreiber und der Höhe der Kosten besteht. Direkt zurechenbar sind Kosten, die sich unmittelbar und eindeutig zu einem Dienst oder Produkt in Beziehung setzen lassen.

Indirekt zurechenbare Kosten: Kosten, die über eine Zwischengröße bzw. eine zwei- oder mehrfache Kosten-Mengen-Relationen einem Produkt zurechenbar sind. Indirekt zurechenbar sind Kosten, die aufgrund ihrer Beziehung zu den direkt zurechenbaren Kosten auf einer nichtwillkürlichen Basis zu Diensten oder Produkten in Beziehung gebracht werden können (z.B. durch die Anwendung von Auslastungsgraden auf jeden Verbrauch gemeinsamer Ressourcen).

Gemeinsame Kosten: Kosten, die durch die gemeinsame Nutzung von mehreren Produkten entstehen und daher nicht einem Produkt zugerechnet werden können.

Gemeinkosten: Kosten, die den Produkten nicht zugerechnet werden können, weil kein unmittelbarer Leistungszusammenhang besteht.

Mit diesem Ansatz ist gewährleistet, dass Nachfrager von den vorhandenen Skalen- und Verbundvorteilen im bestehenden Netz profitieren können, weil diese in den Kosten berücksichtigt werden.

2.3.2.4.4.13. Grundsatz der Durchschnittsbildung

Mit der gegenständlichen Kostenrechnungsmethode soll ein Wettbewerbspreis simuliert werden. Nachdem sich die Kostensituation auf jedem individuellen Sendestandort unterscheidet, stellt sich die Frage, auf welcher Berechnungsebene Durchschnittswerte gebildet werden sollen. Nachdem

mit der Kostenrechnungsmethode Standardprodukte für ganz Österreich berechnet werden sollen, wird eine Durchschnittsbildung für genau diese Produkte empfohlen. Diese Vorgangsweise basiert auf dem bereits im Jahr 2006 in diesem relevanten Markt eingeführten Ansatz des „Konzepts der fiktiven Sendeanlage“. Damals wurde bei der Konzeption der Kostenrechnungsmethode diese Annahme erstmals herangezogen, welche seitdem durchgehend zur Anwendung gelangt. Dabei berechnet das Unternehmen auf Produktebene mit der Kostenrechnungsmethode die Kosten einer fiktiven Sendeanlage. Mit diesem Ansatz werden die Kosten abstrakten Produkten mittels einer Durchschnittsberechnung zugerechnet und somit sichergestellt, dass ein Nachfrager – unabhängig vom konkret nachgefragten Ort – mit seinem Zugangspreis einen einheitlichen Beitrag zur Erhaltung, Modernisierung und Weiterentwicklung des österreichweit bereits verfügbaren Netzes beiträgt.

Durch die gesetzliche Vorgabe, dass die Kostenrechnungsmethode jährlich überprüft werden muss, ist grundsätzlich von einer jährlichen Adaptierung und Berechnung der Kosten auszugehen. Die Berechnung jährlicher Kosten führt bei einer stetigen Kostenentwicklung dazu, dass die Kosten im Wesentlichen die jährlichen Preisanpassungen, Verschiebungen der Kosten zwischen Diensten im Netz sowie Effizienzgewinne ausweisen. In Situationen, in welchen unübliche und kurzfristige Kostenentwicklungen bestehen – zum Beispiel besonders stark schwankende Energiepreise – kann es sinnvoll sein, für die Kostenberechnung eine längerfristige Durchschnittsberechnung – zum Beispiel für drei Jahre – vorzunehmen.

2.3.2.4.4.14. Fazit zu den Anforderungen an die Kostenrechnungsmethode

Auf Basis der Kostenrechnungsempfehlung 2005 und der WACC-Mitteilung der Europäischen Kommission sowie einschlägigen Umsetzungsüberlegungen der ERG und der ITU ergeben sich die Anforderungen an ein regulatorisches Kostenrechnungssystem. Diese Anforderungen werden in der folgenden Tabelle nochmals zusammengefasst.

Tabelle 6 Anforderungen an ein regulatorisches Kostenrechnungssystem

Nr.	Anforderung
01	Relevanz
02	Zuverlässigkeit
03	Vergleichbarkeit
04	Wesentlichkeit
05	Integrität der Daten
06	Nachvollziehbarkeit
07	Verursachungsgerechte Kostenzurechnung
08	Getrennte Bestimmung der direkten und indirekten Kosten
09	Konsistente Bewertung
10	Angemessene Kapitalverzinsung
11	Effiziente Leistungsbereitstellung
12	Annäherung an langfristige durchschnittliche inkrementelle Kosten
13	Durchschnittsbildung

Zur Vollständigkeit sei nochmals erwähnt, dass im Sinne der Sicherstellung der Nichtdiskriminierung zwischen dem ORF und den privaten Nachfragern die gleiche Kostenrechnungsmethode zur Anwendung gelangen sollte.

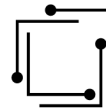
2.3.3. Vergleich der vorgeschlagenen Maßnahmen mit Verpflichtungen aus anderen Gesetzen

In diesem Prüfschritt wird analysiert, ob vorgeschlagene Regulierungsmaßnahmen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bereits aufgrund anderer Verpflichtungen auferlegt sind. Falls dies der Fall wäre, könnten einzelne Vorabverpflichtungen im Rahmen der Marktanalyse nicht zusätzlich notwendig sein.

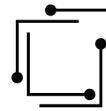
Die ORS (hinsichtlich der nachgenannten Punkte 01 und 02 lediglich die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG) hat aufgrund des ORF-G einige bestimmte gesetzliche Vorgaben zu erfüllen, welche ähnliche Themenbereiche wie die dargestellten Vorabmaßnahmen betreffen. In der folgenden Tabelle sind ausgewählte Verpflichtungen aufgrund des ORF-G den vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen gegenübergestellt.

Tabelle 7 Vergleich Vorabmaßnahmen mit Verpflichtungen aus anderen Gesetzen

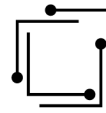
Nr.	Verpflichtung laut ORF-Gesetz	Auszug aus dem ORF-G	„Überschneidung“ mit vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen
01	§ 40 Abs. 1 ORF-G	Prüfung des Jahresabschlusses durch die ORF-Prüfungskommission	keine Die Prüfung der Einhaltung der vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen obliegt der Regulierungsbehörde.
02	§ 40 Abs. 3 ORF-G	Prüfung der Führung der Geschäfte hinsichtlich Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit	keine Ein Prüfmaßstab von mehreren für die Einhaltung der Vorgabe der Kostenorientierung der Entgelte ist die effiziente Leistungsbereitstellung.
03	§ 39 Abs. 4 ORF-G	Trennungsrechnung Bei der Buchführung gemäß Abs. 1 ist sicherzustellen, dass den Anforderungen der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. Nr. L 193 vom 29.07.2000 S. 75 in der Fassung der Richtlinie 2005/81/EG, ABl. Nr. L 312 vom 29.11.2005 S. 47, hinsichtlich der Erstellung einer getrennten Buchführung mit einer	keine Die Vorabmaßnahme der getrennten Buchführung bezieht sich auf den „relevanten“ Markt. Die nach dem ORF-G vorgeschriebene getrennte Buchführung bezieht sich auf die Trennung zwischen dem öffentlich-rechtlichen, dem konnex-kommerziellen sowie dem stand-alone kommerziellen Bereich. Die gegenständliche spezifische Verpflichtung erlegt demgegenüber die Trennung der Buchführung zwischen regulierten und nichtregulierten Bereichen (d.h. Produkte im effektiven Wettbewerb) auf.



Nr.	Verpflichtung laut ORF-Gesetz	Auszug aus dem ORF-G	„Überschneidung“ mit vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen
		<p>nach den verschiedenen Geschäftsbereichen getrennten Aufstellung der Kosten und Erlöse sowie einer genauen Angabe der Methode, nach der die Kosten und Erlöse den verschiedenen Geschäftsbereichen zugeordnet und zugewiesen werden, entsprochen wird und dabei</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. die internen Konten, die den verschiedenen Geschäftsbereichen entsprechen, getrennt geführt werden, 2. alle Kosten und Erlöse auf der Grundlage einheitlich angewandter und objektiv gerechtfertigter Kostenrechnungsgrundsätze korrekt zugeordnet werden und 3. die Kostenrechnungsgrundsätze, die der getrennten Buchführung zugrunde liegen, eindeutig bestimmt sind. 	<p>Die mit der Vorabmaßnahme „Kostenorientierung“ verbundene Offenlegungspflicht der Kostenrechnungsmethode betrifft ausschließlich die Kalkulation von Produkten im relevanten Markt.</p>
04	§ 39 Abs. 5 ORF-G	<p>Anleitung zur Trennungsrechnung</p> <p>Der Österreichische Rundfunk hat eine Anleitung zur Trennungsrechnung zu erstellen, in der die in Abs. 4 genannten Kostenrechnungsgrundsätze darzulegen und konkrete Handlungsanweisungen aufzunehmen sind, wie die Zuordnung von Kosten und Erlösen zu den einzelnen Geschäftsbereichen zu erfolgen hat. Die Anleitung zur Trennungsrechnung ist der Prüfungskommission (§ 40) und der Regulierungsbehörde zu übermitteln.</p>	
05	§ 31c Abs. 2 ORF-G	<p>Grundsatz des Fremdvergleichs</p> <p>Geschäftliche Beziehungen innerhalb des Österreichischen Rundfunks, zwischen dem Österreichischen Rundfunk und seinen Tochtergesellschaften (§ 2 Abs. 2) oder zwischen den Tochtergesellschaften haben, soweit es sich um Beziehungen zwischen Unternehmensbereichen, die Tätigkeiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags einerseits, und Unternehmensbereichen, die kommerzielle Tätigkeiten wahrnehmen andererseits, handelt, dem Grundsatz des Fremdvergleichs zu entsprechen. Diesem</p>	<p>keine</p> <p>Der Grundsatz des Fremdvergleichs betrifft die konzerninterne Verrechnung und ist somit nach innen gerichtet.</p> <p>Die Transparenzverpflichtung sowie die Nichtdiskriminierungsverpflichtung sind als Vorabmaßnahme konzipiert und ermöglichen bereits vor Vertragsabschluss die Transparenz für die Nachfrager über das verfügbare Angebot sowie den angebotenen Konditionen. Der Fokus liegt hier bei Angeboten gegenüber Dritten.</p>



Nr.	Verpflichtung laut ORF-Gesetz	Auszug aus dem ORF-G	„Überschneidung“ mit vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen
		Grundsatz ist entsprochen, wenn diese geschäftlichen Beziehungen zu Bedingungen erfolgen, die wirtschaftlich handelnde dritte Personen in ihrem Geschäftsgebaren untereinander zu Grunde legen würden.	
06	§ 31c Abs. 4 ORF-G	<p>Private Investor Test</p> <p>Kommerzielle Tätigkeiten des Österreichischen Rundfunks, seiner Tochtergesellschaften oder der mit ihm verbundenen Unternehmen haben dem Grundsatz des wirtschaftlich handelnden Privatinvestors im Sinne des Art. 107 AEUV zu entsprechen. Insbesondere darf eine Investition zur Anfangsfinanzierung neuer kommerzieller Tätigkeiten nur dann vorgenommen werden, wenn eine Rentabilität dieser Investition zu erwarten ist, aufgrund der auch ein wirtschaftlich handelnder Privatinvestor die Investition vornehmen würde.</p>	<p>Keine</p> <p>Der Private Investor Test hat keinen Bezug zu den vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen, da der Fokus rein auf der Finanzierung dieser Tätigkeiten liegt.</p>
07	§ 8a Abs. 1 und 2 ORF-G	<p>(1) „Kommerzielle Tätigkeiten“ im Sinne dieses Gesetzes bezeichnen im Rahmen des Unternehmensgegenstandes liegende, über den öffentlich-rechtlichen Auftrag (§ 1 Abs. 2) hinausgehende Tätigkeiten.</p> <p>(2) Kommerzielle Tätigkeiten sind organisatorisch und rechnerisch von den Tätigkeiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu trennen (§ 39 Abs. 4). Für sie dürfen keine Mittel aus dem ORF-Beitrag (§ 31) herangezogen werden. Sie können gewinnorientiert betrieben werden.</p>	<p>Keine</p> <p>Die Trennung in kommerzielle Tätigkeiten und öffentlich-rechtliche Tätigkeiten hat keinen Bezug zu den vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen.</p>
08	§ 8 ORF-G	<p>Mitbenutzung der Sendeanlagen</p> <p>(1) Der Österreichische Rundfunk und seine Tochtergesellschaften haben im Rahmen der technischen Möglichkeiten anderen Rundfunkveranstaltern und terrestrischen Multiplex-Betreibern die Mitbenutzung ihrer</p>	<p>Keine</p> <p>Die Mitbenutzung von Sendeanlagen ist nicht Teil des relevanten Marktes bzw. stellt allenfalls lediglich eine Vorleistung für den gegenständlichen Markt dar. Die</p>



Nr.	Verpflichtung laut ORF-Gesetz	Auszug aus dem ORF-G	„Überschneidung“ mit vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen
		<p>Sendeanlagen gegen angemessenes Entgelt zu gestatten.</p> <p>(2) Die Sendeanlagen sind unbeschadet anderer vertraglicher Regelungen zu gleichwertigen Bedingungen und in derselben Qualität bereitzustellen, die auch für die Verbreitung der vom Österreichischen Rundfunk veranstalteten Programme angewandt werden.</p> <p>(3) Auf Nachfrage hat der Österreichische Rundfunk (seine Tochtergesellschaft) ein Angebot zur Mitbenutzung abzugeben. Kommt eine Vereinbarung über das Mitbenutzungsrecht oder über das angemessene Entgelt binnen einer Frist von sechs Wochen ab Einlangen einer darauf gerichteten Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde zur Entscheidung anrufen. Die Regulierungsbehörde entscheidet binnen vier Monaten ab Einlangen des Antrages. Die Entscheidung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung.</p>	<p>rechtlichen Vorgaben zur Mitbenutzung von Sendeanlagen sind unabhängig von der Marktanalyse.</p>
09	§ 2 Abs. 4 ORF-G	<p>Nichtdiskriminierende Bedingungen</p> <p>Die vertragliche Zusammenarbeit des Österreichischen Rundfunks mit anderen Unternehmen hat zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erfolgen.</p>	<p>gering</p> <p>Die Gleichbehandlungsverpflichtung schließt zwar mit ein, dass die vertragliche Zusammenarbeit zu nichtdiskriminierenden Bedingungen erfolgen muss, geht aber über diesen Fall deutlich hinaus, weil sie bereits einen Fokus auf die Angebotsphase und nicht nur auf den Vertragsabschluss hat.</p> <p>Die Gleichbehandlungsverpflichtung hat insbesondere sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet.</p> <p>Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die</p>

Nr.	Verpflichtung laut ORF-Gesetz	Auszug aus dem ORF-G	„Überschneidung“ mit vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen
			Veröffentlichung eines Standardangebots verlangen. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte anzugeben.

Die Analyse zeigt, dass es – bis auf die Ausnahme in Teilbereichen der Nichtdiskriminierung – keine Überschneidungen zwischen den Verpflichtungen aufgrund des ORF-G und den oben genannten Vorabverpflichtungen gibt. Daher sind die Verpflichtungen im ORF-G nicht als Ersatz für die genannten Vorabverpflichtungen geeignet, um die potenziellen Wettbewerbsprobleme im relevanten Markt abzumildern bzw. zu vermeiden.

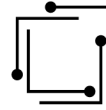
3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Einleitung des gegenständlichen Verfahrens mit Edikt und zu den Unternehmen, die ihre Betroffenheit geltend gemacht haben, ergeben sich aus dem Verwaltungsakt des gegenständlichen Verfahrens.

Die Feststellungen zur Struktur der ORS bzw. zur Konzernstruktur des ORF, dem Geschäftsfeld der ORS und der Rolle der einzelnen Unternehmen der Gruppe im Rahmen der Geschäftstätigkeit ergeben sich aus dem offenen Firmenbuch, den entsprechenden Anzeigen an die KommAustria sowie die RTR-GmbH und den diesbezüglichen schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen im vom Amtsgutachter erstellten Gutachten vom 02.12.2022 in Verbindung mit den diesbezüglichen Feststellungen im Bescheid Hörfunkmärkte 2018, auf welchen das Amtsgutachten Bezug nimmt.

Die Feststellungen hinsichtlich der Märkte im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021 und zu deren Relevanz für die sektorspezifische Regulierung aus ökonomischer Sicht sowie zu den Indikatoren für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht, der festgestellten Wettbewerbsprobleme sowie der Eignung der auferlegten spezifischen Verpflichtungen auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ beruhen insgesamt im Wesentlichen auf den schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen des Amtssachverständigen in seinem Gutachten vom 02.12.2022, dem Ergänzungsgutachten vom 06.03.2023 sowie den Feststellungen in den Bescheiden Fernsehmärkte 2018 und Hörfunkmärkte 2018, auf welche der Amtsgutachter in seinem Gutachten – insbesondere hinsichtlich der weiterhin im Wesentlichen unveränderten Marktsituation und hinsichtlich der weiterhin notwendigen und im wesentlichen unveränderten Vorabverpflichtungen – Bezug nimmt.

Die Feststellungen zu den geeigneten spezifischen Maßnahmen beruhen im Wesentlichen auf den schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen des Amtssachverständigen in seinem Gutachten vom 02.12.2022 sowie auf entsprechenden Feststellungen im Bescheid Hörfunkmärkte 2018, auf welche der Amtssachverständige in seinem Gutachten angesichts der im Wesentlichen



unveränderten Sachlage verweist, sowie hinsichtlich der angemessenen Kapitalverzinsung auf dem ebenso schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten der nichtamtlichen Sachverständigen O.Univ.-Prof. Dr. Josef Zechner sowie Univ.-Prof. Dr. Otto Randl vom 28.07.2023 sowie deren gutachterlichen Stellungnahme vom 07.11.2023.

Die Ergebnisse der Sachverständigen werden von den Parteien zum Teil angezweifelt; hierzu ist zunächst darauf zu verweisen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH; vgl. zuletzt etwa VwGH 13.01.2023, Ra 2022/06/0318, mwN) einem schlüssigen Sachverständigengutachten mit bloßen Behauptungen, ohne Argumentation auf gleicher Ebene, in tauglicher Art und Weise nicht entgegengetreten werden kann. Vorbringen gegen ein Sachverständigengutachten, das sich darauf beruft, dass das Gutachten mit den Erfahrungen der in Betracht kommenden Wissenschaft in Widerspruch stehe, muss diese Behauptung aber – und zwar tunlichst unter präziser Darstellung der gegen das Gutachten gerichteten sachlichen Einwände – durch das Gutachten eines anderen Sachverständigen unter Beweis stellen. Eine bloß gegenteilige Behauptung genügt nicht.

Aus dem anschließend dargestellten Vorbringen der Verfahrensparteien ergeben sich keine Zweifel an der Schlüssigkeit der vorerwähnten Gutachten und gutachterlichen Stellungnahmen. Diese konnten daher den Feststellungen zu Grunde gelegt werden.

3.1. Zur grundsätzlichen methodischen Kritik am Gutachten des Amtssachverständigen

Soweit die Verfahrensparteien im Zusammenhang mit dem Gutachten des Amtssachverständigen vom 02.12.2022 monieren, dass dieses sich größtenteils auf Sachverhaltsfeststellungen aus dem letzten Marktanalyseverfahren stützen und nur hinsichtlich einzelner Aspekte zur Aktualisierung auf öffentlichen verfügbare Quellen zurückgegriffen worden sei, jedoch eigene, amtliche Ermittlungsschritte zur Gänze unterblieben seien, ist folgendes auszuführen: Der Amtsgutachter hat unter Bezugnahme auf aktuelle Marktdaten, welche aus bereits vorhandenen Studien herrühren, deren Richtigkeit von den Parteien im Übrigen – anders als die daraus gezogenen Schlüsse des Amtssachverständigen – nicht einmal bestritten wurden, überzeugend dargelegt, dass sich aus den Marktentwicklungen seit der letzten Marktanalyse aus ökonomischer Sicht weder im Hinblick auf die Marktabgrenzung, die Bestimmung der relevanten Märkte, die Marktbeherrschung, noch hinsichtlich der aufzuerlegenden Vorabverpflichtungen, solche Umstände ergeben hätten, die grundsätzliche Änderungen hinsichtlich der Regulierung der verfahrensgegenständlichen Märkte erfordern würden. Das Vorbringen bleibt darüber hinaus im Wesentlichen unsubstantiiert und kann bei der KommAustria keine Zweifel an der grundsätzlichen Vorgehensweise des Amtsgutachters, ausgehend von der bisherigen Regulierung unter Berücksichtigung der seither erfolgten Marktentwicklung auf den Märkten im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021 wecken.

Insbesondere ist auch festzuhalten, dass die Betrachtung des Amtssachverständigen entgegen dem Vorbringen der Parteien sehr wohl zukunftsgerichtet und vorausschauend ist und mögliche zukünftige Marktentwicklungen – soweit sie aus den vorhandenen Marktdaten für die folgende Regulierungsperiode schon mit ausreichender Sicherheit ableitbar sind (vgl. auch die rechtlichen Ausführungen hinsichtlich des anzuwendenden Maßstabs unter 4.5.2.2) – im Auge hat. Auf die einzelnen Kritikpunkte ist im Folgenden noch einzugehen.

3.2. Marktabgrenzung

Im Hinblick auf die Kritik an der Marktabgrenzung und der Feststellung der einzelnen relevanten Märkte ist Folgendes festzuhalten:

3.2.1. Hörfunk

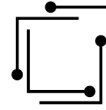
3.2.1.1. Marktabgrenzung DAB+ und UKW

Während die vom VÖP vertretenen Parteien die Abgrenzung eines eigenen Kandidatenmarkts für die UKW-Verbreitung nicht beanstanden, monieren sie, dass es der Gutachter unterlassen habe, zu versuchen, den Markt für DAB+-Radio-Verbreitung abzugrenzen. Hätte der Gutachter den Versuch einer Marktabgrenzung aus Sicht der Nachfrager nach Radioverbreitungsleistungen – also aus Sicht österreichischer Radioveranstalter – unternommen, hätte er zum Ergebnis kommen müssen, dass alle drei Verbreitungsformen, UKW, DAB+ und Internet, als separate Verbreitungsmärkte nebeneinanderstünden.

Hierbei übersehen die vom VÖP vertretenen Parteien, dass die Marktabgrenzung wesentlich auf der nachvollziehbaren Prämisse beruht, dass, vom Endkundenmarkt ausgehend, auch zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung aufgrund der nach wie vor bestehenden starken Dominanz von analoger Terrestrik im Vergleich zu anderen verfügbaren Verbreitungsformen aus Sicht der Hörfunkveranstalter die UKW-Verbreitung unverzichtbar und noch nicht durch andere Verbreitungswege substituierbar ist. Daher ist die vom Amtsgutachter in seinen Gutachten nachvollziehbar dargelegte Folgerung, dass – wie schon in der letzten Marktanalyse – angesichts der starken Dominanz der Nutzung von Radio über UKW derzeit kein hinreichendes Substitut für die analoge terrestrische UKW-Hörfunkübertragung am Endkundenmarkt besteht und dass folglich Hörfunkveranstalter gleichsam „gezwungen“ sind, ihr Programm terrestrisch analog über UKW zu verbreiten, um überhaupt substantiell in den Markt eintreten zu können, auch unter Berücksichtigung der Hörfunkübertragung über DAB+ weiterhin als gültig anzusehen. Somit ist der Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ weiterhin gegenüber allen anderen Übertragungswegen abzugrenzen.

Angesichts der Marktdynamik mag – wie der Amtssachverständige überzeugend darlegt – mittelfristig DAB+ das Potential haben, einen Wettbewerbsdruck gegenüber der UKW-Verbreitung aufzubauen; dennoch bestehen erhebliche Unsicherheiten über die weitere Entwicklung des Marktes, insbesondere auch aufgrund von zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung nicht absehbaren wirtschaftlichen Entscheidungen wesentlicher Marktteilnehmer: Wie schon im Bescheid Hörfunkmärkte 2018 festgehalten, war weiterhin unklar, ob die zwei größten Player auf dem Hörfunkmarkt (ORF und KRONEHIT Radio BetriebsgmbH.) in den DAB+-Markt eintreten werden. Der Sachverständige hat in seiner Einschätzung in überzeugender Weise lediglich auf absehbare und einer realistischen Prognose zugängliche Parameter gesetzt; vor diesem Hintergrund und der festgestellten Notwendigkeit der UKW-Verbreitung für einen substantiellen Markt ist es aus Sicht der KommAustria nachvollziehbar, dass der Amtssachverständige mittelfristig (noch) keine Festlegung eines eigenen Marktes für DAB+ oder eines gemeinsamen Marktes für UKW und DAB+ vornimmt.

Auch das BVwG ging in seiner erst unlängst ergangenen Entscheidung zur Beschwerde gegen den Bescheid Hörfunkmärkte 2018 vom 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E,

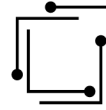


„aufgrund der seltenen Nutzung des Digitalradios im Vergleich der Radionutzung über UKW, der österreichweit niedrigen Zahl des Besitzes eines DAB+ fähigen Gerätes sowie der Umstand, dass DAB+ aktuell nicht österreichweit empfangbar ist, nach wie vor von einer starken Dominanz der Nutzung von Radio über UKW“ aus..., sodass digitaler terrestrischer Hörfunk auch zum Entscheidungszeitpunkt des erkennenden Gerichts kein hinreichendes Substitut für analoge terrestrische Verbreitung darstellt.“

Auch weitere aktuelle Entwicklungen ändern nichts an der Schlüssigkeit des Gutachtens: Mit nicht rechtskräftigem Bescheid vom 21.02.2024, KOA 11.210/23-007, hat die KommAustria aufgrund einer Beschwerde gegen den ORF wegen der behaupteten Verletzung des Versorgungsauftrages gemäß § 3 Abs. 4 ORF-G durch die Nichtverbreitung seiner bundesweiten Hörfunkprogramme im Standard DAB+ festgestellt, dass sich aus der genannten Bestimmung aktuell keine Verpflichtung des ORF zur Verbreitung seiner Programme im Standard DAB+ ergibt. Aus dem Bescheid ergibt sich weiters, dass der ORF auf absehbare Zeit keinen Markteinstieg in die digital terrestrische Verbreitung plant, da er DAB+ lediglich als Brückenstandard bis zur Marktreife der Verbreitung im Standard 5G Broadcast hält. Vor diesem Hintergrund besteht weiterhin Unsicherheit dahingehend, ob der größte Hörfunkveranstalter, ORF, in den DAB+-Markt eintritt, was das Potential hätte, die Marktdynamik zu Gunsten von DAB+ zu verändern. Aus den kürzlich (rechtskräftig) erteilten Zulassungen für weitere MUXe im Standard DAB+, insbesondere dem bundesweiten MUX III (Bescheid vom 08.03.2024, KOA 4.522/24-001) aber auch dem regionalen „MUX II – Niederösterreich und Nordburgendland“ (Bescheid vom 08.03.2024, KOA 4.580/24-001), ergibt sich hinsichtlich des zweitgrößten Hörfunkveranstalters KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. zwar, dass dieser zwei Programme über den neuen bundesweiten MUX III und zwei Programme über den regionalen „MUX II – Niederösterreich und Nordburgendland“ verbreiten und somit erstmals in die DAB+-Verbreitung eintreten will. Jedoch handelt es sich bei diesen Programmen nicht um das über UKW ausgestrahlte Hörfunkprogramm „KRONEHIT“ im Simulcast, sondern um die neuen Nischenprogramme „Radio Rot Weiss Rot“ (mit ausschließlich österreichischer Musik), „Super 80s“ (mit ausschließlich Rock- und Popmusik der 1980er Jahre), „Pirate Radio“ (mit einem Musikfokus auf Classic Alternative der 80er und 90er Jahre) und „Eurodance X-Press“ (mit Schwerpunkt Eurodance, das bedeutet Musik der 80, 90er bis heute, die dem Genre Eurodance entstammen), sodass von diesem geplanten Markteintritt als Ergänzung zum weiterhin ausschließlich über UKW verbreiteten „Hauptprogramm“ „KRONEHIT“ noch keine großen Änderungen der Marktdynamik zu erwarten sind. Dies wird nicht zuletzt durch die im Auftrag der RTR-GmbH von Ipsos Market Research jährlich durchgeführte aktuelle Studie „DAB+ Digitalradio Österreich 2024 – Bekanntheits- und Reichweitenmessung 2024“ vom 11.04.2024, abrufbar unter https://www.rtr.at/medien/aktuelles/publikationen/Publikationen/Digitalradio_DAB_2024_Bekanntheits-_und_Reichweitenmessung.pdf, bestätigt, die zwar weiterhin ein hohes Potential der DAB+-Verbreitung konstatiert, gleichzeitig aber eine Stagnation bei der Nutzung von DAB+ bei den schon 2023 erhobenen 18 % im Jahr 2024 feststellt (vgl. Seite 33 der Studie). Sobald sich tatsächlich greifbare Hinweise auf einen nachhaltigen Wettbewerbsdruck durch DAB+ ergeben, wird die Regulierungsbehörde ohnehin auf die – derzeit noch nicht absehbare – geänderte Marktsituation zu reagieren haben (vgl. wiederum die rechtlichen Ausführungen unter 4.5.2.2).

3.2.1.2. Zur behaupteten Unklarheit der Markabgrenzung UKW

Soweit die ORS vorbringt, dass der Amtssachverständige nicht klar abgrenzt, welche Leistungen in den Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden



mittels UKW“ fallen, ist dem entgegenzuhalten, dass der Amtssachverständige, wie er nachvollziehbar ausführt, den Markt aufbauend auf der bisherigen Regulierung abgrenzt mit der „Übertragungsleistung zum Endkunden“, wie sie in der Regulierungspraxis konsistent gehandhabt wurde, ohne dass es Beanstandungen gegeben hätte und wie sie sich auch konsistent in den Standardangeboten der ORS widerspiegeln („Gegenstand dieses Vertrages ist die für den Empfang durch die Allgemeinheit bestimmte Verbreitung des Radioprogramms des Vertragspartners... über die in der Anlage 1“ [Sendeanlagen, definiert anhand der im Zulassungsbescheid des Vertragspartners genehmigten Sendeanlagen, insbesondere unter Nennung der Versorgungsklasse, der Signalzubringung, des Übergabepunkts, und der technischen Parameter der Sendeanlage] „zu diesem Vertrag näher bezeichneten und einen Bestandteil des Kommunikationsnetzes der ORS/ORS comm bildenden Infrastruktur der ORS/ORS comm“ [entweder die Gesamt-Senderinfrastruktur der Sendeanlage oder nur einer Teil-Senderinfrastruktur].“) und von dieser am Markt angeboten werden.

Ebenso wird vom Amtssachverständigen klargestellt, dass Eigenleistungen ebenfalls dem Markt zuzuordnen sind (vgl. auch die rechtlichen Ausführungen unter 4.5.3.3.1), weshalb auch das Vorbringen der ORS, dass die Eigenleistungen der ORS für den Versorgungsauftrag des ORF für die wettbewerbliche Stellung der ORS irrelevant seien, ins Leere geht.

3.2.1.3. UKW-Tunnel-Verbreitung

Die Feststellungen zur UKW-Tunnel-Verbreitung und dazu, dass diese aus ökonomischer Sicht weder einen Teil des Marktes für die UKW-Verbreitung noch einen eigenen (relevanten) Markt darstellt, ergeben sich aus dem nachvollziehbaren und schlüssigen Ergänzungsgutachten des Amtssachverständigen vom 06.03.2023. Der Amtssachverständige hat nachvollziehbar dargelegt, dass ausgehend vom Endkundenmarkt, ausschließlich diejenigen Verbreitungsformen relevant sein können, auf die Hörfunkveranstalter angewiesen sind, um überhaupt substantiell in den Markt eintreten zu können und ihre Reichweite aufzubauen. Demgegenüber stellt eine UKW-Tunnel-Verbreitung einen zusätzlichen Qualitätsparameter in einem bereits bestehenden Versorgungsgebiet dar. Daher ist die wettbewerbliche Ausgangssituation bei UKW-Tunnelfunk nicht mit jener bei der generellen UKW-Verbreitung vergleichbar. Vor diesem Hintergrund ist nachvollziehbar, dass der Amtssachverständige in der UKW-Tunnel-Verbreitung weder ein Substitut noch einen eigenen (relevanten) Markt sieht und waren entgegen dem Vorbringen der vom VÖP vertretenen Parteien in ihrer Stellungnahme vom 02.05.2023 keine ergänzenden Erhebungen durch den Amtssachverständigen durchzuführen.

3.2.2. Fernsehen

Die vom Amtssachverständigen in nachvollziehbarer Weise vorgenommene Abgrenzung der Kandidaten Märkte Fernsehen wird von den Parteien im Wesentlichen nicht beanstandet; diese wird lediglich von den vom VÖP vertretenen Parteien insofern ausdrücklich kritisiert, als diese das Bestehen eines (offenbar zusätzlichen) Markts „Satelliten-Verbreitung grundverschlüsselter TV-Programme“ behaupten. Dazu waren aus folgendem Grund keine Feststellungen zu treffen: Wie unter 4.5.2.1 ausgeführt, bezieht sich das Vorbringen gar nicht auf den Zugang zu Kommunikationsdiensten und -netzen und zugehörigen Einrichtungen der ORS, sondern vielmehr wird eine Verpflichtung zur Zurverfügungstellung von Programminhalten des ORF gefordert; der Zugang zu Programminhalten ist nicht Gegenstand der sektorspezifischen Regulierung nach dessen 8. Abschnitt des TKG 2021 und war somit im gegenständlichen Verfahren nicht zu behandeln.

