

Abs.: VÖP, Kärntner Ring 5-7, 1010 Wien

An die  
Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)  
p.A. Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH  
Mariahilfer Straße 77-79  
1060 Wien

per Email: [rtr@rtr.at](mailto:rtr@rtr.at)

Kopie: EU-Kommission, per Email: [CNECT-ARTICLE7@ec.europa.eu](mailto:CNECT-ARTICLE7@ec.europa.eu)


Wien, am 6.6.2018

**KOA 6.300/18-007 – Stellungnahme des Verbands Österreichischer  
Privatsender**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken für die Gelegenheit, im Verfahren KOA 6.300/18-007 Stellung zu nehmen und dürfen Ihnen unsere Überlegungen beiliegend zur Kenntnis bringen. Wir danken im Voraus für deren Berücksichtigung und stehen für Fragen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Corinna Drumm', with a stylized, cursive script.

Corinna Drumm

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel.: +43 (1) 2051160 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT633200000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

Wir vertreten als **Verband österreichischer Privatsender (VÖP)** die Interessen der österreichischen Privatradios. Im Auftrag unserer Mitglieder geben wir zu dem am 9.5.2018 veröffentlichten Entwurf einer Vollziehungshandlung gem. § 128 Abs. 1 TKG 2003, **KOA 6.300/18-007**, folgende

## STELLUNGNAHME

ab:

### 1. Zusammenfassung

Der vorliegende Entwurf bestätigt im Kern das Ergebnis des ersten Bescheidentwurfs (KOA 6.300/17-007): ORS und ORS comm verfügen auf dem relevanten Markt für UKW-Verbreitungsleistungen in Österreich über beträchtliche Marktmacht (Spruchpunkt 2); ORS und ORS comm werden gem. §§ 36f TKG verbindliche Vorabverpflichtungen auferlegt (Spruchpunkt 3), die weitgehend den schon bisher auferlegten Vorabverpflichtungen von ORS/ORS comm entsprechen.

Aufgrund der Intervention der EU-Kommission (Vetoentscheidung<sup>1</sup>) berücksichtigt die KommAustria in ihrem Bescheidentwurf nun auch marktgegenständliche **Eigenleistungen** des ORF-Konzerns, also UKW-Verbreitungsleistungen, die ORS/ORS comm im Innenverhältnis an den ORF erbringen. Die Eigenleistungen werden nunmehr als Teil des relevanten Marktes betrachtet, die Marktabgrenzung wurde entsprechend angepasst (Spruchpunkt 1.) und die Gleichbehandlungsverpflichtung (Spruchpunkt 3.3.) um Eigenleistungen erweitert.

Als Vertreter der Interessen der österreichischen Privatradios und damit der Interessen aller wesentlichen (privaten) Nachfrager nach UKW-Verbreitungsleistungen in Österreich verfügen wir über langjährige, intensive Marktkenntnis und kennen die Probleme der Nachfrageseite sehr gut. Insoweit können wir festhalten, dass sich das Ergebnis der Marktanalyse über weite Strecken mit unserer eigenen Wahrnehmung deckt und wir die Auferlegung von Vorabpflichten in der vorliegenden Form weitgehend zustimmend zur Kenntnis nehmen.

In einigen wenigen, in der Marktrealität aber sehr wichtigen Fragen haben wir jedoch ein gravierend anderes Verständnis und vertreten die Auffassung, dass der Entscheidungsentwurf in diesen Fragen **nicht zu den richtigen Ergebnissen** kommt. Es handelt es sich um die folgenden drei Punkte:

Der erste zentrale Kritikpunkt betrifft das Problem der ‚**Altverträge**‘, also sämtlicher Vereinbarungen von Privatradioveranstaltern mit ORS und ORS comm über UKW-Verbreitungsleistungen, die vor Rechtskraft der gegenständlichen Vollziehungshandlung abgeschlossen wurden. Da sich die KommAustria aus u.E. fehlgeleiteten rechtlichen Erwägungen einer Abhilfemaßnahme für dieses Problem verweigert, praktisch<sup>2</sup> alle privaten Radioveranstalter Österreichs aber an Altverträge

<sup>1</sup> Beschluss der Kommission vom 12.1.2018 C(2018) 63 final.

<sup>2</sup> Ausgenommen sind künftige Neueinsteiger in den österreichischen Radiomarkt, also theoretisch Radioveranstalter, die erst nach Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides eine Radiozulassung erwerben werden (siehe Spruchpunkt 3.4.2.: „...nach Zustellung dieses Bescheides...“).

gebunden sind, die noch viele Jahre laufen werden (Mindestlaufzeit 10 Jahre; mangelnde Änderungsmöglichkeiten bei Verlängerung)<sup>3</sup>, ist die Vollziehungshandlung in ihrer vorliegenden Form (einschließlich sämtlicher Vorabverpflichtungen zum Schutz der Nachfrager vor Wettbewerbsverstößen) für die privaten Radioveranstalter wirkungs- und somit bedeutungslos!

Der zweite Punkt betrifft das Ziel des Regulierungseingriffs: Vor allem die EU-Kommission, aber auch die KommAustria betrachten die Schaffung von **Investitionsanreizen** auf dem relevanten Markt für UKW-Verbreitungsleistungen als das wesentliche Ziel der Regulierung. Wir sind davon überzeugt, dass diese Zielsetzung fehlgeleitet ist, da es sich beim Markt für UKW-Verbreitungsleistungen um einen vollständig gesättigten Markt handelt. Ohne zusätzliches UKW-Frequenzspektrum ist ein nennenswerter Nachfragezuwachs ausgeschlossen. Die Erhaltung der bestehenden Infrastruktur erfordert, wie die KommAustria selbst feststellt, allerdings keiner nennenswerten Investitionen<sup>4</sup>. Das Ziel des Regulierungseingriffs und die Ausgestaltung der Vorabverpflichtungen sollte daher ausschließlich der Herstellung von Nachfragekonditionen, die sich bei funktionierendem Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt herausbilden würden (**Wettbewerbsfiktion**), dienen. Dieser Umstand ist insbesondere bei den Auflagen für die Preisregulierung zu berücksichtigen.

