

Abs.: VÖP, Kärntner Ring 5-7, 1010 Wien

Per Einschreiben

An den ORF

Kennwort: „ORF-Abrufdienst“

Würzburggasse 30

1136 Wien

vorab per e-mail an: stellungnahmen@orf.at

Wien, am 27.3.2019

Stellungnahme des Verbands Österreichischer Privatsender zum neuen Vorschlag des ORF für einen 'öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Filme und Serien)'

Sehr geehrte Damen und Herren,

am 11.2.2019 haben Sie einen neuen Vorschlag für einen 'öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Filme und Serien)' gemäß § 6a ORF-G auf Ihrer Website veröffentlicht und alle vom geplanten Angebot Betroffenen eingeladen, zu diesem Vorschlag bis längstens 27.03.2019 Stellung zu nehmen.

Der Verband Österreichischer Privatsender (VÖP) repräsentiert als Interessensvertretung der privaten Radio- und TV-Veranstalter alle wesentlichen, am österreichischen Markt tätigen privaten Rundfunkunternehmen. Die Mitglieder des VÖP betreiben und vermarkten Hörfunk- und Fernsehsender sowie programmbegleitende bzw. von ihren Programmen unabhängige Online-Angebote zum Abruf von Audio- und audiovisuellen Inhalten. Die Mitglieder des VÖP sind von dem geplanten Abrufdienstangebot („entgeltlicher-VoD-Dienst für Filme und Serien“) unmittelbar betroffen.

Der VÖP gibt binnen offener Frist zu diesem Vorschlag die beigefügte Stellungnahme ab. Wir ersuchen um Kenntnisnahme und Berücksichtigung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'CD', is written over the text 'Mit freundlichen Grüßen'.

Dipl. Kffr. Corinna Drumm
Geschäftsführung

VERBAND
ÖSTERREICHISCHER
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7
A-1010 Wien

Tel.: +43 (1) 2051160 1092

office@voep.at
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

27.3.2019

STELLUNGNAHME

des Verbands der Österreichischen Privatsender (VÖP)
zum (neuen) Angebotskonzept für einen öffentlich-rechtlichen entgeltlichen Abrufdienst für Filme und Serien

1. Zusammenfassung

Der ORF beabsichtigt, den kommerziellen Abrufdienst Flimmit in einen öffentlich-rechtlichen Abrufdienst für Unterhaltungsinhalte (Schwerpunkt: Filme und Serien) unter der Marke ‚ORF‘ umzuwandeln, der sich zum Teil aus Endkundenentgelten (Abonnements) und zum Teil aus Programmmentgelten (staatliche Beihilfe) finanzieren soll. Der gegenständliche Antrag zielt im Wesentlichen darauf ab, die (notwendige) behördliche Genehmigung für den Zufluss aus Programmmentgelten (staatliche Beihilfe) in der Höhe von anfangs 0,55 Millionen Euro zu erhalten.

Ein ähnlich gelagerter Antrag des ORF wurde letztes Jahr durch die KommAustria aufgrund des mangelhaften Finanzierungskonzepts abgewiesen (KOA 11.280/18-004), ohne dass sich die KommAustria zu den sonstigen Genehmigungsvoraussetzungen (kein Verstoß gegen materielles Recht, Wettbewerbsverträglichkeit, Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags, usw.) geäußert hätte.

Nunmehr beantragt der ORF die Genehmigung dieses Angebots erneut, inhaltlich weitgehend unverändert, einschließlich eines ausführlicheren Finanzierungskonzepts sowie einiger Änderungen am geplanten Tarifmodell (z.B. Wegfall der Einzelabruf-Option).

Unsere Analyse und Bewertung des (neuen) Angebotskonzepts kommt zum Ergebnis, dass auch der neue, überarbeitete Vorschlag **nicht genehmigungsfähig** ist.

Der Vorschlag ist nach wie vor in zentralen Punkten unbestimmt, und es fehlen vor allem Kriterien, z.B. zur Angebotsstruktur oder zur Preisgestaltung, die eine nachprüfende Kontrolle in Zukunft ermöglichen würden. Das Angebotskonzept erfüllt daher nicht die formelle Genehmigungsvoraussetzung der **ausreichenden Bestimmtheit**, und muss entweder entsprechend nachgebessert und konkretisiert werden, oder aber von der KommAustria zurückgewiesen werden (Pkt. 2.).

Darüber hinaus verstößt der Vorschlag gegen unabdingbare **gesetzliche Verbote**, und das gleich in mehrfacher Hinsicht (Pkt. 3):

- **Unternehmensgegenstand** (§ 2 ORF-G): Als ausschließliches Unterhaltungsangebot entspricht das Angebot nicht den Grundanforderungen des Unternehmensgegenstands, der für Online-Angebote einen Bezug zum Gesamtprogramm erfordert. Darüber hinaus fehlt Teilen des geplanten Inhalteangebots der geforderte **Programmbezug** – zum Teil in zeitlicher Hinsicht, zum Teil in inhaltlicher Hinsicht.
- **Grundanforderungen an Online-Angebote** (§ 4e und 4f ORF-G): Die Überschreitung aller wichtigen, dem Wettbewerbsschutz dienenden **Grenzen für das programmbegleitende Abrufangebot** (Fremdproduktionsverbot, Begrenzung der Zurverfügungstellungsdauer) und der Verstoß des Angebots gegen spezifische öffentlich-rechtliche **Online-Verbote** (Verbot ausschließlicher Unterhaltungsangebote, Verbot

von **E-Commerce-Angeboten**) sorgen für weitere, qualifizierte Gesetzesverstöße des geplanten Angebots.

Im Hinblick auf das Kriterium der '**wirtschaftlichen Tragbarkeit**' haben wir große Zweifel, dass die konkret geplante **Finanzierungsstruktur** – die staatliche Beihilfe soll die Kosten des technischen Betriebs der Plattform abdecken, während die Endkundenentgelte zur Deckung der Lizenzkosten für das Inhalteangebot herangezogen werden sollen – mit der Rechtsprechung des VwGH zur Austauschbeziehung zwischen Programmentgelt und ORF-Inhalteangebot (§ 31 Abs. 1 ORF-G) in Einklang gebracht werden kann. Im Hinblick auf das Erfordernis, eine **verbindliche Risikobeschränkung** zum Schutz der Gebührenzahler, die das VOD-Angebot nicht nutzen, einzuziehen, sind unseres Erachtens jedenfalls zusätzliche Auflagen erforderlich (u.a. ein verbindlicher Beihilfen-Maximalbetrag). Überhaupt sollte der Finanzrahmen des Angebots durch einen unabhängigen Gutachter überprüft werden.

Die von der BWB im vorangegangenen Genehmigungsverfahren geforderten **Auflagen** (Verbot von Kampfpreisen, Geltung des Gleichbehandlungsgebots für den Zugang zu ORF-Inhalten) vermögen zwar die **negativen Wettbewerbswirkungen** der zur Genehmigung beantragten staatlichen Beihilfe für das VOD-Unterhaltungsangebot zu dämpfen. Die äußerst hohe Wahrscheinlichkeit, dass die staatliche Beihilfe dazu führt, potentielle Wettbewerber effektiv vom einem Markteintritt abzuschrecken, können die von der BWB geforderten Auflagen jedoch nicht reduzieren, denn ihre Wirksamkeit setzt einen positiven Markteintrittsanreiz für dritte Anbieter voraus, der aufgrund der Übermacht des ORF am gegenständlichen Markt für entgeltliche österreichische VOD-Unterhaltungsangebote bei Vorliegen kaufmännischer Vernunft auszuschließen ist. Der geplanten Beihilfe ist daher die Wettbewerbsverträglichkeit abzusprechen; allenfalls kann durch zusätzliche Auflagen, die die **Nachbildbarkeit des ORF-Angebots durch Dritte** sicherstellen, eine höhere Wahrscheinlichkeit für einen künftigen Markteintritt (privater) dritter Anbieter geschaffen werden (Pkt. 4)

Die abschließende Prüfung, ob das Angebot einen wirksamen **Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags** bzw. zur Steigerung der Angebotsvielfalt leistet (Pkt. 5) verläuft im Ergebnis ebenfalls negativ: Die seitens des ORF behaupteten positiven Effekte sind in der Realität nicht zu erwarten bzw. dürften so gering ausfallen, dass sie die zu erwartenden negativen Effekte auf die Wettbewerbssituation und auf die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht aufzuwiegen geeignet sind.