3.3. Relevante Märkte

3.3.1. Zum angeblichen „Paradigmenwechsel in der Prüflöglk“ des Drei-Kriterien-Tests

Soweit die ORS in ihren Stellungnahmen vom 16.01.2023 und vom 22.02.2023 sowie im Rahmen der Konsultation im Wesentlichen vorbringt, mit der Märkteempfehlung 2020 habe die Europäische Kommission ihre Vorgaben für die Durchführung des sogenannten Drei-Kriterien-Tests in einigen, für den gegenständlichen Fall relevanten Punkten deutlich abgeändert, auch wenn dies teilweise erst durch eine detailliertere Prüfung des entsprechenden Empfehlungstextes erkennbar werde, ist zunächst auf die rechtliche Beurteilung (4.5.3) zu verweisen. Wie dort ausgeführt, hat sich am grundsätzlichen Beurteilungsmaßstab durch die Märkteempfehlung 2020 gegenüber der vorangehenden Märkteempfehlung 2014 nichts Wesentliches geändert, sondern wurden allenfalls in einigen wenigen Detailfragen Anpassungen vorgenommen.

Vor diesem Hintergrund vermag das weitwändige Vorbringen der ORS zu den vorgeblich wesentlichen Änderungen in der Prüflöglk des 3-Kriterien-Tests die Glaubwürdigkeit und Schlüssigkeit des Gutachtens des Amtssachverständigen, der unter Bezug auf die dem Bescheid Hörfunkmärkte 2018 zugrundeliegenden Feststellungen und die Marktentwicklungen seither den 3-Kriterientest aus ökonomischer Sicht nachvollziehbar und überzeugend durchgeführt hat, nicht zu erschüttern. Im Einzelnen ist im Folgenden auf die Argumente einzugehen.

3.3.2. Sachlich relevante Märkte

3.3.2.1. Fernsehen

Hinsichtlich der Kandidatenmärkte Fernsehen hat der Amtssachverständige nachvollziehbar dargestellt, dass sich die Marktverhältnisse seit der letzten Marktanalyse nicht maßgeblich verändert haben; weiters hält er fest, dass aus ökonomischer Sicht daher weiterhin kein relevanter Markt festzustellen war. Der Befund, dass es zu keinen maßgeblichen Veränderungen, insbesondere hinsichtlich der terrestrischen Verbreitung gekommen ist, wird von den vom VÖP vertretenen Parteien im Wesentlichen geteilt. Darüber hinaus wird lediglich festgehalten, dass die Entscheidung im Bescheid Fernsehmärkte 2018, den Markt als nicht relevant anzusehen, für unrichtig gehalten werde. Angesichts des unbestrittenen Umstands, dass sich auf dem genannten Markt gegenüber dem im Bescheid Fernsehmärkte 2018 festgestellten Sachverhalt keine wesentlichen Änderungen ergeben haben, ist für die KommAustria logisch nachvollziehbar, dass der Amtssachverständige basierend auf den damaligen Feststellungen weiterhin davon ausgeht, dass insbesondere kein relevanter Markt für die terrestrische Verbreitung von Fernsehen festzustellen war. Die vom VÖP vertretenen Parteien bringen auch keine (neuen) Umstände vor, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen würden.

3.3.2.2. Hörfunk

Soweit die ORS eine ungeeignete Prüfmethödlk hinsichtlich des ersten Kriteriums moniert und dies damit begründet, dass die „relevante Leistung (im Normalfall) als Eigenleistung erbracht wird“, beruht dieses Vorbringen offenbar zum einen auf der schon dargestellten (3.2.1.2) unrichtigen Marktabgrenzung durch die ORS, zum anderen hat der Amtssachverständige im Gutachten nachvollziehbar herausgearbeitet, warum es anders als bei „klassischen Telekommunikationsmärkten“ auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt – entgegen dem im Übrigen unsubstantiierten Vorbringen der ORS – einen geringeren Anreiz für die

Rundfunkveranstalter gibt, selbst die technische Verbreitung anzubieten und aus diesem Grund in eigene Infrastruktur zu investieren. Vor diesem Hintergrund vermag das Vorbringen, welches die ORS im Rahmen ihrer Stellungnahme im Konsultationsverfahren im Wesentlichen wiederholt, die Schlüssigkeit der Annahmen des Amtssachverständigen nicht zu erschüttern.

Das Vorbringen der ORS hinsichtlich des zweiten und dritten Kriteriums beruht, wie in der rechtlichen Beurteilung unter 4.5.3 dargestellt, auf der unrichtigen Prämisse, dass sich die Prüflogik des Drei-Kriterien-Tests grundlegend geändert hat. Insofern konnte die ORS mit ihrem Vorbringen keine Zweifel an der Schlüssigkeit des Gutachtens des Amtssachverständigen wecken.

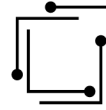
3.3.3. Geographisch relevanter Markt

Hinsichtlich der geografischen Festlegung hat der Amtssachverständige unter Berücksichtigung der in der rechtlichen Beurteilung unter 4.5.3 dargestellten relevanten Kriterien die Bestimmung des relevanten Markts schlüssig vorgenommen; insbesondere hat er nachvollziehbar dargelegt, warum eine Marktabgrenzung nach Einzelstandorten mit angemessenem Aufwand nicht in einer operationalisierbaren Weise sowie unter Berücksichtigung der besonderen Marktgegebenheiten der Rundfunkmärkte und der Regulierungsziele, insbesondere auch zukunftsgerichtet in Hinblick auf mögliche zukünftig neue Standorte, vorgenommen werden kann. Somit kann dem Vorbringen der ORS, wonach der Amtssachverständige eigentlich die Richtigkeit der Abgrenzung nach Einzelstandorten dargestellt hat und diese aufgrund eines – nach Ansicht der ORS – nicht vorhandenen Regulierungsziels der möglichst homogenen Wettbewerbsbedingungen in ganz Österreich unrichtigerweise als doch nicht als geeignet beurteilt hat, nicht gefolgt werden.

3.4. Wettbewerbsanalyse

Soweit die ORS moniert, der Amtssachverständige habe die Zahl der Nutzung von UKW-Standorten durch die Privatradoveranstalter außerhalb des ORS Netzes im Gutachten weder erhoben noch bewertet, ist dem entgegenzuhalten, dass, wie sich aus dem schlüssigen Gutachten ergibt, auf Basis des von der KommAustria geführten Frequenzbuches und Sendekatasters alle Senderstandorte erhoben wurden und festgehalten wurde, dass diese 1.410 Hörfunksender (im Sinne von Übertragungskapazitäten gemäß 2 Z 4 PrR-G) Leistungen von weniger als 1 Watt bis zu 100 kW aufweisen. Davon entfallen auf den ORF ungefähr 850 Frequenzen (wiederum iSv Übertragungskapazitäten), die restlichen ca. 550 Frequenzen werden durch private Hörfunkveranstalter genutzt. Auch wurde aus Angaben auf der Website der ORS nachvollziehbar festgestellt, dass diese 967 Übertragungskapazitäten betreibt, woraus sich zwanglos ergibt, dass 443 Übertragungskapazitäten außerhalb des Netzes der ORS (als Eigenleistungen oder als Vorleistungen von dritten Unternehmen wie insbesondere der Sesta) erbracht werden. Das einzelne Rundfunkveranstalter, insbesondere größere, bei denen sich Infrastrukturinvestitionen aufgrund von Skalenvorteilen allenfalls „auszahlen“, wesentliche Teile ihrer Senderinfrastruktur selbst bereitzustellen, wie die ORS unter Anführung der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH. und der „Radio 88.6“-Gruppe in ihrem Schriftsatz vom 22.02.2023 festhält, wird vom Amtssachverständigen in seinem Gutachten ohnehin berücksichtigt.

Daraus ergibt sich – bei richtiger Marktabgrenzung (vgl. oben 3.2.1.2) – nachvollziehbar ein Marktanteil von jedenfalls 68 % nach der Anzahl der Übertragungskapazitäten; aus den Feststellungen des Marktanteils der ORS nach Umsatz von über 90 % im Bescheid Hörfunkmärkte 2018 leitete der Amtssachverständige unter Heranziehung der Entwicklung der Anzahl der



Übertragungskapazitäten, die weitere Entwicklung seit 2016 der UKW-Abschreibungen der ORS sowie des Anlagevermögens der Sesta nachvollziehbar ab, dass der Marktanteil nach Umsatz weiterhin deutlich höher als nach der Anzahl der Übertragungskapazitäten, zwar mittlerweile nicht mehr jenseits von 90 %, aber immer noch weit über der in Rz 55 der SMP-Leitlinien genannten Schwelle von 50 % liegt. Die KommAustria hat somit keine Zweifel, dass der Amtssachverständige den Sachverhalt insofern vollständig erhoben hat. Die Situation hat sich gegenüber dem Zeitpunkt der Gutachtenserstellung auch nicht wesentlich geändert, wie sich aus einer Einsichtnahme (zuletzt am 13.05.2024) in die dem Gutachten zugrundeliegenden Datenquellen (insbesondere dem unter <https://www.rtr.at/medien/service/frequenzbuecher/Frequenzbuch.de.html> öffentlich verfügbaren Frequenzbuch und dem ebenfalls öffentlich unter https://www.ors.at/fileadmin/user_upload/ors/downloads/weitere_frequenzlisten/UKW-Frequenzliste_2023-07-03.pdf abrufbaren Verzeichnis der Sendeanlagen der ORS hinsichtlich der Marktanteile nach Sendeanlagen) ergibt. Es deuten somit keine Umstände auf signifikante Verschiebungen der Marktanteile, insbesondere nicht zu Lasten der ORS, hin.

Auch das Vorbringen der ORS zu den Marktzutrittsbarrieren in der Stellungnahme zum Amtsgutachten, welches auch in der Konsultation wiederholt wurde, vermag die Schlüssigkeit des Gutachtens des Amtssachverständigen nicht zu erschüttern: So behauptet sie, das Gutachten trenne im Rahmen der Prüfung weder klar zwischen den einzelnen auf dem Markt erbrachten Leistungen und etwa Vorleistungen, noch trenne es zwischen den, an sich relevanten Eigenleistungen und den Fremdleistungen. Dementsprechend sei das Gutachten in seinen Schlussfolgerungen auch unklar und unrichtig. Der Amtssachverständige hat in seinem Gutachten jedoch schlüssig diejenigen Faktoren festgestellt, die für die Marktteilnehmer (also sowohl Rundfunkveranstalter, die die Verbreitung als Eigenleistung erbringen als auch Unternehmen, die solche Leistungen für Dritte erbringen wollen) faktisch den Markteintritt erschweren (vgl. Rz 59 der SMP-Leitlinien: „Die Feststellung beträchtlicher Marktmacht hängt davon ab, wie leicht der Marktzugang ist“). Es bestehen keine Zweifel, dass die nicht unbeschränkte Verfügbarkeit von Frequenzen Hemmnis für den Eintritt in den Markt ist (so auch Rz 59 der SMP-Leitlinien), da die Frequenzknappheit die Möglichkeit zum Markteintritt von Rundfunkveranstaltern mit Eigenleistungen sowie die Erlösmöglichkeiten von Infrastrukturanbietern, die ihre Leistungen an Rundfunkveranstalter erbringen, und somit deren Geschäftsmodelle limitieren. Das Vorbringen, dass es keine zahlenmäßige Beschränkung von Senderstandorten gebe, sondern dass diese grundsätzlich unbeschränkt seien, ignoriert, dass – wie im Gutachten des Amtssachverständigen ausführlich dargestellt – nur bestimmte Standorte aufgrund ihrer geografischen Gegebenheiten und Faktoren, wie vorhandener Infrastruktur (etwa Stromversorgung und Entfernung vom bestehenden Sendernetz), überhaupt als Frequenzstandorte geeignet sind. Weiters übersieht sie mit ihrem Vorbringen, wonach Standorte problemlos gewechselt werden könnten, dass gerade in diesem Szenario die Auswahl möglicher Standorte durch das PrR-G auf solche begrenzt ist, bei denen sich das in der jeweiligen Zulassung des Hörfunkveranstalters umschriebene Versorgungsgebiet gar nicht oder nur in sehr geringem Umfang ändert und eine entsprechende fernmelderechtliche Genehmigung einer Standortverlegung durch die KommAustria nur in Ausnahmefällen möglich ist (vgl. hierzu die Ausführungen im fernmelderechtlichen Bescheid der KommAustria vom 20.01.2021, KOA 1.021/21-004, hinsichtlich der von der ORS angeführten Standortverlegung betreffend „Radio 88,6“). Bei Überschreitung dieser engen Grenzen wäre die Übertragungskapazität in einem Verfahren nach § 12 PrR-G neu auszuschreiben, was mit erheblichen Unsicherheiten und Risiken (internationale Koordinierung, allfällige Mitbewerber) in einem zeitaufwändigen Verfahren verbunden wäre.

Soweit die ORS sowohl im Rahmen des Parteiengehörs zum Amtsgutachten als auch in der Stellungnahme im Konsultationsverfahren im Wesentlichen behauptet, die festgestellten rechtlichen Beschränkungen lägen außerhalb des Marktes und betreffen allenfalls nur Vorleistungen, kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch solche Beschränkungen negativen Einfluss auf den gegenständlichen Markteintritt haben, wie das Gutachten nachvollziehbar darlegt.

Soweit die ORS wiederholt moniert, zu den erheblichen Infrastrukturkosten gäbe es im Gutachten ebenfalls keinen Befund und ganz offensichtlich auch keinerlei Erhebungen, ist dem entgegenzuhalten, dass der KommAustria und somit auch dem Amtssachverständigen, nicht zuletzt auch aufgrund der Amtsgutachten zur jährlichen Kostenrechnungsüberprüfung iSd § 96 Abs. 5 TKG 2021, welche der ORS im Übrigen im Rahmen des Parteiengehörs im diesbezüglichen Verfahren zur Stellungnahme übermittelt wurden, und aufgrund von diesbezüglichen Angaben in Zulassungsbescheiden die Kostenstrukturen im gegenständlichen Markt amtsbekannt sind, sodass das im Übrigen unsubstantiierte Vorbringen der ORS keine Zweifel an der Schlüssigkeit der Feststellungen des Amtssachverständigen hervorrufen kann.

Hinsichtlich der Skalen- und Verbundvorteile sagt die ORS in ihrer Stellungnahme vom 22.02.2023 selbst, dass solche bestehen; sie behauptet aber, dass diese durch die höheren Kosten des „Legacy Netzes“ aufgehoben seien. Da die ORS dazu nichts Substanzielles und auch nichts auf „gleicher fachlichen Ebene“ im Sinne der Rechtsprechung vorbringt, vermag dieser Einwand die Schlüssigkeit des Gutachtens des Amtssachverständigen insofern nicht zu erschüttern.

Soweit die ORS, die Aussage des Amtssachverständigen, es sei nicht zu erwarten, dass sich die Zugangshemmnisse durch Innovationen substantiell verringern würden, als unzutreffend bezeichnet, da es konstant Verbesserungen im Bereich der Übertragungstechnik gebe, die dazu führten, dass die Leistungserbringung effizienter und damit für die Privatradoveranstalter günstiger werde, ist folgendes festzuhalten: Die technologischen Verbesserungen, etwa im Bereich der Übertragungstechnik werden vom Gutachten nicht negiert, sondern es wird festgehalten, dass Innovationen im gegenständlichen Markt nicht geeignet sind, substanziellen Einfluss auf Marktstruktur auszuüben und somit die relevanten Parameter des Markts nachhaltig zu verändern. Die ORS behauptet einen solchen maßgeblichen Einfluss auf die Marktstruktur lediglich ohne dieses Vorbringen zu substantiieren und kann daher auch insofern keine Zweifel an der Schlüssigkeit des Gutachtens erwecken.

3.5. Zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme geeignete spezifische Maßnahmen

Im Einzelnen ist zur Kritik der Verfahrensparteien zu den diesbezüglichen Ausführungen in den genannten Gutachten folgendes festzuhalten:

3.5.1. Gleichbehandlungsverpflichtung

Soweit die vom VÖP vertretenen Parteien kritisieren, dass sich eine besondere Berücksichtigung der Problematik der fehlenden Vergleichbarkeit der UKW-Leistungsbereitstellung an den ORF („UKW-Vertrag ORF“) bzw. an die Privatradios (Standardangebot) nicht feststellen ließen, sodass die vorgeschlagene Gleichbehandlungsverpflichtung zur Verhinderung von Diskriminierungen im Verhältnis zwischen Privatsendern und ORF ungeeignet sei, ist zunächst festzuhalten, dass der

Amtssachverständige in seinem Gutachten schlüssig festgehalten hat, dass die bestehende Vorabverpflichtung aufgrund des Bescheides Hörfunkmärkte 2018 mit den bestehenden Indikatoren unverändert beibehalten werden sollen. Insofern beruhen die Feststellungen zur Gleichbehandlungsvereinbarung auf den diesbezüglichen unbedenklichen Feststellungen im Bescheid Hörfunkmärkte 2018. Wie sich aus diesen ergibt, hat der Amtssachverständige aus dem Vergleich des „UKW-Vertrag ORF“ vom 06.07.2017 mit einer Laufzeit von zehn Jahren ab dem 01.01.2017 und dem damals in Geltung befindlichen Standardangebot hinsichtlich der nichtpreislichen Bedingungen Indikatoren vorgeschlagen, anhand derer man allfällige nichtpreisliche Diskriminierungen feststellen kann. Hinsichtlich der nach dem „UKW-Vertrag ORF“ maßgeblichen Preise hat der Amtssachverständige festgehalten, dass diese aufgrund des gleichen Kostenrechnungssystems zu berechnen sind, wie die für die Leistungen nach dem Standardangebot.

Wie der Amtssachverständige schlüssig dargelegt hat, hat sich an den damaligen Verhältnissen gegenständlich nichts verändert (der „UKW-Vertrag ORF“ ist unverändert in Kraft und die Standardangebote haben sich insbesondere hinsichtlich der nichtpreislichen Bedingungen nicht maßgeblich geändert). Die vom VÖP vertretenen Parteien haben demgegenüber nicht substantiiert dargelegt, inwiefern die im – gemäß § 19 Abs. 1 KOG vollständig veröffentlichten – Bescheid Hörfunkmärkte 2018, auf den der Amtssachverständige in seinem Gutachten ausdrücklich verweist, auch explizit im Spruch festgehaltenen Indikatoren nicht geeignet sind, eine nichtpreisliche Diskriminierung offensichtlich zu machen.

Eine preisliche Diskriminierung ist, da auch die Leistungen aufgrund des ORF-Vertrags als „Eigenleistungen“ ebenfalls kostenorientiert im Sinne von Spruchpunkt 3.2 zu erbringen sind, hintangehalten. Dies wird von der KommAustria im Rahmen der Kostenrechnungsüberprüfung gemäß § 96 Abs. 5 TKG 2021 auch überprüft.

Vor diesem Hintergrund kann das Vorbringen der vom VÖP vertretenen Parteien die Schlüssigkeit der Feststellungen nicht erschüttern. Auch ist keine Sachverhaltsergänzung im Sinne einer Vorlage des „UKW-Vertrag ORF“ vorzunehmen, da sich aus dem Vorbringen der vom VÖP vertretenen Parteien nicht ergibt, welche – nicht ohnehin schon bekannte – relevante Informationen aus der Vorlage zu gewinnen wären.

3.5.2. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang

3.5.2.1. Kostenrechnungsmodell

Die vom VÖP vertretenen Parteien halten fest, dass zur Bestimmung der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung „häufig“ ein LRIC-Modell zu Anwendung komme und das von der ORS verwendete Vollkostenrechnung unüblich sei. Es könne als ausgeschlossen betrachtet werden, dass Vollkostenmodelle und LRIC-Modelle tatsächlich zu den gleichen Kostenergebnissen für die gleichen Vorleistungen gelangen und daher die Preise für Vorleistungen auf Basis von Vollkostenrechnungen jenen entsprechen, die sich auf Basis von LRIC-Modellen ergeben. Die vom VÖP vertretenen Parteien würden bezweifeln, dass, mit Ausnahme der Empfehlung zur Verwendung von Wiederbeschaffungswerten, die einer Vollkostenrechnung immanenten Ineffizienzen von der ORS in Abzug gebracht würden.

Zunächst beruht das Vorbringen der vom VÖP vertretenen Parteien, dass die Kosten der ORS nach einer Vollkostenmethode ohne ausreichende Berücksichtigung von Ineffizienzen berechnet würden, lediglich auf Vermutungen („...wir bezweifeln...“). Tatsächlich bietet das vom Amtssachverständigen vorgeschlagene, mit der einzigen für den gegenständlichen Markt anwendbaren Kostenrechnungsempfehlung 2005 konsistente, Kostenrechnungssystem in mehrfacher Hinsicht Gewähr dafür (vgl. die Ausführungen im Gutachten zur Maßgeblichkeit der Wiederbeschaffungswerte (S. 78), zu den Grundsätzen der effizienten Leistungsbereitstellung (S. 79) und der Annäherung an langfristige durchschnittliche Kosten (S. 79ff); sind somit auch LRIC in der Methode berücksichtigt), dass keine Ineffizienzen zu höheren Kosten in der Berechnung führen. Dass die ORS diese Grundsätze im Wesentlichen einhält, zeigt nicht zuletzt der Umstand, dass im Rahmen der jährlichen, auf der Website der Regulierungsbehörde veröffentlichten Kostenrechnungsüberprüfung gemäß § 42 Abs. 3 TKG 2003 bzw. nunmehr § 96 Abs. 1 TKG 2021 die KommAustria bisher keine Beanstandungen hatte und auch keine Aufsichtsverfahren aufgrund von entsprechendem Vorbringen von Marktteilnehmern zu führen waren. Die „Zweifel“ der vom VÖP vertretenen Parteien, die im Übrigen nicht substantiiert wurden, vermögen die Schlüssigkeit des Gutachtens somit nicht zu erschüttern.

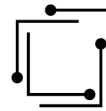
3.5.2.2. Angemessene Kapitalverzinsung

Die Feststellungen zur angemessenen Kapitalverzinsung beruhen im Wesentlichen auf dem schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten der nichtamtlichen Sachverständigen O.Univ.-Prof. Dr. Josef Zechner sowie Univ.-Prof. Dr. Otto Randl vom 28.07.2023. Sie haben die Methode zur Berechnung des WACC unter Berücksichtigung der WACC-Leitlinien dargestellt und den WACC für die Regulierungsperiode 2023 bis 2024 berechnet. Weiter sind sie in ihrer gutachterlichen Stellungnahme vom 07.11.2023 auf die Bedenken der ORS gegen ihr Gutachten eingegangen und haben diese nachvollziehbar widerlegt; die in der Stellungnahme der ORS vom 11.12.2023 im Wesentlichen nur neuerlich geäußerten Bedenken sind ebenfalls nicht geeignet, die Schlüssigkeit der Aussagen der nichtamtlichen Sachverständigen zu erschüttern. Das Gutachten mitsamt Ergänzung durch die gutachterliche Stellungnahme kann somit den diesbezüglichen Feststellungen zu Grunde gelegt werden.

Lediglich hinsichtlich des risikolosen Zinssatzes geht die KommAustria aus folgendem Grund von einem Wert von 0,91 % aus:

Die nichtamtlichen Sachverständigen haben in ihrem Gutachten zur Berechnung des risikolosen Zinssatzes im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

„Wir ermitteln zunächst wie in Abschnitt 2.4 beschrieben den risikolosen Zins. Wir ziehen dafür die Zinskurven der Länder Finnland, Niederlande und Österreich heran. Zum Vergleich verwenden wir darüber hinaus auch die Zinskurve deutscher Staatsanleihen sowie die Zinskurve der Länder der Eurozone mit AAA-Rating. Alle verwendeten Zinskurven beziehen sich auf Nullkuponanleihen. Die für die einzelnen Länder verwendeten Zinskurven sind in Tabelle 3.1 dargestellt.“



Land / Region	Quelle	Ticker
Österreich	Bloomberg	I063
Niederlande	Bloomberg	I020
Finnland	Bloomberg	I081
Deutschland	Bloomberg	I016

Tabelle 3.1.: Zinskurven

Für die Zinskurven mit Datenquelle Bloomberg laden wir Zeitreihen für die Laufzeiten 3 Monate, 5 Jahre, 10 Jahre, 15 Jahre und 20 Jahre. Die Zeitreihen haben ursprünglich tägliche Frequenz; wir verwenden lediglich Freitagsdaten, um wöchentliche Frequenz zu erhalten. Für jede Laufzeit ermitteln wir den arithmetischen Durchschnitt der Werte der Zinskurven von Österreich, Niederlande und Finnland. Schließlich ermitteln wir Durchschnitte über einen Zeitraum von 260 Wochen (rund fünf Jahre) mit Endpunkt 30. Juni 2023. Wir stellen die Werte für den Durchschnitt aus Österreich, Niederlande und Finnland sowie zum Vergleich für die Zinskurven Österreich und Deutschland in Tabelle 3.2 dar.

	3M	5J	10J	15J	20J
Durchschnitt A, NL, FI	-0,12	0,20	0,60	0,83	0,92
Österreich	-0,14	0,23	0,68	0,92	1,04
Deutschland	-0,19	0,04	0,31	0,52	0,60

Tabelle 3.2.: Risikoloser Zins (5-Jahres-Durchschnitte)

Die Laufzeit des risikolosen Zinssatzes sollte mit den in der Datenbank für die Ermittlung der Marktrisikoprämie verwendeten langfristigen Anleihen übereinstimmen. In der von uns und Body of European Regulators for Electronic Communication (2023) verwendeten Datenbank (Dimson et al., 2022, 2023) variiert die Laufzeit der relevanten Anleihen über die Zeit und über Länder. Eine plausible Bandbreite für Konsistenz mit der DMS Datenbank liegt bei einer Bandbreite für die Duration von 10 bis 15 bzw. maximal 20 Jahren. Die Werte für den Durchschnitt der drei Länder Österreich, Niederlande und Finnland liegen bei den langen Laufzeiten etwa 30 Basispunkte über jenen für Deutschland. Die Differenz könnte neben der Convenience Yield auch eine geringe Kreditrisikoprämie beinhalten, für die wir aber nicht weiter korrigieren. Daher ergibt sich eine Bandbreite für den risikolosen Zinssatz von 0,60% bis 0,92%. Im derzeitigen Umfeld, das von schwankenden und generell steigenden Zinsen geprägt ist, verwenden wir als Punktschätzer den obersten Wert der Bandbreite, also 0,92%.

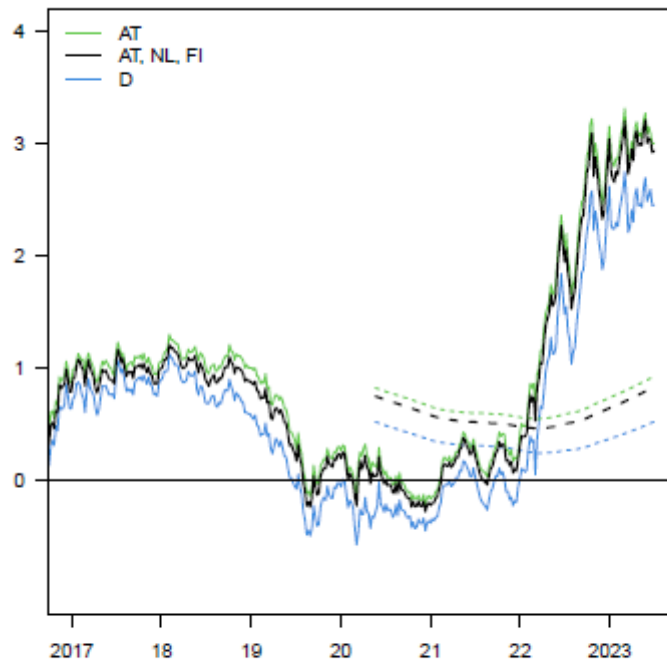


Abbildung 3.1.: Renditeverlauf 15jähriger Anleihen nach Emittenten

Abbildung 3.1 stellt den Renditeverlauf 15jähriger Anleihen nach Emittenten für den Zeitraum Jänner 2017 bis Juni 2023 dar. Die durchgezogenen Linien sind die Wochenwerte, die strichlierten Linien fünfjährige Durchschnitte. Die Darstellung zeigt erstens, dass der Durchschnitt aus Österreich, Niederlande und Finnland die gesamte Zeit über den Werten für Deutschland liegt. Zweitens ist ersichtlich, dass die aktuellen Renditen (per Juni 2023) deutlich über dem fünfjährigen Durchschnitt liegen. Eine Glättung führt unweigerlich dazu, dass aktuelle Konditionen in manchen Phasen über dem geglätteten Wert liegen und in anderen Phasen darunter. Deshalb bedingt diese Beobachtung allein keineswegs die Notwendigkeit, von der in der Regulierung für Infrastruktur etablierten Systematik der Durchschnittsbildung abzuweichen. Nur wenn der notwendige Investitionsbedarf in der aktuellen Regulierungsperiode deutlich über dem historischen Durchschnitt liegen sollte, könnten zur Vermeidung adverser Anreize für solche Neuinvestitionen aktuelle Werte stärker berücksichtigt werden. Belfin (2022) hat als wesentlichen Engpass bezüglich Investitionen in neue Infrastruktur die knappen Übertragungskapazitäten identifiziert. In den letzten Jahren hat die ORS/ORS comm vor allem in die Modernisierung und Optimierung des bestehenden Netzes investiert. Darüber hinaus weist nach Belfin (2022) der UKW-Übertragungsmarkt mittel- und langfristig ein geringes Wachstumspotential auf. Die Verwendung von fünfjährigen Durchschnitten ist daher auch unter dem Gesichtspunkt der Investitionsdynamik angemessen.

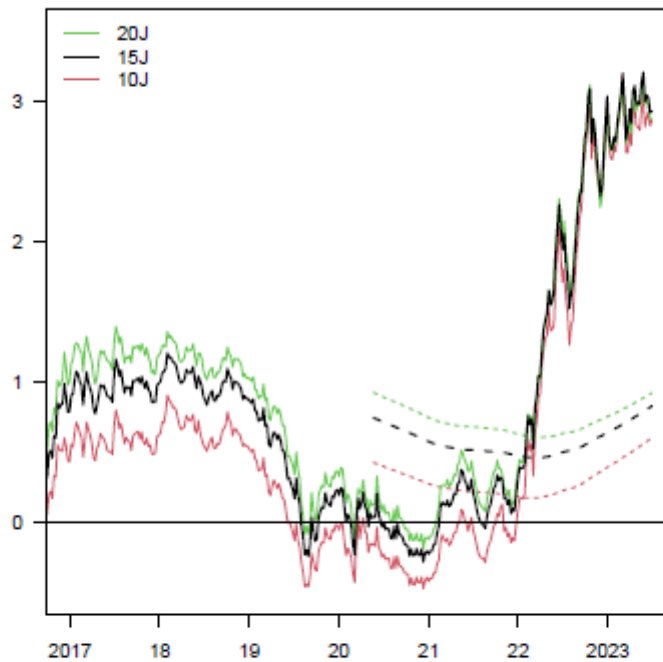
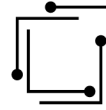


Abbildung 3.2.: Renditeverlauf und gleitende Durchschnitte nach Laufzeiten

Abbildung 3.2 stellt den Renditeverlauf des Durchschnitts der Zinskurven von Österreich, Niederlande und Finnland nach Laufzeiten für den Zeitraum Jänner 2017 bis Juni 2023 dar. Die durchgezogenen Linien sind die Wochenwerte, die strichlierten Linien fünfjährige Durchschnitte. Die Darstellung ist konsistent mit ansteigenden, je doch bei längeren Laufzeiten flacher werdenden Zinskurven. Die Renditen 15jähriger Anleihen liegen über den 10jährigen Zinssätzen, jene mit 20jähriger Laufzeit noch einmal moderat höher. Seit dem Beginn des Anstiegs der Renditen etwa zu Jahresbeginn 2022 liegen die längeren Laufzeiten nur mehr knapp über den 10jährigen Renditen.“

Die nichtamtlichen Sachverständigen haben zwar in nachvollziehbarer und schlüssiger Weise die Inputparameter für den risikolosen Zinssatz errechnet. Aus diesen Inputparametern wurde danach eine Bandbreite errechnet. Die Festlegung des Punktschätzers erfolgte unter Hinweis auf die aktuelle Zinssituation (hohe Zinsen) am oberen Ende der Bandbreite. Die Europäische Kommission hielt hierzu jedoch anlässlich eines Pränotifikationsmeetings im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens in einer nachfolgenden E-Mail-Korrespondenz folgendes fest:

„Thank you again for sending the expert opinion of Profs. Randl and Zechner. We note that while the opinion is very well argued, it deviates on several points from the WACC Notice. In some cases, the deviation is understandable due to the specificities of the market (e.g. parameters related to the peer group). However, the deviation in setting the risk-free rate (RFR) does not appear to be justified by market specificities. The expert opinion suggests setting the RFR at 0.92%, which is the average of 20-year government bond yields of Austria, Netherlands and Finland (Tabelle 3.2.: Risikoloser Zins). This is not fully in line with the methodology set out in the WACC Notice, namely



34. Government bond yields are likely to reflect appropriately the respective domestic RFR. The Commission considers that the use of domestic government bonds, together with a consistent methodology, will ensure that differences in RFRs reflect actual differences in financing conditions between Member States.

