

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philipitsch, LL.M. als Senatsvorsitzenden sowie den Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris im Verfahren zur Analyse des Vorleistungsmarktes „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 133 Abs. 12 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011, 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 Vorleistungsmarkt „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ gemäß § 1 Z 3 der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2009, KOA 6.300/09-001 (RFMVO 2009), über beträchtliche Marktmacht verfügt.
2. Der ORS werden gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 133 Abs. 12 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011, für den in Spruchpunkt 1 genannten Markt folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:
 - 2.1. Die ORS hat gemäß § 41 Abs. 1 TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 133 Abs. 12 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011, auf zumutbare Nachfrage nicht diskriminierenden Zugang zu ihren Sendestandorten zu gewähren und „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ anzubieten. Hierbei hat die ORS gemäß § 41 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 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, dies schließt ein, dass er gegebenenfalls eigene Technik einsetzen kann.

- 2.2. Die ORS hat für jede marktgegenständliche Leistung für die unter Spruchpunkt 2.1. angeführten Zugangsleistungen gemäß § 42 Abs. 1 TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 133 Abs. 12 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011, ein Entgelt maximal in Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung anzuwenden. 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) aufgestellten Regeln zu erfolgen.
- 2.2.1. Auf Aufforderung durch die KommAustria hat die ORS nachzuweisen, dass ihre Entgelte für marktgegenständliche Leistungen den Vorgaben des Spruchpunktes 2.2. entsprechen (§ 42 Abs. 2 TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 133 Abs. 12 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011).
- 2.2.2 Die ORS hat im Jahr 2013 binnen zwei Monaten nach Zustellung dieses Bescheides gemäß § 42 Abs. 2 TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 133 Abs. 12 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011, eine Beschreibung der Kostenrechnungsmethode, in der die wesentlichen Kostenarten und die Regeln der Kostenzuweisung aufgeführt werden und in der die Kostendaten des Kalenderjahres 2012 vollständig enthalten sind, an die KommAustria zu übermitteln. Ab dem Jahr 2014 hat diese Übermittlung inklusive der vollständigen Kostendaten des unmittelbar vorangegangenen Kalenderjahres jährlich bis zum 31. Mai zu erfolgen.
- 2.3. Die ORS hat Unternehmen, die Zugang zu ihren Sendestandorten bzw. digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden nachfragen, gemäß § 38 TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 133 Abs. 12 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011, 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.
- 2.4. Für die nach Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Übertragungsleistungen hat die ORS binnen zwei Monaten ab Zustellung dieses Bescheides gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 133 Abs. 12 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011, ein aktualisiertes Standardangebot auf ihrer Homepage 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 2.2.2. 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

Bis zur Aktualisierung des Standardangebotes hat die ORS Nachfragern die marktgegenständliche Leistung entsprechend dem derzeit veröffentlichten Standardangebot bereit zu stellen.

- 2.4.1. Gemäß § 38 Abs. 2 und 3 TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 133 Abs. 12 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011, hat die ORS bei jeder Aktualisierung des Standardangebots auf Nachfrage des Rundfunkveranstalters Verträge binnen sechs Monaten an dieses anzupassen.
- 2.4.2. Im Jahr 2013 hat die ORS gemäß § 38 Abs. 2 und 3 iVm § 42 Abs. 2 und 3 TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 133 Abs. 12 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011, dafür Sorge zu tragen, dass das Standardangebot binnen zwei Monaten nach Zustellung dieses Bescheides vollständig auf den Kostendaten des Jahres 2012 basiert. Ab dem Jahr 2013 hat das Standardangebot jährlich zum 31. Mai vollständig auf die Kostendaten des jeweils unmittelbar vorangegangenen Kalenderjahres aktualisiert und unverzüglich auf der Homepage der ORS veröffentlicht zu werden.
- 2.5. Die ORS hat gemäß § 40 Abs. 1 TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 133 Abs. 12 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011, erstmals bezogen auf das Jahr 2013, jährlich zum 31. Mai des Folgejahres ihre Kosten und Erträge 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
- 2.6. Soweit sich aus den vorstehenden Spruchpunkten 2.1. – 2.5. Verpflichtungen ergeben, die sich auf vertragliche Vereinbarungen auswirken, finden diese nur auf Verträge Anwendung, die nach Zustellung dieses Bescheides abgeschlossen wurden.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Gutachtensauftrag der Amtssachverständigen

Nach Inkrafttreten der RFMVO 2009 am 30.04.2009 wurden am 13.05.2009 Dr. Denise Diwisch, Mag. Reinhard Neubauer und Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens („Erstgutachten“) zur Frage beauftragt, ob aus wirtschaftlicher Sicht auf dem Markt für den „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ effektiver Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne sektorspezifische Regulierung ein sich selbst tragender Wettbewerb vorläge.

Gegenstand des Gutachtens sollte weiters die Identifikation jener Faktoren und Wettbewerbsprobleme sein, die gegebenenfalls einem effektiven Wettbewerb auf dem gegenständlichen Markt entgegenstehen. In diesem Zusammenhang war ferner zu untersuchen, ob eines oder mehrere Unternehmen auf dem gegenständlichen Markt über ökonomische Marktmacht verfügen, wobei von den Gutachtern insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen waren.

Sollte das Gutachten zu dem Ergebnis kommen, dass auf dem betreffenden Markt ohne Regulierung kein sich selbst tragender Wettbewerb vorliegt, so waren von den Gutachtern in weiterer Folge entsprechende Regulierungsinstrumente zu prüfen, die den identifizierten Wettbewerbsproblemen entgegen wirken können. Hierfür waren gegebenenfalls die in den §§ 38 ff TKG 2003 zur Verfügung stehenden Maßnahmen heranzuziehen.

Anforderung von Daten/Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Am 16.06.2009 übermittelte die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) Schreiben an alle Rundfunkveranstalter und Bereitsteller von terrestrischen Kommunikationsnetzen und –diensten zur Übertragung von Rundfunk mit dem Ersuchen, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten an die Amtssachverständigen der RTR-GmbH bis 06.07.2009 zu übermitteln. Mit Schreiben vom 02.07.2009 beantragte die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG, vertreten durch RA Dr. Norbert Wiesinger, im Hinblick auf die am 16.06.2009 ergangene Aufforderung zur Datenübermittlung den Erlass eines Bescheides nach § 90 TKG 2003 durch die KommAustria.

Mit Schreiben vom 09.07.2009 wurde die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG durch die KommAustria zur Übermittlung von Daten für die Durchführung der Analyse des verfahrensgegenständlichen Marktes aufgefordert.

Mit Schreiben vom 17.07.2009 erhob die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG Berufung gegen das von ihr als Bescheid interpretierte Schreiben der KommAustria vom 09.07.2009. Mit Berufungsvorentscheidung vom 01.09.2009, KOA 6.300/09-014, wies die KommAustria diese Berufung als unzulässig zurück.

Mit Bescheid vom 01.09.2009, KOA 6.300/09-019, verpflichtete die KommAustria gemäß § 37 Abs. 6 iVm § 90 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG zur Übermittlung der für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten. Gegen diesen Bescheid erhob die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG Berufung an den Bundeskommunikationssenat und beantragte gleichzeitig die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Berufung. In der Folge wurde die aufschiebende Wirkung weder vom Bundeskommunikationssenat noch vom ebenfalls angerufenen

Verwaltungsgerichtshof zuerkannt, noch der Berufung bzw. der Beschwerde gegen den erwähnten Bescheid der KommAustria stattgegeben.

Mit Schreiben vom 25.11.2009 forderte die KommAustria die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG zur Übermittlung der mit Bescheid vom 01.09.2009 (s.o.) angeforderten Daten auf.

Mit Schreiben vom 14.12.2009 übermittelte die KommAustria ein Ersuchen um Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens an den BKS. Mit Schreiben vom 22.12.2009 übermittelte die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG Plandaten für den gegenständlichen Markt.

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG übermittelte am 10.02.2010 auf elektronischem Weg teilweise die zur Vorlage angeforderten Daten.

Nach einer neuerlichen Datenübermittlung durch die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG am 03.03.2010 teilte die KommAustria in Hinblick auf das laufende Vollstreckungsverfahren (MA 6 der Stadt Wien) mit Schreiben vom 10.03.2010 dem BKS mit, dass alle zur Vorlage aufgeforderten Daten seitens der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG übermittelt wurden.

Am 19.07.2010 übermittelte die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG eine Stellungnahme. Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG bezeichnete Teile dieser Stellungnahme als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

Erst- und Zweitgutachten der Amtssachverständigen, Gutachten der SBR Juconomy Consulting AG

Am 20.09.2010 wurde das von den Amtssachverständigen auftragsgemäß auf Basis der erhobenen Daten an die KommAustria übermittelte Gutachten (Erstgutachten) vom August 2010, sowie ein in Hinblick auf das Schreiben der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG vom 19.07.2010 erstelltes weiteres Gutachten vom September 2010 („Zweitgutachten“) unter Einräumung einer vierwöchigen Stellungnahmefrist an die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG zugestellt. Die eingeräumte Frist zur Stellungnahme wurde in der Folge auf Ersuchen der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG mehrfach bis zum 03.12.2010 erstreckt.

Am 03.12.2010 brachte die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG eine Stellungnahme zu den erstellten Gutachten der Amtssachverständigen ein. Beigelegt wurden zwei im Auftrag der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG von der SBR Juconomy Consulting AG, Parkring 10/1/10, 1010 Wien, erstellte Gutachten. Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG bezeichnete Teile dieser Stellungnahme sowie die Gutachten von SBR Juconomy als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

Mit Schreiben vom 11.02.2011 wurde die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG aufgefordert, bekanntzugeben, welche in den vorgelegten Schriftstücken enthaltenen Daten und Informationen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten bzw. warum die betreffenden Daten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen.

Edikt gemäß § 40 Abs. 5 KOG

Am 21.02.2011 veröffentlichte die KommAustria gemäß § 40 Abs. 5 KOG ein Edikt auf der Website der Regulierungsbehörde (<http://www.rtr.at>), um das gegenständliche Marktanalyseverfahren kundzumachen. Potenziell Betroffenen sollte die Gelegenheit eingeräumt werden, binnen sechs Wochen ab Kundmachung ihre Betroffenheit schriftlich glaubhaft zu machen, um Parteistellung im gegenständlichen Verfahren zu erlangen.

Folgende private Rundfunkveranstalter beantragten im gegenständlichen Verfahren fristgerecht unter Glaubhaftmachung ihrer Betroffenheit die Zuerkennung der Parteistellung: P3-Kabel-news GmbH, ATV Privat TV GmbH & Co KG sowie die Ortsantennenbau Außerfern GmbH & Co KG. Die ATV Privat TV GmbH & Co KG beantragte ergänzend, sie betreffende Teile des Erstgutachtens von der Akteneinsicht auszunehmen.

Eintritt der ORS comm GmbH & Co KG in das Verfahren

In Beantwortung einer entsprechenden Aufforderung durch die KommAustria teilte die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG mit Schreiben vom 28.02.2011 mit, dass derzeit neben der ORS comm GmbH & Co KG keine weitere Tochtergesellschaft der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG auf dem gegenständlichen Markt tätig sei. Die von der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG gegründete ORS comm GmbH & Co KG solle in Zukunft auf dem gegenständlichen Markt tätig werden. Ferner übermittelte die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG mit ihrem Schreiben vom 28.02.2011 neuerlich ihre bereits am 03.12.2010 eingebrachte Stellungnahme, nun aber inklusive Kennzeichnung der von ihr als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis bezeichneten Daten.

In dieser Stellungnahme wurde ferner zum Thema der tatsächlichen Leistungserbringung im ORS-Konzern ausgeführt, dass die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG in Zukunft Multiplexing sowie die Sendeanlagen für digitales Fernsehen und UKW Radio betreiben und diese Leistungen einerseits gegenüber dem ORF und andererseits gegenüber der ORS comm GmbH & Co KG erbracht würden. Die ORS comm GmbH & Co KG würde demnach die „stand alone“ kommerziellen Tätigkeiten, die bislang von der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG erbracht wurden, übernehmen. Dazu werde sie u.a. jene Sendeanlagen, die bislang ausschließlich von Unternehmen genützt würden, die nicht Tätigkeiten im öffentlich-rechtlichen Auftrag nach dem ORF-G wahrnehmen würden, übernehmen. Weiters solle die ORS comm GmbH & Co KG in Zukunft alle Verträge über den Zugang zu Sendeanlagen und Multiplexen mit privaten Veranstaltern abschließen.

Nach Einlangen einer weiteren Stellungnahme der ORS GmbH & Co KG am 03.10.2011 (siehe unten) zog die KommAustria mit Schreiben vom 19.10.2011 auch die ORS comm GmbH & Co KG dem gegenständlichen Verfahren als Partei bei.

Im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise (siehe genauer dazu in Punkt II. 4.5.1. der Begründung) werden in diesem Bescheid daher die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und die ORS comm GmbH & Co KG gemeinsam als "ORS" bezeichnet; die Bezeichnung "ORS" bzw. "ORS-Gesellschaften" bezieht sich in der Folge auf beide Unternehmen gemeinsam.

Unkenntlichmachung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen/Akteneinsicht

Am 03.03.2011 beantragte die ORS die Unkenntlichmachung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wie in ihrer Stellungnahme vom 03.12.2010 sowie von sie betreffenden Teilen der von den Amtsgutachtern erstellten Gutachten und des von ihr vorgelegten Gutachtens der SBR Juconomy AG.

Mit Beschluss vom 09.03.2011, B 1594/09-13, lehnte der Verfassungsgerichtshof (VfGH) die Behandlung der Beschwerde der ORS gegen den Bescheid des BKS vom 16.11.2009, GZ 611.188/0003-BKS/2009, mit welchem der ORS die Vorlage von Daten aufgetragen worden war, ab.

Am 12.04.2011 wurden allen bekannten Verfahrensparteien die notwendigen Informationen zur Teilnahme an der elektronischen Akteneinsicht auf dem E-Government-Portal der RTR-GmbH übermittelt, wobei keine Unkenntlichmachungen vorgenommen wurden.

Am 22.06.2011 langte eine Stellungnahme der ATV Privat TV GmbH & Co KG ein.

ORS Stellungnahme vom 03.10.2011

Am 03.10.2011 langte eine weitere Stellungnahme der ORS ein. In dieser Stellungnahme wurde 1.) beantragt, das gegenständliche Verfahren einzustellen und ein neuerliches Marktanalyseverfahren erst dann zu beginnen, wenn es eine zeitnahe und gesetzmäßig durchgeführte Marktabgrenzung gebe. In eventu wurde 2.) der Antrag gestellt, die Behörde möge „die in § 36 Abs. 1 TKG 2003 verpflichtend vorgesehene Überprüfung“ durchführen. 3.) wurde beantragt, die Behörde möge die der „Überprüfung der Verordnung zu Grunde liegenden Daten“ im gegenständlichen Verfahren zum Akt nehmen und den mitbeteiligten Parteien Einsicht in diese Daten gewähren. 4.) wurde beantragt, die Behörde möge von den Amtssachverständigen überprüfen lassen, ob und in welchem Ausmaß die von ihnen im zugrundeliegenden Gutachten festgestellten, angeblich überhöhten Preise und Preisdiskrepanzen sich zum Nachteil der Endnutzer auswirken. Für den Fall, dass dem Antrag nach Punkt 1.) nicht stattgegeben würde, wurde 5.) beantragt, die Behörde möge eine Analyse des definierten Marktes auf der Grundlage aktualisierter Daten des Jahres 2011 durchführen. 7.) wurde beantragt, die Behörde möge der ATV Privat TV GmbH „die Parteistellung im gegenständlichen Verfahren nicht zuerkennen bzw. wieder zu entziehen“. 8.) wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Bestellung eines weiteren Amtssachverständigen/Ergänzungsgutachten

Am 11.10.2011 wurde Dr. Roland Belfin gemäß § 52 AVG zur Erstellung eines ergänzenden Gutachtens („Ergänzungsgutachten“) zur Beantwortung folgender Fragen bestellt: 1.) Methode zur Berechnung von Kosten effizienter Leistungsbereitstellung: Der Amtssachverständige wurde beauftragt, eine Darstellung der Berechnung der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung auf diesem Markt zu erstellen. 2.) Evaluierung von Kostenrechnungssystemen der ORS: Der Amtssachverständige wurde ferner beauftragt, die derzeit in Verwendung befindlichen Kostenrechnungssysteme der ORS GmbH & Co KG sowie der ORS comm GmbH & Co KG im Hinblick auf die Geeignetheit zur Berechnung der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung zu evaluieren. Gegebenenfalls war darzustellen, welche Gründe der Berechnung der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung entgegenstehen und welche Maßnahmen erforderlich sind, um die Kosten effizienter Leistungsbereitstellung berechnen zu können. 3.) Vergleichsmarktkonzept: Der Amtssachverständige wurde ferner beauftragt, die im Gutachten aus dem August 2010 enthaltenen Ausführungen zum Vergleichsmarktkonzept (Benchmarking) zu aktualisieren bzw. auf Validität zu überprüfen. 4.) Validierung der vorgeschlagenen Regulierungsinstrumente: Der Amtssachverständige wurde unter Berücksichtigung der zu 2.) und 3.) erfolgten Befundaufnahme ferner beauftragt, die im Erstgutachten getroffenen Aussagen hinsichtlich derjenigen Regulierungsinstrumente, die den identifizierten Wettbewerbsproblemen entgegen wirken können, zu validieren. Dabei waren die Schriftsätze der ORS GmbH & Co KG vom 19.07.2010, 03.12.2010 und vom 02.10.2011 zu berücksichtigen.

Am 04.11.2011 übermittelte die ORS comm GmbH & Co KG eine Vollmachtserklärung zugunsten von RA Dr. Norbert Wiesinger, Rudolfsplatz 3, 1010 Wien.

Das Ergänzungsgutachten wurde der KommAustria am 14.02.2012 übergeben. Am 22.02.2012 wurde den Verfahrensparteien mitgeteilt, dass das Ergänzungsgutachten auf dem E-Government-Portal der RTR-GmbH zum Download bereitgestellt wurde.

Am 22.03.2012 langte eine Stellungnahme der ORS ein. Darin wurde 1.) erneut beantragt das gegenständliche Verfahren einzustellen und das Verfahren erst dann fortzusetzen, wenn es eine zeitnahe, gesetzmäßig durchgeführte Marktabgrenzung gebe. 2.) In eventu wurde beantragt, das Verfahren zeitweilig zu unterbrechen bis eine neue Marktabgrenzung

durchgeführt würde. 3.) wurde beantragt, die KommAustria möge Dr. Roland Belfin beauftragen, auch die Ergebnisse des Erstgutachtens im Hinblick auf das Bestehen von effektivem Wettbewerb und konkreter Wettbewerbsprobleme zu überprüfen.

Am 05.04.2012 wurde den Verfahrensparteien mitgeteilt, dass die Stellungnahme der ORS auf dem E-Government-Portal der RTR-GmbH zum Download bereitgestellt wurde.

Am 26.04.2012 langte ein Antrag der ORS auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung zu den Themenbereichen Ergebnisse der Erstgutachten/Zweitgutachten sowie des Ergänzungsgutachtens ein.

Am 31.05.2012 wurde mittels Edikt auf der Homepage der RTR-GmbH die Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu den im laufenden Verfahren erstellten Gutachten der Amtssachverständigen am 14.06.2012 in den Räumlichkeiten der RTR-GmbH kundgemacht. Im erwähnten Edikt wurde auf die gemäß §§ 40 Abs. 4 KOG iVm 42 Abs. 1 AVG eintretende Präklusion hingewiesen, soweit nicht spätestens am Tag vor Beginn der Verhandlung während der Amtsstunden bei der Behörde oder während der Verhandlung ein erstmaliges sachliches Vorbringen erstattet wird.

Alle zum 31.05.2012 existierenden Verfahrensparteien wurden via E-Government-Portal der RTR-GmbH von der Abhaltung der mündlichen Verhandlung am 14.06.2012 verständigt.

Am 14.06.2012 wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung abgehalten.

Konsultations- und Koordinationsverfahren

Am 05.04.2013 wurde die nationale Konsultation des Entwurfs der Vollziehungshandlung der KommAustria hinsichtlich des Vorleistungsmarktes für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden gemäß § 128 TKG 2003 eingeleitet. Im Zuge des Konsultationsverfahrens wurde der Maßnahmenentwurf für die Dauer von vier Wochen auf der Website der Regulierungsbehörde öffentlich zugänglich gemacht sowie auch der Bundeswettbewerbsbehörde, dem Bundeskartellanwalt, dem Kartellgericht beim Oberlandesgericht Wien und dem Kartellgericht beim Obersten Gerichtshof zur Stellungnahme übermittelt. Innerhalb der Konsultationsfrist von vier Wochen langte eine Stellungnahme der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG ein.

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG brachte wiederum Argumente vor, welche sie bereits im vorgelagerten Verfahren dargelegt hatte.

Am 13.05.2013 wurde die Koordination des Entwurfs einer Vollziehungshandlung gemäß § 129 TKG 2003 mit der Europäischen Kommission, dem Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gestartet. Im Zuge des Koordinationsverfahrens langte am 13.06.2013 eine Entscheidung bzw. Stellungnahme der Europäischen Kommission zum vorgeschlagenen Maßnahmenentwurf der KommAustria hinsichtlich des gegenständlichen Vorleistungsmarktes ein. Die Europäische Kommission brachte keine Einwände gegen den gegenständlichen Maßnahmenentwurf vor, ersuchte die KommAustria jedoch, die Entwicklung des gegenständlichen Vorleistungsmarktes vor dem Hintergrund der verschiedenen, sich etablierenden Übertragungsplattformen und des daraus allenfalls resultierenden Plattformwettbewerbs genau zu beobachten, insbesondere dahingehend, ob im Zuge eines sich entwickelnden Wettbewerbs das erste und/oder das zweite Kriterium des Drei-Kriterien-Test nicht mehr erfüllt sein könnte.

Diese Stellungnahme der Europäischen Kommission wurde den verbliebenen Parteien des gegenständlichen Verfahrens am 17.06.2013 gemäß § 40 Abs. 8 KOG auf elektronischem

Wege übermittelt und diesen zugleich die Möglichkeit eingeräumt, sich hierzu binnen einer Woche zu äußern.

Mit am 02.07.2013 eingelangtem Schreiben nahm die ORS (Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und ORS comm GmbH & Co KG) zur Entscheidung der Europäischen Kommission Stellung, wobei sie sich zunächst gegen den konkreten Ablauf des zwischen der KommAustria und der Europäischen Kommission geführten Koordinierungsverfahrens gemäß § 129 TKG 2003 wandte und hierbei kritisierte, dass den Parteien des zugrunde liegenden Marktanalyseverfahrens lediglich die Entscheidung bzw. der Beschluss der Europäischen Kommission zur Kenntnis gebracht, die von der Europäischen Kommission im Vorfeld ihrer Entscheidung zum Maßnahmenentwurf gestellten Fragen und die hierzu ergangenen Antworten der KommAustria hingegen erst über Nachfrage übermittelt worden seien. Hätte die Behörde die Kommunikation zwischen der KommAustria und der Europäischen Kommission rechtzeitig im elektronischen Akt veröffentlicht, hätte die ORS zu einzelnen Fragen konkret Stellung nehmen und die Europäische Kommission von diesem Umstand informieren können.

In der Sache wandte sich die ORS – wie bereits in ihrem bisherigen Vorbringen im vorgelagerten Verfahren – einerseits gegen die Aussage, dass sich die Situation auf dem relevanten Markt in den letzten Jahren nicht wesentlich verändert habe und andererseits gegen im Zusammenhang mit der Beurteilung nachfrageseitiger Gegenmacht getroffene Aussagen, etwa im Hinblick auf die Anteile einzelner Nachfrager am Umsatz im gegenständlichen Vorleistungsmarkt. In weiterer Folge erklärte die ORS, dass man die den Maßnahmenentwurf grundsätzlich befürwortende Entscheidung der Europäischen Kommission auch so interpretieren könne, dass diese grundsätzliche Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit der Vorgehensweise der KommAustria hege.

Diese Stellungnahme der ORS wurde am 03.07.2013 den Parteien dieses Verfahrens auf elektronischem Wege zur Kenntnis zugestellt.

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

2.1. Verfahrensparteien

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG wurde mit Schreiben vom 16.09.2009 als Verfahrenspartei zur Lieferung von Daten zur Erstellung des beauftragten wirtschaftlichen Gutachtens aufgefordert.

