

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

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

I. Spruch

Gemäß § 37 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010, iVm § 133 Abs. 12 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011, wird festgestellt, dass auf dem Vorleistungsmarkt „Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“ gemäß § 1 Z 2 der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2009 (RFMVO 2009), KOA 6.300/09-001, effektiver Wettbewerb herrscht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Datenerhebung durch die Amtssachverständigen

Nach Inkrafttreten der RFMVO 2009 am 30.04.2009 wurden am 13.05.2009 Dr. Denise Diwisch, Mag. Reinhard Neubauer und Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines Gutachtens („Marktanalyse-Gutachten“) zur Frage beauftragt, ob aus wirtschaftlicher Sicht auf dem gegenständlichen Markt effektiver Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne sektorspezifische Regulierung ein sich selbst tragender Wettbewerb vorliegt. Gegenstand des Gutachtens sollte weiters die Identifikation jener Faktoren und Wettbewerbsprobleme sein, die gegebenenfalls einem effektiven Wettbewerb auf dem gegenständlichen Markt entgegenstehen. In diesem Zusammenhang war ferner zu untersuchen, ob eines oder mehrere Unternehmen auf dem gegenständlichen Markt über ökonomische Marktmacht verfügen, wobei von den Gutachtern insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen waren.

Sollte das Gutachten zu dem Ergebnis kommen, dass auf dem betreffenden Markt ohne Regulierung kein sich selbst tragender Wettbewerb vorliegt, so waren von den Gutachtern in weiterer Folge entsprechende Regulierungsinstrumente zu prüfen, die den identifizierten Wettbewerbsproblemen entgegen wirken können.

Anforderung von Daten/Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

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

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

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

Mit Bescheid vom 01.09.2009, KOA 6.300/09-018, verpflichtete die KommAustria gemäß § 37 Abs. 6 iVm § 90 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG zur Übermittlung der für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten. Gegen diesen Bescheid erhob die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG Berufung an den Bundeskommunikationssenat und beantragte gleichzeitig die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Berufung. In der Folge wurde die aufschiebende Wirkung weder vom Bundeskommunikationssenat noch vom ebenfalls angerufenen Verwaltungsgerichtshof zuerkannt noch der Berufung bzw. der Beschwerde gegen den erwähnten Bescheid der KommAustria stattgegeben.

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

Mit Schreiben vom 14.12.2009 übermittelte die KommAustria ein Ersuchen um Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens an den Bundeskommunikationssenat (BKS).

Mit Schreiben vom 22.12.2009 übermittelte die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG Plandaten für den gegenständlichen Markt. Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG übermittelte am 10.02.2010 auf elektronischem Weg teilweise die zur Vorlage angeforderten Daten.

Mit Schreiben vom 02.03.2010 beantragte die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG die Einvernahme des Geschäftsführers Mag. Michael Wagenhofer zum Thema der Verhandlungen über die MUX-Einspeisungsverträge mit der ATV-Privatfernseh-GmbH, der PULS 4 TV GmbH & Co KG sowie der Red Bull Media House GmbH.

Nach einer neuerlichen Datenübermittlung durch die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG am 03.03.2010 teilte die KommAustria in Hinblick auf das laufende Vollstreckungsverfahren (MA 6 der Stadt Wien) mit Schreiben vom 10.03.2010 dem BKS mit,

dass alle zur Vorlage aufgeführten Daten seitens der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG übermittelt wurden.

Am 08.03.2010 langte ein Schriftsatz der ATV Privat TV GmbH & Co KG ein, in dem die von den Amtsgutachtern angeforderten Daten übermittelt wurden.

Am 15.03.2010 langte ein Schriftsatz der Red Bull Media House GmbH ein, in dem die von den Amtsgutachtern angeforderten Daten übermittelt wurden.

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

Gutachten der Amtssachverständigen, Gutachten der SBR Juconomy Consulting AG

Am 20.09.2010 wurde das von den Amtssachverständigen auftragsgemäß auf Basis der erhobenen Daten an die KommAustria übermittelte Gutachten vom August 2010 unter Einräumung einer vierwöchigen Stellungnahmefrist an die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG zugestellt. Die eingeräumte Frist zur Stellungnahme wurde in der Folge auf Ersuchen der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG mehrfach bis zum 03.12.2010 erstreckt.

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

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

Edikt gemäß § 40 Abs. 5 KOG

Am 21.02.2011 veröffentlichte die KommAustria gemäß § 40 Abs. 5 KOG ein Edikt auf der Website der Regulierungsbehörde (<http://www.rtr.at>), um das gegenständliche Marktanalyseverfahren kundzumachen. Potenziell Betroffenen sollte die Gelegenheit eingeräumt werden, binnen sechs Wochen ab Kundmachung ihre Betroffenheit schriftlich glaubhaft zu machen, um Parteistellung im gegenständlichen Verfahren zu erlangen. Folgende private Rundfunkveranstalter machten ihre Betroffenheit geltend bzw. beantragten im gegenständlichen Verfahren die Zuerkennung der Parteistellung: die ATV Privat TV GmbH & Co KG, die PULS 4 TV GmbH & Co KG sowie die Red Bull Media House GmbH.

Eintritt der ORS comm GmbH & Co KG in das Verfahren

In Beantwortung einer entsprechenden Aufforderung durch die KommAustria teilte die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG mit Schreiben vom 28.02.2011 mit, dass derzeit neben der ORS comm GmbH & Co KG keine weitere Tochtergesellschaft der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG auf dem gegenständlichen Markt tätig sei. Auf dem gegenständlichen Markt solle in Zukunft die von der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG gegründete ORS comm GmbH & Co KG tätig werden. Ferner übermittelte die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG mit ihrem Schreiben vom 28.02.2011 neuerlich ihre bereits am 03.12.2010 eingebrachte

Stellungnahme, nun aber inklusive Kennzeichnung der von ihr als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis bezeichneten Daten.

In der Folge werden in diesem Bescheid die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und die ORS comm GmbH & Co KG gemeinsam als „ORS“ oder als „ORS-Gesellschaften“ bezeichnet; die Bezeichnung „ORS“ bzw. „ORS-Gesellschaften“ bezieht sich in der Folge auf beide Unternehmen gemeinsam.

Unkenntlichmachung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen/Akteneinsicht

Am 03.03.2011 beantragte die ORS die Unkenntlichmachung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wie in ihrer Stellungnahme vom 03.12.2011 sowie von sie betreffenden Teilen der von den Amtsgutachtern erstellten Gutachten und des von ihr vorgelegten Gutachtens der SBR Juconomy AG. Die geschwärzte Version wurde den Verfahrensparteien zugänglich gemacht.

Mit Beschluss vom 09.03.2011, B 1596/09-12, lehnte der Verfassungsgerichtshof (VfGH) die Behandlung der Beschwerde der ORS gegen den Bescheid des BKS vom 16.11.2009, GZ 611.189/0002-BKS/2009, mit welchem der ORS die Vorlage von Daten aufgetragen worden war, ab.

Am 19.03.2010 brachte die ORS einen Schriftsatz mit einer Darstellung der stattgefundenen Verhandlungen mit privaten Veranstaltern ein.

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

Am 21.03.2011 langte ein Schriftsatz der ATV Privat TV GmbH & Co KG (ATV) ein, in dem sie ihre Betroffenheit glaubhaft machte sowie die Zuerkennung der Parteistellung beantragte.

Am 22.03.2011 langte ein Schriftsatz der PULS 4 TV GmbH & Co KG (PULS 4) ein, in dem sie ihre Betroffenheit glaubhaft machte sowie Akteneinsicht beantragte.

Am 24.03.2011 langte ein Schriftsatz der ATV ein, in dem sie die Höhe der von ihr an die ORS entrichteten Entgelte für die Verbreitung über deren Multiplex-Plattformen als zu wahrendes Betriebs- und Geschäftsgeheimnis einstufte.

Am 24.03.2011 langte ein Schriftsatz der Red Bull Media House GmbH (Red Bull) ein, in dem sie die Höhe der von ihr an die ORS entrichteten Entgelte für die Verbreitung über deren Multiplex-Plattform B als zu wahrendes Betriebs- und Geschäftsgeheimnis einstufte und die entsprechende Anonymisierung dieser Daten beantragte.

Am 19.05.2011 langte ein Schriftsatz der ORS ein, in dem um Zugänglichmachung des von ihr vorgelegten Gutachtens der SBR Juconomy Consulting AG vom 03.12.2010 im Rahmen der Akteneinsicht ersucht wurde. Im Zuge der elektronischen Akteneinsicht wurde das erwähnte Gutachten den Verfahrensparteien zugänglich gemacht.

Weitere Stellungnahmen

Am 22.06.2011 langte eine Stellungnahme der PULS 4 zum Gutachten der Amtssachverständigen aus dem August 2010 ein. In dieser Stellungnahme wurde ausgeführt, dass die Gutachter das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht als zu groß angenommen hätten; die Möglichkeiten für private Nachfrager auf die marktgegenständlichen Leistungen der ORS zu verzichten, sei gering. Ferner wurde vor dem Hintergrund, dass mangels Existenz eines aussagekräftigen Kostenrechnungssystems der

ORS keine Aussagen zur Angemessenheit der angewendeten Entgelte gemacht wurden, kritisiert, dass die marktgegenständlichen Entgelte der ORS überhöht seien. Ferner wurde vorgebracht, dass die ORS ihre Abnehmer preislich diskriminiere. Die PULS 4 beantragte 1.) der ORS aufzutragen, die Bedingungen, zu denen die Programme des ORF auf den Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B verbreitet werden und die entsprechenden Verträge offenzulegen, sowie darzustellen, wie die als Unterscheidungsmerkmal behauptete „unterschiedliche Verfügbarkeit“ zwischen Red Bull und den anderen Marktteilnehmern technisch funktioniere und 2.) den Gutachtern die Ergänzung des Gutachtens insofern aufzutragen, als eine Überprüfung der tatsächlichen Aufwendungen der ORS im Vergleich zu einer effizienten Leistungsbereitstellung nachgeholt werden möge.

