



# 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 Mag. Michael Truppe 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. **Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“**
  - 1.1. 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“ ein der sektorspezifischen Regulierung unterliegender relevanter Markt ist.** Der Markt umfasst in geographischer Hinsicht das Bundesgebiet der Republik Österreich.
  - 1.2. 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 1.1 **über beträchtliche Marktmacht** verfügt und somit kein effektiver Wettbewerb auf diesem Markt besteht.
  - 1.3. Der **ORS** werden hinsichtlich des Marktes gemäß Spruchpunkt 1.1 gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 folgende **spezifische Verpflichtungen auferlegt**:
    - 1.3.1. Die ORS hat gemäß § 41 Abs. 1 TKG 2003 auf zumutbare Nachfrage nicht diskriminierenden 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.

- 1.3.2. Die ORS hat für jede marktgegenständliche Leistung für die unter Spruchpunkt 1.3.1 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.
  - 1.3.2.1. Auf Aufforderung durch die KommAustria hat die ORS nachzuweisen, dass ihre Entgelte für marktgegenständliche Leistungen den Vorgaben des Spruchpunktes 1.3.2 entsprechen (§ 42 Abs. 2 TKG 2003).
  - 1.3.2.2. Die ORS hat jährlich bis zum 31. Mai 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 vergangenen Kalenderjahres vollständig enthalten sind, an die KommAustria zu übermitteln.
- 1.3.3. 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.
- 1.3.4. Für die nach Spruchpunkt 1.3.1 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 1.3.2 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

- 1.3.4.1. 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.
- 1.3.4.2. 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.
- 1.3.4.3. Bis zur Aktualisierung des Standardangebotes hat die ORS Nachfragern die marktgegenständliche Leistung entsprechend dem derzeit veröffentlichten Standardangebot bereit zu stellen.
- 1.3.5. 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
- 1.4. 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.
- 2. 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**

Gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 wird 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.**

3. Vorleistungsmarkt „Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ gemäß § 1 Z 3 RFMVO 2009
  - 3.1. Gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 wird 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.
  - 3.2. Gemäß § 37 Abs. 2 zweiter Satz TKG 2003 werden mit Ablauf des 31.12.2017 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**.

## 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](http://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.

## **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](http://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. Pay-Angebote und frei zugängliche Angebote**

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

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

Schlussendlich sind die Geschäftsmodelle sehr unterschiedlich und die Angebotssubstituierbarkeit ist beschränkt. Während die Free-TV Anbieter sich entweder über Werbeeinnahmen oder Rundfunkgebühren finanzieren, erhalten die Pay-TV-Anbieter einen Großteil ihrer Einnahmen aus den Abonnement-Gebühren bzw. zu einem beschränkten Teil aus der Werbung. Die Europäische Kommission hält fest, dass Free-TV und Pay-TV unterschiedliche Märkte sind. Für die Substitutionsbeziehungen auf vorgelagerten Vorleistungsmärkten ist die Unterscheidung auf

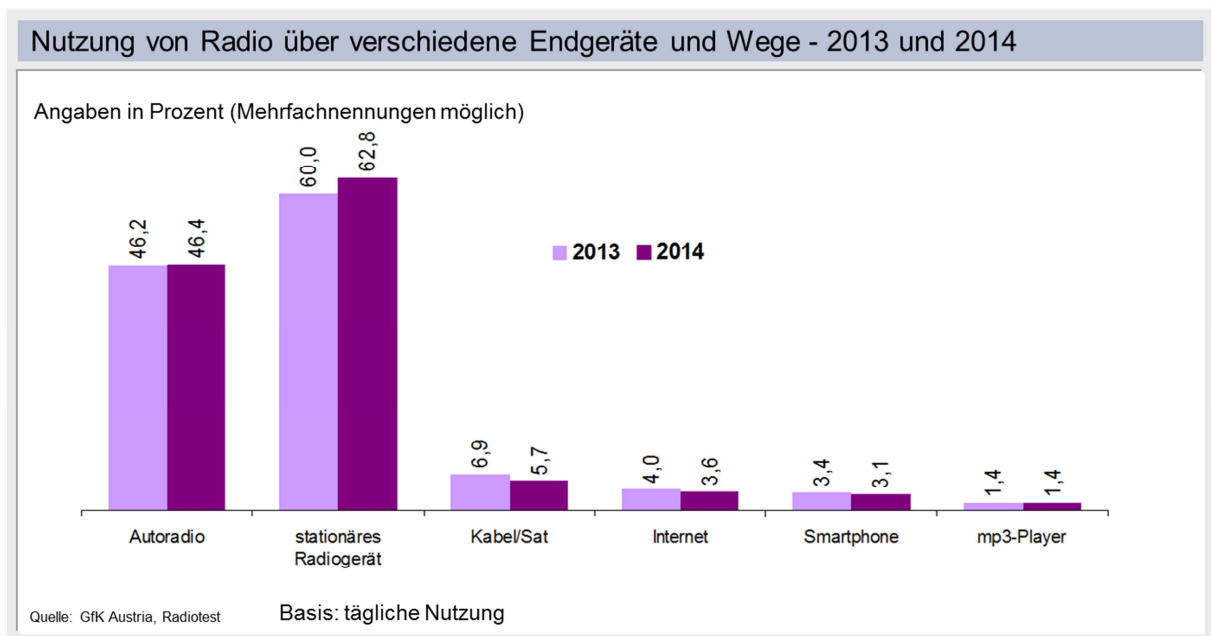
Endkundenseite in Pay-Angebote und frei verfügbare Angebote nicht von Bedeutung, weil sie auf die reine technische Signalverbreitung keinen Einfluss hat.

#### 2.1.1.4. Kandidatenmärkte Endkunden Hörfunk

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

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 Endgeräten 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.



### **2.1.1.5. 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. Für die digitale Übertragung mittels des DAB+-Standards gibt es aktuell einen Testbetrieb im Raum Wien. Daher ist die digitale terrestrische Hörfunkübertragung im Standard DAB+ derzeit noch nicht im Regelbetrieb verfügbar und kann insofern noch kein Substitut zur analogen terrestrischen Hörfunkübertragung darstellen.

Mittelfristig ist nach erfolgter Ausschreibung dieser Verbreitungsplattform damit zu rechnen, dass durch den Start eines Regelbetriebs (die Ausschreibung ist bereits am 31.01.2017 erfolgt, das Verfahren ist aber noch nicht abgeschlossen), welcher durch eine längere Simulcast-Phase charakterisiert sein wird – für die Verbreitung einzelner Hörfunkprogramme eine Substitutionsmöglichkeit zur analogen Verbreitung bestehen könnte.

In einer (über den Marktanalysezeitraum hinausgehenden) langfristigen Sichtweise könnte es jedoch zu einer gänzlichen Substitution der analogen terrestrischen Hörfunkübertragung durch die digitale terrestrische Hörfunkübertragung kommen.

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

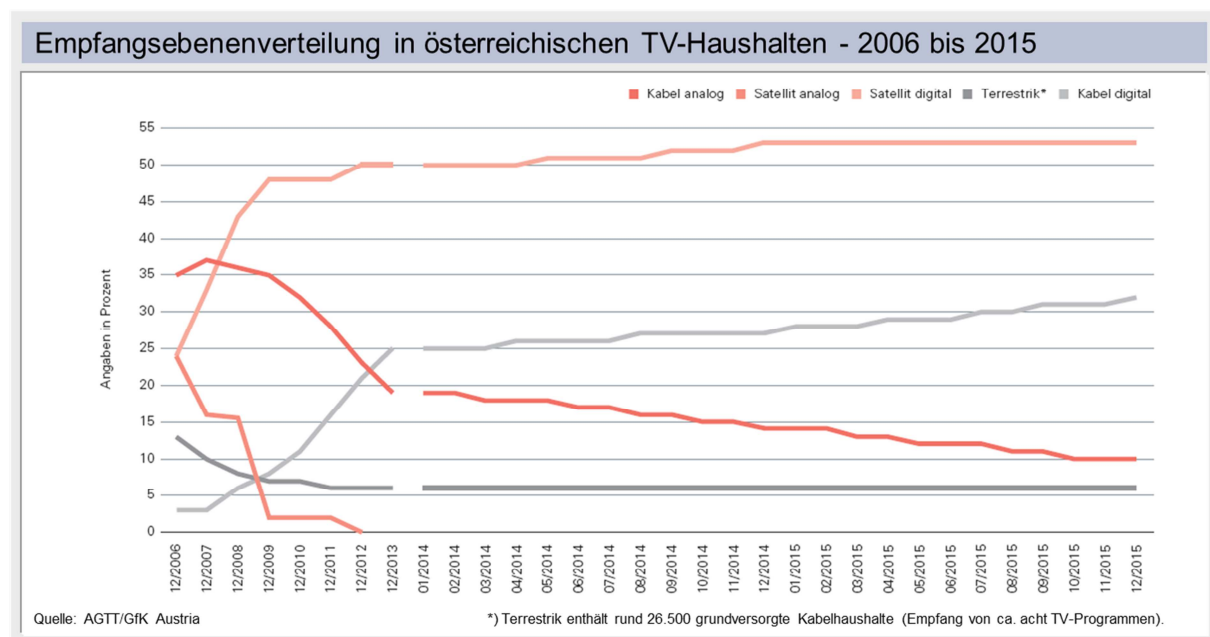
Daneben ist digitaler terrestrischer Empfang von Hörfunkprogrammen im Standard DVB-T2 in untergeordnetem Ausmaß möglich. Seit Oktober 2016 werden bundesweit auf Basis der DVB-T2-Übertragungstechnologie die drei bundesweiten Programme des ORF sowie mehrere private Hörfunkprogramme übertragen. Ein Empfang 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.

### 2.1.1.6. Kandidatenmärkte Endkunden Fernsehen

Für den Empfang von Fernsehen stehen grundsätzlich die gleichen Übertragungswege wie für Hörfunk – nämlich terrestrisch, über Kabel, über Satellit oder über das Internet – zur Verfügung.

Die folgende Darstellung von AGTT/GfK Austria zeigt die Nutzung von Fernsehen über unterschiedliche Empfangsebenen.