- Nicht zu rechnen ist insbesondere mit einer Verbesserung der 'österreichischen kreativen Produktion', die, anstatt von nennenswerten zusätzlichen VoD-Lizenzlöhnen zu profitieren, unter der zu erwartenden Marktverengung zu leiden haben wird.
- Spürbare Vorteile für junge Seher werden ebenfalls nicht eintreten, da der Abrufdienst auch in Zukunft - so wie bisher - vorwiegend von **Kunden zwischen 30 und 55 Jahren** in Anspruch genommen werden wird.
- Und schließlich wird der ORF unter einer **Verwässerung seines öffentlich-rechtlichen Profils** und gegebenenfalls sogar unter einer Verschlechterung der Inanspruchnahme der öffentlich-rechtlichen Gesamtprogrammangebote (einschl. Informations-, Bildungs-, Kulturinhalten) zu leiden haben.

Das geplante Angebot des ORF erweist sich daher auf Basis des spezifischen Prüfungskatalogs der §§ 6ff ORF als **nicht genehmigungsfähig**.

2. Mangelnde Bestimmtheit des Angebotskonzeptvorschlags

§ 6a Abs. 1 Z 1 ORF-G verlangt, dass der ORF im Auftragsvorprüfungs-Vorverfahren (u.a.) das Angebotskonzept veröffentlicht und allen vom geplanten Angebot Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme gibt. Das zur Stellungnahme veröffentlichte Angebotskonzept muss u.a. die in § 5a Abs. 1 ORF-G festgelegten Mindestanforderungen beinhalten. Und es muss **'hinreichend bestimmt'** sein, da es nur unter diesen Umständen sinnvoll (vorab bzw. nachträglich) überprüft werden kann (siehe dazu Erl zur RV 611 B1gNR, 24 GP zu § 5a ORF-G: *Angebotskonzepte für einen Abrufdienst gemäß § 4e Abs. 4 ORF-G müssen z.B. darlegen, welche Sendungen und Sendereihen zum Abruf bereitgestellt werden, und welche technischen Vorkehrungen getroffen werden, um eine Speichermöglichkeit der Sendung zu unterbinden*).

Das Dokument, das der ORF als 'Vorschlag für einen öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)' zur Stellungnahme veröffentlicht hat, erfüllt diese Kriterien unseres Erachtens nicht. Dies gilt ganz besonders für Abschnitt 3 des Dokuments, der als 'Angebotskonzept für den öffentlich-rechtlichen Abrufdienst' bezeichnet wird (siehe S 18 - 27).

Im Bereich wesentlicher Angebotsdimensionen – der Struktur des VOD-Angebots und der Rahmenbedingungen für den Zufluss von Gebührenmitteln – ist das Angebot nicht ausreichend klar bzw. nicht ausführlich genug beschrieben, wodurch sich Bewegungs- und **Interpretationsspielräume** ergeben, die in Zukunft sehr leicht **zu Lasten des Wettbewerbs bzw. der Gebührenzahler** ausgenutzt werden können:

Dies betrifft zum einen vor allem den geplanten Angebotsinhalt, der nicht hinreichend bestimmt ist, um die Einhaltung der **Angebotsstruktur** (nicht: der konkret angebotenen Inhalte!) für die Zukunft überprüfbar zu machen.

- Verhältnis von ORF-Produktionen zu Kaufproduktionen: Das Verhältnis von ORF-Produktionen (zu denen wir Eigen-, Co- und Auftragsproduktionen des ORF zählen) zu Kaufproduktionen (zu denen wir alle sonstigen Produktionen Dritter zählen, unabhängig davon, ob sie jemals im ORF-Programm gezeigt wurden oder nicht), wird nicht definiert. Das ist ungenügend, da (potenzielle) Wettbewerber des ORF bei ihren VOD-Angeboten primär auf Kaufproduktionen Dritter angewiesen sind, und daher der **Anteil an Kaufproduktionen** im öffentlich-rechtlichen VOD-Angebot jedenfalls verbindlich beschränkt sein muss. Aus unserer Sicht sollte dieser Anteil **jedenfalls nicht 20% des Gesamtangebots** übersteigen, da andernfalls der öffentlich-rechtliche Charakter des Angebots zu verneinen wäre (siehe dazu auch unten Pkt. 3.1. und 3.2.).
- Kaufproduktionen mit ORF-Programmbezug: Im Vorschlag des ORF wird für Kaufproduktionen ein ‚ORF-Programmbezug‘ dann angenommen, wenn ein Film oder eine Serie ‚bereits in den ORF-Programmen ausgestrahlt wurde oder eine Ausstrahlung nach der Programmplanung erfolgen wird‘. Diese Beschreibung ist zu wenig präzise, da keinerlei **zeitlicher Bezug** zwischen dem Zeitpunkt der Ausstrahlung im ORF-Programm und dem Zeitpunkt des erstmaligen Angebots im Rahmen des Pay-VOD-Angebots hergestellt wird. Da beinahe alle (Hollywood)- ‚Blockbuster‘ irgendwann einmal im ORF-Programm gezeigt wurden bzw. werden, könnte – mangels verbindlichem zeitlichen Rahmen für die Herstellung des Programmbezugs – z.B. ein

umfangreicher (Hollywood-)Blockbuster-Katalog angeboten werden. Ein solches Angebot wäre schon an sich gesetzwidrig (siehe unten zum Unternehmensgegenstand, Pkt. 3.1.), ist uE aber auch aus Bestimmtheiterfordernissen abzulehnen. Unseres Erachtens darf der zeitliche Abstand zwischen linearem Programmangebot und erstmaliger Verfügbarmachung im Pay-VOD-Angebot **einen Monat** nicht übersteigen – andernfalls ist für einen durchschnittlichen Verbraucher kein Bezug zum ORF-Programm (!) mehr herstellbar.

- Maximaldauer der Bereitstellung von Kaufproduktionen (einschl. sog. Fremdproduktionen): Auf Basis des vorliegenden Vorschlags ist (mangels Konkretisierung) davon auszugehen, dass alle Inhalte, insb. alle Kaufinhalte, zeitlich unbefristet angeboten werden (können). Eine unbefristete Maximaldauer der Bereitstellung von Kaufinhalten ist uE unangemessen und im Hinblick auf den Wettbewerbsschutz (und den erforderlichen Programmbezug) viel zu weitgehend (siehe dazu auch unten 3.2.) Wir fordern daher die Festlegung einer verbindlichen **Maximaldauer von 3 Monaten für Kaufinhalte** (ab erstmaliger Bereitstellung).
- Maximalanteil von ‚Fremdproduktionen‘: Laut Angebotsbeschreibung sollen in ‚*quantitativ untergeordnetem Umfang (ca. 5% des Katalogvolumens) sonstige Kaufproduktionen (Fremdproduktionen) bereitgestellt werden*‘, um ‚*im Rahmen einer Kontextualisierung neue Perspektiven zu im Rahmen von ORF-Fernsehsendungen transportierten Themenschwerpunkten zu liefern*‘ bzw. - auch ohne Kontext zum ORF-Programm - ‚*zur Erhöhung der Attraktivität des Gesamtangebots*‘ beizutragen. Wir sind der Ansicht, dass – schon aus Bestimmtheitsgründen – ein eindeutiger **Maximalanteil für ‚Kontext-Fremdproduktionen‘** festgelegt werden muss. Dieser (Maximal-)Anteil sollte **nicht über 1% des Gesamtangebots** liegen. Bei einem Gesamtangebot von (derzeit) mehr als 9000 Titeln bedeutet dieser Wert, dass bis zu 90 Filme/Serien zur ‚Kontextualisierung‘ angeboten werden könnten; das sollte jedenfalls ausreichend sein. (Anm: Wir halten das Angebot von ‚Fremdproduktionen‘ ohne Programmbezug aus grundsätzlichen Erwägungen (Widerspruch zum Unternehmensgegenstand) für gesetzwidrig; siehe dazu unten 3.1.).
- Anteil außereuropäischer Produktionen und Anteil an Produktionen mit Österreich-Bezug: Laut Angebotsbeschreibung soll der Schwerpunkt des Pay-VOD-Angebots bei Österreich-Inhalten liegen – ergänzt um europäische Inhalte. Dieses Angebotscharakteristikum muss in eine nachprüfbare Form gebracht werden – zum Schutz des Wettbewerbs und im Interesse der gebührend zahlenden Kunden. Wir schlagen einen verbindlichen Mindestanteil an europäischen Inhalten (mindestens 90%) und einen **verbindlichen Mindestanteil an Inhalten mit Österreich-Bezug** (mindestens 80%) vor.