Mit Schreiben vom 19.10.2011 zog die KommAustria auch die ORS comm GmbH & Co KG dem gegenständlichen Verfahren als Partei bei.

Im gegenständlichen Verfahren haben die folgenden Rundfunkveranstalter in der Folge des gemäß § 40 KOG am 21.02.2011 veröffentlichten Edikts binnen sechs Wochen ab dem 21.02.2011 ihre Betroffenheit von der gegenständlichen Entscheidung dargetan: Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG, P3-Kabel-news GmbH, ATV Privat TV GmbH & Co KG sowie Ortsantennenbau Außerfern GmbH & Co KG.

Die folgenden Unternehmen nahmen an der mündlichen Verhandlung am 14.06.2012 teil und sind somit Parteien des Verfahrens: Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG, ORS comm GmbH & Co KG sowie ATV Privat TV GmbH & Co KG und erstatteten Vorbringen.

2.2. Verfahrensgegenständlicher Markt „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“

2.2.1. Marktabgrenzung

In der RFMVO 2009 wurden von der KommAustria

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 sowie
3. der Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden (verfahrensgegenständlich)

als relevante Märkte im Sinne des § 36 TKG 2003 festgelegt, wobei diese Märkte in geografischer Hinsicht jeweils das Bundesgebiet der Republik Österreich umfassen.

Der in Rede stehende Markt umfasst den Zugang zu Sendeanlagen und die Verbreitung von digitalem terrestrischem Fernsehen zum Endkunden im Sinne einer „point to multipoint Übertragung“, nicht jedoch die Zubringung des Signals vom Studio des Programmveranstalters zur Sendeanlage.

2.2.2. Marktteilnehmer – Marktstruktur - Marktverhalten

Anbieter auf dem so definierten Markt sind jene Unternehmen, die den Zugang zu Sendeanlagen zur digitalen terrestrischen Verbreitung von TV-Signalen zum Endkunden anbieten.

Ende 2008 erteilte die KommAustria insgesamt 16 Zulassungen für den Betrieb regionaler und lokaler Multiplex-Plattformen (MUX C). Zwei weitere MUX C Zulassungen wurden im Juni 2010 vergeben. Den Zulassungsinhabern wurde per Bescheid die Auflage erteilt, den Sendebetrieb innerhalb eines Jahres ab Rechtskraft des Bescheides aufzunehmen. Einen Überblick über die regionalen und lokalen Multiplex-Betreiber mit Angabe über den Betriebsstatus mit Stand Juli 2010 gibt folgende Tabelle 1.

Nr	Region	Zulassungsinhaber / Multiplex-Betreiber	In Betrieb
1	Großraum Wien	Tele1Vision Video- und Fernsehproduktion GmbH	ja
2	Wiener Becken	ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH	nein
3	Zentralraum Niederösterreich	P3-KABEL-news GmbH	ja
4	Region Mostviertel	Wirth GmbH	nein
5	Oberösterreich Nord	LT1 Privatfernsehen GmbH	ja
6	Oberösterreich Süd 1	RTV Regionalfernsehen GmbH	ja
7	Oberösterreich Süd 2	Christian Parzer	ja
8	Zentralraum Kärnten	Bad Kleinkirchheimer SAT-Kabelfernseh Gesellschaft m.b.H.	ja
9	Kärnten	Bezirks TV St. Veit Produktions- und Vertriebsges.m.b.H.	nein
10	Steiermark Ost	Weststeirische Kabel TV GmbH	ja
11	Region Mur-Mürztal 1	Stadtwerke Judenburg AG	nein
12	Region Mur-Mürztal 2	ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH	ja
13	Steiermark West	Planai Hochwurzten Bahnen GmbH	ja

14	Pongau und Oberes Ennstal	ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH	nein
15	Tirol Nord/West Außerfern	Ortsantennenbau Außerfern GmbH & Co KG	ja
16	Tirol Nord/West Oberland	Stadtgemeinde Imst (Stadtwerke Imst)	ja
17	Region Leoben	Harald Milchberger	nein
18	Region Salzburg	Mediahaus OG	nein

Das Zulassungsverfahren für den Betrieb einer Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk, welche die Versorgung des gesamten Bundesgebiets mit der Bedeckung MUX D umfasst, wurde mit dem Bescheid des Bundeskommunikationssenates (BKS) vom 31.03.2008, GZ 611.195/0004-BKS/2008, rechtskräftig abgeschlossen. Die Zulassung wurde für die Dauer von zehn Jahren der Media Broadcast GmbH erteilt.

Darüber hinaus erteilte die KommAustria bereits im Jahr 2006 der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG (ORS) die Zulassung zum Betrieb einer bundesweiten, terrestrischen Multiplex-Plattform (DVB-T), welche die Versorgung des gesamten Bundesgebiets mit den Bedeckungen MUX A und MUX B umfasst (Bescheid vom 23.02.2006, KOA 4.200/06-002).

Mit Stand vom 31. Juli 2010 gibt es somit 20 Multiplex-Betreiber, die eine rechtskräftige Zulassung besitzen.

Um Programme zum Endkunden zu übertragen, haben die Multiplex-Betreiber grundsätzlich zwei Möglichkeiten: sie können selbst Sendeanlagen errichten oder aber Sendeanlagen von anderen Unternehmen mieten. Neben der ORS, die über ein flächendeckendes Sendernetz in Österreich verfügt, gibt es keinen weiteren Anbieter, der den Zugang zu Sendeanlagen zur digitalen terrestrischen Verbreitung von TV-Signalen zum Endkunden in Österreich anbietet. Sehr wohl stellen sich aber einige Inhaber einer MUX C Zulassung die Sendeanlagen zur Übertragung von digitalen terrestrischen TV-Signalen selbst (intern) bereit. Die Betreiber MEDIA BROADCAST GmbH (MUX D), die Tele1Vision Video- und Fernsehproduktion GmbH, die P3-KABEL-news GmbH und die LT1 Privatfernsehen GmbH (alle drei MUX C) nutzen jeweils ausschließlich Sendeanlagen der ORS. Potenzielle zukünftige Nachfrage an den Anlagen der ORS ist auch von jenen Multiplex-Betreibern zu erwarten, die ihren Sendebetrieb bislang noch nicht aufgenommen haben. Tabelle 2 zeigt die Anzahl der Sendeanlagen, über welche die Programme der jeweiligen Multiplex-Plattform verbreitet werden (Stand Juli 2010).

MUX	Region	Zulassungsinhaber / Multiplex-Betreiber	Anzahl eigene Sendeanlagen	Anzahl bei ORS zugemieteter Anlagen
A	Bundesgebiet Österreich	Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG	196	-
B	Bundesgebiet Österreich	Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG	19	-
C	Großraum Wien	Tele1Vision Video- und Fernsehproduktion GmbH	0	1
C	Zentralraum Niederösterreich	P3-KABEL-news GmbH	0	2
C	Oberösterreich Nord	LT1 Privatfernsehen GmbH	0	1

C	Oberösterreich Süd 1	RTV Regionalfernsehen GmbH	1	0
C	Oberösterreich Süd 2	Christian Parzer	1	0
C	Zentralraum Kärnten	Bad Kleinkirchheimer SAT-Kabelfernseh Gesellschaft m.b.H.	1	0
C	Steiermark Ost	Weststeirische Kabel TV GmbH	1	0
C	Region Mur-Mürztal 2	ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH	1	0
C	Steiermark West	Planai Hochwurzen Bahnen GmbH	1	0
C	Tirol Nord/West Außerfern	Ortsantennenbau Außerfern GmbH & Co KG	1	0
C	Tirol Nord/West Oberland	Stadtgemeinde Imst (Stadtwerke Imst)	2	0
D	Bundesgebiet Österreich	MEDIA BROADCAST GmbH	0	17

2.2.3. Involvierte Unternehmen

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG ist eine zu FN 256454p beim HG Wien eingetragene Komplementärgesellschaft 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 zur Raiffeisen-Gruppe zählende Medicur Sendeanlagen GmbH 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 Raiffeisengruppe 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 alleinige Kommanditistin ist die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG.

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 neu gegründet.

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG bietet die marktgegenständlichen Leistungen einerseits dem ORF und andererseits der ORS comm GmbH & Co KG an.

Geschäftsgegenstand der ORS comm GmbH & Co KG ist ausweislich des zwischen der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG und der ORS comm GmbH & Co KG geschlossenen Übergabevertrages 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 dahingehende Bereitstellung Kommunikationsnetzen und -diensten.

Die ORS comm GmbH & Co KG bietet kommerzielle Tätigkeiten, die bislang 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.

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

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

Mit Bescheid vom 29.01.2007 (GZ 611.188/0001-BKS/2007) stellte der Bundeskommunikationssenat als Berufungsinstanz fest, dass die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG auf dem Markt „Terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 37 TKG 2003 verfügte. Weiters wurden ihr die folgenden spezifischen Verpflichtungen auferlegt: 1.) Zugangsverpflichtung zu Sendestandorten bzw. das Angebot (analoger) terrestrischer Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden, 2.) Gleichbehandlungsverpflichtung, 3.) Festlegung kostenorientierter Entgelte, 4.) Veröffentlichung eines Standardangebots und 5.) Getrennte Buchführung.

Diese Verpflichtungen stellten die Grundlage für den Zugang zum analogen terrestrischen Sendernetz der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG und der ORS comm GmbH & Co KG für kommerzielle TV-Veranstalter dar.

2.3. Indikatoren für beträchtliche Marktmacht

Relevante Kriterien bzw. Indikatoren zur Beurteilung von Marktmacht auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden sind vor allem die Größe des Unternehmens bzw. die Marktanteile und deren Entwicklung im Zeitverlauf, die Höhe der Markteintrittsschranken sowie das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb und die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht, das Preissetzungsverhalten (Entgelte), die Produktdifferenzierung sowie das Ausmaß an vertikaler Integration.

2.3.1. Marktanteile

Zur Untersuchung der Marktanteile wurden einerseits die Umsätze am gegenständlichen Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden und deren Entwicklung im Zeitverlauf als auch der Versorgungsgrad bzw. die Reichweite der Rundfunksendernetze herangezogen.

Die ORS ist das einzige Unternehmen, das auf dem gegenständlichen Markt Sendeanlagen an Dritte vermietet; ihr am Umsatz gemessener Marktanteil ohne Eigenleistungen beträgt daher ungebrochen 100 %. Die ORS hielt nach den Feststellungen der Erstgutachter auch unter Berücksichtigung von intern erbrachten Leistungen im Juli 2010 einen Marktanteil von beinahe 100 %.

In Folge der Ausgliederung der Senderinfrastruktur des ORF sind nun auch die bisher als Eigenleistungen rein intern erbrachten Übertragungsdienste für die Übertragung der ORF-Fernsehprogramme in die Umsätze der ORS einzubeziehen. Da intern erbrachte Leistungen nicht in Geldeinheiten bewertet werden können, muss zur Berechnung der Marktanteile ein anderes Maß herangezogen werden. So kann zur Berechnung der Marktanteile auch die Kapazität bzw. der Versorgungsgrad („Mengenmarktanteil“) eines Rundfunknetzes betrachtet werden. Hierzu bieten sich zwei Maßzahlen an: die Anzahl an eigenen Sendeanlagen und die Anzahl an Personen, die mit eigenen Sendeanlagen erreicht werden können.

Diese Maßzahlen sind in Tabelle 1 dargestellt.

	ORS	Andere Multiplex-Betreiber	Anteil ORS
Anzahl eigene Sendeanlagen	236	9	96 %
Reichweite mit eigenen Sendeanlagen (Personen)*	22,48 Mio.	0,43 Mio.	98 %

Tabelle 1: Vergleich Infrastruktur ORS vs. private Multiplex-Betreiber; * ohne Doppelzählung von mit mehreren Programmen versorgten Personen, Stand Juli 2010, Quelle: Erstgutachten

2.3.2. Markteintrittsschranken

2.3.2.1. Allgemeines

Markteintrittsschranken können definiert werden als all jene Faktoren, die es dem bzw. den auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche Markteintritte erfolgen. Je höher also die Markteintrittsschranken sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist – ceteris paribus – potenziell das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmen/s. Entscheidend für die Beurteilung von Marktmacht ist aber nicht nur das Vorliegen von Markteintrittsschranken, sondern auch das Ausmaß an Wettbewerb, der hinter diesen Barrieren stattfindet. So ist vor allem dort das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht (der Fähigkeit eines Unternehmens, sich unabhängig von Mitbewerbern und Kunden zu verhalten) zu vermuten, wo die Marktkonzentration hoch ist und gleichzeitig hohe Markteintrittsschranken vorliegen. Es sind strukturelle und rechtlich bedingte Markteintrittsschranken zu unterscheiden.

2.3.2.2. Strukturelle Markteintrittsschranken

Ein strukturbedingtes Zugangshindernis liegt vor, wenn bei gegebenem Nachfrageniveau der Stand der Technik und die entsprechende Kostenstruktur derart sind, dass sie Asymmetrien zwischen etablierten Betreibern und Markteinsteigern schaffen, sodass letztere am Marktzutritt gehindert werden. Als strukturelle Markteintrittsschranken auf dem gegenständlichem Markt sind vor allem Skalen- und Verbundvorteile in Verbindung mit versunkenen Kosten (Kosten, die bereits entstanden sind und - unabhängig davon, welche Alternative ein Entscheidungsträger wählt – nicht rückgängig gemacht werden können) zu nennen.

Skalen- bzw. Verbundvorteile resultieren vor allem aus der Kostenstruktur eines Sendernetzes. Die Errichtung eines Sendestandortes ist grundsätzlich mit hohen Fixkosten verbunden, die vor allem für Sendemasten und Stromzufuhr entstehen. Im Vergleich dazu stellen sich die Kosten für den Betrieb der Sendeanlage(n) als relativ gering dar. Ein Unternehmen, das als Anbieter von Rundfunkübertragungsleistungen mit eigener Infrastruktur neu in den Markt einzutreten beabsichtigt, müsste an allen großen Standorten der ORS (die von den privaten Programmveranstaltern nachgefragt werden) die Infrastruktur der ORS duplizieren. Hierzu müsste das Unternehmen u.a. neue Sendemasten, eine Stromversorgung sowie beispielsweise auch Antennenzuleitungen errichten. Die Errichtung eines weiteren Sendemastes bzw. einer weiteren Stromversorgung an einem Standort ist aber in der überwiegenden Zahl der Fälle als ineffizient zu qualifizieren, da diese Komponenten der Senderinfrastruktur häufig von mehreren Nachfragern gemeinsam genutzt werden können.

Für Unternehmen, die nicht bereits über die notwendige Sendefunkinfrastruktur verfügen, wirken die geschilderten Skalenvorteile auf dem gegenständlichen Markt als substantielle Marktzutrittsbarriere. Allerdings kann in einigen Fällen der Eigenerrichtung auch auf bereits vorhandene Infrastruktur anderer Unternehmen (Mast, in manchen Fällen auch Stromversorgung) zurückgegriffen werden, wodurch eine ineffiziente Duplizierung von Ressourcen vermieden werden kann. Es bestehen zwar vereinzelt alternative Infrastrukturen (wie z.B. Masten auf dem Arsenal oder dem Donauturm), allerdings keine flächendeckende Verfügbarkeit von vorhandener Infrastruktur, auf die zurückgegriffen werden könnte. Es bleibt somit für die hier vorzunehmende Gesamtbetrachtung des Sendeanlagennetzes außer Betracht, ob für einzelne Standorte die oben dargestellten Zugangshindernisse nicht oder nicht im durchschnittlich vorhandenen Ausmaß vorhanden ist.

2.3.2.2.1. Situation am gegenständlichem Markt

Für die ORS, die an den meisten Standorten bereits drei oder vier eigene Sendeanlagen betreibt, ist es daher grundsätzlich mit relativ geringen (zusätzlichen) Kosten verbunden, eine weitere Sendeanlage für einen privaten Veranstalter anzubringen. Die ORS ist hierdurch in der Lage, Skalenvorteile auszunützen, während dies privaten Nachfragern oder anderen Unternehmen meist nicht möglich ist. Die Kosten der Errichtung einer Sendeanlage sind teilweise als versunkene Kosten zu betrachten, da die Sendeanlage im Normalfall keiner alternativen Verwendung zugeführt werden kann. Besteht Unsicherheit über den Erfolg des Unternehmens am Markt, so erhöht sich das Risiko des Markteintritts mit der Höhe der versunkenen Kosten, die bei einem eventuellen Marktaustritt nicht mehr wieder gewonnen werden können. Versunkene Kosten sind vor allem bei großen Sendeanlagen (wenn z.B. ein hoher Mast zu errichten ist) substantiell, bei kleineren hingegen haben sie eine geringere Bedeutung.

Eine weitere, vorwiegend strukturell bedingte Zugangsbarriere kann durch Skalenvorteile in Verbindung mit auf der Nachfragerseite entstehenden Kosten entstehen. Für neu in den Markt eintretende Unternehmen wird das Erreichen einer effizienten Outputmenge (bei der die Skalenvorteile weitgehend ausgeschöpft werden) bei Vorliegen signifikanter Skalenvorteile durch nachfrageseitige Wechselkosten wesentlich erschwert. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Anzahl der Kunden bzw. das Marktvolumen nicht wesentlich wächst. Nachfrageseitige Wechselbarrieren ergeben sich am vorliegenden Markt vor allem aus vertraglichen Bedingungen. Verträge über die Sendermitbenutzung bzw. Signalübertragung werden üblicherweise für die Dauer der Zulassung (diese wird im Regelfall für zehn Jahre erteilt) mit Option auf Verlängerung bei erneuter Erteilung der Zulassung abgeschlossen. Weiters sehen die Verträge der ORS vor, dass der Multiplex-Betreiber im Falle eines Rücktritts vom Vertrag der ORS den entstandenen Aufwand und sonstigen Schaden (insbesondere die Kosten der im Zusammenhang mit der Anschaffung und Montage der Sendeeinrichtungen, erbrachten Vorfinanzierungen und Arbeitsleistungen) schuldet. Hat sich ein Multiplex-Betreiber also einmal für die Verbreitung über die ORS-Senderinfrastruktur entschieden, so ist der nachträgliche Wechsel zu einem anderen Betreiber bzw. die Möglichkeit zur Eigenerbringung der Leistung stark eingeschränkt, da die entsprechende Sendeanlage in diesem Falle de facto doppelt bezahlt werden müsste.

2.3.2.3. Rechtlich bedingte Markteintrittsschranken

Rechtlich bedingte Hindernisse basieren nicht auf wirtschaftlichen Bedingungen, sondern ergeben sich aus legislativen, administrativen oder sonstigen staatlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf die Zugangsbedingungen und/oder die Stellung von Betreibern auf dem betreffenden Markt auswirken.

Für die Errichtung digitaler terrestrischer Sendeanlagen ist zunächst eine Multiplex-Zulassung bzw. eine Kooperation mit einem Vertragspartner, der eine Multiplex-Zulassung besitzt, erforderlich (bzw. werden im Zulassungsbescheid die Übertragungskapazitäten

zugeordnet). Diese wird für einen bestimmten Standort bzw. ein konkretes Versorgungsgebiet nur dann gewährt, wenn freie Übertragungskapazitäten (Frequenzen) zur Verfügung stehen und deren Koordinierung (national und international) möglich ist, wobei für die Koordinierbarkeit verschiedene Faktoren relevant sind (freier Kanal und Standort, abgestrahlte Leistung, etc.). Grundsätzlich gilt, dass die Koordinierung bei großen, leistungsstarken Standorten bzw. Anlagen wesentlich problematischer ist als bei kleinen.

Abgesehen von frequenztechnischen Gründen gibt es noch eine Reihe weiterer rechtlicher Bestimmungen, welche die Errichtung einer Sendeanlage wesentlich erschweren können. Hierbei handelt es sich um gesetzliche Bestimmungen des Bau- bzw. Raumordnungsrechts und des Naturschutzrechts, die in den Kompetenzbereich der Bundesländer fallen. Insgesamt kann festgehalten werden, dass diese Bestimmungen für die Errichtung von kleinen Standorten mit geringer Leistung in den meisten Fällen kaum eine Hürde darstellen sollten, der Errichtung von großen Hochleistungssendeanlagen aber sehr wohl entgegenstehen können. Insbesondere können die oben angeführten Bestimmungen auch der Errichtung einer Sendeanlage an solchen Standorten entgegenstehen, an denen bereits eine Sendeanlage existiert.

2.3.2.3.1. Situation am gegenständlichen Markt

Die Barrieren für die Errichtung terrestrischer Senderstandorte sind für alternative Anbieter (private Rundfunkveranstalter oder andere Unternehmen) unterschiedlich hoch, allerdings bei jeder Standortgröße, die für die terrestrische Verbreitung der marktgegenständlichen Leistung herangezogen werden kann, vorhanden.

Die ORS-Standorte sind im Regelfall die aus rundfunktechnischer Sicht günstigsten (d.h., dass sich von ihnen – bei gegebener Leistung – ein Maximum an Reichweite erzielen lässt), Da in vielen Fällen aber keine zweite Anlage in unmittelbarer Nähe errichtet werden kann, müssen beim Wechsel zu einem anderen (nicht ORS) Standort – falls dies möglich ist – oft Nachteile in Kauf genommen werden, was die Möglichkeiten zur selbsttätigen Erbringung der Leistung weiter einschränkt.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass bislang sieben Inhaber einer (lokalen) MUX C Zulassung entgegen den Bescheidauflagen den Sendebetrieb nicht innerhalb eines Jahres aufgenommen haben. Zumindest ein Betreiber einer MUX C Plattform gab gegenüber den Erstgutachtern an, dass der Grund für die Nichtaufnahme des Sendebetriebs in dem Nichtzustandekommen eines Vertrages mit der ORS liegt.

Es liegen daher hohe rechtliche Markteintrittsschranken vor.

2.3.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

2.3.3.1. Allgemeines

Von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur wird gesprochen, wenn eine bestimmte zur Leistungserstellung notwendige Infrastruktur ausschließlich oder großteils in den Händen eines einzigen Unternehmens ist und hohe Barrieren für die Errichtung alternativer Infrastruktur bestehen. Eine solche Kontrolle ermöglicht es dem jeweiligen Unternehmen – in Abwesenheit von nachfrageseitiger Gegenmacht – Marktmacht auszuüben, da es gegebenenfalls der einzige Anbieter der Dienstleistung ist und weder aktueller noch potenzieller Wettbewerb existiert. Zusätzlich kann es dem Unternehmen auch möglich sein, seine Marktmacht auf nachgelagerte oder angrenzende Märkte zu übertragen.

2.3.3.2. Situation am gegenständlichen Markt

Anhand der festgestellten Markteintrittsschranken auf dem gegenständlichen Markt und der tatsächlich von den privaten Rundfunkveranstaltern gewählten Markteintrittsstrategien und der sich daraus ergebenden Marktanteile zeigt sich folgendes Bild:

Kleine Sendestandorte können offensichtlich in den meisten Fällen selbst errichtet werden, während Alternativen zu den großen Sendestandorten 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 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 Lage (Höhe) des Standortes, der abgestrahlten Leistung, den in geografischer Nähe bereits existierenden Standorten, 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 Standorten mit leistungsstarken Sendeanlagen deutlich höher als bei kleinen Standorten, in Einzelfällen können jedoch auch große Standorte replizierbar sein und kleinere nicht. Darauf deutet nicht zuletzt die Tatsache hin, dass es auf dem gegenständlichen Markt aufrechte Mietverhältnisse sowohl bei großen als auch bei kleinen Senderstandorten der ORS gibt. Für potenziell neu in den Markt eintretende Betreiber wirken weiters nachfrageseitige Wechselkosten, die sich vor allem aus vertraglichen Bedingungen der ORS ergeben, als Markteintrittsschranken.

Die ORS ist das einzige Unternehmen, das über ein bundesweit flächendeckendes Sendernetz verfügt.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die ORS am gegenständlichen Markt über die Kontrolle von nicht leicht ersetzbarer Infrastruktur verfügt.

2.3.4. Nachfrageseitige Gegenmacht

2.3.4.1. Allgemeines

Verfügt ein Unternehmen aufgrund mangelnden Wettbewerbsdrucks potenziell über Marktmacht, so bedeutet dies nicht automatisch, dass diese Marktmacht gegenüber den Nachfragern (z.B. in Form von überhöhten Preisen) auch ausgeübt werden kann. Dies ist nämlich auch vom Ausmaß der Verhandlungsmacht des Nachfragers (nachfrageseitige Gegenmacht) abhängig. Je höher das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht, desto weniger wird ein Unternehmen, das potenziell über Marktmacht verfügt, diese auch ausüben können.

