

e-mail



**REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE**

Bundeskanzleramt
Sektion V Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1014 Wien

e-mail: v4@bka.gv.at

Name/Durchwahl:
Schoißwohl/306

Geschäftszahl:
BWB/L-62/3
(Diese Geschäftszahl bitte immer anführen!)

Wien, am 22.5.2004

BKA-601.135/033-V/4/2003

Sehr geehrter Herr Univ.-Prof. Dr. Georg Lienbacher!

Sie haben uns den Entwurf der geplanten Novellen des KOG, des PrTV-G und des ORF-G zur Stellungnahme bis 24.5. zugesandt. Die geplanten Gesetzesänderungen wurden von uns im Hinblick auf die sich hieraus für die Sicherstellung von funktionierendem Wettbewerb iSd KartG 2005 und der europ. Wettbewerbsregeln geprüft.

Die gegenständlichen Entwürfe sollen den rechtlichen Rahmen für Mobile TV in Österreich festlegen. Die Umstellung auf digitales Fernsehen und insbesondere auch die Einführung von Mobile TV wird seit Jahren durch Arbeiten der Regulierungsbehörde - KommAustria gemeinsam mit RTR - und der digitalen Plattform vorbereitet. Dabei wurden zahlreiche Studien in Auftrag gegeben und auch ein digitaler Testbetrieb in Graz durchgeführt. Als Information zu den wirtschaftlichen, technischen und faktischen Hintergründen der vorliegenden Entwürfe für Änderungen des KOG, des PrTV-G und des ORF-G einschlägig ist die von der RTR in Auftrag gegebene Studie "Mobile TV in Österreich, Internationale Pilotprojekte - Benutzerakzeptanz - Geschäftsmodelle - rechtliche Rahmenbedingungen (publiziert in der Schriftenreihe der RTR, Bd 2/2006, im Folgenden kurz: RTR-Studie).

1. Zu § 25a neu Pr-TV-G: Zulassung zum Betrieb einer Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk

In Österreich wurde bereits die Zulassung für die 2005 ausgeschriebenen ersten zwei digitalen Frequenz-Bedeckungen für den Betrieb einer digitalen Multiplex-Plattform der Österreichische Rundfunksender GmbH & CoKG (ORS) erteilt. Dem Vernehmen nach gab es im Verfahren um diese Multiplexzulassung keine Antragssteller neben der ORS. Es war vorgesehen, dass ORS zumindest einen Teil der digitalen Frequenz für die Herstellung mobiler/portabler Empfangsmöglichkeit verwendet (§ 2 Abs 2 Ziff 2 lit c MUX-Auswahlgrundsätzeverordnung 2005).

Nun soll nach Maßgabe des vorliegenden Entwurfs zur Änderung des PrTV-G eine eigene Multiplex-Zulassung für den mobilen terrestrischen Fernseh Rundfunk (Mobile TV) ausgeschrieben werden.

Voraussetzungen des PrTV-G neu erschweren den Marktzutritt:

Die RTR-Studie (S 8 ff, 83) unterstreicht die Notwendigkeit der Kooperation "treibender Wertschöpfungspartner" bei der Umsetzung von Mobile TV und nennt für Österreich zwei prominente Wertschöpfungspartner: nämlich Rundfunknetzbetreiber (wie zB ORS) und Mobilfunknetzbetreiber (wie mobilkom).

Infrastruktur Sendeanlagen

ORS verfügt als einziges Unternehmen über eine in Österreich flächendeckend ausgebaute und hochmoderne Rundfunksendeanlageninfrastruktur, die nach der RTR-Studie beim Aufbau eines Mobile-TV-Netzes jedenfalls genützt werden muss. § 19 PrTV-G geltende Fassung sieht für Fernsehveranstalter und terrestrische Multiplex-Betreiber eine Mitbenützung der Sendeanlagen des ORF (nunmehr ORS) vor, der vorliegende Entwurf zu Änderungen des PrTV-G verabsäumt demgegenüber, auch allfälligen dritten Betreibern der Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk entsprechende Rechte einzuräumen. Diesbezüglich wäre jedenfalls eine Klarstellung wünschenswert.