Auch die **Finanzierungsgrundlagen** des geplanten Dienstes sind nicht hinreichend genau beschrieben. (Anm: Wir gehen allerdings davon aus, dass die geplante Mischfinanzierung als solche gesetzwidrig ist; siehe dazu unten 3.4).

- Festlegungen in Bezug auf den Zufluss von Programmengelten: Der Vorschlag enthält keine Festlegung dahingehend, unter welchen konkreten Umständen die Voraussetzungen (‚wirtschaftliche Tragbarkeit‘) für einen Zufluss von Programmengelten zu bejahen sind. Wir gehen davon aus, dass ein Zufluss von Programmengelten nur in dem Ausmaß gestattet sein kann, wie dies **zur Deckung tatsächlicher Nettokosten des Angebots erforderlich** ist (d.h. maximal in dem Ausmaß, in dem die Kosten der Bereitstellung des Angebots die Angebotserlöse übersteigen), und dass der Zufluss von Programmengelten der Höhe nach auf einen **bestimmten**

Maximalbetrag pro Jahr zu begrenzen ist (da andernfalls das Nettokostenrisiko nach oben aus Sicht der Gebührenzahler nicht gedeckelt ist und daher das Risiko nicht als wirtschaftlich tragbar zu qualifizieren ist). Darüber hinaus muss klargestellt sein, dass der Zufluss von Programmentgelten beendet werden muss, wenn aufgrund einer vernünftigen wirtschaftlichen Prognose die kommerzielle Tragbarkeit des Dienstes anzunehmen ist (siehe dazu unten ausführlich, Pkt. 3.4.).

- Festlegungen in Bezug auf Verluste aus Vorperioden sowie die Bewertung des Betriebsvermögens: Wir halten es für ausgeschlossen, dass das neue ORF-VOD-Angebot mit finanziellen Lasten/Risiken aus der eigenen kommerziellen Vergangenheit des Angebots belastet werden darf (siehe dazu unten). Die Angebotsbeschreibung muss daher in eindeutiger Weise zum Ausdruck bringen, dass Verluste des (stand-alone-)kommerziellen (Flimmit-)Angebots aus der Vergangenheit auch aus stand-alone-kommerziellen Erlösen des ORF abgedeckt werden müssen, sodass der neue öffentlich-rechtliche VOD-Dienst ohne wirtschaftliche Belastung der Vergangenheit sein Angebot starten könnte. Die bilanziellen und kostenrechnerischen Voraussetzungen (einschl. der Bewertung des vorhandenen Betriebsvermögens) wären uE durch einen unabhängigen Sachverständigen festzustellen bzw. zu überprüfen und allenfalls durch entsprechende Auflagen abzusichern.
- Sonstige fehlende Festlegungen: Der Vorschlag des ORF geht davon aus, dass das VOD-Angebot in vielen verschiedenen technischen Zugangsformen bereitgestellt wird bzw. werden kann (u.a. im Wege von SmartTV, HbbTV, Satellit). Es ist uE unklar, welche technischen Verbreitungsformen vom neuen Auftrag überhaupt gedeckt sein dürfen bzw. gedeckt sind. Das finale Angebotskonzept müsste jedenfalls ausreichend bestimmt die zulässigen technischen Verbreitungsformen bestimmen.

Fazit: Aus unserer Sicht erfüllt der Vorschlag des ORF in der vorliegenden Form das Kriterium ausreichender Bestimmtheit nicht. Der Vorschlag ist daher entweder durch den ORF zu konkretisieren, oder aber durch entsprechende Auflagen der Behörde in den relevanten Dimensionen eindeutig und **einer nachprüfenden Kontrolle zugänglich** zu gestalten. Andernfalls wäre der Antrag des ORF zurückzuweisen.

Wir möchten in diesem Zusammenhang darauf hinweisen, dass Änderungen am Angebotskonzept, die der ORF nachträglich – nach Durchlaufen der Vorprüfungsphase – vornimmt und die **geeignet sind, sich auf die Genehmigungsfähigkeit des Angebotskonzepts auszuwirken**, vor formaler Einleitung des Auftragsvorprüfungsverfahrens einer **erneuten Vorprüfungsphase** zu unterziehen sind. Nur unter diesen Voraussetzungen sind die vom Angebot betroffenen Marktteilnehmer auch tatsächlich in der Lage, wirksam ihr Stellungnahmerecht auszuüben. Andernfalls liegt uE ein Verstoß gegen das ORF-G bzw. gegen die Regeln des Amsterdam-Tests vor.

3. Unmittelbare Verstöße des Angebotskonzepts gegen das ORF-G

Das Angebotskonzept verstößt in der vorliegenden Form gegen eine Reihe von im Rahmen einer Auftragsvorprüfung nicht disponierbaren Geboten bzw. Verboten des ORF-G.

3.1. Verstöße gegen § 2 ORF-G (Unternehmensgegenstand)

§ 2 Abs. 1 ORF-G legt die Grenzen des zulässigen Tätigkeitsumfangs des ORF abschließend fest. Weder Tätigkeiten im Bereich des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags noch kommerzielle Aktivitäten dürfen außerhalb der durch § 2 Abs. 1 ORF-G gezogenen Grenzen liegen.

Gemäß § 2 Abs.1 ORF-G umfasst der Unternehmensgegenstand des ORF (soweit für die hier angestellte Betrachtung relevant) u.a. die Veranstaltung von Rundfunk (Z 1), die Bereitstellung von mit der Tätigkeit nach Z 1 in Zusammenhang stehenden Online-Angeboten (Z 2), den Betrieb von technischen Einrichtungen, die für die Veranstaltung von Rundfunk und Teletext oder die Bereitstellung von Online-Angeboten notwendig sind (Z 3), sowie alle Geschäfte und Maßnahmen, die für die Tätigkeiten nach Z 1 bis 3 oder die Vermarktung dieser Tätigkeiten geboten sind (Z 4).

Die Gesetzesmaterialien (ErlRV 611, BlgNR, 24.GP) erläutern, wann ein Online-Angebot mit der Tätigkeit nach Z 1 in Zusammenhang steht: "Mit Rundfunk 'in Zusammenhang stehende' Online-Dienste (Abs. 1 Z 2) sind solche, die sich inhaltlich auf die Rundfunkprogramme des ORF im Sinne eines ergänzenden Zusatzangebotes beziehen."

Auch wenn der ORF in der Begründung des Angebotskonzeptvorschlags mehrfach versucht, den Zusammenhang des Angebots mit den Rundfunkprogrammen des ORF herzustellen, bestehen ganz erhebliche Zweifel daran, dass das geplante Angebot tatsächlich als eine Tätigkeit im Rahmen des (zulässigen) Unternehmensgegenstandes betrachtet werden kann.

3.1.1. Unzulässigkeit eines reinen Unterhaltungsangebots

Dies betrifft zunächst einmal den Inhalt des geplanten Angebots: Es sollen (praktisch ausschließlich) fiktionale Inhalte, also Unterhaltungsinhalte, zum Abruf angeboten werden. Die ORF-Fernsehprogramme dürfen jedoch weder ausschließlich noch überwiegend aus Unterhaltungsinhalten bestehen. Für die TV-Programme gelten (wenn auch uE nicht ausreichend gesetzlich konkretisiert) Pflichten zur Differenzierung und Ausgewogenheit der Programmgestaltung in allen vier gesetzlichen Kategorien (insb. § 4 Abs. 2 und 3 ORF-G).

Wenn nun die Gesetzesmaterialien klarstellen, dass sich Online-Zusatzangebote "inhaltlich auf die Rundfunkprogramme des ORF beziehen" müssen, so schließt dies uE **in sich geschlossene und abgetrennte Online-Angebote**, die nicht das TV-Programm in seiner Gesamtheit ergänzen, sondern **ausschließlich spezifische Programmkategorien** (z.B. Sport-VoD-Angebot; Kultur-VoD-Angebot, oder eben 'Unterhaltungs-VoD-Angebot) oder **noch engere Angebotssegmente** umfassen (wie hier: 'VoD-Angebot für Spielfilme und fiktionale Serien'), aus.