Am 27.06.2011 langte eine Stellungnahme der ATV ein. ATV kritisierte in dieser Stellungnahme die im Gutachten der Amtssachverständigen vom August 2010 getroffenen Aussagen hinsichtlich des Vorliegens von nachfrageseitiger Gegenmacht. Aufgrund der Tatsache, dass die ORS die einzige Inhaberin zum Betrieb einer bundesweiten terrestrischen Multiplexplattform sei, gebe es für ATV keine Alternativen zu diesen Angeboten. Da die Entgelte der ORS für die marktgegenständlichen Leistungen signifikant über den Entgelten des benachbarten Marktes für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden liegen würden, liege der Schluss nahe, dass die ORS in der Lage sei, auf dem gegenständlichen Markt überhöhte Entgelte zu verrechnen.

Am 03.10.2011 langte eine Stellungnahme der ORS ein. In dieser Stellungnahme wurde 1.) beantragt, das gegenständliche Verfahren einzustellen und ein neuerliches Marktanalyseverfahren erst dann zu beginnen, wenn es eine zeitnahe und gesetzmäßig durchgeführte Marktabgrenzung gebe. In eventu wurde 2.) beantragt, das gegenständliche Verfahren zu unterbrechen, bis eine neue Marktabgrenzung durchgeführt werden würde. 3.) wurde der Antrag gestellt, die Behörde möge „die in § 36 Abs. 1 TKG 2003 verpflichtend vorgesehene Überprüfung“ durchführen. 4.) wurde beantragt, die Behörde möge die der „Überprüfung der Verordnung zu Grunde liegenden Daten“ im gegenständlichen Verfahren zum Akt nehmen und den mitbeteiligten Parteien Einsicht in diese Daten gewähren. Ferner wurde 5.) beantragt, die Behörde möge für den Fall, dass dem Einstellungsantrag nicht stattgegeben werde, eine Analyse des definierten Marktes auf Grundlage aktualisierter Daten des Jahres 2011 durchführen.

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

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

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

Am 14.06.2012 wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung abgehalten.

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

2.1. Verfahrensparteien

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

Die ORS comm GmbH & Co KG nahm an der Verhandlung am 14.06.2012 im gegenständlichen Verfahren teil.

Im gegenständlichen Verfahren haben außerdem die folgenden Rundfunkveranstalter in der Folge des gemäß § 40 KOG am 21.02.2011 veröffentlichten Edikts binnen sechs Wochen ab dem 21.02.2011 ihre Betroffenheit von der gegenständlichen Entscheidung dargetan: die ATV Privat TV GmbH & Co KG, die PULS 4 TV GmbH & Co KG sowie die Red Bull Media House GmbH.

Die folgenden Unternehmen nahmen an der mündlichen Verhandlung am 14.06.2012 teil und erstatteten in dieser Verhandlung Vorbringen: die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG, die ORS comm GmbH & Co KG, die ATV Privat TV GmbH & Co KG, die PULS 4 TV GmbH & Co KG.

2.2. Verfahrensgegenständlicher Markt „Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“

2.2.1. Marktabgrenzung

In der RFMVO 2009 wurden von der KommAustria

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

als relevante Märkte im Sinne des § 36 TKG 2003 festgelegt, wobei diese Märkte in geografischer Hinsicht jeweils das Bundesgebiet der Republik Österreich umfassen. In den Erläuterungen zur RFMVO 2009 wird im Hinblick auf den gegenständlichen Markt u.a. ausgeführt:

Der in Rede stehende Markt umfasst den Zugang zur Multiplex- Plattform (MUX A und MUX B) und die Verbreitung von digitalem terrestrischen Fernsehen zum Endkunden im Sinne einer „point to multipoint Übertragung“, nicht jedoch die Zubringung des Signals vom Studio des Programmveranstalters zur Multiplex-Plattform.

2.2.2. Marktteilnehmer - Marktstruktur - Marktverhalten

Anbieter auf dem gegenständlichen Markt ist jenes Unternehmen (Multiplex-Betreiber), das den Zugang zu den Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B und die digitale terrestrische Verbreitung von TV-Signalen zum Endkunden anbietet.

Nachfrager sind jene Unternehmen, die den Zugang zur Multiplex-Plattform und die Signalübermittlung der von ihnen veranstalteten Fernsehprogramme zum Endkunden mittels digitaler terrestrischer Übertragungstechnologie beanspruchen.

Mit Bescheid vom 23.02.2006, KOA 4.200/06-002, erteilte die KommAustria der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG die Zulassung zum Betrieb einer bundesweiten, terrestrischen Multiplex-Plattform (DVB-T), welche die Versorgung des gesamten Bundesgebiets mit zwei Bedeckungen (MUX A und MUX B) umfasst. Die Zulassung wurde für die Dauer von zehn Jahren ab 01.08.2006 erteilt. Nach dem erwähnten Zulassungsbescheid ist die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG verpflichtet, Rundfunkveranstaltern ein angemessenes Entgelt zu verrechnen, bezüglich der Qualität nicht zu diskriminieren, und getrennte Bücher zu führen. Ferner wurden der ORS hinsichtlich des Rollout-Plans, der technischen Qualität, der Programmbelegung, der Vergabe von Datenraten, des Elektronischen Programmführers, des Wettbewerbsverhaltens sowie der Ausstrahlung von DVB-H-Programmen Auflagen auferlegt. Diese Verpflichtungen (Spruchpunkte 4.5.1 bis 4.5.6 des Zulassungsbescheides) gelten bis zu dem Zeitpunkt, zu dem für den Multiplex-Betreiber ORS ein Bescheid nach § 37 Abs. 2 TKG 2003 bzw. die Aufhebung von Verpflichtungen nach § 37 Abs. 3 TKG 2003 jeweils betreffend die Übertragung von digitalen terrestrischen TV-Signalen rechtskräftig wird.

Am 26.10.2006 wurde in Wien und allen Landeshauptstädten Österreichs mit der Ausstrahlung digitalisierter Rundfunksignale im DVB-Standard für terrestrisch verbreitetes Fernsehen (DVB-T) begonnen. Bereits zu Beginn wurden etwa 70 % aller österreichischen Fernsehhaushalte mit digitalem terrestrischem Fernsehen versorgt, wobei zunächst die Programme ORF1, ORF2 und ATV über die Multiplex-Plattform MUX A zu empfangen waren. Durch die Abschaltung der analogen Signale in den Landeshauptstädten und Wien am 22.10.2007 entstand Raum für das Angebot weiterer Fernsehprogramme, die mittels der Multiplex-Plattform MUX B seit Herbst 2007 in allen Landeshauptstädten und Ballungsräumen Österreichs digitalisiert ausgestrahlt werden, wobei zunächst die Programme 3sat, ORF Sport+ und Puls 4 zu empfangen waren.

Nachfragende Programmveranstalter auf der Multiplex-Plattform A sind der Österreichische Rundfunk (Programme: ORF1, ORF2) sowie die ATV Privat TV GmbH & Co KG (Programm: ATV). Nachfragende Programmveranstalter auf der Multiplex-Plattform B sind der Österreichische Rundfunk (Programm: ORF SPORT PLUS), die Arbeitsgemeinschaft 3sat (Programm: 3sat), die PULS 4 TV GmbH & Co KG (Programm: Puls 4 TV, seit Oktober 2007), und die Red Bull Media House GmbH (Programm: Servus TV inklusive Fensterprogramm Red Bull TV, beide seit September 2009). Dies entspricht dem Stand Sommer 2010.

Um ihre Programme zum Endkunden zu übertragen, sind die genannten am Markt tätigen Unternehmen gänzlich auf die Dienste und die Infrastruktur der ORS angewiesen; es besteht bei der bundesweit flächendeckenden digitalen terrestrischen Verbreitung von TV-Signalen über MUX A und MUX B nicht die Möglichkeit, auf eigene Sendeanlagen zurückzugreifen. Bei den Verträgen handelt es sich um langfristige Verträge, die auf die festgelegte Dauer der Zulassung zum Betrieb der terrestrischen Multiplex-Plattform, also bis zum 01.08.2016 abgeschlossen wurden.

Die ORS erreicht mit der Multiplex-Plattform A einen Versorgungsgrad von 98 % der Bevölkerung und mit der Multiplex-Plattform B einen Versorgungsgrad von zumindest 88 % der Bevölkerung.

2.2.3. Involvierte Unternehmen

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG ist eine zu FN 256454p beim HG Wien eingetragene Komplementärgesellschaft mit Sitz in Wien.

Unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG ist die Österreichische Rundfunksender GmbH (FN 252826 d beim HG Wien). Kommanditisten der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG sind der

Österreichische Rundfunk (FN 71451a beim HG Wien) mit einem 60%igen Anteil sowie die zur Raiffeisen-Gruppe zählende Medicur Sendeanlagen GmbH mit einem 40%igen Anteil. Letztere steht im Alleineigentum der Medicur-Holding Ges.m.b.H. (FN 123349x beim HG Wien), welche im Ergebnis im Einflussbereich der Raiffeisengruppe steht.

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

Die ORS comm GmbH & Co KG wurde am 09.07.2011 im Zusammenhang mit der Novelle des ORF-G (BGBl. I Nr. 50/2010) und der damit erforderlichen Trennung der öffentlich-rechtlichen von den kommerziellen Tätigkeiten neu gegründet.

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG bietet die marktgegenständlichen Leistungen einerseits dem ORF und andererseits der ORS comm GmbH & Co KG an (§ 2 Abs. 1 Z 3 iVm § 2 Abs. 2 ORF-G).

Geschäftsgegenstand der ORS comm GmbH & Co KG ist ausweislich des zwischen der Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und der ORS comm GmbH & Co KG geschlossenen Übergabevertrages im Wesentlichen die Erbringung kommerzieller Tätigkeiten im Bereich von Planung, Errichtung und Betrieb von technischen Einrichtungen, welche für die Veranstaltung von Rundfunk notwendig sind, ebenso wie die dahingehende Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und -diensten.

Die ORS comm GmbH & Co KG bietet kommerzielle Tätigkeiten, die bislang von der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG erbracht wurden, am gegenständlichen Markt an. Unter anderem wurden jene marktgegenständlichen Sendeanlagen, die bislang ausschließlich von Unternehmen genützt werden, die nicht im öffentlich-rechtlichen Auftrag nach dem ORF-G tätig waren, an die ORS comm GmbH & Co KG übertragen. Die ORS comm GmbH & Co KG schließt alle Verträge über den Zugang zu Sendeanlagen und Multiplex-Plattformen mit privaten Veranstaltern ab.

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

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und die ORS comm GmbH & Co KG bieten ihre Dienstleistungen unter der einheitlichen Internet-Präsenz <http://www.ors.at> bzw. unter einem gemeinsamen Marktauftritt an.

2.3. Indikatoren für beträchtliche Marktmacht

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

2.3.1. Marktanteile

Zur Untersuchung der Marktanteile wurden Umsatzmarktanteile herangezogen.

Der (gemeinsame) Marktanteil der auf dem gegenständlichen Markt tätigen ORS-Gesellschaften beträgt seit Zulassungsbeginn unverändert 100%. Weitere Unternehmen treten nicht als Anbieter von Übertragungsleistungen auf dem gegenständlichen Markt auf.

2.3.2. Marktzutrittsschranken

2.3.2.1. Allgemeines

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

Gemäß dem Gutachten liegen keine strukturellen Marktzutrittsbarrieren vor.

2.3.2.2. Rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken

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.

Die Zulassung zum Betrieb einer Multiplex-Plattform mit den Bedeckungen MUX A und MUX B wurde mit Bescheid der KommAustria (KOA 4.200/06-002) der ORS für die Dauer von zehn Jahren (also bis 2016) erteilt, wobei die ORS sowohl die Multiplex-Plattform (Bündelung der Programme) als auch die Sendeanlagen, mit denen die Signale terrestrisch verbreitet werden, selber betreibt. Für andere Unternehmen besteht somit bis zum Erlöschen der Zulassung keine Möglichkeit, selbst bundesweite digital-terrestrische Verbreitung von Fernsehsignalen zum Endkunden anzubieten. TV-Veranstalter, die ihr Programm bundesweit digital-terrestrisch verbreiten möchten, sind daher auf die Dienste der ORS angewiesen.

Auf dem gegenständlichen Markt liegen aus diesem Grund daher hohe rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken vor.

2.3.3. Nachfrageseitige Gegenmacht

2.3.3.1. Allgemeines

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

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

Weiters ist nachfrageseitige Gegenmacht auch dann höher, wenn der Käufer im Vergleich zum Verkäufer einem geringeren Zeitdruck ausgesetzt ist oder wenn er über bessere Informationen verfügt als der Verkäufer. Da viele der angeführten Faktoren mit der Größe des Kunden korrelieren, ist nachfrageseitige Gegenmacht im Allgemeinen dann größer, wenn der Kunde für einen Großteil der Umsätze des Verkäufers verantwortlich zeichnet.

2.3.3.2. Situation am gegenständlichen Markt

Nachfrageseitige Gegenmacht ist im Verhältnis zwischen der ORS und dem ORF aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Verschränkung beider Unternehmen nicht relevant. Ähnliches gilt für das TV-Programm 3sat, das im Rahmen einer Kooperation von ORF, ZDF, ARD und SRG über MUX B ausgestrahlt wird. Für private Fernsehveranstalter, namentlich die ATV Privat TV GmbH & Co KG (ATV), die PULS 4 TV GmbH & Co KG (Puls 4) bzw. die Red Bull Media House GmbH (Servus TV) ist hingegen zu prüfen, ob auf dem gegenständlichen Markt nachfrageseitige Gegenmacht gegenüber der ORS vorliegt.

Das Ausmaß nachfrageseitiger Gegenmacht wird durch die Empfangssituation auf dem Endkundenmarkt beeinflusst. Inhaber einer terrestrischen TV-Zulassung könnten im Falle einer Preiserhöhung nachfrageseitige Gegenmacht ausüben, indem sie androhen, gänzlich auf die terrestrische Verbreitung zu verzichten und ihre Programme nur noch über andere Plattformen zu verbreiten. Das ist hier der Fall, da der Anteil der TV-Haushalte, die Fernsehprogramme digital-terrestrisch empfangen, seit Dezember 2009 unverändert bei ca. 4 % liegt, während das Potenzial von digitalem terrestrischem Fernsehen unverändert bei maximal 7 % liegt. Bei diesem Wert kann das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht a priori nicht ausgeschlossen werden, da private Fernsehveranstalter bereits durch die Übertragung über die Plattformen Kabel (analog und digital) und Satellit (digital) eine beachtliche Reichweite erzielen können.

Das Ausmaß nachfrageseitiger Gegenmacht wird umgekehrt durch den kleinen potenziellen Endkundenmarkt in Österreich eingeschränkt: die Verbreitung eines bundesweit produzierten Programms über verschiedene Plattformen ist aus wirtschaftlichen Gründen meist unerlässlich. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund der damit erzielbaren Werbeeinnahmen. Grundsätzlich ist daher davon auszugehen, dass jeder TV-Veranstalter bestrebt ist, sein Programm über möglichst viele Plattformen zu verbreiten, da er so seine Reichweite auf dem Endkundenmarkt steigern kann. Digitaler terrestrischer Empfang und Empfang über andere Plattformen überschneiden sich am Endkundenmarkt grundsätzlich nicht, weshalb sich die Zahl potenziell erreichbarer Seher wesentlich vergrößert, wenn das Programm über mehrere Plattformen verbreitet wird. Es erscheint daher aus Sicht eines Programmveranstalters grundsätzlich der derzeitige Plattformanteil bzw. dessen Potential laut erstelltem Gutachten ausreichend, um Interesse für die Übertragung seines Programms auf dieser Plattform zu generieren.

Die Attraktivität einer Plattform bzw. in weiterer Folge eines Programms auf dieser Plattform für die Werbewirtschaft hängt zudem nicht nur von dem Marktanteil der Plattform auf dem Seher-Endkundenmarkt, sondern auch von der Anzahl der verbreiteten Programme auf einer bestimmten Plattform ab. Ein Fernsehveranstalter kann höhere Werbeeinnahmen erzielen, wenn sein Programm auf einer Plattform – ceteris paribus – mit nur wenigen anderen Programmen verbreitet wird (höhere Werbeeinnahmen bedeuten natürlich auch, dass die

Zahlungsbereitschaft des Fernsehveranstalters für die Verbreitung über diese Plattform höher ist).

Nachfolgend wird getrennt für die ATV Privat TV GmbH & Co KG, die PULS 4 TV GmbH & Co KG und die Red Bull Media House GmbH das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht dargestellt. Das Drohpotenzial eines Nachfragers ist im Allgemeinen dann größer, wenn er für einen großen Anteil an den Gesamtumsätzen des Verkäufers verantwortlich zeichnet. Den höchsten Anteil an den Fremdotsätzen der ORS generiert auf dem gegenständlichen Markt die ATV Privat TV GmbH & Co KG.

Drohpotenzial der ATV Privat TV GmbH & Co KG

Der Zulassungsbescheid vom 23.02.2006, KOA 4.200/06-002, legt der ORS eine must-carry Verpflichtung hinsichtlich der Verbreitung der Programme des ORF sowie der ATV Privat TV GmbH & Co KG auf. Diese Verpflichtung gilt unabhängig vom Ergebnis eines Verfahrens nach § 37 TKG 2003.

Diese Verpflichtung schränkt die Verhandlungsmacht der ORS deutlich ein. Selbst wenn es mehrere Bewerber für die Erbringung von Übertragungsleistungen über MUX A gegeben hätte, so hätte sich die ATV Privat TV GmbH & Co KG immer auf die erwähnte must-carry Regelung berufen können. ATV stand in Verhandlungen über die Verbreitungsbedingungen somit der ORS als einziger Nachfrager gegenüber, wodurch ihre nachfrageseitige Gegenmacht – im Vergleich zu einer Situation mit mehreren Nachfragern – erhöht war.