Antragsfrist nach § 23 Abs 1 neu PrTV-G:

Der Entwurf kürzt die derzeit nach § 23 Abs 1 PrTV-G geltende Dreimonatsfrist für die Antragsstellung um die Erteilung einer Zulassung zum Betrieb einer terrestrischen Multiplex-Plattform auf zwei Monate. Diese Änderung wirkt sich über den Verweis in § 25a Abs 1 neu PrTV-G für die Ausschreibung der Zulassung zum Betrieb einer mobilen terrestrischen Multiplex-Plattform aus. Zwei Monate sind eine sehr kurze Zeit, um die für solche Anträge gewöhnlich nachzuweisenden technischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen für einen entsprechenden Antrag zusammenzutragen. Die ursprüngliche Fassung des § 23 PrTV-G aus dem Jahr 2001 hatte noch eine Frist von sechs Monaten vorgesehen. Diese Dauer wäre angemessener, um auch dritten Antragsstellern Chancen zu Einbringung von Anträgen nach § 25a PrTV-G zu gewähren.

Auswahlgrundsätze für Zulassung nach § 25a PrTV-G:

Der neue § 25a PrTV-G sieht vor, dass die Regulierungsbehörde die Zulassung zum Betrieb der Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk jenem Antragssteller gewähren soll, der - nebst anderen Voraussetzungen - ein rasches Erreichen eines hohen Versorgungsgrades der Bevölkerung gewährleistet.

ORS verfügt als einziges österreichisches Unternehmen aufgrund seiner bestehenden Zulassung als Multiplexbetreiber nicht nur über die notwendige Infrastruktur für den Betrieb einer Multiplex-Plattform, sondern auch über die Möglichkeit, Mobile TV schon vor Ausschreibung einer Multiplex-Plattform für mobilen terrestrischen Rundfunk zu erproben. All das versetzt die ORS in die Lage sicher rascher das Erreichen eines hohen Versorgungsgrades zu gewährleisten als andere Unternehmen, die erst die gesamte Infrastruktur aufbauen und sich technisches Know-how erarbeiten müssen.

Diese faktischen Verhältnisse und die Auswahlgrundsätze setzen damit potenzielle weitere Antragsstellern für eine Zulassung nach § 25a neu PrTV-G in eine aussichtslose Position.

Ergebnis

Die im PrTV-G für Betreiber einer mobilen terrestrischen Multiplex-Plattform geschaffenen Voraussetzungen begünstigen in diesem Bereich in Österreich bereits tätige Unternehmen. Diese rechtliche Situation wird potenzielle dritte Interessenten abhalten, eine Antragsstellung nach § 25a iVm § 23 PrTV-G in Erwägung zu ziehen

bzw. auch die mit dem Betrieb einer Multiplexplattform und der Markteinführung von Mobile TV zusammenhängenden Risiken und erheblichen Investitionen in Kauf zu nehmen.

2. Regulierungsbedarf durch Infrastrukturmonopol mit Beteiligung marktbeherrschender Medienunternehmen

Erhält ORS auch die Zulassung zum Betrieb der mobilen terrestrischen Multiplexplattform, so erlangt ORS Kontrolle über sämtliche in Österreich aktuell und mittelfristig verfügbaren digitalen Frequenzen für Rundfunkübertragung. Medienunternehmen und Fernsehveranstalter, die Inhalte über digitale Frequenz verbreiten wollen, sind auf entsprechende Dienstleistung der ORS angewiesen. Problematisch erscheint im Kontext, dass die Gesellschafter der ORS (ORF mit 60% Geschäftsanteilen und Medicur/Raiffeisen NÖ-Wien mit 40%) selbst als Medienunternehmen tätig sind bzw. auch über Unternehmensbeteiligungen im Medienbereich verfügen. Dies erzeugt die reale Gefahr der Behinderung/Benachteiligung von Wettbewerbern: Andere Medienunternehmen, wären zugleich die wichtigsten Kunden der ORS, sind aber aufgrund der vertikalen Integration auch Hauptkonkurrenten um Werbeumsätze und Hörer/Seher und Leser. Monopol und die erwähnten Interessenkonflikte sichern langfristig die Notwendigkeit von Regulierung (etwa § 27, 27a, 28 PrTV-G sowie in gewissen Sinn auch der Must-Carrier-Regeln) und Behördenintervention. Die umfangreichen Must-Carrier-Bestimmungen des § 25a Abs 5 neu PrTV-G schränken die Handlungsfreiheit des Multiplexers erheblich ein: Während die ORS aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Verflechtung mit dem ORF wohl in jedem Fall dessen Rundfunkprogramme ORF 1 und 2 verbreiten würde, stellt sich die Situation eines unabhängigen Dritten anders dar. Dessen Handlungsfreiheit würde durch einen zugunsten des ORF weit formulierten Verbreitungsauftrags eingeschränkt.

