

Bescheidentwurf

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 133/2005, wird festgestellt, dass die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG (FN 256454 p beim HG Wien), vertreten durch Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte, Seilergasse 16, A-1010 Wien, auf dem Vorleistungsmarkt „(Analoge) terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ gemäß § 1 Z 1 der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2004 (RFMVO 2004) über beträchtliche Marktmacht verfügt.
 - 1.1. Der Antrag der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG, die KommAustria möge die dem gegenständlichen Marktanalyseverfahren nach dem 5.Abschnitt des TKG 2003 zugrundeliegende Marktdefinition gemäß der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2004 (RFMVO 2004) korrigieren, sodass als relevante Märkte die Märkte für terrestrische Übertragung von TV-Signalen in dem von der jeweiligen Rundfunkzulassung umfassten Versorgungsgebiet oder andere Märkte definiert werden, wird gemäß § 1 Z 1 RFMVO 2004 iVm den §§ 36, 128 und 129 TKG 2003 zurückgewiesen.
2. Der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG werden gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:
 - 2.1. Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG hat gemäß § 41 TKG 2003 auf zumutbare Nachfrage nicht diskriminierenden **Zugang** zu ihren Sendestandorten zu gewähren bzw. den Kommunikationsdienst der (analogen) terrestrischen Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden anzubieten. Hierbei hat die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG
 - 2.1.1. gemäß § 41 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 ungebündelten Zugang zu ihrer Senderinfrastruktur in dem vom Kunden spezifizierten Umfang anzubieten, sodass der Kunde nicht verpflichtet ist, Dienste und Leistungen in Anspruch zu nehmen, welche von ihm nicht nachgefragt werden;

- 2.2. Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG hat die **Entgelte** für die unter Spruchpunkt 2.1.1. angeführten Zugangsleistungen gemäß § 42 TKG 2003 an den Kosten der effizienten Leistungserstellung zu orientieren. Gemäß § 42 Abs. 2 und 3 TKG 2003 sind die Entgelte
- 2.2.1. auf Basis der durchschnittlichen, für eine „fiktive“ Sendeanlage ermittelten Kosten zu berechnen und nach Senderleistungsklassen aufzugliedern;
- 2.2.2. bei jeder Veröffentlichung einer neuen Preisliste an diese sowohl bei bestehenden als auch bei neu abzuschließenden Verträgen anzupassen.
- 2.3. Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG hat Unternehmen, die Zugang zu ihren Sendestandorten bzw. die (analoge) terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden nachfragen gemäß § 38 TKG 2003 **gleich zu behandeln**, d.h. ihnen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten und ihnen Dienste und Informationen zu gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie intern oder wie für verbundene Unternehmen bereitzustellen.
- 2.4. Für die nach Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Übertragungsleistungen hat die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG binnen zwei Monaten ab Zustellung dieser Entscheidung gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 ein **Standardangebot** zu veröffentlichen. Das Standardangebot hat hinreichend detaillierte Teilleistungen zu enthalten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte und allfälligen Rabatte offen zu legen. In das Standardangebot hat die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG zumindest Angaben zu den folgenden Punkten aufzunehmen:
- Entgelte für Sender und Umsetzer (Ballempfang) der verschiedenen Leistungsklassen, mit und ohne Reserve
 - Mindestvertragsdauer
 - Art der Vertragsverlängerung
 - Bedingungen der (vorzeitigen) Vertragsauflösung
- Bis zur Veröffentlichung des Standardangebotes hat die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG Nachfragern die Übertragungsleistung entsprechend der bis dahin gültigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen bereit zu stellen.
- 2.5. Die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG hat gemäß § 40 Abs. 1 TKG 2003 erstmals bezogen auf das Jahr 2006 ihre Kosten und Erträge auf dem vorliegenden Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Übertragungsdiensten für Rundfunksignale, jedenfalls aber gegliedert nach den Märkten der Rundfunkmarktdefinitionsverordnung 2004 in einem eigenen Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln (**getrennte Buchführung**). In diesem Zusammenhang sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde folgende Informationen bereitzustellen:
- Erträge,
 - Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstige Kosten),

- detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insb. Leistungsklassen für Fernsehen
3. Gemäß § 64 Abs. 2 AVG wird die aufschiebende Wirkung der Berufung ausgeschlossen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

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

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

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

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

Am 23.01.2004 wurden Mag. Reinhard Neubauer, Mag. Paul Pisjak und Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) zu Amt sachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens

(„Marktanalyse-Gutachten“) zur Frage beauftragt, ob auf dem Vorleistungsmarkt „Terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ gemäß § 1 Z 1 RFMVO 2004 aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung selbsttragender Wettbewerb vorläge. Dabei waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang war das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen waren.

Am 23.01.2004 ergingen Schreiben an alle Rundfunkveranstalter und Bereitsteller von terrestrischen Kommunikationsnetzen und -diensten zur Übertragung von Rundfunk mit dem Ersuchen, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten an die Amt sachverständigen der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) bis 20.02.2004 zu übermitteln. Die vom Österreichischen Rundfunk (ORF) und der ATV Privatfernseh-GmbH (ATV) übermittelten Daten hinsichtlich der Höhe des von ATV zu leistenden Mitbenutzungsentgelts beruhten allerdings auf dem vertragsersetzenden Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 01.10.2002, GZ 611.182/001-BKS/2002, wobei in weiterer Folge das vom ORF angestrebte Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof (VfGH) mit der Begründung eingestellt wurde, dass der ORF als beschwerdeführende Partei seine Beschwerde zurückgezogen habe, da eine neue Vereinbarung geschlossen wurde und sich der ORF als klaglos gestellt betrachtete. Deshalb wurden ORF und ATV aufgefordert, diese neue Vereinbarung über die Höhe des für die Mitbenutzung von ORF-Sendeanlagen zu leistenden Entgelts vorzulegen. Anfang Oktober 2004 haben die Amt sachverständigen der KommAustria auftragsgemäß das auf Basis der erhobenen Daten erstellte Marktanalyse-Gutachten übermittelt. Mit Schreiben vom 13.10.2004 teilte die KommAustria dem ORF mit, dass aus dem Marktanalyse-Gutachten hervorgehe, dass der ORF auf dem Markt für terrestrische Übertragung von TV-Signalen aus wirtschaftlicher Sicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügen könnte. Zugleich wurde dem ORF das Marktanalyse-Gutachten mit der Gelegenheit, hierzu binnen zwei Wochen Stellung nehmen zu können, übermittelt. Mit am 02.11.2004 bei der KommAustria eingelangtem Schreiben erfolgte durch den ausgewiesenen Rechtsvertreter des ORF eine schriftliche Äußerung zum Marktanalyse-Gutachten.

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

Mit Schreiben vom 22.12.2004 wurde dem ORF das Regulierungsinstrumente-Gutachten hinsichtlich des Marktes „(Analoge) terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ zur Stellungnahme bis zum 20.01.2005 übermittelt.

Mit am 19.01.2005 bei der KommAustria eingebrachtem Schreiben teilte der ausgewiesene Rechtsvertreter des ORF mit, dass dieser mit Wirkung vom 01.01.2005 seinen Teilbetrieb „Sendetechnik“ im Wege der Einzelrechtsnachfolge in seine Tochtergesellschaft, die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG (ORS) ausgegliedert habe. Zugleich wurde gemäß § 15 TKG 2003 der Betrieb eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und -dienstes

durch die ORS angezeigt. Am 20.01.2005 teilte der Rechtsvertreter des ORF, der zugleich mit der Rechtsvertretung der ORS betraut wurde, der KommAustria in einem weiteren Schreiben mit, dass infolge der Ausgliederung des Sendebetriebs der ORF aus dem gegenständlichem Verfahren auszuschneiden sei und dieses stattdessen gegen die ORS weitergeführt werden müsse. Aus diesem Grunde würde sich eine Stellungnahme des ORF zum Regulierungsinstrumente-Gutachten erübrigen. In einer am 27.01.2005 stattgefundenen Besprechung bei der KommAustria legten Vertreter des ORF bzw. der ORS nochmals mündlich dar, dass die Ausgliederung der ORF-Sendeinfrastruktur in die ORS zum 01.01.2005 erfolgt sei, eine detaillierte Ausgestaltung der vertraglichen Rahmenbedingungen der Ausgliederung allerdings noch erarbeitet werde. Ferner wurde mitgeteilt, dass bestehende Vertragsverhältnisse über die Mitbenutzung von Sendeanlagen bereits zum überwiegenden Teil auf die ORS übertragen worden seien und die Absicht bestehe, bisher noch nicht übergegangene Verträge so rasch wie möglich auf die ORS zu übertragen.

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

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

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

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

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

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

2.1. Relevanter Markt

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

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

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

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

„§ 1. Als relevante Märkte werden

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

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

In § 1 Z 1 RFMVO 2004 wird der hier relevante Markt als „Terrestrische Übertragung von TV-Signalen zu Endkunden“ (Vorleistungsmarkt) determiniert. Dieser Markt lässt sich dadurch umschreiben, dass er die (analoge) terrestrische Übertragung von TV-Signalen zu Endkunden im Sinne einer „point to multipoint Übertragung“, nicht jedoch die Zubringung des Signals vom Studio des Programmveranstalters zur Sendeanlage umfasst. Anbieter auf dem so definierten Markt sind all jene Unternehmen, die die Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden mittels („analoger“) terrestrischer Übertragungstechnologie anbieten. Nachfrager sind wiederum jene Unternehmen, die die Übertragung der von ihnen veranstalteten Fernsehprogramme zum Endkunden nachfragen. Nachgefragt wird also der Dienst der Signalübermittlung zum Endkunden mittels („analoger“) terrestrischer Übertragungstechnologie.

2.2. Markt „Terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“

Potentielle Nachfrager auf dem Markt für (analoge) terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden sind alle Rundfunkveranstalter, die eine Zulassung zur Veranstaltung von analogem terrestrischen Fernsehen aufgrund des Privatfernsehgesetzes

(PrTV-G) besitzen sowie der (öffentlich-rechtliche) Österreichische Rundfunk (ORF). Anbieter auf dem hier gegenständlichen Markt sind all jene Unternehmen, die die Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden mittels analoger terrestrischer Übertragungstechnologie anbieten.

Der ORF, eine zu FN 71451a beim Handelsgericht Wien eingetragene Stiftung öffentlichen Rechts mit Sitz in Wien bzw. seine Rechtsvorgänger – jeweils juristische Personen des öffentlichen Rechts und bis zum Jahr 1974 eine im öffentlichen Eigentum stehende Gesellschaft mit beschränkter Haftung – verfügten über Jahrzehnte hindurch über ein rechtlich gesichertes Monopol zur Veranstaltung und terrestrischen Verbreitung von Rundfunkprogrammen. In dieser Zeit hat der ORF zur Erfüllung seines Versorgungsauftrags (nunmehr § 3 ORF-G) ein Netz von rund 1800 Rundfunksendern, darunter rund 970 Fernsehsender, errichtet und zur Verbreitung der von ihm gestalteten Programme eingesetzt. Der ORF verbreitet zwei Programme bundesweit (ORF1 und ORF2). Mit Wirkung ab 01.01.2005 hat der ORF seine gesamte Senderinfrastruktur und den Sendebetrieb in seine Tochtergesellschaft, die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG (ORS) ausgegliedert und tritt nun als Mieter dieser Sendeanlagen auf. Zuvor war der ORF selbst als Vermieter von Sendeanlagen bzw. Bereitsteller von Übertragungsleistungen am vorliegenden Markt tätig.

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

Neben den Programmen des ORF wurden seit 2001 eine bundesweite (ATV Privatfernseh-GmbH) und insgesamt sieben regionale Zulassungen an private TV-Veranstalter vergeben.

Um ihre Programme zum Endkunden zu übertragen haben die am Markt tätigen Unternehmen grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Sie können selbst Sendeanlagen errichten oder aber Sendeanlagen von anderen Unternehmen mieten und ihre Programme von anderen Unternehmen verbreiten lassen. Während der ORF seine Programme jetzt ausschließlich über die Sendefunkinfrastruktur seiner Tochtergesellschaft ORS verbreitet, nutzen private TV-Veranstalter sowohl gemietete als auch eigene Sendeanlagen. Während fünf der acht Fernsehveranstalter ihr Programm ausschließlich über eigene Sendeanlagen verbreiten, lassen drei ausschließlich von der ORS verbreiten. Andere Anbieter der Übertragungsleistung existieren nicht.

Bei den Verträgen über die Bereitstellung der Übertragungsleistung handelt es sich üblicherweise um langfristige Verträge, die meist für die Dauer der Zulassung (zehn Jahre) abgeschlossen werden, meist mit der Option auf Verlängerung bei erneuter Erteilung der Zulassung. Aufgrund der Ausgliederung des Sendebetriebs an die ORS gingen mit Wirkung ab 01.01.2005 sämtliche Site sharing-Verträge des ORF auf die ORS über.

Im Jahr 2003 erzielte der ORF aus der Vermietung von insgesamt 19 Sendeanlagen an zwei private TV-Veranstalter (ATV Privatfernseh-GmbH und Privatfernsehen GmbH) Einnahmen in der Höhe von ca. € 2.200.000.

Tabelle 1 zeigt die Anzahl der Sendeanlagen, über welche der ORF und die privaten Fernsehveranstalter ihre Programme verbreiten. Der ORF erreicht mit seinen ca. 970 Sendeanlagen an ca. 480 Standorten einen bundesweiten Versorgungsgrad von ca. 95%. Die privaten TV-Veranstalter verbreiten ihre Programme über insgesamt 26 Sendeanlagen, von denen 20 von der ORS zugemietet sind. Die sechs von den privaten TV-Veranstaltern selbst betriebenen Sendeanlagen verteilen sich auf insgesamt fünf Unternehmen.

Tabelle 1: Anzahl an Sendeanlagen

Fernsehveranstalter	Programm(e)	Anzahl eigener Sendeanlagen	Anzahl von der ORS gemieteter Sendeanlagen
ORF	ORF1, ORF2	-	970
ATV Privatfernseh-GmbH	ATV+	-	18
Bad Kleinkirchheimer SAT-Kabelfernsehen GmbH	BKK-TV	1	-
Parzer Christian	TV Bad Ischl	1	-
Privatfernsehen GmbH	LT 1	-	1
PULS CITY TV GmbH	PULS CITY TV	-	1
RTV Regionalfernsehen GmbH	RTV	1	-
Salzburg TV Fernsehgesellschaft mbH	Salzburg TV	1	-
WKK Lokal-TV der Weststeirischen Kabel-TV GmbH & Co KEG	WKK Lokal-TV	2	-
Private Gesamt		6	20

2.3. Indikatoren für beträchtliche Marktmacht

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

2.3.1. Marktanteile

Zur Untersuchung der Marktanteile wurden einerseits die Umsätze am Markt für analoge terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden und deren Entwicklung im Zeitverlauf als auch der Versorgungsgrad bzw. die Reichweite der Fernsehsendernetze herangezogen.

Da die ORS das einzige Unternehmen ist, das analoge terrestrische Übertragungsleistungen anbietet, beträgt ihr Marktanteil am Umsatz gemessen 100%.

In den am Umsatz gemessenen Marktanteil wurden Eigenleistungen nicht einbezogen, da diese nicht in Geld bewertet werden können. Zur Berechnung der Marktanteile kann allerdings auch der Versorgungsgrad („Mengenmarktanteil“) eines Rundfunksendernetzes herangezogen werden. Zur Bestimmung des Versorgungsgrades eines Rundfunksendernetzes kann die Anzahl an eigenen Standorten, die Anzahl an eigenen Sendeanlagen und an Personen, die mit eigenen Sendeanlagen erreicht werden können, herangezogen werden. Diese Maßzahlen sind in Tabelle 2 dargestellt.

Tabelle 2: Vergleich Infrastruktur ORS vs. private TV-Veranstalter

	ORS	Private gesamt
Anzahl eigener Standorte	ca. 480	6
Anzahl eigener Sendeanlagen	ca. 990	6
Reichweite mit eigenen Sendeanlagen (Personen)*	ca. 21,2 Mio.	ca. 610.000

* unter Doppelzählung von mit mehreren Programmen versorgten Personen

Die ORS betreibt für den ORF an 480 Standorten ca. 970 Sendeanlagen für die Übertragung der Fernsehprogramme ORF1 und ORF2. Unter Hinzuzählung jener 20 Sendeanlagen, die die ORS für die privaten Fernsehveranstalter ATV Privatfernseh-GmbH (ATV+), Privatfernsehen GmbH (LT 1) und PULS CITY TV GmbH (PULS CITY TV) betreibt, ergibt sich, dass die ORS insgesamt etwa 990 Sendeanlagen betreibt. Dem stehen sechs eigene Sendeanlagen privater Fernsehveranstalter gegenüber, die an ebenso vielen Standorten betrieben werden.

Die ORS verfügt somit gemessen an den eigenen Standorten über einen Marktanteil von ca. 98,8 % und gemessen an eigenen Sendeanlagen über einen Marktanteil von 99,4 %. Im Vergleich dazu verfügen private Fernsehveranstalter mit eigenen Standorten bzw. Sendeanlagen zusammen über einen Marktanteil von knapp 1,2 % bzw. 0,6 %.

Während die ORS insgesamt knapp 21,2 Mio. Personen mit ihren Sendeanlagen versorgen kann – mit den Fernsehprogrammen ORF1 und ORF2 können über die Infrastruktur der ORS jeweils ca. 8,1 Mio. Personen erreicht werden, hinzu kommen ca. 5,1 Mio. Personen, die mit privaten Fernsehprogrammen (ATV+, LT1 und Puls City TV), die über ORS-Sendeanlagen verbreitet werden, versorgt werden –, erreichen private Fernsehveranstalter über eigene Sendeanlagen zusammen etwa 610.000 Personen.

Es zeigt sich also, dass die ORS auch unter Berücksichtigung von intern erbrachten Leistungen beinahe 100% Marktanteil hält und so das mit Abstand größte Unternehmen am Markt für analoge terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden ist. Bedingt durch die historische Monopolstellung des ORF und dessen Versorgungspflichten nach dem ORF-G, ist nunmehr auch seine Tochtergesellschaft ORS – nach der Ausgliederung des Sendebetriebs – das Unternehmen mit der ubiquitärsten Infrastruktur. Bedingt durch den Umstand, dass der ORF durch das ORF-G sowie das PrTV-G zum „Site sharing“ verpflichtet wurde und die bestehenden Verträge mit privaten Fernsehveranstaltern im Zuge der Ausgliederung des Sendebetriebs auf die ORS übertragen wurden, ist diese nunmehr das Unternehmen mit dem höchsten Anteil am Umsatz aus der Vermietung von Sendeanlagen.

2.3.2. Markteintrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb

Markteintrittsbarrieren sind all jene Faktoren, die es dem bzw. den auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche Markteintritte erfolgen. Je höher die Markteintrittsbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist potentiell das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmen/s. Entscheidend für die Beurteilung von Marktmacht ist auch das Ausmaß an Wettbewerb, der hinter diesen Barrieren stattfindet. So kann vor allem dort das Vorliegen von Marktmacht vermutet werden, wo die Marktkonzentration hoch ist und gleichzeitig hohe Markteintrittsbarrieren vorliegen.

