

# TE OGH 2005/12/19 26Kt391/05

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.12.2005

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht hat durch die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Primus (Vorsitzende) und Mag. Häckel sowie die fachkundigen Laienrichterinnen KR Dr. Mille und KR Mag. Ginner in der Kartellrechtssache der anmeldenden Parteien 1) M\*\*\*\*\*\*, vertreten durch Pistotnik Rechtsanwaltsgesellschaft m.b.H., 1010 Wien, 2) Ö\*\*\*\*\*, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG, 1014 Wien, wegen Prüfung eines angemeldeten Zusammenschlusses (§§ 42b, 42c KartG 1988) in nichtöffentlicher Sitzung den Das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht hat durch die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Primus (Vorsitzende) und Mag. Häckel sowie die fachkundigen Laienrichterinnen KR Dr. Mille und KR Mag. Ginner in der Kartellrechtssache der anmeldenden Parteien 1) M\*\*\*\*\*\*, vertreten durch Pistotnik Rechtsanwaltsgesellschaft m.b.H., 1010 Wien, 2) Ö\*\*\*\*\*, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG, 1014 Wien, wegen Prüfung eines angemeldeten Zusammenschlusses (Paragraphen 42 b., 42c KartG 1988) in nichtöffentlicher Sitzung den

## Spruch

Der angemeldete Zusammenschluss des Erwerbs einer mittelbaren Beteiligung von 40 % an de\*\*\*\*\* („ORS“), durch die M\*\*\*\*\* wird nicht untersagt.

Die Nichtuntersagung wird mit folgenden Auflagen verbunden:

1) Der ORS wird untersagt, Rundfunk nach den Bestimmungen des PrTV-G oder nach den Bestimmungen des ORF-G in der jeweils geltenden Fassung zu veranstalten.

2) Der ORS wird für den Fall, dass ihr eine Zulassung zu Errichtung und Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform (§§ 23 bis 25 PrTV-G) erteilt wird, untersagt, die inhaltliche Gestaltung des elektronischen Programmführers (Navigators) dieser Plattform (§ 25 Abs 2 Z 6 PrTV-G)2) Der ORS wird für den Fall, dass ihr eine Zulassung zu Errichtung und Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform (Paragraphen 23 bis 25 PrTV-G) erteilt wird, untersagt, die inhaltliche Gestaltung des elektronischen Programmführers (Navigators) dieser Plattform (Paragraph 25, Absatz 2, Ziffer 6, PrTV-G)

- -Strichaufzählung  
einem Medienunternehmen und/oder Mediendienst oder
- -Strichaufzählung  
einem Unternehmen, das mit einem Medienunternehmen und/oder Mediendienst im Sinn des § 11 Abs 6 PrTV-G verbunden ist, zu übertragen.einem Unternehmen, das mit einem Medienunternehmen und/oder Mediendienst im Sinn des Paragraph 11, Absatz 6, PrTV-G verbunden ist, zu übertragen.

Der ORS wird weiters untersagt, die Vermarktung von Werbeflächen auf dem Navigator einem Unternehmen zu übertragen, das

- -Strichaufzählung  
als Werbeträger Leistungen anbietet oder
- -Strichaufzählung  
im Sinne des § 11 Abs 6 PrTV-G mit einer Person oder Personengesellschaft verbunden ist, die als Werbeträger Leistungen anbietet.im Sinne des Paragraph 11, Absatz 6, PrTV-G mit einer Person oder Personengesellschaft verbunden ist, die als Werbeträger Leistungen anbietet.

Ausgenommen davon sind in allen Fällen der Österreichische Rundfunk („ORF“) und die mit ihm verbundenen Unternehmen.

3) Die ORS hat Werbebuchungen für Medien auf dem Navigator unter fairen, ausgewogenen und nicht diskriminierenden Bedingungen entgegenzunehmen. Dies betrifft insbesondere Preise und Konditionen der Buchungen, Gestaltung und Inhalt der werblichen Darstellung sowie die Auswahl der Kunden, denen die ORS Werbemöglichkeiten einräumt. Sollte die ORS die Vermarktung der Werbeflächen des Navigators einem Dritten (etwa auch dem ORF oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen) übertragen, hat sie diesem die Auflage 3) vertraglich zu überbinden.

4) Die Auflagen entfallen, wenn die M\*\*\*\*\* mit der ORS nicht mehr im Sinne des§ 41 KartG 1988 verbunden ist. 4) Die Auflagen entfallen, wenn die M\*\*\*\*\* mit der ORS nicht mehr im Sinne des Paragraph 41, KartG 1988 verbunden ist.

Begründung:

I) Angemeldetes Zusammenschlussvorhaben:römisch eins) Angemeldetes Zusammenschlussvorhaben:  
Gegenstand des angemeldeten Zusammenschlusses ist der Erwerb einer mittelbaren Kapital(Kommandit-)beteiligung von 40 % an der ORS sowie eines entsprechenden Geschäftsan teils an deren Komplementärgesellschaft \*\*\*\*\*durch die Medicur über deren 100 %-ige Tochtergesellschaft M\*\*\*\*\* (AS 205, früher: E\*\*\*\*\*). Die ORS war mit dem Ziel gegründet worden, den Teilbetrieb „Sendetechnik“ des ORF aufzunehmen. Die M\*\*\*\*\* war als Bestbieterin aus einem Bieterprozess hervorgegangen, den der ORF als Alleingesellschafter der ORS im Hinblick auf die Veräußerung von Anteilen an dieser Gesellschaft durchgeführt hatte.

Nach der geplanten Gestaltung der Gesellschaftsverträge soll der M\*\*\*\*\* (als Kommanditistin) ein mitbeherrschender Einfluss auf die Geschäftsführung der ORS zukommen (ON 1, Seite 9; \*\*\*\*\*. Die ORS hat derzeit zwei vom ORF bestellte Geschäftsführer \*\*\*\*\* Es soll kein weiterer, etwa von der M\*\*\*\*\* nominiert, bestellt werden (künftigen Geschäftsführerbestellungen soll die M\*\*\*\*\* aber - begründet - widersprechen können, Punkt 5.5 der Beilage./O).

II) Hintergrund des Zusammenschlussvorhabens:römisch II) Hintergrund des Zusammenschlussvorhabens:

Der angemeldete Zusammenschluss ist vor dem Hintergrund der Digitalisierung des terrestrischen Rundfunks in Österreich zu sehen (vgl dazu XII).Der angemeldete Zusammenschluss ist vor dem Hintergrund der Digitalisierung des terrestrischen Rundfunks in Österreich zu sehen vergleiche dazu römisch XII).

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat 2003 ein Digitalisierungskonzept zur Einführung von „Digital Video Broadcasting“ („DVB-T“) erstellt und veröffentlicht. Auf der Basis dieses Digitalisierungskonzeptes hat sie eine terrestrische Multiplex-Zulassung im Umfang von 2 regionalisierbaren Bedeckungen, von denen eine als Versorgungsziel eine flächendeckende Versorgung Österreichs anzustreben hat, ausgeschrieben. Bis zum Ende der Antragsfrist (1.9.2005) hat lediglich die ORS einen Zulassungsantrag eingebracht. Die KommAustria prüft derzeit, ob bei der Antragstellerin die technischen, finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen für den Betrieb der Plattform im Sinne des Gesetzes gegeben sind. Nach dem derzeitigen Verfahrensstand ist mit einer positiven Entscheidung über den Zulassungsantrag um den Jahreswechsel zu rechnen. Zu erwarten ist, dass die Zulassung an Auflagen gebunden wird, auf die im Folgenden noch näher einzugehen sein wird (Stellungnahme ON 21, Mag. Ogris ON 31).

Die Anmelderinnen brachten vor, dass die Veräußerung von Geschäftsanteilen der ORS an einen wirtschaftlich starken Partner die finanzielle Struktur der ORS im Hinblick auf den gestellten Zulassungsantrag stärken soll (ON 1).