Zu erkennen ist, dass – stabil – mehr als 50% der Haushalte Fernsehen mittels digitalem Satelliten empfängt. Kabel kommt insgesamt (analog und digital, was auch IP-basierte TV-Übertragung inkludiert) auf rund 43%, wobei hier ein langfristiger Trend von analogem zum digitalem Empfang

erkennbar ist. Das Verhältnis der einzelnen Übertragungswege hat sich im Laufe der Jahre im Wesentlichen nicht geändert; der terrestrische Übertragungsweg liegt seit dem Jahr 2012 konstant bei rund 6% der Haushalte. Berücksichtigt man auch Zweit- und Drittgeräte in Haushalten, welche oft ausschließlich zum terrestrischen Empfang ausgestattet sind, ist von einem Prozentsatz von 12 % auszugehen.

Prinzipiell sind die Empfangsebenen auf Endkundenseite miteinander austauschbar. Es können zwar in einer Einzelbetrachtung Einschränkungen dahingehend bestehen, dass zum Beispiel in bestimmten Regionen kein Kabelnetz verfügbar ist oder ein Empfang mittels Satelliten nicht möglich ist. Bei den einzelnen Zugangsarten bestehen auch durchaus Unterschiede in der Tarifierung und den angebotenen Paketen.

Grundsätzlich kann aber jeder Endnutzer die Plattform je nach den angebotenen Diensten und Erwartungen an die Preisgestaltung wechseln. Aus diesem Grund ist von einem starken Substitutionspotential über alle Plattformen auszugehen. Bereits im Jahr 2007 – bei der Überarbeitung der Märkteempfehlung – stellte die Europäische Kommission hinsichtlich dieses Endkundenmarkts ebenfalls die starke Substitutionsbeziehung fest. *„The majority of households have normally up to three potential means of receiving broadcast content. With technological developments in the area of digital terrestrial broadcasting and broadcasting over DSL networks, the number of alternative transmission channels from the point of view of households is expected to further increase.“* (vgl. Commission Staff Working Document vom 13.11.2007, SEC(2007)1483/2, Explanatory Note accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services). Dieses hohe Substitutionspotential führt dazu, dass endkundenseitig ein Markt übergreifend für alle Plattformen abgegrenzt wird.

#### **2.1.1.7. Kandidatenmärkte Vorleistungen Fernsehen**

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

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

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass jeder TV-Veranstalter bestrebt ist, sein Programm über möglichst viele Plattformen zu verbreiten, da er so seine theoretische Reichweite am Sehermarkt steigern kann. Dieser Effekt ist in jenen Fällen abgemildert, bei welchem Nutzer mehrere Übertragungswege (z.B. Terrestrik für Zweitfernsehgeräte) gleichzeitig mit einem anderen Übertragungsweg nutzen. Wegen der Besonderheit des „Zweiseitigen Marktes“ bedeutet eine hohe Reichweite am Sehermarkt potentiell höhere Werbeerlöse am Werbemarkt. Wenn ein Programm über mehrere Plattformen verbreitet wird, erhöht sich die Anzahl potentiell

erreichbarer Seher. Dies gilt auch für Veranstalter von regionalen Programmen. Daher besteht in dieser Marktsituation ein komplementäres Verhältnis zwischen den unterschiedlichen Übertragungswegen. Dies bedeutet auch, dass kein ausreichendes Substitutionspotential zwischen den Übertragungswegen besteht, um mehrere Plattformen in einen „Kandidatenmarkt“ zusammenzufassen. Aus dieser Sicht bildet daher weiterhin jeder Übertragungsweg für Fernsehen einen eigenen Kandidatenmarkt. Die Veränderung der Marktsituation (insbesondere durch die Umstellung der analogen Kabelnetze auf digital und die Entwicklung auf dem Gebiet von IP-basierten „Kabelnetzen“) gegenüber jener, welche der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2009 (RFMVO 2009), KOA 6.300/09-001, zugrunde lag, hat sich im Hinblick auf die Substituierbarkeit der Übertragungswege nicht substantiell ausgewirkt.

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

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

#### **2.1.1.8. Kandidatenmarkt Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen**

Um Abonnement-, Pay-TV- oder interaktive Dienste für Endnutzer bereitzustellen, benötigen Anbieter (sofern sie nicht ein eigenes Übertragungsnetz besitzen und betreiben) in der Regel Zugang zu entsprechenden technischen Rundfunkdiensten wie Zugangsberechtigungssystemen, Anwendungsprogramm-Schnittstellen und elektronischen Programmführern in einem oder mehreren Übertragungsnetzen. Speziell für die Ausstrahlung von Fernsehprogrammen über Satellit ist es aufgrund lizenzrechtlicher Gründe in der Praxis notwendig, die Programme verschlüsselt auszustrahlen und somit nur in einem bestimmten Gebiet verfügbar zu machen.

Zugangsberechtigungssysteme stellen somit eine Verbindung zwischen den Endkundenmärkten im Rundfunk und den Vorleistungsmärkten für Rundfunkübertragung her. Aus Sicht des Endkundenmarktes handelt es sich um eine vorgelagerte Funktion. Dieser Kandidatenmarkt ist allerdings nicht Gegenstand dieses Verfahrens (vgl. die rechtlichen Ausführungen unter 4.5.2).

#### **2.1.1.9. Zusammenfassung zur Bestimmung der Kandidatenmärkte**

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

## **2.1.2. 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 steht. 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.

Die Errichtung von Standorten ist an die (internationale) Frequenzplanung und Frequenzkoordinierung gebunden. Die Anzahl von Standorten und verfügbaren koordinierten Übertragungskapazitäten ist begrenzt. Nicht alle potentiell möglichen Standorte können aufgrund von möglicherweise nicht zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten verwendet werden, Vorgaben aufgrund von bau-, raumordnungs- und naturschutzrechtlichen Bestimmungen sind einzuhalten und benötigen entsprechende Vorlaufzeiten. Die Errichtung von Übertragungsinfrastruktur ist mit erheblichen Kosten sowie dem Risiko versinkender Kosten verbunden. Eine Änderung im Vorausschauzeitraum im Rahmen dieser Marktanalyse ist nicht zu erwarten. Dies führt zu dem Schluss, dass hohe und permanente Marktzutrittsbarrieren vorliegen. Daher ist dieses Kriterium als erfüllt anzusehen.

Das Angebot für die terrestrische Hörfunkverbreitung erfolgt hauptsächlich durch die ORS. Flächendeckend für ganz Österreich erfolgt das Angebot ausschließlich durch die ORS, die vertikal in den ORF-Konzern integriert ist. Diese Marktsituation ist langfristig gegeben. 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 effektivem Wettbewerb tendiert und daher auch das zweite Kriterium als erfüllt anzusehen ist.

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 und somit auch das dritte Prüfkriterium als erfüllt anzusehen ist.

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.

#### **2.1.2.3. Sachlich relevante Vorleistungsmärkte Fernsehen**

In den ökonomischen Gutachten im Rahmen der Erlassung der RFMVO 2004 sowie der RFMVO 2009 wurde für alle „Kandidatenmärkte“ das Vorliegen der drei Kriterien im Sinne der jeweils geltenden Märkteempfehlungen der Europäischen Kommission geprüft. Aufbauend auf der damaligen Analyse ergibt sich zur aktuellen Marktlage folgendes Bild:

##### 2.1.2.3.1. Kabel und IP

Das erste Kriterium (hohe strukturelle Markteintrittsbarrieren) wurde in den bisherigen Marktdefinitionsverfahren als erfüllt angesehen, weil für die Errichtung von Kabelnetzen große Investitionen sowie ein hohes Risiko versunkener Kosten bestehen. Die hohe nachfrageseitige Gegenmacht der Fernsehveranstalter gegenüber Unternehmen, welche in der Kabel- und IP-Verbreitung tätig sind, reicht aber dazu aus, um selbsttragenden Wettbewerb in diesem Markt sicherzustellen – daher war das zweite Kriterium nicht erfüllt. Die hohe nachfrageseitige Gegenmacht besteht auch in der aktuellen Marktsituation weiter. Aus diesem Grund sind auch im Rahmen dieser Marktanalyse das zweite und dritte Kriterium nicht erfüllt und daher diese Märkte nicht als relevant anzusehen.

##### 2.1.2.3.2. Satellit

Die Markteintrittsbarrieren für die Verbreitung von Fernsehprogrammen mittels Satelliten sind noch höher als bei der Kabelverbreitung. Bezüglich der nachfrageseitigen Gegenmacht stellt sich die Situation genauso wie bei der Kabelverbreitung dar. Aus diesem Grund sind auch im Rahmen dieser Marktanalyse das zweite und dritte Kriterium nicht erfüllt und daher diese Märkte nicht als relevant anzusehen.

##### 2.1.2.3.3. Terrestrik

In der RFMVO 2004 wurde der Markt für terrestrische (damals analoge) Übertragung von TV-Signalen als relevanter Markt festgelegt, weil dieser Markt damals alle drei zu prüfenden Kriterien erfüllte.

In diesem Markt bestanden hohe und strukturelle Marktzutrittsbarrieren (1. Kriterium), welche vor allem durch folgende Umstände charakterisiert werden konnten:

- Die Errichtung von Standorten ist an die (internationale) Frequenzplanung und Frequenzkoordinierung gebunden.

- Nicht alle potentiell möglichen Standorte können aufgrund von möglicherweise nicht zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten verwendet werden.
- Vorgaben aufgrund von bau-, raumordnungs- und naturschutzrechtlichen Bestimmungen sind einzuhalten.
- Die Errichtung von Übertragungsinfrastruktur ist mit erheblichen Kosten sowie dem Risiko versunkender Kosten verbunden.

Die terrestrische Infrastruktur für digitales Fernsehen wurde – von vereinzelten Ausnahmen abgesehen – von einem einzigen Unternehmen bereitgestellt. Aufgrund dieser Anbieterstruktur war grundsätzlich nicht zu erwarten, dass sich selbsttragender effektiver Wettbewerb entwickelt (2. Kriterium), ebensowenig, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht ausreicht, um diesen Wettbewerbsproblemen zu begegnen (3. Kriterium).