Dieses Verständnis ist gerade im Kontext des ORF-Angebots im Unterhaltungsbereich jedenfalls angezeigt. Der ganz erhebliche Umfang des Unterhaltungsangebots des ORF in den beiden TV-Hauptprogrammen wird immer wieder damit gerechtfertigt, dass **Unterhaltungsangebote notwendig sind, um das Zuseherinteresse für die ORF-Programme in ihrer Gesamtheit zu erhalten** und im Wege eines mit Unterhaltungsinhalten durchmischten Gesamtprogramms die besonderen öffentlich-rechtlichen Ziele (umfassende Information der Gesamtbevölkerung, Schaffung von Verständnis für Demokratie, europäische Integration, usw.) wirkungsvoll erreichen zu können.

Dieses Argument zur Rechtfertigung kann in Bezug auf das gegenständliche Angebot nicht herangezogen werden: Wird ein Angebot ausschließlich auf Unterhaltungsinhalte aufgebaut, so dient es **ausschließlich der Unterhaltung**, und kann sich auch nur auf die Unterhaltungsinhalte des TV-Programms beziehen - nicht aber auf das Programm in seiner Gesamtheit.

Das geplante VOD-Angebot ist daher in der gegenständlichen Form (VOD für Filme und Serien) unzulässig.

3.1.2. Fehlender zeitlicher Programmbezug für Kaufinhalte Dritter

Der (gesetzlich geforderte) Zusammenhang zum TV-Programm fehlt aber nicht nur in inhaltlicher, sondern auch in **zeitlicher Hinsicht**.

Das ORF-Angebotskonzept spricht davon, dass der nötige **Programmbezug** dadurch hergestellt wird, dass **Kaufproduktionen im ORF-Programm (irgendwann) gezeigt wurden** oder aber laut aktueller Programmplanung gezeigt werden. Das ist jedoch zu wenig, denn der Umstand, dass ein Film oder eine Serie *irgendwann* im ORF gezeigt wurde, trifft auf praktisch alle massenattraktiven Filme und Serien von US-amerikanischer, aber auch europäischer oder deutscher Herkunft zu.

Das gänzliche Fehlen eines sinnvollen zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Ausstrahlung im Rahmen des TV-Programms und dem VOD-Angebot überdehnt das gesetzliche Erfordernis des Programmbezugs (§ 2 Abs. 1 Z 2: „*Onlineangebot, das mit der Veranstaltung von Rundfunk in Zusammenhang steht*“). Der fehlende zeitliche Bezug muss daher saniert werden (siehe dazu schon oben, Pkt. 2 – zur mangelnden Bestimmtheit des Angebotskonzepts).

Aus unserer Sicht kann von einem relevanten zeitlichen Bezug nur dann gesprochen werden, wenn die Ausstrahlung des Films oder der Serie in der Erinnerung der Zuseher auch tatsächlich noch dem ORF-Programm zugeordnet werden kann. Wir gehen davon aus, dass die Erinnerung der Zuseher daran, dass sie einen Film oder eine Serie im ORF sehen wollten bzw. gesehen haben, kaum länger als einen Monat im Gedächtnis bleibt. (Anm: Der Umstand, dass ein Zuseher einen Film gesehen hat oder sehen wollte, ist allein nicht ausreichend; unter diesen Umständen fehlt der konkrete *ORF-Programmbezug*).

Die „TVthek“ des ORF entspricht sowohl den zeitlichen als auch den inhaltlichen Kriterien des § 2 Abs. 1 Z 1 ORF-G: Die Inhalte der TVthek beziehen sich auf das Gesamtprogramm und enthalten sowohl Unterhaltungs-, als auch Informations-, Kultur-, und Sportinhalte. Und auch der zeitliche Kontext ist bei der TVthek gegeben: Die Inhalte sind

in einem Rahmen von (grundsätzlich) sieben Tagen abrufbar - wodurch aus Sicht verständiger Nutzer des Angebots ein **klarer Zusammenhang** zwischen Echtzeitprogramm und Abrufdienst hergestellt wird.

3.1.3. Unzulässigkeit des Angebots von Kaufrechten ohne (inhaltlichen) Programmbezug

Der ORF plant offenbar, auch Filme und Serien (im Ausmaß von ca. 5% des Gesamtangebots) anzubieten, die keinerlei Programmbezug aufweisen (S 16: „Die beabsichtigte Abrufbarkeit von Kaufproduktionen, die nicht in ORF-Programmen verbreitet wurden oder ... werden sollen, wird im Sinne einer Ergänzung der Plattform und auch als gebotene Vermarktungsmaßnahme nach § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G vom Unternehmensgegenstand getragen, ... hebt die Attraktivität des Abrufdienstes ...“).

An diesem Punkt ist dem ORF zu widersprechen. Das Angebot von Kauf-Filmen und Serien, die keinen Programmbezug aufweisen, ist **keine Vermarktungsmaßnahme zugunsten des Angebots**, sondern **betrifft das Angebot selbst**. (Arg.: Andernfalls könnte z.B. das ORF-Online-Angebot (orf.at) durch verlegerische Online-Inhalte (z.B. umfangreiche Berichterstattungen, Analysen, usw.) ergänzt werden und vom ORF damit gerechtfertigt werden, dass die Ergänzung von orf.at durch verlegerische Online-Inhalte bloß eine ‚gebotene Vermarktungsmaßnahme‘ sei, die die Attraktivität des Online-Angebots hebt).

Abgesehen davon, dass wir den Maximalumfang des Angebots von Kauf-Filmen und Serien, die weder im ORF-Programm gezeigt wurden noch werden, für zu unbestimmt halten („ca. 5%“; siehe dazu oben, Pkt. 2), vertreten wir die Auffassung, dass das Angebot von Filmen und Serien **ohne jeden Programmbezug** (also auch ohne ‚Kontextualisierungs‘-Zusammenhang) **ausnahmslos gegen § 2 Abs. 1 Z 1 verstößt**.

Das Angebot von Kauf-Filmen und Serien ohne Programmbezug ist dem ORF daher ausdrücklich zu untersagen.

3.2. Verstoß gegen grundlegende Prinzipien des § 4e Abs. 4 ORF -G

Als Ergebnis des Beihilfeverfahrens wurde dem ORF ein besonderer Auftrag für das Angebot eines Abrufdienstes für Sendungen, die im Rahmen der ORF-Fernseh- und Hörfunkprogramme ausgestrahlt worden sind, auferlegt. § 4e Abs. 4 ORF-G definiert für dieses Angebot u.a. folgende Prämissen:

- Der Abrufdienst darf **ausschließlich Sendungen** umfassen, die **vom ORF selbst oder in seinem Auftrag hergestellt** wurden.
- Die Bereitstellung von Sendungen zum Abruf ist für einen **Zeitraum von bis zu sieben Tagen nach Ausstrahlung**, im Fall von Premium-Sportbewerben nur bis zu 24 Stunden nach Ausstrahlung, gestattet. Archive mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten dürfen zeitlich unbefristet zum Abruf bereitgestellt werden.
- Vorankündigungen von Sendungen im Rahmen des Abrufdienstes sind innerhalb eines angemessenen Zeitraums vor Ausstrahlung im Fernsehprogramm zulässig.

Wie den Materialien zu § 4e ORF-G (Erl zur RV 611 BlgNR, 24.GP) zu entnehmen ist, erfolgte die Konkretisierung des zulässigen Online-Abruf-Angebots insbesondere aus wettbewerbsrechtlichen Überlegungen sehr eng, da im Online-Bereich, anders als im Bereich des klassischen Rundfunks, grundsätzlich keine quantitative Beschränkung des

Angebots technisch vorgezeichnet ist und es daher der **Wettbewerbsschutz** erforderlich macht, den **zulässigen Angebotsbereich des ORF in Bezug auf Abrufdienste** auf Basis der genannten Kriterien abzugrenzen.

Diese Überlegungen sind auch heute noch valide. Der Wettbewerbsdruck für private Anbieter in Österreich hat seit der Neufassung des ORF-G noch deutlich an Intensität zugenommen, weshalb dem Schutz privater Wettbewerber in Österreich noch mehr Bedeutung zukommen muss als zum Zeitpunkt der Gesetzgebung des §§ 4e ORF-G.