III) Beteiligte Unternehmen und deren Umsätze:römisch III) Beteiligte Unternehmen und deren Umsätze:

Der Konzernumsatz von M\*\*\*\*\* belief sich im Geschäftsjahr 2002/2003 auf EUR \*\*\*\*\*. Diese Umsatzerlöse wurden fast ausschließlich im Inland erzielt. Das Stammkapital der M\*\*\*\*\* wird von folgenden Unternehmen gehalten \*\*\*\*\*

Die M\*\*\*\*\* hält direkt und indirekt Beteiligungen an Unternehmen, die im Bereich der Außenwerbung sowie im Printmedien-, Hörfunk- und Privatfernsehbereich tätig sind. Die Beteiligungen der M\*\*\*\*\* sind im Einzelnen aus den Anlagen I und II ersichtlich (Beil./D). Hervorzuheben sind die mittelbare Beteiligung an der E\*\*\*\*\* (50 %), die ihrerseits

wieder sämtliche Anteile an mehreren im Bereich der Außenwerbung tätigen Unternehmen hält \*\*\*\*\* die mittelbare und unmittelbare (Mehrheits)Beteiligung an der Printmedienbeteiligungs-Gesellschaft m.b.H., die wiederum \*\*\*\*\* % der Anteile an der KURIER Zeitungsverlag und Druckereigesellschaft m.b.H. („KURIER“) hält. Letztere ist Alleingesellschafterin der \*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*-Radio ist das einzige österreichweit verbreitete Privatradios (BWB, Beilage ./2). Die M\*\*\*\*\* hält direkt und indirekt Beteiligungen an Unternehmen, die im Bereich der Außenwerbung sowie im Printmedien-, Hörfunk- und Privatfernsehbereich tätig sind. Die Beteiligungen der M\*\*\*\*\* sind im Einzelnen aus den Anlagen römisch eins und römisch II ersichtlich (Beil./D). Hervorzuheben sind die mittelbare Beteiligung an der E\*\*\*\*\* (50 %), die ihrerseits wieder sämtliche Anteile an mehreren im Bereich der Außenwerbung tätigen Unternehmen hält \*\*\*\*\* die mittelbare und unmittelbare (Mehrheits)Beteiligung an der Printmedienbeteiligungs-Gesellschaft m.b.H., die wiederum \*\*\*\*\* % der Anteile an der KURIER Zeitungsverlag und Druckereigesellschaft m.b.H. („KURIER“) hält. Letztere ist Alleingesellschafterin der \*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*-Radio ist das einzige österreichweit verbreitete Privatradios (BWB, Beilage ./2).

Eine unmittelbare Beteiligung der M\*\*\*\*\* im Ausmaß von 33,34 % besteht an der S\*\*\*\*\* mit Sitz in Wien, die seit 1988 über eine Zulassung zur Veranstaltung von Satellitenfernsehen in Österreich verfügt und nach dem aktuellen Zulassungsbescheid ein Fensterprogramm im Umfang von 360 Minuten täglich im Rahmen des Programms von SAT.1 Deutschland ausstrahlt (KommAustria ON 21).

Die ORS ist ein Unternehmen der ORF-Gruppe. Der ORF ist Kommanditist der ORS und Alleingesellschafter deren Komplementärin (Beilagen ./G und F). Der ORF ist nach dem ORF-G als Stiftung öffentlichen Rechts eingerichtet. Sein Unternehmensgegenstand ist in erster Linie die Veranstaltung von Rundfunk zur Erfüllung seiner gesetzlichen (Versorgungs-, Programm- und Sonder-) Aufträge (§§ 1 bis 5 ORF-G). Der ORF erzielte im Geschäftsjahr 2004 Gesamtumsätze im Ausmaß von EUR \*\*\*\*\*, davon rund EUR \*\*\*\*\* Mio in Österreich. Auf den der ORS übertragenen Teilbetrieb „Sendetechnik“ entfiel ein Gesamtumsatz von weltweit rund EUR \*\*\*\*\*, wovon rund EUR \*\*\*\*\* in Österreich erwirtschaftet werden. Die ORS ist ein Unternehmen der ORF-Gruppe. Der ORF ist Kommanditist der ORS und Alleingesellschafter deren Komplementärin (Beilagen ./G und F). Der ORF ist nach dem ORF-G als Stiftung öffentlichen Rechts eingerichtet. Sein Unternehmensgegenstand ist in erster Linie die Veranstaltung von Rundfunk zur Erfüllung seiner gesetzlichen (Versorgungs-, Programm- und Sonder-) Aufträge (Paragraphen eins bis 5 ORF-G). Der ORF erzielte im Geschäftsjahr 2004 Gesamtumsätze im Ausmaß von EUR \*\*\*\*\*, davon rund EUR \*\*\*\*\* Mio in Österreich. Auf den der ORS übertragenen Teilbetrieb „Sendetechnik“ entfiel ein Gesamtumsatz von weltweit rund EUR \*\*\*\*\*, wovon rund EUR \*\*\*\*\* in Österreich erwirtschaftet werden.

Eine Übersicht über die Beteiligungsunternehmen des ORF ist als Anlage III angeschlossen (ON 1; Beilage./C). Eine Übersicht über die Beteiligungsunternehmen des ORF ist als Anlage römisch III angeschlossen (ON 1; Beilage./C).

IV) Prüfungsantrag des Bundeskartellanwalts: römisch IV) Prüfungsantrag des Bundeskartellanwalts:

Der Bundeskartellanwalt (BKartA) beantragte die Prüfung des angemeldeten Zusammenschlusses. Er teilte die von der Bundeswettbewerbsbehörde geäußerten Bedenken im Hinblick auf eine Beeinträchtigung der Medienvielfalt. Bei bekannten und stabilen Märkten seien Prognoseentscheidungen leichter zu treffen als bei jungen sich dynamisch entwickelnden Märkten. Gerade um ein solches völlig neuartiges Marktumfeld handle es sich im vorliegenden Fall. Die Umstellung des Rundfunks auf digitale Technologie biete ungeahnte, nicht absehbare Möglichkeiten.

Der von den Anmelderinnen aufgezeigte „technokratische Finanzaspekt“ greife zu kurz. In der Medicur sei die „geballte Medienkompetenz“ der R\*\*\*\*\*-Gruppe gebündelt. Diese Gruppe sei in einer Vielzahl von Printmedienmärkten in Österreich klar marktbeherrschend (Tageszeitungen: \*\*\*\*\* Magazine: \*\*\*\*\*), darüber hinaus aber als Privatradiobetreiber auch Konkurrent des ORF.

Der Zugang zu digitaler Infrastruktur eröffne der R\*\*\*\*\*-Gruppe ein ganzes Spektrum neuer medialer Möglichkeiten, sowohl im Werbe- als auch im „Content-Bereich“. Es sei davon auszugehen, dass schon durch den bloßen gemeinsamen Betrieb bereits bestehende marktbeherrschende Stellungen verstärkt würden, zumal sich Marktbeherrscher des Printmediensektors und des Fernseh-/Hörfunkbereichs in einem wichtigen zukunftsträchtigen Sektor zusammentäten und dies allenfalls nur ein „erster Schritt“ für weiteres gemeinsames Vorgehen sei. Ein zusätzlicher Aspekt sei es, dass es mit dem Zusammenschluss erstmals zu einer ausgeprägten Verschränkung des öffentlich-rechtlichen (Rundfunk)Bereichs mit einem privaten marktführenden Medienunternehmen komme.

Daneben erzielle R\*\*\*\*\* mit Unternehmensbeteiligungen auch Werbeumsätze (Außenwerbung, Hörfunk, Gratisblätter und Fachzeitschriften). Der ORF verfüge auf dem TV-Werbemarkt über einen Marktanteil von \*\*\*\*\* %. Der Zusammenschluss verschaffe den beiden Unternehmen die Möglichkeit auf den verschiedenen

Werbemarkten durch Kombi- oder Pauschalangebote zu verbinden. Hierdurch könnte die Marktbeherrschung aller Unternehmen, an denen R\*\*\*\*\* beteiligt sei, sowie auch die Stellung des ORF am Fernsehwerbemarkt weiter verstärkt und gegen den Wettbewerb kleinerer nicht vertikal integrierter Wettbewerber abgeschottet werden. Der Inhaber einer Multiplex-Zulassung verfüge über eine Infrastruktur, der der Charakter einer „essential facility“ zukomme.

Wettbewerbsrechtliche Probleme ergäben sich, wenn der Multiplex-Betreiber in anderen Geschäftsbereichen vertikal integriert sei. Dies betreffe die Bereiche „interaktive Zusatzdienste“, Hörfunk und allfällige bisher noch nicht bekannte Geschäftsbereiche. Ausschluss oder Diskriminierung mit dem Effekt der Wettbewerbsverstärkung könne es im Hinblick auf die vom Multiplex-Betreiber angebotenen Dienste geben, wenn bestimmte Mediendienste (wie elektronische Zeitschriftenverteilung) nur den mit R\*\*\*\*\* verbundenen Unternehmen erbracht oder konkurrierenden

Medienunternehmen nur zu diskriminierenden Preisen angeboten würden. Digitale Rundfunkausstrahlung setze den Betrieb einer „Programmplattform“ voraus. Klärungsbedürftig sei, ob die ORS auch diese Programmplattform betreiben werde. Der Programmplattform-Betreiber sei verantwortlich für die Zusammenstellung einer Mischung aus eigenen Angeboten (Rundfunkprogramm, elektronischer Programmführer, Mediendienste) und Angeboten Dritter.

V) Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde: römisch fünf) Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde: Die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB), die selbst keinen Prüfungsantrag gestellt hat, äußerte sich zusammengefasst dahingehend, dass der Zusammenschluss vor allem im Hinblick auf die geschäftlichen Möglichkeiten der ORS, die sich im Fall der Multiplex-Zulassung ergeben, sowie die Unternehmensbeteiligungen von Medicur zu beurteilen sei. Für die Verbreitung von Rundfunksignalen bestehe kein einheitlicher Markt. Aus der Sicht der Infrastruktur-Betreiber seien die einzelnen Verbreitungsarten für Rundfunksignale (Terrestrik, Kabel, Satellit) aus verschiedenen Gründen (Ausstattung der Haushalte, Kosten der Infrastruktur, „Lizenz“ für bestimmte Verbreitungsart) nicht austauschbar. Für öffentliche wie private Rundfunkveranstalter sei die Nutzung der terrestrischen Senderinfrastruktur der ORS unerlässlich, deren Vervielfachung auch am Mangel an geeigneten (weiteren) Standorten scheitere. Am Markt für die terrestrische (UKW-)Übertragung von Hörfunksignalen komme es infolge des Zusammenschlusses zu einer geringfügigen Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der ORS, weil zu den von der ORS betriebenen Sendeanlagen, die einen Marktanteil von mehr als \*\*\*\*\* % repräsentierten, \*\*\*\*\* Sendeanlagen von K\*\*\*\*\* dazukämen. Die MUX-Zulassung werde der ORS zusätzlich zu ihrer singulären Infrastruktur zwei singuläre Frequenzspektren verschaffen, welche bis zum Jahr 2011 voraussichtlich die einzigen Frequenzspektren für digitales (terrestrisches) Fernsehen sein würden. Damit werde die ORS erneut in eine Monopolstellung versetzt.

Es seien Vorkehrungen zur Verhinderung von Ausschließung und Diskriminierung zu treffen. Zu klären sei, ob und in welchem Umfang die ORS als Multiplex-Betreiber selbst Werbeplätze verkaufen werde können. Möglich wäre dies im Rahmen des elektronischen Programmführers (Navigators) oder auch in einem selbst zusammengestellten (Misch-)Programm. Prüfungsbedürftig seien auch „cross-mediale“ Verflechtungen. Österreichs Medienmärkte, insbesondere die Tages- und Wochenpresse, seien durch wenige marktmächtige Unternehmen charakterisiert. Eine besonders prominente Stellung nehme die M\*\*\*\*\* ein. Als Multiplexer erhalte die ORS zahlreiche Möglichkeiten, auch als Medienunternehmen aktiv gestaltend zu agieren. Multiplexe seien „Multimediaunternehmen“ mit besonders umfassenden medialen Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich des Rundfunks. Auf Grund der Medienkompetenz der Mütter der ORS, des ORF und der R\*\*\*\*-Gruppe, sei davon auszugehen, dass die (neuen) medialen Gestaltungsspielräume auch genutzt würden.

VI) Stellungnahme der KommAustria (§ 50 KartG): römisch VI) Stellungnahme der KommAustria (Paragraph 50, KartG):

Die KommAustria erstattete die Stellungnahme, dass es aus ihrer Sicht nicht ideal sei, wenn privaten Rundfunkveranstaltern der Zugang zu einem Verbreitungsweg wie der digitalen Multiplex-Plattform nur von einem vertikal integrierten, offenbar marktmächtigen Mitbewerber der Nachfrager angeboten werde. Eine Ausgliederung (der Infrastruktur) in eine vollständig im Eigentum des bisher integrierten Unternehmens (ORF) stehende Tochtergesellschaft (ORS) könne dabei nur ein erster Schritt sein. Nach der MUX-AG-V 2005 könnten im Fall einer direkten oder indirekten Beteiligung eines Rundfunkveranstalters an einem Antragsteller Vorkehrungen, die einen Einfluss dieses Rundfunkveranstalters auf die Auswahl der verbreiteten Programme ausschließen, einen Vorrang im Auswahlverfahren begründen. Da es im laufenden Zulassungsverfahren nur einen einzigen Antragsteller gebe, werde kein Auswahlverfahren durchzuführen sein. Ein meinungsvielfältiges Programm werde aber im Rahmen der Zulassung jedenfalls durch Auflagen sicherzustellen sein. Mit solchen Auflagen solle ein gewisser Ausgleich für eine nicht vollständige vertikale Desintegration geschaffen werden. Je pluraler die Eigentümerstruktur des Multiplex-Betreibers sei, desto weniger scharf stelle sich das Problem.

VII) Auflagenvorschlag der Anmelder:römisch VII) Auflagenvorschlag der Anmelder:

Unter Bedachtnahme auf die vorgetragenen Bedenken der Amtsparteien am Zusammenschluss erstatteten die Anmelderinnen zur Vermeidung einer Untersagung des Zusammenschlusses einen Auflagenvorschlag, über dessen letzte Fassung im Ergebnis auch das Einvernehmen mit den Amtsparteien gefunden wurde (ON 30).

VIII) Verfahrensergebnisse:römisch VIII) Verfahrensergebnisse:

Verfahrensergebnisse liegen vor in Form der von den Parteien vorgelegten Urkunden Beilagen ./A bis ./S (Anmelderinnen) und ./1 bis ./5 (BWB), den Angaben der Anmelderinnen in ON 1 (Anmeldung), 12 (Stellungnahme), 17 (Stellungnahme von \*\*\*\*\*, Geschäftsführer der Zweitammelderin), 13, 26 und 32 (Tagsatzungen), 25, 29, 30 (Auflagenvorschläge), der Stellungnahme der KommAustria als Regulierungsbehörde (ON 13) sowie deren Ergänzung durch den Behördenleiter \*\*\*\*\* (ON 21, ON 26 und ON 32). Aus diesen Verfahrensergebnissen ergab sich widerspruchsfrei der im Folgenden dargestellte Sachverhalt.

IX) Geschäftstätigkeit der ORS:römisch IX) Geschäftstätigkeit der ORS:

Der ORF hatte in der Vergangenheit ein gesetzliches Rundfunkmonopol. Ab Mitte der 90er Jahre wurde dieses Monopol durch Änderungen der Rechtslage schrittweise beseitigt. Seither wird die Etablierung kommerzieller Rundfunkveranstalter neben dem öffentlich-rechtlichen ORF medienpolitisch gefördert („duales Rundfunksystem“). In der Zeit seines Monopols hat der ORF zur Erfüllung seines gesetzlichen Versorgungsauftrages ein österreichweites Netz von Rundfunksendern errichtet und zur terrestrischen Verbreitung der von ihm gestalteten Programme eingesetzt. Dieses Sendernetz verblieb auch nach der Öffnung des Rundfunkmarktes weiterhin im Eigentum und in der Verfügungsgewalt des ORF.

Mit der Ausgliederung des Teilbetriebs "Sendetechnik" wurden der ORS das mit diesem Betrieb verbundene Anlagevermögen (Sendeeinrichtungen, Satelliten- Erdfunkstellen, Multiplex- und Verschlüsselungseinrichtungen, Betriebs- und Geschäftssausstattung, Kraftfahrzeuge und Superädifikate), der Kundenstamm des Teilbetriebs und die zum Teilbetrieb gehörenden Bewilligungen und Genehmigungen übertragen \*\*\*\*\*

Die ORS erbringt Service-Dienstleistungen im Bereich der Übertragung von Rundfunk- und Rundfunkzusatzdiensten. Die Veranstaltung von Rundfunk ist in der Geschäftsplanung der ORS (Businessplan bis 2011) nicht vorgesehen. Der ORS würde es dafür auch an den betrieblichen Voraussetzungen fehlen. Ihr Unternehmen verfügt nur über eine technische Ausstattung, technisches Personal und technisches Know-How (Schriftsatz ON 30, Mag. W\*\*\*\*\* ON 26). Eine Tätigkeit als Rundfunkveranstalter würde der Intention der vorgenommenen Ausgliederung der Sendeanlagen des ORF zuwiderlaufen; mit dieser sollte eine saubere und vollständige Trennung von „Infrastruktur“ und „Content“ erreicht werden (ON 12; Mag. W\*\*\*\*\* ON 26). Für die terrestrische Verbreitung von Rundfunk-signalen steht der ORS ein flächendeckendes terrestrisches Sendernetz mit rund 1800 Sendern an rund 480 Sendestandorten zur Verfügung.