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

2.3.2.1. Strukturelle Markteintrittsbarrieren

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

Skalen- bzw. Verbundvorteile resultieren vor allem aus der Kostenstruktur eines Sendernetzes. Die Errichtung eines Sendestandortes ist grundsätzlich mit hohen Fixkosten verbunden, die vor allem für Sendemasten und Stromzufuhr entstehen. Im Vergleich dazu stellen sich die Kosten für den Betrieb der Sendeanlage(n) als relativ gering dar. Ein Unternehmen, das als Anbieter von Rundfunkübertragungsdiensten mit eigener Infrastruktur neu in den Markt einzutreten beabsichtigt, müsste an allen großen Sendestandorten der ORS, die von den privaten Fernsehveranstaltern nachgefragt werden, die Senderinfrastruktur der ORS duplizieren. Hierzu müsste das Unternehmen u.a. neue Sendemasten, eine Stromversorgung sowie beispielsweise auch Antennenzuleitungen errichten. Die Errichtung eines weiteren Sendemasten oder einer weiteren Stromversorgung an einem Standort ist jedoch in der überwiegenden Zahl der Fälle als ineffizient zu qualifizieren, da diese Komponenten der Senderinfrastruktur häufig von mehreren Fernsehveranstaltern gemeinsam genutzt werden können. So ist es meist möglich, an einem Sendemast etwa zwei oder auch mehrere Sendeanlagen anzubringen. Für die ORS, die an den meisten Standorten bereits zwei eigene Sendeanlagen betreibt, ist es daher grundsätzlich mit relativ geringen (zusätzlichen) Kosten verbunden, eine weitere Sendeanlage für einen privaten Fernsehveranstalter anzubringen. Die ORS ist hierdurch in der Lage, Skalenvorteile auszunutzen – eine Möglichkeit, die privaten Fernsehveranstaltern oder anderen Unternehmen meist nicht offen steht.

Für Unternehmen, die nicht bereits über die notwendige Senderinfrastruktur verfügen, wirken die geschilderten Skalenvorteile auf dem gegenständlichen Markt als substantielle Marktzutrittsbarriere. Allerdings kann in einigen Fällen der Eigenerrichtung auch auf bereits vorhandene Infrastruktur anderer Unternehmen (Mast, in manchen Fällen auch Stromversorgung) zurückgegriffen werden, wodurch eine ineffiziente Duplizierung von Ressourcen vermieden werden kann. Die dargestellten strukturellen Zugangshindernisse werden so zumindest für manche Standorte relativiert.

Die Kosten der Errichtung einer Sendeanlage sind teilweise als versunkene Kosten zu betrachten, da die Sendeanlage im Normalfall keiner alternativen Verwendung zugeführt werden kann. Besteht Unsicherheit über den Erfolg des Unternehmens am Markt, so erhöht sich das Risiko des Markteintritts mit der Höhe der versunkenen Kosten, die bei einem eventuellen Marktaustritt nicht mehr wieder gewonnen werden können. Versunkene Kosten sind vor allem bei großen Sendeanlagen substantiell, bei kleineren hingegen haben sie eine geringere Bedeutung. Da die Kosten der Programmübertragung nur einen relativ kleinen Teil der Gesamtkosten ausmachen – der Anteil der Kosten für die Signalübertragung liegt zwischen 5% und 15%, je nach Anzahl der Sendeanlagen und ihrer jeweiligen Reichweite, während der größte Anteil der Kosten auf die Produktion des Programms entfällt –, ist davon auszugehen, dass die durch versunkene Kosten bedingten Marktzutrittsbarrieren auf dem untersuchten Markt in den meisten Fällen eher eine geringere Rolle spielen.

Eine wesentliche (technische) Marktzutrittsbarriere stellt die Tatsache dar, dass die Hausantennen, mittels der die Programme vom Endkunden empfangen werden, Signale nicht aus jeder beliebigen, sondern nur aus einer bestimmten Richtung, auf die sie ausgerichtet sind, empfangen können. Da der ORF bis vor kurzem der einzige terrestrische Fernsehveranstalter war, sind (beinahe) alle Hausantennen auf eine Sendeanlage der ORS ausgerichtet. Selbst wenn ein privater Fernsehveranstalter nun also einen geeigneten Standort für seine Sendeanlagen finden würde und es keine sonstigen Barrieren für deren Errichtung gäbe, so kann sein Programm dennoch nur von einer geringen Anzahl an Haushalten (wenn überhaupt) empfangen werden, falls der gewählte Standort nicht identisch mit dem ORS-Standort oder zumindest in dessen Nähe ist.

Eine weitere, vorwiegend strukturell bedingte Zugangsbarriere kann durch Skalenvorteile in Verbindung mit nachfrageseitigen Wechselkosten entstehen. Für neu in den Markt eintretende Unternehmen wird das Erreichen einer effizienten Outputmenge (bei der die Skalenvorteile weitgehend ausgeschöpft werden) bei Vorliegen signifikanter Skalenvorteile durch nachfrageseitige Wechselkosten wesentlich erschwert. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Anzahl der Kunden bzw. das Marktvolumen nicht wesentlich wächst. Nachfrageseitige Wechselbarrieren ergeben sich am vorliegenden Markt vor allem aus vertraglichen Bedingungen, die als strategische Marktzutrittsbarrieren wirken. Verträge (über die Sendermitbenutzung bzw. Signalübertragung) werden üblicherweise für die Dauer der Zulassung (diese wird im Regelfall für zehn Jahre erteilt) mit Option auf Verlängerung bei erneuter Erteilung der Zulassung abgeschlossen. Weiters sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ORF für site sharing – die nunmehr von der ORS angewendet werden – vor, dass der private Fernsehveranstalter im Falle eines Rücktritts vom Vertrag dem ORF (nunmehr der ORS) einen pauschalen Spesenersatz sowie den entstandenen Aufwand und sonstigen Schaden, insbesondere die Kosten der in Zusammenhang mit der Anschaffung und Montage der Sendeeinrichtungen erbrachten Vorfinanzierungen und Arbeitsleistungen, schuldet. Hat sich ein privater Fernsehveranstalter also einmal für die Verbreitung über ORS-Anlagen entschieden, so ist der nachträgliche Wechsel zu einem anderen Betreiber bzw. die Möglichkeit zur Eigenerbringung der Leistung stark eingeschränkt, da die entsprechende Sendeanlage in diesem Falle de facto doppelt bezahlt werden müsste. Es ist überdies nicht auszuschließen, dass die ORS durch ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (z.B. durch ein Pönale in Form des pauschalen Spesenersatzes) versucht, die Wechselkosten zusätzlich zu erhöhen.

2.3.2.2. Rechtlich bedingte Markteintrittsbarrieren

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

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

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

Abgesehen von frequenztechnischen Gründen gibt es noch eine Reihe weiterer rechtlicher Bestimmungen, welche die Errichtung einer Sendeanlage wesentlich erschweren können. Hierbei handelt es sich um gesetzliche Bestimmungen des Bau- bzw. Raumordnungsrechts und des Naturschutzrechts, die in den Kompetenzbereich der Bundesländer fallen. Insgesamt kann festgehalten werden, dass diese Bestimmungen für die Errichtung von kleinen Anlagen mit geringer Leistung in den meisten Fällen kaum eine Hürde darstellen, der Errichtung von großen Hochleistungssendeanlagen aber sehr wohl entgegenstehen können. Insbesondere können die oben angeführten Bestimmungen auch der Errichtung einer Sendeanlage an solchen Standorten entgegenstehen, an denen bereits eine Sendeanlage existiert. Da die ORS-Standorte im Regelfall die aus rundfunktechnischer Sicht günstigsten sind (d.h. an diesen Standorten lässt sich bei entsprechender Leistung ein Maximum an Reichweite erzielen), in vielen Fällen aber keine zweite Anlage in unmittelbarer Nähe errichtet werden kann, müssen private Fernsehveranstalter bei einem Wechsel zu einem alternativen (nicht von der ORS betriebenen) Standort – sofern dies möglich ist – häufig Nachteile in Kauf nehmen, wodurch die Möglichkeiten zur internen Erbringung der Leistung (Eigenbereitstellung) weiter eingeschränkt werden.

Bei der Beurteilung der Relevanz von Marktzutrittsbarrieren sind schließlich auch dynamische Aspekte wie z.B. der technische Fortschritt zu berücksichtigen, die dazu führen können, dass bestimmte Barrieren langfristig an Bedeutung verlieren. Da erwartet werden kann, dass bis zur vollständigen Digitalisierung des terrestrischen Fernsehens, dessen bundesweite Einführung in Österreich gemäß dem Digitalisierungskonzept der KommAustria vom 28.05.2003 phasenweise – beginnend mit Ende 2006 – bis 2012 geplant ist, die Technologie der analogen terrestrischen Übertragung weitgehend unverändert bestehen bleibt, ist es unwahrscheinlich, dass die oben dargelegten Überlegungen in diesem Zeitraum grundlegend relativiert würden.

2.3.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

Von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur wird gesprochen, wenn eine bestimmte zur Leistungserstellung notwendige Infrastruktur ausschließlich oder großteils in den Händen eines einzigen Unternehmens ist und hohe Barrieren für die Errichtung alternativer Infrastruktur bestehen. Eine solche Kontrolle ermöglicht es dem jeweiligen Unternehmen – in Abwesenheit von nachfrageseitiger Gegenmacht – Marktmacht auszuüben, da es der einzige Anbieter der Dienstleistung ist und weder aktueller noch

potentieller Wettbewerb existiert. Zusätzlich kann es dem Unternehmen auch möglich sein, seine Marktmacht auf nachgelagerte oder angrenzende Märkte zu übertragen.

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

Barrieren für die Errichtung terrestrischer Sendeanlagen sind hinsichtlich kleiner Anlagen zwar vorhanden, jedoch eher gering, während Alternativen zu den großen, leistungsstarken Sendeanlagen der ORS nur in wenigen Fällen existieren. Vor allem der Inhaber der bundesweiten Zulassung für analoges terrestrisches Privatfernsehen (ATV+) hat in vielen Fällen keine Alternative zu den ORS-Anlagen. Auch für die Zulassungsinhaber der sog. „Ballungsraum-Sender“ in Wien und Linz bestehen hohe Barrieren für die Errichtung eigener Anlagen. An vielen Standorten – insbesondere jenen, die aufgrund ihrer exponierten Lage und Leistung größere technische Reichweiten erzielen – verfügt die ORS also über eine für private Rundfunkveranstalter notwendige Infrastruktur, die nicht oder nur schwer reproduziert werden kann. Da jedoch die Höhe der Marktzutrittsbarrieren von einer Reihe von Faktoren abhängt, wie der Lage (Höhe) des Standortes, der abgestrahlten Leistung, den in geographischer Nähe bereits existierenden Standorten sowie den Bau-, Raumordnungs-, und naturschutzrechtlichen Regelungen etc., kann a priori keine Aussage über die Höhe der Marktzutrittsbarrieren für jeden Einzelfall getroffen werden. Tendenziell sind zwar die Marktzutrittsbarrieren bei exponierten, leistungsstarken Anlagen deutlich höher als bei kleinen Anlagen, in Einzelfällen können jedoch auch große Anlagen replizierbar sein und kleinere nicht. Für potentiell neu in den Markt eintretende Betreiber wirken weiters nachfrageseitige Wechselkosten, die sich vor allem aus vertraglichen Bedingungen ergeben, als Marktzutrittsbarrieren.

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

2.3.4. Nachfrageseitige Gegenmacht

Verfügt ein Unternehmen aufgrund mangelnden Wettbewerbsdrucks potentiell über Marktmacht, so bedeutet dies nicht automatisch, dass diese Marktmacht gegenüber den Nachfragern (z.B. in Form von überhöhten Preisen) auch ausgeübt werden kann. Dies ist nämlich auch vom Ausmaß der Verhandlungsmacht des Nachfragers (nachfrageseitige Gegenmacht) abhängig. Je höher das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht, desto weniger wird ein Unternehmen, das potentiell über Marktmacht verfügt, diese auch ausüben können. Nachfrageseitige Gegenmacht wird dann größer sein, wenn ein Wechsel zu anderen Betreibern möglich und mit geringen Wechselkosten verbunden ist oder die entsprechende Vorleistung leicht selber erbracht werden kann und wenn der Kunde für einen Großteil der Umsätze des Unternehmens verantwortlich zeichnet.

Wie aus den Feststellungen zu den Markteintrittsbarrieren und der Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur hervorgeht, gibt es bei kleineren Sendeanlagen in einigen Fällen Alternativen. Hierdurch erhöht sich die nachfrageseitige Gegenmacht, da die Möglichkeit zur internen Erbringung der Leistung besteht oder aber ein Wettbewerb zwischen mehreren Anbietern stattfinden kann. In all jenen Fällen aber, in denen es de facto keine Alternativen zu einem ORS-Standort gibt, ist auch das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht gering.

Während somit nachfrageseitige Gegenmacht überall dort existiert, wo es Alternativen zu den Standorten der ORS gibt, ist das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht bei nicht oder nur schwer duplizierbaren Anlagen eher gering einzustufen.

2.3.5. Entgelte

Die Preissetzungspolitik eines Unternehmens ist ein wesentlicher ökonomischer Verhaltensparameter und ist daher auch für die Beurteilung von Marktmacht relevant. So geben z.B. Preisbewegungen im Zeitverlauf, vorhandene Preisdifferenziale zwischen einzelnen Betreibern und beobachtete Preisreaktionsmuster wesentliche Hinweise auf die am Markt vorhandene Wettbewerbsintensität. Da der ORF bis dato der einzige Anbieter von Übertragungsleistungen war, konnte im Rahmen des Marktanalyse-Gutachtens nur eine Analyse der Entgelte des ORF vorgenommen werden. Die hierzu erfolgenden Feststellungen haben auch für die ORS Geltung, da diese nach der Übernahme des Sendebetriebs die zuvor vom ORF verlangten Entgelte bis auf weiteres anwendet.

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

Im Zuge der Datenerhebung 2004 wurden der KommAustria sowohl vom ORF als auch von den privaten Fernsehveranstaltern die Entgelte für 2003 und 2004 bekannt gegeben. Diese Entgelte wurden mit den im site sharing-Verfahren – dieses wurde im Jahr 2002 in Folge der Erteilung der bundesweiten Zulassung zur Veranstaltung von analogem terrestrischem Privatfernsehen geführt (KOA 3.005/02-66) – zwischen der ATV Privatfernseh-GmbH und dem ORF von der RTR-GmbH errechneten Kosten des ORF im Jahr 2000 für die Bereitstellung von Sendeanlagen verglichen.

Das von der ATV Privatfernseh-GmbH für die Nutzung von Sendeanlagen zu zahlende Entgelt beläuft sich auf € 2.150.000 pro Jahr und liegt damit um ca. 6% unter dem im Gutachten der RTR-GmbH errechneten Betrag von ca. € 2.300.000. Hierbei ist allerdings festzuhalten, dass der ORF zunächst einen Betrag von ca. € 3.200.000 veranschlagt hatte (vgl. KOA 3.005/02-66), welcher erst nach Anrufung der KommAustria durch die ATV Privatfernseh-GmbH und nach Durchführung eines site sharing-Verfahrens auf den oben genannten Betrag gesenkt wurde.

Das Entgelt für die von PULS CITY TV GmbH (Ballungsraum Wien) genutzte Sendeanlage entspricht dem im Rahmen des zwischen dieser und dem ORF geführten site sharing-Verfahrens mit Bescheid der KommAustria vom 23.01.2003, KOA 3.100/03-7, festgelegten Entgelt in Höhe von € 262.620 pro Jahr. Auch hier veranschlagte der ORF ursprünglich ein wesentlich höheres Entgelt in Höhe von € 335.000 (gemäß ORF-Preisliste) bzw. € 292.065 (im Zuge der Vertragsverhandlungen durch den Leiter der ORF-Sendetechnik genannter Betrag), was zur Anrufung der KommAustria durch die PULS CITY TV GmbH führte (KOA 3.100/03-7).

Das Entgelt für die Privatfernsehen GmbH (Ballungsraum Linz), das ohne Verfahren vor der KommAustria festgelegt wurde, liegt unter den im Zuge des Verfahrens zu GZ KOA 3.005/02-66 errechneten Kosten für eine entsprechende Sendeanlage.

Schließlich ist festzuhalten, dass diese Entgelte, die sich an den (historischen) Anschaffungskosten orientieren, mit dem Verbraucherpreisindex wertgesichert sind, während die Kosten der Leistungserstellung eher fallende Tendenz aufweisen. So wurde im Verfahren zu GZ KOA 3.005/02-66 errechnet, dass die Betriebskosten von 1999 auf 2000 um ca. 5% gesunken sind. Der Preisindex für Ausrüstungsinvestitionen in der Gruppe „Nachrichtentechnik, Rundfunk- und Fernsehgeräte sowie elektronische Bauelemente“ sank von 2000 auf 2002 von 89,9 auf 88,8. Auch im Hörfunkbereich sanken die Kosten von 2000 auf 2004 um ca. 5%. Durch ein solches Auseinanderdriften der historischen Kosten und der

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

Abschließend lässt sich demnach festhalten, dass die Entgelte die Kosten der Leistungserbringung widerspiegeln oder aber sogar darunter liegen. In zwei von drei Fällen mussten private Fernsehveranstalter allerdings erst Verfahren vor der KommAustria anstrengen, um die Festlegung eines kostenorientierten Entgelts zu erreichen. Da sämtliche site sharing-Verträge des ORF unverändert von seiner Tochtergesellschaft ORS übernommen wurden und die Entgelte bis auf weiteres auch nach der Ausgliederung der Senderinfrastruktur an die ORS wirksam bleiben, hat diese Aussage auch Gültigkeit für die ORS. Ferner muss angenommen werden, dass es durch das Auseinanderdriften von an den (historischen) Kosten orientierten Entgelten und den Wiederbeschaffungswerten im Zeitverlauf zu überhöhten Entgelten bzw. zu falschen Anreizen für neu in den Markt eintretende private Fernsehveranstalter hinsichtlich der „make-or-by Entscheidung“ kommen könnte, wenn die ORS ihre Preislisten nicht regelmäßig einer Anpassung unterwirft.

2.3.6. Produktdifferenzierung

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

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

2.3.7. Vertikale Integration

Das Vorliegen vertikaler Integration ist für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung am vorliegenden Markt insofern relevant, als sie in wesentlichem Maße die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Konkurrenten bestimmt.

Vertikal integrierte Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene können Anreiz dazu haben, entweder einen überhöhten Preis für das Vorleistungsprodukt zu verlangen

oder aber Konkurrenten vom nachgelagerten Markt zu verdrängen. Anreize zu einer Verdrängungsstrategie können insbesondere dann bestehen, wenn das Unternehmen mit Marktmacht am Vorleistungsmarkt seine Marktmacht nicht uneingeschränkt ausüben kann.