Aufgrund der Digitalisierung der Terrestrik im Bereich des Fernsehens wurden im ökonomischen Gutachten im Rahmen des Verfahrens zur Erlassung der RFMVO 2009 mehrere (anhand der MUX-Plattformen abgegrenzte) potentielle Märkte identifiziert, wovon schließlich zwei Märkte als „relevant“ klassifiziert wurden.

Die relevanten terrestrischen Märkte zur Übertragung von TV-Signalen laut RFMVO 2009 waren:

- der Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B sowie
- der Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden.

Im Folgenden sind auch diese Märkte zu prüfen:

#### 2.1.2.3.4. Zugang zu Multiplex-Plattformen

Mit dem Bescheid der KommAustria vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-024, wurde 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 der RFMVO 2009 effektiver Wettbewerb herrscht und kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass sich im Zuge der Verhandlungen bezüglich des Zugangs – und insbesondere der Tarife – zwischen dem MUX A und MUX B Betreiber und nachfragenden Programmveranstaltern gezeigt hat, dass eine hohe nachfrageseitige Gegenmacht bestanden hat. Das Vorliegen hoher nachfrageseitiger Gegenmacht und die Entwicklung hin zu effektivem Wettbewerb führen dazu, dass das zweite und das dritte Kriterium nach wie vor nicht als erfüllt und daher dieser Markt in der gegenständlichen Marktanalyse nicht mehr als relevant anzusehen ist.

Aktuell besteht wegen der geplanten Räumung des 700 MHz-Bandes bezüglich einzelner MUX-Plattformen Unsicherheit bezüglich der weiteren konkreten Frequenzausstattung. Seit dem Abschluss des Marktanalyseverfahrens im Jahr 2013 erfolgte im Bereich des digitalen terrestrischen Fernsehens die Einführung von DVB-T2, welche seitdem schrittweise fortgesetzt wird. Da sich durch diese Umstellung von DVB-T auf DVB-T2 die potentielle Zahl der technisch verbreiteten Programme wesentlich erhöht, ist im Vergleich zur Situation im Jahr 2013 mit einem weiteren Anstieg der nachfrageseitigen Gegenmacht der nachfragenden Programmveranstalter



zu rechnen. Aus diesem Grund treffen die Feststellungen bezüglich des Vorliegens der Voraussetzungen für effektiven Wettbewerb in diesem Markt von 2013 auch in der aktuellen Marktsituation nach wie vor zu. Daher ist für diesen Markt das zweite Prüfkriterium (der Markt tendiert nicht von selbst zu effektivem Wettbewerb) sowie das dritte Kriterium als nicht erfüllt anzusehen und dieser Markt im Sinne der Märkteempfehlung 2014 nicht als „relevanter“ Markt zu klassifizieren.

#### 2.1.2.3.5. Zugang zu Sendeanlagen

Mit dem Bescheid der KommAustria vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-025, wurde festgestellt, dass die ORS über beträchtliche Marktmacht im Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden verfügt und wurden dieser Vorabverpflichtungen auferlegt. Im zugrundeliegenden Gutachten wurde unter anderem festgestellt, dass auf diesem Markt eine geringe nachfrageseitige Gegenmacht vorlag.

Im Rahmen der Überprüfung der Einhaltung dieser Verpflichtungen im Zusammenhang mit der beträchtlichen Marktmacht fanden in den Jahren 2013, 2014 sowie 2015 seitens der Regulierungsbehörde Prüfungen zum Kostenrechnungssystem statt. Alle drei bisher durchgeführten Prüfungen ergaben, dass auf dem Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden ein einziger Nachfrager mit einem Altvertrag und einem jährlichen Umsatz von rund 90.000 € existiert. Daher besteht aktuell auf diesem Markt keine Nachfrage. Ein Zusammenhang zwischen dieser Nachfragesituation mit den derzeit bestehenden Vorabverpflichtungen aufgrund der beträchtlichen Marktmacht in diesem relevanten Markt ist nicht erkennbar.

Dieser Fall wird in den Erläuterungen zur Märkteempfehlung 2014 wie folgt angesprochen (vgl. Commission Staff Working Document vom 09.10.2014, SWD(2014) 298, Explanatory note accompanying the document Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (im Folgenden: Erläuterungen zur Märkteempfehlung 2014), S. 18):

*„In many cases the incumbent is the only undertaking that is in a position to provide a potential wholesale service. It is likely that there is no merchant market as this is often not in the interest of the incumbent operator. Where there is no merchant market and where there is consumer harm at retail level, it is justifiable to construct a notional market when potential demand exists. Here the implicit self-supply of this input by the incumbent to itself should be taken into account.“*

In der in diesem Markt vorliegenden Situation bedeutet dies, dass ausschließlich die ORS diese Produkte sich selbst bereit stellt aber praktisch keine externe Nachfrage vorhanden ist. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass im Falle eines potentiellen Schadens für Konsumenten in einer derartigen Marktsituation gerechtfertigt sein könnte, mittels der Eigenleistungen einen relevanten „fiktiven“ Markt zu definieren. Nachdem im vorliegenden Fall keine Anzeichen für das Vorliegen eines potentiellen Schadens für Konsumenten vorhanden sind, kann dieser Markt aufgrund der praktisch nicht vorhandenen Nachfrage nicht als „relevanter Markt“ im Sinne der Märkteempfehlung 2014 angesehen werden.

#### **2.1.2.4. Zusammenfassung sachliche Markabgrenzung**

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

#### **2.1.2.5. 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.

##### **2.1.2.5.1. 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.

#### 2.1.2.5.2. 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 bei nicht leicht zu duplizierenden Standorten. Ein Sonderfall in dieser Betrachtung sind Standorte, welche erst in Zukunft geplant bzw. errichtet werden. Für diese Standorte ist eine Abschätzung derzeit noch nicht möglich.

Aus diesen Gründen wäre die zukunftsgerichtete und lückenlose Durchführung der Prüfung des Vorliegens der drei Kriterien nach der Systematik der Märkteempfehlung 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 ist 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.

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. Aktuell bieten zwei Unternehmen Sendeanlagen für Rundfunkveranstalter 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.

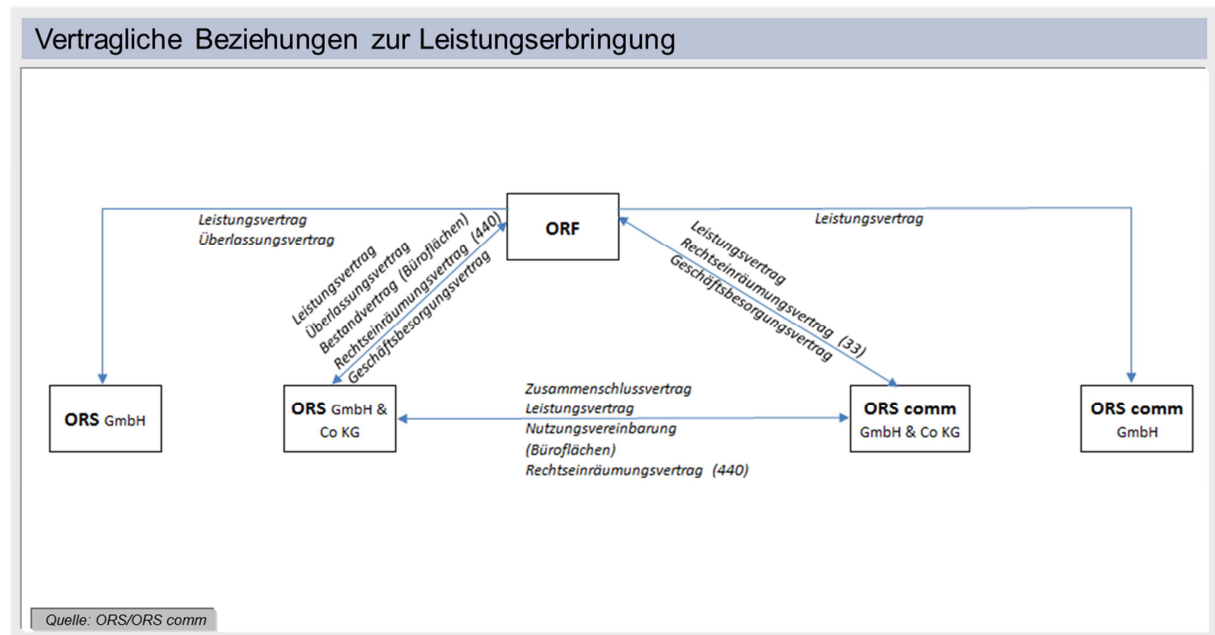
Bei allen genannten ORS-Gesellschaften herrscht ausweislich des öffentlichen Firmenbuchs vollständige Geschäftsführeridentität.

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.) Die ORS comm GmbH & Co KG bietet kommerzielle Tätigkeiten, die früher von der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG erbracht wurden, am gegenständlichen Markt an. Unter anderem wurden jene marktgegenständlichen Sendeanlagen, die bislang ausschließlich von Unternehmen genutzt werden, 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, der Sendergebäude und der Mastsockeln 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 4.6.3).

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. In diesem Bescheid wurden der ORS die folgenden spezifischen Verpflichtungen auferlegt: Zugangsverpflichtung zu Sendestandorten Gleichbehandlungsverpflichtung, Festlegung kostenorientierter Entgelte, Veröffentlichung eines Standardangebots und getrennte Buchführung.