Der letzte, besonders wichtige Kritikpunkt betrifft die **Bewertung der Eigenleistungen im Rahmen der Marktanalyse**. Die KommAustria stellt in der Marktanalyse zwar fest, dass die Nachfrage nach UKW-Verbreitungsleistungen durch den ORF erhebliche Unterschiede im Vergleich zur Nachfrage privater Rundfunkveranstalter aufweist, dennoch behandelt sie die Nachfrage privater Veranstalter und die Nachfrage des ORF in der Ausgestaltung der Vorabpflichten gleichartig.

Dies ist ein Fehler, denn die Nachfrage des ORF ist aus wettbewerbsökonomischer Sicht nicht mit jener der Privatsender vergleichbar. Die Nachfrage des ORF nach UKW-Verbreitungsleistungen ist **im Gegensatz zur Nachfrage der Privatrundfunkveranstalter eine garantierte, bundesweite, verpflichtende und nicht preissensible Nachfrage**. Richtigerweise hätte die KommAustria zweierlei Arten der Nachfrage unterscheiden müssen und in der Ausgestaltung der Entgeltregulierung berücksichtigen müssen, die gesicherte Eigennachfrage des ORF und die den Marktbedingungen unterworfenen Nachfrage der Privatrundfunkveranstalter. Unter Wettbewerbsbedingungen würde die ORS/ORS comm die Fixkosten des bundesweiten UKW-Netzes aus der internen (nicht preissensiblen) ORF-Nachfrage abdecken, um Preissetzungsspielraum am Wettbewerbsmarkt, also dem Markt, auf dem die privaten Radioveranstalter UKW-Verbreitungsleistungen nachfragen – zu haben. Im Ergebnis würden die Preise für UKW-Verbreitungsleistungen, die den Privatrundfunkveranstalter verrechnet werden, richtigerweise bloß die (langfristigen) Grenzkosten, die durch die zusätzliche Nachfrage der Privatsender entstehen, abdecken. Der **richtige Kostenstandard**, der in den Vorabpflichten des Bescheidentwurfs für die Nachfrage

<sup>3</sup> In diesem Zusammenhang beachtlich ist der Umstand, dass ORF und ORS/ORS comm sich offenbar im Laufe des Jahres 2017 (Vertragsabschluss im Sommer 2017) auf eine Sanierung des gemeinsamen Vertrags über Eigenleistungen mit Rückwirkung auf 1.1.2017 geeinigt haben. Für Privatradios wäre diese Vorgangsweise nicht möglich – denn die gängigen Vertragsbestimmungen zwischen Privatrundfunkveranstaltern und ORF erlauben keine Neuverhandlung von Vertragskonditionen bei laufendem UKW-Betrieb. Insoweit ließe sich schon allein aus diesem Umstand eine verbotene Ungleichbehandlung in Bezug auf Vertragskonditionen (im Vergleich: ORF vs. Privatrundfunkveranstalter) vermuten.

<sup>4</sup> Siehe Bescheidentwurf, S 43.

von privaten Radioveranstaltern in Österreich abzubilden ist, wäre daher jener der **langfristigen Grenzkosten** (und nicht jener der langfristigen durchschnittlichen Kosten).

1. Ungelöstes Problem ‚Altverträge‘ führt zur Wirkungslosigkeit der Regulierungsmaßnahmen

Wie die KommAustria richtig feststellt, besteht gerade zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (über UKW-Verbreitungsleistungen) eine besondere Gefahr des Auftretens von Wettbewerbsproblemen (s S 28)<sup>5</sup>.

Diese Gefahr hat sich auch bereits materialisiert: Unsere Kritik am vorliegenden Bescheidentwurf besteht zuallererst darin, dass **sämtliche Vorabverpflichtungen** der ORS / ORS comm, z.B. zur Nichtdiskriminierung oder zur qualifizierten Ausgestaltung des Standardangebots, **für beinahe<sup>6</sup> alle privaten Radioveranstalter Österreichs faktisch wirkungslos sind**, da die allermeisten privaten Radioveranstalter seit vielen Jahren an ‚Altverträge‘ gebunden sind und diese Verträge keinen Anspruch auf Anpassung an neue/geänderte Regulierungsbedingungen zulassen<sup>7</sup>.

Solange sich die KommAustria der Auferlegung einer Vorabverpflichtung verweigert, durch die **in Altverträge wirksam eingegriffen werden kann**, sodass auch Radioveranstalter mit ORS-Altverträgen, also Verträgen, die *vor* Rechtskraft des gegenständlichen Bescheids geschlossen wurden, eine Vertragsanpassung oder Vertragsänderung bewirken können – etwa weil sie gegenüber einem privaten Wettbewerber oder gegenüber dem öffentlich-rechtlichen ORF durch unterschiedliche Vertragsbedingungen benachteiligt werden - solange bleiben sämtliche Vorabpflichten des gegenständlichen Bescheids wirkungslos. In Punkt 3.4.2. des Bescheidentwurfs wird ein Anpassungsanspruch an geänderte Standardvertragsbedingungen (einschließlich geänderter Entgelte) nur Rundfunkveranstaltern gewährt, deren Vertrag *nach* Zustellung des gegenständlichen Bescheids mit ORS / ORS comm neu abgeschlossen wurde. Rechtfertigend verweist die KommAustria (S 110 des Bescheidentwurfs) auf eine Entscheidung des (früheren) Bundeskommunikationssenats (Bescheid vom 29.01.2007, GZ 611.189/0001-BKS/2007), in dem „unter Berufung auf die Judikatur des VfGH ausgesprochen wurde, dass ein Eingriff in bestehende Verträge nach der verfassungsgerichtlichen Judikatur einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit nach Art.5 StGG darstelle, der nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage erfolgen dürfe. § 42 TKG 2003 enthalte keine diesbezügliche ausdrückliche Ermächtigung an die Behörde. Es könne dem Gesetzgeber aber auch nicht unterstellt werden, dass er zu derartigen Eingriffen implizit ermächtigen habe wollen. Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung für Altverträge sei

