

KommAustria  
Mariahilfer Straße 77-79  
1060 Wien

**KOA 6.300/24**

Wien, am 19.04.2024

**mitbeteiligte Parteien:** 1.) Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG  
2.) ORS comm GmbH & Co KG

Hugo Portisch Straße 1  
1130 Wien

**vertreten durch:** Dr. Norbert Wiesinger  
Rechtsanwalt  
Rudolfsplatz 3, 1010 Wien  
Vollmacht erteilt

**Stellungnahme im Rahmen der Konsultation**

1 Beilage

Die mitbeteiligten Parteien bedanken sich für die Möglichkeit, im Rahmen der Konsultation des Entwurfs des Bescheids 6.300/24 teilnehmen zu können und geben fristgerecht nachstehende Stellungnahme ab. Die mitbeteiligten Parteien (gemeinsam auch als „ORS“ bezeichnet) haben bereits im Verfahren mehrfach detaillierte Stellungnahmen abgegeben und verweisen auf diese. Im Folgenden nimmt ORS unter Bezugnahme auf den nun vorliegenden Maßnahmenentwurf zu einigen wesentlichen Punkten wie folgt Stellung:

- Die Definition des Vorleistungsmarktes „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ als ex ante Markt widerspricht bereits den **allgemeinen Vorgaben des europäischen Rechtsrahmens zur ex ante Regulierung**, die darauf abzielt, die **ex ante Regulierung sukzessive abzubauen und die Märkte in das allgemeine Wettbewerbsrecht** zu überführen (siehe unten Punkt 1).
- Die Durchführung des Drei-Kriterientests sowie die geographischen Marktabgrenzung durch die Behörde **wurde im Wesentlichen ohne empirische Sachverhaltserhebungen** durchgeführt und stimmt daher mit den tatsächlichen Gegebenheiten auf den Märkten nicht überein. Die angedachte Regulierung ist daher verfehlt (siehe hierzu Punkt 2).
- Die WACC-Ermittlung der Behörde weicht in wesentlichen Punkten von jenen anderer Regulierungsbehörden, ua der **BNetzA, ARCEP, AGCOM, CBNMC und AKOS** ab und kann daher, anders als die genannten Behörden die Zinssprünge seit 2022 im Rahmen **der WACC Berechnung nicht berücksichtigen**. Die Methoden der genannten Behörden wurden von der **Europäischen Kommission ausdrücklich als geeignet anerkannt, während die WACC Ermittlung der Behörde ungeeignet die wahren Kosten abzubilden ist** (siehe hierzu Punkt 3).
- Schließlich regen die mitbeteiligten Parteien an, die Regulierungsbehörde möge **ihren extrem unflexiblen Zugang zur WACC Berechnung** in derselben Weise ändern, wie die genannten Regulierungsbehörden dies getan haben, und **deren Methode auch im gegenständlichen Verfahren zur Anwendung bringen** (siehe hierzu Punkt 4).

Es wird darauf hingewiesen, dass der Umstand, dass sich ORS im Rahmen dieser Stellungnahme nur mit einigen wesentlichen Aspekten des Maßnahmenentwurfs befasst,

nicht geschlossen werden kann, dass ORS mit den nicht ausdrücklich erwähnten Aspekten des Entwurfs einverstanden ist oder diesen zustimmt.

## 1. **Zur Marktanalyse im Rechtsrahmen der elektronischen Kommunikation seit dem EKEK und der Märkteempfehlung 2020**

Mit dem europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation<sup>1</sup> (EKEK) hat die Europäische Union und, auf diesem aufbauend, die **Europäische Kommission** mit der Märkteempfehlung 2020<sup>2</sup> **wesentliche Änderungen** im Bereich der Marktanalyseverfahren festgelegt. Zunächst ist es nun ein im Rechtsrahmen ausdrücklich festgelegtes Prinzip, dass die Vorabregulierung zurückgedrängt und schließlich verschwinden soll. Das ist im Erwägungsgrund 29 so **ausdrücklich festgelegt**. Die sektorspezifische Vorabregulierung ist je nach der Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten schrittweise abzubauen und **letztendlich sicherzustellen**, dass die elektronische **Kommunikation nur dem Wettbewerbsrecht unterliegt**. Das betrifft alle Märkte der elektronischen Kommunikation und somit auch die Rundfunkmärkte.

Auf dem EKEK aufbauend wird im Erwägungsgrund 3 der Märkteempfehlung 2020 von der europäischen Kommission nun festgehalten:

(3) *„Eines der ausdrücklichen Ziele des neuen Rechtsrahmens besteht darin, **die sektorspezifische Vorabregulierung nach Maßgabe der Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten schrittweise abzubauen und letztendlich sicherzustellen, dass die Märkte der elektronischen Kommunikation nur noch dem Wettbewerbsrecht unterliegen**. In Übereinstimmung mit diesem Ziel sollen anhand dieser Empfehlung die Produkt- und Dienstmärkte ermittelt werden, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen“.*

Konsequenterweise empfiehlt die Europäische Kommission auch nur noch a) den **Vorleistungsmarkt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang** sowie b) den **Vorleistungsmarkt für dedizierte Kapazitäten** für die Vorabregulierung.

---

<sup>1</sup> RICHTLINIE (EU) 2018/1972 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation

<sup>2</sup> EMPFEHLUNG (EU) 2020/2245 DER KOMMISSION vom 18. Dezember 2020 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die gemäß der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.

Die hier relevanten **Rundfunkübertragungsmärkte** sind nunmehr **seit mehr als 17 Jahren** keine für die Vorabregulierung empfohlenen Märkte mehr<sup>3</sup>.

Wenn also der europäische Rechtsrahmen die Regulierung allgemein zurückdrängen will und die Kommission gleichzeitig seit 17 Jahren keinen Anlass mehr sieht, Rundfunkvorleistungsmärkte zu regulieren, ist es **nicht verständlich**, warum die KommAustria darauf besteht, den Vorleistungsmarkt für analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW auch in **den nächsten 5 Jahren noch ex ante zu regulieren**. Die der KommAustria räumlich benachbarte Telekom-Control-Kommission, hat gerade erst vor kurzem einen der beiden Telekom-Märkte aus der Regulierung entlassen<sup>4</sup>, den die Europäische Kommission ausdrücklich für die ex ante Regulierung empfohlen hat. Wenn die Behörde nun im Entwurf ausführt, dass die Märkteempfehlung 2014 bereits ein textlich Ähnliche Stele enthielt, ist dem entgegen zu halten, dass das Ziel der Beendigung der ex ante Regulierung nunmehr ein ausdrückliches Ziel des Kodex ist. Das TKG 2021, das in Umsetzung des EKEK erlassen wurde, ist demgemäß zu interpretieren<sup>5</sup>.

Aber nicht nur der Umstand, dass die Behörde gegen den klaren Trend in der Europäischen Union den Markt überhaupt noch für die ex ante Regulierung in Betracht zieht, ist unverständlich. Auch die Durchführung des 3-Kriterientests durch die Behörde zeigt deutlich, dass weder der Markt für ex ante Regulierung geeignet ist, noch dass es erforderlich ist, diesen zu Markt überhaupt zu regulieren.

## 2. Zur Durchführung der Marktanalyse durch die Behörde

### 2.1 Zur Definition des Marktes

---

<sup>3</sup> Die Rundfunkübertragungsmärkte waren zuletzt mit der MPFEHLUNG DER KOMMISSION vom **11. Februar 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, als relevante Märkte empfohlen worden. Bereits in der darauffolgenden Märkteempfehlung waren die Märkte nicht mehr enthalten.