Da der ORF mit den privaten Fernsehveranstaltern, denen er – bis zur Ausgliederung des Sendebetriebs an die ORS – die Übertragungsleistung bereitgestellt hat, am Endkundenmarkt im Wettbewerb steht und gleichzeitig der Verpflichtung nach § 7 ORF-G bzw. § 19 PrTV-G unterliegt, Zugang zu seinen Sendeanlagen gegen ein angemessenes Entgelt zu Verfügung zu stellen, ist es wahrscheinlich, dass der ORF vor der Ausgliederung (ökonomische) Anreize hatte, private Fernsehveranstalter gegenüber dem eigenen Unternehmen bei der Bereitstellung von Sendeanlagen zu benachteiligen. Trotz der mittlerweile erfolgten Ausgliederung der Sendeeinfrastruktur ist davon auszugehen, dass auch die ORS, aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Verschränkung mit dem ORF, ebensolche Anreize hat. Ohne entsprechende Zugangsregulierung ist zu erwarten, dass die ORS für private Fernsehveranstalter Zugang zu ihren schwer duplizierbaren Standorten zu überhöhten Preisen bereitstellen oder aber einen solchen Zugang überhaupt verwehren würde, um ihre Marktmacht auszuüben oder aber die Position ihres Eigentümers ORF am Endkundenmarkt zu stärken. Solange der ORF einen signifikanten Anteil an der ORS hält und folglich beherrschenden Einfluss auf diese hat, kann er bzw. die ORS als vertikal integriertes Unternehmen betrachtet werden.

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

2.3.8. Sonstige Indikatoren

An dieser Stelle seien weitere Indikatoren zur Beurteilung, ob ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, erwähnt. Ihnen kommt allerdings am vorliegenden Markt nur eine untergeordnete Bedeutung zu.

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

2.3.9. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

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

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

Grundsätzlich ist das Ausmaß nachfrageseitiger Gegenmacht bei nicht oder nur schwer duplizierbaren Standorten bzw. Anlagen gering. Nachfrageseitige Gegenmacht besteht hingegen überall dort, wo Alternativen zu Standorten der ORS existieren.

Die durchgeführte Analyse deutet darauf hin, dass die Entgelte die Kosten der Leistungserbringung widerspiegeln oder aber sogar darunter liegen. In zwei von drei Fällen mussten private Fernsehveranstalter allerdings erst Verfahren vor der KommAustria anstrengen, um die Festlegung eines kostenorientierten Entgelts zu erreichen. Da sämtliche site sharing-Verträge des ORF unverändert von seiner Tochtergesellschaft ORS übernommen werden und die Entgelte bis auf weiteres auch nach der Ausgliederung der Senderinfrastruktur an die ORS Gültigkeit behalten, gilt dies auch für die ORS. Durch das Auseinanderdriften von an den (historischen) Kosten orientierten Entgelten und den Wiederbeschaffungswerten könnte es weiters im Zeitverlauf zu überhöhten Entgelten kommen, wenn die ORS ihre Preislisten nicht regelmäßig einer Anpassung unterwirft.

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

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

2.4. Wettbewerbsprobleme

Die anhand der vorstehenden Indikatoren beschriebene Situation auf dem Vorleistungsmarkt „(analoge) terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ kann in einer Konstellation ohne jegliche Regulierung am vorliegenden Markt zum Auftreten von Wettbewerbsproblemen im Hinblick auf die Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern, die Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Mitbewerbern sowie die Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte führen. Unter Regulierung am vorliegenden Markt ist in diesem Zusammenhang vor allem auch die derzeitige Verpflichtung zum site sharing gemäß § 7 ORF-G bzw. § 19 PrTV-G zu verstehen, welche sich allerdings dem Wortlaut nach nur an den ORF richtet. Bisher unterlag der

gegenständliche Markt keiner spezifischen Ex-Ante-Regulierung gemäß dem TKG 1997 bzw. dem TKG 2003.

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

2.4.1. Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern

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

2.4.2. Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten

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

2.4.3. Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte

In Bezug auf die Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte ist im vorliegenden Zusammenhang vor allem jene vom Vorleistungsmarkt auf den Endkundenmarkt relevant. Da bestimmte Standorte der ORS nur schwer duplizierbar sind, könnte sie durch Verweigerung eines adäquaten Zugangs zu diesen Anlagen die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt erhöhen und so die Position ihres Mehrheitseigentümers ORF auf diesem Markt stärken. Neben der totalen Verweigerung des Zugangs sind hier auch Strategien wie Preisdiskriminierung (die zu einem „margin squeeze“ führen kann), Qualitätsdiskriminierung oder Verzögerungstaktiken bei der Bereitstellung relevant.

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

Es ist auf die site sharing-Verpflichtung gemäß § 7 ORF-G bzw. § 19 PrTV-G zurückzuführen, dass es dem ORF nicht möglich war, Entgelte zu verlangen, die über den Kosten der Leistungsbereitstellung liegen. Aufgrund des Umstandes, dass die ORS sämtliche site sharing-Verträge des ORF übernommen hat und folglich auch die Entgelte weiterhin Gültigkeit besitzen sowie aufgrund der Tatsache, dass die ORS eine

Tochtergesellschaft des ORF ist, kann davon ausgegangen werden, dass dies bis auf weiteres auch für die ORS gilt. In zwei von drei Fällen mussten die privaten Fernsehveranstalter allerdings erst ein Verfahren vor der KommAustria anstrengen um die Festlegung kostenorientierter Entgelte durchsetzen zu können. Durch die Zugangsverpflichtung (gegen angemessenes Entgelt, zu gleichwertigen Bedingungen und in derselben Qualität, s. § 19 PrTV-G) wurde weiters die Übertragung von Marktmacht auf den Endkundenmarkt durch Verweigerung eines adäquaten Zugangs verhindert.

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

Obwohl infolge des Übergangs der bestehenden site sharing-Verträge des ORF mit privaten Fernsehveranstaltern auf die ORS eine Ausübung von Marktmacht durch diese bisher nicht erfolgte, da darin die an den ORF adressierten gesetzlichen Verpflichtungen gemäß § 7 ORF-G bzw. § 19 PrTV-G zum Teil implizit nachwirken, kann man dennoch nicht von Wettbewerb im ökonomischen Sinne auf dem zu betrachtenden Vorleistungsmarkt sprechen. Während bei Vorliegen von Wettbewerb jede Form der Ex-Ante-Regulierung auf dem betreffenden Markt entfallen könnte, würde ein Wegfallen der gesetzlichen site sharing-Verpflichtungen gemäß § 7 ORF-G bzw. § 19 PrTV-G potentiell zu den oben beschriebenen Wettbewerbsproblemen führen. Da die Bestimmungen gemäß § 19 PrTV-G und § 7 ORF-G schon dem Wortlaut nach nur an den ORF adressiert sind, ist infolge der Ausgliederung der Senderinfrastruktur die ORS diesen gesetzlichen Verpflichtungen nach Meinung der KommAustria nicht unterworfen. Im Rahmen der Wettbewerbsanalyse konnte daher die den ORF treffende site sharing-Verpflichtung gemäß § 19 PrTV-G bzw. § 7 ORF-G keine Berücksichtigung finden. Hierauf wird im Rahmen der rechtlichen Würdigung näher einzugehen sein.

Selbst im Hinblick auf den Umstand, dass die ORS die langfristigen site sharing-Verträge des ORF mit privaten Fernsehveranstaltern als neuer Vertragspartner übernommen hat, ergibt sich keine andere Beurteilung. So kann die KommAustria eine Bestandsgarantie (etwa bzgl. der Entgelthöhe) der Vereinbarungen nicht als gewährleistet ansehen. Die Musterverträge sehen eine Kündigungsmöglichkeit bei Vorliegen „wichtiger Gründe“ vor, wobei in weiterer Folge keine nähere Spezifizierung erfolgt, wann diese gegeben sind. Wie ein Blick auf den Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zeigt, wurden dort im Verlauf der Jahre – bei Geltung der gleichen Vertragsbestimmungen wie im Fernsehbereich – zwischen dem ORF und einzelnen privaten Hörfunkveranstaltern Verträge während der aufrechten Zulassungsdauer (Vertragsdauer) neu verhandelt, wodurch es in einigen Fällen zur Neufestlegung der Entgelte (Senkung einzelner Entgelte) gekommen ist. Es ist daher auch für den TV-Bereich nicht gänzlich auszuschließen, dass Neuverhandlungen vor Ablauf der Vertragsdauer stattfinden.

Allfällige Neuverhandlungen zwischen ORS und privaten Fernsehveranstaltern würden in diesen Fällen jeweils vor dem Hintergrund stattfinden, dass die ORS keinen vergleichbaren Verpflichtungen unterliegt, wie bisher der ORF.

Auch bei behördlichen Anordnungen über die Mitbenutzung von Sendeanlagen zeigt sich, dass deren dauerhafte Bestandsgarantie aufgrund des rechtsstaatlich garantierten Rechtsschutzsystems nicht gewährleistet werden kann. Im Fall der PULS City TV GmbH war sowohl eine site sharing-Verpflichtung als auch ein Auftrag zum frequency sharing (§§ 13 und 19 PrTV-G) behördlich anzuordnen. Seitens der verpflichteten Partei ORF wurde hiergegen Rechtsmittel eingelegt, so dass derzeit das Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof anhängig ist. Im Falle einer Aufhebung der Entscheidung des Bundeskommunikationssenates durch den Verfassungsgerichtshof, müsste Puls City TV – um die kontinuierliche Übertragung seines Fernsehprogramms bis zur Sanierung der behördlichen Entscheidung sicherstellen zu können – eine Vereinbarung (nunmehr) mit der

ORS treffen. Überhöhte Entgelte und die Verweigerung von Zugang sind somit nicht auszuschließen.

2.6. Regulierungsinstrumente

2.6.1. Beschreibung der derzeitigen Regulierungssituation

Bisher unterlag keines der am Markt tätigen Unternehmen einer Verpflichtung nach dem TKG 1997 oder dem TKG 2003. Der ORF unterliegt jedoch – wie bereits festgehalten wurde – am vorliegenden Markt Verpflichtungen nach dem Privatfernsehgesetz (§ 19 PrTV-G) und dem ORF-Gesetz (§ 7 ORF-G), die jeweils identische Regelungen beinhalten. Demnach hat der ORF im Rahmen der technischen Möglichkeiten anderen Rundfunkveranstaltern die Mitbenützung seiner Sendeanlagen gegen angemessenes Entgelt zu gestatten. In Streitfällen über die Angemessenheit des Entgelts oder die technische Vertretbarkeit einer Mitbenützung kann die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) zur Entscheidung von allen Beteiligten angerufen werden. Voraussetzung hierfür ist, dass Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien stattgefunden haben, eine vertragliche Vereinbarung jedoch binnen der gesetzlich vorgesehenen Verhandlungsfrist nicht zu Stande gekommen ist. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die gesetzlichen site sharing-Bestimmungen gemäß § 7 ORF-G bzw. § 19 PrTV-G dem Wortlaut nach nur an den ORF adressiert sind, weshalb Basis der nun folgenden Auswahl geeigneter Regulierungsinstrumente die in der Marktanalyse ohne Einfluss dieser gesetzlichen Verpflichtungen identifizierten Wettbewerbsprobleme sein sollen.

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

2.6.2.1. Verpflichtung zur Gewährung von Zugang

Das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Markt für (analoge) terrestrische Übertragung von TV-Signalen auf nachgelagerte Märkte kann durch Sicherstellung des Zugangs zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt am vorliegenden Markt behoben werden. Zugang zu den Standorten bzw. Sendeanlagen der ORS kann die Marktzutrittsbarrieren auf nachgelagerten Märkten wesentlich reduzieren und so für zusätzliche Markteintritte und erhöhten Wettbewerb sorgen. Da es sich bei den Standorten bzw. Sendeanlagen der ORS in vielen Fällen um nicht leicht ersetzbare Infrastruktur handelt, ist eine Zugangsverpflichtung notwendig und das einzig effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu fördern.

Der Zugang zur Infrastruktur der ORS ist ungebündelt zu gewährleisten. Der die Übertragungsleistung nachfragende Fernsehveranstalter darf folglich nicht verpflichtet sein, Dienste zu beziehen bzw. Geräte zu mieten, die er selbst bereitstellen kann oder die von diesem nicht benötigt werden. Am vorliegenden Markt sind hiervon etwa die Signalzubringung und die Senderreserve betroffen. Das nachfragende Unternehmen soll auch nicht verpflichtet sein, eine Sendeanlage mit höherer Leistung als benötigt, von der ORS zu beziehen. Ebenso inkludiert die auferlegte Zugangsverpflichtung die Möglichkeit, bei zumutbarer Nachfrage, Zugang zu einem Standort zu begehren und den Dienst der Signalübertragung selbst zu erbringen.

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

Die Verpflichtung zur Gewährung von Zugang zur Netzinfrastruktur ist jeweils durch die technische Machbarkeit oder Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Netzwerkintegrität bedingt.

2.6.2.2. Entgeltkontrolle

Entsprechend der zu Pkt. 2.3.5., 2.4. und 2.5. getroffenen Feststellungen, könnte die ORS am Markt für analoge terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden Entgelte verlangen, die signifikant über den von der RTR-GmbH errechneten Kosten der Leistungserstellung liegen, ohne entsprechende Marktanteilsverluste in Kauf nehmen zu müssen. Es ist also davon auszugehen, dass die ORS ihren Umsatz bzw. ihre Gewinne erhöhen kann, wenn sie den Preis über die Kosten anhebt, da aufgrund mangelnder Alternativen nach einer Preiserhöhung kein entsprechender Umsatzverlust befürchtet werden muss. In Abwesenheit von (sektorspezifischer) Regulierung besteht daher ein (ökonomischer) Anreiz zu einem solchen Verhalten. Gleichzeitig wäre es der ORS auch möglich, Konkurrenten ihres Mehrheitseigentümers ORF auf den nachgelagerten Märkten durch Preisdiskriminierung am Vorleistungsmarkt (externe Bereitstellung zu höheren Preisen als interne Bereitstellung) einem „margin squeeze“ (Preis-Kosten-Schere) auszusetzen. Eine Preiskontrolle ist daher geboten, wiewohl derzeit die Entgelte infolge der Übernahme der noch vom ORF vor dem Hintergrund von § 7 ORF-G bzw. § 19 PrTV-G abgeschlossenen site sharing-Vereinbarungen durch die ORS die Kosten der Leistungserstellung widerspiegeln. Wie unter Pkt. 2.5. jedoch dargelegt wurde, sind weiterhin Umstände denkbar, die eine Vertragsauflösung herbeiführen oder den Wegfall behördlich angeordneter site sharing-Verpflichtungen bewirken können. Im Falle dadurch bedingter Neu-Verhandlungen über die Bereitstellung von Zugangs- bzw. Übertragungsleistungen unterliegt die ORS selbst keinen spezifischen gesetzlichen Verpflichtungen zur Einhaltung angemessener Entgelte.

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

Für die Entgeltkontrolle auf Vorleistungsmärkten finden vor allem die folgenden Methoden Anwendung:

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

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

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

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

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

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

bereitstellen kann wie die ORS, was auch im Interesse der Endkunden und gesamtwirtschaftlich wünschenswert ist. Auf diese Weise wird nachhaltiger (infrastrukturbasierter) Wettbewerb dort gefördert, wo eine effiziente Replizierung von Infrastruktur möglich ist.

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

Zur Frage der Genehmigung von Tarifen bestehen folgende Optionen:

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

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

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

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

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

2.6.2.3. Gleichbehandlungsverpflichtung und Standardangebot

Durch Sicherstellung des Zugangs zu schwer replizierbarer Infrastruktur sowie durch die Festsetzung eines kostenorientierten Zugangspreises werden zwar grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen am nachgelagerten Markt geschaffen, jedoch steht dem vertikal integrierten Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene neben dem Preis noch eine Reihe anderer Instrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Solange der ORF 100% bzw. einen signifikanten Anteil an der ORS hält, kann er bzw. die ORS weiterhin als vertikal integriertes Unternehmen betrachtet werden, und die Schlussfolgerungen dieses Abschnitts bleiben unberührt. Die Anreizstruktur der ORS könnte sich allerdings verändern, wenn der ORF nur mehr einen sehr geringen oder gar keinen Anteil an der ORS mehr hielte, wodurch eine Neubewertung der Situation notwendig würde.

Ein vertikal integrierte Unternehmen könnte seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt z.B. das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen, als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken. Ist ein kostenorientierter Zugangspreis festgelegt und die Preissetzung als strategischer Parameter damit dem Unternehmen entzogen, so hat das marktmächtige Unternehmen einen ökonomischen Anreiz, seine Gewinne durch solche Verhaltensweisen zu erhöhen. Kann das Unternehmen nämlich die Kosten seiner Konkurrenten am nachgelagerten Markt erhöhen, führt dies zu einer Ausweitung seiner Marktanteile sowie zur Erhöhung der Preise am Endkundenmarkt, was wiederum zu höheren Gewinnen des vertikal integrierten Unternehmens mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene führt.

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

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

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

2.6.2.4. Verpflichtung zur getrennten Buchführung

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

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Nur damit ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung auf Kostenorientierung einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden. Mit Bescheid der KommAustria vom 23.02.2006, KOA 4.200/06-002, wurde der ORS die Zulassung zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform ab 01.08.2006 für die Dauer von zehn Jahren erteilt. Beginnend mit Herbst dieses Jahres wird die ORS als Anbieter für digitale terrestrische Fernsehübertragung auftreten. Darüber hinaus ist die ORS auch im Bereich digitale Satellitenübertragung (Fernsehen) tätig und betreibt ihre Geschäftstätigkeit auch international. Eine getrennte Buchführung erscheint daher notwendig.

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

Im Rahmen der getrennten Buchführung sind zumindest folgende Informationen auszuweisen:

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

3. Beweiswürdigung

Darstellung der Marktteilnehmer

Die Amtsachverständigen haben im Rahmen der Wettbewerbsanalyse (Marktanalyse-Gutachten) zunächst die am verfahrensgegenständlichen Markt tätigen Unternehmen dargestellt. Zur Illustration der Marktverhältnisse wurden Tabellen über die Anzahl der Sendeanlagen nach verschiedenen Gesichtspunkten sowie eine Tabelle mit den Gesamtumsätzen (inklusive Werbeerlöse) der größten Fernsehveranstalter abgebildet. Hierzu haben die Gutachter auf Daten zurückgegriffen, welche einerseits im Rahmen der dem Marktanalyseverfahren vorausgegangenen Datenerhebung von den Marktteilnehmern selbst übermittelt wurden und andererseits der RTR-GmbH aus der Finanzierungsbeitragsrechnung bekannt sind. Die ORS beanstandete in diesem Zusammenhang, dass aus diesen „Gesamtumsätzen“, die über die Umsätze am relevanten Markt hinausgehen, keinerlei objektivierbare Ableitung für die Beurteilung der Marktmacht

am relevanten Markt möglich sei. Damit unterstellt die ORS, dass die KommAustria aus der Darstellung der Gesamtumsätze Folgerungen für eine marktbeherrschende Stellung der ORS auf dem Vorleistungsmarkt getroffen habe. Die Gesamtumsätze der Marktteilnehmer wurden jedoch nur als Hintergrundinformationen verstanden, welche die Gutachter zur Beschreibung der Marktteilnehmer zur Verfügung gestellt haben. Aus den Gesamtumsätzen der Marktteilnehmer hat die KommAustria keine Schlussfolgerungen für die Beurteilung von Marktmacht gezogen, weshalb diese auch keinen Eingang in den entscheidungsrelevanten Sachverhalt gefunden haben.