<sup>5</sup> Auszug: „Im Zusammenhang mit den potentiellen Wettbewerbsproblemen ist zu erwähnen, dass mögliche negative Auswirkungen vor allem vor bzw. bei Vertragsabschluss auftreten. Da die Verträge auf die gesamte Zulassungsdauer von 10 Jahren abgeschlossen werden, verändern sich die Bedingungen für den Vertrag üblicherweise nachträglich nicht mehr“.

<sup>6</sup> Ausgenommen sind künftige Neueinsteiger in den österreichischen Radiomarkt, also theoretisch Radioveranstalter, die erst nach Rechtskraft des gegenständlichen Bescheids eine Radiozulassung erwerben werden (siehe Spruchpunkt 3.4.2.: „...nach Zustellung dieses Bescheides...“).

<sup>7</sup> Pkt. 4.1. des derzeitigen Standardangebots erlaubt in Bezug auf Entgelte ‚Verhandlungen nach Treu und Glauben‘, im Falle der Nichteinigung bleibt es aber bei den alten Entgelten. Mangels Kündigungsmöglichkeit, Anpassungsanspruch oder einseitiger Vertragsöffnung und Möglichkeit zur Einholung einer Regulierungsentscheidung, sind Vertragsänderungen ohne Zustimmung der ORS / ORS comm nicht möglich.

*daher so zu werten, dass kein Eingriff in bereits bestehende Verträge vorgenommen werden solle (vgl. dazu auch VfGH 5.12.2005, G 25/05).“*

Die Rechtsauffassung des (damaligen) BKS ist unzutreffend, nicht zuletzt, weil der Sachverhalt, der dem zitierten Judikat des VfGH zugrundelag (besondere Konstellation im Bereich der Energiewirtschaft), im Kontext der Regulierung nach dem TKG nicht einschlägig ist.

Tatsächlich musste sich die höchstgerichtliche Judikatur in Bezug auf Regulierungsentscheidungen, die auf Basis des TKG getroffen wurden, schon vor vielen Jahren mit vergleichbaren Problemstellungen (i.e. lange Vertragslaufzeiten zwischen Netzbetreibern auf der einen Seite, und die Notwendigkeit, dass nicht marktmächtige Telekommunikationsanbieter ihre Vertragsbedingungen mit dem marktmächtigen Anbieter an die sich verändernden Regulierungsbedingungen anpassen können müssen) auseinandersetzen. Auf Basis der einschlägigen TKG-Judikatur (z.B. VfGH zu 2000/03/0377, 2001/03/0181, 2002/03/0277, usw.) lassen sich folgende Grundsätze ableiten:

- Es muss der schwächeren Vertragspartei (hier: dem privaten Radioveranstalter) offenstehen, seinen Netzleistungsvertrag mit dem marktmächtigen Unternehmen an **geänderte Regulierungsbedingungen**, und zwar zum **Wirksamkeitszeitung** der Änderung, anzupassen.
- Wenn dem marktmächtigen Anbieter eine Nichtdiskriminierungspflicht auferlegt wurde, muss es der schwächeren Vertragspartei gestattet sein, eine Anpassung ihres Vertrags an bessere Konditionen, die das marktmächtige Unternehmen mit Dritten vereinbart hat oder sich selbst als Eigenleistungen zur Verfügung stellt) zu verlangen.
- Es muss der schwächeren Vertragspartei jederzeit möglich sein, sich neue Leistungen oder zusätzliche / ergänzenden Vertragsbestandteile zu wünschen; die Einrede des aufrechten Vertrags gilt dort nicht, wo es im Vertrag noch gar keine diesbezügliche Regelung gibt;
- Und schließlich muss das marktbeherrschende Unternehmen seine Leistungen der schwächeren Partei auch in einem (formal) vertragslosen Zustand weiterbringen, wenn sich die schwächere Partei dies wünscht, da andernfalls der schwächere Vertragspartner, der auf die Leistungserbringung des marktmächtigen Unternehmens angewiesen ist (wie z.B. Privatradoveranstalter auf die UKW-Verbreitung durch die ORS / ORS comm angewiesen sind) aus wirtschaftlichen Gründen niemals tatsächlich in der Lage ist, den Vertrag zu kündigen bzw. bei Auslaufen des Vertrags in Neuverhandlungen über substantiell geänderte Vertragsbedingungen zu gehen.

Sämtliche dieser Bedingungen erfüllt das derzeitige Standardangebot der ORS / ORS comm nicht. Der Bescheidentwurf der KommAustria adressiert diese Fragen nicht – wiewohl wir die KommAustria über unsere diesbezüglichen Vorstellungen (ordentliche Kündigungsmöglichkeit, Anpassungsklausel an Regulierungsentscheidungen und an günstigere Vertragsbedingungen mit Dritten bzw. mit dem ORF, Öffnungsklausel) zeitgerecht informiert haben.

Wir erlauben uns an dieser Stelle daher noch einmal den Wunsch vorzutragen, dass das künftige Standardangebot der ORS / ORS comm entsprechende Regelungen beinhalten muss.