All dies wirkt auf privates, nicht durch Gebührengelder finanziertes Unternehmensengagement dämpfend und senkt damit auch die Chancen für mehr Wettbewerb durch neue Markteintritte. Funktionierender Wettbewerb setzt Marktstrukturen und Rahmenbedingungen voraus, die das Tätigwerden mehrere Marktteilnehmer ermöglichen und fördern.

Folgende Änderungen des vorliegenden Gesetzesentwurfs könnten zum Entstehen von Wettbewerbsstrukturen beitragen:

Verhinderung eines Monopols bzw. Betrauung eines reinen Infrastrukturbetreibers als Multiplexer für Mobile TV:

- Ausschluss von Antragsstellern, die bereits über eine Zulassung zum Betrieb eines digitalen Multiplexes verfügen oder/und
- Ausschluss von Antragsstellern, die mittelbar oder unmittelbar iSd § 7 Abs 1 KartG von Medienunternehmen (mit)beherrscht werden, die nach § 11 Abs 2 Pr-TV-G von der Veranstaltung von Rundfunk ausgeschlossen sind oder
- noch weitergehend: Ausschluss von Antragsstellern, die mittelbar oder unmittelbar iSd § 7 Abs 1 KartG von Medienunternehmen (mit)beherrscht werden.

Rahmenbedingungen zur Förderung des Tätigwerdens weiterer Marktteilnehmer:

- Festlegung ausreichend langer Antragsfristen (sechs Monate) für die Ausschreibung des Betriebs einer Multiplexplattform für Mobile TV;
- die Möglichkeit und Optimierung der Benutzung der ORS-Sendeanlagen;
- Deregulierung.

Sofern für Mobile TV ein reiner Infrastrukturbetreiber als Betreiber der Multiplexplattform aktiv würde, könnte das Entstehen von Interessenslagen vermieden werden, das eine dichte Regulierung notwendig macht. Ohne die beschriebenen Interessenskonflikte ist anzunehmen, dass der Multiplexer im Regelfall Entscheidungen nach sachlichen Gesichtspunkten trifft. Man könnte daher allenfalls auf die ex ante Kontrolle des Zugangs zu digitaler Verbreitung (§§ 27, 27a und 28) verzichten und sich auf die ex post Kontrolle im Rahmen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach §§ 4 ff KartG beschränken.

3. § 11 Abs 5 PrTV-G

Der vorliegende Gesetzesentwurf verwässert die in § 11 PrTV-G festgelegten Kriterien zum Schutz der Medienvielfalt. Der geltende § 11 Abs 5 PrTV-G geht davon aus, dass keine Medienverbund das Bundesgebiet mit mehr als zwei digitalen

terrestrischen Fernsehprogrammen versorgen darf. Der gesetzliche Ausschluss weitergehender Tätigkeit als Rundfunkveranstalter sollte sicherstellen, dass die knappen Frequenzressourcen auch anderen Marktteilnehmern zugute kommen und eine vielfältige Medienstruktur entsteht.

Die erläuternden Bemerkungen sind nicht wirklich aufschlussreich, warum die Regel des § 11 Abs 5 neu PrTV-G Tätigkeiten im Bereich Mobile TV nicht in die Betrachtung einbeziehen will. Dies könnte zur Konsequenz haben, dass ein Marktteilnehmer der das Bundesgebiet ohnehin schon mit zwei Programmen versorgt, über Mobile TV eine unbegrenzte weitere Anzahl von speziell produzierten Programmen verbreitet. Stellt man nicht die Sinnhaftigkeit einer Regel wie des § 11 PrTV-G ganz grundsätzlich in Frage, so kann dieser Differenzierung keine sachliche Rechtfertigung entnommen werden. Die im Entwurf vorgeschlagene Änderung stellt nur die Absicherung der Verstärkung jener Unternehmen sicher, die ohnehin am Markt überdurchschnittlich etabliert sind. In der Sache dürfte Zweck der Regelung sein, das Tätigwerden des ORF gemeinsam mit einem privaten Rundfunkveranstalter zu ermöglichen (vgl. hierzu auch Pkt. 5. unten).