Die Dienstleistung der terrestrischen Übertragung von TV-Signalen und UKW-Übertragung von Hörfunksignalen über das eigene Sendernetz ist der bedeutendste Geschäftsbereich der ORS. Das Sendernetz soll künftig auch die Basis für die digitale Programmverbreitung bilden. Im Rahmen von Co-Location-Vereinbarungen stellt die ORS einen Teil der Außenflächen der Sendemasten für die Anbringung von Mobilfunkantennen und anderen Funksendern (zB Polizeifunk) gegen Entgelt zur Verfügung. Daneben unterhält die ORS auch noch den Geschäftsbereich der Rundfunkübertragung über Satellit, der sich in die Bereiche Fernsehen (einschließlich der Übertragung programmbegleitender Zusatzzdienste wie Sendetitel, Sendungsdauer, Startzeit), Hörfunk (Angebot von 15 Radiokanälen) sowie Ver- und Entschlüsselungssysteme zur Verbreitung und zum Empfang von Satellitensignalen (samt Bereitstellung von Decodern und Smart-Cards und Abwicklung der Zugangskontrolle) unterteilt.

X) Marktabgrenzung im Bereich der Übertragung von Rundfunksignalen:römisch zehn) Marktabgrenzung im Bereich der Übertragung von Rundfunksignalen:

Der Bedarf eines Rundfunkveranstalters ist auf eine Point-to-multipoint-Übertragung seiner Signale gerichtet. Dabei wird er jenen Verbreitungsweg wählen, mit dem er die meisten Hörer/Seher in der gewünschten Qualität und zu einem angemessenen Preis erreichen kann.

Gegenwärtig können die Rundfunkveranstalter zwischen Terrestrik, Satellit und Kabelübertragung wählen. In allen drei Bereichen (in der Terrestrik erst mit Inbetriebnahme der Multiplex-Plattform) stehen wiederum eine analoge und eine digitale Übertragung zur Auswahl. In nächster Zukunft kommen weitere Übertragungskanäle dazu wie Breitband-TV (IP-

TV) über Telekommunikationsnetze und Rundfunk via UMTS. Ganz neue Übertragungstechnologien sind „MBMS“ (Nachfolge von UMTS, ab 2006), MediaFLO und WiMax (ON 17).

Jeder einzelne Verbreitungsweg hat seine besonderen Vor- und Nachteile, bei Übertragung via Terrestrik, Satellit und Kabel handelt sich um kein homogenes Produkt:

Die Satellitenausstrahlung hat den Vorteil einer sehr großen Programmanzahl und (zumindest bei einer internationalen Verbreitung von Rundfunksignalen) von geringen Kosten pro erreichtem Haushalt. Der Nachteil der Satellitenübertragung liegt in der Notwendigkeit, bei regional beschränkten Senderechten eine Verschlüsselung vorzunehmen.

Der Vorteil der Kabelübertragung ist die Leistungsstärke. Als derzeit einziger Übertragungsweg verfügt das Kabel auch über einen eigenen Rückkanal und damit über die Möglichkeit, ohne Kooperation mit Dritten interaktive Dienste anzubieten. Der Nachteil des Kabels ist die unzureichende Flächendeckung außerhalb der Ballungsgebiete. Der Vorteil der Terrestrik schließlich liegt in der Mobilität, in der Möglichkeit zum ortsungebundenen Fernsehen (etwa im Auto). Der Nachteil sind die relativ hohen Kosten zumindest dann, wenn Flächendeckung angestrebt wird.

Derzeit (Stand Ende 2004) stellt sich die Empfangssituation der österreichischen Haushalte so dar, dass 14 % der Haushalte über einen analogen terrestrischen Empfang verfügen, 16 % über einen digitalen Satellitenempfang, 36 % über einen analogen Kabelempfang, 2 % über einen digitalen Kabelempfang und 32 % über einen analogen Satellitenempfang. Jene Haushalte, die ihr Fernsehsignal analog über Satellit empfangen, sind beim Empfang der Programme des ORF und von ATV derzeit auf die Terrestrik angewiesen. Beide Unternehmen haben auf die kostenintensive analoge verschlüsselte Satellitenabstrahlung ihrer TV-Programme verzichtet, beide verfügen in der Regel nur über regional beschränkte Senderechte.

Das Segment der Haushalte, die über einen analogen Satellitenempfang verfügen, schrumpft ständig. Diese Seher wechseln sukzessive zur digitalen Satellitenempfangstechnik, über die auch die Programme von ORF und ATV zu empfangen sind. Das Segment ausschließlich terrestrisch empfangender Haushalte schrumpft ebenfalls auf Grund des zunehmenden Wechsels auf digitalen Satellitenempfang. \*\*\*\*\*

Von den Sendeanlagen der ORS ausgesendete Signale sind im Wesentlichen nur in Österreich und Südtirol sowie in grenznahen Gebieten außerhalb Österreichs zu empfangen. Sie sind demnach lediglich für Nachfrager, die TV- und Hörfunkprogramme in Österreich anbieten, von Interesse. Die ORS verfügt ausschließlich über Signallieferungsverträge mit inländischen Programmveranstaltern. Die Abstrahlung eines Satelliten lässt sich technisch nicht auf einen Nationalstaat begrenzen. Bei der Verbreitung von Rundfunksignalen via Satellit beschränkt sich die Nachfrage daher auch nicht auf Nationalstaaten. Aus der Sicht der nachfragenden Programmanbieter liegt der primäre wirtschaftliche Verwendungszweck dieser Übertragungsleistung im Erzielen einer möglichst großen Reichweite. Es kommen daher in diesem Bereich im Wesentlichen alle Satelliten, deren Ausstrahlungsgebiet Europa abdeckt, zur Deckung der Nachfrage nach Übertragungsleistungen in Betracht. Der relevante Markt erfasst daher diesbezüglich den EWR-Raum (ON 1).

XI) Märkte der analog-terrestrischen Übertragung von TV- und Hörfunksignalen  
romisch XI) Märkte der analog-terrestrischen Übertragung von TV- und Hörfunksignalen:

In Österreich tätige Rundfunkveranstalter können, um ihre Rundfunksignale terrestrisch übertragen zu lassen, selbst Sendeanlagen errichten oder aber Sendeanlagen anderer Unternehmen mieten. Während der ORF seine Fernseh- und Hörfunkprogramme ausschließlich über die Infrastruktur der ORS verbreitet, nutzen private TV- und Hörfunkveranstalter sowohl gemietete als auch eigene Sendeanlagen.

Im Bereich der Übertragung von Fernsehsignalen verfügt die ORS über \*\*\*\*\* der insgesamt \*\*\*\*\* Sendeanlagen. \*\*\*\*\* davon sind vom ORF angemietet. Die übrigen Marktteilnehmer verfügen über insgesamt \*\*\*\*\* eigene Sendeanlagen. \*\*\*\*\*Horizontale oder vertikale Überschneidungen bestehen in diesem Bereich nicht. Kein Unternehmen der M\*\*\*\*\*-Gruppe verfügt selbst über Sendeanlagen für Fernsehsignale oder mietet solche von der ORS oder einem Wettbewerber an.