Abschließend erlauben wir uns, in diesem Zusammenhang – als einem Beispiel von vielen - aus einer aktuellen Marktanalyse-Entscheidung der Telekom-Control-Kommission (M 1.8/2012-148, S 67) zu zitieren:

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel.: +43 (1) 2051160 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

„Die konkrete Formulierung der Verpflichtung iSd § 42 TKG 2003 stellt sicher, dass die angeordneten Entgelte in dieser Form auch allen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt werden. Dies geschieht vor dem Hintergrund der Feststellung, dass das potenziell marktmächtige Unternehmen grundsätzlich in der Lage ist, (externe) Diskriminierung und foreclosure zu betreiben.

Es besteht nämlich die **Gefahr, dass der Versuch unternommen wird, die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle durch eine geschickte Vertragsgestaltung zu umgehen** und Bedingungen beispielsweise nicht mit selbem Wirkungsbeginn, sondern zeitverzögert anderen Betreibern einzuräumen. Diese Möglichkeit bestand für das marktmächtige Unternehmen vor dem Hintergrund der spezifischen Regulierungssituation in Österreich, die grundsätzlich der Privatautonomie den Vorrang vor hoheitlicher Intervention gibt (§§ 48, 50 TKG 2003). Erst im Streitfall konnte die Regulierungsbehörde gemäß § 50 Abs 1 TKG 2003 angerufen werden; im Rahmen dieser Streitschlichtungsentscheidung hatte die Telekom-Control-Kommission auf die gegebenenfalls einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegten spezifischen Verpflichtungen Bedacht zu nehmen.

Wohl vor dem Hintergrund, dass die Zahl der privatautonom umgesetzten Entgeltsenkungen gering ist, **hat die Europäische Kommission die Vorgangsweise der österreichischen Regulierungsbehörde hinsichtlich der Mobil-Terminierungsentgelte als „nicht effektiv“ bezeichnet** (Schreiben der Europäische Kommission vom 7.10.2004 zu M 15a-e/03, AT/2004/0099). **Der Verwaltungsgerichtshof hat erkannt, dass diesen Bedenken entgegen § 129 Abs 2 TKG 2003 durch die Telekom-Control-Kommission nicht weitestgehend Rechnung getragen wurde**; der Verweis der Telekom-Control-Kommission auf den Vorrang der Privatautonomie wurde vom Verwaltungsgerichtshof als nicht ausreichend angesehen (Zahl 2004/03/0210 vom 28.2.2007).

Um eine effiziente Durchsetzung der Entgeltverpflichtung hinsichtlich der regelmäßig umstrittenen Frage der Terminierungsentgelte zu ermöglichen und damit den Bedenken der Europäische Kommission und dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes Rechnung zu tragen, **war die Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 konkret zu fassen, sodass sichergestellt ist, dass die gemäß § 42 TKG 2003 auferlegten Entgelte zum gleichen Wirkungsbeginn allen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt werden.**“

Nach allgemein herrschender Auffassung (EU-Kommission, VwGH) muss die Ausgestaltung von (Standard-)Vertragsbedingungen eines Unternehmens, das mit beträchtlicher Marktmacht ausgestattet ist, und einer Entgeltkontrolle gem. § 42 TKG unterliegt, somit sicherstellen, dass geänderte (Entgelt-)Bedingungen zum gleichen Wirkungsbeginn ALLEN Vertragspartnern offenstehen.

Der vorliegende Bescheidentwurf wird diesen Bedingungen nicht gerecht. Die geplante Vollziehungshandlung führt aufgrund der Möglichkeit (und tatsächlichen Nutzung dieser Möglichkeit) des marktmächtigen Unternehmens zur Umgehung der Vorabverpflichtungen im Wege geschickter Vertragsgestaltung faktisch zu Unwirksamkeit der sektorspezifischen Regulierung gem. §§ 36ff TKG.

Der Bescheidentwurf wird daher entsprechend abzuändern sein, sodass sichergestellt ist, dass **alle** Privatradioveranstalter – unabhängig von ihrem konkreten Vertragsstatus – unter den Schutz der TKG-Vorabverpflichtungen fallen.

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel.: +43 (1) 2051160 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918



## 2. Zur Zielsetzung des Regulierungseingriffs

Auch wenn KommAustria bzw. EU-Kommission die Schaffung von Investitionsanreizen bzw. von infrastrukturbasiertem Wettbewerb auf dem relevanten Markt als wesentliche Regulierungsziele betrachten, so sind wir davon überzeugt, dass sich die Probleme des Marktes für UKW-Verbreitungsleistungen in Österreich nicht durch eine Regulierung beheben lassen, die versucht, **Anreize für Infrastrukturwettbewerb auf dem Markt für UKW-Verbreitungsleistungen** zu schaffen.

Die strukturellen Probleme des Marktes sind zu groß und die Marktdynamik zu gering, als dass es gelingen könnte, in einem nennenswerten Ausmaß wirtschaftlich handelnde Marktteilnehmer davon zu überzeugen, entgegen den bestehenden ökonomischen, rechtlichen und tatsächlichen Hindernissen als Wettbewerber von ORS bzw. ORS comm aufzutreten bzw. in den Markt einzutreten.