Nachfrageseitige Gegenmacht wird dann größer sein, wenn ein Wechsel zu anderen Betreibern möglich und mit geringen Wechselkosten verbunden ist oder die entsprechende Vorleistung leicht selber erbracht werden kann (Rückwärtsintegration), wenn der Kunde für einen Großteil der Umsätze des Unternehmens verantwortlich zeichnet und es schwierig wäre, die frei gewordenen Kapazitäten anderwärtig zu verkaufen und wenn schließlich der Käufer eine „gatekeeper“-Position z.B. in Bezug auf bestimmte geografische Gebiete oder bestimmte Kundengruppen hat, die der Verkäufer nicht selbst erreichen kann.

Da viele der angeführten Faktoren mit der Größe des Kunden korrelieren, ist nachfrageseitige Gegenmacht im Allgemeinen dann größer, wenn der Kunde für einen Großteil der Umsätze des Verkäufers verantwortlich zeichnet.

2.3.4.2. Situation am gegenständlichen Markt

Wie aus den Feststellungen zu den Markteintrittsschranken und der Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur hervorgeht, gibt es für private Nachfrager bei kleineren Standorten in den meisten Fällen Alternativen. Das zeigt auch der Umstand, dass viele Betreiber einer MUX C Plattform den Bedarf nach kleinen Sendeanlagen mit geringer Reichweite durch interne Erbringung der Leistung decken. Hierdurch erhöht sich die nachfrageseitige Gegenmacht, da die Möglichkeit zur internen Erbringung der Leistung besteht oder aber ein Wettbewerb zwischen mehreren Anbietern stattfinden kann. In all jenen Fällen aber, in denen es de facto keine Alternativen zum ORS-Standort gibt, ist auch das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht gering.

Dadurch, dass die Mehrzahl privater TV-Veranstalter im Verband Österreichischer Privatsender (VÖP) zusammengeschlossen sind, erhöht sich die Verhandlungsmacht der privaten TV-Veranstalter und somit mittelbar von in deren Auftrag tätigen MUX-Betreibern gegenüber der ORS leicht, sodass von einer geringfügig höheren nachfrageseitigen Gegenmacht auszugehen ist.

Im Jahr 2010 zeichnete selbst der größte der insgesamt vier Zulassungsinhaber, die im Jahr 2010 Leistungen bei der ORS beziehen, für lediglich 12 % des Gesamtumsatzes der ORS im Bereich digitales terrestrisches Fernsehen verantwortlich. Bei diesem Anteil ist das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht nicht ganz auszuschließen. Festzuhalten ist aber, dass selbst der größte Kunde nur dann über nachfrageseitige Gegenmacht verfügen wird, wenn er glaubhaft androhen kann, den Anbieter zu wechseln, die Dienstleistung intern bereitzustellen oder aber die Dienstleistung überhaupt nicht mehr zu beziehen. So wird die Effektivität seines Drohpotenzials durch die Verfügbarkeit entsprechender Alternativangebote, welche auf dem gegenständlichen Markt als eher gering einzustufen sind, eingeschränkt. In Bezug auf alle übrigen Kunden ist das Drohpotenzial jedenfalls als gering einzustufen. Betrachtet man nämlich die Anzahl der von den potenziellen privaten Nachfragern selbst betriebenen Sendeanlagen bzw. -standorte (9) zu denen, welche von der ORS betrieben werden (236), so ergibt sich ein Verhältnis von 3,7 zu 96,3 Prozentpunkten.

Diese Schlussfolgerung, dass lediglich geringes Drohpotenzial der Nachfrager vorliegt, gilt nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund bestehender Anreize für das vertikal integrierte Unternehmen ORS, den Zugang zu Sendeanlagen zu verweigern.

Auf dem gegenständlichen Markt verfügen die nachfragenden Multiplex-Betreiber über geringfügige „nachfrageseitige Gegenmacht“.

2.3.5. Entgelte

2.3.5.1. Allgemeines

Die Preissetzungspolitik eines Unternehmens ist ein wesentlicher ökonomischer Verhaltensparameter und ist daher auch für die Beurteilung von Marktmacht relevant. So geben z.B. Preisbewegungen im Zeitverlauf, vorhandene Preisdifferenziale zwischen einzelnen Betreibern und beobachtete Preisreaktionsmuster wesentliche Hinweise auf die am Markt vorhandene Wettbewerbsintensität.

2.3.5.2. Situation am gegenständlichen Markt

Da die Verträge zwischen den privaten Nachfragern und der ORS üblicherweise für die Dauer der Zulassung abgeschlossen werden, werden auch die Entgelte langfristig vereinbart. Basierend auf Preislisten der ORS werden im Rahmen von Verhandlungen Entgelte festgelegt, die (derzeit) in Folge einer Indexanpassung (üblicherweise dem Verbraucherpreisindex) unterliegen. Die von der ORS verrechneten Preise differenzieren nur

in Hinblick auf Sendeleistung und Verfügbarkeit, nicht jedoch nach den am einzelnen Standort entstehenden Kosten. Werden mehrere Sendeanlagen von der ORS gemietet, so kommen Rabattbestimmungen zur Anwendung.

Das Kostenrechnungsmodell der ORS weist die Kosten der Leistungserbringung im Bereich „terrestrisch reguliert“ im Jahr 2010 Kosten in Höhe von 39,7 Mio. EUR aus. Diesen für das Jahr 2010 entstandenen Kosten standen tatsächliche Erlöse von 39,8 Mio. EUR gegenüber. Somit entsprechen die Gesamtkosten aus dem Kostenrechnungssystem (Basisdaten 2010) fast zur Gänze den Gesamterlösen aus dem regulierten Bereich. Der geringfügige Unterschied kann dadurch erklärt werden, dass die Tarife 2010 auf Kosten des Jahres 2006 unter Berücksichtigung einer jährlichen Inflationsanpassung basieren und somit nicht vollständig mit der Kostenbasis des Jahres 2010 vergleichbar sind.

Die ORS kalkuliert mit einem Zinssatz für den Kapitaleinsatz (Weighted Average Cost of Capital – WACC) von 10 %. Dabei erfolgt die Berechnung der anzuwendenden Eigenkapitalverzinsung durch das Capital Asset Pricing Model (CAPM). Mit dieser Methode werden die Kapitalstruktur, das Risiko, die Fremdkapitalzinsen und die Verzinsung des Eigenkapitals berücksichtigt. Ein Kapitalkostenzinssatz in dieser Höhe liegt im europäischen Rahmen.

Es liegt somit für das Jahr 2010 für das regulierte Geschäftsfeld insgesamt weder eine Kostenüber- noch eine -unterdeckung vor.

Die ORS ist dennoch theoretisch in der Lage, Preisdiskriminierung zwischen dem mit ihr gesellschaftsrechtlich verbundenen ORF und verschiedenen privaten Nachfragern zu betreiben. Es bestehen, insbesondere bei Abwesenheit von Regulierung, Anreize für die ORS, höhere Preise zu verrechnen, da aufgrund mangelnder Alternativen auch nach einer Preiserhöhung kein entsprechender Umsatzverlust erwartet werden muss.

2.3.6. Vertikale Integration

2.3.6.1. Allgemeines

Das Vorliegen vertikaler Integration ist für die Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht am vorliegenden Markt insofern relevant, als sie in wesentlichem Maße die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Konkurrenten bestimmt.

Vertikal integrierte Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene können Anreiz dazu haben, entweder einen überhöhten Preis für das Vorleistungsprodukt zu verlangen oder aber Konkurrenten vom nachgelagerten Markt zu verdrängen. Anreize zu einer Verdrängungsstrategie können insbesondere dann bestehen, wenn das Unternehmen mit Marktmacht am Vorleistungsmarkt seine Marktmacht nicht uneingeschränkt ausüben kann.

2.3.6.2. Situation am gegenständlichen Markt

Da der ORF mit den privaten Nachfragern, welche auf die Leistungen seiner Tochtergesellschaft(en) ORS angewiesen sind, am Endkundenmarkt im Wettbewerb steht, bestehen für die ORS grundsätzlich ökonomische Anreize, private Nachfrager gegenüber dem ORF zu benachteiligen, solange der ORF einen signifikanten Anteil an der ORS hält. Dies kann durch Verweigerung des Zugangs bzw. durch Diskriminierung einzelner Nachfrager in Form überhöhter Preise oder durch Bereitstellung unterschiedlicher Qualität geschehen. Sollte dies aufgrund einer entsprechenden Entgeltregulierung zukünftig nicht mehr der Fall sein, so bestehen für die ORS (immer noch) Anreize, Nachfragern, die mit dem ORF am Endkundenmarkt im Wettbewerb stehen, Zugang zu ihren Sendeanlagen zu verweigern oder aber solche Unternehmen gegenüber dem Mehrheitseigentümer ORF zu

benachteiligen, um auf diese Weise ihre Marktmacht auszuüben oder aber die Position ihres Eigentümers ORF am Endkundenmarkt zu stärken.

2.3.7. Sonstige Indikatoren

Weiteren Indikatoren zur Beurteilung, ob ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, kommt am vorliegenden Markt nur eine untergeordnete Bedeutung zu:

Da die primäre Alternative zum Sendernetz der ORS in der Eigenbereitstellung der Übertragungsleistung liegt und es sich hier um einen Vorleistungsmarkt handelt, auf dem keine besonders aufwändige Verkaufs- oder Vertriebsorganisation (wie z.B. ein Filialnetz) erforderlich ist, sind Vorteile aus der Verkaufs- und Vertriebsorganisation praktisch irrelevant. Da die Übertragungstechnologien standardisiert und allgemein zugänglich sind, verfügt ferner kein Unternehmen über einen relevanten technologiebedingten Vorsprung.

2.3.8. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

Marktanteile: Da die ORS das einzige Unternehmen ist, das auf dem gegenständlichen Markt Übertragungsleistung extern anbietet, beträgt ihr Umsatzmarktanteil seit der erfolgten Zulassungserteilung konstant 100 %. Auch unter Berücksichtigung von intern erbrachten Leistungen ist die ORS das bei weitem größte Unternehmen am Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden.

Markteintrittsschranken: Kleine Sendeanlagen bzw. -standorte können in den meisten Fällen von privaten Rundfunkveranstaltern selbst errichtet werden, während Alternativen zu den großen Sendestandorten 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 über eine für Multiplex-Betreiber notwendige Infrastruktur, die nicht oder nur schwer reproduziert werden kann. Die Höhe der Markteintrittsschranken hängt von einer Reihe von Faktoren ab, wie der Höhe des Standortes, der abgestrahlten Leistung, den in geografischer Nähe bereits existierenden Standorten, den Bau-, Raumordnungs- und naturschutzrechtlichen Regelungen, etc.. Eine Aussage über die Höhe der Markteintrittsschranken kann daher sowohl bei großen als auch bei kleinen Standorten nur im Einzelfall getroffen werden. Die Markteintrittsschranken liegen bei exponierten Standorten mit leistungsstarken Sendeanlagen deutlich höher als bei kleinen Standorten. Für potenziell neu in den Markt eintretende Betreiber wirken weiters nachfrageseitige Wechselkosten, die sich vor allem aus vertraglichen Bedingungen der ORS ergeben, als Markteintrittsschranken.

Nachfrageseitige Gegenmacht: Während das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht nicht auszuschließen ist, wenn es Alternativen zu den Standorten der ORS gibt, ist das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht bei nicht oder nur schwer replizierbaren Standorten als gering einzustufen. Die Nachfrager auf dem gegenständlichen Markt zeichnen darüber hinaus nur für einen geringen Teil der Gesamtumsätze der ORS verantwortlich, die ja auch auf anderen Märkten aktiv ist. Insgesamt ist das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht auf dem gegenständlichen Markt als gering einzustufen.

Entgelte: Die Analyse zeigt zwar, dass im Jahr 2010 die Gesamtkosten des regulierten Bereichs der ORS fast zur Gänze den Gesamterlösen aus dem regulierten Bereich entsprechen.

Durch die den ORF und seine Tochtergesellschaften gemäß § 8 ORF-G treffende Site Sharing-Verpflichtung wird zwar die Übertragung von Marktmacht auf den Endkundenmarkt durch Zugangsverweigerung verhindert, die Feststellungen zu den Entgelten ergeben jedoch, dass die ORS ohne Regulierung Anreize hat, Entgelte über den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung anzuwenden.

Vertikale Integration: Aufgrund ihrer vertikalen Integration mit dem ORF hat die ORS Anreize dazu, anderen Unternehmen, die mit dem ORF am Endkundenmarkt im Wettbewerb stehen, Zugang zu diesen Sendeanlagen zu verweigern oder aber solche Unternehmen gegenüber Unternehmen im Konzernverbund zu benachteiligen.

Sonstige Indikatoren: Diese sind am vorliegenden Markt vernachlässigbar.

2.4. Bestehende Wettbewerbsprobleme

Vor allem aufgrund der vorhandenen Infrastruktur, die sich fast zur Gänze im Besitz der ORS befindet, der Barrieren für die Errichtung weiterer Sendeanlagen, sowie des geringen Ausmaßes an nachfrageseitiger Gegenmacht kann davon ausgegangen werden, dass die ORS am gegenständlichen Markt gegenüber ihren Abnehmern (den privaten Fernsehveranstaltern) Marktmacht ausüben kann und kein selbsttragender (infrastrukturbasierter) Wettbewerb herrscht.

Dies gilt hinsichtlich des Ausmaßes nicht pauschal für alle Sendeanlagen, ist aber vor allem dort wahrscheinlich, wo private Nachfrager größere geografische Gebiete oder Ballungsräume mit leistungsstarken Anlagen versorgen wollen.

2.4.1. Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern

Die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Abnehmern manifestiert sich vor allem in der Möglichkeit zu überhöhten Preisen oder in Preisdiskriminierung der Nachfrager. So kann angenommen werden, dass die ORS ohne die entsprechenden gesetzlichen Verpflichtungen die Preise für die Vermietung von Sendeanlagen in einigen Fällen signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. die Kosten der Leistungserstellung anheben könnte, ohne dass die privaten Nachfrager auf andere Anbieter ausweichen oder die Leistung selber erbringen könnten.

2.4.2. Errichtung von Markteintrittsschranken gegenüber (potenziellen) Konkurrenten

Die Errichtung von Markteintrittsschranken kann am vorliegenden Markt vor allem durch vertragliche Bedingungen erfolgen, welche die nachfrageseitigen Wechselkosten erhöhen. Zu nennen sind hier vor allem mögliche lange Vertragslaufzeiten ohne Anpassungsmöglichkeiten der Entgelte, Pönalen bei vorzeitiger Vertragsauflösung oder der Verlust von Rabatten.

2.4.3. Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte

Betreffend die Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte ist im vorliegenden Zusammenhang vor allem jene vom Vorleistungsmarkt auf den Endkundenmarkt relevant. Da bestimmte Standorte der ORS nur schwer replizierbar sind, könnte die ORS durch Verweigerung eines adäquaten Zugangs zu diesen Standorten die Markteintrittsschranken am Vorleistungsmarkt und damit am Endkundenmarkt erhöhen und so die Position des ORF auf diesem Markt stärken. Neben der totalen Verweigerung des Zugangs sind hier auch Strategien wie Preisdiskriminierung, Qualitätsdiskriminierung oder Verzögerungstaktiken bei der Bereitstellung relevant. Dieses Wettbewerbsproblem wird aber insofern abgeschwächt, als die betroffenen Fernsehveranstalter am Endkundenmarkt nur geringe Seheranteile haben.

2.5. Regulierungsinstrumente

Im Rahmen der nun folgenden Auswahl geeigneter Regulierungsinstrumente waren gemäß dem bei der Marktanalyse nach Art. 14 und 16 Rahmenrichtlinie bzw. §§ 35 und 37 TKG 2003 heranzuziehenden „Greenfield-Ansatz“ die auf dem gegenständlichen Markt im

Analysezeitpunkt bestehenden sektorspezifischen Regulierungsmaßnahmen auszublenden. Da dieser Markt bisher noch keiner Regulierung gemäß §§ 37ff TKG 2003 unterlag, betrifft das primär die den ORF und seine Tochtergesellschaften gemäß § 8 ORF-G treffende Verpflichtung zum Site Sharing.

2.5.1. Die aus ökonomischer Sicht zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme geeigneten spezifischen Verpflichtungen

2.5.1.1. Verpflichtung zur Gewährung von Zugang

Das Problem der Markteintrittsschranken und der vertikalen Marktmachtübertragung vom Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden auf nachgelagerte Märkte kann durch Sicherstellung des Zugangs zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt am vorliegenden Markt behoben werden. Zugang zu den Standorten bzw. Sendeanlagen der ORS reduziert die Markteintrittsschranken auf nachgelagerten Märkten wesentlich und kann 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, ist eine Zugangsverpflichtung notwendig sowie das einzig effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu fördern.

Der Zugang zur Infrastruktur der ORS hat ungebündelt zu erfolgen, d.h., der Nachfrager soll nicht verpflichtet werden, Dienste zu beziehen bzw. Geräte zu mieten, die er selbst bereitstellen kann oder die er nicht benötigt. Am vorliegenden Markt sind hiervon vor allem die Signalzubringung, der Sender oder die Senderreserve betroffen. Konkret bedeutet dies, dass private Nachfrager oder alternative Anbieter von Sendefunktion nicht verpflichtet werden dürfen, die Signalzubringung, den Sender oder die Senderreserve von der ORS beziehen zu müssen, wenn sie diese nicht explizit nachfragen. Weiters darf der Nachfrager (im Rahmen der technischen Möglichkeiten) auch nicht dazu verpflichtet werden, eine Sendeanlage mit höherer Leistung als benötigt zu beziehen.

2.5.1.2. Entgeltkontrolle

Wie sich aus Punkt 2.3.5. der Sachverhaltsfeststellungen ergibt, könnte die ORS am gegenständlichen Markt Entgelte verlangen, die signifikant über den entstehenden Kosten der Leistungserstellung liegen, ohne entsprechende Marktanteilsverluste in Kauf nehmen zu müssen.

Vertikal integrierte Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene haben Anreiz dazu, entweder einen überhöhten Preis für das Vorleistungsprodukt zu verlangen oder aber Konkurrenten vom nachgelagerten Markt zu verdrängen. Anreize zu einer Verdrängungsstrategie können insbesondere dann bestehen, wenn das Unternehmen mit Marktmacht am Vorleistungsmarkt seine Marktmacht nicht uneingeschränkt ausüben kann. Besteht z.B. eine Zugangsregulierung und sind die Zugangspreise wie im gegenständlichen Fall kostenorientiert, so kann das Unternehmen auf der Vorleistungsebene keine überhöhten Preise verlangen, also seine Marktmacht nicht ausüben. Jedoch steht dem Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene eine Reihe von Instrumenten zur Verfügung, um den Wettbewerb am Endkundenmarkt zu verzerren.

So ist davon auszugehen, dass die ORS ihren Umsatz bzw. ihre Gewinne erhöhen kann, wenn sie den Preis über die Kosten anhebt, da aufgrund mangelnder Alternativen nach einer Preiserhöhung kein entsprechender Umsatzverlust erwartet werden kann, weshalb in Abwesenheit von Regulierung auch ein (ökonomischer) Anreiz zu einem solchen Verhalten besteht. Gleichzeitig wäre es der ORS auch möglich, ihre Konkurrenten durch Preisdiskriminierung am gegenständlichen Vorleistungsmarkt (externe Bereitstellung zu

höheren Preisen als interne Bereitstellung) zu benachteiligen. Eine Preiskontrolle ist daher erforderlich.

Für die Entgeltkontrolle auf Vorleistungsmärkten im Sinne der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission finden vor allem die folgenden Methoden Anwendung:

- Kostenorientierung, z.B. LRIC (long run incremental costs) oder Vollkosten,
- Efficient component pricing rule (ECPR), z.B. in Form von „Retail-minus“,
- Benchmarking (Vergleichspreise).

Kostenorientierte Preise werden in Situationen angewendet, in denen das marktmächtige Unternehmen überhöhte Preise verrechnen kann und die Marktmacht nicht längerfristig durch Wettbewerbskräfte eingeschränkt wird. Die Implementierung kostenorientierter Preise setzt allerdings das Vorhandensein eines geeigneten Kostenrechnungsmodells voraus.

ECPR-Preise werden ermittelt durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten, die dem marktmächtigen Unternehmen entstehen, wenn es die Leistung einem Mitbewerber auf der Endkundenebene anbietet, also entgangene Gewinne abzüglich der vermeidbaren (Retail-)Kosten. Unter bestimmten Bedingungen reduziert sich ECPR auf Retail-Minus (Endkundenpreis minus Retail-Kosten eines effizienten Betreibers). Dieser Ansatz ist nicht unbedingt geeignet, überhöhte Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen und daher eben primär für Märkte relevant, auf denen (auch langfristig) keine hohen Wohlfahrtsverluste durch das Setzen überhöhter Preise erwartet werden.

Im Rahmen der dritten Preissetzungsmethode, dem Vergleichsmarktkonzept, erfolgt die Preisfestsetzung auf Basis von Vergleichswerten. Das Vergleichsmarktkonzept ist nach gängiger Definition eine Methode zum Nachweis missbräuchlich hoher Preise eines marktbeherrschenden Anbieters bzw. missbräuchlich niedriger Preise eines marktbeherrschenden Nachfragers. Um diese Methode anwenden zu können, müssen Vergleichswerte (Benchmarks) bestimmt werden.

Ein Nachteil der Preissetzung mittels Benchmarking liegt darin, dass die im Zeitverlauf von z.B. einigen Jahren vom regulierten Unternehmen erreichten Effizienzvorteile mittels Benchmarking nicht erfasst werden. In bestimmten Konstellationen kann ferner die Fehlerwahrscheinlichkeit relativ hoch sein, insbesondere wenn erhebliche Unterschiede zu den Leistungen, die für den Vergleich herangezogen werden, existieren.

In der Folge werden die Kostenorientierung und das Vergleichsmarktkonzept auf ihre Eignung zur Entgeltkontrolle auf dem gegenständlichen Markt dargestellt:

2.5.1.2.1. Im Einsatz befindliche Kostenrechnungssysteme der ORS

In Anlehnung an die Empfehlung der Kommission vom 19. September 2005 über die getrennte Buchführung und Kostenrechnungssysteme entsprechend dem Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation (2005/698/EG) (im Folgenden Kostenrechnungsempfehlung) wurden im Ergänzungsgutachten die im Einsatz befindlichen Kostenrechnungssysteme der ORS analysiert. Diese Kostenrechnungsempfehlung stellt dreizehn Anforderungen an ein Kostenrechnungssystem zur Berechnung der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung: 1.) Relevanz, 2.) Zuverlässigkeit, 3.) Vergleichbarkeit, 4.) Wesentlichkeit, 5.) Integrität der Daten, 6.) Nachvollziehbarkeit, 7.) Verursachungsgerechte Kostenzurechnung, 8.) Getrennte Bestimmung der direkten und indirekten Kosten, 9.) Konsistente Bewertung, 10.) Angemessene Kapitalverzinsung, 11.) Effiziente Leistungsbereitstellung, 12.) Annäherung an langfristige durchschnittliche inkrementelle Kosten sowie 13.) Nachvollziehbarkeit der Netzelemente.

