

Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die
Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber
Inhalteanbietern

Teilmarkt des Marktes Nr. 18 der Empfehlung 2003
(nicht in der Märkte-Empfehlung 2014 enthalten)

Stellungnahme der Unternehmen

Öffentliche Fassung
(ohne Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse)

[REDACTED]
Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 3
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

Per E-Mail BK3-Postfach@BNetzA.de

Arbeitsgemeinschaft Privater Rundfunk (APR)

Amtsblatt Mitteilung Nr. 310/2019
Hier: Konsultationsentwurf Markt 18 (2003)

Sehr geehrte Damen und Herren,

< für die Arbeitsgemeinschaft Privater Rundfunk (APR) nehme ich zum Konsultationsentwurf zur Marktdefinition und -analyse für den Teilmarkt für „Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhalteanbietern“ (Teilmarkt des Marktes Nr. 18 der Märkte-Empfehlung 2003) Stellung:

1. Der Verband folgt dem Gesamtergebnis der Marktabgrenzung allerdings mit der Einschränkung, dass wegen der fehlenden Duplizierbarkeit von Standorten Probleme an einzelnen Standorten entstehen, die durch die Marktabgrenzung nicht berücksichtigt werden können.
2. Bei den Merkmalen des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG vertritt die APR eine andere Auffassung. Dabei ist dem Verband bewusst, welche Änderungen in den zurückliegenden Jahren erreicht wurden. Die APR hat sich intensiv um diese Belange gekümmert und im Rahmen ihrer Möglichkeiten dazu beigetragen, für eine Marktöffnung zu werben und – etwa durch eigene Informationsveranstaltungen für ihre Mitglieder – die Markttransparenz zu erhöhen.

Wir beobachten nach wie vor beträchtliche Marktzutrittsschranken. Unsere Einschätzung ist davon geprägt, dass je nach Situation am Standort der Zugang zu angemessenen Konditionen nicht realisiert werden kann. Das ist insoweit ein strukturelles Problem, als dass ein Markt an Alternativstandorten nicht besteht. Wir hatten mehrfach darauf hingewiesen, dass gerade die wichtigen Standorte etwa aufgrund baulicher Situation (Naturschutz et cetera) heute nicht so neu geschaffen werden könnten, wie das seinerzeit bei der Errichtung des UKW-Sendernetzes vorgefunden wurde. Es ist uns

bewusst – die berührt die Anmerkung zur Marktabgrenzung – dass man unterschiedliche Standortklassen definieren kann, bei denen die Marktzutrittsschranken mehr (große Standort) oder weniger (kleine Standorte) mit geringem Koordinierungsaufwand zutreffen.

Wir halten es nicht für zulässig, das Kriterium, ob längerfristig eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb festgestellt werden kann, offen zu lassen, wie es der Konsultationsentwurf vorsieht. Das berührt die Diskussion um die Zukunft von UKW zwischen einerseits DAB+ und andererseits IP-Kommunikation. So richtig es ist, UKW als im Prinzip eigenem Markt abgrenzen, so wichtig ist die Feststellung, dass es sich hier um einen auslaufenden Markt handeln wird, in den grundsätzlich nicht völlig neu investiert werden wird. Es gibt also keine grundsätzlich stark wirkende Tendenz, die Wettbewerbssituation in diesem Segment zu verstärken.

Diese Argumentation schlägt unseres Erachtens auf das Kriterium durch, dass der Konsultationsentwurf zu Unrecht verneint: Das Vorliegen eines Marktversagens, das nicht allein durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts korrigiert werden kann. Dieses ist nicht in der Lage, die beschriebenen technischen und rechtlichen Mechanismen zu korrigieren, die auf einzelne für die UKW-Versorgung wesentliche Standorte gegeben sind. Dies betrifft sowohl die einzelnen Standorte (Immobilien und Aufbauten), Antennen (Installationen an den Standorten) und die Dienstleistungen selbst, die hier verfahrensgegenständlich sind. Diese Erfahrung, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht die strukturellen Probleme am Markt zu beheben in der Lage ist, beschäftigt uns auf den verschiedenen Teilbereichen seit langem.