In den Materialien (und in § 4f Abs. 1 ORF-G) wird zwar festgehalten, dass die von § 4e ORF-G gezogenen Grenzen nicht abschließend sind, sodass Online-Angebote, die über diese Grenzen hinausgehen, theoretisch auf Basis einer Interessensabwägung im Rahmen der Auftragsvorprüfung genehmigt werden könnten. Aufgrund der ausdrücklichen Zielsetzung von § 4e ORF-G - dem Schutz privater Mitbewerber im Wettbewerb mit dem ORF - ist jedoch klar: **Je weiter sich ein geplantes Abrufangebot des ORF über die von § 4e Abs. 4 ORF-G gezogenen Grenzen hinausbewegt, desto stärker steht es in einem Spannungsverhältnis zum eigentlichen Schutzzweck des § 4e ORF-G**, also dem Schutz privater Wettbewerber des ORF, und umso höher müssen die Anforderungen an die "Erfüllung der sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnisse der österreichischen Bevölkerung" und an die "wirksame Erbringung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags, insbesondere zur Erreichung der in § 4 Abs. 1 und 5a genannten Ziele" sein (§ 6b Abs. 1 Z 1 ORF-G).

Das verfahrensgegenständliche Angebot geht nun nicht bloß graduell über die von § 4e Abs. 4 ORF-G gezogenen Grenzen hinaus, sondern es ignoriert diese Schranken beinahe zur Gänze:

- Das VoD-Angebot soll nicht nur originäre ORF-Inhalte (Eigen-/Auftragsproduktionen) enthalten, sondern in erheblichem Umfang auch **Fremdproduktionen**, teilweise sogar Fremdproduktionen ohne Programmbezug (siehe dazu schon oben 2. bzw. 3.1.).
- Es sollen auf der VoD-Plattform auch **Erstausstrahlungen** angeboten werden.
- Es ist geplant, **sämtliche Inhalte** 'dauerhaft', also **zeitlich unbegrenzt**, zugänglich zu machen.

Das geplante Angebot steht daher nicht bloß in einem Spannungsverhältnis zu § 4e Abs. 1 und 4 ORF-G, das im Rahmen einer Abwägungsentscheidung gem. §§6ff ORF-G überbrückbar sein könnte, sondern es widerspricht und überschreitet alle (oben angeführten) Prinzipien, die für das TVthek-Angebot gelten.

Die Genehmigungsfähigkeit des Angebots ist in der vorliegenden Form daher u.E. ausgeschlossen. Um die Genehmigungsfähigkeit herzustellen, müsste das Ausmaß an Fremdproduktionen auf ein klar überprüfbares Maximum (von 20%; siehe oben Pkt. 2) begrenzt werden, Fremdproduktionen ohne Programmbezug ebenso untersagt werden wie Erstausstrahlungen, und – zumindest für Fremdproduktionen – eine zeitliche Beschränkung für die Maximaldauer der Bereitstellung (max. 3 Monate; siehe schon oben Pkt. 2) eingezogen werden.

3.3. Verstoß gegen Online-Verbote gemäß § 4f ORF-G

§ 4f ORF-G definiert den verbindlichen Rahmen für die Bereitstellung zusätzlicher (also nicht bereits im ORF-G vordefinierter) öffentlich-rechtlicher Online-Dienste.

Gemäß § 4f Abs. 1 ORF-G hat der "Österreichische Rundfunk (...) nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit über das Angebot nach § 4e hinaus weitere Online-Angebote bereitzustellen, die einen wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags (§ 4) leisten. Darunter fallen auch Abrufdienste".

§ 4f Abs. 2 ORF-G zählt (in Form einer Negativliste) Arten von Online-Angeboten auf, die jedenfalls als verboten gelten und daher auch nicht im Rahmen einer Auftragsvorprüfung genehmigungsfähig sein können. Zu den explizit verbotenen Online-Angeboten zählen a) "Spiele und Unterhaltungsangebote, sofern sie nicht einen über § 4 Abs. 1 Z 8 ORF-G [d.h. über die "Darbietung von Unterhaltung"] hinausgehenden Bezug zum öffentlich-rechtlichen Kernauftrag haben" (Z 15), und b) "E-Commerce und E-Banking" (Z 19).

Das geplante öffentlich-rechtliche VoD-Angebot verstößt gegen die oben genannten Vorgaben:

Zunächst erweist sich das Angebot bei genauerer Betrachtung (siehe sogleich unten Pkt. 3.4.) als '**wirtschaftlich untragbar**'.

Auch leistet das konkrete Angebot **keinen 'wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags'** (siehe dazu noch ausführlich, unten Pkt. 5).

Das Angebot verstößt auch gegen die Verbotsnorm des § 4 Abs. 2 Z 15, da es sich um ein "**Unterhaltungsangebot**" iS der Bestimmung handelt. Z 15 leg cit verbietet „*Spiele und Unterhaltungsangebote, sofern sie nicht einen über § 4 Abs. 1 Z 8 ORF-G hinausgehenden Bezug zum öffentlich-rechtlichen Kernauftrag haben; jedenfalls unzulässig sind Spiele und Unterhaltungsangebote, die keinen Sendungs- oder Angebotsbezug haben*“. Das gegenständliche VOD-Angebot des ORF wird zwar (bzw. muss – siehe § 2 Abs. 1 Z 2 ORF-G) Sendungs- bzw. Programmbezug aufweisen, es ist jedoch nicht zu erkennen, inwieweit das VOD-Angebot einen über § 4 Abs. 1 Z 8 ORF-G – also die „Darbietung von Unterhaltung“ - hinausgehenden Bezug zum öffentlich-rechtlichen Kernauftrag haben soll. Welchem Zweck, wenn nicht Unterhaltung, soll das ausschließlich fiktionale VOD-Angebot dienen? Den Zwecken der Information, Kultur oder Sports ganz offensichtlich nicht. Auch sonst ist nicht erkenntlich, dass das Angebot einer spezifischen, in § 4 Abs. 1 ORF-G genannte Zielsetzung – außer: Darbietung von Unterhaltung – dienen soll. Wir gehen daher davon aus, dass das gegenständliche Angebot – als reines Unterhaltungsangebot – gegen die Verbotsnorm des § 4f Abs. 2 Z 15 ORF-G verstößt.

Das Angebot erweist sich aber auch noch aus einem weiteren Grund als rechtswidrig: Es handelt sich um ein (verbotenes) **E-Commerce-Angebot** iSv § 4f Abs. 2 Z 19 ORF-G. Als E-Commerce gilt der elektronische Handel von physischen und digitalen Gütern, u.a. das Streaming von Filmen und Serien gegen Entgelt. Das geplante Angebotsmodell ‚Abonnement‘ erlaubt einen entgeltlichen Zugriff auf einen Katalog fiktionaler audiovisueller Inhalte – und fällt daher unter die Definition eines E-Commerce-Geschäfts.¹ Das gegenständliche VoD-Angebot wird daher als gegen 4f Abs. 2 Z 19 ORF-G verstoßend zu untersagen sein.

¹ Siehe dazu auch die derzeitigen Nutzungsbedingungen von Flimmit, u.a. die Ausgestaltung der Nutzer-, und der Informations- und Rücktrittsrechte, unter <https://www.flimmit.com/agb/nutzungsbedingungen/>.

3.4. Fehlende wirtschaftliche Tragbarkeit des VoD-Dienstes (§ 4f ORF-G)

Die KommAustria hat den Erstantrag des ORF zur Genehmigung des gegenständlichen VOD-Angebots mit Bescheid abgewiesen (KOA 11.280/18-004), da die Angaben im Finanzierungskonzept des Antrags ungenügend bzw. zu unbestimmt waren, um ein abschließendes Urteil über die ‚wirtschaftliche Tragbarkeit‘ des Angebots iSd § 4f Abs. 1 ORF-G zu treffen.

