

Kommunikationsbehörde Austria
Bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs- GmbH
Mariahilfer Straße 77-79
1060 Wien
rtr@rtr.at

KOA 6.300/17-007

Wien, am 25.08.2017

Mitbeteiligte Parteien:

1. Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG
Würzburggasse 30
1136 Wien
2. ORS comm GmbH & Co KG
Würzburggasse 30
1136 Wien

beide vertreten durch:

Dr. Norbert Wiesinger
Rechtsanwalt
Rudolfsplatz 3, 1010 Wien
Vollmacht erteilt

wegen:

Stellungnahme zum Maßnahmenentwurf

Die Behörde hat zu umseitiger Geschäftszahl den Entwurf einer Maßnahme gemäß §§ 36 ff TKG veröffentlicht und den Interessierten die Möglichkeit eingeräumt, im Rahmen einer öffentlichen Konsultation gemäß § 128 TKG Stellungnahmen abzugeben.

Mit der geplanten Maßnahme sollen den angeführten mitbeteiligten Parteien, Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und ORS comm GmbH & Co KG (beide im Folgenden als „ORS“ bezeichnet), spezifische Verpflichtungen auferlegt werden. ORS hält bereits an dieser Stelle fest, dass sich diese Stellungnahme auf einen einzigen, für ORS jedoch **grundlegenden Punkt der geplanten Maßnahmenentwurf** bezieht, nämlich das (nunmehr erstmals) vorgesehene Recht der Veranstalter, während eines aufrechten, laufenden Vertrags mit ORS unter bestimmten Umständen **einseitig Vertragsänderungen** zu verlangen.

Diese Regelung ist sowohl aus rechtlichen als auch aus wirtschaftlichen Gründen abzulehnen. Sie steht im **klaren Widerspruch zu den Bestimmungen der §§ 36 ff TKG**. Sie ist aber auch deshalb abzulehnen, weil sie wirtschaftlich weder für die Veranstalter selbst noch für die ORS als Anbieter sinnvolle Ergebnisse erzeugen würde. Tatsächlich würde für einen **kurzfristigen, scheinbaren Vorteil** für einzelne Nachfrager (nämlich solche, die bereits etabliert sind) ein Modell der Kostenorientierung umgeworfen, das bislang erfolgreich für einen **funktionierenden Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt** gesorgt hat. Mittelfristig würde es allerdings zu einer signifikanten Änderung im Kostenmodell und damit deutlich höheren Unsicherheiten sowie beträchtlich mehr Aufwand bei allen Beteiligten (einschließlich der Behörde selbst) führen. Dazu im Einzelnen:

1. Vorgesehene Bestimmung

Die hier relevante spezifische Verpflichtung lautet:

1.3.4.2. Gemäß § 38 Abs. 2 und 3 TKG 2003 hat die ORS bei jeder Aktualisierung des Standardangebots auf Nachfrage des Rundfunkveranstalters Verträge, die nach Zustellung dieses Bescheides abgeschlossen wurden, binnen sechs Monaten ohne zusätzliche Kosten an dieses anzupassen. Auch das Standardangebot hat eine entsprechende Klausel zu enthalten, wonach bei jeder Aktualisierung des Standardangebots auf Nachfrage des Rundfunkveranstalters dessen Verträge binnen sechs Monaten ohne zusätzliche Kosten an das neue Standardangebot angepasst werden.

Konkret sieht diese Regelung vor, dass Rundfunkveranstaltern, die einen Vertrag mit der ORS abgeschlossen haben, auch dann, wenn dieser für einen bestimmten Zeitraum nicht kündbar ist, bei Änderungen des Standardangebotes auf deren Nachfrage hin, die

Bestimmungen des neuen Angebots angeboten werden müssen. Das kann sich theoretisch auf **neu hinzugekommene Leistungen** oder auch **veränderte rechtliche Bestimmungen** beziehen, wird aber in aller Regel vor allem bei **Preisänderungen Auswirkungen** haben. Das heißt - sollte es zu einer Senkung der Preise im Standardangebot kommen - müsste diese von ORS auf Nachfrage angeboten werden. Preissteigerungen wären hingegen in der Praxis nicht umfasst, da die Veranstalter solche nicht nachfragen würden.