3. Die APR kommt bei der Analyse des Marktes also zu dem Ergebnis, dass das spezielle TK-rechtliche Instrumentarium bereitgestellt werden muss. Da wir die Veränderungen bisher sehen, ist uns bewusst, dass die Anwendung des TK-rechtlichen Instrumentariums zukünftig völlig anders aussehen wird, als das bisher der Fall war. Daher ist es in unseren Augen bei entsprechender Marktanalyse im nächsten Schritt ausreichend, eine ex Post-Betrachtung vorzunehmen. Dies hätte den Vorteil, dass die im Konsultationsentwurf beschriebenen Marktkräfte ohne vorherigen Eingriff wirken können, gleichwohl aber zumindest die Option besteht, im Falle der Realisierung des strukturellen Defizits Abhilfe zu schaffen. Dies halten wir zur Unterstützung des sich bildenden Wettbewerbs gegenwärtig noch für unerlässlich.

Wir bitten, die Marktanalyse anzupassen, um für den Fall spürbarer Auswirkungen des strukturellen Marktversagens die TK-rechtlichen Abhilfemittel nutzen zu können.

Dieses Schreiben enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Stellungnahme zum Konsultationsentwurf (Az. BK 1-19/002) – Marktdefinition und Marktanalyse für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhalteanbietern

Datum 19. Juli 2019

11/Stgn_BNetzA_UKW-Markt_19_07_19_final.docx

Vorbemerkung

Zunächst bedanken wir uns für die gewährte Fristverlängerung. Gerne nimmt VAUNET – Verband Privater Medien e.V. die Gelegenheit wahr, sich erneut in das laufende Verfahren zur Marktdefinition und -analyse für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhalteanbietern einzubringen.

Eingangs möchten wir erneut anregen, auch den Teilmarkt für die Bereitstellung von Senderstandorten einer eingehenden sektorspezifischen Untersuchung zu unterziehen. Wie bereits erläutert – zuletzt in unserer Stellungnahme vom 18. Januar 2019 – ist auf diesem Markt mit der Deutschen Funkturm GmbH faktisch nur ein Anbieter tätig, dessen Entgelte auf allen nachgelagerten Wertschöpfungsstufen einen Großteil der jeweils anfallenden Kosten ausmachen. Der Konsultationsentwurf verweist hierzu lediglich sehr allgemein auf die vorherige Festlegung vom 19. Dezember 2014 (Az. BK 1-12/004). Unseres Erachtens ist es aber geboten und rechtlich zulässig, die Bereitstellung von Senderstandorten als telekommunikationsrechtlich relevante Leistung zu bewerten und mithin etwaige marktmächtige Unternehmen auf diesem Markt der sektorspezifischen Regulierung zu unterwerfen.

Auch im Übrigen verweisen wir insbesondere auf unsere Stellungnahme vom 18. Januar 2019. Schon nach dem dort angelegten Maßstab halten wir den Konsultationsentwurf für änderungsbedürftig und im Ergebnis eine sektorspezifische Regulierung des Marktes für die Bereitstellung von UKW-Sendeanlagen weiterhin für unerlässlich. Die bundesweite Abgrenzung des betroffenen Marktes wird den massiv veränderten Marktbedingungen nicht mehr gerecht. Vielmehr ist eine Abgrenzung regionaler Märkte geboten, die jeweils regulierungsbedürftig sind. Selbst bei einer bundesweiten Marktabgrenzung aber bestehen nicht nur erhebliche Marktzutrittsschranken, sondern es ist auch keine Tendenz zu längerfristig wirksamem Wettbewerb erkennbar. Das allgemeine Wettbewerbsrecht reicht gerade nicht aus, um diesem Marktversagen entgegenzuwirken.

