

KommAustria
Mariahilferstr. 77-79
1060 Wien

Wien, am 02. Mai 2013

KOA 6.300/13

Mitbeteiligte Parteien:

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

Würzburggasse 30
1130 Wien

jeweils vertreten durch:

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

Stellungnahme im Konsultationsverfahren

1-fach

Die KommAustria hat am 5.4.2013 insgesamt drei Maßnahmenentwürfe für Vorleistungsmärkte der Rundfunkmärkte in Konsultation gegeben:

- einen Maßnahmenentwurf zum Vorleistungsmarkt "Zugang und digitale terrestrische Übertragung von TV Signalen zum Endkunden über die Multiplex-Plattformen MUX A und MUX B" (in der Folge „MUX-A/B Markt“)
- einen Maßnahmenentwurf zum Vorleistungsmarkt "Zugang zu Sendeanlagen und digitale terrestrische Übertragung von TV-Signalen zum Endkunden" (in der Folge „Fernsehsendeanlagen-Markt“) sowie
- einen Maßnahmenentwurf zum Vorleistungsmarkt "Terrestrische UKW-Übertragung von Hörfunk-Signalen zum Endkunden" (in der Folge „UKW-Radiomarkt“)

Der Maßnahmenentwurf für den MUX-A/B Markt sieht eine Einstellung des Verfahrens vor, da auf diesem Markt **effektiver Wettbewerb** herrscht und somit **kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt**. ORS stimmt dieser Schlussfolgerung zu und gibt zu diesem Maßnahmenentwurf keine weitere Stellungnahme ab.

Die nachstehende Stellungnahme bezieht sich auf den Fernsehsendeanlagen-Markt und den UKW-Radiomarkt. Soweit an der jeweiligen Stelle nicht ausdrücklich angeführt wird, dass sich die Ausführungen auf einen bestimmten Markt beziehen, gelten sie jeweils für beide Maßnahmenentwürfe.

A. Ermittlung der aktuellen Marktsituation geboten

1. Forderung der Europäischen Kommission

Im Verfahren gemäß Art. 7 Rahmenrichtlinie hat die europäische Kommission zu AT/2009/0896 nachstehende Stellungnahme abgegeben:

*„Die europäischen Märkte der elektronischen Kommunikation sind durch einen schnellen technischen und wirtschaftlichen Wandel geprägt. Der österreichische Ansatz, die Marktabgrenzung einschließlich des drei Kriterien Tests vor einer vollständigen Marktanalyse und einem Vorschlag für Abhilfemaßnahmen zu verifizieren, birgt daher ein **hohes potenzielles Risiko**, das die Analyse der beträchtlichen Marktmacht auf einem Markt basiert, der **entweder falsch abgegrenzt ist oder nicht mehr für die Vorabregulierung in Betracht kommt**. Nach Ansicht der Kommission ist die getrennte*

Übermittlung der Marktabgrenzung, der Marktanalyse und der vorgeschlagenen Maßnahmen daher **nicht geeignet** Wettbewerbsprobleme auf dem Telekommunikationsmärkten zu identifizieren und zu beheben.

Die Kommission weist die Komm.Austria darauf hin, dass jeglicher Notifizierung einer Marktanalyse **eine effektive Abgrenzung des relevanten Marktes zum Zeitpunkt der Durchführung der vollständigen Marktüberprüfung zu Grunde liegen muss, insbesondere wenn analysiert wird, ob auf dem Markt wirksamer Wettbewerb herrscht.**“

Die Quintessenz der Stellungnahme der europäischen Kommission ist also, dass **Marktabgrenzung und Marktanalyse zeitgleich zu erfolgen haben.**

2. Zeitpunkt der Erhebungen

Die Marktdefinition für das gegenständliche Verfahren erfolgte in der Rundfunkmärktedefinitionsverordnung (RFMVO). Die RFMVO trat am **30.04.2009** in Kraft. Die Marktdefinitionen beruhen daher auf Daten der **Jahre 2007 bis 2008**

Die Feststellung der Marktbeherrschung auf den definierten Märkten erfolgte im Rahmen der Erstellung der wirtschaftlichen Gutachten der SV Diwisch ua. Diese Gutachten ermittelten des Status der Märkte **im Jahr 2010 und davor**. Das bedeutet somit, dass die Definition der relevanten Märkte und die Ermittlung der für die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung relevanten Sachverhaltsermittlungen im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Maßnahmenentwürfe zumindest 3 Jahre alt sind.