Der UKW-Verbreitungsmarkt in Österreich ist tatsächlich gekennzeichnet von:

- **hohen Zugangsbarrieren** (s auch Bescheidentwurf S 22),
- **geringer Duplizierbarkeit** der Infrastruktur (siehe auch S 16), weshalb sich allenfalls vereinzelt kleine Standorte mit geringer UKW-Reichweite wirtschaftlich rechtfertigen ließen,
- **geringer Marktdynamik** (siehe auch S 24), und insbesondere einer **Frequenzknappheitssituation**, die es ausschließt, dass es auf Nachfrageseite zu einer nennenswerten gesamthaften Steigerung der Nachfragemenge kommen könnte,
- ein sehr **großes, garantiertes Nachfragevolumen des ORF** für die Verbreitung von drei bundesweiten und neun regionalen UKW-Sendern (Anm: das entspricht weit mehr als 50% der Gesamtnachfrage), das faktisch dem Wettbewerb entzogen und ORS / ORS comm garantiert ist<sup>8</sup>; lt. Feststellung der KommAustria handelt es sich um über **85% der gelisteten UKW-Kapazitäten Österreichs** (s S 40).
- **erhebliche Skalenerträge** (s auch S 25), die sich insbesondere aus dem großen, garantierten Nachfragevolumen des ORF ergeben;
- **erhebliche Verbundvorteile** (aus der Mehrfachnutzung der Standorte für andere Verbreitungsdienstleistungen, insb. für **terrestrisches TV**; s auch S 25), der überlegenen Finanzausstattung des ORF-Konzerns (s auch S 26) und der umfangreichen Kontrolle über Infrastruktur (s S 26).

Es ist somit augenscheinlich, dass sich die Probleme des Marktes auch mittelfristig nicht durch tatsächlichen infrastrukturbasierten Wettbewerb lösen lassen werden.

Die Regulierungsmaßnahmen der geplanten Vollziehungshandlung dürfen daher nicht darauf abzielen, tatsächlich infrastrukturbasierten Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt und daher bestmögliche Investitionsanreize schaffen zu wollen. Vielmehr muss es das oberste Ziel der Regulierungsmaßnahmen sein, zu verhindern, dass das (offensichtliche) Marktversagen auf der Vorleistungsebene auf die Endkundenebene durchschlägt. Die Vorabverpflichtungen müssen also bestmöglich negative Konsequenzen auf dem nachgelagerten Markt (= Hörermarkt) verhindern, und durch entsprechende Regulierung für ein Marktergebnis sorgen, dass sich unter der Bedingung von intensivem Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt einstellen

---

<sup>8</sup> Die Nachfragegarantie ist nicht nur Konsequenz der Konzernverbundenheit der Unternehmen ORF, ORS und ORS comm, sondern (offenbar; siehe dazu die Angaben im Bescheidentwurf) auch rechtlich mit einer 10jährigen Bindungswirkung abgesichert (Mindestlaufzeit der UKW-Vereinbarung von ORF und ORS/ORs comm).

würde („**Fiktion von Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt**“). Dieser Umstand ist insbesondere bei den Auflagen für die Preisregulierung zu berücksichtigen (siehe sogleich unten).

Abschließend sei angemerkt, dass lt. Feststellungen im Bescheidentwurf das Niveau von Neuinvestitionen in das UKW-Netz seit 2009 äußerst gering ist (s S 43) und wohl auch in der näheren Zukunft nicht mit nennenswerten UKW-Investitionen der ORS / ORS comm zu rechnen ist.

### 3. Nachfrage des ORF und Nachfrage der Privatradios sind unterschiedlich zu behandeln

Im Rahmen der Marktdefinition und der Marktanalyse unternimmt die KommAustria bzw. der von der KommAustria beauftragte Amtssachverständige (auch) eine Bewertung der sog. Eigenleistungen, also jener UKW-Verbreitungsleistungen, die ORS / ORS comm im Rahmen des Konzernverbunds an den ORF erbringen.

Im Zuge dieser Analyse wird die Nachfrage des ORF nach UKW-Verbreitungsleistungen jener der privaten Rundfunkveranstalter gegenübergestellt (siehe S 31ff des Bescheidentwurfs) und es werden einige relevante **Unterschiede im Nachfrageverhalten privater Rundfunkveranstalter** gegenüber jenem des ORF festgemacht (z.B. ORF-Nachfrage richtet sich auf das gesamte Bundesgebiet, die Nachfrage privater Veranstalter auf einzelne Standorte; unterschiedliche Vertragsstruktur usw.). Die KommAustria stellt sogar fest, dass die Nachfrage des ORF und jene der Privaten „*real nicht miteinander vergleichbar*“ sind (S 31), lässt diesen Umstand aber auf sich beruhen und prüft nicht, ob aufgrund der Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Nachfrage im Vergleich zur privaten Nachfrage nicht zwei unterschiedliche Nachfragetypen vorliegen, die aufgrund ihrer Besonderheiten auch unterschiedliche regulatorische Vorabverpflichtungen nach sich ziehen müssten.

**Das ist ein Fehler, denn die Nachfrage des ORF ist aus vielen, von der KommAustria nur teilweise in Betracht gezogenen Gründen nicht mit jener der Privatsender vergleichbar.**

Tatsächlich ist die Nachfrage des ORF nach UKW-Verbreitungsleistungen eine **garantierte, verpflichtende, bundesweite und nicht preissensible Nachfrage – ganz im Gegensatz zur Nachfrage der Privatrundfunkveranstalter:**

- Anders als der ORF sind die privaten Veranstalter nicht aufgrund des **öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags** zur Verbreitung von Radioprogrammen *verpflichtet* (§ 3 ORF-G)<sup>9</sup>, sondern bloß zur Radioprogrammverbreitung *berechtigt*<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Der ORF ist also (in Ermangelung eines unabhängigen Anbieters österreichweiter UKW-Verbreitungsleistungen) verpflichtet, selbst ein österreichweites Netz aufzubauen und selbst die Versorgungsleistungen zu erbringen, um seinem Versorgungsauftrag nachzukommen, und er hat (bzw. hätte) die Kosten des Netzaufbaus und die laufenden Kosten der UKW-Verbreitung seiner Programme zur Gänze selbst zu tragen. Dies war, vor Zulassung privater Radioveranstalter am österreichischen Radiomarkt, der natürliche Zustand und ist im Ergebnis auch sachgerecht, da die Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrags, einschließlich des Versorgungsauftrags, die einzige Rechtfertigung der staatlichen Beihilfe (in Form des Programmgebührens) ist, die der ORF bezieht.