<sup>4</sup> Siehe Telekom-Control-Kommission, M 1.1/2020 vom 10.10.2022 mit dem der Zugangsmarkt für lokalen und regionalen Zugang aus der Regulierung entlassen wurde.

<sup>5</sup> Vgl hierzu OGH 4 Ob 208/10g, 15.02.2011, „nach dem Grundsatz der richtlinienkonformen Interpretation haben die Gerichte der Mitgliedstaaten das nationale Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der betreffenden Richtlinie auszulegen. Ein Widerspruch zwischen nationalem Recht und Richtlinie ist tunlichst zu vermeiden. Die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung beschränkt sich nicht auf Vorschriften, welche zur Umsetzung einer Richtlinie erlassen worden sind; sie erstreckt sich vielmehr auf den gesamten Rechtsbestand des Mitgliedstaats. Der richtlinienkonformen Auslegung einer Norm steht nicht entgegen, dass sie im konkreten Fall zu Lasten eines Einzelnen geht“.

Die Behörde unternimmt zur Definition des Vorleistungsmarktes für analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW zwar **formal einen 3-Kriterientest, führt aber kaum empirische Erhebungen** zu den einzelnen Kriterien durch und beschränkt sich in ihrer Begründung daher auch auf bereits aus vorangehenden Bescheiden bekannten Ausführungen. Dabei wäre es gerade vor dem Hintergrund, dass die ex ante Regulierung nunmehr zurückgedrängt werden soll, geboten gewesen, sachliche Erhebungen zum Markt durchzuführen. Wenn die Behörde nun im Entwurf ausführt, die Parteien hätten die Richtigkeit der vom Sachverständigen bezogenen Studien und Schlussfolgerungen nicht bestritten, ist das unzutreffend. Die mitbeteiligten Parteien haben in den Stellungnahmen im Detail ausgeführt, zu welchen Punkten der Sachverständige keine Erhebungen durchgeführt hat, und warum diese, wären sie durchgeführt worden zu anderen Ergebnissen bei der Marktabgrenzung geführt hätten. Das Verfahren unterliegt als Verwaltungsverfahren dem Untersuchungsgrundsatz<sup>6</sup>. Es liegt also an der Behörde den Sachverhalt in einem Marktanalyseverfahren vollständig und zweifelsfrei zu erheben, nicht an den mitbeteiligten Parteien.

### 2.1.1 Zur Prüfung des Kriteriums 1

Im Rahmen der Prüfung des Kriteriums 1 stellte die Behörde fest, dass der Markt durch nachstehende Situation geprägt ist:

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

---

<sup>6</sup> Siehe hierzu insbesondere § 37 AVG iVm § 39 Abs 2 AVG, „Grundsatz der materiellen Wahrheit“, der auch im betreffenden Verfahren zur Anwendung kommt.

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

Auf der Basis dieser Feststellungen schließt die Behörde, dass der Markt von hohen Zutrittsschranken geprägt ist und das Kriterium 1 erfüllt ist.

Bei genauerer Betrachtung dieser Ausführungen fällt auf, dass **die drei zuerst genannten Punkte** sich allesamt auf die **Frequenzknappheit** bei der UKW Radioübertragung stützen. Es wird also dasselbe Argument jeweils aus einem anderen Blickwinkel beschrieben und dargestellt als wären es drei Argumente.

Die Beschränktheit der Frequenzen ist aber **kein Faktor, der unmittelbar auf dem Vorleistungsmarkt wirkt**. Vielmehr spielt er zunächst auf dem Endkundenmarkt eine Rolle. Ein Hörfunkveranstalter ohne Frequenz erhält **keine Zulassung** und kann damit schon rein rechtlich den Endkunden – also Hörern und Werbekunden - keine Leistungen anbieten. Die Frequenzknappheit ist sohin ein Faktor der den Zugang auf die Endkundenmärkte beschränkt und nicht (leicht) beeinflusst werden kann.

Hat ein Radio-Veranstalter hingegen eine Frequenz im Auge, dann tritt er potentiell als Nachfrager auf dem Vorleistungsmarkt ein. Tatsächlich erbringen aber fast alle Hörfunkveranstalter die Übertragungsleistung als Eigenleistung. Insgesamt sind sohin nur sehr wenige Hörfunkveranstalter als Nachfrager „echter“ Fremdleistungen auf diesem Markt überhaupt aktiv.

Da die Prüfung der Märkte aus dem **Blickwinkel der Endkundenmärkte** heraus zu erfolgen hat, wäre sohin zu überprüfen gewesen, ob ein Hörfunkveranstalter, der eine Frequenz erhalten kann, wesentliche Hemmnisse hat, einen geeigneten Sendestandort für seine Frequenz zu finden, entweder in Eigen- oder in Fremdleistung. Die Frage wird richtigerweise in den Punkten 4 bis 7 angesprochen. Allerdings hat die Behörde zu diesen Punkten **keinerlei Sachverhaltserhebungen** durchgeführt:

- zu den angeblichen rechtlichen Beschränkungen bei der Errichtung von Standorten **fehlen empirische Erhebungen**. Die weitgehenden **rechtlichen Erleichterungen**, die sich durch die gesetzliche Änderungen im Bereich der Infrastrukturnutzung vor **allem durch das TKG 2021** ergeben haben, werden **nicht berücksichtigt**. Ebenfalls nicht berücksichtigt wurde die Möglichkeit, Anfragen über das **Portal der Zentralen Informationsstelle für Infrastruktur (ZIS)** zu richten, um frühzeitig Informationen über geeignete Infrastrukturprojekte für Sendeinfrastruktur zu stellen.
- Die **angeblich erheblichen Kosten der Standorterrichtung** und das **Risiko versunkener Kosten** wurden **weder erhoben noch dargestellt oder quantifiziert**.
- **Angeblich existierende Skalenvorteile** vor allem auf Seiten der mitbeteiligten Parteien wurden weder **ermittelt noch bewertet**. Belastungen der mitbeteiligten Parteien durch die hohen Kosten durch Umbau und Modernisierung des bestehenden Netzes, das angeblich Skalenvorteile erzeugen soll, wurden nicht gegenübergestellt.
- Bei der Feststellung, wonach sich Zugangshemmnisse nicht verringern würden, wurde weder auf die **technischen Veränderungen im Mastbau** noch auf die ständig steigende Zahl potentieller Standorte für Sendeinfrastruktur etwa **durch Gebäudeerrichtung und Standortvermietung** und die Multiplikation von Netzinfrastrukturen anderer Kommunikationsnetzanbieter, die mitbenützt werden können, wurde nicht eingegangen.