35. NRAs frequently use government bonds with a residual maturity (24) of 10 years. Yields of 10-year bonds tend to be less volatile than shorter-term bonds and more consistent with the long lifetime of investments in electronic communications networks. The Commission therefore considers them the most appropriate benchmark for the purposes of this Notice. (25)

The WACC Notice aims at increasing the consistency of WACC calculations across Member States. To contribute to this objective, we suggest that ... considers following the WACC Notice methodology in setting the RFR. “

Im Ergebnis führt der Punktschätzer am oberen Rand der Bandbreite – worauf die Europäische Kommission hinweist – zur Anwendung der Zinskurve für den Durchschnitt von Anleihen von Österreich, Niederlande und Finnland mit zwanzigjähriger Restlaufzeit und somit zu einer Abweichung von der im Rahmen der WACC-Mitteilung vorgeschlagenen Verwendung einer Zinskurve österreichischer Staatsanleihen mit einer Restlaufzeit von zehn Jahren. Die nichtamtlichen Gutachter vermeinen zwar, mit der Anwendung des Punktschätzers am oberen Ende der Bandbreite dem Umstand der aktuell höheren Zinssätze Rechnung zu tragen; eine zwingende Abweichung von der Empfehlung der Kommission aufgrund der spezifischen Situation am gegenständlichen Markt ergibt sich dadurch jedoch – wie auch die Kommission deutlich macht – aus Sicht der KommAustria nicht.

Die WACC-Mitteilung, auf welche die Europäische Kommission verweist, hält demgegenüber folgendes fest (Hervorhebungen hinzugefügt):

„4.1. Risikofreier Zinssatz (RFR)

33. Beim risikofreien Zinssatz handelt es sich um die bei einer risikofreien Anlage erwartete Rendite. Damit eine Anlage als risikofrei gilt, dürfen weder ein Zahlungsausfallrisiko noch ein Reinvestitionsrisiko (d. h. das Risiko, dass der Anleger zukünftige Zinszahlungen mit derselben Rentabilität wie zum Zeitpunkt des ursprünglichen Erwerbs des Vermögenswerts reinvestiert) bestehen. Als Näherungswert für risikofreie Zinssätze verwenden nationale Regulierungsbehörden üblicherweise die Rendite inländischer Staatsanleihen.

34. Staatsanleiherenditen spiegeln den risikofreien Zinssatz des entsprechenden Landes meistens angemessen wider. Die Kommission ist der Ansicht, dass durch die Verwendung inländischer Staatsanleihen als Näherungswert und durch eine einheitliche Methodologie sichergestellt werden kann, dass Unterschiede bei risikofreien Zinssätzen die tatsächlichen Unterschiede bei den Finanzierungsbedingungen verschiedener Mitgliedstaaten widerspiegeln.

35. Nationale Regulierungsbehörden verwenden häufig Staatsanleihen mit einer Restlaufzeit von zehn Jahren. Die Renditen zehnjähriger Anleihen sind in der Regel weniger volatil als bei Anleihen mit einer kürzeren Laufzeit und sind eher mit der längeren Lebensdauer von Investitionen in

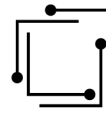
elektronische Kommunikationsnetze kompatibel. Die Kommission ist deshalb der Auffassung, dass sie für die Zwecke dieser Mitteilung den geeignetsten Referenzwert darstellen.

36. Um eine kohärente Schätzung des risikofreien Zinssatzes zu gewährleisten, sollte im Hinblick auf Staatsanleiherenditen vorzugsweise eine einzigste, zuverlässige, transparente und leicht zugängliche Informationsquelle (z.B. Eurostat [<https://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=de&pcode=teimf050>]) verwendet werden. Eine Bereinigung um Zentralbankprogramme zur quantitativen Lockerung von Anleihekäufen ist nicht erforderlich.“

Anhand der im Bericht BERC Report on WACC parameter calculations according to the European Commission’s WACC Notice of 6th November 2019 (WACC parameters Report 2023) genannten Zeitreihe für den risikolosen Zinssatz (Online data code: TEIMF050, Eurostat Data Source IRT_LT_MCBY_M) wird mit den folgenden Daten ein Durchschnitt für den Zeitraum von 01.01.2019 bis 31.12.2023 von 0,91 % berechnet.

Tabelle 8 Rohdaten Eurostat

Nr Monat	Monat	Jahr	Wert
1	1	2019	0,45
2	2	2019	0,45
3	3	2019	0,38
4	4	2019	0,31
5	5	2019	0,24
6	6	2019	0,03
7	7	2019	-0,1
8	8	2019	-0,37
9	9	2019	-0,3
10	10	2019	-0,2
11	11	2019	-0,09
12	12	2019	-0,04
13	1	2020	-0,09
14	2	2020	-0,26
15	3	2020	-0,09
16	4	2020	0,05
17	5	2020	-0,1
18	6	2020	-0,13
19	7	2020	-0,25
20	8	2020	-0,28
21	9	2020	-0,32
22	10	2020	-0,4
23	11	2020	-0,41
24	12	2020	-0,42
25	1	2021	-0,49
26	2	2021	-0,2
27	3	2021	-0,09



28	4	2021	-0,04
29	5	2021	0,08
30	6	2021	0,02
31	7	2021	-0,13
32	8	2021	-0,23
33	9	2021	-0,08
34	10	2021	0,08
35	11	2021	-0,01
36	12	2021	-0,05
37	1	2022	0,18
38	2	2022	0,54
39	3	2022	0,72
40	4	2022	1,29
41	5	2022	1,54
42	6	2022	2,07
43	7	2022	1,7
44	8	2022	1,68
45	9	2022	2,46
46	10	2022	2,92
47	11	2022	2,7
48	12	2022	2,74
49	1	2023	2,81
50	2	2023	3,04
51	3	2023	3,06
52	4	2023	3,04
53	5	2023	3,03
54	6	2023	3,05
55	7	2023	3,12
56	8	2023	3,18
57	9	2023	3,29
58	10	2023	3,49
59	11	2023	3,21
60	12	2023	2,68

Auch im Hinblick auf das Regulierungsziel gemäß § 1 Abs. 2 Z 3 TKG 2023 und das der Nichtdiskriminierung von Anbietern (§ 1 Abs. 3 Z 2 TKG 2021) sowie in Bezug auf den Hinweis der Europäischen Kommission im Pränotifikationsmeeting und der Stellungnahme der Kommission im Notifikationsverfahren gemäß § 207 Abs. 2 TKG 2021 führt diese Methode zu einem geeigneteren Wert für den risikolosen Zinssatz als die von den nichtamtlichen Sachverständigen. Diesbezüglich ist auch darauf hinzuweisen, dass der Wert von 0,91 % auch innerhalb der von den nichtamtlichen Sachverständigen in ihrem Gutachten festgelegten Bandbreite liegt.

Eine Anpassung des risikolosen Zinssatzes von 0,92 % auf 0,91 % wirkt mit dem Eigenkapitalanteil von 75 % auf die Ergebnisse vor Steuern durch und reduziert daher die Werte um 0,75 Basispunkte oder 0,0075 % – auf zwei Dezimalstellen 0,01 % gerundet. Nach Steuern ist dieser Effekt um den

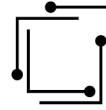
Faktor von 1,3 – aufgrund des angenommenen Zinssatzes von 23,5 % – höher. Der Effekt hier beträgt 9,75 Basispunkte oder 0,0095 % – auf zwei Dezimalstellen gerundet also 0,01 %.

Unter Anwendung des angepassten risikolosen Zinssatzes ergeben sich daher folgende Parameter zur Berechnung des WACC.

Tabelle 9 Vergleich WACC-Parameter nach dem Gutachten der nichtamtlichen Sachverständigen und nach der Adaptierung des risikolosen Zinssatzes

	Schätzwert adaptiert	Schätzwert nach Gutachten
Risikoloser EK-Zins	0,91	0,92
FK-Zins	2,03	2,03
Ausgabekosten FK	0,20	0,20
Marktrisikoprämie	5,92	5,92
Beta unverschuldet	0,49	0,49
Beta verschuldet	0,61	0,61
EK-Zins vor Steuern	5,96	5,97
EK-Zins nach Steuern	4,55	4,56
FK-Zins vor Steuern	2,23	2,23
WACC vor Steuern	5,02	5,03
WACC nach Steuern	3,84	3,85

Soweit die ORS, gestützt auf ein eigenes vorgelegtes Gutachten einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, meint die Höhe des WACC von 3,85 % sei im Vergleich zum EZB-Zinssatz für Hauptrefinanzierungsgeschäfte in Höhe von 4,50 % und mit dem 3-Monats-Euribor in Höhe von 3,934 % ökonomisch unplausibel, weil der ermittelte WACC (für eine risikobehaftete Investition) lediglich im Bereich der risikolosen Veranlagung liege, hielten die nichtamtlichen Sachverständigen (Gutachterliche Stellungnahme, 5f) nachvollziehbar fest, dass die ORS-Stellungnahme den WACC-Schätzwert nach Steuern, aber Vergleichszinssätze vor Steuern anführe. Ein direkter Vergleich dieser Werte sei daher irreführend; allenfalls wäre ein Vergleich von

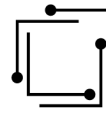


entweder nur vor Steuer-Werten miteinander oder nur nach Steuer-Werten aufschlussreicher. Würden auf Basis der in der Stellungnahme der ORS angeführten Vergleichswerte Zinssätze nach Steuern ermittelt, lägen diese unter dem angeführten WACC-Schätzwert. Dies wird von der ORS in ihrer Stellungnahme vom 07.12.2023 auch nicht bestritten. Durch die Bezugnahme lediglich auf die von den Gutachtern errechneten Bandbreiten und nicht auf die letztendlich maßgeblichen Punktschätzer suggeriert die ORS, dass diese „nahezu einer risikolosen Verzinsung entspr[echen]“, während die EZB-Zinssätze in der Tat deutlich unter dem WACC liegen. Auch dieses Vorbringen vermag die Plausibilität der Aussagen der Sachverständigen nicht zu erschüttern. Außerdem stellen die nichtamtlichen Sachverständigen nachvollziehbar dar (Gutachterliche Stellungnahme, S. 12f) warum die Berechnungen im von der ORS vorgelegten Gutachten – zum Teil auch durch Anwendung ungeeigneter Methoden – zu einem deutlich zu hohen WACC führen.

Zur Kritik an der von den nichtamtlichen Sachverständigen vorgeschlagenen Durchschnittsbildung bei der Festlegung des risikolosen Zinssatzes und der Fremdkapitalverzinsung verweisen die nichtamtlichen Sachverständigen (Gutachterliche Stellungnahme, S. 7), zum einen darauf, dass dies die in der internationalen Regulierungspraxis gängige Methode ist, setzen sich zum anderen auch mit den Nachteilen der Methode auseinander und schlagen in Entsprechung der Einwände der ORS auch eine allfällige Lösung für außergewöhnliche hohe Investitionen (etwa einen neuen DAB+-Multiplex mit den damit verbundenen Netzadaptierungen) vor, welche den diesbezüglichen Bedenken der ORS Rechnung trägt. Soweit die ORS hinsichtlich des anzuwendenden Durchschnittszeitraums in der Stellungnahme vom 07.12.2023 moniert, der fünfjährige Zeitraum sei nicht begründet, ist dem entgegenzuhalten, dass die nichtamtlichen Sachverständigen auf die WACC-Mitteilung verweisen und diese in Rz 26f einen fünfjährigen Zeitraum im Hinblick auf die bestehende Regulierungspraxis als angemessen bezeichnet.

Im Hinblick auf die von den Sachverständigen in ihrer ergänzenden gutachterlichen Stellungnahme vom 07.11.2023 vorgeschlagene Berechnungsmethode für den WACC für außergewöhnliche hohe Investitionen beschränkt sich die Kritik lediglich darauf, dass ein solches Vorgehen „in der betriebswirtschaftlichen Literatur völlig unbekannt“ sei, äußern sich aber im Rahmen ihrer Stellungnahmen zu den Ergebnissen der nichtamtlichen Sachverständigen nicht substantiiert zu deren schlüssiger Herleitung dieser Vorgangsweise. Soweit die ORS zu diesem Punkt im Rahmen der Konsultation auf aktuelle Notifizierungen anderer nationaler Regulierungsbehörden (NRAs) hinweist, welche, abweichend von der WACC-Mitteilung der Kommission, eine Mischkalkulation zwischen einem langfristigen und einem kurzfristigen risikolosen Zinssatz mit jeweils unterschiedlichen Gewichtungen und auch unterschiedlichen Durchrechnungszeiträumen für den kurzfristigen risikolosen Zinssatz zwischen vier und sechs Monaten vorsehen und dies von der Europäischen Kommission auch akzeptiert wurde, ist folgendes auszuführen:

Zunächst lässt sich festhalten, dass die von den nichtamtlichen Sachverständigen vorgeschlagene Methode der Berücksichtigung allfälliger außergewöhnlicher hoher Investitionen ebenso wie die genannten Entscheidungen der anderen NRAs im Ergebnis eine Mischkalkulation zwischen kurz- und langfristigem risikolosen Zinssatz vorsieht; für den kurzfristigen risikolosen Zinssatz wird von den nichtamtlichen Sachverständigen schlüssig ein einjähriger Zeitraum vorgeschlagen, wobei dagegen von Seiten der ORS kein explizites Vorbringen erstattet wurde. Hinsichtlich der Gewichtung grenzen die nichtamtlichen Sachverständigen vor dem Hintergrund des Zwecks der Methode, die Verschiebung von außergewöhnlich hohen Investitionen aufgrund einer Hochzinssituation zu vermeiden, unter Nennung von nachvollziehbaren Kriterien überzeugend ab,



dass eben nur auf diese außergewöhnlichen hohen Neuinvestitionen ein kurzfristiger risikoloser Zinssatz anzuwenden ist. Während die anderen NRAs eher pauschal eine Gewichtung von 1:1 und in neuerer Zeit vom 2:1 (langfristig zu kurzfristig) vorsehen, ohne näher darauf einzugehen, worauf die Gewichtung im Detail beruht, ermöglicht demgegenüber die vorgeschlagene Methode der nichtamtlichen Sachverständigen, die grundsätzlich von den selben maßgeblichen Parametern wie die Methoden der anderen NRAs ausgeht, eine dynamische Gewichtung, je nachdem, wie hoch die in Frage kommenden Neuinvestitionen im gegenständlichen Jahr tatsächlich sind und spiegelt daher die aktuelle Investitions- und Zinssituation besser wider als die von der ORS ins Treffen geführten Methoden. Sie ist somit auch näher an der von der WACC-Mitteilung vorgesehenen Methode als jene der anderen NRAs. Die Europäische Kommission hat in ihren Stellungnahmen im Rahmen der Notifizierungen anderer NRAs und auch im Pränotifikationsmeeting im gegenständlichen Verfahren im Übrigen betont, dass die Abweichungen von der WACC-Mitteilung nur durch die außergewöhnliche Zinssituation ausnahmsweise gerechtfertigt seien, sodass davon auszugehen ist, dass eine Methode, die zu geringeren Abweichungen von der WACC-Mitteilung führt, jedenfalls zu bevorzugen ist.

Diesbezüglich ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass die nichtamtlichen Sachverständigen unter Hinweis auf das insofern ebenfalls schlüssige Gutachten des Amtssachverständigen nachvollziehbar dargelegt haben, dass es im gegenständlichen Markt lediglich zu (direkten) Ersatzinvestitionen in das bestehende Netz oder geringfügige Investitionen für Neukunden und nicht in signifikantem Ausmaß zu außergewöhnlichen Investitionen in neue Infrastruktur im beschriebenen Sinne kommt. Bei Betrachtung der angewandten Kostenrechnungsmethode (vgl. hierzu die zuletzt veröffentlichte Beschreibung der Kostenrechnungsmethode für das Jahr 2022 vom 18.04.2022 unter https://www.rtr.at/medien/aktuelles/veroeffentlichungen/Veroeffentlichungen/Sonstiges/KORE/240418_Beschreibung_der_Kostenrechnungsmethode_2022.pdf) ist auch ersichtlich, dass sich allfällige Neuinvestitionen in das digitale Netz der ORS im Wesentlichen nur im Wege der gemeinsamen Kosten bei der Errichtung neuer Sendemasten (vgl. Tabelle 3, Punkt 2. Anteilige Infrastruktur, wobei zu beachten ist, dass dieser Posten in seiner Gesamtheit sowohl Altinfrastruktur als auch allfällige neu errichtete Infrastruktur erfasst) überhaupt auf die Kosten des analogen Netzes auswirken könnten. Angesichts des Umstandes, dass auch bei der Neuerrichtung von digitaler Infrastruktur die ORS im Wesentlichen lediglich bestehende Standorte nutzt (vgl. etwa die in 3.2.1.1 genannten aktuellen DAB+-Bescheide und die darin enthaltenen fernmelderechtlichen Bewilligungen) ist davon auszugehen, dass wenn überhaupt nur in äußerst geringem Ausmaß Neuinvestitionen in der von den nichtamtlichen Sachverständigen geforderten Form, und das auch nur anteilig, in die Berechnung des WACC einfließen könnten. In diesem Sinne geht die KommAustria aus der Zusammenschau der genannten und sich aus den schlüssigen Ausführungen der Sachverständigen und den Bescheiden der KommAustria ergebenden Umständen davon aus, dass die Festlegung eines gesonderten WACC für Neuinvestitionen im Sinne der Ausführungen der nichtamtlichen Sachverständigen aufgrund der konkreten Situation auf dem gegenständlichen Markt nicht erforderlich ist.

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der WACC-Mitteilung der Kommission. Die nichtamtlichen Sachverständigen haben auch überzeugend dargelegt, dass eine langfristige Betrachtung geeignet ist, kurzfristige Schwankungen „aufzufangen“ (in diesem Sinne auch IAS (International Accounting Standards) 36.16); die Gefahr der Verzögerung erforderlicher außergewöhnlich hoher Investitionen, welche allenfalls einen gesonderten WACC für Neuinvestitionen erforderlich gemacht hätten, ergibt sich auf dem gegenständlichen Markt nach dem Gesagten nicht; im Übrigen

zeigt die Tendenz der von der ORS ins Treffen geführten Entscheidungen anderer NRAs, dass Abweichungen von der in der WACC-Mitteilung vorgesehenen langfristigen Betrachtung aufgrund von Normalisierungstendenzen auf den Kapitalmärkten ohnehin wieder ausgeschliffen werden (so senkte die spanische CNMC in der kürzlich notifizierte Entscheidung die Gewichtung der kurzfristigen Rendite von der Hälfte auf nunmehr lediglich 1/3; eine Änderung, die von der Europäischen Kommission in ihrer dazu ergangenen Entscheidung, ES/2024/2487 vom 02.02.2024, ausdrücklich mit dem Hinweis begrüßt wurde, dass sich die Methode der CNMC aufgrund der geänderten Marktsituation damit wieder an die Methode der WACC-Mitteilung annähere. Ebenso betonte sie das Erfordernis, sich bei einer weiteren Normalisierung des Zinsniveaus umgehend an die in der WACC-Mitteilung genannte Methode weiter anzunähern). All dies spricht aus Sicht der KommAustria gegen die Festlegung eines WACC für Neuinvestitionen auf dem gegenständlichen Markt.

Hinsichtlich der Marktrisikoprämie legen die nichtamtlichen Sachverständigen schlüssig dar (Gutachterliche Stellungnahme, S. 8f), weshalb die von der ORS vorgeschlagene Methode dem Stand der Wissenschaft nicht entspricht und vielmehr der von ihr im Gutachten schlüssig dargelegte Ansatz (Total Market Return) die realistischeren Schätzwerte liefert und eine von der ORS geforderte ex-ante-Betrachtung bei der Bewertung des Marktrisikos nicht geeignet erscheint.

Hinsichtlich des Beta-Faktors setzen sich die nichtamtlichen Sachverständigen (Gutachterliche Stellungnahme, S. 10f) ausführlich mit der Signifikanzfilterung im von der ORS vorgelegten Gutachten auseinander und stellen überzeugend dar, dass die von ihnen vorgeschlagene Methode von *Vasicek* eine allfällige Verzerrung durch das „Filtern“ einzelner Unternehmen vermeidet. Hinsichtlich der Peergruppe stellen die Sachverständigen nachvollziehbar und schlüssig und in Übereinstimmung mit den in Rz 44 WACC-Leitlinien festgelegten Kriterien (arg. [...] *sie besitzen eine eigene elektronische Kommunikationsinfrastruktur und investieren in elektronische Kommunikationsinfrastruktur [...]*) dar, dass die im von der ORS vorgelegten Gutachten vorgeschlagenen Medienunternehmen ein völlig anderes Risikoprofil aufweisen, als die von den nichtamtlichen Sachverständigen herangezogenen Infrastrukturunternehmen.

Hinsichtlich der Fremdkapitalkosten und der Zielkapitalstruktur setzen sich die nichtamtlichen Sachverständigen (Gutachterliche Stellungnahme, 12) unter Verweis auf das ursprüngliche Gutachten schlüssig damit auseinander, warum die Annahmen im von der ORS vorgelegten Gutachten ungeeignet sind.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit

Gemäß § 199 Abs. 2 Z 12 iVm Abs. 1 Z 2 TKG 2021 nimmt die gemäß § 1 Abs. 1 KOG zur Verwaltungsführung und Besorgung der Regulierungsaufgaben im Bereich der elektronischen Audiomedien und der elektronischen audiovisuellen Medien einschließlich der Aufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften, eingerichtete KommAustria Aufgaben der Wettbewerbsregulierung nach dem achten Abschnitt des TKG 2021 wahr, soweit sich eine Regulierungsmaßnahme auf einen Markt zur Verbreitung von elektronischen Audiomedien und elektronischen audiovisuellen Medien im Sinne des § 1 Abs. 1 KOG, einschließlich Rundfunk im

Sinne des BVG-Rundfunk, Zusatzdiensten im Sinne des § 2 Z 44 des Audiovisuelle Mediendienste-Gesetzes (AMD-G) oder Video-Sharing-Plattformen im Sinne des § 2 Z 37b AMD-G bezieht.

Gemäß Art. 1 Abs. 1 Bundesverfassungsgesetz vom 10. Juli 1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks (BVG-Rundfunk), BGBl. Nr. 396/1974, ist Rundfunk *„die für die Allgemeinheit bestimmte Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, Ton und Bild unter Benützung elektrischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung bzw. längs oder mittels eines Leiters sowie der Betrieb von technischen Einrichtungen, die diesem Zweck dienen.“* Dies umfasst im Wesentlichen die Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen sowie von Zusatzdiensten über die Verbreitungswege Terrestrik, Satellit und Kabel.

Die Verbreitung über Kabelnetze beinhaltet nach diesem Verständnis nicht nur die Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen über „klassische“ Kabelnetze, die etwa im Standard DVB-C realisiert sind, sondern auch in IP-basierten Netzen, deren technische Realisierung eine gleichzeitige Verteilung der angebotenen linearen Hörfunk- und Fernsehprogramme an alle angeschlossenen (angemeldeten) Benutzer jedenfalls ermöglicht (vgl. *„... die für die Allgemeinheit bestimmte Verbreitung von Darbietungen aller Art ...“*), insbesondere also wenn bei einem gleichzeitigen Empfang durch mehrere Benutzer keine Kapazitätsengpässe auftreten können.

4.2. Rechtsgrundlagen

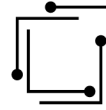
§ 1 TKG 2021 lautet auszugsweise:

„Zweck und Ziele

§ 1.(1) Zweck dieses Bundesgesetzes ist es, durch Förderung des Wettbewerbes im Bereich der elektronischen Kommunikation die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten.

(2) Im Rahmen der Vollziehung dieses Bundesgesetzes sind sämtliche folgende Ziele anzustreben:

- 1. Förderung der Konnektivität von sowie des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen – einschließlich Festnetz-, Mobilfunk- und Drahtlosnetzen – mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger sowie Unternehmen der Europäischen Union;*
- 2. Förderung des Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und zugehöriger Einrichtungen – einschließlich eines nachhaltigen und effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs – und des Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsdiensten und zugehöriger Dienste;*
- 3. Leistung eines Beitrags zur Entwicklung des Binnenmarkts, indem die vollziehenden Behörden verbleibende Hindernisse für Investitionen in Kommunikationsnetze, Kommunikationsdienste, zugehörige Einrichtungen und zugehörige Dienste sowie für deren Bereitstellung in der gesamten Europäischen Union abbauen helfen und die Schaffung konvergierender Bedingungen hierfür erleichtern, gemeinsame Regeln und vorhersehbare Regulierungskonzepte entwickeln und ferner die effektive, effiziente und koordinierte Nutzung von Funkfrequenzen, offene Innovationen, den Aufbau und die Entwicklung*



transeuropäischer Netze, die Bereitstellung, Verfügbarkeit und Interoperabilität europaweiter Dienste und die durchgehende Konnektivität fördern;

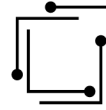
4. *Förderung der Interessen der Bürger der Europäischen Union, indem die vollziehenden Behörden die Konnektivität und breite Verfügbarkeit und Nutzung von Netzen – einschließlich Festnetz-, Mobilfunk- und Drahtlosnetzen – mit sehr hoher Kapazität wie auch von Kommunikationsdiensten gewährleisten, indem die vollziehenden Behörden größtmögliche Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität auf der Grundlage eines wirksamen Wettbewerbs ermöglichen, die Sicherheit der Netze und Dienste aufrechterhalten, mittels der erforderlichen sektorspezifischen Vorschriften ein hohes gemeinsames Schutzniveau für Endnutzer sicherstellen und die Bedürfnisse – wie zB erschwingliche Preise – bestimmter gesellschaftlicher Gruppen, insbesondere von Endnutzern mit Behinderungen, älteren Endnutzern und Endnutzern mit besonderen sozialen Bedürfnissen sowie die Wahlmöglichkeiten und den gleichwertigen Zugang für Endnutzer mit Behinderungen berücksichtigen.*

(3) Bei der Verfolgung der in Abs. 1 genannten Ziele ist so vorzugehen, dass die vollziehenden Behörden

1. *die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch fördern, dass sie über angemessene Überprüfungszeiträume und durch Zusammenarbeit untereinander, mit dem GEREK, mit der Gruppe für Frequenzpolitik und mit der Europäischen Kommission ein einheitliches Regulierungskonzept wahren;*
2. *gewährleisten, dass Anbieter von Kommunikationsnetzen und -diensten unter vergleichbaren Umständen keine diskriminierende Behandlung erfahren;*
3. *das Unionsrecht in technologieneutraler Weise anwenden, soweit dies mit der Erfüllung der Ziele des Abs. 2 vereinbar ist;*
4. *effiziente Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen auch dadurch fördern, indem sie dafür sorgen, dass bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird, und dass sie verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsnachfragern sowie zur gemeinsamen Nutzung von Infrastrukturen zulassen, während sie gleichzeitig gewährleisten, dass der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden;*
5. *die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit Infrastrukturen, Wettbewerb, Gegebenheiten der Endnutzer und insbesondere der Verbraucher, die in den verschiedenen geografischen Gebieten herrschen, – auch in Bezug auf die von natürlichen Personen ohne Gewinnerzielungsabsicht verwaltete lokale Infrastruktur – gebührend berücksichtigen;*
6. *regulatorische Vorabverpflichtungen nur insoweit auferlegen, wie es notwendig ist, um im Interesse der Endnutzer einen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb zu gewährleisten und diese Verpflichtungen lockern oder aufheben, sobald diese Voraussetzung erfüllt ist.*

(4) Die Regulierungsbehörden haben bei ihren Entscheidungen den vom GEREK verabschiedeten Leitlinien, Stellungnahmen, Empfehlungen, gemeinsamen Standpunkten, bewährten Verfahren und Methoden weitestmöglich Rechnung zu tragen.

(5) Die vollziehenden Behörden haben im Rahmen ihrer Zuständigkeit dazu beizutragen, dass Maßnahmen umgesetzt werden, mit denen die Freiheit der Meinungsäußerung, die



Informationsfreiheit, die kulturelle und sprachliche Vielfalt und der Medienpluralismus gefördert werden.

[...]“

Die hier maßgeblichen Bestimmungen des 8. Abschnittes des TKG 2021 lauten:

„8. Abschnitt

Wettbewerbsregulierung

Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

§ 86. (1) *Ein Unternehmen gilt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, nämlich eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten.*

(2) *Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann es auch auf horizontal und vertikal oder geografisch benachbarten Märkten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken.*

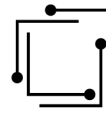
Verfahren zur Marktdefinition und Marktanalyse

§ 87. (1) *Dieses Verfahren dient der Feststellung der der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte sowie der Feststellung, ob auf diesen jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist und gegebenenfalls der Auferlegung, Änderung oder Aufhebung von spezifischen Verpflichtungen.*

(2) *Die Regulierungsbehörde hat im Verfahren gemäß Abs. 1 von Amts wegen mit Bescheid die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten und im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung allfälliger geografischer Besonderheiten in Bezug auf die Wettbewerbssituation sowie der Erfordernisse sektorspezifischer Regulierung festzustellen.*

(3) *Die Feststellung der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde hat unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Union zu erfolgen. Dabei kommen nur Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell, rechtlich oder regulatorisch bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen angemessen entgegenzuwirken.*

(4) *Die Regulierungsbehörde hat im Verfahren gemäß Abs. 1 unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Union weiters eine Analyse der Märkte nach Abs. 2 durchzuführen.*



(5) Bei der Durchführung des Verfahrens zur Marktdefinition und Marktanalyse hat die Regulierungsbehörde in der Vorausschau Entwicklungen zu berücksichtigen, die ohne eine auf die Bestimmungen dieses Abschnittes gestützte Regulierung in dem betreffenden Markt zu erwarten wären, und hat dabei alle der folgenden Elemente zu berücksichtigen:

- 1. Marktentwicklungen, die die Wahrscheinlichkeit beeinflussen, dass der relevante Markt zu einem wirksamen Wettbewerb tendiert;*
- 2. alle relevanten Wettbewerbszwänge auf Vorleistungs- und Endkundenebene, unabhängig davon, ob davon ausgegangen wird, dass die Quellen solcher Wettbewerbszwänge von Kommunikationsnetzen, Kommunikationsdiensten oder anderen Arten von Diensten oder Anwendungen ausgehen, die aus Endnutzersicht vergleichbar sind, und unabhängig davon, ob solche Wettbewerbszwänge Teil des relevanten Marktes sind;*
- 3. andere Arten der Regulierung oder von Maßnahmen, die auferlegt wurden und sich auf den relevanten Markt oder zugehörige Endkundenmärkte im betreffenden Zeitraum auswirken, sowie*
- 4. eine allfällige Regulierung anderer relevanter Märkte.*

(6) Für das Verfahren gemäß Abs. 1 ist innerhalb von fünf Jahren nach der Verabschiedung einer vorherigen Maßnahme im Zusammenhang mit diesem Markt das Verfahren gemäß § 207 einzuleiten. Diese Frist kann um bis zu einem Jahr verlängert werden, wenn die Regulierungsbehörde der Europäischen Kommission spätestens vier Monate vor Ablauf der Fünfjahresfrist einen mit Gründen versehenen Vorschlag zur Verlängerung gemeldet hat und die Europäische Kommission innerhalb eines Monats nach Meldung der Verlängerung keine Einwände erhoben hat.

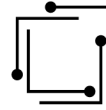
(7) Für das Verfahren gemäß Abs. 1 ist abweichend von Abs. 6 innerhalb von drei Jahren nach der Verabschiedung einer Änderung der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstemärkte des elektronischen Kommunikationssektors hinsichtlich jener Märkte das Verfahren gemäß § 207 einzuleiten, zu denen die Europäische Kommission keine vorherige Notifizierung nach § 207 erhalten hat.

(8) Nach Ablauf der in Abs. 6 und 7 genannten Zeiträume kann die Regulierungsbehörde das GEREK um Unterstützung für die Analyse und der aufzuerlegenden spezifischen Verpflichtungen ersuchen. In diesem Fall ist der Maßnahmenentwurf innerhalb von sechs Monaten gemäß § 207 zu koordinieren.

[...]

Auferlegung, Änderung, Aufhebung und Aufsicht betreffend spezifischer Verpflichtungen

§ 89. *(1) Stellt die Regulierungsbehörde im Verfahren gemäß § 87 Abs. 1 fest, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, hat sie diesem oder diesen Unternehmen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 91 bis 96, 98, 99, 103 und 104 aufzuerlegen. Bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen werden von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele neuerlich auferlegt, geändert oder aufgehoben.*



(2) Stellt die Regulierungsbehörde auf Grund des Verfahrens gemäß § 87 Abs. 1 fest, dass ein Markt, der für die sektorspezifische Regulierung definiert wurde, nicht mehr relevant ist oder auf einem relevanten Markt effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmarkt verfügt, darf sie keine Verpflichtungen gemäß Abs. 1 auferlegen; diesfalls hat die Regulierungsbehörde durch Bescheid festzustellen, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb herrscht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen hinsichtlich dieses Marktes bestehen, werden diese mit Bescheid aufgehoben. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt.

(3) Die Regulierungsbehörde hat die Einhaltung der auferlegten Verpflichtungen nach §§ 91 bis 96 zu beobachten, zu überprüfen und allenfalls gemäß § 184 vorzugehen.

(4) Die Regulierungsbehörde hat die Märkte für elektronische Kommunikation zu beobachten und berücksichtigt die Auswirkungen neuer Marktentwicklungen, unter anderem im Zusammenhang mit kommerziellen Vereinbarungen, die die Wettbewerbsdynamik beeinflussen. Sind die Marktentwicklungen nicht bedeutend genug, um die Durchführung einer neuen Marktanalyse nach § 87 notwendig zu machen, hat die Regulierungsbehörde die einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegten spezifischen Verpflichtungen zu prüfen und ihre frühere Entscheidung gegebenenfalls abzuändern, um weiterhin sicherzustellen, dass die Verpflichtungen geeignet und verhältnismäßig sind. Derartige Änderungen unterliegen den Verfahren nach §§ 206 und 207.