Die einzige Option der ORS, was die Belegung der freien Programmplätze betrifft, wäre es gewesen, das Zustandekommen einer Vereinbarung mit einem Nachfrager zur Vergabe von freien Programmplätzen durch Setzen eines prohibitiv hohen Preises zu verunmöglichen.

Ein Anreiz zu einem solchen Verhalten ist nicht auszuschließen, da der schlussendliche Mehrheitseigentümer (60 %) der ORS, der ORF, mit anderen Fernsehveranstaltern, deren Programme über MUX A bzw. MUX B verbreitet werden, am Endkundenmarkt bzw. am Werbemarkt im Wettbewerb steht. Andererseits würde die ORS-Gruppe aber auf Einnahmen aus der Übertragung über ihre MUX-Plattformen verzichten. Da die inkrementellen Kosten der Übertragung eines zusätzlichen Programms innerhalb der Kapazitätsgrenzen aber sehr gering sind, würde dies einen Verzicht auf einen Deckungsbeitrag zur Abdeckung der fixen Kosten bzw. auf einen Gewinn bedeuten. Weiters würde die Attraktivität der Plattform als solche unter einer Reduktion der Programmvierfalt leiden, was eine Abwanderung der Seher zu Kabel und Satellit, wo der ORF mit viel mehr Programmen konkurriert, begünstigen würde. Schließlich zeigen die Ergebnisse der bisherigen Verhandlungen, dass es bislang immer – wenn auch teilweise nach länger dauernden Verhandlungen – zu einer Einigung mit den Nachfragern gekommen ist, was ebenfalls darauf hindeutet, dass die ORS die Nichtbelegung von Programmplätzen nicht als Option betrachtet.

Der Verlauf der Verhandlungen zwischen der ATV Privat TV GmbH & Co KG und der ORS zeigt das Vorliegen von nachfrageseitiger Gegenmacht betreffend die Einspeisungsentgelte auf: Die ATV Privat TV GmbH & Co KG weigerte sich seit 26.10.2006, dem Beginn der Ausstrahlung ihres Programms über die Multiplex-Plattform MUX A, die geforderten Entgelte an die ORS zu entrichten und argumentierte, dass der geforderte Betrag von jährlich rund € 4 Mio. zu hoch sei. Dies vor allem vor dem Hintergrund der geringen Zahl der Haushalte, die mit digitalem terrestrischem Fernsehen erreicht werden können. Mit einem geschlossenen Teilvergleich vom 09.09.2008 wurde ein zu zahlendes Entgelt in Höhe von 50 % der bislang verrechneten Beträge vereinbart. Für die Zeit ab 2010 wurde im Rahmen eines neuen Einspeisungsvertrages ein Entgelt festgelegt, das bei € 2,5 Mio. jährlich liegt. Dieser Vertrag enthält auch besondere Kündigungsrechte zugunsten der ATV Privat TV GmbH & Co KG, so beispielsweise dann, wenn der durchschnittliche Anteil der über DVB-T erreichbaren Haushalte über einen Betrachtungszeitraum von drei Monaten gegenüber dem

Anteil dieser Haushalte zur Zeit der Vertragsunterzeichnung um zumindest einen Prozentpunkt sinkt.

Vor dem Hintergrund dieser Vereinbarungen ist das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht durch ATV wahrscheinlich. Die erzielte Einigung umfasst Entgelte, die deutlich unter den ursprünglich von der ORS geforderten Entgelten liegen. Für das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht spricht auch, dass ATV umfangreiche Sonderkündigungsrechte zugestanden wurden. Das wirtschaftliche Risiko eines zukünftig geringeren Angebots der Plattform trägt somit die ORS, da sie über keine outside-option verfügt. Dieses Risiko wird durch die allgemein geringe potenzielle Nachfrage nach Übertragungsleistung über MUX A aber auch MUX B verstärkt.

Drohpotenzial der PULS 4 TV GmbH & Co KG

Der PULS 4 TV GmbH & Co KG gelang es in Verhandlungen mit der ORS hinsichtlich der Aufschaltung des Programms Puls 4 ab Oktober 2007 über MUX B im Nachhinein einen rückwirkenden Preisnachlass von 15 % gegenüber den ursprünglich vereinbarten Entgelten zu vereinbaren. Es gab keinen Nachfrageüberhang, insoweit hatte die ORS für diese Sendeplätze keine outside-option. Ferner konnte die PULS 4 TV GmbH & Co KG ein Zugeständnis der ORS im Hinblick auf die Kündigungsfrist erzielen: Die ORS gewährte der PULS 4 TV GmbH & Co KG eine Kündigungsfrist von 15 Monaten zum Ende eines jeden Quartals.

Drohpotenzial der Red Bull Media House GmbH

Das von der Red Bull Media House GmbH verbreitete Programm Servus TV (inklusive Fensterprogramm „Red Bull TV“) wird seit Oktober 2009 über MUX B verbreitet. Der Einspeisung ging eine Ausschreibung des Programmplatzes durch die ORS voran, wobei die Red Bull Media House GmbH der einzige Bewerber war. Im Zuge der Verhandlungen erreichte die Red Bull Media House GmbH eine Absenkung ihrer an die ORS zu entrichtenden Entgelte gegenüber den von der PULS 4 TV GmbH & Co KG an die ORS zu entrichtenden Entgelte um 20%.

Alle drei angeführten Nachfrager konnten daher gegenüber der ORS jeweils in nicht unbeträchtlichem Maß nachfrageseitige Gegenmacht ausüben.

2.3.4. Entgelte

2.3.4.1. Allgemeines

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

2.3.4.2. Situation am gegenständlichen Markt

Da die ORS-Gesellschaften die einzigen Anbieter der marktgegenständlichen Übertragungsleistung sind, konnte nur eine Analyse der Entgelte der ORS-Gesellschaften durchgeführt werden.

Die laut erstelltem Gutachten an die ORS zu entrichtenden Jahresentgelte für die marktgegenständliche digitale Verbreitung von Programmen von ATV liegen unter jenen für die davor erfolgte analoge Verbreitung. Je versorgter Person hatte ATV für die analoge Verbreitung einen Betrag von € 0,36 zu entrichten, während für die marktgegenständliche

digitale Verbreitung ein Betrag von € 0,26 je versorgter Person anfiel. Die Entgelte für die digitale Verbreitung des Programms PULS 4 der PULS 4 TV GmbH & Co KG kamen in Höhe von € 0,13 je versorgter Person zu liegen bzw. im Fall der marktgegenständlichen digitalen Verbreitung der Programme Red Bull TV / Servus TV der Red Bull Media House GmbH in Höhe von € 0,10 je versorgter Person.

Ein direkter Vergleich der Preise ehemals analoger und nunmehr digitaler Sendeanlagen verschiedener Leistungsklassen ergibt, dass die Entgelte für die digitale Verbreitung zum Teil deutlich unter den Entgelten für die analoge Verbreitung liegen. Im Mittel werden für die digitale Übertragung 48 % (bei vier Programmen) bzw. 65 % (bei drei Programmen) der damaligen analogen Preise verrechnet.

Der Unterschied in den Entgelten zwischen MUX A und MUX B ergibt sich aus der unterschiedlichen Zahl an je Multiplex-Plattform verbreiteten Programme: Auf MUX A werden drei Programme übertragen, während auf MUX B vier TV-Programme (inklusive das Fensterprogramm Red Bull TV) sowie der Zusatzdienst ORF-EPG übertragen werden, wodurch sich auf MUX A das Entgelt pro Programm erhöht. Bei der überwiegenden Zahl der Sendeanlagen von MUX A handelt es sich um kleinere Anlagen mit im Vergleich zu den Anlagen von MUX B geringerer technischer Reichweite.

Im Vergleich zu den Listenpreisen für die marktgegenständliche digitale terrestrische Übertragung ergibt sich über alle Nachfrager (ATV Privat TV GmbH, PULS 4 TV GmbH & Co KG und Red Bull Media House GmbH) hinweg, dass in Summe lediglich 66 % der Listenpreise verrechnet wurden.

Es wurden von Seiten privater Rundfunkveranstalter keine Verfahren vor der KommAustria wegen eines behaupteten Verstoßes gegen die Auflagen des Zulassungsbescheides zum Betrieb der marktgegenständlichen Multiplex-Plattformen angestrengt.

2.3.5. Vertikale Integration

2.3.5.1. Allgemeines

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

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

2.3.5.2. Situation am gegenständlichen Markt

Da der ORF mit den privaten TV-Veranstaltern, welche auf die Leistungen seiner ORS-Tochtergesellschaft(en) angewiesen sind, am Endkundenmarkt im Wettbewerb steht, bestehen für die ORS grundsätzlich ökonomische Anreize, private Rundfunkveranstalter gegenüber dem ORF zu benachteiligen, solange der ORF einen signifikanten Anteil an seinen ORS-Tochtergesellschaften hält. Aufgrund der starken Position der Nachfrager und des Vorliegens nachfrageseitiger Gegenmacht auf dem gegenständlichen Markt ist die Wahrscheinlichkeit, dass es zu überhöhten Preisen kommt, allerdings vergleichsweise gering. Das Potenzial der ORS, hinsichtlich der Qualität der bereitgestellten Leistung zu diskriminieren, ist ebenfalls gering, da zwischen Programmveranstalter und ORS eine durchschnittliche Datenrate vereinbart wird. Die tatsächlichen zur Verfügung gestellten Datenraten werden zwar nach dem Prinzip des statistischen Multiplexing zugewiesen und

schwanken je nach Bedarf, es werden aber Aufzeichnungen geführt, sodass für die Programmveranstalter überprüfbar ist, ob die vereinbarte durchschnittliche Datenrate auch tatsächlich bereitgestellt wird.