Es fällt dabei auf, dass der Entwurf **keinerlei Begründung** für die Einführung dieser „Öffnungsklausel“ gibt, die ja in Regulierungsbescheiden der KommAustria neu wäre. Die Maßnahmenbegründung befasst sich in den Punkte 4.7.2.3. und 4.7.2.4. zwar mit der spezifischen Verpflichtung zur Gleichbehandlung, beschränkt sich aber auf Ausführungen zur Notwendigkeit eines Standardangebots. Zu der vorgesehenen Öffnungsklausel, die einen **massiven Eingriff in die Privatautonomie der ORS** darstellt, fehlen die Ausführungen hingegen gänzlich.

Wie bereits in der Einleitung zu diesem Schriftsatz erwähnt, wäre die Anordnung dieser Regelung rechtswidrig. Sie steht in **keinem Verhältnis zu einem festgestellten Wettbewerbsproblem**. Sie ist daher unverhältnismäßig und somit rechtswidrig.

2. Zur Rechtswidrigkeit der geplanten Verpflichtung 1.3.4.2.

2.1 Verpflichtung zur Anordnung effektiver Maßnahmen

Grundsätzlich hat die Behörde, wenn festgestellt wird, dass auf einem Markt kein effektiver Wettbewerb herrscht, **geeignete spezifische Verpflichtungen** aufzuerlegen. Die Behörde ist aber in der Wahl solcher Verpflichtungen nicht frei. Der VwGH hat ua in 2013/03/0138 die Grenzen der Anordnungsbefugnis gezogen und festgehalten:

*„Ausgehend von der Feststellung, dass ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, sind diesem Unternehmen **zwingend geeignete spezifische Verpflichtungen aufzuerlegen**, um den festgestellten Wettbewerbsproblemen effektiv zu begegnen (Hinweis VwGH vom 27. Februar 2013, 2010/03/0136, mwN). Die Behörde hat dabei eine Auswahl unter den gesetzlich vorgesehenen Regulierungsinstrumenten vorzunehmen; dabei ist gemäß § 34 Abs 1 TKG 2003 **insbesondere der Maßstab der Verhältnismäßigkeit** zu wahren. Zu prüfen ist also, welche der nach dem Gesetz grundsätzlich in Betracht kommenden Verpflichtungen **zur Behebung des Wettbewerbsproblems geeignet und erforderlich ist**; stehen mehrere geeignete Verpflichtungen zur Auswahl, ist **die am wenigsten belastende***

zu wählen. Nicht zulässig wäre es allerdings, unter Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Maßnahme auszuwählen, deren Effektivität in Zweifel steht. Die Behörde ist dabei auch aufgerufen, die in § 1 TKG 2003 - in Umsetzung des Art 8 der RL 2002/21/EG - festgesetzten Gesetzesziele, die "vor allem auch zur Orientierung bei der Vollziehung des Gesetzes" dienen (Erl zur RV 128 BlgNR 22. GP, S 3), zu verwirklichen“.

Aus diesem Rechtssatz ist ua abzuleiten, dass die angeordnete spezifische Maßnahme dem **Maßstab der Verhältnismäßigkeit** entsprechen muss. Das ist wiederum **nur** dann der Fall, wenn die Maßnahme

- **zur Behebung des Wettbewerbsproblems geeignet und erforderlich ist** und gleichzeitig
- die am **wenigsten belastende**

ist. Im Rahmen der Prüfung, ob die entsprechende Maßnahme überhaupt angeordnet werden darf, muss die Behörde zunächst feststellen, **ob und vor allem welches Wettbewerbsproblem** besteht.

In der Folge muss sie dann prüfen, ob die ins Auge gefasste Maßnahme **geeignet und erforderlich** ist, dieses Wettbewerbsproblem zu beheben und schließlich, ob diese Maßnahme auch die für die ORS am **wenigsten belastende** ist. Das ist im Hinblick auf die Verpflichtung 1.3.4.2 nicht erfolgt.

In der Folge wird zunächst auf das ermittelte **Wettbewerbsproblem** eingegangen.

