

Bescheid

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 133/2005, wird festgestellt, dass die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG (FN 256454 p beim HG Wien), vertreten durch Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte, Seilergasse 16, A-1010 Wien, auf dem Vorleistungsmarkt „Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden“ gemäß § 1 Z 2 der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2004 (RFMVO 2004) über beträchtliche Marktmacht verfügt.
 - 1.1. Der Antrag der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG, die KommAustria möge die dem gegenständlichen Marktanalyseverfahren nach dem 5.Abschnitt des TKG 2003 zugrundeliegende Marktdefinition gemäß der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2004 (RFMVO 2004) korrigieren, sodass als relevante Märkte die Märkte für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen in dem von der jeweiligen Rundfunkzulassung umfassten Versorgungsgebiet oder andere geeignete Märkte definiert werden, wird gemäß § 1 Z 2 RFMVO 2004 iVm §§ 36, 128 und 129 TKG 2003 zurückgewiesen.
2. Der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG werden gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:
 - 2.1. Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG hat gemäß § 41 TKG 2003 auf zumutbare Nachfrage nicht diskriminierenden **Zugang** zu ihren Sendestandorten zu gewähren bzw. den Kommunikationsdienst der terrestrischen UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden anzubieten. Hierbei hat die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG
 - 2.1.1. gemäß § 41 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 ungebündelten Zugang zu ihrer Senderinfrastruktur in dem vom Kunden spezifizierten Umfang anzubieten, sodass der Kunde nicht verpflichtet ist, Dienste und Leistungen in Anspruch zu nehmen, welche von ihm nicht nachgefragt werden;
 - 2.2. Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG hat die **Entgelte** für die unter Spruchpunkt 2.1.1. angeführten Zugangsleistungen gemäß § 42 TKG 2003 an den Kosten der effizienten Leistungserstellung zu orientieren. Gemäß § 42 Abs. 2 und 3 TKG 2003 sind die Entgelte
 - 2.2.1. auf Basis der durchschnittlichen, für eine „fiktive“ Sendeanlage ermittelten Kosten zu berechnen und nach Senderleistungsklassen aufzugliedern;
 - 2.2.2. in regelmäßigen Abständen, zumindest aber alle zwei Jahre, an die aktuellen Wiederbeschaffungskosten anzupassen und zu veröffentlichen.

Die erstmalige Anpassung hat binnen zwei Monaten ab Zustellung dieses Bescheides zu erfolgen;

2.2.3. bei jeder Veröffentlichung einer neuen Preisliste an diese sowohl bei bestehenden als auch bei neu abzuschließenden Verträgen anzupassen.

2.3. Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG hat Unternehmen, die Zugang zu ihren Sendestandorten bzw. die terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden nachfragen gemäß § 38 TKG 2003 **gleich zu behandeln**, d.h. ihnen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten und Ihnen Dienste und Informationen zu gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie intern oder wie für verbundene Unternehmen bereitzustellen.

2.4. Für die nach Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Übertragungsleistungen hat die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG binnen zwei Monaten ab Zustellung dieser Entscheidung gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 ein **Standardangebot** zu veröffentlichen. 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 und allfälligen Rabatte offen zu legen. In das Standardangebot hat die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG zumindest Angaben zu den folgenden Punkten aufzunehmen:

- Entgelte für Sender und Umsetzer (Ballempfang) der verschiedenen Leistungsklassen, mit und ohne Reserve, mit und ohne RDS
- Mindestvertragsdauer
- Art der Vertragsverlängerung
- Bedingungen der (vorzeitigen) Vertragsauflösung

Bis zur Veröffentlichung des Standardangebotes hat die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG Nachfragern die Übertragungsleistung entsprechend der bis dahin gültigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen bereit zu stellen.

2.5. Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG hat gemäß § 40 Abs. 1 TKG 2003 erstmals bezogen auf das Jahr 2006 ihre Kosten und Erträge auf dem vorliegenden Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Übertragungsdiensten für Rundfunksignale, jedenfalls aber gegliedert nach den Märkten der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2004 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, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insbesondere Leistungsklassen für Hörfunk

3. Gemäß § 64 Abs. 2 AVG wird die aufschiebende Wirkung der Berufung ausgeschlossen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Gemäß § 36 iVm § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 legte die KommAustria per Verordnung vom 14.01.2004 die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten nationalen Märkte für Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten an Endnutzer fest. Hierbei hat die KommAustria gemäß § 36 Abs. 3 TKG 2003 von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, von der Empfehlung der Kommission vom 11.02.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (2003/311/EG, ABl. L 114 vom 08.05.2003, S. 45 ff), im Folgenden „Märkteempfehlung“ genannt, abzuweichen und andere relevante Märkte zu definieren bzw. den empfohlenen Markt Nr. 18 „Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer“ weiter zu unterteilen.

Da die vorgenommene Marktabgrenzung von der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission abwich, wurde entsprechend den Bestimmungen der §§ 128 und 129 TKG 2003 der Entwurf für eine Rundfunkmarktdefinitionsverordnung am 25.08.2003 einer nationalen Konsultation sowie einer Koordinierung mit der Europäischen Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union unterzogen. Für die nationale Konsultation wurde eine Frist von vier Wochen bestimmt.

Im Rahmen der nationalen Konsultation langten Stellungnahmen des Amtes der oberösterreichischen Landesregierung, des Bundesministerium für Inneres, der Bundesarbeitskammer, der Wirtschaftskammer Österreich, des Verbandes Österreichischer Privatsender, der Landesregierung Burgenland sowie des Rechnungshofes ein. Der Österreichische Rundfunk (Inhaber des Sendernetzes vor dessen Ausgliederung in die Tochtergesellschaft Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG) hat zum konsultierten Entwurf der KommAustria für eine Marktdefinitionsverordnung keine Stellung genommen.

Nach ergänzenden Ausführungen der KommAustria über Ersuchen der Europäischen Kommission informierte diese per E-Mail vom 20.11.2003 die KommAustria über die Registrierung der Notifizierung des Entwurfs für eine österreichische Rundfunkmarktdefinitionsverordnung. Mit Schreiben vom 12.12.2003 nahm die Europäische Kommission zum österreichischen Maßnahmenentwurf hinsichtlich der Marktabgrenzung Stellung, wobei keine Einwendungen gegen die vorgenommene Marktabgrenzung erhoben wurden. Die KommAustria wurde jedoch dazu angehalten, für den Fall einer Festlegung eines transnationalen Satellitenmarktes für Fernsehen eine Marktanalyse durchzuführen. Die Ergebnisse der nationalen Konsultation und der Koordinierung auf europäischer Ebene wurden in der am 16.01.2004 in Kraft getretenen Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2004 berücksichtigt. Mit Schreiben vom 19.01.2004 wurde die Europäische Kommission über das Inkrafttreten der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2004 (im Folgenden: RFMVO 2004) informiert.

Am 23.01.2004 wurden Mag. Reinhard Neubauer, Mag. Paul Pisjak und Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) zu Amt sachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens („Marktanalyse-Gutachten“) zur Frage beauftragt, ob auf dem Vorleistungsmarkt „Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden“ gemäß § 1 Z 2 RFMVO 2004 aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung selbsttragender Wettbewerb vorläge. Dabei waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang war das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen,

wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen waren.

Am 23.01.2004 ergingen 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 Amt sachverständigen der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) bis 20.02.2004 zu übermitteln. Aufgrund zum Teil nicht übereinstimmender Zahlen über die für die Mitbenutzung von Sendeanlagen durch die privaten Rundfunkveranstalter an den ORF zu leistenden Entgelte wurden die zu befragenden Unternehmen mit Schreiben vom 17.03.2004 unter Vorlage der jeweils zuvor gelieferten Daten aufgefordert, die Zahlen richtig zu stellen und die Gründe für die unterschiedlichen Zahlen der KommAustria darzulegen.

Anfang Oktober 2004 haben die Amt sachverständigen der KommAustria auftragsgemäß das auf Basis der erhobenen Daten erstellte Marktanalyse-Gutachten übermittelt. Mit Schreiben vom 13.10.2004 teilte die KommAustria dem ORF mit, dass aus dem Marktanalyse-Gutachten hervorgehe, dass der ORF auf dem Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen aus wirtschaftlicher Sicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügen könnte. Zugleich wurde dem ORF das Marktanalyse-Gutachten mit der Gelegenheit, hierzu binnen zwei Wochen Stellung nehmen zu können, übermittelt. Mit am 02.11.2004 bei der KommAustria eingelangtem Schreiben erfolgte durch den ausgewiesenen Rechtsvertreter des ORF eine schriftliche Äußerung zum Marktanalyse-Gutachten.

Am 06.12.2004 bestellte die KommAustria hinsichtlich der gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 gegebenenfalls auf zu erlegenden Regulierungsinstrumente Mag. Reinhard Neubauer, Mag. Paul Pisjak und Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amt sachverständigen und beauftragte sie mit der Erstellung eines Gutachtens (in der Folge „Regulierungsinstrumente-Gutachten“) zur Frage, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß den Bestimmungen der §§ 38 bis 46 und bzw. § 47 Abs. 1 TKG 2003 für das möglicherweise über beträchtliche Marktmacht verfügende Unternehmen ORF aus wirtschaftlicher Sicht geeignet wären, um den im Marktanalyse-Gutachten aufgezeigten Wettbewerbsproblemen auf dem Markt „Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden“ zu begegnen. Hierbei war auch eine qualitative Bewertung der Auswirkungen der spezifischen Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw. zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern.

Mit Schreiben vom 22.12.2004 wurde dem ORF das Regulierungsinstrumente-Gutachten hinsichtlich des Marktes „Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden“ zur Stellungnahme bis zum 20.01.2005 übermittelt.

Mit am 19.01.2005 bei der KommAustria eingebrachtem Schreiben teilte der ausgewiesene Rechtsvertreter des ORF mit, dass dieser mit Wirkung vom 01.01.2005 seinen Teilbetrieb „Sendetechnik“ im Wege der Einzelrechtsnachfolge in seine Tochtergesellschaft, die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG (ORS) ausgegliedert habe. Zugleich wurde gemäß § 15 TKG 2003 der Betrieb eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und -dienstes durch die ORS angezeigt. Am 20.01.2005 teilte der Rechtsvertreter des ORF, der zugleich mit der Rechtsvertretung der ORS betraut wurde, der KommAustria in einem weiteren Schreiben mit, dass infolge der Ausgliederung des Sendebetriebs der ORF aus dem gegenständlichem Verfahren auszuscheiden sei und dieses stattdessen gegen die ORS weitergeführt werden müsse. Aus diesem Grunde würde sich eine Stellungnahme des ORF zum Regulierungsinstrumente-Gutachten erübrigen.

In einer am 27.01.2005 stattgefundenen Besprechung bei der KommAustria legten Vertreter des ORF bzw. der ORS nochmals mündlich dar, dass die Ausgliederung der ORF-Sendeinfrastruktur in die ORS zum 01.01.2005 erfolgt sei, eine detaillierte Ausgestaltung der

vertraglichen Rahmenbedingungen der Ausgliederung allerdings noch erarbeitet werde. Ferner wurde mitgeteilt, dass bestehende Vertragsverhältnisse über die Mitbenutzung von Sendeanlagen bereits zum überwiegenden Teil auf die ORS übertragen worden seien und die Absicht bestehe, bisher noch nicht übergegangene Verträge so rasch wie möglich auf die ORS zu übertragen.

Am 27.01.2005 wurden die Amt sachverständigen durch die KommAustria mit der Erstellung neuer Gutachten gemäß § 37 TKG 2003 im Hinblick auf die Frage beauftragt, ob unter den infolge der Ausgliederung geänderten Verhältnissen auf dem gemäß der RFMVO 2004 relevanten Markt „Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden“ Wettbewerb herrscht und bei Vorliegen beträchtlicher Marktmacht eines oder mehrerer Unternehmen zu untersuchen, welche spezifischen Verpflichtungen geeignet und verhältnismäßig erschienen, den gegebenenfalls unter den geänderten Verhältnissen identifizierten Wettbewerbsproblemen zu begegnen.

Mit am 08.02.2005 bei der KommAustria eingebrachtem Schreiben übermittelte der ausgewiesene Rechtsvertreter von ORF und ORS eine Übersicht über die bis zum Stichtag 07.02.2005 bereits auf die ORS übergegangenen site sharing-Verträge und erklärte für beide Unternehmen, dass der ORF selbst seit 01.01.2005 von der ORS Infrastrukturleistungen zur terrestrischen UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden beziehe und für diese Leistungsbeziehung die der KommAustria im August 2004 übermittelte Preisliste zur Anwendung komme. Das endgültige und schriftliche Vertragswerk über diesen Leistungsaustausch werde nach Vertragsabschluss, ebenfalls rückwirkend zum Stichtag 01.01.2005 angewendet werden. Weiters machte er für den ORF die Mitteilung, dass dieser bis zum vollständigen Übergang der site sharing-Verträge weiterhin als Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsdienstes tätig sei und nach Abschluss der Übertragung dieser Verträge die Einstellung der Bereitstellung des öffentlichen Kommunikationsdienstes gemäß § 15 TKG 2003 der KommAustria anzeigen werde.

Mit Schreiben vom 11.02.2005 übermittelte die KommAustria die neu erstellten Gutachten betreffend die Marktanalyse und die spezifischen Regulierungsinstrumente für den Markt „Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden“ an die ORS und räumte dieser Gelegenheit ein, hierzu binnen drei Wochen ab Erhalt der Gutachten Stellung zu nehmen.

Mit Stellungnahme vom 04.03.2005 legte die ORS durch ihren ausgewiesenen Rechtsvertreter ihre Kritikpunkte zum Marktanalyse- sowie zum Regulierungsinstrumente-Gutachten dar. Mit Schreiben vom selben Tag wurde überdies eine inhaltsgleiche Stellungnahme des Österreichischen Rundfunks eingebracht.

Mit Schreiben vom 27.04.2005 teilte der Rechtsvertreter des ORF und der ORS mit, dass sämtliche Site sharing-Verträge nunmehr auf die ORS übertragen worden seien und zugleich der Kommunikationsdienst der Übertragung von Rundfunksignalen seitens des ORF gemäß § 15 TKG 2003 zurückgelegt werde.

Am 10.03.2006 wurde die nationale Konsultation des Maßnahmenentwurfs der KommAustria hinsichtlich des Marktes für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunk-Signalen zum Endkunden gemäß § 128 TKG 2003 eingeleitet. Im Zuge des Konsultationsverfahrens wurde der Maßnahmenentwurf auch der Bundeswettbewerbsbehörde, dem Bundeskartellanwalt, dem Kartellgericht beim Oberlandesgericht Wien sowie dem Kartellgericht beim Obersten Gerichtshof zur Stellungnahme übermittelt. Der Kartellanwalt äußerte sich zum gegenständlichen Maßnahmenentwurf mit Schreiben vom 13.04.2006, die Bundeswettbewerbsbehörde mit Schreiben vom 03.05.2006.

Am 17.03.2006 wurde die Koordination des Maßnahmenentwurfs der KommAustria gemäß § 129 TKG 2003 mit der Europäischen Kommission sowie den nationalen

Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften gestartet. Im Zuge des Koordinationsverfahrens langte am 13.04.2006 eine Stellungnahme der Europäischen Kommission zum vorgeschlagenen Maßnahmenentwurf der KommAustria hinsichtlich des gegenständlichen Vorleistungsmarktes ein.

Mit Schreiben vom 04.05.2006 wurden der ORS die im Rahmen der nationalen Konsultation eingelangten Stellungnahmen der Bundeswettbewerbsbehörde sowie des Bundeskartellanwaltes und die im Rahmen der europäischen Koordination eingelangte Stellungnahme der Europäischen Kommission zur Stellungnahme übermittelt.

Mit am 12.05.2006 bei der KommAustria eingelangtem Schreiben äußerte sich die ORS zu den Stellungnahmen der Bundeswettbewerbsbehörde, des Bundeskartellanwaltes und der Europäischen Kommission und zur Ausgestaltung der im konsultierten Maßnahmenentwurf vorgesehenen Regulierungsinstrumente.

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

2.1. Relevanter Markt

Mittels hypothetischen Monopolistentests (SSNIP bzw. small but significant non-transitory increase in price oder auch HM-Test genannt) wurden im Rundfunkbereich abweichend von der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission die folgenden sechs Märkte abgegrenzt:

- der Markt für terrestrische Übertragung von TV-Signalen,
 - der Markt für Übertragung von TV-Signalen über Kabelnetze,
 - der Markt für Übertragung von TV-Signalen über Satelliten
 - der Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen ,
 - der Markt für terrestrische Übertragung von Hörfunk mittels MW (AM),
 - der Markt für Übertragung von Hörfunk über Kabelnetze und Satelliten,
- sofern die Signale zum Endkunden übertragen werden.

Anhand der in weiterer Folge vorgenommenen Prüfung der in der Märkteempfehlung vorgegebenen und kumulativ zu erfüllenden Kriterien, ob auf diesen Märkten hohe und permanente Marktzutrittsbarrieren existieren, diese Märkte von selbst nicht in Richtung effektiven Wettbewerbs tendieren und die Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts alleine nicht ausreichen, um effektiven Wettbewerb sicherzustellen, wurde neben dem Markt für die (analoge) terrestrische Übertragung von TV-Signalen auch der hier gegenständliche Markt für terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen mittels UKW (FM) als sachlich relevant im Sinne der sektorspezifischen Ex-Ante-Regulierung festgestellt. Diese Märkte umfassen räumlich das österreichische Bundesgebiet.

Die aufgrund § 36 iVm § 120 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 von der KommAustria erlassene Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2004 (RFMVO 2004) lautet wie folgt:

„§ 1. Als relevante Märkte werden

- 1. der Markt für terrestrische Übertragung von TV-Signalen*
- 2. der Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen festgelegt, wobei diese Märkte räumlich das Bundesgebiet der Republik Österreich umfassen.*

§ 2. Diese Verordnung tritt am 16.01.2004 in Kraft.“

In § 1 Z 2 RFMVO 2004 wird der hier relevante Markt als „Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zu Endkunden“ (Vorleistungsmarkt) determiniert. Dieser Markt lässt sich dadurch umschreiben, dass er die terrestrische Übertragung von Hörfunk-Signalen zu

Endkunden im Sinne einer „point to multipoint Übertragung“, nicht jedoch die Zubringung des Signals vom Studio des Radioprogrammveranstalters zur Sendeanlage umfasst. Anbieter auf dem so definierten Markt sind all jene Unternehmen, die die FM- (UKW)Übertragung von Hörfunk-Signalen zum Endkunden mittels (analoger) terrestrischer Übertragungstechnologie anbieten. Nachfrager sind jene Unternehmen bzw. Rundfunkprogrammveranstalter, die die Übermittlung der von ihnen gestalteten Radioprogramme zum Endkunden nachfragen. Nachgefragt wird der Dienst der Signalübermittlung zum Endkunden mittels (analoger) terrestrischer Übertragungstechnologie. Neben den für andere Unternehmen erbrachten Leistungen sind von dieser Marktdefinition auch Eigenleistungen (also intern erbrachte Leistungen) umfasst.

2.2. Markt „Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden“

Potentielle Nachfrager auf dem Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden sind alle Rundfunkveranstalter, die eine Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk nach dem Privatradiogesetz (PrR-G) besitzen sowie der (öffentlich-rechtliche) Österreichische Rundfunk (ORF). Anbieter auf dem hier gegenständlichen Markt sind all jene Unternehmen, die die FM- (UKW)Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels analoger terrestrischer Übertragungstechnologie anbieten.

Der ORF, eine zu FN 71451a beim Handelsgericht Wien eingetragene Stiftung öffentlichen Rechts mit Sitz in Wien bzw. seine Rechtsvorgänger – jeweils juristische Personen des öffentlichen Rechts und bis zum Jahr 1974 eine im öffentlichen Eigentum stehende Gesellschaft mit beschränkter Haftung – verfügten über Jahrzehnte hindurch über ein rechtlich gesichertes Monopol zur Veranstaltung und terrestrischen Verbreitung von Rundfunkprogrammen. In dieser Zeit hat der ORF zur Erfüllung seines Versorgungsauftrags (nunmehr § 3 ORF-G) ein Netz von rund 1800 Rundfunksendern, darunter rund 830 Hörfunksender, errichtet und zur Verbreitung der von ihm gestalteten Programme eingesetzt. Der ORF verbreitet 3 Programme bundesweit (Ö1, Ö3, FM4) sowie neun Regionalprogramme (Ö2) auf Bundeslandebene. Mit Wirkung ab 01.01.2005 hat der ORF seine gesamte Senderinfrastruktur und den Sendebetrieb in seine Tochtergesellschaft, die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG (ORS) ausgegliedert und tritt nun als Mieter dieser Sendeanlagen auf. Zuvor war der ORF selbst als Vermieter von Sendeanlagen bzw. Bereitsteller von Übertragungsleistungen am vorliegenden Markt tätig.

Die ORS ist eine zu FN 256454p beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit Sitz in Wien, deren Geschäftsanteile sich nunmehr zu 60% im Eigentum des ORF befinden. Mit Schreiben vom 01.08.2005 erfolgte seitens der Medicur-Holding Gesellschaft m.b.H. (FN 96185z beim HG Wien) sowie seitens der ORS die Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäß § 42 a und § 42 c Kartellgesetz. Mit Beschluss des Kartellgerichtes Wien vom 19.12.2005, GZ 26 Kt 434/05-33, wurde der angemeldete Erwerb von 40% der Geschäftsanteile der ORS durch die Medicur-Holding Gesellschaft m.b.H. nicht untersagt. Infolge der am 31.12.2005 erfolgten Eintragung im Firmenbuch befinden sich derzeit 60% der Geschäftsanteile der ORS im Eigentum des ORF und 40% im Eigentum der Medicur Sendeanlagen GmbH (FN 123349x beim HG Wien), einer 100%-Tochter der Medicur-Holding Gesellschaft m.b.H..

Beginnend ab 1995 wurden im Laufe der letzten Jahre mehr als 60 regionale bzw. lokale Zulassungen an private Hörfunkveranstalter vergeben. Seit 16.12.2004 besteht erstmals auch eine bundesweite Zulassung zur Veranstaltung von privatem Hörfunk, welche aufgrund des § 28 b PrR-G, BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 169/2004, durch Übertragung von elf Zulassungen schon bestehender lokaler Hörfunkveranstalter mit insgesamt 28

Übertragungskapazitäten an eine Gesellschaft entstanden ist. Diese bundesweite Hörfunkzulassung versorgt derzeit knapp über 70% des österreichischen Bundesgebietes.

Um ihre Hörfunkprogramme zum Endkunden zu übertragen, haben die am Markt tätigen Unternehmen die Möglichkeit, selbst Sendeanlagen zu errichten oder aber Sendeanlagen von anderen Unternehmen mieten und ihre Programme von anderen Unternehmen verbreiten lassen. Während der ORF seine Programme seit dem 01.01.2005 ausschließlich über die Sendefrastruktur seiner Tochtergesellschaft ORS verbreiten lässt, nutzen private Hörfunkveranstalter sowohl gemietete als auch eigene Sendeanlagen. Während 43 der 62 im Zeitpunkt der Erstellung des Marktanalyse-Gutachtens operativen privaten Hörfunkveranstalter ihre Programme ausschließlich über eigene Sendeanlagen verbreiten, nutzen acht Hörfunkveranstalter ausschließlich gemietete Anlagen. Elf Hörfunkveranstalter verbreiten hingegen ihre Programme sowohl über eigene, als auch über gemietete Sendeanlagen.

Da der ORF nach § 15 PrR-G und § 7 ORF-G dazu verpflichtet ist, privaten Hörfunkveranstaltern Zugang zu seinen Sendeanlagen zu gewähren, haben die meisten Unternehmen, die Sendeanlagen mieten, Standorte und Sendeanlagen des ORF genutzt bzw. nutzen nunmehr die auf die ORS übertragenen Standorte und Sendeanlagen.

Neben der ORS existieren noch vier weitere Anbieter für Übertragungsleistungen, die allerdings nur jeweils eine oder zwei Anlagen vermieten. Einer dieser vier Anbieter, die Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG (FN 251220t), ist selbst Hörfunkveranstalter, die allerdings ihre Sendeanlagen nur an verbundene Hörfunkveranstalter, einerseits die Privat-Radio Betriebs GmbH (FN 132649y) und andererseits die Ennstaler Lokalradio GmbH (FN 157071m), vermietet. Die gemeinsame Muttergesellschaft Styria Medien AG (FN 142663 z) hält 100% der Anteile an der Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG sowie (über die GH Vermögensverwaltungs GmbH) mittelbar 100% an der Ennstaler Lokalradio GmbH und (über die GH Vermögensverwaltungs GmbH und die PLT Vermögensverwaltungs- und Beteiligungs GmbH) mittelbar 50% an der Privat-Radio Betriebs GmbH. Darüber hinaus treten noch die BKF Burgenländisches Kabelfernsehen Gesellschaft m.b.H. (FN 200865s), die Senderbetriebs- und Standortbereitstellungs GmbH (FN 206156x) sowie die Rhomberg Bau GmbH (FN 66571z) als Anbieter von UKW-Übertragungsdiensten auf dem gegenständlichen Markt auf. Somit gibt es auf dem gegenständlichen Markt insgesamt fünf Unternehmen, die UKW-Übertragungsleistungen von Hörfunksignalen extern anbieten.

In einigen Fällen stellen andere Unternehmen bestimmte Vorleistungen wie z.B. Standorte, Masten oder Stromzufuhr für die Übertragung von Hörfunksignalen bereit. Diese Leistungen können aber nicht dem Markt für Hörfunkübertragung zugerechnet werden, da sie lediglich einen Teil der Vorleistung erbringen, nicht aber die gesamte terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden.

Bei den Verträgen über die Bereitstellung von Übertragungsleistungen handelt es sich üblicherweise um langfristige Verträge, die grundsätzlich für die Dauer der Zulassung (10 Jahre) abgeschlossen werden, üblicherweise mit der Option auf Verlängerung bei erneuter Erteilung der Zulassung. Aufgrund der Ausgliederung der Sendefrastruktur und des Sendebetriebs an die ORS gingen sämtliche site sharing-Verträge des ORF auf die ORS über.

Im Jahr 2003 erzielte der ORF aus der Vermietung von insgesamt 40 Sendeanlagen an 19 Hörfunkveranstalter Einnahmen in der Höhe von ca. € 2.250.000. Auf andere Unternehmen entfielen zusammen lediglich ca. € 180.000 an Einnahmen aus der Vermietung von Sendeanlagen.

Der ORF erreicht mit 830 Sendeanlagen an 274 nunmehr von der ORS betriebenen Standorten (von vielen Standorten werden gleichzeitig Ö1, Ö2, Ö3 und FM4 ausgestrahlt) einen bundesweiten Versorgungsgrad von ca. 98%. Die privaten Hörfunkveranstalter verbreiten ihre Programme über insgesamt 206 Sendeanlagen, von denen 47 zugemietet sind, hiervon 39 von der ORS. 159 Sendeanlagen befinden sich im Besitz der privaten Hörfunkveranstalter. Kein privater Hörfunkveranstalter verbreitet sein Programm über insgesamt mehr als 21 Sendeanlagen, keiner verfügt über mehr als 16 eigene Sendeanlagen.

Tabelle 1: Anzahl an Sendeanlagen

| Hörfunkveranstalter | Programm(e) / Anzahl Veranstalter | Anzahl Sendeanlagen gesamt | Anzahl eigener Sendeanlagen | Anzahl gemieteter Sendeanlagen | Anzahl von der ORS gemieteter Sendeanlagen |
|-----------------------|-----------------------------------|----------------------------|-----------------------------|--------------------------------|--|
| ORF | Ö1, Ö2, Ö3, FM 4 | 830 | - | 830 | 830 |
| Antenne Steiermark | Antenne Steiermark | 21 | 11 | 10 | 10 |
| Antenne Salzburg | Antenne Salzburg | 16 | 16 | - | - |
| Life Radio | Life Radio | 13 | 5 | 8 | 8 |
| RRT | Antenne Tirol | 13 | 13 | - | - |
| Rest | 58 | 142 | 113 | 29 | 21 |
| Private Gesamt | 62 | 206 | 159 | 47 | 39 |

2.3. Indikatoren für beträchtliche Marktmacht

Relevante Kriterien bzw. Indikatoren zur Beurteilung von Marktmacht auf dem Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen 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 Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden und deren Entwicklung im Zeitverlauf als auch der Versorgungsgrad bzw. die Reichweite der Rundfunksendernetze herangezogen.

Im Jahr 2003 betrug der in Umsätzen gemessene Marktanteil des ORF am Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden ca. 93%. Für das Jahr 2004 war eine geringfügige Verringerung dieses Anteils zu erwarten, da der ORF mit 01.01.2004 teilweise die Entgelte für die Mitbenutzung seiner Sendeanlagen gesenkt hat. Die restlichen 7% der Umsätze entfallen auf vier Unternehmen, die insgesamt acht Sendeanlagen vermieten. Hierbei handelt es sich um die Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG, die BKF Burgenländisches Kabelfernsehen Gesellschaft m.b.H., die

Senderbetriebs- und Standortbereitstellungs GmbH sowie die Rhomberg Bau GmbH (FN 66571 z).

Da die ursprünglich mit dem ORF abgeschlossenen site sharing-Verträge zur Gänze auf die ORS übergegangen sind und somit auch nach der Ausgliederung der Senderinfrastruktur und des Sendebetriebs Bestand haben werden, ist von einem ähnlich hohen Umsatzmarktanteil im Jahr 2005 auch für die ORS auszugehen. Zusätzlich werden infolge der Ausgliederung in Zukunft auch die bisher als Eigenleistungen rein intern erbrachten Übertragungsdienste für die Übertragung der ORF-Hörfunkprogramme in die Umsätze der ORS einzubeziehen sein. Aufgrund der nunmehr seitens des ORF von der ORS bezogenen Übertragungsleistungen, die einen signifikanten Anteil am gegenständlichen Markt ausmachen, ist sogar anzunehmen, dass der Marktanteil der ORS gemessen am Umsatz nahezu 100% betragen wird.

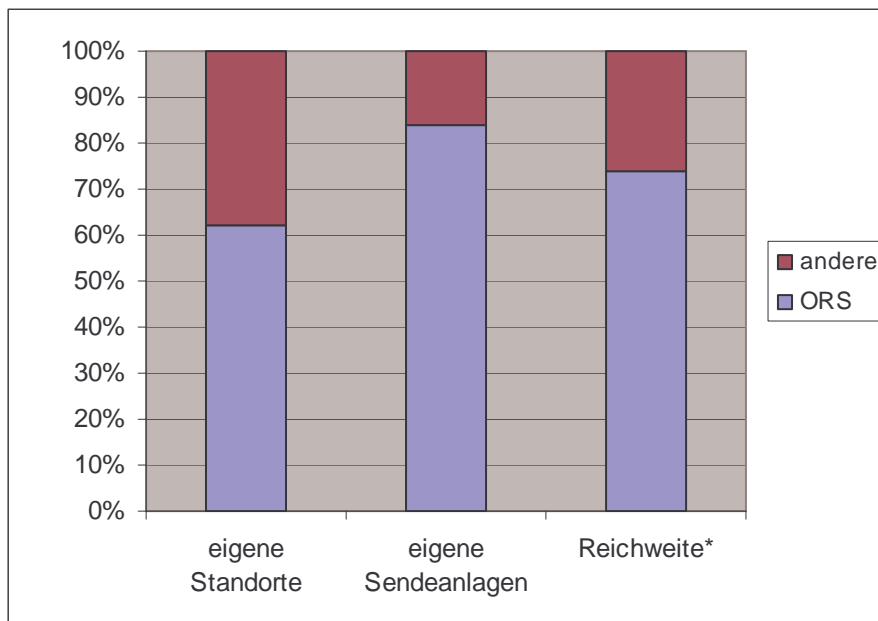
In den am Umsatz gemessenen Marktanteil wurden Eigenleistungen nicht einbezogen, da diese nicht in Geld bewertet werden können. Zur Berechnung der Marktanteile kann allerdings auch der Versorgungsgrad („Mengenmarktanteil“) eines Rundfunksendernetzes herangezogen werden. Zur Bestimmung des Versorgungsgrades eines Rundfunksendernetzes kann die Anzahl an eigenen Standorten, die Anzahl an eigenen Sendeanlagen und an Personen, die mit eigenen Sendeanlagen erreicht werden können, herangezogen werden.