Im Bereich der terrestrischen UKW-Übertragung von Hörfunksignalen verfügt die ORS über \*\*\*\*\* der insgesamt \*\*\*\*\* österreichischen Sendeanlagen. \*\*\*\*\* Anlagen davon sind vom ORF gemietet. Die übrigen \*\*\*\*\* Sendeanlagen, die nicht im Eigentum der ORS stehen, teilen sich auf private Hörfunkveranstalter (wie Antenne Salzburg, Antenne Tirol,

Antenne Steiermark und Life Radio) auf. Die M\*\*\*\*\* verfügt selbst über keine Sendeanlagen zur UKW-Übertragung von Hörfunksignalen. Lediglich die K\*\*\*\*\* Radio strahlt ihr Rundfunkprogramm von insgesamt \*\*\*\*\* eigenen und \*\*\*\*\* von der ORS gemieteten Sendeanlagen aus. Anders als die ORS bietet K\*\*\*\*\* aber Dritten keine Dienste der Übertragung von Rundfunksignalen an. Die \*\*\*\*\* eigenen Sendeanlagen werden ausschließlich für den Eigenbedarf verwendet. Von den insgesamt \*\*\*\*\* Radiosendeanlagen, die derzeit für den privaten Rundfunk in Österreich betrieben werden, sind lediglich \*\*\*\*\* von der ORS angemietet. Dieses Verhältnis zeigt, in welch geringem Umfang die Privatradios auf die Sendeanlagen der ORS angewiesen sind (ON 12). XII) Märkte der digital-terrestrischen Übertragung von Rundfunksignalen (Multiplexing): Im Bereich der terrestrischen UKW-Übertragung von Hörfunksignalen verfügt die ORS über \*\*\*\*\* der insgesamt \*\*\*\*\* österreichischen Sendeanlagen. \*\*\*\*\* Anlagen davon sind vom ORF gemietet. Die übrigen \*\*\*\*\* Sendeanlagen, die nicht im Eigentum der ORS stehen, teilen sich auf private Hörfunkveranstalter (wie Antenne Salzburg, Antenne Tirol, Antenne Steiermark und Life Radio) auf. Die M\*\*\*\*\* verfügt selbst über keine Sendeanlagen zur UKW-Übertragung von Hörfunksignalen. Lediglich die K\*\*\*\*\* Radio strahlt ihr Rundfunkprogramm von insgesamt \*\*\*\*\* eigenen und \*\*\*\*\* von der ORS gemieteten Sendeanlagen aus. Anders als die ORS bietet K\*\*\*\*\* aber Dritten keine Dienste der Übertragung von Rundfunksignalen an. Die \*\*\*\*\* eigenen Sendeanlagen werden ausschließlich für den Eigenbedarf verwendet. Von den insgesamt \*\*\*\*\* Radiosendeanlagen, die derzeit für den privaten Rundfunk in Österreich betrieben werden, sind lediglich \*\*\*\*\* von der ORS angemietet. Dieses Verhältnis zeigt, in welch geringem Umfang die Privatradios auf die Sendeanlagen der ORS angewiesen sind (ON 12). römisch XII) Märkte der digital-terrestrischen Übertragung von Rundfunksignalen (Multiplexing):

Diese Märkte sind erst im Entstehen begriffen. Der Betrieb einer Multiplex-Plattform setzt eine Zulassung durch die Regulierungsbehörde (KommAustria) voraus. Eine Zulassung darf - nach erfolgter Ausschreibung - nur einem Antragsteller erteilt werden, der glaubhaft gemacht hat, dass er die technischen, finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen für die kontinuierliche Verbreitung der digitalen Programme und Zusatzdienste erfüllt. Die Zulassung ist für die Dauer von 10 Jahren zu erteilen (§§ 23 bis 25 PrTV-G). Die Technik des „Multiplexing“ umfasst die Zusammenführung der vorhandenen Video-, Audio- und Applikationsdaten, nötigenfalls deren Digitalisierung und schließlich deren Komprimierung. Die Digitalisierung fördert auch die Bildqualität und schafft erstmals im Bereich terrestrischer Rundfunkausstrahlung die Möglichkeit interaktiver Zusatzdienste. Von der Rundfunkverbreitung via Kabel und Satellit unterscheidet sich, wie erwähnt, die digitale terrestrische Rundfunkausstrahlung auch durch die Möglichkeit mobilen Empfangs (mittels tragbarer Fernsehgeräte, Mobiltelefone oder Laptops). Der MUX-Betreiber ist als solcher kein Programmveranstalter. Er ist nicht (notwendig) mit der inhaltlichen Gestaltung eines Mediums befasst. Vielmehr stellt er den Rundfunkveranstaltern nur ein Frequenzspektrum zur Verbreitung ihrer Signale zur Verfügung. Dies gilt auch für (interaktive) Zusatzdienste. Auch solche Zusatzdienste (zB Votings oder Wettangebote) werden nicht vom MUX-Betreiber erstellt, sondern vom jeweiligen Rundfunkveranstalter, der auch für den entsprechenden Rückkanal (etwa über Mobilfunk) selbst Sorge tragen muss. Diese Märkte sind erst im Entstehen begriffen. Der Betrieb einer Multiplex-Plattform setzt eine Zulassung durch die Regulierungsbehörde (KommAustria) voraus. Eine Zulassung darf - nach erfolgter Ausschreibung - nur einem Antragsteller erteilt werden, der glaubhaft gemacht hat, dass er die technischen, finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen für die kontinuierliche Verbreitung der digitalen Programme und Zusatzdienste erfüllt. Die Zulassung ist für die Dauer von 10 Jahren zu erteilen (Paragraphen 23 bis 25 PrTV-G). Die Technik des „Multiplexing“ umfasst die Zusammenführung der vorhandenen Video-, Audio- und Applikationsdaten, nötigenfalls deren Digitalisierung und schließlich deren Komprimierung. Die Digitalisierung fördert auch die Bildqualität und schafft erstmals im Bereich terrestrischer Rundfunkausstrahlung die Möglichkeit interaktiver Zusatzdienste. Von der Rundfunkverbreitung via Kabel und Satellit unterscheidet sich, wie erwähnt, die digitale terrestrische Rundfunkausstrahlung auch durch die Möglichkeit mobilen Empfangs (mittels tragbarer Fernsehgeräte, Mobiltelefone oder Laptops). Der MUX-Betreiber ist als solcher kein Programmveranstalter. Er ist nicht (notwendig) mit der inhaltlichen Gestaltung eines Mediums befasst. Vielmehr stellt er den Rundfunkveranstaltern nur ein Frequenzspektrum zur Verbreitung ihrer Signale zur Verfügung. Dies gilt auch für (interaktive) Zusatzdienste. Auch solche Zusatzdienste (zB Votings oder Wettangebote) werden nicht vom MUX-Betreiber erstellt, sondern vom jeweiligen Rundfunkveranstalter, der auch für den entsprechenden Rückkanal (etwa über Mobilfunk) selbst Sorge tragen muss.

Bei seiner Tätigkeit hat sich der künftige MUX-Betreiber in einem noch darzustellenden regulatorischen Rahmen zu bewegen. Ihm sind zunächst „Must-carry“-Programme (ORF 1, ORF 2 sowie ATV+) vorgegeben, die nach der offenen Ausschreibung auf ein- und derselben Multiplex-Bedeckung zu verbreiten sind. Die gesetzlichen Vorgaben, die bei der

Vergabe nur einer Frequenzkette (Bedeckung) auf einen Kontrahierungszwang des Multiplex-Betreibers ohne weitere Spielräume hinausgelaufen wäre, hat die KommAustria veranlasst, zeitgleich 2 Bedeckungen auszuschreiben, sodass in der Programmauswahl, aber auch im Datenratenverhältnis von Programmen (TV/Radio) und Zusatzdiensten und in der technologischen Auswahl (etwa beim Angebot von DVB-H in der zweiten Bedeckung) gewisse unternehmerische Möglichkeiten zur Schwerpunktsetzung bestehen. Damit sollte die Erfolgswahrscheinlichkeit der Einführung von DVB-T gesteigert werden. Der dadurch geschaffene Spielraum in der Programmauswahl soll aber mit Auflagen im Zulassungsbescheid noch erheblich eingeschränkt werden (ON 21).

Mindestens eine der Bedeckungen hat eine flächendeckende Versorgung von mehr als 90 % des Bundesgebietes sicherzustellen. Die zweite Bedeckung ist vorerst auf Ballungsräume konzentriert. Vor der Abschaltung analog genutzter Frequenzen ist der Ausbau der zweiten Bedeckung nicht in ganz Österreich realisierbar.

Der Zeitplan für die Einführung der Digitalisierung in Österreich sieht eine „Simulcast-Phase“ vor. Während dieser erfolgt die digitale Ausstrahlung über eine Multiplex-Plattform. Zeitgleich wird die analoge Übertragung fortgesetzt. Bis 2010 sollen alle analogen Frequenzen abgeschaltet werden („Analog/ue-Turn-Off“, ATO). Danach werden etwa 5 bis 6 österreichweite Bedeckungen für digitales Fernsehen möglich sein, die von der KommAustria auszuschreiben sein werden. Damit wird sich die Wettbewerbssituation grundlegend ändern (ON 17, 21 und Beilage./5).