Verfahrensgrundsätze

§ 90. (1) Der Bundeswettbewerbsbehörde sowie dem Bundeskartellanwalt ist im Rahmen des Verfahrens gemäß § 87 Gelegenheit zu geben, zum Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 206 eine Stellungnahme abzugeben.

(2) Partei in Verfahren gemäß §§ 87 bis 89 ist jedenfalls das Unternehmen, dem gegenüber spezifische Verpflichtungen auferlegt, geändert oder aufgehoben werden.

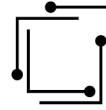
(3) Parteien in Verfahren gemäß §§ 87 bis 89 sind ferner jene, die gemäß § 202 ihre Betroffenheit glaubhaft gemacht haben.

(4) Hat die Regulierungsbehörde eine mündliche Verhandlung mit Edikt anberaumt, hat das Edikt neben dem in § 44d Abs. 2 AVG genannten Inhalt auch den Hinweis auf die Rechtsfolgen nach § 42 Abs. 1 AVG zu enthalten.

(5) Die Regulierungsbehörde hat nach § 87 Abs. 2 und 4 und § 89 Abs. 1 und 2 erlassene Bescheide zu veröffentlichen und eine Abschrift an die Europäische Kommission zu übermitteln.

(6) Die Regulierungsbehörde hat der Europäischen Kommission die Unternehmen, die als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, sowie die auferlegten spezifischen Verpflichtungen sowie allfällige Änderungen mitzuteilen.

Transparenzverpflichtung



§ 91. (1) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungen zur Transparenz in Bezug auf den Zugang auferlegen.

(2) Zu diesem Zweck kann die Regulierungsbehörde – unbeschadet der Bestimmungen des § 181 – Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, insbesondere folgende Informationen zu veröffentlichen:

1. Informationen zur Buchhaltung und Kostenrechnung,
2. Preise,
3. technische Spezifikationen,
4. Netzmerkmale und diesbezüglich erwartete neue Entwicklungen,
5. Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen,
6. wesentliche Leistungsindikatoren sowie entsprechende Leistungsniveaus sowie
7. allfällige Bedingungen, die den Zugang zu Diensten und Anwendungen oder deren Nutzung ändern, insbesondere hinsichtlich der Migration von herkömmlichen Infrastrukturen.

(3) Die Regulierungsbehörde kann dabei festlegen, welche konkreten Informationen durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu veröffentlichen sind. Dies beinhaltet insbesondere den Adressatenkreis, den Detailgrad und die Form, in der die Veröffentlichungen vorzunehmen sind.

(4) Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots verlangen. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte anzugeben. Standardangebote sind der Regulierungsbehörde vorzulegen.

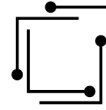
(5) Wird einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Verpflichtung gemäß § 95 betreffend den Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung oder gemäß § 94 betreffend den Zugang zu baulichen Anlagen auferlegt, hat die Regulierungsbehörde auch eine Verpflichtung gemäß Abs. 4 unter Angabe von Mindestkriterien aufzuerlegen.

(6) Die Regulierungsbehörde kann Änderungen des Standardangebots zur Sicherstellung der auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen.

Gleichbehandlungsverpflichtung

§ 92. (1) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegen.

(2) Die Gleichbehandlungsverpflichtungen haben insbesondere sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt, wie für seine eigenen Dienste, Dienste verbundener oder dritter Unternehmen.



(3) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen verpflichten, allen Unternehmen, einschließlich sich selbst, Zugangsprodukte und -dienste mit den gleichen Fristen und zu den gleichen Bedingungen, auch im Hinblick auf Preise und Dienstumfang, sowie mittels der gleichen Systeme und Verfahren zur Verfügung zu stellen, um die Gleichwertigkeit des Zugangs zu gewährleisten.

Verpflichtung zur getrennten Buchführung

§ 93. *(1) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für bestimmte Tätigkeiten in Bezug auf den Zugang Verpflichtungen zur getrennten Buchführung auferlegen.*

(2) Zu diesem Zweck kann insbesondere ein vertikal integriertes Unternehmen aufgefordert werden, seine Vorleistungspreise und internen Verrechnungspreise transparent und nachvollziehbar zu gestalten. Die Regulierungsbehörde kann das zu verwendende Format und die zu verwendende Buchführungsmethode festlegen. Dies beinhaltet auch den Detailgrad und die Form, in der die Informationen zur Verfügung zu stellen sind.

(3) Die Regulierungsbehörde kann – unbeschadet der Bestimmungen des § 181 – verlangen, dass die Kostenrechnungs- und Buchhaltungsunterlagen einschließlich sämtlicher damit zusammenhängender Informationen und Dokumente in vorgeschriebener Form und vorgeschriebenem Format vorgelegt werden. Die Regulierungsbehörde kann diese Informationen unter Wahrung von Geschäftsgeheimnissen veröffentlichen, soweit dies zur Förderung des Wettbewerbs erforderlich ist.

Verpflichtung zum Zugang zu baulichen Anlagen

§ 94. *(1) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für bestimmte Tätigkeiten in Bezug auf den Zugang dazu verpflichten, Zugang zu baulichen Anlagen und deren Nutzung zu gewähren. Diese Verpflichtung kann unabhängig davon auferlegt werden, ob die unter die Verpflichtung fallenden Anlagen Teil des relevanten Marktes sind.*

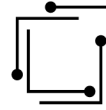
(2) Der Zugang zu baulichen Anlagen umfasst unter anderem Gebäude oder Gebäudezugänge, Verkabelungen in Gebäuden, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Pfähle, Masten, Leitungsrohre, Leerrohre, Kontrollkammern, Einstiegsschächte und Verteilerkästen.

Verpflichtung zum Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung

§ 95. *(1) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren.*

(2) Die Verpflichtung nach Abs. 1 kann insbesondere folgende Verpflichtungen umfassen:

- 1. Gewährung des Zugangs zum Netz, zu bestimmten physischen Netzkomponenten, Einrichtungen und deren Nutzung, einschließlich des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss und zu einem Teilabschnitt;*



2. *Gewährung des Zugangs zu bestimmten aktiven oder virtuellen Netzkomponenten und –diensten;*
3. *Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen;*
4. *keine nachträgliche Verweigerung eines bereits gewährten Zugangs zu Einrichtungen;*
5. *Angebot bestimmter Dienste zu Vorleistungsbedingungen für den Weitervertrieb durch Dritte;*
6. *Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind;*
7. *Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung zugehöriger Einrichtungen;*
8. *Schaffung der Voraussetzungen für die Interoperabilität durchgehender Nutzerdienste oder für Roaming in Mobilfunknetzen;*
9. *Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen sowie*
10. *Zugang zu zugehörigen Diensten, wie einem Identitäts-, Standort- und Verfügbarkeitsdienst.*

(3) Bei Auferlegung der Verpflichtungen gemäß Abs. 2 hat die Regulierungsbehörde insbesondere zu berücksichtigen:

1. *technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen im Hinblick auf die Geschwindigkeit der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs berücksichtigt werden, einschließlich der Tragfähigkeit anderer vorgelagerter Zugangsprodukte, wie etwa des Zugangs zu Leitungsrohren;*
2. *die zu erwartende technische Entwicklung in Bezug auf Netzgestaltung und Netzmanagement;*
3. *das Erfordernis, für Technologieneutralität zu sorgen, damit die Endnutzer ihre eigenen Netzwerke konzipieren und verwalten können;*
4. *die Möglichkeit der Gewährung des Zugangs im Hinblick auf die verfügbare Kapazität;*
5. *die Anfangsinvestition des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken, unter besonderer Berücksichtigung von Investitionen in Netze mit sehr hoher Kapazität und des damit verbundenen Risikoniveaus;*
6. *Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung eines wirtschaftlich effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs und innovativer Geschäftsmodelle zur Förderung eines dauerhaften Wettbewerbs;*
7. *gegebenenfalls gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum sowie*
8. *Bereitstellung europaweiter Dienste.*

(4) Vor Auferlegung einer Verpflichtung nach Abs. 1 und 2 hat die Regulierungsbehörde zu prüfen, ob eine Auferlegung von Verpflichtungen nach § 94 ein verhältnismäßigeres Mittel zur Förderung des Wettbewerbs und der Interessen der Endnutzer darstellt.

(5) Wird einem Betreiber die Verpflichtung auferlegt, Zugang gemäß Abs. 1 und 2 bereitzustellen, können technische oder betriebliche Bedingungen festgelegt werden, die vom Betreiber oder von

den Nutzern dieses Zugangs erfüllt werden müssen, soweit dies erforderlich ist, um den normalen Betrieb des Netzes sicherzustellen.

Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang

§ 96. (1) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Regulierungsbehörde im Verfahren gemäß § 87 feststellt, dass

1. ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte,
2. kein nachweisbarer Preisdruck bei den Endkundenpreisen besteht und
3. die nach §§ 91 bis 95 auferlegten Verpflichtungen, insbesondere auch eine Verpflichtung zur wirtschaftlichen Replizierbarkeit, keinen effektiven und nichtdiskriminierenden Zugang gewährleisten.

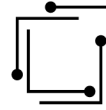
(2) Die Regulierungsbehörde hat bei einer Verpflichtung gemäß Abs. 1 zu berücksichtigen:

1. die Notwendigkeit der Förderung des Wettbewerbs und die langfristigen Interessen der Endnutzer hinsichtlich des Aufbaus und der Nutzung von Netzen der nächsten Generation, insbesondere Netzen mit sehr hoher Kapazität,
2. die Investitionen des Betreibers auch in Netze der nächsten Generation und
3. die mit stabilen und vorhersehbaren Vorleistungspreisen verbundenen Vorteile im Hinblick darauf, allen Unternehmen einen effizienten Marktzutritt zu ermöglichen und ausreichende Anreize für den Ausbau neuer und verbesserter Netze zu bieten.

(3) Die Regulierungsbehörde hat eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken und der zukünftigen Marktentwicklung zu ermöglichen.

(4) Wird ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet, seine Entgelte an den Kosten zu orientieren, obliegt es diesem Unternehmen, nachzuweisen, dass seine Entgelte sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen. Zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung kann die Regulierungsbehörde eine von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen. Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte verlangen und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen. Die Regulierungsbehörde kann auch Entgelte berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten.

(5) Wird einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Kostenrechnungsmethode vorgeschrieben, hat die Regulierungsbehörde eine Beschreibung der Kostenrechnungsmethode zu veröffentlichen, in der die wesentlichen Kostenarten und die Regeln der Kostenzuweisung aufgeführt werden. Die Anwendung der vorgeschriebenen Kostenrechnungsmethode ist von der Regulierungsbehörde oder einer von ihr beauftragten qualifizierten unabhängigen Stelle jährlich zu überprüfen. Das Prüfergebnis ist von der Regulierungsbehörde zu veröffentlichen.



[...]

Kooperationen, Ko-Investitionen und Zugang

§ 98. (1) Unternehmen, die als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden oder mit großer Wahrscheinlichkeit als solches eingestuft werden, können gegenüber der Regulierungsbehörde Verpflichtungen bezüglich der für ihre Netze geltenden Bedingungen für Kooperationen, Ko-Investitionen oder Zugang anbieten.

(2) Die angebotenen Verpflichtungen nach Abs. 1 können sich unter anderem auf Folgendes beziehen:

1. Kooperationsvereinbarungen,
2. Ko-Investitionen für den Aufbau eines neuen Netzes mit sehr hoher Kapazität, das bis zu den Gebäuden der Endnutzer oder der Basisstation aus Glasfaserkomponenten besteht,
3. den effektiven und nichtdiskriminierenden Zugang für Dritte gemäß § 100 oder
4. bestehende oder neue Vorleistungsangebote.

(3) Die angebotenen Verpflichtungen müssen insbesondere im Hinblick auf die Zeitplanung, den Umfang ihrer Umsetzung sowie auf ihre Dauer so ausführlich sein, dass die Regulierungsbehörde die Verpflichtungen umfassend bewerten kann. Bei ihrer Bewertung hat die Regulierungsbehörde insbesondere zu berücksichtigen:

1. die allgemeine Angemessenheit der angebotenen Verpflichtungen, um einen nachhaltigen Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten zu ermöglichen und den kooperativen Aufbau und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität im Interesse der Endnutzer zur erleichtern,
2. die Offenheit der Verpflichtungen gegenüber allen Marktteilnehmern und
3. die rechtzeitige Verfügbarkeit des Zugangs zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen.

(4) Verpflichtungen nach Abs. 1 können über die gemäß § 87 Abs. 6 festgelegten Zeiträume für die Durchführung von Marktanalysen hinausgehen.

[...]

Funktionelle Trennung

§ 99. (1) Gelangt die Regulierungsbehörde in einem Verfahren nach §§ 87 und 89 zur Feststellung, dass die nach §§ 91 bis 96 auferlegten regulatorischen Verpflichtungen nicht zu wirksamem Wettbewerb geführt haben und wichtige und andauernde Wettbewerbsprobleme oder Marktversagen auf den Märkten der Vorleistungsebene bestehen, kann sie vertikal integrierten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf diesen Märkten die Verpflichtung auferlegen, ihre Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung der betreffenden Zugangsprodukte auf Vorleistungsebene in einem unabhängig arbeitenden Geschäftsbereich auszugliedern, dessen Zweck es ist, allen Unternehmen, einschließlich der anderen Geschäftsbereiche des eigenen Mutterunternehmens, sämtliche Zugangsprodukte und -dienste mit den gleichen Fristen und zu den

gleichen Bedingungen, insbesondere im Hinblick auf Preise und Dienstumfang, sowie mittels der gleichen Systeme und Verfahren zur Verfügung zu stellen.

[...]

Ausschließlich auf der Vorleistungsebene tätige Unternehmen

§ 101. *(1) Wird ein Unternehmen, das auf keinem Endkundenmarkt für Kommunikationsdienste tätig ist, gemäß §§ 87 und 89 auf einem oder mehreren Vorleistungsmärkten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft, hat die Regulierungsbehörde zu prüfen, ob das Unternehmen folgende Merkmale aufweist:*

- 1. alle Unternehmen und Geschäftsbereiche innerhalb des Unternehmens, alle Unternehmen, die von demselben Endeigentümer kontrolliert werden, und alle Anteilseigner, die eine Kontrolle über das Unternehmen ausüben können, üben keine Aktivitäten auf Endkundenmärkte für Kommunikationsdienste in der Europäischen Union aus;*
- 2. das Unternehmen ist nicht verpflichtet, mit einem eigenständigen getrennten Unternehmen, das sich nachgelagerten Aktivitäten auf einem Endkundenmarkt für Kommunikationsdienste für Endkunden widmet, zu arbeiten.*

(2) Gelangt die Regulierungsbehörde zur Auffassung, dass die Bedingungen gemäß Abs. 1 erfüllt sind, darf sie dem Unternehmen nur Verpflichtungen nach §§ 92 und 95 oder Verpflichtungen in Bezug auf eine faire und angemessene Preisgestaltung auferlegen, wenn dies auf der Grundlage einer Marktanalyse gerechtfertigt ist.

(3) Die nach Abs. 2 verpflichteten Unternehmen haben die Regulierungsbehörde umgehend über alle Änderungen bei den Merkmalen nach Abs. 1 Z 1 und 2 zu informieren.

(4) Die Regulierungsbehörde hat die nach Abs. 2 auferlegten Verpflichtungen zu überprüfen, wenn sie feststellt, dass die Bedingungen nach Abs. 1 nicht mehr erfüllt sind, oder wenn sie aufgrund der Bedingungen, die das Unternehmen anbietet, feststellt, dass Wettbewerbsprobleme zum Nachteil der Endnutzer aufgetreten sind oder voraussichtlich auftreten werden. In diesem Fall hat die Regulierungsbehörde ein Verfahren gemäß § 89 durchzuführen.

[...]

Weitergehende Verpflichtungen

§ 104. *Die Regulierungsbehörde kann bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht andere als die in den §§ 91 bis 96, 98 und 99 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen. Diesfalls hat die Regulierungsbehörde bei der Europäischen Kommission einen entsprechenden Antrag zu stellen. Die Entscheidung der Europäischen Kommission ist der Entscheidung der Regulierungsbehörde zugrunde zu legen.“*

§ 40 KOG lautet:

„Großverfahren

§ 40. (1) Sind an einem Verfahren vor der KommAustria voraussichtlich mehr als 100 Personen beteiligt, so kann die Behörde die Einleitung des Verfahrens durch Edikt kundmachen.

(2) Wurde die Einleitung eines Verfahrens mit Edikt kundgemacht, so hat dies zur Folge, dass jemand seine Stellung als Partei verliert, wenn er nicht innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Veröffentlichung des Edikts seine Betroffenheit schriftlich glaubhaft macht. § 42 Abs. 3 AVG ist sinngemäß anzuwenden.

(3) Das Edikt hat zu enthalten:

- 1. die Beschreibung des Verfahrensgegenstandes;*
- 2. die Frist gemäß Abs. 2;*
- 3. den Hinweis auf die Rechtsfolgen des Abs. 2;*
- 4. gegebenenfalls den Hinweis, dass das Verfahren unter Zuhilfenahme von elektronischen Kommunikationswegen geführt wird und Kundmachungen und Zustellungen im Verfahren durch Edikt auf der Website der Regulierungsbehörde vorgenommen werden können;*
- 5. gegebenenfalls den Hinweis, dass die Regulierungsbehörde den Parteien Akteneinsicht auch elektronisch gewähren kann.*

(4) Die Regulierungsbehörde kann eine mündliche Verhandlung durch Edikt anberaumen, wenn die Einleitung des Verfahrens mit Edikt kundgemacht worden ist oder gleichzeitig kundgemacht wird. Es gelten die Rechtsfolgen des § 42 Abs. 1 AVG. § 44e Abs. 1 und 2 AVG sind anzuwenden.

(5) Das Edikt zur Verfahrenseinleitung sowie das Edikt zur Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sind auf der Website der Regulierungsbehörde kundzumachen.

(6) Wurde die Einleitung eines Verfahrens mit Edikt kundgemacht, können Kundmachungen und Zustellungen im Verfahren durch Edikt auf der Website der Regulierungsbehörde vorgenommen werden. § 44f AVG ist sinngemäß anzuwenden.

(7) Die Verfahren können unter Zuhilfenahme von elektronischen Kommunikationswegen geführt werden.

(8) Die Regulierungsbehörde kann die Akteneinsicht auch elektronisch gewähren.“

4.3. Verfahrenseinleitung

Gemäß § 87 Abs. 6 TKG 2021 ist nach der Verabschiedung einer vorherigen Maßnahme im Zusammenhang mit diesem Markt das Verfahren gemäß § 207 einzuleiten.

Die KommAustria hat im Rahmen ihrer Zuständigkeit gemäß § 199 Abs. 2 Z 12 TKG 2021 (bzw. nach alter Rechtslage gemäß § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003) zuletzt Maßnahmen hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Märkte (nämlich gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003) am 31.01.2018 (KOA 6.300/18-003, betreffend die Vorleistungsmärkte „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ und „Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“; Feststellung, dass diese für die sektorspezifische Regulierung nicht mehr relevant sind)

bzw. am 01.08.2018 (KOA 6.300/18-015, betreffend den Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“) beschlossen.

4.4. Parteistellung

4.4.1. Parteistellung gemäß § 90 Abs. 2 TKG 2021

Gemäß § 90 Abs. 2 TKG 2021 ist Partei in Verfahren gemäß §§ 87 bis 89 TKG 2021 jedenfalls das Unternehmen, dem gegenüber spezifische Verpflichtungen beibehalten, auferlegt, abgeändert oder aufgehoben werden. Mit dem Bescheid Hörfunkmärkte 2018, an dessen Stelle mittlerweile das diesen im Wesentlichen bestätigende Erkenntnis des BVwG vom 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E, getreten ist, wurden der ORS spezifische Verpflichtungen im verfahrensgegenständlichen Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ auferlegt. Daher ist sie jedenfalls Partei des Verfahrens.

4.4.2. Parteistellung gemäß § 90 Abs. 3 TKG 2021

Gemäß § 90 Abs. 3 TKG 2021 sind Parteien in Verfahren gemäß §§ 87 bis 89 TKG 2021 ferner jene, die gemäß § 202 TKG 2021 ihre Betroffenheit glaubhaft gemacht haben.

Im Gesetz ist zwar nur ausdrücklich § 202 TKG 2021 genannt; im Verfahren vor der KommAustria ist jedoch der im Wesentlichen gleichlautende § 40 KOG anzuwenden. Vor dem Hintergrund, dass § 40 KOG idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 190/2021 auch auf die Verfahren der anderen Regulierungsbehörden nach dem TKG 2003 anwendbar war und die Regelung der Großverfahren für die Telekom-Control-Kommission und die RTR-GmbH ausweislich der Erläuterungen (1043 d.B, 27. GP, 59 und 61) lediglich aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit für den Rechtsanwender nunmehr in das TKG 2021 überführt wurde, ist davon auszugehen, dass Parteien gemäß § 90 Abs. 3 TKG 2021 vor der KommAustria jene sind, die ihre Betroffenheit gemäß § 40 KOG glaubhaft gemacht haben.

Wie die KommAustria schon in ihrem Einleitungsbeschluss vom 15.06.2022 festgehalten hat, war insbesondere unter Berücksichtigung der zuletzt untersuchten Märkte davon auszugehen, dass jedenfalls alle der Rechtsaufsicht der KommAustria unterliegenden Veranstalter von Hörfunk, von über terrestrische Plattformen, Satelliten und Kabelrundfunknetze verbreiteten Fernsehprogrammen, Plattformbetreiber und Programmaggregatoren von einer Regulierungsentscheidung hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Märkte betroffen sein könnten. Schon vor diesem Hintergrund musste daher davon ausgegangen werden, dass sich voraussichtlich mehr als 100 Personen am gegenständlichen Verfahren beteiligen werden. Daher beschloss die KommAustria, die Einleitung des Verfahrens mit Edikt gemäß § 40 Abs. 1 iVm Abs. 5 KOG kundzumachen.

Das Verfahren wurde von der KommAustria entsprechend der Vorgaben des § 40 KOG mit Edikt eingeleitet, welches auf der Website der Regulierungsbehörde (auf der Startseite und unter <https://www.rtr.at/medien/aktuelles/veroeffentlichungen/Veroeffentlichungen/Sonstiges/EdiktMarktanalyse2022.de.html>) gemäß § 40 Abs. 5 KOG kundgemacht wurde. Insbesondere wurden die Formvorschriften gemäß Abs. 3 leg. cit. eingehalten und auf die Präklusionsfolgen gemäß Abs. 2 leg. cit. hingewiesen.

Bis zum Ablauf der Frist gemäß § 40 Abs. 2 KOG am 27.07.2022 behaupteten folgende Personen ihre Betroffenheit vom Ausgang des gegenständlichen Verfahrens und erstatteten zur Betroffenheit Vorbringen:

Als Rundfunkveranstalter Nachfrager auf den betroffenen Märkten:

- Radio Maria Österreich - Der Sender mit Sendung
- N & C Privatrado Betriebs GmbH
- KRONEHIT Radio BetriebsgmbH.
- Krone Multimedia GesmbH & Co KG
- Kirchliche Stiftung Radio Stephansdom
- ANTENNE VORARLBERG GmbH
- Regionalradio Tirol GmbH
- Radio Arabella GmbH
- Arabella Digital GmbH
- Canal+ Austria GmbH
- Red Bull Media House GmbH
- Sky Österreich Fernsehen GmbH
- schau Media Wien GesmbH
- Life Radio GmbH & Co. KG
- Radio Eins Privatrado GmbH

Als Netz- bzw. Infrastrukturbetreiber oder Programmaggregator in den potenziell betroffenen Märkten tätig:

- Mass Response Service GmbH
- T-Mobile Austria GmbH (auch als Mediendiensteanbieterin)
- LIWEST Kabelmedien GmbH
- Hutchison Drei Austria GmbH
- Canal+ Luxembourg S.á.r.l.

Als Betreiber von Streamingservern für Rundfunkveranstalter und auch damit verbundener Kommunikationsdienste zur Verbreitung elektronischer Audio- und audiovisueller Medien von Maßnahmen in den potenziell betroffenen Märkten betroffen:

- KAPPER NETWORK-COMMUNICATIONS GmbH
- A.K.I.S. GmbH

Die genannten Personen haben ihre Betroffenheit von dem gegenständlichen Verfahren rechtzeitig im Sinne des § 40 KOG glaubhaft gemacht; daher kommt ihnen in diesem Verfahren gemäß § 90 Abs. 3 TKG 2021 Parteistellung zu. Allen anderen allenfalls Betroffenen kommt eine Parteistellung gemäß § 90 Abs. 3 TKG 2021 iVm § 40 Abs. 2 KOG nicht (mehr) zu.

4.5. Marktdefinition

4.5.1. Allgemeines

Gemäß § 87 Abs. 2 TKG 2021 hat die Regulierungsbehörde im Verfahren nach Abs. 1 leg. cit. zunächst „von Amts wegen mit Bescheid die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten und im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung allfälliger geografischer Besonderheiten in Bezug auf die Wettbewerbssituation sowie der Erfordernisse sektorspezifischer Regulierung festzustellen.“

Die Feststellung der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde hat gemäß § 87 Abs. 3 TKG 2021 unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Union zu erfolgen. Dabei kommen nur Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell, rechtlich oder regulatorisch bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen angemessen entgegenzuwirken.

Gemäß § 87 Abs. 5 TKG 2021 hat die Regulierungsbehörde bei der Durchführung des Verfahrens zur Marktdefinition und Marktanalyse in der Vorausschau Entwicklungen zu berücksichtigen, die ohne eine auf die Bestimmungen dieses Abschnittes gestützte Regulierung in dem betreffenden Markt zu erwarten wären, und hat dabei alle der folgenden Elemente zu berücksichtigen:

1. Marktentwicklungen, die die Wahrscheinlichkeit beeinflussen, dass der relevante Markt zu einem wirksamen Wettbewerb tendiert;
2. alle relevanten Wettbewerbszwänge auf Vorleistungs- und Endkundenebene, unabhängig davon, ob davon ausgegangen wird, dass die Quellen solcher Wettbewerbszwänge von Kommunikationsnetzen, Kommunikationsdiensten oder anderen Arten von Diensten oder Anwendungen ausgehen, die aus Endnutzersicht vergleichbar sind, und unabhängig davon, ob solche Wettbewerbszwänge Teil des relevanten Marktes sind;
3. andere Arten der Regulierung oder von Maßnahmen, die auferlegt wurden und sich auf den relevanten Markt oder zugehörige Endkundenmärkte im betreffenden Zeitraum auswirken, sowie
4. eine allfällige Regulierung anderer relevanter Märkte

Die KommAustria hat daher – unter Bedachtnahme gemäß § 87 Abs. 3 TKG 2021 auf die SMP-Leitlinien – zunächst unter Anwendung des sogenannten „Hypothetischen Monopolistentests“ jene Märkte für die Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Zusatzdienste abzugrenzen, die grundsätzlich für eine Regulierung in Frage kommen, und in einem zweiten Schritt festzustellen, welche von diesen „Kandidatenmärkten“ nach den Kriterien gemäß § 87 Abs. 5 TKG 2021 und den SMP-Leitlinien für die sektorspezifische Regulierung relevant sind.

Vorauszuschicken ist, dass die Europäische Kommission schon in ihrer Empfehlung vom 11.02.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -Dienste für eine

Vorabregulierung in Betracht kommen (2003/311/EG, im Folgenden: Märkteempfehlung 2003) lediglich einen Großkundenmarkt „Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer“ („Markt 18“) festgelegt hat, der im Übrigen in den späteren Märkteempfehlungen entfallen ist (vgl. dazu die Ausführungen unter 4.5.4).

In der Erläuterung zur Märkteempfehlung 2003 wurde dazu festgehalten (S. 36 f), dass Endnutzermärkte im Bereich der Rundfunkübertragung in der Bereitstellung von Hör- und Fernsehfunkdiensten bestünden und frei ausgestrahlte Sendungen, Abonnementfernsehen und Pay-TV sowie die Übertragung interaktiver Dienste umfassten. Der Begriff der „Elektronischen Kommunikationsdienste“ umfasse Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, schließe aber eine Kontrolle der über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste übertragenen Inhalte aus. Der Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation betreffe daher nicht die Bereitstellung von Rundfunkdiensten, sondern die hierfür verwendeten Netze und zugehörigen Einrichtungen.

Bei den genannten Diensten (Veranstaltung von Hörfunk und Fernsehen, Bereitstellung von Zusatzdiensten) handelt es sich gemäß § 4 Z 4 TKG 2021 nicht um Kommunikationsdienste im Sinne des TKG 2021. Sie unterliegen nicht dem TKG 2021. Vor dem Hintergrund, dass die Rundfunkveranstalter nicht dem TKG 2021 und somit nicht der sektorspezifischen Regulierung nach dessen 8. Abschnitt unterliegen, ist im gegenständlichen Verfahren nach § 87 Abs. 1 TKG 2021 nicht auf diese Märkte einzugehen.

4.5.2. Marktabgrenzung

4.5.2.1. Fernsehen

Wie sich aus den Feststellungen (vgl. oben 2.1.1.6) ergibt, kommen aus ökonomischer Sicht folgende Fernsehmärkte für die sektorspezifische Regulierung in Frage:

- Vorleistungsmarkt Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über Kabel (inklusive IP)
- Vorleistungsmarkt Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über Satellit
- Vorleistungsmarkt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden
- Vorleistungsmarkt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über terrestrische Multiplex-Plattformen

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, haben sich die Substitutionsbeziehungen zwischen den einzelnen Plattformen bzw. Übertragungswegen – trotz insbesondere der fortschreitenden Digitalisierung – zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht substantiell geändert. Im Fernsehbereich sind die Übertragungsplattformen Satellit, Terrestrik und Kabel (inklusive IP-basierte Übertragung) weiterhin als komplementär anzusehen.

Der Markt „Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen“ ist aus folgenden Gründen nicht Gegenstand dieses Verfahrens: Die Regulierung dieses Marktes ist Gegenstand der unter anderem gemäß § 27b Abs. 1 AMD-G erlassenen Zugangs- und Interoperabilitätsverordnung – ZIV 2023, KOA 6.350/23-001. Allfällige Änderungen dieser Regulierung erfordern die Durchführung eines – vom gegenständlichen Verfahren verschiedenen – Verfahrens zur Änderung der ZIV gemäß § 27b Abs. 2 und 3 AMD-G.

Dies gilt insbesondere auch für den von den vom VÖP vertretenen Parteien genannten „Markt für Satelliten-Verbreitung grundverschlüsselter TV-Programme“. In ihrer Stellungnahme weisen sie darauf hin, dass im Laufe der letzten Jahre mit der Canal+ Luxembourg S.á.r.l., ein privates TV-Unternehmen versucht habe, in diesen Markt einzutreten, der bis zu diesem Zeitpunkt vom ORF und der ORS im Konzernverbund dominiert worden sei, und auf dem mit der Sky Österreich Fernsehen GmbH nur ein einziges weiteres Unternehmen (beschränkt auf das Pay-TV-Marktsegment) aktiv war. Dieser Markteintritt habe sich aufgrund der Vorstellungen und Forderungen des ORF (als Anbieter der Endkundenprodukte ‚ORF-Digital‘ bzw. ‚ORF-Digital-Direkt‘) als schwierig gestaltet. Ein funktionierender Wettbewerb auf dem SAT-Verbreitungsmarkt könne aufgrund der konzerninternen Verschränkung der Wettbewerbsinteressen des ORF (als marktführendem TV-Veranstalter) und der ORS (als marktführendem Bereitsteller der technischen SAT-Verbreitungsplattform sowie als Anbieter zahlungspflichtiger SAT-Programmpakete) nur durch entsprechende sektorspezifische Vorabverpflichtungen auf Basis des TKG 2021 gewährleistet werden. Diese Vorabverpflichtungen sollten insbesondere auf die Sicherstellung eines gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Zugangs zu (grundverschlüsselten) ORF-Programmen einschließlich der Verpflichtung zur Bereitstellung plattformspezifischer Endverschlüsselung der ORF-Programme durch die ORS als Bereitsteller der technischen Plattform gerichtet sein.

Wie sich aus dem Vorbringen der vom VÖP vertretenen Parteien und aus dem rechtskräftigen Bescheid der KommAustria vom 06.08.2020, KOA 10.300/20-001, welcher aufgrund der Beschwerde der Canal+ Luxembourg S.á.r.l. erlassen wurde, ergibt, geht es bei der angesprochenen Fragestellung im Wesentlichen darum, den ORF als Veranstalter von öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogrammen zu zwingen, Programmaggregatoren wie der Canal+ Luxembourg S.á.r.l oder der Sky Österreich Fernsehen GmbH Zugang zu seinen Programmen zu gewähren, sodass diese auch auf den Plattformen dieser Programmaggregatoren verbreitet werden können: Es geht dabei im Wesentlichen vordergründig nicht um den Zugang zu Kommunikationsdiensten und -netzen und zugehörigen Einrichtungen der ORS, sondern um eine Verpflichtung zur Zurverfügungstellung von Programminhalten des öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters ORF; es geht somit um den Zugang zu „übertragene Inhalte“ im Sinne der zitierten Märkteempfehlung 2003 bzw. um Inhaltssdienste im Sinne des § 4 Z 4 TKG 2021. Inhaltssdienste unterliegen aber - wie dargestellt - nicht der sektorspezifischen Regulierung.