Der Bescheidbegründung ist (nach unserem Verständnis) zu entnehmen, dass sich die KommAustria der Ansicht des ORF anschließt, dass es nicht grundsätzlich dem ORF-G (§§ 3f, 31) widerspricht, Endkunden einen Kostenbeitrag (in Form eines Endkundenentgelts) für den Zugang zu einem öffentlich-rechtlichen VOD-Angebot abzuverlangen. Die KommAustria ist allerdings sehr zurückhaltend, was den Umfang des Zuflusses von Programm-entgelten in ein (entgeltliches) VOD-Angebot anlangt, insbesondere im Hinblick auf die **Begrenzung des wirtschaftlichen Risikos**, das sich durch eine (teilweise) Gebührenfinanzierung des VOD-Dienstes für Nutzer ergibt, die das VOD-Angebot selbst nicht nutzen (Arg. *„je weniger Nutzer bereit sind, für das geplante Angebot einen Kostenbeitrag zu leisten, desto höher der Beitrag aus dem Programmengelt aller Gebührenzahler, also auch jener, die den Dienst nicht nutzen.“*) Daher betont die KommAustria die Notwendigkeit eines hohen Bestimmbarkeitsgrads bzw. der **Determinierung des (gebührenfinanzierten) Finanzierungsanteils** als wesentliches Kriterium für die Zulässigkeit der Beihilfe (i.e. des Programmengelt-Zuflusses).

3.4.1. Zweifel an der Gesetzmäßigkeit der geplanten Finanzierungsstruktur

Auch wenn die KommAustria im o.a. Bescheid (KOA 11.280/18-004) offenbar zum Ergebnis kommt, dass eine gemischte Finanzierungsstruktur (Kostenbeitrag von Endkunden *zusätzlich* zur Programmengeltfinanzierung) grundsätzlich mit dem ORF-G vereinbar ist, bleiben unsere Zweifel an der Gesetzmäßigkeit dieser Mischfinanzierungsstruktur aufrecht: § 31 Abs. 1 ORF-G geht von einer Austauschbeziehung zwischen Programmengelt und freiem Empfang der (Radio-/TV-) Programminhalte, einschließlich der programm-*begleitenden* Inhalte des ORF, aus und **untersagt** es insoweit, Endkunden für den Empfang von Programminhalten - und **programmbegleitenden Inhalten wie den hier beantragten VOD-Inhalten - ein über das Programmengelt hinausgehendes, zusätzliches Entgelt** abzuverlangen (siehe dazu § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G: zu den im Rahmen des Versorgungsauftrags erbrachten Diensten zählen ausdrücklich auch *"die Bereitstellung von mit Rundfunkprogrammen nach Abs. 1 und Abs. 8 im Zusammenhang stehenden Online-Angebote gemäß § 4e und § 4f"* ORF-G). Dieses Verständnis ist uE auch aus dem von ORF und KommAustria mehrfach zitierten Erk des VwGH zu Ro 2014/03/0067 abzulesen, das die Zulässigkeit der Einhebung eines Kostenbeitrags von Nutzern ausschließlich aufgrund des zusätzlich erforderlichen Kostenaufwands für die Entschlüsselung des SAT-Signals (im Wege einer Digital-SAT-Karte) anerkennt.

Umgelegt auf die Finanzierung des gegenständlichen VOD-Angebots könnte also allenfalls argumentiert werden, dass die technischen (Zusatz-)Kosten der Bereitstellung des VOD-Angebots in Form von Kostenbeiträgen (=Endkundenentgelten) auf die Nutzer des Angebots umgelegt werden dürfen. Die Kosten der (programmbegleitenden) Inhalte müssten insoweit bereits mit den Programmengelten abgegolten sein. Die vom ORF geplante Finanzierungsstruktur – die Inhalte-Kosten sollen in Form von Endkunden-Ent-

gelten abgegolten werden, der technische Betrieb der Plattform aber aus den Programmengelten finanziert werden – widerspricht somit gleich zweifach dem VwGH-Erkenntnis.

Wir gehen daher davon aus, dass die Finanzierungsstruktur schon grundsätzlich gesetzwidrig und daher auch nicht genehmigungsfähig, ist.

3.4.2. Sonstiges zur Finanzierungsstruktur

Im Zuge ihrer Bewertung der Finanzierungsstruktur des VOD-Angebots im Rahmen der vorangegangenen AVP prüfte die KommAustria insbesondere, ob die Höhe des Zuflusses aus Programmengelten **ausreichend determiniert** ist, sodass das wirtschaftliche Risiko für jene Nutzer, die das VOD-Angebot nicht in Anspruch nehmen (es aber über ihre Programmengelte letztlich mitfinanzieren) klar eingrenzbar bzw. beherrschbar ist (KOA 11.280/18-004). Die KommAustria kam zu dem Ergebnis, dass die Angaben des ORF nicht ausreichend waren, um dieses Prüfkriterium zu erfüllen, und wies den Genehmigungsantrag des ORF ab.

Im nun vorliegenden Entwurf hat der ORF die Angaben zum Finanzierungskonzept (siehe S 10ff) im Vergleich zum Erstentwurf umgestaltet. Die neue Finanzierungsstruktur folgt der Idee, dass die (als solche bezeichneten) ‚Fixkosten der Plattform‘ aus öffentlich-rechtlichen Gebühren und die ‚variablen Kosten‘ über Abo-Entgelte der Nutzer finanziert werden. In Summe sollen die jährlichen Kosten für die Bereitstellung und Betreuung der Plattform (i.e. die Fixkosten) EUR 550.000 betragen, und sich im Zeitverlauf konstant (valorisiert) entwickeln. Auf diese Weise soll ein gegenüber dem Erstantrag ausreichender Determinierungsgrad der zu leistenden Beihilfe gewährleistet werden.

Wir halten das vorgelegte Finanzierungskonzept (siehe ‚öffentlich-rechtlicher Business-Case‘; S 11ff) für **unseriös**, weil die nun vorgelegten Annahmen in Bezug auf Kundenzahlen und Endkundenerlöse nur mehr etwa ein Fünftel (!) dessen betragen, was im letzten Finanzplan im Zuge des ersten Vorprüfungsverfahrens vor etwas mehr als einem Jahr vorgelegt wurde. Wir betrachten den Finanzplan auch als äußerst **unpräzise**, unter anderem weil Kostenelemente zu den ‚Fixkosten‘ gerechnet werden, die jedenfalls als variabel zu betrachten sind (u.a. die sog. Akquise-Kosten; vermutlich zT auch die Personalkosten). Insgesamt scheint uns der vorgelegte Finanzplan vom Ziel bestimmt, ein **Rechtfertigungsgerüst für eine Beihilfe in Höhe von 0,55 Millionen EUR pro Jahr** zu bauen, anstatt ein möglichst wahres und realistisches Bild der Finanzplanung des beabsichtigten VOD-Angebots zu zeichnen. So ist es durch eine 80%ige Reduktion der Kunden- und Erlösannahmen und einer großzügigen Definition von ‚Fixkosten gelungen, den Beihilfenbedarf im Vergleich zum Erstvorschlag von vor einem Jahr stabil zu halten (0,55 Millionen pro Jahr), und ausschließlich aus der Bereitstellung der technischen Plattform heraus zu argumentieren.

Wir haben wie erwähnt starke Zweifel an der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Mischfinanzierungsstruktur (siehe oben 3.4.1.). Sollte die KommAustria eine Mischfinanzierung des Dienstes aus Endkundenentgelten und Programmengelten für grundsätzlich zulässig erachten, so sollte unter den gegebenen Umständen zumindest eine unabhängige gutachterliche Evaluierung der Finanzplanung stattfinden, und es sollte der Zufluss von Programmengelten durch entsprechende Auflagen gedeckelt und befristet werden:

Unabhängige gutachterliche Evaluierung: Die vom ORF vorgelegte Finanzplanung (Kostenstruktur, Business Plan) sollte durch einen unabhängigen Gutachter (idealerweise auf Basis eines von der KommAustria beauftragten Amtsgutachtens) evaluiert werden. Durch das Gutachten wäre u.a. zu klären, welche der Kostenpositionen des Finanzierungskonzepts tatsächlich als (angebots-/absatzmengenunabhängige) **Fixkosten** und welche als variable Kosten zu qualifizieren sind, und ob die Höhe der Kostenpositionen und die Abschätzung ihrer zukünftigen Entwicklung einer unabhängigen fachkundigen Kontrolle gerecht werden. Diese Evaluierung sollte selbstverständlich auf Basis aktueller Geschäftszahlen und Finanzinformationen (einschließlich 2018, sowie einschließlich des aktuellen Budgets und Business Plan von Flimmit für 2019 bis 2022) vorgenommen werden.