<sup>10</sup> Die privaten Radioveranstalter können jederzeit die Verbreitung ihrer Programme einstellen; die Einstellung der Verbreitung hätte zwar die absehbare Konsequenz des Zulassungsverlusts, dies ändert aber nichts daran, dass die Marktteilnahme, einschl. der



- Anders als der ORF, dessen Nachfrage sich auf das **gesamte Bundesgebiet** richtet, erfolgt die Nachfrage der Privatveranstalter Standort-orientiert.
- Anders als der ORF stehen die privaten Radioveranstalter nicht mit der ORS /ORS comm in einem Verhältnis der **Konzernverbundenheit**; ihre Nachfrage ist nicht durch die Kombination des öffentlich-rechtlichen Auftrags und der Konzernverbundenheit ‚garantiert‘; sie können ihre Nachfrage variabel gestalten (d.h. je nach Einzelfall zwischen unterschiedlichen Anbietern, hier Sesta vs. ORS bzw. ORS comm, wählen) und tun dies auch.
- Und schließlich sind die Privatradoveranstalter gewinnorientierte Unternehmen, d.h. sie reagieren – anders als der ORF, der **nicht gewinnorientiert** ist, und für den erhöhte Verbreitungskosten allenfalls das durch öffentlich-rechtliche Gebühren zu ersetzende Nettodefizit erhöhen - in höchstem Maße preissensibel.

Die ‚Nachfrage‘ des ORF, soweit man den Abruf von UKW-Verbreitungsleistungen überhaupt als ‚Nachfrage im Marktsinn‘ bezeichnen möchte, hat eine gänzlich andere Funktion und setzt gänzlich andere Marktmechanismen in Kraft als die private Nachfrage. Richtigerweise hätte die KommAustria daher zwischen zweierlei Arten der Nachfrage unterscheiden müssen – die garantierte interne Nachfrage des ORF, die den Marktbedingungen nicht unterliegt, und die den Bedingungen von Markt und Wettbewerb unterliegende Nachfrage der privaten Radioveranstalter.

#### 4. Kostenorientierte Entgelte = Ersatz von Grenzkosten, nicht aber Fixkosten

Die wichtigste Konsequenz der Unterscheidung zwischen der garantierten ORF-Nachfrage und der den Marktbedingungen unterliegenden privaten Nachfrage der Radioveranstalter betrifft die Ausgestaltung der Entgeltregulierung. Die zu beantwortende Frage aufgrund des zu verfolgenden Regulierungsziels ist folgende: Wie würden ORS / ORS comm die UKW-Verbreitungsleistungen preislich gestalten, wenn auf dem relevanten (Vorleistungs-) Markt funktionsfähiger und intensiver Wettbewerb stattfinden würde (Bedingungen der Wettbewerbsfiktion)?

Da die **interne ORF-Nachfrage auch unter der Bedingung intensiven Wettbewerbs auf dem UKW-Vorleistungsmarkt weiterhin garantiert wäre** (denn weder am öffentlich-rechtlichen Auftrag noch an der Konzernverbundenheit mit der ORS / ORS comm würde sich etwas ändern), während die Privatsender ihre Nachfrage und die Wahl des jeweiligen UKW-Verbreitungsdienstleisters streng an wirtschaftlichen (Bestbieter-) Kriterien ausrichten würden, würde die ORS/ORS comm als rationaler Marktteilnehmer eine **effiziente Preisstruktur** verwenden, die die **Gesamtnachfrage und den Gesamterlös optimiert**.

Optimal wäre das Ergebnis dann, wenn die **Fixkosten des bundesweiten UKW-Netzes** (also insbesondere die Kosten der Errichtung und Aufrechterhaltung der Standorte) und anteilige gemeinsame und Gemeinkosten, sowie die der ORF-Nachfrage zuordenbaren variablen Kosten zur Gänze aus der internen, garantierten und nicht preissensiblen ORF-Nachfrage abgedeckt würde. Denn unter der Bedingung intensiven funktionsfähigen Wettbewerbs (mit entsprechend funktionierender Nachfragegegenmacht der privaten Veranstalter) würde die ORS bzw. ORS comm gezwungen sein, die Preisgestaltung für die flexible und preissensible Nachfrage der Privatradios mit möglichst günstigen Preisen für die UKW-Verbreitung zu befriedigen. Das bedeutet, dass die Preise für UKW-Verbreitungsleistungen, die den

---

Verbreitung des Programms, eine freiwillige Aktivität der privaten Akteure ist, die sie jederzeit einstellen können.

Privatradioveranstalter angeboten würden, bloß die variablen Kosten (= **Grenzkosten**), die durch die zusätzliche Nachfrage der Privatsender entstehen, abdecken würden.

Unter Wettbewerbsbedingungen müssten die Preise für die UKW-Eigenleistungen somit die fixen Kosten des Betriebs des bundesweiten UKW-Netzes umfassen (das sind v.a. die anteiligen Kosten der Sendestationen, die nach Abzug der Kostenanteile für die sonstigen terrestrischen Verbreitungsprodukte der ORS/ORS comm, insb. für DVBT2-Verbreitungsleistungen, auf UKW entfallen), sowie die anteiligen gemeinsamen und Gemein-Kosten, und die durch die konkrete UKW-Nachfrage des ORF entstehenden Grenzkosten. Auf die Auferlegung einer spezifischen Entgeltgestaltungspflicht für Eigenleistungen könnte allerdings ruhigen Gewissens verzichtet werden, da der ORF als Mehrheitseigentümer der ORS / ORS comm über ausreichende Durchsetzungsmöglichkeiten verfügt, um preisliche Benachteiligungen durch die ORS bzw. ORS comm zu verhindern.