Anhand oben angeführter Anforderungen wurde im Ergänzungsgutachten evaluiert, ob das aktuelle Kostenrechnungssystem der ORS geeignet ist, die Kosten effizienter Leistungsbereitstellung zu berechnen. Im Detail stellt sich die Situation wie folgt dar:

Anforderung	Evaluierungsergebnis und Bewertung	Erfüllungsgrad
1.) Relevanz	Das Kostenrechnungssystem enthält alle für die zu betrachtenden Produkte relevanten Kostenbestandteile. Irrelevante Kostenbestandteile sind nicht Teil des Kostenrechnungssystems.	vollständig erfüllt
2.) Zuverlässigkeit	Das Kostenrechnungssystem liefert bei wiederholter Eingabe gleicher Eingangsdaten stabile Ergebnisse. Systematische Fehler wurden nicht festgestellt.	vollständig erfüllt
3.) Vergleichbarkeit	Eine Vergleichbarkeit in Bezug auf Vorperioden sowie der Zurechnung von Kosten sowohl für externe als auch für interne Leistungen ist möglich.	vollständig erfüllt
4.) Wesentlichkeit	Das Kostenrechnungssystem umfasst alle wesentlichen Kostenelemente, welche zur Berechnung der Kosten der zu betrachtenden Produkte einzubeziehen sind.	vollständig erfüllt
5.) Integrität der Daten	Finanzberichte zu Regulierungszwecken werden standardmäßig nicht in Form einer Gewinn- und Verlustrechnung dargestellt. Eine Gewinn- und Verlustrechnung kann jedoch aus den vorhandenen Daten abgeleitet werden. Ein Gesamtvergleich zu den Relationen von Kosten und Umsätzen im regulierten Bereich wurde dargestellt und konnte nachvollzogen werden.	Anforderungen prinzipiell erfüllt, es existieren Verbesserungsmöglichkeiten
	Eine Überleitung der Daten in das Kostenrechnungssystem aus den gesetzlich vorgeschriebenen Jahresabschlüssen des Unternehmens ist implementiert.	vollständig erfüllt
	Die Überleitung der Kostenrechnung aus den Jahresabschlüssen sowie zu Berechnungen aus Vorjahren ist nachvollziehbar. Das aktuelle Modell wurde mit dem Jahresabschluss 2010 abgeglichen. Auf der höchsten Granularitätsebene ist daher der Datenfluss nachvollziehbar.	vollständig erfüllt
6.) Nachvollziehbarkeit	Eine Beschreibung der Kostenrechnungsmethoden mit Angabe der Berechnungsgrundlage und -normen, Zuordnungs- und Bewertungsmethoden, sowie eine Beschreibung der Ermittlung und Behandlung indirekter Kosten lagen am Beginn der Analyse nicht vor. Eine Kurzbeschreibung des Kostenrechnungssystems wurde im Rahmen dieses Gutachtens vorgenommen. Dies erschwert die Nachvollziehbarkeit auf der Detailebene der Kostenzurechnungen.	nicht erfüllt

	Im Zuge der Überprüfung konnten keine Anhaltspunkte festgestellt werden, dass Kostenzurechnungen nicht auf quantifizierten, objektiven und überprüfbaren Daten beruhen.	vollständig erfüllt
7.) Verursachungsgerechte Kostenzurechnung	Die Überprüfung ergab, dass Kostenzurechnungen dem Prinzip der Verursachungsgerechtigkeit prinzipiell entsprechen. Eine Detailanalyse einzelner Kostentreiber wurde im Zuge dieser Evaluierung nicht durchgeführt.	Anforderungen prinzipiell erfüllt, es existieren Verbesserungsmöglichkeiten
	Eine detaillierte Beschreibung der Regeln für die Zurechnung der Kosten sowie zur Erhebung der Kostentreiber liegt aktuell nicht vor.	nicht erfüllt
	Eine Überwachung der Kostenarten im Hinblick auf ihre Verrechnungsfähigkeit ist möglich.	vollständig erfüllt
8.) Getrennte Bestimmung der direkten und indirekten Kosten	Direkte und indirekte Kosten werden getrennt bestimmt.	vollständig erfüllt
9.) Konsistente Bewertung	Die Bewertung wird für direkte Kosten auf Basis von Wiederbeschaffungswerten, für indirekte Kosten auf Basis von historischen Anschaffungswerten durchgeführt.	vollständig erfüllt
10.) Angemessene Kapitalverzinsung	Das Kostenrechnungssystem berücksichtigt durchgängig eine angemessene und marktübliche Kapitalverzinsung in der Höhe von 10%.	vollständig erfüllt
11.) Effiziente Leistungsbereitstellung	Eine Reihe von organisatorischen Maßnahmen stellt sicher, dass Kosten effizienter Leistungsbereitstellung in das Kostenrechnungssystem einfließen.	vollständig erfüllt
	Eine zusätzlich notwendige Berücksichtigung von Effizienzfaktoren wurde nicht festgestellt.	vollständig erfüllt
12.) Annäherung an langfristige durchschnittliche inkrementelle Kosten	Das Kostenrechnungsmodell ist eine Vollkostenrechnung, welche indirekte und direkte Kosten, sowie einen Gemeinkostenaufschlag (Anteil der gemeinsamen und Gemeinkosten) berücksichtigt. Im Sinne eines Ansatzes zu Berechnung von inkrementellen Kosten, wird im Kostenmodell das „Inkrement“ als Summe der regulierten terrestrischen Übertragungsdienste definiert. Das Modell berücksichtigt Gemeinkosten und schlägt diese nach der EPMU-Regel (Equi-Proportional Mark-up-Kostenzuweisungsregel) den Produkten zu.	vollständig erfüllt
	Vermeidbare Kosten fließen in der Kalkulation nicht ein, sodass das Modell geeignet ist, sich den langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten anzunähern.	vollständig erfüllt

Abschreibungen orientieren sich generell an der ökonomischen Nutzungsdauer.

13.) Nachvollziehbarkeit der Netzelemente Die Netzelemente im Kostenrechnungssystem sind bekannt und nachvollziehbar. vollständig erfüllt

Aktuell werden folgende Anforderungen aus der Kostenrechnungsempfehlung nicht erfüllt:

- Es gibt keine Darstellung einer Gewinn- und Verlustrechnung für die regulierten Bereiche. Diese kann jedoch aus den vorhandenen Daten abgeleitet werden.
- Im Bereich der Dokumentation des Kostenrechnungssystems sowie einer detaillierten Darstellung der Kostentreiber sind die Anforderungen derzeit noch nicht vollständig erfüllt. Nach Umsetzung des durch die ORS im Zuge der Gutachtenserstellung angekündigten neuen Kostenrechnungssystems sind Verbesserungen im Bereich der verursachungsgerechten Kostenzurechnung sowie der damit verbundenen vertieften Dokumentation zu erwarten.

Die aktuell nicht erfüllten Anforderungen haben negative Auswirkungen auf die Transparenz und Nachvollziehbarkeit des Kostenrechnungssystems; eine Auswirkung auf die Ergebnisse der Kostenkalkulation ist aber durch die derzeitige Nichterfüllung nicht zu erwarten.

2.5.1.2.2. Benchmarking

Zur im Ergänzungsgutachten angewandten Methode:

Die Untersuchung zum Vorliegen vergleichbarer Preise wurde in einem mehrstufigen Verfahren durchgeführt. Ausgangsbasis sind die Länder der Europäischen Union. Es erfolgt eine Einschränkung auf Länder, in denen für die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert wurde sowie eine ex-ante Regulierung bezüglich Kostenorientierung festgelegt wurde. In den verbleibenden Ländern werden die Angebote der Unternehmen zum Stichtag 20.10.2011 dahingehend untersucht, ob die angebotenen Dienste, Tarifstrukturen, Zusatzleistungen vergleichbar sind bzw. eine Vergleichbarkeit hergestellt werden kann. Sofern die Analyse bis zu diesem Punkt zeigt, dass weitere Vergleichsmöglichkeiten (etwa weitere Länder) notwendig sein sollten, wird dieser Schritt durchgeführt. Der vorletzte Schritt ist die Durchführung der quantitativen Vergleiche. In der abschließenden Analyse werden die Ergebnisse der quantitativen Vergleiche interpretiert und es erfolgt eine Bewertung bezüglich der Relevanz für Österreich.

Analyseschritte zur Erstellung eines Benchmarks			
Prüfschritte	Anzahl		Basis
	UKW-Radio	Terrestrisches Digital-TV	
Ausgangsbasis: EU-Länder (ohne Österreich)	26	26	Vergleichsländer
Marktbeherrschung sowie Kostenorientierung	7	9	Vergleichsländer
Verfügbarkeit & ähnliche Struktur eines Vergleichsangebots	2	0	Vergleichsangebote
Ausschöpfung weiterer Vergleichsmöglichkeiten	2	1	Vergleichsmöglichkeiten
Durchführung von quantitativen Vergleichen	2	1	Vergleiche
Interpretation der Ergebnisse	2	1	Vergleiche

Abbildung 2: Analyseschritte zur Erstellung eines Benchmarks. Grafische Darstellung der im Ergänzungsgutachten verwendeten Methode sowie Anzahl der für einen Vergleichstest prinzipiell heranziehbaren Länder.

In der Mehrzahl der EU-Länder wurde kein Unternehmen für die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden als über beträchtliche Marktmacht verfügend eingestuft. Aus diesem Grund existieren in diesen Ländern keine öffentlich zugänglichen Informationen bezüglich Tarife für diese Produkte und Dienste. Selbst wenn für diese Länder ein Einzelangebot verfügbar wäre, könnte mangels einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung nicht auf einen Durchschnittswert für Tarife in dem jeweiligen Land geschlossen werden. Aus diesen Gründen fallen Angebote aus diesen Ländern für einen Benchmark aus.

Zum Ergebnis der Vergleichsrechnung:

Für die marktgegenständlichen Leistungen zeigte sich, dass für einen Einzeltarifvergleich kein Angebot eines ausländischen Anbieters geeignet ist. In jenen Ländern, in denen für derartige Angebote eine Tarifregulierung und damit zusammenhängende Standardangebote existieren, ergab die Analyse, dass sich davon nur ein Land (Slowakei (Towercom)) für einen Vergleich eignet. Im Wesentlichen gibt es dafür zwei Gründe: In einigen Ländern sind keine ausreichenden Informationen bezüglich der Standardangebote (inklusive Tarife) verfügbar oder die Informationen können aufgrund des Vorliegens der Angebote in der jeweiligen Landessprache nicht mit ausreichender Sicherheit aus den Verträgen extrahiert werden. Der zweite Grund für die Nichtaufnahme in den Benchmark besteht darin, dass Tarife und Dienste in einer mit der ORS nicht vergleichbaren Struktur vorliegen und daher eine Vergleichsrechnung ohne vertiefte Kenntnis aller Tarifierungsparameter in den ausländischen Angeboten nicht angestellt werden kann.

Der für die Slowakei mittels Anpassungsrechnung durchgeführte Vergleich zeigte, dass die Tarife bzw. Kosten von der ORS teilweise unter und teilweise über den Vergleichswerten liegen. Die Unterschiede zwischen den Vergleichsangeboten von Unternehmen im Ausland und den Angeboten der ORS variieren signifikant.

Folgende Umstände werden bei der erwähnten Anpassungsrechnung als relevant betrachtet:

- Vergleichsunternehmen sind teilweise in mehreren Geschäftsbereichen tätig. Daraus ergibt sich die Problematik der Abgrenzung der Geschäftsbereiche.
- Unterschiedliche Leistungsvolumina des Vergleichsanbieters führen zu unterschiedlichen Synergieeffekten. Die Anzahl der betriebenen Multiplexer hat Einfluss auf die Kostenstruktur und müsste in einer vertiefenden Analyse einfließen.
- Gerätelieferanten haben in Abhängigkeit von den Zielmärkten unterschiedliche Preisstrategien. Diese Unterschiede können Vergleiche bezüglich der Investitionskosten verzerren.
- In den Ländern gibt es unterschiedliche Lohnniveaus und Nebenkosten, welche den Vergleich speziell bei den Personalkosten beeinflussen.
- Unterschiedliche geografische Gegebenheiten (z.B. Versorgung von Gebirgstälern in den Alpen) sowie Differenzen bei der Dichte der Bevölkerung haben wesentlichen Einfluss auf die Versorgungsgebiete und damit die notwendige Netzstruktur. Die Verwendung von unterschiedlichen Technologien (Einsatz von Standards, z.B. DVB-T/DVB-T2 oder MPEG2/MPEG4) sowie Verschiedenheiten in den Versorgungsstrategien (z.B. Indoor Versorgung vs. Dachempfang) haben Einfluss auf die Kostenstruktur für die notwendige Infrastruktur.

Die Aussagekraft eines Benchmarks für Österreich ist daher sehr gering. Die Ergebnisse könnten daher allenfalls als Indikator für das Niveau der Tarife der ORS im Vergleich zu anderen Ländern herangezogen werden, sind aber nicht geeignet, die Höhe eines wettbewerbsorientierten Tarifs in Österreich zu beurteilen.

Diese Schlussfolgerung bezüglich Ungeeignetheit von Benchmarking als Methode zur Tarifregulierung wird auch durch die regulatorische Praxis in den Ländern der Europäischen Union bestätigt. In keinem der analysierten Länder wird Benchmarking als Maßstab für die Festlegung von Tarifen im Bereich der Rundfunkübertragung herangezogen.

2.5.1.3. Gleichbehandlungsverpflichtung und Standardangebot

Durch Sicherstellung des Zugangs zu schwer replizierbarer Infrastruktur sowie durch die Festsetzung eines Zugangspreises mittels einer Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten werden zwar grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen am nachgelagerten Endkundenmarkt geschaffen, jedoch stehen dem Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene neben dem Preis auch eine Reihe anderer Instrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb am Endkundenmarkt zu verzerren. So könnte es seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt z.B. das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken.

Es existieren auch bei Preisfestlegung mittels einer Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten – wodurch das Preissetzungsverhalten eingeschränkt wird - Anreize für die ORS zu den oben angeführten Praktiken. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich, die sich auf notwendige, mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

Da es sich bei den marktgegenständlichen Diensten um komplexe Produkte handelt, ist zur Konkretisierung bzw. Operationalisierung sowohl der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes (§ 38 Abs. 3 TKG 2003) erforderlich. Durch ein Standardangebot werden sowohl Transaktionskosten erheblich gesenkt als auch die Transparenz erhöht und so eine

Ungleichbehandlung wesentlich erschwert. Aufgrund der Komplexität des Produktes ist eine umfassende Spezifizierung für die Effektivität der Regulierung unerlässlich, da auf diese Weise die Transparenz sowohl gegenüber den Abnehmern als auch gegenüber der Regulierungsbehörde wesentlich erhöht wird. Darüber hinaus verkürzt ein Standardangebot die Zeit der Verhandlungen, da gegebenenfalls nur mehr über Abweichungen verhandelt werden muss, reduziert das Potenzial für Streitigkeiten und gibt den Nachfragern die Sicherheit, Leistungen zu nicht diskriminierenden Bedingungen erwerben zu können.

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 sollte die ORS binnen zwei Monaten nach Wirksamwerden des Maßnahmenbescheides ein Standardangebot in leicht zugänglicher Form auf ihrer Homepage veröffentlichen, das zumindest die folgenden Punkte zu umfassen hätte:

- 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 inkl. Fristen
- Bestimmungen zu Qualitätssicherung, Entstörung und Beschwerdemanagement
- Bestimmungen zu Migrations- und Wechselprozessen

Sicherzustellen ist dabei insbesondere, dass bei Migration der bestehenden Verträge keine zusätzlichen Kosten entstehen. Eine Vereinbarung über die Zahlung einer Pönale bei vorzeitiger Vertragsauflösung stellt eine erhebliche Wechselbarriere dar und ist daher nicht angemessen.

Das Standardangebot ist von der ORS in geeigneter Weise zu veröffentlichen.

2.5.1.4. Verpflichtung zur getrennten Buchführung

Da die Entgeltkontrolle bzw. Verpflichtung zur Kostenorientierung nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und diese in der Regel nur einen Teil der Aktivitäten eines Unternehmens darstellen, ist zudem eine getrennte Buchführung, in welcher der Markt, auf dem die ORS über beträchtliche Marktmacht verfügt, von den anderen Tätigkeiten getrennt ausgewiesen ist, notwendig. In diesem Zusammenhang ist eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene erforderlich, wodurch Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden können. Ein Unternehmen könnte anderenfalls einen Anreiz haben, z.B. gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen.

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separate accounts" 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 und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden.

Die Verpflichtungen zur getrennten Buchführung bzw. zur Führung eines Kostenrechnungssystems umfassen die Verpflichtung, Kosten und Erträge des vorliegenden Marktes getrennt von den übrigen, von dem Unternehmen angebotenen Übertragungsdiensten für Rundfunksignale darzustellen und dabei insbesondere die unten angeführten Informationen auszuweisen:

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

2.6. Ergebnisse des Konsultations- und Koordinationsverfahrens gemäß §§ 128, 129 TKG 2003

Am 05.04.2013 wurde die nationale Konsultation des Entwurfs der Vollziehungshandlung der KommAustria hinsichtlich des Vorleistungsmarktes für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden gemäß § 128 TKG 2003 eingeleitet. Im Zuge des Konsultationsverfahrens wurde der Maßnahmenentwurf für die Dauer von vier Wochen auf der Website der Regulierungsbehörde öffentlich zugänglich gemacht sowie auch der Bundeswettbewerbsbehörde, dem Bundeskartellanwalt, dem Kartellgericht beim Oberlandesgericht Wien und dem Kartellgericht beim Obersten Gerichtshof zur Stellungnahme übermittelt. Innerhalb der Konsultationsfrist von vier Wochen langte eine Stellungnahme der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG ein.

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG brachte wiederum Argumente vor, welche sie bereits im vorgelagerten Verfahren dargelegt hatte.

Aufgrund dieser Erwägungen wurde am 13.05.2013 die Koordination des Entwurfs der gegenständlichen Vollziehungshandlung gemäß § 129 TKG 2003 mit der Europäischen Kommission, dem GEREK sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gestartet. Im Zuge des Koordinationsverfahrens langte am 13.06.2013 eine Entscheidung bzw. Stellungnahme der Europäischen Kommission zum koordinierten Maßnahmenentwurf der KommAustria hinsichtlich des gegenständlichen Vorleistungsmarktes ein. Darin brachte die Europäische Kommission zum Ausdruck, dass sie keine Einwände gegen die für den gegenständlichen Vorleistungsmarkt vorgesehenen Maßnahmen habe, ersuchte die KommAustria jedoch um genaue Beobachtung der Entwicklungen hinsichtlich der Rundfunkübertragungsdienste, die über verschiedene Plattformen erbracht werden. Im Besonderen solle beobachtet werden, ob sich verschiedene Plattformen in einem solchen Umfang entwickeln, dass sie aufgrund des Preisdrucks, der sich aus einem wirksamen Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt ergibt, zu bestandsfähigen Substituten werden und ob dadurch das erste und /oder zweite Kriterium des Drei-Kriterien-Tests nicht mehr erfüllt sein könnte.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Gesellschaftsstruktur der ORS-Gesellschaften basieren auf dem offenen Firmenbuch. Auch die Feststellungen zum Geschäftsfeld der ORS comm GmbH & Co KG beruhen auf der Urkundensammlung des öffentlichen Firmenbuchs („Übergabevertrag zur Übertragung des Teilbetriebs comm im Wege eines Zusammenschlusses gemäß Art. IV UmgrStG“ vom 29.06.2011, abgeschlossen zwischen der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG und der ORS comm GmbH & Co KG).

Die Feststellungen hinsichtlich der Indikatoren für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht, der festgestellten Wettbewerbsprobleme sowie der Eignung der auferlegten spezifischen Verpflichtungen zur Hintanhaltung der festgestellten Wettbewerbsprobleme

beruhen dem Grunde nach auf der schlüssigen und nachvollziehbaren ökonomischen Analyse im erstellten Erstgutachten (KOA 6.300/10-036).

Die Feststellungen hinsichtlich der Eignung von entgeltbezogenen auferlegten spezifischen Verpflichtungen beruhen auf den schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen des am 14.02.2012 vorgelegten Ergänzungsgutachtens (KOA 6.300/12-002).

Die Feststellungen zum Thema „Verfahrensparteien“ beziehungsweise der eingetretenen Präklusion mehrerer Veranstalter (Edikt vom 21.02.2011, mündliche Verhandlung am 14.06.2012) gründen sich auf die vorliegenden Akten der KommAustria.

3.1. Zur Aktualität der Datenlage

Die ORS beruft sich in ihrer Stellungnahme vom 03.12.2010 (S 5-6) auf die Stellungnahme der Europäischen Kommission im Zuge des Verfahrens AT/2009/0896 und kritisiert das zeitliche Auseinanderfallen von Marktabgrenzung und Marktanalyse und leitet aus der daraus resultierenden mangelnden Aktualität der Verwendung findenden Daten einen "eindeutigen Rechtsmangel" ab.

Die KommAustria weist darauf hin, dass das zeitliche Auseinanderfallen von Marktabgrenzung und Marktanalyse verfahrensrechtliche Gründe hat. § 36 Abs. 1 TKG 2003 regelt, dass zunächst eine Marktabgrenzung durchzuführen ist und allenfalls relevante Märkte in einer Verordnung festzulegen sind. Eine Marktanalyse kann nach § 37 Abs. 1 TKG 2003 nur für jene Märkte durchgeführt werden, die in der entsprechenden Verordnung definiert sind. Daraus ergibt sich zwangsläufig ein zeitlicher Abstand zwischen der Durchführung von Marktabgrenzung und Marktanalyse. Dieser zeitliche Abstand wurde seitens der Europäischen Kommission bereits mehrfach kritisiert, jedoch in keinem Fall zum Anlass genommen, einen von der verfahrensgegenständlichen Regulierungsbehörde vorgelegten Maßnahmenentwurf zurückzuziehen. Das gegenständliche Verfahren ist auf Grund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung nach der Rechtslage gemäß BGBl. I 50/2010 durchzuführen.

Weiters ist zu entgegnen, dass gerade die ORS selbst wesentlich dazu beigetragen hat, den zeitlichen Abstand zwischen Marktabgrenzung und Marktanalyse zu verlängern. Nachdem die ORS im Zuge der Marktanalyseverfahren erstmals am 16.06.2009 zur Lieferung entsprechender Daten aufgefordert wurde und sich weigerte diese bereitzustellen, musste erst ein Aufsichtsverfahren beim BKS eingeleitet werden, das schließlich in einem Vollstreckungsverfahren mündete. Die ORS stellte die Daten schließlich erst am 03.03.2010, d.h. acht Monate nach erstmaliger Aufforderung zur Verfügung. Auch wurden seitens der ORS mehrfach Anträge auf Fristerstreckung gestellt.

Die Inanspruchnahme rechtlicher Mittel gegen die im gegenständlichen Verfahren ergangenen Aufforderungen zur Datenübermittlung und der damit verbundene Zeitbedarf können im Ergebnis aber nicht zur Folge haben, dass die Erlassung des gegenständlichen Bescheides verunmöglicht wird. Daher war im gegenständlichen Verfahren auf diese Daten zurückzugreifen.

Im Übrigen ist auch nicht davon auszugehen, dass sich am Markt wesentliche Änderungen ergeben haben.

Folglich geht auch der Einwand der ORS in ihrer Stellungnahme vom 02.07.2013, dass die KommAustria die Europäische Kommission im Zuge des Koordinierungsverfahrens nicht korrekt über die Situation auf dem relevanten Markt informiert hätte, ins Leere, da die entsprechenden Bedenken auch bereits sachverhaltsgegenständlich im vorgelagerten Verfahren waren. Somit war die Europäische Kommission in Kenntnis der von der ORS

vorgebrachten Argumente und darüber hinaus hat die ORS keine neuen Argumente vorgebracht.

3.2. Ersuchen um Ausnahme von der Akteneinsicht

Die ORS beantragte die Ausnahme von Teilen der sie betreffenden Stellungnahmen bzw. ihrer eigenen Schriftsätze von der (ORS-Stellungnahmen vom 19.07.2010, 28.02.2011 und vom 03.03.2011 hinsichtlich von Teilen ihrer Stellungnahme vom 03.12.2011 (Juconomy Gutachten)). In der nach entsprechender Aufforderung durch die KommAustria eingebrachten Stellungnahme der ORS vom 28.02.2011 wurde zur Begründung, warum Teile der ORS-Stellungnahmen von der Akteneinsicht auszunehmen seien, lediglich ausgeführt, dass die zu streichenden Daten einem größerem Personenkreis nicht bekannt und auch nicht leicht zugänglich seien, sowie eine Bekanntgabe der zu streichenden Daten zu beträchtlichen Nachteilen für die ORS führen würde. Eine Glaubhaftmachung ihres wirtschaftlichen Interesses an der Geheimhaltung der Daten erfolgte nicht.

Die KommAustria kam den gestellten Anträgen in der Folge daher nicht nach, da die entsprechenden Daten ausnahmslos das Vorhandensein von für die Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht zu untersuchenden Indikatoren (insbesondere Entgelthöhe und mögliches diskriminierendes Preissetzungsverhalten durch die ORS) betrafen. Da davon auszugehen war, dass die diesbezüglichen Feststellungen für das Ergebnis dieses Verfahrens relevant sein mussten, waren sie entsprechend dem Prinzip des umfassenden Parteienghörtens allen (damaligen) Verfahrensparteien zugänglich zu machen (VwGH Zl. 2002/03/0273 vom 25.02.2004; „keine geheimen Beweismittel in einem rechtsstaatlichen Verfahren“).