### **2.2.2. Indikatoren für beträchtliche Marktmacht**

Allgemein lässt sich sagen, dass der gegenständliche Markt insgesamt eine relativ geringe Dynamik aufweist und 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**

In der im Jahr 2013 abgeschlossenen Marktanalyse wurde festgestellt, dass der Umsatzmarktanteil der ORS (exklusive Eigenleistungen, das sind Umsätze, die durch Verträge der ORS mit dem ORF generiert werden) im Jahr 2009 bei 93% lag. Die restlichen 7 % der Gesamtmarktumsätze entfielen auf drei Unternehmen, die insgesamt 16 Sendeanlagen vermieteten. Der Umsatzmarktanteil ergibt sich durch die Multiplikation der nachgefragten Menge mit den Tarifen der jeweiligen Produkte. Nachdem die Tarife für Übertragungsprodukte im UKW-Übertragungsmarkt der ORS seit dem Abschluss der ersten Rundfunkmarktanalyse im Jahr 2006 der Tarifregulierung (kostenorientierte Obergrenze der Tarife) unterliegen, könnte der

Umsatzmarktanteil in einer „unregulierten“ Situation aufgrund des Wegfalls der Tarifobergrenze theoretisch auch noch höher sein. Seit dem Abschluss der letzten Marktanalyse steigen die Umsätze der ORS im relevanten Markt weiter leicht. Wie aus den veröffentlichten Standardangeboten von ORS hervorgeht, sanken gleichzeitig die regulierten Tarife im relevanten Markt. Der höhere Umsatz ist vor allem auf den Umstieg von Nachfragern auf höhere Leistungsklassen sowie höhere Verfügbarkeitsstufen zurückzuführen. In den Jahresabschlüssen von ORS der Jahre 2014 und 2015 beschreibt die ORS jeweils die Entwicklung wie folgt: „*Hinsichtlich der UKW-Verbreitung besteht weiterhin eine stabile Geschäftsentwicklung*“. Aufgrund der vorliegenden Informationen ist von einem aktuellen Marktanteil von rund 90% (ohne Umsätze mit dem ORF) für die ORS auszugehen, welcher langfristig relativ stabil ist.

Zur Prüfung dieses Marktanteils wurden die Zulassungsbescheide der KommAustria für Hörfunk im Zeitraum 2010 bis inklusive September 2016 analysiert. In diesen Bescheiden ist für jede Übertragungskapazität (Frequenz) ersichtlich, welches Unternehmen Senderbetreiber ist. Im genannten Analysezeitraum waren 387 Übertragungskapazitäten betroffen. In 234 Fällen ist der Zulassungsinhaber selbst der Senderbetreiber. Für den Fall, dass der Zulassungsinhaber bei einem anderen Unternehmen für die terrestrische Hörfunkübertragung Nachfrager ist, ergibt sich Folgendes Bild: In 136 Fällen erfolgt der Senderbetrieb durch die ORS. Für 15 Übertragungskapazitäten stellt die Sesta-GmbH die Übertragung bereit, in 2 Fällen nehmen die Verbreitung andere Unternehmen wahr. Damit ergibt sich für die ORS ein nach Sendeleistung ungewichteter Mengen-Marktanteil (136 durch die ORS angebotene Verbreitung von insgesamt 153) von rund 88,89%. Nachdem sich bei der ORS im Gegensatz zu den anderen Anbietern auch Großsendeanlagen mit einer hohen Sendeleistung – und somit auch einem höheren Tarif – in dieser Grundgesamtheit befinden, ergibt sich auch aus dieser Analyse ein Umsatz-Marktanteil von zumindest 90%. Der stabil hohe Marktanteil von jedenfalls 90% spricht für das Vorliegen von beträchtlicher 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**

Die Nachfrage nach terrestrischer Hörfunkübertragung erfolgt 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 die gleichzeitige Nachfrage für mehrere Standorte oder es folgen im Zeitverlauf weitere Nachfragen nach bestimmten Verbreitungsstandorten (z.B. bei Vergrößerung des Versorgungsgebiets). Aus diesem Grund besteht aus Nachfragersicht neben der Abhängigkeit von einem Standort auch eine starke Abhängigkeit dahingehend, dass Zugang zu mehreren Standorten sowie im Zeitverlauf Zugang zu weiteren Standorten erhalten wird. Aus diesen Gründen ist auch die langfristige nachfrageseitige Gegenmacht 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.

Wenn eine geringe ausgleichende Nachfragemacht besteht, kann eine gegebenenfalls vorliegende Ausnutzung einer beträchtlichen Marktmacht nicht ausreichend durch diese ausgleichende Nachfragemacht kompensiert werden. Die nachfrageseitige Gegenmacht von „kleinen“ Radioveranstaltern ist 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 ist – wie sich auch schon in den bisherigen Marktanalysen gezeigt hat – 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 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 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.

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) 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 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 verfügt. 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 ein flächendeckendes Sendernetz für UKW-Hörfunkprogramme mit rund 275 Übertragungskapazitäten sowohl für den ORF als auch für private Hörfunkveranstalter. Durch diese Infrastruktur können rund 98 Prozent der österreichischen Bevölkerung versorgt werden. Der einzige signifikante Konkurrent, die Sesta GmbH, betreibt rund 18 bis 20 Standorte in bestimmten Regionen Österreichs (vor allem in Tirol, Vorarlberg und Kärnten).

Zwar werden 234, also etwa 60 % der insgesamt 387 für die Bereitstellung von Hörfunkprogrammen nach dem PrR-G genutzten Übertragungskapazitäten von den Zulassungsinhabern selbst betrieben und nur 136, also knapp über 34 %, von der ORS betrieben; jedoch ergibt sich aus der dem Gutachten des Amtssachverständigen angeschlossenen Auflistung der für die Bereitstellung von Hörfunkprogrammen nach dem PrR-G verwendeten Übertragungskapazitäten, dass der Großteil jener Hörfunkveranstalter, die selbst Sendeanlagen betreiben, hinsichtlich einer oder mehrerer – insbesondere größerer – Sendeanlagen auf das Angebot der ORS zurückgreifen bzw. auf dieses angewiesen sind. Dies betrifft insbesondere auch größere Hörfunkveranstalter wie zum Beispiel die KRONEHIT Radio Betriebs GmbH., die Antenne "Österreich" und Medieninnovationen GmbH, die Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG sowie die Radio Arabella GmbH.

Daher ist davon auszugehen, dass die ORS Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur hat.

Es können an dieser Situation nur geringe Veränderungen seit den letzten Marktanalysen (vgl. dazu insbesondere Punkt 2.2.2 der Sachverhaltsfeststellungen im Bescheid der KommAustria vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-023) festgestellt werden.

Die Größe und Bedeutung des Netzes der ORS als einziges flächendeckendes Netz legt daher eine beträchtliche Marktmacht nahe.

#### **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 90% 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 abzeichnende beträchtliche 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.

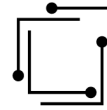
### 2.3.1.4. Überhöhte Tarife

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

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	Gleiche Leistungen müssen zu gleichen Konditionen angeboten werden.  Transparenz in Bezug auf die Zugangsbedingungen einschließlich der Preise bietet den Marktteilnehmern die



Nr.	Potentielles Wettbewerbsproblem		Vorabmaßnahme	
	Bezeichnung	Risiko	Bezeichnung	Abmilderung bzw. Vermeidung des Risikos
			Getrennte Buchführung	<p>Gewissheit, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht wird.</p> <p>Durch die getrennte Buchführung wird Transparenz bezüglich der Leistungsverrechnung geschaffen, so dass die Regulierungsbehörde die Einhaltung der Gleichbehandlungsverpflichtung überprüfen kann.</p>
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	<p>Durch die Definition, welche Netzeinrichtung und Netzfunktionen auch einzeln angeboten werden müssen, kann verhindert werden, dass diese Produkte im „Bündel“ abgenommen werden müssen.</p> <p>Transparenz in Bezug auf die Zugangsbedingungen und verfügbaren Produkte bietet den Marktteilnehmern die Gewissheit, dass ein bestimmtes Produkt einzeln verfügbar ist.</p>
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 den 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. Transparenzverpflichtung**

Zur Sicherstellung der Transparenz wird eine Verpflichtung vorgesehen, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ein aktualisiertes Standardangebot auf seiner Homepage leicht, unmittelbar und ständig zugänglich veröffentlichen muss.

Das Standardangebot sollte 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

#### **2.3.2.2. 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.

#### **2.3.2.3. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang**

Die Preiskontrolle sieht Entgelte maximal in Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung vor. Die Preiskontrolle wird auf maximale Tarife eingeschränkt, weil überhöhte Tarife als potentiell Wettbewerbsproblem festgestellt wurden.

Die Europäische Kommission hat in der Kostenrechnungsempfehlung 2005 Kostenrechnungsgrundsätze und -regeln beschrieben, welche auf die Lösung des festgestellten

potentiellen Wettbewerbsproblems abzielen. Diese Empfehlung ist im Rahmen der gegenständlichen Vorabverpflichtung anzuwenden.

Um die regelmäßige Überprüfung der Einhaltung der Kostenrechnungsmethode sicherzustellen, wird eine Berichtspflicht gegenüber der Regulierungsbehörde über die Beschreibung der Kostenrechnungsmethode, in der die wesentlichen Kostenarten und die Regeln der Kostenzuweisung aufgeführt werden und in der die Kostendaten des Kalenderjahres vollständig enthalten sind, vorgeschrieben. Dafür wird ein jährlicher, fixer Stichtag vorgesehen.

In Anlehnung an die Ziele der Regulierung in § 1 TKG 2003 – der Sicherstellung eines homogenen Wettbewerbs in ganz Österreich – soll die vorgeschriebene Entgeltkontrolle sicherstellen, dass österreichweit einheitliche Tarife angeboten werden. Dazu hat sich das bisher angewandte Konzept der „fiktiven Sendeanlage“ in der Kostenrechnung der ORS bewährt.

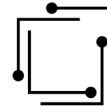
### 2.3.3. Vergleich der vorgeschlagenen Maßnahmen mit Verpflichtungen aus anderen Gesetzen

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.