3. Resümee

Gemäß § 129 TKG hat die **Europäische Kommission** die Möglichkeit, binnen eines Monats zu Entwürfen der Regulierungsbehörde Stellung zu nehmen. Solchen Stellungnahmen ist gemäß § 129 Abs. 2 TKG **weitestgehend Rechnung zu tragen.**

Nach der Stellungnahme der Europäischen Kommission haben **Marktabgrenzung und Marktanalyse zeitgleich zu erfolgen**. Im vorliegenden Fall liegen fast **vier Jahre** dazwischen. Von einer Zeitgleichheit von Marktdefinition und Marktanalyse kann daher keine Rede sein. Der Stellungnahme der Kommission wird mit den Maßnahmenentwürfen nicht Rechnung getragen. Somit liegt **eindeutig ein Verstoß gegen § 129 TKG** vor.

4. Zum Vorwurf der Behörde

Die Behörde führt aus, dass ORS selbst wesentlich dazu beigetragen hätte, den zeitlichen Abstand zwischen Marktabgrenzung und Marktanalyse zu verlängern. ORS wäre im Zuge der Marktanalyseverfahren erstmals am 16.06.2009 zur Lieferung entsprechender Daten aufgefordert worden, hätte diese aber tatsächlich erst am 3.3.2010 zur Verfügung gestellt.

ORS weist an dieser Stelle darauf hin, dass zwischen dem 3.3.2010 und der Veröffentlichung der Maßnahmenentwürfe durch die Behörde am 5.4.2013 **mehr als drei Jahre** verstrichen sind und dass **ORS für diese Verzögerung keine Verantwortung** trifft.

B. Tatsächliche Änderungen in den Marktverhältnissen

1. Einleitung

Das Erfordernis einer zeitnahen Überprüfung der zu regulierenden Märkte ist eine **inhaltlich sinnvolle Forderung der Europäischen Kommission**. Aus der Erhebung der Marktverhältnisse und allenfalls festzustellender Wettbewerbsprobleme leiten sich die anzuordnenden Abhilfemaßnahmen ab. Marktverhältnisse sind allerdings flexibel. Sie unterliegen Veränderungen. Das gilt auch für die beiden Märkte, für die die Behörde Abhilfemaßnahmen ins Auge gefasst hat. Das ist vor allem auf dem Fernsehsendeanlagen-Markt gut zu erkennen.

2. Wesentliche Änderungen auf dem „Fernsehsendeanlagen-Markt“

2.1 Stand 2010

Die Behörde bezieht sich in ihren Feststellungen auf das Gutachten der SV Diwisch ua. Diese stellte ua nachstehende Bedingungen auf diesem Markt fest:

MUX	Region	Zulassungsinhaber / Multiplex-Betreiber	Anzahl eigene Sendeanlagen	Anzahl bei ORS zugemieteter Anlagen
A	Bundesgebiet Österreich	Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG	196	-
B	Bundesgebiet Österreich	Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG	19	-
C	Großraum Wien	Tele1Vision Video-	0	1

		und Fernsehproduktion GmbH		
C	Zentralraum Niederösterreich	P3-KABEL-news GmbH	0	2
C	Oberösterreich Nord	LT1 Privatfernsehen GmbH	0	1
C	Oberösterreich Süd 1	RTV Regionalfernsehen GmbH	1	0
C	Oberösterreich Süd 2	Christian Parzer	1	0
C	Zentralraum Kärnten	Bad Kleinkirchheimer SAT-Kabelfernseh Gesellschaft m.b.H.	1	0
C	Steiermark Ost	Weststeirische Kabel TV GmbH	1	0
C	Region Mur-Mürztal 2	ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH	1	0
C	Steiermark West	Planai Hochwurzener Bahnen GmbH	1	0
C	Tirol Nord/West Außerfern	Ortsantennenbau Außerfern GmbH & Co KG	1	0
C	Tirol Nord/West Oberland	Stadtgemeinde Imst (Stadtwerke Imst)	2	0
D	Bundesgebiet Österreich	MEDIA BROADCAST GmbH	0	17
A	Bundesgebiet Österreich	Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG	196	-
B	Bundesgebiet Österreich	Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG	19	-
C	Großraum Wien	Tele1Vision Video- und Fernsehproduktion GmbH	0	1
C	Zentralraum Niederösterreich	P3-KABEL-news GmbH	0	2
C	Oberösterreich Nord	LT1 Privatfernsehen GmbH	0	1
C	Oberösterreich Süd 1	RTV Regionalfernsehen GmbH	1	0
C	Oberösterreich Süd 2	Christian Parzer	1	0
C	Zentralraum Kärnten	Bad Kleinkirchheimer SAT-Kabelfernseh Gesellschaft m.b.H.	1	0
C	Steiermark Ost	Weststeirische Kabel TV GmbH	1	0
C	Region Mur-Mürztal 2	ATV Aichfeld Film- und Videoproduktion GmbH	1	0
C	Steiermark West	Planai Hochwurzener Bahnen GmbH	1	0
C	Tirol Nord/West Außerfern	Ortsantennenbau Außerfern GmbH & Co KG	1	0