Aufgrund rechtlicher Bestimmungen zur Zugangsgewährung, nachfrageseitiger Gegenmacht und der fehlenden Möglichkeiten der ORS, einzelne Nachfrager gegenüber dem ORF zu diskriminieren, ist die vertikale Integration von ORF und ORS-Gesellschaften auf dem gegenständlichen Markt als wenig problematisch zu beurteilen.

2.3.6. Sonstige Indikatoren

Andere Indikatoren, die nach § 35 Abs. 2 TKG 2003 zur Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat, herangezogen werden können, haben schon aus ökonomischer Sicht keine Bedeutung, da es auf dem gegenständlichen Markt keine Alternative zum flächendeckenden Sendernetz der ORS-Gesellschaften gibt. Dies betrifft die Indikatoren Vorteile aus der Verkaufs- und Vertriebsorganisation (Z 7), Produktdifferenzierung (Z 10) bzw. technologiebedingter Vorsprung (Z 6). Diese Indikatoren mussten daher auch nicht weiter geprüft werden.

2.3.7. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

Aufgrund der spezifischen Nachfrage- und Marktstruktur (wenige Nachfrager, geringer Anteil der Plattform am Endkundenmarkt) ist nicht davon auszugehen, dass die ORS (je nach Auftreten auf dem gegenständlichen Markt ist das entweder die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG oder die ORS comm GmbH & Co KG) auf dem gegenständlichen Markt gegenüber ihren Abnehmern (den privaten Fernsehveranstaltern) Marktmacht ausüben kann.

Es ist vor allem auf das Vorliegen von nachfrageseitiger Gegenmacht zurückzuführen, dass das Marktergebnis auf dem Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B jenem entspricht, wie es unter effektivem Wettbewerb gegeben ist bzw. dass ohne sektorspezifische Regulierung ein solches Ergebnis vorliegt.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen hinsichtlich der Indikatoren für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht, der festgestellten Wettbewerbsprobleme beruhen – soweit im Folgenden keine spezifischere Angabe erfolgt – auf der schlüssigen und nachvollziehbaren ökonomischen Analyse in dem von den Amtsgutachtern erstellten Gutachten (KOA 6.300/10-035).

Die Angaben zur Bedeckung der Multiplex-Plattformen A und B stammen aus dem erstellten Gutachten der Amtssachverständigen. Die mittlerweile geänderten Ausprägungen der einzelnen Marktmachtindikatoren sind als so geringfügig einzustufen, dass der erhobene Befund des Gutachtens nach wie vor aufrecht bleibt.

3.1. Zur Aktualität der Datenlage

Die ORS beruft sich in ihrer Stellungnahme vom 02.12.2010 (Seite 5-6) auf die Stellungnahme der Europäischen Kommission im Zuge des Verfahrens AT/2009/0896; sie kritisiert auch hinsichtlich des gegenständlichen Marktes das zeitliche Auseinanderfallen von Marktabgrenzung und Marktanalyse und leitet aus der daraus resultierenden mangelnden Aktualität der Verwendung findenden Daten einen "eindeutigen Rechtsmangel" ab.

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

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

Die Inanspruchnahme rechtlicher Mittel gegen die im gegenständlichen Verfahren ergangenen Aufforderungen zur Datenübermittlung kann im Ergebnis aber nicht zur Folge haben, dass die Erlassung des gegenständlichen Bescheides lediglich aufgrund einer behaupteten fehlenden Datenaktualität verunmöglicht wird.

Daher war im gegenständlichen Verfahren auf diese Daten zurückzugreifen. Im Übrigen ist auch nicht davon auszugehen, dass sich am Markt wesentliche Änderungen ergeben haben.

3.2. Ersuchen um Ausnahme von der Akteneinsicht

Mehrere Verfahrensparteien beantragten die Ausnahme von Teilen der sie betreffenden Stellungnahmen bzw. ihrer eigenen Schriftsätze von der Akteneinsicht (ORS-Stellungnahmen vom 28.02.2011 und vom 03.03.2011 hinsichtlich von Teilen ihrer Stellungnahme vom 03.12.2010 [Juconomy-Gutachten] sowie Stellungnahmen von ATV und von Red Bull, beide vom 24.03.2011, hinsichtlich der jeweils an die ORS entrichteten Entgelte für die MUX-Weiterverbreitung), da es sich zumindest teilweise um schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handle. In keinem der gestellten Anträge erfolgte eine Glaubhaftmachung des wirtschaftlichen Interesses an der Geheimhaltung dieser Daten.

In der nach entsprechender Aufforderung durch die KommAustria eingebrachten Stellungnahme der ORS vom 28.02.2011 wurde zur Begründung, warum Teile der ORS-Stellungnahmen von der Akteneinsicht auszunehmen seien, lediglich ausgeführt, dass die zu streichenden Daten einem größerem Personenkreis nicht bekannt und auch nicht leicht zugänglich seien, sowie eine Bekanntgabe der zu streichenden Daten zu beträchtlichen Nachteilen für die ORS führen würde. Eine ausreichende Glaubhaftmachung ihres wirtschaftlichen Interesses an der Geheimhaltung der Daten erfolgte dabei nicht.

Die KommAustria kam den gestellten Anträgen in der Folge daher nicht nach, da die entsprechenden Daten ausnahmslos das Vorhandensein von für die Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht zu untersuchenden Marktmachtindikatoren (insbesondere Entgelthöhe und mögliches diskriminierendes Preissetzungsverhalten durch die ORS) betrafen. Da davon auszugehen war, dass die diesbezüglichen Feststellungen für das Ergebnis dieses Verfahrens relevant sein würden, waren sie entsprechend dem Prinzip des umfassenden Parteiengehörs allen (damaligen) Verfahrensparteien zugänglich zu

machen (VwGH Zl. 2002/03/0273 vom 25.02.2004; "keine geheimen Beweismittel in einem rechtsstaatlichen Verfahren").

Die Feststellungen zum Thema "Verfahrensparteien" gründen sich auf die vorliegenden Akten der KommAustria.

Im Übrigen gründen die Feststellungen auf den vorliegenden Akten der KommAustria.

Den Ergebnissen der Amtsgutachter und auch den Ausführungen der Puls 4 TV GmbH & Co KG als auch der ATV Privat TV GmbH & Co KG in ihren Stellungnahmen zum Thema Entgelthöhe der ORS folgend, geht die KommAustria davon aus, dass die ORS unterschiedliche Entgelte je Nachfrager zur Anwendung bringt (zur rechtlichen Würdigung siehe 4.7.4).

Auch unter Berücksichtigung der bestehenden Verpflichtungen zur Gewährung von Zugang zu den Plattformen sowie zur Anwendung angemessener Entgelte gemäß den Spruchpunkten 4.5.1 bis 4.5.6 des Zulassungsbescheides der KommAustria vom 23.02.2006, KOA 4.200/06-002, konnten die Gutachter davon ausgehen, dass die ORS keine Entgelte in einer Höhe zur Anwendung bringt, die auf das missbräuchliche Anwenden beträchtlicher Marktmacht hindeuten.

Hinsichtlich des ebenfalls von der Red Bull Media House GmbH über MUX B verbreiteten Fensterprogramms „Red Bull TV“ liegen keine Anhaltspunkte vor, die gegen die Annahme gleicher Vertragsbedingungen wie bei der Ausstrahlung des Programms „Servus TV“ sprechen würden.

Die Feststellungen zur Konzernstruktur des ORF und seiner ORS-Tochtergesellschaften sowie zur Geschäftsführeridentität ergeben sich aus dem offenen Firmenbuch. Die Feststellungen zu den identen Geschäftsfeldern sowie zum einheitlichen Marktauftritt ergeben sich aus dem Gründungsvertrag der ORS comm GmbH & Co KG sowie aus dem beobachtbaren Marktauftritt, insbesondere der einheitlichen Internet-Präsenz.

4. Rechtliche Beurteilung

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

Gemäß § 120 Abs. 1 lit. b Z 4 TKG 2003 nimmt die gemäß § 1 Abs. 1 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF. BGBl. I Nr. 125/2011, zur Verwaltungsführung in Angelegenheiten der Rundfunkregulierung eingerichtete KommAustria Aufgaben der Wettbewerbsregulierung nach dem fünften Abschnitt des TKG 2003 wahr. In diesen Aufgabenkomplex fällt gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 die Führung von Marktanalyseverfahren der durch Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte zur Feststellung, ob auf diesen Märkten ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Darauf aufbauend obliegt der KommAustria die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß den §§ 38 bis 46 und § 47 Abs. 1 TKG 2003, um allenfalls identifizierten Wettbewerbsproblemen entgegenzuwirken. Ebenso obliegt der KommAustria die Änderung oder Beibehaltung bereits bestehender spezifischer Verpflichtungen, soweit sie den relevanten Markt betreffen. Bei Wegfall eines durch Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten Marktes entfallen auch die für diesen Markt auferlegten spezifischen Verpflichtungen (§ 37 Abs. 2 TKG 2003).