Marktanteile und Maßzahlen für die Marktanteilsberechnung

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

Nicht nachvollziehbar ist zunächst die Behauptung der ORS, es bestehe keine bundesweite Zulassung für privates analoges terrestrisches Fernsehen in Österreich, weshalb die vorgenommene Gegenüberstellung der Marktanteile auf dem Vorleistungsmarkt nicht korrekt gewesen wäre. Seit 01.06.2003 veranstaltet die ATV Privatfernseh-GmbH auf Basis einer bundesweiten Zulassung (BKS vom 22.04.2002, GZ 611.181/007-BKS/2002) das österreichweit ausgestrahlte Fernsehprogramm ATV+ und versorgt derzeit etwas über 70% österreichischen Bundesgebietes auf terrestrischem Wege.

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

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

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

Marktzutrittsbarrieren

Die ORS erachtet den im Marktanalyse-Gutachten dargestellten Umstand, dass die Mehrzahl der zum Empfang von Fernsehsignalen bestehenden Hausantennen auf Sendeanlagen der ORS (zum Empfang von ORF1 und ORF2) ausgerichtet sind und hierdurch für jeden privaten Fernsehveranstalter – so er nicht eine ORS-Sendeanlage oder zumindest einen in deren Nähe befindlichen Standort wählt – eine technisch bedingte Marktzutrittsbarriere gegeben ist, als nur theoretisches Problem. Hierbei bezog sich die ORS auf die Salzburg TV Fernsehgesellschaft m.b.H., welche selbst eine Sendeanlage am Standort Untersberg betreibt, ohne Probleme mit der Ausrichtung der Hausantennen auf ORS-Sendeanlagen zu haben.

Das von der ORS herangezogene Beispiel der Salzburg TV Fernsehgesellschaft m.b.H. ist zwar zutreffend, jedoch keinesfalls repräsentativ, als im konkreten Fall die meisten Hausantennen bereits auf den Standort Untersberg ausgerichtet waren, um die ebenfalls aus dieser Richtung aus Deutschland ausgestrahlten Fernsehprogramme terrestrisch empfangen zu können. Der Befund des Marktanalyse-Gutachtens, wonach Hausantennen Signale nicht aus jeder beliebigen, sondern nur aus einer bestimmten Richtung empfangen können und hieraus in weiterer Folge eine technische Marktzutrittsbarriere für alternative Sendestandorte abzuleiten ist, war somit nachvollziehbar und schlüssig. Es war daher den Ausführungen der Amt sachverständigen, wonach die Mehrzahl der Hausantennen bereits auf eine bestimmte Signalrichtung – nämlich auf Sendeanlagen der ORS – eingestellt ist, die meisten alternativen Sendestandorte bzw. Sendeanlagen hingegen nicht dieselbe Signalrichtung aufweisen, weshalb deren Signale häufig nicht empfangen werden können, zu folgen.

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

Auch hinsichtlich des pauschalen verschuldens- und schadensunabhängigen, nicht minderungsfähigen Spesenersatzes ist nicht auszuschließen, dass dieser in keinem Zusammenhang mit den tatsächlich durch die Vertragsauflösung entstandenen Kosten steht. Insoweit konnten die Ausführungen der ORS die KommAustria nicht überzeugen, besagen doch deren eigene AGB anderes. Die darauf basierende Aussage der Gutachter, dass ein nachträglicher Wechsel eines privaten Fernsehveranstalters von der ORS zu einem alternativen Betreiber oder zur Eigenerbringung der Leistung erheblich erschwert würde, da die Sendeanlage diesfalls doppelt bezahlt werden müsste, ist somit nachvollziehbar und schlüssig.

Entgelte

Die ORS zieht die im Marktanalyse-Gutachten aufgestellte These in Zweifel, dass ein Auseinanderdriften von an den historischen Kosten orientierten Entgelten und den Wiederbeschaffungswerten im Zeitverlauf zu überhöhten Entgelten oder falschen Anreizen bei der make-or-by Entscheidung führen kann, sollten die Preislisten nicht einer regelmäßigen Anpassung unterworfen werden. Wie im Marktanalyse-Gutachten nachvollziehbar und schlüssig dargestellt wurde, orientieren sich die Entgelte an den

(historischen) Anschaffungskosten und sind mit dem Verbraucherpreisindex wertgesichert, während die Betriebskosten sowie die Ausrüstungsinvestitionen sinken. Hierdurch kann es im Zeitverlauf infolge des Auseinanderdriftens von historischen Kosten und Wiederbeschaffungswerten ohne regelmäßige Anpassung von Preislisten zu überhöhten Entgelten kommen. Dieser Befund ist nicht haltlos oder gar spekulativ, wie seitens der ORS behauptet. Im Hinblick auf die sinkenden Wiederbeschaffungskosten wurde von den Gutachtern als Quelle der Preisindex für Ausrüstungsinvestitionen in der Gruppe „Nachrichtentechnik, Rundfunk- und Fernsehgeräte sowie elektronische Bauelemente“ der Statistik Austria herangezogen. Die ORS hat es zudem im gegenständlichen Verwaltungsverfahren – insbesondere in diesem Punkt - unterlassen, dem Marktanalyse-Gutachten der Amtsachverständigen der RTR-GmbH auf gleicher fachlicher Ebene entgegen zu treten (vgl. VwGH vom 19.03.1991, Zl. 87/05/0196; VwGH vom 18.09.2003, Zl. 2000/06/0015; VwGH vom 06.09.2004, AW 2004/07/0046) und konnte keine stichhaltigen Argumente für eine andere Betrachtungsweise beibringen; vielmehr hat sich die ORS darauf beschränkt, zu behaupten, dass das nach Meinung der KommAustria schlüssige und nachvollziehbare Ergebnis des Marktanalyse-Gutachtens in diesem Zusammenhang spekulativ sei, ohne dies genauer argumentativ zu untermauern.

Die ORS beanstandet in weiterer Folge das Ergebnis des von den Gutachtern gezogenen Entgeltvergleichs, dem zufolge diese außer Acht gelassen hätten, dass die vertraglich oder per Bescheid bedungenen Leistungen sich gravierend voneinander unterscheiden und nicht direkt vergleichbar seien. Der Einwand der ORS geht hier insoweit fehl, als der Entgeltvergleich nicht zwischen verschiedenen vertraglich getroffenen Vereinbarungen oder per Bescheid angeordneten Preisen der ORS bzw. des ORF erfolgt ist, sondern die Entgelte mit den auf Basis der Angaben der ORS bzw. des ORF durch die RTR-GmbH errechneten Kosten verglichen wurden.

Vertikale Integration

Wenngleich der ORF seine gesamte Sendeinfrastruktur und den Sendebetrieb mit Wirkung vom 01.01.2005 an die ORS ausgegliedert hat, kann bei Betrachtung der Gesellschaftsstruktur der Tochtergesellschaft weiterhin davon ausgegangen werden, dass ein vertikal integriertes Unternehmen vorliegt. Die ORS ist eine zu 60% im Eigentum des ORF stehende Gesellschaft – seit 31.12.2005 stehen im Zuge eines Anteilsverkaufs durch den ORF 40% der Anteile im Eigentum der Medicur Sendenanlagen GmbH –, deren Geschäftsführer zumindest bis vor kurzem noch Mitarbeiter des ORF selbst waren. Selbst unter Berücksichtigung der nunmehr erfolgten Anteilsveräußerungen an der ORS im Ausmaß von 40% treffen die Annahmen der Gutachter weiterhin zu, dass aufgrund der gesellschaftlichen Verflechtungen zwischen ORF und ORS ökonomische Anreize zu antikompetitivem Verhalten – wie etwa Zugangsverweigerung oder im Falle einer Zugangsregulierung andere Verhaltensweisen, die Mitbewerber ihres Mehrheitseigentümers am nachgelagerten Endkundenmarkt gegenüber diesem benachteiligen könnten – bestehen. Insoweit konnte der schlüssigen ökonomischen Analyse im Marktanalyse-Gutachten gefolgt werden, wobei sich entgegen der Befürchtung der ORS der Befund darauf beschränkt, typische Verhaltensweisen bei Vorliegen bestimmter ökonomischer Anreizstrukturen, wie der vertikalen Integration, festzustellen. Die Feststellungen zur Gesellschaftsstruktur der ORS basieren auf dem offenen Firmenbuch sowie überdies auf einem Beschluss des Kartellgerichtes Wien vom 19.12.2005, GZ 26 Kt 434/05-33, mit welchem der angemeldete Erwerb von 40% der Geschäftsanteile der ORS durch die Medicur-Holding Gesellschaft m.b.H. nicht untersagt wurde.

Kalkulationsansätze zur Ermittlung der Kosten für Site sharing (ATV Privatfernseh-GmbH, KOA 3-005/02)

In ihrer Stellungnahme kritisiert die ORS ferner die Kalkulationsansätze der Gutachter, welche im Anhang zum Marktanalyse-Gutachten dargestellt wurden. Hierzu sei lediglich angemerkt, dass die seitens der Amtsachverständigen im Anhang zum Marktanalyse-Gutachten dargestellten Kalkulationsansätze aus dem wirtschaftlichen Gutachten im site

sharing-Verfahren zwischen ORF und ATV+ stammen und auf den damals bekannten Plandaten basierten.

Sonstige Indikatoren für Marktmacht

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

Sonstige Sachverhaltsfeststellungen

Die Feststellungen zur üblichen Vertragsdauer bei site sharing-Verträgen zwischen der ORS (vormals dem ORF) sowie der darin festgelegten Möglichkeit zur Kündigung aus wichtigem Grund, basieren auf den der KommAustria am 23.03.2004 übermittelten Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ORF für site sharing samt Mustervertrag, welche auch nach der Ausgliederung der Sendefunkstruktur an die ORS Gültigkeit behalten. Die bei Beurteilung der Relevanz von Marktzutrittsbarrieren erfolgte Feststellung, dass bis zur Digitalisierung die Technologie der (analogen) terrestrischen Übertragung von TV-Signalen weitgehend unverändert bestehen bleibt, und dass die Einführung digitalen terrestrischen Fernsehens in Österreich phasenweise für die Jahre 2006 bis 2012 geplant ist, basiert auf dem Digitalisierungskonzept der KommAustria vom 28.05.2003.

Regulierungsinstrumente

Die Feststellungen hinsichtlich der Eignung der Zugangsverpflichtung, der Verpflichtung zur Kostenorientierung, der Gleichbehandlungsverpflichtung und der getrennten Buchführung sowie des Standardangebotes zur Begegnung der auf dem relevanten Markt identifizierten Wettbewerbsprobleme beruhen – soweit im Folgenden keine ausdrückliche Würdigung erfolgt – auf der völlig schlüssigen und nachvollziehbaren ökonomischen Analyse im Regulierungsinstrumente-Gutachten (KOA 6.300/05-007).

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

Ausgangspunkt der ökonomischen Analyse im Regulierungsinstrumente-Gutachten war ein Regulierungsumfeld, in dem zwar der ORF unmittelbarer Adressat von site sharing-Bestimmungen (vgl. § 7 ORF-G und § 19 PrTV-G) ist, hingegen nicht die ORS. Zwar wurde auf Basis des Marktanalyse-Gutachtens festgestellt, dass die ORS infolge der Ausgliederung der Sendetechnik des ORF die noch von diesem getroffenen site sharing-Vereinbarungen – mit den darin festgelegten Tarifen, welche die Kosten der Leistungserstellung widerspiegeln – übernommen hat, dennoch ist im Sinne einer Ex-Ante-Betrachtung davon auszugehen, dass die ORS am vorliegenden Markt Preise verlangen könnte, die signifikant über den Kosten der Leistungserstellung liegen, da sie in weiterer Folge unabhängig von den lediglich

den ORF treffenden gesetzlichen Bestimmungen des ORF-G und des PrTV-G agieren kann. Insoweit ist die von den Amtsachverständigen vorgenommene Auswahl der Verpflichtung zur Festlegung von kostenorientierten Entgelten nachvollziehbar und schlüssig. Auch die Feststellungen zur Verhältnismäßigkeit der in Relation zur Ex-Ante-Entgeltkontrolle weniger eingriffsintensiven Option der Verpflichtung zur Kostenorientierung beruhen auf der nachvollziehbaren und schlüssigen Analyse der Gutachter. Das diesbezügliche Vorbringen der ORS konnte nicht darlegen, weshalb eine Entgeltkontrolle – gerade in der weniger eingriffsintensiven Form – als Maßnahme unverhältnismäßig wäre.

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

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

Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Anhörung

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

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

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

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der KommAustria und Verfahren

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

Gemäß § 120 Abs. 1 lit b Z 4 TKG 2003 nimmt die KommAustria Aufgaben der Wettbewerbsregulierung nach dem fünften Abschnitt dieses Bundesgesetzes wahr. In diesen Aufgabenkomplex fällt gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 die Führung von Analysen der durch Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte zur Feststellung, ob auf diesen Märkten ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Darauf aufbauend obliegt der KommAustria die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß den §§ 38 bis 46 und § 47 Abs. 1 TKG 2003, um allenfalls identifizierten Wettbewerbsproblemen entgegenzuwirken.

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

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

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

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

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

4.2. Das Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

Gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte durchzuführen.

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

Gelangt die Regulierungsbehörde zu der Feststellung, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, hat sie diesem oder diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen (vgl. § 37 Abs. 2 TKG 2003). Stellt die Regulierungsbehörde demgegenüber fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb herrscht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, darf sie (mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 TKG 2003) keine Verpflichtungen gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegen; diesfalls wird das Verfahren hinsichtlich dieses Marktes durch Beschluss der Regulierungsbehörde formlos eingestellt und dieser Beschluss veröffentlicht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen auf dem relevanten Markt bestehen, würden diese mit Bescheid aufgehoben werden. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt (vgl. § 37 Abs. 3 TKG 2003).

4.3. Relevanter Markt

Die Stellung als „Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht“ bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt, welcher nach sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen ist. Gemäß § 37 TKG 2003, wonach der bzw. die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bestimmen sind oder das Vorhandensein effektiven Wettbewerbs festgestellt

wird, setzt daher ebenfalls die Definition der nach sachlichen und geografischen Gesichtspunkten identifizierten Märkte voraus. Die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte wurden gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 durch Verordnung der Regulierungsbehörde, das ist gemäß § 120 Abs. 1 lit. b Z 4 TKG 2003 die KommAustria, festgelegt.

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

Aus den erläuternden Bemerkungen ergibt sich, dass dieser Markt die analoge terrestrische Übertragung von TV-Signalen zu Endkunden im Sinne einer „point to multipoint Übertragung“, nicht jedoch die Zubringung des Signals vom Studio des Fernsehprogrammveranstalters zur Sendeanlage umfasst. Anbieter auf dem so definierten Markt sind all jene Unternehmen, die die Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden mittels analoger terrestrischer Übertragungstechnologie anbieten. Nachfrager sind jene Unternehmen bzw. Fernsehprogrammveranstalter, die die Übermittlung der von ihnen gestalteten Fernsehprogramme zum Endkunden nachfragen. Nachgefragt wird der Dienst der Signalübermittlung zum Endkunden mittels (analoger) terrestrischer Übertragungstechnologie. Neben den für andere Unternehmen erbrachten Leistungen sind von dieser Marktdefinition auch Eigenleistungen, also intern erbrachte Leistungen, umfasst.

Die Kritik der ORS an den Ergebnissen des Marktanalyse-Gutachtens und des darauf aufbauenden Regulierungsinstrumente-Gutachtens der Amtssachverständigen gründet sich vor allem auf die von der KommAustria vorgenommene geographische Abgrenzung des relevanten Marktes. So behauptet die ORS zunächst, die KommAustria sei bei Erlassung der RFMVO 2004 dem in der Märkteempfehlung der Kommission (Erwägungsgrund 2, ABl. L 114 vom 8.5.2003, S. 45ff) ausdrücklich formulierten Auftrag, wonach die nationalen Regulierungsbehörden die relevanten geographischen Märkte in ihrem Hoheitsgebiet zu definieren haben, nur teilweise nachgekommen, indem diese lediglich einen räumlich relevanten Markt für das gesamte Bundesgebiet definiert habe. Die KommAustria habe es unterlassen, die ebenso relevanten regionalen Märkte für die Versorgungsgebiete der nicht-bundesweit zugelassenen Fernsehprogrammveranstalter zu definieren. Hierbei argumentiert die ORS insbesondere, dass es unzutreffend wäre, die ORS als einzigen Bereitsteller terrestrischer Sendeinfrastruktur gerade auf den regionalen Märkten der nicht-bundesweit zugelassenen Privatfernsehveranstalter zu qualifizieren und führt in diesem Zusammenhang aus, dass fünf von acht nicht-bundesweit zugelassenen privaten Fernsehveranstaltern ihre Programme ausschließlich über eigene Infrastruktur ausstrahlen und daher nicht auf die Infrastruktur der ORS angewiesen seien.

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

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

4.4. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat (single dominance), sind von der Regulierungsbehörde gemäß § 35 Abs. 2 TKG 2003 insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:

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

Bei zwei oder mehreren Unternehmen ist davon auszugehen, dass sie gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, wenn sie – selbst bei Fehlen struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander – in einem Markt tätig sind, dessen Beschaffenheit Anreize für eine Verhaltenskoordinierung aufweist (§ 37 Abs. 3 TKG 2003). Die Kriterien zur Beurteilung des Vorliegens von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht ergeben sich aus § 35 Abs. 4 TKG 2003.

Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann es auch auf horizontal und vertikal bzw. geographisch benachbarten Märkten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken („Leveraging“, § 35 Abs. 5 TKG 2003).

Der nationale wie auch der europäische Rechtsrahmen lösen das Verhältnis zwischen „beträchtlicher Marktmacht“ und „effektivem Wettbewerb“ mit der These auf, dass bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegen kann. Die Europäische Kommission hält demgemäß in Randziffer 19 der Leitlinien zu den Grundsätzen der Marktanalyse fest, dass *„[der] Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, [die] Feststellung gleich [kommt], dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. Aus diesem Grund wird für die Anwendung*

des neuen Rechtsrahmens wirksamer Wettbewerb dahingehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsam beherrschende Stellung einnimmt.“ (vgl. ebenso Erwägungsgrund 27 RL 2002/21/EG vom 7.03.2002, ABI. L 108/33 vom 24.04.2002, kurz Rahmenrichtlinie).

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die erwähnten Leitlinien zur Beurteilung beträchtlicher Marktmacht einschlägig. Die Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, 2002/C 165/03, befassen sich in Abschnitt 3 mit der Würdigung beträchtlicher Marktmacht. In Randziffer 70 der Leitlinien verweist die Kommission zunächst unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 25 der Rahmenrichtlinie (2002/21/EG) darauf, dass durch den neuen Rechtsrahmen die Definition der beträchtlichen Marktmacht mit der vom Gerichtshof vorgegebenen Definition der beherrschenden Stellung im Sinne von Art 82 EGV in Einklang gebracht wurde. Wörtlich heißt es weiter: *„Bevor diese neue Definition ex ante angewendet werden kann, ist jedoch die Methode zur Ermittlung der Marktmacht anzupassen. Bei der Ex-Ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung von Artikel 82 im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung. Da Beweise oder Aufzeichnungen über vergangenes Verhalten oftmals fehlen dürften, muss sich die Marktanalyse hauptsächlich auf Prognosen stützen. [...]“* (vgl. hierzu ebenso: VwGH vom 06.09.2005, ZI. 2005/03/0088).