Im Einzelnen ist daher in Ergänzung unserer Stellungnahme vom 18. Januar 2019 folgendes auszuführen:

1. Einleitung

Zunächst begrüßen wir die Feststellungen der BNetzA zur sachlichen Marktabgrenzung, wonach an dem Ergebnis der letzten Festlegung festzuhalten sei. Nach wie vor ist sachlich ein eigener Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhalteanbietern (ohne Einbeziehung von Kabel, Satellit, Online- bzw. Webradio oder DAB+) abzugrenzen.

Soweit die BNetzA sodann in räumlicher Hinsicht auf einen bundesweiten Markt abstellt, ist dem jedoch wie nachfolgend unter (2.) ausgeführt nicht zuzustimmen. Die Marktbedingungen haben sich gegenüber der letzten Festlegung so maßgeblich verändert, dass nunmehr keine einheitlichen Wettbewerbsbedingungen mehr vorliegen. Die gesetzgeberischen Regulierungsziele und -grundsätze sprechen ebenfalls für eine regionale Marktabgrenzung.

Wiederum zu begrüßen ist die Bewertung der BNetzA, dass sowohl auf der Angebots- als auch der Nachfrageseite weiterhin Marktzutrittsschranken für den relevanten Markt zu beobachten seien und dieses Kriterium weiterhin erfüllt sei. Die Annahmen, Bewertungen und Ergebnisse zur Prüfung der weiteren Kriterien des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG sind jedoch insoweit unzutreffend, als eine Bewertung der Tendenz zu wirksamem Wettbewerb offengelassen (dazu unter 3.) und eine ausreichende Wirkung des allgemeinen Wettbewerbsrechts bejaht wird (dazu unter 4.).

Schließlich würde mit der vollständigen Herausnahme des Markts für terrestrische Rundfunkübertragung aus der Regulierung die Bestrebung der Bundesregierung konterkariert, die terrestrische Verbreitung durch eine Ergänzung des TKG auch unter veränderten Marktgegebenheiten zukunftsicher aufzustellen (dazu unter 5.).

2. Abgrenzung regionaler Märkte geboten und von Regulierungszielen gestützt

Wir stimmen den Ausführungen des Konsultationsentwurfs zu, soweit die BNetzA darin zutreffend eine räumlich nicht flexible Nachfrage nach UKW-Übertragungsleistungen erkennt. Die Radioveranstalter verfügen für die UKW-Verbreitung ihrer Programme über eine medienrechtliche Zuweisung für fest definierte Gebiete und sind auf eine Ausstrahlung ihrer Programme auf ganz bestimmte Senderstandorte angewiesen, die nicht beliebig durch andere Standorte ausgetauscht werden können.

Nicht zuzustimmen ist dem Konsultationsentwurf, sofern die BNetzA dennoch einen bundesweiten Markt abgrenzt. Dies stützt die BNetzA auf angeblich homogene Marktbedingungen. Tatsächlich ist mittlerweile aber genau das Szenario eingetreten, das die BNetzA bereits in ihrer letzten Festlegung aus Auslöser für eine mögliche Abkehr von der Abgrenzung eines bundesweiten Marktes vorhergesehen hatte. Neben der MEDIA BROADCAST sind neue Anbieter in den Markt eingetreten, die für zunehmend heterogene Marktverhältnisse sorgen. Insofern ist dem Konsultationsentwurf zu widersprechen. Unseres Erachtens mögen die nunmehrigen Anbieter auf dem Markt für Sendeanlagen zwar grundsätzlich bundesweit aktiv sein. Das bedeutet aber nicht, dass jeder dieser Anbieter alle lokalen und regionalen Verbreitungsgebiete abdecken kann. Aufgrund der Abhängigkeit der Anbieter von Vorleistungen der Antenneneigentümer und aufgrund der fehlenden Duplizierbarkeit von Sendestandorten ist vielmehr davon

auszugehen, dass auf absehbare Zeit keiner der Anbieter einen bundesweit abgegrenzten Markt vollständig bedienen können. Ein solches tatsächlich bundesweites Angebot würde eine erneute Konsolidierung der gerade erst veräußerten Geschäftsbereiche der MEDIA BROADCAST erfordern. Das wiederum dürfte den Markt erneut vor vergleichbare Herausforderungen stellen wie im Rahmen des UKW-Streits aus dem Jahr 2018, der die heutige Marktsituation erst ausgelöst hat.

