



Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

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 § 36 Abs. 1 und 2 sowie § 37 iVm § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 betreffend die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Gemäß § 36 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 6/2016, 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 §§ 36 Abs. 1 iVm 37 Abs. 1 TKG 2003 wird festgestellt, dass die **Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG (FN 256454p beim HG Wien) gemeinsam mit der ORS comm GmbH & Co KG (FN 357120b beim HG Wien)**, 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 § 37 Abs. 1 TKG 2003 folgende **spezifische Verpflichtungen auferlegt**:
 - 3.1. Die ORS hat gemäß § 41 Abs. 1 TKG 2003 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 § 42 Abs. 1 TKG 2003 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 v. 11.10.2005, im Folgenden: Kostenrechnungsempfehlung 2005) 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 (§ 42 Abs. 2 TKG 2003).

3.2.2. Die ORS hat binnen zwei Monaten nach Rechtswirksamkeit dieses Bescheides gemäß § 42 Abs. 2 TKG 2003 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.

3.3. Die ORS hat Unternehmen, die Zugang zur terrestrischen UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden an ihren Sendestandorten nachfragen, gemäß § 38 Abs. 1 und 2 TKG 2003 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 § 38 Abs. 3 TKG 2003 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 § 38 Abs. 3 iVm § 42 Abs. 2 und 3 TKG 2003 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 § 38 Abs. 2 und 3 TKG 2003 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 § 40 Abs. 1 TKG 2003 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 § 37 Abs. 1 zweiter Satz TKG 2003 werden mit Zustellung dieses Bescheides die der **ORS** mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) vom 13.08.2014, Zl.en W120 2000234-1/13E und W120 2010750-1/3E, auferlegten Verpflichtungen betreffend den Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ gemäß § 1 Z 1 Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2009 (RFMVO 2009), KOA 6.300/09-001, aufgehoben.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Beschluss vom 02.03.2016 leitete die KommAustria ein Verfahren zur Marktanalyse und Marktdefinition hinsichtlich der Märkte im Bereich elektronischer Kommunikationsdienste und Netze zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten ein.

Die Einleitung des Verfahrens wurde von der KommAustria am selben Tag mit Edikt, KOA 6.300/15-016, auf der Website der Regulierungsbehörde www.rtr.at (auf der Startseite und unter RTR MEDIEN/VERÖFFENTLICHUNGEN - <https://www.rtr.at/de/m/KOA630015016>) 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 13.04.2016, 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 § 36 TKG 2003 vorliegen. Dabei sind insbesondere die Empfehlung der Kommission 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, 2014/710/EU, die derzeit der Regulierung unterliegenden Märkte gemäß der RFMVO 2009 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 § 36 TKG 2003, 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 § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 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 §§ 38 ff TKG 2003 aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den Wettbewerbsproblemen zu begegnen. In diesem Zusammenhang ist auch zu untersuchen, ob die mit den Bescheiden vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-023, betreffend den Vorleistungsmarkt ‚Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW‘ (bestätigt mit Erkenntnis des BVwG vom 13.08.2014, GZ W120 2000234-1/13E sowie W120 2010750-1/3E), und KOA 6.300/13-025, betreffend den Vorleistungsmarkt ‚Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden‘ (bestätigt mit Erkenntnis des BVwG vom 13.08.2014, GZ W194 2000240-1/12E sowie W194 2010751-1/3E), auferlegten spezifischen Verpflichtungen weiterhin aufrecht erhalten oder allenfalls abgeändert werden sollen.“

Bis zum Ablauf des 13.04.2016 wurde von niemandem die Betroffenheit durch das gegenständliche Verfahren geltend gemacht.

Am 30.09.2016 übermittelte der Amtssachverständige Dr. Roland Belfin sein Gutachten an die KommAustria. Dieses wurde der ORS als Verfahrenspartei gemäß § 37a Abs. 2 TKG 2003 mit Schreiben vom 13.10.2016 übermittelt und dieser Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen. Binnen der gesetzten einmonatigen Frist langte keine Stellungnahme der ORS ein.

Mit Schreiben vom 11.11.2016 ersuchte die KommAustria mehrere Interessenvertretungen von Marktteilnehmern im Bereich Rundfunk um die Beantwortung von mehreren Fragen zu den derzeitigen Marktgegebenheiten sowie zu den Erwartungen zur Marktentwicklung. Mit Schreiben vom 16.12.2016 nahmen der Verband der Österreichischen Privatsender (VÖP) sowie der Fachverband der Telekommunikations- und Rundfunkunternehmungen der Wirtschaftskammer Stellung. Diese Schreiben wurden der ORS mit Schreiben der KommAustria vom 23.12.2016 zur Kenntnisnahme übermittelt.

Mit Schreiben vom 26.01.2017 nahm die ORS zu den Stellungnahmen der Interessenvertretungen Stellung.

Am 26.07.2017 beschloss die KommAustria einen Entwurf einer Vollziehungshandlung betreffend die Marktdefinition und Marktanalyse gemäß § 36 Abs. 1 und 2 sowie § 37 iVm § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 betreffend die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten.

Am 28.07.2017 wurde die nationale Konsultation des Entwurfs der Vollziehungshandlung der KommAustria hinsichtlich des Vorleistungsmarktes für analoge terrestrische Übertragung (UKW) von Hörfunksignalen zum Endkunden gemäß § 128 TKG 2003 eingeleitet. Im Zuge des

Konsultationsverfahrens wurde der Maßnahmenentwurf für die Dauer von vier Wochen auf der Website der Regulierungsbehörde öffentlich zugänglich gemacht. Im Rahmen der Konsultation langte eine Stellungnahme der ORS vom 25.08.2017 bei der KommAustria ein.

Weiters wurde der Maßnahmenentwurf gemäß § 37a Abs. 1 TKG 2003 der Bundeswettbewerbsbehörde, dem Bundeskartellanwalt, dem Kartellgericht und dem Kartellobergericht zur Stellungnahme übermittelt. Der Bundeskartellanwalt teilte mit Schreiben vom 10.08.2017 mit, von der Erstattung einer Stellungnahme abzusehen.

Weitere Stellungnahmen langten bei der KommAustria nicht ein.

Am 27.09.2017 beschloss die KommAustria auf Grundlage der Ergebnisse des nationalen Konsultationsverfahrens einen überarbeiteten Entwurf einer Vollziehungshandlung über die Marktdefinition und Marktanalyse gemäß § 36 Abs. 1 und 2 sowie § 37 iVm § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 betreffend die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten, KOA 6.300/17-012. Dieser wurde am 12.10.2017 im Rahmen des Koordinationsverfahrens gemäß § 129 TKG 2003 der Europäischen Kommission, dem Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Verfügung gestellt.

Im Rahmen des Koordinationsverfahrens übermittelte die Europäische Kommission am 13.11.2017 ihre Entscheidung vom 10.11.2017, C (2017), 7669 final, an die KommAustria. Hinsichtlich der Märkte „Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ und „Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“ hielt die Europäische Kommission fest, dass sie keine Anmerkungen habe und die KommAustria daher gemäß Art. 7 Abs. 7 Rahmenrichtlinie befugt sei, ihren Maßnahmenentwurf hinsichtlich dieser Märkte zu verabschieden. Soweit sich der Maßnahmenentwurf auf den Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ bezog, erklärte die Europäische Kommission, dass sie ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit des Maßnahmenentwurfs mit dem Unionsrecht habe und eröffnete diesbezüglich die Untersuchungsphase II sowohl nach Art. 7 als auch Art. 7a Rahmenrichtlinie.

In Rahmen dieses Verfahrens nahmen die ORS (Schreiben vom 24.11.2017), der Verband der Österreichischen Privatsender (Schreiben vom 07.12.2017) sowie das GEREK („Berec Opinion on Phase II investigation pursuant to Article 7 of Directive 2002/21/EC as amended by Directive 2009/140/EC: Case AT/2017/2020 Wholesale markets for broadcasting transmission services (Market 18) in Austria vom 11.12.2017, BOR (17) 263“) Stellung.

Am 15.01.2018 übermittelte die Europäische Kommission ihre Entscheidung vom 12.01.2018, C (2018), 63 final, in welcher sie zum Schluss kam, dass die von der KommAustria vorgeschlagene Definition des Vorleistungsmarkts „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ nicht mit dem EU-Recht vereinbar sei und ein Hemmnis für den Binnenmarkt darstelle. Gemäß Art. 1 der Entscheidung hat die Europäische Kommission daher beschlossen, dass die KommAustria ihren Maßnahmenentwurf hinsichtlich des Vorleistungsmarkts „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ zurückzieht.

Mit Schreiben vom 18.01.2018 übermittelte die KommAustria der ORS die Entscheidung der Kommission vom 12.01.2018 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme.

Am gleichen Tag beauftragte die KommAustria den Amtssachverständigen Dr. Roland Belfin mit der Erstellung eines Ergänzungsgutachtens mit folgendem Gegenstand:

„(1) Prüfung, ob für den im Sinne der Ausführungen der Europäischen Kommission in der Entscheidung vom 12.01.2018, C (2018), 63 final, abgegrenzt Markt ‚Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW‘ die Voraussetzungen für die Feststellung als relevanter Markt im Sinne des § 36 TKG 2003 vorliegen. Dabei sind insbesondere die Empfehlung der Kommission 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, 2014/710/EU, die derzeit der Regulierung unterliegenden Märkte gemäß der RFMVO 2009 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 § 36 TKG 2003, ob auf dem allenfalls als relevant festgestellten Markt 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 § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für die betreffenden Märkte zu berücksichtigen sind.

(3) Sollten Sie Wettbewerbsprobleme identifizieren, wird er beauftragt, darzulegen, welche konkreten spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 ff TKG 2003 aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den Wettbewerbsproblemen zu begegnen. In diesem Zusammenhang ist auch zu untersuchen, ob die mit dem Bescheid vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-023, betreffend den Vorleistungsmarkt ‚Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW‘ (bestätigt mit Urteil des BVwG vom 13.08.2014, GZ W120 2000234-1/13E sowie W120 2010750-1/3E), auferlegten spezifischen Verpflichtungen weiterhin aufrechterhalten oder allenfalls abgeändert werden sollen.“

Mit rechtskräftigem Teilbescheid vom 31.01.2018, KOA 6.300/18-002, stellte die KommAustria gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 fest, dass auf dem Vorleistungsmarkt „Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“ gemäß § 1 Z 2 RFMVO 2009 effektiver Wettbewerb herrscht und dieser daher für die sektorspezifische Regulierung nicht mehr relevant ist. Weiters stellte sie gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 fest, dass der Vorleistungsmarkt „Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ für die sektorspezifische Regulierung nicht mehr relevant ist und insofern effektiver Wettbewerb herrscht und hob gemäß § 37 Abs. 2 zweiter Satz TKG 2003 mit Zustellung dieses Bescheides die der ORS mit Erkenntnis des BVwG vom 13.08.2014, Zl.en W194 2000240 1/12E und W194 2010751-1/3E, auferlegten Verpflichtungen auf.

Mit Schreiben vom 13.03.2018 langte eine Stellungnahme des VÖP im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Verfahren bei der KommAustria ein.

Am 23.03.2018 übermittelte der Amtssachverständige Dr. Roland Belfin sein Ergänzungsgutachten an die KommAustria. Dieses sowie das Schreiben des VÖP vom 13.03.2018 wurden der ORS mit Schreiben vom 26.03.2018 übermittelt und dieser Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 18.04.2018 nahm die ORS zum Ergänzungsgutachten sowie dem Schreiben des VÖP vom 13.03.2018 Stellung.

2. Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Mit Beschluss vom 02.03.2016 leitete die KommAustria ein Verfahren zur Marktanalyse und Marktdefinition hinsichtlich der Märkte im Bereich elektronischer Kommunikationsdienste und Netze zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten ein. Die Einleitung des Verfahrens wurde von der KommAustria am selben Tag mit dem Edikt, KOA 6.300/15-016, auf der Website der Regulierungsbehörde www.rtr.at (auf der Startseite und unter RTR MEDIEN/VERÖFFENTLICHUNGEN - <https://www.rtr.at/de/m/KOA630015016>) wie folgt kundgemacht:

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

Die KommAustria hat am 02.03.2016 ein Verfahren gemäß § 120 Abs. 1 Z 4 iVm § 36 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 134/2015, eingeleitet:

1. Beschreibung des Verfahrensgegenstandes

Gegenstand des Verfahrens ist die Feststellung der der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten 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 13.04.2016, 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/de/m/Edikte> vorgenommen werden.

5. *Elektronische Akteneinsicht*

Den Parteien kann Akteneinsicht auch elektronisch gewährt werden.“

Bis zum Ablauf des 13.04.2016 wurde von niemandem die Betroffenheit durch das gegenständliche Verfahren geltend gemacht.

2.1. Zur Abgrenzung der Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten

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

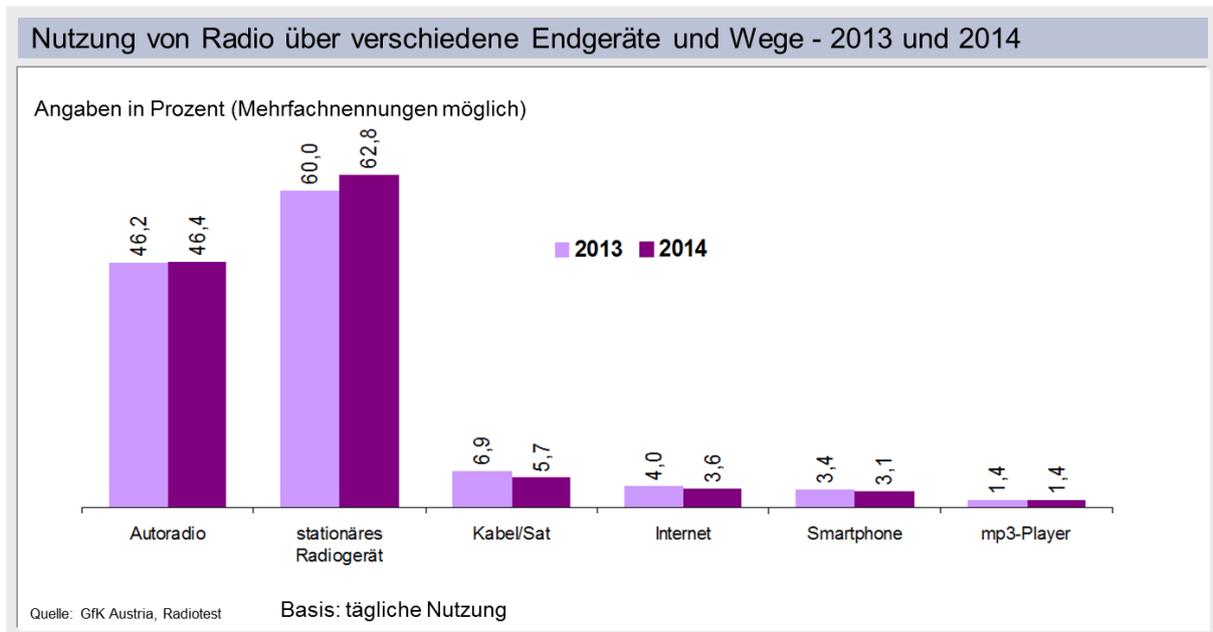
Träger für absatzfördernde Botschaften der werbetreibenden Wirtschaft angeboten (Verbundprodukt). Für diesen Zusammenhang hat sich der Terminus „Zweiseitiger Markt“ etabliert. Dieses Phänomen muss in der Marktdefinition berücksichtigt werden.

2.1.1.3. Kandidatenmärkte Endkunden Hörfunk

Die Rundfunk-Endkundenmärkte unterfallen zwar grundsätzlich nicht der sektorspezifischen Regulierung (vgl. die rechtlichen Ausführungen unter 4.6.1); sie sind aber maßgeblich für die Abgrenzung der vorgelagerten Vorleistungsmärkte.

Hörfunk kann grundsätzlich terrestrisch, über Kabel, über Satellit oder über das Internet (mobil und fest) empfangen werden.

Die folgende Darstellung aus dem Radiotest zeigt die Nutzung von Radio über unterschiedliche Endgeräte und Wege.



In der obigen Darstellung wird nach Endgeräten und auch nach Übertragungswegen unterschieden. Im Jahr 2014 lag das stationäre Radiogerät mit 62,8 % (2013: 60,0 %) als häufigstes Endgerät für die Nutzung von Radio klar voran. Vergleicht man die Nennungen der stationären Endgeräte - welche entweder terrestrisch, über Kabel/Sat sowie über das Internet betrieben werden können - mit den Nennungen für Kabel/Sat (5,7 %) sowie Internet (3,6 %), zeigt sich, dass die meisten stationären Endgeräte terrestrisch betrieben werden.

Bei den mobilen Nutzungsformen (Autoradio, Smartphone & mp3-Player) dominiert das Autoradio mit 46,4 %. Die Nutzung der Autoradios erfolgt terrestrisch. Somit zeigt diese Erhebung, dass die analoge terrestrische UKW-Hörfunkübertragung unverändert der mit großem Abstand wichtigste Übertragungsweg für den Hörfunk in Österreich ist. Diese grundlegende Betrachtung legt nahe, dass derzeit kein hinreichendes Substitut für die analoge terrestrische UKW-Hörfunkübertragung existiert.

2.1.1.4. Kandidatenmärkte Vorleistungen Hörfunk

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

Die Regulierungsbehörde ging bereits im Rahmen der Marktdefinition 2004 davon aus, dass auf Vorleistungsebene kein ausreichendes Substitutionspotential zwischen den unterschiedlichen Übertragungswegen besteht. Während die Nachfrage seitens eines konkreten Hörfunkveranstalters nach Kabel- und/oder Satellitenübertragung stark von den jeweils angebotenen Konditionen und einer Kosten/Nutzen-Rechnung des jeweiligen Veranstalters abhängig ist, sind die Hörfunkveranstalter bei der analogen terrestrischen Übertragung – aufgrund der verhältnismäßig großen analogen terrestrischen Radionutzung – gewissermaßen „gezwungen“, einen Vertrag in ihrem Versorgungsgebiet abzuschließen, um überhaupt substantiell in den Markt eintreten zu können. Daher ist die Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite gering. Auch ist das Angebot einer terrestrischen Hörfunkverbreitung mit erheblichen Infrastrukturinvestitionen verbunden. Die technische Erschließung und Errichtung eines konkreten Standortes sind an einige Genehmigungen und Auflagen gebunden und benötigen entsprechende Vorlaufzeiten. Ein kurzfristiges Angebot durch einen anderen Anbieter ist daher nur in Ausnahmefällen möglich. Aus diesem Grund ist die Angebotsumstellungsflexibilität gering. Der potentielle Markteintritt ist aufgrund der Notwendigkeit von substantiellen Investitionen, welche zu einem Großteil als „Sunk Costs“ anzusehen sind, schwer möglich. Der Markt ist durch „Economies of Scale“ gekennzeichnet. Das bedeutet, dass Anbieter mit einem größeren bzw. sogar flächendeckenden Netz höhere Stückkostenvorteile lukrieren können als kleine Anbieter. Diese strukturelle Eigenschaft des Marktes führt dazu, dass der Markteintritt neuer Anbieter aus Kostensicht eher schwierig ist.

Daher wird das Ausmaß an potentielltem Wettbewerb als gering eingeschätzt. In diesem Sinne kann aufgrund der Substitutionsbeziehungen der „Kandidatenmarkt“ – analoge terrestrische Hörfunkverbreitung – vom „Kandidatenmarkt“ der Hörfunkverbreitung über sonstige Verbreitungswege abgegrenzt werden.

Bei der terrestrischen Verbreitung von Hörfunk kann je nach Übertragungsart technisch zwischen analoger sowie digitaler Übertragung unterschieden werden. In Österreich wird Hörfunk im regulären Betrieb im Wesentlichen analog terrestrisch übertragen. Erstmals in Österreich wurde mit Bescheid der KommAustria vom 14.12.2017, KOA 4.530/17-005, eine Zulassung für den regulären Betrieb einer Multiplex-Plattform für digitalen terrestrischen Hörfunk im Standard DAB+ erteilt. Die Zulassung wurde für einen Zeitraum von 10 Jahren ab 03.04.2018 an die RTG Radio Technikum GmbH erteilt, die als technischer Dienstleister zunächst 11 Radioprogramme sowie einen elektronischen Programmführer und im Anlassfall einen Gefahren-Warndienst im Großraum Wien und in Teilen des Wiener Umlandes mit einer technischen Reichweite von rund 2,25 Millionen Menschen verbreiten wird. Aufgrund der lokalen Begrenztheit, der mangelnden Endgerätepenetration und der gerade stattfindenden Markteinführung ist nicht davon auszugehen, dass DAB+ schon ein Substitut zur UKW-Übertragung darstellt. Daher wird die bisherige Marktdefinition für UKW-Übertragung beibehalten. Eine weitere Ausschreibung für eine bundesweite Multiplexzulassung ist bereits am 31.01.2017 erfolgt, das Verfahren ist aber noch nicht abgeschlossen. Es ist damit zu rechnen, dass durch den Start eines bundesweiten Regelbetriebs, welcher durch eine längere Simulcast-Phase charakterisiert sein wird, mittelfristig für die Verbreitung einzelner Hörfunkprogramme eine Substitutionsmöglichkeit zur analogen Verbreitung bestehen könnte.

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 die gegenständliche Marktanalyse bedeutet dies aber, dass digital terrestrischer Hörfunk im Standard DAB+ derzeit weder als Substitut zur analogen Hörfunkverbreitung gesehen werden kann, noch ein eigener Kandidatenmarkt für digitale terrestrische UKW-Hörfunkübertragung im Standard DAB+ in Betracht kommt.

Daneben ist digitaler terrestrischer Empfang von Hörfunkprogrammen im Standard DVB-T2 in untergeordnetem Ausmaß möglich. Seit Oktober 2016 werden bundesweit auf Basis der DVB-T2-Übertragungstechnologie die drei bundesweiten Programme des ORF sowie mehrere private Hörfunkprogramme übertragen. Ein Empfang dieser Programme ist jedoch nur mit einem in der Regel für Fernsehen in Betrieb befindlichem DVB-T2-Empfangsgerät möglich. Weiters sind bei der Vergabe von Programmplätzen auf DVB-T2-Multiplexen Hörfunkprogramme nur subsidiär gegenüber Fernsehprogrammen zu berücksichtigen.

Im Hinblick auf die bereits dargestellte überragende Bedeutung der analogen terrestrischen Verbreitung und auch auf die eingeschränkte Verfügbarkeit von Hörfunk über DVB-T2 für Endkunden (da eigentlich für Fernsehen gedachte Endgeräte für Radioempfang verwendet werden müssen) und von Programmplätzen für Hörfunkveranstalter ist auch bei der digitalen terrestrischen Übertragung im Standard DVB-T2 nicht davon auszugehen, dass diese ein Substitut für analoge terrestrische Hörfunkverbreitung darstellt.

2.1.1.5. Zusammenfassung zur Bestimmung der Kandidatenmärkte Hörfunk

Somit sind 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

2.1.2. Bestimmung der relevanten Märkte

2.1.2.1. Allgemeines

Für die Beurteilung, ob ein mithilfe des sogenannten „Hypothetischen Monopolistentests“ (HM-Test) abgegrenzter „Kandidatenmarkt“ ein „relevanter“ Markt im Sinne der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 9. Oktober 2014 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 (2014/710/EU, im Folgenden: Märkteempfehlung 2014) ist, müssen kumulativ drei Kriterien erfüllt sein.