Die ORS betreibt für den ORF an 274 Standorten ca. 830 Sendeanlagen für Hörfunkübertragung. Unter Hinzuzählung jener 39 Sendeanlagen, die die ORS für private Hörfunkveranstalter betreibt, ergibt sich, dass die ORS insgesamt etwa 870 Sendeanlagen betreibt. Dem stehen 159 eigene Sendeanlagen der privaten Hörfunkveranstalter gegenüber, die an ebenso vielen Standorten betrieben werden. Kein privater Hörfunkveranstalter betreibt mehr als eine Sendeanlage an einem Standort. Hingegen gibt es einige wenige Fälle, in denen mehrere Hörfunkveranstalter denselben Standort benutzen (z.B. Donauturm in Wien). Schließlich sind noch jene acht Sendeanlagen zu berücksichtigen, die von Dritten betrieben werden.

Die ORS verfügt somit gemessen an den eigenen Standorten über einen Marktanteil von ca. 62% und gemessen an eigenen Sendeanlagen über einen Marktanteil von 84%. Alle alternativen Anbieter verfügen zusammen über einen Marktanteil von knapp 38% bzw. 16% unter Berücksichtigung eigener Sendeanlagen. Betrachtet man darüber hinaus alleine den Marktanteil der alternativen Anbieter, die Sendeanlagen extern vermieten, so ergibt sich für diese ein Marktanteil von nur 1,8% an Sendestandorten und gemessen an den Sendeanlagen ein Marktanteil von lediglich 0,7%.

Während die ORS insgesamt knapp 42,3 Mio. Personen mit ihren Sendeanlagen versorgen kann – mit den Hörfunkprogrammen Ö1, Ö2, Ö3 und FM4 des ORF können über die Infrastruktur der ORS jeweils ca. 8,1 Mio. Personen erreicht werden, hinzu kommen ca. 10 Mio. Personen, die mit privaten Hörfunkprogrammen, die über ORS-Sendeanlagen verbreitet werden, versorgt werden –, erreichen alle privaten Hörfunkveranstalter zusammen über eigene Sendeanlagen insgesamt etwa 15 Mio. Personen. Der lediglich im Verhältnis zur Anzahl an Sendeanlagen höhere Anteil an technischer Reichweite der privaten Hörfunkveranstalter lässt sich dadurch erklären, dass diese meist in Ballungsräumen Radio veranstalten, während die ORS bzw. zuvor der ORF aufgrund seines Versorgungsauftrages auch in dünner besiedelten Gebieten präsent ist. Kein privater Hörfunkveranstalter verfügt über mehr als 16 eigene Standorte bzw. Sendeanlagen und keiner kann hierbei eine Reichweite von mehr als 2,2 Mio. Personen erzielen. Unter dem Blickwinkel der erzielbaren technischen Reichweite beträgt der Marktanteil der ORS somit ca. 74% im Verhältnis zu rund 26% Anteil aller privaten Rundfunkveranstalter zusammen.

Tabelle 2: Verhältnis der Infrastruktur der ORS zur Infrastruktur privater Hörfunkveranstalter und anderer Unternehmen



* Personen, die mit eigenen Sendeanlagen erreicht werden können (unter Einrechnung von Doppel- und Mehrfachversorgungen).

Es zeigt sich, dass die ORS auch unter Berücksichtigung von intern erbrachten Leistungen das mit Abstand größte Unternehmen am Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden ist. Bedingt durch die historische Monopolstellung des ORF und dessen Versorgungspflichten nach dem ORF-G, ist nunmehr auch seine Tochtergesellschaft ORS – nach der Ausgliederung des Sendebetriebs – das Unternehmen mit der ubiquitärsten Infrastruktur. Bedingt durch den Umstand, dass der ORF durch das ORF-G sowie das PrR-G zum „site sharing“ verpflichtet wurde und die bestehenden Verträge mit privaten Hörfunkveranstaltern im Zuge der Ausgliederung des Sendebetriebs auf die ORS übertragen wurden, ist diese nunmehr das Unternehmen mit dem höchsten Anteil am Umsatz aus der Vermietung von Sendeanlagen.

2.3.2. Markteintrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb

Markteintrittsbarrieren sind 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 die Markteintrittsbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist potentiell das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmen/s. Entscheidend für die Beurteilung von Marktmacht ist auch das Ausmaß an Wettbewerb, der hinter diesen Barrieren stattfindet. So kann vor allem dort das Vorliegen von Marktmacht vermutet werden, wo die Marktkonzentration hoch ist und gleichzeitig hohe Markteintrittsbarrieren vorliegen.

In ihrer Empfehlung 2003/311/EG über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABl. Nr. L 114/45 vom 08.05.2003) unterscheidet die Europäische Kommission strukturell bedingte und rechtlich bedingte Hindernisse. Im gegebenen Zusammenhang wirken überdies noch strategische bzw. endogene Markteintrittsbarrieren, die durch das Verhalten eines Unternehmens entstehen können.

2.3.2.1 Strukturelle Markteintrittsbarrieren

Ein strukturbedingtes Zugangshindernis liegt vor, wenn bei gegebenem Nachfrageniveau der Stand der Technik und die entsprechende Kostenstruktur so sind, dass sie Asymmetrien zwischen etablierten Betreibern und Markteinsteigern schaffen, sodass letztere am Markteintritt gehindert werden. Als strukturelle Marktzutrittsbarrieren auf dem Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden können Skalen- und Verbundvorteile (Durchschnittskosten sinken mit steigender Ausbringungsmenge) in Verbindung mit versunkenen Kosten (fixe Kosten der Produktion, die – so sie einmal angefallen sind – irreversibel sind) betrachtet werden.

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 Rundfunkübertragungsdiensten mit eigener Infrastruktur neu in den Markt einzutreten beabsichtigt, müsste an allen großen Sendestandorten der ORS, die von den privaten Hörfunkveranstaltern nachgefragt werden, die Senderinfrastruktur der ORS duplizieren. Hierzu müsste das Unternehmen u.a. neue Sendemasten, eine Stromversorgung sowie beispielsweise auch Antennenzuleitungen errichten. Die Errichtung eines weiteren Sendemasten oder einer weiteren Stromversorgung an einem Standort ist jedoch in der überwiegenden Zahl der Fälle als ineffizient zu qualifizieren, da diese Komponenten der Senderinfrastruktur häufig von mehreren Hörfunkveranstaltern gemeinsam genutzt werden können. So ist es meist möglich, an einem Sendemast etwa zwei oder auch mehrere Sendeanlagen anzubringen. 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 Hörfunkveranstalter anzubringen. Die ORS ist hierdurch in der Lage, Skalenvorteile auszunutzen, was privaten Hörfunkveranstaltern oder anderen Unternehmen meist nicht möglich ist.

Für Unternehmen, die nicht bereits über die notwendige Senderinfrastruktur 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. Die dargestellten strukturellen Zugangshindernisse werden so zumindest für manche Standorte relativiert.

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 substantiell, bei kleineren hingegen haben sie eine geringere Bedeutung. Da die Kosten der Programmübertragung nur einen relativ kleinen Teil der Gesamtkosten ausmachen – der Anteil der Kosten für die Signalübertragung liegt zwischen 5% und 15%, je nach Anzahl der Sendeanlagen und ihrer jeweiligen Reichweite, während der größte Anteil der Kosten auf die Produktion des Programms entfällt –, ist davon auszugehen, dass die durch versunkene Kosten bedingten Marktzutrittsbarrieren auf dem untersuchten Markt in den meisten Fällen eher eine geringere Rolle spielen.

Eine weitere, vorwiegend strukturell bedingte Zugangsbarriere kann durch Skalenvorteile in Verbindung mit nachfrageseitigen Wechselkosten 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, die als strategische Marktzutrittsbarrieren wirken. 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 sahen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ORF für site sharing – die nunmehr von der ORS angewendet werden – vor, dass der private Hörfunkveranstalter im Falle eines Rücktritts vom Vertrag dem ORF (nunmehr der ORS) einen pauschalen Spesenersatz sowie den entstandenen Aufwand und sonstigen Schaden, insbesondere die Kosten der in Zusammenhang mit der Anschaffung und Montage der Sendeeinrichtungen erbrachten Vorfinanzierungen und Arbeitsleistungen, schuldet. Hat sich ein privater Hörfunkveranstalter also einmal für die Verbreitung über ORS-Anlagen 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. Es ist überdies nicht auszuschließen, dass die ORS durch ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (z.B. durch ein Pönale in Form des pauschalen Spesenersatzes) versucht, die Wechselkosten zusätzlich zu erhöhen.

2.3.2.2 Rechtlich bedingte Markteintrittsbarrieren

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 terrestrischer Sendeanlagen zur Veranstaltung von Hörfunk durch Private – der ORF sendet hingegen aufgrund des ORF-Gesetzes – ist zunächst eine Zulassung erforderlich, die neben der rundfunkrechtlichen Bewilligung auch eine Zuordnung der dafür notwendigen Übertragungskapazität(en) umfasst (inklusive fernmelderechtlicher Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb der erforderlichen Funkanlage mit bestimmten technischen Merkmalen). Eine Zulassung wird für einen bestimmten Standort bzw. ein konkretes Versorgungsgebiet nur gewährt, wenn folgende technische Voraussetzungen vorliegen: Zunächst müssen freie Übertragungskapazitäten (Frequenzen) zur Verfügung stehen. In weiterer Folge müssen die für Sendeanlagen in Frage kommenden Standorte im Hinblick auf potentielle Interferenzen (Störungen) mit in- und ausländischen Sendern geprüft und koordiniert werden. Ist eine Koordinierung nicht möglich, kann auf diesem Standort auch keine Sendeanlage betrieben werden. Grundsätzlich gilt, dass eine Koordinierung bei großen, leistungsstarken Anlagen (die auch größere geographische Gebiete versorgen können) wesentlich schwieriger ist, als bei kleinen.

Ist eine Zulassung einmal erteilt worden, kann der Zulassungsinhaber mit jedem anderen Unternehmen einen Vertrag über den Betrieb der Sendeanlage(n) bzw. die Übertragungsleistung abschließen.

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 Anlagen mit geringer Leistung in den meisten Fällen kaum eine Hürde darstellen, 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. Da die ORS-Standorte im Regelfall die aus rundfunktechnischer Sicht günstigsten

sind (d.h. an diesen Standorten lässt sich bei entsprechender Leistung ein Maximum an Reichweite erzielen), in vielen Fällen aber keine zweite Anlage in unmittelbarer Nähe errichtet werden kann, müssen private Hörfunkveranstalter bei einem Wechsel zu einem alternativen (nicht von der ORS betriebenen) Standort – sofern dies möglich ist – häufig Nachteile in Kauf nehmen, wodurch die Möglichkeiten zur internen Erbringung der Leistung (Eigenbereitstellung) weiter eingeschränkt werden.

Basierend auf einer Betrachtung der für jeden ORS-Standort, an dem eine Sendeanlage an einen privaten Hörfunkveranstalter vermietet wird, nächst besten Alternative, ergibt sich, dass einige Hörfunkveranstalter bei einer Substitution empfindliche Reichweitenverluste in Kauf nehmen müssten. Für gewisse Veranstalter existieren hingegen im Hinblick auf die erzielbare Reichweite auch gleichwertige Alternativen zu den ORS-Standorten.

Tabelle 3: Reichweitenverluste bei Substitution der ORS-Anlagen

| Hörfunkveranstalter | Programm | Verlust an Reichweite bei Substitution |
|---------------------------------------|--------------------------------------|--|
| Agora Korotan AKO Lokalradio GmbH | Radio dva / Radio Agora | ca. 33% |
| Antenne Kärnten | Antenne Kärnten | ca. 30% |
| Antenne Steiermark | Antenne Steiermark | ca. 30% |
| Antenne Wien | Antenne Wien 102,5 | ca. 9% |
| Donauwelle Radio Privat NÖ GmbH | Krone Hitradio Wien/Niederösterreich | ca. 15% |
| Life Radio | Life Radio | ca. 25% |
| Mur-Mürztal Radiobetriebs GmbH | 89,6 Das Musikradio | 0% |
| Radio TV Grün Weiß | Radio Grün Weiß | 0% |
| Privatradio Burgenland 1 GmbH | Krone Hitradio Burgenland | 0% |
| Privatradio Wörthersee GmbH | Radio Harmonie (Wörthersee) | 0% |
| Radio Eins Privatradio GmbH | 88,6 Der Supermix für Wien | ca. 13% |
| Verein "Mehrsprachiges Offenes Radio" | Hit FM Burgenland | 0% |
| Vorarlberger Regionalradio GmbH | Antenne Vorarlberg | ca. 8% |
| Welle 1 Linz RadiogmbH | Krone Hitr@dio Linz | ca. 31% |

Ein Standort gilt in diesem Zusammenhang dann als Alternative, wenn die erforderliche Infrastruktur (Mast, Stromzufuhr, Möglichkeit der Signalzubringung) bereits vorhanden ist. Da die alternativen Standorte im Allgemeinen weniger exponiert sind als ORS-Standorte, ergeben sich bei einem Standortwechsel üblicherweise keine Probleme bei deren Koordinierung. Die in der Tabelle ausgewiesenen Werte sind insofern als Untergrenzen zu betrachten, als der tatsächlichen Substitution auch andere Barrieren entgegenstehen könnten, die hier nicht betrachtet wurden. So ist vor allem fraglich, ob auf den alternativen Standorten genügend Platz am Sendemast vorhanden ist und auch die Statik des Mastes für mehrere Antennen ausgerichtet ist. Weiters handelt es sich hier um eine Betrachtung der Alternativen bezogen auf Ende 2004, weshalb nicht auszuschließen ist, dass zum Zeitpunkt der erfolgten Vertragsabschlüsse (in den meisten Fällen zwischen 1997 und 2000) manche Alternativen (z.B. Mobilfunkmasten), die in der gegenständlichen Betrachtung berücksichtigt werden konnten, noch gar nicht zur Verfügung gestanden haben.

Es ist anzunehmen, dass Veranstalter, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses über gleichwertige Alternativen zu den ORS-Standorten verfügten, eher nachfrageseitig

Gegenmacht ausüben konnten als jene, für die eine Substitution mit Reichweitenverlusten verbunden gewesen wäre.

Eine Analyse der strukturell und rechtlich bedingten Zugangshindernisse ergibt, dass die Barrieren für die Errichtung terrestrischer Sendeanlagen für alternative Anbieter (private Rundfunkveranstalter oder andere Unternehmen) bei kleinen Anlagen zwar vorhanden aber eher gering sind, bei größeren Anlagen hingegen wesentlich höher – teilweise sogar prohibitiv – sein können. Dieses Ergebnis spiegelt sich auch in einem Vergleich der Sendeleistung der von der ORS gemieteten und von privaten Hörfunkveranstaltern selbst errichteten Sendeanlagen wider. Während der Mittelwert der ERP-Leistung bei von privaten Unternehmen errichteten Anlagen bei 0,504 kW liegt, liegt er bei von der ORS gemieteten Anlagen bei 15,68 kW. Diese Differenz ist auch statistisch signifikant (siehe t-Test). Aufschlussreich ist auch die Betrachtung der Extremwerte der beiden Stichproben. Während kleine und kleinste Anlagen sowohl selbst errichtet als auch von der ORS gemietet werden, werden die größten Anlagen (≥ 10 kW) ausschließlich gemietet. Von 167 selbst errichteten Anlagen haben nur 14 eine ERP-Leistung von mehr als 1 kW, während dies für ca. die Hälfte der von der ORS gemieteten Anlagen gilt.

Tabelle 4: Sendeleistung der Sendeanlagen privater Hörfunkveranstalter

| ERP-Leistung der von privaten Unternehmen errichteten Anlage(n) in kW (n=167) | | | | | ERP-Leistung der von der ORS gemieteten Anlage(n) in kW (n=39) | | | | |
|---|------------|--------------|------|------|--|------------|--------------|------|--------|
| Median | Mittelwert | Standardabw. | Min. | Max. | Median | Mittelwert | Standardabw. | Min. | Max. |
| 0,15 | 0,50 | 1,15 | 0,01 | 7,96 | 1,00 | 15,68 | 33,84 | 0,01 | 125,00 |
| t-Test auf Gleichheit der Mittelwerte: t = 2,8 | | | | | | | | | |

Es ist auch kaum eine Konzentration auf bestimmte ORS-Standorte festzustellen, da sich die 39 Mietverhältnisse auf 31 Standorte verteilen und auf keinem Standort mehr als drei Mietverhältnisse aufrecht sind.

Bei der Beurteilung der Relevanz von Marktzutrittsbarrieren sind schließlich auch dynamische Aspekte wie z.B. der technische Fortschritt zu berücksichtigen, die dazu führen können, dass bestimmte Barrieren langfristig an Bedeutung verlieren. Da erwartet werden kann, dass die Technologie der analogen terrestrischen Übertragung in den kommenden ein bis zwei Jahren weitgehend unverändert bestehen bleibt, ist es unwahrscheinlich, dass die oben dargelegten Überlegungen in diesem Zeitraum grundlegend relativiert würden.

2.3.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

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 der einzige Anbieter der Dienstleistung ist und weder aktueller noch potentieller Wettbewerb existiert. Zusätzlich kann es dem Unternehmen auch möglich sein, seine Marktmacht auf nachgelagerte oder angrenzende Märkte zu übertragen.

Anhand der festgestellten Marktzutrittsbarrieren auf dem gegenständlichen Markt und der tatsächlich von den privaten Rundfunkveranstaltern gewählten Markteintrittsstrategien und der sich daraus ergebenden Marktanteile können folgende Schlussfolgerungen gezogen werden:

Kleine Sendeanlagen können offensichtlich in den meisten Fällen selbst errichtet werden, während Alternativen zu den großen Sendeanlagen 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 Marktzutrittsbarrieren von einer Reihe von Faktoren abhängt, wie der Lage (Höhe) des Standortes, der abgestrahlten Leistung, den in geographischer Nähe bereits existierenden Standorten sowie den Bau- Raumordnungs- und naturschutzrechtlichen Regelungen etc., kann a priori keine Aussage über die Höhe der Marktzutrittsbarrieren für jeden Einzelfall getroffen werden. Tendenziell sind zwar die Marktzutrittsbarrieren bei exponierten, leistungsstarken Anlagen deutlich höher als bei kleinen Anlagen, in Einzelfällen können jedoch auch große Anlagen replizierbar sein und kleinere nicht. Für potentiell neu in den Markt eintretende Betreiber wirken weiters nachfrageseitige Wechselkosten, die sich vor allem aus vertraglichen Bedingungen ergeben, als Marktzutrittsbarrieren.

Insgesamt kann daher davon ausgegangen werden, dass die ORS in vielen Fällen – vor allem bei großen, leistungsstarken Anlagen an exponierten Standorten – über Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt.

2.3.4. Nachfrageseitige Gegenmacht

Verfügt ein Unternehmen aufgrund mangelnden Wettbewerbsdrucks potentiell 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 potentiell 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 und wenn der Kunde für einen Großteil der Umsätze des Unternehmens verantwortlich zeichnet.

Wie aus den Feststellungen zu den Markteintrittsbarrieren und der Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur hervorgeht, gibt es bei kleineren Sendeanlagen in den meisten Fällen Alternativen. 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. Am vorliegenden Markt wird das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht der privaten Hörfunkveranstalter gegenüber der ORS dadurch leicht erhöht, dass die Mehrzahl privater Hörfunkveranstalter bei den Vertragsverhandlungen über die Sendermitbenutzung nunmehr durch den Verband Österreichischer Privatsender (VÖP) vertreten werden. Dennoch ist auch hierzu festzuhalten, dass ein gemeinsames Auftreten bei (Preis)Verhandlungen über die Sendermitbenutzung die faktischen Gegebenheiten nicht leicht ersetzbarer Infrastruktur und die dadurch bestehende Verhandlungsposition der ORS nicht völlig kompensieren kann.

Während somit nachfrageseitige Gegenmacht überall dort existiert, wo es Alternativen zu den Standorten der ORS gibt, ist das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht bei nicht oder nur schwer duplizierbaren Anlagen eher gering einzustufen. Generell erhöht sich die nachfrageseitige Gegenmacht der meisten privaten Hörfunkveranstalter aufgrund des gemeinsamen Auftretens im Verband österreichischer Privatsender (VÖP).

2.3.5. Entgelte

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. Da der ORF bis dato der einzige relevante Anbieter von Übertragungsleistungen war, wurde im Rahmen des Marktanalyse-Gutachtens nur eine Analyse der Entgelte des ORF vorgenommen. Die hierzu erfolgenden Feststellungen haben auch für die ORS Geltung, da diese nach der Übernahme des Sendebetriebs die zuvor vom ORF verlangten Entgelte bis auf weiteres anwendet. Die an früherer Stelle genannten (Pkt. 2.3.1. Seite 10f) übrigen vier Bereitsteller von Übertragungsleistungen erwirtschafteten gemeinsam nur rund 7% der Umsätze auf dem relevanten Markt (bzw. ausgedrückt in Mengemarktanteilen 1,8% gemessen an Standorten im Verhältnis zu 62% Marktanteil der ORS und gemessen an Sendeanlagen 0,7% im Verhältnis zu 84% Marktanteil der ORS). Eine Gegenüberstellung der von diesen vier Bereitstellern verlangten Entgelte mit jenen des ORF kann aufgrund der von diesen vier Unternehmen im Vergleich zu jenen des ORF (nunmehr ORS) angebotenen unterschiedlichen Leistungsbindel – etwa betreffend die abgestrahlte Leistung, Reserve, Signalzubringung oder Standortmiete etc. –, kaum zu aussagekräftigen Ergebnissen führen. Hinzu kommt, dass die seitens der Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG erbrachten Übertragungsleistungen nur für verbundene Unternehmen erfolgen. Die daraus lukrierten Entgelte sind kaum mit Entgelten für extern erbrachte Leistungen zu vergleichen. Die folgenden Feststellungen beziehen sich folglich nur auf die vom ORF bzw. nunmehr der ORS verlangten Entgelte.

Da die Verträge zwischen den privaten Hörfunkveranstaltern und dem ORF üblicherweise auf Dauer der Zulassung (also 10 Jahre) abgeschlossen wurden, erfolgte jeweils auch eine langfristige Vereinbarung der Entgelte. Basierend auf Preislisten des ORF wurden in Verhandlungen Entgelte festgelegt, die in der Folge einer Indexanpassung (üblicherweise dem Verbraucherpreisindex) unterlagen. Wurden mehrere Sendeanlagen vom ORF gemietet so kamen Rabattbestimmungen zur Anwendung.

Grundlage des nachstehenden Entgeltvergleichs waren die der KommAustria im Zuge der Marktanalyse vorangegangenen Datenerhebung 2004 einerseits vom ORF und andererseits von den privaten Hörfunkveranstaltern bekannt gegebenen Entgelte für die Jahre 2001 bis 2004. Die erhobenen Entgeltendaten wurden mit dem Verbraucherpreisindex auf Basis 2000 rückgerechnet, um sie mit den Kosten vergleichbar zu machen. Diese Entgelte wurden in weiterer Folge mit den im Zuge des Verfahrens KOA 1.372/01 (site sharing-Verfahren zwischen der Welle 1 Linz Radio GmbH und dem ORF) erhobenen Kostendaten des ORF für die Bereitstellung von Sendeanlagen im Jahr 2000 verglichen. Da fast alle Vertragsabschlüsse zwischen 1995 und 2000 erfolgt sind, wurden für alle Jahre die Kosten auf Basis des Jahres 2000 herangezogen, welche auch nach Angaben des ORF einen für die Kosten der vorangegangenen Jahre hinreichend guten Näherungswert darstellen. Bei einem Vergleich der für alle im jeweiligen Jahr vermieteten Sendeanlagen aggregierten Entgelte mit den seitens des ORF ausgewiesenen Kosten (Preislisten von 1997 bis 2004) sowie den von der RTR-GmbH berechneten korrigierten Kosten und den tatsächlich verrechneten Entgelten des ORF in den Jahren 2000 bis 2004 ergibt sich folgendes Bild:

Hinsichtlich der aggregierten Entgelte ist festzustellen, dass diese in den Jahren 2001 bis 2003 relativ konstant waren. Ab 01.01.2004 galten für zehn der 15 privaten Hörfunkveranstalter, die Sendeanlagen vom ORF gemietet haben, neue Tarife, die im Schnitt um ca. 12% unter den Tarifen von 2003 lagen. Dieses Ergebnis ist auf die unter der Ägide des VÖP gemeinsam geführten Verhandlungen mit dem ORF zurückzuführen. Dadurch kam es insgesamt zu einer (realen) Senkung der Entgelte um ca. 10%.

Bei einer Betrachtung der tatsächlich verrechneten Entgelte im Verhältnis zur Preisliste des ORF sowie im Verhältnis zu den von der RTR-GmbH ermittelten Kosten zeigt sich, dass die vom ORF verrechneten Entgelte aufgrund von Rabatten zwar unter den in seiner Preisliste ausgewiesenen, jedoch wesentlich über den von der RTR-GmbH berechneten Kosten liegen. Waren die Preise in den Jahren 2001 bis 2003 um ca. 30% überhöht, so verringerte sich dieser Prozentsatz im Jahr 2004 auf etwa 16% über den korrigierten Kosten. Diese Senkung ist dadurch zu erklären, dass der Verband Österreichischer Privatsender (VÖP) für die von ihm vertretenen privaten Hörfunkveranstalter Neuverhandlungen erreichen konnte.

Tabelle 5: Aggregierte Kosten und Entgelte für Sendeanlagen

| Jahr | Kosten ORF 2000 / Preisliste | Kosten ORF 2000 korr. | Entgelte ORF (Basis 2000) | Entgelte zu Preisliste | Entgelte zu Kosten korr. |
|------|---------------------------------|--------------------------|---------------------------------|---------------------------|-----------------------------|
| 2001 | 2.072.023,75 | 1.488.773,78 | 1.960.475,33 | -5,4% | +31,7% |
| 2002 | 2.095.334,43 | 1.504.315,09 | 1.932.149,26 | -7,8% | +28,4% |
| 2003 | 2.095.334,43 | 1.504.315,09 | 1.951.654,58 | -6,9% | +29,7% |
| 2004 | 2.095.334,43 | 1.504.315,09 | 1.747.524,29 | -16,6% | +16,2% |

Entgelte und Kosten in €.

Ein Vergleich der Kosten mit den Entgelten auf Ebene der einzelnen privaten Hörfunkveranstalter (siehe Tabelle 6) zeigt weiters, dass das Ausmaß, in dem die Preise über den von der RTR-GmbH errechneten Kosten liegen, nicht für alle Veranstalter gleich ist. Die Spannweite reicht hier von Entgelten, die knapp unter den korrigierten Kosten liegen bis zu Entgelten, die ca. 60% über diesen Kosten liegen. Die Unterschiede resultieren aufgrund eigener Angaben des ORF aus unterschiedlichen Rabatten, deren jeweilige Höhe sich nach der Anzahl der gemieteten Sendeanlagen richtet. Der negative Wert in Zeile 13 ergibt sich daraus, dass hier eine Sendeanlage aus technischen Gründen nur mit halber Leistung betrieben wird und so den Kosten für eine leistungsstärkere Anlage die Entgelte für eine Anlage mit geringerer Leistung gegenüberstehen. Schließlich liegt den Entgelten in einigen Fällen eine Preisliste aus 1994 zugrunde.

Tabelle 6: Unterschiede im Verhältnis Entgelte zu Kosten

| | Entgelt 01* zu Kosten 2000 | Entgelt 02* zu Kosten 2000 | Entgelt 03* zu Kosten 2000 | Entgelt 04* zu Kosten 2000 |
|-----------------------|----------------------------------|----------------------------------|----------------------------------|----------------------------------|
| Hörfunkveranstalter 1 | 61% | 61% | 62% | 45% |
| Hörfunkveranstalter 2 | 21% | 17% | 14% | 10% |
| Hörfunkveranstalter 3 | 40% | 41% | 41% | -3% |
| Hörfunkveranstalter 4 | 25% | 26% | 26% | 25% |
| Hörfunkveranstalter 5 | 53% | 36% | 43% | 22% |
| Hörfunkveranstalter 6 | 50% | 51% | 51% | 38% |

| | | | | |
|------------------------|------|------|------|------|
| Hörfunkveranstalter 7 | 29% | 29% | 30% | 29% |
| Hörfunkveranstalter 8 | 46% | 47% | 47% | 46% |
| Hörfunkveranstalter 9 | 37% | 37% | 38% | 16% |
| Hörfunkveranstalter 10 | | 55% | 54% | 30% |
| Hörfunkveranstalter 11 | 39% | 39% | 40% | 6% |
| Hörfunkveranstalter 12 | 50% | 50% | 51% | 50% |
| Hörfunkveranstalter 13 | -21% | -21% | -20% | -23% |
| Hörfunkveranstalter 14 | 1% | 1% | 13% | 3% |

* zur Basis 2000; Grau unterlegt: Vertragsabschluss 1997 oder später

Selbst bei Gegenüberstellung nur jener Verträge, die nach 1997 (also unter Aussparung der Verträge auf Basis der Preisliste von 1994) abgeschlossen wurden, werden beträchtliche Differenzen zwischen den von privaten Hörfunkveranstaltern zu leistenden Entgelten ersichtlich – dies obwohl Mengenrabatte nicht als Erklärung herangezogen werden können, da jeweils nur eine Sendeanlage gemietet wird.

Für das in Tabelle 6 enthaltene Set an Sendeanlagen (betroffen sind die in den Jahren 2002 – 2004 an Private vermieteten Sendeanlagen) beliefen sich die Kosten im Jahr 2004 nach Angaben des ORF auf €1.436.753,97. Die von der RTR-GmbH errechneten korrigierten Kosten machen hingegen € 1.420.299,97 aus. Bei einer Betrachtung der Entwicklung der Kosten zwischen dem Jahr 2000 und dem Jahr 2004 ergibt sich folglich, dass diese insgesamt um etwa 5% gefallen sind.

Durch das Auseinanderdriften der historischen Kosten und der Wiederbeschaffungswerte kann es über längere Zeiträume sowohl zu überhöhten Entgelten als auch zu falschen Anreizen für private Hörfunkveranstalter betreffend die „make-or-buy Entscheidung“ bei Sendeanlagen kommen, wenn die ORS ihre Preislisten nicht regelmäßig einer Anpassung unterwirft. Liegen die Entgelte etwa wesentlich über den Wiederbeschaffungswerten, so besteht generell die Gefahr, dass sich ein Hörfunkveranstalter dazu entscheidet, eine Anlage selbst zu errichten, obwohl es möglicherweise gesamtwirtschaftlich effizienter wäre, sie von der ORS zu mieten. Während die Gefahr der ineffizienten Duplizierung bei bereits gemieteten Anlagen gering ist (bei vorzeitigem Vertragsausstieg sind der ORS sämtliche Aufwendungen für die Beschaffung rückzuerstatten), ist sie zum Zeitpunkt des Markteintritts sehr wohl gegeben.