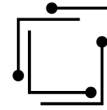
Die ORS (hinsichtlich der nachgenannten Punkte 01 und 02 lediglich die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG) hat aufgrund des ORF-G einige bestimmte gesetzliche Vorgaben zu erfüllen, welche ähnliche Themenbereiche wie die dargestellten Vorabmaßnahmen betreffen. In der folgenden Tabelle sind ausgewählte 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	<b>Trennungsrechnung</b>  Bei der Buchführung gemäß Abs. 1 ist sicherzustellen, dass den Anforderungen der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission über die Transparenz der	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

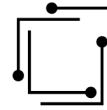




Nr.	Verpflichtung laut ORF-Gesetz	Auszug aus dem ORF-G	„Überschneidung“ mit vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen
		<p>finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. Nr. L 193 vom 29.7.2000 S. 75 in der Fassung der Richtlinie 2005/81/EG, ABl. Nr. L 312 vom 29.11.2005 S. 47, hinsichtlich der Erstellung einer getrennten Buchführung mit einer nach den verschiedenen Geschäftsbereichen getrennten Aufstellung der Kosten und Erlöse sowie einer genauen Angabe der Methode, nach der die Kosten und Erlöse den verschiedenen Geschäftsbereichen zugeordnet und zugewiesen werden, entsprochen wird und dabei</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. die internen Konten, die den verschiedenen Geschäftsbereichen entsprechen, getrennt geführt werden,</li> <li>2. alle Kosten und Erlöse auf der Grundlage einheitlich angewandter und objektiv gerechtfertigter Kostenrechnungsgrundsätze korrekt zugeordnet werden und</li> <li>3. die Kostenrechnungsgrundsätze, die der getrennten Buchführung zugrunde liegen, eindeutig bestimmt sind.</li> </ol>	<p>zwischen dem öffentlich-rechtlichen, dem konnexkommerziellen 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.</p> <p>Die mit der Vorabmaßnahme „Kostenorientierung“ verbundene Offenlegungspflicht der Kostenrechnungsmethode betrifft ausschließlich die Kalkulation von Produkten im relevanten Markt.</p>
04	§ 39 Abs. 5 ORF-G	<p><b>Anleitung zur Trennungsrechnung</b></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><b>Grundsatz des Fremdvergleichs</b></p> <p>Geschäftliche Beziehungen innerhalb des Österreichischen Rundfunks, zwischen dem Österreichischen Rundfunk und</p>	<p>keine</p> <p>Der Grundsatz des Fremdvergleichs betrifft die konzerninterne Verrechnung und ist somit nach</p>



Nr.	Verpflichtung laut ORF-Gesetz	Auszug aus dem ORF-G	„Überschneidung“ mit vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen
		<p>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 Geschäftsgebaren untereinander zu Grunde legen würden.</p>	<p>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>
06	§ 31c Abs. 4 ORF-G	<p><b>Private Investor Test</b></p> <p>Kommerzielle Tätigkeiten des Österreichischen Rundfunks, seiner Tochtergesellschaften oder der mit ihm verbundenen Unternehmen haben dem Grundsatz des wirtschaftlich handelnden Privatinvestors im Sinne des Art. 107 AEUV zu entsprechen. Insbesondere darf eine Investition zur Anfangsfinanzierung neuer kommerzieller Tätigkeiten nur dann vorgenommen werden, wenn eine Rentabilität dieser Investition zu erwarten ist, aufgrund der auch ein wirtschaftlich handelnder Privatinvestor die Investition vornehmen würde.</p>	<p>Keine</p> <p>Der Private Investor Test hat keinen Bezug zu den vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen, da der Fokus rein auf der Finanzierung dieser Tätigkeiten liegt.</p>
07	§ 8a Abs. 1 und 2 ORF-G	<p>(1) „Kommerzielle Tätigkeiten“ im Sinne dieses Gesetzes bezeichnen im Rahmen des Unternehmensgegenstandes liegende, über den öffentlich-rechtlichen Auftrag (§ 1 Abs. 2) hinausgehende Tätigkeiten.</p> <p>(2) Kommerzielle Tätigkeiten sind organisatorisch und rechnerisch von den Tätigkeiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags zu trennen (§ 39 Abs.</p>	<p>Keine</p> <p>Die Trennung in kommerzielle Tätigkeiten und öffentlich-rechtliche Tätigkeiten hat keinen Bezug zu den vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen.</p>



Nr.	Verpflichtung laut ORF-Gesetz	Auszug aus dem ORF-G	„Überschneidung“ mit vorgeschlagenen Vorabmaßnahmen
		<p>4). Für sie dürfen keine Mittel aus dem Programmengelt (§ 31) herangezogen werden. Sie können gewinnorientiert betrieben werden.</p>	
08	§ 8 ORF-G	<p><b>Mitbenutzung der Sendeanlagen</b></p> <p>(1) Der Österreichische Rundfunk und seine Tochtergesellschaften haben im Rahmen der technischen Möglichkeiten anderen Rundfunkveranstaltern und terrestrischen Multiplex-Betreibern die Mitbenutzung ihrer Sendeanlagen gegen angemessenes Entgelt zu gestatten.</p> <p>(2) Die Sendeanlagen sind unbeschadet anderer vertraglicher Regelungen zu gleichwertigen Bedingungen und in derselben Qualität bereitzustellen, die auch für die Verbreitung der vom Österreichischen Rundfunk veranstalteten Programme angewandt werden.</p> <p>(3) Auf Nachfrage hat der Österreichische Rundfunk (seine Tochtergesellschaft) ein Angebot zur Mitbenutzung abzugeben. Kommt eine Vereinbarung über das Mitbenutzungsrecht oder über das angemessene Entgelt binnen einer Frist von sechs Wochen ab Einlangen einer darauf gerichteten Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde zur Entscheidung anrufen. Die Regulierungsbehörde entscheidet binnen vier Monaten ab Einlangen des Antrages. Die Entscheidung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung.</p>	<p>Keine</p> <p>Die Mitbenutzung von Sendeanlagen ist nicht Teil des relevanten Marktes bzw. stellt allenfalls lediglich eine Vorleistung für den gegenständlichen Markt dar. Die rechtlichen Vorgaben zur Mitbenutzung von Sendeanlagen sind unabhängig von der Marktanalyse.</p>
09	§ 2 Abs. 4 ORF-G	<p><b>Nichtdiskriminierende Bedingungen</b></p> <p>Die vertragliche Zusammenarbeit des Österreichischen Rundfunks mit anderen Unternehmen hat zu nichtdiskriminierenden Bedingungen zu</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</p>

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

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.

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 im vom Amtsgutachter erstellten Gutachten vom 30.09.2016, die von der ORS nur im Rahmen des Eingehens auf die Stellungnahme des VÖP thematisiert wurden und dort im Wesentlichen nicht bestritten wurden.

Ergänzend beruhen die Feststellungen zum Anteil des terrestrischen Fernsehens inklusive Zweit- und Drittgeräten von 12 % auf den im Kommunikationsbericht 2016 der RTR-GmbH auf Seite 5 dargestellten Marktdaten.

Der Amtssachverständige ging im Rahmen der ökonomischen Marktabgrenzung davon aus, dass es keine signifikante Verbreitung von Hörfunk über den digital-terrestrischen Übertragungsweg gibt. Dies deshalb, weil die Rundfunkübertragung im Standard DAB+ in Österreich derzeit nur im Testbetrieb erfolgt, wobei eine Ausschreibung für den Regelbetrieb erfolgt ist.

Seit Oktober 2016 werden nun auch einige wenige Radioprogramme über die terrestrischen (Fernseh-) Plattformen MUX A und F im Standard DVB-T2 (vgl. die Bescheide vom 24.10.2016, KOA 4.200/16-029 und KOA 4.270/16-011) angeboten; dies kann aber 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 seinem 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.

Aufgrund der im Oktober 2016 hinzugetretenen Verbreitung von Hörfunk über die Fernsehplattform DVB-T2 wird der im Amtsgutachten gebildete Kandidatenmarkt „Hörfunkverbreitung über Kabel und/oder Satellit“ in „Vorleistungsmarkt Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden über sonstige Übertragungswege“ geändert. Dieser beinhaltet die Übertragung von Hörfunksignalen über Kabel (inklusive IP-basierte Rundfunknetze), Satellit und digitale Terrestrik im Standard DVB-T2.

## **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**

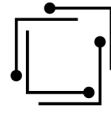
#### **Wettbewerbsregulierung**

##### **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.*

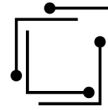
*(2) Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat, sind von der Regulierungsbehörde insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:*

- 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 zugrunde liegenden 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 Dienstemärkte 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 angemessene 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.*

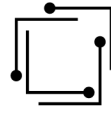
*(3) Hat die Regulierungsbehörde spezifische Verpflichtungen nach §§ 38, 39 oder 40 Abs. 1 und 2 angeordnet, kann sie unbeschadet der Bestimmungen des § 90 verlangen, dass die Kostenrechnungs- und Buchhaltungsunterlagen einschließlich sämtlicher damit zusammenhängender Informationen und Dokumente auf 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:*



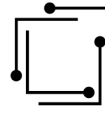
1. *Gewährung des Zugangs zum Netz, zu bestimmten Netzkomponenten oder Netzeinrichtungen, einschließlich des Zugangs zu nicht aktiven Netzkomponenten, und des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, um unter anderem die Betreiberauswahl, die Betreibervorauswahl oder Weiterverkaufsangebote für Teilnehmeranschlüsse 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.“*

§ 40 KOG lautet:

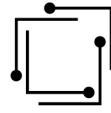
### **„Großverfahren**

*§ 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](http://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. Marktdefinition**

### **4.5.1. 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“ 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 4.5.4.1).

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.



#### 4.5.2. Marktabgrenzung

Wie sich aus den Feststellungen (vgl. oben 2.1.1.9) ergibt, kommen aus ökonomischer Sicht folgende Märkte 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
- Vorleistungsmarkt Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über Kabel (inklusive IP)
- Vorleistungsmarkt Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über Satellit
- Vorleistungsmarkt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden
- Vorleistungsmarkt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über terrestrische Multiplex-Plattformen

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 – weder im Bereich der Fernseh- noch Hörfunkübertragung zum gegenwärtigen Zeitpunkt substantiell geändert. Im Fernsehbereich sind die Übertragungsplattformen Satellit, Terrestrik und Kabel (inklusive IP-basierte Übertragung) weiterhin als komplementär anzusehen. Im Hörfunkbereich 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: Es erfolgte erst am 31.01.2017 die Ausschreibung einer Zulassung zur Errichtung und zum Betrieb einer bundesweiten (KOA 4.520/17-001) und von lokalen und regionalen (KOA 4.530/17-001) digitalen terrestrischen Multiplex-Plattformen gemäß § 15 Abs. 1 Privatradiogesetz (PrR-G). Die Verfahren sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen. Der ORS wurde in Wien aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 28.03.2017, KOA 4.510/17-021, lediglich gemäß § 4 Abs. 1 PrR-G zur Erprobung digitaler Übertragungstechniken und programmlicher Entwicklungen (Pilotversuch) die Bewilligung zum Betrieb der terrestrischen Multiplex-Plattform „DAB+ Testbetrieb Wien“ zur versuchsweisen Übertragung von digitalen Hörfunkprogrammen und Zusatzdiensten erteilt. Daher kann in

Österreich (im Regulärbetrieb) zum gegenwärtigen Zeitpunkt kein Hörfunk über DAB+ verbreitet werden.