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.

2.1.2.2. Sachlich relevante Vorleistungsmärkte Hörfunk

2.1.2.2.1. Analoge Terrestrik

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, nachfragen. 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.

- 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 geringem Ausmaß verfügbar.
- Die Anzahl von Standorten und verfügbaren koordinierten Übertragungskapazitäten ist begrenzt.
- Nicht alle potentiell 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 Errichtung von Übertragungsinfrastruktur ist 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 substantiell verringern werden.

Die obigen Feststellungen führen zu dem Schluss, dass **hohe und permanente Marktzutrittsbarrieren** vorliegen. Eine Änderung im Vorausschauzeitraum im Rahmen dieser Marktanalyse ist nicht zu erwarten.

- Das Angebot für die terrestrische Hörfunkverbreitung erfolgt hauptsächlich durch die ORS sowie die Senderbetriebs- und Standortbereitstellungs GmbH (kurz: *Sesta*). Flächendeckend für ganz Österreich verfügt lediglich die ORS mit 98 % Versorgungsgrad der österreichischen Bevölkerung über ein Netz. Die ORS erbringt für den ORF die UKW-Verbreitung für die öffentlich-rechtlichen Hörfunkprogramme (vgl. 2.2.1.2). Die Sesta hat die meisten Sendestandorte in Tirol und Vorarlberg und ist bis auf die Bundesländer Wien und Burgenland auch in jedem Bundesland vertreten. Diese Marktsituation ist langfristig gegeben. An einigen wenigen Standorten stellen sich die Hörfunkveranstalter selbst die Übertragungsleistung zur Verfügung, bieten diese Leistung aber nicht extern an.
- Der zukünftig mögliche Umstieg auf digitale terrestrische Hörfunkübertragung hat zwar das Potential, dass weitere Anbieter substantiell in den Markt einsteigen, für eine Vorabberücksichtigung dieser noch unsicheren Entwicklung liegen allerdings derzeit noch keine verlässlichen Marktprognosen vor.

Aufgrund dieser Marktsituation ist davon auszugehen, dass der Markt **nicht von selbst in Richtung effektiven Wettbewerbs** tendiert.

- 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 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**.

Im Ergebnis sind alle drei Prüfkriterien für die Klassifizierung des Kandidatenmarktes „analoge terrestrische Hörfunkübertragung“ als relevanten Markt nach der Systematik der Märkteempfehlung 2014 erfüllt. Daher ist der Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ aus ökonomischer Sicht als relevanter Markt anzusehen.

2.1.2.2.2. Sonstige Übertragungswege

Bei den Übertragungswegen Kabel-, Satellit und digitaler Terrestrik über DVB-T2 reicht die nachfrageseitige Verhandlungsmacht dazu aus, um effektiven Wettbewerb sicherzustellen, weil die Hörfunkveranstalter nicht zwingend diese Verbreitungsformen wählen müssen, um einen

substantiellen Markteintritt umzusetzen. Diese Situation hat sich in den letzten Jahren nicht geändert. Daher ist das zweite Kriterium nicht erfüllt und liegt schon deshalb kein relevanter Markt vor, wie dies im Übrigen schon nach den Rundfunkmarktdefinitionsverordnungen (RFMVO) 2004 und 2009 der Fall war.

2.1.2.2.3. Zusammenfassung sachliche Markabgrenzung

Aus ökonomischer Sicht ist als einzigster sachlich relevanter Markt der Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ anzusehen.

2.1.2.3. Geografisch relevanter Markt

Für die Definition des geografisch relevanten Marktes sind (methodisch analog zum sachlich relevanten Markt) die Nachfragesituation sowie die Angebotssituation auf dem sachlich relevanten Markt von Bedeutung.

Der räumlich relevante Markt ist dasjenige geographische Gebiet, auf dem das relevante Produkt unter hinreichend ähnlichen oder homogenen Wettbewerbsbedingungen angeboten und nachgefragt wird. Nach den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste vom 11.07.2001 (2002/C 165/03, in der Folge: SMP-Leitlinien), Rz 56, ist es nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen Anbietern und Händlern vollkommen homogen sind. Es reicht aus, dass diese Bedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind. Somit können Gebiete, in denen die objektiven Wettbewerbsbedingungen „heterogen“ sind, nicht als einheitlicher Markt angesehen werden.

Analog zur Definition des sachlich relevanten Marktes, erfolgt die Definition der geografisch relevanten Märkte ebenfalls zweistufig. In Stufe 1 werden anhand der Substitutionsbeziehungen „Kandidatenmärkte“ identifiziert. In Stufe 2 erfolgt jeweils die Analyse, ob es sich bei einem bestimmten „Kandidatenmarkt“ auch um einen „relevanten“ Markt nach der Systematik der Märkteempfehlung 2014 handelt.

2.1.2.3.1. Bestimmung der geographischen Kandidatenmärkte

Nach den SMP-Leitlinien, Rz 59 und 60, ist der räumlich relevante Markt bisher aufgrund von zwei wesentlichen Kriterien bestimmt worden, nämlich:

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

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, (z. B. paneuropäische, europaweite oder globale Märkte) bezeichnet werden.

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.

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 potentiell 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 können jedenfalls geografische Kandidatenmärkte definiert werden, welche jeweils durch die von einem bestimmten Sendestandort versorgten Gebiete begrenzt sind.

Aus der Vorgabe jedoch, dass die Marktanalyse zukunftsgerichtet sein muss (vgl. SMP-Leitlinien, Rz 35), 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 potentielle 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 potentielle Nachfrage für bestimmte Standorte in Österreich und das Angebot in ganz Österreich als weiterer Kandidatenmarkt der nationale Markt Österreich.

2.1.2.3.2. Bestimmung der geografisch relevanten Märkte

Für die identifizierten Kandidatenmärkte ergibt sich nach den drei Kriterien der Systematik der Märkteempfehlung 2014 folgendes Bild:

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 nicht leicht zu duplizierende Standorte. 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 2014 für diese Kandidatenmärkte mit Unsicherheiten behaftet. Aufgrund der Regulierungsziele in § 1 TKG 2003 ist abzuleiten, dass durch Maßnahmen der Regulierung die Wettbewerbsbedingungen in ganz Österreich möglichst homogen gestaltet werden sollen. Würde man auf Basis des Versorgungsgebiets für jeden Standort relevante Märkte festlegen, wäre durch die unterschiedliche Situation und somit auch potentiell unterschiedlicher Vorabregulierung in jedem Versorgungsgebiet nicht sichergestellt, dass homogene Wettbewerbsbedingungen in ganz Österreich gestaltet werden.

Daher sind die individuellen geografischen Märkte für die Versorgungsgebiete einzelner Senderstandorte nicht als „relevante“ Märkte anzusehen.

Markt für Österreich

Die Prüfung dieses Gesamtmarktes für Österreich in geographischer Hinsicht zeigt die gleichen Ergebnisse, wie die in der Prüfung des sachlich relevanten Markts unter 2.1.2.2.1 bereits dargestellten.

Im Ergebnis sind alle drei Prüfkriterien für die Klassifizierung des österreichweiten Kandidatenmarktes als relevanten Markt nach der Systematik der Märkteempfehlung 2014 erfüllt. Im Sinne der geforderten zukunftsgerichteten Analyse sind auch geplante bzw. zu errichtende Senderstandorte mitumfasst. Daher wird aus ökonomischer Sicht als geografisch relevanter Markt der nationale Markt „Österreich“ definiert. Dies entspricht im Übrigen auch der Sicht in den bisherigen Marktdefinitionsverfahren.

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 potentiellen 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 Sendeinfrastruktur 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 Senderbetriebs- und Standortbereitstellungs GmbH (Sesta GmbH). 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 beim HG Wien eingetragene Kommanditgesellschaft mit Sitz in Wien.

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

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG ist ihrerseits Alleineigentümerin der ORS comm GmbH (FN 357121d beim HG Wien). Letzteres Unternehmen ist unbeschränkt haftende Gesellschafterin der ORS comm GmbH & Co KG (FN 357120b beim HG Wien), 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.

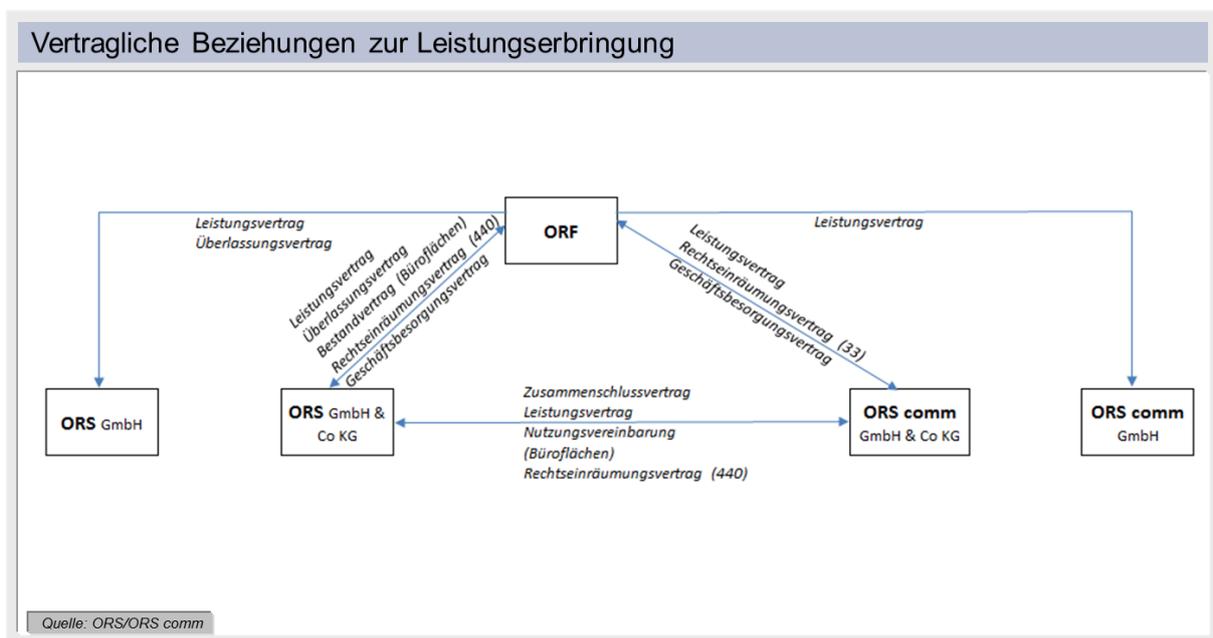
Geschäftsgegenstand der ORS comm GmbH & Co KG ist ausweislich des zwischen der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und der ORS comm GmbH & Co KG geschlossenen Übergabevertrages (Zusammenschlussvertrag) im Wesentlichen die Erbringung kommerzieller Tätigkeiten im Bereich von Planung, Errichtung 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 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 genützt 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 Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und 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.



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 Bestandsrechte betreffend die Senderliegenschaften, die Sendergebäude und die Mastsockel geregelt.

Rechtseinräumungsvertrag: Im Rechtseinräumungsvertrag werden Nutzungsrechte für 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 4.7.3).

Dementsprechend hat die KommAustria schon in ihrem Bescheid vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-023, ausgesprochen, dass die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG gemeinsam mit der ORS comm GmbH & Co KG (zusammen als „ORS“ bezeichnet) am Markt „Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden“ über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 37 TKG 2003 verfügt.

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 hier 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 10 Jahre.

2.2.2. Indikatoren für beträchtliche Marktmacht

Einleitend ist festzuhalten, dass eine beträchtliche Marktmacht in einem Markt einen gewissen Wettbewerb auf dem relevanten Markt nicht ausschließt. Sie versetzt lediglich das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder wenigstens merklich zu beeinflussen.

In den SMP-Leitlinien der Europäischen Kommission wird an mehreren Stellen darauf eingegangen, wie die Ausprägung der zuvor analysierten Marktindikatoren hinsichtlich des Vorliegens einer beträchtlichen Marktmacht interpretiert werden kann. Es ist wichtig, hervorzuheben, dass eine beträchtliche Marktmacht nicht allein anhand der Marktanteile ermittelt werden kann. Aus diesem Grund sollen nationale Regulierungsbehörden die wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Markts eingehend und umfassend untersuchen, bevor sie Schlussfolgerungen hinsichtlich des Vorhandenseins von beträchtlicher Marktmacht ziehen.

Eine beträchtliche Marktmacht kann aus einer Kombination der Marktindikatoren abgeleitet werden. Ein einzelner Indikator kann nicht alleine den Beweis für das Vorhandensein einer beträchtlichen Marktmacht liefern.

In diesem Sinne wird im Folgenden nun jeder Marktindikator aus den SMP-Leitlinien hinsichtlich des Einflusses auf eine gegebenenfalls vorliegende beträchtliche Marktmacht interpretiert. Da auf dem relevanten Markt (inklusive Eigenleistungen) die ORS mit großem Abstand den höchsten Marktanteil (von rund 92 %) besitzt, wird die Prüfung der Indikatoren hinsichtlich einer beträchtlichen Marktmacht auf dieses Unternehmen eingegrenzt.

Nachdem in die Beurteilung die Kombination aller Indikatoren herangezogen werden muss, werden in der Einzelbeurteilung der Indikatoren folgende drei qualitative Wertungen abgegeben:

- Die Ausprägung eines Indikators legt eine beträchtliche Marktmacht nahe.
- Die Ausprägung eines Indikators ist nicht geeignet, eine sich aufgrund anderer Marktindikatoren abzeichnende beträchtliche Marktmacht aufzuheben.
- Die Ausprägung eines Indikators ist für die Beurteilung von beträchtlicher Marktmacht im gegenständlichen Fall von untergeordneter Bedeutung.

Allgemein lässt sich sagen, dass der gegenständliche Markt insgesamt eine relativ geringe Dynamik aufweist und – auch unter Berücksichtigung der nunmehr im Markt enthaltenen Eigenleistungen (vgl. oben 2.1.2.2.1) – aktuell eine ähnliche Marktsituation, wie sie den beiden letzten Marktanalysebescheiden der KommAustria in den Jahren 2006 bzw. 2013 zu Grunde lag, vorliegt. Auch in einer vorausschauenden Sichtweise sind mittelfristig keine großen Veränderungen in diesem Markt zu erwarten.

Unter Berücksichtigung der in § 35 Abs. 2 TKG 2003 und den SMP-Leitlinien (Rz 70 ff) genannten Kriterien lassen sich aus ökonomischer Sicht folgende Indikatoren für beträchtliche Marktmacht feststellen:

2.2.2.1. Größe des Unternehmens, Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf

Auf dem Markt bieten im Wesentlichen zwei Unternehmen Hörfunkübertragungsleistungen an mehreren Standorten an, nämlich die ORS und die Sesta GmbH; daneben gibt es einige wenige Anbieter, die einzelne Senderstandorte betreiben. Der Gesamtumsatz der ORS im Bereich UKW (inklusive der Leistungen, die für den ORF erbracht werden) betrug für 2016 16,62 Millionen Euro, wobei dies bezogen auf einen geschätzten Gesamtmarkt von 18 Millionen Euro einen Marktanteil im Bereich von 92 % ergibt. Der Marktanteil ist in dieser Größenordnung über einen längeren Zeitraum konstant. Im Bereich der terrestrischen Hörfunkübertragung gibt es insgesamt geringe Veränderungen.

Bezüglich der Eigenleistungen scheint aufgrund der Angaben der Rundfunkveranstalter in ihren Zulassungsanträgen aus den Zulassungsbescheiden in vielen Fällen (zwischen 2010 und 2016 waren es 234) hervorzugehen, dass der Senderbetreiber gleich dem Lizenzinhaber ist. Wie sich aus den Marktgesprächen (insbesondere mit Sesta) ergeben hat, wird in der überwiegenden Anzahl dieser Fälle die Übertragungsleistung aber nicht tatsächlich selbst vom Rundfunkveranstalter erbracht, sondern – etwa von Sesta – zugekauft. Auf den tatsächlich von den Rundfunkveranstaltern selbst betriebenen Sendeanlagen werden in der Regel auch keine Verbreitungsleistungen extern angeboten. Daher ist davon auszugehen, dass die Auswirkungen derartiger Eigenleistungen auf die Marktanteilsberechnungen minimal (im Bereich von unter 1 %) sind.

Der hohe Marktanteil spricht vorderhand für eine beträchtliche Marktmacht.

2.2.2.2. Marktzutrittsbarrieren

Es bestehen aufgrund der Marktstruktur, der hohen notwendigen Investitionen sowie aufgrund rechtlicher Rahmenbedingungen (insbesondere Anforderungen bei der Neuerrichtung von Standorten) weiterhin die schon in den bisherigen Marktanalysen beschriebenen hohen Markteintrittsschranken. Die Auswirkung ist ein geringer potentieller Wettbewerb. Der geringe potentielle Wettbewerb im Markt kann die beträchtliche Marktmacht nicht kompensieren.

2.2.2.3. Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht

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 hier 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 für die ORS der ORF 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

Wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, ist die nachfrageseitige Gegenmacht sehr unterschiedlich verteilt. Während gegenüber dem ORF zu erwarten ist, dass die hohe nachfrageseitige Gegenmacht dazu ausreicht, Bedingungen durchzusetzen, wie sie sich in einem effektiven Wettbewerb ergeben würden, wird dies gegenüber privaten Hörfunkveranstaltern nicht zwingend der Fall sein. Aus diesem Grund ist die nachfrageseitige Gegenmacht insgesamt zu gering, um eine ausreichend disziplinierende Wirkung auf dem gesamten relevanten Markt zu entwickeln. Nur wenn die nachfrageseitige Gegenmacht groß genug und ähnlich verteilt wäre, würde die potentielle Gefahr einer Ausnutzung von Marktmacht kein Wettbewerbsrisiko mehr darstellen.

2.2.2.3.4. Gesamtbetrachtung

Beim ORF ist die nachfrageseitige Gegenmacht 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 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. Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität

Die Elastizität ist ein Maß, das die relative Änderung einer abhängigen Variablen auf eine relative Änderung einer ihrer unabhängigen Variablen angibt. Im gegenständlichen Fall geht es bei der Nachfrageelastizität darum, inwieweit sich die Nachfrage im Falle von Preisänderungen des nachgefragten Produkts ändert. Aufgrund des Struktur des Marktes (Zulassung und dadurch Nachfrage auf einem bestimmten Standort) und der hohen Markteintrittsbarrieren in diesem Markt ist die Nachfrageänderung – und somit die Nachfrageelastizität – gering.

Das Angebot ist stark von den bestehenden Standorten geprägt, da für die Erschließung neuer Standorte hohe Markteintrittsbarrieren entstehen sowie damit ein substantieller Investitionsbedarf gegeben ist. Aus diesem Grund ist auch die Angebotselastizität gering, da das verfügbare Angebot kurzfristig kaum in Abhängigkeit einer Preisänderung frei skalierbar ist.

Wenn eine geringe ausgleichende Elastizität besteht, kann eine gegebenenfalls vorliegende Ausnutzung einer beträchtlichen Marktmacht nicht ausreichend durch diese ausgleichende Elastizität kompensiert werden, da der Markt nur in geringem Ausmaß auf Preisänderungen reagiert. Die geringe Elastizität im Markt kann die beträchtliche Marktmacht nicht kompensieren, da Änderungen von Preisen vom Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nur geringe Auswirkungen auf das Angebot und die Nachfrage haben.

2.2.2.5. Marktphase

Befindet sich der Markt in einer stabilen Marktphase und weist er eine geringe Dynamik auf, ist damit zu rechnen, dass sich die aktuellen Marktverhältnisse im Vorausschauzeitraum kaum ändern werden.

Der Markt befindet sich in einem langfristig eingeschwungenen Zustand und ist durch geringe Veränderungen auf der Angebots- und Nachfrageseite gekennzeichnet. Der Aufbau von Infrastruktur für terrestrische Hörfunkübertragung ist durch substantielle Investitionen sowie zahlreiche rechtliche Vorgaben beschränkt. Eine weitere Limitierung besteht durch die begrenzten (koordinierten) Frequenzen. Diese Expansionshemmnisse bestehen für alle im Markt tätigen Unternehmen. Im eher seltenen Fall, dass neue Frequenzen koordiniert werden können, besteht die Möglichkeit zur Erschließung neuer Standorte. Es besteht weiterhin eine geringe Marktdynamik. Es kommt im Wesentlichen lediglich zu Netzverdichtungen und kleineren neuen Versorgungsgebieten. Bestehen Expansionshemmnisse, ist das ein Indikator dafür, dass eine gegebenenfalls vorliegende beträchtliche Marktmacht in Zukunft durch potentielle Expansionen (des Marktes bzw. der im Markt tätigen anderen Unternehmen) nicht ausgeglichen werden kann. Aufgrund der stabilen Marktphase und der geringen Marktdynamik ist 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 potentielle Expansionen der Wettbewerber und/oder des Marktes aufheben wird. Auch die stabile Marktphase spricht daher für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

2.2.2.6. Technologiebedingter Vorsprung

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. Das Vorliegen von technologischen Vorteilen oder Überlegenheit ist eher ein Indikator für beträchtliche Marktmacht. Auch dieser Indikator spricht daher für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

2.2.2.7. Allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation

Es ist davon auszugehen, dass größere Unternehmen mit einer höheren Kundenzahl auch ein höherentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz unterhalten. Das Vorliegen eines hochentwickelten Vertriebs- und Verkaufsnetzes legt eine beträchtliche Marktmacht der ORS nahe.

2.2.2.8. Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen

Größenvorteile im Bereich der terrestrischen Hörfunkübertragung bestehen vor allem im Bereich der Anbindung der Standorte, der Netzplanung sowie bei Betrieb und Wartung. Verbundvorteile treten immer dann auf, wenn ein Unternehmen zusätzlich zum zu untersuchenden Produkt ähnliche weitere Produkte anbietet.

Bei den im relevanten Markt tätigen Unternehmen werden potentiell Verbundvorteile für die ORS aufgrund des gleichzeitigen Anbietens von terrestrischem Fernsehen auftreten.

Skalenerträge ergeben sich aufgrund der Situation, dass die ORS das einzig flächendeckende Netz für ganz Österreich im relevanten Markt anbietet.

Die vorliegenden Skalenerträge, Verbund- und Dichtevorteile der ORS legen daher ebenfalls eine beträchtliche Marktmacht der ORS nahe.

2.2.2.9. Ausmaß vertikaler Integration

Die im relevanten Markt tätigen Unternehmen sind in der Regel selbst nicht vertikal integriert, weil sie selbst nicht als Hörfunkveranstalter auftreten.

Wenn man die Unternehmen allerdings im Konzernverbund betrachtet, hat die ORS den Vorteil, dass ein substantieller Teil der Nachfrage nach terrestrischer Hörfunkübertragung von Hörfunkprogrammen des ORF stammt. Auf dieser Ebene (in Konzernbetrachtung) liegt daher ein Vorteil im Bereich vertikaler Integration vor. Diese relativ gesicherte Nachfrage durch den ORF aufgrund der vertikalen Integration legt eine beträchtliche Marktmacht der ORS nahe.

2.2.2.10. Ausmaß der Produktdifferenzierung

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 verfügen. Daher wird die Diversifizierungsmöglichkeit stark vom Marktanteil im relevanten Markt abhängen.