4.1.1. Übergangsbestimmungen – anwendbare Rechtslage

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

Das gegenständliche Verfahren wurde am 13.05.2009 und somit vor Inkrafttreten von BGBl. I Nr. 102/2011 (kundgemacht am 21.11.2011) eingeleitet. Die in diesem Bescheid vorgenommene Marktanalyse erfolgt daher nach der vorher bestehenden Rechtslage (§§ 35 ff TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 50/2010), welche lautet:

§ 35 TKG 2003 – Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

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

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

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

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

- 1. das Ausmaß an Marktkonzentration, die Verteilung der Marktanteile und deren Veränderung im Zeitverlauf,*

2. die Höhe von Markteintrittsschranken, das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,
3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,
4. die vorhandene Markttransparenz,
5. die jeweilige Marktphase,
6. die Homogenität der Produkte,
7. die zugrunde liegenden Kostenstrukturen,
8. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,
9. das Ausmaß an technologischer Innovation und der Reifegrad der Technologie,
10. die Existenz freier Kapazitäten,
11. die Existenz informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den Marktteilnehmern,
12. Mechanismen für Gegenmaßnahmen,
13. das Ausmaß der Anreize für Preiswettbewerb.

(5) Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann es auch auf horizontal und vertikal bzw. geografisch benachbarten Märkten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken.

§ 36 TKG 2003 – Marktdefinitionsverfahren

(1) Die Regulierungsbehörde hat durch Verordnung die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten und im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung allfälliger geografischer Besonderheiten in Bezug auf die Wettbewerbssituation sowie der Erfordernisse sektorspezifischer Regulierung festzulegen. Diese Verordnung ist regelmäßig, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, zu überprüfen.

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

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

§ 37 TKG 2003 – Marktanalyseverfahren

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

(2) Gelangt die Regulierungsbehörde in diesem Verfahren zur Feststellung, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, hat sie diesem oder diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 aufzuerlegen, wobei dem allfälligen Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Märkten im

Sinne des Verhältnismäßigkeitsgebotes bei der Wahl und Ausgestaltung der Verpflichtungen angemessen Rechnung zu tragen ist. Bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen werden, sofern sie den relevanten Markt betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt. Bei Wegfall eines durch Verordnung festgelegten Marktes gemäß § 36 Abs. 1 entfallen auch die für diesen Markt auferlegten spezifischen Verpflichtungen.

(3) Stellt die Regulierungsbehörde auf Grund des Verfahrens fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmarkt verfügt, darf sie – mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 – keine Verpflichtungen gemäß Abs. 2 auferlegen; diesfalls stellt die Regulierungsbehörde durch Bescheid fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb herrscht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen auf diesem Markt bestehen, werden diese mit Bescheid aufgehoben. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt.

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

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

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

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

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

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

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

(11) Hat die Regulierungsbehörde eine mündliche Verhandlung mit Edikt anberaumt, hat das Edikt neben dem in § 44d Abs. 2 AVG genannten Inhalt auch den Hinweis auf die Rechtsfolgen nach § 42 Abs. 1 AVG zu enthalten.

§ 38 TKG 2003 – Gleichbehandlungsverpflichtung

(1) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegen.

(2) Die Gleichbehandlungsverpflichtungen haben insbesondere sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen.

(3) Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots verlangen. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte anzugeben.

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

§ 39 TKG 2003 – Transparenzverpflichtung

(1) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungen zur Transparenz in Bezug auf den Zugang auferlegen.

(2) Zu diesem Zweck kann die Regulierungsbehörde - unbeschadet der Bestimmungen des § 90 - Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zusätzlich nachstehende Informationsverpflichtungen auferlegen:

1. Informationen zur Buchhaltung und Kostenrechnung,
2. technische Spezifikationen,
3. Netzmerkmale,
4. Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie
5. Entgelte einschließlich Rabatte.

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

§ 40 TKG 2003 – Getrennte Buchführung

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

(2) Zu diesem Zweck kann insbesondere ein vertikal integriertes Unternehmen aufgefordert werden, seine Großhandelspreise und internen Verrechnungspreise transparent und nachvollziehbar zu gestalten. Die Regulierungsbehörde kann das zu verwendende Format und die zu verwendende Kostenrechnungsmethode festlegen. Dies beinhaltet auch den Detailgrad und die Form, in der die Informationen zur Verfügung zu stellen sind.

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

§ 41 TKG 2003 – Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

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

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

1. Gewährung des Zugangs zum Netz und zu entbündelten Teilen desselben;

2. Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte;
3. bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern;
4. Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen;
5. Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind;
6. Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Kabelkanälen und Schächten;
7. Schaffung der Voraussetzungen, die für die Interoperabilität von Ende-zu-Ende-Diensten notwendig sind, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming in Mobilfunknetzen;
8. Gewährleistung des Zugangs zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, sowie
9. Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen.

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

1. technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen im Hinblick auf die Geschwindigkeit der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs berücksichtigt werden;
2. Möglichkeit der Gewährung des Zugangs im Hinblick auf die verfügbare Kapazität;
3. Anfangsinvestition des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken;
4. Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs;
5. gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum;
6. Bereitstellung europaweiter Dienste.

§ 42 TKG 2003 – Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang

(1) Stellt die Regulierungsbehörde im Verfahren gemäß § 37 fest, dass ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, kann ihm die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen. Hierbei hat die Regulierungsbehörde den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken und der zukünftigen Marktentwicklung zu erwirtschaften. Darüber hinaus sind die Kosten und Risiken von Investitionen für neue Kommunikationsnetze besonders zu berücksichtigen und es können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

(2) Wird ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet, seine Entgelte an den Kosten zu orientieren, obliegt es diesem Unternehmen, nachzuweisen, dass seine Entgelte sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen. Zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung kann die Regulierungsbehörde eine von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens

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

(3) Wird einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Kostenrechnungsmethode vorgeschrieben, hat die Regulierungsbehörde eine Beschreibung der Kostenrechnungsmethode zu veröffentlichen, in der die wesentlichen Kostenarten und die Regeln der Kostenzuweisung aufgeführt werden. Die Anwendung der vorgeschriebenen Kostenrechnungsmethode ist von der Regulierungsbehörde oder einer von ihr beauftragten qualifizierten unabhängigen Stelle jährlich zu überprüfen. Das Prüfergebnis ist von der Regulierungsbehörde zu veröffentlichen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2. Zugrundeliegende Marktdefinition

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

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

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

In diesem Zusammenhang ist auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) zu den Zahlen 2010/03/0001 bis 0003 vom 19.04.2012 zu verweisen. Mit den im Instanzenzug ergangenen und von der ORS angefochtenen Bescheiden hatte die KommAustria dieser Verfahrenspartei gemäß § 37 Abs. 6 iVm mit § 90 Abs. 1 Z 4 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) die Vorlage bestimmter Unterlagen aufgetragen. Die Vorlage der geforderten Unterlagen sollte (u.a.) der Durchführung des gegenständlichen Marktanalyseverfahrens hinsichtlich des gemäß der RFMVO 2009 als relevant festgelegten gegenständlichen Marktes dienen. Der VwGH bestätigte nun in seinem Erkenntnis einerseits, dass die seinerzeitigen gemäß § 37 Abs. 6 iVm § 90 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 ergangenen Bescheide der KommAustria zu Recht ergangen waren und äußerte sich andererseits zur Geltung der RFMVO 2009: Er führte aus, dass die entsprechend der damaligen Rechtslage gemäß § 36 Abs. 2 TKG 2003 erfolgte Festlegung der relevanten Märkte durch die RFMVO 2009 unter "Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften" getroffen wurde. Eine im Sinne des Vorbringens der beschwerdeführenden Partei "nicht richtlinienkonforme" Festlegung der relevanten Märkte in der RFMVO 2009 konnte er nicht erkennen. Der VwGH verwies dabei auf die bereits vom VfGH geprüfte und als richtlinienkonform befundene Telekommunikationsmärkteverordnung 2008, welche auf vergleichbarer gesetzlicher Grundlage erlassen worden war, und wies schlussendlich darauf hin, dass die Prüfung der Gesetzwidrigkeit einer Verordnung gemäß Art. 139 B-VG dem VfGH obliegt. Gerade die im vorliegenden Fall erhobenen VfGH-Beschwerden, die auf eine Verordnungsprüfung abgezielt hatten, waren aber bereits erfolglos geblieben (VfGH 09.03.2011, B 1596/09-12). Allen Anträgen der ORS, die im Ergebnis auf eine Neudefinition des zugrundeliegenden Marktes abzielen, war daher aus den angeführten Gründen nicht näher zu treten.

4.3. Das Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

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

Gelangt die Regulierungsbehörde zu der Feststellung, dass auf dem jeweiligen relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit

kein effektiver Wettbewerb besteht, hat sie diesem oder diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen, wobei dem allfälligen Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Plattformen (z.B. SAT, CATV und digitale Terrestrik) im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgebotes bei der Wahl und Ausgestaltung der Verpflichtungen angemessene Rechnung zu tragen ist (vgl. § 37 Abs. 2 TKG 2003). Bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen werden, sofern sie den relevanten Markt betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt. Bei Wegfall eines durch Verordnung festgelegten Marktes gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 entfallen auch die für diesen Markt auferlegten spezifischen Verpflichtungen.

Stellt die Regulierungsbehörde demgegenüber fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb herrscht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, darf sie (mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 TKG 2003) keine Verpflichtungen gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegen; diesfalls stellt die Regulierungsbehörde gemäß § 37 Abs. 3 TKG 2003 durch Bescheid fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb herrscht.