Die angebliche Erfüllung des Kriteriums 1 beruht somit auf einer einzigen, im Verfahren belegten Feststellung, nämlich dass es im **betreffenden Frequenzbereich eine Knappheit an Übertragungskapazität** gibt. Wie bereits ausgeführt, spielt diese aber nur dort eine Rolle, wenn Anbieter unmittelbar in den Vorleistungsmarkt eintreten wollen. Tatsächlich erbringen die meisten Nachfrager (einschließlich des ORF durch die ORS) die **Übertragungsleistungen als Eigenleistungen**. Hat ein Hörfunkveranstalter einmal eine geeignete Frequenz im Auge, **hat er auch keine Probleme**, einen Standort selbst zu

errichten oder einen Betreiber dafür zu finden. Damit ist aber bereits der Kern der Argumentation der Behörde unzutreffend:

Können Hörfunkveranstalter in ihre Standorte selbst errichten – wie das tatsächlich der Fall ist - dann kann gar kein Wettbewerbsproblem auf dem relevanten Hörfunkendkundenmarkt auftreten. Sachverhaltserhebungen, wonach diese Eigenleistung in größerem Ausmaß nicht möglich ist – also eben die Merkmale der Punkt 4-7 fehlen vollständig. Den entsprechenden Anträgen auf Sachverhaltsergänzungen der ORS ist die Behörde nicht nachgekommen. Wenn die Behörde im Maßnahmewurf nun meint, dass ihr die Errichtungskosten von Senderstandorten aufgrund der jährlichen Kostenrechnungsüberprüfung iSd § 96 Abs. 5 TKG 2021 und diesbezüglicher Angaben in Zulassungsbescheiden im gegenständlichen Markt amtsbekannt sind, weist auf einen Verfahrensmangel hin. Entscheidungsrelevante Tatsachen sind den Parteien im Verfahren offenzulegen. Das ist nicht erfolgt.

Soweit tatsächlich erhebliche Marktzutritts Hindernisse aufgrund der Frequenzknappheit im UKW Bereich bestehen sollten, betreffen diese **den Endkundenmarkt aber nicht den Vorleistungsmarkt**. Zu den übrigen von der Behörde beschriebenen Merkmalen des Marktes gibt es, wie bereits ausgeführt keinerlei Erhebungen.

### 2.1.2 Zur Prüfung des Kriteriums 2

Zum Kriterium 2 sieht Erwägungsgrund 15 der Märkteempfehlung 2020 unter anderem vor: *(..) **Dauerhaft eingegangene, langfristig tragfähige gewerbliche Vereinbarungen, auch über die Zugangsgewährung auf der Vorleistungsebene, über Koinvestitionen und über den gegenseitigen Zugang zwischen Betreibern, können die Wettbewerbsdynamik derart verbessern, dass letztlich wettbewerbsrechtliche Bedenken auf dem entsprechenden Endkundenmarkt ausgeräumt werden, was wiederum zu einer Deregulierung der Vorleistungsmärkte führen kann. Bei der vorausschauenden Beurteilung, ob ein Markt voraussichtlich vom Wettbewerb geprägt sein wird, sollten solche Vereinbarungen daher berücksichtigt werden, sofern sie mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts im Einklang stehen***<sup>7</sup>.

Der Vorleistungsmarkt für analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW ist primär von Eigenleistungen geprägt, sowohl auf Seiten des ORF als auch auf Seiten der übrigen Hörfunkveranstalter. Der Anteil der

---

<sup>7</sup> Zitat aus dem Erwägungsgrund 15 der Märkteempfehlung 2020, aaO Fn 2.

Fremdleistungen an den Übertragungsleistungen ist anteilmäßig gering. Aber selbst wenn man die Fremdleistungen betrachtet, ergeben sich auf diesem Markt durch einen gedachten Wegfall der Regulierung keine Verschlechterungen.

ORS schließt auf diesem Markt mit ausnahmslos allen Nachfragern **gewerbliche Verträge über den Zugang zur Übertragungsleistung** ab, die mit ORS abschließen wollen. Die Verträge sind **auf 10 Jahre befristet** und werden nicht-diskriminierend angeboten. Die Geltung der Verträge geht sohin deutlich über den Beobachtungszeitraum von 5 Jahren hinaus und ist als langfristig zu qualifizieren. Ein guter Teil der Verträge, **die heute bereits abgeschlossen sind, wird nach Ablauf des nun beginnenden Beobachtungszeitraums sohin immer noch in Geltung stehen**. Die angebotenen Bedingungen sind **wirtschaftlich vertretbar**, da sonst der Wettbewerb auf den Endkundenmärkten nicht nachhaltig wäre, was aber im wirtschaftlichen Gutachten selbst ausdrücklich bestätigt wurde.

Somit bestehen auf dem betreffenden Vorleistungsmarkt – wie im oben zitierten Erwägungsgrund der Märkteempfehlung - **langfristige kommerziell abgeschlossene Verträge, die deutlich über den Regulierungszeitraum hinaus gelten und die allgemein und zu nicht diskriminierenden Bedingungen angeboten werden**. Diese sind auch wirtschaftlich tragfähig. Die Behörde hätte also prüfen müssen, ob **nicht schon die Existenz dieser Verträge genügt, um auf den nachgelagerten Endkundenmärkten für nachhaltigen Wettbewerb zu sorgen**, um dadurch den Markt aus der Regulierung zu entlassen. Das hat sie jedoch unterlassen. Stattdessen hat sie diese Verträge ausschließlich als möglichen Faktor für eine beträchtliche Marktmacht geprüft.

Die Vorgehensweise der Behörde ist also auch in diesem Punkt unvollständig und führt sohin zu verfehlten Ergebnissen.

### 2.1.3 Zum dritten Kriterium

Aus dem Erwägungsgrund 3 der Märkteempfehlung 2020 wird deutlich, dass die nationalen Regulierungsbehörden das **dritte Kriterium ernsthaft zu prüfen** haben. Aus dem Rechtsrahmen ist klar abzuleiten, dass **alle Märkte der elektronischen Kommunikation von der Regulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht überführt** werden sollen<sup>8</sup>. Die Behörde hätte sohin, im Detail prüfen müssen, ob das

---

<sup>8</sup> So schon Erwägungsgrund 29 des EKEK, aaO Fn 1.

allgemeine Wettbewerbsrecht im gegenständlichen Marktumfeld nicht ausreichen würde, um den Schutz des Wettbewerbs – gemeint ist hier der **Wettbewerb auf den Endkundenmärkten** - zu gewährleisten. Für den Fall, dass eine Behörde das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht als ausreichend ansieht, ist dies nunmehr schlüssig und detailliert darzulegen<sup>9</sup>.

Die Behörde beschränkt sich im Maßnahmenentwurf jedoch darauf, in einer **sehr allgemeinen Weise auszuführen**, dass aus ihrer Sicht das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreichen würde, um den Wettbewerb auf dem Markt zu schützen. Sie bezieht sich in ihrer Begründung auf vorangehende Marktanalyseverfahren, wo sie ähnliche Schlussfolgerungen ebenfalls getroffen hätte. Die Behörde meint, dass der Amtssachverständige das Vorliegen des dritten Kriteriums tatsächlich „*selbständig gepriift*“ hätte und aufgrund der spezifischen Marktgegebenheiten zum Schluss gekommen wäre, dass eine wettbewerbsrechtliche ex-post-Kontrolle für die Lösung der Wettbewerbsprobleme am Markt nicht ausreicht. Bei der Lektüre des wirtschaftlichen Gutachtens fällt jedoch auf, dass **nicht eine einzige relevante Bestimmung des allgemeinen Wettbewerbsrechts vor dem Hintergrund der angeblich bestehenden Wettbewerbsprobleme tatsächlich analysiert** wurde. Vielmehr beschränkt sich das Gutachten darauf, wie in den vorangehenden Verfahren einfach festzuhalten, dass wettbewerbsrechtliche Eingriffe **wahrscheinlich nicht ausreichen**, wenn zur Behebung eines anhaltenden Marktversagens häufig und/oder schnell eingegriffen werden muss. Diese Schlussfolgerung ist vor dem Hintergrund der **tatsächlichen Marktsituation weder empirisch nachgewiesen, noch ist sie plausibel**.