Die ORS hat aufgrund der breiten Produktpalette (z.B. Rundfunkübertragung – Radio und Fernsehen – über diverse Verbreitungswege, Endkundenprodukte, etc.) und der relativ hohen Kundenzahl ein hohes Potential, durch Produktdiversifizierung ihre Marktposition zu stärken. Das Vorliegen von Diversifizierungsmöglichkeiten von Produkten/Diensten legt daher ebenfalls eine beträchtliche Marktmacht der ORS nahe.

2.2.2.11. Zugang zu Finanzmitteln

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.

Derartige Vorteile sind für die ORS als größtes Unternehmen im relevanten Markt relativ zu den anderen Unternehmen vorhanden. Der relativ gesicherte Zugang zu Kapitalmärkten und finanziellen Ressourcen der ORS ist in diesem Fall aber eher als untergeordneter Indikator zu sehen, weil das Netz (Netz zur Übertragung von analogem Hörfunk) bereits weitgehend existiert hat und mittel- und langfristig mit keinem großen Marktwachstum zu rechnen ist.

2.2.2.12. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

Die ORS betreibt in Österreich als einziges Unternehmen ein flächendeckendes Sendernetz für UKW-Hörfunkprogramme mit rund 275 Senderstandorten und rund 967 Übertragungskapazitäten, welches – historisch bedingt – auch Großsendeanlagen umfasst. Durch diese Infrastruktur können rund 98 % der österreichischen Bevölkerung versorgt werden.

Mit Stand vom November 2017 befinden sich an 65 Senderstandorten von Sesta 134 Übertragungskapazitäten in Betrieb. Die meisten Frequenzen und Standorte befinden sich durch den Firmensitz historisch und topographisch bedingt in Tirol und Vorarlberg.

Wenn die Größe oder die Bedeutung seines Netzes ein Unternehmen in die Lage versetzt, sich unabhängig von anderen Netzbetreibern zu verhalten, ist dies eher ein Indikator für die beträchtliche Marktmacht. Die überragende Marktstellung des Netzes bringt eine Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastrukturen mit sich, die eine beträchtliche Marktmacht der ORS nahelegen.

2.2.2.13. Verhalten am Markt im Allgemeinen

Die Prüfung des Indikators hinsichtlich des Marktverhaltens (zum Beispiel die Entwicklung der Tarife) 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 „Greenfield-Ansatzes“ widersprechen.

2.2.2.14. Bewertung

In der Gesamtschau über alle 13 untersuchten Marktindikatoren ergibt sich daher folgendes Bild:

Der langfristig hohe Marktanteil von rund 92 % legt die Vermutung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht der ORS nahe. Sieben weitere untersuchte Marktindikatoren legen ein Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht nahe. Vier andere Indikatoren – welche theoretisch einer sich aufgrund anderer Marktindikatoren abzeichnenden beträchtlichen Marktmacht entgegenwirken könnten – zeigen keine Ausprägung, welche gegen eine beträchtliche Marktmacht spricht. Einem Marktindikator kommt in diesem Einzelfall eher geringe Bedeutung zu. Die Gesamtsicht über alle 13 Indikatoren weist daher auf das Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht der ORS hin.

2.3. Zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme geeignete spezifische Maßnahmen

2.3.1. Potentielle Wettbewerbsprobleme

Die potentiellen 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 potentielle 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

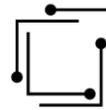
Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht könnte für die terrestrische Verbreitung von Hörfunk Tarife verlangen, welche über dem Wettbewerbsniveau bzw. den Kosten effizienter Leistungserstellung liegen würden. Weil die Nachfrager kaum auf andere Anbieter ausweichen könnten bzw. die notwendige Leistung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

2.3.2. Auswahl der Vorabmaßnahmen

Im Zusammenhang mit den potentiellen Wettbewerbsproblemen ist zu erwähnen, dass mögliche negative Auswirkungen vor allem vor bzw. bei Vertragsabschluss auftreten. Da die Verträge auf die gesamte Zulassungsdauer von 10 Jahren abgeschlossen werden, verändern sich die Bedingungen für den Vertrag üblicherweise nachträglich nicht mehr.

Aufgrund der festgestellten potentiellen Wettbewerbsprobleme sowie der potentiell im Rechtsrahmen zur Verfügung stehenden Vorabmaßnahmen stellen sich folgende spezifische Verpflichtungen als geeignet dar, um die potentiellen Wettbewerbsprobleme abzumildern bzw. zu vermeiden. Zur Abmilderung eines potentiellen Wettbewerbsproblems kann auch eine Kombination aus mehreren Vorabmaßnahmen notwendig sein.

| Nr. | Potentielles 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 Netzeinrichtungen und Netzfunktionen Transparenzverpflichtung | Eine Verweigerung des Zugangs zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen sollte nur mehr aufgrund objektiver Kriterien wie etwa technische Machbarkeit oder die notwendige Aufrechterhaltung der Netzintegrität möglich sein. 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 |



| Nr. | Potentielles Wettbewerbsproblem | | Vorabmaßnahme | |
|-----|--|---|--|--|
| | Bezeichnung | Risiko | Bezeichnung | Abmilderung bzw. Vermeidung des Risikos |
| | | | | Leistungsverrechnung geschaffen, so dass die Regulierungsbehörde die Einhaltung der Gleichbehandlungsverpflichtung überprüfen kann. |
| 03 | Zwang, nicht benötigte Produkte im Bündel abnehmen zu müssen | Nachgefragte Leistungen sind nur mit der gleichzeitigen Abnahme anderer (nicht nachgefragter Leistungen) verfügbar. | Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen Transparenzverpflichtung | Durch die Definition, welche Netzeinrichtung und Netzfunktionen auch einzeln angeboten werden müssen, kann verhindert werden, dass diese 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. |

Auf Basis der potentiellen Wettbewerbsprobleme sowie der potentiellen Vorabmaßnahmen sind folgende fünf Maßnahmen zur Abmilderung bzw. Vermeidung von Wettbewerbsproblemen geeignet:

- Gleichbehandlungsverpflichtung,
- Transparenzverpflichtung in Form der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots,
- Getrennte Buchführung,
- Ungebündelter Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen sowie
- Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang.

Das Ergebnis entspricht im Wesentlichen jenem, welches dem Bescheid der KommAustria vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-023, in der letzten Analyse des gegenständlichen Markts zu Grunde lag.

Zur näheren Ausgestaltung einzelner Maßnahmen ist folgendes festzuhalten:

2.3.2.1. Gleichbehandlungsverpflichtung

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 (§ 38 TKG 2003) 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 10 Jahre.

Nachdem der ORF der einzige Nachfrager ist, welcher die gesamte technische Erfüllung seines gesetzlichen öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags 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 potentielle 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-Vertrag 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 Versorgungsauftrags 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 GmbH 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:

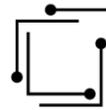
| Nr. | Leistung | Erläuterung |
|-----|----------------------------------|---|
| 01 | Frequenz- und Versorgungsplanung | Diese Leistung ist eine Vorleistung, damit die im relevanten Markt befindliche Leistung der „UKW-Verbreitung“ nachgefragt werden kann. Es handelt sich dabei um eine Planungsleistung, welche am Markt frei verfügbar ist. |
| 02 | ProgramMZubringung | Die ProgramMZubringung ist für die Zuführung des auszustrahlenden Audio-Signals zur Sendeanlage notwendig. Diese Leistung ist nicht Teil der 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 10 Jahren vorgesehen. Ebenso beträgt die Vertragsdauer im Standardvertrag 10 Jahre. |



| Nr. | Kriterium und Indikatoren | Erläuterung |
|-----|--|--|
| | | 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 | ProgramMZubringung | Im ORF-Vertrag ist die Signalzubringung im Vertrag enthalten. Aufgrund der Verpflichtung aus der bestehenden Marktanalyse ist die ORS verpflichtet, die Leistungen „entbündelt“ anbieten zu müssen. Aus diesem Grund ist die ProgramMZubringung 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. |
| 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 |

| Nr. | Kriterium und Indikatoren | Erläuterung |
|-----|---|---|
| | | 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

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 offen legen.

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

2.3.2.3. Getrennte Buchführung

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 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

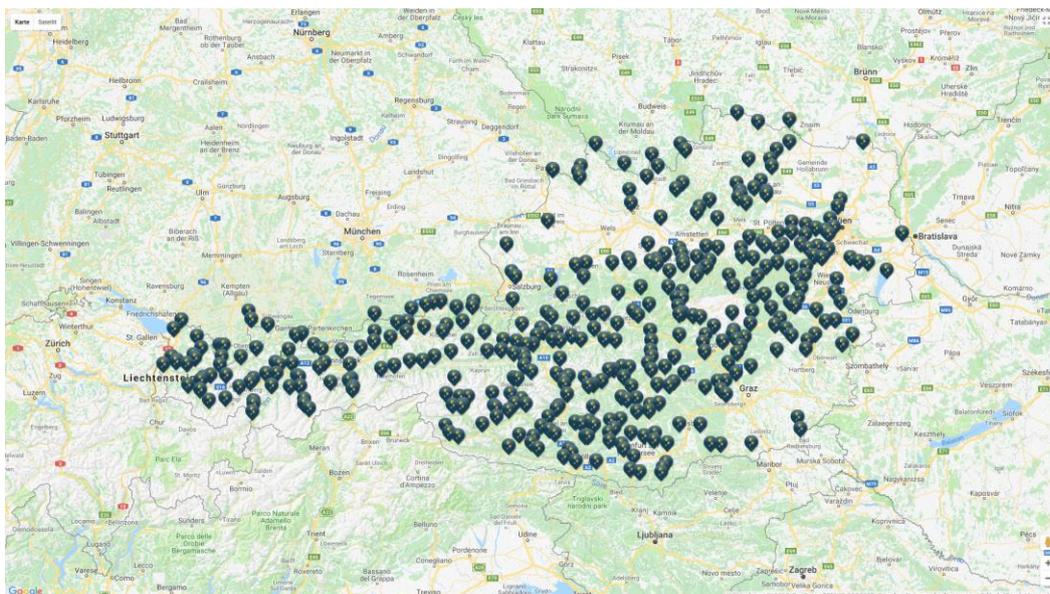
Bei der terrestrischen Verbreitung von Hörfunk handelt es sich technologiebedingt bei der Betrachtung der Versorgung in einem größeren geografischen Gebiet um eine monopolistisch

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.

In der folgenden Abbildung sind die Senderstandorte der ORS, welche in ganz Österreich verteilt sind, ersichtlich:



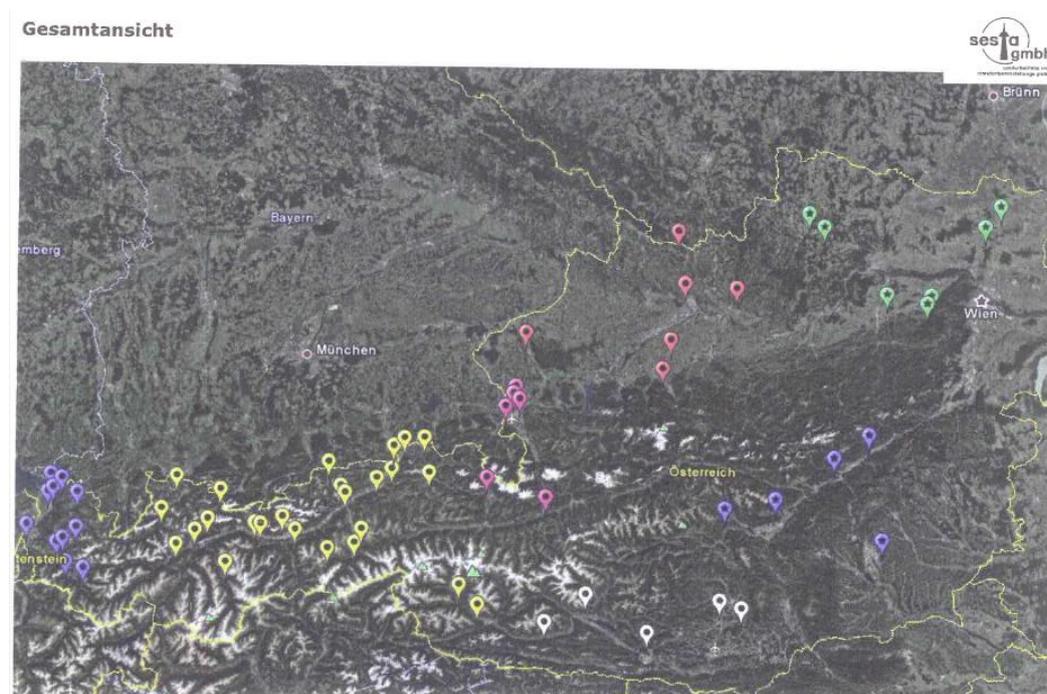
Besonders hervorzuheben ist, dass das Netz der ORS auch einige Großsendeanlagen umfasst. Beispielsweise werden von der Sendeanlage Bregenz 1- Pfänder die Hörfunkprogramme Ö1, Radio Vorarlberg, Hitradio Ö3, FM4 sowie Antenne Vorarlberg jeweils mit einer Leistung (ERP) von 50 kW abgestrahlt. Ebenso auf diesem Standort wird digitales Fernsehen sowie digitales Radio (deutsche und schweizer Hörfunkprogramme) gleichzeitig verbreitet. Eine Duplizierung dieser Standorte ist kaum möglich, 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 costs), 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 potentiellen 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.

Auch der Hauptkonkurrent von ORS, die Sesta GmbH verfügt über ein substantielles Netz in weiten Teilen von Österreich. Die verschiedenen Farben zeigen die Standorte in den verschiedenen Bundesländern:



Die Sesta GmbH ist ein Unternehmen aus Tirol, welches UKW-Umsetzerstationen errichtet. Das Unternehmen mietet sich dafür auf versorgungstechnisch geeigneten Mobilfunkstationen, Aussichtstürmen, Silos, Seilbahnstationen, Funkstellen des öffentlichen Bereichs, von Gemeinden und Energieversorgern und auch in privaten Objekten ein. Im Gegensatz zur ORS betreibt die Sesta GmbH keine Großsendeanlagen.

Die Dichte und Struktur des Netzes hat Auswirkungen auf die erzielbaren Skaleneffekte. Aufgrund der höheren Anzahl von Standorten wird das Ausmaß an Skaleneffekten bei der ORS größer 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. Um diesen Effekt zu zeigen, wird zum Beispiel

ein Standort herausgegriffen, wo die Kosten des Standorts zwischen digitalem terrestrischen Fernsehen und UKW-Verbreitung geteilt werden können. Beim folgenden Beispiel des Standorts „Mattersburg-Heuberg“ werden fünf Übertragungskapazitäten für digitales terrestrisches Fernsehen und vier Übertragungskapazitäten für UKW genutzt. Von den UKW-Frequenzen werden drei Kapazitäten für die Verbreitung von Hörfunkprogrammen des ORF sowie eine Frequenz für die Verbreitung des privaten Radioprogramms „Kronehit“ genutzt:

| Bundesland | Sendername | Kanal | Frequenz [MHz] | Programm | Pol. | Sendeleistung ERP [Watt] |
|------------|---------------------|-------|-------------------|----------|------|-----------------------------|
| B | MATTERSBURG-HEUBERG | 52 | 722,00 | A-WNB | V | 25.000 |
| B | MATTERSBURG-HEUBERG | 34 | 578,00 | B2 | V | 25.000 |
| B | MATTERSBURG-HEUBERG | 36 | 594,00 | D2 | V | 25.000 |
| B | MATTERSBURG-HEUBERG | 30 | 546,00 | E2 | V | 25.000 |
| B | MATTERSBURG-HEUBERG | 53 | 730,00 | F2 | V | 25.000 |
| B | MATTERSBURG-HEUBERG | | 89,00 | OE1 | H | 600 |
| B | MATTERSBURG-HEUBERG | | 96,20 | OE2 B | H | 3.000 |
| B | MATTERSBURG-HEUBERG | | 100,90 | OE3 | H | 600 |
| B | MATTERSBURG-HEUBERG | | 103,40 | KRONEHIT | H | 1.000 |

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. Hier ist zum Beispiel 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.

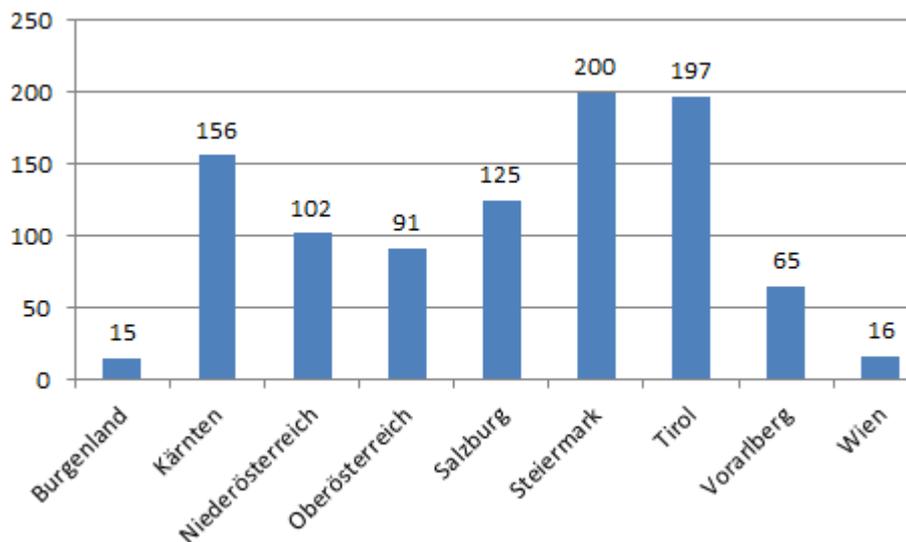
2.3.2.4.2. Verhältnis der Kosten zu anderen Investitionsparametern

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.

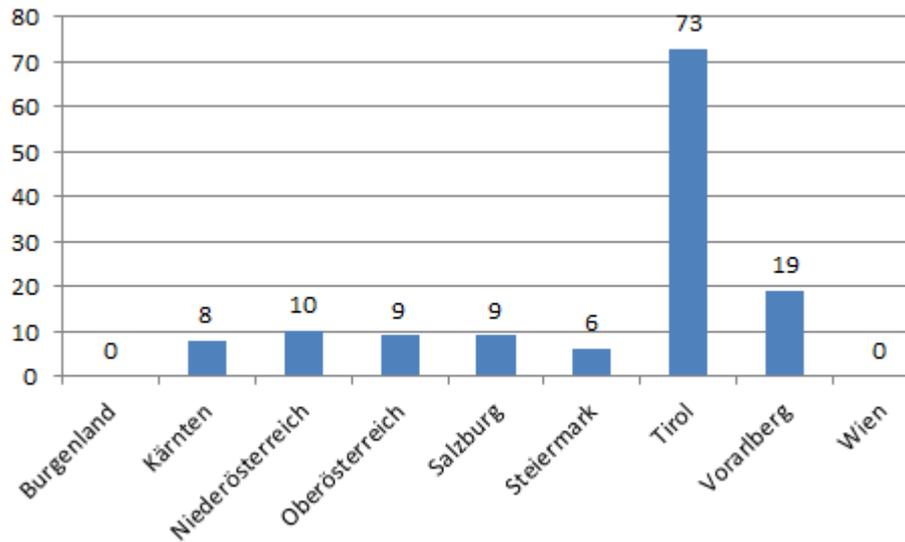
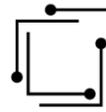
2.3.2.4.2.1. Knappe Übertragungskapazitäten

Ein wesentlicher Engpass für Investitionen in neue Infrastruktur ist die Verfügbarkeit von UKW-Übertragungskapazitäten (Frequenzen). Aus diesem Grund wird im folgenden Teil auf die aktuelle Situation näher eingegangen.

Bei der ORS befinden sich mit Stand vom 06.12.2017 967 UKW-Übertragungskapazitäten in Betrieb. Davon werden die meisten Frequenzen mit 200 bzw. 197 in der Steiermark und in Tirol betrieben. Die wenigsten Kapazitäten sind im Burgenland (15) und in Wien (16) bei der ORS im Einsatz.



Bei der Sesta befinden sich mit Stand Oktober 2017 in ganz Österreich 134 UKW-Übertragungskapazitäten an 65 Standorten im Einsatz. Die meisten Kapazitäten sind mit 73 in Tirol in Betrieb. Vorarlberg ist mit 19 Kapazitäten das zweitstärkste Bundesland von Sesta hinsichtlich in Betrieb befindlicher UKW-Frequenzen.



Auch der VÖP sieht frequenztechnische Beschränkungen und rechtliche Schranken, hervorgerufen durch vor allem bau-, raumordnungs- und naturschutzrechtliche Regelungen als Hemmnisse für die Errichtung neuer Standorte.

Ebenso sehen sowohl die Sesta GmbH als auch die ORS die Frequenzen als den Parameter, welcher am meisten Einfluss auf die Investitionen hat. Der Markt ist laut Sesta GmbH gerade bei kleineren und mittleren Privatradios nicht undynamisch, weil hier immer wieder neue Frequenzen koordiniert werden können. Dieser Prozess wird im Rahmen von Einzelfallbetrachtungen Schritt für Schritt vorgenommen und ermöglicht keine großflächigen Neuplanungen für Übertragungsnetze.

Betrachtet man die gesamte Frequenzsituation, werden die meisten Frequenzen für die Verbreitung der Programme des ORF genutzt. Diese Situation ist seit längerer Zeit gegeben. So sind von den insgesamt 967 gelisteten UKW-Kapazitäten 828 oder 85,6 % für die Verbreitung der Programme des ORF in Betrieb.

Bereits bei der Evaluierung, ob eine Übertragungskapazität potentiell 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.

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass die **beschränkte Frequenzverfügbarkeit** der wesentliche Einflussfaktor auf potentielle Infrastrukturinvestitionen ist.

2.3.2.4.2.2. Vielzahl an notwendigen Genehmigungen

Der Aufbau einer alternativen Sendernetzstruktur setzt insbesondere voraus, dass auf relevanten Orten entsprechende Sendetürme bzw. -masten oder sonstige Antennenträger (nachfolgend auch Senderstandorte) 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.

Die ORS nannte etwa als Beispiele:

- Statik (Mast, Gebäude), statisches Gutachten
- Flugsicherheit: Austro Control 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 Hubschrauber montagen oder für die Fundamenterstellung
- Bauphase: Baukoordination & Bausicherheit

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass die **Wahrscheinlichkeit, diese Genehmigungen in absehbarer Zeit** zu erhalten, einen wesentlichen Entscheidungsparameter für eine Investitionsentscheidung bedeutet.

2.3.2.4.2.3. Realistische Zeitspanne für die Umsetzung

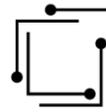
Gerade vor dem Hintergrund zahlreicher notwendiger Genehmigungen ist es für die Aufschließung eines neuen Standortes von besonderer Bedeutung, ob der gesamte Prozess in einem absehbaren Zeitraum abgewickelt werden kann. Dieses Thema wurde zum Beispiel auch als einer der wesentlichsten Erfolgsfaktoren von der Sesta GmbH genannt, dass es sehr wichtig ist, 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, den Genehmigungen, dem Bau der Anlage sowie der Inbetriebnahme.