Abschließend lässt sich demnach festhalten, dass die vom ORF verlangten Entgelte in den vergangenen Jahren zum Teil signifikant über den von der RTR-GmbH ermittelten Kosten der Leistungserstellung lagen, wenn auch der Abstand zwischen den Entgelten und den für die Leistungserstellung errechneten Kosten infolge der 2004 durchgeführten Neuverhandlungen etwas geringer wurde. Darüber hinaus hat der ORF – meist über unterschiedliche Rabatte – insofern Preisdiskriminierungen vorgenommen, als das Verhältnis der Entgelte zu den Kosten bei verschiedenen privaten Hörfunkveranstaltern unterschiedlich hoch ist. Da sämtliche site sharing-Verträge des ORF unverändert von seiner Tochtergesellschaft ORS übernommen wurden und die Entgelte bis auf weiteres auch nach der Ausgliederung der Senderinfrastruktur an die ORS wirksam bleiben, hat diese Aussage auch Gültigkeit für die ORS. Ferner muss angenommen werden, dass es durch das Auseinanderdriften von an den (historischen) Kosten orientierten Entgelten und den Wiederbeschaffungswerten im Zeitverlauf zu überhöhten Entgelten bzw. zu falschen Anreizen für neu in den Markt eintretende private Hörfunkveranstalter hinsichtlich der „make-or-by Entscheidung“ kommen könnte, wenn die ORS ihre Preislisten nicht regelmäßig einer Anpassung unterwirft.

2.3.6. Produktdifferenzierung

Das Ausmaß der Produktdifferenzierung ist für die Beurteilung von Marktmacht insofern relevant, als grundsätzlich eine höhere Produktdifferenzierung mit größerer Marktmacht der einzelnen Unternehmen gegenüber ihren Kunden einhergeht, da ein Wechsel zu einem anderen Unternehmen nur mehr eingeschränkt möglich ist. Gelingt es einzelnen Unternehmen, ihr Produkt hinreichend von anderen Produkten zu differenzieren, und ist eine Nachahmung für andere Unternehmen nicht möglich, so können daraus Wettbewerbsvorteile erwachsen.

Da die (analoge) terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen auf standardisierten, allgemein verfügbaren Technologien basiert, ergeben sich in Bezug auf einzelne Standorte kaum Differenzierungsmöglichkeiten. Allerdings verfügt die ORS aufgrund ihrer ubiquitären Infrastruktur über die Möglichkeit, Übertragungsleistungen praktisch für jedes Gebiet bzw. für jede Kombination von Gebieten anzubieten und unterscheidet sich so von den meisten anderen Unternehmen, deren Reichweite mit eigenen Standorten geographisch stark beschränkt ist. Unter dem Aspekt des Wettbewerbsvorteils ist daher festzuhalten, dass die ORS insbesondere in jenen Fällen, in denen die Abdeckung eines größeren geographischen Gebietes mit mehreren Sendeanlagen oder eine bestimmte Kombination geographischer Gebiete nachgefragt wird, von ihrem flächendeckenden Sendernetz profitiert.

2.3.7. Vertikale Integration

Das Vorliegen vertikaler Integration ist für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung 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.

Da der ORF mit den privaten Hörfunkveranstaltern, denen er – bis zur Ausgliederung des Sendebetriebs an die ORS – die Übertragungsleistung bereitgestellt hat, am Endkundenmarkt im Wettbewerb steht und gleichzeitig der Verpflichtung nach § 7 ORF-G bzw. § 15 PrR-G unterliegt, Zugang zu seinen Sendeanlagen gegen ein angemessenes Entgelt zu Verfügung zu stellen, ist es wahrscheinlich, dass der ORF vor der Ausgliederung (ökonomische) Anreize hatte, private Hörfunkveranstalter gegenüber dem eigenen Unternehmen bei der Bereitstellung von Sendeanlagen zu benachteiligen. Trotz der mittlerweile erfolgten Ausgliederung der Sendefunkinfrastruktur ist davon auszugehen, dass auch die ORS, aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Verschränkung mit dem ORF, ebensolche Anreize hat. Ohne entsprechende Zugangsregulierung ist zu erwarten, dass die ORS für private Hörfunkveranstalter Zugang zu ihren schwer duplizierbaren Standorten zu überhöhten Preisen bereitstellen oder aber einen solchen Zugang überhaupt verwehren würde, um ihre Marktmacht auszuüben oder aber die Position ihres Eigentümers ORF am Endkundenmarkt zu stärken. Solange der ORF einen signifikanten Anteil an der ORS hält und folglich beherrschenden Einfluss auf diese hat, kann er bzw. die ORS als vertikal integriertes Unternehmen betrachtet werden.

Aufgrund ihrer vertikalen Integration mit dem ORF ist somit zu erwarten, dass die ORS, falls sie keine überhöhten Preise für ihre schwer ersetzbaren Sendeanlagen verlangen kann, Anreize dazu hat, anderen Unternehmen, die mit dem ORF am Endkundenmarkt im Wettbewerb stehen, Zugang zu diesen Sendeanlagen zu verweigern oder aber solche Unternehmen gegenüber der Muttergesellschaft zu benachteiligen.

2.3.8. Sonstige Indikatoren

An dieser Stelle seien weitere Indikatoren zur Beurteilung, ob ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, erwähnt. Ihnen kommt allerdings 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.

2.3.9. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

Eine Analyse des hier relevanten Marktes für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden zeigt, dass die ORS mit großem Abstand zu anderen Marktteilnehmern über sehr hohe und weitgehend stabile Marktanteile verfügt. Dieser hohe Marktanteil lässt sich auf die historische Monopolstellung, den gesetzlichen Versorgungsauftrag des ORF und die diesen treffenden gesetzlichen Pflichten zur Gewährung von Zugang zu seiner Infrastruktur zu angemessenen Entgelten zurückführen (site sharing). Infolge der Ausgliederung dieser Infrastruktur und des Sendebetriebs an die Tochtergesellschaft ORS tritt diese auf dem gegenständlichen Markt nunmehr anstelle des ORF auf, wobei von weitgehend unveränderten Gegebenheiten im Hinblick auf die Ausgestaltung der einzelnen Mietverträge ausgegangen werden kann.

Die Marktzutrittsbarrieren können nicht pauschal für den gesamten Markt als hoch eingestuft werden, sondern differieren je nach Lage des Standortes, der abgestrahlten Leistung, der geographischen Nähe zu bestehenden Standorten und den jeweiligen bau-, raumordnungs- und naturschutzrechtlichen Bestimmungen sowie anderen Gründen. Es können aber die Marktzutrittsbarrieren bei exponierten und leistungsstarken Anlagen im Vergleich zu kleineren Anlagen als deutlich höher eingestuft werden. Marktzutrittsbarrieren ergeben sich für potentielle neu in den Markt eintretende Mitbewerber (Betreiber) weiters aus nachfrageseitigen Wechselkosten durch vertragliche Bedingungen der ORS. Da außerdem der überwiegende Anteil der derzeit in Österreich bestehenden Senderinfrastruktur nunmehr im Eigentum der ORS steht, übt diese vor allem bei großen und leistungsstarken Anlagen Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur aus.

Grundsätzlich ist das Ausmaß nachfrageseitiger Gegenmacht bei nicht oder nur schwer duplizierbaren Standorten bzw. Anlagen gering. Nachfrageseitige Gegenmacht besteht hingegen überall dort, wo Alternativen zu Standorten der ORS existieren. Durch Vereinigung eines Großteils der privaten Hörfunkveranstalter im VÖP, der als Verhandlungspartner der ORS auftritt, erhöht sich tendenziell deren nachfrageseitige Gegenmacht.

Obwohl der ORF gemäß § 7 ORF-G und § 15 PrR-G zur Gestattung der Mitbenutzung seiner Sendeanlagen gegen angemessenes Entgelt verpflichtet war, lagen die vom ORF in den vergangenen Jahren verrechneten Entgelte zum Teil signifikant über den von der RTR-GmbH berechneten Kosten der Leistungserstellung, wiewohl sich dieser Abstand im Jahr 2004 durch Neuverhandlungen im Schnitt verringerte. Festzustellen sind weiters Preisdiskriminierungen in der Weise, dass das jeweilige Verhältnis der Entgelte zu den Kosten zwischen den privaten Hörfunkveranstaltern unter gleichartigen Umständen differiert. Infolge der Übernahme der geltenden Verträge durch die ORS treffen diese Aussagen auch auf die ORS zu. Durch das Auseinanderdriften von an den (historischen) Kosten orientierten Entgelten und den Wiederbeschaffungswerten kann es weiters im Zeitverlauf zu überhöhten Entgelten bzw. zu falschen Anreizen bei der make-or-by Entscheidung für neu in den Markt

eintretende Hörfunkveranstalter kommen, wenn die ORS ihre Preislisten nicht einer regelmäßigen Anpassung unterwirft.

Schließlich ist festzuhalten, dass trotz der stattgefundenen Ausgliederung des Sendebetriebs an die ORS von einer vertikalen Integration mit dem ORF auszugehen ist. Sofern die ORS keine überhöhten Preise für ihre schwer ersetzbaren Sendeanlagen verlangen kann, könnte sie Anreize dazu haben, anderen mit dem ORF am Endkundenmarkt in Wettbewerb stehenden Unternehmen, den Zugang zu diesen Sendeanlagen zu verweigern oder aber solche Unternehmen gegenüber der gesellschaftsrechtlich verbundenen Muttergesellschaft zu benachteiligen.

Wettbewerbsvorteile im Verhältnis zu anderen Unternehmen können der ORS daraus erwachsen, dass sie aufgrund ihrer flächendeckenden Infrastruktur größere geographische Gebiete abdecken oder auch verschiedene Kombinationen geographischer Gebiete anbieten kann. Sonstige Indikatoren für eine marktbeherrschende Stellung sind am vorliegenden Markt vernachlässigbar.

2.4. Wettbewerbsprobleme

Die anhand der vorstehenden Indikatoren beschriebene Situation auf dem Vorleistungsmarkt „terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden“ kann in einer Konstellation ohne jegliche Regulierung am vorliegenden Markt zum Auftreten von Wettbewerbsproblemen im Hinblick auf die Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern, die Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Mitbewerbern sowie die Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte führen. Unter Regulierung am vorliegenden Markt ist in diesem Zusammenhang vor allem auch die derzeitige Verpflichtung zum site sharing gemäß § 7 ORF-G bzw. § 15 PrR-G zu verstehen, welche sich allerdings dem Wortlaut nach nur an den ORF richtet. Bisher unterlag der gegenständliche Markt keiner spezifischen Ex-Ante-Regulierung gemäß dem TKG 1997 bzw. dem TKG 2003.

Aufgrund des Umstandes, dass die am gegenständlichen Markt vorhandene Infrastruktur sich fast zur Gänze im Besitz der ORS befindet, aufgrund der Existenz hoher Barrieren für die Errichtung weiterer Sendeanlagen an bestimmten Standorten sowie des tendenziell geringen Ausmaßes an nachfrageseitiger Gegenmacht, ist davon auszugehen, dass die ORS ohne entsprechende Verpflichtungen am gegenständlichen Vorleistungsmarkt gegenüber ihren Abnehmern (den privaten Hörfunkveranstaltern, die die Übertragungsleistung nachfragen) Marktmacht ausüben kann und kein selbsttragender (infrastrukturbasierter) Wettbewerb herrscht. Diese Aussage trifft nicht pauschal auf alle Sendeanlagen zu, kann jedoch dann als wahrscheinlich angenommen werden, wenn private Hörfunkveranstalter größere geographische Gebiete oder Ballungsräume versorgen wollen, wofür sie in der Regel leistungsstarke Sendeanlagen benötigen. Unter diesen Bedingungen können die nachstehenden Wettbewerbsprobleme auftreten.

2.4.1. Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern

Die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Abnehmern manifestiert sich vor allem in überhöhten Preisen. Aus ökonomischer Sicht ist davon auszugehen, dass die ORS ohne entsprechende Verpflichtungen die Preise für die Vermietung von Sendeanlagen in einigen Fällen signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. die Kosten der Leistungserstellung anheben könnte, ohne dass private Hörfunkveranstalter auf alternative Anbieter ausweichen oder die Leistung selber erbringen würden. Die ORS müsste keine erheblichen Nachfrageverluste hinnehmen.

2.4.2. Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten

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

2.4.3. Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte

In Bezug auf 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 duplizierbar sind, könnte sie durch Verweigerung eines adäquaten Zugangs zu diesen Anlagen die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt erhöhen und so die Position der Muttergesellschaft ORF auf diesem Markt stärken. Neben der totalen Verweigerung des Zugangs sind hier auch Strategien wie Preisdiskriminierung (die zu einem „margin squeeze“ führen kann), Qualitätsdiskriminierung oder Verzögerungstaktiken bei der Bereitstellung relevant.

2.5. Bewertung der Wettbewerbsprobleme unter Berücksichtigung der den ORF treffenden gesetzlichen Verpflichtungen

Durch die an den ORF adressierte site sharing-Verpflichtung gemäß § 7 ORF-G bzw. § 15 PrR-G wird zwar die Übertragung von Marktmacht auf den Endkundenmarkt durch Zugangsverweigerung verhindert, die Feststellungen zu den Entgelten (vgl. 2.3.5.) haben jedoch gezeigt, dass es dem ORF selbst unter der gesetzlich normierten Verpflichtung, die Mitbenutzung seiner Sendeanlagen gegen angemessenes Entgelt zu gestatten, möglich war, Entgelte zu verlangen, die zum Teil deutlich über den Kosten der Leistungserstellung lagen. Nachdem sämtliche site sharing-Verträge des ORF von der ORS übernommen wurden, folglich auch die Entgelte weiterhin Gültigkeit besitzen und die ORS eine Tochtergesellschaft des ORF ist, trifft diese Aussage auch auf die ORS zu.

Auch einer Erhöhung der Marktzutrittsbarrieren durch vertragliche Bedingungen kann derzeit nur eingeschränkt entgegengewirkt werden.

Infolge der engen gesellschaftlichen Verflechtungen zwischen dem ORF und der ORS und der Übernahme der bestehenden vertraglichen Bedingungen durch diese, kann angenommen werden, dass die dargestellten Wettbewerbsprobleme auch unter diesen Umständen bestehen.

2.6. Regulierungsinstrumente

2.6.1. Beschreibung der derzeitigen Regulierungssituation

Bisher unterlag keines der am Markt tätigen Unternehmen einer Verpflichtung nach dem TKG 1997 oder dem TKG 2003. Der ORF unterliegt jedoch – wie bereits festgehalten wurde – am vorliegenden Markt Verpflichtungen nach dem Privatradiogesetz (§ 15 PrR-G) und dem ORF-Gesetz (§ 7 ORF-G), die jeweils identische Regelungen beinhalten. Demnach hat der ORF im Rahmen der technischen Möglichkeiten anderen Rundfunkveranstaltern die Mitbenutzung seiner Sendeanlagen gegen angemessenes Entgelt zu gestatten. In Streitfällen über die Angemessenheit des Entgelts oder die technische Vertretbarkeit einer Mitbenutzung kann die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) zur Entscheidung von allen Beteiligten angerufen werden. Voraussetzung hierfür ist, dass Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien stattgefunden haben, eine vertragliche

Vereinbarung jedoch binnen der gesetzlich vorgesehenen Verhandlungsfrist nicht zu Stande gekommen ist. Im Rahmen der nun folgenden Auswahl geeigneter Regulierungsinstrumente war allerdings auch zu berücksichtigen, dass die gesetzlichen site sharing-Bestimmungen gemäß § 7 ORF-G bzw. § 15 PrR-G dem Wortlaut nach nur an den ORF adressiert sind.

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

2.6.2.1. Verpflichtung zur Gewährung von Zugang

Das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen 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 kann die Marktzutrittsbarrieren 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, ist eine Zugangsverpflichtung notwendig und das einzig effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu fördern.

Der Zugang zur Infrastruktur der ORS ist ungebündelt zu gewährleisten. Das die Übertragungsleistung nachfragende Unternehmen darf folglich nicht verpflichtet sein, Dienste zu beziehen bzw. Geräte zu mieten, die es selbst bereitstellen kann oder die von diesem nicht benötigt werden. Am vorliegenden Markt sind hiervon etwa die Signalzubringung, die Senderreserve und RDS (radio data system) betroffen. Das nachfragende Unternehmen soll auch nicht verpflichtet sein, eine Sendeanlage mit höherer Leistung als benötigt, von der ORS 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.

Die Zugangsverpflichtung ist jeweils durch die technische Vertretbarkeit (z.B. Statik des Antennentragemastes, Windlast des Tragwerks u.v.m.) oder Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Netzwerkintegrität bedingt.

2.6.2.2. Entgeltkontrolle

Wie sich aus Pkt. 2.3.5. der Sachverhaltsfeststellungen ergibt, kann die ORS am Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden Entgelte verlangen, die signifikant über den von der RTR-GmbH errechneten Kosten der Leistungserstellung liegen, ohne entsprechende Marktanteilsverluste in Kauf nehmen zu müssen. Es ist also 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 befürchtet werden muss. In Abwesenheit von Regulierung besteht daher ein (ökonomischer) Anreiz zu einem solchen Verhalten.

Gleichzeitig wäre es der ORS auch möglich, Konkurrenten ihres Mehrheitseigentümers ORF auf den nachgelagerten Märkten durch Preisdiskriminierung am Vorleistungsmarkt (externe Bereitstellung zu höheren Preisen als interne Bereitstellung) einem „margin squeeze“ (Preis-Kosten-Schere) auszusetzen. Da – wie bereits ausgeführt – die Verträge mit den darin noch vom ORF vereinbarten Entgelten, die im Verhältnis zu den Kosten zum Teil erheblich differieren, von der ORS übernommen wurden, ist von einem derartigen Verhalten weiterhin auszugehen. Die ORS unterliegt ebenso bei Abschluss von Vereinbarungen mit neu zugelassenen und die Übertragungsleistung nachfragenden Hörfunkveranstaltern einem ökonomischen Anreiz, Entgelte zu verlangen, die signifikant über den Kosten der Leistungserstellung liegen. Eine Preiskontrolle ist daher geboten.

Die Festlegung des Zugangspreises ist insofern von besonderer Bedeutung, als der Zugangspreis in wesentlichem Maße die Investitionsanreize sowohl des Unternehmens, das den Zugang zu gewähren hat (die ORS), als auch jener Unternehmen, die den Zugang potentiell in Anspruch nehmen (private Hörfunkveranstalter), beeinflusst. Falls ein Markteintritt auf der Vorleistungsebene möglich ist, soll der Zugangspreis insbesondere so gesetzt werden, dass potentiell in den Markt eintretende Unternehmen nur dann Anreiz zum Markteintritt (d.h. zur Replizierung der Infrastruktur) haben, wenn sie die Leistung unter Berücksichtigung der vorhandenen Nachfrage zumindest genauso effizient produzieren können, wie das marktmächtige Unternehmen. Kann kein Markteintritt auf der Vorleistungsebene erwartet werden (nichtreplizierbare Infrastruktur), so ist sicherzustellen, dass die ORS Anreize zu effizienter Produktion sowie Anreize zur Erhaltung und Verbesserung der Senderinfrastruktur hat. Hier ist allerdings festzuhalten, dass das Investitionsverhalten der ORS in Sendeanlagen für den ORF auch durch den Versorgungsauftrag des ORF nach § 3 ORF-G bestimmt wird und daher der Einfluss des Zugangspreises auf das Investitionsverhalten der ORS eher gering sein wird. Dennoch darf der Zugangspreis Anreizen zu effizienter Produktion und zur Erhaltung und Verbesserung der Infrastruktur nicht entgegenstehen.

Für die Entgeltkontrolle auf Vorleistungsmärkten 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 sind insbesondere in Situationen angemessen, in denen das marktmächtige Unternehmen überhöhte Preise verrechnen kann und die Marktmacht nicht längerfristig durch Wettbewerbskräfte eingeschränkt wird.

Die Anwendung sog. ECPR-Preise bildet vor allem dann eine verhältnismäßige bzw. geeignete Methode, wenn in absehbarer Zeit mit der Entwicklung selbsttragenden Wettbewerbs zu rechnen wäre. ECPR-Preise werden durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten ermittelt, die dem marktmächtigen Unternehmen entstehen, wenn es die Leistung einem Mitbewerber auf der Endkundenebene anbietet. Unter bestimmten Bedingungen reduziert sich ECPR auf Retail minus (Vorleistungspreis ist gleich Endkundenpreis minus Retail-Kosten). Dieser Ansatz ist nicht unbedingt geeignet, überhöhte Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen und daher eben primär für Märkte relevant, auf denen überhöhte Preise in absehbarer Zeit durch sich entwickelnden selbst tragenden Wettbewerb eliminiert werden.

Im Rahmen der dritten Preissetzungsmethode, dem Benchmarking, erfolgt die Preisfestsetzung auf Basis von Vergleichswerten. Für einen solchen Vergleich können die Preise von nationalen und internationalen Märkten mit vergleichbaren Leistungen herangezogen werden. Der größte Nachteil dieser Methode liegt darin, dass die Fehlerwahrscheinlichkeit relativ hoch sein kann, insbesondere wenn erhebliche Unterschiede zu den Leistungen, die für den Vergleich herangezogen werden (Unterschiede in den Kosten, in der Technologie, im länderspezifischen Preisniveau, etc.), existieren. Benchmarking als Preisermittlungsmethode wird man vor allem dann einsetzen, wenn der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den vorher genannten Preissetzungsverfahren ein (in Relation zum Wettbewerbsproblem) für die Regulierungsbehörde und die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt bzw. eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert.

Die beiden unter Pkt. 2.3.5. der Sachverhaltsfeststellungen dargestellten wettbewerbsverzerrenden Verhaltensweisen – überhöhte Preise und Preisdiskriminierung – können bei einem schwer replizierbaren Vorleistungsprodukt nur dadurch verhindert werden,

dass der Zugangspreis auf der Vorleistungsebene kostenorientiert reguliert wird. So kann sowohl verhindert werden, dass auf der Vorleistungsebene ein überhöhtes Entgelt verlangt wird, als auch, dass Wettbewerber auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe durch Preisdiskriminierung auf der Vorleistungsebene einem „margin squeeze“ ausgesetzt werden. Dies ist eine notwendige Voraussetzung, um am Endkundenmarkt das Vorliegen gleicher Wettbewerbsbedingungen für das dominante Unternehmen und die alternativen Unternehmen sicherzustellen. Dies sollte zu intensiverem Wettbewerb auf Endkundenebene führen, wodurch geringere Entgelte, eine effiziente und an den Bedürfnissen der Konsumenten orientierte Produktion, mehr Innovation und eine größere Auswahl für den Konsumenten zu erwarten sind. Nicht zuletzt deswegen, weil vom ORF schon seit mehreren Jahren die Kosten von Sendeanlagen ermittelt werden, ist davon auszugehen, dass sich der Implementierungsaufwand in Zusammenhang mit Kostenmodellen für die ORS in einem vertretbaren Ausmaß hält.

Bei der Festlegung des Zugangspreises ist somit einerseits sicherzustellen, dass die ORS Anreize zu effizienter Produktion sowie zur Erhaltung und Verbesserung der Sendernetzinfrastruktur hat, andererseits auch, dass sich alternative Betreiber den richtigen Anreizen für Investitionen in eigene Infrastruktur gegenübersehen. Beide Ziele können dadurch erreicht werden, dass der Zugangspreis in Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (basierend auf der Kostenrechnung der ORS) festgelegt wird. Da die Replizierbarkeit sich von Standort zu Standort unterscheidet und von einer Reihe von veränderlichen und nicht beeinflussbaren Faktoren abhängt, erscheint eine differenzierte Behandlung von unterschiedlichen Standorten unangebracht. Dies würde zu großer Unsicherheit im Hinblick auf die Frage führen, für welche Standorte eine solche Unterscheidung zu einem bestimmten Zeitpunkt gerechtfertigt wäre. Schon durch die Festsetzung des Preises in Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung wird Infrastruktur genau dann repliziert, wenn ein anderes Unternehmen sie zumindest so effizient bereitstellen kann wie die ORS, was auch im Interesse der Endkunden und gesamtwirtschaftlich wünschenswert ist. Auf diese Weise wird nachhaltiger (infrastrukturbasierter) Wettbewerb dort gefördert, wo eine effiziente Replizierung von Infrastruktur möglich ist.

Im Hinblick auf die Preisstruktur erfordert dies, dass die ORS die Preise für ihre Sendeanlagen entsprechend der Leistung der Anlagen staffelt („Leistungsklassen“). Weiters ist eine Differenzierung der Entgelte nach Sender und Umsetzer (sog. Ballempfangsender) sowie - falls nachgefragt - nach Senderreserve und RDS geboten.

Zur Frage der Genehmigung von Tarifen bestehen folgende Optionen:

- (i) Verpflichtung zur Ex-Ante-Genehmigung von kostenorientierten Entgelten
- (ii) Verpflichtung zur Kostenorientierung und Preisregulierung im Anlassfall

Mittels der erstgenannten Verpflichtung kann unmittelbar und in Bezug auf alle Entgelte die Einhaltung der auferlegten Verpflichtungen sichergestellt werden. Diese ermöglicht den Marktteilnehmern, sofort nach Genehmigung über alle zur Anwendung gelangenden Entgelte Bescheid zu wissen. Schließlich hat diese Vorgehensweise den Vorteil, dass alle Entgelte auf einmal festgesetzt werden, wodurch die Konsistenz der Entgelte sichergestellt werden kann. Zu berücksichtigen war allerdings, dass eine Ex-Ante-Genehmigung eine sehr eingriffsintensive Maßnahme darstellt.

Im Falle der zweitgenannten Verpflichtung sind die Entgelte hingegen nicht vorab durch die Regulierungsbehörde zu genehmigen, vielmehr wird mittels Auflage angeordnet, einen bestimmten Preismaßstab (Kostenorientierung) einzuhalten. Eine behördenseitige Anordnung der Entgelte erfolgt subsidiär nur im Anlassfall, falls keine privatrechtliche Einigung zu Stande kommt oder seitens der Behörde der begründete Verdacht besteht, dass die Entgelte (erheblich) von dem vorgegebenen Maßstab abweichen.

Um die Eingriffsintensität und -häufigkeit möglichst gering zu halten, scheint die Verpflichtung zur Kostenorientierung und Preisregulierung im Anlassfall die zweckmäßigste Option darzustellen. Wesentliche Kontrollfunktion kommt in diesem Zusammenhang den Nachfragern bzw. Abnehmern der Leistung zu. Vergleichbare Erfahrungen aus dem Bereich der Zusammenschaltung in der Telekommunikation haben gezeigt, dass eine Ex-Ante-Genehmigung von Zusammenschaltungsentgelten nicht erforderlich war.

Überdies ist eine Anpassung der Preisliste für neu zu vermietende Sendeanlagen zumindest alle zwei Jahre notwendig, um den unter Pkt. 2.3.5. festgestellten Effekten überhöhter Entgelte sowie falscher Anreize für die make-or-buy Entscheidung infolge des Auseinanderdriftens der historischen Kosten und der Wiederbeschaffungswerte über längere Zeiträume wirkungsvoll entgegenzuwirken. Die Preiskalkulation der ORS bzw. zuvor des ORF beruht auf einer „fiktiven“ Sendeanlage einer bestimmten Leistungsklasse. Es wird somit nicht jeder Standort individuell kalkuliert, sondern ein Durchschnittswert je Leistungsklasse gebildet. Dies bedeutet, dass für den Fall der Errichtung einer neuen Sendeanlage die Kosten über alle Sendeanlagen dieser Leistungsklasse inklusive der neuen Anlage gemittelt werden. Um Kostenüber- oder -unterdeckungen zu vermeiden, müssen die Preise für eine „fiktive“ Sendeanlage den durchschnittlichen Kosten für eine Sendeanlage dieser Leistungsklasse entsprechen und für alle Hörfunkveranstalter gleich sein. Dies bedeutet wiederum, dass bei jeder Veröffentlichung einer neuen Preisliste alle Entgelte, also sowohl aus bestehenden Verträgen, als auch für neu abgeschlossene Verträge, an die neue Preisliste anzupassen sind. Für die Umsetzung dieser Verpflichtung ist eine sog. „Öffnungsklausel“ im Standardangebot am ehesten geeignet.

2.6.2.3. Gleichbehandlungsverpflichtung und Standardangebot

Durch Sicherstellung des Zugangs zu schwer replizierbarer Infrastruktur sowie durch die Festsetzung eines kostenorientierten Zugangspreises werden zwar grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen am nachgelagerten Markt geschaffen, jedoch steht dem vertikal integrierten Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene neben dem Preis noch eine Reihe anderer Instrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Solange der ORF einen signifikanten Anteil an der ORS hält (derzeit 60%), kann er bzw. die ORS weiterhin als vertikal integriertes Unternehmen betrachtet werden, und die Schlussfolgerungen dieses Abschnitts bleiben unberührt. Die Anreizstruktur der ORS könnte sich allerdings verändern, wenn der ORF nur mehr einen sehr geringen oder gar keinen Anteil an der ORS mehr hielte, wodurch eine Neubewertung der Situation notwendig würde.

Ein vertikal integrierte Unternehmen könnte 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. Ist ein kostenorientierter Zugangspreis festgelegt und die Preissetzung als strategischer Parameter damit dem Unternehmen entzogen, so hat das marktmächtige Unternehmen einen ökonomischen Anreiz, seine Gewinne durch solche Verhaltensweisen zu erhöhen. Kann das Unternehmen nämlich die Kosten seiner Konkurrenten am nachgelagerten Markt erhöhen, führt dies zu einer Ausweitung seiner Marktanteile sowie zur Erhöhung der Preise am Endkundenmarkt, was wiederum zu höheren Gewinnen des vertikal integrierten Unternehmens mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene führt.

Das Unternehmen hat also ökonomische Anreize zu den oben angeführten Praktiken. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich, die sich auf alle notwendigen, mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundenen Parameter bezieht.

Zur Umsetzung der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung ist die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes erforderlich. Eine Spezifizierung der Produkte, Entgelte und Vertragsbedingungen im Standardangebot ist für die Effektivität der Regulierung unerlässlich, da auf diese Weise die Transparenz sowohl gegenüber den Abnehmern als auch gegenüber der Regulierungsbehörde wesentlich erhöht wird. Dadurch werden sowohl Transaktionskosten erheblich reduziert, als auch eine effiziente Überprüfung der auferlegten Verpflichtungen unterstützt. Private Hörfunkveranstalter können nur dann eine sinnvolle make-or-buy Entscheidung treffen, wenn ihnen die Bedingungen, zu denen die ORS ihre Sendeanlagen bereitstellt, im Vorhinein bekannt sind. Ein Standardangebot senkt für alle Beteiligten die Transaktionskosten, da alle wesentlichen Bedingungen der Bereitstellung von vornherein festgelegt sind, sodass Stabilität und Kontinuität am Markt gefördert werden und so erhöhte Anreize zum Eintritt in nachgelagerte Märkte gegeben sind. Darüber hinaus verkürzt ein Standardangebot die Zeit der Verhandlungen, da gegebenenfalls nur mehr über Abweichungen verhandelt werden muss, reduziert das Potential für Streitigkeiten und gibt den Nachfragern die Sicherheit, Leistungen zu nicht diskriminierenden Bedingungen erwerben zu können.

In das Standardangebot sind zumindest jene Typen von Sendeanlagen (Sender und Umsetzer [Ballempfangsender] verschiedener Leistungsklassen mit und ohne Reserve sowie mit und ohne RDS) aufzunehmen, die in der Vergangenheit vom ORF laut seiner letztgültigen Preisliste privaten Hörfunkveranstaltern angeboten worden sind. Dieses Standardangebot ist von der ORS zu veröffentlichen.

2.6.2.4. 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 eine marktbeherrschende Stellung 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 "separated 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.

Mit Bescheid der KommAustria vom 23.02.2006, KOA 4.200/06-002, wurde der ORS die Zulassung zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform ab 01.08.2006 für die Dauer von zehn Jahren erteilt. Beginnend mit Herbst dieses Jahres wird die ORS als Anbieter für digitale terrestrische Fernsehübertragung auftreten. Darüber hinaus ist die ORS auch im Bereich digitale Satellitenübertragung (Fernsehen) tätig und betreibt ihre Geschäftstätigkeit auch international. Eine getrennte Buchführung erscheint daher notwendig.