3.3. Zur Methodik im Erstgutachten

Die ORS kritisiert insbesondere in ihrer Stellungnahme vom 03.12.2010 die von den Erstgutachtern bei ihrer Gutachtenserstellung verwendete Methodik. In den folgenden Abschnitten der Beweiswürdigung wird daher im Rahmen der Auseinandersetzung mit den einzelnen Punkten des Vorbringens spezielles Augenmerk auf die Nachvollziehbarkeit der Aussagen des Erstgutachtens gelegt.

3.4. Vorhandene Sendeanlagen – Größe der ORS

Die Feststellungen hinsichtlich der Verteilung der marktgegenständlichen Sendeanlagen zum Dezember 2009 beruhen auf dem erstellten Erstgutachten vom August 2010.

Die Feststellungen zu den von den ORS-Gesellschaften erreichten Marktanteilen (Umsatzmarktanteile mit bzw. ohne Eigenleistungen sowie das Ausmaß der technischen Reichweite) beruhen auf dem erstellten Erstgutachten aus dem August 2010.

Die Feststellung, dass die ORS als einziges Unternehmen über ein bundesweit flächendeckendes Sendernetz für Rundfunkverbreitung verfügt, gründet sich auf die Ausführungen im Erstgutachten sowie auf das Vorbringen des Vertreters der ORS-Gesellschaften in der mündlichen Verhandlung am 14.06.2012.

3.5. Bedeutung von Großsendeanlagen

Die ORS attestiert dem Erstgutachten eine „Überschätzung der Bedeutung der Großsendeanlagen“ und argumentiert auf Basis ihres in Auftrag gegebenen Gutachtens von SBR Juconomy AG vom 03.12.2010 (Juconomy Gutachten), dass die Nachfrage nach großen Sendeanlagen absolut betrachtet gering sei und es daher keine grundsätzlichen Wettbewerbsprobleme gäbe. Vorgebracht wird in diesem Zusammenhang auch, dass in

allen Fällen, in denen eine Großsendeanlage der ORS genutzt wird, andere Anbieter mit vergleichbarem Versorgungsgebiet andere/kleinere und zumeist private Standorte nutzen.

Dieses Vorbringen zielt auf das Vorhandensein unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen bei Großsendestandorten ab und damit auf die in der RFMVO 2009 erfolgte sachliche Marktabgrenzung. Wie eingangs erwähnt, wird die Rundfunkmarktdefinition 2009 hinsichtlich ihrer geografischen Abgrenzung bundesweit determiniert. In der rechtlichen Begründung, siehe dazu später in Punkt II 4.2., wird noch nachgewiesen werden, dass diese Frage im Rahmen gegenständlicher Prüfung nicht (mehr) von Relevanz ist.

Bei einer bundesweiten Marktdefinition ist es unvermeidbar, in gewisser Weise auf „Durchschnittsgegebenheiten“ abzustellen. Die Kritik an der sich entsprechend ergebenden Durchschnittsbetrachtung des bundesweit definierten Marktes vermag die Ausführungen des Gutachtens nicht zu entkräften, welches – auftragsgemäß – nur die Wettbewerbsprobleme auf den nach der RFMVO 2009 abgegrenzten Märkten untersuchte.

Dem Erstgutachten ist daher zu folgen, wenn es davon ausgeht, dass es bei der Beurteilung, ob auf einem Markt ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, nicht auf die Größe des Marktes bzw. die Anzahl der Nachfrager ankommt, sondern auf das Ausmaß, in dem ein Unternehmen in der Lage ist, sich unabhängig von Mitbewerbern zu verhalten und Preise langfristig signifikant über das Wettbewerbsniveau zu heben, ohne entsprechende Umsatzverluste erleiden zu müssen. In Bezug auf das Vorbringen der ORS, dass in sämtlichen Fällen in denen eine Großsendeanlage der ORS genutzt wird, andere Anbieter mit vergleichbarem Versorgungsgebiet andere/kleinere und zumeist private Standorte nutzen, ist festzuhalten, dass – wie das Erstgutachten schlüssig dargelegt hat – diese Aussage einer näheren Überprüfung nicht standhält und auch seitens der ORS nicht ausreichend detailliert sondern nur anhand von selektiven Beispielen belegt wurde.

Da auch die ORS selbst in ihrer Äußerung vom 19.07.2010 nicht in Abrede stellte, dass die Nutzung alternativer Standorte fast immer auch mit einem Verlust der Reichweite und höheren Transaktionskosten verbunden ist, geht die KommAustria nicht zuletzt aus diesem Grund von einer nur – wenn überhaupt – schweren Duplizierung von großen Standorten bzw. Sendeanlagen aus. Insoweit konnten die entsprechenden Ausführungen des Erstgutachtens den Feststellungen zugrunde gelegt werden.

3.6. Duplizierbarkeit von großen Standorten bzw. Sendeanlagen

Die ORS bemängelt auf Basis des Juconomy Gutachtens, die Amtssachverständigen würden „unschlüssige Aussagen“ in Bezug auf die Duplizierbarkeit von Sendeanlagen machen und keine detaillierte Prüfung jeder einzelnen Sendeanlage durchführen. Die getroffenen Feststellungen wären daher nicht ausreichend, um eine Gesamtmarktregulierung zu rechtfertigen.

Ungeachtet dessen, dass auch dieses Vorbringen auf das Vorhandensein unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen bei der Duplizierung einzelner Sendestandorte bzw. -anlagen und damit auf die in der RFMVO 2009 erfolgte sachliche Marktabgrenzung abzielt, und schon daher aus rechtlichen Gründen, siehe dazu später Punkt II 4.2. der rechtlichen Begründung, nicht zu berücksichtigen ist, ist in der Sache selbst aber bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass – wie das Erstgutachten schlüssig dargelegt hat – das Kriterium der Markteintrittsschranken nur eines (wenn auch wesentliches) von mehreren Kriterien zur Beurteilung ist, ob auf den gegenständlichen Märkten ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt.

Wie bereits im Erstgutachten ausgeführt, ist die tatsächliche Höhe der Markteintrittsschranken für eine/n bestimmte/n Sendeanlage/Standort von einer Vielzahl von Faktoren (Lage/Höhe des Standorts, abgestrahlte Leistung, bereits existierende Standorte,

Bau-, Raumordnungs- und naturschutzrechtlichen Regelungen) abhängig, weshalb es grundsätzlich schwierig ist, eine pauschale Beurteilung der Höhe der Zutrittsbarrieren vorzunehmen.

Diese Faktoren sind darüber hinaus im Zeitverlauf Veränderungen unterworfen, sodass a priori keine Aussage über die Höhe der Markteintrittsschranken für jeden einzelnen Sendestandort getroffen werden kann. Dazu wäre eine Prüfung der Duplizierbarkeit jedes einzelnen ORS-Sendestandorts erforderlich. Mit der getroffenen Feststellung, dass die Markteintrittsschranken bei exponierten großen Sendestandorten deutlich höher sind als bei kleinen Standorten, in Einzelfällen aber auch kleine Standorten nicht duplizierbar sein können, wurde aber – angesichts der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung des Sendeanlagennetzes – dem Umstand, dass eine für alle Standorte gleichermaßen gültige Schlussfolgerung nicht getroffen werden kann, entsprechend Rechnung getragen.

Da im gegenständlichen Verfahren mehrere Marktmachtindikatoren untersucht wurden, ist der Vorwurf der ORS, wonach mit diesem Bescheid eine „Gesamtmarktregulierung“ allein auf Basis des Marktmachtindikators „Vorliegen von Markteintrittsschranken“ vorgenommen würde, als nicht den Tatsachen entsprechend zurückzuweisen.

Für die KommAustria sind daher auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine Unschlüssigkeiten hinsichtlich der Ausführungen im Erstgutachten zum Thema „Duplizierung von Sendeanlagen“ erkennbar.

3.7. Rechtlich bedingte Markteintrittsschranken

In Bezug auf rechtlich bedingte Markteintrittsschranken in Form von Zulassungshindernissen argumentieren die Amtsgutachter unter anderem, dass für die Errichtung und Inbetriebnahme von Sendeanlagen zunächst eine Zulassung erforderlich ist, die die Zuteilung freier Frequenzen voraussetzt. Die ORS kritisiert daran, dass dies nur den Zugang der Nachfrager und nicht den Zugang zu den relevanten Märkten betrifft. Diese Situation wäre damit von der Marktstellung der ORS „völlig losgelöst“ und daher durch Regulierung nicht zu verbessern.

Hierzu ist anzumerken, dass dieses Hindernis insbesondere auch alternative Anbieter von Sendeanlagen betrifft, da in diesen Fällen eine Sendeanlage nur dann in Betrieb genommen werden darf, wenn eine erfolgreiche (nationale und internationale) Koordinierung stattgefunden hat. Es handelt sich daher um eine rechtlich bedingte Markteintrittsbarriere.

Darüber hinaus liegt seitens der ORS eine Fehleinschätzung in Bezug auf das Erfordernis eines regulatorischen Eingriffs vor: Die Auffassung, wonach bestimmte Markteintrittsschranken mit regulatorischen Maßnahmen nicht adäquat angegangen werden können, bedeutet nicht, dass ein regulatorischer Eingriff an sich zur Verhinderung der Ausübung von Marktmacht nicht notwendig ist. Gerade aufgrund der bestehenden Markteintrittsschranken ist ein marktmächtiges Unternehmen ja in der Lage, sich unabhängig von Mitbewerbern zu verhalten und beispielsweise Preise langfristig signifikant über das Wettbewerbsniveau zu heben, ohne entsprechende Umsatzverluste erleiden zu müssen. Insofern kann der Kritik der ORS zu diesem Punkt nicht gefolgt werden.

Die ORS kritisiert im Zusammenhang mit rechtlich bedingten Zulassungshindernissen auch, dass von den Amtsgutachtern in Bestimmungen des Bau- bzw. Raumordnungsrechts eine mögliche Markteintrittsbarriere gesehen wird, und bemängelt insbesondere die gewählte vorsichtige Ausdrucksweise der Gutachter. Sie schließt daraus, dass die Feststellungen ausschließlich auf Vermutungen basieren würden und fordert konkrete Nachforschungen zu diesen Bestimmungen bzw. konkrete Beispiele. In diesem Zusammenhang ist auf die faktische Unmöglichkeit, für jeden Standort einzeln alle Faktoren, die die Duplizierbarkeit von Standorten und Sendeanlagen beeinflussen (dazu zählen auch Bestimmungen des Bau-

bzw. Raumordnungsrechts), zu prüfen, hinzuweisen. Im von den Amtsgutachtern erstellten Gutachten wurde aber nicht ausgeführt, dass Bestimmungen des Bau- bzw. Raumordnungsrechts eine absolute Markteintrittsbarriere darstellen. Dass es sehr wohl auch Standorte gibt, in deren Nähe ein weiterer Mast errichtet wurde, wurde von den Amtsgutachtern nicht in Abrede gestellt. Berücksichtigt man aber die Tatsache, dass die ORS betreffend ihr bereits bestehendes bundesweites Sendernetz überwiegend keine rechtlichen Zugangshindernisse treffen, private Nachfrager jedoch – angesichts der ihnen zur Verfügung stehenden Standorte und der ausgewiesenen Marktanteile – für einen Ausbau ihrer Verbreitung regelmäßig solche zu gewärtigen haben, sind die Ausführungen der Amtsgutachter im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Die Ausführungen der Erstgutachter waren insoweit schlüssig und nachvollziehbar, wobei allerdings einzuräumen ist, dass dieses Argument bei der Frage des Vorliegens von rechtlich bedingten Zulassungshindernissen nur eine vergleichsweise untergeordnete Rolle spielt.

Da sich in den erwähnten rechtlichen Rahmenbedingungen seit der Erstellung des Erstgutachtens im Kern nichts geändert hat, sieht die KommAustria keine Veranlassung, von den Schlussfolgerungen der Erstgutachter abzugehen.

3.8. Skalenvorteile und versunkene Kosten

Die ORS kritisiert, dass Skalenvorteile und versunkene Kosten nicht ausreichend beschrieben und quantifiziert wären. Bemängelt wird auch, dass die Möglichkeit der Nutzung bereits bestehender Infrastruktur nicht ausreichend untersucht worden wäre.

Entgegen der Behauptung der ORS sind die entstehenden Skalenvorteile und versunkenen Kosten im vorliegenden Gutachten der Amtssachverständigen sehr wohl beschrieben. So ist für die KommAustria leicht nachvollziehbar, dass die ORS v. a. bei großen, leistungsstarken Senderstandorten, bei denen besonders hohe versunkene Kosten entstehen, Skalenvorteile nutzen kann. Die Errichtung einer 120 Meter Antenne samt Mast und Fundament kostet gemäß den Angaben der ORS (Äußerung vom 19.07.2010) EUR 900.000,-, die als versunkene Kosten zu betrachten sind, da die Anlage im Normalfall keiner alternativen Verwendung zugeführt werden kann.

Berücksichtigt man ferner, dass auf Großsenderstandorten wesentlich mehr Sendeanlagen betrieben werden als auf kleinen Sendestandorten (auf dem Standort WIEN 1 (Kahlenberg) sind beispielsweise 13 Sender installiert), so zeigt dies die Möglichkeiten der Nutzung von Skalenvorteilen sehr deutlich. Festzuhalten ist hier, dass eine generelle Quantifizierung im Einzelfall nicht möglich, aber angesichts der bundesweiten Marktabgrenzung auch nicht erforderlich ist. Aber auch bei kleineren Standorten können hohe versunkene Kosten entstehen. Die ORS selbst führt aus, dass „rund 70 % [der Standorte] zum Teil in extrem unzugänglichen Gebieten errichtet wurden und bei der Errichtung, Betrieb und Wartung vergleichsweise hohe Kosten verursachen“ (der ORS-Stellungnahme vom 03.12.2010, Seite 18). Andererseits können auch hier Skalenvorteile genutzt werden, wenn mehrere Sendeanlagen montiert werden. So sind der KommAustria keine Standorte der ORS bekannt, an denen nicht zumindest drei Sendeanlagen in Betrieb sind.

In Bezug auf die Nutzung bereits bestehender Infrastruktur ist anzumerken, dass diese Möglichkeit im Erstgutachten sehr wohl angesprochen wurde. So nimmt die ORS auf Seite 19 ihrer Stellungnahme vom 03.12.2010 wörtlich auf ein Zitat aus dem Erstgutachten Bezug, wobei an der zitierten Stelle ausgeführt wird, dass die gemeinsame Nutzung von Senderinfrastruktur beziehungsweise deren Komponenten möglich ist. Dass vereinzelt alternative Infrastrukturen existieren, ist daher unbestritten, von einer flächendeckenden Verfügbarkeit alternativer Infrastrukturen kann aber bei weitem nicht gesprochen werden.

3.9. Betreiben von Allokationspolitik

Die ORS unterstellt auf Basis des Juconomy Gutachtens den Erstgutachtern das Betreiben von Allokationspolitik, da diese feststellen würden, dass die Duplizierung von Infrastruktur „grundsätzlich ineffizient“ wäre.

Hierzu ist festzuhalten, dass im Erstgutachten nicht ausgeführt wurde, dass die Duplizierung von Infrastruktur „grundsätzlich ineffizient“ wäre. Vielmehr wurde im Rahmen der Untersuchung des Vorliegens von Markteintrittsschranken ausgeführt, dass aufgrund von bestehenden Skalenvorteilen (die Montage einer weiteren Sendeanlage auf einem bestehenden Mast verursacht geringere Kosten als die Neuerrichtung eines Mastes inkl. Sendeanlage) die Duplizierung von Infrastruktur ökonomisch ineffizient sein kann, und somit ein natürliches Monopol vorliegt; das bedeutet, dass das in Frage stehende Outputniveau auf einem Standort zu geringeren Kosten produziert werden kann als auf mehreren Standorten. Jedenfalls nicht intendiert ist das Verhindern von Markteintritten – dort wo die Errichtung eigener Senderstandorte aus Sicht der Wirtschaftstreibenden rentabel ist, sollen und werden entsprechende Markteintritte auch erfolgen. Dort jedoch, wo aufgrund von bestehenden Skalenvorteilen erhebliche Markteintrittsschranken bestehen, sind Markteintritte unwahrscheinlich, da damit keine Vorteile lukrierbar wären.

Auch die diesbezüglichen Ausführungen der ORS in der mündlichen Verhandlung am 14.06.2012 sind nicht geeignet, den von der ORS erhobenen Vorwurf der Allokationspolitik glaubwürdiger zu machen.

3.10. Vertikale Integration von ORS und ORF – Seher-(Endkunden)Markt und Werbe(endkunden)markt

Wenngleich der ORF seine gesamte Sendeinfrastruktur und den Sendebetrieb bereits mit Wirkung vom 01.01.2005 an die Österreichische Rundfunksender GmbH & CO KG ausgegliedert hat und seit Jahresmitte 2011 eine 100%ige Tochtergesellschaft der Österreichischen Rundfunksender GmbH & CO KG (ORS comm GmbH & CO KG) operativ tätig ist, handelt es sich bei den ORS-Gesellschaften um ein vertikal integriertes Unternehmen (sowohl im Verhältnis innerhalb der ORS als auch im Verhältnis zum ORF). Die Österreichische Rundfunksender GmbH & CO KG ist eine zu 60 % im Eigentum des ORF stehende Gesellschaft – seit 31.12.2005 stehen im Zuge eines Anteilsverkaufs durch den ORF 40 % der Anteile im Eigentum der Medicur Sendeanlagen GmbH. Selbst unter Berücksichtigung der vor relativ kurzer Zeit erfolgten Gründung der ORS comm GmbH & Co KG treffen die Annahmen der Gutachter weiterhin zu, dass aufgrund der gesellschaftlichen Verflechtungen zwischen ORF und ORS-Gesellschaften ökonomische Anreize zu antikompetitivem Verhalten – wie etwa Zugangsverweigerung oder im Falle einer Zugangsregulierung andere Verhaltensweisen, die Mitbewerber der Muttergesellschaft am nachgelagerten Endkundenmarkt gegenüber dieser benachteiligen könnten – bestehen.

Insoweit konnte der schlüssigen ökonomischen Analyse im Erstgutachten gefolgt werden, wobei sich entgegen der Befürchtung der ORS der Befund darauf beschränkt, typische Verhaltensweisen bei Vorliegen bestimmter ökonomischer Anreizstrukturen, wie der vertikalen Integration, festzustellen.

In den Sachverhaltsfeststellungen wurden die vertikale Integration von ORS und ORF und die damit verbundenen Anreize der ORS, Wettbewerber des ORF zu benachteiligen, dargestellt. Die ORS fokussiert in ihrer Stellungnahme zu dieser Thematik auf den nachgelagerten Werbemarkt und argumentiert, dass Fernsehveranstalter via MUX C-Plattform nicht in Konkurrenz zum ORF stünden, da diese nur regional tätig wären und somit – im Gegensatz zum ORF – auch nur regionale Werbekunden ansprechen würden. Darüber hinaus verweist die ORS darauf, dass es in den vergangenen fünf Jahren keine Anlassfälle für diskriminierende Verhaltensweisen durch die ORS gegeben habe.

Damit erschüttert sie jedoch nicht die Ausführungen im Erstgutachten, wonach der ORF auf zwei Endkundenmärkten mit seinen Wettbewerbern in Konkurrenz steht. Dies ist zum einen der Sehermarkt und zum anderen der Werbemarkt. In der Stellungnahme der ORS wird ausschließlich die Konkurrenzsituation auf dem Werbemarkt thematisiert. Hierzu ist zu sagen, dass die bundesweiten Fernsehprogramme ATV, Servus TV und PULS 4 auf dem Werbemarkt jedenfalls mit den TV-Programmen des ORF im Wettbewerb stehen. Darüber hinaus ist für die KommAustria nicht nachvollziehbar, warum ein Unternehmen, das national werben möchte, dies nicht alternativ bzw. zusätzlich auch über mehrere regionale Programme, insbesondere in Ballungsräumen, tun könnte.

Die Einschätzung der ORS, ausschließlich regional werbende Unternehmen würden über private TV-Programme werben, ist unbelegt geblieben. Zudem ist nicht auszuschließen, dass in Regionalprogrammen privater Veranstalter auch Werbung ohne inhaltlichen Regionalbezug geschaltet wird.

Darüber hinaus ist jedenfalls festzuhalten, dass aus Sicht des Konsumenten zu einem beliebigen Zeitpunkt nur ein Programm beziehungsweise die in diesem ausgestrahlte Werbung konsumiert werden kann. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass regionale Werbekunden vorhersehen können, ob die Seher beim Beginn des Werbefensters zu einem Programm mit bundesweiter Werbung wechseln (bzw. vice versa bundesweite Werbekunden nicht voraussehen können, ob die Seher beim Beginn des Werbefensters zu einem Programm mit regionaler Werbung wechseln). Auch aus diesem Grund bestehen Wechselwirkungen zwischen regionalen und bundesweiten Werbeangeboten.

3.11. Nachfrageseitige Gegenmacht

Die ORS kritisierte in ihren Stellungnahmen, dass die Erstgutachter das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht zu ihren Lasten als zu gering einschätzen würden, unterlässt es aber insbesondere in diesem Punkt, dem Erstgutachten der Amtssachverständigen auf gleicher fachlicher Ebene entgegen zu treten (vgl. VwGH vom 19.03.1991, ZI. 87/05/0196; VwGH vom 18.09.2003, ZI. 2000/06/0015; VwGH vom 06.09.2004, AW 2004/07/0046) und stichhaltige Argumente für eine andere Betrachtungsweise beizubringen.

Im Kontext der zur räumlichen Marktabgrenzung vorgebrachten Kritik, behauptet die ORS, dass obwohl die Gutachter zu dem Ergebnis gekommen seien, dass nachfrageseitige Gegenmacht überall dort existiere, wo es Alternativen zu den Standorten der ORS gebe, was ihrer Auffassung nach in der Mehrzahl der Versorgungsgebiete der Fall sei, und obwohl die Gutachter selbst eingeräumt hätten, dass die nachfrageseitige Gegenmacht sich über den Zusammenschluss im VÖP erhöht habe, diese dennoch zu einem diesem Befund widersprechenden Ergebnis gekommen seien, nämlich dass die ORS auch dort über beträchtliche Marktmacht verfüge. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass eine abschließende Feststellung, ob es auf dem gegenständlichen Markt ein oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt, nur nach Gesamtwürdigung aller nach § 35 Abs. 2 TKG 2003 bzw. den in den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“ (Abl. C 165/6 vom 11.07.2002, im Folgenden als „SMP-Leitlinien“ (Significant Market Power) bezeichnet, hier insbesondere Rz. 78) zu beurteilenden Kriterien erfolgen kann. Die Feststellungen zeigen, dass nachfrageseitige Gegenmacht überall dort existiert, wo es Alternativen zu den Standorten der ORS gibt, während das Ausmaß nachfrageseitiger Gegenmacht bei nicht oder nur schwer duplizierbaren Standorten eher gering ist.

Der KommAustria ist nicht ersichtlich, wie vor dem Hintergrund der für das Jahr 2009 getroffenen Feststellungen, wonach der größte der insgesamt 4 Zulassungsinhaber, die im Jahr 2009 Leistungen bei der ORS bezogen – es handelt sich dabei um die Media Broadcast GmbH –, lediglich für 12 % des Gesamtumsatzes der ORS verantwortlich zeichnete, nicht vom Fehlen nachfrageseitiger Gegenmacht ausgegangen werden könne. Auch das

Vorbringen der ORS vom 03.07.2013 wiederholte lediglich die schon vorgebrachten Argumente.