Zur Veranschaulichung des gesamten Prozesses für die Neuerschließung eines Standortes wird hier die von der ORS erläuterte Vorgangsweise beschrieben:

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 immer bei den 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 drei Monate)
- Nach Erteilung der Genehmigungen erfolgt unter Berücksichtigung der Auflagen die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen
- Erstellung Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan
- Bestellung externer Planungs- und Baustellenkoordinatoren
- 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 und ORS
- Meldung der Baustelle beim Arbeitsinspektorat

Phase 2: Realisierung:

- Nennung des Bauführers und Bekanntgabe der Bauphase bei allen involvierten Behörden
- Baustelleneinrichtung gemäß gesetzlicher 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 GU inkl. Bereich und Antennentechnik
- Einmessen der neuen Antennen durch Antennentechnik
- Entfernen alter Mast unter Berücksichtigung eventueller behördlicher 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.

Zwischenfazit: Der **komplexe Prozess und die relativ große Anzahl an erforderlichen Genehmigungen** bergen ein erhebliches Risiko bei Investitionen in neue Infrastruktur, was sich insgesamt auf Investitionen in neue Infrastruktur negativ auswirkt.

2.3.2.4.2.4. 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. Charakterisierung der aktuellen 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.

2.3.2.4.3.1. Investitionen der ORS

Die ORS investierte in den letzten Jahren vor allem in die Modernisierung und Optimierung des bestehenden Netzes sowie in den Bereich DVB-T2. Das UKW-Übertragungsnetz hat sich seit dem Abschluss der letzten Marktanalyse im Jahr 2009 gering verändert. Je nach Marktentwicklung ist zu erwarten, dass sich der Schwerpunkt zukünftiger Investitionen in den Bereich DAB+ verschieben wird, wobei die weitere Entwicklung im Bereich DAB+ derzeit noch nicht mit hoher Sicherheit abgeschätzt werden kann.

2.3.2.4.3.2. Investitionen der Sesta GmbH

Die Sesta GmbH erwirtschaftete 2016 einen Umsatz von rund 1,4 Mio. € und investierte rund 12-15 % davon in den Infrastrukturausbau bzw. die Neuplanung. Weitere 8 bis 12 % wurden in Service und die Infrastruktur-Instandhaltung investiert. Es erfolgte in den letzten Jahren ein kontinuierlicher Netzaufbau. Mit Stand November 2017 befanden sich an 65 Standorten 134 Frequenzen in Betrieb. Die meisten Frequenzen und Standorte befinden sich durch den Firmensitz historisch und topographisch bedingt in Tirol und Vorarlberg. In den östlicheren Bundesländern wird jedoch derzeit ein bedarfsgerechter, intensiver Standortausbau betrieben. Für die nächsten Jahre wird mit einem ähnlichen jährlichen Investitionsvolumen wie für das Jahr 2016 gerechnet.

2.3.2.4.3.3. *Neue Mitbewerber*

Mit dem Markteintritt größerer neuer Mitbewerber in die UKW-Verbreitung kann momentan nicht gerechnet werden. Neue Markteintritte erfolgen derzeit eher im Bereich DAB+.

2.3.2.4.3.4. *Fazit*

Aus den 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 neue Standorte durch die Sesta GmbH getätigt werden. Der Investitionsprozess erfolgt einzelfallbezogen und schrittweise und ist relativ unabhängig von den Ergebnissen der Marktanalyse.

2.3.2.4.4. *Regulierungsziele*

Nach Art. 8 Abs. 2 Rahmenrichtlinie fördern die nationalen Regulierungsbehörden den Wettbewerb bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste, indem sie gewährleisten, dass es keine Wettbewerbsverzerrungen oder –beschränkungen im Bereich der elektronischen Kommunikation gibt, und indem sie effiziente Infrastrukturinvestitionen fördern und Innovationen unterstützen.

Art. 8 Abs. 5 lit. c Rahmenrichtlinie sieht vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden den Wettbewerb zum Nutzen der Verbraucher und gegebenenfalls den Infrastrukturwettbewerb fördern. Art. 13 Abs. 2 Rahmenrichtlinie schreibt vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden sicherstellen, dass alle vorgeschriebenen Kostendeckungsmechanismen unter anderem die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern.

Insbesondere § 1 Z 2 lit. a, b, c und e TKG 2003 sind von besonderer Bedeutung bezüglich der Ausgestaltung der Kostenorientierungsverpflichtung, weil die Preissetzung im gegenständlichen Vorleistungsmarkt einen Effekt auf das Angebot am Endkundenmarkt sowie auf das Verhältnis der Nutzung von bestehenden Infrastrukturen und in die Investitionen in neue Infrastrukturen hat.

Vereinfacht seien die Ziele nochmals zusammenfassend aufgelistet:

- Die Nutzer sollen eine möglichst hohe Auswahl und eine möglichst hohe Qualität an Radioprogrammen haben.
- Effiziente Investitionen in neue Infrastrukturen und Innovationen sollen gefördert werden.
- Es soll sichergestellt werden, dass bestehende Infrastruktur effizient genutzt werden kann.

Wenn man die relevanten obigen Regulierungsziele einzeln hinsichtlich der Preissetzung im relevanten Markt betrachtet, können folgende Zusammenhänge dargestellt werden.

2.3.2.4.4.1. Ziel: Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer

Dieses Ziel bezieht sich auch auf Art. 8 Abs. 2 lit. a Rahmenrichtlinie, wonach die „nationalen Regulierungsbehörden ... sicherstellen, dass für die Nutzer, ... der größtmögliche Nutzen in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität erbracht wird.“

Auf den Hörfunkbereich übertragen bedeutet dieses Ziel, dass die Rahmenbedingungen und der Wettbewerb zu einem möglichst flächendeckenden und breiten Angebot an Hörfunkprogrammen führen sollen. Nachdem UKW-Hörfunkprogramme grundsätzlich kostenlos sind, ist das Ziel Vorteile beim „Preis“ für den Endkunden hier 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, weil die Bezugsbasis (nämlich der Endkundenpreis) fehlt.

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 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 der ORS bezieht. Die Sesta GmbH 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.

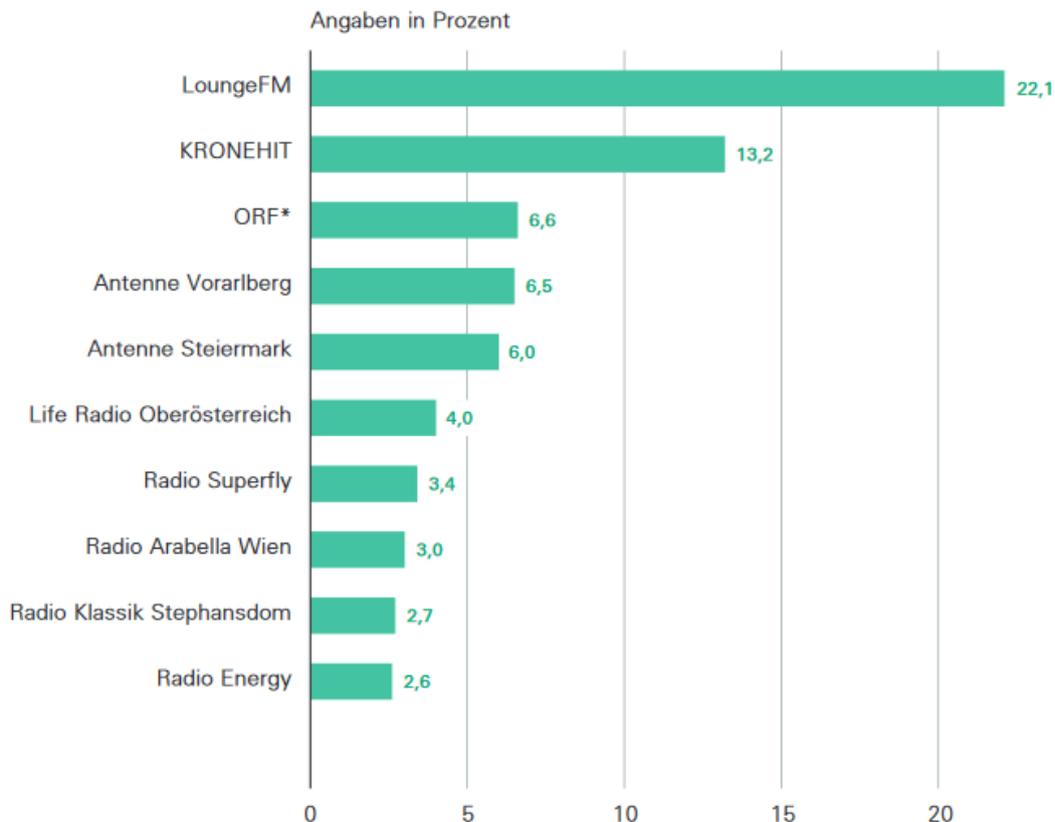
Eine wesentliche Besonderheit in diesem Markt besteht darin, dass für Hörfunkveranstalter relativ geringe Anreize bestehen, die Verbreitungsleistung selbst zu erbringen.

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 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. Eine Stichprobenauswahl von Jahresabschlüssen privater Hörfunkveranstalter für das Jahr 2015 zeigt, dass der Aufwand für die UKW-Verbreitung in Relation zum Gesamtaufwand in einer Größenordnung von 5 bis 13 % liegen kann. Die größten Einzelpositionen beim Aufwand sind üblicherweise Aufwände für das Personal, Marketing sowie programmbezogene Kosten (extern und intern).

Zum Beispiel wendete die Life Radio GmbH & Co KG laut deren Jahresabschluss 2015 einen Betrag von € 387.163,78 (2014: € 383.428,17) für Sendeanlagen auf. Dies entspricht für die Jahre 2014 und 2015 einem Anteil von rund 5 % des Gesamtaufwands. Die mit Abstand größten Aufwandspositionen sind mit rund 39 % das Personal sowie mit 18 % der Aufwand für das Marketing. Als zweites Beispiel wird die Entspannungsfunk GmbH herausgegriffen, wo im Jahr 2015 der Anteil der Aufwendungen (rund € 138.000) für die terrestrische Verbreitung rund 13 % des Gesamtaufwands betrug. Auch für dieses Unternehmen war mit rund 35 % die größte Aufwandsposition der Personalaufwand.

Im Rahmen einer Studie der RTR-GmbH zur Einführung von Digitalradio in Österreich (vgl. RTR, Einführung von Digitalradio in Österreich (2016), S. 69) wurde der Anteil der UKW-Verbreitungskosten an den Werbeerlösen im Rahmen von Interviews für mehrere Hörfunkveranstalter erhoben. Die Auswertung zeigt, dass die UKW-Verbreitungskosten in einer Bandbreite von 2,6 % bis zu 22,1 % der Werbeerlöse liegen können.



*) Für den ORF wurde der Anteil der UKW-Verbreitungskosten in das Verhältnis zur Summe aus Nettowerbeumsätzen und dem Hörfunkanteil der Programmertgelte im Jahr 2014 gesetzt.

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.

Der VÖP hat eine Auswertung über das Ergebnis gewöhnlicher Geschäftstätigkeit (EGT) von 31 Privatradioveranstaltern für das Jahr 2014 vorgenommen. Die Übersicht des VÖP zeigt (vgl. Stellungnahme des VÖP vom 07.12.2017, S. 7), dass das EGT unter Abzug der Förderungen der öffentlichen Hand bei 29 der 31 ausgewerteten Privatradioveranstalter negativ ist.

In Hinblick auf eine Verbesserung der wirtschaftlichen Situation von privaten Hörfunkveranstaltern wäre daher – im Sinne des vorher gezeigten Einflusses des Aufwands für die Verbreitung auf den Business Case – ein möglichst niedriger Vorleistungspreis für die UKW-Übertragung vorteilhaft. Dies wird zum Beispiel auch in der genannten Stellungnahme des VÖP deutlich. Neben vielen anderen Maßnahmen, welche nicht die Marktanalyse betreffen, wird dort anstatt von Vollkosten die Anwendung des Kostenstandards „FL-LRIC – Forward Looking Long Run Incremental Costs“ angeregt. In der Stellungnahme des VÖP (vgl. Stellungnahme des VÖP vom 16.12.2016, S. 16) wird zum Beispiel auch eine deutliche Reduktion des WACC von 10 % auf eine Größenordnung von rund 5 % sowie Effizienzabschläge (z.B. bei Personalkosten) gefordert, was zu einer Senkung der Vorleistungspreise für Hörfunkveranstalter führen würde.

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 erfordern. 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, was den langfristigen Erhalt der Infrastruktur gefährdet. Diese Gefährdung hätte auch langfristig wieder eine negative Rückwirkung auf den Endkundenmarkt.

2.3.2.4.4.2. Ziel: Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen sowie die Sicherstellung von bestehenden und zukünftigen Investitionen in Kommunikationsnetze und -dienste

Dieses Ziel ist auch in Art. 8 Abs. 5 lit. d Rahmenrichtlinie als „Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen ...“ enthalten.

In „klassischen“ Märkten der elektronischen Kommunikation (z.B. Mobilfunk oder Breitband) geht man davon aus, dass die langfristige Etablierung funktionsfähiger Wettbewerbsstrukturen auf die Investitionen der Wettbewerber in eigene Infrastruktur angewiesen ist. Reiner Dienstewettbewerb kann zwar kurzfristig den Wettbewerb beleben, den Infrastrukturwettbewerb jedoch nicht ersetzen. Zudem impliziert Infrastrukturwettbewerb auf der Vorleistungsebene im Allgemeinen auch Dienstewettbewerb auf den nachgelagerten Märkten.

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 potentiellen 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 hier eine geringere Bedeutung für die Entwicklung und Förderung des Wettbewerbs im Endkundenmarkt zu.

Das Regulierungsziel der Förderung von Infrastrukturinvestitionen umfasst bestehende 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, der unter anderem die Stadt Graz versorgt) vor langer Zeit (hier: 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 hier 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 potentiell 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 zusätzliche Unsicherheiten bestehen, könnte das Risiko in der Vorausschuldauer dieser Marktanalyse sogar steigen.

Auch der VÖP thematisiert in seiner Stellungnahme vom 16.12.2016, S. 15, die Unterschiede von Investitionen in neue Infrastrukturen zur Situation von bestehenden Infrastrukturen. Der VÖP führt aus, dass *„es für ausgeschlossen gehalten wird, dass das historisch gewachsene Rundfunkübertragungsnetz der ORS, die historisch gewachsenen Technologiekomponenten, und die historisch gewachsenen Personalstrukturen und Personalkostenstrukturen der ORS die verfahrensgegenständlichen Leistungen zu den gleichen Kosten produzieren können (sollen), wie es ein neu errichtetes Netz auf Basis moderner Technologie, marktkonformen Bereitstellungsprozessen und wettbewerblichen Strukturen in der Lage wäre.“*

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 hier die Förderung in Investitionen in ein flächendeckendes Netz oder die Förderung in Investitionen in einzelne Standorte im Vordergrund stehen soll. Bei den in der Rahmenrichtlinie und im TKG 2003 beschriebenen Regulierungszielen bezüglich Investitionen und Innovation wird nicht näher spezifiziert, welche Art von Investitionen gefördert werden sollen. Aus dem Regulierungsziel im TKG 2003, 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 % der österreichischen Bevölkerung versorgen kann. Die ursprünglichen Investitionen in dieses flächendeckende Netz liegen teilweise schon länger zurück. Um dies zu verdeutlichen, werden als Beispiel einige Standorte aus dem nördlichen Niederösterreich herausgegriffen:

| Nr. | Standort | Baujahr |
|-----|---------------------|---------|
| 01 | Poysdorf-Galgenberg | 1969 |
| 02 | Horn-Eichberg | 1970 |
| 03 | Raabs-Kollmitzberg | 1973 |
| 04 | Senfenberg | 1975 |
| 05 | Kottes | 1978 |
| 06 | Gars | 1979 |
| 07 | Krumau | 1983 |
| 08 | Pulkau | 1986 |
| 09 | Dobersberg | 1997 |
| 10 | Schönberg | 2009 |

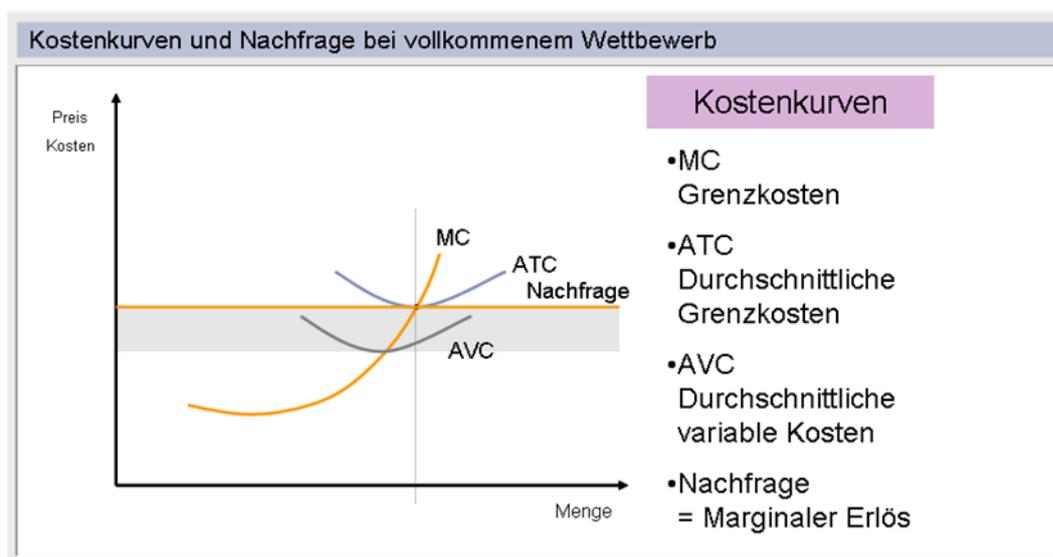
Nachdem eine bestimmte Übertragungskapazität jeweils nur auf einem bestimmten Standort nutzbar ist, erfolgt die Nachfrage durch private Hörfunkveranstalter meist für einen bestimmten Standort bzw. manchmal auch mehrere Standorte gleichzeitig. In der Praxis bedeutet dies, dass Entscheidungen für künftige Investitionen auf der Ebene eines konkreten Standortes getroffen werden.

Wettbewerbspreis in Wettbewerbsmärkten

In Wettbewerbsmärkten wirken die Wettbewerbskräfte und beschränken die möglichen Preise 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, S. 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.



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

eine 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, S. 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 Übertragungskapazität 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.

Zusätzlich 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 noch zusätzlich für Hörfunkveranstalter steigen würden. Dieser Effekt tritt bei einer Gesamtbetrachtung des Netzes nicht ein, weil hier 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. Hier sei auch zum Beispiel die Sichtweise des VÖP (vgl. Stellungnahme des VÖP vom 16.12.2016, S. 6) erwähnt, welcher davon ausgeht, dass *„Skalen- und Verbundvorteile sowie sunk costs einen flächendeckenden (oder auch nur regionalen) Markteintritt dritter Anbieter wirtschaftlich nicht darstellbar machen.“*

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 ist es aus ökonomischer Sicht sinnvoll, keine Regionalisierung bzw. Einzelbetrachtung von Standorten bei der Kostenrechnungsmethode vorzunehmen.

Weitere Faktoren und Maßnahmen, um Infrastrukturinvestitionen zu fördern

Die Sesta GmbH gab beispielsweise an, dass eine finanzielle Verbreitungsförderung in geografischen Gebieten, wo höhere Verbreitungskosten entstehen, eine treffsicherere Maßnahme sein könnte, um Infrastrukturinvestitionen zu fördern. Diese potentiellen neuen Fördermaßnahmen liegen jedoch außerhalb der gegenständlichen Marktanalyse. Weitere Maßnahmen, welche sich Investitionsfördernd auswirken können, sind die Sicherstellung ökonomischer und rechtlicher Planungssicherheit sowie die Sicherstellung einer entsprechenden Markttransparenz (z.B. im Sinne der Bereitstellung eines veröffentlichten Standardangebots). Ein wichtiger Faktor für alternative Investitionen ist das Vorhandensein von ausreichenden Differenzierungsmöglichkeiten gegenüber den nachfragenden Kunden. Diese Differenzierungsmöglichkeit wird durch die vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen insofern sichergestellt, als dass die Leistungen und das Angebot des marktbeherrschenden Unternehmens in Form eines Standardangebots zu erfolgen haben und somit alternative Anbieter flexiblere Lösungen anbieten können.

2.3.2.4.4.3. Ziel: Effiziente Nutzung von bestehenden Infrastrukturen

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 hier 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 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 alleine sichergestellt werden, da die Preise Übergewinne beinhalten könnten bzw. auch zu niedrig angesetzt werden könnten, damit laufende Erneuerungsinvestitionen nicht finanziert werden würden.

2.3.2.4.4. 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. Hier 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.

2.3.2.4.5. Beschreibung der empfohlenen Kostenrechnungsmethode

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

Im Rahmen dieses Gutachtens wird der Begriff „Kostenrechnungsmethode“ im Sinne des § 42 TKG 2003 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 hier 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 die Kostenrechnungsempfehlung 2005. Der Anwendungsbereich dieser Empfehlung ist nicht auf einen bestimmten Markt eingeschränkt und 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.

2.3.2.4.5.1. 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 Remedies, 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 Remedies, S 30).

2.3.2.4.5.2. 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).

2.3.2.4.5.3. 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).

2.3.2.4.5.4. 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, in wieweit 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 Remedies, S 31).

2.3.2.4.5.5. 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 (Quelle: 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 Remedies, S. 32).

2.3.2.4.5.6. 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 (Kostenrechnungsempfehlung 2005, Anhang). Sämtliche Kostenzurechnungen sollen auf quantifizierten, objektiven und überprüfbaren Daten beruhen (vgl. ITU, Regulatory Accounting Guide, S. 14). Die ERG führt in ihrer gemeinsamen Position zum Regulierungsmaßnahmen (vgl. ERG, Common Position Remedies, S. 53) 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“*.

2.3.2.4.5.7. 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 der 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 Remedies, 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.

2.3.2.4.5.8. 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 (vgl. dazu Art. 3 Kostenrechnungsempfehlung 2005).

2.3.2.4.5.9. 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“, CCA). 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 (vgl. dazu 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.

2.3.2.4.5.10. 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). Dabei erfolgt die Berechnung der anzuwendenden Eigenkapitalverzinsung durch das Capital Asset Pricing Model (CAPM). Mit dieser Methode werden die Kapitalstruktur, das Risiko, die Fremdkapitalzinsen und die Verzinsung des Eigenkapitals berücksichtigt. Diese Methode wird auch von der ERG empfohlen (vgl. ERG, Common Position Remedies, S. 24ff).

Dieser Ansatz wird ebenso im TKG 2003 gefordert. In § 34 Abs. 4 TKG 2003 findet sich folgende Bestimmung: *„Bei Investitionen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen sind bei der Bestimmung der angemessenen Rendite das mit den jeweiligen Investitionen verbundene, spezifische Risiko sowie die Risikoverteilung zu berücksichtigen.“* Beim bezüglich der Marktanalyse relevanten § 42 Abs. 1 TKG 2003 lautet die Vorgabe, dass *„die Regulierungsbehörde hierbei 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 und der zukünftigen Marktentwicklung zu erwirtschaften sowie Risikobeteiligungsverträge ebenso wie Kooperationsvereinbarungen abzuschließen. Darüber hinaus sind die Kosten und Risiken von Investitionen für neue und verbesserte Infrastrukturen besonders zu berücksichtigen...“*.

Im Rahmen der Berechnung dieser Festlegung sollen insbesondere Unsicherheiten aufgrund von DAB+, Streaming auf Mobilgeräten, 5G, etc. Berücksichtigung finden, um das Regulierungsziel der effizienten Nutzung bestehender Infrastrukturen sicherzustellen.