Da der ORF die Sendetechnik bereits seit Jahren als eigenen Unternehmensbereich führt und die Sendetechnik nun in die ORS ausgegliedert hat, ist davon auszugehen, dass dieses Regulierungsinstrument ohne zusätzliche Kosten für die ORS umgesetzt werden kann.

Im Rahmen der getrennten Buchführung sind insbesondere folgende Informationen auszuweisen:

- Erträge,
- Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstige Kosten),
- detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insbesondere Leistungsklassen für Hörfunk

3. Beweiswürdigung

Darstellung der Marktteilnehmer

Die Amtsachverständigen haben im Rahmen der Wettbewerbsanalyse (Marktanalyse-Gutachten) zunächst die am verfahrensgegenständlichen Markt tätigen Unternehmen dargestellt. Zur Illustration der Marktverhältnisse wurden Tabellen über die Anzahl der Sendeanlagen nach verschiedenen Gesichtspunkten sowie eine Tabelle mit den Gesamtumsätzen (inklusive Werbeerlöse) der größten Hörfunkveranstalter abgebildet. Hierzu haben die Gutachter auf Daten zurückgegriffen, welche einerseits im Rahmen der dem Marktanalyseverfahren vorausgegangenen Datenerhebung von den Marktteilnehmern selbst übermittelt wurden und andererseits der RTR-GmbH aus der Finanzierungsbeitragsrechnung bekannt sind. Die ORS beanstandete in diesem Zusammenhang, dass aus diesen „Gesamtumsätzen“, die über die Umsätze am relevanten Markt hinausgehen, keinerlei objektivierbare Ableitung für die Beurteilung der Marktmacht am relevanten Markt möglich sei. Damit unterstellt die ORS, dass die KommAustria aus der Darstellung der Gesamtumsätze Folgerungen für eine marktbeherrschende Stellung der ORS auf dem Vorleistungsmarkt getroffen habe. Die Gesamtumsätze der Marktteilnehmer wurden jedoch nur als Hintergrundinformationen verstanden, welche die Gutachter zur Beschreibung der Marktteilnehmer zur Verfügung gestellt haben. Aus den Gesamtumsätzen der Marktteilnehmer hat die KommAustria keine Schlussfolgerungen für die Beurteilung von Marktmacht gezogen, weshalb diese auch keinen Eingang in den entscheidungsrelevanten Sachverhalt gefunden haben.

Marktanteile und Maßzahlen für die Marktanteilsberechnung

Die ORS übt ferner Kritik an der gutachterlichen Ermittlung der Marktanteile am Vorleistungsmarkt für terrestrische Übertragung von UKW-Hörfunksignalen, wofür sie wiederum die aus ihrer Sicht unrichtige Marktabgrenzung als Hauptargument heranzieht. Sie bemängelt, dass die vorgenommene Marktanteilsberechnung nicht korrekt wäre und die darauf basierende Gegenüberstellung der Marktanteile nur bei Existenz eines bundesweit zugelassenen privaten Hörfunkveranstalters verwertbare Ableitungen zugelassen hätte. Da ein solcher jedoch nicht bestehe, müsse die zugrunde liegende Marktabgrenzung angepasst werden. Den Kritikpunkten der ORS konnte aus den nachfolgend erörterten Gründen nicht gefolgt werden:

Nicht nachvollziehbar ist zunächst die Behauptung, es bestehe keine Zulassung für bundesweiten Hörfunk, weshalb die vorgenommene Gegenüberstellung der Marktanteile auf dem Vorleistungsmarkt nicht korrekt gewesen wäre. Seit Ende des Jahres 2004 veranstaltet die KRONEHIT Radio Betriebsgesellschaft m.b.H. ein privates Hörfunkprogramm auf Basis einer bundesweiten Zulassung, welche durch Einbringung schon zuvor bestehender lokaler Hörfunkzulassungen und Übertragung der genutzten Übertragungskapazitäten auf eine Gesellschaft gegründet wurde. Der so entstandene bundesweite Hörfunkveranstalter versorgt derzeit etwas mehr als 70% des österreichischen Bundesgebietes.

Im Hinblick auf die der Marktanteilsberechnung zugrunde liegende Marktabgrenzung sei an dieser Stelle auf die hierzu gemachten Ausführungen zur Marktabgrenzung (unter Pkt 4. Rechtliche Beurteilung) verwiesen.

Weiters bringt die ORS Einwände gegen die zur Vergleichbarkeit der Marktanteile herangezogenen Maßzahlen der Gutachter vor, die hierfür die Anzahl der Standorte, die Anzahl der Sendeanlagen und der Personen, die mit eigenen Sendeanlagen erreicht werden können, nebeneinander gestellt haben. Im Besonderen wäre nach Auffassung der ORS die Mehrfachzählung von mit mehreren Programmen technisch erreichbaren Personen logisch nicht nachvollziehbar, da von derselben Person nicht gleichzeitig mehrere Programme gehört werden könnten. Nach Auffassung der KommAustria bilden die von den Gutachtern gewählten Maßzahlen jedoch eine taugliche Vergleichsbasis, zumal diese eine Einbeziehung auch der Eigenleistungen in die Marktanteilsberechnung ermöglichen, die in die nach Umsätzen ermittelten Marktanteile mangels Messbarkeit bzw. Bewertbarkeit nicht einfließen können. Ein Vergleich der Anzahl der mit verschiedenen Hörfunkprogrammen technisch erreichbaren Personen mit der Anzahl der hierfür benötigten Sendeanlagen schien der KommAustria geeignet, die vorhandene Infrastruktur bzw. Übertragungsleistung am Markt anschaulich darzustellen. Die hierzu von den Gutachtern angewandte Methode der Gewichtung der Sendeanlagen mit deren technischer Reichweite ist aus Sicht der KommAustria nicht zu beanstanden und war daher im entscheidungsrelevanten Sachverhalt zu berücksichtigen. Eine Mehrfachzählung der je Programm erreichbaren Personen ist insofern aussagekräftiger als eine Einfachzählung, als hierdurch die Sendeanlage(n) eines Hörfunkveranstalters mit der Reichweite der Anlage(n) gewichtet wird. Offenbar vermeint die ORS, dass nur die mit ORF-Hörfunkprogrammen erreichbaren Personen entsprechend der Zahl der empfangbaren Programme mehrfach gezählt wurden, jedoch erfolgte gleichermaßen eine Gewichtung der über eine Sendeanlage mit mehreren privaten Hörfunkprogrammen technisch erreichbaren Personen mit der Anzahl dieser Programme.

Die geäußerte Befürchtung, dass hierdurch eine verzerrte Darstellung zu Lasten der ORS erfolgen sollte, ist daher in den Augen der KommAustria nicht begründet. Vielmehr wurden auf diese Weise auch die im privaten Rundfunkmarkt erbrachten Eigenleistungen sichtbar gemacht, wodurch man den realen Marktverhältnissen sogar näher gekommen ist.

Marktzutrittsbarrieren

Die ORS stellt im Hinblick auf die Analyse der Marktzutrittsbarrieren am gegenständlichen Markt in Abrede, dass die Kosten der Errichtung einer Sendeanlage als versunkene Kosten zu betrachten sind und führt in diesem Zusammenhang aus, dass diese Kosten bei der Preiskalkulation (für vermietete Anlagen) berücksichtigt werden müssen, da anderenfalls eine nicht gerechtfertigte Risikoüberwälzung von privaten Hörfunkveranstaltern auf die ORS stattfinden würde. Die KommAustria konnte nicht erkennen, weshalb die seitens der Gutachter beschriebenen Kosten der Errichtung von Sendeanlagen nicht als versunkene Kosten zu qualifizieren sind. In Fällen, wo diese keiner alternativen Nutzung mehr zugänglich gemacht werden können, sind die Errichtungskosten jedenfalls irreversibel verloren und wirken daher als Marktzutrittsbarrieren. Unberührt davon bleibt die nicht beanstandete Berücksichtigung auch dieser Kosten in der Kalkulation der Mietentgelte der ORS.

Im Hinblick auf nachfrageseitige Wechselkosten etwa in Form des pauschalen Spesenersatzes, des Ersatzes des entstandenen Aufwands sowie sonstigen Schadens, bestreitet die ORS auch deren Wirkung als Marktzutrittsbarrieren und behauptet, dass sie jederzeit bereit wäre, die auf Wunsch eines Kunden vorgenommenen Investitionen bzw. Anlagen diesem bei vorzeitigem Rücktritt zum Restwert zu veräußern. Dem widersprechen jedoch die der KommAustria vorliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der ORS für site sharing, welche unter Punkt 4 Absatz 2 besagen, dass diese bzw. vormals den ORF „keine Verpflichtung zur Weiterverwendung oder Veräußerung allfälliger getätigter Anschaffungen trifft.“

Auch hinsichtlich des pauschalen verschuldens- und schadensunabhängigen, nicht minderungsfähigen Spesenersatzes ist nicht auszuschließen, dass dieser in keinem Zusammenhang mit den tatsächlich durch die Vertragsauflösung entstandenen Kosten steht. Insoweit konnten die Ausführungen der ORS die KommAustria nicht überzeugen, besagen

doch deren eigene AGB anderes. Die darauf basierende Aussage der Gutachter, dass ein nachträglicher Wechsel eines privaten Hörfunkveranstalters von der ORS zu einem alternativen Betreiber oder zur Eigenerbringung der Leistung erheblich erschwert würde, da die Sendeanlage diesfalls doppelt bezahlt werden müsste, ist somit nachvollziehbar und schlüssig.

Entgelte

Die Ausführungen der Gutachter zu den Entgelten wären nach Auffassung der ORS unzureichend, da sich diese nur auf die von der ORS verlangten Entgelte reduzierten, während sich immerhin 159 Sendeanlagen im Besitz privater Hörfunkveranstalter befänden, die zum Teil auch vermietet würden. Die KommAustria konnte dieser Kritik an der Entgeltanalyse insofern nicht folgen, als die von der ORS erwähnten 159 im Besitz privater Hörfunkveranstalter befindlichen Sendeanlagen von diesen überwiegend zur Verbreitung der eigenen Programme genutzt werden und neben der ORS de facto nur weitere vier Anbieter von (extern erbrachten) Übertragungsleistungen auf dem zu untersuchenden Markt existieren. Gemeinsam erreichen diese aus der Vermietung von insgesamt acht Sendeanlagen nur einen Marktanteil von 7% am Umsatz bzw. weniger als 2% Marktanteil bei Standorten bzw. Sendeanlagen, weshalb die Ausführungen der Gutachter, wonach es sich bei der ORS um den einzigen relevanten Anbieter auf dem gegenständlichen Markt handelt, nicht als un schlüssig oder unzutreffend bezeichnet werden können.

Die ORS zieht ferner die im Marktanalyse-Gutachten aufgestellte These in Zweifel, dass ein Auseinanderdriften von an den historischen Kosten orientierten Entgelten und den Wiederbeschaffungswerten im Zeitverlauf zu überhöhten Entgelten oder falschen Anreizen bei der make-or-by Entscheidung führen kann, sollten die Preislisten nicht einer regelmäßigen Anpassung unterworfen werden. Wie im Marktanalyse-Gutachten glaubwürdig dargestellt wurde und auch die ORS in ihrer Stellungnahme selbst ausführt, kam es im Zeitverlauf zu signifikanten Preisreduktionen am Sendegerätemarkt, weshalb die Aussage, dass es infolge des Auseinanderdriftens von historischen Kosten und Wiederbeschaffungswerten ohne regelmäßige Anpassung von Preislisten zu überhöhten Entgelten kommen könnte, nicht haltlos oder gar spekulativ ist. Im Hinblick auf die sinkenden Wiederbeschaffungskosten wurde von den Gutachtern als Quelle der Preisindex für Ausrüstungsinvestitionen in der Gruppe „Nachrichtentechnik, Rundfunk- und Fernsehgeräte sowie elektronische Bauelemente“ der Statistik Austria herangezogen, dem zufolge die Kosten von 2000 auf 2004 um ca. 5% sanken.

Die ORS hat es im gegenständlichen Verwaltungsverfahren – insbesondere in diesem Punkt - unterlassen, dem Marktanalyse-Gutachten der Amt sachverständigen der RTR-GmbH 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 konnte keine stichhaltigen Argumente für eine andere Betrachtungsweise beibringen; vielmehr hat sich die ORS darauf beschränkt, zu behaupten, dass das schlüssige und nachvollziehbare Ergebnis des Marktanalyse-Gutachtens in diesem Zusammenhang spekulativ sei.

Die ORS beanstandet in weiterer Folge das Ergebnis des von den Gutachtern gezogenen Entgeltvergleichs, dem zufolge der ORF in der Vergangenheit in gewissem Umfang Preisdiskriminierungen zwischen verschiedenen Hörfunkveranstaltern durchgeführt hat, wobei sie auf die im Zeitverlauf sinkenden Gerätepreise und die darauf basierenden unterschiedlichen Preislisten verweist. Die Feststellungen der KommAustria beruhen in diesem Punkt auf der nachvollziehbaren und schlüssigen Analyse der Gutachter, der zufolge auch ein auf Hörfunkveranstalter mit nach 1997 abgeschlossenen Verträgen (also unter Ausklammerung der auf Basis der Preisliste 1994 abgeschlossenen Verträge) über die Nutzung nur einer Sendeanlage beschränkter Vergleich zeigte, dass signifikante Unterschiede im Verhältnis der Entgelte zu den Kosten bestanden haben und bestehen. Für gegenteilige Feststellungen konnte die ORS keine Nachweise vorlegen.

Kalkulationsansätze zur Ermittlung der Kosten für Site sharing (Welle 1 Linz Radio GmbH)

In ihrer Stellungnahme kritisiert die ORS ferner die Kalkulationsansätze der Gutachter, welche im Anhang zum Marktanalyse-Gutachten dargestellt wurden, wobei sie sich auf die aus einer Gegenüberstellung eines 500 W Senders ohne Reserve und eines solchen mit Reserve entstehende Diskrepanz bezieht.

Die Feststellungen der KommAustria hinsichtlich der aggregierten Kosten für Sendeanlagen zur Gegenüberstellung mit den aggregierten Entgelten basieren auf korrigierten Kostendaten, welche im Jahr 2000 im Zuge eines Site sharing-Verfahrens (KOA 1.372/01) seitens der Amt sachverständigen der RTR-GmbH berechnet wurden. In diesem Verfahren wurden von den Gutachtern nur die Investitionskosten der letzten zwölf Jahre vor Gutachtenserstellung berücksichtigt, während in der vom ORF ehemals vorgelegten Preisliste 2000 die gesamten Investitionskosten seit 1955 eingegangen waren. Die korrigierte Kalkulation der Investitionskosten betrifft entgegen der Behauptung der ORS nur die Preisliste des Jahres 2000, da diese im damals zu führenden site sharing-Verfahren relevant war.

Richtig ist, dass im Gutachten zum Verfahren KOA 1.372/01 eine Sendeanlage mit 500 W ohne Reserve kalkuliert wurde; dies deshalb, weil von dem Antrag stellenden Hörfunkveranstalter eine solche Sendeanlage beantragt wurde. Im Marktanalyse-Gutachten wurde zusätzlich für die Preisliste 2004 eine Sendeanlage mit 500 W mit Reserve gerechnet. Hierdurch war es möglich, sämtliche Kostenpositionen (auch die Kosten der Automateinrichtung) darzustellen. Die beiden Kalkulationen wurden lediglich hinsichtlich ihres Aufbaus und der Wertansätze diskutiert. Ein Vergleich der absoluten Höhe des Endbetrages fand hingegen nicht statt.

Die Ausführungen der Gutachter waren insoweit schlüssig und nachvollziehbar.

Vertikale Integration

Wenngleich der ORF seine gesamte Sendeinfrastruktur und den Sendebetrieb mit Wirkung vom 01.01.2005 an die ORS ausgegliedert hat, kann bei Betrachtung der Gesellschaftsstruktur der Tochtergesellschaft weiterhin davon ausgegangen werden, dass ein vertikal integriertes Unternehmen vorliegt. Die ORS 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 –, deren Geschäftsführer zumindest bis vor kurzem noch Mitarbeiter des ORF selbst waren. Selbst unter Berücksichtigung der nunmehr erfolgten Anteilsveräußerungen an der ORS im Ausmaß von 40% treffen die Annahmen der Gutachter weiterhin zu, dass aufgrund der gesellschaftlichen Verflechtungen zwischen ORF und ORS 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 Marktanalyse-Gutachten 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. Die Feststellungen zur Gesellschaftsstruktur der ORS basieren auf dem offenen Firmenbuch sowie überdies auf einem Beschluss des Kartellgerichtes Wien vom 19.12.2005, GZ 26 Kt 434/05-33, mit welchem der angemeldete Erwerb von 40% der Geschäftsanteile der ORS durch die Medicur-Holding Gesellschaft m.b.H. nicht untersagt wurde.

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

Marktanalyse-Gutachten herangezogen und wurden im Übrigen seitens der ORS auch nicht bestritten.

Sonstige Sachverhaltsfeststellungen

Die Feststellungen zur üblichen Vertragsdauer bei site sharing-Verträgen zwischen der ORS (vormals dem ORF) basieren auf den der KommAustria am 23.03.2004 übermittelten Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ORF für site sharing, welche auch nach der Ausgliederung der Sendefunkinfrastruktur an die ORS Gültigkeit behalten. Die Firmendaten der vier übrigen am relevanten Markt tätigen Bereitsteller von UKW-Übertragungsleistungen basieren auf dem offenen Firmenbuch.

Regulierungsinstrumente

Die Feststellungen hinsichtlich der Eignung der Zugangsverpflichtung, der Verpflichtung zur Kostenorientierung, der Gleichbehandlungsverpflichtung und der getrennten Buchführung sowie des Standardangebotes zur Begegnung der auf dem relevanten Markt identifizierten Wettbewerbsprobleme beruhen – soweit im Folgenden keine ausdrückliche Würdigung erfolgt – auf der völlig schlüssigen und nachvollziehbaren ökonomischen Analyse im Regulierungsinstrumente-Gutachten (KOA 6.300/05-008).

Hinsichtlich der Notwendigkeit und Eignung einer Zugangsverpflichtung zur Beseitigung der identifizierten Wettbewerbsprobleme auf Vorleistungsebene konnte den schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen der Gutachter gefolgt werden, wenn auch die ORS diese mit dem Argument in Zweifel zieht, dass etwa bei kleineren Anlagen 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 Marktzutrittsbarrieren 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 Nachweise dafür erbringen, dass die von den Gutachtern zweifelsfrei aufgezeigten Marktzutrittsbarrieren nicht vorlägen. Auch in diesem Zusammenhang hat es die ORS unterlassen den schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen der Amtssachverständigen im Regulierungsinstrumente-Gutachten auf gleicher fachlicher Ebene entgegen zu treten.

Auch im Hinblick auf die Verpflichtung zur kostenorientierten Festlegung von Entgelten blieb die ORS Nachweise dafür schuldig, dass auf dem gegenständlichen Markt keine Preisdiskriminierungen stattgefunden hätten bzw. stattfänden und die Entgelte nicht signifikant über den Kosten der Leistungserstellung lägen, so dass die Auferlegung einer Entgeltkontrolle unverhältnismäßig wäre. Die Feststellungen zur Verhältnismäßigkeit der im Verhältnis zur Ex-Ante-Entgeltkontrolle weniger eingriffsintensiven Option der Verpflichtung zur Kostenorientierung beruhen auf der schlüssigen Analyse der Gutachter. Das diesbezügliche Vorbringen der ORS konnte nicht darlegen, weshalb eine Entgeltkontrolle – gerade in der weniger eingriffsintensiven Form – unverhältnismäßig wäre. Die ORS hat in diesem Zusammenhang lediglich auf eine ohne behördliches Verfahren getroffene site sharing-Vereinbarung zwischen dem ORF und der Privatfernsehen GmbH, einem Fernsehveranstalter in Linz, verwiesen. Hierdurch konnte jedoch die Feststellung, dass es auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunk in der Vergangenheit zu Preisdiskriminierungen bzw. überhöhten Entgelten gekommen ist, nicht entkräftet werden.

Auch die Feststellungen hinsichtlich der Verpflichtungen zur getrennten Buchführung, der Gleichbehandlungsverpflichtung sowie zur Veröffentlichung eines Standardangebotes konnten der gutachterlichen Analyse folgen. Zwar meldete die ORS Bedenken an der Schlüssigkeit der Ausführungen im Gutachten an, konnte diese hingegen nicht näher

belegen. So hat die ORS den Vorwurf erhoben, dass die getrennte Buchführung in Kombination mit der Gleichbehandlungsverpflichtung von den Gutachtern als unverhältnismäßig verworfen und einer Entgeltkontrolle der Vorzug gegeben worden sei, an späterer Stelle hingegen die getrennte Buchführung von den Gutachtern für notwendig befunden wurde, sodass die Analyse unschlüssig sei. Dieser Kritik ist entgegen zu halten, dass eine kombinierte Verpflichtung aus Gleichbehandlung und getrennter Buchführung als unverhältnismäßig zu Lasten des zu verpflichtenden Unternehmens befunden wurde, um dem Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise entgegen zu wirken, da dies eine Aufschlüsselung der einzelnen Leistungen in einem Detailgrad (auf Produktebene) erforderlich gemacht hätte, der in keiner vernünftigen Relation zum erzielbaren Effekt gestanden wäre. Hingegen haben die Gutachter die getrennte Buchführung im Sinne einer buchhalterischen und weniger detaillierten (auf Ebene der Märkte) Trennung regulierter von nicht regulierten Unternehmensbereichen als unterstützendes Instrumentarium zur Entgeltkontrolle (Kostenorientierung) vorgeschlagen. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die Regulierungsbehörde im Anfallsfall die für die Entgeltkontrolle notwendigen Kosten ermitteln kann. Die Feststellungen hinsichtlich des Vorliegens auch nicht regulierter Geschäftsfelder der ORS beruhen sogar auf eigenen Angaben auf ihrer website unter „http://mediaresearch.orf.at/index2.htm?fernsehen/fernsehen_digitales_Antennenfernsehen.htm“. Demnach ist die ORS auch im Bereich digitale Satellitenübertragung tätig und betreibt ihre Tätigkeiten überdies international. Die Notwendigkeit zur getrennten Buchführung ergibt sich über dies aus dem Umstand, dass der ORS mit Bescheid der KommAustria vom 23.02.2006, KOA 4.200/06-002, die Zulassung zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform beginnend mit 01.08.2006 erteilt wurde. Die ökonomische Analyse dieser Instrumente war in den Augen der KommAustria somit durchaus schlüssig und nachvollziehbar. Eine Widerlegung auf gleicher fachlicher Ebene seitens der ORS ist auch hier unterblieben.

Die Festlegung einer Verpflichtung eines Standardangebotes hat die ORS unter der Bedingungen der gegenwärtig bestehenden räumlichen Marktdefinition selbst als unproblematisch bezeichnet.

Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Anhörung

Die ORS beantragte im Rahmen ihrer Stellungnahme zu den wirtschaftlichen Gutachten, die KommAustria möge für den Fall der Fortsetzung des Verfahrens eine „öffentliche Anhörung“ zum Verfahrensgegenstand und zur Erörterung der wesentlichen Rechtsstandpunkte der Einschreiterin anberaumen.

Gemäß § 39 Abs. 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) kann die Behörde insbesondere von Amts wegen oder auf Antrag eine mündliche Verhandlung durchführen und mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden oder sie wieder trennen. Die Behörde hat sich bei allen diesen Verfahrensanordnungen von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen.

Somit kann die Regulierungsbehörde zwar eine mündliche Verhandlung durchführen, ist dazu jedoch im Allgemeinen nicht verpflichtet. Es steht nach ständiger Judikatur des VwGH grundsätzlich im Ermessen der Behörde, eine mündliche Verhandlung durchzuführen (vgl. VwGH vom 04.04.2002, 2002/08/0062), wobei hierbei die in § 39 Abs. 2 AVG angeführten Erwägungen entsprechend Berücksichtigung erfahren müssen. Da der Sachverhalt, insbesondere auch aufgrund der nachvollziehbaren und schlüssigen Gutachten der Amtsachverständigen, ausreichend erhoben wurde und der ORS im Rahmen der schriftlichen Stellungnahmemöglichkeit Gelegenheit gegeben wurde, sämtliche ihrer Rechtsstandpunkte ausführlich darzulegen und auf die Gutachten zu replizieren, konnte mit Rücksicht auf die in § 39 Abs. 2 AVG angeführten Erwägungen von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden. Daher war dem Antrag der ORS auf Durchführung einer „öffentlichen Anhörung“ zum Verfahrensgegenstand und der Erörterung

der wesentlichen – bereits in Form schriftlicher Stellungnahmen dargelegten – Rechtsstandpunkte der ORS nicht zu folgen.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der KommAustria und Verfahren

Die gemäß § 1 Abs. 1 KOG zur Verwaltungsführung in Angelegenheiten der Rundfunkregulierung eingerichtete KommAustria hatte bereits nach dem Telekommunikationsgesetz 1997 (TKG 97) Vollziehungsaufgaben im Bereich der Frequenzverwaltung und –zuteilung wahrzunehmen, soweit davon Rundfunk iSd Bundesverfassungsgesetzes über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks (BVG-Rundfunk), BGBl. Nr. 396 vom 10.07.1974, betroffen war. Da der Anwendungsbereich des neuen europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste nicht mehr ausschließlich auf Telekommunikation abstellt, war auch der Anwendungsbereich des in Umsetzung der EG-Richtlinien neu gefassten TKG 2003 auf den Bereich Rundfunknetze und -dienste zu erweitern.

Gemäß § 120 Abs. 1 lit b Z 4 TKG 2003 nimmt die KommAustria Aufgaben der Wettbewerbsregulierung nach dem fünften Abschnitt dieses Bundesgesetzes wahr. In diesen Aufgabenkomplex fällt gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 die Führung von Analysen 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.

Die Systematik der neuen sektorspezifischen Wettbewerbsregelungen sieht somit im Wesentlichen einen dreigliedrigen Prozess vor:

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung zu unterwerfen sind. Auf Grundlage des § 36 TKG 2003 hat die KommAustria entsprechend den nationalen Gegebenheiten und in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts zwei Kommunikationsmärkte für Rundfunkübertragung in der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2004 (RFMVO 2004) vom 14.01.2004 als relevant festgelegt; es sind dies der hier gegenständliche Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zu den Endkunden und jener für terrestrische Übertragung von TV-Signalen zu den Endkunden, wobei diese räumlich jeweils das Bundesgebiet der Bundesrepublik Österreich umfassen. Diese Verordnung ist regelmäßig, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, zu überprüfen.

In der zweiten Stufe erfolgt eine Analyse dieser Märkte durch die KommAustria mit dem Ziel der Feststellung, ob auf diesen Märkten effektiver Wettbewerb gegeben ist oder aber ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen (§ 37 TKG 2003).

Die dritte Stufe schließlich sieht – bei Vorliegen beträchtlicher Marktmacht – die Abwägung und Festlegung von Maßnahmen (Regulierungsinstrumente) vor, die zur Lösung bzw. Eingrenzung der identifizierten aktuellen und potentiellen Wettbewerbsprobleme geeignet sind (§ 37 Abs. 1 und 2 TKG 2003). Hierbei ist darauf zu achten, dass die auferlegten Verpflichtungen notwendig sind und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Wettbewerbsproblem stehen, welches es zu lösen gilt.

Eine Marktanalyse ist gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren durchzuführen.

4.2. Das Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

Gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde 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 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte durchzuführen.

Ziel eines Marktanalyseverfahrens ist die Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Je nach Ergebnis sind im Anschluss daran spezifische Regulierungsinstrumente aufzuerlegen, zu ändern, beizubehalten oder aber aufzuheben. Die letzten drei Möglichkeiten bedingen allerdings, dass bereits sektorspezifische Ex-Ante-Verpflichtungen nach dem TKG 1997 bestanden haben. Diese Möglichkeiten kommen folglich für den Bereich der Kommunikationsmärkte zur Übertragung von Rundfunk derzeit noch nicht in Betracht, da es bis vor Inkrafttreten des TKG 2003 keine sektorspezifische Wettbewerbsregulierung im Bereich der Kommunikationsnetze und –dienste für Rundfunk gegeben hat.

Gelangt die Regulierungsbehörde zu der 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 TKG 2003 aufzuerlegen (vgl. § 37 Abs. 2 TKG 2003). 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 wird das Verfahren hinsichtlich dieses Marktes durch Beschluss der Regulierungsbehörde formlos eingestellt und dieser Beschluss veröffentlicht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen auf dem relevanten Markt bestehen, würden diese mit Bescheid aufgehoben werden. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt (vgl. § 37 Abs. 3 TKG 2003).

4.3. Relevanter Markt

Die Stellung als „Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht“ bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt, welcher nach sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen ist. Gemäß § 37 TKG 2003, wonach der bzw. die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bestimmen sind oder das Vorhandensein effektiven Wettbewerbs festgestellt wird, setzt daher ebenfalls die Definition der nach sachlichen und geografischen Gesichtspunkten identifizierten Märkte voraus. Die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte wurden gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 durch Verordnung der Regulierungsbehörde, das ist gemäß § 120 Abs. 1 lit. b Z 4 TKG 2003 die KommAustria, festgelegt.

Gemäß § 1 Z 2 RFMVO 2004 wird der verfahrensgegenständliche Vorleistungsmarkt als „Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden“ bezeichnet.

Aus den erläuternden Bemerkungen ergibt sich, dass dieser Markt die terrestrische Übertragung von Hörfunk-Signalen zu Endkunden im Sinne einer „point to multipoint Übertragung“, nicht jedoch die Zubringung des Signals vom Studio des Radioprogrammveranstalters zur Sendeanlage umfasst. Anbieter auf dem so definierten Markt sind all jene Unternehmen, die die FM- (UKW)Übertragung von Hörfunk-Signalen zum Endkunden mittels (analoger) terrestrischer Übertragungstechnologie anbieten. Nachfrager sind jene Unternehmen bzw. Rundfunkprogrammveranstalter, die die Übermittlung der von ihnen gestalteten Radioprogramme zum Endkunden nachfragen. Nachgefragt wird der

Dienst der Signalübermittlung zum Endkunden mittels (analoger) terrestrischer Übertragungstechnologie. Neben den für andere Unternehmen erbrachten Leistungen sind von dieser Marktdefinition auch Eigenleistungen, also intern erbrachte Leistungen, umfasst.

Die Kritik der ORS an den Ergebnissen des Marktanalyse-Gutachtens und des darauf aufbauenden Regulierungsinstrumente-Gutachtens der Amtssachverständigen gründet sich vor allem auf die von der KommAustria vorgenommene geographische Abgrenzung des relevanten Marktes. So behauptet die ORS zunächst, die KommAustria sei bei Erlassung der RFMVO 2004 dem in der Märkteempfehlung der Kommission (Erwägungsgrund 2, ABl. L 114 vom 8.5.2003, S. 45ff) ausdrücklich formulierten Auftrag, wonach die nationalen Regulierungsbehörden die relevanten geographischen Märkte in ihrem Hoheitsgebiet zu definieren haben, nur teilweise nachgekommen, indem diese lediglich einen räumlich relevanten Markt für das gesamte Bundesgebiet definiert habe. Die KommAustria habe es unterlassen, die ebenso relevanten regionalen Märkte für die Versorgungsgebiete der nicht-bundesweit zugelassenen Hörfunkveranstalter zu definieren. Hierbei argumentiert die ORS insbesondere, dass es unzutreffend wäre, die ORS als einzig relevanten Bereitsteller terrestrischer Hörfunkinfrastruktur gerade auf den regionalen Märkten der nicht-bundesweit zugelassenen Privatradoveranstalter zu qualifizieren und führt in diesem Zusammenhang aus, dass 43 der rund 62 operativen privaten Hörfunkveranstalter ihre Programme ausschließlich über eigene Infrastruktur ausstrahlen und daher nicht auf die Infrastruktur der ORS angewiesen seien. Ferner sei es keineswegs auszuschließen, dass auch andere Programme über diese Sendeanlagen ausgestrahlt werden könnten, weshalb diese im regionalen Bereich sogar ganz wesentliche Substitutionsmöglichkeiten darstellten.