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 des Fehlens von „regulären“ Zulassungen zum Betrieb von Multiplexen 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.

Der Markt „Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen“ ist aus folgenden Gründen nicht Gegenstand dieses Verfahrens: Die Regulierung dieses Marktes ist Gegenstand der unter anderem gemäß § 27b Abs. 1 AMD-G erlassenen Zugangsberechtigungssysteme- und Interoperabilitätsverordnung (ZIV), KOA 6.350/05-002. Allfällige Änderungen dieser Regulierung erfordern die Durchführung eines – vom gegenständlichen Verfahren verschiedenen – Verfahrens zur Änderung der ZIV gemäß § 27 b Abs. 2 und 3 AMD-G.

#### **4.5.3. 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 4.5.2 genannten Märkten waren gemäß der nach der Rechtslage vor der Novelle BGBl. I Nr. 102/2011 erlassenen RFMVO 2009 folgende drei nationale Märkte als „relevante Märkte“ festgelegt:

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

#### **4.5.3.1. Vorleistungsmarkt analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW**

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 begrenzte Anzahl von geeigneten Senderstandorten und Frequenzen sowie die rechtlichen

Rahmenbedingungen für Frequenz- und Standortnutzung stellen hohe und permanente Marktzutrittsbarrieren dar. 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 DAB+ als mögliche Alternative zur UKW-Übertragung zum gegebenen Zeitpunkt nicht angeboten wird, 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 nach wie vor relevant ist.

Wie sich aus den Feststellungen in 2.1.2.5 ergibt, ist als relevanter geographischer Markt ganz Österreich festzulegen.

#### **4.5.3.2. 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.

#### **4.5.3.3. Vorleistungsmarkt Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über Kabel (inklusive IP)**

In diesem Markt bestehen nach den Feststellungen zwar weiterhin hohe strukturelle Markteintrittsbarrieren, weil für die Errichtung von derartigen Netzen hohe Investitionen erforderlich sind sowie ein hohes Risiko versunkener Kosten besteht. Die hohe nachfrageseitige Gegenmacht der Fernsehveranstalter gegenüber Unternehmen, welche in der Kabel- und IP-Verbreitung tätig sind, reicht aber dazu aus, um selbsttragenden Wettbewerb in diesem Markt sicherzustellen. Aus diesem Grund ist der Markt nicht als für die sektorspezifische Regulierung relevant anzusehen.

#### **4.5.3.4. Vorleistungsmarkt Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über Satellit**

Die Markteintrittsbarrieren, selbst die Verbreitung mittels Satelliten anzubieten, sind noch höher als für die Kabelverbreitung. Bezüglich der nachfrageseitigen Gegenmacht stellt sich die Situation genauso wie bei der Kabelverbreitung dar, es besteht nämlich auch hier eine starke nachfrageseitige Gegenmacht von Seiten der Rundfunkveranstalter. 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.

#### **4.5.3.5. Vorleistungsmarkt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über terrestrische Multiplex-Plattformen**

Schon in der letzten Marktanalyse des gegenständlichen Marktes im Jahre 2013 hat sich gezeigt, dass eine hohe nachfrageseitige Gegenmacht der Nachfrager bestanden hat, weshalb effektiver Wettbewerb auf diesem Markt festgestellt wurde. Seither erfolgte im Bereich des digitalen terrestrischen Fernsehens insbesondere die Einführung von DVB-T2. Die Umstellung auf DVB-T2 erfolgt derzeit regionsweise und ist weitgehend abgeschlossen. Da sich durch diese Umstellung von DVB-T auf DVB-T2 die potentielle Zahl der technisch verbreiteten Programme wesentlich erhöht, ist im Vergleich zur Situation im Jahr 2013 mit einem weiteren Anstieg der nachfrageseitigen Gegenmacht der nachfragenden Programmveranstalter zu rechnen. Daher ist für diesen Markt das zweite Prüfkriterium (der Markt tendiert nicht von selbst zu effektivem Wettbewerb) sowie das dritte Kriterium nicht erfüllt und somit ist dieser Markt nicht mehr als für die sektorspezifische Regulierung relevant anzusehen.

#### **4.5.3.6. Vorleistungsmarkt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden**

Mit dem Bescheid vom 12.07.2013, KOA 6.300/13-025, bestätigt mit Erkenntnis des BVwG vom 13.08.2014, Zl.en W120 2000234-1/13E und W120 2010750-1/3E, hat die KommAustria festgestellt, dass die ORS über beträchtliche Marktmacht im Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden verfügt.

Im Rahmen der Überprüfung der Einhaltung dieser Verpflichtungen im Zusammenhang mit der beträchtlichen Marktmacht fanden in den Jahren 2013, 2014 sowie 2015 seitens der Regulierungsbehörde Prüfungen zum Kostenrechnungssystem gemäß Punkt 2.5. des genannten Bescheides der KommAustria statt. Alle drei bisher durchgeführten Prüfungen ergaben, dass auf dem Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden nur ein einziger Nachfrager mit einem Altvertrag und einem jährlichen Umsatz von rund 90.000€ existiert. Grundsätzlich existiert also dieser Kandidatenmarkt, jedoch existiert keine Nachfrage. Ein Zusammenhang zwischen dieser Nachfragesituation mit den derzeit bestehenden Vorabverpflichtungen aufgrund der beträchtlichen Marktmacht in diesem relevanten Markt ist nicht erkennbar. In der in diesem Markt vorliegenden Situation bedeutet dies, dass ausschließlich die ORS diese Produkte sich selbst bereit stellt aber praktisch keine externe Nachfrage vorhanden ist.

In den Erläuterungen zur Märkteempfehlung 2014, S. 18, wird für einen Fall ohne Nachfrage folgendes ausgeführt:

*„In many cases the incumbent is the only undertaking that is in a position to provide a potential wholesale service. It is likely that there is no merchant market as this is often not in the interest of the incumbent operator. Where there is no merchant market and where there is consumer harm at retail level, it is justifiable to construct a notional market when potential demand exists. Here the implicit self-supply of this input by the incumbent to itself should be taken into account.“*

Die Europäische Kommission geht somit davon aus, dass es im Rahmen einer Marktanalyse nur dann gerechtfertigt ist, einen fiktionalen Vorleistungsmarkt, der die Eigenleistungen des Marktbeherrschers beinhaltet, zu konstruieren, wenn durch die Situation Schaden für Konsumenten im Endkundenmarkt entsteht.

Aus den Feststellungen ergibt sich, dass im vorliegenden Fall keine Anzeichen für das Vorliegen eines potentiellen Schadens für Konsumenten vorhanden sind. Daher liegt aufgrund der praktisch nicht vorhandenen externen Nachfrage durch Multiplexbetreiber jedenfalls kein relevanter Markt vor.

#### **4.5.4. Ergebnis**

##### **4.5.4.1. Relevanter Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“**

Da der österreichweite Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ nach dem Gesagten für die sektorspezifische Regulierung weiterhin relevant ist, war dies gemäß § 36 Abs. 2 TKG 2003 spruchgemäß festzustellen (Spruchpunkt 1.1.)

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 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 4.8).

##### **4.5.4.2. Feststellung, dass Märkte nicht mehr für die sektorspezifische Regulierung relevant sind und Aufhebung von bestehenden Regulierungsmaßnahmen**

Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 darf die Regulierungsbehörde, wenn sie aufgrund des Verfahrens gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 feststellt, dass ein Markt, der für die sektorspezifische Regulierung definiert wurde, nicht mehr relevant ist, oder auf einem relevanten Markt effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmarkt verfügt, – mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 TKG 2003 – 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.

Gemäß RFMVO 2009 waren – neben dem im Wesentlichen weiterhin relevanten „Markt für analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ (vgl. 4.5.4.1) – die Märkte „Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“ sowie „Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ als relevante Märkte definiert. Diese Marktdefinition war gemäß der Übergangsbestimmung des § 133 Abs. 11 TKG 2003 Grundlage für die zuletzt ergangenen Marktanalysebescheide vom 12.07.2013 für diese Märkte (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, sowie KOA 6.300/13-024).

Da der „Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“ den Drei-Kriterien-Test nach dem oben Gesagten (vgl. 4.5.3.5) nicht erfüllt, war hinsichtlich dieses Marktes gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 festzustellen, dass auf diesem Markt effektiver Wettbewerb herrscht und er daher für die sektorspezifische Regulierung nicht mehr relevant ist (vgl. Spruchpunkt 2.).

Nach dem in 4.5.3.6 Gesagten ist der Markt „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ für die sektorspezifische Regulierung nicht mehr relevant und war hinsichtlich dieses Marktes gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 festzustellen, dass insofern effektiver Wettbewerb herrscht (vgl. Spruchpunkt 3.1.).

Auf diesem Markt wurde im schon genannten Bescheid der KommAustria vom 12.07.2013, 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, beträchtliche Marktmacht der ORS festgestellt und dieser spezifische Verpflichtungen auferlegt. Da dieser Markt nun nicht mehr relevant ist, waren gemäß § 37 Abs. 2 zweiter Satz TKG 2003 diese Regulierungsmaßnahmen aufzuheben (Spruchpunkt 3.2).