2.3.2.4.5.11. 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 (vgl. dazu 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.

2.3.2.4.5.12. 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 Remedies, S. 18). Mit diesem Ansatz wird ein Preis simuliert, wie er sich in einem Wettbewerbsmarkt etablieren würde.

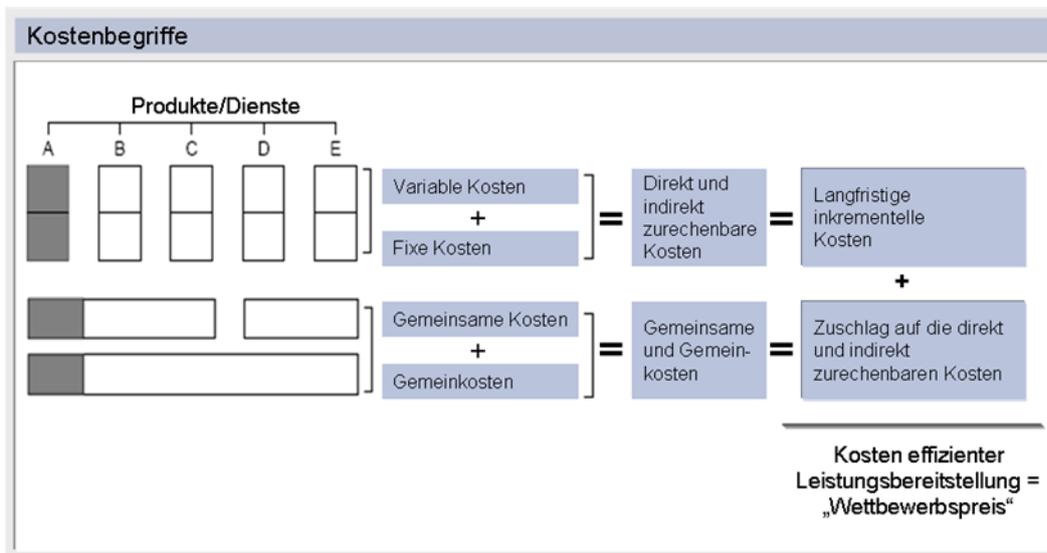
Ein Angebot ist dann sinnvoll, wenn die Kosten, die langfristig durch die Produktionsentscheidung insgesamt verursacht werden, durch die erzielbaren Erlöse wenigstens gedeckt werden. Der Erlös der einzelnen Produktionseinheit entspricht dann mindestens den langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen (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 kann. 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 bereits im Jahr 2000 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 Remedies, 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 Remedies, 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.



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.

2.3.2.4.5.13. 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 eingeführten Ansatz des „Konzepts der fiktiven Sendeanlage“. 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.

2.3.2.4.5.14. Fazit zu den Anforderungen an die Kostenrechnungsmethode

Auf Basis der Kostenrechnungsempfehlung 2005 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.

| 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 |

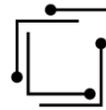
Zur Vollständigkeit sei hier nochmals erwähnt, dass im Sinne der Sicherstellung der Nichtdiskriminierung zwischen dem ORF und den privaten Nachfragern die gleiche Kostenrechnungsmethode zur Anwendung gelangen sollte.

2.3.3. Vergleich der vorgeschlagenen Maßnahmen mit Verpflichtungen aus anderen Gesetzen

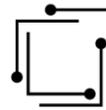
In diesem Prüfschritt wird analysiert, ob vorgeschlagene Regulierungsmaßnahmen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bereits aufgrund anderer Verpflichtungen auferlegt sind. Falls dies der Fall wäre, könnten einzelne Vorabverpflichtungen im Rahmen der Marktanalyse nicht zusätzlich notwendig sein.

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.

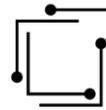
| Nr. | Verpflichtung laut ORF-Gesetz | Auszug aus dem ORF-G | „Überschneidung“ mit vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen |
|-----|-------------------------------|---|--|
| 01 | § 40 Abs. 1 ORF-G | Prüfung des Jahresabschlusses durch die ORF-Prüfungskommission | keine Die Prüfung der Einhaltung der vorgeschlagenen 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, ABI. Nr. L 193 vom 29.7.2000 S. 75 in der Fassung der Richtlinie 2005/81/EG, ABI. Nr. L 312 vom 29.11.2005 S. 47, hinsichtlich der Erstellung einer getrennten Buchführung mit einer nach den verschiedenen Geschäftsbereichen getrennten Aufstellung der Kosten und Erlöse sowie einer genauen Angabe der Methode, nach der die Kosten und Erlöse den | 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. Die mit der Vorabmaßnahme „Kostenorientierung“ verbundene Offenlegungspflicht der Kostenrechnungsmethode betrifft ausschließlich die Kalkulation von Produkten im relevanten Markt. |



| Nr. | Verpflichtung laut ORF-Gesetz | Auszug aus dem ORF-G | „Überschneidung“ mit vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen |
|-----|-------------------------------|---|--|
| | | <p>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 und3. die Kostenrechnungsgrundsätze, die der getrennten Buchführung zugrunde liegen, eindeutig bestimmt sind. | |
| 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 Grundsatz ist entsprochen, wenn diese geschäftlichen Beziehungen zu Bedingungen erfolgen, die wirtschaftlich handelnde dritte Personen in ihrem</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 |
|-----|-------------------------------|--|---|
| | | Geschäftsgebaren untereinander zu Grunde legen würden. | |
| 06 | § 31c Abs. 4 ORF-G | Private Investor Test 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. | Keine Der Private Investor Test hat keinen Bezug zu den vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen, da der Fokus rein auf der Finanzierung dieser Tätigkeiten liegt. |
| 07 | § 8a Abs. 1 und 2 ORF-G | (1) „Kommerzielle Tätigkeiten“ im Sinne dieses Gesetzes bezeichnen im Rahmen des Unternehmensgegenstandes liegende, über den öffentlich-rechtlichen Auftrag (§ 1 Abs. 2) hinausgehende Tätigkeiten. (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 Programmentgelt (§ 31) herangezogen werden. Sie können gewinnorientiert betrieben werden. | Keine Die Trennung in kommerzielle Tätigkeiten und öffentlich-rechtliche Tätigkeiten hat keinen Bezug zu den vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen. |
| 08 | § 8 ORF-G | Mitbenutzung der Sendeanlagen (1) Der Österreichische Rundfunk und seine Tochtergesellschaften haben im Rahmen der technischen Möglichkeiten anderen Rundfunkveranstaltern und terrestrischen Multiplex-Betreibern die Mitbenutzung ihrer Sendeanlagen gegen | Keine Die Mitbenutzung von Sendeanlagen ist nicht Teil des relevanten Marktes bzw. stellt allenfalls lediglich eine Vorleistung für den gegenständlichen Markt dar. Die rechtlichen Vorgaben zur Mitbenutzung von Sendeanlagen sind unabhängig von der Marktanalyse. |



| Nr. | Verpflichtung laut ORF-Gesetz | Auszug aus dem ORF-G | „Überschneidung“ mit vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen |
|-----|-------------------------------|---|---|
| | | <p>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> | |
| 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 Veröffentlichung eines Standardangebots</p> |

| Nr. | Verpflichtung laut ORF-Gesetz | Auszug aus dem ORF-G | „Überschneidung“ mit vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen |
|-----|-------------------------------|----------------------|--|
| | | | 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-Gesetzes und den oben genannten Vorabverpflichtungen gibt. Daher sind die Verpflichtungen im ORF-Gesetz nicht als Ersatz für die genannten Vorabverpflichtungen geeignet, um die potentiellen Wettbewerbsprobleme im relevanten Markt abzumildern bzw. zu vermeiden.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Einleitung des gegenständlichen Verfahrens mit Edikt und dazu, dass binnen offener Frist niemand seine Betroffenheit geltend gemacht hat, 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 und den diesbezüglichen schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen im vom Amtsgutachter erstellten Gutachten vom 30.09.2016 sowie in dessen Ergänzungsgutachten vom 23.03.2018.

Die Feststellungen hinsichtlich der Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten 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 im Wesentlichen auf den schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen des Amtssachverständigen in seinem Ergänzungsgutachten vom 23.03.2018. Der Marktabgrenzung des Vorleistungsmarkts „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ im Ergänzungsgutachten liegt die von der Europäischen Kommission in ihrer Entscheidung vom 12.01.2018, C (2018), 63 final, geäußerte Ansicht zu Grunde, dass der Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ – anders als es sich aus dem Gutachten des Amtssachverständigen vom 30.09.2016 ergab – auch Eigenleistungen enthält. Der Amtssachverständige verweist in seinem Gutachten hinsichtlich jener Feststellungen, die durch diese veränderte Marktabgrenzung nicht beeinflusst werden, schlüssig und nachvollziehbar auf seine Ausführungen im Gutachten vom 30.09.2016. Die ORS hat die Gutachten des Amtssachverständigen im Wesentlichen nicht bestritten.

Der Amtssachverständige ging im Rahmen der ökonomischen Marktabgrenzung davon aus, dass digitaler terrestrischer Hörfunk aktuell kein hinreichendes Substitut für analoge terrestrische Verbreitung darstellt. Dies deshalb, weil sich die Rundfunkübertragung im Standard DAB+ in Österreich erst in einer frühen Phase befinde. Lediglich eine regionale Zulassung im Großraum Wien sei für einen Zeitraum von 10 Jahren ab 03.04.2018 bisher erteilt worden; aufgrund der lokalen Begrenztheit, der geringen Endgerätepenetration und der gerade stattfindenden Markteinführung sei aber nicht davon auszugehen, dass DAB+ schon ein Substitut darstellen werde. Mittelfristig könne allenfalls erst der Start eines bundesweiten Regelbetriebs für die Verbreitung einzelner Hörfunkprogramme dazu führen, dass DAB+ zum Substitut für analoge Verbreitung werde.

Auch die seit Oktober 2016 erfolgende Verbreitung einiger weniger Radioprogramme über die terrestrischen (Fernseh-) Plattformen MUX A und F im Standard DVB-T2 (vgl. die Bescheide der KommAustria vom 24.10.2016, KOA 4.200/16-029 und KOA 4.270/16-011) kann an der vorgenommenen Marktabgrenzung nichts ändern, da diese Übertragungsart hauptsächlich für den „stationären“ Empfang auf einem Fernsehgerät geeignet ist (vgl. dazu die Ausführungen in den Erläuterungen zum Digitalisierungskonzept 2017, KOA 4.000/17-008, S. 4), Programmplätze auf DVB-T2-Muxen nur subsidiär an Hörfunkprogramme vergeben werden können (vgl. etwa den Anhang zum Zulassungsbescheid der KommAustria für die digitalen terrestrischen Multiplexplattformen MUX A und B vom 20.11.2015, KOA 4.200/15-034, „Grundsätze für die Auswahl von Rundfunkveranstaltern“, Punkt 3.3) und die Plattform eine relativ geringe potentielle Reichweite von rund 6 % (Fernsehreichweite von DVB-T2) aller Haushalte hat.

Daher ist die vom Amtsgutachter in seinen Gutachten nachvollziehbar dargelegte Folgerung, dass 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 mittels DVB-T2 als gültig anzusehen. Somit ist der Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ gegenüber allen anderen Übertragungswegen abzugrenzen.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit

Gemäß § 120 Abs. 1 lit. b Z 4 TKG 2003 nimmt die gemäß § 1 Abs. 1 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2016, zur Verwaltungsführung in Angelegenheiten der Rundfunkregulierung eingerichtete KommAustria Aufgaben der Wettbewerbsregulierung nach dem fünften Abschnitt des TKG 2003 wahr, soweit sich eine Regulierungsmaßnahme auf einen Markt für die Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten 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

Die hier maßgeblichen Bestimmungen des 5. Abschnittes des TKG 2003 lauten:

„5. Abschnitt

Wettbewerbsregulierung

Regulierungsziele

§ 34. (1) Die Regulierungsbehörde hat durch die in diesem Abschnitt angeführten Maßnahmen die Ziele des § 1 Abs. 2 und 2a zu verwirklichen. Die Regulierungsbehörde hat dabei insbesondere den Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren.

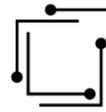
(2) Die Regulierungsbehörde hat die Erreichung der Regulierungsziele laufend zu beobachten. Sie hat jährlich im Rahmen des Kommunikationsberichtes (§ 19 KOG) zu berichten, inwieweit die Ziele des § 1 Abs. 2 und 2a erreicht wurden und welche Veränderungen im Vergleich zu den Vorjahren erfolgt sind. Es können auch Vorschläge zur Verbesserung oder Adaptierung der Regelungen dieses Gesetzes oder der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen vorgelegt werden.

(3) Die Regulierungsbehörde hat bei der Vollziehung dieses Bundesgesetzes auf Empfehlungen der Europäischen Kommission über die harmonisierte Durchführung von den durch dieses Bundesgesetz umgesetzten Richtlinien Bedacht zu nehmen. Weicht die Regulierungsbehörde von einer dieser Empfehlungen ab, hat sie dies der Europäischen Kommission mitzuteilen und zu begründen.

(4) Bei Investitionen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen sind bei der Bestimmung der angemessenen Rendite das mit den jeweiligen Investitionen verbundene, spezifische Risiko sowie die Risikoverteilung zu berücksichtigen.

Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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



(2) Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat, sind von der Regulierungsbehörde insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- 1. die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf,*
- 2. die Höhe von Markteintrittsschranken sowie das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,*
- 3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,*
- 4. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,*
- 5. die jeweilige Marktphase,*
- 6. der technologiebedingte Vorsprung,*
- 7. allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation,*
- 8. die Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen,*
- 9. das Ausmaß vertikaler Integration,*
- 10. das Ausmaß der Produktdifferenzierung,*
- 11. der Zugang zu Finanzmitteln,*
- 12. die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur,*
- 13. das Verhalten am Markt im Allgemeinen, wie etwa Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder Errichtung von Barrieren.*

(3) Bei zwei oder mehreren Unternehmen ist davon auszugehen, dass sie gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, wenn sie – selbst bei Fehlen struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander – in einem Markt tätig sind, dessen Beschaffenheit Anreize für eine Verhaltenskoordinierung aufweist.

(4) Bei der Beurteilung, ob zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, sind von der Regulierungsbehörde insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- 1. das Ausmaß an Marktkonzentration, die Verteilung der Marktanteile und deren Veränderung im Zeitverlauf,*
- 2. die Höhe von Markteintrittsschranken, das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,*
- 3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,*
- 4. die vorhandene Markttransparenz,*
- 5. die jeweilige Marktphase,*
- 6. die Homogenität der Produkte,*
- 7. die zugrundeliegenden Kostenstrukturen,*
- 8. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,*
- 9. das Ausmaß an technologischer Innovation und der Reifegrad der Technologie,*
- 10. die Existenz freier Kapazitäten,*
- 11. die Existenz informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den Marktteilnehmern,*
- 12. Mechanismen für Gegenmaßnahmen,*
- 13. das Ausmaß der Anreize für Preiswettbewerb,*
- 14. vertikale Integration mit kollektiver Lieferverweigerung.*

(5) Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann es auch auf horizontal und vertikal bzw. 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

§ 36. (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 Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung 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 oder rechtlich 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 entgegenzuwirken.*

(4) *Beabsichtigt die Regulierungsbehörde, sachliche oder räumliche Märkte festzustellen, die von denen in der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors in der jeweils geltenden Fassung abweichen, hat sie die in den §§ 128 und 129 vorgesehenen Verfahren anzuwenden.*

(5) *Die Regulierungsbehörde führt im Verfahren gemäß Abs. 1 unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Union weiters eine Analyse der Märkte nach Abs. 2 durch.*

(6) *Das Verfahren gemäß Abs. 1 ist innerhalb von drei Jahren nach der Verabschiedung einer vorherigen Maßnahme im Zusammenhang mit diesem Markt einzuleiten. Diese Frist kann um bis zu weitere drei Jahre verlängert werden, wenn die Regulierungsbehörde der Europäischen Kommission 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) *Ein Verfahren ist innerhalb von zwei Jahren nach der Verabschiedung einer Änderung der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors hinsichtlich jener Märkte einzuleiten, zu denen die Europäische Kommission keine vorherige Notifizierung nach § 129 TKG 2003 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 § 129 zu koordinieren.

Auferlegung spezifischer Verpflichtungen

§ 37. (1) Stellt die Regulierungsbehörde im Verfahren gemäß § 36 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 geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 47a Abs. 1 aufzuerlegen, wobei dem allfälligen Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Märkten und allfälligen geografischen Besonderheiten in Bezug auf die Wettbewerbssituation im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgebotes bei der Wahl und Ausgestaltung der Verpflichtungen angemessen Rechnung zu tragen ist. Bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen werden, sofern sie den relevanten Markt oder besondere geografische Gebiete betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele aufgehoben, beibehalten, geändert oder neuerlich auferlegt.

(2) Stellt die Regulierungsbehörde auf Grund des Verfahrens gemäß § 36 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 Marktmacht verfügt, darf sie – mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 – keine Verpflichtungen gemäß Abs. 1 auferlegen; diesfalls stellt die Regulierungsbehörde durch Bescheid fest, 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, ein Jahr nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt.

(3) Im Falle länderübergreifender Märkte, die durch Entscheidung der Europäischen Kommission festgelegt wurden, führen die betreffenden nationalen Regulierungsbehörden die Marktanalyse in enger Abstimmung und unter Berücksichtigung der Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht durch und stellen einvernehmlich fest, ob ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. § 36 Abs. 5 sowie § 37 Abs. 1 und 2 sind sinngemäß anzuwenden.

Verfahrensgrundsätze

§ 37a. (1) Dem Kartellgericht, dem Kartellobergericht, dem Bundeskartellanwalt sowie der Bundeswettbewerbsbehörde ist im Rahmen des Verfahrens gemäß § 36 und 37 zum Entwurf einer Vollziehungshandlung (§ 128) Gelegenheit zu geben, binnen vier Wochen eine Stellungnahme abzugeben.

(2) Partei in Verfahren gemäß §§ 36 und 37 ist jedenfalls das Unternehmen, dem gegenüber spezifische Verpflichtungen beibehalten, auferlegt, abgeändert oder aufgehoben werden.

(3) Parteien in Verfahren gemäß §§ 36 und 37 sind ferner jene, die gemäß § 40 Abs. 2 KOG 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 § 36 Abs. 2 und 5 und § 37 Abs. 1 und 2 erlassene Bescheide zu veröffentlichen und eine Abschrift an die Europäische Kommission zu übermitteln.

Gleichbehandlungsverpflichtung

§ 38. (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, wobei der Abschluss von Risikobeteiligungsverträgen ebenso wie Kooperationsvereinbarungen zur Teilung des Investitionsrisikos für neue und verbesserte Infrastruktur dadurch unberührt bleibt, sofern der Wettbewerb dadurch nicht beeinträchtigt wird.

(3) Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die 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.

(3a) Wird für ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Verpflichtung gemäß § 41 hinsichtlich des physischen Zugangs zu Netzinfrastrukturen auf Vorleistungsebene auferlegt, hat die Regulierungsbehörde auch eine Verpflichtung gemäß Abs. 3 unter Angabe von Mindestinhalten aufzuerlegen.

(4) Die Regulierungsbehörde kann Änderungen des Standardangebots zur Sicherstellung der gemäß § 37 Abs. 1 auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen.

Transparenzverpflichtung

§ 39. (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 § 90 – Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zusätzlich nachstehende Informationsverpflichtungen auferlegen:

- 1. Informationen zur Buchhaltung und Kostenrechnung,*
- 2. technische Spezifikationen,*
- 3. Netzmerkmale,*
- 4. Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen,*

5. Entgelte einschließlich Rabatte sowie
6. allfällige Bedingungen, die den Zugang zu Diensten und Anwendungen oder deren Nutzung beschränken.

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

Getrennte Buchführung

§ 40. (1) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für bestimmte Tätigkeiten in Bezug auf den Zugang eine getrennte Aufschlüsselung der Kosten auferlegen, um unerlaubte Quersubventionierung zu verhindern.

(2) Zu diesem Zweck kann 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 Kostenrechnungsmethode festlegen. Dies beinhaltet auch den Detailgrad und die Form, in der die Informationen zur Verfügung zu stellen sind.

(3) Hat die Regulierungsbehörde spezifische Verpflichtungen nach §§ 38, 39 oder 40 Abs. 1 und 2 angeordnet, kann sie unbeschadet der Bestimmungen des § 90 verlangen, dass die Kostenrechnungs- und Buchhaltungsunterlagen einschließlich sämtlicher damit zusammenhängender Informationen und Dokumente auf Anforderung in vorgeschriebener Form und vorgeschriebenem Format vorgelegt werden. Die Regulierungsbehörde kann diese Informationen veröffentlichen, soweit dies zur Förderung des Wettbewerbs erforderlich ist.

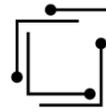
(4) Die getrennte Aufschlüsselung der Kosten ist durch die Regulierungsbehörde jährlich zu überprüfen. Das Prüfergebnis ist von der Regulierungsbehörde zu veröffentlichen.

Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

§ 41. (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 Netzkomponenten oder Netzeinrichtungen, einschließlich des Zugangs zu nicht aktiven Netzkomponenten, und des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, um unter anderem die Betreiberauswahl, die Betreibervorauswahl oder Weiterverkaufsangebote für Teilnehmeranschlüsse zu ermöglichen;
2. Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte;
3. bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern;



4. *Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen;*
5. *Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind;*
6. *Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Unterbringung oder Nutzung von zugehörigen Einrichtungen;*
7. *Schaffung der Voraussetzungen, die für die Interoperabilität von Ende-zu-Ende-Diensten notwendig sind, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming in Mobilfunknetzen;*
8. *Gewährleistung des Zugangs zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind,*
9. *Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen sowie*
10. *Zugang zu zugehörigen Diensten wie einem Identitäts-, Standort- und Verfügbarkeitsdienst.*

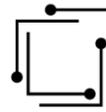
(3) Bei Auferlegung der Verpflichtungen gemäß Abs. 2 hat die Regulierungsbehörde insbesondere zu berücksichtigen:

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. *Möglichkeit der Gewährung des Zugangs im Hinblick auf die verfügbare Kapazität;*
3. *Investitionen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken;*
4. *Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung eines wirtschaftlich effizienten Wettbewerbs im Bereich Infrastruktur;*
5. *gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum;*
6. *Bereitstellung europaweiter Dienste.*

(4) Wird einem Betreiber die Verpflichtung auferlegt, Zugang gemäß Abs. 1 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.

Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang

§ 42. *(1) Stellt die Regulierungsbehörde im Verfahren gemäß § 36 fest, dass ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, kann ihm die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen. Hierbei hat die Regulierungsbehörde 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 und der zukünftigen Marktentwicklung zu erwirtschaften sowie*



Risikobeteiligungsverträge ebenso wie Kooperationsvereinbarungen abzuschließen. Darüber hinaus sind die Kosten und Risiken von Investitionen für neue und verbesserte Infrastrukturen besonders zu berücksichtigen und es können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

(2) 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 die Kosten und Risiken für Investitionen in Kommunikationsnetze und den allfälligen Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Märkten berücksichtigt. Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte verlangen und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen. In diesem Zusammenhang kann die Regulierungsbehörde auch Entgelte berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten.

(3) 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.

[...]