2.2 Verpflichtung 1.3.4.2. korrespondiert zu keinem festgestellten Wettbewerbsproblem

2.2.1 Zu den festgestellten Wettbewerbsproblemen

In der Maßnahmenbegründung werden im Wesentlichen **vier potentielle Wettbewerbsprobleme** vor:

- Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber Abnehmern
- Diskriminierung von Nachfragern
- Zwang, nicht benötigte Produkte im Bündel abnehmen zu müssen
- Überhöhte Tarife

Die hier relevierte Verpflichtung des Punktes 1.3.4.2. des Maßnahmenentwurfs soll auf der Grundlage des **§ 38 TKG** angeordnet werden. Sie kann daher nur der Behebung des Wettbewerbsproblems der „**potentiellen Diskriminierung von Nachfragern**“ dienen.

An dieser Stelle wird bereits vorausgeschickt, dass die mögliche Verrechnung von unterschiedlichen Preisen je nach dem Jahr des Vertragsabschlusses **keine Diskriminierung** darstellt, sondern eine **Konsequenz der bisherigen Regulierung** ist. Die Bestimmung von § 38 TKG ist in diesem Sinne daher gar nicht anwendbar (siehe hierzu Punkt 2.3 unten). Bevor ORS aber diese Diskussion verbreitert, ist zunächst zu erörtern, dass die angedachte Regelung zu **keinem konkreten Wettbewerbsproblem** korrespondiert und somit gegen das in § 37 Abs 1 TKG enthaltene **Angemessenheitsprinzip** verstößt (siehe Punkt 2.1 oben).

2.2.2 „Diskriminierung durch Zeitablauf“ nicht als Wettbewerbsproblem festgestellt

Die Maßnahmenbegründung führt als eines der potentiellen Wettbewerbsprobleme auf dem relevanten Markt grundsätzlich auch die „Diskriminierung von Nachfragern“ an. Diese Ausführungen beruhen auf dem Gutachten des Amtssachverständigen Dr. Belfin. Betrachtet man die Ausführungen des Amtssachverständigen etwas gründlicher, wird deutlich, dass sich die von ihm festgestellten Wettbewerbsprobleme ausschließlich **auf den Zeitpunkt des Marktzutritts** des jeweiligen Nachfragers beziehen. Für die Zeit nach dem Abschluss des jeweiligen Vertrages – im Rahmen des jeweils anzuwendenden Standardzusammenschaltungsangebots - enthält das gesamte Gutachten keinen einzigen Hinweis auf ein mögliches Wettbewerbsproblem der Diskriminierung.

Ganz im Gegenteil, das Gutachten führt – ebenso wie die Maßnahmenbegründung selbst ausdrücklich aus,

*„Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, wirkt die im gegenständlichen Markt schon bestehende ex-ante Regulierung gegen solche Tendenzen; seit Inkrafttreten der im verfahrensgegenständlichen Markt bereits derzeit auferlegten Vorabverpflichtungen konnte die Komm.Austria im Wesentlichen **kein Verhalten der ORS feststellen, das diesen Vorabverpflichtungen widerspricht**“;*

Damit wird deutlich, dass in der bisherigen Preissetzungspraxis im Zeitablauf der ORS eben **gerade kein Wettbewerbsproblem** liegt. Um dies zu verdeutlichen, kann man auch *e contrario* argumentieren, dass, hätte der Amtssachverständige in der bisherigen

Preispraxis, die ihm ja umfänglich bekannt ist, ein Wettbewerbsproblem erkannt, er dies unzweifelhaft ausdrücklich und ausführlich ausgeführt hätte und überdies eine **entsprechende Maßnahmenempfehlung** abgegeben hätte. Das ist aber nicht erfolgt, was letztlich nichts anders bedeutet, dass in dieser Praxis **eben gerade kein Wettbewerbsproblem** liegt.

2.2.3 Unzulässigkeit der Anordnung

Vor diesem Hintergrund ist völlig unzweifelhaft, dass die angedachte Anordnung der Bestimmung 1.3.4.2 vor dem Hintergrund des § 37 TKG **klar rechtswidrig** wäre. Nach dieser Bestimmung darf – wie in Punkt 2.1 ausführlich dargestellt – eine spezifische Verpflichtung eben nur dann angeordnet werden, wenn ein **konkretes Wettbewerbsproblem** festgestellt wurde, und sie geeignet ist, dieses Problem zu beheben. Da eine entsprechende **Feststellung des einschlägigen Wettbewerbsproblems für den Zeitraum nach dem Vertragsabschluss fehlt**, wäre die Anordnung sohin jedenfalls unzulässig.