In den Gesellschaftsvertragsentwürfen der ORS und der ORS-GmbH sind besondere Unabhängigkeitsgarantien für die Geschäftsführung der ORS enthalten. Nach Punkt 5.3 des GmbH-Vertrages unterliegen die Geschäftsführer der ORS-GmbH bei der Auswahl der über die MUX-Plattform verbreiteten Rundfunkprogramme und bei damit im Zusammenhang stehenden Geschäfte keinen Weisungen der Gesellschafter. Im Bereich dieser Ausnahme vom Weisungsrecht der Gesellschafter bestehen auch keine allfälligen Zustimmungspflichten durch den Aufsichtsrat und keine allfälligen Zustimmungs- oder Weisungsrechte des Aufsichtsrates. Entsprechend dazu hält Punkt 7.4 des KG-Vertrages fest, dass im Fall der erfolgreichen Bewerbung um die MUX-Zulassung hinsichtlich der Auswahl der über die MUX-Plattform verbreiteten Rundfunkprogramme und damit im Zusammenhang stehenden Geschäfte jegliches Zustimmungs-, Weisungs- und allfälliges Widerspruchsrecht der Kommanditisten entfällt (Beilagen./N und ./O).

\*\*\*\*\*

Auf Grund der derzeitigen Marktgegebenheiten ist davon auszugehen, dass auf absehbare Zeit hin analoge Rundfunkzulassungen nach den Bestimmungen des PrR-G erteilt werden und die stark fragmentierte Marktstruktur unverändert bleiben wird. Die Möglichkeit der Erlangung einer bundesweiten einheitlichen Zulassung, sofern ein Antragsteller bestehende Zulassungen mit einer Versorgung von mindestens 60 % der österreichischen Bevölkerung auf sich vereinen kann, besteht unabhängig von der Digitalisierung (KommAustria ON 21). An der Kapazitätssituation auf der MUX-Plattform wird sich in den nächsten 5 bis 10 Jahren technisch nichts ändern. Die ORS würde zur Komprimierung des Datenstroms zunächst dem MPEG 2-Standard folgen, der international vorgegeben ist, weil alle am Markt erhältlichen Empfangsgeräte nur diesen Standard bedienen. Eine stärkere Komprimierung wäre mit dem MPEG 4-Standard möglich, allerdings nur im Gleichklang mit den Nachbarstaaten Österreichs. Dieser Umstieg ist in naher Zukunft nicht zu erwarten. Ein wesentlicher Grund dafür ist, dass die Einführung des neuen Standards einen Gerätetausch bei den Sehern (Hörern) erfordern würde, der nicht so rasch zumutbar ist. Die Digitalisierung des Rundfunks erfordert auch Konsumenteninvestitionen in Form der Anschaffung von Receichern. Ein signifikantes Wettbewerbsrisiko für die Digital-Terrestrik besteht darin, dass Seher (Hörer), die bisher nur analog-terrestrisch und/oder nach dem MPEG 2-Standard empfangen haben, anlässlich einer Geräteanschaffung gleich die Plattform wechseln, also etwa Satellitenempfang (mit einer ungleich größeren Programmvielfalt) einrichten.

XIII) Verbreitung individuell abrufbarer Inhalte über DVB-T („Video on Demand“; „elektronische Zeitung“): Durch die mit der Digitalisierung einhergehende Steigerung der Übertragungskapazitäten der Netze verschwindet die Unterscheidung zwischen Rundfunk und Telekommunikation aus der Sicht des Konsumenten zusehends. Beispielsweise können Spielfilme und Informationsangebote, die bisher nur über linearen Rundfunk angeboten werden, auch auf Abruf über Telekommunikationsnetze zur Verfügung gestellt werden. Auf Grund dieser „Konvergenz der Netze“ unterscheidet das Telekommunikationsgesetz 2003 nicht mehr zwischen Rundfunk- und Telekommunikationsnetzen, sondern spricht nur noch von „elektronischen Kommunikationsnetzen“. Vor diesem Hintergrund intensiviert sich der Wettbewerb der elektronischen Kommunikationsnetze um die Übertragung von Inhalten. Die Entscheidung der Content-Inhaber, welche Plattform letztlich für die Verbreitung ihrer Angebote genutzt

werden soll, richtet sich nach den Kosten pro tatsächlich erreichtem Nutzer und dem jeweiligen Geschäftsmodell (werbefinanziert oder kostenpflichtig). Ein DVB-T-Netz erzielt seine größte wirtschaftliche Effizienz, wenn ein lineares Programm zur gleichzeitigen Konsumation durch eine große Anzahl von Nutzern verbreitet werden soll, weil sich dann die Fixkosten der Verbreitung auf viele Nutzer verteilen. Angebote, die den individuellen und damit nicht zwingend gleichzeitigen Abruf von Inhalten zum Gegenstand haben, können über IP-Dienste (Internet) mit entsprechender Push- und Speichertechnologie kostengünstiger verbreitet werden. Ein individueller Abruf von Inhalten ist etwa für Zeitungsleser typisch. Nicht jeder Leser interessiert sich für Politik, Kultur, Sport und Wirtschaft gleichermaßen. Der Rezipient will jene Inhalte abrufen, die ihn besonders interessieren. Dasselbe gilt für die Dienstleistung „Video on Demand“.

römisch XIII) Verbreitung individuell abrufbarer Inhalte über DVB-T („Video on Demand“; „elektronische Zeitung“): Durch die mit der Digitalisierung einhergehende Steigerung der Übertragungskapazitäten der Netze verschwimmt die Unterscheidung zwischen Rundfunk und Telekommunikation aus der Sicht des Konsumenten zusehends. Beispielsweise können Spielfilme und Informationsangebote, die bisher nur über linearen Rundfunk angeboten werden, auch auf Abruf über Telekommunikationsnetze zur Verfügung gestellt werden. Auf Grund dieser „Konvergenz der Netze“ unterscheidet das Telekommunikationsgesetz 2003 nicht mehr zwischen Rundfunk- und Telekommunikationsnetzen, sondern spricht nur noch von „elektronischen Kommunikationsnetzen“. Vor diesem Hintergrund intensiviert sich der Wettbewerb der elektronischen Kommunikationsnetze um die Übertragung von Inhalten. Die Entscheidung der Content-Inhaber, welche Plattform letztlich für die Verbreitung ihrer Angebote genutzt werden soll, richtet sich nach den Kosten pro tatsächlich erreichtem Nutzer und dem jeweiligen Geschäftsmodell (werbefinanziert oder kostenpflichtig). Ein DVB-T-Netz erzielt seine größte wirtschaftliche Effizienz, wenn ein lineares Programm zur gleichzeitigen Konsumation durch eine große Anzahl von Nutzern verbreitet werden soll, weil sich dann die Fixkosten der Verbreitung auf viele Nutzer verteilen. Angebote, die den individuellen und damit nicht zwingend gleichzeitigen Abruf von Inhalten zum Gegenstand haben, können über IP-Dienste (Internet) mit entsprechender Push- und Speichertechnologie kostengünstiger verbreitet werden. Ein individueller Abruf von Inhalten ist etwa für Zeitungsleser typisch. Nicht jeder Leser interessiert sich für Politik, Kultur, Sport und Wirtschaft gleichermaßen. Der Rezipient will jene Inhalte abrufen, die ihn besonders interessieren. Dasselbe gilt für die Dienstleistung „Video on Demand“.

In beiden Fällen wäre die Verbreitung des Medieninhaltes über Rundfunk technisch möglich, aber unwirtschaftlich. Sie würde umfangreiche Datenkapazitäten in Anspruch nehmen. Diese Kapazitäten sind auf der ausgeschriebenen MUX-Plattform nicht verfügbar, sodass deren Nutzung für derartige Dienste derzeit praktisch auszuschließen ist. Mit einer „cross-medialen“ Nutzung von MUX-Plattformen ist frühestens nach dem ATO auf der Grundlage zusätzlich ausgeschriebener Bedeckungen denkbar. Eine künftig mögliche Verbreitung digitaler Zeitungen wird aller Voraussicht nach nicht über DVB-T stattfinden, sondern über IP-Dienste mit Push- und Speichertechnologien (ON 17; KommAustria ON 21).