Konsultationsverfahren

§ 128. *(1) Der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie sowie die Regulierungsbehörde gewähren interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß diesem Bundesgesetz, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden. Davon ausgenommen sind Maßnahmen gemäß §§ 91 Abs. 4, 122 und 130. Die Konsultationsverfahren sowie deren Ergebnisse werden von der jeweiligen Behörde der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, soweit § 125 nicht anderes bestimmt.*

(2) Allfällige verfahrensrechtliche Fristen sind während der für die Stellungnahme gewährten Frist gehemmt.

(3) Betrifft der Entwurf eine individuelle Vollziehungsmaßnahme, die auf Antrag einer Partei in Aussicht genommen ist, ist während der für die Stellungnahme gewährten Frist ausschließlich eine Zurückziehung des Antrages zulässig. In diesem Fall ist das Verfahren einzustellen und der diesbezügliche Beschluss zu veröffentlichen.

(4) Der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie sowie die Regulierungsbehörde gewähren interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu Fragen betreffend Endnutzer- oder Verbraucherrechte in Zusammenhang mit

öffentlichen Kommunikationsdiensten. Sie berücksichtigen diese Stellungnahmen soweit dies angemessen ist, insbesondere wenn beträchtliche Auswirkungen auf den Markt zu erwarten sind.

Koordinationsverfahren

§ 129. (1) *Betrifft der Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben wird,*

1. *die Marktdefinition oder die Marktanalyse (§ 36 und 37) oder*
2. *entfallen (durch die Novelle BGBl. I Nr. 102/2011)*
3. *entfallen (durch die Novelle BGBl. I Nr. 102/2011)*
4. *Verpflichtungen, die gemäß §§ 38 bis 43 auferlegt werden,*

ist der Entwurf nach Abschluss des Konsultationsverfahrens nach § 128 zusammen mit einer Begründung gleichzeitig der Europäischen Kommission, dem GEREK sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Verfügung zu stellen.

(2) Falls die Europäische Kommission, das GEREK oder die nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten binnen einem Monat zu dem betreffenden Entwurf Stellung genommen haben, ist diesen Stellungnahmen weitestgehend Rechnung zu tragen. Außer in Fällen des Abs. 3 kann die sich daraus ergebende Vollziehungshandlung in Kraft gesetzt werden. Sie ist der Europäischen Kommission und dem GEREK zu übermitteln.

(3) Die Vollziehungshandlung ist um weitere zwei Monate aufzuschieben, falls

1. *die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme nach Abs. 2 mitgeteilt hat, sie sei der Auffassung, die Vollziehungshandlung würde ein Hemmnis für den Binnenmarkt schaffen, oder sie habe ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, insbesondere mit den in § 1 genannten Zielen, und*
2. *sich die Vollziehungshandlung auf die Marktdefinition oder die Marktanalyse nach § 36 und 37 bezieht.*
3. *entfallen (durch die Novelle BGBl. I Nr. 102/2011)*

(3a) Falls die Europäische Kommission innerhalb der in Abs. 3 genannten Frist unter Angabe objektiver und detaillierter Gründe zur Zurückziehung des Entwurfes auffordert, ist die Vollziehungshandlung innerhalb von sechs Monaten abzuändern oder zurückzuziehen. Geänderte Entwürfe von Vollziehungshandlungen sind den Verfahren nach §§ 128 Abs. 1 und 129 Abs. 1 zu unterwerfen.

(3b) Die Vollziehungshandlung ist jedoch um weitere drei Monate aufzuschieben, falls

1. *die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme nach Abs. 2 mitgeteilt hat, sie sei der Auffassung, die Vollziehungshandlung würde ein Hemmnis für den Binnenmarkt schaffen, oder sie habe ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, insbesondere mit den in § 1 genannten Zielen, und*
2. *sich die Vollziehungshandlung auf die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 43 bezieht.*

(3c) Innerhalb der Frist nach Abs. 3b hat die Regulierungsbehörde eng mit der Europäischen Kommission und dem GEREK zusammenzuarbeiten, um die am besten geeignete und wirksamste Maßnahme im Hinblick auf die Ziele des § 1 zu ermitteln.

(3d) Falls das GEREK innerhalb der ersten sechs Wochen der Frist nach Abs. 3b in einer Stellungnahme die Bedenken der Europäischen Kommission nach Abs. 3b Z 1 teilt, kann die Regulierungsbehörde den Entwurf der Vollziehungshandlung beibehalten oder unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der Europäischen Kommission und des GEREK ändern oder zurückziehen.

(3e) Richtet die Europäische Kommission unter den Voraussetzungen des Art. 7a Abs. 5 lit. a der Rahmenrichtlinie eine Empfehlung an die Regulierungsbehörde und hat die Regulierungsbehörde den Entwurf der Vollziehungshandlung nicht gemäß § 129 Abs. 6 bereits zurückgezogen, hat die Regulierungsbehörde die geplante Vollziehungshandlung innerhalb eines Monats, längstens aber nach Durchführung eines Verfahrens nach § 128 zu erlassen. Falls die Regulierungsbehörde die Vollziehungshandlung nicht im Einklang mit der Empfehlung ändert oder zurückzieht, ist dies zu begründen.

(3f) Entwürfe von Vollziehungshandlungen nach Abs. 1 können von der Regulierungsbehörde in jedem Stadium des Verfahrens zurückgezogen werden.

(3g) Verfahrensrechtliche Fristen bleiben während der Durchführung des Verfahrens nach Abs. 1 gehemmt.

(4) Vollziehungshandlungen gemäß Abs. 1 können ohne Durchführung der Verfahren gemäß Abs. 1 und 3 für die Dauer von höchstens drei Monaten erlassen werden, sofern die sofortige Vollziehungshandlung bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände erforderlich ist, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen zu schützen. Die Europäische Kommission, das GEREK sowie die nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind unverzüglich unter Anschluss einer vollständigen Begründung zu unterrichten. Vor einer Verlängerung der Geltungsdauer der Vollziehungsmaßnahme ist das Verfahren gemäß Abs. 1 durchzuführen.

(5) Aus Zweckmäßigkeitsergründen kann ein normsetzendes Organ die Veröffentlichung des Entwurfes sowie die Veröffentlichung der einlangenden Äußerungen durch die Regulierungsbehörde besorgen lassen.

(6) Die Regulierungsbehörde hat ein Verzeichnis über die anhängigen Verfahren nach Abs. 1 zu führen und dieses zu veröffentlichen.“

§ 40 KOG lautet:

„Großverfahren

§ 40. (1) Sind an einem Verfahren vor der KommAustria, der Telekom-Control-Kommission, der Post-Control-Kommission oder der RTR-GmbH 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 § 36 Abs. 6 TKG 2003 ist ein Verfahren gemäß Abs. 1 innerhalb von drei Jahren nach der Verabschiedung einer vorherigen Maßnahme im Zusammenhang mit diesem Markt einzuleiten.

Die gemäß § 36 iVm § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 133/2005, erlassene RFMVO 2009 legte folgende für die sektorspezifische Regulierung relevante, österreichweite Märkte fest:

1. Markt für analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW
2. Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B
3. Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden

Die KommAustria hat im Rahmen ihrer Zuständigkeit gemäß § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 auf Grundlage der RFMVO 2009 zuletzt Maßnahmen hinsichtlich der Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten am 12.07.2013 beschlossen (Bescheide KOA 6.300/13-023, bestätigt mit Erkenntnis des BVwG vom 13.08.2014, Zl.en W120 2000234-1/13E und W120 2010750-1/3E, betreffend den Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ und KOA 6.300/13-025, bestätigt mit Erkenntnis des BVwG vom 13.08.2014, Zl.en W194 2000240-1/12E und W194 2010751-1/3E, betreffend den Vorleistungsmarkt „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“; mit dem Bescheid KOA 6.300/13-024 betreffend den Vorleistungsmarkt „Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“ wurde festgestellt, dass effektiver Wettbewerb auf diesem Markt herrscht). Die Einleitung des gegenständlichen Verfahrens erfolgte am 02.03.2016 und somit innerhalb der in § 36 Abs. 6 TKG 2003 vorgesehenen Frist.

4.4. Parteistellung

4.4.1. Parteistellung gemäß § 37a Abs. 2 TKG 2003

Gemäß § 37a Abs. 2 TKG 2003 ist Partei in Verfahren gemäß §§ 36 und 37 jedenfalls das Unternehmen, dem gegenüber spezifische Verpflichtungen beibehalten, auferlegt, abgeändert oder aufgehoben werden. Mit den in Beschwerdeverfahren gegen die erstinstanzlichen Bescheide der KommAustria ergangenen Erkenntnissen des BVwG vom 13.08.2014, Zl.en W120 2000234-1/13E und W120 2010750-1/3E bzw. Zl.en W194 2000240-1/12E und W194 2010751-1/3E, wurden der ORS spezifische Verpflichtungen in den verfahrensgegenständlichen Märkten auferlegt. Daher ist sie jedenfalls Partei des Verfahrens.

4.4.2. Parteistellung gemäß § 37a Abs. 3 TKG 2003

Gemäß § 37a Abs. 3 TKG 2003 sind Parteien in Verfahren gemäß §§ 36 und 37 ferner jene, die gemäß § 40 Abs. 2 KOG ihre Betroffenheit glaubhaft gemacht haben.

Wie die KommAustria schon in ihrem Einleitungsbeschluss vom 02.03.2016 festgehalten hat, war insbesondere unter Berücksichtigung der bisher relevanten, oben genannten Rundfunkmärkte 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 Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten 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 www.rtr.at (auf der Startseite und unter <https://www.rtr.at/de/m/KOA630015016>) 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 13.04.2016 machte niemand seine Parteistellung geltend, sodass aufgrund der Präklusionswirkung des § 40 Abs. 2 KOG niemandem Parteistellung gemäß § 37a Abs. 3 TKG 2003 zukommt.

4.5. Entscheidungsgegenstand dieses Bescheides

Die KommAustria hat ihren Entwurf einer Vollziehungshandlung vom 27.09.2017, KOA 6.300/17-012, welcher die Marktdefinition und Marktanalyse gemäß § 36 Abs. 1 und 2 sowie § 37 iVm § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 betreffend alle der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten umfasste, einem Koordinationsverfahren gemäß § 129 TKG 2003 unterzogen. Im Rahmen des Koordinationsverfahren hat die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung vom 10.11.2017, C (2017), 7669 final, hinsichtlich des Vorleistungsmarkts „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ erklärt, dass sie ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit des Maßnahmenentwurfs mit dem Unionsrecht habe und diesbezüglich die Untersuchungsphase II sowohl nach Art. 7 als auch Art. 7a Rahmenrichtlinie (vgl. § 129 Abs. 3 und 3b TKG 2003) eröffnet.

Hinsichtlich der Märkte „Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ und „Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“ hingegen hielt die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung fest, dass sie keine Anmerkungen habe und die KommAustria daher gemäß Art. 7 Abs. 7 Rahmenrichtlinie (vgl. § 129 Abs. 2 zweiter Satz TKG 2003) befugt sei, ihren Maßnahmenentwurf hinsichtlich dieser Märkte zu verabschieden.

Dementsprechend hat die KommAustria mit rechtskräftigem Teilbescheid vom 31.01.2018, KOA 6.300/18-002, gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 festgestellt, dass auf dem Vorleistungsmarkt „Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“ gemäß § 1 Z 2 RFMVO 2009 effektiver Wettbewerb herrscht und dieser daher für die sektorspezifische Regulierung nicht mehr relevant ist. Weiters hat die KommAustria gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 festgestellt, dass der Vorleistungsmarkt „Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ für die sektorspezifische Regulierung nicht mehr relevant ist und insofern effektiver Wettbewerb herrscht und gemäß § 37 Abs. 2 zweiter Satz TKG 2003 mit Zustellung dieses Bescheides die der ORS mit Erkenntnis des BVwG vom 13.08.2014, Zl.en W194 2000240 1/12E und W194 2010751-1/3E, auferlegten Verpflichtungen aufgehoben.

Vor dem Hintergrund der Entscheidung der Europäische Kommission vom 12.01.2018, C (2018), 63 final, in deren Art. 1 sie beschlossen hat, dass die KommAustria ihren Maßnahmenentwurf hinsichtlich des Vorleistungsmarkts „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ wegen einer Marktabgrenzung, die mit dem Unionsrecht nicht vereinbar ist und ein Hemmnis für den Binnenmarkt schaffen würde, zurückzieht, blieb die verfahrensgegenständliche Angelegenheit (Marktdefinition und Marktanalyse gemäß § 36 Abs. 1 und 2 sowie § 37 iVm § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 betreffend die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten) lediglich in Bezug auf die Marktabgrenzung für die

Märkte für die Übertragung von Hörfunksignalen (und in der Folge eine allfällige diesbezügliche Marktanalyse und Auferlegung von spezifischen Verpflichtung) unerledigt.

Gemäß § 129 Abs. 3a TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde nun die Vollziehungshandlung hinsichtlich der von der Europäischen Kommission beanstandeten Teile innerhalb von sechs Monaten abzuändern oder zurückzuziehen. Der vorliegende Bescheid erledigt die Angelegenheit hinsichtlich dieser, nicht mit Teilbescheid vom 31.01.2018, KOA 6.300/18-002, erledigten Teile.

4.6. Marktdefinition

4.6.1. Allgemeines

Gemäß § 36 Abs. 2 TKG 2003 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 § 36 Abs. 3 TKG 2003 unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Union zu erfolgen. Dabei kommen nur Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich 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 entgegenzuwirken.

Die in § 36 Abs. 3 zweiter Satz TKG 2003 genannten Kriterien entsprechen im Wesentlichen jenen in Ziffer 2 der Märkteempfehlung 2014, auf welche gemäß § 36 Abs. 3 erster Satz TKG 2003 Bedacht zu nehmen ist.

Die KommAustria hat daher – unter Bedachtnahme gemäß § 36 Abs. 3 TKG 2003 auf die SMP-Leitlinien – zunächst unter Anwendung des sogenannten „Hypothetischen Monopolistentests“ jene Märkte für die Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdienste abzugrenzen, die grundsätzlich für eine Regulierung in Frage kommen, und in einem zweiten Schritt festzustellen, welche von diesen „Kandidatenmärkten“ betreffend die Verbreitung von Hörfunksignalen nach den Kriterien gemäß § 36 Abs. 3 zweiter Satz TKG 2003 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 **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**).

In der Erläuterung zu dieser 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 § 3 Z 9 TKG 2003 nicht um Kommunikationsdienste im Sinne des TKG 2003. Sie unterliegen nicht dem TKG 2003. Vor dem Hintergrund, dass die Rundfunkveranstalter nicht dem TKG 2003 und somit nicht der sektorspezifischen Regulierung nach dessen 5. Abschnitt unterliegen, ist im gegenständlichen Verfahren nach § 36 Abs. 1 TKG 2003 nicht auf diese Märkte einzugehen.

4.6.2. Marktabgrenzung

Wie sich aus den Feststellungen (vgl. oben 2.1.1.5) 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

In ihrer Stellungnahme im Rahmen des Koordinierungsverfahrens gemäß § 129 TKG 2003 zum Entwurf der RFMVO 2009 vom 15.04.2009, SG-Greffe (2009) D/226 K(2009)2998, hat die Europäische Kommission zur Marktabgrenzung im Wesentlichen angemerkt, dass die KommAustria bei zukünftigen Marktabgrenzung die Entwicklungen am Markt in Bezug auf den Wettbewerb bei Infrastruktur und Diensten genau beobachten und neu bewerten müsse. Falls Rundfunkübertragungsdienste, die über verschiedene Plattformen erbracht würden, sich in solch einem Umfang entwickelten, dass sie zu bestandsfähigen Substituten würden, sodass die terrestrische Plattform keinen Markt für sich bilden würde und dadurch ein Wettbewerbsdruck auf dem Endkundenmarkt ohne Regulierung möglich werde (sodass das erste und oder zweite Kriterium nicht mehr erfüllt wäre), solle die KommAustria ihre Marktabgrenzung einer entsprechenden Überprüfung unterziehen.

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 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: Zwar wurde erstmals in Österreich mit Bescheid der KommAustria vom

14.12.2017, KOA 4.530/17-005, eine Zulassung für den regulären Betrieb einer Multiplex-Plattform für digitalen terrestrischen Hörfunk im Standard DAB+ erteilt; diese Zulassung wurde für einen Zeitraum von 10 Jahren ab 03.04.2018 für den Großraum Wien und in Teilen des Wiener Umlandes mit einer technischen Reichweite von rund 2,25 Millionen Menschen erteilt. Jedoch ist aufgrund der lokalen Begrenztheit, der geringen Endgerätepenetration und der gerade stattfindenden Markteinführung derzeit nicht davon auszugehen, dass DAB+ schon ein Substitut darstellt. Eine weitere Ausschreibung für eine bundesweite Multiplexzulassung ist bereits am 31.01.2017 erfolgt, das Verfahren ist aber noch nicht abgeschlossen. Es ist damit zu rechnen, dass durch den Start eines bundesweiten Regelbetriebs, welcher durch eine längere Simulcast-Phase charakterisiert sein wird, mittelfristig für die Verbreitung einzelner Hörfunkprogramme eine Substitutionsmöglichkeit zur analogen Verbreitung entstehen könnte.

Gemäß den SMP-Leitlinien (Rz 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. Angesichts der lokalen Begrenztheit der einzigen bisher erteilten Plattformzulassung und des Fehlens einer Zulassung zum Betrieb eines bundesweiten Multiplex im Standard DAB+ ist aktuell davon auszugehen, dass weder ein eigener Vorleistungsmarkt digitale terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden im Standard DAB+ in Österreich besteht, noch dass die digitale terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden im Standard DAB+ ein Substitut für die Verbreitung über UKW darstellt.

4.6.3. Drei-Kriterien-Test

Hinsichtlich der abgegrenzten Märkte ist zu prüfen, ob diese für eine sektorspezifische ex-ante-Regulierung relevant sind. Das ist nur dann der Fall, wenn – kumulativ – folgende drei Kriterien (vgl. § 36 Abs. 3 zweiter Satz TKG 2003 und Ziffer 2 Märkteempfehlung 2014) 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 alleine ist nicht ausreichend, um die auftretenden Wettbewerbsprobleme angemessen zu adressieren.

Von den unter 4.6.2 genannten Märkten war gemäß der nach der Rechtslage vor der Novelle BGBl. I Nr. 102/2011 erlassenen RFMVO 2009 im Bereich Hörfunk lediglich der Markt für analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW als „relevanter Markt“ festgelegt.

4.6.3.1. 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 4.7.3 – 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 auf Grund 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 nach der RFMVO 2009– der Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ für die sektorspezifische Regulierung, wenn auch nunmehr unter Einbeziehung der Eigenleistungen, nach wie vor relevant ist.

Wie sich aus den Feststellungen in 2.1.2.3 ergibt, ist als relevanter geographischer Markt ganz Österreich festzulegen.

4.6.3.2. 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 der RFMVO 2009 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.

4.6.4. 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 § 36 Abs. 2 TKG 2003 spruchgemäß festzustellen (Spruchpunkt 1.)

Bei dem gegenständlichen Markt handelt es sich um keinen Markt, der im Anhang der Märkteempfehlung 2014 genannt wird; gemäß § 36 Abs. 4 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde, wenn sie beabsichtigt, sachliche oder räumliche Märkte festzustellen, die von denen in der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors in der jeweils geltenden Fassung abweichen, die in den §§ 128 und 129 TKG 2003 vorgesehenen Verfahren anzuwenden (vgl. hierzu die Ausführungen unter 4.9).

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

4.7.1. Allgemeines

Gemäß § 36 Abs. 5 TKG 2003 führt die Regulierungsbehörde im Verfahren gemäß Abs. 1 unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Union weiters eine Analyse der Märkte nach Abs. 2 durch. Zunächst hat die Regulierungsbehörde festzustellen, ob ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb herrscht.

4.7.2. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

Gemäß § 35 Abs. 1 TKG 2003 gilt ein Unternehmen dann als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine wirtschaftlich so starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten.

Bei der Beurteilung, ob ein einzelnes Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, hat die KommAustria insbesondere die in § 35 Abs. 2 TKG 2003 näher bezeichneten Kriterien zu berücksichtigen.

Die nationale Umsetzung des Europäischen Rechtsrahmens für Elektronische Kommunikation (dieser besteht unter anderem aus der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Rahmenrichtlinie) und aus der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), beide geändert mit Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009, ABl. Nr. L 337 vom 18.12.2009) definiert das Verhältnis zwischen „beträchtlicher Marktmacht“ und „effektivem Wettbewerb“ dergestalt, dass bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegen kann. Die Europäische Kommission hält demgemäß in Rz 19 der SMP-Leitlinien fest, dass „[der] Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter

Wettbewerb herrscht, [die] Feststellung gleich [kommt], dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt.“

Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine ex-ante Betrachtung.

Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist vom sogenannten „Greenfield-Ansatz“ auszugehen. Der Zweck dieses Greenfield-Ansatzes besteht, wie die Europäische Kommission etwa in Rz 23 ihrer Entscheidung gemäß Art. 7 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie in der Sache DE/2005/0144 vom 17.05.2005, K(2005)1442 endg. (Anrufzustellung in öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten), ausführt, *„in der Vermeidung von Zirkelschlüssen in der Marktanalyse, die dazu führen könnten, dass ein Markt aufgrund existierender Regulierung als wettbewerblich strukturiert angesehen wird, und dass der Markt in Folge der Aufhebung der Regulierung zu einem Zustand zurückkehrt, in dem kein wirksamer Wettbewerb mehr gegeben ist. Anders gesagt muss ein Greenfield-Ansatz sicherstellen, dass ein Fehlen von SMP nur dann festgestellt und Regulierung nur dann aufgehoben wird, wenn Märkte nachhaltig wettbewerblich strukturiert sind, und nicht, wenn das Fehlen beträchtlicher Marktmacht nur aus der bestehenden Regulierung resultiert. Dies impliziert, dass Regulierung berücksichtigt werden muss, die während des Zeitraums der vorausschauenden Beurteilung unabhängig von der SMP-Feststellung auf dem untersuchten Markt fortbestehen wird.“* (vgl. hierzu auch VwGH 06.09.2005, Zl. 2005/03/0088).

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 NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war (vgl. hierzu ebenso VwGH 06.09.2005, Zl. 2005/03/0088).

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 Marktverhältnisse stützen“* (vgl. VwGH 06.09.2005, Zl. 2005/03/0088).

Auch zufolge Rz 75 der SMP-Leitlinien, wo es im Hinblick auf die Ermittlung beträchtlicher Marktmacht weiter heißt, dass *„[die] Würdigung [...] auf einer vorausschauenden Marktanalyse [beruht], die sich auf die bestehenden Marktverhältnisse stützt ...“*, beruht die Beurteilung der auf dem relevanten Markt vorherrschenden Wettbewerbsverhältnisse zu einem großen Teil auf einer vorausschauenden Analyse. Fußnote 73 zu den SMP-Leitlinien hält darüber hinaus fest, dass *„die nationalen Regulierungsbehörden keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als solches mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen.“*

4.7.3. Verpflichtetes Unternehmen - Konzernrechtliche Verbindung der Österreichischen 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 Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG als auch der ORS comm GmbH & Co KG spezifische Verpflichtungen gemäß § 37 TKG 2003 aufzuerlegen sind.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist das Erkenntnis des VwGH vom 17.11.2011, Zl. 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 (bspw. § 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 Österreichischen 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 Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG und der ORS comm GmbH & Co KG erscheint es – wie schon im Rahmen der Marktanalyse 2013 – 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.