2.3 Verpflichtung verletzt § 38 TKG

2.3.1 Verpflichtung 1.3.4.2. angeblich auf § 38 TKG gestützt

Die spezifische Verpflichtung des Punktes 1.3.4.2 wird von der Behörde scheinbar auf die Bestimmungen des § 38 Abs 2 und Abs 3 TKG gestützt. Tatsächlich kann die Bestimmung vor dem Hintergrund des gegenständlichen Sachverhalts nicht rechtsgültig auf § 38 TKG gestützt werden. § 38 Abs 2 und 3 TKG lauten im Original:

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

(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.

Schon bei der Durchsicht dieser Regelungen wird klar, dass § 38 TKG die geplante spezifische Verpflichtung nicht tragen kann. Die Regeln sehen vor, dass dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die **Verpflichtung zur Gleichbehandlung** auferlegt werden kann. Die Gleichbehandlungsverpflichtung des § 38 TKG trägt aber nur dort, wo **die gleichen Leistungen unter den gleichen Umständen** nachgefragt werden. Solche „gleichen Umstände“ liegen aber in den, von der Behörde im Hinblick auf die Verpflichtung **1.3.4.2. ins Auge gefassten Sachverhalten nicht vor.**

2.3.2 Kostenorientierungsverpflichtung der Behörde schafft jedes Jahr neue Umstände

Die ORS unterliegt im Hinblick auf die regulierten Leistungen einer Verpflichtung zur Kostenorientierung. Dieses Modell ist ua so gestaltet, dass **es zu einer jährlichen Preisfestlegung** unter Nutzung eines von der **Behörde kontrollierten Kostenrechnungsmodells** kommt. Dieses legt die Preise für die angebotenen Leistungen **in einem bestimmten Jahr** auf der Grundlage der **effizienten Kosten der Leistungserbringung des vorangehenden Jahrs** fest. Über diese Kosten werden die Preise so festgelegt, dass ORS das **eingesetzte Kapital** für die Erbringung der jeweiligen Leistung **über die Vertragslaufzeit des Standardzusammenschaltungsangebots erwirtschaften kann.** Dieses Modell wird jedes Jahr **unter denselben (geprüften!) Kriterien** neu errechnet. Alle Nachfrager werden also gleich behandelt, da sie zu einer Preisliste kontrahieren, die jedes Jahr nach den gleichen Kriterien neu ermittelt wird.

Die Kosten der effizienten Leistungserbringung unterliegen Schwankungen, wodurch es in den Folgejahren zu Erhöhungen und Senkungen kommen kann. Fragt ein Nachfrager in einem bestimmten Jahr die Leistungen nach, kontrahiert er daher zu den von der Behörde kontrollierten Umständen, die gerade in diesem Jahr gelten. Würde er dieselbe Leistung im Folgejahr nachfragen, hätte er konsequenterweise andere Preise. Ein späterer Nachfrager kontrahiert daher so gut wie niemals **unter den gleichen Umständen** wie ein früherer Anbieter, sondern eben zu den Bedingungen, die nach der Regulierung in dem von ihm/ihr gewählten Jahr der Betriebsaufnahme gelten. Aus diesen Gründen ist es auch keine Diskriminierung, wenn ein Nachfrager, der in einem früheren Jahr kontrahiert hat, einen anderen Preis bezahlt, als jener, der später kontrahiert. Unterschiedliche Preise im Zeitablauf, die sich – so wie im vorliegenden Fall - auf **objektive, sachliche und transparente Kriterien** stützen, sind **keine vom Wettbewerbsrecht verbotene Diskriminierung und damit auch kein Wettbewerbsproblem!**

2.3.3 Vertragsabschlüsse in verschiedenen Jahren sind unterschiedlich zu behandeln

Das Verständnis der Gleichbehandlung des § 38 TKG kann sich vor dem Hintergrund des von der Behörde selbst angeordneten Modells der Kostenorientierung daher **nur auf die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Umstände beziehen**. Vertragsabschlüsse, die in verschiedenen Jahren erfolgen, erfolgen demgemäß jeweils unter „anderen“ Umständen und sind daher **zwar im Hinblick auf die Preisermittlung** gleich zu behandeln (was auch erfolgt), nicht aber im Hinblick darauf, was letztlich konkret verrechnet wird.