Die im Juconomy Gutachten vorgebrachte Argumentation, wonach es dem Veranstalter ATV auf dem Verhandlungsweg gelungen sei, eine beträchtliche Preisreduktion für die Nutzung zu den Multiplex-Plattformen A und B zu erreichen, übersieht, dass die ORS auf dem "Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B" gemäß dem Zulassungsbescheid vom 23.02.2006, KOA 4.200/06-002, einer must-carry Regelung hinsichtlich der Verbreitung der Programme des ORF sowie der ATV Privat TV GmbH & Co KG unterliegt. Angesichts dieser Verpflichtung ist ein Vergleich des Ausmaßes der nachfrageseitigen Gegenmacht der ATV auf dem erwähnten benachbarten Markt und dem gegenständlichen nicht aussagekräftig. Auch mit dem Verweis auf den VÖP übersieht die ORS, dass ihre direkten Nachfrager auf dem gegenständlichen Markt die Betreiber von Multiplex-Plattformen sind, die nur zu einem kleinen Teil mit den Fernsehveranstaltern ident sind. Somit ist dem Erstgutachten zu folgen, wenn es die Verhandlungsmacht des VÖP im gegebenen Zusammenhang als eher gering einstuft.

3.12. Höhe der Preise und Vorliegen von Preisdiskriminierungen

Die ORS führt unter Bezugnahme auf die erstellten Erstgutachten aus, dass ihre Entgelte auf dem gegenständlichen Markt nicht überhöht wären, da sie sich an den Gestehungskosten orientieren würden und kritisiert, dass die Erstgutachter die Preise der ORS mit jenen anderer Unternehmen vergleichen (Tabelle 5 des Erstgutachtens, S. 21), obwohl weder die zugrunde liegenden Leistungen vergleichbar noch die Vergleichsbasis ausreichend hoch seien. Dadurch sei es bereits denkunmöglich, von überhöhten Preisen auszugehen.

Zur Frage einer allfälligen Kostenüberdeckung ist diesbezüglich festzuhalten, dass die im Zuge der Erstellung des Ergänzungsgutachtens von der ORS dargelegten Kosten im Wesentlichen ergaben, dass im Jahr 2010 im hier relevanten Bereich „terrestrisch reguliert“ modellierte Kosten der Leistungserbringung in Höhe von 39,7 Mio. EUR tatsächlichen Erlösen von 39,8 Mio. EUR gegenüber standen. Somit entsprechen die Gesamtkosten aus dem Kostenrechnungssystem (Basisdaten 2010) fast zur Gänze den Gesamterlösen aus dem regulierten Bereich. Der geringfügige Unterschied kann dadurch erklärt werden, dass die Tarife 2010 auf Kosten des Jahres 2006 unter Berücksichtigung einer jährlichen Inflationsanpassung basieren und somit nicht vollständig mit der Kostenbasis des Jahres 2010 vergleichbar sind. Eine Kostenüber- oder -unterdeckung liegt somit in der Gesamtbetrachtung im regulierten Geschäftsbereich für das Jahr 2010 nicht vor.

Jedoch sind Anreize zur Setzung von Preisen über den Kosten der Leistungsbereitstellung – wie aus den Gutachten schlüssig hervorgeht – für eine nicht regulierte Marktsituation zu bejahen, da aufgrund mangelnder Alternativen auch nach einer Preiserhöhung kein entsprechender Umsatzverlust erwartet werden muss. Ebenso nachvollziehbar ist das gutachterliche Ergebnis, dass für das regulierte Geschäftsfeld zwar insgesamt weder eine Kostenüber- noch eine -unterdeckung vorliegt, die ORS dennoch theoretisch in der Lage ist, Preisdiskriminierung zwischen dem mit ihr gesellschaftsrechtlich verbundenen ORF und verschiedenen privaten Nachfragern zu betreiben.

Die ORS kritisiert in ihrer Stellungnahme an Tabelle 5 des Erstgutachtens, dass nicht erkennbar wäre, welche der Daten bestimmten Unternehmen zugeordnet wurden, sodass nicht konkret im Einzelfall überprüft werden könne, ob die erhobenen Informationen richtig verarbeitet wurden. Die ORS bringt weiters vor, dass es sich bei den ausgewiesenen Preisdifferenzen nicht um Preisdiskriminierung handle und führt mögliche andere Gründe ins Treffen (Wechsel der Leistungsklasse, Unterschiede aufgrund von Altverträgen). Sie sieht in dem Umstand, dass manche Nachfrager keine Preisreduktionen eingefordert haben, ein Indiz dafür, dass die Preise als nicht überhöht empfunden wurden. Da es aber wie dargelegt

nur um die theoretischen Möglichkeiten der Preisdiskriminierung geht, ist aus diesem Vorbringen nichts zu gewinnen. Die von der ORS beantragte Offenlegung der Inputdaten der Tabelle 5 des Erstgutachtens erfolgte durch Zustellung der entsprechenden Daten an die ORS durch Schreiben der KommAustria vom 20.09.2010. Daher wurde dem in der mündlichen Verhandlung am 14.06.2012 geäußerten Ersuchen um Übermittlung nicht nachgekommen.

3.13. Sonstige Indikatoren für Marktmacht

Soweit sich die Feststellungen auf die Anzahl der Sendestandorte, der Sendeanlagen und die technische Reichweite beziehen, fußen diese auf den von den Marktteilnehmern übermittelten Daten. Diese im Zuge der Datenerhebung übermittelten Daten wurden für das Erstgutachten herangezogen und wurden im Übrigen seitens der ORS auch nicht bestritten.

Bei amtswegig vorgenommenen Feststellungen wurde die Quelle jeweils angeführt.

3.14. Regulierungsinstrumente

Die Feststellungen hinsichtlich der Eignung der Zugangsverpflichtung, der Gleichbehandlungsverpflichtung sowie der getrennten Buchführung zur Begegnung der auf dem gegenständlichen relevanten Markt (Zugang zu Sendeanlagen und der digitalen terrestrischen Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden) identifizierten Wettbewerbsprobleme beruhen – soweit im Folgenden keine ausdrückliche Würdigung erfolgt – auf der schlüssigen und nachvollziehbaren ökonomischen Analyse im Erstgutachten. Die Feststellungen hinsichtlich der Eignung der Entgeltkontrolle sowie des zu veröffentlichenden Standardangebotes gründen sich auf das am 14.02.2012 vom Amtssachverständigen Dr. Roland Belfin vorgelegte schlüssige und nachvollziehbare Ergänzungsgutachten.

Hinsichtlich der Notwendigkeit und Eignung einer Zugangsverpflichtung zur Beseitigung der identifizierten Wettbewerbsprobleme auf Vorleistungsebene konnte den Ausführungen der Gutachter gefolgt werden, wenn auch die ORS diese mit dem Argument in Zweifel zieht, dass etwa bei kleineren Standorten im Verhältnis zu großen Sendern geringere Zugangshindernisse bestünden und daher eine Differenzierung nach diesen Unterschieden geboten wäre. Hierbei verkennt die ORS, dass die tatsächliche Höhe der Markteintrittsschranken in jedem Einzelfall von einer Vielzahl von Faktoren abhängig ist, die überdies im Zeitverlauf Veränderungen unterworfen sind. Eine Gesamtbewertung war daher aus Gründen der praktischen Durchführbarkeit notwendig, wobei diese nicht zuletzt aufgrund des Umstandes, dass ein Großteil der Infrastruktur schwer replizierbar ist, tendenziell hohe Zugangshindernisse auf dem gegenständlichen Markt ergeben hat. Die ORS konnte zudem keine überzeugenden Anhaltspunkte dafür erbringen, dass die von den Gutachtern zweifelsfrei aufgezeigten Markteintrittsschranken nicht vorlägen.

Auch hinsichtlich der Feststellungen hinsichtlich der Verpflichtungen zur getrennten Buchführung, der Gleichbehandlungsverpflichtung sowie zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ist dem Erstgutachten zu folgen. Zwar meldete die ORS Bedenken an der Schlüssigkeit der Ausführungen im Gutachten an, konnte diese hingegen nicht näher belegen.

Die Feststellungen zur Verpflichtung zur Erstellung eines Standardangebotes wurden von der ORS nicht kritisiert.

3.15. Vorhandenes Kostenrechnungssystem der ORS

Die Feststellungen zum derzeit in Verwendung befindlichen Kostenrechnungssystem der ORS gründen sich auf das am 14.02.2012 vom Amtssachverständigen Dr. Roland Belfin

vorgelegte Ergänzungsgutachten. Dieses Ergänzungsgutachten kommt unter Bezugnahme auf die vorzitierte EU-Kostenrechnungsempfehlung (siehe Punkt II 2.5.1.2.1) zum Ergebnis, dass die von der ORS derzeit eingesetzten Kostenrechnungssysteme über weiteste Strecken (Erfüllung von 11 von 13 angeführten Kriterien) den aaO angeführten Anforderungen an ein solches Kostenrechnungssystem zur Ermittlung der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung entsprechen.

Die in der Kostenrechnungsempfehlung angeführten Grundsätze (siehe dazu oben 2.5.1.2.1) zur Ermittlung der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung wurden in der Folge sowohl von der European Regulators Group – ERG (nunmehr Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation [GEREK]) als auch von der International Telecommunication Union (ITU) als Basis für vertiefende Überlegungen zur Beschreibung der Anforderungen an ein regulatorisches Kostenrechnungssystem herangezogen.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass die ORS unter Bezugnahme auf das Erstgutachten und somit vor Fertigstellung des Ergänzungsgutachtens im Laufe des Verfahrens noch mehrmals vorgebracht hatte, dass das im Einsatz befindliche Kostenrechnungssystem nicht zur Kalkulation kostenorientierter Entgelte geeignet sei und insofern die Auferlegung einer Verpflichtung zur Anwendung kostenorientierter Entgelte aufgrund der (Erst)Einführung eines geeigneten Kostenrechnungssystems überschießend sei.

Angesichts der Befundaufnahme im Zuge der Erstellung des Ergänzungsgutachtens und angesichts der Tatsache, dass die ORS nach Übermittlung des Ergänzungsgutachtens an sie nicht mehr vorbrachte, dass ihr im Einsatz befindliches Kostenrechnungssystem nicht zur Kalkulation kostenorientierter Entgelte geeignet sei, bestehen für die KommAustria keine Zweifel daran, dass die nunmehr im Einsatz befindlichen Kostenrechnungssysteme der ORS zur Ermittlung der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung geeignet sind.

Festzuhalten ist, dass die Feststellungen, nach welchen die Gesamtkosten aus dem Kostenrechnungssystem (Basisdaten 2010) fast zur Gänze den Gesamterlösen aus dem regulierten Bereich entsprechen, nicht gegen das Vorhandensein der beschriebenen Anreize zu wettbewerbswidrigem Verhalten sprechen.

3.16. Zur Frage der Geeignetheit von Benchmarking

Die Feststellungen (Punkt 2.5.1.2.2.) ergeben, dass das Vergleichsmarktkonzept nicht geeignet ist, um auf dem gegenständlichen Markt zu aussagekräftigen Ergebnissen zu gelangen. Da im Detail der Vergleich auf einer geringen Datenbasis, unterschiedlichen Angebots- und Tarifierungsstrukturen sowie diversen notwendigen Anpassungsrechnungen beruht, ist die Aussagekraft eines Benchmarks für Österreich auf dem gegenständlichen Markt relativ gering. Aus diesen Gründen sind Benchmarks nicht geeignet, die Höhe eines wettbewerbsorientierten Tarifs in Österreich zu beurteilen. Die Schlussfolgerung der Ungeeignetheit von Benchmarking als Methode zur Tarifregulierung im Rundfunkbereich wird auch durch die regulatorische Praxis in den Ländern der Europäischen Union bestätigt.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass die ORS unter Bezugnahme auf das Erstgutachten und somit vor Fertigstellung des Ergänzungsgutachtens im Laufe des Verfahrens mehrmals vorgebracht hatte, dass das Vergleichsmarktkonzept aufgrund der nicht gegebenen Vergleichbarkeit der vorliegenden Daten zu keinen aussagekräftigen Ergebnissen führen würde. In der Folge wandte sich die ORS in ihrer Stellungnahme vom 22.03.2012 zum Ergänzungsgutachten nicht mehr gegen die Feststellung, wonach das Vergleichsmarktkonzept auf dem gegenständlichen Markt keine taugliche Methode zur Entgeltkontrolle sei.

Auch aus diesem Grund bestehen für die KommAustria keine Zweifel daran, dass das Vergleichsmarktkonzept als Mittel der Entgeltkontrolle auf dem gegenständlichen Markt nicht geeignet ist.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der KommAustria und Wettbewerbsregulierung nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003

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. 125/2011, zur Verwaltungsführung in Angelegenheiten der Rundfunkregulierung eingerichtete KommAustria Aufgaben der Wettbewerbsregulierung nach dem fünften Abschnitt des TKG 2003 wahr. In diesen Aufgabenkomplex fällt gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 die Führung von Marktanalyseverfahren der durch Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte zur Feststellung, ob auf diesen Märkten ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Darauf aufbauend obliegt der KommAustria die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß den §§ 38 bis 46 und § 47 Abs. 1 TKG 2003, um allenfalls identifizierten Wettbewerbsproblemen entgegenzuwirken. Ebenso obliegt der KommAustria die Änderung oder Beibehaltung bereits bestehender spezifischer Verpflichtungen, soweit sie den relevanten Markt betreffen. Bei Wegfall eines durch Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten Marktes entfallen auch die für diesen Markt auferlegten spezifischen Verpflichtungen (§ 37 Abs. 2 TKG 2003).

4.1.1. Übergangsbestimmungen – anwendbare Rechtslage

Gemäß § 133 Abs. 12 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011, sind „zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 102/2011 vor der KommAustria anhängige Verfahren nach dem 5. Abschnitt [...] von dieser, abgesehen vom Koordinationsverfahren gemäß § 129, unter Anwendung der verfahrensrechtlichen und materiellen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 50/2010 sowie der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2009 (RFMVO 2009), veröffentlicht am 30.04.2009 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung, abzuschließen“.

Das gegenständliche Verfahren wurde am 13.05.2009 und somit vor Inkrafttreten von BGBl. I Nr. 102/2011 (kundgemacht am 21.11.2011) eingeleitet. Die mit diesem Bescheid vorgenommene Marktanalyse und die Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen erfolgt daher nach der vorher bestehenden Rechtslage (§§ 35 – 42 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010) welche lautet:

§ 35 TKG 2003 – Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

(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.

(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.

§ 36 TKG 2003 – Marktdefinitionsverfahren

(1) Die Regulierungsbehörde hat durch Verordnung 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 festzulegen. Diese Verordnung ist regelmäßig, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, zu überprüfen.

(2) Die Festlegung der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde hat unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften zu erfolgen.

(3) Beabsichtigt die Regulierungsbehörde sachliche oder räumliche Märkte festzulegen, die von denen in der Empfehlung der Europäischen Kommission abweichen, hat sie die in den §§ 128 und 129 vorgesehenen Verfahren anzuwenden.

§ 37 TKG 2003 – Marktanalyseverfahren

(1) Die Regulierungsbehörde führt von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 festgelegten relevanten Märkte durch. Ziel dieses Verfahrens ist nach der Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist, die Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen.

(2) Gelangt die Regulierungsbehörde in diesem Verfahren zur Feststellung, 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 46 oder nach § 47 Abs. 1 aufzuerlegen, wobei dem allfälligen Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Märkten 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 betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt. Bei Wegfall eines durch Verordnung festgelegten Marktes gemäß § 36 Abs. 1 entfallen auch die für diesen Markt auferlegten spezifischen Verpflichtungen.

(3) Stellt die Regulierungsbehörde auf Grund des Verfahrens fest, dass auf dem 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. 2 auferlegen; diesfalls stellt die Regulierungsbehörde durch Bescheid fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb herrscht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen auf diesem Markt bestehen, werden diese mit Bescheid aufgehoben. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt.

(4) 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. Die Absätze 1, 2, 3 und 5 sind sinngemäß anzuwenden.

(5) Dem Kartellgericht, dem Kartellobergericht, dem Bundeskartellanwalt sowie der Bundeswettbewerbsbehörde ist im Rahmen dieses Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

(6) Nutzer und Betreiber von Kommunikationsdiensten oder -netzen sind verpflichtet, in dem in § 90 festgelegten Umfang in den Verfahren nach § 36 und § 37 mitzuwirken.

(7) Die Regulierungsbehörde hat nach Abs. 2 bis 4 erlassene Bescheide zu veröffentlichen und eine Abschrift an die Europäische Kommission zu übermitteln.

(8) Partei im Marktanalyseverfahren ist jedenfalls das Unternehmen, dem gegenüber spezifische Verpflichtungen beibehalten, auferlegt, abgeändert oder aufgehoben werden.

(9) Parteien im Marktanalyseverfahren nach § 40 KOG sind ferner jene, die gemäß § 40 Abs. 2 KOG ihre Betroffenheit glaubhaft gemacht haben.

(10) § 40 Abs. 3 Z 1 KOG gilt mit der Maßgabe, dass das Edikt die Beschreibung des in der Verordnung nach § 36 Abs. 1 festgelegten und im gegenständlichen Verfahren zu analysierenden Marktes zu enthalten hat.

(11) 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.

§ 38 TKG 2003 – Gleichbehandlungsverpflichtung

(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 oder Dienste verbundener Unternehmen.

(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.

(4) Die Regulierungsbehörde kann Änderungen des Standardangebots zur Sicherstellung der gemäß § 37 Abs. 2 auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen.

§ 39 TKG 2003 – Transparenzverpflichtung

(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 sowie
5. Entgelte einschließlich Rabatte.

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

§ 40 TKG 2003 – Getrennte Buchführung

(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 oder 39 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.

§ 41 TKG 2003 – Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

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

(2) Dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht können insbesondere folgende Verpflichtungen auferlegt werden:

1. Gewährung des Zugangs zum Netz und zu entbündelten Teilen desselben;
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 Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Kabelkanälen und Schächten;
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, sowie
9. Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen.

(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;
2. Möglichkeit der Gewährung des Zugangs im Hinblick auf die verfügbare Kapazität;

3. *Anfangsinvestition des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken;*
4. *Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs;*
5. *gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum;*
6. *Bereitstellung europaweiter Dienste.*

§ 42 TKG 2003 – Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang

(1) Stellt die Regulierungsbehörde im Verfahren gemäß § 37 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. Darüber hinaus sind die Kosten und Risiken von Investitionen für neue Kommunikationsnetze 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.

§ 43 TKG 2003 – Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer

(1) Sofern die Regulierungsbehörde in einem Marktanalyseverfahren festgestellt hat, dass

1. *auf dem relevanten Endnutzermarkt kein Wettbewerb herrscht und*
2. *spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 nicht zur Erreichung der in § 1 Abs. 2 vorgegebenen Ziele führen würden, hat sie Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem Endnutzermarkt spezifische Verpflichtungen nach Abs. 2 oder 3 aufzuerlegen.*

(2) Spezifische Verpflichtungen nach Abs. 1 können insbesondere beinhalten, dass es dieses Unternehmen unterlässt,

1. *überhöhte Preise zu verlangen,*

2. den Eintritt neuer Marktteilnehmer zu behindern,
3. Kampfpreise zur Ausschaltung des Wettbewerbs anzuwenden,
4. bestimmte Endnutzer unangemessen zu bevorzugen oder
5. Dienste ungerechtfertigt zu bündeln.

(3) Spezifische Verpflichtungen nach Abs. 1 können auch beinhalten, dass die Regulierungsbehörde diesem Unternehmen geeignete Maßnahmen

1. zur Einhaltung von Obergrenzen bei Endnutzerpreisen oder,
2. zur Kontrolle von Einzeltarifen im Hinblick auf kostenorientierte Entgelte oder im Hinblick auf Preise von vergleichbaren Märkten auferlegt.

(4) Unternehmen, denen spezifische Verpflichtungen nach den vorangegangenen Absätzen auferlegt werden, haben hierzu Kostenrechnungssysteme einzusetzen, deren Format und anzuwendende Berechnungsmethode von der Regulierungsbehörde angeordnet werden kann. Die Einhaltung des Kostenrechnungssystems ist durch die Regulierungsbehörde oder eine von ihr beauftragte qualifizierte unabhängige Stelle zu überprüfen. Die Regulierungsbehörde hat sicher zu stellen, dass einmal jährlich eine Erklärung hinsichtlich der Übereinstimmung mit diesen Vorschriften veröffentlicht wird.

Wie oben dargestellt, beziehen sich die im Folgenden angeführten gesetzlichen Grundlagen daher – mit Ausnahme der Ausführungen zum Koordinationsverfahren nach § 129 TKG 2003 – auf die Rechtslage gemäß TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010 (TKG 2003).

4.2. Zugrundeliegende Marktdefinition – Relevanter Markt

Gemäß § 36 iVm § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 sowie nach Durchführung der in §§ 128 und 129 TKG 2003 vorgesehenen Verfahren der Konsultation und Koordination legte die KommAustria per Verordnung vom 27.04.2009 (Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2009 – RFMVO 2009) unter anderem den verfahrensgegenständlichen Vorleistungsmarkt „Markt für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ als einen der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten nationalen Markt fest.

Als nachgelagerter Schritt ist gemäß § 37 iVm § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 eine Marktanalyse durchzuführen. Verfügen ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht, und besteht somit kein effektiver Wettbewerb, sind diesem/diesen Unternehmen geeignete Verpflichtungen aufzuerlegen (sektorspezifische Regulierung).

Bei dem Verfahren zur Definition eines relevanten Marktes (§ 36 Abs. 2 bis 4 iVm § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003) und dem Verfahren der Marktanalyse (§ 37 iVm § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003) andererseits handelt sich dabei um zwei getrennte Verfahren. Deshalb ist dem Vorbringen der ORS, das im Zusammenhang mit dem – bereits durch die Erlassung der RFMVO 2009 abgeschlossenen – Verfahren nach § 36 iVm § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 steht, nicht näher zu treten bzw. dieses einer rechtlichen Würdigung zu unterziehen.

In diesem Zusammenhang ist ferner auf das Erkenntnis des VwGH zu den Zahlen 2010/03/0001 bis 0003 vom 19.04.2012 zu verweisen. Mit den im Instanzenzug ergangenen und von einer Partei des gegenständlichen Verfahrens angefochtenen Bescheiden hatte die KommAustria dieser Verfahrenspartei gemäß § 37 Abs. 6 iVm mit § 90 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 die Vorlage bestimmter Unterlagen aufgetragen. Die Vorlage der geforderten Unterlagen sollte (u.a.) der Durchführung des gegenständlichen Marktanalyseverfahrens hinsichtlich des gemäß der RFMVO 2009 als relevant festgelegten gegenständlichen Marktes dienen. Der VwGH bestätigte nun in seinem Erkenntnis einerseits, dass die seinerzeitigen gemäß § 37 Abs. 6 iVm § 90 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 ergangenen Bescheide der KommAustria zu Recht ergangen waren und äußerte sich andererseits zur Geltung der RFMVO 2009: Er führte aus,

dass die entsprechend der damaligen Rechtslage gemäß § 36 Abs. 2 TKG 2003 erfolgte Festlegung der relevanten Märkte durch die RFMVO 2009 unter „Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften“ getroffen wurde. Eine im Sinne des Vorbringens der beschwerdeführenden Partei "nicht richtlinienkonforme" Festlegung der relevanten Märkte in der RFMVO 2009 konnte er nicht erkennen. Der VfGH verwies dabei auf die bereits vom VfGH geprüfte und als richtlinienkonform befundene Telekommunikationsmärkteverordnung 2008, welche auf vergleichbarer gesetzlicher Grundlage erlassen worden war, und wies schlussendlich darauf hin, dass die Prüfung der Gesetzwidrigkeit einer Verordnung gemäß Art. 139 B-VG dem VfGH obliege. Gerade die im vorliegenden Fall erhobenen VfGH-Beschwerden, die auf eine Verordnungsprüfung abgezielt hatten, waren aber bereits erfolglos geblieben (VfGH 09.03.2011, B 1594/09-13). Allen Anträgen der ORS, die im Ergebnis auf eine Neudefinition des zugrundeliegenden Marktes abzielen, war daher aus den angeführten Gründen nicht näher zu treten.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass das Verfahren zur Festlegung relevanter Märkte gemäß § 36 TKG 2003 abgeschlossen und die entsprechende Verordnung in Kraft ist. Aus diesen Gründen war dem Antrag der ORS, die KommAustria möge die der "Überprüfung der Verordnung zu Grunde liegenden Daten" im gegenständlichen Verfahren zum Akt nehmen und der Antragstellerin Einsicht in diese Daten gewähren, nicht Folge zu leisten.

4.3. Das Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

Ziel eines Marktanalyseverfahrens gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 ist, nach der Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist, die Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen.