Die gutachterliche Bewertung müsste uE auch die **internen Leistungsflüsse im ORF-Konzern** nach dem Grundsatz des Fremdvergleichs bewerten; das gilt vor allem für die geplante Erbringung von Werbeleistungen zugunsten des VOD-Angebots in den ORF-Programmen (die lt. Aussage des ORF entgeltfrei erbracht werden sollen), für die Zurverfügungstellung der Marke ‚ORF‘ (die ebenfalls unentgeltlich bereit gestellt werden soll und wofür Markennutzungsgebühren anzusetzen wären) sowie für die Bereitstellung von vom ORF koproduzierten Inhalten (um sicherzustellen, dass auch diese ORF-Leistungen nicht entgeltfrei der Plattform bereitgestellt werden, sondern marktübliche Lizenzgebühren angesetzt werden). Denn aus Gründen des Wettbewerbsschutzes muss das ORF-VOD-Angebot für dritte Marktteilnehmer grundsätzlich nachbildbar sein, was wiederum voraussetzt, dass der Endkundenpreis, den der ORF für das Abonnement verrechnet, möglichst realistisch kalkuliert ist, also alle Leistungselemente preislich abdeckt, für die ein das Angebot nachbildender Dritter einen tatsächlichen Kostenaufwand hätte (i.e. Werbung, Markennutzung, Lizenzentgelte für Inhalte in marktüblicher Höhe). Der Anforderung der **Nachbildbarkeit durch Dritte** folgend müssen die im Konzernverhältnis erbrachten Leistungen dem Grundsatz des Fremdvergleichs standhalten; andernfalls wären Wettbewerbsverzerrungen vorgezeichnet (siehe dazu auch unten Pkt. 4.).

Und schließlich müsste diese Überprüfung insbesondere auch den Umgang mit der **stand-alone-kommerziellen Vergangenheit des VOD-Angebots** im Hinblick auf den künftigen Finanzbedarf klären. Es wäre insbesondere darauf zu achten, dass Verluste aus der stand-alone-Vergangenheit nicht die Geschäftsentwicklung und den Finanzbedarf der Zukunft belasten (siehe §31 Abs. 3 letzter Satz ORF-G: Verluste aus kommerziellen Tätigkeiten dürfen nicht eingerechnet werden.).

Rechtlich verbindliche Deckelung und Befristung des Zuflusses von Programmentgelten:

Mit Blick auf jene Nutzer, die das VOD-Angebot nicht in Anspruch nehmen, jedoch der GIS-Gebührenpflicht unterliegen und vor einer ungerechtfertigten (indirekten) VOD-Beitragspflicht zu schützen sind, ist es uE notwendig, die **maximale Höhe des Zuflusses von Programmentgelten** in Form eines jährlichen Absolutbetrags verbindlich festzulegen. (Zur Bestimmung des Maximalbetrags, siehe unten, Pkt. 3.4.3.) Der Zufluss von Programmentgelten sollte ausdrücklich nur unter der Voraussetzung gestattet sein, dass aufgrund der Angebotsbereitstellung im relevanten Kalenderjahr tatsächlich ein Fehlbetrag (Nettokosten) entstanden ist (d.h. die Kosten der Bereitstellung des Angebots dessen Erlöse überstiegen haben), und er sollte mit dem tatsächlichen Fehlbetrag gedeckelt sein (unter keinen Umständen aber über den Maximalbetrag, siehe oben, hinausgehen dürfen). Eine Gebührenfinanzierung ‚auf Vorrat‘ oder eine Gebührenfinanzierung zur Abdeckung von Verlusten der Vergangenheit sollte uE jedenfalls wirksam ausgeschlossen werden. Und schließlich sollte der Zufluss von Programmentgelten überhaupt (für die Zukunft) beendet werden, wenn aufgrund einer vorrausschauenden wirtschaftlichen

Prognose das VOD-Angebot kommerziell als selbsttragend zu betrachten ist; diese Bedingung sollte als erfüllt gelten, wenn das VOD-Angebot in zwei aufeinander folgenden Jahren positive Erträge erwirtschaftet hat.

4. Wettbewerbsbeschränkungen infolge des (geplanten) VoD-Angebots

Die Auswirkungen des gegenständlichen (geplanten) VOD-Angebots auf die Wettbewerbssituation privater Anbieter auf den vom Angebot betroffenen Märkten wurde bereits im Rahmen des vorangegangenen (und mit Bescheid KOA 11.280/18-004 abgewiesenen) AVP-(Vor-)Verfahrens erörtert² und in einer Stellungnahme der BWB aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bewertet.

Gegenüber diesem (ursprünglichen) VOD-Angebot sind die Angebotsänderungen im nunmehr vorgelegten Angebotskonzept für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend³. Die von uns vorgebrachten Bedenken und insb. auch die Bedenken der BWB sind uE daher nach wie vor valide.

Kurz zusammengefasst sieht die BWB vor allem die folgenden Wettbewerbsrisiken, die (aus Sicht der BWB) durch entsprechende Auflagen verhinderbar wären:

- Auf dem „**entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für österreichische Filme und Serien**“ sind Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation aus Sicht der BWB dann zu erwarten, wenn Flimmit durch die Teilfinanzierung mit Programmentgelt die Möglichkeit erlangen würde, Abrufe österreichischer Filme und Serien unter dem Marktpreis anzubieten und somit **durch Kampfpreise den Wettbewerb zu behindern**, insb. den neuen Anbieter „Kino VOD Club Austria“ aus dem Markt zu drängen oder **neue Markteintritte zu verhindern**.
- Am **VoD-Lizenzmarkt** stellt sich aus Sicht der BWB die Grundsatzfrage, ob der ORF bei der Lizenzierung von Eigenproduktionen an den neuen VOD-Dienst auch weiterhin gemäß § 2 Abs. 4 ORF-G zur **Nicht-Diskriminierung** gegenüber dritten privaten VoD-Anbietern verpflichtet bleibt. Sollte das nicht der Fall sein, wäre dieses Gebot mittels Auflagen sicherzustellen, um in Hinkunft auch privaten Wettbewerbern den Zugang zu vom ORF (mit-)produzierten österreichischen Filmen und Serien zu gewährleisten.

Darüber hinaus ersuchte die BWB, durch Heranziehung eines ökonomischen Sachverständigen u.a. zu erörtern, ob der geplante, **sehr günstig erscheinende Abopreis** (ca. 2,50 EUR/Monat) als Marktpreis betrachtet werden kann, sowie zu prüfen, ob die **Mischfinanzierung** (aus Programmentgelt und Endkundenentgelten) als solche sowie der (mangelhaft erscheinende) **Konkretisierungsgrad** des Angebotskonzepts den Anforderungen des ORF-G entspricht.

² Siehe dazu insb. unsere Stellungnahme im vorangegangenen Verfahren vom 11.9.2017, Pkt 4. (https://zukunft.orf.at/show_content2.php?s2id=206).

³ Die einzig nennenswerte Angebotsänderung im Kontext der wettbewerbsrechtlichen Prüfung betrifft uE die geplante Struktur des Endkundenangebots: Anders als im ursprünglichen AVP-Antrag wird auf das Angebot von Einzelabrufen nunmehr verzichtet. Den Endkunden des ORF-VOD-Angebots soll ausschließlich ein Abonnement-Modell (sog. S-VOD) angeboten werden. Eine Erörterung besonderer Wettbewerbsrisiken aufgrund eines Einzelabruf-Modells kann daher unterbleiben.