2.2 Aktueller Stand

Der **aktuelle Stand** vor allem bei den Sendeanlagen, die von privaten Veranstaltern/Betreibern genutzt werden, **ist demgegenüber wesentlich verändert:**

- Mediabroadcast hat die Zulassung für MUX-D zurückgelegt und **mietet bei ORS keine Sendeanlagen mehr zu.**
- Der einzige bei ORS verbliebene MUX-C Betreiber ist LT1 in Linz. Alle übrigen erbringen die relevanten Leistungen selbst oder kaufen sie woanders zu.

Das bedeutet: ORS stellt lediglich für einen **einzigen fremden Anbieter**, nämlich LT1, Sendeanlagenleistungen bereit. An dieser Situation wird sich auch im Anordnungszeitraum kaum etwas ändern. Dazu endet die Lizenz für MUX A und B erst nach dem Anordnungszeitraum, sodass auch hier nicht mit Änderungen während der Geltung der möglichen Maßnahmen zu rechnen ist.

Das zeigt zum einen, dass es **für die MUX-Betreiber keine wettbewerblich relevanten Zugangshindernisse** gibt, dh auf dem Markt eben gerade keine Wettbewerbsprobleme bestehen und es zeigt überdies, dass das Vermengen von Sendeleistungen für verschiedene MUX-Klassen nicht geeignet ist, Wettbewerbsprobleme auf diesem Vorleistungsmarkt sinnvoll zu ermitteln.

3. Schlussfolgerungen

Durch den Umstand, dass das einschlägige wirtschaftliche Gutachten schon 2010 erstellt worden ist und keine weiteren Aufträge zur Erhebung der Marktsituation erfolgt sind, war die Behörde nicht in der Lage, den aktuellen Stand auf dem definierten Markt zu berücksichtigen.

Abhilfemaßnahmen müssen geeignet sein, ein **bestehendes Wettbewerbsproblem** wirksam zu bekämpfen. Auf der Grundlage eines drei Jahre alten wirtschaftlichen Gutachtens kann die Behörde gar nicht feststellen, ob ein allenfalls damals festgestelltes Problem überhaupt noch besteht.

C. Sendeanlagensituation im UKW-Radio Bereich

Im UKW-Radiobereich liegt der **Hauptkritikpunkt der ORS** darin, dass die Behörde den definierten Markt **völlig starr betrachtet** und die bestehende Wettbewerbsdynamik übersieht. Das kann anhand der von der Behörde verwendeten Tabelle dargestellt werden.

Im Jahr 2010 stellte sich die Aufteilung der verwendeten Sendeanlagen wie folgt dar:

Hörfunkveranstalter	Programm(e) / Anzahl Veranstalter	Anzahl Sendeanlagen gesamt	Anzahl eigener Sendeanlagen	Anzahl gemieteter Sendeanlagen	Anzahl von ORS gemieteter Sendeanlagen
ORF	Ö1, Ö2, Ö3, FM 4, Agora Korotan	825	-	825	825
Kronehit Radio Betriebs GmbH	KRONEHIT	62	43	19	19
Antenne Österreich GmbH	Antenne Salzburg/Tirol/Wien	27	25	2	2
Antenne Steiermark Regionalradio GmbH & Co KG	Antenne Steiermark	21	10	11	11
U1 Tirol Medien GmbH	Radio U1 Tirol	16	8	8	-
Regionalradio Tirol GmbH	Life Radio (Tirol)	15	15	-	-
Rest	51	138	99	39	31
Private Gesamt	56	279	200	79	63

Betrachtet man die in der Tabelle wiedergegebenen Verhältnisse, wird deutlich, dass die überwiegende Zahl der UKW-Radiosendanlagen in Österreich von ORS betrieben wird. Die mit Abstand meisten davon werden **aber intern an den ORF bereitgestellt**. Extern wurden 2010 von ORS nur 63 Sendeanlagen bereitgestellt. Die weitaus überwiegende Zahl der von privaten Veranstaltern genutzten Anlagen – **nämlich 279** - wurde von den Privaten selbst betrieben oder von privaten Dritten zugekauft. Im Ergebnis betrieb ORS 2010 **weniger als 25%** - also einen nur kleinen Teil – der von Privaten genutzten Anlagen.