Gelangt die Regulierungsbehörde zu der Feststellung, dass auf dem jeweiligen 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 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen, wobei dem allfälligen Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Plattformen (zB SAT, CATV und digitale Terrestrik) im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgebotes bei der Wahl und Ausgestaltung der Verpflichtungen angemessene Rechnung zu tragen ist (vgl. § 37 Abs. 2 TKG 2003).

Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht, wo erst der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sanktioniert wird, ist im sektorspezifischen Wettbewerbsrecht bereits bei Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht die Auferlegung von spezifischen Auflagen möglich.

Stellt die Regulierungsbehörde demgegenüber fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb herrscht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, darf sie (mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 TKG 2003) keine Verpflichtungen gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegen; diesfalls stellt die Regulierungsbehörde durch Bescheid fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb herrscht.

4.4. Parteistellung

Die Parteistellung der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG gründet sich auf § 37 Abs. 8 TKG 2003. Die Parteistellung der ORS comm GmbH & Co KG ergibt sich aus der Tatsache, dass sie angesichts ihrer potenziellen Stellung als Verpflichtete dieses Bescheides ohne Zweifel ein rechtliches Interesse (§ 8 AVG) am Ausgang dieses Verfahrens besitzt. Aufgrund der Stellungnahme der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG vom 02.10.2011, 6.300/11-007, wurde auch die ORS comm GmbH & Co KG

(Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG, gemeinsam „ORS“) mit Schreiben der KommAustria vom 19.10.2011, 6.300/11-052, in das Verfahren miteinbezogen.

Dem Antrag der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG vom 02.10.2011, der ATV Privat TV GmbH & Co KG im gegenständlichen Verfahren die Zuerkennung von Parteienrechten zu verwehren, war angesichts des von der ATV Privat TV GmbH & Co KG nachgewiesenen rechtlichen Interesses nicht zu folgen. Da die ATV Privat TV GmbH & Co KG auf dem verfahrensgegenständlichen Markt ein potentieller Nachfrager der marktgegenständlichen Leistungen ist, ist das Interesse der ATV Privat TV GmbH & Co KG betreffend den Ausgang dieses Verfahrens ohne Zweifel gegeben.

Überdies hat die ATV Privat TV GmbH & Co KG binnen sechs Wochen nach dem am 21.02.2011 veröffentlichten Edikt gemäß § 40 KOG ihre Betroffenheit von der gegenständlichen Entscheidung dargetan, und an der mündlichen Verhandlung am 14.06.2012 teilgenommen und Vorbringen erstattet.

Damit ist die ATV Privat TV GmbH & Co KG Partei im gegenständlichen Verfahren. Die Parteistellung der ATV Privat TV GmbH & Co KG gründet sich auf § 37 Abs. 9 TKG 2003 iVm § 40 Abs. 2 KOG.

Alle früher im Verfahren beteiligten Unternehmen haben aufgrund eingetretener Präklusion aufgrund ihrer Nichtteilnahme an der mündlichen Verhandlung am 14.06.2012 (die P3-Kabelnews GmbH sowie die Ortsantennenbau Außerfern GmbH & Co KG) ihre Parteistellung verloren.

4.5. 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 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 von dem 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 vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0088).

Die Europäische Kommission hält in ihren SMP-Leitlinien 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 (Rz. 70, 71 der Leitlinien). Wörtlich heißt es in den SMP-Leitlinien: *„Bevor diese neue Definition ex ante angewendet werden kann, ist jedoch die Methode zur Ermittlung der Marktmacht anzupassen. Bei der ex-ante Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung von Artikel 82 [Anm.: nunmehr Art. 102 AEUV] im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung. Da Beweise oder Aufzeichnungen über vergangenes Verhalten oftmals fehlen dürften, muss sich die Marktanalyse hauptsächlich auf Prognosen stützen. [...]“* (vgl. hierzu ebenso: VwGH vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0088).

Gemäß der 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 vom 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.“*

Hinsichtlich der spezifischen Site Sharing-Bestimmung in § 8 ORF-G, BGBl. I Nr. 50/2010 (nunmehr: idF BGBl. I Nr. 15/2012), ist auszuführen, dass diese dem Wortlaut nach den ORF zur Bereitstellung seiner Sendeanlagen zur Mitbenutzung durch private Rundfunkveranstalter verpflichten. § 8 ORF-G lautet wie folgt:

Mitbenutzung der Sendeanlagen

§ 8. (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.

(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.

(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.

§ 8 ORF-G ermöglicht nur teilweise die Verpflichtung des Österreichischen Rundfunks und seiner Tochtergesellschaften. Insbesondere die mit diesem Bescheid auferlegten Verpflichtungen zur Legung eines Standardangebots, die Auferlegung einer Entgeltkontrolle auf Basis der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung sowie die Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Führung eines Kostenrechnungssystems bzw. der getrennten Buchführung könnten nicht auf § 8 ORF-G gestützt werden. Das Vorbringen der ORS, wonach die Erlassung des gegenständlichen Bescheids unzulässig wäre, da die ORS bereits einer Art sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht unterliegen würde, ist bereits nach der Rechtsprechung des Bundeskommunikationssenates (GZ 611.188/0001-BKS/2007 vom 29.01.2007) nicht zutreffend.

4.5.1. 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 2.2.3) war daher die Frage zu klären, ob bzw. inwieweit der ORS comm GmbH & Co KG ebenfalls jene spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 37 TKG 2003 aufzuerlegen sind, wie sie auch der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG mit diesem Bescheid auferlegt werden.

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, BGBl. I Nr. 61/2005 idF BGBl. I Nr. 13/2013). 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 dann gerechtfertigt, wenn sie

geeignet ist, die Umgehung einer Verpflichtung durch den eigentlichen Adressaten zu unterbinden. Eine andere Auslegung würde 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 1.) der Alleineigentümerschaft der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG an der ORS comm GmbH & Co KG, 2.) der identen Geschäftsbereiche beider ORS-Gesellschaften und der Tatsache, dass das Geschäftsfeld der ORS comm GmbH & Co KG von dem der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG umfasst wird, 3.) dem Inhalt der Übergabvereinbarung zwischen den beiden erwähnten ORS-Gesellschaften (im Wesentlichen idente Geschäftsfelder) sowie 4.) der Geschäftsführeridentität bei der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG und der ORS comm GmbH & Co KG erscheint es 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. Beurteilung der Wettbewerbssituation am Vorleistungsmarkt „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“

Gemäß § 35 Abs. 2 TKG 2003 ist beträchtliche Marktmacht anhand einer Reihe von Kriterien festzustellen. Nachstehend erfolgt daher eine rechtliche Würdigung der im Sachverhalt zu Punkt II 2.3. getroffenen Feststellungen zu den einzelnen und für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht als bedeutend identifizierten Indikatoren.

4.6.1. 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, 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.

Gemessen an den Umsätzen aus Vermietung betrug der Marktanteil der ORS im Jahr 2010 am gegenständlichen Markt konstant 100 %. Auch unter Berücksichtigung von intern

erbrachten Leistungen ist die ORS das bei weitem größte Unternehmen am gegenständlichen Markt.

Weiters verfügt aktuell die ORS als einziges Unternehmen über ein bundesweit flächendeckendes Sendernetz für Rundfunkverbreitung.

Auch der VwGH geht zwar davon aus (VwGH 25.06.2008, Zl. 2007/03/0211), 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.

Die ORS brachte in der Verhandlung am 14.06.2012 vor, dass sie aufgrund des gesetzlichen Versorgungsauftrags des ORF gezwungen sei, ein bundesweit flächendeckendes Sendernetz aufrecht zu erhalten. Diese – zutreffende – Aussage stellt allerdings keinen rechtlichen Grund dar, warum dieses Sendernetz nicht von der Wettbewerbsregulierung dieses Verfahrens umfasst sein darf, ist es ja die ORS selbst, die dieses ihr Sendernetz auch für kommerzielle Aktivitäten nutzt, um Umsätze zu generieren.

4.6.2. Zum Indikator „Marktzutrittschranken“

Die Liste der Kriterien für alleinige beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003) nennt die „Höhe von Marktzutrittschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator; zudem werden „Marktzutrittschranken“ in Rz. 80 der SMP-Leitlinien 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 Marktzutrittschranken: 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 Marktzutrittschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl. EuGH Rs 6/72 – Continental Can/Kommission, Slg 1973, Rz. 215).

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

Eine Betrachtung der festgestellten strukturell und rechtlich bedingten Marktzutrittschranken ergibt, dass die Marktzutrittschranken für die Errichtung kleiner Standorte zwar vorhanden sind, insgesamt jedoch als eher gering eingestuft werden können. Demgegenüber existieren kaum Alternativen zu den großen und exponierten Senderstandorten 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 Marktzutrittschranken.

Da es aus Sicht der KommAustria bei einer bundesweiten Marktdefinition unvermeidbar ist, nicht in gewisser Weise auf „Durchschnittsgegebenheiten“ abzustellen, ist es auch rechtlich nicht zu beanstanden, wenn im Einzelfall die Selbsterrichtung von Senderstandorten zu wirtschaftlichen Bedingungen möglich sein sollte. 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 (VfGH 23.02.2007, ZI. 2006/12/0109). 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, ZI. 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, ZI 2008/03/0116, 0118 bis 0120, mit Kritik an der „Regionalisierung der Regulierung“ in der Marktanalyse bei zugrunde liegender nationaler Marktdefinition). Diese Fragen sind jedoch im gegenständlichen Marktanalyseverfahren nicht mehr zu klären, da sie bereits Gegenstand der Marktdefinition durch den Verordnungsgeber waren. Das Vorbringen der ORS zielt eher darauf ab, die Marktdefinition in gegenständlicher Vollziehungshandlung erneut zum Gegenstand der Entscheidung zu machen. Es ist daher auf das bereits oben in Punkt II 4.2. zur zugrundeliegenden Markttabgrenzung Gesagte hinzuweisen.

Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass das von der ORS in ihren Stellungnahmen mehrfach und unter verschiedenen Titeln (Duplizierbarkeit von Großsenderstandorten, Substituierbarkeit einzelner Standorte, Vorliegen von Wettbewerbsproblemen) eingeforderte Abstellen auf eine möglichst kleinräumige Betrachtung eine mit einem derart hohen Aufwand verbundene Prüfung der Gegebenheiten vor Ort zwingend zur Folge hätte, dass der ORS bei der Bereitstellung der dafür notwendigen Daten unverhältnismäßig hohe finanzielle Aufwände entstehen würden.

Der Marktmachtindikator Marktzutrittschranken spricht somit für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht durch die ORS.

4.6.3. 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 unter Punkt II 2.3.3. der Feststellungen dargestellt, können am gegenständlichen Markt offensichtlich kleine Senderstandorte in vielen Fällen selbst errichtet werden, 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 Standorten, in Einzelfällen können jedoch auch große Standorte replizierbar sein und kleinere nicht. Auch hier ist auf das oben zu Punkt II 4.6.2. zum Thema „Durchschnittsbetrachtung“ Gesagte hinzuweisen.

Die ORS kritisierte, dass das „Regulierungsobjekt“ unklar bleiben würde und behauptete, dass letztlich auf Basis von Sendegeräten reguliert würde und der Sendegerätemarkt keiner Regulierung bedürfe. Im Folgenden wurde kritisiert, dass der Zugang zu Sendemasten als Wettbewerbsproblem identifiziert würde, und argumentiert, dass bei einer derartigen Abgrenzung alle alternativen Standorte beziehungsweise Masten, also beispielsweise auch jene von A1 Telekom Austria AG, in die Analyse einzubeziehen wären.

Der gegenständliche Markt umfasst den Zugang zu Sendeanlagen und die Verbreitung von digitalem terrestrischem Fernsehen zum Endkunden im Sinne einer „point to multipoint Übertragung“, nicht jedoch die Zubringung des Signals vom Studio des Programmveranstalters zur Sendeanlage. Anbieter auf dem so definierten Markt sind jene Unternehmen, die den Zugang zu Sendeanlagen zur digitalen terrestrischen Verbreitung von TV-Signalen zum Endkunden anbieten. Nachfrager sind Multiplex-Betreiber, die die Übertragung der von ihnen zu digitalen Datenströmen gebündelten Fernsehprogramme zum Endkunden beanspruchen. Nachgefragt wird also der Dienst der Signalübermittlung zum Endkunden mittels digitaler terrestrischer Übertragungstechnologie.

Damit sollte nach Ansicht der KommAustria klar zum Ausdruck kommen, dass weder auf Basis von Sendegeräten noch auf Basis von Standorten reguliert wird, sondern dass für die Übertragung von digitalem terrestrischem Fernsehen zum Endkunden sowohl der Zugang zu einem Sendemasten als auch eine Übertragungseinrichtung erforderlich sind. In die Analyse waren daher richtigerweise nur jene Unternehmen einzubeziehen, die genau diese Übertragungsdienste gewerblich anbieten. Infrastruktureigentümer wie A1 Telekom Austria AG oder Energieversorgungsunternehmen zählen damit nicht dazu. Dem diesbezüglichen Vorbringen war daher nicht näher zu treten.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die ORS in vielen Fällen – vor allem bei großen, leistungsstarken Anlagen an exponierten Standorten – die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur im Sinne von § 35 Abs. 2 Z 12 TKG 2003 ausübt.

4.6.4. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

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.

Eine Analyse des gegenständlichen Marktes zeigt, dass es bei kleineren Senderstandorten in den meisten Fällen Alternativen zu ORS-Standorten gibt, wodurch sich die nachfrageseitige Gegenmacht in diesem Segment des Vorleistungsmarktes tendenziell erhöht, da die Möglichkeit zur Eigenerrichtung bzw. internen Leistungserbringung besteht bzw. auch Wettbewerb zwischen mehreren Anbietern stattfinden kann. Hingegen ist nur ein geringes Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht in Bezug auf jene Senderstandorte zu erkennen, die aufgrund ihrer Größe und Exponiertheit nicht oder nur schwer zu duplizieren sind. Eine Gesamtbewertung zeigt somit, dass das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht unterschiedlich hoch ist, je nachdem, um welche Art von Senderstandort es sich im konkreten Fall handelt. Angesichts der festgestellten Marktanteile der privaten Multiplex-Betreiber liegt jedoch insgesamt nur sehr geringe nachfrageseitige Gegenmacht vor. Der Zusammenschluss der privaten Fernsehveranstalter im Rahmen des VÖP führt nicht zu einer Änderung der wirtschaftlichen und rechtlichen Bewertung dieses Kriteriums, zumal direkte Nachfrager die Betreiber von Multiplex-Plattformen sind, die nur zu einem kleinen Teil mit den Fernsehveranstalter ident sind.

Dieser Marktmachtindikator spricht daher ebenfalls für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der ORS.

4.6.5. Zum Indikator „Preissetzung bzw. Entgelte“

Die Möglichkeit, Preise nachhaltig über dem Wettbewerbsniveau (bzw. dem Preisniveau der Mitbewerber) zu halten (überhöhte Preise), ist ein wesentliches Indiz für Marktmacht, das unter § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 zu subsumieren ist.

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.

Dem Antrag der ORS vom 03.10.2011, die KommAustria möge gutachterlich prüfen lassen, ob und in welchem Ausmaß die im Erstgutachten festgestellten Preise und Preisdiskrepanzen sich zum Nachteil der Endnutzer auswirken, wurde mit der Beauftragung des Ergänzungsgutachtens entsprochen. Eine genaue Betrachtung der ORS-Kostenrechnung ergibt, dass die Summe der Erlöse der Summe der Kosten des regulierten Bereichs entspricht.

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

Da der ORF mit den privaten Nachfragern, welche auf die Leistungen seiner Tochtergesellschaft ORS angewiesen sind, am Endkundenmarkt im Wettbewerb steht, bestehen für die ORS grundsätzlich ökonomische Anreize, private Nachfrager gegenüber dem ORF zu benachteiligen, solange der ORF einen signifikanten Anteil an der ORS hält. Dies kann 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 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.

In ihrer Argumentation, es hätte in den vergangenen fünf Jahren keine Anlassfälle für diskriminierende Verhaltensweisen gegeben, übersieht die ORS, dass es im Rahmen der ex-ante Regulierung primär auf das prognostizierte Vorliegen von Anreizen des marktmächtigen Unternehmens zur verpönten Schlechterbehandlung von Wettbewerbern ankommt, und nicht darauf, ob private Nachfrager, die möglicherweise Retorsionsmaßnahmen zu fürchten haben, Verfahren vor der Regulierungsbehörde angestrengt haben oder nicht. Daraus abzuleiten, dass die Preise als „nicht überhöht empfunden werden“ ist daher unzulässig. Beurteilungsmaßstab ist die Frage, ob die Preise der ORS tatsächlich überhöht sind oder Anreize für das Setzen überhöhter Preise bestehen. Die Feststellungen haben gezeigt, dass für das regulierte Geschäftsfeld insgesamt weder eine Kostenüber- noch eine -unterdeckung vorliegt, die ORS dennoch theoretisch in der Lage ist, Preisdiskriminierung zwischen dem mit ihr gesellschaftsrechtlich verbundenen ORF und verschiedenen privaten Nachfragern zu betreiben. Für die ORS bestehen auf dem gegenständlichen Markt Anreize, überhöhte und/oder diskriminierende Entgelte zu verrechnen.

Der Indikator „Preissetzung bzw. Entgelte“ spricht im Ergebnis für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der ORS.

4.6.6. 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 von beträchtlicher Marktmacht am vorliegenden Markt insofern einen relevanten Parameter, als vertikale Integration in entscheidendem Maße die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Konkurrenten bestimmt.

Solange der ORF als Mehrheitseigentümer 60 % Anteil an der ORS hält und folglich beherrschenden Einfluss auf die ORS hat, sind ORF und ORS als vertikal integrierte Unternehmen zu betrachten. Aus ökonomischer Sicht ist folglich für die ORS ein Anreiz dazu gegeben, Zugang zu ihren schwer duplizierbaren Standorten für private Nachfrager 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.

In der mündlichen Verhandlung am 14.06.2012 brachte die ORS vor, dass es ihr aufgrund des Minderheiteneigentümers Medicur Sendeanlagen GmbH, der ein Interesse an einer rechtskonformen Ausübung der Geschäftstätigkeit der ORS-Gesellschaften habe, verunmöglicht werde, die beschriebenen Anreize zu wettbewerbswidrigem Verhalten auch auszureizen. Dies ist nicht gänzlich schlüssig, da letztlich auch der Minderheitseigentümer von einer durch die vertikale Integration bewirkten Besserstellung am Markt profitieren würde.

Nach Auffassung der ORS handle es sich bei der Aussage, dass aufgrund der vertikalen Integration Anreize dazu bestehen, anderen Unternehmen den Zugang zu ihren Anlagen zu verweigern oder diese bei deren Nutzung zu benachteiligen, um spekulative Vorhalte seitens der Gutachter ohne jede objektivierbare Rechtfertigung, die nicht in die Entscheidung über das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht einfließen dürften. Insbesondere sei nicht nachgewiesen worden, ob der ORF überhaupt durch entsprechende Maßnahmen Vorteile erlangen könnte.

Dazu ist auszuführen, dass gemäß den Rz. 70 und 75 der SMP-Leitlinien die Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht durch ein Unternehmen auf einer vorausschauenden Marktanalyse beruht. Die nationalen Regulierungsbehörden sind bei der ex-ante Wettbewerbsanalyse grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen, als eine Wettbewerbsbehörde bei der ex-post-Anwendung von Artikel 102 AEUV im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung. Bei der ex-ante Regulierung ist die Regulierungsbehörde häufig auf Prognosen angewiesen. Überdies muss keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung festgestellt werden, um ein Unternehmen als solches mit beträchtlicher Marktmacht zu qualifizieren (vgl. hierzu Fn. 73 zu Rz. 70 der SMP-Leitlinien).

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

4.6.7. Sonstige Indikatoren

Die weiteren in § 35 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Indikatoren für beträchtliche Marktmacht (Z 4: Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität; Z 5: Marktphase; Z 6: technologiebedingter Vorsprung; Z 7: Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation; Z 11: Zugang zu Finanzmitteln) haben angesichts der Tatsache, dass die Eigenbereitstellung (Selbsterrichtung und -erbringung der Signalübertragung) die primäre Alternative zum Sendernetz der ORS am gegenständlichen Markt darstellt, kaum eine Bedeutung. Der hier in Frage stehende Vorleistungsmarkt benötigt etwa keine aufwändige Verkaufs- oder

Vertriebsorganisation (Z 7), sodass auch kaum Vorteile aus der Verkaufs- oder Vertriebsorganisation gezogen werden könnten. Da auch die Übertragungstechnologie standardisiert und allgemein zugänglich ist, verfügt kein Unternehmen über einen relevanten technologiebedingten Vorsprung (Z 6), der das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht nahe legen könnte.

Die „Sonstigen Indikatoren“ tragen daher zur Beantwortung der Frage über das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der ORS kaum bei.

4.6.8. 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 kommerzielle Nachfrager 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. Für potenziell neu in den Markt eintretende Anbieter von Übertragungsdiensten wirken weiters nachfrageseitige Wechselkosten aufgrund von vertraglichen Bedingungen als erhebliche Markteintrittsschranken. Schließlich spricht die ubiquitäre Präsenz der ORS mit eigener Infrastruktur für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht durch die ORS. Infolge der festgestellten vertikalen Integration von ORS und ORF verfügt die ORS über Anreize zu antikompetitivem Verhalten. Nachfrageseitige Gegenmacht besteht 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 Nachfrager ist insgesamt wenig nachfrageseitige Gegenmacht vorhanden.

Die ORS stellt in Zusammenhang mit der Ermittlung beträchtlicher Marktmacht in Abrede, dass im Erstgutachten auch jene Kriterien bedacht worden seien, die gegen das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht sprächen, ohne allerdings konkret anzuführen, welche Kriterien ihrer Auffassung nach unberücksichtigt geblieben wären. Wie jedoch aus dem festgestellten Sachverhalt und der rechtlichen Würdigung hervorgeht, wurden jene Faktoren, die das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht relativieren können, durchaus einbezogen. So wurde klar festgehalten, dass das Vorhandensein von Markteintrittsschranken im Einzelfall unterschiedlich sein kann und auch nicht in Abrede gestellt, dass das Vorhandensein von Markteintrittsschranken mit der Größe des Standorts korrelieren kann.

Dennoch sprechen nach all den dargestellten Überlegungen die Kriterien insgesamt für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht durch die ORS.

4.7. Schlussfolgerung

Das Fehlen des erforderlichen Wettbewerbs am Vorleistungsmarkt „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“

führt ohne Regulierung unter Zugrundelegung der untersuchten Indikatoren potenziell zum Auftreten von Wettbewerbsproblemen. Die potenziellen Wettbewerbsprobleme am gegenständlichen Vorleistungsmarkt liegen vor allem in der Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern, der Errichtung von Markteintrittsschranken für potenzielle Konkurrenten und vertikaler Marktmachtübertragung auf benachbarte Märkte.

4.8. Spezifische Verpflichtungen

Auf dem gegenständlichen Markt treffen die ORS aktuell keine spezifischen Verpflichtungen nach dem TKG 2003. Die ORS unterliegt allerdings Verpflichtungen nach dem ORF-Gesetz (§ 8 ORF-G). Im Folgenden wird erläutert, welche der gesetzlichen Regulierungsinstrumente nach TKG 2003 als Ergebnis der gegenständlichen Marktanalyse zur Erreichung der Regulierungsziele am besten geeignet sind.

4.8.1. Auswahlkriterien für Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2003

Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, sind geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Dabei können auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt 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 „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ um einen Vorleistungsmarkt handelt, sind die Bestimmungen in den §§ 43 bis 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, 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. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass jeweils nur das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel angewendet werden darf (vgl. hierzu *Feiel/Lehofer*, Praxiskommentar zum Telekommunikationsgesetz 2003, Wien 2004, zu § 34 Abs. 1 TKG 2003).

Auch 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), einem Beratungsgremium der Europäischen Kommission (eingerrichtet mit Beschluss Nr. 202/627/EG vom 29.07.2002, ABI. L 200/38, 30.07.2002) in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und 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 marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten, etwa durch Gewährung von Zugang für alternative Betreiber, verhindert werden muss. Kann angenommen werden, dass diese Infrastruktur von anderen Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums repliziert werden kann, so soll gemäß dem dritten Prinzip durch die Anwendung von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb gefördert werden. Das vierte Prinzip besagt schließlich, dass Regulierungsinstrumente so gestaltet sein sollten, dass sie anreizkompatibel sind, also der Anreiz zur Einhaltung von Regulierungsmaßnahmen größer sein soll, als der Anreiz zu deren Umgehung.