Im Ergebnis handelt es sich bei der Verpflichtung 1.3.4.2 nicht um eine Gleichbehandlungsverpflichtung (auch wenn sie als solche bezeichnet wird) sondern um einen **nachträglichen, einseitigen Eingriff der Behörde** in rechtskonform abgeschlossene Verträge zu Gunsten von Veranstaltern, die zeitlich früher abgeschlossen haben. Dies stellt einen **massiven Eingriff in die Privatautonomie der ORS** dar, der eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erfordern würde. Eine solche Grundlage fehlt jedoch im TKG. **Der Wortlaut der Bestimmungen des § 38 Abs 2 und 3 reicht dafür unzweifelhaft nicht aus**. Damit liegt überdies ein **unzulässiger Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum** vor.

2.4 Verpflichtung verletzt § 42 Abs 1 TKG

2.4.1 Recht auf angemessene Rendite

Die angedachte Verpflichtung würde aber auch die Bestimmung des § 42 Abs 1 TKG verletzen.

§ 42 TKG sieht vor, dass die Behörde die spezifische Verpflichtung der Kostenkontrolle vorsehen kann. Dies geht – so wie auch im vorliegenden Fall angedacht (und von ORS nicht in Zweifel gezogen) – bis zur Anordnung der Verrechnung kostenorientierter Entgelte. Das Recht zur Kostenkontrolle ist aber gesetzlich wiederum insofern beschränkt, als die Behörde verpflichtet ist, dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Möglichkeit einräumen muss, mit den getätigten Investitionen auch eine **ausreichende Rendite** zu erwirtschaften. Konkret lautet die entsprechende Bestimmung:

„§ 42 Abs 1 (..) Hierbei hat die Regulierungsbehörde den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken und der zukünftigen Marktentwicklung zu erwirtschaften sowie Risikobeteiligungsverträge ebenso wie Kooperationsvereinbarungen abzuschließen. Darüber hinaus sind die Kosten und Risiken von Investitionen für neue und verbesserte Infrastrukturen besonders zu berücksichtigen und es können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden“.

Unternehmen, dem wie im vorliegenden Fall ORS, denen spezifische Verpflichtung der Kostenkontrolle auferlegt werden, haben sohin das Recht auf Erwirtschaftung einer **angemessenen Rendite** unter **Berücksichtigung der Investitionen und der damit verbundenen Risiken**.

2.4.2 Modell ist auf vereinbarte Vertragsdauer ausgelegt

Das von der Behörde angeordnete Modell der Entgeltkontrolle beruht auf der **Kostenorientierung nach dem Prinzip der effizienten Leistungserbringung**. Das zu diesem Zweck verwendete und von der Behörde genehmigte Kostenmodell ist so gestaltet, dass die ORS **über die Laufzeit der Verträge**, die 10 Jahre beträgt, ihre angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital verdient. Dieses Modell kann aber nur so lange funktionieren, als die vom Modell ermittelten Kosten auch tatsächlich über diesen Zeitraum verrechnet werden können. Das war bislang dadurch gewährt als, **die Verträge die entsprechende Laufzeit hatten und ein einseitiger Eingriff unzulässig** war. Dieses System hat sich über Jahre bewährt.

Mit der nunmehr angedachten Verpflichtung würde dieses System völlig verändert. Mit der angedachten Bestimmung hätten Rundfunkveranstalter die Möglichkeit, einseitig durch ihre Nachfrage das Preisgefüge zu verändern, wenn sich die jährlich neu festzulegenden Preise des Standardangebots verändern würden. Da kaum ein Veranstalter eine Preissteigerung für sich selbst nachfragen wird, kann davon ausgegangen werden, dass dieses Recht nur dann ausgeübt werden würde, wenn es durch die Neuberechnung der Preise im Kostenrechnungsmodell **zu einer Preissenkung für den betreffenden Veranstalter kommt**. Mit solchen Preissenkungen während der Vertragslaufzeit ist aber nicht mehr gewährleistet, dass die ORS mit den verrechneten Entgelten tatsächlich noch eine Rendite auf das eingesetzte Kapital erwirtschaften kann. **Damit wäre § 42 TKG eindeutig verletzt**.