An dieser Stelle ist von Seiten der KommAustria festzuhalten, dass die am 16.01.2004 in Kraft getretene RFMVO 2004 zwar eine notwendige Vorstufe für das gegenständliche Verfahren war bzw. ist, diese Verordnung zum gegebenen Zeitpunkt jedoch nicht zur Diskussion steht. Bei ihrer Kritik an der durch die KommAustria in der RFMVO 2004 vorgenommenen geographischen Abgrenzung des relevanten Marktes übersieht die ORS nämlich, dass Gegenstand eines Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 die Analyse der durch Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte und eben nicht die geographische Abgrenzung der relevanten Märkte ist. Diese ist – zusammen mit der sachlichen Abgrenzung der Märkte – Gegenstand eines Verfahrens nach § 36 TKG 2003. Ein dementsprechendes Verfahren wurde jedoch seitens der KommAustria unter Durchführung eines Konsultationsverfahrens gemäß § 128 TKG 2003 und eines Koordinationsverfahrens gemäß § 129 TKG 2003 geführt und endete mit der Erlassung der RFMVO 2004. Dem TKG 2003 ist nicht zu entnehmen, dass Fragen hinsichtlich der Marktabgrenzung nach § 36 TKG 2003 neuerlich Gegenstand eines Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 sein sollen bzw. sein können. Eine Auseinandersetzung mit den Bedenken der ORS hinsichtlich der geographischen Marktabgrenzung kann daher im gegebenen Zusammenhang entfallen.

Der Antrag der ORS, die KommAustria möge die dem gegenständlichen Marktanalyseverfahren zugrunde liegende Marktdefinition in räumlicher Hinsicht korrigieren, war unzulässig und somit zurückzuweisen.

In ihrer auf die Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde bezugnehmenden Äußerung vom 12.05.2006 kritisierte die ORS neuerlich den Rechtsstandpunkt der KommAustria, dass die einem Marktanalyseverfahren zugrunde liegende und verfahrensmäßig eine Vorstufe bildende Marktabgrenzung nicht Gegenstand des Marktanalyseverfahrens selbst sein könne. Die ORS behauptete unter Verweis auf § 36 Abs. 1 TKG 2003 unter anderem, dass eine Selbstbindung der Regulierungsbehörde an die Marktdefinitionsverordnung einer offenen Missachtung der gesetzlichen Verpflichtung zur regelmäßigen Überprüfung der RFMVO 2004 gleich käme und bei Absehen von der gesetzlich gebotenen Überprüfung der RFMVO 2004 zumindest eine zurückhaltende Vorgehensweise bei der Auferlegung der spezifischen Verpflichtungen zu erwarten wäre.

Die Behauptung der ORS, die Regulierungsbehörde unterlasse die gesetzlich gebotene regelmäßige Überprüfung der Marktdefinitionsverordnung, trifft nicht zu. Gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 wurde am 01.02.2006 die Überprüfung der RFMVO 2004 eingeleitet. Im Übrigen ist aus der darin normierten Verpflichtung zur Überprüfung der Verordnung in einem Abstand von längstens zwei Jahren nicht abzuleiten, dass die RFMVO 2004 über das gesetzlich festgelegte Mindestintervall in Geltung stünde. Es heißt in § 36 Abs. 1 TKG 2003 lediglich, dass in regelmäßigen Abständen bzw. spätestens alle zwei Jahre eine Überprüfung durchzuführen ist. Diesem gesetzlichen Erfordernis ist die KommAustria mit der Einleitung der Überprüfung nachgekommen, weshalb die diesbezüglichen Ausführungen der ORS – insbesondere, dass der Digitalisierung des Rundfunks nicht in hinreichendem Ausmaß Rechnung getragen wurde – nicht zutreffen. Im Rahmen der Konsultation einer künftigen allenfalls geänderten Marktdefinitionsverordnung und der darin festgelegten Vorleistungsmärkte wird allen interessierten Personen und Marktteilnehmern – so auch der ORS – Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden.

Darüber hinaus ist hervorzuheben, dass sich der gegenständliche Vorleistungsmarkt durch die terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunk-Signalen definiert und ein „analogue turn off“ für terrestrischen Hörfunk in nächster Zeit nicht zu erwarten ist, sodass private Hörfunkveranstalter bis auf weiteres auf die analoge terrestrische Übertragungstechnologie (UKW bzw. FM) angewiesen sein werden.

4.4. 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 Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat (single dominance), sind von der Regulierungsbehörde gemäß § 35 Abs. 2 TKG 2003 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 potentielltem 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.

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 (§ 37 Abs. 3 TKG 2003). Die Kriterien zur Beurteilung

des Vorliegens von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht ergeben sich aus § 35 Abs. 4 TKG 2003.

Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann es auch auf horizontal und vertikal bzw. geographisch 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 („Leveraging“, § 35 Abs. 5 TKG 2003).

Der nationale wie auch der europäische Rechtsrahmen lösen das Verhältnis zwischen „beträchtlicher Marktmacht“ und „effektivem Wettbewerb“ mit der These auf, dass bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegen kann. Die Europäische Kommission hält demgemäß in Randziffer 19 der Leitlinien zu den Grundsätzen der Marktanalyse 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. Aus diesem Grund wird für die Anwendung des neuen Rechtsrahmens wirksamer Wettbewerb dahingehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsam beherrschende Stellung einnimmt.“* (vgl. ebenso Erwägungsgrund 27 RL 2002/21/EG vom 7.03.2002, ABl. L 108/33 vom 24.04.2002, kurz Rahmenrichtlinie).

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die erwähnten Leitlinien zur Beurteilung beträchtlicher Marktmacht einschlägig. Die Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, 2002/C 165/03, befassen sich in Abschnitt 3 mit der Würdigung beträchtlicher Marktmacht. In Randziffer 70 der Leitlinien verweist die Kommission zunächst unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 25 der Rahmenrichtlinie (2002/21/EG) darauf, dass durch den neuen Rechtsrahmen die Definition der beträchtlichen Marktmacht mit der vom Gerichtshof vorgegebenen Definition der beherrschenden Stellung im Sinne von Art 82 EGV in Einklang gebracht wurde. Wörtlich heißt es weiter: *„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 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, ZI. 2005/03/0088).

Gemäß der Randziffer 20 der 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, ZI. 2005/03/0088).

Auch zufolge der Randziffer 75 der 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 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.“

Ein weiteres grundlegendes Prinzip bei Marktanalysen besteht gemäß der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission nach Art 7 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie („Aufforderung zur Rücknahme des Maßnahmen-Entwurfs“) darin, zu untersuchen, ob wirksamer Wettbewerb insgesamt oder teilweise oder in erster Linie das Ergebnis von Regulierung ist, und ob sich der Wettbewerb in dem definierten Markt beim Fehlen dieser Regulierung anders gestalten würde (vgl. hierzu: K(2004) 4070 endg. vom 20.10.2004 „Transitdienste im öffentlichen Telefonfestnetz in Österreich“, sowie C(2004) 527 final vom 20.02.2004 „publicly available international telephone services provided at a fixed location for residential and non-residential customers“). Der solcherart bei der Marktanalyse nach dem neuen Rechtsrahmen für Kommunikationsnetze und –dienste (Art 14 und 16 Rahmenrichtlinie bzw. §§ 35 und 37 TKG 2003) heranzuziehende „Greenfield-Ansatz“ blendet damit die auf dem analysierten Markt im Analysezeitpunkt bestehenden sektorspezifischen Regulierungsmaßnahmen, über deren Beibehaltung, Änderung oder Aufhebung die Regulierungsbehörde als Ergebnis des Marktanalyseverfahrens zu entscheiden hat, aus.

Der Zweck dieses Greenfield-Ansatzes besteht, wie die Europäische Kommission etwa in Randziffer 23 ihrer Entscheidung gemäß Art 7 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie in der Sache DE/2005/0144 vom 17.05.2005, K(2005)1442 endg., 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 ORS bemängelt in diesem Zusammenhang, dass das Bestehen beträchtlicher Marktmacht ohne Berücksichtigung der auch ohne Ex-Ante-Regulierung nach dem TKG 2003 bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen des Kartellrechts, des Privatradiogesetzes und des EGV beurteilt worden sei. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass schon im Rahmen der Marktabgrenzung bei der gemäß Randziffer 16 der „Märkteempfehlung“ vorgenommenen Prüfung, welche der definierten Märkte als relevant zu qualifizieren sind, die Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts als nicht ausreichend angesehen werden konnten, um effektiven Wettbewerb sicherzustellen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht wurde somit in der Analyse des hier gegenständlichen Marktes keineswegs ausgeblendet.

Hinsichtlich der im Besonderen angesprochenen spezifischen site sharing-Bestimmungen in § 15 PrR-G, BGBl. I Nr. 20/2001 idF BGBl. I Nr. 169/2004, und § 7 ORF-G, BGBl. I Nr. 83/2001 idF BGBl. I Nr. 97/2004, ist weiters auszuführen, dass diese dem Wortlaut nach den ORF zur Bereitstellung seiner Sendeanlagen zur Mitbenutzung durch private Hörfunkveranstalter verpflichten. § 15 PrR-G lautet wie folgt:

- (1) *Der Österreichische Rundfunk hat im Rahmen der technischen Möglichkeiten anderen Hörfunkveranstaltern die Mitbenutzung seiner Sendeanlagen gegen angemessenes Entgelt zu gestatten.*
- (2) *Der Österreichische Rundfunk hat die Sendeanlagen zu gleichwertigen Bedingungen und in derselben Qualität bereitzustellen, die er auch für die Verbreitung der von ihm veranstalteten Programme einsetzt.*

(3) *Auf Nachfrage eines Hörfunkveranstalters hat der Österreichische Rundfunk 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 Entscheidung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung.*

§ 7 ORF-G normiert die gleiche Verpflichtung mit folgenden Worten:

Der Österreichische Rundfunk hat im Rahmen der technischen Möglichkeiten anderen Rundfunkveranstaltern die Mitbenutzung seiner Sendeanlagen gegen angemessenes Entgelt zu gestatten. In Streitfällen über die Angemessenheit des Entgelts oder die technische Vertretbarkeit entscheiden die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria). Die KommAustria kann von den Beteiligten angerufen werden, wenn innerhalb von sechs Wochen ab Einlangen einer Nachfrage keine vertragliche Vereinbarung zu Stande gekommen ist.

Infolge der Ausgliederung der Senderinfrastruktur an die ORS wurden die Amtsachverständigen neuerlich mit der Erstellung eines Marktanalyse- sowie eines Regulierungsinstrumente-Gutachtens im Hinblick auf die sich hierdurch veränderte Marktsituation beauftragt. Da die Bestimmungen gemäß § 15 PrR-G und § 7 ORF-G schon dem Wortlaut nach nur an den ORF adressiert sind, ist infolge der Ausgliederung der Senderinfrastruktur die ORS diesen gesetzlichen Verpflichtungen nach Meinung der KommAustria nicht unterworfen. Im Rahmen der Wettbewerbsanalyse konnte daher die den ORF treffende site sharing-Verpflichtung gemäß § 15 PrR-G bzw. § 7 ORF-G keine Berücksichtigung finden, zumal eine allfällige Selbstbindung keine verlässliche Grundlage für eine vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen bilden könnte, da diese allenfalls eine interne vertragliche Vereinbarung, hingegen keine von Dritten einklagbare oder im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens geltend zu machende Verpflichtung darstellt. Aber selbst wenn eine solche Verpflichtung seitens der ORS übernommen worden wäre, unterlege diese vielen, im Vorhinein nicht abschätzbaren Einflussfaktoren. Eine allfällige Absichtserklärung der ORS, die Verpflichtungen des ORF aus § 15 PrR-G bzw. § 7 ORF-G tragen zu wollen, kann folglich keiner gesetzlichen Regelung gleichgehalten werden, als deren Fortbestand über den Zeitraum einer vorausschauenden Wettbewerbsanalyse und unabhängig von einer sektorspezifischen Regulierung, etwa infolge sich ändernder Gesellschaftsstrukturen und damit einhergehenden Änderungen der Einflussfaktoren auf das Unternehmen, nicht gewährleistet werden kann (siehe dazu: Erwerb von 40% der Anteile an der ORS durch die Medicur Sendeanlagen GmbH lt. Firmenbuchauszug vom 10.02.2006). Diesen Erwägungen folgend wurde der an die Amtsachverständigen gerichtete Gutachtensauftrag formuliert.

Soweit sich die Marktanalyse allerdings auf die Preissetzungspolitik der ORS bzw. rückblickend des ORF bezieht, ist nochmals hervorzuheben, dass die den ORF treffenden Verpflichtungen nach § 15 PrR-G bzw. § 7 ORF-G – wie seitens der ORS moniert – implizit in die Erwägungen eingeflossen sind, ja deren völlige Ausblendung bei Beurteilung der Entgelte gar nicht möglich war. Die Bewertung der Preissetzungspolitik, welche sich maßgeblich auf in der Vergangenheit verlangte Entgelte für die Vermietung der Senderinfrastruktur des ORF stützte, basierte auf von ORF und privaten Hörfunkveranstaltern im Rahmen der Datenerhebung übermittelten Entgelt Daten. Diese Daten haben die Entgeltspolitik des ORF in jenen Jahren wider gespiegelt, in denen dieser bereits den genannten site sharing-Verpflichtungen des ORF-G und des PrR-G unterlag. Hierbei wurde allerdings klar aufgezeigt, dass es dem ORF selbst unter diesen gesetzlichen Rahmenbedingungen möglich war, Entgelte zu verlangen, die zum Teil deutlich über den Kosten der Leistungserstellung lagen und auch zwischen verschiedenen Hörfunkveranstaltern unterschiedlich hoch waren (vgl. Entgelte unter Pkt. 2.3.5.).

Da die ORS also im Zuge der Ausgliederung der Senderinfrastruktur in sämtliche site sharing-Vereinbarungen des ORF eingetreten ist und die darin vereinbarten Entgelte auch unter den neuen gesellschaftlichen Verhältnissen Anwendung finden, geht der Einwand der ORS insoweit fehl.

4.5. Beurteilung der Wettbewerbssituation am Vorleistungsmarkt „Terrestrische UKW- Übertragung von Hörfunksignalen zu den Endkunden“

Gemäß § 35 Abs. 2 TKG 2003 kann beträchtliche Marktmacht anhand einer Reihe von Kriterien festgestellt werden, wobei von der Regulierungsbehörde hierbei insbesondere die bereits unter Pkt. 4.4 der rechtlichen Beurteilung aufgezählten Kriterien zu berücksichtigen sind. Nachstehend erfolgt daher eine rechtliche Würdigung der im Sachverhalt getroffenen Feststellungen zu den einzelnen Indikatoren für Marktmacht.

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

Im Zusammenhang mit der Beurteilung von alleiniger beträchtlicher Marktmacht eines Unternehmens nennt § 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 unter anderem „die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“. Auch die Leitlinien der Europäischen Kommission nennen in den Randziffern 75 bis 78 den Marktanteil eines Unternehmens als einen von mehreren Marktmachtindikatoren.

Die Leitlinien halten in Randziffer 75 fest, dass “[ein] hoher Marktanteil allein noch nicht [bedeutet], dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Allerdings ist auch nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen ohne einen hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt. [...] In Ihrer Fallpraxis hat die Kommission die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40% angesetzt, obwohl sie in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung annehmen kann, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile – über 50% - ohne weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist. Der Umstand, dass ein marktmächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung beträchtlicher Marktmacht nicht aus. Längerfristig schwankende Marktanteile können jedoch wiederum ein Anzeichen für fehlende Macht auf dem relevanten Markt sein.“

Es kann daher eher die Existenz von Marktmacht angenommen werden, wenn der Marktanteil hoch und über längere Zeit stabil oder sogar steigend ist, hingegen eher nicht, wenn der Marktanteil niedrig ist bzw. sinkt oder beträchtlichen Schwankungen unterworfen ist. Weiters ist der Marktanteil auch in Relation zu den Marktanteilen der anderen Marktteilnehmer zu setzen. Hat das betroffene Unternehmen einen wesentlich höheren Marktanteil als selbst der Größte seiner Konkurrenten, so ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung wahrscheinlicher als in Fällen, in denen mehrere Unternehmen über hohe Marktanteile verfügen.

Gemessen an den Umsätzen betrug der Marktanteil des ORF im Jahr 2003 am Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zu Endkunden etwa 93%. Die restlichen 7% der Umsätze entfielen auf vier Unternehmen, mit insgesamt acht extern am

gegenständlichen Vorleistungsmarkt angebotenen Sendeanlagen. Es sind dies die Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG, die BKF Burgenländisches Kabelfernsehen Gesellschaft m.b.H., die Senderbetriebs- und Standortbereitstellungs GmbH sowie die Rhomberg Bau GmbH (FN 66571 z). Für das Jahr 2004 ist von einer – allerdings nur geringfügigen – Verringerung des Umsatzmarktanteils des ORF auszugehen, da dieser beginnend mit 01.01.2004 die Entgelte für die Mitbenutzung seiner Sendeanlagen teilweise gesenkt hat. Auch für die ORS, die aufgrund der am 01.01.2005 erfolgten Ausgliederung der ORF-Senderinfrastruktur nunmehr als Betreiberin des Kommunikationsdienstes „terrestrische UKW-Hörfunkübertragung“ fungiert, muss von einem ähnlich hohen Umsatzmarktanteil im Jahr 2005 ausgegangen werden. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die ursprünglich zwischen ORF und privaten Hörfunkveranstaltern abgeschlossenen site sharing-Verträge zur Gänze auf die ORS übergegangen sind und somit weiterhin Bestand haben. Zusätzlich werden infolge der Ausgliederung in Zukunft auch die bisher als Eigenleistungen intern erbrachten Übertragungsdienste für die Übertragung der ORF-Hörfunkprogramme in die Umsätze der ORS einzubeziehen sein. Da die seitens des ORF von der ORS bezogenen Übertragungsleistungen einen signifikanten Anteil am gegenständlichen Markt ausmachen, ist sogar anzunehmen, dass der Marktanteil der ORS gemessen am Umsatz nahezu 100% betragen wird.

Da es sich beim Vorleistungsmarkt für „terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden“ um einen Markt mit geringer Dynamik handelt (site sharing-Verträge werden auf die Dauer von zehn Jahren abgeschlossen, da Zulassungen für diesen Zeitraum vergeben werden) ist er kaum Marktanteilsveränderungen unterworfen.

Wie auch der Randziffer 77 der Leitlinien zu entnehmen ist, *„hängen die Kriterien zur Berechnung des Marktanteils des oder der betroffenen Unternehmen von den Merkmalen des betroffenen Marktes ab. Ihre Festlegung ist Sache der nationalen Regulierungsbehörde.“* Da in den am Umsatz gemessenen Marktanteil Eigenleistungen nicht sichtbar gemacht werden können, weil deren Bewertung in Geld kaum möglich ist, haben die Amtsachverständigen als Maßstab zur Marktanteilsberechnung den Versorgungsgrad eines Rundfunksendernetzes herangezogen. Für die Ermittlung des Versorgungsgrades eines Rundfunksendernetzes wurden die Anzahl an eigenen Standorten, die Anzahl an eigenen Sendeanlagen und an Personen, die mit eigenen Sendeanlagen erreicht werden können, verglichen.

Die ORS betreibt nunmehr für den ORF an 274 Standorten ca. 830 Sendeanlagen für Hörfunkübertragung. Unter Hinzuzählung jener 39 Sendeanlagen, die die ORS für private Hörfunkveranstalter betreibt, ergibt sich, dass die ORS insgesamt etwa 870 Sendeanlagen betreibt. Dem stehen 159 eigene Sendeanlagen der privaten Hörfunkveranstalter gegenüber, die an ebenso vielen Standorten betrieben werden. Kein privater Hörfunkveranstalter betreibt mehr als eine Sendeanlage an einem Standort. Hingegen gibt es einige wenige Fälle, in denen mehrere Hörfunkveranstalter denselben Standort benutzen (z.B. Donauturm in Wien). Schließlich sind noch jene acht Sendeanlagen zu berücksichtigen, die von Dritten betrieben werden.

Die ORS verfügt gemessen an eigenen Standorten über einen Marktanteil von mehr als 60% und gemessen an eigenen Sendeanlagen über einen Marktanteil von mehr als 80%, während alternative Betreiber eigener Standorte bzw. Sendeanlagen gemeinsam einen Marktanteil von knapp 38% bzw. 16% erreichen.

Die ORS kann rein rechnerisch (unter Mehrfachzählung von mit mehreren Programmen versorgten Personen) insgesamt knapp 42,3 Mio. Personen mit ihren Sendeanlagen versorgen, wobei mit den ORF-Hörfunkprogrammen Ö1, Ö2, Ö3 und FM4 jeweils ca. 8,1 Mio. Personen erreicht werden können und weitere 10 Mio. Personen mit privaten Hörfunkprogrammen. Demgegenüber können alle privaten Hörfunkveranstalter (ebenfalls unter Mehrfachzählung von mit mehreren Programmen versorgten Personen) zusammen

über eigene Sendeanlagen insgesamt nur etwa 15 Mio. Personen versorgen. Der im Verhältnis zur Anzahl an Sendeanlagen höhere Anteil an technischer Reichweite der privaten Hörfunkveranstalter lässt sich dadurch erklären, dass diese meist in Ballungsräumen Radio veranstalten, während die ORS bzw. zuvor der ORF aufgrund seines Versorgungsauftrages auch in dünner besiedelten Gebieten präsent ist und folglich wesentlich mehr Sendeanlagen betreiben muss. Kein privater Hörfunkveranstalter verfügt über mehr als 16 eigene Standorte bzw. Sendeanlagen und keiner kann hierbei eine Reichweite von mehr als 2,2 Mio. Personen erzielen. Am Maßstab der technischen Reichweite erreicht die ORS somit einen Marktanteil von über 70% im Vergleich zu weniger als 30% aller privaten Hörfunkveranstalter gemeinsam.

Die ORS führt im Rahmen ihrer Stellungnahme zu diesen für die Marktanteilsberechnung herangezogenen Maßzahlen aus, dass aus dem Gutachten zu schließen sei, dass private Hörfunkveranstalter in regionalen Versorgungsgebieten über eine im Vergleich zur ORS höhere technische Reichweite verfügten. Diesem Schluss kann – wie bereits im Rahmen der Beweiswürdigung ausgeführt wurde – nicht gefolgt werden, da die Amtsachverständigen lediglich eine Durchschnittsbewertung über alle bestehenden Sendeanlagen durchgeführt haben, hingegen keinen Vergleich innerhalb der jeweiligen regionalen Versorgungsgebiete. Die Aussage der Gutachter kann somit nur dahin verstanden werden, dass gemessen an der „insgesamt“ zur Verfügung stehenden Anzahl an Sendeanlagen eine vergleichsweise hohe technische Reichweite durch private Hörfunkveranstalter erzielt wird, da diese vorwiegend in Ballungsräumen etabliert sind.

Im Zuge der nationalen Konsultation des Maßnahmenentwurfs äußerte die Bundeswettbewerbsbehörde unter Bezugnahme auf die seit Öffnung des Hörfunkmarktes für private Veranstalter selbst errichteten Sendeanlagen, dass *„[d]ie Einschätzung der KommAustria (KOA 6.300/06-003, S. 42) beim Markt für UKW-Übertragungsdienste handle es sich um einen Markt mit geringer Dynamik, nicht geteilt [werde]. [...] Die Marktdaten der KommAustria (KOA 6.300/06-003, Pkt 2.2) belegten deutlich, dass den privaten Rundfunkveranstaltern innerhalb nur weniger Jahre der Aufbau relevanter Senderinfrastruktur gelungen [sei]: 16% sämtlicher Sendeanlagen für Hörfunkübertragung gehörten nunmehr privaten Rundfunkveranstaltern. Diese Entwicklung [habe] auch zu einem starken Verfall der Preise für Sendeanlagen geführt, was weitere Investitionen begünstigt.“*

Dieser Einschätzung durch die Bundeswettbewerbsbehörde ist entgegenzuhalten, dass zwar seit 1997 zahlreiche Sendeanlagen (ca. 160) von privaten Hörfunkveranstaltern errichtet wurden. Der Umstand, dass nur mehr wenig neue Zulassungen für geographisch große Versorgungsgebiete (welche eine größere Anzahl von – auch leistungsstarken - Sendeanlagen benötigen) vergeben werden und site sharing-Verträge bei Anmietung von ORS-Sendeanlagen auf die Dauer der Zulassung (zehn Jahre) abgeschlossen werden, lässt dennoch den Schluss zu, dass es sich beim gegenständlichen Markt um einen solchen mit geringer Dynamik handelt.

Gleichlautendes ist auch der auf die Äußerung der Bundeswettbewerbsbehörde bezugnehmenden Stellungnahme der ORS vom 12.05.2006 entgegenzuhalten, die sich überdies an der Bezugnahme der Amtsachverständigen auf Versorgungsgrade zur Darlegung hoher Marktanteile der ORS stößt, da Marktteilnehmer die Übertragungsdienstleistungen der ORS nur nachfragen würden, wenn ihnen im betreffenden Gebiet durch Zulassungsbescheid der KommAustria Übertragungskapazitäten zugeordnet wurden, was etwa aus Gründen der Frequenzknappheit nicht im gesamten Bundesgebiet der Fall sei.

Da der relevante Markt nach der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2004 (RFMVO 2004) auch Eigenleistungen umfasst, wurden bei der Marktanteilsberechnung durch die Gutachter auch jene Sendeanlagen erfasst, die sich Rundfunkveranstalter selbst unternehmensintern bereitstellen. Diese Darstellung war notwendig, um auch Eigenleistungen (Eigenerbringung

der Übertragungsleistung) anschaulich zu machen. Wie bereits ausgeführt wurde, können unternehmensintern bereitgestellte Leistungen nur schwer in Geldeinheiten bewertet werden, sodass „Mengenmarktanteile“ in Form von Standorten, Sendeanlagen und Reichweiten berechnet werden mussten. Eine Gewichtung der Sendeanlagen mit deren Reichweite ist insofern wichtig, als es auf dem vorliegenden Markt letztlich auf die Größe des Versorgungsgebietes ankommt und eine Sendeanlage mit hoher technischer Reichweite (hohem Versorgungsgrad) nicht gleich bewertet werden kann wie eine Sendeanlage mit geringer technischer Reichweite (geringem Versorgungsgrad).

Die von der Bundeswettbewerbsbehörde aufgestellte Behauptung, dass die Errichtung von Sendeanlagen durch private Hörfunkveranstalter zu einem starken Verfall der Preise geführt hätte, trifft nicht zu. Laut dem Preisindex für Ausrüstungsinvestitionen für Nachrichtentechnik, Rundfunk- und Fernsehgeräte sowie elektronische Bauelemente (Statistik Austria, Index für 1995-2004) ist lediglich eine Preisreduktion von ca. 14% seit 1995 und von ca. 4% seit 2000 feststellbar und selbst diese Preisreduktion ist nicht allein auf die Nachfrage privater Rundfunkveranstalter zurückzuführen.

In diesem Zusammenhang erklärte die Bundeswettbewerbsbehörde weiters, dass *„[d]er Mietmarkt, also der hier relevante Markt für die Erbringung von UKW-Dienstleistungen an nicht verbundene Rundfunkunternehmen, somit sehr klein [sei]: nur 4,75% des Gesamtmarktes der Sendeanlagen für Hörfunk bef[ä]nden sich auf Basis der Zahlen des Beschlussentwurfes in Vermietung.“*

Hierbei unterliegt die Bundeswettbewerbsbehörde offenbar einem Irrtum, wenn sie vermeint, der hier gegenständliche Markt umfasse nur das Anbieten der Übertragungsleistung an Externe. Wie den Sachverhaltsfeststellungen auf Seite 7 entnommen werden kann, umfasst der relevante Markt sowohl die externe als auch die interne Bereitstellung der Übertragungsleistung, ein Umstand der von der KommAustria bei der Berechnung der „Kapazitätsmarktanteile“ bzw. „Mengenmarktanteile“ berücksichtigt wurde. Überdies übersieht die Bundeswettbewerbsbehörde bei der Behauptung, nur ein kleiner Teil des Marktes der Sendeanlagen im Ausmaß von knapp unter 5% befände sich in Vermietung, dass hierdurch immerhin 45% der technischen Reichweite der privaten Hörfunkveranstalter abgedeckt werden. Gemessen an der Gesamtzahl an bestehenden Sendeanlagen mag der Markt der von der ORS gemieteten Sendeanlagen zwar relativ klein sein, gemessen an der erzielten technischen Reichweite (Versorgungsgrad) handelt es sich jedoch um einen für private Hörfunkveranstalter erheblichen Anteil an deren technischer Reichweite.

Zusammenfassend zeigt sich anhand des Versorgungsgrades des terrestrischen Sendernetzes der ORS im Vergleich zum Versorgungsgrad aller von privaten Hörfunkveranstaltern selbst betriebenen Sendeanlagen, dass die ORS am Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die Marktanteile der ORS liegen deutlich über 60% und weisen im Zeitverlauf keine fallende Tendenz auf. Private Hörfunkveranstalter erreichen mit eigenen Sendeanlagen einen Marktanteil von weniger als 20%. Jene vier alternativen Unternehmen, die Übertragungsdienste extern anbieten, erreichen gemeinsam nur einen Marktanteil von weniger als 2%.

Im Ergebnis lassen diese Marktanteile auf eine marktbeherrschende Stellung der ORS am gegenständlichen Vorleistungsmarkt schließen. Entsprechend der Randziffer 78 der Leitlinien kann eine beherrschende Stellung jedoch nicht allein anhand der Marktanteile ermittelt werden. Ein hoher Marktanteil legt lediglich die Vermutung nahe, dass das in Frage stehende Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnte.

4.5.2. Zum Indikator „Markteintrittsbarrieren“

In der in § 35 Abs. 2 TKG 2003 vorgenommenen Aufzählung wird auch „die Höhe von Markteintrittsschranken sowie das daraus resultierende Ausmaß an potentielltem Wettbewerb“ als Kriterium zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht genannt. Ebenso befassen sich die Leitlinien in Den Randziffern 78 und 80 mit dem Marktmachtindikator „Marktzutrittsschranken“. So halten die Leitlinien in Randziffer 80 fest, dass *„[die] Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon ab[hängt], wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten z.B. ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten.“*

Die Prüfung von Marktzutrittsschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl. EuGH Rs. 6/72 – Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215). Als Marktzutrittsbarrieren werden all jene Faktoren bezeichnet, 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 die Marktzutrittsbarrieren bzw. je schwieriger der Markteintritt, desto höher ist potentiell das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmen/s. Ausschlaggebend für die Beurteilung von Marktmacht ist jedoch nicht nur das Vorliegen von Marktzutrittsbarrieren, sondern auch das Ausmaß an Wettbewerb, der hinter diesen Barrieren stattfindet. Das Vorliegen von Marktmacht kann daher vor allem auf Märkten vermutet werden, in denen die Marktkonzentration hoch ist und zugleich hohe Marktzutrittsbarrieren vorliegen.

Im Rahmen der Märkteempfehlung über relevante Märkte trifft die Europäische Kommission die Unterscheidung zwischen strukturell und rechtlich bedingten Marktzutrittsbarrieren. Auf dem gegenständlichen Markt wirken überdies noch strategische bzw. endogene Markteintrittsbarrieren, die durch das Verhalten eines Unternehmens entstehen können.