Jedenfalls ermöglichen es etwaige homogene Marktbedingungen nicht, die regionalen Besonderheiten des Markts für die Bereitstellung von Sendeanlagen zu überwinden. Wie festgestellt lässt sich die Nachfrage auf diesem Markt nur lokal bzw. regional befriedigen. Solche regionalen Besonderheiten sind gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 5 TKG im Rahmen der Marktabgrenzung zu prüfen und zu berücksichtigen. Insbesondere letzteres würde bei der Abgrenzung eines bundesweiten Marktes nur unzureichend geschehen.

Entsprechend verweisen wir zur Frage der Regulierungsbedürftigkeit der hiernach regional abzugrenzenden Märkte auf die Ausführungen unserer Stellungnahme vom 18. Januar 2019.

3. Keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb

Anders als es der Konsultationsentwurf vorsieht, wäre selbst ein bundesweiter Markt regulierungsbedürftig. Dies gilt entsprechend auch für die Regulierungsbedürftigkeit der regional abzugrenzenden Märkte, sodass sich die nachfolgenden Ausführungen auf eine Bewertung bei entsprechend abgegrenzten Märkten übertragen lassen. Neben dem Kriterium der beträchtlichen und anhalten Marktzutrittsschranken, die der Konsultationsentwurf zutreffend herausarbeitet, sind auch das zweite und dritte Kriterium aus § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG erfüllt.

Die Ausführungen im Konsultationsentwurf zum zweiten Kriterium des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG greifen zu kurz. Die Beschreibung der Faktoren, die gegen eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb sprechen, stellt zunächst zwar zurecht auf die Verteilung der Marktanteile nach Ausscheiden der MEDIA BROADCAST aus dem Markt ab. Die angeblich entgegenstehenden Aspekte, wie Änderungen der Marktverhältnisse bei Ablauf oder vorzeitiger Beendigung von langfristig geschlossenen Verträgen, sind demgegenüber hypothetisch, vage und letztlich nicht prognostizierbar.

Maßgeblich ist der Befund der BNetzA, dass in den nächsten Jahren von einer starren Aufteilung des Marktes mit hohen Marktanteilen insbesondere zugunsten der UPLINK Network GmbH auszugehen sei. Dieser Befund macht deutlich, dass es gerade keine Dynamik aufgrund technischer Entwicklungen oder einer hinreichenden Zahl von Unternehmen mit abweichenden Kostenstrukturen gibt, die Wettbewerb entstehen lassen könnte. Solche Faktoren sind von der Märkteempfehlung vorgezeichnet, um eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb anzunehmen – sie liegen hier aber nicht vor. Die lediglich vagen Überlegungen, dass sich dies eventuell langfristig ändern könnte, stehen zu dem Befund indes in deutlichem Widerspruch. Sie rechtfertigen es daher nicht, es lediglich dahinstehen zu lassen, ob dieses Kriterium erfüllt ist. Hierzu hätte es im maßgeblichen Prognosezeitraum von drei Jahren einer Darlegung von konkret zu erwartenden Veränderungen bedurft.