4.5.2.2. Hörfunk

Wie sich aus den Feststellungen (vgl. oben 2.1.1.92.1.1.9) ergibt, kommen aus ökonomischer Sicht folgende Vorleistungsmärkte zur Verbreitung von Hörfunksignalen für die sektorspezifische Regulierung in Frage:

- Vorleistungsmarkt analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW
- Vorleistungsmarkt Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden über sonstige Übertragungswege

Im Rahmen des Koordinierungsverfahrens gemäß § 129 TKG 2003 zum Entwurf des Bescheids Hörfunk 2018 vom 14.06.2018, KOA 6.300/18-012, hat die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme vom 17.07.2018, C (2018) 4820 final, die KommAustria aufgefordert, die Nutzung

von DAB+ und deren Auswirkung auf den Infrastrukturwettbewerb und das Verbraucherverhalten dringend zu überwachen und den relevanten Markt sogar noch vor Ablauf der Frist für die gesetzliche Überprüfung erneut zu überprüfen, sofern dies angesichts wesentlicher Veränderungen der Marktstruktur und der Wettbewerbssituation angemessen erscheint.

Gemäß den SMP-Leitlinien (Rz 17 bis 20) soll die Regulierungsbehörde bei der Durchführung der Marktanalyse den relevanten Markt vorausschauend und strukturell evaluieren, wobei sie sich auf die bestehenden Marktverhältnisse stützen soll.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, haben sich die Substitutionsbeziehungen zwischen den einzelnen Plattformen bzw. Übertragungswegen – trotz insbesondere der fortschreitenden Digitalisierung im Bereich der Hörfunkübertragung zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch immer nicht substantiell geändert: Es besteht weiterhin eine solche Dominanz des terrestrisch analogen Hörfunks, dass für Nachfrager (Hörfunkveranstalter) keine Alternative zu dieser Verbreitungsart besteht.

Insbesondere ist in den Vorleistungsmarkt zur Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden weiterhin nach der derzeitigen Marktlage die digitale terrestrische Übertragung im Standard DAB+ nicht einzubeziehen: Wie sich aus den Feststellungen ergibt, zeigen die Marktentwicklungen seit der letzten Marktabgrenzung im Bescheid Hörfunkmärkte 2018 zwar, dass DAB+ weiterhin das Potenzial hat, einen Wettbewerbsdruck auf die UKW-Verbreitung auszuüben, aufgrund des vorhandenen aber bei weitem noch nicht ausgeschöpften Wachstumspotentials und der bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der weiteren Entwicklungen (vgl. im Detail auch die Beweiswürdigung unter 3.2.1.1) wird DAB+ aber aktuell noch nicht in diesen Markt als Substitut für die UKW-Verbreitung in dem relevanten Markt einbezogen und stellt auch keinen eigenen Kandidatenmarkt dar, da Hörfunkveranstalter auf diesen Verbreitungsweg allein nicht angewiesen sind. Sollten sich in Zukunft tatsächlich tragfähige Anzeichen dafür ergeben, dass DAB+ einen ausreichenden Wettbewerbsdruck gegenüber der UKW-Verbreitung ausüben könnte, ist die Regulierungsbehörde gehalten, vor Ablauf der Fünfjahres-Frist gemäß § 87 Abs. 6 TKG 2021 eine neuerliche Marktanalyse durchzuführen.

4.5.3. Drei-Kriterien-Test

Hinsichtlich der abgegrenzten Märkte ist – unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Union – zu prüfen, ob diese für eine sektorspezifische ex-ante-Regulierung relevant sind. Das ist nur dann der Fall, wenn – kumulativ – folgende drei Kriterien (vgl. § 87 Abs. 3 TKG 2021 sowie Art. 2 der Märkteempfehlung 2020 unter Bezugnahme auf Art. 67 Abs. 1 EEC) erfüllt sind:

1. Es existieren hohe und dauerhafte Marktzutrittsbarrieren. Diese können struktureller, rechtlicher oder regulatorischer Natur sein.
2. Eine Marktstruktur, welche innerhalb des relevanten Betrachtungszeitraums nicht zu effektivem Wettbewerb tendiert. Die Anwendung dieses Kriteriums beinhaltet die Überprüfung der wettbewerblichen Situation hinter den Marktzutrittsbarrieren.
3. Das allgemeine Wettbewerbsrecht allein ist nicht ausreichend, um die auftretenden Wettbewerbsprobleme angemessen zu adressieren.

4.5.3.1. Zum angeblichen Paradigmenwechsel beim Drei-Kriterien-Test

Die ORS behauptet in ihren Stellungnahmen zum Gutachten des Amtssachverständigen, dass mit der Märkteempfehlung 2020 die Europäische Kommission ihre Vorgaben für die Durchführung des sogenannten Drei-Kriterien-Tests in einigen, für den gegenständlichen Fall relevanten Punkten deutlich abgeändert hätte und spricht in diesem Zusammenhang insbesondere von einem „Paradigmenwechsel in der Prüflogik“.

Grundsätzlich ist festzuhalten ist, dass Erwägungsgrund 4 der Märkteempfehlung 2020 festhält, dass die Definition relevanter Märkte sich im Laufe der Zeit ändern kann, weil sich die Merkmale der dort vertretenen Produkte und Dienste weiterentwickeln und infolge technischer, marktbezogener und regulatorischer Entwicklungen andere Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebots- und der Nachfrageseite entstehen. Deshalb sollte diese Empfehlung an die Stelle der Märkteempfehlung 2014 treten. Aus dieser Bestimmung ist ersichtlich, dass es sich um eine Fortentwicklung der in der Märkteempfehlung 2014 und nicht um eine disruptive Änderung der Prüfungssystematik handelt, wie die ORS zu suggerieren versucht. Dies kann insbesondere auch an den von der ORS für ihre Ansicht ins Treffen geführten Bestimmungen selbst verdeutlicht werden:

So behauptet die ORS, dass sich aus Erwägungsgrund 3 der Märkteempfehlung 2020 gegenüber der Märkteempfehlung 2014 ein „*starkes Zurückdrängen der Vorabregulierung*“ und eine stärkere Betonung des Dritten Kriteriums („*Drittes Kriterium nunmehr selbständig zu prüfen*“) ergebe, auf welche im Gutachten des Amtssachverständigen nicht eingegangen worden sei.

Nun findet sich eine im Wesentlichen wortgleiche Formulierung in Erwägungsgrund 1 der Märkteempfehlung 2014, sodass für die KommAustria nicht ersichtlich ist, wie sich dadurch eine grundlegende Änderung hinsichtlich dieser Punkte aus Erwägungsgrund 3 ergeben könnte. Im Übrigen hat der Amtssachverständige das Vorliegen des dritten Kriteriums tatsächlich „*selbständig geprüft*“ und ist aufgrund der spezifischen Marktgegebenheiten zum Schluss gekommen, dass eine wettbewerbsrechtliche ex-post-Kontrolle für die Lösung der Wettbewerbsprobleme am Markt nicht ausreicht. Schon nach den Feststellungen im Bescheid Hörfunkmärkte 2018, auf welche der Amtssachverständige in seinem Gutachten ausdrücklich Bezug nimmt, wurde festgehalten, dass die Regelungen des ORF-G allein nicht ausreichen, um die Wettbewerbsproblem auf dem gegenständlichen Markt zu lösen (vgl. ua. die diesbezüglichen Feststellungen unter 2.3.3). Das allgemeine Wettbewerbsrecht und die gesetzlichen Möglichkeiten nach dem ORF-G gewährleisten nicht die nötige Planungssicherheit und Diskriminierungsfreiheit in einem ausreichenden Maß und insbesondere nicht ausreichend rasch im Sinne des von der ORS ebenfalls angeführten Erwägungsgrund 17 der Märkteempfehlung 2020, wonach wettbewerbsrechtliche Eingriffe wahrscheinlich nicht ausreichen, wenn zur Behebung eines anhaltenden Marktversagens häufig und/oder schnell eingegriffen werden muss. Der Erwägungsgrund 17 hält dazu fest, dass unter solchen Umständen die Vorabregulierung als angemessene Ergänzung zum Wettbewerbsrecht angesehen werden sollte. Vor diesem Hintergrund zeigt auch der Hinweis, dass gegebenenfalls jederzeit eine neue Marktanalyse durchgeführt werden könnte, angesichts der Komplexität und Dauer eines solchen Verfahrens keine geeignete Alternative im Sinne des dritten Kriteriums auf. Auch die von der ORS ins Treffen geführte Streitbeilegung im Sinne von § 203 Abs. 3 TKG 2021 ist schon deshalb nicht geeignet, die potenziellen Wettbewerbsprobleme wie etwa die Verweigerung des Marktzutrittes zu lösen, weil, wie die Erläuterungen zur RV 1043 dBNR 27. GP, 59 ausdrücklich

festhalten, mit dieser Bestimmung kein Netzzugang gegen den Willen des Betreibers angeordnet werden kann.

Die ORS bringt weiters vor, dass Erwägungsgrund 6 der Märkteempfehlung 2020 bedeute, dass die Marktanalyse die möglichen Wettbewerbsprobleme ausgehend von den Endnutzermärkten prüfen müsse und dass eine Vorabregulierung auf den Vorleistungsmärkten allein durch die Marktstruktur der betreffenden Vorleistungsmärkte nicht mehr gerechtfertigt werden könnten. Neu sei diesbezüglich insbesondere der klare Hinweis der Europäischen Kommission, wonach bei Vorliegen eines wirksamen Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten keine Vorleistungsregulierung mehr erfolgen solle. Nach dem wirtschaftlichen Gutachten sei der Endkundenmarkt Hörfunk in einer Gesamtsicht von stabilem Wettbewerb geprägt. Schon allein auf dieser Grundlage hätte das wirtschaftliche Gutachten im Sinne des Erwägungsgrundes 6 sowie des § 1 Abs 3 Z 6 TKG 2021 zum Schluss kommen müssen, dass auf dem Vorleistungsmarkt dementsprechend keine weitere Vorabregulierung erforderlich sei. Für den Fall, dass der Amtssachverständige eine Vorabregulierung dennoch als erforderlich ansehe, hätte im wirtschaftlichen Gutachten ein schlüssiger Konnex zwischen der aus Sicht des Amtssachverständigen erforderlichen Vorabregulierung auf dem Vorleistungsmarkt und dem gewünschten Schutz des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt hergestellt werden müssen.

Erwägungsgrund 6 der Märkteempfehlung 2020 lautet:

„Die Vorabregulierung dient letztlich dazu, durch die Gewährleistung eines nachhaltigen und wirksamen Wettbewerbs auf der Endkundenebene Vorteile für die Endnutzer in Bezug auf Preise, Qualität und Auswahl zu erzielen. Als Ausgangspunkt für die Ermittlung relevanter Märkte in dieser Empfehlung sollten zunächst unter maßgeblicher Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts die Endkundenmärkte vorausschauend für einen bestimmten Zeitraum definiert werden. Herrscht nämlich bereits ohne Regulierung auf der Vorleistungsebene ein wirksamer Wettbewerb auf den Endkundenmärkten, so sollten die nationalen Regulierungsbehörden daraus schließen, dass auf den betreffenden Vorleistungsmärkten keine Regulierung mehr erforderlich ist.“

Auch diesbezüglich ergibt sich aus Sicht der KommAustria keine wesentliche Neuerung: Zum einen waren die Endkundenmärkte auch schon nach Erwägungsgrund 7 der Märkteempfehlung 2014 Ausgangspunkt der Analyse (vgl. auch Rz 26 der SMP-Leitlinien); zum anderen analysiert auch das Gutachten des Amtssachverständigen zunächst diese. Hinsichtlich des letzten Satzes des Erwägungsgrundes 6 unterschlägt die ORS aber eine wesentliche Einschränkung: Nur dann, wenn *„bereits ohne Regulierung auf der Vorleistungsebene“* ein wirksamer Wettbewerb auf den Endkundenmärkten herrscht, sollten die nationalen Regulierungsbehörden daraus schließen, dass auf den betreffenden Vorleistungsmärkten keine Regulierung mehr erforderlich ist. Rz 21 der SMP-Leitlinien sagt dazu eindeutig, dass die Bedingungen auf den Endkundenmärkten den nationalen Regulierungsbehörden zwar Aufschluss über die Struktur der Vorleistungsmärkte geben können, für sich allein aber nicht auf das Bestehen beträchtlicher Marktmacht auf der Vorleistungsebene schließen lassen. Es ist umgekehrt nicht erforderlich, eine alleinige oder gemeinsame beträchtliche Marktmacht auf der Endkundenebene nachzuweisen, um zu der Feststellung zu gelangen, dass ein bzw. mehrere Unternehmen auf dem relevanten Vorleistungsmarkt allein bzw. gemeinsam eine beträchtliche Marktmacht ausüben.

Letztendlich ist die Formulierung in Erwägungsgrund 6 der SMP-Leitlinien nichts anderes als ein Bezug auf den modifizierten Greenfield-Ansatz und stellt keinesfalls einen unbedingten Ausschluss jeglicher Regulierung auf dem Vorleistungsmarkt dar, wenn am Endkundenmarkt Wettbewerb herrscht. Der Amtssachverständige hat in Entsprechung von Rz 21 der SMP-Leitlinien („*Die Analyse sollte auf einer funktionalen Betrachtung der Verbindungen zwischen den relevanten Vorleistungsmärkten und den zugrunde liegenden Endkundenmärkten sowie anderen relevanten Märkten beruhen, sofern die NRB dies für zweckmäßig halten.*“) die Wettbewerbssituation ausgehend vom Endkundenmarkt und auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Hörfunkmärkte als zweiseitige Märkte analysiert und dargestellt, dass die Hörfunkveranstalter auf die Verbreitung ihrer Programme über UKW angewiesen sind; die Regulierung auf Vorleistungsebene erleichtert diesen Markteintritt (vgl. das Gutachten des Amtssachverständigen, S. 66), was Vorteile für die Endkunden im Hinblick auf die Auswahl bietet und letztendlich auch die Meinungsäußerungsfreiheit und Medienvielfalt im Sinne von § 1 Abs. 5 TKG 2021 fördert. Somit ist dadurch ohnehin der von der ORS geforderte Kontext zwischen dem Endkundenmarkt und der Regulierung des Vorleistungsmarkts unzweifelhaft gegeben.

Soweit die ORS in Art. 3 der Märkteempfehlung 2020 eine neuartige erstmalige Regelung hinsichtlich der geografischen Marktabgrenzung sieht, ist sie darauf hinzuweisen, dass diese nunmehr in der Märkteempfehlung 2020 festgehaltenen Prinzipien im Wesentlichen schon in Punkt 2.3 der SMP-Leitlinien als Ausfluss der ständigen Rechtsprechung festgehalten waren. Auch ist in Erwägungsgrund 37 der Märkteempfehlung 2020 ausdrücklich festgehalten, dass die in den SMP-Leitlinien wiedergegeben Grundsätze aus der Regulierungspraxis hinsichtlich der geografischen Marktabgrenzung weiterhin Relevanz haben, sodass sich aus der Märkteempfehlung 2020 auch in dieser Hinsicht keine prinzipielle Neuerung ergibt.

Gemäß Erwägungsgrund 15 der Märkteempfehlung 2020 sollten die nationalen Regulierungsbehörden bei der Beurteilung der Angemessenheit des Wettbewerbs und der Notwendigkeit eines regulatorischen Eingreifens auch berücksichtigen, ob interessierten Unternehmen der Zugang zu Vorleistungsprodukten zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen angeboten wird, die wettbewerblich tragfähige Ergebnisse für die Endnutzer auf den Endkundenmärkten ermöglichen. Dauerhaft eingegangene, langfristig tragfähige gewerbliche Vereinbarungen, auch über die Zugangsgewährung auf der Vorleistungsebene, über Koinvestitionen und über den gegenseitigen Zugang zwischen Betreibern, können die Wettbewerbsdynamik derart verbessern, dass letztlich wettbewerbsrechtliche Bedenken auf dem entsprechenden Endkundenmarkt ausgeräumt werden, was wiederum zu einer Deregulierung der Vorleistungsmärkte führen kann. Bei der vorausschauenden Beurteilung, ob ein Markt voraussichtlich vom Wettbewerb geprägt sein wird, sollten solche Vereinbarungen daher berücksichtigt werden, sofern sie mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts im Einklang stehen.

Aus dieser Bestimmung schließt die ORS, dass der Amtssachverständige im Hinblick auf das zweite Kriterium den Umstand zu prüfen gehabt hätte, dass die ORS mit Hörfunkveranstaltern langfristige, nämlich Zehnjahres-Verträge geschlossen habe, bei denen es sich um „*dauerhaft eingegangene, langfristig tragfähige gewerbliche Vereinbarungen über die Zugangsgewährung auf der Vorleistungsebene*“ im Sinne des Erwägungsgrundes 15 handle, und das sich aus diesen ein Funktionieren des Wettbewerbs ergebe.

Bei dieser Argumentation übersieht die ORS, dass mit diesem Erwägungsgrund wohl vor allem auf Verpflichtungszusagen im Sinne von Art. 79 EEC (bzw. § 98 TKG 2021) gegenüber der Regulierungsbehörde Bezug genommen wird. Hierbei kann es sich schon definitionsgemäß nicht um bloße Vereinbarungen, die vor dem Hintergrund einer bestehenden Zugangsverpflichtung, etwa auf Basis von Standardangeboten abgeschlossen wurden, handeln (vgl. hierzu auch die Ausführungen unter 4.6.4.11). Die Sichtweise der ORS widerspricht auch grundlegend dem modifizierten Greenfield-Ansatz, den die ORS mit einem Zirkelschluss („Anzumerken ist, dass diesen Ausführungen nicht das Argument entgegensteht, dass die der Marktanalyse auf der Grundlage des modifizierten Greenfield Approach erfolgen zu hat [...] Die im Erwägungsgrund 15 angeführten Verträge werden daher immer vor dem Hintergrund einer bestehenden oder zumindest potentiell drohenden Vorabregulierung angeboten“) auszuhebeln versucht. Eine Verpflichtungszusage im Sinne des § 98 Abs. 1 TKG 2021 hat die ORS aber gegenüber der KommAustria im Übrigen nicht abgegeben.

Die relevanten rechtlichen Grundlagen, insbesondere auch zur Beurteilung der Relevanz von Märkten für die Vorabregulierung haben sich nicht grundsätzlich, sondern allenfalls in einzelnen Details geändert (vgl. in diesem Sinne wohl auch BVwG 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E). Im Übrigen ist hierzu auf die Ausführungen in der Beweiswürdigung unter 3.3 zu verweisen.

4.5.3.2. Vorleistungsmärkte Fernsehen

Im Rahmen der letzten Marktanalyse (Bescheid Fernsehmärkte 2018) wurde festgestellt, dass auf den bis dahin noch regulierten Märkten „Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“ sowie dem „Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ effektiver Wettbewerb herrscht und daher für die sektorspezifische Regulierung nicht mehr relevant sind. Dementsprechend wurden die am „Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ noch bestehenden Vorabverpflichtungen für die ORS aufgehoben. Die Vorleistungsmärkte für die Kabelverbreitung und Satellit waren sowohl in der letzten Marktanalyse als auch nach der RFMVO 2009 nicht relevant, da dort effektiver Wettbewerb herrschte.

Angesichts des Umstands, dass sich nach den Feststellungen die maßgeblichen Umstände, die dem Bescheid Fernsehmärkte 2018 zu Grunde lagen, nicht wesentlich geändert haben, ist weiterhin davon auszugehen, dass die Kandidatenmärkte für Fernseh-Vorleistungsprodukte für die Regulierung nach dem 8. Abschnitt des TKG 2021 weiterhin nicht relevant sind.

4.5.3.3. Vorleistungsmärkte Hörfunk

4.5.3.3.1. Vorleistungsmarkt analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW

Anbieter auf diesem Markt sind all jene Unternehmen, die Hörfunkübertragung zum Endkunden mittels der analogen terrestrischen Übertragungstechnologie UKW anbieten. Nachfrager sind jene Unternehmen bzw. Programmveranstalter, die die Übermittlung der von ihnen gestalteten Radioprogramme zum Endkunden nachfragen. Der Markt beinhaltet – in Entsprechung der Entscheidung der Europäische Kommission vom 12.01.2018, C(2018), 63 final – auch

Eigenleistungen, also jene Leistungen, welche sich ein Anbieter für die Ausstrahlung eines eigenen Hörfunkprogramms selbst bereitstellt oder – vor dem Hintergrund des Prinzips der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, vgl. dazu die Ausführungen unter 4.6.3 – durch ein verbundenes Unternehmen bereitstellen lässt.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, erfüllt der Markt alle drei der genannten Kriterien:

Die hohen Kosten der Errichtung von Übertragungsinfrastruktur und das Risiko versunkender Kosten, die signifikanten Verbund- und Skalenvorteile von bereits im Markt befindlichen (größeren) Unternehmen, die begrenzte Anzahl von geeigneten Senderstandorten und Frequenzen sowie die rechtlichen Rahmenbedingungen für Frequenz- und Standortnutzung stellen hohe und permanente Marktzutrittsbarrieren dar. Es ist nicht zu erwarten, dass sich die Zugangshemmnisse durch Innovationen substantiell verringern werden.

Es gibt stabil nur wenige Anbieter für terrestrische Hörfunkverbreitung, wobei eine dominante Rolle der ORS gegeben ist, die auch als Einzige flächendeckend für ganz Österreich Sendeanlagen für die Verbreitung für UKW anbietet. Da für DAB+ als mögliche Alternative zur UKW-Übertragung zum gegebenen Zeitpunkt noch keine verlässlichen Prognosen für die Marktentwicklung bestehen und aufgrund der diesbezüglichen Unsicherheiten, stellt diese digitale Übertragungstechnologie keine Alternative zu UKW dar. Der Markt tendiert daher nicht von selbst in Richtung effektivem Wettbewerb.

Das allgemeine Wettbewerbsrecht stellt mit der ihm inhärenten ex-post-Betrachtung angesichts des Umstands, dass Nachfrager nach terrestrischer Hörfunkübertragung vor ihrem Markteintritt bzw. während ihres Markteintritts Planungssicherheit und die Sicherheit benötigen, rasch und zu marktgerechten Konditionen Zugang zur terrestrischen Verbreitung zu erhalten, keinen ausreichenden Schutz für Nachfrager dar.

Vor dem Hintergrund der Feststellungen zu den Marktzutrittsbarrieren, zur Tendenz zum effektiven Wettbewerb sowie dem Ausreichen des allgemeinen Wettbewerbsrechtes, die ergeben, dass die drei Kriterien erfüllt sind, ist zu schließen, dass – wie auch schon bisher – der Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ für die sektorspezifische Regulierung nach wie vor relevant ist.

Nach der Märkteempfehlung 2020 (Erwägungsgründe 37f) sollten für die Zwecke der Definition des geografisch relevanten Marktes die nationalen Regulierungsbehörden eine geografische Grundeinheit als Ausgangspunkt für die Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen festlegen. Je nach den nationalen Gegebenheiten kann diese Grundeinheit an die Netztopologie oder Verwaltungsgrenzen anknüpfen. Auf jeden Fall sollte die geografische Einheit entsprechend der bisherigen Kommissionspraxis a) eine angemessene Größe haben, d. h. klein genug, damit es innerhalb einer Einheit keine erheblichen Schwankungen der Wettbewerbsbedingungen gibt, aber groß genug, um eine aufwendige und umständliche Mikroanalyse, die zur Marktzersplitterung führen könnte, zu vermeiden, b) die Netzstruktur aller relevanten Betreiber widerspiegeln können und c) über längere Zeit klare und stabile Grenzen aufweisen. Nach den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts sollten die nationalen Regulierungsbehörden sodann ausgehend von der Analyse der zuvor beschriebenen geografischen Einheiten eine erste räumliche Abgrenzung der

geografischen Märkte vornehmen, indem sie Einheiten zusammenfassen, die ähnliche Wettbewerbsbedingungen aufweisen.

Entsprechend dieser Grundsätze ist, wie sich aus den Feststellungen in 2.1.2.4 ergibt, als relevanter geographischer Markt ganz Österreich festzulegen.

Entgegen der Annahme der ORS hat der Amtssachverständige klargestellt, dass eine geografische Abgrenzung auf Standortebene eine aufwändige und umständliche Mikroanalyse erfordern würde und daher im Sinne von Rz 37 der Märkteempfehlung 2020 nicht in Frage kommt und auch im Hinblick auf mögliche zukünftige neue Standorte ungeeignet ist (in diesem Sinne wohl auch die Ausführungen des BVwG in Bezug auf das Konzept der „fiktiven Sendeanlage“ in seinem Erkenntnis vom 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E).

Soweit darüber hinaus der Sachverständige auf die Regulierungsziele verweist, ist festzuhalten, dass gemäß § 1 Abs. 2 Z 4 TKG 2021 das Ziel der Förderung der Interessen der Bürger der Europäischen Union anzustreben ist, indem die vollziehenden Behörden die Konnektivität und breite Verfügbarkeit und Nutzung von Netzen [...] wie auch von Kommunikationsdiensten gewährleisten, indem die vollziehenden Behörden größtmögliche Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität ermöglichen. Ebenso haben gemäß § 1 Abs. 5 TKG 2021 die vollziehenden Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit dazu beizutragen, dass Maßnahmen umgesetzt werden, mit denen die Freiheit der Meinungsäußerung, die Informationsfreiheit, die kulturelle und sprachliche Vielfalt und der Medienpluralismus gefördert werden. Aus diesen Regulierungszielen kann unter Berücksichtigung der festgestellten besonderen Marktgegebenheiten am Hörfunkmarkt entgegen dem Vorbringen der ORS geschlossen werden, dass österreichweit vorhandene und homogene Marktbedingungen den Zutritt zum Markt für Hörfunkveranstalter erleichtern und somit die Auswahl zugunsten der Endkunden (§ 1 Abs. 2 Z 4 TKG 2021) und damit die Medienvielfalt im Sinne des § 1 Abs. 5 TKG 2021 fördern.

4.5.3.3.2. Vorleistungsmarkt Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden über sonstige Übertragungswege

Auch auf diesem Markt bestehen zwar, wie sich aus den Feststellungen ergibt, ebenfalls hohe und permanente Marktzutrittsbarrieren, allerdings reicht die nachfrageseitige Verhandlungsmacht dazu aus, um effektiven Wettbewerb sicherzustellen, weil die Hörfunkveranstalter – angesichts der dominanten Stellung des analogen terrestrischen Hörfunks – nicht zwingend diese Verbreitungsformen wählen müssen, um einen substantiellen Markteintritt umzusetzen. Die Situation hat sich gegenüber jener, die dem Bescheid Hörfunkmärkte 2018 zu Grunde lag, nicht wesentlich geändert, sodass weiterhin davon auszugehen ist, dass schon mangels des Vorliegens des zweiten Kriteriums kein für die sektorspezifische Regulierung relevanter Markt vorliegt.

4.5.4. Ergebnis

Da der österreichweite Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ nach dem Gesagten für die sektorspezifische Regulierung relevant ist, war dies gemäß § 87 Abs 2 TKG 2021 spruchgemäß festzustellen (Spruchpunkt 1.)

4.6. Zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“

4.6.1. Allgemeines

Gemäß § 87 Abs. 4 TKG 2021 hat die Regulierungsbehörde im Verfahren gemäß Abs. 1 unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Union weiters eine Analyse der Märkte nach Abs. 2 durchzuführen. Dabei hat die Regulierungsbehörde, wiederum unter Beachtung der Grundsätze gemäß § 87 Abs. 5 TKG 2021, festzustellen, ob ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht im Sinne von § 86 Abs 1 TKG 2021 verfügen oder aber effektiver Wettbewerb herrscht.

4.6.2. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

Gemäß § 86 Abs. 1 TKG 2021 gilt ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, nämlich eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten.

Nach den Erläuterungen zum TKG 2021 (RV 1043 BIGNR 27. GP, 29) geben die SMP-Leitlinien näher Auskunft über die Beurteilungskriterien für eine alleinige oder gemeinsame beträchtliche Marktmacht, weswegen – in Übereinstimmung mit Art. 63 der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. L 321 vom 17.12.2018, S. 36 (EECC) – davon Abstand genommen wurde, einzelne Marktmachtindikatoren (wie noch in § 35 TKG 2003) in die nationale Bestimmung aufzunehmen.

Die nationale Umsetzung des EECC definiert das Verhältnis zwischen „beträchtlicher Marktmacht“ und „effektivem Wettbewerb“ dergestalt, dass bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 86 TKG 2021 kein effektiver Wettbewerb vorliegen kann (vgl. § 89 Abs. 1 TKG 2021).

Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine ex-ante Betrachtung (vgl. Rz 13 SMP-Leitlinien). Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist (vgl. § 87 Abs. 5 TKG 2021; hierzu schon VwGH 06.09.2005, 2005/03/0088). Die Europäische Kommission hält in Rz 17 ihrer SMP-Leitlinien wie folgt fest: *„Dazu sollten die NRB die bestehenden Marktbedingungen sowie die Marktentwicklungen berücksichtigen, die im Laufe des nächsten Überprüfungszeitraums zu erwarten oder abzusehen sind, wenn keine Regulierung auf der Grundlage beträchtlicher Marktmacht stattfindet. Dieses Vorgehen wird als modifizierter ‚Grüne-Wiese-Ansatz‘ [auch ‚modifizierter Greenfield-Ansatz‘] bezeichnet. Zudem sind bei der Analyse auch die Auswirkungen anderer Arten der (sektorspezifischen) Regulierung sowie Beschlüsse oder Vorschriften zu berücksichtigen, die im relevanten Zeitraum auf die relevanten Endkundenmärkte und damit verbundenen Vorleistungsmärkte anwendbar sind“* (zu letzterem vgl. nunmehr auch ausdrücklich § 87 Abs. 5 Z 3 TKG 2021).

Die Europäische Kommission hält in ihren SMP-Leitlinien (Rz 70) fest, dass bei der ex-ante Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, die nationalen Regulierungsbehörden grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen sind als eine Wettbewerbsbehörde bei der ex-post-Anwendung. Da Beweise für oder Aufzeichnungen über vergangenes Verhalten oftmals fehlen dürften, muss sich die Marktanalyse hauptsächlich auf Prognosen stützen. Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der nationalen Regulierungsbehörde in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation unvereinbar war (vgl. hierzu ebenso VwGH 06.09.2005, 2005/03/0088). Zur Feststellung der beträchtlichen Marktmacht muss keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung festgestellt werden (vgl. Rz 11 SMP-Leitlinien).

Gemäß Rz 20 der SMP-Leitlinien werden die nationalen Regulierungsbehörden bei der Durchführung der Marktanalyse nach Art. 16 Rahmenrichtlinie „den relevanten Markt vorausschauend und strukturell evaluieren, wobei sie sich auf die bestehenden Markverhältnisse stützen“ (vgl. VwGH 06.09.2005, 2005/03/0088).

4.6.3. Verpflichtetes Unternehmen – Konzernrechtliche Verbindung der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG mit der ORS comm GmbH & Co KG

Angesichts der verschiedenen ORS-Gesellschaften (siehe dazu die Feststellungen zu Punkt 2.2.1.1) ist zunächst die Frage zu klären, ob bzw. inwieweit sowohl der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG als auch der ORS comm GmbH & Co KG spezifische Verpflichtungen gemäß § 87 TKG 2021 aufzuerlegen sind.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist das Erkenntnis des VwGH vom 17.11.2011, 2008/03/0174, in dem dieser ausführt, dass auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht nur die sektorspezifischen, sondern auch die allgemeinen Wettbewerbsregeln des Unionsrechts Anwendung finden. Die Beurteilung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung und deren Missbrauch durch ein Unternehmen haben daher unter Berücksichtigung der Grundsätze des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu erfolgen.

Im Bereich der Wettbewerbsregulierung kommt das Prinzip der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zum Tragen (z.B. § 20 KartG 2005). Insgesamt wird für den Bereich des öffentlichen Rechts die Möglichkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise eines Sachverhalts für prinzipiell zulässig erachtet (*Potacs* in FS Schäffer, Zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im öffentlichen Recht, S. 669 f).

Im Sinne der geschilderten Grundsätze des Wettbewerbsrechts ist daher im Interesse einer effektiven Rechtsdurchsetzung der im Rahmen dieses Verfahrens auferlegten spezifischen Vorabverpflichtungen eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gerechtfertigt, wenn sie geeignet ist, die Umgehung einer Verpflichtung durch den eigentlichen Adressaten zu unterbinden. Eine andere Auslegung würde, über das oben Gesagte hinaus, einfache Umgehungsmöglichkeiten bieten. Nach den Feststellungen haben sowohl die ORS comm GmbH & Co KG als auch die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG aufgrund ihrer wechselseitigen gesellschaftsrechtlichen Verschränkung in Kombination mit ihren im Wesentlichen deckungsgleichen

Unternehmensgegenständen – das ist in beiden Fällen die Erbringung von Tätigkeiten im Bereich von Planung, Errichtung und Betrieb von technischen Einrichtungen, welche für die Veranstaltung von Rundfunk notwendig sind –, jeweils Anreize, um in Abwesenheit von sektorspezifischer Regulierung für private Nachfrager den Zugang insbesondere zu ihren schwer duplizierbaren Standorten bzw. zu Sendeanlagen nur zu diskriminierenden Bedingungen bereitzustellen oder aber einen solchen Zugang überhaupt zu verwehren.

Angesichts insbesondere der Alleineigentümerschaft der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG an der ORS comm GmbH & Co KG, der identen Geschäftsbereiche beider ORS-Gesellschaften und dem Inhalt der in den Feststellungen genannten diesbezüglichen Vereinbarungen zwischen den beiden erwähnten ORS-Gesellschaften sowie der Geschäftsführeridentität bei der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und der ORS comm GmbH & Co KG erscheint es – wie zuletzt auch im Rahmen des Bescheids Hörfunkmärkte 2018 – daher erforderlich, die beiden genannten Unternehmen als wirtschaftliche Einheit zu betrachten. Folglich waren beide Unternehmen als Adressaten dieses Bescheides sowohl hinsichtlich der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung als auch hinsichtlich der daraus resultierenden Verpflichtungen zu bezeichnen.