XIV) Der elektronische Programmführer („Navigator“, „Electronic Program Guide“ oder „EPG“)

römisch XIV) Der elektronische Programmführer („Navigator“, „Electronic Program Guide“ oder „EPG“):

Das einzige inhaltliche Angebot, das der MUX-Betreiber erbringen kann und muss, ergibt sich aus § 25 Abs 2 Z 6 PrTV-G. Nach dieser Bestimmung sollen alle Programme und Zusatzdienste unter einem elektronischen Programmführer (Navigator) zu einem Gesamtangebot zusammengefasst werden, um dem Konsumenten eine bessere Orientierung zu bieten. Der Programmführer stellt - nach gesetzlicher Definition - kein Rundfunkprogramm, sondern einen Zusatzdienst (im Sinne des § 2 Z 10 PrTV-G) dar, der einer Anzeige an die Regulierungsbehörde bedarf § 29 PrTV-G. Er kann sowohl durch den MUX-Betreiber selbst als auch durch Programmveranstalter oder Dritte erstellt werden. Das einzige inhaltliche Angebot, das der MUX-Betreiber erbringen kann und muss, ergibt sich aus Paragraph 25, Absatz 2, Ziffer 6, PrTV-G. Nach dieser Bestimmung sollen alle Programme und Zusatzdienste unter einem elektronischen Programmführer (Navigator) zu einem Gesamtangebot zusammengefasst werden, um dem Konsumenten eine bessere Orientierung zu bieten. Der Programmführer stellt - nach gesetzlicher Definition - kein Rundfunkprogramm, sondern einen Zusatzdienst (im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 10, PrTV-G) dar, der einer Anzeige an die Regulierungsbehörde bedarf (Paragraph 29, PrTV-G). Er kann sowohl durch den MUX-Betreiber selbst als auch durch Programmveranstalter oder Dritte erstellt werden.

Die Gestaltung des EPG ist in verschiedenen Varianten denkbar. Diese gehen von einer nüchternen Auflistung der ausgestrahlten Sendungen bis zu einer aufwändigen Erstellung im Stil einer Programmzeitschrift mit zusätzlichen

redaktionellen Inhalten und/oder Werbung. Die Ausstrahlung von reinen Standbildern erfüllt nach Ansicht der KommAustria ebenso wenig den Rundfunkbegriff wie die Hinzunahme bewegter Bilder, etwa in Form von Video-Clips als Programmorschau, die nicht für alle Empfänger zugleich wahrnehmbar ausgestrahlt, sondern nur auf konkrete Auswahl hin abgespielt würden. Ein solcherart gestalteter EPG würde aber enorme Bandbreiten (Bitrate) für die sozusagen auf Vorrat erfolgende Übermittlung von Videosequenzen benötigen. Auf Grund der sehr beschränkten Bandbreite bei der terrestrischen Ausstrahlung ist eine Gestaltung des EPG in dieser Form nicht zu erwarten, bei der von der ORS geplanten Bitrate für den EPG \*\*\*\*\*aber jedenfalls ausgeschlossen.

Die Gestaltung des EPG erlaubt auch die Einfügung von Werbung, beispielsweise als „Banner“, wie aus dem Teletext- und Internetangebot bekannt. Damit könnte auch ein direkter Zugang zu einem ausgestrahlten Zusatzdienst des beworbenen Unternehmens ermöglicht werden.

Dem Betreiber einer Multiplex-Plattform steht als Werbeträger nur der EPG zur Verfügung. Um darüber hinaus auf dem Werbemarkt tätig zu werden, müsste er ein eigenes Rundfunkprogramm veranstalten (KommAustria ON 21).

Die ORS plant die Einführung eines neutralen EPG, der dem gesetzlichen Gleichbehandlungsgebot entspricht. Der Inhalt des EPG wird sich auch auf Grund der knappen Datenkapazitäten auf die Information des TV-Konsumenten über das Programmangebot fokussieren. Die Programminformationen werden von den Rundfunkveranstaltern mitgeliefert und in einem „Content-Management-System“ automatisch verarbeitet werden. Eine zusätzliche redaktionelle Aufbereitung soll nicht stattfinden (ON 17).

XV) Markt für „Co-Location“ („Site Sharing“) römisch XV) Markt für „Co-Location“ („Site Sharing“):

Unter „Co-Location“ oder „Site Sharing“ versteht man Vereinbarungen zwischen 2 oder mehreren Betreibern von Sendeantennen, ihre Basisstationsantennen auf derselben Struktur - zB am selben Mast oder am selben Gebäude - zu errichten. Nachfrager auf diesem Markt sind vor allem die 5 Betreiber öffentlicher Mobilfunknetze in Österreich (Mobilkom Austria; T-Mobile; ONE, tele.ring; Hutchinson 3G), darüber hinaus aber auch die sogenannten Blaulichtdienste (Digitalfunk BOS Austria) und die Funknetze von Energieversorgern, Straßenverwaltungen sowie eine große Anzahl kleinerer Funknetze (zB Taxifunk). Allein mit Rücksicht auf die Anzahl der in Österreich errichteten

4.666 Mobilfunkantennenntragemasten (Stand April 2005) nimmt die ORS mit ihren etwa 480 Standorten keine überragende Stellung auf dem Markt für Co-Location ein. In diese Betrachtung sind zahlreiche weitere geeignete Standorte anderer Kommunikationsnetzbetreiber (zB Richtfunk) oder Starkstrommasten noch gar nicht einbezogen (KommAustria ON 21).

## **Text**

Beschluss

gefasst:

## **Rechtliche Beurteilung**

XVI) Rechtliche Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens: römisch XVI) Rechtliche Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens:

Ein anmeldbedürftiger Zusammenschluss, wie er hier - in Form eines Anteilserwerbs - nach den angegebenen Umsatzerlösen vorliegt (§ 42a Abs 1 KartG 1988), ist infolge eines Prüfungsantrages zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird (§§ 42b Abs 2 Z 2, 34 KartG). Ein Medienzusammenschluss ist auch dann zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss die Medienvielfalt beeinträchtigt wird (§ 42c Abs 5, § 35 Abs 2a KartG). Beim angemeldeten Zusammenschluss handelt es sich um einen Medienzusammenschluss. Ein anmeldbedürftiger Zusammenschluss, wie er hier - in Form eines Anteilserwerbs - nach den angegebenen Umsatzerlösen vorliegt (Paragraph 42 a, Absatz eins, KartG 1988), ist infolge eines Prüfungsantrages zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird (Paragraphen 42 b, Absatz 2, Ziffer 2, 34 KartG). Ein Medienzusammenschluss ist auch dann zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss die Medienvielfalt beeinträchtigt wird (Paragraph 42 c, Absatz 5, Paragraph 35, Absatz 2 a, KartG). Beim angemeldeten Zusammenschluss handelt es sich um einen Medienzusammenschluss.

Die Erstanmelderin ist „Medienmutter“ im Sinne des § 42c Abs 1 Z 3 KartG, die Zweitanmelderin „Medientochter“ im

Sinne des § 42c Abs 3 KartG. Die Erstanmelderin hat nach dem Zusammenschlusstatbestand des § 41 Abs 1 Z 3 KartG als am Zusammenschluss beteiligt zu gelten, weil für ihre Person der mittelbare Erwerb von Anteilen an der Zweitanmelderin in einem kartellrechtlich relevantem Ausmaß von mehr als 25 % verwirklicht werden soll (vgl 16 Ok 16/04; Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 98). Die Erstanmelderin soll lediglich eine Minderheitsbeteiligung erwerben. Dennoch ist nach den Angaben der Anmelderinnen davon auszugehen, dass sie mit ihrer, vertraglich besonders ausgestalteten Gesellschafterstellung (mit-)beherrschenden Einfluss auf das Zielunternehmen ausüben können soll. Sie wird an für dessen Marktstellung wesentlichen Entscheidungen maßgeblich mitwirken können. Die im Hinblick auf das Vorliegen eines Untersagungsgrundes beim Erwerb einer Minderheitsbeteiligung in einem ersten Schritt zu prüfende Frage, ob der Zusammenschluss zu einem beherrschenden Einfluss im kartellrechtlichen Sinne (dazu: 16 Ok 2/97, 16 Ok 9/01) führen wird, ist daher zu bejahen. Die Erstanmelderin ist „Medienmutter“ im Sinne des Paragraph 42 c, Absatz eins, Ziffer 3, KartG, die Zweitanmelderin „Medientochter“ im Sinne des Paragraph 42 c, Absatz 3, KartG. Die Erstanmelderin hat nach dem Zusammenschlusstatbestand des Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG als am Zusammenschluss beteiligt zu gelten, weil für ihre Person der mittelbare Erwerb von Anteilen an der Zweitanmelderin in einem kartellrechtlich relevantem Ausmaß von mehr als 25 % verwirklicht werden soll vergleiche 16 Ok 16/04; Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 98). Die Erstanmelderin soll lediglich eine Minderheitsbeteiligung erwerben. Dennoch ist nach den Angaben der Anmelderinnen davon auszugehen, dass sie mit ihrer, vertraglich besonders ausgestalteten Gesellschafterstellung (mit-)beherrschenden Einfluss auf das Zielunternehmen ausüben können soll. Sie wird an für dessen Marktstellung wesentlichen Entscheidungen maßgeblich mitwirken können. Die im Hinblick auf das Vorliegen eines Untersagungsgrundes beim Erwerb einer Minderheitsbeteiligung in einem ersten Schritt zu prüfende Frage, ob der Zusammenschluss zu einem beherrschenden Einfluss im kartellrechtlichen Sinne (dazu: 16 Ok 2/97, 16 Ok 9/01) führen wird, ist daher zu bejahen.