Aus Sicht der KommAustria war es im gegenständlichen Fall aus folgenden Gründen angemessen, die Frist gemäß § 37 Abs. 2 letzter Satz TKG 2003 mit Ablauf des 31.12.2017 festzusetzen: Zweck der Frist ist, die betroffenen Parteien rechtzeitig von der Aufhebung der spezifischen Verpflichtungen zu informieren (vgl. Art. 16 Abs. 3 letzter Satz Rahmen-RL). Nach den Feststellungen gibt es auf dem gegenständlichen Markt seit Jahren keine neue Nachfrage und ist eine solche auch in Zukunft nicht zu erwarten; die ORS wird durch die Aufhebung von den ihr auferlegten spezifischen Verpflichtungen frei. Aus einer kurzfristigen Aufhebung der bisher auferlegten spezifischen Verpflichtungen erwächst sohin grundsätzlich niemandem ein Nachteil. Allerdings waren der ORS für den gegenständlichen Vorleistungsmarkt unter anderem auch spezifische Verpflichtungen bezüglich Kostenrechnung und getrennter Buchführung auferlegt; die entsprechenden Berichtspflichten waren jeweils mit Stichtag Jahresende für das davor liegende Gesamtjahr vorgesehen. Um zu vermeiden, dass durch eine unterjährige Aufhebung dieser Verpflichtungen ein Zusatzaufwand durch die Verschiebung des bereits seit mehreren Jahren bestehenden Berichtsstichtages für das bisher verpflichtete Unternehmen entsteht, liegt es aus Effizienzgründen nahe, die Aufhebung dieser Verpflichtungen mit dem Stichtag Jahresende (31.12.2017) vorzunehmen.

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

### **4.6.1. 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.

#### **4.6.2. 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 (NRB) 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.“*

#### **4.6.3. 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.

#### **4.6.4. 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 Punkt 2.2.2.1 bis 2.2.2.13 getroffenen Feststellungen zu den einzelnen für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht als bedeutend identifizierten Indikatoren für Marktmacht.

##### **4.6.4.1. 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 Artikel 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.

Da die Umsätze der ORS derzeit auf sehr hohem Niveau weitgehend stabil sind (die ORS hält Marktanteile exklusive Eigenleistungen auf einem Niveau von über 90 %), ist sie als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anzusehen.

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

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.

#### **4.6.4.2. 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. Da es aus Sicht der KommAustria bei einer bundesweiten Marktdefinition unvermeidbar ist, in gewisser Weise auf „Durchschnittsgegebenheiten“ abzustellen, ist es auch rechtlich nicht zu beanstanden, wenn im Einzelfall die Selbsterrichtung von Sendestandorten zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen möglich sein sollte (vgl. dazu auch BVwG 13.08.2014, Zl.en W120 2000234-1/13E, W120 20010750-1/3E). Hinzuweisen ist darauf, dass es nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH dem Gleichheitssatz nicht widerspricht, wenn der Gesetzgeber von einer Durchschnittsbetrachtung ausgeht und dabei auch eine pauschalierende Regelung trifft (VfSlg. 15.819/2000). Auch der VwGH sprach bereits aus, dass es aus der Sicht des Gleichheitssatzes unbedenklich ist, wenn der Verordnungsgeber von einer Durchschnittsbetrachtung ausgeht oder eine pauschalierende Regelung trifft (VwGH 27.09.2005, Zl 2005/06/0154). Dabei hat eine nationale Marktdefinition überdies dem europäischen Homogenitätsgebot zu folgen, nach welchem es ausreicht, dass die Wettbewerbsbedingungen einander gleichen oder ausreichend homogen sind (VwGH 17.12.2008, Zl.en 2008/03/0116, 0118 bis 0120, mit Kritik an der „Regionalisierung der Regulierung“ in der Marktanalyse bei zugrunde liegender nationaler Marktdefinition). Im Übrigen hätte das Abstellen auf eine möglichst kleinräumige Betrachtung eine mit einem derart hohen Aufwand verbundene Prüfung der Gegebenheiten vor Ort zwingend zur Folge, sodass der ORS bei der Bereitstellung der dafür notwendigen Daten unverhältnismäßig hohe finanzielle Aufwände entstehen würden.

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

#### **4.6.4.3. 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, erfolgt die Nachfrage nach terrestrischer Hörfunkübertragung 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 die gleichzeitige Nachfrage für mehrere Standorte oder es folgen im Zeitverlauf weitere Nachfragen nach bestimmten Verbreitungsstandorten (z.B. bei Vergrößerung des Versorgungsgebiets). 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 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.

Wenn eine geringe ausgleichende Nachfragemacht besteht, kann eine gegebenenfalls vorliegende Ausnutzung einer beträchtlichen Marktmacht nicht ausreichend durch diese ausgleichende Nachfragemacht kompensiert werden. Die nachfrageseitige Gegenmacht von „kleinen“ Radioveranstaltern ist gering. Bei „größeren“ Nachfragen, wie z.B. Veranstalter überregionaler Radios ist die nachfrageseitige Gegenmacht größer, da die mit der Verbreitung erzielbaren zusätzlichen Umsätze für den Anbieter von substantieller Bedeutung sein können. Die relativ geringe ausgleichende Nachfragemacht bzw. die ungleiche Verteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht zwischen den Nachfragern ist – wie sich auch schon in den bisherigen Marktanalysen gezeigt hat – nicht geeignet, eine sich aufgrund anderer Marktindikatoren abzeichnende beträchtliche Marktmacht aufzuheben.

#### **4.6.4.4. 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 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 – 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.

#### **4.6.4.5. 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.

#### **4.6.4.6. 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.

#### **4.6.4.7. 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.

#### **4.6.4.8. 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.

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

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

#### **4.6.4.10. 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.

#### **4.6.4.11. 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.

#### **4.6.4.12. 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, 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 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 geändert; hinzu tritt die Größe und Bedeutung des Netzes der ORS, welches auf dem gegenständlichen Markt das einzig flächendeckende ist. Insgesamt spricht daher der Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“ weiterhin für das Bestehen beträchtlicher Marktmacht der ORS.

#### **4.6.4.13. 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.

#### **4.6.4.14. 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 bzw. die ungleiche Verteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht zwischen den Nachfragern ist nicht geeignet, eine sich aufgrund anderer Marktindikatoren abzeichnende beträchtliche Marktmacht aufzuheben. Schließlich sprechen die ubiquitäre Präsenz der ORS mit eigener Infrastruktur sowie Vorteile bei der Produktdifferenzierung sowie strukturellen Kostenvorteilen auf Grund des Umstands, dass die ORS an vielen Standorten ihres österreichweiten Sendernetzes zusätzlich auch digitale terrestrische Fernsehübertragung anbieten kann, für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht. Infolge der festgestellten vertikalen Integration von ORS und ORF verfügt die ORS über Anreize zu antikompetitivem Verhalten. 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.

#### **4.6.5. Schlussfolgerung**

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

Vor diesem Hintergrund war festzustellen, dass die ORS auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ über beträchtliche Marktmacht verfügt und somit kein effektiver Wettbewerb auf diesem Markt besteht (Spruchpunkt 1.2).

## 4.7. 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.

### 4.7.1. 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. 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, „RL Bessere Rechtsetzung“ in der Folge: Zugangsrichtlinie)]. 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 der Europäischen Kommission (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 European Regulators Group (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, infrastrukturbasierendem 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.

#### **4.7.2. 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 die spezifischen Verpflichtungen nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 neuerlich – leicht verändert – auferlegt werden.

#### **4.7.2.1. 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 nicht in gleichem Maße 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.

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 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 1.3.1).

#### **4.7.2.2. 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 4.6.4.13 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 1.3.2) 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. Die ORS verfügt im Übrigen schon derzeit – aufgrund der auferlegten Verpflichtungen im diesbezüglichen Marktanalysebescheid 2013 – über ein adäquates Kostenrechnungssystem als notwendige Voraussetzung für die Berechnung kostenorientierter Entgelte. Auch insofern stellt die Fortschreibung der Vorabverpflichtung nach § 42 TKG 2003 jedenfalls keine unzumutbare Belastung im Sinne der Rz 117 und 118 der SMP-Leitlinien dar.

Die in Spruchpunkt 1.3.2 auferlegte Verpflichtung, wonach die Berechnung der Kosten der ORS unter Anwendung der Kostenrechnungsempfehlung 2005 aufgestellten Regeln zu erfolgen hat, erfolgte zur Konkretisierung des Begriffes „Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung“. Damit wird es der ORS vor dem Hintergrund des Bestimmtheitserfordernisses eines Leistungsbefehls ermöglicht, ihr Kostenrechnungssystem bescheidkonform zu gestalten.

Im Hinblick auf einzelne Fragestellungen, die unter anderem vom VÖP im Rahmen seiner Stellungnahme in Spiel gebracht wurden, ist Folgendes auszuführen:

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 ErWG 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 vielmehr nach der Marktlage und ist Gegenstand der Überprüfung nach § 42 Abs. 2 TKG 2003, nicht aber des gegenständlichen Bescheides. Im Übrigen haben 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) jeweils ergeben, dass der von der ORS angenommene WACC (weighted average cost of capital) von 10 % nicht zu beanstanden war.

In der Kostenrechnungsempfehlung 2005 sind für Betreiber, die aufgrund einer Marktanalyse nach Artikel 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)). Diese geben weitere Vorgaben zur Ausgestaltung der Kostenrechnungsmethode in diesen betroffenen relevanten Märkten. Beispielsweise wird empfohlen, dass Kosten für die flächendeckende Versorgung und unvermeidbare Gemeinkosten nicht enthalten sein sollen (Teilkostenrechnung).

In der 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) wird hingegen für den Fall der Auferlegung der Kostenorientierung als Abhilfemaßnahme für die Zwecke der Festlegung von Vorleistungsentgelten für den Zugang zu Kupferleitungs- und NGA-Netzen eine „BU-LRIC+“-Kostenrechnungsmethode (Bottom-up Long-run Incremental Costs Plus, erweiterter Bottom-up-Ansatz der langfristigen Zusatzkosten) empfohlen, die eine Bottom-up-Modellierung unter Verwendung des LRIC-Kostenmodells zuzüglich eines Aufschlags für die Deckung gemeinsamer Kosten umfasst (Vollkostenrechnung).

Es existieren somit in Empfehlungen der Europäischen Kommission unterschiedliche Varianten für die Ausgestaltung der Kostenrechnungsmethode (z.B. Teilkostenrechnung und Vollkostenrechnung) für unterschiedliche Vorleistungsmärkte. Eine bestimmte Methode für die gegenständlichen Vorleistungsübertragungsmärkte für Rundfunkübertragung lässt sich daraus nicht ableiten.