Als strukturelle Marktzutrittsbarrieren auf dem Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden wirken sog. Skalen- und Verbundvorteile in Verbindung mit versunkenen Kosten. Skalen- bzw. Verbundvorteile resultieren vor allem aus der Kostenstruktur eines Sendernetzes bzw. Sendestandortes, dessen Errichtung grundsätzlich mit hohen Fixkosten verbunden ist, 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 Rundfunkübertragungsdiensten mit eigener Infrastruktur neu in den Markt einzutreten beabsichtigt, müsste an allen großen Sendestandorten der ORS, die von den privaten Hörfunkveranstaltern nachgefragt werden, die Senderinfrastruktur der ORS duplizieren. Hierzu ist u.a. die Errichtung neuer Sendemasten, eine Stromversorgung sowie beispielsweise auch Antennenzuleitungen erforderlich. Die Aufstellung eines weiteren Sendemasten oder einer weiteren Stromversorgung an einem Standort ist jedoch in der überwiegenden Zahl der Fälle als ineffizient zu qualifizieren, da diese Komponenten der Senderinfrastruktur häufig von mehreren Hörfunkveranstaltern gemeinsam genutzt werden können. Für die ORS, die an den meisten Standorten bereits drei oder vier eigene Sendeanlagen betreibt, ist es daher zumeist mit relativ geringen (zusätzlichen) Kosten verbunden, eine weitere Sendeanlage für einen privaten Hörfunkveranstalter anzubringen. Die ORS ist hierdurch in der Lage, Skalenvorteile auszunutzen, was privaten Hörfunkveranstaltern oder anderen Unternehmen meist nicht möglich ist.

Für Unternehmen, die nicht bereits über die notwendige Senderinfrastruktur 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 zum Teil vermieden werden kann.

Die Kosten der Errichtung einer Sendeanlage stellen zudem versunkene Kosten dar, da Sendeanlagen im Regelfall für eine alternative Verwendung nicht zur Verfügung stehen. Die versunkenen Kosten können bei leistungsstarken (großen) Sendeanlagen substantiell sein, bei kleineren Sendeanlagen eher gering. Gemessen an den Gesamtkosten, betragen die Kosten für die Signalübertragung im Verhältnis zu jenen der Programmproduktion jedoch einen kleinen Anteil (meist zwischen 5% und 15%), sodass die sich aus versunkenen Kosten ergebenden Marktzutrittsbarrieren auf dem gegenständlichen Markt eher eine geringere Rolle spielen.

Skalenvorteile können weiters in Verbindung mit nachfrageseitigen Wechselkosten für potentiell neu in den Markt eintretende Unternehmen eine strukturell bedingte Zutrittsbarriere bilden. Nachfrageseitige Wechselbarrieren ergeben sich am vorliegenden Markt vor allem aus vertraglichen Bedingungen, die als strategische Marktzutrittsbarrieren wirken. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ORS für site sharing – vormals des ORF – sehen vor, dass der private Hörfunkveranstalter im Falle eines Rücktritts vom Vertrag über die Sendermitbenutzung der ORS einen pauschalen, verschuldens- und schadensunabhängigen, nicht minderungsfähigen Spesenersatz sowie den entstandenen Aufwand und sonstigen Schaden, insbesondere die Kosten der in Zusammenhang mit der Anschaffung und Montage der Sendeeinrichtungen erbrachten Vorfinanzierungen und Arbeitsleistungen, schuldet. Hat sich ein privater Hörfunkveranstalter also einmal für die Verbreitung über ORS-Anlagen entschieden, so ist der nachträgliche Wechsel zu einem anderen Betreiber bzw. die Möglichkeit zur Eigenerbringung der Leistung stark eingeschränkt, da die entsprechende Sendeanlage quasi doppelt bezahlt werden müsste. Nicht auszuschließen ist überdies, dass die ORS z.B. durch ein Pönale in Form des pauschalen verschuldens- und schadensunabhängigen Spesenersatzes (Punkt 4 (2) der AGB) versucht, die Wechselkosten zusätzlich zu erhöhen.

Die rechtlich bedingten Marktzutrittsbarrieren ergeben sich zumeist aus frequenztechnischen Gründen, die für die Inbetriebnahme eines neuen Sendestandortes bzw. die Aufnahme eines Radiobetriebs fernmelderechtliche Bewilligungen, internationale Koordinierungsverfahren und Zulassungsverfahren notwendig machen. Abgesehen davon können auch Regelungen des Bau- bzw. Raumordnungsrechts und des Naturschutzrechts die Errichtung einer Sendeanlage wesentlich erschweren. Insbesondere können diese der Errichtung einer Sendeanlage an solchen Standorten entgegenstehen, an denen bereits eine Sendeanlage existiert. Da die ORS-Standorte im Regelfall die aus rundfunktechnischer Sicht günstigsten sind (an diesen Standorten lässt sich bei entsprechender Leistung ein Maximum an Reichweite erzielen), in vielen Fällen aber keine zweite Anlage in unmittelbarer Nähe errichtet werden kann, müssen private Hörfunkveranstalter bei einem Wechsel zu einem alternativen (nicht von der ORS betriebenen) Standort – sofern dies möglich ist – häufig Nachteile in Kauf nehmen, wodurch die Möglichkeiten zur internen Erbringung der Leistung eingeschränkt werden.

Eine Betrachtung der strukturell und rechtlich bedingten Marktzutrittsbarrieren ergibt somit, dass die Marktzutrittsbarrieren für die Errichtung kleiner Anlagen zwar vorhanden sind, insgesamt jedoch als eher gering eingestuft werden können. Demgegenüber existieren kaum Alternativen zu den großen und exponierten Sendeanlagen der ORS, weshalb hier die Barrieren als wesentlich höher – teilweise sogar als prohibitiv – einzustufen sind. Für potentiell neu in den Markt eintretende Betreiber wirken weiters nachfrageseitige Wechselkosten, die sich aus den vertraglichen Bedingungen der ORS ergeben, als Marktzutrittsbarrieren.

Zu dem von der ORS erhobenen Vorbringen, dass versunkene Kosten nicht als Marktzutrittsbarriere wirken, sondern bei Nichtberücksichtigung in der Entgeltberechnung als nicht gerechtfertigte Risikoüberwälzung auf die ORS zu betrachten sind, ist auszuführen, dass einer Berücksichtigung der Investitionen für die Errichtung einer Sendeanlage in die Entgeltberechnung nichts entgegensteht. Ungeachtet dessen, stellen diese Kosten

versunkene Kosten dar und wirken gemeinsam mit Skalenvorteilen als Marktzutrittsbarrieren; hierbei handelt es sich somit um zwei unterschiedliche Aspekte der Kosten der Errichtung von Sendeanlagen (Berücksichtigung in der Kostenrechnung einerseits und Wirkung als Marktzutrittsbarriere andererseits), die getrennt von einander zu betrachten sind. Der weiteren Behauptung der ORS, jederzeit bereit zu sein, die auf Wunsch eines Kunden vorgenommenen Investitionen bzw. Anlagen diesem bei vorzeitigem Rücktritt zum Restwert zu veräußern, sind die ihren Verträgen zugrunde liegenden AGB entgegen zu halten, wo unter Punkt 4 (2) letzter Satz ausdrücklich festgehalten wird, dass den ORF (nunmehr die ORS) keine Verpflichtung zur Weiterverwendung oder Veräußerung allfälliger getätigter Anschaffungen trifft. Auch im Hinblick auf den in Punkt 4 (2) der AGB geregelten pauschalen, verschuldens- und schadensunabhängigen, nicht minderungsfähigen Spesenersatz ist nicht auszuschließen, dass dieser in keinerlei Zusammenhang mit den tatsächlich durch die Vertragsauflösung entstandenen Kosten steht, zumal die AGB im gleichen Absatz zusätzlich den Ersatz des für die erbrachten Leistungen und sonstigen Schadens entstandenen Aufwands festschreiben.

In ihrer Stellungnahme im Rahmen der nationalen Konsultation traf die Bundeswettbewerbsbehörde unter Bezugnahme auf Leistung von Sendeanlagen die Behauptung, dass *„die Ausführungen zu den Markteintrittsbarrieren (KOA 6.300/06-003, Pkt 2.3.2) erhebliche strukturell und rechtlich bedingte Zugangsbarrieren eigentlich nur für größere Sendeanlagen von mehr als 10 kW [ergäben].“*

Wie bereits unter Pkt. 2.3.2. ausführlich dargelegt wurde, ist es tendenziell richtig, dass „große“ (hohe, leistungsstarke) Anlagen schwieriger dupliziert werden können als „kleine“. Hierbei wurde jedoch ausdrücklich auseinander gesetzt, dass die jeweilige Höhe der Marktzutrittsbarrieren von einer Reihe von Faktoren abhängig ist (die sich teilweise im Zeitverlauf verändern können) und in manchen Fällen auch große Anlagen replizierbar sein können, kleine wiederum nicht. Eine Grenze der Replizierbarkeit bei 10kW anzusetzen, erscheint der KommAustria daher willkürlich und trifft nicht generell zu. Private Hörfunkveranstalter mieten auch zahlreiche (mehr als 30) Sendeanlagen mit einer Leistung <10kW von der ORS und dies obwohl die Entgelte der ORS (bzw. des ORF) in der Vergangenheit im Durchschnitt um ca. 30% über den effizienten Kosten der Leistungserbringung (inklusive Investitionskosten) lagen. Bei diesen Anlagen ist ebenfalls anzunehmen, dass es sich um nicht leicht ersetzbare Infrastruktur handelt.

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

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

Von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur wird gesprochen, wenn eine bestimmte zur Leistungserstellung notwendige Infrastruktur ausschließlich oder größtenteils 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 der einzige Anbieter der Dienstleistung ist und weder aktueller noch potentieller Wettbewerb existiert. Zusätzlich kann es dem Unternehmen auch möglich sein, seine Marktmacht auf nachgelagerte oder angrenzende Märkte zu übertragen.

Wie unter Pkt 2.3.2.2. und 2.3.3. dargestellt, können am gegenständlichen Markt offensichtlich kleine Sendeanlagen in vielen Fällen selbst errichtet werden, während Alternativen zu den großen Sendeanlagen 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 Marktzutrittsbarrieren von einer Reihe von Faktoren abhängt, wie der Höhe (Lage) des Standortes, der abgestrahlten Leistung, den in geographischer Nähe bereits existierenden Standorten sowie den Bau- Raumordnungs- und naturschutzrechtlichen Regelungen etc., kann a priori keine Aussage über die Höhe der Marktzutrittsbarrieren für jeden Einzelfall getroffen werden. Tendenziell sind zwar die Marktzutrittsbarrieren bei exponierten, leistungsstarken Anlagen deutlich höher als bei kleinen Anlagen, in Einzelfällen können jedoch auch große Anlagen replizierbar sein und kleinere nicht.

Die Bundeswettbewerbsbehörde hielt der KommAustria im Zuge der nationalen Konsultation hinsichtlich der Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur vor, dass *„zu KOA 6.300/06-003, Pkt 2.3.3 betreffend die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur nicht ausreichend herausgearbeitet [worden sei], für welche privaten Rundfunkveranstalter genau die Sendeanlagen der ORS nicht bzw. schwer reproduzierbare Infrastruktur darstell[t]en.“*

Hierzu ist allerdings festzuhalten, dass eine a priori Beurteilung in Bezug auf eine einzelne Sendeanlage durch die Regulierungsbehörde aufgrund zahlreicher Faktoren, von denen eine Replizierbarkeit abhängt, nicht sinnvoll erschien. Die KommAustria hat die Replizierbarkeit nicht nur jener Sendeanlagen untersucht, die derzeit von der ORS an private Hörfunkveranstalter vermietet werden, sondern aller Sendeanlagen der ORS (wobei die getroffenen Aussagen natürlich auch für die derzeit vermieteten Anlagen gelten). Da es sich bei der gegenständlichen Marktanalyse um eine Ex-Ante-Betrachtung handelt und eine zukünftige Nachfrage nach anderen Sendeanlagen der ORS anzunehmen ist, erscheint dieser Ansatz gerechtfertigt. Eine bloße Fokussierung auf die derzeit vermieteten Anlagen würde eher einer Ex-Post-Perspektive entsprechen.

Insgesamt kann daher davon ausgegangen werden, dass die ORS in vielen Fällen – vor allem bei großen, leistungsstarken Anlagen an exponierten Standorten – über Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt.

4.5.4. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

Das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht wird in § 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung 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.

Je höher das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht ist, desto weniger kann ein Unternehmen, welches potentiell über Marktmacht verfügt, diese auch ausüben. Die nachfrageseitige Gegenmacht wird dann größer sein, wenn den die Übertragungsleistung nachfragenden Hörfunkveranstaltern ein Wechsel zu anderen Betreibern möglich und dieser mit geringen Wechselkosten verbunden ist oder die entsprechende Vorleistung selbst erbracht werden kann oder der nachfragende Kunde einen Großteil der Umsätze des die Übertragungsleistung anbietenden Unternehmens auf sich vereint.

Eine Analyse des gegenständlichen Marktes zeigt, dass es bei kleineren Sendeanlagen 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 Sendeanlagen zu erkennen, die nicht oder nur schwer zu duplizieren sind. Durch den Zusammenschluss einer Gruppe von Hörfunkveranstaltern im VÖP konnten die bis dahin getrennt wahrgenommenen Interessen im Rahmen der Verhandlungen über die Mitbenutzungsentgelte in jüngster Zeit besser vertreten werden. Dieses gemeinsame Auftreten erhöhte tendenziell das Ausmaß nachfrageseitiger Gegenmacht, wiewohl festgehalten werden muss, dass hierdurch die faktischen Gegebenheiten nicht leicht ersetzbarer Infrastruktur und die dadurch bestehende Verhandlungsposition der ORS nicht völlig kompensiert werden können. Eine Gesamtbewertung zeigt somit, dass das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht unterschiedlich hoch ist, je nachdem, um welche Art von Sendeanlage bzw. Sendestandort es sich im konkreten Fall handelt.

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. Ferner erhob die ORS den Vorwurf, dass seitens der Gutachter hieraus keine Schlussfolgerung in Bezug auf die marktbeherrschende Stellung der ORS gezogen worden sei.

Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass nach dem Rechtsverständnis der KommAustria 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 Leitlinien (insbesondere gem. Randziffer 78) zu beurteilenden Kriterien erfolgen kann. Die Amt sachverständigen haben dementsprechend eine Analyse der am gegenständlichen Markt vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen – so auch der nachfrageseitigen Gegenmacht in Kapitel 3.5. des Marktanalyse-Gutachtens – vorgenommen. Daraus Schlussfolgerungen gemäß § 35 TKG 2003 zu ziehen, ist hingegen Aufgabe der KommAustria. In Kapitel 3.5. des Marktanalyse-Gutachtens fassen die Gutachter am Ende auch zusammen, dass nachfrageseitige Gegenmacht überall dort existiert, wo es Alternativen zu den Standorten der ORS gebe, während das Ausmaß nachfrageseitiger Gegenmacht bei nicht oder nur schwer duplizierbaren Anlagen eher gering sei. Sie schließen mit der Feststellung, dass sich die nachfrageseitige Gegenmacht durch das geschlossene Auftreten der privaten Hörfunkveranstalter im VÖP generell etwas erhöht habe.

Der Befund der Gutachter kann jedoch deshalb keinesfalls dahingehend interpretiert werden, dass eine marktbeherrschende Stellung der ORS auszuschließen sei. In einer Zusammenschau unter Berücksichtigung aller Indikatoren stellt sich das gegebene Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht keinesfalls als ausreichend dar, um eine marktbeherrschende Stellung zu verneinen.

4.5.5. Zum Indikator „Preissetzung bzw. Entgelte“

Die Preissetzungspolitik eines Unternehmens ist ein wesentlicher ökonomischer Verhaltensparameter und daher auch relevant für die Beurteilung von Marktmacht. Dementsprechend wird die Preissetzung als eine von mehreren Verhaltensweisen eines Unternehmens am Markt in § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 zur Beurteilung von Marktmacht angeführt.

Preisbewegungen im Zeitverlauf, vorhandene Entgeltunterschiede zwischen verschiedenen Hörfunkveranstaltern und beobachtete Preisreaktionsmuster geben wesentliche Hinweise

auf die am Markt vorhandene Wettbewerbsintensität. Bei Vorliegen eines funktionsfähigen Wettbewerbs ist grundsätzlich kein Unternehmen alleine in der Lage – jedenfalls längerfristig –, Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau zu heben.

Eine Betrachtung der vom ORF in den Jahren 2000 bis 2004 verlangten Entgelte ergibt, dass diese zum Teil signifikant über den von der RTR-GmbH berechneten Kosten der Leistungserstellung lagen. So waren die aggregierten Entgelte in den Jahren 2001 bis 2003 um etwa 30% überhöht. Für zehn von 15 jener privaten Hörfunkveranstalter, die beim ORF (nunmehr der ORS) Sendeanlagen mieten, sind die Entgelte mit Anfang des Jahres 2004 um etwa 12% gesunken, da diese sich im VÖP zusammengeschlossen und gemeinsam neue Entgelte verhandelt haben. Dadurch kam es insgesamt zu einer realen Senkung der Entgelte um ca. 10%. Aber selbst nach dieser partiellen Entgeltsenkung aufgrund der beschriebenen Neuverhandlungen blieben die Preise weiterhin um ca. 16% überhöht.

Ferner zeigt ein Vergleich der den einzelnen Hörfunkveranstaltern verrechneten Entgelte, dass der ORF – trotz § 7 ORF-G und § 15 PrR-G – im betrachteten Zeitraum insofern Preisdiskriminierungen vorgenommen hat, als das Verhältnis der Entgelte zu den Kosten bei den privaten Hörfunkveranstaltern jeweils unterschiedlich ist. Die Unterschiede reichen von Entgelten knapp unter den von der RTR-GmbH errechneten Kosten bis hin zu Entgelten, die ca. 60% über diesen Kosten liegen. Auch ein Vergleich der Entgelte nur jener Hörfunkveranstalter, die Verträge 1997 und später abgeschlossen haben (also nicht auf Basis der ersten Preisliste von 1994) zeigt, dass erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Vertragspartnern bestehen, obwohl jeweils nur eine Sendeanlage gemietet wird. Diese Preisdiskriminierungen sind zumeist auf unterschiedlich angewendete Rabatte zurückzuführen.

Da infolge von Preisreduktionen am Senderendgerätemarkt in den letzten Jahren eine kontinuierliche Senkung der Wiederbeschaffungswerte erfolgte, ist zudem auch ein Auseinanderdriften der an den (historischen) Kosten orientierten Entgelte und der Wiederbeschaffungswerte wahrscheinlich, zumal eine Anpassung lediglich hinsichtlich neu abgeschlossener Verträge erfolgt ist, sieht man von der Anfang 2004 erfolgten Neuverhandlung mit den Mitgliedern des VÖP ab. Für neu in den Markt eintretende Hörfunkveranstalter kann dies zu einer falschen make-or-by-Entscheidung führen.

Dadurch, dass die Infrastruktur und der Sendebetrieb mit Wirkung ab 01.01.2005 an die ORS ausgegliedert wurde und am 27.04.2005 eine Mitteilung über den vollständigen Übergang sämtlicher site sharing-Verträge auf die ORS erfolgte und somit auch die erwähnten Entgelte als wesentliche Bestandteile dieser Verträge weiterhin Gültigkeit behalten, treffen die zuvor erfolgten Aussagen vollinhaltlich auch auf die ORS zu.

Die ORS kritisiert in diesem Zusammenhang zunächst die Tatsache, dass nur eine Analyse der Entgelte des ORF erfolgt sei, obwohl sich immerhin 159 Sendeanlagen im Besitz privater Hörfunkveranstalter befänden, die auch zum Teil vermietet würden. Hierzu ist anzumerken, dass vor dem Hintergrund des Verhältnisses der Marktanteile am Vorleistungsmarkt „terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zu Endkunden“ eine Analyse auch der Entgelte der einzigen vier de facto als externe Anbieter der Übertragungsleistung auftretenden Unternehmen nur wenig Aussagekraft hätte. Bisher deckte der ORF mehr als 80% des Marktes (Sendeanlagen) ab, wohingegen die vier alternativen Anbieter (vgl. hierzu Pkt. 2.3.1. im Sachverhalt) externer Übertragungsleistungen mit insgesamt acht vermieteten Sendeanlagen weniger als 2% des Marktes abdecken. Nicht zuletzt auch aufgrund der Tatsache, dass deren angebotenen Leistungsbündel mit jenen der ORS nur schwer vergleichbar sind, erschien eine zusätzliche Analyse dieser Entgelte wenig aussagekräftig und konnte daher unterbleiben.

Weiters stellte die ORS die Möglichkeit in Abrede, dass es infolge eines Auseinanderdriften der den an (historischen) Kosten orientierten Entgelte und der Wiederbeschaffungswerte im

Zeitverlauf zu überhöhten Entgelten und folglich einer Verzerrung der „make-or-by-Entscheidung“ für neu in den Markt eintretende Hörfunkveranstalter gekommen sei. Hiefür liege laut ORS kein Hinweis vor. Hierzu ist zunächst anzumerken, dass das Marktanalyse-Gutachten lediglich davon spricht, dass es unter diesen Umständen zu überhöhten Preisen im Zeitverlauf kommen kann, sofern keine regelmäßigen Vertragsanpassungen bzw. Anpassungen der Preislisten erfolgen. Darüber hinaus bringt die ORS auf Seite 16 ihrer Stellungnahme selbst vor, dass am Senderendgerätemarkt signifikante Preisreduktionen zu beobachten waren, die zur Erstellung neuer Preislisten geführt haben. Bekannt ist der KommAustria, dass bei neu abgeschlossenen Verträgen die jeweils aktuelle Preisliste des ORF zur Anwendung kam, sowie dass es im Zuge des Zusammenschlusses einer Gruppe von privaten Hörfunkveranstaltern im VÖP zu Neuverhandlungen und Preissenkungen für diese kam. Es liegen der KommAustria allerdings keine Anhaltspunkte dafür vor, dass es bei den jeweiligen Anpassungen dieser Preislisten – obwohl deren Kalkulation jeweils auf Basis fiktiver Sendeanlagen erfolgt, d.h. ein Durchschnittswert je Leistungsklasse und Leistungsumfang (mit/ohne Reserve, mit/ohne RDS) über alle Sendeanlagen ermittelt wird – auch zu einer automatischen Anpassung bestehender Verträge gekommen sei. So erfolgte zu Beginn des Jahres 2004 offensichtlich auch keine Anpassung der Verträge jener Hörfunkveranstalter, die nicht im VÖP vertreten sind.

4.5.6. Zum Indikator „Produktdifferenzierung“

In § 35 Abs. 2 Z 10 TKG 2003 wird weiters das Ausmaß an Produktdifferenzierung als ein Indikator zur Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung angeführt. Auch in der Randziffer 78 der Leitlinien wird die „*Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z.B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen)*“, als ein Kriterium für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht genannt.

Bei diesem Kriterium stellt sich die Frage, ob einzelne Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Mitbewerbern daraus gewinnen können, dass sie ihr Produkt hinreichend von Produkten anderer Unternehmen differenzieren können, sodass eine Nachahmung für andere Unternehmen nicht möglich ist und hieraus Wettbewerbsvorteile erwachsen können.

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

Die ORS erklärt hierzu, dass es ihr nicht nachvollziehbar sei, worin in diesem Zusammenhang eine Markteintrittsbarriere für andere Unternehmen liegen soll und verweist dabei auf die den ORF treffende Verpflichtung gemäß § 15 PrR-G sowie dessen Versorgungsauftrag gemäß § 3 Abs. 3 ORF-G, dem zufolge dieser zur bundesweit flächendeckenden Versorgung verpflichtet wäre. Weiters konstatiert die ORS aus diesem Umstand einen Vorteil der nicht ihr, sondern den zur Mitbenutzung von Übertragungseinrichtungen und –kapazitäten berechtigten Mitbewerbern zugute käme, die sich über das ubiquitäre Sendernetz der ORS jene lukrativen Versorgungsgebiete herausplücken könnten, in denen die werberelevanten Zielgruppen effizient erreicht würden.

Entgegen der Auffassung der ORS wurde die Möglichkeit zur Produktdifferenzierung nicht als Marktzutrittsbarriere untersucht, sondern als Wettbewerbsvorteil, den ein Unternehmen

erlangen kann, wenn es seine Produkte hinreichend von anderen Produkten differenziert. Die dem ORF auferlegte Verpflichtung, als öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter die Vollversorgung des österreichischen Bundesgebietes zu gewährleisten, vermag nichts an der Qualifikation der ORS als marktmächtiges Unternehmen am gegenständlichen Vorleistungsmarkt zu ändern. Es ist der KommAustria nicht ersichtlich wie der Versorgungsauftrag des ORF als öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter zu einer anderen Beurteilung hinsichtlich der Stellung der ORS auf dem gegenständlichen Markt führen kann, zumal der ORF dieser Verpflichtung auch durch Anmieten von Sendeanlagen nachkommen könnte, wenn solche vorhanden sind. Wenn die ORS in weiterer Folge aus der dem Versorgungsauftrag des ORF entspringenden Verpflichtung zur flächendeckenden Versorgung des Bundesgebietes einen Vorteil der sog. „Mitbewerber“ zu entdecken vermeint, so ist an dieser Stelle darauf zu verweisen, dass es keinem potentiellen Hörfunkveranstalter möglich ist, sich einfach „*lukrative[n] Versorgungsgebiete herauszupflücken...*“ (Stellungnahme der ORS, S. 17), da deren Verfügbarkeit von einer Reihe frequenztechnischer Gründe (Bsp.: Frequenzknappheit, Störpotential, etc.) abhängig ist, die einer Realisierung eines neuen Versorgungsgebietes bzw. der Erlangung einer Hörfunkzulassung oftmals entgegenstehen.

4.5.7. Zum Indikator „vertikale Integration“

Das Vorliegen vertikaler Integration gemäß § 35 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 und Randziffer 78 der Leitlinien bildet für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung am vorliegenden Markt insofern einen relevanten Parameter, als vertikale Integration in entscheidendem Maße die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Konkurrenten bestimmt.

Für vertikal integrierte Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene besteht ein 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 vertikal integrierte Unternehmen am Vorleistungsmarkt seine Marktmacht nicht uneingeschränkt ausüben kann. Besteht etwa eine Zugangsregulierung und sind die Zugangspreise kostenorientiert, so kann das Unternehmen auf der Vorleistungsebene keine überhöhten Preise verlangen, also seine Marktmacht nicht ausüben. Einem Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene steht allerdings eine Reihe von Instrumenten zur Verfügung, um den Wettbewerb am Endkundenmarkt zu seinen Gunsten zu beeinflussen. So könnte es seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt z.B. das Vorleistungsprodukt 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. Ist ein kostenorientierter Zugangspreis festgelegt, so kann davon ausgegangen werden, dass das Unternehmen seine Gewinne durch solche Verhaltensweisen erhöhen kann. Kann das Unternehmen nämlich die Kosten seiner Konkurrenten erhöhen, so führt dies zu einer Ausweitung seiner Marktanteile sowie zur Erhöhung der Preise am Endkundenmarkt, was wiederum zu höheren Gewinnen des vertikal integrierten Unternehmens führt (vgl. hierzu European Regulators Group (ERG) 2004, Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework, S. 77 – 80).

Es ist – aufgrund des bisher Festgestellten – davon auszugehen, dass rückblickend betrachtet der ORF vor der Ausgliederung des Sendebetriebs an die ORS Anreize dazu hatte, private Hörfunkveranstalter gegenüber dem eigenen Unternehmen bei der Bereitstellung von Sendeanlagen zu benachteiligen, da er mit den privaten Hörfunkveranstaltern, die seine Übertragungsdienste nachfragen, am Endkundenmarkt im Wettbewerb steht und aufgrund der Verpflichtung nach § 7 ORF-G bzw. § 15 PrR-G seine marktbeherrschende Stellung am Vorleistungsmarkt nicht uneingeschränkt ausüben konnte.

Selbst vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich erfolgten Ausgliederung der Sendeinfrastruktur ist davon auszugehen, dass auch die ORS, als im Mehrheitseigentum des ORF stehendes Unternehmen, ebensolche Anreize hat. Solange der ORF 60% bzw. einen signifikanten Anteil an der ORS hält und folglich beherrschenden Einfluss auf diese 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 Hörfunkveranstalter nur zu überhöhten Preisen zu gewähren oder diesen generell zu verweigern bzw. die Nutzung ihrer Infrastruktur zu erschweren, um ihre Marktmacht auszuüben und die Position ihres Mehrheitseigentümers ORF am Endkundenmarkt in der oben geschilderten Weise zu stärken. Die für die ORS gegebene Anreizstruktur könnte erst als verändert betrachtet werden, hielte der ORF nur mehr einen sehr geringen bzw. keinen Anteil an der ORS.

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. Begründend führt sie hierzu aus, dass die Zugangsverpflichtung zu Übertragungskapazitäten und Sendeeinrichtungen der ORS nicht in ihrer beliebigen Disposition stehe, sondern ausdrücklich in § 15 PrR-G geregelt sei. Ebenso bestünde hinsichtlich der Dienstqualität angesichts der unmissverständlichen Bestimmung des § 15 Abs. 2 PrR-G kein Gestaltungsspielraum.

Wie schon an früherer Stelle mit Hinweis auf die Randziffern 70 und 75 der Leitlinien der Europäischen Kommission (vgl. Pkt 4.4. der rechtlichen Würdigung) festgehalten wurde, beruht die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens auf einer vorausschauenden Marktanalyse. 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 82 EGV im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung. Hierbei ist sie 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 Randziffer 70 der Leitlinien).

In diesem Sinne beruht auch die Aussage, dass aufgrund einer vertikalen Integration von Unternehmen aus ökonomischer Sicht eine Anreizstruktur zu antikompetitivem Verhalten gegeben ist, auf Erfahrungswerten aus der (ökonomischen) Wettbewerbsanalyse und einer darauf aufbauenden Prognose, ohne im konkreten Fall ein missbräuchliches Verhalten unterstellen zu müssen. Hinsichtlich der von der ORS mehrfach zitierten Verpflichtung zur Gewährung von Zugang zu ihrer Infrastruktur nach § 15 PrR-G bzw. § 7 ORF-G ist zudem auszuführen, dass diese den ORF in der Vergangenheit natürlich in gewissem Ausmaß in seinem Verhalten am Vorleistungsmarkt eingeschränkt hat, deren unmittelbare Anwendbarkeit im Verhältnis zur ORS – einem zwar gesellschaftsrechtlich verbundenen Unternehmen – ist jedoch rechtlich und im Hinblick auf die hier gegenständliche Wettbewerbsanalyse nicht gegeben (vgl. hierzu oben S. 40f).

Die ORS zeigt sich bei der Diskussion der vertikalen Integration weiters überrascht, dass seitens der Gutachter die vom ORF vorangetriebene Ausgliederung bzw. das „Unbundling“ der gesamten Sendeinfrastruktur und somit das einer vertikalen Integration aktive Entgegenwirken keine entsprechende Berücksichtigung erfahren hat. Schließlich – so die ORS weiter – sei dem ORF zudem im Rahmen seines öffentlich-rechtlichen Auftrags ein gewisses Maß an vertikaler Integration vom Gesetzgeber „verordnet“, da er einerseits über den Versorgungsauftrag (§ 3 Abs. 3 ORF-G) und andererseits über den Programmauftrag (§ 4 ORF-G) verpflichtet sei, bundesweit sowohl im Infrastruktur- als auch im Programmbereich tätig zu sein.