2.4.3 Ausweichszenarien nicht wünschenswert

Es ist natürlich nicht ausgeschlossen, solche Szenarien im Kostenrechnungsmodell zu antizipieren. So könnte etwa für diesen Fall ein **Risikoaufschlag im Kostenrechnungsmodell** vorgesehen werden. Das würde aber einerseits die **Preise für die Veranstalter erhöhen**; andererseits würde das Modell mit einer **höheren Ungenauigkeit** belastet werden, da kaum abschätzbar sein dürfte, wie sich Preise in der Zukunft verändern werden. Damit verbleibt bei einem solchen Risikoaufschlag **ein beträchtlicher Unsicherheitsfaktor**. Allfällig vorzusehende, kürzere Amortisierungsdauern für Investitionen werden kaum beliebter sein, da auch sie die Preise deutlich erhöhen würden. Das würde übrigens auch die **Veranstalter ungleich belasten**, da die Auswirkungen solcher Faktoren je nach Leistungsklassen unterschiedlich wären.

Im Ergebnis würde ein solches Szenario zu einer **signifikanten Änderung** in der bisherigen Kostenrechnungspraxis führen. Diese würde nicht nur einen **beträchtlichen Zusatzaufwand** bei der ORS selbst, der Behörde und den **Nachfragern erfordern**, sondern überdies **erhebliche zusätzliche Unsicherheiten aufweisen**.

2.5 Verstoß gegen das Überraschungsverbot

Die Vorgehensweise der Behörde im Verfahren verstößt nach Auffassung der ORS überdies gegen **das Überraschungsverbot** und damit gegen das **Grundrecht auf ein faires Verfahren**. Das Überraschungsverbot ist nach der gefestigten Rechtsprechung des VwGH auch im Verwaltungsverfahren anzuwenden (vgl nur VwGH 2008/07/0161, 2002/18/0053, beide mwH). Das Überraschungsverbot untersagt es der Behörde, Sachverhaltselemente in ihre rechtliche Würdigung einzubeziehen, die der Partei nicht bekannt waren (VwGH 91/08/0142).

Im vorliegenden Fall will die Behörde eine spezifische Verpflichtung erlassen, die es Rundfunkveranstaltern ermöglichen würde, **nachträglich einseitig Änderungen in einem wirksam abgeschlossenen Vertrag** zu verlangen. Wie ausgeführt, wäre dies nur zulässig, wenn es **diesbezüglich die Feststellung eines Wettbewerbsproblems** geben würde. Ein solches Wettbewerbsproblem ist aber in dem maßgeblichen Gutachten des Amt sachverständigen in keiner Form ermittelt oder auch nur erwähnt worden. Auch wurde ein solches Sachverhaltselement von der Behörde selbst nicht erörtert. Damit möchte die Behörde die geplante Maßnahme auf ein

Sachverhaltselement stützen (nämlich ein entsprechendes Wettbewerbsproblem), das der ORS nicht bekannt war. Dies verstößt gegen das Überraschungsverbot.

Dieser Verfahrensmangel wäre auch wesentlich, da es der ORS bei entsprechender Erörterung vor der Behörde möglich gewesen wäre, darzulegen, da es sich bei dem relevanten Sachverhalt **weder um ein Wettbewerbsproblem im Sinne des § 37 TKG noch um eine Diskriminierung im Sinne des § 38 TKG** handelte, sondern um einen **Ausfluss des von der Behörde selbst angeordneten Modells der Kostenorientierung** und dessen – **von der Behörde kontrollierten** - Umsetzung.

2.6 Resümee

Aus rechtlicher Sicht ist an dieser Stelle zu resümieren, dass die angedachte Bestimmung eindeutig im **Widerspruch zu den Bestimmungen des § 37 TKG und § 38 TKG** stehen würde. Darüber hinaus wäre unter Beibehaltung des derzeitigen Modells der Kostenorientierung unzweifelhaft auch ein **Widerspruch zu den Bestimmungen des § 42 Abs 1 TKG** gegeben. Maßnahmen zur Vermeidung einer Kostenunterdeckung durch nachträgliche Preissenkungen sind zwar denkbar aber mit größter Sicherheit **unpopulär und mit hoher Unsicherheit und beträchtlichem Aufwand** verbunden. Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist festzuhalten, dass die Anordnung einer solchen, bislang in der Regulierung einzigartigen Bestimmung ohne vorangehende Erörterung einen Verstoß gegen das Überraschungsverbot und damit eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren darstellen würde.