Umgekehrt dürften die Preise von UKW-Verbreitungsleistungen für Privatsender nur die durch die Privatsender verursachten Grenzkosten abbilden. Der richtige Kostenstandard, der in den Vorabpflichten des Bescheidentwurfs für die Nachfrage von privaten Radioveranstaltern in Österreich abzubilden wäre, ist jener der **langfristigen Grenzkosten** und nicht jener der „langfristigen durchschnittlichen Kosten“<sup>11</sup>, die sich in der Regulierungspraxis der KommAustria den durchschnittlichen Vollkosten annähern.

Durch die **langfristige Betrachtungsperspektive** der Grenzkosten würde dennoch sichergestellt, dass notwendige (variable) Infrastrukturinvestitionen nicht unterbleiben und es auch mittel-/langfristig zu keinen Qualitätseinbußen für private Radioveranstalter und ihre Hörer kommt.

#### 4.1. Ergänzende Erwägungen zur Grenzkostenbetrachtung

Ergänzend zur o.a. Argumentation möchten wir zwei weitere Argumente anführen, die für eine reine Grenzkostenkalkulation der Entgelte von Privatradioveranstaltern sprechen:

Erstens: Preise auf Basis von Grenzkosten für Privatradioveranstalter entsprechen dem **Kausalitätsprinzip**<sup>12</sup>: Denkt man sich die Nachfrage der Privaten weg, so entstehen die Fixkosten des UKW-Netzes dennoch, da die Nachfrage des ORF einer gesetzlichen Verpflichtung entspricht, die den rein wirtschaftlichen Kausalitätserwägungen nicht unterliegt.

Zweitens: Preise auf Basis von Grenzkosten sind auch **allokativ effizient**: Sie sorgen dafür, dass die **Fixkosten des UKW-Grundversorgung durch die öffentlich-rechtliche Gebührenfinanzierung über die gesamte Bevölkerung gleichmäßig verteilt werden**, und nicht den Nutzern einzelner, größtenteils regional sendender Radioprogrammveranstalter (über die Umwegfinanzierung von Werbeerlösen in Abhängigkeit von Hörerreichweiten) auferlegt werden.

---

<sup>11</sup> Siehe Spruchpunkt 3.2: „Die ORS hat für (...) die Zugangsleistungen (..) ein Entgelt maximal in Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung zu verrechnen. Die Berechnung hat unter Anwendung der Kostenrechnungsempfehlung 2005 zu erfolgen (und) dabei insbesondere den Grundsätzen (u.a.) der Annäherung an langfristige durchschnittliche Kosten zu genügen“.

<sup>12</sup> Auszug: „Diese Anforderung stellt sicher, dass Nachfrager nicht für Leistungen bezahlen müssen, die mit der Leistungserstellung nicht im Zusammenhang stehen und stellt in diesem Sinne die Förderung des Wettbewerbs am Endkundenmarkt sicher, da verhindert wird, dass „überhöhte“ Preise verrechnet werden können.“

Und schließlich darf – gerade im Hinblick auf die ausführliche Auseinandersetzung der Behörde mit regulatorischer Preistheorie (siehe z.B. das Prüfergebnis der KommAustria zur Anwendung der vorgeschriebenen Kostenrechnungsmethode der ORS/ORS comm für das Jahr 2013 (KOA 6.300/15-004 und 005), s S 8ff; ebenso im Bescheidentwurf S 51f) und der wiederholten Feststellung der Notwendigkeit der Deckung (auch) der Fixkosten nicht übersehen werden, dass es sich bei der Nachfrage des ORF gerade nicht um eine Nachfrage handelt, die dem Wettbewerbsmarkt und damit den gängigen Marktprinzipien zur ökonomisch rationalen Preissetzung zugänglich ist; die ORF- ‚Nachfrage‘ nach Eigenleistungen bedient der ORF selbst; er ist hierzu verpflichtet (Versorgungsauftrag) und sein Nettodefizit aus der Erbringung (u.a.) dieser Leistung wird über die öffentlich-rechtliche Gebührenfinanzierung von der Allgemeinheit abgedeckt. Es ist ökonomischer Nonsens, so zu tun, als würde die ORF-Nachfrage Marktprinzipien gehorchen, oder als müsste der Aufbau des bundesweiten UKW-Netzes einen ökonomischen Gewinn abwerfen. Das ist nicht der Fall. Die folgenden Ausführungen der Behörde gehen daher am Punkt vorbei, soweit sie die Gesamtheit der Nachfrage nach UKW-Versorgungsleistungen (von ORF und Privaten insgesamt) umfassen; sie sind aber grundrichtig, soweit sie die auf die ORF-Nachfrage aufsetzende ‚zusätzliche‘ Nachfrage nach UKW-Verbreitung durch Privatradoveranstalter betreffen:

*„Ein langfristiges Gleichgewicht stellt sich somit in einem Wettbewerbsmarkt bei dem Minimum der langfristigen Durchschnittskosten ein.*

*Auf das einzelne Produkt bezogen bedeutet das, dass es langfristig zumindest seine Grenzkosten sowie die produktspezifischen Fixkosten verdienen muss (inkrementelle Kosten). Haben mehrere Produkte gemeinsame Kosten, so sind diese von der gesamten Produktgruppe abzudecken.*

*(...) Dort wo Vorleistungen nicht in einem effektiven Wettbewerb angeboten werden, wird durch ex- ante Regulierung eine Situation des als-ob-Wettbewerbs herbeigeführt. Kosten und Preise sollen folglich einem wettbewerblichen Maßstab entsprechen. (...) Der Zweck einer Kostenkalkulation im Zusammenhang mit einer Preisregulierung besteht somit in der bestmöglichen Annäherung des Preises an ein Wettbewerbsniveau, nicht nur um überhöhte Preise zu Lasten von Konsumenten zu verhindern, sondern um gleichzeitig auch das geeignete Signal für Markteintritt und Investition zu gewährleisten. Ein wesentliches Kriterium im Zusammenhang mit Preisregulierung lautet daher: Welchen Wert hätte der Preis in einem ausgeprägt wettbewerblichen Umfeld angenommen“.*