4.4. Parteistellung

Die derzeitige Zulassungsinhaberin Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG war dem Verfahren gemäß § 8 AVG als Partei beizuziehen. Ebenso waren der ORS comm GmbH & Co KG Parteienrechte einzuräumen.

Die Parteistellung der ATV Privat TV GmbH & Co KG und der PULS 4 TV GmbH & Co KG gründet sich auf § 37 Abs. 9 TKG 2003 iVm § 40 Abs. 2 KOG, da eine Betroffenheit insoweit glaubhaft ist, als die derzeit am gegenständlichen Markt die Leistungen der ORS in Anspruch nehmenden Unternehmen jedenfalls in ihrer wirtschaftlichen Position vom gegenständlichen Verfahren berührt sein können.

Die Red Bull Media House GmbH hat durch eingetretene Präklusion aufgrund ihrer Nichtteilnahme an der mündlichen Verhandlung am 14.06.2012 ihre Parteistellung verloren.

4.5. Konzernrechtliche Verbindung der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG mit der ORS comm GmbH & Co KG

Im TKG 2003 fehlt eine ausdrückliche Regelung, ob bei Auslegung des Begriffes "Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht" iSd §§ 35ff TKG 2003 lediglich auf eine einzelne juristische Person innerhalb eines Konzernverbundes abzustellen ist, oder ob gegebenenfalls jedes konkrete einzelne verbundene Unternehmen innerhalb des Konzerns im Falle des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht zur Einhaltung spezifischer Vorabverpflichtungen zu verpflichten ist.

Angesichts der verschiedenen ORS-Gesellschaften (siehe dazu die Feststellungen zu Punkt 2.2.3) war daher die Frage zu klären, ob bzw. inwieweit die ORS comm GmbH & Co KG bei der Untersuchung der einzelnen Marktmachtindikatoren ebenfalls heranzuziehen ist.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist das Erkenntnis des VwGH vom 17.11.2011 (Zl. 2008/03/0174), in dem er ausführt, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht nur die sektorspezifischen, sondern auch die allgemeinen Wettbewerbsregeln einzuhalten haben. Die Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht und deren Missbrauch durch ein Unternehmen hat nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs unter Berücksichtigung der Grundsätze des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaft zu erfolgen. Im Bereich der Wettbewerbsregulierung (bspw. § 20 Kartellgesetz 2005) kommt das Prinzip der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zum Tragen. Auch für den Bereich des

öffentlichen Rechts wird die Möglichkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise eines Sachverhalts für prinzipiell zulässig erachtet (*Potacs* in FS Schäffer, "Zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im öffentlichen Recht", S 669 f).

Angesichts insbesondere 1.) der Alleineigentümerschaft der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG an der ORS comm GmbH & Co KG, 2.) der identen Geschäftsbereiche beider ORS-Gesellschaften und der Tatsache, dass das Geschäftsfeld der ORS comm GmbH & Co KG von dem der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG umfasst wird, 3.) dem Inhalt der Übergabvereinbarung zwischen den beiden erwähnten ORS-Gesellschaften (im Wesentlichen idente Geschäftsfelder) sowie 4.) der Geschäftsführeridentität bei der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG und der ORS comm GmbH & Co KG erscheint es daher erforderlich, die beiden genannten Unternehmen als wirtschaftliche Einheit zu betrachten. Folglich waren beide Unternehmen hinsichtlich der Fragestellung der marktbeherrschenden Stellung gleich zu behandeln.

4.6. Effektiver Wettbewerb

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

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

Die nationale Umsetzung des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation (dieser besteht unter anderem aus der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) und aus der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), beide geändert mit Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009, Abl. Nr. L 337 vom 18.12.2009) lösen den Zusammenhang zwischen "beträchtlicher Marktmacht" iSd § 35 TKG 2003 und "effektivem Wettbewerb" iSd § 37 TKG 2003) mit der so genannten "Gleichsetzungsthese" auf, derzufolge bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegt. So hält die Europäische Kommission in ihren „Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“ (SMP-Leitlinien), ABl. C 165/6 vom 11.07.2002, in Rz(n). 19, 112, fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt effektiver Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. Für die Anwendung des neuen Rechtsrahmens wird "effektiver Wettbewerb" dahin gehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. ebenso EG 27 der RahmenRL).

4.7. Beurteilung der Wettbewerbssituation am Vorleistungsmarkt „Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“

Gemäß § 35 Abs. 2 und 3 TKG 2003 ist das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht anhand einer Reihe von Kriterien festzustellen. Nachstehend erfolgt daher eine rechtliche Würdigung der im Sachverhalt zu Punkt II 2. getroffenen Feststellungen zu den einzelnen

und für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht als bedeutend identifizierten Indikatoren für Marktmacht.

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

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

Die Leitlinien halten dabei 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.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40 % angesetzt, obwohl in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung angenommen wurde, da Marktbeherrschung unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne hohen Marktanteil vorliegen kann. Die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes setzt die Schwelle bei 50 % an, ab der – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – das Vorliegen von Marktmacht als erwiesen gilt.

Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist.

Dieser Marktmachtindikator spricht angesichts eines dauerhaften Marktanteils der ORS in Höhe von 100 % für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht durch die ORS.

4.7.2. Zum Indikator „Marktzutrittschranken“

Die Liste der Kriterien für alleinige beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003) nennt die „Höhe von Marktzutrittschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator; zudem werden „Marktzutrittschranken“ in Rz. 80 der SMP-Leitlinien angeführt.

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

Die Prüfung von Marktzutrittschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl. EuGH Rs 6/72 – Continental Can/Kommission, Slg 1973, 215).

Die Existenz von langfristigen Marktzutrittschranken ist ein Schlüsselkriterium für die Beurteilung von beträchtlicher Marktmacht. Bei freiem Markteintritt würden Übergewinne von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Eintritt weiterer Unternehmen induzieren,

was eine Erosion der Übergewinne (bzw. der marktbeherrschenden Stellung) zur Folge hätte. Je schwieriger der Marktzutritt ist, desto höher ist potenziell das Ausmaß an Marktmacht der etablierten Unternehmen. Das Vorliegen von Marktmacht kann vor allem auf Märkten vermutet werden, in denen die Marktkonzentration hoch ist und zugleich hohe Marktzutrittsschranken vorliegen.

Die Österreichische Rundfunksender GmbH & CO KG ist per Bescheid der KommAustria (KOA 4.200/06-002) das einzige Unternehmen, welches die bundesweite digital-terrestrische Verbreitung von Fernsehsignalen via MUX A und MUX B zum Endkunden anbieten kann. Für alternative Unternehmen besteht daher in naher Zukunft keine Möglichkeit, ebenfalls als Anbieter dieser Leistung in den Markt einzutreten. TV-Veranstalter, die ihr Programm bundesweit digital-terrestrisch verbreiten möchten, sind auf die Dienste der Österreichischen Rundfunksender GmbH & CO KG bzw. der ORS comm GmbH & Co KG angewiesen.

Eine Zugangsverpflichtung ergibt sich für die Österreichische Rundfunksender GmbH & CO KG und damit für die ORS comm GmbH & Co KG implizit aus verschiedenen Einzelbestimmungen des Zulassungsbescheids (Verpflichtungen zur Programmbelegung, Verpflichtungen zum Roll-Out-Plan). Diese Zugangsverpflichtung bleibt unabhängig von einem Bescheid nach § 37 Abs. 2 TKG 2003 bestehen, ebenso die soeben erwähnten Verpflichtungen.

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

4.7.3. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

Das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht wird in § 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung von beträchtlicher Marktmacht durch ein Unternehmen alleine 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.

Das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht in Bezug auf die ATV Privat TV GmbH & Co KG ist wahrscheinlich. Die erzielte Einigung mit der ORS umfasst Entgelte, die deutlich unter den ursprünglich von der ORS geforderten Entgelten liegen.

Ähnlich stellt sich die Situation für die PULS 4 TV GmbH & Co KG und die Red Bull Media House GmbH dar, weshalb auch in Bezug auf diese Unternehmen das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht wahrscheinlich ist.

Zu würdigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass keiner der privaten Nachfrager bei der KommAustria ein Verfahren wegen behaupteter Verletzungen des Zulassungsbescheides zum Betrieb der marktgegenständlichen Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B anstrebte.

Für alle die marktgegenständliche Leistung nachfragenden privaten Fernsehveranstalter, namentlich die ATV Privat TV GmbH & Co KG (ATV), die PULS 4 TV GmbH & Co KG (Puls 4), sowie die Red Bull Media House GmbH (Servus TV inklusive Fensterprogramm Red Bull TV) ist das Vorliegen von nachfrageseitiger Gegenmacht gegenüber der ORS anzunehmen. Dies deshalb, da das wirtschaftliche Risiko eines zukünftig geringeren Angebots der Betreiber der Multiplex-Plattform trägt, da er über keine outside-option verfügt. Dieses Risiko wird durch die allgemein geringe potenzielle Nachfrage nach Übertragungsleistung über MUX A aber auch MUX B verstärkt.

Dieser Marktmachtindikator spricht im Ergebnis stark gegen das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt durch die ORS.

4.7.4. Zum Indikator „Preissetzung bzw. Entgelte“

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

Bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen alleine in der Lage – jedenfalls längerfristig –, Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. das Niveau der Mitbewerber zu heben.