Der Vorleitungsmarkt ist dadurch gekennzeichnet, dass ORS Übertragungsleistungen **aufgrund langfristiger Verträge** erbringt, die zum Teil weit über den Beobachtungszeitraum hinaus gelten werden. **Der Zugang zum Netz der ORS ist sohin nachhaltig geöffnet**. Eine Einstellung der Leistungen bei aufrehtem Vertrag wäre **als Vertragsbruch vor den Zivilgerichten** und allenfalls als **ungerechtfertigte Lieferungseinstellung gerichtlich verfolgbar**. Hier ist kein wie auch immer gearteter Vorteil der ex ante Regulierung gegenüber dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu erkennen. Selbst bei einer ungerechtfertigten Zugangsverweigerung, die zwar in der Praxis durch ORS noch nie stattgefunden hat, aber theoretisch denkbar wäre, hat die ex ante Regulierung gegenüber dem allgemeinen Wettbewerbsrecht keine Vorteile. Der Nachfrager, dem der Zugang verweigert würde, **kann den Rechtsschutz der ordentlichen Gerichte in Anspruch nehmen und diesen Zugang durchsetzen**. Dazu

---

<sup>9</sup> Entsprechendes ist auch aus den einschlägigen Stellungnahmen bzw. Entscheidungen der Europäischen Kommission im Rahmen der Koordination abzuleiten.

ist Ziel der ex ante Regulierung, den Wettbewerb auf den **Endkundenmärkten(!)** insgesamt zu schützen und nicht den einzelnen Nachfrager. Der Wettbewerb auf den Endkundenmärkten wird aber nicht durch die Verweigerung des Zugangs gegenüber einem einzigen Nachfrager gefährdet, selbst wenn diese Zugangsverweigerung sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Es ist daher festzuhalten, dass auf dem betreffenden Markt keine Umstände eintreten können, die ein häufiges und schnelles Eingreifen der Regulierungsbehörde im Sinne einer ex ante Regulierung erfordern würden.

Auch dieser Teil der Analyse durch die Behörde erfolgte **sohin ohne fundierte Bewertung der Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts** und ist aus Sicht der ORS inhaltlich verfehlt. Es fragt sich überdies, wieso die Behörde der Auffassung ist, dass die Frage nach dem Wettbewerbsrechts im Rahmen eines „*wirtschaftlichen Gutachtens*“ (!) durch einen **wirtschaftlich, aber nicht juristisch ausgebildeten Amtssachverständigen** prüfen lassen kann, und nicht stattdessen eine wesentliche geeignetere juristische Analyse der zur Verfügung stehenden Verfahren und Rechtsmittel durchgeführt hat. Dann wäre sie nämlich auch zur Auffassung gelangt, dass das Kriterium 3 eben gerade nicht erfüllt ist.

## 2.2 Zur geographischen Marktabgrenzung

Unsachgemäß und in sich nicht schlüssig ist aus Sicht der ORS auch die **geographische Abgrenzung des relevanten Marktes** mit dem Bundesgebiet. Das wirtschaftliche Gutachten, mit dem der Markt abgegrenzt wurde, führt selbst aus, dass die Frage, ob hohe und permanente Marktzutrittsbarrieren vorliegen, **von jedem Sendestandort individuell abhängig ist**. Das ergibt sich auch ganz klar aus der Beobachtung der Märkte durch ORS. Nachfrager waren in der Vergangenheit in der Lage, sowohl große als auch mittlere und kleinere Sendeanlagen der ORS durch eigene oder alternative Infrastrukturen zu ersetzen. Beschränkungen der Substitutionsmöglichkeiten kann es daher nur im Hinblick auf einzelne Standorte geben. Auf der Basis dieses Befundes hätte die Behörde daher eine **individuelle Analyse der ORS Standorte** durchführen müssen, um festzustellen, welche Standorte der ORS substituierbar sind und welche allenfalls nicht oder nur schwer substituierbar sind. Eine geographische Segmentierung des Marktes ist auch vor dem Hintergrund sinnvoll geboten, dass eben **die ex ante Regulierung zurückgedrängt werden soll**. Selbst wenn man also entgegen den Ausführungen der ORS, zur Auffassung gelangt, dass der Markt nicht zur Gänze aus der Regulierung entlassen werden kann, wäre es geboten gewesen, den Markt nach geographischen

Kriterien zu untersuchen und nur jene Teile zu definieren, auf denen tatsächlich kein Wettbewerb besteht oder möglich ist<sup>10</sup>.

Das hat die Behörde allerdings nicht getan. Damit steht die geografische Abgrenzung des relevanten Marktes auch im **diametralen Widerspruch** zu den Vorgaben aus der **Märkteempfehlung 2020**. Diese sieht für Märkte, die aufgrund der verfügbaren Infrastrukturen geografisch inhomogene Wettbewerbsbedingungen aufweisen, vor, dass für die Definition des geografisch relevanten Marktes eine geografische Grundeinheit als Ausgangspunkt für die Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen festzulegen ist. *„Je nach den nationalen Gegebenheiten kann diese Grundeinheit an die **Netztopologie** oder Verwaltungsgrenzen anknüpfen. Auf jeden Fall sollte die geografische Einheit entsprechend der bisherigen Kommissionspraxis ( 4 ) a) **eine angemessene Größe** haben, d. h. **klein genug, damit es innerhalb einer Einheit keine erheblichen Schwankungen der Wettbewerbsbedingungen** gibt, aber **groß genug, um eine aufwendige und umständliche Mikroanalyse, die zur Marktzersplitterung führen könnte, zu vermeiden**, b) die Netzstruktur aller relevanten Betreiber widerspiegeln können und c) über längere Zeit klare und stabile Grenzen aufweisen“* (Erwägungsgrund 37 der Märkteempfehlung).

Danach haben die nationalen Regulierungsbehörden nach den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts *„ausgehend von der Analyse der zuvor beschriebenen geografischen Einheiten eine erste räumliche Abgrenzung der geografischen Märkte vornehmen, indem sie Einheiten zusammenfassen, die ähnliche Wettbewerbsbedingungen aufweisen (...)“* (Erwägungsgrund 38 der Märkteempfehlung).