Vielmehr treffen die Ergebnisse der letzten Festlegung zu Marktmacht und Wettbewerbsbedingungen im Wesentlichen unverändert zu. Aufgrund der nur äußerst schwer zu duplizierenden UKW-Infrastruktur werden die relevanten Märkte in absehbarer Zukunft ohne Regulierung nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren. Aus Sicht der Radioveranstalter (als Nachfrager nach Sendernetz- sowie mittelbar nach Antennenleistungen) besteht an den jeweiligen Standorten keine Ausweichmöglichkeit auf andere Anbieter. Wurde der Markt insgesamt bislang von der MEDIA BROADCAST beherrscht, sind an deren Stelle nun Gebietsmonopole der „alternativen“ Sendernetzbetreiber und der neuen Eigentümer der Antenneninfrastruktur getreten. Die tatsächlichen Bedingungen belegen, dass eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb nicht erkennbar ist. Zu nennen ist hier etwa der UKW-Streit im Jahr 2018, der aufgrund des offensichtlichen Fehlens wirksamen Wettbewerbs ein Einschreiten der BNetzA erforderte.

Eine abschließende Bewertung, ob dieses zweite Kriterium des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG erfüllt ist, ist auch deshalb zwingend erforderlich, weil entgegen der Darstellung im Konsultationsentwurf das letzte Kriterium ebenfalls erfüllt ist. Schließlich kann die Bewertung auch deshalb nicht offengelassen werden, weil eine inhaltliche Interdependenz zum letzten Kriterium besteht. Denn die fehlende Tendenz zu wirksamem Wettbewerb trägt gerade dazu bei, dass die Anwendung des allgemeinen Kartellrechts wie nachfolgend näher dargelegt nicht ausreichend ist.

4. Allgemeines Wettbewerbsrecht nicht ausreichend

Wie bereits in unserer Stellungnahme vom 18. Januar 2019 ausgeführt, reicht das allgemeine Wettbewerbsrecht allein nicht aus, um dem festgestellten Marktversagen entgegenzuwirken.

Insgesamt kommt es hier darauf an, welchen Verhaltensspielraum die marktbeherrschenden Unternehmen aufgrund des Marktversagens haben, ob dieses Verhalten von den allgemeinen Regeln des Wettbewerbsrechts erfasst wird und welche Rechtsfolgen und Sanktionen aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht folgen bzw. inwieweit diese ausreichend sind. Relevant für die Bewertung ist dabei auch, dass eine sektorspezifische Regulierung insbesondere dann erforderlich ist, wenn häufig und schnell eingegriffen werden muss, um ein Marktversagen zu beheben, bzw. wenn ein frühzeitiges Einschreiten unerlässlich ist, um Rechtssicherheit zu gewährleisten (vgl. Erwägungsgründe zur Empfehlung 2014/710/EU).

Schon der UKW-Streit aus dem vergangenen Jahr zeigt, dass ein dauerhaft und von vornherein greifendes Regulierungsinstrument erforderlich ist. Denn das bzw. die dominierenden Unternehmen können sich weitestgehend frei verhalten, bis hin zur Androhung der vollständigen Beendigung der Leistungserbringung. Das allgemeine Wettbewerbsrecht bietet keinen ausreichenden Schutz und Sanktionsmechanismus, wenn die strukturellen Bedingungen vergleichbar mit anderen Netzindustrien sind und eine längerfristige Dominanz gesichert ist.

Eine Sicherstellung angemessener Wettbewerbsbedingungen durch das allgemeine Kartellrecht gelingt also in der Praxis gerade dann nicht, wenn die Kräfteverhältnisse und Marktgegebenheiten die Nachfrager strukturell benachteiligen. Dies ist hier der