Von der PULS 4 TV GmbH & Co KG sowie von der ATV Privat TV GmbH & CO KG wurde vorgebracht, dass die von der ORS angewendeten Entgelte über der Höhe effizienter Leistungsbereitstellung zu liegen kämen, dass es für private Nachfrager keine Alternativen zu den Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B der ORS gebe, bzw. dass die ORS zwischen ihren Nachfragern preislich diskriminiere.

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

Gemäß dem Greenfield-Ansatz ist in diesem Zusammenhang relevant, ob diese Schlussfolgerung zu den Entgelten auch ohne die im Zulassungsbescheid KOA 4.200/06-002 unter den Spruchpunkten 4.5.1 bis 4.5.6 geregelten Verpflichtungen (insbesondere der Verpflichtung, ein angemessenes Entgelt und eben kein kostenorientiertes Entgelt in der effizienten Leistungsbereitstellung, zu verrechnen) Gültigkeit besitzt. Da die ursprünglich geforderten und damit von der ORS offenbar auch als "angemessen" betrachteten Entgelte jeweils deutlich höher waren als die letztlich mit den Programmveranstaltern vereinbarten Entgelte, ist nach Ansicht der KommAustria nicht davon auszugehen, dass das Ergebnis der Verhandlungen allein aufgrund der Bescheidaufgaben zustande gekommen ist. Die KommAustria geht aus diesem Grund davon aus, dass das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht ausreichend gewesen war, um auch aus Sicht der Nachfrager angemessene Entgelte sicherzustellen.

Die KommAustria kann aus der festgestellten unterschiedlichen Entgelthöhe zwischen den privaten Nachfragern nach der gegenständlichen Leistung nicht ableiten, dass diese Entgelte Ausdruck des Missbrauchs von beträchtlicher Marktmacht seien: Zum einen lassen sich die unterschiedlichen Entgelte je Nachfrager und versorgter Person durch die unterschiedliche Kostensituation je Multiplex-Plattform (ATV auf MUX A, andere Nachfrager auf MUX B) erklären. Zum anderen zeigen die Feststellungen, dass die den privaten Rundfunkveranstaltern tatsächlich verrechneten Entgelte deutlich unter den Listenpreisen

der ORS liegen, sodass dieser Marktmachtindikator nicht für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht seitens der ORS spricht.

Weiters ist auch in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass im Hinblick auf die unterschiedliche Entgelthöhe die privaten Programmveranstalter kein Verfahren vor der KommAustria hinsichtlich der Verletzung von Auflagen des Zulassungsbescheides anhängig gemacht haben. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens hat keine Überprüfung der Einhaltung der Auflagen des Zulassungsbescheides zu erfolgen. Dem letztlich darauf gerichteten Anbringen der PULS 4 TV GmbH & Co KG war insoweit nicht näher zu treten.

4.7.5. Zum Indikator „vertikale Integration“

Das Vorliegen vertikaler Integration gemäß § 35 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 und Rz. 78 der SMP-Leitlinien bildet für die Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht am vorliegenden Markt insofern einen relevanten Parameter, als vertikale Integration in entscheidendem Maße die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Konkurrenten bestimmt.

Die Feststellungen ergeben einerseits, dass der ORF mit den privaten TV-Veranstaltern, welche auf die Leistungen seiner Tochtergesellschaft ORS comm GmbH & Co KG angewiesen sind, am Endkunden(Werbe)-Markt im Wettbewerb steht. Obwohl sowohl die ORS Rundfunksender GmbH & Co KG als auch die ORS comm GmbH & Co KG als mit dem ORF vertikal integriert zu betrachten sind, erscheint diese Tatsache als wenig problematisch im Hinblick auf das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht: Die theoretisch bestehenden Anreize, private Rundfunkveranstalter gegenüber dem ORF zu benachteiligen, zeigen angesichts der starken Position der Nachfrager und des damit verbundenen Vorliegens nachfrageseitiger Gegenmacht auf dem gegenständlichen Markt, keine negativen Auswirkungen auf die Gefahr eines tatsächlichen Marktmachtmissbrauchs durch die ORS-Gesellschaften auf diesem Markt.

4.7.6. Sonstige Indikatoren

Andere Indikatoren, die nach § 35 Abs. 2 TKG 2003 zur Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat, herangezogen werden können, haben nach den Feststellungen keine Bedeutung, da es auf dem gegenständlichen Markt keine Alternative zum Sendernetz der ORS gibt. Dies betrifft die Indikatoren Vorteile aus der Verkaufs- und Vertriebsorganisation (Z 7), Produktdifferenzierung (Z 10) bzw. technologiebedingter Vorsprung (Z 6).

Diese Marktmachtindikatoren tragen daher zur Beantwortung der Frage über das Vorliegen von allfälliger beträchtlicher Marktmacht durch ein Unternehmen auf dem gegenständlichen Markt kaum bei.

4.7.7. Zusammenfassende Würdigung und Schlussfolgerung

Die Würdigung der im Sachverhalt zu den einzelnen in § 35 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Marktmacht-Indikatoren getroffenen Feststellungen ergibt, dass vor allem aufgrund des Vorliegens nachfrageseitiger Gegenmacht aus ökonomischer Sicht davon auszugehen ist, dass das Marktergebnis auf dem „Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“ jenem entspricht, wie es unter effektivem Wettbewerb gegeben ist bzw. dass ohne sektorspezifische Regulierung ein solches Ergebnis vorliegt.

Aufgrund der spezifischen Nachfrage- und Marktstruktur (wenige Nachfrager) ist nicht davon auszugehen, dass die ORS auf dem gegenständlichen Markt gegenüber ihren Abnehmern, das sind die privaten Fernsehveranstalter, Marktmacht missbräuchlich ausüben kann.

Dies insbesondere deshalb nicht, da das wirtschaftliche Risiko eines zukünftig geringeren Angebots der Betreiber der Multiplex-Plattform trägt, der über keine outside-option verfügt. Dieses Risiko wird durch die allgemein geringe potenzielle Nachfrage nach Übertragungsleistungen über MUX A aber auch MUX B verstärkt.

Da der Marktmachtindikator „nachfrageseitige Gegenmacht“ im Ergebnis stark gegen das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt durch die ORS spricht, ist davon auszugehen, dass keine Wettbewerbsprobleme iSd § 37 Abs. 1 TKG 2003 vorliegen.

Auf dem gegenständlichen Markt verfügt daher kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht iSv § 37 Abs. 1 TKG 2003. Es besteht daher keine rechtliche Grundlage für das Auferlegen von spezifischen Verpflichtungen gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003.

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

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

Der vorliegende Feststellungsbescheid nach § 37 TKG 2003 stellt eine derartige Vollziehungshandlung iSd §§ 128 f TKG 2003 dar, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination zu unterwerfen ist.

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

III. Rechtsmittelbelehrung

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

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

Inhaltsverzeichnis

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003.....	1
I. Spruch.....	1
II. Begründung.....	1
1. Gang des Verfahrens	1
2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt	6
2.1. Verfahrensparteien	6
2.2. Verfahrensgegenständlicher Markt „Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“	6
2.2.1. Marktabgrenzung.....	6
2.2.2. Marktteilnehmer-Marktstruktur-Marktverhalten	6
2.2.3. Involvierte Unternehmen	7
2.3. Indikatoren für beträchtliche Marktmacht	8
2.3.1. Marktanteile.....	8
2.3.2. Marktzutrittsschranken.....	9
2.3.2.1. Allgemeines.....	9
2.3.2.2. Rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken.....	9
2.3.3. Nachfrageseitige Gegenmacht.....	9
2.3.3.1. Allgemeines.....	9
2.3.3.2. Situation am gegenständlichen Markt	10
2.3.4. Entgelte.....	12
2.3.4.1. Allgemeines.....	12
2.3.4.2. Situation am gegenständlichen Markt	12
2.3.5. Vertikale Integration	13
2.3.5.1. Allgemeines.....	13
2.3.5.2. Situation am gegenständlichen Markt	13
2.3.6. Sonstige Indikatoren	14
2.3.7. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation	14
3. Beweiswürdigung.....	14
3.1. Zur Aktualität der Datenlage.....	14
3.2. Ersuchen um Ausnahme von der Akteneinsicht.....	15
4. Rechtliche Beurteilung	16
4.1. Zuständigkeit der KommAustria und Wettbewerbsregulierung nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003.....	16
4.1.1. Übergangsbestimmungen – anwendbare Rechtslage.....	17
4.2. Zugrundeliegende Marktdefinition	23
4.3. Das Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003	23
4.4. Parteistellung	24
4.5. Konzernrechtliche Verbindung der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG mit der ORS comm GmbH & Co KG	24
4.6. Effektiver Wettbewerb	25
4.7. Beurteilung der Wettbewerbssituation am Vorleistungsmarkt „Markt für den Zugang und die digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B“.....	25
4.7.1. Zum Indikator „Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“	26
4.7.2. Zum Indikator „Marktzutrittsschranken“.....	26
4.7.3. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“	27
4.7.4. Zum Indikator „Preissetzung bzw. Entgelte“.....	28
4.7.5. Zum Indikator „vertikale Integration“	29
4.7.6. Sonstige Indikatoren	29
4.7.7. Zusammenfassende Würdigung und Schlussfolgerung	29
4.8. Zu den Verfahren gemäß §§ 128 und 129 TKG 2003.....	30
III. Rechtsmittelbelehrung	30