**Der Maßnahmenentwurf erfüllt diese Anforderungen der Märkteempfehlung ganz eindeutig nicht.** Wenn die Behörde der Auffassung ist, dass aus den Regulierungszielen im TKG 2021 abzuleiten ist, dass es im Hinblick auf die Auswahl für Endkunden und die Förderung der Medienvielfalt vorteilhaft erscheint, dass durch Maßnahmen der Regulierung die Wettbewerbsbedingungen in ganz Österreich möglichst homogen gestaltet werden, ist dem entgegen zu halten, dass die ex ante Regulierung eben nur dort gerechtfertigt sein kann, wo entsprechende Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen. Wenn

---

<sup>10</sup> So schon ganz klar der Erwägungsgrund 35, der diese Verpflichtung für die von der Kommission ausdrücklich empfohlenen Märkten vorsieht. *„Auf beiden obigen Vorleistungsmärkten ist es unwahrscheinlich, dass die Wettbewerbsprobleme in einem bestimmten Mitgliedstaat gleichförmig fortbestehen, weshalb diese Märkte zudem einer gründlichen geografischen Analyse unterzogen werden sollten. Bei der Definition relevanter Märkte nach Artikel 64 Absatz 3 des Kodex sollten die nationalen Regulierungsbehörden daher geografische Gebiete ermitteln, in denen die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und die sich von benachbarten Gebieten, in denen deutlich andere Wettbewerbsbedingungen herrschen, unterscheiden, wobei insbesondere zu berücksichtigen ist, ob der potenzielle Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht in seinem Netzgebiet einheitlich vorgeht oder ob er auf merklich unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen stößt, sodass seine Tätigkeit in einigen Bereichen gewissen Zwängen unterliegt, in anderen jedoch nicht“*.

wie das Gutachten selbst ausführt, dies nicht im Hinblick auf alle Standorte der Fall ist, ist eine entsprechende Segmentierung des Marktes erforderlich. Die geographische Abgrenzung des Marktes ist daher nicht im Sinne der Vorgaben des europäischen Rechtsrahmens erfolgt.

### 3. Zu den Ausführungen betreffend WACC

#### 3.1 Kapitalverzinsung laut KommAustria

Im folgenden Abschnitt werden sich die mitbeteiligten Parteien mit der WACC Ermittlung durch die KommAustria befassen. Die KommAustria hat die nichtamtlichen Sachverständigen Prof. Randl und Prof Zechner mit der Ermittlung des WACC für die Periode 2023/2024 beauftragt. Diese haben in einem Gutachten<sup>11</sup> vom 28.07.2023 den WACC mit nachstehenden Werten ermittelt:

	Schätzwert	Untergrenze	Obergrenze
Risikoloser EK-Zins	0,92	0,60	0,92
FK-Zins	2,03	2,03	2,03
Ausgabekosten FK	0,20	0,00	0,20
Marktrisikoprämie	5,92	3,85	5,92
Beta unverschuldet	0,49	0,49	0,50
Beta verschuldet	0,61	0,61	0,63
EK-Zins vor Steuern	5,97	3,88	6,06
EK-Zins nach Steuern	4,56	2,97	4,64
FK-Zins vor Steuern	2,23	2,03	2,23
WACC vor Steuern	5,03	3,42	5,11
WACC nach Steuern	3,85	2,62	3,91

Tabelle 4.1.: Zusammenfassung WACC und Komponenten. Alle Werte (mit Ausnahme der Beta-Faktoren) sind in Prozent p.a. angegeben. Der Steuersatz beträgt 23,5% und das Gewicht des Fremdkapitals 25%.

Die Vorgehensweise der Sachverständigen entsprach im Wesentlichen der Kommissionsmitteilung zur Kapitalkostenberechnung auf Basis der Werte aus dem BEREC WACC-Parameter Bericht<sup>12</sup> Eine Anpassung der Ermittlungsmethode an das

<sup>11</sup> Gutachten zur Ermittlung von angemessenen Finanzierungskosten für Anbieter auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ für die Regulierungsperiode 2023 und 2024.

<sup>12</sup> Mitteilung der Kommission über die Berechnung der Kapitalkosten für Altinfrastrukturen im Zusammenhang mit der Prüfung nationaler Notifizierungen im Sektor der elektronischen Kommunikation in der EU durch die Kommission, 2019 ABl C 375, 1, BEREC Report on WACC parameter calculations according to the European Commission’s WACC Notice of 6th November 2019 (BEREC Parameter Report), 8 June 2023, BoR (23) 90

sich seit 2022 **radikal verändernde Zinsumfeld** sowie die **eingetretene hohe Inflation** fand nicht statt.

Die mitbeteiligten Parteien haben in zwei eigenen Stellungnahmen und belegt durch eigene sachverständige Ausführungen dargestellt, dass aufgrund des sich seit 2022 radikal verändernden Zinsumfeldes sowie der hohen Inflation eine **Anpassung der Methode erforderlich wäre, um die Kosten der mitbeteiligten Parteien zutreffend zu ermitteln.**

Die Behörde verwarf diese Ausführungen und erklärt nun im Maßnahmenentwurf, dass die Höhe der Kapitalverzinsung nach der in den Feststellungen wiedergegeben Methode (2.3.2.4.4.10) zu berechnen. Für den Zeitraum 2023 bis 2024 ergäbe sich ein WACC vor Steuern von 5,03 % und nach Steuern von 3,85 %. In der Zeit danach wird die KommAustria jährlich (vgl. auch Rz 70 der WACC-Mitteilung) im Rahmen der Kostenrechnungsprüfung gemäß § 96 Abs. 5 TKG 2021 zu überprüfen haben, ob der nach der wiedergegebenen Methode durch die ORS zu berechnende WACC den Bescheidvorgaben entspricht.

Diese Vorgehensweise der Behörde erscheint sachlich nicht gerechtfertigt, **weil sie in keiner Weise auf das stark und schnell veränderte makroökonomische Umfeld eingegangen ist.** Auch die einschlägige Kommissionsmitteilung stammt aus einer Zeit, in der Referenzzinssatz der EZB Zinsen bei oder unter Null<sup>13</sup> und **die Inflation in der Eurozone bei 1,2% lag**<sup>14</sup>. Dass in einer solchen Situation Anpassungen bei der WACC Ermittlungsmethode erforderlich sind, ist naheliegend. Dementsprechend haben die Mitbeteiligten angeregt, zB etwa beim risikolosen Zinssatz statt auf eine langjährige Durchschnittsbildung auf eine Stichtagsbetrachtung abzustellen und diese dem risikolosen Zinssatz zu Grunde zu legen. Dies wurde von der Behörde allerdings als ungeeignet abgetan.

**Dieser Zugang der Behörde ist vor dem Hintergrund einer ganzen Reihe von neueren Entscheidungen der europäischen Kommission nicht mehr zu halten. Mehrere hoch angesehene Regulierungsbehörden sind in den letzten Monaten von WACC-Mitteilung der Kommission angegangen und haben Methoden gewählt, die die makroökonomischen Veränderungen miteinbeziehen. Die Europäische Kommission hat diesen Methoden ausdrücklich zugestimmt.**

---

<sup>13</sup> <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2019/html/ecb.mp190307~7d8a9d2665.de.html>

<sup>14</sup> <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/156285/umfrage/entwicklung-der-inflationsrate-in-der-eu-und-der-eurozone/>

Dies wird im Folgenden näher dargestellt:

### 3.2 Methode der CNMC (Spanien)

In der kürzlich erschienenen Entscheidung **ES/2024/2487 vom 2.2.2024**<sup>15</sup> akzeptierte die **Europäische Kommission** vor dem Hintergrund des stark veränderten wirtschaftlichen Umfeldes, die Anwendung einer **von der Kommissionsmitteilung stark abweichenden Berechnung beim risikolosen Zinssatzes** durch die CNMC.

In Bezug auf den risikolosen Zinssatz führte die CNMC die Ermittlung anhand eines **gewichteten Durchschnitts** durch, wobei 2/3 der Gewichtung auf die **durchschnittliche Rendite** langfristiger spanischer Staatsanleihen **über einen Fünfjahreszeitraum** von April 2018 bis März 2023 und 1/3 der Gewichtung auf die **durchschnittliche Rendite** derselben Anleihen **über einen Fünfmonatszeitraum** von April 2023 bis September 2023 entfielen.