Für relevante Rundfunkübertragungsmärkte existieren keine derartigen spezialisierten Empfehlungen; die Kostenrechnungsmethode hat daher der Kostenrechnungsempfehlung 2005 zu folgen. Nach dieser Empfehlung ist auch die Berechnung mittels einer Vollkostenrechnung zulässig.

Die Unterteilung in Teil- oder Vollkostenrechnung bezieht sich ausschließlich auf den in die Berechnung einbezogenen Sachbezug und sagt nichts über die Bewertung des Anlagevermögens aus. Vollkostenrechnungen können daher sowohl mit historischen Anschaffungskosten als auch mit Wiederbeschaffungswerten durchgeführt werden. In der Kostenrechnungsmethode der ORS wird mit Wiederbeschaffungswerten gerechnet. Weiters bezieht sie sich ausschließlich auf den in die Berechnung einbezogenen Sachbezug und sagt nichts über die Effizienz der Leistungsbereitstellung aus. Die Kostenrechnungsmethode der ORS basiert jedoch auf dem Grundsatz einer effizienten Leistungsbereitstellung. Ineffizienzen sind daher in der Berechnung nicht enthalten.

Zur Indexanpassungsklausel im bestehenden Standardangebot der ORS ist Folgendes festzuhalten: Gemäß Spruchpunkt 1.3.2 hat die ORS für jede marktgegenständliche Leistung für die unter Spruchpunkt 1.3.1 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 dieser Indexanpassungsklausel – allerdings nicht ergeben.

Die in Spruchpunkt 1.3.2.2 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 1.3.2.2 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 1.3.4.1) 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 1.3.4.2; näher dazu unten zu Punkt 4.7.2.4).

Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auch die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte verlangen und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen (§ 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 1.3.2).

#### **4.7.2.3. 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.

Die nunmehr auferlegte Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 (vgl. Spruchpunkt 1.3.3) 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).

Das entscheidende Argument für eine spezifische Verpflichtung ist jedoch, dass die entsprechende Gleichbehandlungsverpflichtung bereits im Vorfeld für alle Marktteilnehmer wirkt und so die Bedingungen für einen wirksamen Wettbewerb geschaffen werden.

#### **4.7.2.4. 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 1.3.4).

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 1.3.4 angeordneten Mindestinhalten, zu veröffentlichen.

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 1.3.4.1 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 1.3.4.2), 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.

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.

#### **4.7.2.5. 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 ErWG 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 1.3.5 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 der 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.

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

#### **4.7.2.6. 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 1.4).

### **4.8. 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“*.

Die vorliegende Anordnung gemäß §§ 36 ff TKG 2003 stellt eine derartige Vollziehungshandlung iSd §§ 128 f TKG 2003 dar, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination zu unterwerfen ist.

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 26. Juli 2017

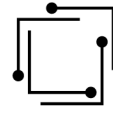
**Kommunikationsbehörde Austria**  
Die Senatsvorsitzende

Dr. Susanne Lackner  
(Vorsitzende-Stellvertreterin)

## Inhaltsverzeichnis

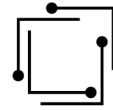
<b>I.</b>	<b>Spruch</b> .....	<b>1</b>
<b>II.</b>	<b>Begründung</b> .....	<b>4</b>
1.	Gang des Verfahrens .....	4
2.	Sachverhalt .....	5
2.1.	Zur Abgrenzung der Märkte zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten .....	7
2.1.1.	Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung .....	7
2.1.1.1.	Substitutionspotential zwischen Hörfunk und Fernsehen .....	7
2.1.1.2.	Zweiseitige Märkte .....	7
2.1.1.3.	Pay-Angebote und frei zugängliche Angebote .....	7
2.1.1.4.	Kandidatenmärkte Endkunden Hörfunk .....	8
2.1.1.5.	Kandidatenmärkte Vorleistungen Hörfunk .....	9
2.1.1.6.	Kandidatenmärkte Endkunden Fernsehen .....	10
2.1.1.7.	Kandidatenmärkte Vorleistungen Fernsehen .....	11
2.1.1.8.	Kandidatenmarkt Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen.....	12
2.1.1.9.	Zusammenfassung zur Bestimmung der Kandidatenmärkte .....	12
2.1.2.	Bestimmung der relevanten Märkte.....	13
2.1.2.1.	Allgemeines .....	13
2.1.2.2.	Sachlich relevante Vorleistungsmärkte Hörfunk .....	14
2.1.2.3.	Sachlich relevante Vorleistungsmärkte Fernsehen .....	15
2.1.2.4.	Zusammenfassung sachliche Marktabgrenzung.....	18
2.1.2.5.	Geografisch relevanter Markt.....	18
2.2.	Wettbewerbsanalyse des Vorleistungsmarkts „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ .....	20
2.2.1.	Marktteilnehmer – Marktstruktur – Marktverhalten .....	20
2.2.1.1.	Struktur der ORS.....	20
2.2.2.	Indikatoren für beträchtliche Marktmacht.....	23
2.2.2.1.	Größe des Unternehmens, Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf.....	23
2.2.2.2.	Marktzutrittsbarrieren .....	24
2.2.2.3.	Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht.....	24
2.2.2.4.	Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität .....	25
2.2.2.5.	Marktphase.....	25
2.2.2.6.	Technologiebedingter Vorsprung.....	26
2.2.2.7.	Allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation .....	26





2.2.2.8.	Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen .....	26
2.2.2.9.	Ausmaß vertikaler Integration .....	26
2.2.2.10.	Ausmaß der Produktdifferenzierung .....	27
2.2.2.11.	Zugang zu Finanzmitteln .....	27
2.2.2.12.	Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur .....	27
2.2.2.13.	Verhalten am Markt im Allgemeinen .....	28
2.2.2.14.	Bewertung .....	28
2.3.	Zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme geeignete spezifische Maßnahmen.....	28
2.3.1.	Potentielle Wettbewerbsprobleme .....	28
2.3.1.1.	Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber Abnehmern.....	28
2.3.1.2.	Diskriminierung von Nachfragern.....	28
2.3.1.3.	Zwang, nicht benötigte Produkte im Bündel abnehmen zu müssen.....	29
2.3.1.4.	Überhöhte Tarife .....	29
2.3.2.	Auswahl der Vorabmaßnahmen .....	29
2.3.2.1.	Transparenzverpflichtung .....	31
2.3.2.2.	Getrennte Buchführung.....	31
2.3.2.3.	Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang.....	31
2.3.3.	Vergleich der vorgeschlagenen Maßnahmen mit Verpflichtungen aus anderen Gesetzen .....	32
3.	Beweiswürdigung .....	36
4.	Rechtliche Beurteilung .....	37
4.1.	Zuständigkeit.....	37
4.2.	Rechtsgrundlagen.....	38
4.3.	Verfahrenseinleitung.....	46
4.4.	Parteistellung .....	47
4.4.1.	Parteistellung gemäß § 37a Abs. 2 TKG 2003.....	47
4.4.2.	Parteistellung gemäß § 37a Abs. 3 TKG 2003.....	47
4.5.	Marktdefinition.....	47
4.5.1.	Allgemeines .....	47
4.5.2.	Marktabgrenzung.....	49
4.5.3.	Drei-Kriterien-Test .....	50
4.5.3.1.	Vorleistungsmarkt analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW .....	50
4.5.3.2.	Vorleistungsmarkt Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden über sonstige Übertragungswege .....	51

4.5.3.3.	Vorleistungsmarkt Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über Kabel (inklusive IP) .....	51
4.5.3.4.	Vorleistungsmarkt Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über Satellit .....	51
4.5.3.5.	Vorleistungsmarkt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über terrestrische Multiplex-Plattformen.....	52
4.5.3.6.	Vorleistungsmarkt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden.....	52
4.5.4.	Ergebnis .....	53
4.5.4.1.	Relevanter Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ .....	53
4.5.4.2.	Feststellung, dass Märkte nicht mehr für die sektorspezifische Regulierung relevant sind und Aufhebung von bestehenden Regulierungsmaßnahmen .....	53
4.6.	Zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“.....	54
4.6.1.	Allgemeines .....	54
4.6.2.	Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht .....	55
4.6.3.	Verpflichtetes Unternehmen - Konzernrechtliche Verbindung der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG mit der ORS comm GmbH & Co KG.....	56
4.6.4.	Beurteilung der Wettbewerbssituation.....	57
4.6.4.1.	Zum Indikator „Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“ .....	57
4.6.4.2.	Zum Indikator „Marktzutrittsschranken“ .....	58
4.6.4.3.	Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“ .....	59
4.6.4.4.	Zum Indikator „Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität“ .....	60
4.6.4.5.	Zum Indikator „Marktphase“ .....	61
4.6.4.6.	Zum Indikator „Technologiebedingter Vorsprung“ .....	61
4.6.4.7.	Zum Indikator „Allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation“ .....	61
4.6.4.8.	Zum Indikator „Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen“ .....	61
4.6.4.9.	Zum Indikator „Vertikale Integration“ .....	62
4.6.4.10.	Zum Indikator „Produktdifferenzierung“ .....	62
4.6.4.11.	Zum Indikator „Zugang zu Finanzmitteln“ .....	63
4.6.4.12.	Zum Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“ .....	63
4.6.4.13.	Zum Indikator „Verhalten am Markt im Allgemeinen“ .....	63
4.6.4.14.	Zusammenfassende Würdigung.....	64
4.6.5.	Schlussfolgerung .....	65
4.7.	Spezifische Verpflichtungen.....	66
4.7.1.	Auswahlkriterien für Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2003.....	66



4.7.2.	Zu den auf dem Vorleistungsmarkt „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ auferlegten spezifischen Verpflichtungen .....	67
4.7.2.1.	Zur Verpflichtung zur Gewährung von Zugang gemäß § 41 TKG 2003 .....	68
4.7.2.2.	Verpflichtung zur Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003 .....	69
4.7.2.3.	Zur auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003.....	74
4.7.2.4.	Zur auferlegten Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 .....	75
4.7.2.5.	Zur auferlegten Verpflichtung zur getrennten Buchführung nach § 40 TKG 2003.....	76
4.7.2.6.	Bisherige spezifische Verpflichtungen .....	78
4.8.	Zu den Verfahren gemäß §§ 128 und 129 TKG 2003 .....	78
<b>III.</b>	<b>Hinweis .....</b>	<b>79</b>