Fall. Missbrauchsverfahren vor dem Bundeskartellamt bedeuten regelmäßig eine lange Verfahrensdauer, sodass ein schnelles Eingreifen nicht möglich ist. Zivilgerichtlicher Schutz kann zwar grundsätzlich schneller erlangt werden. Es bestehen hier jedoch hohe Anforderungen an die Darlegung und Beweisführung. Auch in der Sache ist ein effektiver Rückgriff auf die Tatbestände des Missbrauchsverbots nicht gesichert. Nach der Rechtsprechung besteht ein Zugangsanspruch gemäß der Essential-Facilities-Doktrin nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB nur unter engen Voraussetzungen. Auch im Bereich des allgemeinen Diskriminierungs- und Behinderungsmissbrauchs findet eine Interessenabwägung statt, die stark einzelfallgeprägt ist. Die jeweilige Prüfung würde von Zivilgerichten vorgenommen, die keine besondere sektorspezifische Expertise aufweisen. Schließlich sind zivilgerichtliche Prozesse insbesondere über mehrere Instanzen zeitaufwändig und mit hohen Kostenrisiken verbunden. Die zumeist weniger finanzkräftigen privaten Radiosender haben bei Anwendung des allgemeinen Kartellrechts daher keinen ausreichenden Schutz.

Bei den festgestellten wettbewerblichen Defiziten (Marktzutrittsschranken, fehlende Tendenz zu Wettbewerb) ist für einen zeitnahen Schutz und für hinreichende Planungs- und Rechtssicherheit eine dauerhafte sektorspezifische Regulierung in den wesentlichen Entgelt- und Zugangsfragen erforderlich.

5. Konsultationsentwurf konterkariert Eckpunkte der Bundesregierung

Schließlich konterkariert das Ergebnis des Konsultationsentwurfs die Pläne der Bundesregierung für die laufende Überarbeitung des TKG zur Umsetzung des Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Richtlinie (EU) 2018/1972).

Nach dem Eckpunktepapier von BMWi und BMVI vom 21. Februar 2019 prüft die Bundesregierung derzeit konkrete Ergänzungen des TKG zur Sicherstellung der UKW-Verbreitung. Die Mehrzahl dieser Maßnahmen würde auf der Ebene der Marktregulierung ansetzen oder jedenfalls an einer Einordnung als marktmächtiges Unternehmen anknüpfen. Dies gilt sowohl für die Einführung von bloßen Infrastrukturbetreibern (Türme, Masten, Antennen, etc.) als mögliche Adressaten für die Zugangs- und Entgeltregulierung als auch für die geplante Regelung zur Anrechnung von Wechselkosten im Rahmen der Entgeltregulierung sowie für generelle Zugangsrechte zu baulichen Anlagen von marktmächtigen Unternehmen.

Würde die BNetzA den Markt für Rundfunkübertragungsdienste für analoge UKW-Hörfunksignale gemäß dem Konsultationsentwurf vollständig aus der Marktregulierung entlassen, würden diese Pläne wahrscheinlich ins Leere laufen. Die Wirksamkeit der oben genannten Maßnahmen zur Sicherstellung der UKW-Verbreitung hängen von der Festlegung marktmächtiger Unternehmen auf den betroffenen UKW-Märkten ab. Werden diese Märkte vollständig aus der Marktregulierung entlassen, unterliegt aber schon eine erneute Marktdefinition- und Marktanalyse für diese Märkte einer erhöhten Darlegungslast. Denn der Markt für Rundfunkübertragungsdienste ist nicht mehr in der Märkteempfehlung der EU-Kommission enthalten und auch die Verpflichtung der BNetzA, diesen Markt aufgrund der bestehenden Regulierung erneut zu überprüfen, würde dann entfallen.

6. Ergebnis

Nach alledem ist der Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhalteanbietern künftig regional abzugrenzen und als solcher regulierungsbedürftig. Selbst bei einer bundesweiten Marktabgrenzung entfällt diese Regulierungsbedürftigkeit nicht.

Zwar erscheint es nach unserer Auffassung durchaus denkbar, die sodann in einem zweiten Schritt zu erlassende Regulierungsverfügung auf eine Ex-post-Regulierung auf Grundlage des Missbrauchsmaßstabs aus § 28 TKG zu beschränken. In jedem Fall ist eine grundsätzliche sektorspezifische Kontrolle dieses Marktes nach den Maßstäben des TKG aber auch mit Blick auf die unter veränderten Marktgegebenheiten aufgerufenen bzw. vereinbarten wirtschaftlichen Konditionen unerlässlich.