Die aktuelle Rendite langfristiger Staatsanleihen lag bei **3,71 %** (September 2023), während der von GEREK veröffentlichte risikofreie Satz (5-Jahres-Durchschnitt) lediglich **1,09 %** betrug. Es war nach Ansicht der CNMC gerechtfertigt, die Berechnung des risikofreien Zinssatzes anzupassen, um dem aktuellen wirtschaftlichen Kontext besser Rechnung zu tragen. Der von CNMC ermittelte **risikolose Zinssatz war mit 1,98%** doppelt(!) so hoch wie der von der KommAustria für Österreich **ermittelte Wert von 0,92%**. Im Ergebnis ermittelte CNMC den WACC der RETEVISIÓN I, S.A. UNIPERSONAL, die am Vorleistungsmarkt für Fernsehverbreitung tätig ist, **mit 7,01% vor Steuern**. Dies ist im **Vergleich fast 2% über den von der Behörde angenommenen Wert für ORS**, der bei lediglich **5,11%** vor Steuern liegt.

### 3.3 Methode der BNetzA (Deutschland)

Einen ähnlichen Zugang hat auch die **deutsche BNetzA** in DE/2023/2457<sup>16</sup> unter Bezugnahme auf die spanische Entscheidung gewählt. Auch die BNetzA war im Bezug auf den risikofreien Zinssatz der Auffassung, dass sich die **derzeitige Entwicklung der Zinssätze erheblich von der in den letzten fünf Jahren unterscheiden würde**. Die BNetzA meinte, dass - ließe man diese Entwicklung unberücksichtigt - würde der den

---

<sup>15</sup> <https://circabc.europa.eu/ui/group/2328c58f-1fed-4402-a6cc-0f0237699dc3/library/c70c755d-8c87-4ca8-9df3-267cddec371d/details>

<sup>16</sup> <https://circabc.europa.eu/ui/group/2328c58f-1fed-4402-a6cc-0f0237699dc3/library/095f6b06-44c0-4b1f-9cb3-fb13f263ae85/details>

risikofreien Zinssatz, der im GEREK-Parameterbericht (0,17 %) zwei Prozentpunkte unter den jüngsten Zinssätzen liegt. Damit würden **die derzeitigen Finanzierungsbedingungen nicht korrekt widerspiegelt**.

Die **Zinssätze – so die BNetzA – hätten im Juni 2022 einen Aufwärtssprung gemacht** und sich auf einem Niveau stabilisiert, das **deutlich über dem Durchschnitt der vorangegangenen fünf Jahre** lag. Die BNetzA ging daher davon aus, dass sich diese Entwicklung – zumindest mittelfristig – infolge der Zinserhöhung durch die EZB am 14. September 2023 noch fortsetzen würde. Derzeit wären laut BNetzA weder Anzeichen für einen dynamischen Sprung auf ein noch höheres Niveau noch Anzeichen einer Rückkehr zum Zinsniveau des Jahresbeginns 2022 zu erkennen. Die BNetzA wies darauf hin, dass die bisherigen Zinssätze in der gegenwärtigen Situation **keine solide Prognose für die kommende Zinsperiode zulassen**. Sie hielt es daher für zweckmäßiger, sowohl die bereits entstandenen als auch die während des Genehmigungszeitraums noch anfallenden Kapitalkosten zu berücksichtigen.

Auf der Grundlage dieser Erwägungen kam die BNetzA zum Schluss, dass es am zweckmäßigsten wäre, 1) die **durchschnittlichen Renditen langfristiger deutscher Bundesanleihen über einen Fünfjahreszeitraum** (1. April 2018 bis 31. März 2023 wie im GEREK- Parameter-Bericht angegeben) und 2) die **durchschnittlichen Renditen langfristiger deutscher Bundesanleihen über einen Viermonatszeitraum** (1. April bis 30. Juni 2023) zugrunde zu legen. Die BNetzA verwies darauf, dass die Viermonatsfrist kürzer war als die von der spanischen Regulierungsbehörde verwendete Frist. Die BNetzA betrachtete dies als geringfügige Änderung, die sich aus der Tatsache ergeben würde, dass die Kostenangaben am 1. Juli 2023 aktualisiert worden sind. Mit dieser Methode gelangte die BNetzA zu einem risikolosen Zinssatz, der mit 1,26% für Deutschland immerhin um 0,3% höher war als jener, den die KommAustria zu Grunde legt.

Die Europäische Kommission stellte in ihrer Entscheidung zu diesem Maßnahmenentwurf fest, dass die BNetzA bei der Bestimmung des risikofreien Zinssatzes von der Methode der WACC-Mitteilung abweicht. Sie **erkannte die Argumente der BNetzA in Bezug auf die jüngsten Zinserhöhungen als triftigen Grund für diese Abweichung ausdrücklich an und sah die Ermittlungsmethode der BNetzA als im Rechtsrahmen geeignet an**.

### 3.4 Vorgehensweise der ARCEP

Auch ARCEP verfolgte in ihrer letzten Maßnahme, die eine WACC Ermittlung für regulierte Dienste vorsah und die Gegenstand der Kommissionsentscheidung in FR/2023/2455<sup>17</sup> wurde, einen vergleichbaren Ansatz beim risikolosen Zinssatz. ARCEP setzte zur Ermittlung des risikolosen Zinssatzes die Durchschnittsrendite langfristiger französischer Staatsanleihen über 5 Jahre (vom 1. April 2018 bis 31. März 2023); und die durchschnittliche Rendite derselben Anleihen über 5 Monate (vom 1. April 2023 bis zum 31. August 2023) an. Der 5-Monats-Zeitraum begann im April, damit die Rendite für März 2023, die bereits im 5-Jahres-Zeitraum enthalten ist, nicht doppelt gezählt wurde. Der damit von ARCEP für Frankreich ermittelte risikolose Zinssatz von 1,8% lag somit **rund ein Prozent höher als der von der KomAustria ermittelte risikolose Zinssatz für Österreich.**

ARCEP hielt fest, dass eine Mittelung der Renditen notwendig wäre, um die aktuellen makroökonomischen Bedingungen besser widerzuspiegeln. Die Europäische Kommission erkannte an, dass ein solcher Ansatz verfolgt werden könnte, wenn eine Regulierungsbehörde einen hinreichend begründeten alternativen Ansatz vorschlägt, der mit den im Kodex dargelegten Regulierungszielen im Einklang steht und die derzeitige nationale makroökonomische Situation widerspiegelt, was im Falle der Methode der ARCEP zutrif.