Es kann nach Auffassung der KommAustria auch die Ausgliederung des Sendebetriebs – noch dazu an eine ursprünglich zu 100% bzw. im Zuge des Anteilserwerbs durch die Medicur Sendeanlagen GmbH immerhin zu 60% im Eigentum des ORF stehende Tochtergesellschaft (siehe Nichtuntersagungsbeschluss des Kartellgerichts vom 19.12.2005, Kt 434/05-33 bzw. Firmenbuch) – die Tatsache des Bestehens vertikaler Integration nicht relativieren, solange sich die Mehrheit der Anteile im Eigentum des ORF befindet bzw. dessen Einfluss auf seine Tochtergesellschaft ORS auf andere Weise (etwa personell) gesichert ist. Hiervon ist bis auf weiteres auszugehen, da selbst die mittlerweile durchgeführte Veräußerung von ORS-Anteilen nicht mehr als 40% beträgt. Im gegenwärtigen Zeitpunkt liegen somit keine Anhaltspunkte für eine andere Beurteilung dieses Wettbewerbsparameters vor. Auch der Umstand, dass der ORF gemäß § 3 ORF-G zur Vollversorgung verpflichtet ist, kann an der auf Basis des TKG 2003 erfolgenden Wettbewerbsanalyse nichts ändern. Im Hinblick auf den Versorgungsauftrag des ORF gemäß § 3 ORF-G hat die KommAustria bereits unter Pkt 4.5.6. ausgeführt, dass dieser seiner Verpflichtung zur Vollversorgung bei Vorhandensein entsprechender Infrastruktur auch durch Anmieten von Sendeanlagen nachkommen könnte und der gesetzliche Auftrag nicht zwingend zum Aufbau einer eigenen Infrastruktur verpflichtet. Insoweit konnte dieses Argument die KommAustria nicht überzeugen.

Die Bundeswettbewerbsbehörde vertrat in ihrer Stellungnahme in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass die im Hinblick auf die für ORF und ORS bestehende Anreizstruktur zu antikompetitivem Verhalten auch für die Medicur Sendeanlagen GmbH gegeben sei: *„Medicur verfüg[e] in Österreichs Medienmärkten über eine unübertroffene Dominanz: Es best[ünd]en kartellrechtlich relevante Beteiligungen am einzigen privaten Hörfunkveranstalter mit bundesweiter Zulassung, an einem privaten TV-Veranstalter mit SAT-Zulassung sowie an Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung in den Bereichen Außenwerbung, Magazine und Tagespresse.“*

Hierzu ist festzuhalten, dass Anreize zur vertikalen Marktmachtübertragung sich dann ergeben können, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen seinen Konkurrenten am nachgelagerten Markt ein essentielles, schwer replizierbares Vorleistungsprodukt bereitstellt. Wie sich aus dem Beschluss des Kartellgerichtes zur Nichtuntersagung einer Beteiligung in Höhe von 40% der Medicur Sendeanlagen GmbH an der ORS ergibt, hält die Alleineigentümerin der Medicur Sendeanlagen GmbH, die Medicur Holding GmbH, über fünf Zwischenbeteiligungen durchgerechnet knapp über 22% an der KRONEHIT Radio BetriebsgmbH, ihrerseits Inhaberin der bundesweiten Hörfunkzulassung. Ferner besitzt die Medicur Holding GmbH – ebenfalls über mehrere Zwischenstufen – indirekte Beteiligungen in Höhe von durchgerechnet knapp über 5% und 4% an drei lokalen Hörfunkveranstaltern. Auch wenn der Bundeswettbewerbsbehörde beizupflichten ist, dass es sich hierbei jeweils um Beteiligungen im Mediensektor handelt, so sind hier lediglich indirekte Beteiligungen in geringfügigem Ausmaß vorhanden, die keinesfalls mit einer unmittelbaren Beteiligung in Höhe von 60% des ORF an der ORS vergleichbar sind. Überdies wurde auch festgehalten, dass zwischen dem ORF und der ORS personelle Verschränkungen bestehen, zumal die wesentlichen Mitarbeiter der ORS ehemalige Angestellte des ORF sind. Die von der KommAustria getroffenen Feststellungen zur vertikalen Integration haben daher auch unter dem Blickwinkel der Ausführungen der Bundeswettbewerbsbehörde weiterhin Gültigkeit.

Auch hinsichtlich der seitens der Bundeswettbewerbsbehörde geäußerten differenzierten Einschätzung der Folgen der Ausgliederung der Sendefunkinfrastruktur des ORF in die ORS, wonach *„zwar Anreize zu antikompetitivem Verhalten erhalten blieben [...] dennoch durch die Schaffung eigener gesellschaftsrechtlicher Strukturen Transparenz und Kontrollmöglichkeiten erheblich verbessert würden...“* sei auf die auf Seite 53f gemachten Ausführungen der KommAustria verwiesen.

Gleiches ist auf die hierauf Bezug nehmende Äußerung der ORS vom 12.05.2006 zu erwidern.

4.5.8. 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 8: Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen; 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 eine Marktbeherrschung nahe legen könnte.

Hiergegen wendete die ORS ein, dass als primäre Alternative zum Sendernetz der ORS nicht die Eigenbereitstellung der Übertragungsleistung anzusehen sei, sondern vielmehr das Ausweichen auf Kabelnetze und/oder auf Satellitennetze. Diesem Einwand ist nochmals die in sachlicher Hinsicht getroffene Marktabgrenzung entgegen zu halten, in deren Vorfeld anhand des hypothetischen Monopolistentestes dargelegt werden konnte, dass weder die Plattform „Kabelnetze“ noch jene der „Satellitennetze“ ein Substitut zur terrestrischen Übertragung von Hörfunk darstellen (vgl. Erl. zur RFMVO 2004). Dies lässt sich schon dadurch nachvollziehbar erklären, dass der Anteil von Hörern, die ihre Radioprogramme über Satellit oder Kabel empfangen können, so gering ist, dass nur wenige kommerzielle Sender bei ausschließlicher Ausstrahlung ihrer Radioprogramme über eine dieser beiden Infrastrukturen in Österreich überlebensfähig wären. Demgemäß führt auch die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung zur Überprüfung der Märkte entsprechend dem Rechtsrahmen der EU vom 06.02.2006, KOM(2006) 28 endg., unter Pkt. 5.3 zu Breitband und Rundfunk (vgl. S. 10 der Mitteilung) aus, dass *„das Fehlen der Substituierbarkeit zwischen den verschiedenen Plattformen (Kabel- Satelliten- oder terrestrische Plattform) auf Großkundenniveau die NRB veranlasst [habe], den Markt [Anm.: Nr. 18 gemäß der Märkteempfehlung der EK] nach den jeweils benutzten Plattformen zu unterteilen. ...“*.

4.6. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

Eine Würdigung der im Sachverhalt zu den einzelnen in § 35 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Marktmacht-Indikatoren getroffenen Feststellungen ergibt, dass die ORS über extrem hohe und stabile Marktanteile auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt verfügt. Zudem zeigt sich, dass die ORS in vielen Fällen – insbesondere bei exponierten Standorten und Sendeanlagen mit hoher Leistung – über eine für private Hörfunkveranstalter notwendige Infrastruktur verfügt, die nicht oder nur schwer dupliziert werden kann. Bei kleinen Sendeanlagen hat die Analyse hingegen ergeben, dass diese in vielen Fällen auch selbst errichtet werden können. Die Höhe der Marktzutrittsbarrieren ist somit von einer Reihe von Faktoren, wie der Lage des Standortes, der abgestrahlten Leistung, den in geographischer Nähe bereits existierenden Standorten, Bau-, Raumordnungs- und naturschutzrechtlichen Gesetzesbestimmungen, etc. abhängig. Es ist daher im Rahmen einer Gesamtbetrachtung festzuhalten, dass tendenziell hohe Marktzutrittsbarrieren bei exponierten und leistungsstarken Anlagen bestehen (die zur Versorgung größere Gebiete benötigt werden), wohingegen die Marktzutrittsbarrieren bei kleinen Anlagen geringer sind. Für potentiell neu in den Markt eintretende Anbieter von Übertragungsdiensten wirken weiters nachfrageseitige Wechselkosten aufgrund von vertraglichen Bedingungen als erhebliche Marktzutrittsbarrieren. Hinzu kommt, dass die in den vergangenen Jahren vom ORF verrechneten Entgelte – trotz gesetzlicher Verpflichtung gemäß § 7 ORF-G und § 15 PrR-G – zum Teil signifikant über den von der RTR-GmbH berechneten Kosten der Leistungserstellung lagen, sowie dass zwischen einzelnen Hörfunkveranstaltern

Preisdiskriminierungen vorgenommen wurden. Infolge des Übergangs sämtlicher site sharing-Verträge auf die ORS hat diese Aussage auch Geltung für diese. Schließlich sprechen die ubiquitäre Präsenz der ORS mit eigener Infrastruktur sowie Vorteile bei der Produktdifferenzierung für eine marktbeherrschende Stellung. Infolge der festgestellten vertikalen Integration von ORS und ORF, ist weiterhin davon auszugehen, dass die ORS Anreize zu antikompetitivem Verhalten hat. Diese Marktposition können private Hörfunkveranstalter durch ihren teilweisen Zusammenschluss im VÖP geringfügig relativieren. Abgesehen davon besteht jedoch nachfrageseitige Gegenmacht nur in jenen Fällen, wo Alternativen zur ORS-Infrastruktur existieren, also tendenziell bei kleinen Sendeanlagen, nicht hingegen bei den nicht oder nur schwer duplizierbaren Standorten in exponierter Lage mit großer Leistung, die zur Versorgung größerer geographischer Gebiete oder von Ballungsräumen benötigt werden.

Die ORS stellt in Zusammenhang mit der Ermittlung beträchtlicher Marktmacht (vgl. S. 7 ihrer Stellungnahme) in Abrede, dass im Marktanalyse-Gutachten auch jene Kriterien bedacht worden seien, die gegen das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht sprächen, ohne allerdings konkret anzuführen, welche Kriterien ihrer Auffassung unberücksichtigt geblieben wären. Wie jedoch aus dem festgestellten Sachverhalt und der rechtlichen Würdigung hervorgeht, wurden jene Faktoren, die eine marktbeherrschende Stellung relativieren können durchaus einbezogen. So wurde klar festgehalten, dass bei kleinen Sendeanlagen kaum Markteintrittsbarrieren bestehen und diese in vielen Fällen auch selbst errichtet werden können. Ebenso wurde in die Erwägungen der Umstand einbezogen, dass das Ausmaß nachfrageseitiger Gegenmacht in diesen Fällen höher ist und für jene Gruppe von Hörfunkveranstaltern, die sich im VÖP zusammengeschlossen hat, angestiegen ist. Dennoch sprachen die Kriterien insgesamt für eine marktbeherrschende Stellung der ORS.

Der von der ORS auch vertretenen Ansicht (vgl. S. 9 f ihrer Stellungnahme), dass die Gutachter eine Subsumption der ermittelten Marktmachtindikatoren unter die Legaldefinition des § 35 TKG 2003 unterlassen hätten, ist insofern beizupflichten, als eine Subsumption des ökonomischen Befundes unter rechtliche Bestimmungen von der Regulierungsbehörde (KommAustria), nicht jedoch den wirtschaftlichen Amt sachverständigen, vorzunehmen ist.

Die ORS erklärt weiters, dass sie bzw. zuvor der ORF aufgrund von § 15 Abs. 3 PrR-G („Angemessenheit“) nicht in der Lage (gewesen) sei, die Preise unabhängig festzusetzen und die bisher an den ORF gezahlten Entgelte aufgrund freiwilliger privatrechtlicher Vereinbarungen zwischen diesem und den jeweiligen Hörfunkveranstaltern festgelegt worden seien. Hieraus sei ihrer Auffassung nach zu schließen, dass den Parteien die Entgelte auf einem marktüblichen Niveau erschienen seien, weshalb diese davon abgesehen hätten, die Regulierungsbehörde zur Festsetzung eines angemessenen Preises anzurufen. Dies spreche auch bei hohen Marktanteilen gegen das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht selbst auf dem bundesweiten Markt für terrestrische Ex-Ante-Regulierung bereits durch das allgemeine Kartellrecht, aber auch durch das PrR-G und das ORF-G effektiv daran gehindert werde, sich gegenüber Mitbewerbern, Kunden und Verbrauchern in beträchtlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

Wie die ORS selbst einräumt, wurde von der Möglichkeit, ein Verfahren vor der KommAustria im Hinblick auf die Angemessenheit des Entgelts für die Mitbenutzung von Sendeanlagen anzustrengen, nur in wenigen Fällen Gebrauch gemacht. Daraus kann aber nicht per se gefolgert werden, dass sich die Preise auf marktüblichem bzw. Wettbewerbsniveau bewegen. Es mag vielfältige Ursachen haben, weshalb private Hörfunkveranstalter letztlich von einem Verfahren vor der Regulierungsbehörde Abstand genommen haben. Der wirtschaftliche Befund der Gutachter hat jedenfalls eindeutig ergeben, dass die seitens des ORF bzw. der ORS verrechneten Entgelte zum Teil signifikant über den von der RTR-GmbH ermittelten Kosten der Leistungserstellung lagen bzw. liegen. Ferner kann es im gegebenen Zusammenhang dahin gestellt bleiben, inwieweit § 15 PrR-G

effektiv dazu beigetragen hat, das Preissetzungsverhalten des ORF einzuschränken, da die ORS nicht Adressat der entsprechenden gesetzlichen Bestimmung ist.

4.7. Wettbewerbsprobleme

Das Fehlen des erforderlichen Wettbewerbs am Vorleistungsmarkt „Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zu Endkunden“ führt ohne Regulierung unter Zugrundelegung der untersuchten Indikatoren potentiell zum Auftreten von Wettbewerbsproblemen. Die potentiellen Wettbewerbsprobleme am gegenständlichen Vorleistungsmarkt liegen vor allem in der Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern, der Errichtung von Markteintrittsbarrieren für potentielle Konkurrenten und vertikaler Marktmachtübertragung auf benachbarte Märkte.

4.7.1. Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern

Die Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern manifestiert sich vor allem in überhöhten Preisen. Es ist anzunehmen, dass die ORS ohne Preisregulierung die Entgelte für die Vermietung von Sendeanlagen in einigen Fällen signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. die Kosten der Leistungserstellung anheben könnte, ohne dass die privaten Hörfunkveranstalter auf andere Anbieter ausweichen oder die Leistung selbst erbringen können. Die ORS müsste somit trotz erhöhter Entgelte keine erheblichen Nachfrageverluste hinnehmen, da sie an vielen Standorten über Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt.

4.7.2. Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber Abnehmern

Ein weiteres potentielles Wettbewerbsproblem liegt darin, dass die ORS in Abwesenheit entsprechender sektorspezifischer Verpflichtungen durch Erhöhung der nachfrageseitigen Wechselkosten, insbesondere durch vertragliche Bedingungen, Marktzutrittsbarrieren gegenüber potentiellen Konkurrenten errichten könnte. Die Erhöhung der nachfrageseitigen Wechselkosten kann etwa durch lange Vertragslaufzeiten, Pönalen bei vorzeitiger Vertragsauflösung oder dem Verlust von Rabatten erfolgen. Dies kann die Entstehung von effektivem Wettbewerb be- oder verhindern und den Regulierungszielen gemäß § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 entgegenstehen.

4.7.3. Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte

Eine Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte erscheint im gegebenen Zusammenhang vor allem vom Vorleistungsmarkt auf den Endkundenmarkt (Hörer- bzw. Werbemarkt) möglich. Da bestimmte Sendestandorte der ORS nicht oder nur schwer duplizierbar sind, könnte die ORS durch Verweigerung eines adäquaten Zugangs zu diesen Anlagen die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt erhöhen und so die Position der Muttergesellschaft ORF auf diesem Markt stärken. Neben der totalen Verweigerung des Zugangs sind hier auch andere Strategien, wie etwa Preisdiskriminierung (die zu einem „margin-squeeze“ führen kann), Qualitätsdiskriminierung oder Verzögerungstaktiken bei der Bereitstellung des Übertragungsdienstes denkbar.

4.8. Regulierungsinstrumente

Bisher unterlag keines der am Markt tätigen Unternehmen einer Verpflichtung nach dem TKG 1997 oder dem TKG 2003. Der Österreichische Rundfunk (ORF) unterliegt jedoch am

vorliegenden Markt Verpflichtungen nach dem Privatradiogesetz (§ 15 PrR-G) und dem ORF-Gesetz (§ 7 ORF-G), deren Wortlaut unter Pkt. 4.4. angeführt wurde.

Mit Wirkung vom 01.01.2005 hat der ORF den gesamten Sendebetrieb an seine Tochtergesellschaft, die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG (ORS) ausgegliedert, die jedoch nicht Adressat der genannten Gesetzesbestimmungen ist. Zwischenzeitlich wurden auch sämtliche site sharing-Vereinbarungen zwischen dem ORF und privaten Hörfunkveranstaltern auf die ORS übertragen. Im Zuge einer beim Kartellgericht zur Anmeldung gebrachten und von diesem mit Beschluss vom 19.12.2005, Kt 434/05-33, nicht untersagten Veräußerung von Anteilen der ORS stehen nach erfolgter Eintragung im Firmenbuch nunmehr noch 60% der Anteile der ORS im Eigentum des ORF und 40% der Anteile im Eigentum der Medicur Sendeanlagen GmbH.

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 sind grundsätzlich folgende Verpflichtungen möglich:

- § 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
- § 43 TKG 2003: Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer
- § 44 TKG 2003: Bereitstellung von Mietleitungen
- § 45 TKG 2003: Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten
- § 46 TKG 2003: Betreiberwahl und Betreibervorauswahl
- Laut § 47 Abs. 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht andere als die in den §§ 38 bis 42 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen. Diesfalls hat die Regulierungsbehörde bei der Europäischen Kommission einen entsprechenden Antrag zu stellen. Die Entscheidung der Europäischen Kommission ist dann der Entscheidung der Regulierungsbehörde zugrunde zu legen.

Da es sich beim Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden um einen Vorleistungsmarkt handelt, sind die Bestimmungen in den §§ 43-45 TKG 2003 nicht relevant, weil es sich hierbei um Maßnahmen für Endkundenmärkte handelt. § 46 TKG 2003 bezieht sich auf die „Bereitstellung des Anschlusses an das feste öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten“ und ist deshalb am vorliegenden Markt ebenfalls nicht anwendbar.

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 neuen 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 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 Leitlinien der Europäischen Kommission (Randziffern 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 Randziffer 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 Randziffer 17 der 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 (siehe ERG 2004, Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework, 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 „Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zu Endkunden“ auferlegten spezifischen Verpflichtungen

Ausgehend von den identifizierten Wettbewerbsproblemen sowie unter Bezugnahme auf die Regulierungsziele des TKG 2003 und des europäischen Rechtsrahmens sowie die von der ERG erarbeiteten Prinzipien 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.

Nach Ansicht der ORS seien von den Gutachtern sämtliche selbst theoretisch anwendbare Regulierungsinstrumente vorgeschlagen worden. Ihrer Stellungnahme zufolge könne die Nichtanordnung gar nicht einschlägiger Regulierungsinstrumente (mit Endkunden- oder spezifischem Telekommunikationsbezug) nicht als Abwägung iSd der Auffindung des gelindesten Mittels gewertet werden.

Dieser Auffassung widerspricht – wie im Folgenden dargestellt wird –, dass etwa die Transparenzverpflichtung gemäß § 39 TKG 2003 nicht auferlegt wird. Ferner bedingt das System der Abwägung einen zweistufigen Analyseprozess, dem zufolge in einem ersten Schritt Regulierungsinstrumente ermittelt werden, die geeignet sind, den identifizierten Wettbewerbsproblemen entgegen zu wirken und darauf aufbauend in einem zweiten Schritt diese Instrumente hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit gegeneinander abzuwägen. Eine Abwägung zwischen verschiedenen Regulierungsinstrumenten anhand des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit kann jedoch nur dann erfolgen, wenn tatsächlich mehrere Instrumente zur Behebung des Wettbewerbsproblems geeignet sind.

4.8.2.1. Verpflichtung zur Gewährung von Zugang zu Standorten bzw. Sendeanlagen der ORS gemäß § 41 TKG 2003

Das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung (siehe Pkt. 4.7.3.) vom Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen auf nachgelagerte Märkte (Werbe- bzw. Endkundenmarkt) kann durch Sicherstellung des Zugangs zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt am vorliegenden Markt behoben werden. Zugang zu den Standorten bzw. Sendeanlagen der ORS kann die Marktzutrittsbarrieren 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 Pkt. 2.3.3. sowie Prinzip 2 der ERG Common position on remedies), erscheint eine Zugangsverpflichtung notwendig sowie das einzig effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu fördern.

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.

Die Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 erscheint jedenfalls geeignet, den Zugang zu einem entsprechenden Vorleistungsprodukt am Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zu Endkunden sicherzustellen.

Die ORS hat bei zumutbarer Nachfrage Zugang zu ihren Standorten bzw. Sendeanlagen zu gewähren bzw. den Dienst „terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden“ anzubieten. Angemessene Anträge auf Zugang zu Netzbestandteilen und zur zugehörigen Infrastruktur bzw. auf Nutzung derselben sollen überdies nur aufgrund objektiver Kriterien wie z.B. technischer Machbarkeit oder notwendiger Aufrechterhaltung der Netzintegrität abgelehnt werden können. 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, die Senderreserve und RDS. Dies bedeutet konkret, dass private Hörfunkveranstalter nicht verpflichtet werden dürfen, etwa die Signalzubringung, eine Senderreserve oder RDS von der ORS zu beziehen, wenn diese Leistungen nicht explizit nachgefragt werden. Weiters darf der Nachfrager (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.

Entgegen den Ausführungen der Amt sachverständigen soll es nicht der ORS vorbehalten sein, darüber zu entscheiden, ob sie eine bestimmte Sendeanlage selbst beschafft und für den privaten Hörfunkveranstalter betreibt oder ob sie lediglich Zugang zu ihren Standorten gewährt und der private Hörfunkveranstalter dort seine eigene Sendeanlage selbst betreiben kann. Die Verpflichtung zur Gewährung von Zugang zur Netzinfrastruktur ist gemäß § 41 Abs. 3 Z 1 und Z 2 TKG 2003 jeweils durch die technische Machbarkeit (z.B. Statik des Antennentragemastes, Windlast des Tragwerks u.v.m.) oder Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Netzwerkintegrität bedingt.

Die ORS stellt in ihrer Stellungnahme in Frage, dass ihre Sendeanlagen in vielen Fällen nicht bzw. nur schwer ersetzbar seien und beruft sich hierbei neuerlich auf die nach ihrer Auffassung unzulässig weite Marktdefinition, die eine gebotene Differenzierung nach den selbst von den Gutachtern erkannten Unterschieden zwischen einzelnen Sendestandorten abschneide. Sie führt in diesem Zusammenhang aus, dass es Bereiche gebe, in denen sie mit anderen Anbietern mit nicht-bundesweiter Zulassung ohne besondere Zugangshindernisse in direktem Wettbewerb stehe. Schließlich dürfe nach Auffassung der ORS nicht außer Acht gelassen werden, dass auch zahlreiche Großanlagen ohne jede von der ORS kontrollierbare Zugangshürde für Dritte offen stünden und dass Großsendestandorte oft auf Liegenschaften und Gebäuden der Telekom Austria AG eingerichtet seien, zu denen schon nach den Bestimmungen des § 8 TKG Abs. 1 TKG 2003 auch Dritte weitreichenden Zugang hätten.

Wie die ORS in diesem Zusammenhang selbst einräumt, erweisen sich die Zugangshindernisse insbesondere bei größeren Sendeanlagen als erheblich und teilweise sogar als prohibitiv (vgl. S. 24 ihrer Stellungnahme). Entgegen der von der ORS vertretenen Auffassung kann jedoch selbst eine andere räumliche Marktdefinition zu keinem konträren

Ergebnis im Hinblick auf die Qualifikation eines bestimmten Sendestandortes als nicht duplizierbare bzw. nicht ersetzbare Infrastruktur führen.

Dem Einwand der ORS, dass bereits § 8 Abs. 1 TKG 2003 ein ausreichendes Äquivalent zur Zugangsverpflichtung gemäß § 41 TKG 2003 darstelle und diese Bestimmung Dritten weitreichenden Zugang zu Großsendestandorten ermögliche, kann ebenso wenig gefolgt werden. Die Bestimmung des § 8 Abs. 1 TKG 2003 normiert zwar ein Recht auf Mitbenutzung von Kommunikationslinien im Sinne der Begriffsbestimmung nach § 3 Z 10 TKG 2003, wozu auch Antennentragemasten zählen, zielt jedoch auf sich von den hier in Rede stehenden Zugangsfragen unterscheidende Sachverhalte ab. So wird das in § 8 Abs. 1 TKG 2003 geregelte Mitbenutzungsrecht erst dann schlagend, wenn die betreffende Kommunikationslinie tatsächlich unter Inanspruchnahme eines (Zwangs-)Wegerechts nach anderen Bundesgesetzen oder eines (Zwangs-)Leitungsrechts nach § 5, § 7 oder § 13 TKG 2003 errichtet worden ist. Wie sich zudem aus der dazugehörigen Verfahrensregelung in § 9 Abs. 1 TKG 2003 ergibt, handelt es sich bei den zur Inanspruchnahme des Mitbenutzungsrechts nach § 8 TKG 2003 Berechtigten um sog. „Bereitsteller von öffentlichen Kommunikationsnetzen“. Auch der Kreis der nach § 8 Abs. 2 TKG 2003 Berechtigten wird aus Bereitstellern eines (öffentlichen) Kommunikationsnetzes iSd § 3 Z 11 TKG gebildet. Hörfunkveranstalter hingegen fragen die Übertragungsleistung bei Betreibern eines Kommunikationsnetzes nach, da sie im Regelfall nicht selbst als Betreiber bzw. Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes auf dem Vorleistungsmarkt tätig werden (vgl. hierzu auch: Feiel/Lehofer, Praxiskommentar zum TKG 2003, zu §§ 8 und 9 TKG 2003, S.37ff).

Wie zudem den Feststellungen in Pkt. 2.3.2. im Sachverhalt zu entnehmen ist, wurden bei der Beurteilung der Substituierbarkeit der Sendestandorte der ORS durch alternative Standorte auch Masten von Telekommunikationsbetreibern berücksichtigt. Als alternative Standorte konnten jedoch nur solche Standorte herangezogen werden, die über die erforderliche Infrastruktur (Mast, Stromzufuhr, Möglichkeit der Signalzubringung) verfügen. Auch gemäß § 8 Abs. 2 TKG 2003 ist unter einem Antennentragemast ein Mast zu verstehen, an dem eine Antenne bereits angebracht ist, da anderenfalls der Kreis der Verpflichteten zu extensiv festgelegt würde und dies einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht standhalten könnte. Die Duldungsverpflichtung nach § 8 TKG 2003 reduziert sich zudem auf den Zugang zu Kommunikationslinien, inkludiert jedoch nicht die Besorgung der Übertragungsleistung zum Endkunden, welche den gegenständlichen Markt kennzeichnet (vgl. hierzu auch: Feiel/Lehofer, Praxiskommentar zum TKG 2003, zu §§ 8 und 9 TKG 2003, S.40f).

In ihrer im Rahmen der nationalen Konsultation des Maßnahmenentwurfs am 12.05.2006 eingebrachten Stellungnahme erklärte die ORS, zwar dem Ansinnen eines ungebündelten Zugangs zur regulierten Infrastruktur aufgeschlossen gegenüber zu stehen, andererseits dürfe es den Nutzern aus Gründen der Praktikabilität und operativen Sicherheit beispielsweise nicht möglich sein, eigene Sender in Anlagen der ORS zu platzieren und unter Einsatz von Antenneneichen nur die Antennen der ORS mitzubedenutzen. Denn der Ansatz zur Gewährung ungebündelten Zugangs finde darin seine Grenzen, dass es Nutzern der Infrastruktur der ORS nicht ermöglicht werden dürfe, die Leistung der ORS beliebig zu „filetieren“.

Es würde jedoch nach Meinung der KommAustria dem Ziel des § 41 TKG 2003 widersprechen, könnte der Bereitsteller von Kommunikationsinfrastruktur unter Berufung auf die operative Sicherheit pauschal jeglichen Antrag auf Bereitstellung von Teilleistungen ablehnen. Wie schon auf Seite 62 ausgeführt wurde, sollen Anträge auf Zugang zu Netzbestandteilen und zur zugehörigen Infrastruktur bzw. auf Nutzung derselben nur aufgrund objektiver Kriterien wie z.B. technischer Machbarkeit oder notwendiger Aufrechterhaltung der Netzintegrität abgelehnt werden können.

4.8.2.2. Verpflichtung zur Kostenorientierung und Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003

Probleme einer Anhebung der Preise über Kosten und einer Preisdiskriminierung (externe Bereitstellung zu höheren Preisen als interne Bereitstellung) können bei einem schwer replizierbaren Vorleistungsprodukt nur durch eine 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.

Wird ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet, seine Entgelte an den Kosten zu orientieren, obliegt es diesem Unternehmen gemäß § 42 Abs. 2 TKG 2003, nachzuweisen, dass seine Entgelte sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen. Zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung kann die Regulierungsbehörde eine von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen. Die Regulierungsbehörde kann gemäß § 42 Abs. 2 TKG 2003 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 (vgl. Art 13 und Erwägungsgrund 20 der Zugangsrichtlinie).

Neben der Feststellung beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 TKG 2003 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. Randziffer 70 der Leitlinien).

Im Sachverhalt unter Pkt. 2.3.5. bzw. auch Pkt 2.4.1. 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 einer Preis-Kosten-Schere auszusetzen. Die Voraussetzungen für die Auferlegung einer Vorabverpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 sind somit gegeben.

Wie bereits zu Pkt. 2.6.2.2. der Sachverhaltsfeststellungen ausgeführt wurde, bestehen auf den Vorleistungsmärkten insbesondere folgende Möglichkeiten zur Preiskontrolle (vgl. dazu ERG 2004, Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework, S. 83 ff):

- Kostenorientierung, z.B. LRIC (long run incremental costs) oder Vollkosten

- Efficient component pricing rule (ECPR), z.B. in Form von „Retail-minus“
- Benchmarking (Vergleichspreise)

ECPR-Preise stellen vor allem für solche Märkte eine geeignete und verhältnismäßige Regulierungsmaßnahme dar, wo überhöhte Preise in absehbarer Zeit durch sich entwickelnden selbst tragenden Wettbewerb beseitigt werden können. Hiermit ist jedoch am Vorleistungsmarkt „Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zu Endkunden“ aufgrund der dargestellten Wettbewerbsprobleme, insbesondere aufgrund der anhaltenden dominierenden Stellung der ORS in näherer Zukunft nicht zu rechnen.

Eine Preisermittlung durch sog. „Benchmarking“ ist aufgrund der festgestellten relativ hohen Fehlerwahrscheinlichkeit durch die länderspezifischen Unterschiede bei den bereitgestellten Leistungen hinsichtlich Kosten, Technologie und Preisniveau etc. am vorliegenden Markt ebenso wenig als geeignet anzusehen.

Nach Ansicht der KommAustria ist bei einem schwer replizierbaren Vorleistungsprodukt wie der „terrestrischen UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zu Endkunden“ eine Orientierung des Zugangspreises auf der Vorleistungsebene an den Kosten iSd § 42 Abs. 1 TKG 2003 als geeignetstes Instrument anzusehen, um wettbewerbswidrige Verhaltensweisen wie überhöhte Preise und Preisdiskriminierungen hintan zu halten. Mit einem kostenorientierten Zugangspreis wird sowohl verhindert, dass auf der Vorleistungsebene ein überhöhtes Entgelt verlangt wird, als auch, dass Wettbewerber auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe durch Preisdiskriminierung auf der Vorleistungsebene einem margin-squeeze (Preis-Kosten-Schere) ausgesetzt werden. Dies ist eine notwendige Voraussetzung, um am Endkundenmarkt das Vorliegen gleicher Wettbewerbsbedingungen für das dominante Unternehmen und die alternativen Unternehmen sicherzustellen. Dies sollte im Sinne der in § 1 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Regulierungsziele zu intensiverem Wettbewerb auf Endkundenebene führen, wodurch geringere Entgelte, eine effiziente und an den Bedürfnissen der Konsumenten orientierte Produktion, mehr Innovationen und eine größere Auswahl für den Konsumenten zu erwarten sind. Nicht zuletzt deswegen, weil vom ORF schon seit mehreren Jahren die Kosten von Sendeanlagen ermittelt werden, ist davon auszugehen, dass sich der Implementierungsaufwand in Zusammenhang mit Kostenmodellen für die ORS in einem vertretbaren Ausmaß hält.