Auch bei den **größeren Anlagen gab es eine Durchmischung**. Kronehit und die „Antenne“-Gruppe, die neben kleineren Sendeanlagen auch sogenannte

Großsendeanlagen nutzten, verwendeten jeweils **gleich viele Anlagen der ORS wie privat betriebene Anlagen.**

Im Ergebnis zeigt sich damit, dass es für die UKW-Radioveranstalter **kein generelles Wettbewerbsproblem** auf dem genannten Markt gibt. Die Radiosendeanlagen der ORS können von den privaten Veranstaltern in fast allen Fällen durch private Anlagen wirksam substituiert werden. Das gilt, wie sich anhand von Kronehit und Antenne zeigt, auch für die meisten großen Anlagen.

Vor dem Hintergrund eines solchen Marktes ist ein **generelles Regulierungsregime** verfehlt. Für allenfalls individuell auftretende Wettbewerbsprobleme genügt die **ex-post Kontrolle durch die Kartellbehörden.** ORS gibt überdies zu bedenken, dass die Starrheit der ins Auge gefassten Maßnahmen eine flexible Verkaufspolitik der ORS verhindert und damit dem Wettbewerb mehr schaden als sie ihm nützen.

D. Wesentliche Aspekte, denen trotz entsprechender Anmerkungen keine Aufmerksamkeit geschenkt wurden

Neben diesen grundsätzlichen Problemen, die aus Sicht der ORS die Rechtswidrigkeit der vorgeschlagenen Maßnahmen zur Folge haben, fallen noch weitere Punkte auf, die die Richtigkeit des Vorgehens der Behörde in Zweifel ziehen.

1. Nachteil der Endnutzer für Regulierung erforderlich

Gemäß Artikel 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie hat die Behörde nur dann das Recht, **Preisregulierungsmaßnahmen** zu setzen, wenn sich aus der Marktanalyse ergibt, dass ein Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum **Nachteil der Endnutzer** auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte.

Voraussetzung für die Berechtigung zur Anordnung einer Preisregulierungsmaßnahme ist somit nach Art 13 der Richtlinie, dass sich ein überhöhtes Preisniveau bzw. Preisdiskrepanzen **zum Nachteil der Endkunden** auswirken. Weder die auf dem Fernsehsendeanlagen-Markt noch die auf dem UKW-Radiomarkt angebotenen Leistungen der ORS werden Endkunden angeboten. Eine Überprüfung, ob die Preisgestaltung der ORS auf den beiden Märkten überhaupt eine Auswirkung auf die Endkunden hat, ist daher auch nie erfolgt.

Ohne entsprechende Analyse und positiver Feststellung, dass ORS tatsächlich „*aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte*“ verstößt eine Preisregulierungsmaßnahme gegen Art 13 Rahmenrichtlinie.

2. Keine ausreichende Beurteilung der Marktstellung anderer Anbieter

Die Behörde führt aus, dass der Gegenstand ihrer Untersuchung lediglich der „Dienst der Signalübermittlung zum Endkunden mittels digitaler terrestrischer Übertragungstechnologie“ ist. Das ist **viel zu eng gegriffen**, um einen Überblick auf allenfalls bestehende Wettbewerbsprobleme zu erhalten. Nicht der Dienst der Übertragung ist die wettbewerbliche „Engstelle“ sondern allenfalls einzelne Elemente der Infrastruktur wie zB Masten oder Anlagen.