4.6.4. Beurteilung der Wettbewerbssituation

Nachstehend erfolgt daher eine rechtliche Würdigung der im Sachverhalt zu den in Punkt 2.2.2 getroffenen Feststellungen zu den einzelnen für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht als bedeutend identifizierten Indikatoren für Marktmacht im Sinne von Rz 52ff SMP-Leitlinien.

4.6.4.1. Zum Indikator „Größe des Unternehmens und Marktanteile

Im Kontext der Untersuchung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht – „single dominance“ – eines Unternehmens nennt Rz 58 der SMP-Leitlinien *„die absolute und relative Größe des Unternehmens“*. Rz 54 der SMP-Leitlinien erwähnt Marktanteile als einen wichtigen Marktmachtindikator; dabei wird festgehalten, dass die Marktanteile den nationalen Regulierungsbehörden erste aufschlussreiche Hinweise auf die Marktstruktur und die relative Bedeutung der auf dem Markt tätigen Unternehmen geben können. Die Kommission werde Marktanteile allerdings unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktbedingungen und insbesondere der Dynamik des Marktes und des Ausmaßes der Produktdifferenzierung interpretieren.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel regelmäßig erst ab einem Marktanteil von über 40 % angesetzt. Bei einem Marktanteil von nicht mehr als 25 % kann vermutet werden, dass das betreffende Unternehmen über keine (alleinige) beherrschende Stellung verfügt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile – über 50 % – ohne weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung (vgl. EuGH Rs C-62/86 AKZO/Kommission, Rs T-228/97 Irish Sugar/Kommission ua sowie Rz 55 der SMP-Leitlinien).

Nach den Feststellungen (2.2.2.1) verfügt die ORS auf dem gegenständlichen Markt – unter Berücksichtigung der von der ORS an den mit ihr im Konzern verbundenen ORF sowie den von den Rundfunkveranstaltern selbst erbrachten Eigenleistungen – über einen Marktanteil von immer noch rund 68,6 %, gemessen an der Anzahl der Sendeanlagen. Weiters hat der

Amtssachverständige festgehalten, dass die Umsatzerlöse, noch deutlich darüber liegen dürften, wenn auch unter 90 %, wie dies noch im Rahmen des Bescheides Hörfunkmärkte 2018 (nämlich 92 %) festgestellt wurde.

Der Umstand, dass ein marktmächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann zwar durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung beträchtlicher Marktmacht insbesondere angesichts der trotzdem weiterhin hohen Marktanteile nicht aus.

Der VwGH (VwGH 25.06.2008, 2007/03/0211) geht davon aus, dass ein hoher Marktanteil noch nicht zwingend bedeutet, dass das betreffende Unternehmen tatsächlich über beträchtliche Marktmacht verfügt. Allerdings ist es nach Ansicht des VwGH mit zunehmender Höhe des Marktanteils erforderlich, dass in die Gegenrichtung weisende Umstände besonders stark ausgeprägt sein müssen, um die Indizwirkung des hohen Marktanteils entkräften zu können.

Im Sinne von Rz 55 der SMP-Leitlinien wird der genannte Marktanteil von 50 % mit zumindest 68,6 % deutlich und auch mit unterschiedlichen Marktanteilsberechnungen (Anzahl der Sender und Umsatz) überschritten. Die Marktanteile sowie die Marktanteilsentwicklung begründen daher für sich genommen schon die starke Vermutung, dass die ORS über beträchtliche Marktmacht verfügt.

4.6.4.2. Zum Indikator „Marktzutrittschranken“

Die Liste der Kriterien für eine alleinige beträchtliche Marktmacht in Rz 58 der SMP-Leitlinien nennt zunächst „Marktzutrittschranken“. Rz 59 leg. cit. hält dazu fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Im Sektor der elektronischen Kommunikation seien die Marktzutrittschranken oftmals hoch, weil technische Beschränkungen wie Frequenzknappheit bestehen, die die Menge der verfügbaren Frequenzen begrenzen können, oder weil der Eintritt in den betreffenden Markt aus Rentabilitätsgründen umfangreiche Infrastrukturinvestitionen und die Planung von Kapazitäten über lange Zeiträume erfordert.

Die Prüfung von Marktzutrittschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl. EuGH Rs 6/72 – Continental Can/Kommission).

Die Existenz von langfristigen Marktzutrittschranken ist ein Schlüsselkriterium für die Beurteilung von beträchtlicher Marktmacht. Bei freiem Markteintritt würden Übergewinne marktbeherrschender Unternehmen den Eintritt weiterer Unternehmen induzieren, was eine Erosion der Übergewinne (bzw. der marktbeherrschenden Stellung) zur Folge hätte. Je schwieriger der Marktzutritt ist, desto höher ist potenziell das Ausmaß an Marktmacht der etablierten Unternehmen. Das Vorliegen von Marktmacht kann vor allem auf Märkten vermutet werden, in denen die Marktkonzentration hoch ist und zugleich hohe Marktzutrittschranken vorliegen.

Wie sich aus den Feststellungen (2.2.2.2) ergibt, hat sich die Marktlage im Hinblick auf die Marktzutrittschranken seit dem Bescheid Hörfunkmärkte 2018 nicht wesentlich verändert. In diesem wurde dazu im Wesentlichen festgehalten, dass eine Betrachtung der festgestellten strukturell und rechtlich bedingten Marktzutrittschranken ergibt, dass die Marktzutrittschranken für die Errichtung kleiner Standorte zwar vorhanden sind, insgesamt jedoch als eher gering

eingestuft werden können. Demgegenüber existieren kaum Alternativen zu den großen und exponierten Sendestandorten der ORS, weshalb diesbezüglich die Barrieren als wesentlich höher – teilweise sogar als prohibitiv – einzustufen sind. Für potenziell neu in den Markt eintretende Betreiber wirken weiters nachfrageseitige Wechselkosten, die sich aus den vertraglichen Bedingungen der ORS ergeben, als Marktzutrittsschranken. Nach den Feststellungen hat sich diese Situation bis heute nicht wesentlich verändert, sodass der Marktmachtindikator Marktzutrittsschranken weiterhin für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der ORS spricht.

4.6.4.3. Zum Indikator „Expansionshemmnisse“

Die SMP-Leitlinien sprechen in Rz 58 von „*Expansionshemmnissen*“ als weiteres von der nationalen Regulierungsbehörde zu beachtendes Kriterium.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, ist aufgrund der stabilen Marktphase und der geringen Marktdynamik davon auszugehen, dass die beträchtliche Marktmacht im Vorausschauzeitraum nachhaltig bestehen wird. Das Vorliegen von Expansionshemmnissen bedingt, dass sich eine aufgrund anderer Marktindikatoren abzeichnende beträchtliche Marktmacht in Zukunft nicht durch potenzielle Expansionen der Wettbewerber und/oder des Marktes aufheben wird.

4.6.4.4. Zum Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“

Der Indikator „*Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur*“ ist explizit in Rz 58 der SMP-Leitlinien als Parameter für das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht genannt.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, betreibt die ORS als einziges Unternehmen ein flächendeckendes Sendernetz für UKW-Hörfunkprogramme, welches 98 % der Bevölkerung abdeckt und auch Großsendeanlagen umfasst. Durch die Größe und Bedeutung ihres Netzes wird die ORS in die Lage versetzt, sich unabhängig von anderen Netzbetreibern zu verhalten. Die Marktlage hat sich insofern seit dem Bescheid Hörfunkmärkte 2018 nicht wesentlich verändert. Dort wurde festgehalten, dass am gegenständlichen Markt offensichtlich kleine Senderstandorte in vielen Fällen selbst errichtet werden können, während Alternativen zu den großen Senderstandorten der ORS nur in wenigen Fällen existieren. An vielen Standorten – insbesondere jenen, die aufgrund ihrer exponierten Lage und Leistung größere technische Reichweiten erzielen – verfügt die ORS also über eine für private Rundfunkveranstalter notwendige Infrastruktur, die nicht oder nur schwer reproduziert werden kann. Da jedoch die Höhe der Markteintrittsschranken von einer Reihe von Faktoren abhängt, wie der Höhe (Lage) des Standortes, der abgestrahlten Leistung, den in geografischer Nähe bereits existierenden Standorten sowie den Bau-, Raumordnungs- und naturschutzrechtlichen Regelungen etc., kann a priori keine Aussage über die Höhe der Markteintrittsschranken für jeden Einzelfall getroffen werden. Tendenziell sind zwar die Markteintrittsschranken bei exponierten, leistungsstarken Standorten deutlich höher als bei kleinen Anlagen, in Einzelfällen können jedoch auch große Anlagen replizierbar sein und kleinere nicht. Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die ORS in vielen Fällen – vor allem bei großen, leistungsstarken Anlagen an exponierten Standorten – über die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt.

Die Grundlagen für diese Einschätzung haben sich nach den Feststellungen nicht wesentlich geändert; hinzu tritt die Größe und Bedeutung des Netzes der ORS, welches auf dem gegenständlichen Markt das einzig flächendeckende ist. Insgesamt spricht daher der Indikator

„Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“ weiterhin für das Bestehen beträchtlicher Marktmacht der ORS.

4.6.4.5. Zum Indikator „technologische und wirtschaftliche Vorteile oder Überlegenheit“

Rz 58 der SMP-Leitlinien nennt „*technologische und wirtschaftliche Vorteile oder Überlegenheit*“, als einen weiteren Marktmachtindikator.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, nutzt die ORS vielfach Standorte sowohl zur terrestrischen Hörfunkübertragung als auch für digitale terrestrische Fernsehübertragung. Dadurch entsteht ein struktureller Kostenvorteil gegenüber anderen Anbietern in diesem Markt. Größere Unternehmen mit einer höheren Kundenzahl unterhalten nach den Feststellungen in der Regel auch ein höherentwickeltes Vertriebs- und Verkaufnetz. Beide Punkte legen tendenziell eine beträchtliche Marktmacht der ORS nahe.

4.6.4.6. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

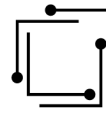
Das „*Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht*“ ist eines der Kriterien zur Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Rz der 58 SMP-Leitlinien). Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus der Definition der „beträchtlichen Marktmacht“ gemäß § 86 Abs. 1 TKG 2021, da sich ein Unternehmen (auch) unabhängig von seinen Kunden und Nutzern verhalten können muss, um als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu gelten.

Wie sich aus den Feststellungen (2.2.2.3) ergibt, ist die nachfrageseitige Gegenmacht lediglich des mit der ORS im Konzern verbundenen ORF hoch; die nachfrageseitige Gegenmacht von „kleinen“ Radioveranstaltern ist im Gegensatz zur nachfrageseitigen Gegenmacht des ORF gering. Bei „größeren“ Nachfragern, wie z.B. Veranstalter überregionaler Radios, ist zwar die nachfrageseitige Gegenmacht größer als bei den „kleinen“ Veranstaltern, da die mit der Verbreitung erzielbaren zusätzlichen Umsätze für den Anbieter von substantieller Bedeutung sein können. Insgesamt ist aber die relativ geringe ausgleichende Nachfragemacht bzw. die ungleiche Verteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht zwischen den Nachfragern (insbesondere zwischen dem ORF und den privaten Nachfragern) nicht geeignet, eine sich aufgrund anderer Marktindikatoren abzeichnende beträchtliche Marktmacht aufzuheben.

4.6.4.7. Zum Indikator „leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanziellen Ressourcen“

Rz 58 der SMP-Leitlinien erwähnt als weiteren Parameter zur Beurteilung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht den Indikator „*leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanziellen Ressourcen*“.

Wie sich aus den Feststellungen (2.2.2.2) ergibt, kommt diesem Indikator im vorliegenden Markt eine geringe Relevanz zu, da zwar der ORS aufgrund ihrer Größe tendenziell ein leichter Zugang zu Finanzmitteln als anderen im Markt agierenden Unternehmen zukommt, aber angesichts des bereits flächendeckend existierenden Sendernetzes für die Hörfunkübertragung mittel- bis langfristig mit keinem signifikanten Netzausbau – jedenfalls des UKW-Netzes – zu rechnen ist.



4.6.4.8. Zum Indikator „Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z.B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen)“

Das „*Ausmaß der Produktdifferenzierung*“ wird in Rz 54 der SMP-Leitlinien als ein Indikator für das Vorliegen einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht genannt. Rz 58 leg.cit. erwähnt zudem die Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen, z.B. in Form der Bündelung von Produkten und Dienstleistungen.

Bei diesem Kriterium stellt sich die Frage, ob einzelne Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Mitbewerbern daraus gewinnen können, dass sie von Produkten anderer Unternehmen differenzierte Produkte anbieten, die ihnen entsprechende Preissetzungsspielräume einräumen bzw. Mitbewerbern kein Anbieten vergleichbarer Produkte ermöglichen.

Da die (analoge) terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen auf standardisierten, allgemein verfügbaren Technologien basiert, ergeben sich in Bezug auf einzelne Standorte kaum Differenzierungsmöglichkeiten. Die ORS ist allerdings aufgrund ihrer ubiquitären Infrastruktur in der Lage, Übertragungsdienste praktisch für jedes Gebiet oder für jede Kombination von Gebieten anzubieten und unterscheidet sich dadurch von den meisten alternativen Anbietern, deren Reichweite mit eigenen Standorten geografisch begrenzt ist. Somit ist die ORS aufgrund ihrer flächendeckenden Gegenwart und aufgrund ihrer Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur gegenüber ihren Mitbewerbern im Vorteil.

Im Ergebnis spricht dieser Indikator „Produktdifferenzierung“ für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der ORS.

4.6.4.9. Zu den Indikatoren „Größenvorteile“, „Verbundvorteile“ und „Direkte und indirekte Netzeffekte“

Rz 58 der SMP-Leitlinien nennt „*Größenvorteile*“, „*Verbundvorteile*“ und „*Direkte und indirekte Netzeffekte*“ als weitere Marktmachtindikatoren.

Größenvorteile im Bereich der terrestrischen Hörfunkübertragung bestehen vor allem im Bereich der Anbindung der Standorte, der Netzplanung sowie bei Betrieb und Wartung.

Bei den im relevanten Markt tätigen Unternehmen werden potenziell Verbundvorteile für die ORS aufgrund des gleichzeitigen Anbietens von terrestrischem Fernsehen und DAB+ auftreten. Skalenerträge ergeben sich aufgrund der Situation, dass die ORS das einzig flächendeckende Netz für ganz Österreich im relevanten Markt anbietet.

Direkte und indirekte Netzeffekte sind tendenziell stärker, über je mehr Sendeanlagen ein Anbieter verfügt. Nachdem die ORS über das größte Netz verfügt, sind auch Vorteile bezüglich direkten und indirekten Netzeffekten gegeben.

Die genannten Indikatoren legen daher ebenfalls eine beträchtliche Marktmacht der ORS nahe.

4.6.4.10. Zum Indikator „Vertikale Integration“

Das Vorliegen vertikaler Integration (vgl. Rz 58 der SMP-Leitlinien) bildet für die Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht am vorliegenden Markt insofern einen relevanten

Parameter, als vertikale Integration in entscheidendem Maße die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Konkurrenten bestimmt.

Vertikal integrierte Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene haben grundsätzlich Anreiz dazu, entweder einen überhöhten Preis für das Vorleistungsprodukt zu verlangen oder aber Konkurrenten vom nachgelagerten Markt zu verdrängen. Hierzu stehen dem marktmächtigen Unternehmen neben der Verrechnung überhöhter Preise auch Mittel wie die Verweigerung von Zugang zu notwendigen Vorleistungen zur Verfügung.

Solange der ORF als Mehrheitseigentümer 60 % der Anteile an der ORS hält und folglich beherrschenden Einfluss auf die ORS hat, gelten ORF und ORS aus Konzernsicht als vertikal integriert. Aus ökonomischer Sicht ist folglich für die ORS Anreiz dazu gegeben, Zugang zu ihren schwer duplizierbaren Standorten für private Hörfunkveranstalter nur zu überhöhten Preisen zu gewähren oder diesen generell zu verweigern bzw. die Nutzung ihrer Infrastruktur zu erschweren, um ihre Marktmacht auszuüben und die Position ihres Mehrheitseigentümers ORF am Endkundenmarkt in der oben geschilderten Weise zu stärken. Die für die ORS gegebene Anreizstruktur könnte erst als verändert betrachtet werden, hielte der ORF nur mehr einen sehr geringen bzw. keinen Anteil an der ORS.

Der Indikator „vertikale Integration“ spricht im Ergebnis für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der ORS.

4.6.4.11. Zu den Indikatoren „Abschluss langfristiger und nachhaltiger Zugangsvereinbarungen“ und „Eingehen von Vertragsbeziehungen mit anderen Marktteilnehmern, die zur Marktabschottung führen könnten“

Die beiden in Rz 58 der SMP-Leitlinien genannten Indikatoren *„Abschluss langfristiger und nachhaltiger Zugangsvereinbarungen“* und *„Eingehen von Vertragsbeziehungen mit anderen Marktteilnehmern, die zur Marktabschottung führen könnten“* lassen sich unter dem Begriff *„Verhalten am Markt“* zusammenfassen. Während sich die anderen Indikatoren für *„single dominance“* als unternehmens- und marktbezogene Faktoren darstellen, zielt dieses Kriterium auf das Verhalten der Marktteilnehmer ab. Exemplarisch wären Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder die Errichtung von Barrieren zu nennen. Die Möglichkeit, Preise nachhaltig über dem Wettbewerbsniveau (bzw. dem Preisniveau der Mitbewerber) zu halten (überhöhte Preise), ist ein wesentliches Indiz für Marktmacht. Bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen allein in der Lage, – jedenfalls längerfristig – Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. das Niveau der Mitbewerber zu heben.

Vertikal integrierte Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene haben in Abwesenheit von Regulierung einen Anreiz dazu, entweder einen überhöhten Preis für das Vorleistungsprodukt zu verlangen oder aber Konkurrenten vom nachgelagerten Markt zu verdrängen.

Hierzu hat die KommAustria in den bisherigen Marktanalysen, zuletzt im Bescheid Hörfunkmärkte 2018, im Rahmen der Analysen des gegenständlichen Markts festgehalten, dass, da der ORF mit den privaten Hörfunkveranstaltern, welche auf die Leistungen seiner Tochtergesellschaft ORS

angewiesen sind, am Endkundenmarkt im Wettbewerb steht, für die ORS grundsätzlich ökonomische Anreize bestehen, private Hörfunkveranstalter gegenüber dem ORF zu benachteiligen, solange der ORF einen signifikanten Anteil an der ORS hält. Dies kann auch durch Verweigerung des Zugangs bzw. durch Diskriminierung einzelner Nachfrager in Form überhöhter Preise oder durch Bereitstellung minderer Qualität geschehen. Wie die Feststellungen zu den Entgelten bereits gezeigt haben, ist die ORS in der Lage, überhöhte Preise setzen zu können. Sollte dies aufgrund einer entsprechenden Entgeltregulierung zukünftig nicht mehr der Fall sein, so bestehen für die ORS trotz entsprechender Regulierungsmaßnahmen immer noch Anreize, Nachfragern, die mit dem ORF am Endkundenmarkt im Wettbewerb stehen, Zugang zu ihren Senderstandorten zu verweigern oder aber solche Unternehmen gegenüber dem eigenen Unternehmen zu benachteiligen, um auf diese Weise ihre Marktmacht auszuüben oder aber die Position ihres Eigentümers ORF am Endkundenmarkt zu stärken.

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, wirkt die im gegenständlichen Markt schon bestehende ex-ante Regulierung gegen solche Tendenzen; seit Inkrafttreten der im verfahrensgegenständlichen Markt bereits derzeit auferlegten Vorabverpflichtungen konnte die KommAustria im Wesentlichen kein Verhalten der ORS feststellen, das diesen Vorabverpflichtungen widerspricht; im Sinne des Greenfield-Ansatzes kann daher im Hinblick auf diesen Indikator im Sinne der Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden, ob dieses Verhalten teilweise oder in erster Linie das Ergebnis von Regulierung ist. Dem Indikator kommt aber angesichts der klaren Tendenz der Kombination der anderen Indikatoren (vgl. die zusammenfassende Würdigung sogleich) ohnehin keine maßgebliche Bedeutung zu.

Auch die Tatsache, dass im gegenständlichen Markt durchwegs langfristige Verträge über einen Zeitraum von zehn Jahren abgeschlossen sind, ist zum einen dem Umstand geschuldet, dass Hörfunkzulassungen nach dem PrR-G in der Regel für zehn Jahre vergeben werden; zum anderen besteht seit vielen Jahren eine Regulierung auf dem gegenständlichen Markt, sodass auch diesbezüglich nicht ohne weiteres gesagt werden kann, ob diese Praxis teilweise oder in erster Linie das Ergebnis von Regulierung ist. Wiederum kommt diesem Punkt in der Gesamtschau aber keine wesentliche Bedeutung zu (siehe sogleich).

4.6.4.12. Zum Indikator „Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs“

Zu dem in Rz 58 der SMP-Leitlinien genannten Indikator „*Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs*“ hat der Sachverständige festgehalten, es bestehen aufgrund der Marktstruktur, der hohen notwendigen Investitionen sowie aufgrund rechtlicher Rahmenbedingungen (insbesondere Anforderungen bei der Neuerrichtung von Standorten) hohe Markteintrittsschranken. Die Auswirkung ist ein geringer potenzieller Wettbewerb. Die Markteintrittsschranken sind hoch und der potenzielle Wettbewerb ist daher gering. Auch dieser Indikator spricht daher für eine marktbeherrschende Stellung der ORS.

4.6.4.13. Zusammenfassende Würdigung

Eine Würdigung der im Sachverhalt zu den Marktmacht-Indikatoren getroffenen Feststellungen ergibt, dass die ORS über weiterhin sehr hohe Marktanteile deutlich jenseits der in Rz 55 der SMP-Leitlinien genannten Grenze, bei der – abgesehen bei Vorliegen von außergewöhnlichen Umständen – eine Marktbeherrschung ohne weiteres als gegeben angesehen werden kann auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt verfügt. Solche außergewöhnlichen Umstände sind nicht

hervorgetreten und auch die weiteren Indikatoren deuten jedenfalls auf keine Umstände hin, die gegen das Bestehen von Marktbeherrschung sprechen:

Es ist daher im Rahmen einer Gesamtbetrachtung festzuhalten, dass tendenziell hohe Markteintrittsschranken bei exponierten und leistungsstarken Standorten bzw. Anlagen bestehen (die zur Versorgung größerer Gebiete benötigt werden), wohingegen die Markteintrittsschranken bei kleinen Standorten geringer sind. Die geringe ausgleichende Nachfragemacht privater Rundfunkveranstalter bzw. die ungleiche Verteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht zwischen den Nachfragern ist nicht geeignet, eine sich aufgrund anderer Marktindikatoren abzeichnende beträchtliche Marktmacht aufzuheben. Lediglich der ORF ist in der Lage, im signifikanten Ausmaß eine signifikante nachfrageseitige Gegenmacht aufzubauen; aufgrund der vertikalen Integration von ORS und ORF bestehen aber gerade durch diese Gegenmacht des ORF für die ORS Anreize für antikompetitives Verhalten. Schließlich sprechen die ubiquitäre Präsenz der ORS mit eigener Infrastruktur sowie Vorteile bei der Produktdifferenzierung sowie strukturelle Kostenvorteile aufgrund des Umstands, dass die ORS an vielen Standorten ihres österreichweiten Sendernetzes zusätzlich auch digitale terrestrische Hörfunk- und Fernsehübertragung anbieten kann, für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht. Nachfrageseitige Gegenmacht besteht im Wesentlichen nur in jenen Fällen, wo Alternativen zur ORS-Infrastruktur existieren, also tendenziell bei kleinen Senderstandorten, nicht hingegen bei den nicht oder nur schwer duplizierbaren Standorten in exponierter Lage mit großer Leistung, die zur Versorgung größerer geografischer Gebiete oder von Ballungsräumen benötigt werden.

Angesichts der geringen Marktanteile der nicht mit der ORS verbundenen Nachfrager sowie der geringen Flexibilität bei der Wahl von Senderstandorten bei Hörfunkzulassungen ist insgesamt wenig nachfrageseitige Gegenmacht vorhanden. Die geringe Marktdynamik am UKW-Markt spricht nicht dafür, dass sich an den Marktgegebenheiten im gegenständlichen Markt – zumindest mittelfristig – etwas Wesentliches ändern wird. Wie jedoch aus dem festgestellten Sachverhalt und der rechtlichen Würdigung hervorgeht, wurden jene Faktoren, die beträchtliche Marktmacht relativieren können, durchaus einbezogen. So wurde klar festgehalten, dass das Vorhandensein von Markteintrittsschranken im Einzelfall unterschiedlich sein kann und wurde auch nicht in Abrede gestellt, dass das Vorhandensein von Markteintrittsschranken mit der Größe des Standorts korrelieren kann. Ebenso wurde in die Erwägungen der Umstand einbezogen, dass das Ausmaß nachfrageseitiger Gegenmacht in Fällen, in denen es um kleinere Standorte geht, höher ist.

Insgesamt sprechen nach all den dargestellten Überlegungen die Kriterien für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der ORS.

4.6.5. Schlussfolgerung

Das Fehlen des erforderlichen Wettbewerbs am Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zu Endkunden“ führt ohne Regulierung unter Zugrundelegung der untersuchten Indikatoren potenziell zum Auftreten von Wettbewerbsproblemen. Die potenziellen Wettbewerbsprobleme am gegenständlichen Vorleistungsmarkt liegen gemäß den Feststellungen vor allem in der Ausübung von Marktmacht durch die ORS gegenüber Abnehmern bzw. dem Fehlen ausreichender nachfrageseitiger Gegenmacht, in der Errichtung von Markteintrittsschranken für potenzielle Konkurrenten und in der vertikalen Marktmachtübertragung auf benachbarte Märkte.

Vor diesem Hintergrund war festzustellen, dass die ORS auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ über beträchtliche Marktmacht verfügt und somit kein effektiver Wettbewerb auf diesem Markt besteht (Spruchpunkt 2).

4.7. Spezifische Verpflichtungen

Gemäß § 89 TKG 2021 hat die Regulierungsbehörde, wenn sie feststellt, dass ein Unternehmen auf dem relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt und somit kein effektiver Wettbewerb am relevanten Markt besteht, *zwingend* geeignete spezifische Verpflichtungen aufzuerlegen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und damit eine Auswahl unter den gesetzlich vorgesehenen Regulierungsinstrumenten, nämlich nach §§ 91 bis 96, TKG 2021 vorzunehmen (vgl. BVwG 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E).

Mit dem Bescheid Hörfunkmärkte 2018 wurden der ORS am gegenständlichen Markt folgende spezifische Verpflichtungen nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 auferlegt: Zugangsverpflichtung, Entgeltkontrolle, Gleichbehandlungsverpflichtung, Verpflichtung zur Legung eines Standardangebots und Verpflichtung zur getrennten Buchführung. Im Erkenntnis des BVwG vom 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E, wurden diese mit der Maßgabe, dass die genannten spezifischen Verpflichtungen nunmehr nach Maßgabe des 8. Abschnitts des TKG 2021 auferlegt werden, bestätigt. Im Folgenden wird erläutert, welche der gesetzlichen Regulierungsinstrumente als Ergebnis der gegenständlichen Marktanalyse zur Erreichung der Regulierungsziele am besten geeignet sind.

4.7.1. Auswahlkriterien für Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2021

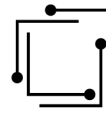
Das TKG 2021 nennt insbesondere folgende spezifische Verpflichtungen:

- Transparenzverpflichtung (§ 91 TKG 2021)
- Gleichbehandlungsverpflichtung (§ 92 TKG 2021),
- getrennte Buchführung (§ 93 TKG 2021),
- Zugang zu baulichen Anlagen (§ 94 TKG 2021)
- Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung (§ 95 TKG 2021)
- Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang (§ 96 TKG 2021)

Auf dem gegenständlichen Markt kommen spezifische Verpflichtungen nach § 103 TKG 2021 nicht in Frage, da es sich um einen Vorleistungsmarkt handelt.

Ebenso wenig ist die Regulierungsbehörde auf §§ 92 und 95 TKG 2021 oder Verpflichtungen in Bezug auf eine faire und angemessene Preisgestaltung im Sinne von § 101 Abs. 2 TKG 2021 beschränkt, da die ORS nicht die Voraussetzungen gemäß § 101 Abs. 1 Z 1 TKG 2001 erfüllt: Sie gehört zum Konzern des ORF, zu welchem mit der simpli services GmbH & Co KG jedenfalls auch ein Unternehmen gehört, das Aktivitäten auf Endkundenmärkten für Kommunikationsdienste in der Europäischen Union ausübt.

Bei der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde bezüglich der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten insbesondere die Regulierungsziele des § 1 TKG 2021 zu berücksichtigen



(vgl. § 89 Abs. 1 TKG 2021). Wie auch in den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens wird ausdrücklich auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (Art. 68 Abs. 2, 73 Abs. 2, 86 Abs. 2, 90 Abs. 2 EEC). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich ist. Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss diese ein berechtigtes, in § 1 TKG 2021 (bzw. dessen unionsrechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel verfolgen. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zudem zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum dessen handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist.

Den SMP-Leitlinien (Rz 117 und 118) ist zu entnehmen, dass „... jede Verpflichtung, die von den nationalen Regulierungsbehörden auferlegt wird, in einem angemessenen Verhältnis zu dem Problem stehen [soll], das es zu lösen gilt.“ In Rz 118 der SMP-Leitlinien heißt es weiter: „Um sicherzustellen, dass die vorgeschlagene Maßnahme mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss die geplante Maßnahme ein berechtigtes Ziel verfolgen. Die Mittel, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt werden, müssen notwendig sein, sollten aber keine unzumutbare Belastung darstellen, d.h. bei den ergriffenen Maßnahmen sollte es sich um das Minimum handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist.“ Demnach muss eine Maßnahme der Regulierungsbehörde, um mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar zu sein, ein berechtigtes, in § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2021 bzw. dessen europarechtlichen Grundlagen normiertes Ziel verfolgen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besagt auch, dass die von der Regulierungsbehörde auferlegten Regulierungsmaßnahmen ausreichend begründet sein müssen (vgl. hierzu auch Rz 17 der SMP-Leitlinien). Das BVwG hat im Erkenntnis vom 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E, festgehalten, dass die zum TKG 2003 ergangene Rechtsprechung zur Verhältnismäßigkeit mangels wesentlicher Änderungen der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen auf die neue Rechtslage nach dem TKG 2021 übertragbar ist.

Bei der Auferlegung von Vorabverpflichtungen ist es nicht erforderlich, dass das betroffene Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die wettbewerbsfeindlichen Praktiken schon angewandt hat oder eine dahingehende Absicht festgestellt wird. Vielmehr ist die aus den Marktgegebenheiten abzuleitende objektive Möglichkeit (ex-ante) eines solchen Verhaltens hinreichend (vgl. BVwG 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E, mwN).

4.7.2. Zu den auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ auferlegten spezifischen Verpflichtungen

Ausgehend von den vom Amtssachverständigen identifizierten potenziellen Wettbewerbsproblemen sowie unter Bezugnahme auf die Regulierungsziele des TKG 2021 und des Europäischen Rechtsrahmens werden in der Folge Auswahl und Anwendung der der ORS auferlegten spezifischen Verpflichtungen dargestellt. Bei den nachfolgenden Regulierungsinstrumenten handelt es sich um komplementäre, nicht jedoch um alternative Maßnahmen. Jedes für sich dient der Begegnung bestimmter Teilprobleme im Zusammenhang mit den identifizierten Wettbewerbsproblemen. Nur beim Einsatz aller nachstehend angeführten Instrumente ist sichergestellt, dass den Wettbewerbsproblemen tatsächlich begegnet werden

kann. Mit diesem Bescheid wird die ORS als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht festgestellt, wobei die spezifischen Verpflichtungen nach dem 8. Abschnitt des TKG 2021 wie bereits mit dem Bescheid Hörfunkmärkte 2018 neuerlich – im Wesentlichen unverändert – auferlegt werden.

4.7.2.1. Zur Verpflichtung zur Gewährung von Zugang gemäß § 95 TKG 2021

Gemäß § 95 Abs. 1 TKG 2021 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Diese Verpflichtung kann gemäß Abs. 2 leg.cit. insbesondere folgende Verpflichtungen umfassen: Z 1: Gewährung des Zugangs zum Netz, zu bestimmten physischen Netzkomponenten, Einrichtungen und deren Nutzung, einschließlich des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss und zu einem Teilabschnitt; Z 2: Gewährung des Zugangs zu bestimmten aktiven oder virtuellen Netzkomponenten und -diensten; Z 3: Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen; Z 4: bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern; Z 5: Angebot bestimmter Dienste zu Vorleistungsbedingungen für den Weitervertrieb durch Dritte; Z 6: Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind; Z 7: Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung zugehöriger Einrichtungen; Z 8: Schaffung der Voraussetzungen für die Interoperabilität durchgehender Nutzerdienste oder für Roaming in Mobilfunknetzen; Z 9: Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen sowie Z 10: Zugang zu zugehörigen Diensten, wie einem Identitäts-, Standort- und Verfügbarkeitsdienst.

Ziel dieser bereits mit dem Bescheid Hörfunkmärkte 2018 auferlegten Zugangsverpflichtung ist es, die Verweigerung des Zugangs zu verhindern und die Bedingungen des Zugangs zu spezifizieren. Für die Sicherstellung des Zugangs zu einem Vorleistungsprodukt wäre auch § 91 Abs. 1 TKG 2021 (Gleichbehandlungsverpflichtung) in Erwägung zu ziehen. Im Allgemeinen kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass das „geeignete“ Zugangsprodukt genau einem intern bereitgestellten Produkt entspricht, weshalb die Gleichbehandlungsverpflichtung – für sich allein genommen – nicht geeignet erscheint, einen adäquaten Zugang sicherzustellen. Da § 95 TKG 2021 zudem wesentlich umfassendere Ausführungen zu Fragen der Gewährung von Infrastrukturzugang enthält, ist diese Bestimmung jener des § 91TKG 2021 vorzuziehen, welche keine vergleichbaren Präzisierungen und Vorgaben beinhaltet. Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist allerdings als zusätzliches Regulierungsinstrument in Betracht zu ziehen (siehe dazu unten 4.7.2.3).