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 potentiell 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 betroffenen 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 das betroffene Unternehmen übermäßig hoch wäre. Eine Entgeltkontrolle nach § 42 TKG 2003 ist im Vergleich dazu das gelindere Mittel.

Der Zugangspreis bestimmt in wesentlichem Maße die Investitionsanreize sowohl des Unternehmens, das den Zugang zu gewähren hat (die ORS), als auch jener Unternehmen, die den Zugang potentiell in Anspruch nehmen (private Hörfunkveranstalter). Falls Markteintritt auf der Vorleistungsebene möglich ist, sollte der Zugangspreis somit so gesetzt werden, dass potentiell in den Markt eintretende Unternehmen nur dann Anreiz zum

Markteintritt (d.h. zur Replizierung der Infrastruktur) haben, wenn sie die Leistung unter Berücksichtigung der vorhandenen Nachfrage zumindest genauso effizient produzieren können, wie das marktmächtige Unternehmen. Kann kein Markteintritt auf der Vorleistungsebene erwartet werden (nichtreplizierbare Infrastruktur), so ist sicherzustellen, dass die ORS Anreize zu effizienter Produktion sowie Anreize zur Erhaltung und Verbesserung der Senderinfrastruktur hat. Hier ist allerdings festzuhalten, dass das Investitionsverhalten der ORS in Sendeanlagen sehr stark durch den Versorgungsauftrag des ORF nach § 3 ORF-G bestimmt sein wird und dadurch der Einfluss des Zugangspreises auf das Investitionsverhalten der ORS relativiert wird. Dennoch darf der Zugangspreis Anreizen zu effizienter Produktion und zur Erhaltung und Verbesserung der Infrastruktur nicht entgegenstehen.

Wie festgestellt wurde, existiert am vorliegenden Markt in vielen Fällen schwer bzw. nicht replizierbare Infrastruktur. Es bestehen allerdings auch solche Standorte bzw. Sendeanlagen, bei denen die Errichtung alternativer Infrastruktur(en) möglich bzw. schon erfolgt ist. Am vorliegenden Markt existieren also sowohl replizierbare als auch nicht replizierbare Standorte bzw. Sendeanlagen. Es ist daher bei der Festlegung des Zugangspreises sowohl sicherzustellen, dass die ORS Anreize zu effizienter Produktion sowie zur Erhaltung und Verbesserung des Netzwerkes hat, als auch, dass sich alternative Betreiber den richtigen Anreizen für Investitionen in eigene Infrastruktur gegenübersehen.

Beide Ziele können dadurch erreicht werden, dass der Zugangspreis in Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (basierend auf der Kostenrechnung der ORS) festgelegt wird. Da die Replizierbarkeit sich von Standort zu Standort unterscheidet und von einer Reihe von veränderlichen und nicht beeinflussbaren Faktoren abhängt, erscheint eine differenzierte Behandlung von unterschiedlichen Standorten unangebracht, da große Unsicherheit darüber bestünde, für welche Standorte eine solche Unterscheidung zu einem bestimmten Zeitpunkt gerechtfertigt wäre. Vielmehr wird durch die Festsetzung des Preises in Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung Infrastruktur genau dann repliziert, wenn ein anderes Unternehmen sie zumindest so effizient bereitstellen kann wie die ORS, was auch im Interesse der Endkunden und gesamtwirtschaftlich wünschenswert ist. Auf diese Weise wird nachhaltiger (infrastrukturbasierter) Wettbewerb dort gefördert, wo eine effiziente Replizierung von Infrastruktur möglich ist.

Bezüglich der Preisstruktur erfordert dies, dass die ORS, - wie dies auch in der Vergangenheit vom ORF gehandhabt wurde - die Preise für ihre Sendeanlagen entsprechend der Leistung der Anlagen staffelt („Leistungsklassen“). Weiters ist, wie ebenfalls in der Vergangenheit gehandhabt, eine Differenzierung der Entgelte zwischen Sender und Umsetzer (Ballempfangsender) sowie falls eine Senderreserve bzw. RDS nachgefragt wird erforderlich.

Hinsichtlich der Genehmigung von Tarifen stellt sich die Frage, ob das kostenorientierte Entgelt für den Zugang einer Ex-Ante-Genehmigung unterworfen oder anlassfallbezogen durch die KommAustria festgelegt werden soll.

Eine Vorabgenehmigung kostenorientierter Entgelte durch die Regulierungsbehörde würde ein hohes Maß an Transparenz am relevanten Vorleistungsmarkt schaffen, da den Marktteilnehmern unmittelbar Informationen über die anwendbaren Preise zur Verfügung stünden. Schließlich hätte eine solche Vorgehensweise den Vorteil, dass alle Entgelte auf einmal festgesetzt werden, wodurch eine Konsistenz der Entgelte sichergestellt wäre. Andererseits ist zu erwägen, dass eine Ex-Ante-Genehmigung eine sehr eingriffsintensive Maßnahme darstellt und daher vor dem Hintergrund des zu beachtenden Vorrangs privatautonomer Einigung als unverhältnismäßig zu bewerten ist.

Es war daher zu erwägen, ob eine Überprüfung der Kostenorientierung von Zugangsentgelten und gegebenenfalls eine behördliche Anordnung kostenorientierter

Entgelte im Anlassfall eine geeignete Alternative darstellt. Dies erfordert eine Auflage, einen bestimmten Preismaßstab (Kostenorientierung) einzuhalten. Kommt eine privatrechtliche Einigung nicht zustande oder besteht seitens der Regulierungsbehörde der begründete Verdacht, dass die Entgelte von dem vorgegebenen Maßstab abweichen, erfolgt eine behördliche Preisregulierung. Um die Eingriffsintensität und -häufigkeit möglichst gering zu halten, hält die KommAustria die Verpflichtung zur Kostenorientierung und Preisregulierung im Anlassfall für die zweckmäßigste Option. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist vor allem die Kontrollfunktion der Abnehmer der Leistung. Vergleichbare Erfahrungen aus dem Bereich der Zusammenschaltung in der Telekommunikation zeigen, dass eine Ex-Ante-Genehmigung von Zusammenschaltungsentgelten nicht erforderlich war. Kostenorientierte Entgelte sind als Teil des Standardangebots in dieses aufzunehmen.

Schließlich wurde im Sachverhalt unter Pkt. 2.3.5. festgestellt, dass es durch ein Auseinanderdriften der historischen Kosten und der Wiederbeschaffungswerte über längere Zeiträume sowohl zu überhöhten Entgelten als auch zu falschen Anreizen für private Hörfunkveranstalter betreffend die make-or-buy Entscheidung bei Sendeanlagen (soll die Sendeanlage selbst errichtet oder von der ORS gemietet werden?) kommen kann, wenn die ORS ihre Preislisten nicht regelmäßig einer Anpassung unterwirft. Aus diesem Grund ist eine Anpassung der Preisliste für neu zu vermietende Sendeanlagen zumindest alle zwei Jahre notwendig, um dem in der Marktanalyse aufgezeigten Effekt entgegenzuwirken.

Die Kalkulation der ORS basiert auf einer „fiktiven“ Sendeanlage einer bestimmten Leistungsklasse (d.h., dass nicht jeder Standort individuell kalkuliert, sondern ein Durchschnittswert je Leistungsklasse gebildet wird). Im Fall der Errichtung einer neuen Sendeanlage ist es folglich notwendig, die Kosten über alle Sendeanlagen dieser Leistungsklasse inklusive der neuen Anlage zu mitteln. Um Kostenüber- oder -unterdeckungen zu vermeiden, müssen die Preise für eine „fiktive“ Sendeanlage den durchschnittlichen Kosten für eine Sendeanlage dieser Leistungsklasse entsprechen und für alle Hörfunkveranstalter gleich sein. Dies macht es notwendig, dass bei jeder Veröffentlichung einer neuen Preisliste alle Entgelte, also sowohl aus bestehenden Verträgen als auch für neu abgeschlossene Verträge, an die neue Preisliste angepasst werden müssen, was am zweckmäßigsten mittels einer „Öffnungsklausel“ im Standardangebot implementiert werden kann.

Die ORS wirft in diesem Zusammenhang eine fehlende Abwägung vor und hält die Anordnung einer Entgeltkontrolle angesichts einer zustande gekommenen privatrechtlichen Einigung zwischen ORF und der Privatfernsehen GmbH, einem privaten Fernsehveranstalter, für verzichtbar und unangemessen (vgl. S. 24 der Stellungnahme der ORS). Offenbar bezieht sich die ORS hier auf eine Einigung im Fernsbereich, einem anderen als dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt.

Vor dem Hintergrund der im Sachverhalt getroffenen Feststellungen, wonach der ORF in der Vergangenheit einerseits Entgelte verrechnet hat, die zum Teil signifikant über den Kosten der Leistungserstellung lagen und andererseits auch Preisdiskriminierungen vorgenommen hat, ist der in diesem Zusammenhang vorgebrachten Kritik der ORS, welche in die bestehenden site sharing-Verträge an die Stelle des ORF getreten ist, entgegen zu halten, dass offenbar auch bei privatautonomer Einigung keine kostenorientierten Entgelte verrechnet wurden. Das Zustandekommen privatrechtlicher Einigungen mag also vielfältige Ursachen haben, lässt jedoch nicht per se darauf schließen, dass sich die Entgelte auf Wettbewerbsniveau bewegt haben. Zudem ist das Vorhandensein von Marktbedingungen, die Anreize zu antikompetitivem Verhalten geben, schon ausreichend für die Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen.

Soweit die ORS bemängelt, dass keine Abwägung vorgenommen wurde, ist darauf hinzuweisen, dass zwei Optionen der Entgeltkontrolle zur Verfügung standen, wobei eine

Abwägung zu Gunsten der weniger eingriffsintensiven Kostenorientierung und Preisregulierung im Anlassfall durchgeführt wurde.

Die Bundeswettbewerbsbehörde erachtete im Zuge der nationalen Konsultation des Maßnahmenentwurfs die vorgeschlagene Verpflichtung zur Orientierung des Entgelts an den Kosten der effizienten Leistungserstellung aus den im Folgenden wieder gegebenen Erwägungen als problematisch: „[...]Es sei zu befürchten, dass die durch den Bescheidentwurf auferlegte Verpflichtung negativen Einfluss auf die Marktdynamik [habe]. Bei der Festlegung des kostenorientierten Entgelts durch die KommAustria [werde] deshalb darauf Bedacht zu nehmen sein, dass damit die Marktbedingungen für die Vermietung von Sendeanlagen nicht derart gestaltet werden, dass anderen Rundfunkveranstaltern sowie Anbietern im Bereich Co-Location ein Tätigbleiben/-werden bzw. auch Investitionen wirtschaftlich nicht sinnvoll erschienen. Dabei wäre insbesondere zu berücksichtigen, dass die ORS über ein mit öffentlichen Mitteln errichtetes und vollständig ausfinanziertes österreichweites Netz von Sendeanlagen verfü[ge] und lediglich laufende Verbesserungs- und Erhaltungsinvestitionen durchfüh[re]n [müsse]. Andere Anbieter müssten wohl mit vergleichsweise größeren Anfangsinvestitionen rechnen. [Werde] bei der Kostenregulierung nicht auf die spezielle Kostensituation aktueller und potenzieller Wettbewerber Bedacht genommen, so besteh[e] die Gefahr wettbewerbsbeschränkender Wirkungen der avisierten Regulierungsmaßnahmen. [...]“

Die Befürchtung der Bundeswettbewerbsbehörde, die Verpflichtung zur Orientierung der Entgelte an den Kosten der Leistungserstellung könnte Investitionen alternativer Anbieter in Übertragungsinfrastruktur negativ beeinflussen, kann insofern entkräftet werden, als durch eine Festlegung der Zugangspreise in der Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (inklusive Investitionskosten und einer angemessenen Rendite auf das eingesetzte Kapital) gerade sichergestellt wird, dass Sendeanlagen nur dann repliziert werden, wenn dies auch gesamtwirtschaftlich wünschenswert ist (laut § 1 Abs. 2 Z. 2 TKG 2003 ist die Regulierungsbehörde verpflichtet, *effiziente* Infrastrukturinvestitionen zu fördern). Durch die Festlegung von Zugangspreisen werden die Investitionsanreize sowohl für die ORS als auch für private Hörfunkveranstalter entscheidend beeinflusst. Dies wurde von der KommAustria bei der Auferlegung der Regulierungsinstrumente berücksichtigt (Seite 62f). Die Bundeswettbewerbsbehörde vermeint offenbar, dass ein an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientiertes Entgelt die in der Vergangenheit getätigten Investitionen in die Errichtung von Infrastruktur nicht entsprechend berücksichtige. In die Berechnung des Zugangspreises finden jedoch die in der Vergangenheit getätigten (effizienten) Investitionen (und das damit verbundene Investitionsrisiko) der ORS Eingang finden. Sind Sendeanlagen aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten wirtschaftlich nicht replizierbar (d.h., falls sie ein natürliches Monopol darstellen), so soll im Sinne der gesamtwirtschaftlichen Effizienz auch eine Duplizierung unterbleiben und stattdessen Zugang zu (nicht replizierbaren) Vorleistungsprodukten sichergestellt werden.

Im Übrigen wurde festgestellt, dass die Entgelte zum Teil weit über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung lagen und liegen, sowie dass zwischen einzelnen Nachfragen (privaten Hörfunkveranstaltern) Preisdiskriminierungen stattgefunden haben und nach wie vor existieren. Wie auf den Seiten 64f ausgeführt, dient das Regulierungsinstrument der Entgeltregulierung zur Behandlung der festgestellten Wettbewerbsprobleme der überhöhten Preise, welche sowohl zu allokativen Ineffizienzen als auch zu einem margin squeeze für private Hörfunkveranstalter führen können. Die Verhinderung von dauerhaft überhöhten Preisen für Zugang ergibt sich aus den Zielen des TKG 2003:

§ 1 Abs. 2 Z. 2:

- a) Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer;
- b) Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen;

c) Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen;

Gemäß lit a) sind dauerhaft überhöhte Preise mit dem TKG 2003 nicht vereinbar, gemäß lit b) muss sichergestellt werden, dass private Hörfunkveranstalter durch die Preissetzung für die Übertragungsleistung nicht einem margin squeeze ausgesetzt werden und gemäß lit c) ist sicherzustellen, dass private Hörfunkveranstalter Anreiz haben, Anlagen dann selbst zu errichten, wenn dies wirtschaftlich möglich ist. Dies ist jedoch dann nicht sinnvoll, wenn es sich um ein natürliches Monopol handelt und die Duplizierung einer Anlage gesamtwirtschaftlich ineffizient wäre.

Auf die im Rahmen der nationalen Konsultation des Maßnahmenentwurfs von der ORS vorgebrachten Kritik (Stellungnahme vom 12.05.2006) an der im Hinblick auf die in Spruchpunkt 2.2.3. auferlegten Verpflichtung zur Anpassung bestehender als auch neu abzuschließender Verträge an jeweils aktuelle Preislisten, wodurch etwa die Berücksichtigung individueller Gegebenheiten wechselseitiger Leistungsbeziehungen zu Gunsten einer erhöhten Transparenz und externen Kontrollmöglichkeit unmöglich würde, ist zu erwidern, dass gerade eine erhöhte Transparenz zur Förderung kostenorientierter Entgelte und damit zur Förderung *effizienter* Infrastrukturinvestitionen gemäß § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 beabsichtigt ist. Die darüber hinaus geäußerte „Untunlichkeit“ einer Anpassung erst nach Rechtskraft dieser Entscheidung abzuschließender Verträge wurde seitens der ORS nicht näher begründet und kann angesichts der festgestellten Differenzen zwischen den Kosten und zum Teil erheblich darüber liegenden Entgelten zu keiner anderen Beurteilung durch die KommAustria führen. Den seitens der ORS vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken an der Verpflichtung zur Anpassung bestehender und erst abzuschließender Verträge an kostenorientierte Entgelte ist überdies entgegen zu halten, dass diese Maßnahme schon aus Gründen der Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 2 Abs. 4 ORF-Gesetz geboten erscheint. Im Hinblick auf das weitere Vorbringen der ORS in ihrer Stellungnahme vom 12.05.2006 (S. 7ff) wird auf die bereits oben (Pkt. 4.8.2.2.) dargelegten Ausführungen der KommAustria verwiesen.

4.8.2.3. Zur auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003

Durch Sicherstellung des Zugangs zu schwer replizierbarer Infrastruktur sowie durch die Festsetzung eines kostenorientierten Zugangspreises 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 ein kostenorientierter Zugangspreis festgelegt und die Preissetzung als strategischer Parameter damit dem Unternehmen entzogen, so hat das marktmächtige Unternehmen einen Anreiz, seine Gewinne durch solche Verhaltensweisen zu erhöhen. Kann das Unternehmen nämlich die Kosten seiner Konkurrenten am nachgelagerten Markt erhöhen, so führt dies zu einer Ausweitung seiner Marktanteile sowie zur Erhöhung der Preise am Endkundenmarkt, was wiederum zu höheren Gewinnen des vertikal integrierten Unternehmens mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene führt.

Die ORS kann als vertikal integriertes Unternehmen betrachtet werden, 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

Muttergesellschaft ORF 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.

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

§ 38 Abs. 3 TKG 2003 räumt der Regulierungsbehörde die Möglichkeit ein, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots zu 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 inklusive der Rabatte darzulegen. Die Regulierungsbehörde kann gemäß § 38 Abs. 4 TKG 2003 Änderungen des Standardangebots zur Sicherstellung der gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen (vgl. Art 9 und 10 Zugangsrichtlinie).

Zur Gewährleistung einer effektiven Umsetzung sowohl der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung dient die Veröffentlichung eines Standardangebotes nach § 38 Abs. 3 TKG 2003. Hierbei ist eine Spezifizierung der Produkte, Entgelte und Vertragsbedingungen unerlässlich, da auf diese Weise die Transparenz sowohl gegenüber den Abnehmern als auch gegenüber der Regulierungsbehörde wesentlich erhöht wird. Zudem werden hierdurch die Transaktionskosten erheblich reduziert und eine effiziente Überprüfung der auferlegten Verpflichtungen unterstützt. Die Entscheidung privater Hörfunkveranstalter, ob sie die Übertragungsleistung bei der ORS zukaufen oder aber selbst eine Sendeanlage errichten sollen, kann bei Bekanntsein der Bedingungen, zu denen die ORS ihre Sendeanlagen bereitstellt, aufgrund objektiv nachprüfbarer Fakten leichter getroffen werden. Ein Standardangebot senkt für alle Beteiligten die Transaktionskosten, da alle wesentlichen Bedingungen der Bereitstellung von vornherein festgelegt sind, sodass Stabilität und Kontinuität am Markt gefördert werden und so erhöhte Anreize zum Eintritt in nachgelagerte Märkte gegeben sind. Darüber hinaus verkürzt ein Standardangebot die Zeit der Verhandlungen, da (gegebenenfalls) nur mehr über Abweichungen verhandelt werden muss, reduziert das Potential für Streitigkeiten und gibt den Nachfragern die Sicherheit, Leistungen zu nicht diskriminierenden Bedingungen erwerben zu können.

Das Standardangebot sollte den Regelfall für den Zugang zu Standorten bzw. Sendeanlagen abdecken. Vom Standardangebot abweichende Leistungen sollten gegebenenfalls im Einzelfall vor der Regulierungsbehörde nach Maßstab der Zumutbarkeit geprüft werden. Somit sollten zumindest alle Typen von Sendeanlagen (Sender bzw. Umsetzer [Ballempfangsender] verschiedener Leistungsklassen mit oder ohne Reserve bzw. mit oder ohne RDS) erfasst sein, die der ORF laut seiner letztgültigen Preisliste privaten Hörfunkveranstaltern angeboten hat. Das Standardangebot ist von der ORS zu veröffentlichen. Die im Spruch auferlegte Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes beinhaltet nicht die bloße Gewährung des Zugangs zum Sendestandort bei gleichzeitiger Eigenberbringung der Übertragung des Signals durch den Rundfunkveranstalter, da dies bisher nicht den Regelfall einer nachgefragten Leistung bildete. Da die Regulierungsbehörde gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 jedoch zur regelmäßigen Überprüfung der durch die Marktdefinitionsverordnung festgelegten relevanten Märkte verpflichtet ist, kann bei allfälliger Feststellung einer steigenden Nachfrage nach dieser Teilleistung im Zuge einer neuerlichen Marktanalyse eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes entsprechend differenzierter auferlegt werden. Derzeit erscheint dies nicht erforderlich.

Um dem Problem von nachfrageseitigen Wechselkosten begegnen zu können, sind ferner Angaben zur Mindestvertragsdauer, der Kündigungsfrist, der Art der Vertragsverlängerung

sowie die Bedingungen der (vorzeitigen) Vertragsauflösung in das Standardangebot aufzunehmen.

Die ORS selbst hält die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes für unproblematisch, hält deren Aufrechterhaltung bei einer allenfalls differenzierten räumlichen Marktabgrenzung aber für fraglich, da in diesem Fall je nach Zulassungsgebiet individuelle Märkte und unterschiedliche Infrastruktursituationen betrachtet werden müssten. Zudem führt die Auferlegung der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes zu keinem untragbaren Mehraufwand für die ORS, zumal diese schon derzeit – so wie zuvor der ORF – in Gestalt der AGB's ein Standardangebot bereit stellt.

Diese Erwägungen sind nach Auffassung der KommAustria angesichts der derzeit in Geltung stehenden RFMVO 2004 für das gegenständliche Verfahren nicht relevant.

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

Gemäß § 40 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für bestimmte Tätigkeiten in Bezug auf den Zugang eine getrennte Aufschlüsselung der Kosten auferlegen, um unerlaubte Quersubventionierung zu verhindern. Zu diesem Zweck kann insbesondere ein vertikal integriertes Unternehmen aufgefordert werden, seine Großhandelspreise und internen Verrechnungspreise transparent und nachvollziehbar zu gestalten (vgl. Art 11 Zugangsrichtlinie).

Zur Unterstützung der Verpflichtung kostenorientierter Entgelte ist die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Buchführung, in welcher die Märkte, auf denen die ORS über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, von den anderen Tätigkeiten getrennt ausgewiesen sind, notwendig (vgl. hierzu auch ERG 2004, Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework, S. 49 ff). 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 andernfalls 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 "separated 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. Da der ORF die Sendetechnik bereits seit Jahren als eigenen Unternehmensbereich führt und die Sendetechnik nun in die ORS ausgegliedert hat, ist davon auszugehen, dass dieses Regulierungsinstrument ohne zusätzliche Kosten für die ORS umgesetzt werden kann.

Die getrennte Buchführung hat zumindest die Sendetechnik (Anschaffung und Betrieb terrestrischer Sendeanlagen für die Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden) getrennt von anderen Tätigkeiten der ORS auszuweisen. 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, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insbesondere Leistungsklassen für Hörfunk

Die ORS bezweifelt, dass die getrennte Buchführung unabdingbar und das gelindeste notwendige Mittel ist, wobei sie sich augenscheinlich (auch) darauf bezieht, dass die Gutachter diese Verpflichtung als unverhältnismäßig qualifiziert haben, um dem Wettbewerbsproblem der vertikalen Marktmachtübertragung zu begegnen. Darüber hinaus legt die ORS keine Begründung für die Entbehrlichkeit dieser Maßnahme dar.

Hierzu ist zunächst klarstellend festzuhalten, dass die Gutachter die getrennte Buchführung in Verbindung mit der Gleichbehandlungsverpflichtung zwar als (kombiniertes) Regulierungsinstrument zur Preisregulierung verworfen haben, jedoch als unterstützende Maßnahme zur Kontrolle kostenorientierter Entgelte als geeignet und notwendig befunden haben. Dies ist damit zu erklären, dass die getrennte Buchführung je nach zugrunde liegendem Wettbewerbsproblem eine unterschiedliche Regelungsdichte aufweisen müsste. Im ersten Fall hätte sich eine getrennte Buchführung auf einzelne Produkte (je Senderleistungsklasse, mit und ohne Reserve bzw. RDS) beziehen müssen, im gegenständlichen Zusammenhang soll die getrennte Buchführung jedoch nur auf Ebene einzelner Märkte erfolgen. Zudem erweist sich die Auferlegung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung im Hinblick auf den gegenständlichen Markt vor dem Hintergrund als erforderlich, dass die ORS neben der Dienstleistung der Übertragung von analogen terrestrischen TV-Signalen zum Endkunden bzw. der terrestrischen UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden noch über weitere Geschäftsfelder verfügt. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu erwähnen, dass der ORS mit Bescheid der KommAustria vom 23.02.2006, KOA 4.200/06-002, eine Zulassung zum Betrieb einer Multiplex-Plattform für digitales terrestrisches Fernsehen beginnend mit August dieses Jahres für die Dauer von zehn Jahren erteilt wurde. Darüber hinaus ist die ORS nach eigenen Angaben (siehe website „http://mediaresearch.orf.at/index2.htm?fernsehen/fernsehen_digitales_Antennenfernsehen.htm“) auch im Bereich digitaler Satellitenübertragung (Fernsehen) sowie international tätig.

Da die auferlegte Kostenorientierungsverpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser nur einen Teil der Aktivitäten des Unternehmens darstellt, ist die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Buchführung für das ganze Unternehmen zumindest entsprechend den Märkten der RFMVO 2004 notwendig.

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

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen (Konsultation). 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.

Es hat sowohl eine nationale Konsultation als auch eine europäische Koordination des Maßnahmenentwurfs stattgefunden. Im Rahmen der nationalen Konsultation wurden Stellungnahmen der Bundeswettbewerbsbehörde als auch des Bundeskartellanwaltes eingebracht, wobei der Bundeskartellanwalt darin nach Kenntnismahme des

Maßnahmenentwurfes von einer inhaltlichen Stellungnahme abgesehen hat. Auf die Äußerung der Bundeswettbewerbsbehörde wurde im entsprechenden Zusammenhang Bezug genommen. Die Stellungnahmen wurden auf der Website der Regulierungsbehörde veröffentlicht. Weitere Stellungnahmen wurden der KommAustria nicht übermittelt.

Im Zuge des Koordinationsverfahrens langte eine Stellungnahme der Europäischen Kommission zum vorgeschlagenen Maßnahmenentwurf der KommAustria hinsichtlich des gegenständlichen Vorleistungsmarktes ein, worin diese lediglich dazu aufforderte, zukünftig den zeitlichen Abstand zwischen allen Phasen der Marktüberprüfung (Marktdefinition, Marktanalyse, Auferlegung von Vorabverpflichtungen) und deren Notifizierung so gering wie möglich zu halten.

4.10. Zum Ausschluss der aufschiebenden Wirkung

Gemäß § 64 Abs. 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) haben rechtzeitig eingebrachte Berufungen aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung kann jedoch gemäß § 64 Abs. 2 AVG von der Behörde ausgeschlossen werden, wenn die vorzeitige Vollstreckung im Interesse einer Partei oder des öffentlichen Wohles wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist. Ein solcher Ausspruch ist tunlichst schon in den über die Hauptsache ergehenden Bescheid aufzunehmen.

Art 4 Abs. 1 letzter Satz der Rahmenrichtlinie normiert, dass „[bis] zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens der Beschluss der nationalen Regulierungsbehörde in Kraft [bleibt], sofern nicht die Beschwerdeinstanz anders entscheidet“ (vgl. Rahmenrichtlinie 2002/21/EG vom 07.03.2002, Abl. L 108/40 vom 24.04.2002). Daraus ist die grundsätzliche Intention abzuleiten, dass Einsprüchen gegen Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden keine aufschiebende Wirkung zukommen soll bzw. gegebenenfalls darüber die Beschwerdeinstanz zu befinden hat.

Ziel des Telekommunikationsgesetzes 2003 ist es gemäß § 1 Abs. 2 TKG 2003 durch Öffnung der Märkte für Kommunikationsinfrastruktur einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und –diensten zu ermöglichen, wo dies bisher nicht der Fall war, bzw. einen solchen dauerhaft sicherzustellen. Im Lichte dieser Zielsetzung dient das gegenständliche Verfahren und diese Entscheidung der Herstellung eines funktionsfähigen und chancengleichen Wettbewerbs auf dem Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden, wobei hierdurch auch der Zugang für Hörfunkveranstalter zum nachgelagerten Endkunden- bzw. Werbemarkt gefördert werden soll. Die angeordneten Maßnahmen sollen ganz spezifischen am gegenständlichen Vorleistungsmarkt identifizierten Wettbewerbsproblemen entgegenwirken und sind daher wie schon ausführlich dargestellt wurde in ihrer Gesamtheit notwendig. Die hierdurch intendierte Marktöffnung dient in wesentlichem Umfang auch dem öffentlichen Wohl im Sinne von § 64 Abs. 2 AVG, profitiert doch letztlich auch der Endkunde von einer Vielfalt an Hörfunkprogrammen, deren Verbreitung einen funktionsfähigen Vorleistungsmarkt bedingt.

Die in Art 4 Abs. 1 letzter Satz der Rahmenrichtlinie normierte Bestimmung will den vorangestellten Erwägungen Rechnung tragen und dient der Gewährleistung einer effizienten Umsetzung der in den fünf Richtlinien zur elektronischen Kommunikation niedergelegten Zielsetzungen, welche durch Erlassung des TKG 2003 umgesetzt wurden. Im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ist bei der Handhabung des § 64 AVG auch dem Gebot der Effektivität des Gemeinschaftsrechts Rechnung zu tragen. Daraus kann sich in bestimmten Fällen die Notwendigkeit ergeben, die aufschiebende Wirkung einer Berufung abzuerkennen, in anderen Fällen aber einen solchen Ausspruch auch dann zu unterlassen, wenn die Voraussetzungen des § 64 Abs. 2 AVG an sich gegeben wären (vgl. Walter – Mayer, Verwaltungsverfahrenrecht, 8.Auflage, Randziffer 531).

Da eine möglichst schnelle Umsetzung der gemäß den Bestimmungen der §§ 34 ff TKG 2003 getroffenen Anordnungen dieser Entscheidung nicht nur im offensichtlichen (wirtschaftlichen) Interesse der die Übertragungsleistung nachfragenden Hörfunkveranstalter ist, sondern – wie bereits dargestellt – auch der Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers entspricht und im öffentlichen Interesse liegt, ist der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der Berufung gemäß § 64 Abs. 2 AVG geboten (siehe dazu die Beschlüsse des VwGH AW 2004/03/0046 vom 20.10.2004 und VwGH AW 2004/03/0047 vom 20.10.2004).

4.11. Zur Angemessenheit der Fristen

Eine Frist von zwei Monaten zur erstmaligen Anpassung der Entgelte an die aktuellen Wiederbeschaffungswerte für Sendeanlagen sowie zur erstmaligen Veröffentlichung eines Standardangebotes für die von der ORS bereit gestellten Zugangsleistungen erscheint unter Berücksichtigung einer entsprechenden Vorbereitungszeit angemessen, zumal primärer Gegenstand der Unternehmenstätigkeit der ORS die Bereitstellung von Übertragungsdienstleistungen ist und schon vor der Ausgliederung des Sendebetriebs in die ORS Tariflisten seitens der Sendetechnik des ORF auf Basis der durchschnittlichen, für eine „fiktive“ Sendeanlage ermittelten Kosten geführt wurden.

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. Für den Berufungsantrag ist gemäß § 14 TP 6 Gebührengesetz 1957 idF BGBl. I Nr. 84/2002 eine Gebühr von 13 Euro zu entrichten. Die Gebührenschuld entsteht gemäß § 11 Abs. 1 Gebührengesetz 1957 erst in dem Zeitpunkt, in dem die abschließende Erledigung über die Berufung zugestellt wird.

Wien, am 29. Mai 2006

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mag. Michael Ogris
Behördenleiter