4.8.2. Zu den auf dem Vorleistungsmarkt „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ auferlegten spezifischen Verpflichtungen

Ausgehend von den identifizierten Wettbewerbsproblemen sowie unter Bezugnahme auf die Regulierungsziele des TKG 2003 und des europäischen Rechtsrahmens (Review 2009) 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 definiert und werden ihre spezifischen Verpflichtungen nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 auferlegt.

4.8.3. Verpflichtung zur Gewährung von Zugang zu Standorten bzw. Sendeanlagen der ORS 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 GP XXII, zu § 41 TKG 2003; vgl. auch *Feiel/Lehofer*, Praxiskommentar zum TKG 2003, zu § 41).

Ziel einer 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 unterstützendes Regulierungsinstrument in Betracht zu ziehen.

Das festgestellte Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom gegenständlichen Markt 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 unter Punkt II 2.3.3.), erscheint eine Zugangsverpflichtung notwendig sowie das einzig effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu fördern.

Die ORS hat bei zumutbarer Nachfrage Zugang zu ihren Standorten bzw. Sendeanlagen zu gewähren bzw. den Dienst „Digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen 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 Erwägungsgrund 19 der Zugangsrichtlinie (RL 2002/19/EG), 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. Dies bedeutet konkret, dass private Nachfrager nicht verpflichtet werden dürfen, etwa die Signalzubringung oder eine Senderreserve von der ORS zu beziehen, wenn diese Leistungen nicht explizit nachgefragt werden. Weiters darf der Nachfrager (im Rahmen der technischen Möglichkeiten) insbesondere auch nicht dazu verpflichtet werden, eine Sendeanlage mit höherer Leistung, als benötigt, zu beziehen.

Ebenso inkludiert die auferlegte Zugangsverpflichtung die Möglichkeit, bei zumutbarer Nachfrage, Zugang zu einem Standort zu begehren und den Dienst der Signalübertragung selbst zu erbringen.

Gemäß dem Entbündelungsgrundsatz soll es nicht der ORS vorbehalten sein, darüber zu entscheiden, ob sie eine bestimmte Sendeanlage selbst beschafft und für den privaten Nachfrager betreibt oder ob sie lediglich Zugang zu ihren Standorten gewährt und der private Nachfrager dort seine eigene Sendeanlage selbst betreiben kann. Zu beachten ist dabei, dass die Verpflichtung zur Gewährung von Zugang zur Netzinfrastruktur gemäß § 41 Abs. 3 Z 1 und Z 2 TKG 2003 jeweils nur durch die technische Machbarkeit (z.B. Statik des Antennentragemastes, Windlast des Tragwerks u.v.m.) oder Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Netzwerintegrität restringiert ist. Dementsprechend wird angeordnet, dass der Rundfunkveranstalter eigene (Sende-)Technik verwenden kann.

Die Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist geeignet, den Zugang zu einem entsprechenden Vorleistungsprodukt am gegenständlichen Markt zu erzwingen.

4.8.4. Verpflichtung zur Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003

Probleme einer möglichen Anhebung der Preise über Kosten und einer Preisdiskriminierung (externe Bereitstellung zu höheren Preisen als interne Bereitstellung) 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 § 37 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 § 37 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. 2 TKG 2003 sind, das konkret festgestellte wettbewerbliche Defizit zu beseitigen. Würde § 42 TKG 2003 lediglich einzelne konkret vorgegebene Methoden zu 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. Erwägungsgrund 20 der Zugangsrichtlinie weist darauf hin, dass Art. 16 der genannten Richtlinie (§ 42 TKG 2003 setzt diesen 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 zeigt, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich aktuell nicht wettbewerbswidrig verhalten muss, damit die Regulierungsbehörde eine Entgeltkontrolle auferlegen kann. 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 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 Eigentümers ORF auf den nachgelagerten Märkten durch Preisdiskriminierung am Vorleistungsmarkt zu benachteiligen.

Beide Voraussetzungen für die Auferlegung einer Vorabverpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 sind somit gegeben.

Verglichen mit anderen Instrumenten ist die mit diesem Bescheid 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. Zu berücksichtigen war die Tatsache, dass die ORS bereits derzeit über ein adäquates Kostenrechnungssystem als unabdingbare Voraussetzung für die Berechnung kostenorientierter Entgelte verfügt.

Die in Spruchpunkt 2.2. auferlegte Verpflichtung, wonach die Berechnung der Kosten der ORS 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) aufgestellten Regeln zu erfolgen hat, erfolgte zur Konkretisierung des Begriffes „Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung“. Damit wird es der ORS vor dem Hintergrund des Bestimmtheiterfordernisses eines Leistungsbefehls ermöglicht, ihr Kostenrechnungssystem bescheidkonform zu gestalten.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach einer angemessenen Risikoabgeltung für das eingesetzte Kapital der ORS. Diese Risiken können im Zusammenhang mit der Prognoseunsicherheit insbesondere bezüglich der Marktnachfrage und der am Markt erzielbaren Erlöse sowie der Höhe einmaliger und laufender Kosten stehen.

Zur Höhe des zulässigen Kapitalkostenzinssatzes ist auf Erwägungsgrund 6 der Kostenrechnungsempfehlung zu verweisen. Dieser lautet: „Verbindlich vorgeschriebene Kostenrechnungssysteme und Methoden der getrennten Buchführung, die insbesondere als Grundlage für Preiskontrollen dienen, müssen so beschaffen sein, dass sie Anreize für wirksame Investitionen bieten, sowie potenziell wettbewerbswidriges Verhalten (vor allem die Preis-Kosten-Schere) aufzeigen helfen.“ Dies erfordert die Berücksichtigung einer angemessenen Kapitalverzinsung des zur Leistungserstellung notwendigen Kapitals in der Kostenrechnung. Zur Berücksichtigung des Risikos und der marktüblichen Verzinsung des eingesetzten Kapitals eignet sich der Ansatz des Weighted Average Cost of Capital (WACC), der auch von der European Regulators Group empfohlen wird. Der für das Jahr 2010 zur Anwendung gelangende Kapitalkostenzinssatz von 10 % (basierend auf

Kostenrechnungsdaten des Jahres 2010) erscheint gemäß dem erstellten Ergänzungsgutachten als angemessen, da im Rahmen der europäischen Regulierung liegend.

Die in Spruchpunkt 2.2.2. vorgesehene Verpflichtung, jährlich spätestens zum 31. Mai (bzw. im Jahr 2013 binnen zwei Monaten ab Zustellung dieses Bescheides) 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 2.2.2. 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 des § 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 2.4.2.) auf diesen Rhythmus abgestellt.

Um Kostenüber- oder -unterdeckungen zu vermeiden, müssen die Entgelte für die marktgegenständlichen Leistungen den dafür jeweils aktuell ausgewiesenen Kosten entsprechen und für alle Nachfrager 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 (siehe Spruchpunkt 2.4.1.; näher dazu unten zu Punkt II 4.8.6).

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.

Insbesondere wird mit der gegenständlichen Verpflichtung keine Einteilung in bestimmte Leistungsklassen vorgegeben. Die Entgeltkontrolle in der angeordneten Form lässt zudem der ORS trotz festgestellter 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.

4.8.4.1. Zu dem im Einsatz befindlichen Kostenrechnungssystem der ORS

Da im Zuge des Verfahrens von der ORS mehrfach vorgebracht wurde, dass das im Einsatz befindliche Kostenrechnungssystem nicht zur Kalkulation kostenorientierter Entgelte geeignet sei und insofern die Auferlegung einer Verpflichtung zur Anwendung kostenorientierter Entgelte aufgrund des bei (Erst)Einführung eines geeigneten Kostenrechnungssystems entstehenden Aufwandes überschießend und unverhältnismäßig sei, war nach Inbetriebnahme des derzeitigen Kostenrechnungssystems zu prüfen, inwieweit das derzeit von der ORS in Verwendung befindliche Kostenrechnungssystem die Kostenrechnungsempfehlung der Europäischen Kommission erfüllt. Es hat sich gezeigt, dass jedenfalls zwei von dreizehn Punkten der erwähnten Kostenrechnungsempfehlung nicht erfüllt sind. Auch insoweit ist die Verpflichtung nach Spruchpunkt 2.5. erforderlich.

4.8.5. Zur auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003

Durch Sicherstellung des Zugangs zu schwer replizierbarer Infrastruktur sowie durch die Festsetzung eines Zugangspreises auf Basis kostenorientierter Entgelte werden zwar grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen am nachgelagerten Markt geschaffen, 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, 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 dieser 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 ihrer „(Groß)Muttergesellschaft“, dem Österreichischem Rundfunk, Vorteile auf den nachgelagerten Märkten zu verschaffen. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 erforderlich, die sich auf alle notwendigen, mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundenen Parameter bezieht.

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

Das zu legende Standardangebot soll wie bereits bisher den Regelfall für den Zugang zu Standorten bzw. Sendeanlagen abdecken und entsprechend der in Spruchpunkt 2.4.2.

aufgelegten Verpflichtung regelmäßig auf die Kostendaten des unmittelbar vorangegangenen Kalenderjahres aktualisiert werden. Vom Standardangebot abweichende Leistungen sollten gegebenenfalls im Einzelfall durch die Regulierungsbehörde nach dem Maßstab der Zumutbarkeit geprüft werden. Das Standardangebot ist von der ORS zu veröffentlichen.

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 sollte die ORS binnen zwei Monaten nach In-Kraft-Treten des Maßnahmenbescheides ein Standardangebot in leicht zugänglicher Form auf ihrer Homepage 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 2.4.1.), widrigenfalls ein außerordentliches Kündigungsrecht des Nachfragers anzunehmen sein wird. Demzufolge 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 ORS selbst hat sich nicht gegen eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ausgesprochen.

Die Veröffentlichung eines Standardangebotes hat auch in diesem Fall den Zweck, die Transaktionskosten der Vorleistungsbezieher zu verringern. Die ORS hat daher ein entsprechendes Angebot mit den erforderlichen, in Spruchpunkt 2.4. angeordneten Mindestinhalten zu veröffentlichen. Das Standardangebot und damit auch die angebotenen Entgelte werden von der KommAustria im Gefolge der jährlich gemäß § 42 Abs. 3 TKG 2003 durchzuführende Überprüfung der Anwendung der vorgeschriebenen Kostenrechnungsmethode zeitnah gemäß § 38 Abs. 4 TKG 2003 zu überprüfen sein.

4.8.7. 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 Zugangsrichtlinie).

Durch die Gliederung der Erlöse und Kosten können Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden. Die ORS könnte andernfalls einen Anreiz haben, z.B. gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen. Werden einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem oder mehreren Märkten Verpflichtungen zur getrennten Buchführung auferlegt, so können diese Verpflichtungen

nach Erwägungsgrund 5 der Empfehlung der 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) auch für Märkte gelten, auf denen dieses Unternehmen nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt, damit zB 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 "separate accounts" 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. Parameter zur Ermittlung der Kapitalkosten sind nach der Methode der WACC darzustellen.

Da der ORF die Sendetechnik bis zur Ausgliederung in die ORS zum 01.01.2005 bereits als eigenen Unternehmensbereich führte und eine entsprechende Verpflichtung – wenn auch betreffend den Markt für „analoge terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ – bereits mit Bescheid des BKS vom 29.01.2007, GZ 611.188/0001-BKS/2007, auferlegt wurde, ist auch nunmehr davon auszugehen, dass dieses Regulierungsinstrument ohne gravierende zusätzliche Kosten für die ORS umgesetzt werden kann.

Der in Spruchpunkt 2.2.2. 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 Ansicht der KommAustria geeignet, um unerlaubte Quersubventionierung zu verhindern.

4.9. Bestehende Verträge

Nach der Rechtsprechung des Bundeskommunikationssenates (vgl. BKS 29.01.2007, 611.189/0001-BKS/2007) bietet das TKG 2003 keine ausdrückliche Ermächtigung in

bestehende Verträge einzugreifen. Es war daher auszusprechen, dass soweit sich aus den Spruchpunkten 2.1. – 2.5. Verpflichtungen ergeben, die sich auf vertragliche Vereinbarungen auswirken, diese nur auf Verträge Anwendung finden, die nach Zustellung dieses Bescheides abgeschlossen werden.

4.10. 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). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungshandlungen gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und die Marktanalyse betreffen (§129 Abs. 1 Z 2 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Verfügung zu stellen (Koordination).

Die vorliegende Anordnung gemäß §§ 37 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.

Der Verpflichtung nach § 37 Abs. 5 TKG 2003, wonach dem Kartellgericht, dem Kartellobergericht, dem Bundeskartellanwalt sowie der Bundeswettbewerbsbehörde im Rahmen dieses Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, wird durch die Miteinbeziehung der genannten Institutionen in das Verfahren nach § 128 TKG 2003 nachgekommen.

Am 05.04.2013 wurde die nationale Konsultation des Entwurfs der Vollziehungshandlung der KommAustria hinsichtlich des Vorleistungsmarktes für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden gemäß § 128 TKG 2003 eingeleitet. Im Zuge des Konsultationsverfahrens wurde der Maßnahmenentwurf für die Dauer von vier Wochen auf der Website der Regulierungsbehörde öffentlich zugänglich gemacht sowie auch der Bundeswettbewerbsbehörde, dem Bundeskartellanwalt, dem Kartellgericht beim Oberlandesgericht Wien und dem Kartellgericht beim Obersten Gerichtshof zur Stellungnahme übermittelt. Innerhalb der Konsultationsfrist von vier Wochen langte eine Stellungnahme der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG ein.

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG brachte wiederum Argumente vor, welche sie bereits im vorgelagerten Verfahren dargelegt hatte. Diese Argumente haben daher bereits an anderer Stelle der gegenständlichen Entscheidung hinreichende Berücksichtigung gefunden. Nach Auffassung der KommAustria war somit eine Anpassung des Maßnahmenentwurfs aufgrund des neuerlichen Vorbringens der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG, welches im Rahmen dieser Entscheidung noch entsprechend gewürdigt wurde, nicht erforderlich.

Aufgrund dieser Erwägungen wurde am 13.05.2013 die Koordination des Entwurfs der gegenständlichen Vollziehungshandlung gemäß § 129 TKG 2003 mit der Europäischen Kommission, dem GEREK sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gestartet. Im Zuge des Koordinationsverfahrens langte am 13.06.2013 eine Entscheidung bzw. Stellungnahme der Europäischen Kommission zum koordinierten Maßnahmenentwurf der KommAustria hinsichtlich des gegenständlichen Vorleistungsmarktes ein. Darin brachte die Europäische Kommission zum Ausdruck, dass sie keine Einwände gegen die für den gegenständlichen Vorleistungsmarkt vorgesehenen Maßnahmen habe, ersuchte die KommAustria jedoch um genaue Beobachtung der Entwicklungen hinsichtlich der Rundfunkübertragungsdienste, die über verschiedene Plattformen erbracht werden. Im Besonderen solle beobachtet werden, ob sich verschiedene

Plattformen in einem solchen Umfang entwickeln, dass sie aufgrund des Preisdrucks, der sich aus einem wirksamen Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt ergibt, zu bestandsfähigen Substituten werden und ob dadurch das erste und /oder zweite Kriterium des Drei-Kriterien-Tests nicht mehr erfüllt sein könnte.

Entsprechend der sich aus Art 7 Abs. 7 der Rahmenrichtlinie und § 129 Abs. 2 TKG 2003 ergebenden Verpflichtung, den Stellungnahmen der europäischen nationalen Regulierungsbehörden, des GEREK und der Europäischen Kommission weitestgehend Rechnung zu tragen, wird die KommAustria die weitere Entwicklung der Plattformen für Rundfunkübertragungsdienste – im gegenständlichen Fall für den Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden – genau beobachten und diesen Entwicklungen Rechnung tragen.

Soweit die ORS im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 02.07.2013 bemängelt hat, nicht rechtzeitig über die Kommunikation zwischen der Europäischen Kommission und der KommAustria im Rahmen des Koordinierungsverfahrens in Kenntnis gesetzt worden zu sein und so nicht in der Lage gewesen wäre, die Europäische Kommission von den aus ihrer Sicht richtigen Marktverhältnissen zu informieren, ist anzumerken, dass sämtliche von der ORS vorgebrachten Argumente im koordinierten Maßnahmenentwurf gewürdigt wurden. Somit wurden diese auch der Europäischen Kommission im Zuge der europäischen Koordinierung des Maßnahmenentwurfs bekannt und hat die Europäische Kommission in Kenntnis aller relevanten Umstände ihre Entscheidung mitgeteilt. Darüber hinaus hat die ORS auch nachfolgend keine neuen Argumente vorgebracht, die zu einer anderen Beurteilung durch die Europäische Kommission hätten führen können. Im Übrigen ist festzuhalten, dass das Koordinierungsverfahren gemäß § 129 TKG 2003 der Abstimmung von Maßnahmenentwürfen zwischen der nationalen Regulierungsbehörde und der Europäischen Kommission, den anderen nationalen Regulierungsbehörden der Europäischen Union und dem GEREK dient. Eine der Parteistellung im nationalen Marktanalyseverfahren gleichkommende Stellung der Parteien ist für das europäische Koordinierungsverfahren jedoch nicht mehr vorgesehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Gemäß § 39 Abs. 1 KommAustria-Gesetz hat die rechtzeitig eingebrachte Berufung abweichend von § 64 Abs. 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) keine aufschiebende Wirkung. Der Bundeskommunikationssenat kann die aufschiebende Wirkung auf Antrag zuerkennen, wenn nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug des Bescheides oder mit der Ausübung der mit dem Bescheid eingeräumten Berechtigungen für den Berufungswerber ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre.

Wien, am 12.07.2013

Kommunikationsbehörde Austria

Der Senatsvorsitzende

Dr. Florian Philapitsch, LL.M.

(Vorsitzender-Stellvertreter)

Zustellverfügung:

- 1.) Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und ORS comm GmbH & Co KG, z.Hd. Rechtsanwalt Dr. Norbert Wiesinger, Rudolfsplatz 3, 1010 Wien, mittels elektronischer Zustellung durch Zurverfügungstellung auf dem e-Government-Portal (<https://egov.rtr.at>) sowie per RSb
- 2.) ATV Privat TV GmbH & Co KG, z.Hd. Lansky, Ganzger + partner Rechtsanwälte GmbH, Biberstraße 5, 1010 Wien, mittels elektronischer Zustellung durch Zurverfügungstellung auf dem e-Government-Portal (<https://egov.rtr.at>) sowie per RSb

Inhaltsverzeichnis

Bescheid	2
I. Spruch	2
II. Begründung	5
1. Gang des Verfahrens	5
2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt	10
2.1. Verfahrensparteien	10
2.2. Verfahrensgegenständlicher Markt „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“	11
2.2.1. Marktabgrenzung.....	11
2.2.2. Marktteilnehmer – Marktstruktur - Marktverhalten.....	11
2.2.3. Involvierte Unternehmen	13
2.3. Indikatoren für beträchtliche Marktmacht	14
2.3.1. Marktanteile.....	14
2.3.2. Markteintrittsschranken	15
2.3.2.1. Allgemeines.....	15
2.3.2.2. Strukturelle Markteintrittsschranken	15
2.3.2.2.1. Situation am gegenständlichem Markt.....	16
2.3.2.3. Rechtlich bedingte Markteintrittsschranken.....	16
2.3.2.3.1. Situation am gegenständlichen Markt.....	17
2.3.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur.....	17
2.3.3.1. Allgemeines.....	17
2.3.3.2. Situation am gegenständlichen Markt.....	18
2.3.4. Nachfrageseitige Gegenmacht.....	18
2.3.4.1. Allgemeines.....	18
2.3.4.2. Situation am gegenständlichen Markt.....	19
2.3.5. Entgelte.....	19
2.3.5.1. Allgemeines.....	19
2.3.5.2. Situation am gegenständlichen Markt.....	19
2.3.6. Vertikale Integration	20
2.3.6.1. Allgemeines.....	20
2.3.6.2. Situation am gegenständlichen Markt.....	20
2.3.7. Sonstige Indikatoren	21
2.3.8. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation	21
2.4. Bestehende Wettbewerbsprobleme	22
2.4.1. Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern.....	22
2.4.2. Errichtung von Markteintrittsschranken gegenüber (potenziellen) Konkurrenten..	22
2.4.3. Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte	22
2.5. Regulierungsinstrumente	22
2.5.1. Die aus ökonomischer Sicht zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme geeigneten spezifischen Verpflichtungen.....	23
2.5.1.1. Verpflichtung zur Gewährung von Zugang.....	23
2.5.1.2. Entgeltkontrolle	23
2.5.1.2.1. Im Einsatz befindliche Kostenrechnungssysteme der ORS	24
2.5.1.2.2. Benchmarking.....	27
2.5.1.3. Gleichbehandlungsverpflichtung und Standardangebot.....	29
2.5.1.4. Verpflichtung zur getrennten Buchführung.....	30
2.6. Ergebnisse des Konsultations- und Koordinationsverfahrens gemäß §§ 128, 129 TKG 2003	31
3. Beweiswürdigung.....	31
3.1. Zur Aktualität der Datenlage.....	32
3.2. Ersuchen um Ausnahme von der Akteneinsicht.....	33
3.3. Zur Methodik im Erstgutachten	33
3.4. Vorhandene Sendeanlagen – Größe der ORS.....	33
3.5. Bedeutung von Großsendeanlagen	33
3.6. Duplizierbarkeit von großen Standorten bzw. Sendeanlagen	34
3.7. Rechtlich bedingte Markteintrittsschranken	35
3.8. Skalenvorteile und versunkene Kosten	36

3.9.	Betreiben von Allokationspolitik	37
3.10.	Vertikale Integration von ORS und ORF – Seher-(Endkunden)Markt und Werbe(endkunden)markt	37
3.11.	Nachfrageseitige Gegenmacht.....	38
3.12.	Höhe der Preise und Vorliegen von Preisdiskriminierungen	39
3.13.	Sonstige Indikatoren für Marktmacht	40
3.14.	Regulierungsinstrumente	40
3.15.	Vorhandenes Kostenrechnungssystem der ORS	40
3.16.	Zur Frage der Geeignetheit von Benchmarking	41
4.	Rechtliche Beurteilung	42
4.1.	Zuständigkeit der KommAustria und Wettbewerbsregulierung nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003.....	42
4.1.1.	Übergangsbestimmungen – anwendbare Rechtslage.....	42
4.2.	Zugrundeliegende Marktdefinition – Relevanter Markt.....	48
4.3.	Das Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003	49
4.4.	Parteistellung	49
4.5.	Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.....	50
4.5.1.	Verpflichtetes Unternehmen – Konzernrechtliche Verbindung der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG mit der ORS comm GmbH & Co KG	52
4.6.	Beurteilung der Wettbewerbssituation am Vorleistungsmarkt „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“	53
4.6.1.	Zum Indikator „Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“	53
4.6.2.	Zum Indikator „Marktzutrittsschranken“	54
4.6.3.	Zum Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“	55
4.6.4.	Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“	56
4.6.5.	Zum Indikator „Preissetzung bzw. Entgelte“	57
4.6.6.	Zum Indikator „vertikale Integration“	58
4.6.7.	Sonstige Indikatoren	58
4.6.8.	Zusammenfassende Würdigung	59
4.7.	Schlussfolgerung.....	59
4.8.	Spezifische Verpflichtungen	60
4.8.1.	Auswahlkriterien für Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2003.....	60
4.8.2.	Zu den auf dem Vorleistungsmarkt „Zugang zu Sendeanlagen und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ auferlegten spezifischen Verpflichtungen	61
4.8.3.	Verpflichtung zur Gewährung von Zugang zu Standorten bzw. Sendeanlagen der ORS gemäß § 41 TKG 2003.....	62
4.8.4.	Verpflichtung zur Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003.....	63
4.8.4.1.	Zu dem im Einsatz befindlichen Kostenrechnungssystem der ORS	66
4.8.5.	Zur auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003	66
4.8.6.	Zur auferlegten Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003	66
4.8.7.	Zur auferlegten Verpflichtung zur getrennten Buchführung nach § 40 TKG 2003	67
4.9.	Bestehende Verträge.....	68
4.10.	Zu den Verfahren gemäß §§ 128 und 129 TKG 2003	69
III.	Rechtsmittelbelehrung.....	71