Gemäß der Randziffer 20 der Leitlinien werden die nationalen Regulierungsbehörden bei der Durchführung der Marktanalyse nach Art 16 Rahmenrichtlinie *„den relevanten Markt vorausschauend und strukturell evaluieren, wobei sie sich auf die bestehenden Marktverhältnisse stützen.“* (vgl. VwGH vom 06.09.2005, ZI. 2005/03/0088).

Auch zufolge der Randziffer 75 der Leitlinien, wo es im Hinblick auf die Ermittlung beträchtlicher Marktmacht weiter heißt, dass *„[die] Würdigung [...] auf einer vorausschauenden Marktanalyse [beruht], die sich auf die bestehenden Marktverhältnisse stützt...“*, beruht die Beurteilung der auf dem relevanten Markt vorherrschenden Wettbewerbsverhältnisse zu einem großen Teil auf einer vorausschauenden Analyse. Fußnote 73 zu den Leitlinien hält darüber hinaus fest, dass *„die nationalen Regulierungsbehörden keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als solches mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen.“*

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

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

Die ORS bemängelt in diesem Zusammenhang, dass das Bestehen beträchtlicher Marktmacht ohne Berücksichtigung der auch ohne Ex-Ante-Regulierung nach dem TKG 2003 bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen des Kartellrechts, des Privatfernsehgesetzes und des EGV beurteilt worden sei. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass schon im Rahmen der Marktabgrenzung bei der gemäß Randziffer 16 der „Märkteempfehlung“ vorgenommenen Prüfung, welche der definierten Märkte als relevant zu qualifizieren sind, die Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts als nicht ausreichend angesehen werden konnten, um effektiven Wettbewerb sicherzustellen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht wurde somit in der Analyse des hier gegenständlichen Marktes keineswegs ausgeblendet.

Hinsichtlich der im Besonderen angesprochenen spezifischen site sharing-Bestimmungen in § 19 PrTV-G, BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 169/2004, und § 7 ORF-G, BGBl. I Nr. 83/2001 idF BGBl. I Nr. 97/2004, ist weiters auszuführen, dass diese dem Wortlaut nach den ORF zur Bereitstellung seiner Sendeanlagen zur Mitbenutzung durch private Fernsehveranstalter verpflichten. § 19 PrTV-G lautet wie folgt:

- (1) *Der Österreichische Rundfunk hat im Rahmen der technischen Möglichkeiten anderen Fernsehveranstaltern und terrestrischen Multiplex-Betreibern die Mitbenutzung seiner Sendeanlagen gegen angemessenes Entgelt zu gestatten.*
- (2) *Der Österreichische Rundfunk hat die Sendeanlagen zu gleichwertigen Bedingungen und in derselben Qualität bereitzustellen, die er auch für die Verbreitung der von ihm veranstalteten Programme einsetzt.*
- (3) *Auf Nachfrage eines Fernsehveranstalters hat der Österreichische Rundfunk ein Angebot zur Mitbenutzung abzugeben. Kommt eine Vereinbarung über das Mitbenutzungsrecht oder über das angemessene Entgelt binnen einer Frist von sechs Wochen ab Einlangen einer darauf gerichteten Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde zur Entscheidung anrufen. Die Regulierungsbehörde entscheidet binnen vier Monaten ab Einlangen des Antrages. Die Entscheidung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung.*

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

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

Infolge der Ausgliederung der Senderinfrastruktur an die ORS wurden die Amtsachverständigen neuerlich mit der Erstellung eines Marktanalyse- sowie eines Regulierungsinstrumente-Gutachtens im Hinblick auf die sich hierdurch veränderte

Marktsituation beauftragt. Da die Bestimmungen gemäß § 19 PrTV-G und § 7 ORF-G schon dem Wortlaut nach nur an den ORF adressiert sind, ist infolge der Ausgliederung der Senderinfrastruktur die ORS diesen gesetzlichen Verpflichtungen nach Meinung der KommAustria nicht unterworfen. Im Rahmen der Wettbewerbsanalyse konnte daher die den ORF treffende site sharing-Verpflichtung gemäß § 19 PrTV-G bzw. § 7 ORF-G keine Berücksichtigung finden, zumal eine allfällige Selbstbindung keine verlässliche Grundlage für eine vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen bilden könnte, da diese allenfalls eine interne vertragliche Vereinbarung, hingegen keine von Dritten einklagbare oder im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens geltend zu machende Verpflichtung darstellt. Aber selbst wenn eine solche Verpflichtung seitens der ORS übernommen worden wäre, unterlege diese vielen, im Vorhinein nicht abschätzbaren Einflussfaktoren. Eine allfällige Absichtserklärung der ORS, die Verpflichtungen des ORF aus § 19 PrTV-G bzw. § 7 ORF-G tragen zu wollen, kann folglich keiner gesetzlichen Regelung gleichgehalten werden, als deren Fortbestand über den Zeitraum einer vorausschauenden Wettbewerbsanalyse und unabhängig von einer sektorspezifischen Regulierung, etwa infolge sich ändernder Gesellschaftsstrukturen und damit einhergehenden Änderungen der Einflussfaktoren auf das Unternehmen, nicht gewährleistet werden kann (siehe dazu: Erwerb von 40% der Anteile an der ORS durch die Medicur Sendeanlagen GmbH lt. Firmenbuchauszug vom 10.02.2006). Diesen Erwägungen folgend wurde der an die Amtsachverständigen gerichtete Gutachtensauftrag formuliert.

Soweit sich die Marktanalyse allerdings auf die Preissetzungspolitik der ORS bzw. rückblickend des ORF bezieht, ist nochmals hervorzuheben, dass die den ORF treffenden Verpflichtungen nach § 19 PrTV-G bzw. § 7 ORF-G – wie seitens der ORS moniert – implizit in die Erwägungen eingeflossen sind, ja deren völlige Vernachlässigung bei Beurteilung der Entgelte gar nicht möglich war. Die Bewertung der Preissetzungspolitik, welche sich maßgeblich auf in der Vergangenheit verlangte Entgelte für die Vermietung der Senderinfrastruktur des ORF stützte, basierte auf von ORF und privaten Fernsehveranstaltern im Rahmen der Datenerhebung übermittelten Entgelt Daten. Diese Daten haben die Entgeltspolitik des ORF in den Jahren 2003 und 2004 widerspiegelt, in denen dieser den genannten site sharing-Verpflichtungen des ORF-G und des PrTV-G unterlag. Hierbei wurde auch dargelegt, dass die Entgelte die Kosten der Leistungserbringung widerspiegeln oder sogar darunter liegen. Zugleich wurde auch darauf hingewiesen, dass jedoch in der Mehrheit der Fälle von den privaten Fernsehveranstaltern zuvor ein Verfahren vor der KommAustria (gemäß § 19 PrTV-G) angestrengt werden musste. Dies deutet maßgeblich darauf hin, dass ohne die genannten gesetzlichen Bestimmungen keine wettbewerbsorientierten Entgelte erreicht worden wären und ließ daher auch den Schluss zu, dass es der ORS – vor dem Hintergrund, dass diese nicht Adressat der gesetzlichen Bestimmungen gemäß § 19 PrTV-G bzw. § 7 ORF-G ist – ohne Regulierungsmaßnahmen möglich ist, Entgelte zu verlangen, die signifikant über den Kosten der Leistungserstellung liegen.

Obwohl die Erteilung neuer Zulassungen zur Veranstaltung von analogem terrestrischen Privatfernsehen kaum zu erwarten ist und angesichts des Umstandes, dass voraussichtlich keine zusätzliche Nachfrage nach analoger terrestrischer Übertragung von TV-Signalen entstehen wird, ist nach Ansicht der KommAustria durchaus ein Regulierungsbedarf gegeben. Unter Pkt. 2.5. wurde festgestellt, dass auch die bestehenden, noch vom ORF abgeschlossenen und von der ORS übernommenen site sharing-Vereinbarungen aus „wichtigem Grund“ gekündigt werden können, wobei im Mustervertrag bzw. den AGB nicht näher spezifiziert wird, wann ein wichtiger Grund vorliegt. Die Tatsache, dass am Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden – wo die gleichen Vertragsmuster zur Anwendung gelangen – während aufrechter Vertragslaufzeit Neuverhandlungen (Entgelte wurden vereinzelt neu vereinbart) stattgefunden haben, unterstützt die Annahme, dass auch bestehende Vereinbarungen im TV-Sektor nicht gänzlich unkündbar bzw. unveränderbar auf die gesamte Vertragsdauer bestehen bleiben.

Schließlich wurde im Sachverhalt festgestellt, dass sich die zur Verbreitung des Fernsehprogramms Puls City TV behördlich angeordnete site sharing-Verpflichtung im Zuge des Instanzenzuges im Stadium der Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof befindet. Ein Wegfall des behördlichen Verbreitungsauftrags – eine Möglichkeit, die im Übrigen im Rahmen eines rechtsstaatlich organisierten Verfahrens immer gegeben ist – kann nicht ausgeschlossen werden. In einem solchen Fall droht dem betroffenen Fernsehveranstalter der Wegfall des zu seinen Gunsten angeordneten Verbreitungsauftrages, wodurch dieser zur Sicherstellung einer kontinuierlichen Weiterverbreitung seines Programms bis zur Sanierung der behördlichen Entscheidung gezwungen wäre, in (Neu-)Verhandlungen mit der ORS einzutreten, da in vielen Fällen (so auch bei Puls City TV) ein Ausweichen auf alternative Sendestandorte nicht möglich wäre (vgl. hierzu Pkt 4.5.2. und 4.5.3.).

Allfällige Neuverhandlungen zwischen ORS und privaten Fernsehveranstaltern würden allerdings jeweils vor dem Hintergrund stattfinden, dass die ORS keinen vergleichbaren Verpflichtungen unterliegt, wie bisher der ORF.

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

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

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

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

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

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

Da die ORS nach Ausgliederung der Senderinfrastruktur des ORF das einzige Unternehmen ist, das am gegenständlichen Markt Sendeanlagen vermietet, beträgt ihr Marktanteil gemessen am Umsatz 100%.

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

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

Die ORS betreibt für den ORF an 480 Standorten ca. 970 Sendeanlagen für die Übertragung der Fernsehprogramme ORF1 und ORF2. Unter Hinzuzählung jener 20 Sendeanlagen, die die ORS für die privaten Fernsehveranstalter ATV Privatfernseh-GmbH (ATV+), Privatfernsehen GmbH (LT 1) und PULS CITY TV GmbH (PULS CITY TV) betreibt, ergibt sich, dass die ORS insgesamt etwa 990 Sendeanlagen betreibt. Dem stehen sechs eigene Sendeanlagen privater Fernsehveranstalter gegenüber, die an ebenso vielen Standorten betrieben werden.

Die ORS verfügt somit gemessen an den eigenen Standorten über einen Marktanteil von ca. 98,8 % und gemessen an eigenen Sendeanlagen über einen Marktanteil von 99,4 %. Im Vergleich dazu verfügen private Fernsehveranstalter mit eigenen Standorten bzw. Sendeanlagen zusammen über einen Marktanteil von knapp 1,2 % bzw. 0,6 %.

Während die ORS insgesamt knapp 21,2 Mio. Personen mit ihren Sendeanlagen versorgen kann – mit den Fernsehprogrammen ORF1 und ORF2 können über die Infrastruktur der ORS jeweils ca. 8,1 Mio. Personen erreicht werden, hinzu kommen ca. 5,1 Mio. Personen, die mit privaten Fernsehprogrammen (ATV+, LT1 und Puls City TV), die über ORS-Sendeanlagen verbreitet werden, versorgt werden –, erreichen private Fernsehveranstalter über eigene Sendeanlagen zusammen etwa 610.000 Personen.

Es zeigt sich also, dass die ORS auch unter Berücksichtigung von intern erbrachten Leistungen beinahe 100% Marktanteil hält und so das mit Abstand größte Unternehmen am Markt für (analoge) terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden ist. Bedingt durch die historische Monopolstellung des ORF und dessen Versorgungspflichten nach dem ORF-G, ist nunmehr auch seine Tochtergesellschaft ORS – nach der Ausgliederung der Senderinfrastruktur – das Unternehmen mit der ubiquitärsten Infrastruktur. Bedingt durch den Umstand, dass der ORF durch das ORF-G sowie das PrTV-G zum „site sharing“ verpflichtet

wurde und die bestehenden Verträge mit privaten Fernsehveranstaltern im Zuge der Ausgliederung des Sendebetriebs auf die ORS übertragen wurden, ist diese nunmehr das Unternehmen mit dem höchsten Anteil am Umsatz aus der Vermietung von Sendeanlagen.

Der von der ORS zu den ermittelten Marktanteilen vorgebrachte Einwand richtet sich primär gegen die zugrunde liegende Marktabgrenzung und den ihrer Ansicht nach unzulässigen Vergleich der Marktanteile des im gesamten Bundesgebiet tätigen öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters ORF mit jenen nicht-bundesweit zugelassener Fernsehveranstalter. Hierzu ist zum Einen festzuhalten, dass lediglich ein Vergleich zwischen den durch die Anlagen der ORS erreichbaren Versorgungsgraden und den durch Eigenerbringung der Übertragungsleistung erreichten Versorgungsgraden (ein weiterer externer Anbieter der Übertragungsleistung existiert neben der ORS am gegenständlichen Markt nicht) stattgefunden hat sowie zum Anderen hierbei auch der Inhaber der bundesweiten Zulassung von Privatfernsehen berücksichtigt wurde. Im Hinblick auf die der Marktanteilsberechnung zugrunde liegende Marktabgrenzung sei an dieser Stelle auf die hierzu gemachten Ausführungen zur Marktabgrenzung (unter Pkt. 4.3.) verwiesen.

Darüber hinaus wendete die ORS ein, dass sich der hohe Marktanteil schlicht aus dem gesetzlichen Versorgungsauftrag des ORF erkläre und rein gar nichts mit der marktwirtschaftlich bedenklichen Schaffung eines Monopols zu tun habe. Es ist der KommAustria jedoch nicht ersichtlich wie der Versorgungsauftrag des ORF als öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter zu einer anderen Beurteilung hinsichtlich der Stellung der ORS auf dem gegenständlichen Markt führen kann, zumal der ORF seiner Verpflichtung zur Vollversorgung auch durch Anmieten von Sendeanlagen nachkommen könnte. Die Tatsache, dass der ORF zur Vollversorgung verpflichtet ist, erklärt zwar die Hintergründe der Entstehung der umfassenden Senderinfrastruktur der ORS, vermag jedoch nichts an den Ergebnissen der hier gegenständlichen Marktanalyse zu ändern.

Zusammenfassend zeigt sich anhand des Versorgungsgrades des terrestrischen Sendernetzes der ORS im Vergleich zum Versorgungsgrad aller von privaten Fernsehveranstaltern selbst betriebenen Sendeanlagen, dass die ORS am Markt für analoge terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die Marktanteile der ORS liegen knapp unter 100% und weisen im Zeitverlauf keine fallende Tendenz auf. Private Fernsehveranstalter erreichen mit eigenen Sendestandorten einen Marktanteil von 1,6% bzw. 0,6% gemessen an den Sendeanlagen. Im Ergebnis lassen diese Marktanteile auf eine marktbeherrschende Stellung der ORS am gegenständlichen Vorleistungsmarkt schließen. Entsprechend der Randziffer 78 der Leitlinien kann eine beherrschende Stellung jedoch nicht allein anhand der Marktanteile ermittelt werden. Ein hoher Marktanteil legt lediglich die Vermutung nahe, dass das in Frage stehende Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnte.

4.5.2. Zum Indikator „Markteintrittsbarrieren“

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

Die Prüfung von Marktzutrittsschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl. EuGH Rs. 6/72 – Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215). Als Marktzutrittsbarrieren werden all jene Faktoren bezeichnet, die es dem bzw. den auf dem

Markt tätigen Unternehmen erlauben, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche Markteintritte erfolgen. Je höher die Marktzutrittsbarrieren bzw. je schwieriger der Markteintritt, desto höher ist potentiell das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmen/s. Ausschlaggebend für die Beurteilung von Marktmacht ist jedoch nicht nur das Vorliegen von Marktzutrittsbarrieren, sondern auch das Ausmaß an Wettbewerb, der hinter diesen Barrieren stattfindet. Das Vorliegen von Marktmacht kann daher vor allem auf Märkten vermutet werden, in denen die Marktkonzentration hoch ist und zugleich hohe Marktzutrittsbarrieren vorliegen.

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

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

Für Unternehmen, die nicht bereits über die notwendige Senderinfrastruktur verfügen, wirken die geschilderten Skalenvorteile auf dem gegenständlichen Markt als substantielle Marktzutrittsbarriere. Allerdings kann in einigen Fällen der Eigenerrichtung auch auf bereits vorhandene Infrastruktur anderer Unternehmen (Mast, in manchen Fällen auch Stromversorgung) zurückgegriffen werden, wodurch eine ineffiziente Duplizierung von Ressourcen zum Teil vermieden werden kann.

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

Skalenvorteile können weiters in Verbindung mit nachfrageseitigen Wechselkosten für potentiell neu in den Markt eintretende Unternehmen eine strukturell bedingte Zutrittsbarriere bilden. Nachfrageseitige Wechselbarrieren ergeben sich am vorliegenden Markt vor allem aus vertraglichen Bedingungen, die als strategische Marktzutrittsbarrieren wirken. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ORS für site sharing – vormals des ORF – sehen

vor, dass der private Fernsehveranstalter im Falle eines Rücktritts vom Vertrag über die Sendermitbenutzung der ORS einen pauschalen, verschuldens- und schadensunabhängigen, nicht minderungsfähigen Spesenersatz sowie den entstandenen Aufwand und sonstigen Schaden, insbesondere die Kosten der in Zusammenhang mit der Anschaffung und Montage der Sendeeinrichtungen erbrachten Vorfinanzierungen und Arbeitsleistungen, schuldet. Hat sich ein privater Fernsehveranstalter also einmal für die Verbreitung über ORS-Anlagen entschieden, so ist der nachträgliche Wechsel zu einem anderen Betreiber bzw. die Möglichkeit zur Eigenerbringung der Leistung stark eingeschränkt, da die entsprechende Sendeanlage quasi doppelt bezahlt werden müsste. Nicht auszuschließen ist überdies, dass die ORS z.B. durch ein Pönale in Form des pauschalen verschuldens- und schadensunabhängigen Spesenersatzes (Punkt 4 (2) der AGB) versucht, die Wechselkosten zusätzlich zu erhöhen.