In einem nächsten Schritt sind bei der Zusammenschlussprüfung die sachlich und räumlich relevanten Märkte zu bestimmen. Im vorliegenden Fall ist nicht strittig, dass der Markt für Co-Location ein sachlich eigenständiger Markt ist, der sich räumlich auf das Gebiet der Republik Österreich erstreckt. Nach den Feststellungen wird es auf diesem Markt durch den Zusammenschluss nicht zum Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung führen. Die Senderinfrastruktur der ORS verschafft dieser hier keine marktbeherrschende Stellung; ihre Marktposition erfährt auch durch das Hinzukommen der \*\*\*\*\* Sender des K\*\*\*\*\*, sofern diese bisher nur für den Eigenbedarf verwendete Ausstattung eine Marktanteilsaddition überhaupt erlaubt, keine nennenswerte Verstärkung. Auf welche andere Weise die Marktstellung der ORS in diesem Bereich durch die M\*\*\*\*\* unmittelbar gestärkt werden könnte, ist nicht ersichtlich. Allein die Finanzkraft der neuen Gesellschafterin reicht nicht aus für die Annahme einer wettbewerbsverzerrenden Marktveränderung. Zu diesem Ergebnis gelangten letztlich auch die Amtsparteien. Sie hielten ihre diesen Markt betreffenden Bedenken nach Vorliegen von Verfahrensergebnissen (Studie der RTR-GmbH vom 19.7.2005, Beilage./K) nicht aufrecht.

Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass die ORS als Nutzungsberchtigte von Antennenträgemasten gemäß§ 8 Abs 2 TKG 2003 die Mitbenutzung dieser Masten durch jeden Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes grundsätzlich zu dulden hat. Dafür ist eine angemessene geldwerte Abgeltung zu leisten (§ 8 Abs 4 TKG 2003). Bei Nichteinigung kann die Regulierungsbehörde (KommAustria oder Telekom-Control-Kommission) angerufen werden (§§ 9 Abs 2, 117 und 120 TKG 2003). Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass die ORS als Nutzungsberchtigte von Antennenträgemasten gemäß Paragraph 8, Absatz 2, TKG 2003 die Mitbenutzung dieser Masten durch jeden Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes grundsätzlich zu dulden hat. Dafür ist eine angemessene geldwerte Abgeltung zu leisten (Paragraph 8, Absatz 4, TKG 2003). Bei Nichteinigung kann die Regulierungsbehörde (KommAustria oder Telekom-Control-Kommission) angerufen werden (Paragraphen 9, Absatz 2,, 117 und 120 TKG 2003).

Im Bereich der Dienstleistung der Übertragung von Rundfunksignalen folgt das Kartellgericht der Ansicht der BWB und der Rundfunkmarktddefinitionsverordnung (RFMVO) 2004 der KommAustria, dass der Übertragungsweg Terrestrik sachlich einen eigenen Markt bildet. Der festgestellte Sachverhalt bietet entgegen der Ansicht der Anmelderinnen keine hinreichende Grundlage, auf Grund der „Konvergenz der Kommunikationsnetze“ für diese einen einheitlichen Markt anzunehmen. Darüber hinaus ist im Sinne der RFMVO 2004 hier auch zwischen Hörfunk und Fernsehen zu unterscheiden.

In geographischer Hinsicht gehen die Verfahrensparteien übereinstimmend im Sinne der festgestellten Verfahrensergebnisse davon aus, dass im Bereich des terrestrischen Sendebetriebs die räumlich relevanten Märkte das Bundesgebiet von Österreich umfassen. Auch nach der RFMVO 2004 der KommAustria sind die sachlich relevanten Märkte für die terrestrische Rundfunkübertragung räumlich mit dem Bundesgebiet abzugrenzen.

Der Markt der Satellitenabstrahlung überschreitet, wie im Sinne der Sachargumente der Anmeldung festgestellt, räumlich die Grenzen Österreichs. Er ist mit dem EWR-Raum gleichzusetzen, in welchem die ORS als eine Anbieterin von vielen auftritt, sodass eine Marktbeherrschung durch diese weder vorliegt noch durch den Zusammenschluss zu erwarten ist. Die Amtsparteien haben diesbezüglich auch keinerlei wettbewerbsrechtliche Bedenken angemeldet, auch nicht im Hinblick auf die Medienvielfalt etwa angesichts einer vertikalen Integration von SAT.1. Die Grenzen und Strukturen dieses Marktes bedurften damit ebenso wenig einer näheren Betrachtung wie die Marktstellungen der Beteiligten.

Die Märkte der terrestrischen Übertragung von Rundfunksignalen haben nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Verfahrensparteien österreichweite Ausdehnung.

Im Zentrum der Prüfung stand hier der digitale Bereich. Im Segment der analogen Übertragung lässt der Zusammenschluss keine (TV) oder keine nennenswerte Verstärkung der Marktstellung durch horizontale Effekte wie die Erweiterung des Sendernetzes (nur um \*\*\*\*\* Radiosender) erwarten.

Was den vertikalen Aspekt des durch den Zusammenschluss allenfalls erleichterten Zugangs von Medienunternehmen der M\*\*\*\*\* zur Senderinfrastruktur anlangt, ist eine (unsachliche) Begünstigung dieser Unternehmen durch den gesetzlichen Kontrahierungzwang des ORF nach § 7 ORF-G, § 19 PrTV-G und § 15 PrR-G auszuschließen. Diesem ist nach Ansicht des Kartellgerichtes auch die ORS unterworfen, solange sie als Tochter des ORF gilt, was der Fall ist, solange diesem Teilhaber zumindest mitbeherrschender Einfluss auf das Sendetechnikunternehmen zukommt. Was den vertikalen Aspekt des durch den Zusammenschluss allenfalls erleichterten Zugangs von Medienunternehmen der M\*\*\*\*\* zur Senderinfrastruktur anlangt, ist eine (unsachliche) Begünstigung dieser Unternehmen durch den gesetzlichen Kontrahierungzwang des ORF nach Paragraph 7, ORF-G, Paragraph 19, PrTV-G und Paragraph 15, PrR-G auszuschließen. Diesem ist nach Ansicht des Kartellgerichtes auch die ORS unterworfen, solange sie als Tochter des ORF gilt, was der Fall ist, solange diesem Teilhaber zumindest mitbeherrschender Einfluss auf das Sendetechnikunternehmen zukommt.

Anzumerken ist dazu schließlich, dass die ORS als Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes gesetzlich verpflichtet ist, für dessen Mitbenutzung Rahmenvereinbarungen zu erstellen und zu veröffentlichen (§ 9 Abs 3 und 4 TKG 2003; vgl KommAustria ON 21) Auch den Amtsparteien erschienen diese regulatorische Bestimmungen letztlich ausreichend. Kartellgerichtliche Maßnahmen zur Sicherung des Wettbewerbes in diesem Bereich wurden von ihnen im Ergebnis nicht mehr verlangt. Anzumerken ist dazu schließlich, dass die ORS als Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes gesetzlich verpflichtet ist, für dessen Mitbenutzung Rahmenvereinbarungen zu erstellen und zu veröffentlichen (Paragraph 9, Absatz 3 und 4 TKG 2003; vergleiche KommAustria ON 21) Auch den Amtsparteien erschienen diese regulatorische Bestimmungen letztlich ausreichend. Kartellgerichtliche Maßnahmen zur Sicherung des Wettbewerbes in diesem Bereich wurden von ihnen im Ergebnis nicht mehr verlangt.

Den weiteren Einwänden der Amtsparteien konnte durch Auflagen, wie sie die beteiligten Unternehmen von sich aus auf sich genommen haben, hinreichend Rechnung getragen werden, sodass sich wei

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>