Der österreichische Medienmarkt ist trotz Liberalisierung deutlich unterentwickelt. Wenn nicht durch effektives Regelungswerk sichergestellt wird, dass auch private Fernsehveranstalter faire Entwicklungschancen bekommen, wird sich das nicht ändern. Dies macht konkret Beschränkungen der geschäftlichen Tätigkeit des ORF erforderlich.

Die Sicherstellung von Wettbewerb scheint gerade in neuen, dynamischen Märkten wesentlich, um zu gewährleisten, dass vielfältige Produkte entwickelt und Kaufentscheidungen von Konsumenten getroffen werden. Wird dieser Markt bereits im Entstehungsstadium einigen wenigen - von öffentlichen Förderungen verwöhnten - Unternehmen überantwortet, so ist die Chance lebendiger Wettbewerbsstrukturen vertan.

4. § 9b ORF-G

Die Bestimmung des neuen § 9b ORF-G soll Rechtsgrundlage für eine neue kommerzielle Geschäftstätigkeit des ORF schaffen. Der ORF ist in Österreich nach wie vor marktbeherrschender Rundfunkveranstalter. Die Z 1 und 2 des § 9b Abs 1 PrTV-G legen nahe, dass der ORF diese Geschäftstätigkeit gemeinsam mit weiteren Unternehmen (durch vertragliche Kooperation oder gesellschaftsrechtliche

Beteiligung) ausüben wird. Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens mit Dritten bzw. auch die vertragliche Kooperation unterliegen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht.

Wird der ORF ohne Kooperation mit dritten (Medien) Unternehmen tätig, so gibt es nach geltendem Recht ex ante keine Kontrolle zur Sicherung des Wettbewerbs. Das Geschäftsfeld Mobile TV kann durchaus dazu beitragen, die Reichweiten und damit auch die Marktmacht des ORF etwa am Werbemarkt zu steigern und damit Konkurrenten, die möglicherweise keinen Zugang zur Verbreitung eigener Programme über Mobile TV haben, auszuboten. Es erscheint daher prüfungsbedürftig, ob nicht gesetzlich die Voraussetzung einer ex-ante Prüfung der Auswirkungen einer Geschäftstätigkeit nach § 9b ORF-G auf den Wettbewerb bzw. auch die Möglichkeit der Anordnung von Auflagen geschaffen werden sollen. Für diese Aufgabe wäre vorzugsweise die Bundeswettbewerbsbehörde - als nach innerstaatlichem Recht primär mit der Aufrechterhaltung funktionierender Wettbewerbs betrautes Organ (§ 1 Abs 1 WettbG) - zuständig zu machen.

5. Regeln zum Schutz der Medienvielfalt

Auswirkungen einer Geschäftstätigkeit des ORF auf Medienvielfalt

Zunächst wäre aber noch zu klären, ob bzw. in welchem Umfang ein Tätigwerden des ORF mit dem Grundsatz der Medienvielfalt vereinbar ist. Der geltende § 11 Abs 5 PrTV-G stellt sich gegen die Versorgung des Bundesgebietes durch mehr als zwei digitale terrestrische Programme eines Fernsehveranstalters. Es wäre nur konsequent, wenn auch der öffentliche Rundfunk diesem Maßstab der Medienvielfalt genügen müsste. Dies würde aber dem Tätigwerden des ORF durch eigene Programme für Mobile TV entgegenstehen.

Es wäre daher wünschenswert, wenn man vor einer Entscheidung über die Erweiterung der Geschäftstätigkeit des ORF per Gesetz (§ 9b neu ORF-G) eine genaue Untersuchung durchführen würde, welche Auswirkungen sich hieraus auf die Entwicklung einer vielfältigen Medienlandschaft im Mobile TV ergeben.