Eine technisch bedingte Marktzutrittsbarriere bildet der Umstand, dass die Hausantennen, mittels der die Programme vom Endkunden empfangen werden, Signale nicht aus jeder beliebigen, sondern nur aus einer bestimmten Richtung, auf die sie ausgerichtet sind, empfangen können. Da der ORF bis vor kurzem der einzige terrestrische Fernsehveranstalter war, sind (beinahe) alle Hausantennen auf eine Sendeanlage der ORS ausgerichtet. Selbst wenn ein privater Fernsehveranstalter nun also einen geeigneten Standort für seine Sendeanlagen finden würde und es keine sonstigen Barrieren für deren Errichtung gäbe, so kann sein Programm dennoch nur von einer geringen Anzahl an Haushalten (wenn überhaupt) empfangen werden, falls der gewählte Standort nicht identisch mit dem ORS-Standort oder zumindest in dessen Nähe ist.

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

Eine Betrachtung der strukturell, technisch und rechtlich bedingten Marktzutrittsbarrieren ergibt somit, dass die Marktzutrittsbarrieren für die Errichtung kleiner Anlagen zwar vorhanden sind, insgesamt jedoch als eher gering eingestuft werden können. Demgegenüber existieren kaum Alternativen zu den großen und exponierten Sendeanlagen der ORS, weshalb hier die Barrieren als wesentlich höher – teilweise sogar als prohibitiv – einzustufen sind. Vor allem der Inhaber der bundesweiten Zulassung, die ATV Privatfernseh-GmbH, findet in vielen Fällen de facto keine Alternativen zu den ORS-Standorten vor. Auch für die Zulassungsinhaber für „Ballungsraum-TV“ in Wien und Linz bestehen hohe Barrieren für die Errichtung eigener Anlagen. Für potentiell neu in den Markt eintretende Anbieter der Übertragungsleistung wirken weiters nachfrageseitige Wechselkosten, die sich vor allem aus vertraglichen Bedingungen ergeben, als Marktzutrittsbarrieren.

Zu dem von der ORS erhobenen Vorbringen, dass Ex-Ante-Regulierung nicht dem Ziel dienen könne, neu in den Markt eintretende Betreiber jeden Markt- und Investitionsrisikos zu entledigen oder dieses auf die ORS zu überwälzen, ist auszuführen, dass einer Berücksichtigung der Investitionen für die Errichtung einer Sendeanlage in die Entgeltberechnung für die Sendermiete nichts entgegensteht. Ungeachtet dessen, stellen

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

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

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

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

Wie unter Pkt 2.3.2.2. und 2.3.3. dargestellt, können am gegenständlichen Markt offensichtlich kleine Sendeanlagen in vielen Fällen selbst errichtet werden, während Alternativen zu den großen Sendeanlagen der ORS nur in wenigen Fällen existieren. An vielen Standorten – insbesondere jenen, die aufgrund ihrer exponierten Lage und Leistung größere technische Reichweiten erzielen – verfügt die ORS also über eine für private Fernsehveranstalter notwendige Infrastruktur, die nicht oder nur schwer reproduziert werden kann. Da jedoch die Höhe der Marktzutrittsbarrieren von einer Reihe von Faktoren abhängt, wie der Höhe (Lage) des Standortes, der abgestrahlten Leistung, den in geographischer Nähe bereits existierenden Standorten sowie den Bau- Raumordnungs- und naturschutzrechtlichen Regelungen etc., kann a priori keine Aussage über die Höhe der Marktzutrittsbarrieren für jeden Einzelfall getroffen werden. Tendenziell sind zwar die Marktzutrittsbarrieren bei exponierten, leistungsstarken Anlagen deutlich höher als bei kleinen Anlagen, in Einzelfällen können jedoch auch große Anlagen replizierbar sein und kleinere nicht. Insgesamt kann daher davon ausgegangen werden, dass die ORS in vielen Fällen – vor allem bei großen, leistungsstarken Anlagen an exponierten Standorten – über Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt.

4.5.4. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

Das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht wird in § 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung angeführt. Dieses Kriterium ist bereits aus der Definition der beträchtlichen Marktmacht gemäß § 35 Abs. 1 TKG 2003 abzuleiten, wonach ein Unternehmen als solches mit beträchtlicher Marktmacht gilt, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine wirtschaftlich so starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten.

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

Eine Analyse des gegenständlichen Marktes zeigt, dass es bei kleineren Sendeanlagen in vielen Fällen Alternativen zu ORS-Standorten gibt, wodurch sich die nachfrageseitige Gegenmacht in diesem Segment des Vorleistungsmarktes tendenziell erhöht, da die Möglichkeit zur Eigenerrichtung bzw. internen Leistungserbringung besteht bzw. auch Wettbewerb zwischen mehreren Anbietern stattfinden kann. Hingegen ist nur ein geringes Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht in Bezug auf jene Sendeanlagen zu erkennen, die nicht oder nur schwer zu duplizieren sind.

Unter Bezugnahme auf die zur Marktabgrenzung vorgebrachte Kritik behauptet die ORS, dass die Unterlassung einer adäquaten räumlichen Marktdefinition die Gutachter bei Beurteilung nachfrageseitiger Gegenmacht in ein unauflösliches Dilemma brächte. Obwohl diese zu dem Ergebnis gekommen seien, dass nachfrageseitige Gegenmacht überall dort existiere, wo es Alternativen zu den Standorten der ORS gebe – was nach Auffassung der ORS in der Mehrzahl der Versorgungsgebiete nicht-bundesweiter Veranstalter der Fall sei –, seien diese dennoch zu einem diesem Befund widersprechenden Ergebnis gekommen, nämlich dass die ORS auch dort über beträchtliche Marktmacht verfüge.

Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass nach dem Rechtsverständnis der KommAustria eine abschließende Feststellung, ob es auf dem gegenständlichen Markt ein oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt, nur nach Gesamtwürdigung aller nach § 35 Abs. 2 TKG 2003 bzw. den Leitlinien (insbesondere gem. Randziffer 78) zu beurteilenden Kriterien erfolgen kann. Die Amt sachverständigen haben dementsprechend eine Analyse der am gegenständlichen Markt vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen – so auch der nachfrageseitigen Gegenmacht in Kapitel 3.5. des Marktanalyse-Gutachtens – vorgenommen. In Kapitel 3.5. des Marktanalyse-Gutachtens fassen die Gutachter am Ende zusammen, dass nachfrageseitige Gegenmacht überall dort existiert, wo es Alternativen zu den Standorten der ORS gebe, während das Ausmaß nachfrageseitiger Gegenmacht bei nicht oder nur schwer duplizierbaren Anlagen eher gering sei.

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

4.5.5. Zum Indikator „Preissetzung bzw. Entgelte“

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

Preisbewegungen im Zeitverlauf, vorhandene Entgeltunterschiede zwischen verschiedenen Nachfragern und beobachtete Preisreaktionsmuster geben wesentliche Hinweise auf die am Markt vorhandene Wettbewerbsintensität. Bei Vorliegen eines funktionsfähigen Wettbewerbs ist grundsätzlich kein Unternehmen alleine in der Lage – jedenfalls längerfristig –, Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau zu heben.

Das von der ATV Privatfernseh-GmbH für die Nutzung von Sendeanlagen zu zahlende Entgelt beläuft sich auf € 2.150.000 pro Jahr und liegt damit um ca. 6% unter dem im Gutachten der RTR-GmbH (im site sharing-Verfahren zu KOA 3.005/02-66) errechneten Betrag von ca. € 2.300.000. Hierbei ist allerdings nochmals anzumerken, dass der ORF zunächst einen Betrag von ca. € 3.200.000 veranschlagt hatte, welcher erst nach Anrufung der KommAustria durch die ATV Privatfernseh-GmbH und nach Durchführung eines site sharing-Verfahrens auf den oben genannten Betrag gesenkt wurde. Das Entgelt für die von PULS CITY TV GmbH (Ballungsraum Wien) genutzte Sendeanlage entspricht dem im Rahmen des zwischen dieser und dem ORF geführten site sharing-Verfahrens mit Bescheid der KommAustria vom 23.01.2003, KOA 3.100/03-7, festgelegten Entgelt in Höhe von € 262.620 pro Jahr. Auch hier veranschlagte der ORF ursprünglich ein wesentlich höheres Entgelt in Höhe von € 335.000 (gemäß ORF-Preisliste) bzw. € 292.065 (im Zuge der Vertragsverhandlungen durch den Leiter der ORF-Sendetechnik genannter Betrag), was zur Anrufung der KommAustria durch die PULS CITY TV GmbH führte (KOA 3.100/03-7). Das Entgelt für die Privatfernsehen GmbH (Ballungsraum Linz), das ohne Verfahren vor der KommAustria festgelegt wurde, liegt deutlich unter den im Zuge des Verfahrens zu GZ KOA 3.005/02-66 errechneten Kosten für eine entsprechende Sendeanlage.

Eine Betrachtung der vom ORF in den Jahren 2003 bis 2004 verlangten Entgelte ergibt somit, dass die Entgelte die Kosten der Leistungserbringung widerspiegeln oder aber sogar darunter liegen. Wie die Analyse weiter zeigte, mussten private Fernsehveranstalter in zwei von drei Fällen allerdings erst Verfahren vor der KommAustria anstrengen, um die Festlegung eines kostenorientierten Entgelts zu erreichen. Da sämtliche site sharing-Verträge des ORF unverändert von seiner Tochtergesellschaft ORS übernommen wurden, bleiben die Entgelte bis auf weiteres auch nach der Ausgliederung der Senderinfrastruktur an die ORS wirksam.

Da infolge von Preisreduktionen am Senderendgerätemarkt in den letzten Jahren eine kontinuierliche Senkung der Wiederbeschaffungswerte erfolgte, ist zudem auch ein Auseinanderdriften der an den (historischen) Kosten orientierten Entgelte und der Wiederbeschaffungswerte wahrscheinlich, zumal die Entgelte mit dem Verbraucherpreisindex wertgesichert sind, während die Anschaffungskosten entsprechend dem Preisindex für Ausrüstungsinvestitionen in der Gruppe „Nachrichtentechnik, Rundfunk- und Fernsehgeräte sowie elektronische Bauelemente“ generell eher sinken. Für neu in den Markt eintretende Fernsehveranstalter kann dies zu einer falschen make-or-by-Entscheidung führen, da eine Anpassung lediglich hinsichtlich neu abgeschlossener Verträge erfolgt (dies zeigt auch die im Hörfunkbereich bisher geübte Praxis).

Die ORS erklärt in diesem Zusammenhang, dass die gutachterliche Analyse der Entgelte besonders deutlich zeige, dass die aktuelle Marktpraxis keinen Bedarf einer Ex-Ante-Regulierung aufweise, da die Amt sachverständigen sogar zu dem Ergebnis kämen, dass die Entgelte der Einschreiterin die Kosten der Leistungserbringung widerspiegeln würden oder

sogar darunter lägen. Dabei könne es laut ORS dahingestellt bleiben, ob in zwei von drei Fällen ein Regulierungsverfahren notwendig war, um diese Ergebnis zu erzielen.

Wie das Marktanalyse-Gutachten nachvollziehbar und schlüssig darstellen konnte, resultiert die Höhe der derzeit den Fernsehveranstaltern verrechneten Entgelte aus der unveränderten Übernahme der site sharing-Vereinbarungen zwischen ORF und privaten Fernsehveranstaltern durch die ORS. Entgegen der Meinung der ORS, der zufolge es dahin gestellt bleiben könne, ob dies auf ein zuvor geführtes site-sharing-Verfahren zurückzuführen ist, geht die KommAustria jedoch davon aus, dass die Entgelte die Kosten der Leistungserbringung vor allem deshalb widerspiegeln bzw. sogar darunter liegen, weil in der Mehrheit der Fälle zuvor ein entsprechendes Verfahren bei der KommAustria angestrengt wurde. Daraus die Feststellung von funktionierendem Wettbewerb und folglich fehlenden Regulierungsbedarf abzuleiten, erscheint nach Ansicht der KommAustria verfehlt. Die Analyse zeigt vielmehr deutlich auf, dass Entgelte auf Marktniveau nicht ohne Ex-Ante-Regulierung erzielt wurden. Es zeigt sich überdies, dass der zu betrachtende Zeitraum relativ kurz ist, da privates analoges terrestrisches Fernsehen erst mit Erteilung der Zulassungen auf Basis des im August 2001 in Kraft getretenen Privatfernsehgesetzes möglich wurde. Es ist daher bezogen auf die Zulassungsdauer von zehn Jahren nicht gänzlich auszuschließen, dass – ähnlich wie auch am Markt für terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden – unter gewissen Umständen, sofern diese gemäß den AGB der ORS (vormals ORF) als sog. „wichtige Gründe“ zu qualifizieren sind, die Parteien in neuerliche Vertragsverhandlungen hinsichtlich der Entgelte eintreten. Im Hinblick auf den behördlich angeordneten Verbreitungsauftrag zugunsten von Puls City TV ist, wie schon an früherer Stelle erwähnt, derzeit ein Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof anhängig. Der Verfassungsgerichtshof hat aus Anlass einer Beschwerde des ORF ein Gesetzesprüfungsverfahren eingeleitet, so dass auch die Möglichkeit des Wegfalls des bescheidmäßig angeordneten Verbreitungsauftrags besteht. In einem solchen Fall wäre Puls City TV zur Gewährleistung einer kontinuierlichen Ausstrahlung ihres Fernsehsignals auf eine Einigung mit der ORS angewiesen.

Weiters stellte die ORS die Möglichkeit in Abrede, dass es infolge eines Auseinanderdriftens der an (historischen) Kosten orientierten Entgelte und der Wiederbeschaffungswerte im Zeitverlauf zu überhöhten Entgelten und folglich einer Verzerrung der „make-or-by-Entscheidung“ für neu in den Markt eintretende Fernsehveranstalter gekommen sei. Hiefür liege laut ORS kein Hinweis vor. Hierzu ist zunächst anzumerken, dass das Marktanalyse-Gutachten lediglich davon spricht, dass es unter diesen Umständen zu überhöhten Preisen im Zeitverlauf kommen kann, sofern keine regelmäßigen Vertragsanpassungen bzw. Anpassungen der Preislisten erfolgen.

4.5.6. Zum Indikator „Produktdifferenzierung“

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

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

Da die analoge terrestrische Übertragung von TV-Signalen auf standardisierten, allgemein verfügbaren Technologien basiert, ergeben sich in Bezug auf einzelne Standorte kaum

Differenzierungsmöglichkeiten. Die ORS ist allerdings aufgrund ihrer ubiquitären Infrastruktur in der Lage, Übertragungsdienste praktisch für jedes Gebiet oder für jede Kombination von Gebieten anzubieten und unterscheidet sich dadurch von den meisten (auch potentiellen) alternativen Anbietern, deren Reichweite mit eigenen Standorten geographisch begrenzt ist. Somit ist die ORS aufgrund ihrer flächendeckenden Gegenwart und aufgrund ihrer Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur gegenüber ihren Mitbewerbern im Vorteil.

Die ORS erklärt hierzu, dass es ihr nicht nachvollziehbar sei, worin in diesem Zusammenhang eine Markteintrittsbarriere für andere Unternehmen liegen soll und verweist dabei auf die den ORF treffende Verpflichtung gemäß den §§13 und 19 PrTV-G sowie dessen Versorgungsauftrag gemäß § 3 Abs. 3 ORF-G, dem zufolge dieser zur bundesweit flächendeckenden Versorgung verpflichtet wäre. Weiters konstatiert die ORS aus diesem Umstand einen Vorteil der nicht ihr, sondern den zur Mitbenutzung von Übertragungseinrichtungen und –kapazitäten berechtigten Mitbewerbern zugute käme, die sich über das ubiquitäre Sendernetz der ORS jene lukrativen Versorgungsgebiete herausplücken könnten, in denen die werberelevanten Zielgruppen effizient erreicht würden.

Entgegen der Auffassung der ORS wurde die Möglichkeit zur Produktdifferenzierung nicht als Marktzutrittsbarriere untersucht, sondern als Wettbewerbsvorteil, den ein Unternehmen erlangen kann, wenn es seine Produkte hinreichend von anderen Produkten zu differenzieren vermag. Die dem ORF auferlegte Verpflichtung, als öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter die Vollversorgung des österreichischen Bundesgebietes zu gewährleisten, vermag nichts an der Qualifikation der ORS als marktmächtiges Unternehmen am gegenständlichen Vorleistungsmarkt zu ändern. Es ist der KommAustria nicht ersichtlich wie der Versorgungsauftrag des ORF als öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter zu einer anderen Beurteilung hinsichtlich der Stellung der ORS auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt führen kann, zumal der ORF dieser Verpflichtung auch durch Anmieten von Sendeanlagen nachkommen könnte, wenn solche vorhanden sind. Wenn die ORS in weiterer Folge aus der dem Versorgungsauftrag des ORF entspringenden Verpflichtung zur flächendeckenden Versorgung des Bundesgebietes einen Vorteil der sog. „Mitbewerber“ zu entdecken vermeint, so ist an dieser Stelle darauf zu verweisen, dass es keinem potentiellen Fernsehveranstalter möglich ist, sich einfach „*lukrative[n] Versorgungsgebiete herauszupflücken...*“ (Stellungnahme der ORS, S. 15), da deren Verfügbarkeit von einer Reihe frequenztechnischer Gründe (Bsp.: Frequenzknappheit, Störpotential, etc.) abhängig ist, die einer Realisierung eines neuen Versorgungsgebietes bzw. der Erlangung einer Fernsehzulassung vielfach entgegenstehen. Im Bereich des analogen terrestrischen Fernsehens stellt sich die Situation sogar so dar, dass es mangels ausreichender Frequenzressourcen bisher nicht möglich war, für alle nachgefragten Versorgungsgebiete Zulassungen zu erteilen.

4.5.7. Zum Indikator „vertikale Integration“

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

Für vertikal integrierte Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene besteht ein Anreiz dazu, entweder einen überhöhten Preis für das Vorleistungsprodukt zu verlangen oder aber Konkurrenten vom nachgelagerten Markt zu verdrängen. Anreize zu einer Verdrängungsstrategie können insbesondere dann bestehen, wenn das vertikal integrierte Unternehmen am Vorleistungsmarkt seine Marktmacht nicht uneingeschränkt ausüben kann. Besteht etwa eine Zugangsregulierung und sind die Zugangspreise kostenorientiert, so kann das Unternehmen auf der Vorleistungsebene keine überhöhten Preise verlangen, also seine Marktmacht nicht ausüben. Einem Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene

steht allerdings eine Reihe von Instrumenten zur Verfügung, um den Wettbewerb am Endkundenmarkt zu seinen Gunsten zu beeinflussen. So könnte es seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt z.B. das Vorleistungsprodukt in einer schlechteren Qualität bereitstellen, als bei interner Bereitstellung. Es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken. Ist ein kostenorientierter Zugangspreis festgelegt, so kann davon ausgegangen werden, dass das Unternehmen seine Gewinne durch solche Verhaltensweisen erhöhen kann. Kann das Unternehmen nämlich die Kosten seiner Konkurrenten erhöhen, so führt dies zu einer Ausweitung seiner Marktanteile sowie zur Erhöhung der Preise am Endkundenmarkt, was wiederum zu höheren Gewinnen des vertikal integrierten Unternehmens führt (vgl. hierzu European Regulators Group (ERG) 2004, Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework, S. 77 – 80).