4.7.4. Beurteilung der Wettbewerbssituation

Gemäß § 35 Abs. 2 TKG 2003 ist beträchtliche Marktmacht anhand einer Reihe von Kriterien festzustellen. Nach den Gesetzesmaterialien (RV 128 BlgNR., 22.GP) erfolgt die Anführung der verschiedenen Kriterien nicht in der Reihenfolge ihrer Bedeutsamkeit, sondern kann den einzelnen Parametern je nach Konstellation des konkreten Falles unterschiedliche Wertigkeit zukommen. Insbesondere besteht keine Notwendigkeit, sämtliche Parameter zu prüfen, falls bereits Gewissheit über das Vorliegen eines einzigen Parameters besteht.

Nachstehend erfolgt daher eine rechtliche Würdigung der im Sachverhalt zu den in den Punkten 2.2.2.1 bis 2.2.2.14 getroffenen Feststellungen zu den einzelnen für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht als bedeutend identifizierten Indikatoren für Marktmacht.

4.7.4.1. Zum Indikator „Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“

Im Kontext der Untersuchung alleiniger beträchtlicher Marktmacht eines Unternehmens nennt § 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 „*die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf*“. Die SMP-Leitlinien (Rz 75 - 78) nennen Marktanteile als einen von mehreren Marktmachtindikatoren.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40 % angesetzt (vgl. etwa die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 24.02.2009, 2009/C 45/02, „Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“, Rz 14), obwohl in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung angenommen wurde, da Marktbeherrschung unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne hohen Marktanteil vorliegen kann. Die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes setzt die Schwelle bei 50 % an, ab der – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht als erwiesen gilt.

Nach den Feststellungen 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 92 %. Der Marktanteil ist in dieser Größenordnung über einen längeren Zeitraum konstant. Im Bereich der terrestrischen Hörfunkübertragung gibt es insgesamt geringe Veränderungen.

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

Auch der VwGH (Erkenntnis vom 25.06.2008, Zl. 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.

Da derartige Umstände im Verfahren nicht hervorgekommen sind, begründen bereits die Marktanteile sowie die Marktanteilsentwicklung die starke Vermutung, dass die ORS über beträchtliche Marktmacht verfügt.

4.7.4.2. Zum Indikator „Marktzutrittsschranken“

Die Liste der Kriterien für alleinige beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 Z 2 TKG 2003) nennt die „Höhe von Marktzutrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator; in Rz 80 der SMP-Leitlinien werden „Markteintrittsschranken“ angeführt.

So hängt die Feststellung von beträchtlicher Marktmacht auch davon ab, wie leicht oder schwer der Marktzugang ist. In der Branche der elektronischen Kommunikation sind die Marktzutrittsschranken: Strukturelle, rechtliche oder sonstige Anforderungen, die die Zahl der verfügbaren Lizenzen oder Dienstleistungen einschränken können. Ferner können umfangreiche Investitionen oder die Verplanung von Kapazitäten über lange Zeiträume (Rentabilität) von Relevanz sein, was allerdings in Bereichen, die sich durch fortlaufende technologische Neuerungen auszeichnen, an Bedeutung verliert. Auf elektronischen Kommunikationsmärkten kann Wettbewerbsdruck potenzieller Mitbewerber entstehen, die auf den Markt drängen, diesfalls muss sich eine Bewertung des Wettbewerbs auf einen vorausschauenden Ansatz stützen.

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

Die Existenz von langfristigen Marktzutrittsschranken 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 Marktzutrittsschranken vorliegen.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, hat sich die Marktlage im Hinblick auf die Marktzutrittsschranken seit der Marktanalyse 2013 nicht wesentlich verändert. Im Bescheid der KommAustria vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-023, wurde dazu im Wesentlichen festgehalten, dass eine Betrachtung der festgestellten strukturell und rechtlich bedingten Marktzutrittsschranken ergibt, dass die Marktzutrittsschranken 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 hier 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.

Der Marktmachtindikator Marktzutrittsschranken spricht angesichts der im Wesentlichen unveränderten Gegebenheiten somit weiterhin für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der ORS.

4.7.4.3. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

Auch das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht wird in § 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht angeführt. Dieses Kriterium ist bereits aus der Definition der beträchtlichen Marktmacht gemäß § 35 Abs. 1 TKG 2003 abzuleiten, wonach ein Unternehmen als solches mit beträchtlicher Marktmacht gilt, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine wirtschaftlich so starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten.

Wie sich aus den Feststellungen 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.

4.7.4.4. Zum Indikator „Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität“

§ 35 Abs. 2 Z 4 TKG 2003 nennt das „Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität“ als einen weiteren Marktmachtindikator.

Die Elastizität ist ein Maß, das die relative Änderung einer abhängigen Variablen auf eine relative Änderung einer ihrer unabhängigen Variablen angibt. Im gegenständlichen Fall, geht es bei der Nachfrageelastizität darum, inwieweit sich die Nachfrage im Falle von Preisänderungen des nachgefragten Produkts ändert. Aufgrund der Struktur des Marktes (Zulassung und dadurch Nachfrage auf einem bestimmten Standort) und der hohen Markteintrittsbarrieren in diesem Markt ist die Nachfrageänderung – und somit die Nachfrageelastizität – gering.

Das Angebot ist stark von den bestehenden Standorten geprägt, da für die Erschließung neuer Standorte hohe Markteintrittsbarrieren entstehen sowie damit ein substantieller Investitionsbedarf gegeben ist. Aus diesem Grund ist auch die Angebotselastizität gering, da das verfügbare Angebot kurzfristig kaum in Abhängigkeit einer Preisänderung frei skalierbar ist.

Wenn – wie vorliegend – eine geringe ausgleichende Elastizität besteht, kann eine gegebenenfalls vorliegende Ausnutzung einer beträchtlichen Marktmacht nicht ausreichend durch diese ausgleichende Elastizität kompensiert werden, da der Markt nur in geringem Ausmaß auf Preisänderungen reagiert.

4.7.4.5. Zum Indikator „Marktphase“

§ 35 Abs. 2 Z 5 TKG 2003 nennt die „jeweilige Marktphase“ als einen weiteren Marktmachtindikator; die SMP-Leitlinien sprechen in Rz 79 in diesem Zusammenhang von „Expansionshemmnissen“ als weiteres von der NRB 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 potentielle Expansionen der Wettbewerber und/oder des Marktes aufheben wird.

4.7.4.6. Zum Indikator „Technologiebedingter Vorsprung“

§ 35 Abs. 2 Z 6 TKG 2003 und Rz 79 der SMP-Leitlinien nennen dem „*technologiebedingten Vorsprung*“ bzw. „*technologische 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. Das Vorliegen von technologischen Vorteilen oder Überlegenheit ist daher eher ein Indikator für beträchtliche Marktmacht der ORS.

4.7.4.7. Zum Indikator „Allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation“

§ 35 Abs. 2 Z 7 TKG 2003 und Rz 79 der SMP-Leitlinien nennen „*allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation*“ bzw. ein „*hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz*“ als einen weiteren Marktmachtindikator.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, ist davon auszugehen, dass größere Unternehmen mit einer höheren Kundenzahl auch ein höherentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz unterhalten. Das Vorliegen eines hochentwickelten Vertriebs- und Verkaufsnetzes legt tendenziell eine beträchtliche Marktmacht der ORS nahe.

4.7.4.8. Zum Indikator „Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen“

§ 35 Abs. 2 Z 8 TKG 2003 und Rz 79 der SMP-Leitlinien nennen „*Skalenerträge, Verbund- und Dichtevorteile*“ bzw. „*Größenvorteile und Verbundvorteile*“ 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. Verbundvorteile treten immer dann auf, wenn ein Unternehmen zusätzlich zum zu untersuchenden Produkt ähnliche weitere Produkte anbietet. Bei den im relevanten Markt tätigen Unternehmen werden potentiell Verbundvorteile für die ORS aufgrund des gleichzeitigen Anbietens von terrestrischem Fernsehen auftreten. Skalenerträge ergeben sich aufgrund der Situation, dass die ORS das einzig flächendeckende Netz für ganz Österreich im relevanten Markt anbietet.

Die vorliegenden Skalenerträge, Verbund- und Dichtevorteile der ORS legen daher ebenfalls eine beträchtliche Marktmacht der ORS nahe.

4.7.4.9. Zum Indikator „Vertikale Integration“

Das Vorliegen vertikaler Integration gemäß § 35 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 und Rz 78 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.

4.7.4.10. Zum Indikator „Produktdifferenzierung“

Das „*Ausmaß der Produktdifferenzierung*“ wird in § 35 Abs. 2 Z 10 TKG 2003 als ein Indikator für das Vorliegen alleiniger beträchtlicher Marktmacht genannt. Darüber hinaus findet sich dieses Kriterium auch in den SMP-Leitlinien (Rz 78).

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.

4.7.4.11. Zum Indikator „Zugang zu Finanzmitteln“

§ 35 Abs. 2 Z 11 TKG 2003 erwähnt ebenso wie Rz 78 der SMP-Leitlinien als weiteren Parameter zur Beurteilung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht den Indikator „*Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur*“.

Wie sich aus den Feststellungen 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 zu rechnen ist.

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

§ 35 Abs. 2 Z 12 TKG 2003 erwähnt ebenso wie Rz 78 der SMP-Leitlinien als weiteren Parameter zur Beurteilung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht den Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“.

Wie sich aus den Feststellungen (vgl. dazu Punkt 2.2.2.12) ergibt, betreibt die ORS als einziges Unternehmen ein flächendeckendes Sendernetz für UKW-Hörfunkprogramme, welches 98 % der Österreichischen 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 der Marktanalyse 2013 nicht wesentlich verändert. Im Bescheid der KommAustria vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-023, wurde dazu im Wesentlichen 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 im Sinne von § 35 Abs. 2 Z 12 TKG 2003 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.

4.7.4.13. Zum Indikator „Verhalten am Markt im Allgemeinen“

Gemäß § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 ist „das Verhalten am Markt im Allgemeinen, wie etwa Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder Errichtung von Barrieren“ ein weiteres Indiz für Marktmacht.

Bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen alleine 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 im Bescheid vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-023, im Rahmen der letzten Analyse 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 (vgl. VwGH 25.06.2008, Zl. 2007/03/0211) 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 gemäß § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 kommt aber angesichts der klaren Tendenz der Kombination der anderen Indikatoren (vgl. die zusammenfassende Würdigung sogleich) ohnehin keine maßgebliche Bedeutung zu.

4.7.4.14. Zusammenfassende Würdigung

Eine Würdigung der im Sachverhalt zu den einzelnen in § 35 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Marktmacht-Indikatoren getroffenen Feststellungen ergibt, dass die ORS über extrem hohe und stabile Marktanteile auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt verfügt. Zudem zeigt sich, dass die ORS in vielen Fällen – insbesondere bei exponierten Standorten und Sendeanlagen mit hoher Leistung – über eine für private Hörfunkveranstalter notwendige Infrastruktur verfügt, die nicht oder nur schwer dupliziert werden kann. Bei kleinen Senderstandorten hat die Analyse hingegen ergeben, dass diese in vielen Fällen auch selbst errichtet werden können. Die Höhe der Markteintrittsschranken ist somit von einer Reihe von Faktoren, wie der Lage des Standortes, der abgestrahlten Leistung, den in geografischer Nähe bereits existierenden Standorten, Bau-, Raumordnungs- und naturschutzrechtlichen Gesetzesbestimmungen, etc. abhängig.

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 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 stabile Marktphase und geringe Marktdynamik sprechen 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.

4.7.5. 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).

4.8. Spezifische Verpflichtungen

Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, sind gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen.

Mit dem im Beschwerdeverfahren gegen den erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-023, ergangenen Erkenntnis des BVwG vom 13.08.2014, Zl.en W120 2000234-1/13E und W120 2010750-1/3E, wurden der ORS am gegenständlichen Markt schon bisher 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 Folgenden wird erläutert, welche der gesetzlichen Regulierungsinstrumente als Ergebnis der gegenständlichen Marktanalyse zur Erreichung der Regulierungsziele am besten geeignet sind.

4.8.1. Auswahlkriterien für Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2003

Auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt können dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht grundsätzlich folgende Verpflichtungen auferlegt werden:

- § 38 TKG 2003: Gleichbehandlungsverpflichtung
- § 39 TKG 2003: Transparenzverpflichtung
- § 40 TKG 2003: Getrennte Buchführung
- § 41 TKG 2003: Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen
- § 42 TKG 2003: Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang

Da es sich beim Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden um einen Vorleistungsmarkt handelt, sind die Bestimmungen in den §§ 43 und 45 TKG 2003 nicht relevant, weil es sich hierbei um Maßnahmen für Endkundenmärkte handelt.

Im Rahmen der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde gemäß § 34 Abs. 1 TKG 2003 bei der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 zu berücksichtigen. Die Regulierungsbehörde hat dabei insbesondere den Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren und bei der Vollziehung dieses Bundesgesetzes auf Empfehlungen der Europäischen Kommission über die harmonisierte Durchführung von den durch dieses Bundesgesetz umgesetzten Richtlinien Bedacht zu nehmen.

Auch in den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens wird mehrfach auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen [vgl. etwa Art. 8 Abs. 1 Rahmenrichtlinie, Art. 5 Abs. 3, Art. 8 Abs. 4 sowie Art. 12 Abs. 2 der RL 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie), beide idF Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. L 337/37 vom 18.12.2009)]. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, dass eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einer

Regulierungsmaßnahme und der Intensität des Eingriffs in die Rechte der davon betroffenen Unternehmen vorzunehmen 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 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 TKG 2003 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).

Basierend auf den Zielen der Rahmenrichtlinie (Art. 8) und weiteren Bestimmungen in der Zugangsrichtlinie (Art. 8) sowie in der Genehmigungsrichtlinie (Art. 10 und 11) wurden von der ERG, nunmehr GEREK, in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und – seinerzeitige – GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien entwickelt, welche bei der Anwendung von Regulierungsinstrumenten beachtet werden sollen und im Wesentlichen die bereits vorhin angeführten Grundsätze widerspiegeln (vgl. „Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework“, ERG 2004, S. 57 – 74):

Nach dem ersten dieser Prinzipien müssen die ausgewählten Regulierungsinstrumente der Natur des in der Marktanalyse aufgezeigten Wettbewerbsproblems entsprechen und sich als geeignet und notwendig erweisen sowie das gelindeste Mittel darstellen. Überdies sollen die Entscheidungen der Regulierungsbehörden transparent und ausreichend begründet sein. Dies soll durch Koordinierung der nationalen Regulierungsbehörden untereinander sowie mit der Europäischen Kommission sichergestellt werden. Das zweite Prinzip besagt, dass dort, wo die Infrastruktur eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht nicht repliziert werden kann, die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten, etwa durch Gewährung von Zugang für alternative Betreiber, verhindert werden muss. Kann angenommen werden, dass diese Infrastruktur von anderen Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums repliziert werden kann, so soll gemäß dem dritten Prinzip durch die Anwendung von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb gefördert werden. Das vierte Prinzip besagt schließlich, dass Regulierungsinstrumente so gestaltet sein sollten, dass sie anreizkompatibel sind, also der Anreiz zur Einhaltung von Regulierungsmaßnahmen größer sein soll, als der Anreiz zu deren Umgehung.

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

Ausgehend von den identifizierten Wettbewerbsproblemen sowie unter Bezugnahme auf die Regulierungsziele des TKG 2003 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 in 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 – unter Berücksichtigung der nunmehr weiteren Marktabgrenzung, welche auch Eigenleistungen umfasst – die spezifischen Verpflichtungen nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 neuerlich – leicht verändert – auferlegt werden.

4.8.2.1. Zur Verpflichtung zur Gewährung von Zugang gemäß § 41 TKG 2003

Die den Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen betreffende Regelung des § 41 TKG 2003 enthält detaillierte Bestimmungen darüber, welche spezifischen Zugangsverpflichtungen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (insbesondere) auferlegt werden können. Bei dieser Entscheidung hat die Regulierungsbehörde neben dem grundsätzlich zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und den allgemeinen regulatorischen Zielsetzungen nach § 1 Abs. 2 TKG 2003 auch die Kriterien des § 41 Abs. 3 TKG 2003 zu berücksichtigen. Demnach ist den Rechten eines Infrastruktureigentümers, der technischen Machbarkeit bzw. der notwendigen Aufrechterhaltung der Netzintegrität Rechnung zu tragen (siehe Erl. zur RV 129 BlgNR, 22. GP, zu § 41 TKG 2003; vgl. auch *Feiel/Lehofer*, Praxiskommentar zum TKG 2003, zu § 41).

Ziel dieser bereits mit dem „Vorgängerbescheid“ 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 § 38 TKG 2003 (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 § 41 TKG 2003 zudem wesentlich umfassendere Ausführungen zu Fragen der Gewährung von Infrastrukturzugang enthält, ist diese Bestimmung jener des § 38 TKG 2003 vorzuziehen, welche keine vergleichbaren Präzisierungen und Vorgaben enthält. Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist allerdings als zusätzliches Regulierungsinstrument in Betracht zu ziehen (siehe dazu unten 4.8.2.3).

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 5. Abschnitt des TKG 2003 (vgl. BKS 29.01.2007, GZ 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 § 41 TKG 2003 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). Dies entspricht dem ErwG 19 der Zugangsrichtlinie, der die nationalen Regulierungsbehörden dazu anhält, bei Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen die Rechte der verpflichteten Infrastruktureigentümer zu berücksichtigen.

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.

Die Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist nach wie vor geeignet, den Zugang zu einem entsprechenden Vorleistungsprodukt am Vorleistungsmarkt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zu Endkunden als verpflichtend zu gestalten, weshalb sie erneut aufzuerlegen war (vgl. Spruchpunkt 3.1).

4.8.2.2. Verpflichtung zur Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003

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.

§ 42 Abs. 1 TKG 2003 folgend, kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen, wenn sie in einem Verfahren gemäß § 36 TKG 2003 feststellt, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte. Dabei hat die Regulierungsbehörde 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. Darüber hinaus können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

§ 42 TKG 2003 ermöglicht verschiedene Varianten der Entgeltkontrolle: so sieht Abs. 1 die Auferlegung von „*Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte*“ vor. In weiterer Folge (Abs. 2) werden „*an den Kosten orientierte Entgelte*“, „*Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung*“, „*von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung*“ sowie die Berücksichtigung von „*Entgelten, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten*“ angesprochen. Daraus folgt, dass die Regulierungsbehörde – unter Bedachtnahme auf die Verhältnismäßigkeit – die konkrete Ausformung der Entgeltkontrolle entsprechend den Ergebnissen eines Verfahrens gemäß § 36 TKG 2003 vorzunehmen hat und § 42 TKG 2003 mehrere Möglichkeiten eröffnet; dadurch wird sichergestellt, dass Regulierungsverpflichtungen ausgewählt und auferlegt werden, die „geeignet“ iSd § 37 Abs. 1 TKG 2003 sind, das konkret festgestellte wettbewerbliche Defizit zu beseitigen. Würde § 42 TKG 2003 lediglich einzelne konkret vorgegebene Methoden zur Kostenkontrolle vorsehen, was dem Wortlaut jedoch nicht entnommen werden kann, hätte die Regulierungsbehörde nicht die Möglichkeit, durch „geeignete“ Maßnahmen auf die unterschiedlichen Ergebnisse von Marktanalysen zu reagieren. ErwG 20 der Zugangsrichtlinie weist darauf hin, dass Art. 16 der genannten Richtlinie (§ 42 TKG 2003 setzt diese weitgehend wortident um) „*auf die Umstände abgestimmt*“ anzuwenden ist und das Erfordernis berücksichtigen soll, „*die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb zu fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft zu sein*“. Neben der Feststellung beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 Abs. 1 TKG 2003 als zweites Tatbestandselement voraus, dass „*ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte*.“ Die Verwendung des Konjunktivs auch hier zeigt, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich aktuell nicht wettbewerbswidrig verhalten muss, damit die Regulierungsbehörde eine Entgeltkontrolle auferlegen kann – dieses Prinzip ist der ex-ante Regulierung inhärent. Es ist ausreichend, wenn ein solches Verhalten – aufgrund der Marktgegebenheiten – praktiziert werden könnte (vgl. hierzu auch: *Feiel/Lehofer*, Praxiskommentar zum TKG 2003, zu § 42 TKG 2003, S. 164). Diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen ex-ante Zugang der sektorspezifischen Regulierung (vgl. Rz 70 der SMP-Leitlinien).

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 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 im gegenwärtig in Geltung befindlichen Bescheid auferlegten Kostenorientierungsverpflichtung – insgesamt keine über den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung liegenden Entgelte anwendet, steht dieser Überlegung angesichts der bereits oben unter 4.7.4.13 dargestellten Überlegungen

zum „Greenfield-Approach“ sowie der Verwendung des Konjunktivs in § 42 Abs. 1 TKG 2003 (siehe dazu weiter oben) nicht entgegen.

Beide Voraussetzungen für die Auferlegung einer Vorabverpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 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 potentiell 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 hier 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 nach Art. 16 der Richtlinie 2002/21/EG 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 7. Mai 2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU [2009/396/EG] oder die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11. September 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 Bestimmtheiterfordernisses eines Leistungsbefehls ermöglicht, ihr Kostenrechnungssystem bescheidkonform zu gestalten.

Aus der konkreten Marktsituation und der Kostenrechnungsempfehlung 2005 ergeben sich unter Berücksichtigung der Regulierungsziele (vgl. § 34 Abs. 1 iVm § 1 TKG 2003) nunmehr 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.

Die konkrete Höhe der Kapitalverzinsung wird im gegenständlichen Bescheid nicht festgelegt. Die KommAustria legt lediglich fest, dass die Berechnung der Kosten unter Anwendung der in der Kostenrechnungsempfehlung 2005 aufgestellten Regeln zu erfolgen hat. Deren Erwägungsgrund 6 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 § 42 Abs. 1 zweiter Satz TKG 2003 ausdrücklich festhält (arg. *„Hierbei hat die Regulierungsbehörde 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 und der zukünftigen Marktentwicklung zu erwirtschaften...“*) – die Berücksichtigung einer angemessenen Kapitalverzinsung des zur Leistungserstellung notwendigen Kapitals in der Kostenrechnung.

Die Angemessenheit der Höhe der Kapitalverzinsung richtet sich nach der Marktlage und ist Gegenstand der Überprüfung nach § 42 Abs. 2 TKG 2003, nicht aber des gegenständlichen Bescheides. Die bisherigen Überprüfungen nach § 42 Abs. 3 TKG 2003 aufgrund des letzten Marktanalysebescheides für die Jahre 2013 bis 2015 (vgl. die Überprüfungen der Kostenrechnung KOA 6.300/15-004 und 005, KOA 6.300/15-014 und 015 sowie KOA 6.300/16-007 und 008) haben im Übrigen jeweils ergeben, dass der von der ORS angenommene WACC (weighted average cost of capital) von 10 % nicht zu beanstanden war.

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 beiträgt. 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 hier 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.

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 lit b TKG 2003), und trägt letztendlich dazu bei, dass dem Endnutzer eine große Auswahl an qualitativ hochwertigen Radioprogrammen zur Verfügung stehen (vgl. § 1 Abs. 2 lit a TKG 2003; zur Relevanz der Medienvielfalt im Regulierungsrahmen für elektronische Kommunikation vgl. Art. 8 Abs. 1 letzter Unterabsatz Rahmenrichtlinie).