### 3.5 Methode der AGCOM

Auch AGCOM in Italien wählte in einem Maßnahmenentwurf, der zu Entscheidung IT/2023/2435 führte<sup>18</sup>, eine eigene Lösung, um den risikofreien Zinssatz an die Marktbedingungen anzupassen. Auch AGCOM wich von der Kommissionsmitteilung ab, um **bei Ermittlung des risikolosen Zinssatzes** den aktuellen makroökonomischen Bedingungen und nationalen Gegebenheiten, insbesondere der hohen Inflationsrate, Rechnung zu tragen. AGCOM war insbesondere der Ansicht, dass die Schätzung des risikofreien Zinssatzes auf der Grundlage eines 5-Jahres-Durchschnitts historischer Daten über zehnjährige Anleiherenditen die Inflationstrends nicht widerspiegeln würde. Diese würden lediglich zu einem risikofreien Zinssatz von 1,70% führen, während die prognostizierte durchschnittliche jährliche Inflationsrate in den nächsten fünf Jahren auf 2,1 % in der Eurozone geschätzt wurde. Daher schlug AGCOM in ihrer Maßnahme vor,

---

<sup>17</sup> <https://circabc.europa.eu/ui/group/2328c58f-1fed-4402-a6cc-0f0237699dc3/library/254f082a-beef-42bc-a0ef-c58942ec45f3/details>

<sup>18</sup> <https://circabc.europa.eu/ui/group/2328c58f-1fed-4402-a6cc-0f0237699dc3/library/7eb5ee39-3039-434e-914f-0d7628f8a33a/details>

den risikofreien Zinssatz auf der Grundlage eines gewichteten Durchschnitts des risikofreien 5-Jahres-Satzes (April 2017 - März 2022) von 1,70% aus dem GEREK-Bericht und des risikofreien 8-Monats-Satzes (30. April 2022 - 30. November 2022) von 3,60% zu berechnen.

Die Europäische Kommission hielt in ihrer Entscheidung dazu fest, dass AGCOM bei der Festlegung des Parameters für den risikofreien Zinssatz von der Mitteilung der Kommission über die Berechnung der WACC abweicht. **Die Kommission erkannte aber ausdrücklich die Auswirkungen des raschen Inflationsanstiegs an.** Die Kommission betonte, dass die Vorhersehbarkeit der Regulierung eines der Hauptziele des Kodex und der Mitteilung der Kommission über WACC ist. Unterschiedliche Regulierungsansätze sollten grundsätzlich vermieden und in jedem Fall vorher mit den Kommissionsdienststellen und den Beteiligten erörtert werden, um Unstimmigkeiten bei der Festlegung der WACC zu vermeiden, die Investitionsanreize verzerren und die Schaffung konvergenter Bedingungen für Investitionen in elektronische Kommunikationsnetze behindern könnten und somit nicht zur Entstehung des europäischen Binnenmarktes beitragen. Die Europäische Kommission forderte AGCOM daher auf die Maßnahme nochmals zu begründen. **AGCOM erließ die vorgeschlagene Maßnahme ohne Widerspruch durch die Europäische Kommission.**

### 3.6 Methode der AKOS

In einer kürzlich ergangenen Entscheidung SI/2024/2488 vom 02.02.2024<sup>19</sup> stimmte die Europäische Kommission dem Maßnahmenentwurf der AKOS zu, die ebenfalls den Weg wählte, den risikolosen Zinssatz unter Heranziehung

- der Durchschnittsrendite langfristiger slowenischer Staatsanleihen über 5 Jahre (vom 1. April 2018 bis 31. März 2023); und
- der durchschnittliche Rendite derselben Anleihen über 6 Monate (vom 1. April 2023 bis zum 31. September 2023)

zu ermitteln. Damit ermittelte AKOS einen risikolosen Zinssatz für Slowenien von 2,07%, also auch signifikant über den Werten der KommAustria für Österreich.

Die Bewertung der Europäischen Kommission entsprach den bekannten und hier bereits dargestellten Ausführungen zu den Entwürfen der CNMC, der BNetzA und der ARCEP.

---

<sup>19</sup> <https://circabc.europa.eu/ui/group/2328c58f-1fed-4402-a6cc-0f0237699dc3/library/6bcb0352-4906-48c3-a45f-db3fbf454e09/details>

Die Kommission war sich bewusst, dass AKOS von der Methode der Mitteilung abwich, indem sie den risikofreien Satz als arithmetische Durchschnittsrendite von Staatsanleihen über zwei verschiedene Zeiträume berechnet, um den aktuellen makroökonomischen Bedingungen besser Rechnung zu tragen. Die Kommission erinnerte daran, dass die Regulierungsbehörden bei der Ausarbeitung ihrer nationalen Maßnahmen zu einheitlichen Regulierungsansätzen beitragen sollten. Gleichzeitig erkannte die Kommission an, dass die Regulierungsbehörden, wenn sie einen hinreichend begründeten alternativen Ansatz vorschlagen, berechtigt sind, einen alternativen Zugang zu wählen, der im Einklang mit den im Kodex dargelegten Regulierungszielen und unter Berücksichtigung der derzeitigen makroökonomischen Lage des Landes steht<sup>20</sup>.

### 3.7 Vorgehensweise der UKE (Polen)

Es sind nicht alle Behörden, die im letzten Jahr eine WACC-Festlegung durchgeführt haben, der zuvor dargestellten Methoden gefolgt. Behörden wie etwa die UKE aus Polen bildeten keinen Mittelwert beim risikolosen Zinssatz, allerdings lag dieser in PL/2024/2496 **auch ohne Mittelwertbildung bereits bei 3,15%** und damit deutlich über den Werten, die andere Behörden nur mit ihrer Mittelwertbildung erreichten. Überdies wählte zB die UKE eine abweichende Methode zur Ermittlung des Equity Beta. Insgesamt kam UKE auf einen WACC für Legacy Netzwerke vor Steuern von 6,78%, der somit deutlich über den Werten der KommAustria lag.

### 3.8 Abweichend: die Telekom Control Kommission (Österreich)

Aus der Reihe der europäischen Regulierungsbehörden, die erkannt haben, dass die derzeitige makroökonomische Situation eine Anpassung der Methode zur Ermittlung des risikolosen Zinssatzes erfordert, schert nur die Telekom Control Kommission in AT/2023/2446 bzw. im Verfahren M 1.5/2020 betreffend den Markt für Zugänge von hoher Qualität an festen Standorten. Es ist dem veröffentlichten Bescheid zwar nicht zu entnehmen, wie hoch der risikolose Zinssatz in den Gutachten, die zur Entscheidung führten angesetzt wurde, aber die ermittelten WACC Werte für 2021 für Ethernet Dienste und Dark Fibre in Höhe von WACC iHv 3,88% (vermutlich nach Steuern), lassen vermuten, dass sich dieser Wert ähnlich niedrig liegt wie im gegenständlichen Verfahren. Zu beachten ist allerdings, dass die Telekom Control Kommission diesen

---

<sup>20</sup> Eine nicht unähnliche aber abweichende Methode zur Ermittlung des WACC hat die griechische Behörde EETT in EL/2024/2492 gewählt, die einen risikolosen Zinssatz in Höhe von 4,11% für Mietleitungen ermittelt hat. Die Stellungnahme der Kommission fiel ähnlich aus, wie in den davor zitierten Entscheidungen, wobei die Kommission allerdings monierte, dass die EETT den WACC nicht konsistent zu Anwendung bringen würde.

Wert für 2021 ermittelt, was bekanntlich vor den großen Zinsschritten der EZB war. Zu beachten ist, dass die Kommission den WACC der TKK zwar zur Kenntnis nimmt aber ausdrücklich darauf hinweist, dass der WACC jährlich festzulegen ist, um die Kosten des regulierten Unternehmens auch tatsächlich abzubilden. Es lässt sich daraus zumindest indirekt abbilden, dass die Kommission davon ausgeht, dass der WACC steigen wird.