Es ist – aufgrund des bisher Festgestellten – davon auszugehen, dass rückblickend betrachtet der ORF vor der Ausgliederung des Sendebetriebs an die ORS Anreize dazu hatte, private Fernsehveranstalter gegenüber dem eigenen Unternehmen bei der Bereitstellung von Sendeanlagen zu benachteiligen, da er mit den privaten Fernsehveranstaltern, die seine Übertragungsdienste nachfragten, am Endkundenmarkt im Wettbewerb steht und aufgrund der Verpflichtung nach § 7 ORF-G bzw. § 19 PrTV-G seine marktbeherrschende Stellung am Vorleistungsmarkt nicht uneingeschränkt ausüben konnte. Selbst vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich erfolgten Ausgliederung der Sendeeinfrastruktur ist davon auszugehen, dass auch die ORS, als im Mehrheitseigentum des ORF stehendes Unternehmen, ebensolche Anreize hat. Solange der ORF 60% bzw. einen signifikanten Anteil an der ORS hält und folglich beherrschenden Einfluss auf diese hat, sind ORF und ORS als vertikal integrierte Unternehmen zu betrachten. Aus ökonomischer Sicht ist folglich für die ORS ein Anreiz dazu gegeben, Zugang zu ihren schwer duplizierbaren Standorten für private Fernsehveranstalter nur zu überhöhten Preisen zu gewähren oder diesen generell zu verweigern bzw. die Nutzung ihrer Infrastruktur zu erschweren, um ihre Marktmacht auszuüben und die Position ihres Mehrheitseigentümers ORF am Endkundenmarkt in der oben geschilderten Weise zu stärken. Die für die ORS gegebene Anreizstruktur könnte erst als verändert betrachtet werden, hielte der ORF nur mehr einen sehr geringen bzw. keinen Anteil an der ORS.

Nach Auffassung der ORS handle es sich bei der Aussage, dass aufgrund der vertikalen Integration Anreize dazu bestehen, anderen Unternehmen den Zugang zu ihren Anlagen zu verweigern oder diese bei deren Nutzung zu benachteiligen, um spekulative Vorhalte seitens der Gutachter ohne jede objektivierbare Rechtfertigung, die nicht in die Entscheidung über das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht einfließen dürften. Begründend führt sie hierzu aus, dass die Zugangsverpflichtung zu Übertragungskapazitäten und Sendeeinrichtungen der ORS nicht in ihrer beliebigen Disposition stehe, sondern ausdrücklich in § 19 PrTV-G geregelt sei. Ebenso bestünde hinsichtlich der Dienstqualität angesichts der unmissverständlichen Bestimmung des § 19 Abs. 2 PrTV-G kein Gestaltungsspielraum.

Wie schon an früherer Stelle mit Hinweis auf die Randziffern 70 und 75 der Leitlinien der Europäischen Kommission (vgl. Pkt 4.4. der rechtlichen Würdigung) festgehalten wurde, beruht die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens auf einer vorausschauenden Marktanalyse. Die nationalen Regulierungsbehörden sind bei der Ex-Ante-Wettbewerbsanalyse grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen, als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung von Artikel 82 EGV im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung. Hierbei ist sie häufig auf Prognosen angewiesen. Überdies muss keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung festgestellt werden, um ein Unternehmen als solches mit beträchtlicher Marktmacht zu qualifizieren (vgl. hierzu Fn. 73 zu Randziffer 70 der Leitlinien).

In diesem Sinne beruht auch die Aussage, dass aufgrund einer vertikalen Integration von Unternehmen aus ökonomischer Sicht eine Anreizstruktur zu antikompetitivem Verhalten gegeben ist, auf Erfahrungswerten aus der (ökonomischen) Wettbewerbsanalyse und einer darauf aufbauenden Prognose, ohne im konkreten Fall ein missbräuchliches Verhalten unterstellen zu wollen. Hinsichtlich der von der ORS mehrfach zitierten Verpflichtung zur Gewährung von Zugang zu ihrer Infrastruktur nach § 19 PrTV-G bzw. § 7 ORF-G ist zudem auszuführen, dass diese den ORF in der Vergangenheit natürlich in gewissem Ausmaß in seinem Verhalten am Vorleistungsmarkt eingeschränkt hat, deren unmittelbare Anwendbarkeit im Verhältnis zur ORS, einem – wenn auch gesellschaftsrechtlich verbundenen – Unternehmen, ist jedoch rechtlich und im Hinblick auf die hier gegenständliche Wettbewerbsanalyse nicht gegeben.

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

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

4.5.8. Sonstige Indikatoren

Die weiteren in § 35 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Indikatoren für beträchtliche Marktmacht (Z 4: Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität; Z 5: Marktphase; Z 6: technologiebedingter Vorsprung; Z 7: Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation; Z 8: Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen; Z 11: Zugang zu Finanzmitteln) haben angesichts der Tatsache, dass die Eigenbereitstellung (Selbsterrichtung und –erbringung der Signalübertragung) die primäre Alternative zum Sendernetz der ORS am gegenständlichen Markt darstellt, kaum eine Bedeutung. Der hier in Frage stehende Vorleistungsmarkt benötigt etwa keine aufwändige Verkaufs- oder Vertriebsorganisation (Z 7), sodass auch kaum Vorteile aus der Verkaufs- oder Vertriebsorganisation gezogen werden könnten. Da auch die Übertragungstechnologie standardisiert und allgemein zugänglich ist, verfügt kein Unternehmen über einen relevanten technologiebedingten Vorsprung (Z 6), der eine Marktbeherrschung nahe legen könnte.

Hiergegen wendete die ORS ein, dass als primäre Alternative zum Sendernetz der ORS nicht die Eigenbereitstellung der Übertragungsleistung anzusehen sei, sondern vielmehr das Ausweichen auf Kabelnetze und/oder auf Satellitennetze. Diesem Einwand ist nochmals die in sachlicher Hinsicht getroffene Marktabgrenzung entgegen zu halten, in deren Vorfeld anhand des hypothetischen Monopolistentestes dargelegt werden konnte, dass weder die Plattform „Kabelnetze“ noch jene der „Satellitennetze“ ein Substitut zur terrestrischen Übertragung von Fernsehen darstellen (vgl. Erl. zur RFMVO 2004). Demgemäß führt auch die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung zur Überprüfung der Märkte entsprechend dem Rechtsrahmen der EU vom 06.02.2006, KOM(2006) 28 endg., unter Pkt. 5.3 zu Breitband und Rundfunk (vgl. S. 10 der Mitteilung) aus, dass *„das Fehlen der Substituierbarkeit zwischen den verschiedenen Plattformen (Kabel- Satelliten- oder terrestrische Plattform) auf Großkundenniveau die NRB veranlasst [habe], den Markt [Anm.: Nr. 18 gemäß der Märkteempfehlung der EK] nach den jeweils benutzten Plattformen zu unterteilen. ...“*.

4.6. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

Eine Würdigung der im Sachverhalt zu den einzelnen in § 35 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Marktmacht-Indikatoren getroffenen Feststellungen ergibt, dass die ORS über extrem hohe und stabile Marktanteile auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt verfügt. Zudem zeigt sich, dass die ORS in vielen Fällen – insbesondere bei exponierten Standorten und Sendeanlagen mit hoher Leistung – über eine für private Fernsehveranstalter notwendige Infrastruktur verfügt, die nicht oder nur schwer dupliziert werden kann. Bei kleinen Sendeanlagen hat die Analyse hingegen ergeben, dass diese in vielen Fällen auch selbst errichtet werden können. Die Höhe der Marktzutrittsbarrieren ist somit von einer Reihe von Faktoren, wie der Lage des Standortes, der abgestrahlten Leistung, den in geographischer Nähe bereits existierenden Standorten, Bau-, Raumordnungs- und naturschutzrechtlichen Gesetzesbestimmungen, etc. abhängig. Es ist daher im Rahmen einer Gesamtbetrachtung festzuhalten, dass tendenziell hohe Marktzutrittsbarrieren bei exponierten und leistungsstarken Anlagen bestehen (die zur Versorgung größerer Gebiete benötigt werden), wohingegen die Marktzutrittsbarrieren bei kleinen Anlagen geringer sind. Für potentiell neu in den Markt eintretende Anbieter von Übertragungsdiensten wirken weiters nachfrageseitige Wechselkosten aufgrund von vertraglichen Bedingungen als erhebliche Marktzutrittsbarrieren sowie schließlich auch technisch bedingte Hindernisse infolge der Ausrichtung der meisten Hausantennen auf Sendestandorte der ORS. Die in den Jahren 2003 bis 2004 vom ORF verlangten Entgelte spiegeln die Kosten der Leistungserbringung wider oder liegen sogar darunter. Dies ist jedoch maßgeblich darauf zurückzuführen, dass in zwei von drei Fällen zuvor ein site sharing-Verfahren vor der KommAustria angestrengt wurde, um die Festlegung eines kostenorientierten Entgelts zu erreichen. Die davor vom ORF angebotenen Preise lagen hingegen über den von der RTR-GmbH errechneten Kosten der Leistungserstellung. Da sämtliche site sharing-Verträge des ORF unverändert von seiner Tochtergesellschaft ORS übernommen wurden, bleiben die Entgelte bis auf weiteres auch nach der Ausgliederung der Senderinfrastruktur an die ORS wirksam. Infolge der festgestellten vertikalen Integration von ORS und ORF, ist weiterhin davon auszugehen, dass die ORS Anreize zu antikompetitivem Verhalten hat. Nachfrageseitige Gegenmacht besteht weiters nur in jenen Fällen, wo Alternativen zur ORS-Infrastruktur existieren, also zumeist bei kleinen Sendeanlagen, hingegen kaum bei den nicht oder nur schwer duplizierbaren Standorten in exponierter Lage mit großer Leistung, die zur Versorgung größerer geographischer Gebiete oder von Ballungsräumen benötigt werden.

Die ORS stellt in Zusammenhang mit der Ermittlung beträchtlicher Marktmacht (vgl. S. 6 und 7 ihrer Stellungnahme) in Abrede, dass im Marktanalyse-Gutachten auch jene Kriterien bedacht worden seien, die gegen das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht sprächen, ohne allerdings konkret anzuführen, welche Kriterien ihrer Auffassung unberücksichtigt geblieben wären. Wie jedoch aus dem festgestellten Sachverhalt und der rechtlichen Würdigung

hervorgeht, wurden jene Faktoren, die eine marktbeherrschende Stellung relativieren können durchaus einbezogen. So wurde klar festgehalten, dass bei kleinen Sendeanlagen kaum Markteintrittsbarrieren bestehen und diese in vielen Fällen auch selbst errichtet werden können. Ebenso wurde in die Erwägungen der Umstand einbezogen, dass das Ausmaß nachfrageseitiger Gegenmacht in diesen Fällen höher ist. Überdies wurde auch klar festgehalten, dass die bisher verlangten Entgelte die Kosten der Leistungserstellung widerspiegeln bzw. zum Teil darunter liegen. Die Hintergründe (site sharing-Verfahren) und die sich daraus erschießende Notwendigkeit einer Ex-Ante-Regulierung waren jedoch ebenso mit zu berücksichtigen. Insgesamt sprachen daher die Kriterien für eine marktbeherrschende Stellung der ORS auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt.

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

Die ORS erklärt weiters, dass sie unter den bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen effektiv daran gehindert sei, sich unabhängig zu verhalten, während die Gutachter nur lapidar darauf verwiesen hätten, dass durch die derzeit bestehenden Verpflichtungen die ORS weitgehend nicht in der Lage sei, Marktmacht auszuüben, dass aber dennoch kein wirksamer Wettbewerb bestehe. Diese Aussage sei in sich widersprüchlich, da nämlich unter wirksamem Wettbewerb gerade jene Situation zu verstehen sei, in der eben kein Marktteilnehmer über beträchtliche Marktmacht iSd Legaldefinition des § 35 TKG 2003 verfüge.

Wie die Amt sachverständigen im Marktanalyse-Gutachten ausgeführt haben (S. 26), war es dem ORF in der Vergangenheit aufgrund der site sharing-Verpflichtungen gemäß § 7 ORF-G und § 19 PrTV-G und der entsprechenden Regulierungsverfahren vor der KommAustria tatsächlich nicht möglich Entgelte zu verlangen, die über den Kosten der Leistungsbereitstellung lagen. Vor dem Hintergrund der Ausgliederung der Senderinfrastruktur – trotz der Übernahme der entsprechenden Entgelte durch die ORS und deren vorläufiger Weitergeltung – war aus rechtlicher Sicht zu berücksichtigen, dass die genannten gesetzlichen Verpflichtungen dem Wortlaut nach nur an den ORF adressiert sind. Eine Beurteilung der Wettbewerbssituation ohne die entsprechenden Bestimmungen war daher zwingend notwendig, zumal die Entstehung der nun geltenden Entgeltvereinbarungen den Schluss zulässt, dass ohne entsprechende Ex-Ante-Regulierung effektiver Wettbewerb am gegenständlichen Markt nicht gegeben ist. Wie die Feststellungen auch ergeben haben, sind Umstände denkbar, unter denen die identifizierten Markteintrittsbarrieren zu Lasten der nachfragenden Fernsehveranstalter schlagend werden können. Kommt es bei Eintritt dieser Umstände – Vertragsauflösung aus wichtigem Grund bzw. Wegfall des behördlich angeordneten Verbreitungsauftrags (siehe hierzu S. 37 bzw. S. 46 der rechtlichen Begründung) – zu Neuverhandlungen über die Übertragungsleistung, so würden diese vor dem Hintergrund stattfinden, dass die ORS nicht Adressat der gesetzlichen Verpflichtungen gemäß § 7 ORF-G bzw. § 19 PrTV-G ist.

4.7. Wettbewerbsprobleme

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

4.7.1. Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern

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

4.7.2. Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber Abnehmern

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

4.7.3. Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte

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

4.8. Regulierungsinstrumente

Bisher unterlag keines der am Markt tätigen Unternehmen einer Verpflichtung nach dem TKG 1997 oder dem TKG 2003. Der Österreichische Rundfunk (ORF) unterliegt jedoch am vorliegenden Markt Verpflichtungen nach dem Privatfernsehgesetz (§ 19 PrTV-G) und dem ORF-Gesetz (§ 7 ORF-G), deren Wortlaut unter Pkt. 4.4. angeführt wurde.

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

4.8.1. Auswahlkriterien für Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2003

Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, sind geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Dabei sind grundsätzlich folgende Verpflichtungen möglich:

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

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

Im Rahmen der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde gemäß § 34 Abs. 1 TKG 2003 bei der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 zu berücksichtigen. Die Regulierungsbehörde hat dabei insbesondere den Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Auch in den einschlägigen Bestimmungen des neuen europäischen Rechtsrahmens wird mehrfach auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (vgl. etwa Art 8 Abs. 1 Rahmenrichtlinie, Art 5 Abs. 3, 8 Abs. 4 sowie Art 12 Abs. 2 Zugangsrichtlinie). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, dass eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einer Regulierungsmaßnahme und der Intensität des Eingriffs in die Rechte der davon betroffenen Unternehmen vorzunehmen ist. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass jeweils nur das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel angewendet werden darf (vgl. hierzu Feiel/Lehofer, Praxiskommentar zum Telekommunikationsgesetz 2003, Wien 2004, zu § 34 Abs. 1 TKG 2003).

Auch den Leitlinien der Europäischen Kommission (Randziffern 117 und 118) ist zu entnehmen, dass *„...jede Verpflichtung, die von den nationalen Regulierungsbehörden auferlegt wird, in einem angemessenen Verhältnis zu dem Problem stehen [soll], das es zu lösen gilt.“* In Randziffer 118 der Leitlinien heißt es weiter: *„Um sicherzustellen, dass die vorgeschlagene Maßnahme mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss die geplante Maßnahme ein berechtigtes Ziel verfolgen. Die Mittel, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt werden, müssen notwendig sein, sollten aber keine unzumutbare Belastung darstellen, d.h. bei den ergriffenen Maßnahmen sollte es sich um das Minimum handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist.“* Demnach muss eine Maßnahme der Regulierungsbehörde, um mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar zu sein, ein berechtigtes, in § 1 Abs. 2 TKG 2003 bzw. dessen europarechtlichen

Grundlagen normiertes Ziel verfolgen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besagt auch, dass die von der Regulierungsbehörde auferlegten Regulierungsmaßnahmen ausreichend begründet sein müssen (vgl. hierzu auch Randziffer 17 der Leitlinien).

Basierend auf den Zielen der Rahmenrichtlinie (Art 8) und weiteren Bestimmungen in der Zugangsrichtlinie (Art 8) sowie in der Genehmigungsrichtlinie (Art 10 und 11) wurden von der European Regulators Group (ERG), einem Beratungsgremium der Europäischen Kommission (eingesetzt mit Beschluss Nr. 202/627/EG vom 29.07.2002, ABI. L 200/38, 30.07.2002) in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien entwickelt, welche bei der Anwendung von Regulierungsinstrumenten beachtet werden sollen und im Wesentlichen die bereits vorhin angeführten Grundsätze widerspiegeln (siehe ERG 2004, Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework, S. 57 – 74):

Nach dem ersten dieser Prinzipien müssen die ausgewählten Regulierungsinstrumente der Natur des in der Marktanalyse aufgezeigten Wettbewerbsproblems entsprechen und sich als geeignet und notwendig erweisen sowie das gelindeste Mittel darstellen. Überdies sollen die Entscheidungen der Regulierungsbehörden transparent und ausreichend begründet sein. Dies soll durch Koordinierung der nationalen Regulierungsbehörden untereinander sowie mit der Europäischen Kommission sichergestellt werden. Das zweite Prinzip besagt, dass dort, wo die Infrastruktur eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten, etwa durch Gewährung von Zugang für alternative Betreiber, verhindert werden muss. Kann angenommen werden, dass diese Infrastruktur von anderen Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums repliziert werden kann, so soll gemäß dem dritten Prinzip durch die Anwendung von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden. Das vierte Prinzip besagt schließlich, dass Regulierungsinstrumente so gestaltet sein sollten, dass sie anreizkompatibel sind, also der Anreiz zur Einhaltung von Regulierungsmaßnahmen größer sein soll, als der Anreiz zu deren Umgehung.

4.8.2. Zu den auf dem Vorleistungsmarkt „Terrestrische Übertragung von TV-Signalen zu Endkunden“ auferlegten spezifischen Verpflichtungen

Ausgehend von den identifizierten Wettbewerbsproblemen sowie unter Bezugnahme auf die Regulierungsziele des TKG 2003 und des europäischen Rechtsrahmens sowie die von der ERG erarbeiteten Prinzipien werden in der Folge Auswahl und Anwendung der der ORS auferlegten spezifischen Verpflichtungen dargestellt. Bei den nachfolgenden Regulierungsinstrumenten handelt es sich um komplementäre, nicht jedoch um alternative Maßnahmen. Jedes für sich dient der Begegnung bestimmter Teilprobleme in Zusammenhang mit den identifizierten Wettbewerbsproblemen. Nur beim Einsatz aller nachstehend angeführten Instrumente ist sichergestellt, dass den Wettbewerbsproblemen tatsächlich begegnet werden kann.