#### 4.2. Ergänzende Erwägungen zur Kostenrechnung

Wir sind auch weiterhin davon überzeugt, dass die von der KommAustria wiederholt nicht beanstandete Höhe der ‚angemessenen Kapitalverzinsung‘ (= WACC) im Ausmaß von 10% tatsächlich unangemessen und sachlich nicht gerechtfertigt ist (siehe dazu schon unserer früheren Stellungnahmen und Eingaben in diesem Verfahren). Da die konkrete Bestimmung der angemessenen Kapitalverzinsung nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist, verzichten wir an dieser Stelle auf weitere Ausführungen. Nur so viel: Inwieweit Investitionen und allfälliges Risiko im Kontext von DAB+ und 5G in der Lage sein sollen, das unternehmerische Risiko für die ausgereifte – und allein verfahrensgegenständliche – UKW-Verbreitung zu erhöhen (wie dies auf S 59 des Entwurfs festgehalten wird), ist uns ein Rätsel.

Und schließlich möchten wir darauf hinweisen, dass wir der Verwendung von Wiederbeschaffungswerten bei der Kostenkalkulation skeptisch gegenüberstehen

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel.: +43 (1) 2051160 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

(auch wenn wir, siehe oben, ohnehin die Ansicht vertreten, dass private Nachfrager von UKW-Verbreitungsleistungen richtigerweise nur zur Deckung von Grenzkosten herangezogen werden dürfen): Die Argumentation der KommAustria (s S 54), wonach Wiederbeschaffungswerte der Kostenkalkulation zugrunde zu legen sind, obwohl es „sich hier um die Nutzung eines bereits bestehenden Netzes handelt und für dieses Netz bereits historische Anschaffungskosten angefallen sind“, überzeugt nicht: Denn – siehe dazu oben (Pkt. 3 – Regulierungsziele): Eine „zukunftsorientierte Betrachtungsweise“ ist mangels zu erwartender Marktdynamik irreführend. Und tatsächlich finden lt. KommAustria keine nennenswerten „rollierenden Netzinvestitionen“ statt, die es gelte, sicherzustellen. Wir befürchten, dass die Verwendung von Wiederbeschaffungswerten das Preisergebnis künstlich überhöht (im Vergleich zu einer Heranziehung historischer Abschreibungen, die im Fall der Mehrzahl der Standorte bereits seit vielen Jahren ausgelaufen sein dürften).

#### 4.3. Ergänzende Erwägungen zur Durchschnittskostenberechnung

Die Frage, ob eine grenzkostenorientierte Preisgestaltung für UKW-Verbreitungsleistungen für Privatradoveranstalter auf Basis einer bundesweiten Durchschnittsbetrachtung oder doch (wie von der EU-Kommission in Erwägung gezogen) auf Basis einer Betrachtung einzelner Standorte aus Wettbewerbsgesichtspunkten zu bevorzugen wäre, stellt sich unter diesen Umständen erneut: Zu Recht hat die KommAustria (im Kontext langfristiger durchschnittlicher Gesamtkosten) argumentiert, dass sich infolge einer Umstellung der Preiskalkulationsmethode von der derzeitigen österreichweiten Durchschnittskostenbetrachtung auf eine Standortbetrachtung für einzelne private Radioveranstalter erhebliche UKW-Preiserhöhungen ergeben könnten, die die Gefahr von Marktaustritten fördern und damit den medienregulatorischen Vielfaltzielen widersprechen. Mit der Gefahr von Marktaustritten wäre allerdings bei einer grenzkostenorientierten Preisgestaltung für Privatradoveranstalter auch in entlegenen kleinen Sendegebeten wohl kaum zu rechnen. Insoweit wäre zu erwägen, ob die von der EU-Kommission in Betracht gezogene Kostenkalkulation auf Standortebeine nicht die richtigere wäre. Die Gefahr ineffizienter Infrastrukturduplizierung wäre jedenfalls uE ausgeschlossen, da dort, wo bereits ORS-Standorte vorhanden sind, eine Duplizierung der Standortinfrastruktur durch einen Dritten auf Grenzkostenbasis wirtschaftlich ohnehin nicht zu rechtfertigen wäre.

#### 4.4. Kontrolle der Einhaltung der Entgeltgestaltungspflicht:

Spruchpunkte 3.2.1. und 3.2.2. legen eine **Nachweispflicht** (Pflicht der ORS „auf Aufforderung durch die KommAustria nachzuweisen, dass ihre Entgelte den Vorgaben entsprechen“) und eine **Übermittlungspflicht** von Kostenrechnungsdaten („ORS hat binnen zwei Monaten nach Rechtswirksamkeit eine Beschreibung der Kostenrechnungsmethode (...) zu übermitteln“) fest. Anders als die relevante Rechtsgrundlage (§ 42 (2) TKG) ist jedoch nicht vorgesehen, dass die Behörde von sich aus eine **alternative Kostenberechnung** vornimmt („eine von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen“) bzw. dass sie, sofern sie mit der Rechtfertigung der Entgelte durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht zufrieden ist, eine **Entgeltanpassung** anordnet („Anpassung (der Entgelte) anordnen“).

Wir gehen nicht davon aus, dass die Behörde ihre eigenen Nachprüfungs- und Anordnungsbefugnisse mit Absicht beschneiden wollte; wir halten es daher für sachgerecht, den Bescheidspruch in Pkt. 3.2.1 bzw. 3.2.2. in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Bestimmung des § 42 TKG zu bringen.

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel.: +43 (1) 2051160 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918