Zum anderen wird gewährleistet, dass ausreichende Investitionsanreize in das bestehende – flächendeckende – Netz der ORS bestehen und somit die effiziente Nutzung bestehender Infrastruktur gefördert wird. 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 Regulierungsrahmen 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 (vgl. § 1 Abs. 2 lit c und e TKG 2003).

Die ORS verfügt schon derzeit – aufgrund der auferlegten Verpflichtungen im diesbezüglichen Marktanalysebescheid 2013 – über ein Kostenrechnungssystem als notwendige Voraussetzung für die Berechnung kostenorientierter Entgelte. Auch insofern stellt die – im Hinblick auf die gegenüber der bisherigen Regulierung weitere Marktabgrenzung modifizierte und im Detail präziserte – Fortschreibung der Vorabverpflichtung nach § 42 TKG 2003 jedenfalls keine unzumutbare Belastung im Sinne der Rz 117 und 118 der SMP-Leitlinien dar.

Zur 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 § 42 Abs. 1 TKG 2003 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 haben eine solche Überschreitung – trotz einer Indexanpassungsklausel im bestehenden Standardangebot der ORS – nicht ergeben.

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 § 42 Abs. 3 TKG 2003 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 § 42 Abs. 3 TKG 2003 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 § 91 TKG 2003 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 § 42 Abs. 3 TKG 2003 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 4.8.2.4).

Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auch die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte verlangen und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen (§ 42 Abs. 2 TKG 2003). 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 Verpflichtungen des Vorgängerbescheides – keine Einteilung in bestimmte Leistungsklassen vorgegeben. Die Entgeltkontrolle in dieser Form, lässt der ORS – wie schon im Vorgängerbescheid 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 § 38 TKG 2003 gemeinsam mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung nach § 40 TKG 2003 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 § 38 und § 40 TKG 2003 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 § 42 TKG 2003 ist im Vergleich dazu das gelindere Mittel, weshalb sie aufzuerlegen war (vgl. Spruchpunkt 3.2).

4.8.2.3. Zur auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003

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 § 38 TKG 2003 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 § 38 TKG 2003 (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. Insbesondere geht die Gleichbehandlungspflicht auch dahingehend weiter als jene nach § 2 Abs. 4 ORF-G, als die Regulierungsbehörde gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots verlangen kann. 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 (siehe dazu sogleich unter 4.8.2.4).

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 nunmehrigen 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 gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 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.

Die ORS hat in ihrer Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten von 18.04.2018 festgehalten, dass der „UKW-Vertrag ORF“ vom 06.07.2017 als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der beiden Unternehmen zu qualifizieren sei, das Dritten nicht zugänglich gemacht werden dürfe. Dementsprechend sei eine Nichtdiskriminierungsverpflichtung so auszugestalten, dass weder die Behörde selbst den „UKW-Vertrag ORF“ Dritten zugänglich mache, noch ORS in eine Situation gerate, in der sie den Vertrag offenlegen müsse, um sich vom Vorwurf einer Diskriminierung frei zu beweisen.

Dazu ist folgendes auszuführen: Im gegenständlichen Verfahren legt die KommAustria – basierend auf dem vom Sachverständigen vorgenommenen Vergleich des besagten Vertrags vom 06.07.2017 mit dem Standardvertrag betreffend die analog-terrestrische Verbreitung von Rundfunk nach dem Vorgängerbescheid des gegenständlichen Bescheids – Kriterien fest, anhand welcher eine allfällige Ungleichbehandlung eines Nachfragers der ORS gegenüber dem ORF zu beurteilen sein wird. Eine Verpflichtung dahingehend, den Vertrag vom 06.07.2017 zu veröffentlichen, wurde nicht angeordnet.

Im Hinblick auf allfällige zukünftige Verfahren zur Feststellung, ob die ORS ihre Gleichbehandlungsverpflichtung einhält, erinnert die KommAustria daran, dass es nach der Rechtsprechung des VwGH in einem rechtsstaatlichen Verfahren keine geheimen Beweismittel geben kann. Wenn sich eine Behörde in ihren Feststellungen auf ein Beweismittel stützt, hat sie den Verfahrensparteien zuvor hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (vgl. etwa VwGH 25.02.2004, Zl. 2002/03/0273). Daran ändert auch die von der ORS zitierten Rechtsprechung des EuGH nichts: So ergibt sich aus dem – zu einer Vergabesache ergangenen – Urteil des EuGH vom 14.02.2008, C-450/06, Rechtssache Varec, lediglich, dass das Recht auf Zugang zu Informationen gegen das Recht anderer Wirtschaftsteilnehmer auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse abzuwägen ist. Nichts anderes ergibt sich aus § 125 TKG 2003: Nach dessen Abs. 2 obliegt die Qualifizierung einer Tatsache als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis der Regulierungsbehörde, die dabei auch eine Abwägung der Interessen des Berechtigten an der Geheimhaltung einerseits und den Interessen Dritter an deren Offenlegung andererseits vorzunehmen hat. Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 17.06.2004, Zl. 2003/03/0157, jedoch ausdrücklich festgehalten, dass sich aus § 125 TKG 2003 keine Einschränkung von Parteienrechten in Mehrparteienverfahren ableiten lassen.

Jedes für die Beurteilung des Sachverhalts in einem allfälligen Folgeverfahren entscheidungswesentliche Beweismittel unterliegt im Sinne der genannten Rechtsprechung somit hinsichtlich aller allenfalls am Verfahren beteiligten Parteien (§ 8 AVG) dem Parteiengehör (§ 45 Abs. 3 AVG). Der von der ORS offenbar geforderte pauschale Ausschluss des Vertrags vom 06.07.2017 als Beweismittel für zukünftige Verfahren im gegenständlichen Bescheid im Vorhinein ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar.

4.8.2.4. Zur auferlegten Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003

Nach der Systematik der Rahmenrichtlinie (vgl. Art. 9 Abs. 2) kann einem Unternehmen, dem eine Gleichbehandlungsverpflichtung auferlegt wurde, als spezifische Form der Transparenzverpflichtung auch die Legung eines Standardangebots auferlegt werden. Dies macht deutlich, dass diese Verpflichtung sowohl dem einen als auch dem anderen Gesichtspunkt dient. In der Umsetzung im TKG 2003 wird die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes in § 38 Abs. 3 TKG 2003 unter der Überschrift „Gleichbehandlungsverpflichtung“ – und nicht in § 39 TKG 2003 („Transparenzverpflichtung“) – geregelt, dient aber – ausweislich Art. 9 Abs. 2 Rahmenrichtlinie – auch der Herstellung von Transparenz. Nach den Feststellungen (vgl. 2.3.2) trägt sie 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 die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 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. oben 4.8.2.3).

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 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 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; es wird aber klargestellt, dass auch das Standardangebot eine entsprechende Anpassungsmöglichkeit für den Hörfunkveranstalter zu enthalten hat.

Soweit der VÖP in seiner Stellungnahme vom 13.03.2018 kritisiert, dass die gegenständliche Vertragsanpassungsbestimmung lediglich auf Verträge anwendbar ist, die nach Zustellung dieses Bescheides abgeschlossen wurden, ist er darauf zu verweisen, dass der BKS (Bescheid vom 29.01.2007, GZ 611.189/0001-BKS/2007) unter Berufung auf die Judikatur des VfGH ausgesprochen hat, dass ein Eingriff in bestehende Verträge nach der verfassungsgerichtlichen Judikatur einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit nach Art. 5 StGG darstelle, der nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage erfolgen dürfe. § 42 TKG 2003 enthalte keine diesbezügliche ausdrückliche Ermächtigung an die Behörde. Es könne dem Gesetzgeber aber auch nicht unterstellt werden, dass er zu derartigen Eingriffen implizit ermächtigen habe wollen. Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung für Altverträge sei daher so zu werten, dass kein Eingriff in bereits bestehende Verträge vorgenommen werden solle (vgl. dazu auch VfGH 5.12.2005, G 25/05).

Soweit die ORS in ihrer Stellungnahme vom 25.08.2017 in diesem Zusammenhang vorbringt, dass die Anordnung rechtswidrig sei, die Notwendigkeit sich aus dem Gutachten nicht ergebe, die Änderung dem Überraschungsverbot widerspreche und eine signifikante Änderung des Kostenrechnungsmodells bedeute, ist diesem Vorbringen Folgendes entgegenzuhalten:

Zunächst sieht der Marktanalysebescheid der KommAustria vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-023, in seinem Spruchpunkt 2.4.1 eine im Wesentlichen gleichartige Verpflichtung schon jetzt vor; diese wurde im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vom BVwG (vgl. Erkenntnis vom 13.08.2014, ZI.en W120 2000234-1/13E und W120 2010750-1/3E), in welchem insbesondere auch die Verhältnismäßigkeit der auferlegten Vorabverpflichtungen explizit problematisiert wurde, nicht beanstandet. Die Regelung wurde nunmehr lediglich in Hinblick auf die Transparenz dahingehend angepasst, als sich die Verpflichtung zur Vertragsanpassung auch im Standardangebot wiederfinden muss. Vor diesem Hintergrund kann weder davon gesprochen werden, dass die Verpflichtung neu und insofern überraschend sei, noch, dass sie im Gutachten des Amtssachverständigen nicht berücksichtigt sei. Im Gutachten wurde nämlich klar festgestellt, dass ein potentielles Wettbewerbsproblem im gegenständlichen Markt überhöhte Tarife sind (vgl. dazu schon Punkt 2.3.1.4). Diese Preise können aber nicht nur bereits bei Vertragsabschluss überhöht sein, sondern etwa auch zu einem späteren Zeitpunkt durch Preisanpassungsklauseln, wie sie auf dem gegenständlichen Markt auch verwendet werden (vgl. dazu auch oben 4.8.2.2). Würde man bei der Beurteilung statisch auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abstellen, wäre es in der Hand des marktbeherrschenden Unternehmens, durch die Gestaltung von Preisanpassungsklauseln die Entgeltregulierung zu umgehen. Daher muss bei einer Festsetzung einer Tarifobergrenze denklogisch auch dieser Fall abgedeckt sein, was mit dieser – eben explizit

festgelegten – Anpassungsklausel gewährleistet wird. Diese dynamische Sichtweise liegt dem Gutachten erkennbar zu Grunde.

Darüber hinaus ist das Vorbringen der ORS zum Kostenmodell und zur Kapitalverzinsung nicht nachvollziehbar: Die ORS bringt etwa vor, dass die Preise so festgelegt würden, dass die ORS das eingesetzte Kapital für die Erbringung der jeweiligen Leistung über die Vertragslaufzeit des Standardangebots erwirtschaften könne.

Aus der veröffentlichten Beschreibung der Kostenrechnungsmethode der ORS (vgl. Punkt 3.11 der Veröffentlichung der Beschreibung der Kostenrechnungsmethode von ORS/ORS comm für das Jahr 2015, KOA 6.300/16-007 und 008) ist dazu Folgendes ersichtlich: *„Für die Verzinsung des eingesetzten Kapitals wendet ORS einen einheitlichen Zinssatz an. Methodisch erfolgt die Verrechnung der Verzinsung und der Abschreibungen auf Basis der Annuitätenmethode mit der jeweiligen Abschreibungsdauer pro Anlageklasse.“*

Der Zeithorizont der Verzinsung des eingesetzten Kapitals hängt daher nicht – wie vorgebracht – von der Vertragslaufzeit, sondern von den Abschreibungsdauern pro Anlageklasse – welche wiederum unabhängig von der Vertragslaufzeit sind – ab. Die Laufzeit der Verträge, die konkreten Tarife sowie die damit verbundenen Erlöse haben zwar Auswirkungen auf die Rentabilität jedes einzelnen Kunden. Das Modell berechnet jedoch die Verzinsung des eingesetzten Kapitals nach der Nutzungsdauer der unterschiedlichen Anlagen und ist somit unabhängig von der Vertragslaufzeit mit den Kunden. Diese Rentabilität einzelner Kunden ist – im Gegensatz zum Vorbringen der ORS – nicht Gegenstand der Vorgaben bezüglich der Kostenrechnungsmethode. Anders gewendet bedeutet dies, dass die Kostenrechnungsmethode unabhängig von der Vertragslaufzeit und zwischenzeitlichen Vertragsanpassungen ist.

Das Standardangebot und damit auch die angebotenen Entgelte werden von der KommAustria im Gefolge der jährlich gemäß § 42 Abs. 3 TKG 2003 durchzuführenden Überprüfung der Anwendung der vorgeschriebenen Kostenrechnungsmethode zeitnah gemäß § 38 Abs. 4 TKG 2003 zu überprüfen sein.

4.8.2.5. Zur auferlegten Verpflichtung zur getrennten Buchführung nach § 40 TKG 2003

Gemäß § 40 TKG 2003 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 insbesondere ein vertikal integriertes Unternehmen aufgefordert werden, seine Großhandelspreise und internen Verrechnungspreise transparent und nachvollziehbar zu gestalten (vgl. Art. 11 der Zugangsrichtlinie).

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 bereits mit dem im Beschwerdeverfahren gegen den erstinstanzlichen Bescheid der KommAustria vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-023, ergangenen Erkenntnis des BVwG vom 13.08.2014, Zl.en W120 2000234-1/13E und W120 2010750-1/3E, auferlegt wurde, 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 § 40 Abs. 1 TKG 2003 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.

4.8.2.6. Weitergehende Maßnahmen

Aus dem Sachverhalt ergaben sich keine Anhaltspunkte für die Behörde, weitergehende Maßnahmen gemäß §§ 47ff TKG 2003 aufzuerlegen.

4.8.2.7. Bisherige spezifische Verpflichtungen

Diese in diesem Bescheid auferlegten Pflichten ersetzen die der ORS mit Erkenntnis des BVwG vom 13.08.2014, Zl.en W120 2000234 1/13E und W120 2010750-1/3E, auferlegten Verpflichtungen betreffend den Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ gemäß § 1 Z 1 RFMVO 2009, die insoweit gemäß § 37 Abs. 1 zweiter Satz TKG 2003 aufzuheben waren (Spruchpunkt 4.).

4.9. Zu den Verfahren gemäß §§ 128 und 129 TKG 2003

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen (Konsultation). Gemäß § 129 TKG 2003 ist, wenn der Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben wird, die Marktdefinition oder die Marktanalyse (§ 36 und 37) oder Verpflichtungen, die gemäß §§ 38 bis 43 auferlegt werden, betrifft, der Entwurf nach Abschluss des Konsultationsverfahrens nach § 128 zusammen mit einer Begründung gleichzeitig der Europäischen Kommission, dem GEREK sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Verfügung zu stellen (Koordination).

Gemäß § 36 Abs. 4 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde überdies dann, wenn *„sie beabsichtigt, sachliche oder räumliche Märkte festzustellen, die von denen in der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors in der jeweils geltenden Fassung abweichen, das in den §§ 128 und 129 vorgesehenen Verfahren anzuwenden“*.

Gemäß § 129 Abs. 3a TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde aufgrund der Aufforderung der Europäischen Kommission gemäß Abs. 3 leg. cit., die Vollziehungshandlung innerhalb von sechs Monaten abzuändern oder zurückzuziehen und geänderte Entwürfe von Vollziehungshandlungen – wiederum – den Verfahren nach §§ 128 Abs. 1 und 129 Abs. 1 zu unterwerfen.

Der vorliegende Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß §§ 36 ff TKG 2003 ist vor dem Hintergrund der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12.01.2018, C (2018), 63 final,

eine Vollziehungshandlung gemäß § 129 Abs. 3a TKG 2003. Sie ist somit den beiden Verfahren der Konsultation und der Koordination zu unterwerfen.

Gemäß § 37a Abs. 1 TKG 2003 ist dem Kartellgericht, dem Kartellobergericht, dem Bundeskartellanwalt sowie der Bundeswettbewerbsbehörde im Rahmen des Verfahrens gemäß § 36 und 37 zum Entwurf einer Vollziehungshandlung (§ 128) Gelegenheit zu geben, binnen vier Wochen eine Stellungnahme abzugeben.

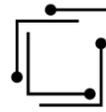
III. Hinweis

Der gegenständliche Akt ist ein Entwurf einer Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs. 1 TKG 2003.

Wien, am 09. Mai 2018

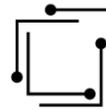
Kommunikationsbehörde Austria
Die Senatsvorsitzende

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)

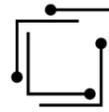


Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------------|--|----------|
| I. | Spruch | 1 |
| II. | Begründung | 4 |
| 1. | Gang des Verfahrens | 4 |
| 2. | Sachverhalt | 8 |
| 2.1. | Zur Abgrenzung der Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten | 9 |
| 2.1.1. | Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung | 9 |
| 2.1.1.1. | Substitutionspotential zwischen Hörfunk und Fernsehen | 9 |
| 2.1.1.2. | Zweiseitige Märkte | 9 |
| 2.1.1.3. | Kandidatenmärkte Endkunden Hörfunk | 10 |
| 2.1.1.4. | Kandidatenmärkte Vorleistungen Hörfunk | 11 |
| 2.1.1.5. | Zusammenfassung zur Bestimmung der Kandidatenmärkte Hörfunk | 12 |
| 2.1.2. | Bestimmung der relevanten Märkte..... | 12 |
| 2.1.2.1. | Allgemeines | 12 |
| 2.1.2.2. | Sachlich relevante Vorleistungsmärkte Hörfunk | 13 |
| 2.1.2.3. | Geografisch relevanter Markt..... | 15 |
| 2.2. | Wettbewerbsanalyse des Vorleistungsmarkts „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ | 17 |
| 2.2.1. | Marktteilnehmer – Marktstruktur – Marktverhalten | 17 |
| 2.2.1.1. | Struktur der ORS..... | 18 |
| 2.2.1.2. | Rolle der ORS bei der Erbringung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags des ORF für die Hörfunkverbreitung | 20 |
| 2.2.2. | Indikatoren für beträchtliche Marktmacht | 21 |
| 2.2.2.1. | Größe des Unternehmens, Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf..... | 22 |
| 2.2.2.2. | Marktzutrittsbarrieren | 22 |
| 2.2.2.3. | Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht..... | 22 |
| 2.2.2.4. | Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität | 24 |
| 2.2.2.5. | Marktphase..... | 24 |
| 2.2.2.6. | Technologiebedingter Vorsprung | 25 |
| 2.2.2.7. | Allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation | 25 |
| 2.2.2.8. | Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen | 25 |
| 2.2.2.9. | Ausmaß vertikaler Integration | 25 |
| 2.2.2.10. | Ausmaß der Produktdifferenzierung..... | 26 |
| 2.2.2.11. | Zugang zu Finanzmitteln | 26 |



| | | |
|-----------|---|----|
| 2.2.2.12. | Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur | 26 |
| 2.2.2.13. | Verhalten am Markt im Allgemeinen | 26 |
| 2.2.2.14. | Bewertung | 27 |
| 2.3. | Zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme geeignete spezifische Maßnahmen..... | 27 |
| 2.3.1. | Potentielle Wettbewerbsprobleme | 27 |
| 2.3.1.1. | Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber Abnehmern..... | 27 |
| 2.3.1.2. | Diskriminierung von Nachfragern..... | 27 |
| 2.3.1.3. | Zwang, nicht benötigte Produkte im Bündel abnehmen zu müssen..... | 27 |
| 2.3.1.4. | Überhöhte Tarife | 28 |
| 2.3.2. | Auswahl der Vorabmaßnahmen | 28 |
| 2.3.2.1. | Gleichbehandlungsverpflichtung..... | 30 |
| 2.3.2.2. | Transparenzverpflichtung | 34 |
| 2.3.2.3. | Getrennte Buchführung..... | 35 |
| 2.3.2.4. | Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang..... | 35 |
| 2.3.3. | Vergleich der vorgeschlagenen Maßnahmen mit Verpflichtungen aus anderen Gesetzen | 63 |
| 3. | Beweiswürdigung | 67 |
| 4. | Rechtliche Beurteilung | 68 |
| 4.1. | Zuständigkeit..... | 68 |
| 4.2. | Rechtsgrundlagen..... | 69 |
| 4.3. | Verfahrenseinleitung..... | 79 |
| 4.4. | Parteistellung..... | 80 |
| 4.4.1. | Parteistellung gemäß § 37a Abs. 2 TKG 2003..... | 80 |
| 4.4.2. | Parteistellung gemäß § 37a Abs. 3 TKG 2003..... | 80 |
| 4.5. | Entscheidungsgegenstand dieses Bescheides | 81 |
| 4.6. | Marktdefinition..... | 82 |
| 4.6.1. | Allgemeines | 82 |
| 4.6.2. | Marktabgrenzung..... | 83 |
| 4.6.3. | Drei-Kriterien-Test | 84 |
| 4.6.3.1. | Vorleistungsmarkt analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW | 84 |
| 4.6.3.2. | Vorleistungsmarkt Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden über sonstige Übertragungswege..... | 85 |
| 4.6.4. | Ergebnis..... | 86 |
| 4.7. | Zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ | 86 |



| | | |
|-------------|---|------------|
| 4.7.1. | Allgemeines | 86 |
| 4.7.2. | Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht | 86 |
| 4.7.3. | Verpflichtetes Unternehmen - Konzernrechtliche Verbindung der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG mit der ORS comm GmbH & Co KG | 88 |
| 4.7.4. | Beurteilung der Wettbewerbssituation | 89 |
| 4.7.4.1. | Zum Indikator „Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“ | 89 |
| 4.7.4.2. | Zum Indikator „Marktzutrittsschranken“ | 90 |
| 4.7.4.3. | Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“ | 91 |
| 4.7.4.4. | Zum Indikator „Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität“ | 91 |
| 4.7.4.5. | Zum Indikator „Marktphase“ | 91 |
| 4.7.4.6. | Zum Indikator „Technologiebedingter Vorsprung“ | 92 |
| 4.7.4.7. | Zum Indikator „Allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation“ | 92 |
| 4.7.4.8. | Zum Indikator „Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen“ | 92 |
| 4.7.4.9. | Zum Indikator „Vertikale Integration“ | 92 |
| 4.7.4.10. | Zum Indikator „Produktdifferenzierung“ | 93 |
| 4.7.4.11. | Zum Indikator „Zugang zu Finanzmitteln“ | 93 |
| 4.7.4.12. | Zum Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“ | 94 |
| 4.7.4.13. | Zum Indikator „Verhalten am Markt im Allgemeinen“ | 94 |
| 4.7.4.14. | Zusammenfassende Würdigung | 95 |
| 4.7.5. | Schlussfolgerung | 96 |
| 4.8. | Spezifische Verpflichtungen | 97 |
| 4.8.1. | Auswahlkriterien für Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2003 | 97 |
| 4.8.2. | Zu den auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ auferlegten spezifischen Verpflichtungen | 98 |
| 4.8.2.1. | Zur Verpflichtung zur Gewährung von Zugang gemäß § 41 TKG 2003 | 99 |
| 4.8.2.2. | Verpflichtung zur Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003 | 100 |
| 4.8.2.3. | Zur auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 | 106 |
| 4.8.2.4. | Zur auferlegten Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 | 109 |
| 4.8.2.5. | Zur auferlegten Verpflichtung zur getrennten Buchführung nach § 40 TKG 2003 | 111 |
| 4.8.2.6. | Weitergehende Maßnahmen | 113 |
| 4.8.2.7. | Bisherige spezifische Verpflichtungen | 113 |
| 4.9. | Zu den Verfahren gemäß §§ 128 und 129 TKG 2003 | 113 |
| III. | Hinweis | 114 |