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

Dieser Auffassung widerspricht – wie im Folgenden dargestellt wird –, dass etwa die Transparenzverpflichtung gemäß § 39 TKG 2003 nicht auferlegt wird. Ferner bedingt das System der Abwägung einen zweistufigen Analyseprozess, dem zufolge in einem ersten Schritt Regulierungsinstrumente ermittelt werden, die geeignet sind, den identifizierten Wettbewerbsproblemen entgegen zu wirken und darauf aufbauend in einem zweiten Schritt

diese Instrumente hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit gegeneinander abzuwägen. Eine Abwägung zwischen verschiedenen Regulierungsinstrumenten anhand des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit kann jedoch nur dann erfolgen, wenn tatsächlich mehrere Instrumente zur Behebung des Wettbewerbsproblems geeignet sind.

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

Das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung (siehe Pkt. 4.7.3.) vom Markt für (analoge) terrestrische Übertragung von TV-Signalen auf nachgelagerte Märkte (Werbe- bzw. Endkundenmarkt) kann durch Sicherstellung des Zugangs zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt am vorliegenden Markt behoben werden. Zugang zu den Standorten bzw. Sendeanlagen der ORS kann die Marktzutrittsbarrieren auf nachgelagerten Märkten wesentlich reduzieren und so für zusätzliche Markteintritte und erhöhten Wettbewerb sorgen. Da es sich bei den Standorten bzw. Sendeanlagen der ORS in vielen Fällen um nicht leicht ersetzbare Infrastruktur handelt (vgl. hierzu die Feststellungen im Sachverhalt unter Pkt. 2.3.3. sowie Prinzip 2 der ERG Common position on remedies), erscheint eine Zugangsverpflichtung notwendig sowie das einzig effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu fördern.

Die den Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen betreffende Regelung des § 41 TKG 2003 enthält detaillierte Bestimmungen darüber, welche spezifischen Zugangsverpflichtungen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (insbesondere) auferlegt werden können. Bei dieser Entscheidung hat die Regulierungsbehörde neben dem grundsätzlich zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und den allgemeinen regulatorischen Zielsetzungen nach § 1 Abs. 2 TKG 2003 auch die Kriterien des § 41 Abs. 3 TKG 2003 zu berücksichtigen. Demnach ist den Rechten eines Infrastruktureigentümers, der technischen Machbarkeit bzw. der notwendigen Aufrechterhaltung der Netzintegrität Rechnung zu tragen (siehe Erl. zur RV 129 BlgNR GP XXII, zu § 41 TKG 2003; vgl. auch Feiel/Lehofer, Praxiskommentar zum TKG 2003, zu § 41).

Ziel einer Zugangsverpflichtung ist es, die Verweigerung des Zugangs zu verhindern und die Bedingungen des Zugangs zu spezifizieren. Für die Sicherstellung des Zugangs zu einem Vorleistungsprodukt wäre auch § 38 TKG 2003 (Gleichbehandlungsverpflichtung) in Erwägung zu ziehen. Im Allgemeinen kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass das „geeignete“ Zugangsprodukt genau einem intern bereitgestellten Produkt entspricht, weshalb die Gleichbehandlungsverpflichtung nicht in gleichem Maße geeignet erscheint, einen adäquaten Zugang sicherzustellen. Da § 41 TKG 2003 zudem wesentlich umfassendere Ausführungen zu Fragen der Gewährung von Infrastrukturzugang enthält, ist diese Bestimmung jener des § 38 TKG 2003 vorzuziehen, welche keine vergleichbaren Präzisierungen und Vorgaben enthält. Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist allerdings als unterstützendes Regulierungsinstrument in Betracht zu ziehen.

Die Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 erscheint jedenfalls geeignet, den Zugang zu einem entsprechenden Vorleistungsprodukt am Markt für (analoge) terrestrische Übertragung von TV-Signalen zu Endkunden sicherzustellen.

Die ORS hat bei zumutbarer Nachfrage Zugang zu ihren Standorten bzw. Sendeanlagen zu gewähren bzw. den Dienst „(analoge) terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden“ anzubieten. Angemessene Anträge auf Zugang zu Netzbestandteilen und zur zugehörigen Infrastruktur bzw. auf Nutzung derselben sollen überdies nur aufgrund objektiver Kriterien wie z.B. technischer Machbarkeit oder notwendiger Aufrechterhaltung der Netzintegrität abgelehnt werden können. Dies entspricht dem Erwägungsgrund 19 der Zugangsrichtlinie (RL 2002/19/EG), der die nationalen Regulierungsbehörden dazu anhält,

bei Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen die Rechte der verpflichteten Infrastruktureigentümer zu berücksichtigen.

Das Angebot der ORS hat ungebündelt zu erfolgen, sodass kein Nachfrager verpflichtet werden soll, Dienste zu beziehen bzw. Geräte zu mieten, die er selbst bereitstellen kann oder die er nicht benötigt. Am gegenständlichen Markt betrifft dies beispielsweise Leistungen wie die Signalzubringung und die Senderreserve. Dies bedeutet konkret, dass private Fernsehveranstalter nicht verpflichtet werden dürfen, die Signalzubringung oder eine Senderreserve von der ORS zu beziehen, wenn diese Leistungen nicht explizit nachgefragt werden. Weiters darf der Nachfrager (im Rahmen der technischen Möglichkeiten) insbesondere auch nicht dazu verpflichtet werden, eine Sendeanlage mit höherer Leistung, als benötigt, zu beziehen. Ebenso inkludiert die auferlegte Zugangsverpflichtung die Möglichkeit, bei zumutbarer Nachfrage, Zugang zu einem Standort zu begehren und den Dienst der Signalübertragung selbst zu erbringen.

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

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

Wie die ORS in diesem Zusammenhang selbst einräumt, erweisen sich die Zugangshindernisse insbesondere bei größeren Sendeanlagen als erheblich und teilweise sogar als prohibitiv (vgl. S. 22 ihrer Stellungnahme). Entgegen der von der ORS vertretenen Auffassung kann jedoch selbst eine andere räumliche Marktdefinition zu keinem konträren Ergebnis im Hinblick auf die Qualifikation eines bestimmten Sendestandortes als nicht duplizierbare bzw. nicht ersetzbare Infrastruktur führen.

Dem Einwand der ORS, dass bereits § 8 Abs. 1 TKG 2003 ein ausreichendes Äquivalent zur Zugangsverpflichtung gemäß § 41 TKG 2003 darstelle und diese Bestimmung Dritten weitreichenden Zugang zu Großsendestandorten ermögliche, kann ebenso wenig gefolgt werden. Die Bestimmung des § 8 Abs. 1 TKG 2003 normiert zwar ein Recht auf Mitbenutzung von Kommunikationslinien im Sinne der Begriffsbestimmung nach § 3 Z 10 TKG 2003, wozu auch Antennentragemasten zählen, zielt jedoch auf sich von den hier in Rede stehenden Zugangsfragen unterscheidende Sachverhalte ab. So wird das in § 8 Abs. 1 TKG 2003 geregelte Mitbenutzungsrecht erst dann schlagend, wenn die betreffende Kommunikationslinie tatsächlich unter Inanspruchnahme eines (Zwangs-)Wegerechts nach anderen Bundesgesetzen oder eines (Zwangs-)Leitungsrechts nach § 5, § 7 oder § 13 TKG 2003 errichtet worden ist. Wie sich zudem aus der dazugehörigen Verfahrensregelung in § 9 Abs. 1 TKG 2003 ergibt, handelt es sich bei den zur Inanspruchnahme des

Mitbenutzungsrechts nach § 8 TKG 2003 Berechtigten um sog. „Bereitsteller von öffentlichen Kommunikationsnetzen“. Auch der Kreis der nach § 8 Abs. 2 TKG 2003 Berechtigten wird aus Bereitstellern eines (öffentlichen) Kommunikationsnetzes iSd § 3 Z 11 TKG gebildet. Fernsehveranstalter hingegen fragen die Übertragungsleistung bei Betreibern eines Kommunikationsnetzes nach, weil sie im Regelfall nicht selbst als Betreiber bzw. Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes auf dem Vorleistungsmarkt tätig werden (vgl. hierzu auch: Feiel/Lehofer, Praxiskommentar zum TKG 2003, zu §§ 8 und 9 TKG 2003, S.37ff).

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

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

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

§ 42 Abs. 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen, wenn sie in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 feststellt, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte. Dabei hat die Regulierungsbehörde den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften. Darüber hinaus können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

Wird ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet, seine Entgelte an den Kosten zu orientieren, obliegt es diesem Unternehmen gemäß § 42 Abs. 2 TKG 2003, nachzuweisen, dass seine Entgelte sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen. Zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung kann die Regulierungsbehörde eine von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen. Die Regulierungsbehörde kann gemäß § 42 Abs. 2 TKG 2003 von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte verlangen und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen. In diesem Zusammenhang kann die Regulierungsbehörde auch Entgelte berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten (vgl. Art 13 und Erwägungsgrund 20 der Zugangsrichtlinie).

Neben der Feststellung beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 TKG 2003 voraus, dass *„ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte.“* Die Verwendung des Konjunktivs zeigt, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich aktuell nicht wettbewerbswidrig verhalten muss, damit die Regulierungsbehörde eine Entgeltkontrolle auferlegen kann. Es ist ausreichend, wenn ein

solches Verhalten – aufgrund der Marktgegebenheiten – praktiziert werden könnte (vgl. hierzu auch: Feiel/Lehofer, Praxiskommentar zum TKG 2003, zu § 42 TKG 2003, S. 164). Diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen Ex-Ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung (vgl. Randziffer 70 der Leitlinien).

Im Sachverhalt unter Pkt. 2.3.5. bzw. auch Pkt 2.5. wurde festgestellt, dass die ORS in Abwesenheit von Regulierung ökonomische Anreize hat, am vorliegenden Markt Preise zu verlangen, die über den Kosten der Leistungsbereitstellung liegen, da aufgrund mangelnder Alternativen auch nach einer Preiserhöhung kein entsprechender Umsatzverlust erwartet werden muss. Gleichzeitig wäre es der ORS auch möglich, Konkurrenten ihres Eigentümers ORF auf den nachgelagerten Märkten durch Preisdiskriminierung am Vorleistungsmarkt einer Preis-Kosten-Schere auszusetzen. Die Voraussetzungen für die Auferlegung einer Vorabverpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 sind somit gegeben.

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

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

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

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

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

Alternativ sind im vorliegenden Zusammenhang die Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 gemeinsam mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung nach § 40 TKG 2003 zu betrachten, die potentiell für die Festlegung des Zugangspreises in Frage kommen. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die (internen bzw. zwischen ORS und ORF angewendeten) Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch zur Basis für externe Transaktionen werden könnten. Da durch diese Verpflichtungen die im vorliegenden Fall erforderlichen Informationen im betroffenen Markt, nämlich die Preise auf Produktebene (pro Senderleistungsklasse, mit und ohne Reserve, jeweils für Hörfunk und TV, bzw. RDS für Hörfunk), nicht genügend transparent gemacht werden können, ist die gemeinsame Verpflichtung nach § 38 und § 40 TKG 2003 alleine nicht für die Festlegung des Zugangspreises geeignet. Die Anordnung einer getrennten Buchführung auf Produktebene wäre unverhältnismäßig, da der operative Aufwand bei der laufenden Buchführung für das betroffene Unternehmen übermäßig hoch wäre. Eine Entgeltkontrolle nach § 42 TKG 2003 ist im Vergleich dazu das gelindere Mittel.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die ORS wirft in diesem Zusammenhang eine fehlende Abwägung vor und hält die Anordnung einer Entgeltkontrolle angesichts einer zustande gekommenen privatrechtlichen Einigung zwischen ORF und der Privatfernsehen GmbH für verzichtbar und unangemessen (vgl. S. 22 der Stellungnahme der ORS). Es werde vor dem dargestellten Hintergrund laut ORS zu begründen sein, warum diese Regulierungsmaßnahme nicht verzichtbar sei, da mehr als eine Unterschreitung der regulatorisch erzielbaren Kostendeckung keinesfalls erreicht werden könne.

Die Auferlegung der Entgeltkontrolle erscheint vor dem Hintergrund der dargestellten Marktbedingungen deshalb erforderlich zu sein, weil diejenigen gesetzlichen Verpflichtungen, welche maßgeblich zur Festlegung kostenorientierter Entgelte zwischen dem ORF und privaten Fernsehveranstaltern geführt haben, schon dem Wortlaut nach nicht ausgegliederte Tochterunternehmen des ORF verpflichten. Die Bestimmungen gemäß § 7 ORF-G und § 19 PrTV-G hatten den ORF als Unternehmen im Auge, welches nicht nur als Fernsehveranstalter jahrzehntelang ein Monopol innehatte, sondern zudem auch die für die Ausstrahlung seiner Programme erforderliche Infrastruktur. Es mag zutreffen, dass die ORS infolge der Ausgliederung der Sendeinfrastruktur auch die vom ORF verrechneten Entgelte anwendet, eine darüber hinaus gehende Absicherung wettbewerbsorientierten Preissetzungsverhaltens besteht derzeit jedoch nicht. Zudem ist das Vorhandensein von Marktbedingungen, die Anreize zu antikompetitivem Verhalten geben, schon ausreichend für die Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen. Schließlich ist im Hinblick auf die Notwendigkeit zur Auferlegung der Verpflichtungen zur Einhaltung kostenorientierter Entgelte – wie im Übrigen auch hinsichtlich der Gewährung von ungebündeltem Zugang – festzuhalten, dass ungeachtet der derzeit bestehenden vertraglichen Vereinbarungen sowie der behördlich angeordneten site sharing-Verpflichtungen die Möglichkeit zu deren Aufkündigung (aus wichtigem Grund) seitens der KommAustria nicht ausgeschlossen werden kann. Andererseits kann auch die dem rechtsstaatlichen Verfahrenssystem immanente Möglichkeit der Aufhebung behördlicher Anordnungen durch Höchstgerichte (etwa wegen Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens) zur Aufnahme neuer Verhandlungen zwischen der ORS und Fernsehveranstaltern führen.

Soweit die ORS bemängelt, dass keine Abwägung vorgenommen wurde, ist darauf hinzuweisen, dass zwei Optionen der Entgeltkontrolle zur Verfügung standen, wobei eine Abwägung zu Gunsten der weniger eingriffsintensiven Kostenorientierung und Preisregulierung im Anlassfall durchgeführt wurde.

4.8.2.3. Zur auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003

Durch Sicherstellung des Zugangs zu schwer replizierbarer Infrastruktur sowie durch die Festsetzung eines kostenorientierten Zugangspreises werden zwar grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen am nachgelagerten Markt geschaffen, jedoch stehen einem (vertikal integrierten) Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene neben dem Preis weitere Mittel zur Verfügung, um den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Es besteht etwa Anreiz dazu, den Wettbewerbern am nachgelagerten Markt das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitzustellen als bei interner Bereitstellung, den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen zu verwehren, die Bereitstellung zu verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festzulegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten zu bündeln, um so die Kosten für Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken.

Ist ein kostenorientierter Zugangspreis festgelegt und die Preissetzung als strategischer Parameter damit dem Unternehmen entzogen, so hat das marktmächtige Unternehmen einen Anreiz, seine Gewinne durch solche Verhaltensweisen zu erhöhen. Kann das Unternehmen nämlich die Kosten seiner Konkurrenten am nachgelagerten Markt erhöhen, so führt dies zu einer Ausweitung seiner Marktanteile sowie zur Erhöhung der Preise am

Endkundenmarkt, was wiederum zu höheren Gewinnen des vertikal integrierten Unternehmens mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene führt.

Die ORS kann als vertikal integriertes Unternehmen betrachtet werden, solange der ORF 100% bzw. einen signifikanten Anteil an dieser hält oder sein Einfluss auf sonstige Weise (z.B. personell) sichergestellt ist. Unter diesen Umständen ist daher zu erwarten, dass die ORS (ökonomische) Anreize zu den geschilderten Verhaltensweisen hat, um so ihrem Mehrheitseigentümer ORF Vorteile auf den nachgelagerten Märkten zu verschaffen. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 erforderlich, die sich auf alle notwendigen, mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundenen Parameter bezieht.

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

§ 38 Abs. 3 TKG 2003 räumt der Regulierungsbehörde die Möglichkeit ein, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots zu verlangen. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte inklusive der Rabatte darzulegen. Die Regulierungsbehörde kann gemäß § 38 Abs. 4 TKG 2003 Änderungen des Standardangebots zur Sicherstellung der gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen (vgl. Art 9 und 10 Zugangsrichtlinie).

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

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

nach dieser Teilleistung im Zuge einer neuerlichen Marktanalyse eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes entsprechend differenzierter auferlegt werden. Derzeit erscheint dies nicht erforderlich.

Um dem Problem von nachfrageseitigen Wechselkosten begegnen zu können, sind ferner Angaben zur Mindestvertragsdauer, der Kündigungsfrist, der Art der Vertragsverlängerung sowie die Bedingungen der (vorzeitigen) Vertragsauflösung in das Standardangebot aufzunehmen.

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

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

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

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

Zur Unterstützung der Verpflichtung kostenorientierter Entgelte ist die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Buchführung, in welcher die Märkte, auf denen die ORS über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, von den anderen Tätigkeiten getrennt ausgewiesen sind, notwendig (vgl. hierzu auch ERG 2004, Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework, S. 49 ff). In diesem Zusammenhang ist eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene erforderlich, wodurch Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden können. Ein Unternehmen könnte andernfalls einen Anreiz haben, z.B. gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen.

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Nur damit ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung auf Kostenorientierung einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden. Da der ORF die Sendetechnik bereits seit Jahren als eigenen Unternehmensbereich führt und die Sendetechnik nun in die ORS ausgegliedert hat, ist davon auszugehen, dass dieses Regulierungsinstrument ohne zusätzliche Kosten für die ORS umgesetzt werden kann.

Die getrennte Buchführung hat zumindest die Sendetechnik (Anschaffung und Betrieb terrestrischer Sendeanlagen für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Endkunden) getrennt von anderen Tätigkeiten der ORS auszuweisen. Im Rahmen der getrennten Buchführung sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

- Erträge,
- Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstige Kosten),
- detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insb. Leistungsklassen für Hörfunk und Fernsehen und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen.

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

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

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

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

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen (Konsultation). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungshandlungen gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und die Marktanalyse betreffen (§129 Abs. 1 Z 2 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Verfügung zu stellen (Koordination).

Die vorliegende Anordnung gemäß §§ 37 ff TKG 2003 stellt eine derartige Vollziehungshandlung iSd §§ 128 f TKG 2003 dar, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination zu unterwerfen ist.

4.10. Zum Ausschluss der aufschiebenden Wirkung

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

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

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

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

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

4.11. Zur Angemessenheit der Fristen

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

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten. Für den Berufungsantrag ist gemäß § 14 TP 6 Gebührengesetz 1957 idF BGBl. I Nr. 84/2002 eine Gebühr von 13 Euro zu entrichten. Die Gebührenschuld entsteht gemäß § 11 Abs. 1 Gebührengesetz 1957 erst in dem Zeitpunkt, in dem die abschließende Erledigung über die Berufung zugestellt wird.

Wien, am

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mag. Michael Ogris
Behördenleiter