Beteiligungsregeln für Partner des ORF am Vorbild des § 11 PrTV-G

Das ORF-G schafft zwar die Möglichkeit der Kooperation des ORF mit Privaten, enthält aber keine den Richtlinien des § 11 PrTV-G vergleichbaren Vorgaben hinsichtlich der zulässigen Medienbeteiligungen dieses Partners. Im Hinblick auf die

Marktmacht des ORF, die durch Kooperation potenziell ja noch verstärkt wird, widerspricht das Fehlen entsprechender Regeln den Wertungen der Rechtsordnung und ist wohl als Säumnis des Gesetzgebers zu sehen.

Dies soll am Beispiel der ORS verdeutlicht werden:

ORS wäre nach § 11 PrTV-G nicht nur wegen der Beteiligung des ORF, sondern v.a. auch wegen der gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen des zweiten Gesellschafters Medicur/Raiffeisen NÖ-Wien mit der Mediaprint von der Veranstaltung von Rundfunk ausgeschlossen. Diese Überlegungen waren ausschlaggebend, dass bei der Prüfung des Zusammenschlusses von ORF/ORS/Medicur zu 26 Kt 391/05 die Verpflichtungserklärung erreicht wurde, dass ORS nicht Rundfunk veranstalten wird. Die Zusage steht allerdings unter dem Vorbehalt gesetzlicher Änderungen.

Wird der vorliegende Gesetzesentwurf ohne Änderungen erlassen, so könnte der ORF ohne weiteres Genehmigungserfordernis über seine Tochter ORS Fernsehprogramme für Mobile TV veranstalten.

Ein solche Geschäftstätigkeit würde nicht nur Interessenskonflikte schaffen, da ORS hiermit als direkter Konkurrent jener Unternehmen (Rundfunkveranstalter sowie Diensteanbieter) auftreten würde, für die ORS als Multiplexer wesentliche Dienstleistungen zur Verfügung stellt.

Diese Geschäftstätigkeit würde auch einen weiteren Wertungswiderspruch zu § 11 Abs 2 PrTV-G erzeugen. § 11 Abs 2 Z 4 PrTV-G schließt Kabelnetzbetreiber, die einen Versorgungsgrad von mehr als 30% der Bevölkerung mittels ihrer Kabelnetze erreichen von der Veranstaltung von Rundfunk aus. Der Betreiber einer digitalen Multiplexplattform befindet sich in einer sehr ähnlichen Situation wie ein solcher Kabelnetzbetreiber. Beide verfügen über wesentliche, nicht zu duplizierende Infrastruktur, die Fernsehveranstalter zur Verbreitung ihrer Programme benötigen. Es wäre deshalb konsequent, den Katalog des § 11 Abs 2 PrTV-G entsprechend zu ergänzen.

Die geplanten Gesetzesänderungen sollten daher um folgende Regeln ergänzt werden:

- Der ORF hat bei der Wahl seiner Partner für Tätigkeiten nach § 9 und 9b ORF-G die Regeln des § 11 PrTV-G sinngemäß zu beachten.
- In § 11 Abs 2 PrTV-G sollte eine Z 5 aufgenommen werden, der zufolge auch Multiplexbetreiber wenn sie mehr als 30% der Bevölkerung des Bundesgebietes mit digitalen Frequenzen versorgen, von der Rundfunkveranstaltung (nach PrTV-G) ausgeschlossen sind.

Hinsichtlich der aufgezeigten inkonsequenten Umsetzung der Wertungen des § 11 PrTV-G ist abschließend festzuhalten, dass es sich bei dieser Regel keinesfalls um eine sakrosankte Norm handelt. Sinn der Kritik ist der Anspruch, dass die Regel solange sie in Geltung ist, überall dort angewandt wird, wo die Anwendung sachlich geboten ist. Änderungen des im geltenden § 11 PrTV-G niedergelegten Konzeptes zum Schutz der Medienvielfalt sind nicht ausgeschlossen. Sie sollten aber wohl erwogen und nicht bloß anlassfallbezogen umgesetzt werden.

Für allfällige Rückfragen wenden Sie sich bitte an Frau Dr. Schoißwohl (Tel: 245 08 - 306; Birgit.Schoisswohl@bwb.gv.at).

Mit freundlichen Grüßen

Für den Generaldirektor

B. Schoißwohl