### 3.9 Resümee

Mehrere hoch angesehene Regulierungsbehörden haben im Jahr 2023 einen WACC für regulierte Dienste auf „Legacy Netzen“ ermittelt und sind dabei von der in der WACC-**Mitteilung der Europäischen Kommission** vorgesehenen Methode zur Ermittlung des risikolosen Zinssatzes **abgegangen**. Sie haben diesen Wert auf der Basis der durchschnittlichen Renditen von Staatsanleihen über 5 Jahre aus den GEREK WACC Parametern sowie einer wesentlich verkürzten Periode von 3 bis 8 Monaten vor der Verfassung des jeweiligen Maßnahmenentwurfs gemittelt. Sie sind so zu **wesentlich höheren Werten beim risikolosen Zinssatzes** gekommen, als die KommAustria im gegenständlichen Fall. Dies gilt insbesondere für die Regulierungsbehörden vom **Frankreich, Spanien, Italien, Deutschland und Slowenien**.

Die Europäische Kommission hat in all diesen Fällen zwar festgestellt, dass eine Abweichung von der in der WACC Mitteilung vorgesehenen Methode vorlag, hat aber gleichzeitig **diese Anpassung vor dem Hintergrund der außerordentlichen makroökonomischen Veränderungen durch die sich seit 2022 rasch verändernden Zinsniveaus als geeignet anerkannt und akzeptiert**. Es ist also davon auszugehen, dass es sich dabei um eine für die Einhaltung des Rechtsrahmens geeignete Methode handelt.

Die mitbeteiligten Parteien haben ihre Sachverständigen um eine Ermittlung des risikolosen Zinssatzes nach den hier vorgezeichneten Methoden gebeten und weiters darum gebeten, diese Werte mit den von den nichtamtlichen Sachverständigen Randl Zechner ermittelten übrigen Werte zum WACC zu verknüpfen, um darzulegen, welche Ergebnisse sich dadurch für den WACC ergeben würden. Dies wird im Folgenden dargestellt.

## 4. WACC Ergebnisse mit angepasstem risikolosen Zinssatz und Anregung

BDO hat die zuvor beschriebenen Methoden zur Anpassungen des risikolosen Zinssatzes wie folgt nachgebildet:

Der risikolose Zinssatz wurde aus „Long term government bond yields“ für Österreich (Quelle: Eurostat bzw OeNB) abgeleitet. Gem BEREAC erfolgt zunächst eine Durchschnittsbetrachtung der vergangenen fünf Jahre (2018M7–2023M6), woraus sich ein **Zinssatz iHv 0,65 %** ergibt.

Dazu wurde der Durchschnitt dieser Werte in den vier Monate vor dem Bewertungsstichtag gebildet (2023M3–2023M6), was einen **Zinssatz iHv 3,04%** ergab.

Diese Werte wurden gemittelt, was dann **einen risikolosen Zinssatz von 1,85%** ergibt. Dieser Zinssatz wurde mit den übrigen Parametern von Randl und Zechner wie folgt verknüpft.

Risikoloser Zinssatz	1,85
FK-Zinssatz	2,03
Ausgabekosten	0,20
Marktrisikoprämie	5,92
Beta unverschuldet	0,49
Beta verschuldet	0,61
EK-Zins vor Steuern	7,14
EK-Zins nach Steuern	5,46
FK-Zins vor Steuern	2,23
WACC vor Steuern	5,91%
<b>WACC nach Steuern</b>	<b>4,52%</b>

Aus dieser Ermittlung ist erkennbar, dass allein durch die Anpassung des risikolosen Zinssatzes im Sinne der zuvor dargestellten Entscheidungen, eine Erhöhung des WACC nach Steuern von 3,85% auf 4,52% erfolgen würde. Das ist eine relative Steigerung um mehr als ein Viertel (Beilage ./1).

Die mitbeteiligten Parteien regen daher an, die KommAustria möge ihre Position im Hinblick auf die WACC-Berechnung überdenken, eine entsprechende Anpassung im Rahmen der WACC Ermittlung in Betracht ziehen und den Maßnahmenentwurf so ändern, dass entsprechende Anpassungen bei der WACC Ermittlung möglich sind.

Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG  
ORS comm GmbH & Co KG

# ALTERNATIVE BERECHNUNGSMETHODIK DES RISIKOLOSEN ZINSSATZES IN ANLEHNUNG AN BEREC

Beilage ./1

*Auf Basis aktueller Entscheidungen der Europäischen Kommission*

- ▶ In vorliegender Unterlage der BDO Austria GmbH dient als Ergänzung unseres Gutachtens „Gegenüberstellung der Kapitalkostenermittlung“ vom 29.09.2023 iZm dem Gutachten Randl/Zechner („zur Ermittlung von angemessenen Finanzierungskosten für Anbieter auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ für die Regulierungsperiode 2023 und 2024“) vom 28.07.2023.
- ▶ Es wird erneut der risikolose Zinssatz (als Bestandteil des WACC) ermittelt; allerdings in Analogie zu aktuellen Entscheidungen der Europäischen Kommission, in denen eine Anpassung der BEREC-Berechnung aufgrund des hohen Zinsniveaus genehmigt wurden.
- ▶ Vor diesem Hintergrund wird der risikolose Zinssatz per Stichtag 30.06.2023 (selber Stichtag wie im Gutachten Randl/Zechner) wie folgt ermittelt:
  - Der risikolose Zinssatz wird aus „Long term government bond yields“ für Österreich (Quelle: Eurostat bzw OeNB) abgeleitet.
  - Gem BEREC erfolgt zunächst eine Durchschnittsbetrachtung der vergangenen fünf Jahre (2018M7-2023M6), woraus sich ein Zinssatz iHv 0,65 % ergibt.
  - Gem Entscheidungen der Europäischen Kommission (bspw Case DE/2023/2457 vom 27.10.2023) erfolgt zusätzlich eine besondere Berücksichtigung des Zinsanstiegs der vergangenen Monate vor dem Bewertungsstichtag. Hierzu wird zunächst zusätzlich der Durchschnitt der vergangenen vier Monate vor dem Bewertungsstichtag gebildet (2023M3-2023M6), woraus sich ein Zinssatz iHv 3,04% ergibt.

- Anschließend erfolgt eine Durchschnittsbildung der langfristigen historischen Betrachtung (0,65%) und der kurzfristig historischen Betrachtung (3,04%). Daraus resultiert ein risikoloser Zinssatz iHv 1,85%.
- ▶ Wird dieser risikolose Zinssatz mit den restlichen Parametern im Gutachten Randl/Zechner kombiniert, ergibt sich folgender WACC:

WACC - Randl / Zechner	Gutachten Randl/Zechner			BDO
	Punktschätzer	Untergrenze	Obergrenze	Anpassung
Risikoloser Zinssatz	0,92	0,60	0,92	<b>1,85</b>
FK-Zinssatz	2,03	2,03	2,03	2,03
Ausgabekosten FK	0,20	0,00	0,20	0,20
Marktrisikoprämie	5,92	3,85	5,92	5,92
Beta unverschuldet	0,49	0,49	0,50	0,49
Beta verschuldet	0,61	0,61	0,63	0,61
EK-Zins vor Steuern	5,97	3,88	6,06	7,14
EK-Zins nach Steuern	4,56	2,97	4,64	5,46
FK-Zins vor Steuern	2,23	2,03	2,23	2,23
WACC vor Steuern	5,03	3,42	5,11	5,91
WACC nach Steuern	3,85	2,62	3,91	4,52

- ▶ Bei sonst gleichbleibenden Parametern resultiert unter Heranziehen des alternativen risikolosen Zinssatzes ein WACC vor Steuern iHv 5,91 % bzw nach Steuern iHv 4,52.