Das festgestellte Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen auf nachgelagerte Märkte (Werbe- bzw. Endkundenmarkt) kann durch Sicherstellung des Zugangs zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt am vorliegenden Markt behoben werden. Zugang zu den Standorten bzw. Sendeanlagen der ORS kann die Markteintrittsschranken auf nachgelagerten Märkten wesentlich reduzieren und so für zusätzliche Markteintritte und erhöhten Wettbewerb sorgen. Da es sich bei den Standorten bzw. Sendeanlagen der ORS in vielen Fällen um nicht leicht ersetzbare Infrastruktur handelt (vgl. hierzu die Feststellungen im Sachverhalt), erscheint eine Zugangsverpflichtung notwendig sowie als das einzig effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu fördern.

Die dem ORF und seinen Tochtergesellschaften gemäß § 8 ORF-G – unabhängig von der Regulierung nach dem 8. Abschnitt des TKG 2021 (vgl. BKS 29.01.2007, 611.189/0001-BKS/2007, zu dessen Vorgängerbestimmung) – auferlegte Verpflichtung zur Gestattung der Mitbenutzung ihrer Sendeanlagen durch andere Rundfunkveranstalter und terrestrische Multiplex-Betreiber gegen angemessenes Entgelt reicht gegenüber der Zugangsverpflichtung gemäß § 95 TKG 2021 nicht aus: Die Regelung ermöglicht zwar einen Zugang zu Sendeanlagen; Gegenstand des hier maßgeblichen Markts ist aber nicht etwa (bloß) die genannte Infrastruktur, sondern vielmehr ein über diese Infrastruktur angebotenes Vorleistungsprodukt, nämlich die Übertragungsleistung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW. Der Zugang zu den Sendeanlagen stellt für dieses Produkt lediglich allenfalls eine Vorleistung dar. Insofern kann sie (allein) nicht das gegenständliche Wettbewerbsproblem beseitigen.

Die ORS hat bei zumutbarer Nachfrage Zugang zur Übertragungsleistung an ihren Standorten bzw. den Dienst „terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden“ anzubieten. Angemessene Anträge auf Zugang zu Netzbestandteilen und zur zugehörigen Infrastruktur bzw. auf Nutzung derselben sollen überdies nur aufgrund objektiver Kriterien wie z.B. technischer Machbarkeit oder notwendiger Aufrechterhaltung der Netzintegrität abgelehnt werden können (Unzumutbarkeit, vgl. § 95 Abs. 5 TKG 2021).

Das Angebot der ORS hat ungebündelt zu erfolgen, sodass kein Nachfrager verpflichtet werden soll, Dienste zu beziehen bzw. Geräte zu mieten, die er selbst bereitstellen kann oder die er nicht benötigt. Am gegenständlichen Markt betrifft dies beispielsweise Leistungen wie die Signalzubringung, die Senderreserve und RDS (Radio Data System). Dies bedeutet konkret, dass private Hörfunkveranstalter nicht verpflichtet werden dürfen, etwa die Signalzubringung, eine Senderreserve oder RDS von der ORS zu beziehen, wenn diese Leistungen nicht explizit nachgefragt werden. Weiters darf der Nachfrager insbesondere auch nicht dazu verpflichtet werden, eine Sendeanlage mit höherer Leistung, als benötigt, zu beziehen. Gemäß dem Entbündelungsgrundsatz soll es nicht der ORS vorbehalten sein, darüber zu entscheiden, welche Teilleistung vom Nachfrager selbst erbracht wird oder von der ORS in Anspruch genommen wird. Mit den getroffenen Anordnungen wird den Bedürfnissen der privaten Hörfunkveranstalter im Ergebnis Rechnung getragen.

Gemäß § 95 Abs. 4 TKG 2021 ist nunmehr vor Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu prüfen, ob eine Auferlegung von Verpflichtungen nach § 94 TKG 2021 (Zugang zu baulichen Anlagen) ein verhältnismäßigeres Mittel zur Förderung des Wettbewerbs und der Interessen der Endnutzer darstellt. Dazu ist festzuhalten, dass die schon genannte Bestimmung des § 8 ORF-G auch eine Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen, so etwa zu Antennentragemasten (so ausdrücklich RV 611 BlgNR 24. GP) erlaubt und diese aus den weiter oben genannten Gründen jedenfalls nicht ausreicht. Auch der in § 94 TKG 2021 geregelte Zugang zu baulichen Anlagen ist aus diesen genannten Gründen nicht als ausreichend anzusehen (in diesem Sinne auch BVwG 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E).

Die Verpflichtung nach § 95 TKG 2021 ist somit nach wie vor geeignet, den Zugang zu einem entsprechenden Vorleistungsprodukt am Vorleistungsmarkt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zu Endkunden als verpflichtend zu gestalten und gibt es keine gelinderen Maßnahmen, um dem festgestellten Wettbewerbsproblem der vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken, weshalb sie erneut aufzuerlegen war (vgl. Spruchpunkt 3.1).

4.7.2.2. Verpflichtung zur Entgeltkontrolle gemäß § 96 TKG 2021

Wettbewerbsprobleme, die aus einer möglichen Anhebung der Preise über Kosten und einer Preisdiskriminierung (externe Bereitstellung zu höheren Preisen als interne Bereitstellung) entstehen, können bei einem schwer replizierbaren Vorleistungsprodukt nur durch Entgeltkontrolle (Preisregulierung) verhindert werden.

§ 96 Abs. 1 TKG 2021 folgend, kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen, wenn sie in einem Verfahren gemäß § 87 TKG 2021 feststellt, dass

1. ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte,
2. kein nachweisbarer Preisdruck bei den Endkundenpreisen besteht und
3. die nach §§ 91 bis 95 auferlegten Verpflichtungen, insbesondere auch eine Verpflichtung zur wirtschaftlichen Replizierbarkeit, keinen effektiven und nichtdiskriminierenden Zugang gewährleisten.

Die Regulierungsbehörde hat den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften (§ 96 Abs. 3 TKG 2021). Darüber hinaus können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

§ 96 TKG 2021 ermöglicht verschiedene Varianten der Entgeltkontrolle: „*Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte*“ (Abs. 1) sowie „*an den Kosten orientierte Entgelte*“, „*Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung*“, „*von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung*“ und die Berücksichtigung von „*Entgelten, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten*“ (Abs. 4). Daraus folgt, dass die Regulierungsbehörde – unter Bedachtnahme auf die Verhältnismäßigkeit – die konkrete Ausformung der Entgeltkontrolle entsprechend den Ergebnissen eines Verfahrens gemäß § 87 TKG 2021 vorzunehmen hat und § 96 TKG 2021 mehrere Möglichkeiten eröffnet; dadurch wird sichergestellt, dass Regulierungsverpflichtungen ausgewählt und auferlegt werden, die „geeignet“ iSd § 87 Abs. 1 TKG 2021 sind, das konkret festgestellte wettbewerbliche Defizit zu beseitigen.

Neben der Feststellung beträchtlicher Marktmacht iSd § 86 TKG 2021 sieht § 96 Abs. 1 TKG 2021 im Gegensatz zu § 42 TKG 2003 drei Voraussetzungen vor, welche kumulativ vorliegen müssen, damit eine Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung auferlegt werden kann.

§ 96 Abs. 1 Z 1 TKG 2021 setzt voraus, dass „*ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte*“. Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht muss sich also aktuell nicht wettbewerbswidrig verhalten, damit die Regulierungsbehörde eine Preis-/Entgeltkontrolle auferlegen kann, sondern es ist ausreichend, dass ein solches Verhalten – theoretisch vor dem Hintergrund der spezifischen Anreizstruktur – praktiziert werden könnte und

Anreize dazu gegeben sind (vgl. BVwG 18.07.2023, W148 2205235-1/28E W148 2205237-1/28E, mWn).

Im Sachverhalt wurde festgestellt, dass die ORS als marktmächtiges Unternehmen in Abwesenheit von Regulierung ökonomische Anreize hat, am vorliegenden Markt Preise zu verlangen, die über den Kosten der Leistungsbereitstellung liegen, da aufgrund oftmals mangelnder Alternativen auch nach einer Preiserhöhung kein entsprechender Umsatzverlust erwartet werden muss. Gleichzeitig wäre es der ORS auch möglich, Konkurrenten ihres Mehrheitseigentümers ORF auf den nachgelagerten Märkten durch Preisdiskriminierung am Vorleistungsmarkt zu benachteiligen. Da die Kosten für die analoge terrestrische Übertragung mittels UKW einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur der Vertragspartner der ORS haben, spiegeln sich überhöhte ORS-Entgelte auf dem gegenständlichen Markt bei diesen wider, was sich wiederum für Endnutzer nachteilig auswirken kann. Die Feststellung, dass die ORS derzeit – und in Übereinstimmung mit der ihr bereits gegenwärtig auferlegten Kostenorientierungsverpflichtung – insgesamt keine über den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung liegenden Entgelte anwendet, steht dieser Überlegung angesichts der bereits oben unter 4.6.3 dargestellten Überlegungen zum modifizierten „Greenfield-Ansatz“ im Sinne von § 87 Abs. 5 TKG 2021 sowie der oben dargestellten Verwendung des Konjunktivs in § 96 Abs. 1 Z 1 TKG 2021 nicht entgegen.

§ 96 Abs. 1 Z 2 TKG 2021 verlangt darüber hinaus, dass kein nachweisbarer Preisdruck bei den Endkundenpreisen besteht. Das BVwG hat im bereits genannten Erkenntnis vom 18.07.2023, W148 2205235-1/28E W148 2205237-1/28E, bezogen auf den gegenständlichen Markt festgehalten, dass, da die UKW-Hörfunkprogramme grundsätzlich kostenlos empfangbar seien, gegenständlich auch kein nachweisbarer Preisdruck bei den Endkundenpreisen vorliegen könne, weshalb gegenständlich diese Voraussetzung erfüllt seien. Da dies weiterhin der Fall ist, ist auch vorliegend davon auszugehen, dass die Voraussetzung der Z 2 leg.cit. erfüllt ist.

§ 96 Abs. 1 Z 3 TKG 2021 nimmt weiters Bezug auf andere spezifische Verpflichtungen, nämlich zur Transparenz, zur Gleichbehandlung, zur getrennten Buchführung, zum Zugang zu baulichen Anlagen sowie zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung. Nur wenn die auferlegten spezifischen Verpflichtungen nach §§ 91 bis 95 TKG 2021 keinen effektiven und nichtdiskriminierenden Zugang gewährleisten können, kann die Regulierungsbehörde, sofern die weiteren Voraussetzungen vorliegen, eine Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung vorsehen (vgl. wiederum BVwG 18.07.2023, W148 2205235-1/28E W148 2205237-1/28E).

Wie sich aus dem Gutachten des Amtssachverständigen ergibt, ist die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle das einzig geeignete bzw. das gelindeste (vgl. die Ausführungen zur Kombination von Gleichbehandlungsverpflichtung und getrennter Buchführung auf Produktebene weiter unten) Mittel, um vor dem Hintergrund der oben beschriebenen Marktverhältnisse auf dem gegenständlichen Markt potenziell überhöhten Vorleistungspreisen entgegenzuwirken und so einen effektiven und nichtdiskriminierenden Zugang zu den Vorleistungen zu gewährleisten (so auch des BVwG im genannten Erkenntnis.)

Alle Voraussetzungen für die Auferlegung einer Vorabverpflichtung gemäß § 96 Abs. 1 TKG 2021 sind somit gegeben.

Verglichen mit anderen Instrumenten ist die mit diesem Bescheid (vgl. Spruchpunkt 3.2) auferlegte Form der Entgeltkontrolle zwar relativ eingriffsintensiv, weil der Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens auf einem Markt – eingeschränkt wird, nach den Feststellungen sind jedoch gelindere Instrumente nicht vorhanden, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich des Wettbewerbsproblems auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten. Mit anderen Verpflichtungen lässt sich das festgestellte Wettbewerbsproblem der potenziell überhöhten Preise nämlich nicht beseitigen (vgl. dazu im Detail weiter unten).

Bei der Auswahl der geeigneten Entgeltkontrolle sind die Spezifika des gegenständlichen Markts zu beachten: Nachdem UKW-Hörfunkprogramme grundsätzlich kostenlos empfangbar sind, ist das Ziel preislicher Vorteile für den Endkunden nicht relevant. Aus diesem Grund sind auch Alternativen zur Kostenorientierung, wie zum Beispiel ein in anderen Märkten möglicher „Nachbildbarkeitsansatz“ (Retail minus) oder auch diverse „Margin-Squeeze-Tests“ im Falle dieses Marktes keine Option der Entgeltkontrolle, weil die Bezugsbasis (nämlich der Endkundenpreis) fehlt.

Vor diesem Hintergrund ist das geeignete Mittel der Entgeltkontrolle die Festlegung kostenorientierter Entgelte. Für die Ausgestaltung der Kostenorientierung ist eine konkrete Kostenrechnungsmethode festzulegen.

In der Kostenrechnungsempfehlung 2005 sind für Betreiber, die aufgrund einer Marktanalyse von ihrer nationalen Regulierungsbehörde als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt gemeldet wurden, eine Reihe von Kostenrechnungsgrundsätzen festgelegt. Diese Empfehlung bezieht sich daher auch auf relevante Rundfunkübertragungsmärkte.

Für bestimmte Vorleistungsprodukte, wie zum Beispiel zur Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU existieren demgegenüber spezielle Empfehlungen (z.B. Empfehlung der Europäischen Kommission vom 07.05.2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU [2009/396/EG] oder die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.09.2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen [2013/466/EU]). Da eine solche spezielle Empfehlung für die Rundfunkübertragungsmärkte wie dem verfahrensgegenständlichen Markt fehlt, sind die in der – allgemeinen – Kostenrechnungsempfehlung 2005 niedergelegten Grundsätze für das gegenständliche Verfahren maßgeblich.

Die in Spruchpunkt 3.2 auferlegte Verpflichtung, wonach die Berechnung der Kosten der ORS unter Anwendung der in der Kostenrechnungsempfehlung 2005 aufgestellten Regeln zu erfolgen hat, erfolgte zur Konkretisierung des Begriffes „*Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung*“. Damit wird es der ORS vor dem Hintergrund des Bestimmtheitserfordernisses eines Leistungsbefehls ermöglicht, ihr Kostenrechnungssystem bescheidkonform zu gestalten.

Aus der konkreten Marktsituation und der Kostenrechnungsempfehlung 2005 ergeben sich unter Berücksichtigung der Regulierungsziele (vgl. § 1 TKG 2021) ausdrücklich die in Spruchpunkt 3.2 festgeschriebenen Grundsätze, die die Anforderungen an das Kostenrechnungssystem beschreiben:

Die Grundsätze der Relevanz, Zuverlässigkeit, Wesentlichkeit, Vergleichbarkeit, Integrität der Daten und Nachvollziehbarkeit dienen allgemein der Überprüfbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Kostenrechnung.

Die Grundsätze der verursachergerechten Kostenzurechnung und der getrennten Bestimmung von direkten und indirekten Kosten stellen sicher, dass Nachfrager nicht für Leistungen bezahlen, die mit der Leistungserstellung nicht in Zusammenhang stehen und verhindern damit überhöhte Preise.

Die Grundsätze der konsistenten Bewertung (anhand von Wiederbeschaffungswerten) und der angemessenen Kapitalverzinsung sollen sicherstellen, dass die Tarife die Modernisierung durch rollierende Investitionen in das Netz ermöglichen, und somit die effiziente Nutzung der bestehenden Infrastruktur langfristig sicherstellen (vgl. § 1 Abs. 3 Z 4 TKG 2021).

Die Berechnung der Kosten hat unter Anwendung der in der Kostenrechnungsempfehlung 2005 und der WACC-Mitteilung aufgestellten Regeln zu erfolgen. Erwägungsgrund 6 der Kostenrechnungsempfehlung 2005 hält folgendes fest (Hervorhebungen hinzugefügt): „Verbindlich vorgeschriebene Kostenrechnungssysteme und Methoden der getrennten Buchführung, die insbesondere als Grundlage für Preiskontrollen dienen, müssen so beschaffen sein, dass sie Anreize für wirksame Investitionen bieten, sowie potenziell wettbewerbswidriges Verhalten (vor allem die Preis-Kosten-Schere) aufzeigen helfen.“ Dies erfordert – wie § 96 Abs. 3 TKG 2021 ausdrücklich festhält („Die Regulierungsbehörde hat eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken und der zukünftigen Marktentwicklung zu ermöglichen.“) – die Berücksichtigung einer angemessenen Kapitalverzinsung des zur Leistungserstellung notwendigen Kapitals in der Kostenrechnung.

Die Höhe der Kapitalverzinsung ist nach der in den Feststellungen wiedergegeben Methode (2.3.2.4.4.10) zu berechnen. Daher war der WACC vor Steuern mit 5,02 % (dies entspricht einem WACC nach Steuern von 3,84 %), basierend auf den Daten für die Regulierungsperiode 2023-2024, bescheidmäßig festzulegen (vgl. Spruchpunkt 3.2.3). Im Sinne von Rz 70 der WACC-Mitteilung wird die KommAustria jedenfalls jährlich zu überprüfen haben, ob der festgelegte WACC beibehalten werden kann oder ob dieser allenfalls – von Amts wegen – gemäß § 96 Abs. 4 TKG 2021 anzupassen sein wird. Eine solche Überprüfung wird regelmäßig, etwa im Rahmen der jährlich durchzuführenden Kostenrechnungsprüfung gemäß § 96 Abs. 5 TKG 2021, bzw. dann, wenn der KommAustria Umstände bekannt werden, die eine Anpassung des festgelegten WACC notwendig machen, stattfinden.

Die ORS hält in ihren weitgehend gleichlautenden Stellungnahmen vom 25.06.2024 und vom 16.07.2024 zum notifizierten Entwurf einer Vollziehungshandlung vom 27.05.2024, der aufgrund der Ergebnisse des Pränotifikationsmeetings im Sinne von Randnummer 1 der Empfehlung EU 2021/554 der Kommission vom 30.03.2021 über Form, Inhalt, Fristen und Ausführlichkeit der Notifizierungen gemäß den Verfahren nach Art. 32 der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation am 14.05.2024 eine spruchmäßige Festlegung des WACC vorsieht, im Wesentlichen fest, eine rechtskräftfähige Festlegung des WACC im Bescheidspruch sei nicht Gegenstand der öffentlichen Konsultation im Sinne des § 206 TKG 2021 gewesen; sie dürfe ohne eine neuerliche Konsultation aber nicht und – vor dem Hintergrund des auf den Zeitraum 2023 bis 2024 bezogenen Gutachtens

der nichtamtlichen Sachverständigen – jedenfalls nicht unbefristet erfolgen. Überdies sei kein Prozedere festgelegt, das eine Änderung der Festlegung des WACC aufgrund geänderter Marktgegebenheiten – im Hinblick auf die angeordnete jährliche Anpassung der Preise – zeitgerecht ermöglichen würde. Hierzu ist folgendes festzuhalten:

Zunächst wurden die Grundlagen für die Festlegung des WACC dem Parteiengehör unterzogen und waren diese auch Gegenstand des konsultierten Entwurfs. Im Rahmen des Pränotifikationsmeetings vom 14.05.2024 hat die Europäische Kommission die KommAustria darauf hingewiesen, dass jegliche Änderung der Entgeltkontrolle, also auch eine Modifikation des WACC, der Europäischen Kommission im Sinne von Art. 7 EECC (vgl. § 207 TKG 2021) zu notifizieren sein wird.

Die Europäische Kommission geht daher davon aus, dass eine Neufestlegung des WACC ausschließlich durch eine – förmliche – Änderung der Maßnahme nach Art. 74 EECC erfolgen kann und daher der entsprechende Maßnahmenentwurf gemäß Art. 33 EECC zu notifizieren ist. Den verfahrensrechtlichen Rahmen für Änderungen der Verpflichtung der Entgeltkontrolle im innerstaatlichen Recht bildet § 96 Abs. 4 TKG 2021 iVm §§ 87 ff und §§ 206f TKG 2021. Eine solche Änderung einer Vorabverpflichtung hat demgemäß durch Bescheid der KommAustria zu erfolgen, dessen Entwurf vorher gemäß § 206 TKG 2021 zu konsultieren und dem Koordinationsverfahren nach § 207 TKG 2021 zu unterziehen, also im Sinne von Art. 33 EECC zu notifizieren ist. Eine Änderung der Vorabverpflichtung zur Entgeltkontrolle im Hinblick auf den WACC setzt aber verfahrensrechtlich voraus, dass dieser im „ursprünglichen“ Bescheid spruchgemäß festgelegt wurde, da Bescheide nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 68 Abs. 1 AVG nur hinsichtlich ihres Spruchs, nicht aber hinsichtlich ihrer Begründung abgeändert werden können (vgl. unter vielen VwGH 09.09.2010, 2006/20/0446). Somit ergibt sich zwingend, dass die gegenständliche Festlegung des WACC in einer der Rechtskraft zugänglichen Weise, also im Spruch, zu erfolgen hat. Nur dann kann auch eine Änderung der Verpflichtung der Entgeltkontrolle im Sinne von § 96 Abs. 4 TKG 2021 durch Bescheid der KommAustria erfolgen. Indem der anzuwendende WACC im Bescheidspruch festgelegt wird, ist im Übrigen auch der verfahrensrechtliche Rahmen für die Änderung des WACC, dessen Fehlen im konsultierten Entwurf einer Vollziehungshandlung die ORS moniert, unmittelbar aus dem Gesetz (vgl. die oben genannten Bestimmungen) ableitbar.

Aufgrund des Hinweises der Europäischen Kommission im Pränotifikationsmeeting am 14.05.2024 hat die KommAustria den konsultierten Entwurf einer Vollziehungshandlung somit lediglich aus diesen genannten verfahrensrechtlichen Gründen präzisiert; es kann dahingestellt bleiben, ob in der Unterlassung der von der ORS geforderten neuerlichen Konsultation überhaupt ein Verfahrensfehler gesehen werden kann, da ein solcher jedenfalls nicht wesentlich wäre: zum einen hätte die im Pränotifikationsmeeting geäußerte Rechtsansicht der Europäischen Kommission zur Notwendigkeit einer Notifizierung für Änderungen der Verpflichtung der Entgeltkontrolle bei Fehlen einer entsprechenden spruchmäßigen Festlegung wohl zu einer diesbezüglichen Stellungnahme der Europäischen Kommission gemäß § 207 Abs. 2 TKG 2021 im Notifikationsverfahren geführt, der die KommAustria – im Übrigen ohne ein neuerliches Konsultationsverfahren gemäß § 206 TKG 2021 – weitestgehend Rechnung zu tragen gehabt hätte; zum anderen hätte auch nach Durchführung eines weiteren Notifizierungsverfahrens aufgrund der genannten zwingenden verfahrensrechtlichen Vorgaben eine spruchmäßige Festlegung des WACC zu erfolgen gehabt, sodass der behauptete Verfahrensfehler jedenfalls nicht zu einem anderen

Verfahrensergebnis geführt hätte (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa VwGH 24.05.2016, Ra 2016/09/0057).

Soweit die ORS eine unbefristete Festlegung des WACC als nicht von den Beweisergebnissen gedeckt erachtet, da die nichtamtlichen Sachverständigen lediglich einen WACC für die Regulierungsperiode 2023-2024 berechnet hätten, ist festzuhalten, dass es sich bei der Festlegung von Maßnahmen der ex-ante-Regulierung naturgemäß um Prognosentscheidungen handelt, die lediglich aufgrund von im Entscheidungszeitpunkt absehbaren Umständen getroffen werden können. Der Telekom-Rechtsrahmen sieht, wie oben dargestellt, Verfahren vor, die die Regulierungsbehörde von Amts wegen verpflichtet, aufgrund von geänderten Marktbedingungen (vgl. ErwG 177 EECC, ebenso RZ 70 der WACC-Mitteilung) auferlegte Verpflichtungen gegebenenfalls (hier: gemäß § 96 Abs. 4 TKG 2021) abzuändern.

Durch den Grundsatz der effizienten Leistungsbereitstellung wird verhindert, dass Nachfrager für eine gegebenenfalls nicht effiziente Leistungserbringung zu hohe Tarife bezahlen müssen.

Der Grundsatz der Annäherung an langfristige durchschnittliche Kosten gewährleistet, dass Nachfrager von den vorhandenen Skalen- und Verbundvorteilen im bestehenden Netz des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht profitieren können, weil diese in den Kosten berücksichtigt werden.

Mit dem Grundsatz der Durchschnittsbildung werden die Kosten abstrakten Produkten mittels einer Durchschnittsberechnung zugerechnet und somit sichergestellt, dass ein Nachfrager – unabhängig vom konkret nachgefragten Ort – mit seinem Zugangspreis einen einheitlichen Beitrag zur Erhaltung, Modernisierung und Weiterentwicklung des österreichweit bereits verfügbaren Netzes leistet. Wie sich aus den festgestellten Gegebenheiten des gegenständlichen Markts ergibt, erscheint die in Wettbewerbsmärkten üblicherweise relevante Berechnung eines „simulierten“ Wettbewerbspreises auf Ebene von Einzelstandorten im gegenständlichen Markt nicht sinnvoll: Eine Betrachtung der Einzelstandorte würde zwar in der Theorie eine genauere Kostenzuordnung bewirken; praktisch könnten aber economies of scope and scale nicht adäquat berücksichtigt werden. Zusätzlich kann ein Kostenwert eines bestimmten bestehenden Standorts nicht als Benchmark dienen, ob sich eine Investition an einem anderen Standort lohnen wird, weil selbst bei nahegelegenen Standorten die Kostensituation eine gänzlich andere sein kann. Insofern würde eine einzelstandortbezogene Betrachtungsweise im Hinblick auf die Förderung von Infrastrukturinvestitionen und neue Markteintritte keinen positiven Einfluss haben. Im Zusammenhang mit dem Ziel der Förderung einer flächendeckenden Angebotsvielfalt besteht bei einer Regional- bzw. Einzelbetrachtung pro Standort vielmehr die Gefahr, dass speziell in Alpenregionen, wo ohnehin für die Versorgung eines Gebiets mehr Übertragungskapazitäten bei gleichzeitig relativ geringer Kundendichte notwendig sind, die Verbreitungskosten durch Tariffdifferenzierungen noch zusätzlich für Hörfunkveranstalter steigen, Marktaustritte von Hörfunkveranstaltern bewirken und somit die Meinungsvielfalt gefährden könnten. Dieser Effekt tritt bei einer Gesamtbetrachtung des Netzes nicht auf, weil in diesem Fall ein Nachfrager – unabhängig vom konkreten Ort der Nachfrage – immer den gleichen Beitrag zur Erhaltung und Modernisierung des bereits vorhandenen flächendeckenden Netzes in Form von gleichen Tarifen leistet (vgl. zu dieser Sichtweise auch wiederum die Entscheidung BVwG 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E).

Insgesamt kann durch die vorgeschriebene Kostenrechnungsmethode – wie in den Feststellungen dargestellt – zum einen sichergestellt werden, dass es zu keinen überhöhten Tarifen kommt. Dies führt insbesondere dazu, dass Nachfrager Hörfunkübertragungsleistungen zu angemessenen Entgelten erhalten können (vgl. § 1 Abs. 2 Z 2 und Abs. 3 Z 2 TKG 2021), und trägt letztendlich dazu bei, dass dem Endnutzer eine große Auswahl an qualitativ hochwertigen Radioprogrammen zur Verfügung steht (vgl. § 1 Abs. 2 Z 4 TKG 2021), wodurch auch die Medienvielfalt gefördert wird (vgl. § 1 Abs. 5 TKG 2021).

Zum anderen wird gewährleistet, dass ausreichende Investitionsanreize in das bestehende – flächendeckende – Netz der ORS bestehen und somit die effiziente Nutzung bestehender Infrastruktur gefördert wird (vgl. § 1 Abs. 3 Z 4 TKG 2021). Wie sich aus den Feststellungen ergibt, hängen Investitionen in neue Infrastruktur (Netze oder auch Einzelstandorte) sehr stark von der Frequenzverfügbarkeit, der vorhandenen Nachfrage und den technischen und organisatorischen Erschließungsmöglichkeiten ab. Demgegenüber ist das Tarifniveau ein für Investitionen nicht im gleichen Maß ausschlaggebender Parameter für Investitionsentscheidungen. Insofern kann die Verpflichtung zu kostenorientierten Preisen zwar nicht per se den Infrastrukturwettbewerb fördern, da dieser hauptsächlich von außerhalb des Regulierungsrahmens für Elektronische Kommunikation liegenden Faktoren wie etwa Topografie, rechtlichen Marktzutrittsbarrieren und Frequenzknappheit behindert wird; die Verpflichtung hat aber nach den Feststellungen auf dem gegenständlichen Markt keine negativen Auswirkungen auf neue Infrastrukturinvestitionen.

Die ORS verfügt schon derzeit – aufgrund der auferlegten Verpflichtungen im Bescheid Hörfunkmärkte 2018 – über ein Kostenrechnungssystem als notwendige Voraussetzung für die Berechnung kostenorientierter Entgelte. Auch insofern stellt die Fortschreibung der Vorabverpflichtung nach § 96 TKG 2021 jedenfalls keine unzumutbare Belastung im Sinne der Rz 117 und 118 der SMP-Leitlinien dar.

Zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Indexanpassungsklauseln ist Folgendes festzuhalten: Gemäß Spruchpunkt 3.2 hat die ORS für jede marktgegenständliche Leistung für die unter Spruchpunkt 3.1 angeführten Zugangsleistungen gemäß § 96 Abs. 1 TKG 2021 ein Entgelt maximal in Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung zu verrechnen. Die ORS darf nach dieser spezifischen Verpflichtung grundsätzlich ein niedrigeres Entgelt verrechnen; eine Indexanpassungsklausel widerspricht dieser Regelung so lange nicht, als die Entgelte die Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Die genannten bisherigen Überprüfungen gemäß § 42 Abs. 3 TKG 2003 (nunmehr: § 96 Abs. 5 TKG 2021) haben eine solche Überschreitung – trotz einer Indexanpassungsklausel im bestehenden Standardangebot der ORS – nicht ergeben (so auch BVwG 18.07.2023, W148 2205235-1/28E W148 2205237-1/28E).

Die in Spruchpunkt 3.2.2 vorgesehene Verpflichtung, jährlich spätestens zum 31. Mai eine Beschreibung der Kostenrechnungsmethode, in der die wesentlichen Kostenarten und die Regeln der Kostenzuweisung aufgeführt werden, an die KommAustria zu übermitteln sowie die ebenfalls in Spruchpunkt 3.2.2 vorgesehene Verpflichtung zur vollständigen Übermittlung der Kostendaten des jeweils unmittelbar vorangegangenen Kalenderjahres zu den gleichen Zeitpunkten, ist erforderlich, um die in § 96 Abs. 5 TKG 2021 verpflichtend vorgesehene jährliche Veröffentlichung der Beschreibung der Kostenrechnungsmethode zu ermöglichen. Der 31. Mai wurde gewählt, da zu diesem Zeitpunkt die ORS nach unternehmensrechtlichen Vorschriften zur Legung einer bereits attestierten Bilanz verpflichtet ist. Es bietet sich im Interesse einer raschen jährlichen Überprüfung

der Anwendung der vorgeschriebenen Kostenrechnungsmethode nach § 96 Abs. 5 TKG 2021 an, auf diesen Zeitpunkt zur Vorlage der entsprechenden Beschreibung der Kostenrechnungsmethode, in der die wesentlichen Kostenarten und die Regeln der Kostenzuweisung aufgeführt werden und in der die aktuellsten verfügbaren Kostendaten vollständig enthalten sind, abzustellen. Eine rasche Übermittlung liegt aber vor dem Hintergrund möglicher Maßnahmen der Regulierungsbehörde nach § 184 TKG 2021 auch im Interesse der ORS, da nur so im Fall einer sich ergebenden Kostenüberdeckung seitens der ORS durch entsprechende Anpassung des Standardangebots aus eigenem rasch gegengesteuert werden kann. Diesem Gedanken folgend wurde auch hinsichtlich der vorzunehmenden Aktualisierungen des Standardangebots (siehe dazu Spruchpunkt 3.4.1) auf diesen Rhythmus abgestellt.

Hinsichtlich der genannten Überprüfung der Kostenrechnung ist auf § 96 Abs. 5 TKG 2021 zu verweisen, wonach diese der Regulierungsbehörde oder einer von ihr beauftragte qualifizierten unabhängigen Stelle obliegt. Eine Beteiligung privater Hörfunkveranstalter wäre somit von der geltenden Rechtslage nicht gedeckt.

Um Kostenüber- oder -unterdeckungen zu vermeiden, müssen die Entgelte für die marktgegenständlichen Leistungen den dafür jeweils aktuell ausgewiesenen Kosten entsprechen und für alle Hörfunkveranstalter gleich sein. Dies bedeutet wiederum, dass bei jeder Veröffentlichung eines aktualisierten Standardangebotes auf Nachfrage des Rundfunkveranstalters Verträge, die nach Zustellung dieses Bescheides abgeschlossen werden, an das aktualisierte Standardangebot anzupassen sind und das Standardangebot eine entsprechende Klausel enthalten muss (siehe Spruchpunkt 3.4.2; näher dazu unten zu Punkt 4.7.2.4).

Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auch die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte verlangen und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen (§ 96 Abs. 4 TKG 2021). Bezüglich der Ausgestaltung der Tarifstruktur der ORS ist es daher ausreichend, wenn für jedes einzelne Entgelt (Tarif) für marktgegenständliche Leistungen auf Aufforderung der KommAustria der ORS der Nachweis der Kostenorientierung des jeweiligen Entgelts (der jeweiligen Entgelte) gelingt.

Mit diesem Bescheid wird – wie bei den bestehenden Verpflichtungen – keine Einteilung in bestimmte Leistungsklassen vorgegeben. Die Entgeltkontrolle in dieser Form, lässt der ORS – wie schon im Bescheid Hörfunkmärkte 2018 festgehalten – trotz unverändert bestehender Wettbewerbsprobleme ausreichende unternehmerische Freiräume und ist daher auch aus diesem Grund als verhältnismäßig zu betrachten. Alternativ sind im vorliegenden Zusammenhang die Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 92 TKG 2021 gemeinsam mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung nach § 93 TKG 2021 zu betrachten, die potenziell für die Festlegung des Zugangspreises in Frage kommen. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die (internen bzw. zwischen ORS und ORF angewendeten) Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch zur Basis für externe Transaktionen werden könnten. Da durch diese Verpflichtungen die im vorliegenden Fall erforderlichen Informationen im Markt, nämlich die Preise auf Produktebene (pro Senderleistungsklasse, mit und ohne Reserve, jeweils für Hörfunk und TV, bzw. RDS für Hörfunk), nicht genügend transparent gemacht werden können, ist die gemeinsame Verpflichtung nach § 91 und § 92 TKG 2021 alleine nicht für die Festlegung des Zugangspreises geeignet. Die Anordnung einer getrennten Buchführung auf Produktebene wäre unverhältnismäßig, da der operative

Aufwand bei der laufenden Buchführung für die ORS übermäßig hoch wäre. Eine Entgeltkontrolle nach § 96 TKG 2021 ist im Vergleich dazu das gelindere Mittel, weshalb sie aufzuerlegen war (vgl. Spruchpunkt 3.2).

4.7.2.3. Zur auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 92 TKG 2021

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll garantieren, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren (Erwägungsgrund 184 EECC, Erläuterungen RV zu § 92 TKG 2021). Diese Verpflichtung umfasst sowohl die Nichtdiskriminierung zwischen Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als auch die Gleichbehandlung von Mitbewerbern im Verhältnis zur Bereitstellung von Leistungen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selbst oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen.

Durch Sicherstellung des Zugangs zu schwer replizierbarer Infrastruktur sowie durch die Regulierung des Zugangspreises können zwar grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen am nachgelagerten Markt geschaffen werden, jedoch stehen einem (vertikal integrierten) Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene neben dem Preis weitere Mittel zur Verfügung, um den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Es besteht etwa Anreiz dazu, den Wettbewerbern am nachgelagerten Markt das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitzustellen als bei interner Bereitstellung, den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen zu verwehren, die Bereitstellung zu verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festzulegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten zu bündeln, um so die Kosten für Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken.

Ist eine Entgeltkontrolle festgelegt und die Preissetzung als strategischer Parameter damit dem Unternehmen entzogen, so hat das marktmächtige Unternehmen andere Anreize, seine Gewinne zu erhöhen. Kann das Unternehmen nämlich die Kosten seiner Konkurrenten am nachgelagerten Markt erhöhen, so führt dies zu einer Ausweitung seiner Marktanteile sowie zur Erhöhung der Preise am Endkundenmarkt, was wiederum zu höheren Gewinnen des vertikal integrierten Unternehmens mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene führt.

Die ORS ist ein vertikal integriertes Unternehmen, solange der ORF 60 % bzw. einen signifikanten Anteil an diesem hält oder sein Einfluss auf sonstige Weise (z.B. personell) sichergestellt ist. Unter diesen Umständen ist daher zu erwarten, dass die ORS (ökonomische) Anreize zu den geschilderten Verhaltensweisen hat, um so anderen Konzerngesellschaften, insbesondere dem ORF, Vorteile auf den nachgelagerten Märkten zu verschaffen. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung (Verpflichtung, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten und Dienste und Informationen zu gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie intern oder wie für verbundene Unternehmen bereitzustellen) gemäß § 92 TKG 2021 erforderlich, die sich auf alle notwendigen, mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundenen Parameter bezieht.

Zum Verhältnis dieser Gleichbehandlungsverpflichtung zu § 2 Abs. 4 ORF-G ist – wie im Gutachten des Amtssachverständigen angedeutet – folgendes auszuführen: Nach dieser Bestimmung hat die vertragliche Zusammenarbeit des ORF mit anderen Unternehmen zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erfolgen. Gemäß § 2 Abs. 3 ORF-G gilt diese Verpflichtung auch für Tochterunternehmen des ORF wie eben die ORS.

Die nunmehr auferlegte Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 92 TKG 2021 (vgl. Spruchpunkt 3.3) schließt zwar mit ein, dass die vertragliche Zusammenarbeit zu nichtdiskriminierenden Bedingungen erfolgen muss, geht aber über diesen Fall deutlich hinaus. Die Gleichbehandlungsverpflichtung hat insbesondere sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet.

Die Verpflichtung nach § 2 Abs. 4 ORF-G bezieht sich aber jedenfalls nicht auf das Verhältnis zwischen dem ORF und seinen Tochtergesellschaften (für dieses Innenverhältnis gilt vielmehr § 31c Abs. 2 ORF-G). Vor dem Hintergrund der Marktabgrenzung, die auch Eigenleistungen und sohin auch die Leistungen enthält, die die ORS dem ORF im Rahmen der Erfüllung des Versorgungsauftrags gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 ORF-G erbringt, ist § 2 Abs. 4 ORF-G keine geeignete Norm, eine Ungleichbehandlung von privaten Rundfunkveranstaltern gegenüber dem ORF zu verhindern und macht daher schon aus diesem Grund jedenfalls eine Gleichbehandlungsverpflichtung notwendig.

Angesichts der in den Feststellungen (vgl. 2.3.2.1) beschriebenen strukturellen Unterschiede zwischen der Pauschalvereinbarung, die der ORF im Zusammenhang mit der Erbringung des Versorgungsauftrags mit der ORS abgeschlossen („UKW-Vertrag ORF“) hat, zu sonstigen Nachfragen auf dem gegenständlichen Markt war ausdrücklich klarzustellen, dass die ORS ihre marktgegenständlichen Leistungen Nachfragern nicht zu gegenüber den an den ORF im Zusammenhang mit der Erbringung des Versorgungsauftrags gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 ORF-G erbrachten Leistungen unsachlich benachteiligenden Bedingungen anzubieten und zu erbringen hat. Bei der Prüfung der Einhaltung der Gleichbehandlungsverpflichtung sind insbesondere die vom Amtssachverständigen in 2.3.2.1.3 identifizierten Indikatoren maßgeblich.

Wie sich aus der Beweiswürdigung (vgl. 3.5.1) ergibt, konnten die vom VÖP vertretenen Parteien keine Umstände aufzeigen, die eine Nachschärfung der bestehenden Verpflichtung notwendig machen würden, sodass die Gleichbehandlungsverpflichtung gegenüber dem Bescheid Hörfunkmärkte im Wesentlichen unverändert aufzuerlegen war (vgl. Spruchpunkt 3.3).

4.7.2.4. Zur auferlegten Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes gemäß § 91 Abs. 4 TKG 2021

Gemäß § 91 TKG 2021 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungen zur Transparenz in Bezug auf den Zugang auferlegen. Als spezifische Form einer solchen Transparenzverpflichtung sieht § 91 Abs. 4 TKG 2021 vor, dass die Regulierungsbehörde die Veröffentlichung eines Standardangebots verlangen kann. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte anzugeben. Standardangebote sind der Regulierungsbehörde vorzulegen.

Da auch eine Zugangsverpflichtung auferlegt wird (vgl. Spruchpunkt 3.1), war schon deshalb gemäß § 91 Abs. 5 TKG 2021 auch eine Verpflichtung zur Legung eines Standardangebots aufzuerlegen; nach den Feststellungen (vgl. 2.3.2) trägt diese Verpflichtung aber auch dazu bei, drei der vier festgestellten Wettbewerbsproblemen (Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber

Abnehmern, Diskriminierung von Nachfragern, Zwang, nicht benötigte Produkte im Bündel abnehmen zu müssen) zu begegnen, weshalb auch deshalb die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots gemäß § 91 Abs. 4 TKG 2021 aufzuerlegen war (vgl. Spruchpunkt 3.4).

Die Veröffentlichung eines Standardangebotes hat aber auch den Zweck, die Transaktionskosten der Vorleistungsbezieher zu verringern.

Die ORS hat daher ein entsprechendes Angebot mit den erforderlichen, in Spruchpunkt 3.4 angeordneten Mindestinhalten, zu veröffentlichen. Es darf keine Klauseln enthalten, die Nachfrager gegenüber den für die Bereitstellung von Leistungen der ORS an den ORF im Zusammenhang mit der Erbringung des Versorgungsauftrags gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 ORF-G erbrachten Leistungen geltenden Regelungen unsachlich benachteiligen (vgl. 4.7.2.3).

Das zu legende Standardangebot soll wie bereits bisher den Regelfall für den Zugang zur terrestrischen UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden an ihren Sendestandorten abdecken und entsprechend der in Spruchpunkt 3.4.1 auferlegten Verpflichtung regelmäßig auf die Kostendaten des unmittelbar vorangegangenen Kalenderjahres aktualisiert werden.

Um dem Problem von nachfrageseitigen Wechselkosten zu begegnen, sind u.a. Angaben zur Mindestvertragsdauer, der Kündigungsfrist, der Art der Vertragsverlängerung sowie den Bedingungen der (vorzeitigen) Vertragsauflösung in das Standardangebot aufzunehmen. Konkret hat die ORS binnen zwei Monaten nach Rechtswirksamkeit dieses Bescheides ein Standardangebot in leicht zugänglicher Form auf ihrer Website zu veröffentlichen, das zumindest die folgenden Punkte zu umfassen hat:

- Entgelte für Sender und Umsetzer (Ballempfang)
- Detaillierte (technische) Beschreibung des Angebotsgegenstandes inkl. Nebenleistungen
- Bestimmungen über Angebotsannahme, (Mindest)Vertragsdauer, (außerordentliche) Kündigung, Vertragsverlängerung und Vertragsanpassung inkl. Änderungen des Angebotsgegenstandes
- Bestimmungen über Beginn und Ende der Leistungsbereitstellung inklusive vertraglicher Fristen
- Bestimmungen zu Qualitätssicherung, Entstörung und Beschwerdemanagement
- Bestimmungen zu Migrations- und Wechselprozessen

Sicherzustellen ist dabei insbesondere, dass bei Migration der nach Zustellung dieses Bescheides abgeschlossenen Verträge keine zusätzlichen Kosten entstehen, wobei die Migration auf das aktualisierte neue Standardangebot innerhalb von sechs Monaten zu ermöglichen ist (Spruchpunkt 3.4.2), widrigenfalls ein außerordentliches Kündigungsrecht des Hörfunkveranstalters anzunehmen sein wird. Daher sind in den Verträgen etwa Vereinbarungen über die Zahlung einer Pönale bei vorzeitiger Vertragsauflösung nicht zulässig, da sie eine erhebliche Wechselbarriere darstellen und einer effektiven Durchsetzung der mit diesem Bescheid angeordneten Entgeltkontrolle entgegenstehen. Die Verpflichtung entspricht im Wesentlichen der im letzten Marktanalysebescheid auferlegten.

Klarstellend ist festzuhalten, dass die Verpflichtung zur Migration auf das neue Standardangebot auf Nachfrage des Rundfunkveranstalters besteht. Dies ergibt sich aus den oben genannten

Zwecken dieser Vorabverpflichtung zur Legung eines Standardangebots, insbesondere die Diskriminierung von Nachfragern zu vermeiden und die effektive Durchsetzung der angeordneten Entgeltkontrolle zu ermöglichen. Die Entgeltkontrolle dient, wie dargestellt (vgl. 4.7.2.2), der Verhinderung überhöhter Preise, weshalb diese auch nur einseitig zu Gunsten der Nachfrager auf dem Markt anzuordnen war. Die konkrete Ausgestaltung des Standardangebots obliegt – unter Berücksichtigung der Vorgaben in diesem Bescheid – der ORS. Dieses muss also so gestaltet sein, dass sichergestellt ist, dass Rundfunkveranstalter während der gesamten Vertragslaufzeit keine überhöhten Preise zahlen müssen. Der Grundsatz der Kostenorientierung im Sinne einer effektiven Entgeltkontrolle muss nämlich auf die gesamte Vertragslaufzeit durchschlagen, um die festgestellten Wettbewerbsprobleme nicht bloß bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern auch bezogen auf die gesamte Vertragslaufzeit verhindern zu können (vgl. BVwG 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E).

Die vom VÖP vertretenen Parteien halten die Vertragsanpassungsregeln, wie sie schon im Bescheid Hörfunkmärkte 2018 festgelegt wurden, für ungeeignet, die potentiellen Wettbewerbsprobleme zu lösen und schlagen folgende Verpflichtungen für die ORS vor:

- Verpflichtung der ORS, ihre UKW-Verbreitungstarife jährlich durch die KommAustria überprüfen zu lassen und diese allenfalls anzupassen,
- Änderungen ihrer UKW-Verbreitungstarife auf Nachfrage jedes UKW-Rundfunkveranstalters zum Wirksamkeitszeitpunkt 1. Jänner des betreffenden Kalenderjahres (rückwirkend) anzubieten – unabhängig von der konkreten Vertragssituation,
- ihr UKW-Standardangebot von der KommAustria vorab genehmigen zu lassen – sowie jede Änderung des UKW-Standardangebots von der KommAustria vorab genehmigen zu lassen.

Soweit die vom VÖP vertretenen Parteien kritisieren, dass die gegenständliche Vertragsanpassungsbestimmung lediglich auf Verträge anwendbar ist, die nach Zustellung dieses Bescheides abgeschlossen wurden, ist auf das Erkenntnis des BVwG vom 18.07.2023, W148 2205235-1/28E W148 2205237-1/28E zu verweisen, welches dazu folgendes festhält: *„Ein Eingriff in bestehende Verträge stellt nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit nach Art. 5 StGG dar, der nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage erfolgen darf. § 42 TKG 2003 bzw. nunmehr § 96 TKG 2021 enthält keine diesbezügliche ausdrückliche Ermächtigung an die Behörde. Der Verfassungsgerichtshof hat ausgesprochen, dass dem Gesetzgeber aber auch nicht unterstellt werden könne, dass er zu derartigen Eingriffen implizit ermächtigen wollte. Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung für Altverträge sei so zu verstehen, dass kein Eingriff in bereits bestehende Verträge vorgenommen werden sollte (VfGH 5.12.2005, G 25/05).“*

Hinsichtlich der vorgeschlagenen Verpflichtung der ORS, ihre UKW-Verbreitungstarife jährlich durch die KommAustria überprüfen zu lassen, ist festzuhalten, dass das Standardangebot und damit auch die angebotenen Entgelte von der KommAustria im Gefolge der jährlich gemäß § 96 Abs. 5 TKG 2021 durchzuführenden Überprüfung der Anwendung der vorgeschriebenen Kostenrechnungsmethode gemäß § 91 Abs. 6 TKG 2021 überprüft werden, sodass eine solche Verpflichtung nicht gesondert auferlegt werden muss. Ebenso ist für die KommAustria nicht ersichtlich und wird von den vom VÖP vertretenen Parteien nichts Substanziertes vorgebracht, welchen Vorteil eine Vorabgenehmigung von Tarifen gegenüber dem gegenwärtigen Vorgehen

haben soll, das den erheblich intensiveren Eingriff in die Privatautonomie der ORS im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips rechtfertigen könnte.

Soweit die vom VÖP vertretenen Parteien die Änderungen der UKW-Verbreitungstarife auf Nachfrage jedes UKW-Rundfunkveranstalters zum Wirksamkeitszeitpunkt 1. Jänner des betreffenden Kalenderjahres (rückwirkend) fordern, ist für die KommAustria nicht ersichtlich, was aus Sicht der Nachfrager auf dem gegenständlichen Markt der Vorteil einer solchen Regelung gegenüber der vom Amtssachverständigen vorgeschlagenen und seit Jahren etablierten Regelung sein soll. Grundsätzlich kann eine Preisanpassung, ob rückwirkend oder nicht, sinnvollerweise erst nach erfolgter Legung einer bereits durch einen Wirtschaftsprüfer attestierten Bilanz stattfinden, wodurch sich als maßgeblicher Zeitpunkt der 31. Mai eines jeden Jahres anbietet. Angesichts der in den letzten zehn Jahren – aufgrund der Inflation – ausschließlich steigenden Preisen auf dem gegenständlichen Markt einerseits und dem Umstand, dass sich aus beiden Varianten der Regelungen eine Preissetzung für jeweils ein Jahr (wenn allenfalls auch zeitversetzt) ergibt, scheint die geforderte Regelung keinerlei Vorteile zu haben, jedoch den Nachteil, dass eine rückwirkende Preisänderung zu einem erhöhten Verwaltungsaufwand führt. Vor diesem Hintergrund sieht die KommAustria – auch mangels diesbezüglichen substantiierten Vorbringens der vom VÖP vertretenen Parteien – keine Veranlassung von der schon im Bescheid Hörfunkmärkte 2018 vorgesehenen Regelung abzugehen.

4.7.2.5. Zur auferlegten Verpflichtung zur getrennten Buchführung nach § 93 TKG 2021

Gemäß § 93 Abs. 1 TKG 2021 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für bestimmte Tätigkeiten in Bezug auf den Zugang eine getrennte Aufschlüsselung der Kosten auferlegen, um unerlaubte Quersubventionierung zu verhindern. Zu diesem Zweck kann gemäß Abs. 2 insbesondere ein vertikal integriertes Unternehmen aufgefordert werden, seine Großhandelspreise und internen Verrechnungspreise transparent und nachvollziehbar zu gestalten. Die Regulierungsbehörde kann das zu verwendende Format und die zu verwendende Buchführungsmethode festlegen. Dies beinhaltet auch den Detailgrad und die Form, in der die Informationen zur Verfügung zu stellen sind.

Durch die Gliederung der Erlöse und Kosten können Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden. Die ORS könnte andernfalls einen Anreiz haben, z.B. gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen. Werden einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem oder mehreren Märkten Verpflichtungen zur getrennten Buchführung auferlegt, so können diese Verpflichtungen nach Erwägungsgrund 5 der Kostenrechnungsempfehlung 2005 auch für Märkte gelten, auf denen dieses Unternehmen nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt, damit z.B. die Kohärenz der Daten gewährleistet bleibt. In Konkretisierung des Umfangs der Verpflichtung ist die KommAustria daher der Ansicht, dass eine getrennte Buchführung zu erfolgen hat, um Gewinn- oder Kostenverschiebungen zwischen regulierten und nicht regulierten Bereichen hintanzuhalten und damit eine verursachungsgerechte Zuordnung von Kosten sicherzustellen.

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte getrennte Rechnungskreise im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Nur damit ist sichergestellt,

dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung auf Kostenorientierung einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt werden. In Bezug auf die Ausgestaltung des Kostenrechnungssystems ist daher darauf zu achten, dass die Kosten den einzelnen Sendeanlagen, welche sich hinsichtlich der Sendeleistungen und der Standorte unterscheiden, verursachungsgerecht zugeordnet werden. Dabei sollten die zur Anwendung kommenden Aufteilungs- und Zuschlagsschlüssel transparent und nachvollziehbar dargestellt werden. Dies betrifft vor allem die Zurechnung von gemeinsamen Kosten zu den einzelnen Standorten und Sendeanlagen bzw. Sendetechnik.

Da der ORS eine entsprechende Verpflichtung bisher auferlegt war, ist auch nunmehr davon auszugehen, dass dieses Regulierungsinstrument ohne wesentlichen zusätzlichen Aufwand für die ORS umgesetzt werden kann.

Der in Spruchpunkt 3.5 genannte 31. Mai des Folgejahres wurde gewählt, da zu diesem Zeitpunkt die ORS nach unternehmensrechtlichen Vorschriften zur Legung einer bereits durch einen Wirtschaftsprüfer attestierten Bilanz verpflichtet ist. Es bietet sich daher zur Kontrolle der nach § 93 Abs. 1 TKG 2021 auferlegten Verpflichtung zur getrennten Buchführung an, auf diesen Zeitpunkt zur Vorlage der entsprechenden Beschreibung der Kostenrechnungsmethode, in der bereits die wesentlichen Kostenarten und die Regeln der Kostenzuweisung aufgeführt werden und in der die aktuellsten verfügbaren Kostendaten vollständig enthalten sind, abzustellen.

Im Rahmen der getrennten Buchführung sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

- Erträge
- Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstige Kosten)
- detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens sowie Personalkennzahlen

Die auferlegte Maßnahme ist nach wie vor geeignet, um unerlaubte Quersubventionierung zwischen regulierten Produkten auf dem gegenständlichen Markt und nicht regulierten Produkten zu verhindern.

Die auferlegte Maßnahme unterscheidet sich im Übrigen schon im Grundsatz von der Trennungsrechnung gemäß § 39 Abs. 4 und 5 ORF-G, der die ORS als Konzernunternehmen des ORF ebenfalls unterliegt: Diese Verpflichtungen weisen – trotz der gleichen Bezeichnung – keinerlei Berührungspunkte auf. Die Trennungsrechnung nach § 39 Abs. 4 und 5 ORF-G soll Quersubventionen aus dem öffentlich-rechtlichen in den kommerziellen Bereich des ORF-Konzerns verhindern und dient im Wesentlichen der Sicherstellung beihilfenrechtlicher Vorgaben (vgl. die Erläuterungen zur Novelle BGBl. I Nr. 50/2010, RV 611 BlgNR, 24. GP, zu § 39 ORF-G). Ebenso wenig stellen die Bestimmungen des § 31c Abs. 2 ORF-G (Grundsatz des Fremdvergleichs, bei welchem es sich um ein Prinzip der konzerninternen Verrechnung handelt) noch § 31c Abs. 3 ORF-G (Private-Investor-Test) aufgrund ihrer Zielrichtung, die Konformität mit dem Beihilfenrecht zu gewährleisten, geeigneten Regelungen dar, die von der Vorabverpflichtung zur getrennten Buchführung verfolgten Transparenzziele im Hinblick auf die Wettbewerbssituation am gegenständlichen Markt zu gewährleisten.

4.7.2.6. Sonstige Maßnahmen

Aus dem Sachverhalt ergaben sich keine Anhaltspunkte für die Behörde, eine funktionelle Trennung gemäß § 99 TKG 2021 oder weitergehende Maßnahmen gemäß § 104 TKG 2021 aufzuerlegen.

4.7.2.7. Bisherige spezifische Verpflichtungen

Diese in diesem Bescheid auferlegten Pflichten ersetzen die der ORS mit Erkenntnis des BVwG vom 18.07.2023, W148 2205235-1/28E, W148 2205237-1/28E, auferlegten Verpflichtungen betreffend den Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“, die insoweit gemäß § 87 Abs. 1 TKG 2021 aufzuheben waren (Spruchpunkt 4.).

4.8. Zu den Verfahren gemäß §§ 206 und 207 TKG 2021

Gemäß § 206 Abs. 1 TKG 2021 hat die Regulierungsbehörde interessierten Kreise innerhalb einer angemessenen Frist, die, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, mindestens 30 Tage beträgt, Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß diesem Bundesgesetz zu gewähren, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden (Konsultation). Gemäß § 207 TKG 2021 ist, wenn der Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 206, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben wird, die Marktdefinition, die Marktanalyse oder die Auferlegung, Änderung oder Aufhebung von spezifischen Verpflichtungen, betrifft, der Entwurf nach Abschluss des Konsultationsverfahrens nach § 206 zusammen mit einer Begründung gleichzeitig der Europäischen Kommission, dem GEREK sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Verfügung zu stellen (Koordination).

Die vorliegende Anordnung gemäß §§ 87 ff TKG 2021 stellt eine derartige Vollziehungshandlung iSd §§ 206f TKG 2021 dar, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination zu unterwerfen ist.

Gemäß § 90 Abs. 1 TKG 2021 ist der Bundeswettbewerbsbehörde sowie dem Bundeskartellanwalt im Rahmen des Verfahrens gemäß § 87 zum Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 206 Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Im Rahmen des Konsultationsverfahrens langte eine Stellungnahme der ORS vom 19.04.2024 ein, in welcher sie sich im Wesentlichen gegen die Definition des Vorleistungsmarktes „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ als ex-ante-Markt, die Durchführung des Drei-Kriterien-Tests und insbesondere die Ermittlung des WACC im Rahmen der angemessenen Kapitalverzinsung durch die KommAustria wendete. Der Argumentation der ORS wurde von der KommAustria berücksichtigt.

Die Europäische Kommission teilte im Rahmen ihrer Entscheidung vom 26.06.2024, C (2024) 4575 final, mit, keine Anmerkungen zum notifizierten Entwurf zu haben. Da die Europäische Kommission somit keine Einwände gegen die Erlassung der gegenständlichen Vollziehungshandlung hat, war spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

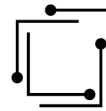
Gemäß § 39 Abs. 1 KommAustria-Gesetz hat die rechtzeitig eingebrachte und zulässige Beschwerde abweichend von § 13 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz keine aufschiebende Wirkung. Das Bundesverwaltungsgericht kann die aufschiebende Wirkung im betreffenden Verfahren auf Antrag zuerkennen, wenn nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug des Bescheides oder mit der Ausübung der mit dem Bescheid eingeräumten Berechtigung für den Beschwerdeführer ein schwerer und nicht wieder gutzumachender Schaden verbunden wäre.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt Österreich (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 6.300/24-012“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 23. Juli 2024

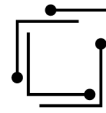
Kommunikationsbehörde Austria
Die Senatsvorsitzende

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)

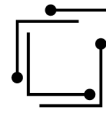


Inhaltsverzeichnis

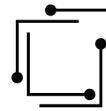
I.	Spruch	1
II.	Begründung	4
1.	Gang des Verfahrens	4
2.	Sachverhalt	9
2.1.	Zur Abgrenzung der Märkte im Sinne des § 199 Abs. 1 Z 2 TKG 2021.....	11
2.1.1.	Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung	11
2.1.1.1.	Substitutionspotential zwischen Hörfunk und Fernsehen	11
2.1.1.2.	Zweiseitige Märkte	11
2.1.1.3.	Pay-Angebote und frei zugängliche Angebote	11
2.1.1.4.	Fernsehen – Endkundenmarkt	12
2.1.1.5.	Kandidatenmärkte Fernsehen – Vorleistungsmarkt	15
2.1.1.6.	Zusammenfassung zur Bestimmung der Kandidatenmärkte Fernsehen	16
2.1.1.7.	Endkundenmarkt Hörfunk	16
2.1.1.8.	Kandidatenmärkte Vorleistungen Hörfunk.....	19
2.1.1.9.	Zusammenfassung zur Bestimmung der Kandidatenmärkte Hörfunk	25
2.1.2.	Bestimmung der relevanten Märkte	25
2.1.2.1.	Vorleistungsmärkte Fernsehen.....	26
2.1.2.2.	Vorleistungsmärkte Radio	27
2.1.2.3.	Ergebnis: sachlich relevanter Markt	29
2.1.2.4.	Geografisch relevanter Markt.....	29
2.2.	Wettbewerbsanalyse des Vorleistungsmarkts „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“	32
2.2.1.	Marktteilnehmer – Marktstruktur – Marktverhalten.....	32
2.2.1.1.	Struktur der ORS.....	33
2.2.1.2.	Rolle der ORS bei der Erbringung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags des ORF für die Hörfunkverbreitung	36
2.2.2.	Indikatoren für beträchtliche Marktmacht.....	36
2.2.2.1.	Marktanteile	37
2.2.2.2.	Weitere Marktindikatoren.....	38
2.2.2.3.	Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht (Indikator 6).....	41
2.2.2.4.	Gesamtsicht über alle Indikatoren.....	43
2.3.	Zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme geeignete spezifische Maßnahmen	43
2.3.1.	Potenzielle Wettbewerbsprobleme	43



2.3.1.1.	Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber Abnehmern.....	43
2.3.1.2.	Diskriminierung von Nachfragern.....	43
2.3.1.3.	Zwang, nicht benötigte Produkte im Bündel abnehmen zu müssen	43
2.3.1.4.	Überhöhte Tarife	44
2.3.2.	Auswahl der Vorabmaßnahmen	44
2.3.2.1.	Gleichbehandlungsverpflichtung.....	46
2.3.2.2.	Transparenzverpflichtung.....	50
2.3.2.3.	Getrennte Buchführung	51
2.3.2.4.	Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang.....	52
2.3.3.	Vergleich der vorgeschlagenen Maßnahmen mit Verpflichtungen aus anderen Gesetzen	78
3.	Beweiswürdigung	82
3.1.	Zur grundsätzlichen methodischen Kritik am Gutachten des Amtssachverständigen.....	83
3.2.	Marktabgrenzung.....	84
3.2.1.	Hörfunk	84
3.2.1.1.	Marktabgrenzung DAB+ und UKW	84
3.2.1.2.	Zur behaupteten Unklarheit der Marktabgrenzung UKW.....	85
3.2.1.3.	UKW-Tunnel-Verbreitung.....	86
3.2.2.	Fernsehen	86
3.3.	Relevante Märkte	87
3.3.1.	Zum angeblichen „Paradigmenwechsel in der Prüflogik“ des Drei-Kriterien-Tests.....	87
3.3.2.	Sachlich relevante Märkte	87
3.3.2.1.	Fernsehen.....	87
3.3.2.2.	Hörfunk.....	87
3.3.3.	Geographisch relevanter Markt	88
3.4.	Wettbewerbsanalyse.....	88
3.5.	Zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme geeignete spezifische Maßnahmen	90
3.5.1.	Gleichbehandlungsverpflichtung	90
3.5.2.	Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang	91
3.5.2.1.	Kostenrechnungsmodell.....	91
3.5.2.2.	Angemessene Kapitalverzinsung	92
4.	Rechtliche Beurteilung	102
4.1.	Zuständigkeit	102
4.2.	Rechtsgrundlagen.....	103



4.3.	Verfahrenseinleitung.....	114
4.4.	Parteistellung.....	115
4.4.1.	Parteistellung gemäß § 90 Abs. 2 TKG 2021	115
4.4.2.	Parteistellung gemäß § 90 Abs. 3 TKG 2021	115
4.5.	Marktdefinition	117
4.5.1.	Allgemeines.....	117
4.5.2.	Marktabgrenzung.....	118
4.5.2.1.	Fernsehen.....	118
4.5.2.2.	Hörfunk.....	119
4.5.3.	Drei-Kriterien-Test	120
4.5.3.1.	Zum angeblichen Paradigmenwechsel beim Drei-Kriterien-Test.....	121
4.5.3.2.	Vorleistungsmärkte Fernsehen.....	124
4.5.3.3.	Vorleistungsmärkte Hörfunk	124
4.5.4.	Ergebnis	126
4.6.	Zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“	127
4.6.1.	Allgemeines.....	127
4.6.2.	Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.....	127
4.6.3.	Verpflichtetes Unternehmen – Konzernrechtliche Verbindung der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG mit der ORS comm GmbH & Co KG	128
4.6.4.	Beurteilung der Wettbewerbssituation	129
4.6.4.1.	Zum Indikator „Größe des Unternehmens und Marktanteile.....	129
4.6.4.2.	Zum Indikator „Marktzutrittsschranken“.....	130
4.6.4.3.	Zum Indikator „Expansionshemmnisse“	131
4.6.4.4.	Zum Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“	131
4.6.4.5.	Zum Indikator „technologische und wirtschaftliche Vorteile oder Überlegenheit“ ..	132
4.6.4.6.	Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“	132
4.6.4.7.	Zum Indikator „leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanziellen Ressourcen“.....	132
4.6.4.8.	Zum Indikator „Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z.B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen“	133
4.6.4.9.	Zu den Indikatoren „Größenvorteile“, „Verbundvorteile“ und „Direkte und indirekte Netzeffekte“	133
4.6.4.10.	Zum Indikator „Vertikale Integration“	133
4.6.4.11.	Zu den Indikatoren „Abschluss langfristiger und nachhaltiger Zugangsvereinbarungen“ und „Eingehen von Vertragsbeziehungen mit anderen Marktteilnehmern, die zur Marktabschottung führen könnten“	134



4.6.4.12.	Zum Indikator „Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs“	135
4.6.4.13.	Zusammenfassende Würdigung	135
4.6.5.	Schlussfolgerung	136
4.7.	Spezifische Verpflichtungen	137
4.7.1.	Auswahlkriterien für Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2021	137
4.7.2.	Zu den auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ auferlegten spezifischen Verpflichtungen	138
4.7.2.1.	Zur Verpflichtung zur Gewährung von Zugang gemäß § 95 TKG 2021	139
4.7.2.2.	Verpflichtung zur Entgeltkontrolle gemäß § 96 TKG 2021	141
4.7.2.3.	Zur auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 92 TKG 2021	149
4.7.2.4.	Zur auferlegten Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes gemäß § 91 Abs. 4 TKG 2021	150
4.7.2.5.	Zur auferlegten Verpflichtung zur getrennten Buchführung nach § 93 TKG 2021	153
4.7.2.6.	Sonstige Maßnahmen	155
4.7.2.7.	Bisherige spezifische Verpflichtungen	155
4.8.	Zu den Verfahren gemäß §§ 206 und 207 TKG 2021	155
III.	Rechtsmittelbelehrung	156