Bei richtiger Betrachtung der beiden Märkte hätte die Behörde daher alle in Österreich verfügbaren Netze bzw. Mastanlagen miteinbeziehen müssen, die für die Ausstrahlung von Rundfunksignalen verwendet werden können. Damit hätte sie einen guten Eindruck darüber erhalten, welche Alternativen einem, auf den Markt neu hinzutretenden oder bereits aktiven Anbieter zur Verfügung stehen, um Leistungen der ORS zu ersetzen. Selbst wenn man - so wie die Behörde - der Auffassung ist, dass der zu überprüfende Markt tatsächlich so eng abzugrenzen ist, dann wäre zumindest zu überprüfen gewesen, ob nicht von diesen Anlagen ausreichender Wettbewerbsdruck ausgeht, um eine allenfalls bestehende Marktmacht zu disziplinieren.

Beides wurde von der Behörde jedoch unterlassen. Die Behörde hat sich stattdessen ausschließlich auf die bestehenden Rundfunk-Sendernetze konzentriert und damit das beträchtliche wettbewerbliche Potential der übrigen Anlagen übersehen.

3. Entwicklung anderer Plattformen bleibt unberücksichtigt

Unberücksichtigt bleibt überdies die Entwicklung der übrigen Plattformen auf dem Markt. Das ist zumindest beim Fernsehanlagen-Markt unverständlich, da die Plattformen Kabel und Satellit wesentlich höhere Reichweiten erzielen als die Terrestrik und die mit MUX-C übertragenen Programme ausnahmslos auch über diese alternativen Plattformen übertragen werden. Ebenso unverständlich ist, warum IPTV keine größere Relevanz zuerkannt wird. Die Breitbandinitiative im Telekombereich führt zu einer deutlichen Verbesserung von IP-TV und damit auch zu einer wesentlich besseren Annahme bei den Sehern/Hörern.

Der Umstand, dass diese Plattformen in den Maßnahmenentwürfen nicht weiter berücksichtigt werden, ist vor allem auch deshalb unverständlich, weil die Europäische Kommission **wegen der Verfügbarkeit alternativer Plattformen** den Markt 18 von der Liste der empfohlenen Märkte genommen hat.

E. **Forderung nach Abkehr von der starren Regulierung**

ORS fordert von der Behörde eine **Abkehr vom starren regulatorischen Zugang**. Keiner der beiden Märkte, für die die Behörde nunmehr Maßnahmen vorschlägt, ist tatsächlich von tiefgreifenden und dauerhaften Wettbewerbsproblemen gekennzeichnet.

Die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht der ORS beruht in beiden Fällen auf der **Einbeziehung der Eigenleistungen** in die Marktbetrachtung. Dieser Zugang wird vor allem in der Regulierungsmethodik auf den Telekommunikationsmärkten verwendet, in denen es tatsächlich große Probleme gibt, die bestehende Infrastruktur der ehemaligen incumbents durch einen Dritten zu duplizieren. Solche Probleme existieren auf den Rundfunkmärkten aber **nur in ganz wenigen Ausnahmefällen**. Die Heranziehung von Eigenleistungen in der Marktbetrachtung verzerrt daher das Bild dieser Märkte. Mit den vorgeschlagenen Maßnahmen wird auf der Grundlage dieser Ausnahmefälle jeweils der gesamte Sendeanlagenvertrieb der ORS reguliert. **Das ist überschießend und unzweckmäßig**. Eine solche Regulierung macht ORS in ihrer Verkaufspolitik völlig unflexibel und schadet dem Wettbewerb dadurch.

Es wäre wettbewerblich gesehen **wesentlich sinnvoller**, ORS in ihrem Wettbewerbsverhalten freiere Hand zu lassen und tatsächlich auftretende Wettbewerbsprobleme der **ex-post Kontrolle durch die Kartellbehörden** zu überlassen.

F. **Ergebnis**

ORS spricht sich gegen die Erlassung der beiden Maßnahmenentwürfe aus, da sie auf **veralteten Marktdaten** beruhen und mit Rechtswidrigkeit behaftet wären. Dazu fordert ORS von der Behörde die **Abkehr von der starren ex-ante Regulierung**.

ORS ist der Überzeugung, dass eine auf aktuellen Marktdaten beruhende Analyse der Rundfunkmärkte **keine die ex-ante Regulierung rechtfertigenden Wettbewerbsprobleme** feststellen würde. Dazu wäre es allerdings sinnvoll, wenn sich

die Behörde von der verunglückten Märkteffinition der RFMVO 2009 löst. Diese geht an den Anforderungen, die die Nachfrager stellen, völlig vorbei und führt über den Umweg der Marktanalyse zu den hier aufgezeigten, wettbewerblich verfehlten Ergebnissen.

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