Die angedachte Regelung ist aber auch aus wirtschaftlicher Sicht nicht sinnvoll.

3. Geplante Maßnahme auch wirtschaftlich nicht sinnvoll

Zuletzt muss noch angemerkt werden, dass die Regelung, sollte sie in der derzeitigen Form angeordnet werden **auch wirtschaftlich in keiner Weise sinnvoll ist**.

3.1 Öffnungsklausel fördert etablierte Betreiber zu Lasten neuer Marktteilnehmer

Kommt es zu Preissenkungen im Standardangebot würden die meisten Veranstalter eine Anpassungen der Preise in ihren Verträgen nach unten fordern. Das würde später auf den Markt hinzutretenden Veranstaltern den Markteintritt erschweren. Die „ingesessenen“ Veranstalter hätten nicht nur den Vorteil, **bereits auf dem Markt**

etabliert zu sein, sie würden überdies von den allenfalls **niedrigeren Preisen profitieren**, die auch ein neu hinzutretender Veranstalter bekommen könnte.

Damit würde die Behörde selbst **Markteintrittsbarrieren für solche neuen Anbieter schaffen**. Das ist gerade nicht im Sinn des TKG, das Marktzutritte möglichst fördern möchte. Dabei wird angemerkt, dass der hauptsächliche Proponent der Öffnungsbestimmung, also der VÖP, **vor allem die Interessen etablierter Betreiber vertritt**. Neu hinzutretende Veranstalter werden für den VÖP naturgemäß erst dann interessant, wenn sie auch eine Mitgliedschaft anstreben. Das ist in der Regel erst dann der Fall, wenn sie auch auf den Markt zu treten oder unmittelbar davor stehen.

3.2 Öffnungsklausel bremst Innovation

Preissenkungen im Rahmen des Standardangebots können grundsätzlich auf verschiedene Weise zu Stande kommen. Denkbar sind zB **Senkungen der Gestehungskosten bei Investitionsgütern** wie zB der Sendegeräte aber auch Senkungen bei den Betriebskosten wie zB Energiekosten. Wie der Behörde selbst bekannt ist, sind Senkungen bei den Investitionsgütern in den letzten Jahren kaum von Relevanz gewesen. Generell hat sich die Tendenz der Preissenkungen gerade bei den hier relevanten Gütern in den letzten Jahren stark eingebremst oder auch schon wieder ins Gegenteil verkehrt. Betriebskosten wie zB die Energiekosten sind Schwankungen unterworfen, auf die ORS so gut wie keinen Einfluss hat. Personalkosten tendieren grundsätzlich nur nach oben.

Das mit Abstand einzige größere Potential für künftige Preissenkungen besteht in einer **Steigerung der Auslastung des Netzes und anderen Effizienzmaßnahmen bei der ORS selbst**. Sollte es nun auf der Grundlage der Regulierung dazu kommen, dass jedwede **Effizienzsteigerung unmittelbar an alle Nachfrager weitergegeben werden muss**, sinkt der Anreiz zu solchen Effizienzsteigerungen massiv. Damit wird also genau das Gegenteil von dem erreicht, was regulatorische Kostenkontrolle eigentlich bezwecken soll, nämlich einen Anreiz zur sinnvollen Effizienzsteigerungen.

ORS ist überzeugt, dass die Behörde bei einer inhaltlichen Erörterung der geplanten Maßnahme auch aus diesen wirtschaftlichen Gründen von einer Anordnung Abstand genommen hätte.

4. Abschließende Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die angedachte Verpflichtung in Punkt 1.3.4.2 des Entwurfs rechtlich unzulässig und wirtschaftlich nicht sinnvoll ist. ORS drängt daher darauf, die entsprechende Regelung ersatzlos zu streichen.

Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG
ORS comm GmbH & Co KG