Den wettbewerblichen Bedenken des VOD-Angebots durch die BWB, einschließlich des Verlangens nach einer qualifizierten ökonomischen Überprüfung des Marktpreisniveaus sowie den Bedenken im Hinblick auf die Mischfinanzierung (siehe dazu oben Pkt. 3.4.1.) und den Bedenken im Hinblick auf die mangelnde Konkretisierungsgrad (auch des neuen Angebots; siehe dazu oben Pkt. 2.) stimmen wir zu, möchten der Bewertung der BWB aber folgende Ergänzungen bzw. Konkretisierungen hinzufügen:

- Auf dem Markt für „entgeltlichen VoD-Abruf von österreichischen Filmen und Serien“ ist Flimmit aus heutiger Sicht der einzig nennenswerte und damit auch dominante Anbieter, neben dem (um es mit den Worten der BWB auszudrücken) bisher nur ein ‚zartes Pflänzchen Wettbewerb‘ entstanden ist (Kino VOD Club Austria, VOD-Angebot von A1 Telekom Austria). Der Grund für die geringe Wettbewerbsintensität liegt zum einen in den schwierigen ökonomischen Rahmenbedingungen des Marktes, zum anderen in der abschreckenden Wirkung, die sich auf potentielle Anbieter aufgrund der marktdominanten Position des ORF (bzw. Flimmit) ergibt.⁴ Wird unter diesen Bedingungen dem dominanten Anbieter ORF (Flimmit) gestattet, sein Angebot mit finanziellen Mittel aus dem GIS-Gebühren zu subventionieren, so sinkt die Wahrscheinlichkeit einer gesunden Marktentwicklung, mit mehreren voneinander unabhängigen Endkundenangeboten, dramatisch. Ist die Beihilfe allerdings so hoch, dass sie – wie hier geplant – die Kosten der gesamten technischen und betrieblichen Infrastruktur, die zur Angebotsbereitstellung erforderlich ist, abdeckt, so ist **unter vernünftigen Annahmen wohl gänzlich auszuschließen, dass sich auf diesem Markt in Zukunft selbsttragender Wettbewerb herausbilden wird.**

Wir halten es jedenfalls für geradezu denkunmöglich, dass (irgend)ein vernünftiger privater Anbieter in Zukunft versuchen wird, entgegen der dominanten Marktstellung, der Markenbekanntheit, dem besonderen Zugang des ORF zu VOD-Inhalten, und schließlich auch noch der finanziellen Überlegenheit des ORF aufgrund der (zu gewährenden) Beihilfe, gegen den ORF auf diesem Markt zu reüssieren.

Die Genehmigung der (beantragten) Beihilfe wird also geradezu zwangsläufig dazu führen, diesen **Markt durch die Zuführung staatlicher Mittel dauerhaft zu monopolisieren** – mit den entsprechenden mittel- bis langfristigen Nachteilen für die österreichischen Kunden/Konsumenten und auch für die österreichische Produzentenwirtschaft. Wir lehnen daher die Genehmigung der beantragten Beihilfe zur Finanzierung des geplanten ORF-VOD-Film- und Serienangebots aus Gründen des Wettbewerbschutzes ab.

- Die Maßnahme, die die BWB zum Schutz des Wettbewerbs vorschlägt - eine Auflage, die dem ORF das Angebot von **Kampfpreisen** untersagt - ist uE zwar gut gemeint, ist aber letztlich nur eine ‚second best‘-Maßnahme, da sie eine gesunde, verzerrungsfreie Marktentwicklung nicht von vornherein (ex-ante) dadurch sicherstellt, dass sie den Wettbewerb (durch Untersagung der Beihilfe) verzerrungsfrei gestaltet, sondern bloß versucht, (ex-post) ein wettbewerbsschädigendes Verhalten abzustellen. Der

⁴ Aus unserer Sicht ist die Entwicklung dieses Marktes vor allem dadurch gehemmt, dass es mit dem ORF einen dominanten Inhalteigentümer gibt, der seine dominante Marktposition vertikal (auf das VoD-Segment) ausgedehnt hat und damit potentielle dritte Wettbewerber vom Markteintritt erfolgreich abschreckt. Dieser Markt bräuchte daher nicht *weniger* Wettbewerb (was die Folge der Umwandlung von Flimmit in ein öffentlich-rechtliches Angebot wäre), sondern *mehr* Wettbewerb - durch eine effektive Öffnung des Zugangs Privater zu österreichischen Inhalten bzw. zur kostengünstigen Mitnutzung von ORF-Infrastruktur.

Schutz vor Kampfpreisen hat z.B. den Makel, dass die Maßnahme darauf aufsetzt, dass es überhaupt einen (feststellbaren) Marktpreis (als Resultat von Wettbewerb) gibt, anhand dessen sich das Preisniveau des vom ORF angebotenen VOD-Abonnements überprüfen ließe. Ist aber kein privater Wettbewerber in den Markt eingetreten, gibt es (mangels Wettbewerb) auch keinen Wettbewerbspreis und der Schutz vor Kampfpreisen ist irrelevant.

- Der von der BWB intendierte Schutz vor missbräuchlicher Endkundenpreissetzung müsste daher, um tatsächlich wirksam zu sein und tatsächlich Markteintritt zu ermöglichen, schon davor ansetzen (im Sinne einer ex-ante Maßnahme). Unseres Erachtens sollten Maßnahmen ergriffen werden, die das Ziel verfolgen, die **Nachbildbarkeit des ORF-Angebots durch dritte Anbieter sicherzustellen** - und zwar in allen für eine tatsächliche Nachbildbarkeit notwendigen Dimensionen, vor allem also in Hinblick auf einen verzerrungsfreien Endkundenpreis, aber auch in Hinblick auf ein unverzerrtes VOD-Inhalte-Angebot.

Konkret ist damit angesprochen, dass der (Abonnement-)Endkundenpreis des ORF von vornherein marktverträglich gestaltet sein muss, indem der ORF verpflichtet wird, alle Inputfaktoren für die Bereitstellung des VOD-Angebots zu Kosten anzusetzen, die dem Fremdvergleich standhalten. Der ORF müsste also nicht nur Kosten der Technik, des Betriebs und von Kauf-Lizenzen ansetzen, sondern z.B. auch Werbeleistungen des Konzerns (insb. TV/Radiowerbung zu Marktpreisen), die Markenbereitstellung (also die Nutzung der Marke ‚ORF‘) oder die Bereitstellung eigener VOD-Inhalte. All diese Kosten wären im Abo-Preis abzubilden, da auch ein beliebiger Dritter diese Kosten zu tragen hätte, wenn er ein vergleichbares VOD-Angebot auf den Markt bringen möchte.

In zweiter Linie – auf der Ebene des VOD-Lizenzmarktes – ist durch entsprechende Auflagen zu gewährleisten, dass der ORF auch wirklich *alle* (sowohl die eigenen als auch die koproduzierten) Inhalte, die er seinem eigenen VOD-Angebot zur Verfügung stellt, auch Dritten zu gleichen Konditionen zur Verfügung stellt.

Fazit: Wird die Umwandlung des kommerziellen Angebots von Flimmit in ein öffentlich-rechtliches Angebot, das zu großen Teilen mit Gebührengeld finanziert wird, genehmigt, wird es am VOD-Markt für (österreichische) Unterhaltungsinhalte mit äußerst hoher Wahrscheinlichkeit zu Marktverzerrungen sowie zur dauerhaften Errichtung von Markteintrittsbarrieren kommen, die den Eintritt potentieller Wettbewerber in diesen Markt wohl mit Sicherheit ausschließen. Ursächlich dafür ist das beschränkte Nachfragepotenzial am geografischen Markt Österreich und vor allem die Abschreckungswirkung auf (aktuelle und potentielle) Anbieter, die davon ausgeht, dass mit dem ORF ein finanzstarker, nicht gewinnorientierter Akteur diesen Markt in allen Dimensionen dominiert. Dieser (bedauerlichen) Marktentwicklung können Auflagen im o.a. Sinn, die den Marktpreis auf nachbildbarem Niveau halten und die den Zugang zu ORF-Inhalten für Dritte sicherstellen, zwar entgegenwirken; es ist allerdings dennoch zu befürchten, dass sich der (entgeltliche) Markt für österreichische VOD-Unterhaltungsinhalte in Richtung eines dauerhaften (Quasi-)Monopols des ORF entwickelt. Soll diese Entwicklung mit Sicherheit ausgeschlossen werden, müsste der beantragten Beihilfe die Zustimmung verweigert werden oder die Beihilfe auf eine für eine gesunde Marktentwicklung vernachlässigbare Größenordnung limitiert werden.

5. Bewertung der Angebotsänderung im Hinblick auf den Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags

Gemäß § 6a Abs. 1 ORF-G hat der ORF im Rahmen des Auftragsvorprüfungsverfahrens zu begründen, weshalb das neue Angebot a) im Unternehmensgegenstand liegt (Z 2), b) zur wirksamen Erbringung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags sowie der besonderen, im Gesetz geregelten Aufträge unter Berücksichtigung der in § 4 Abs. 2 bis 6 sowie § 10 geregelten besonderen Anforderungen zweckmäßig erscheint (Z 2), und er hat c) die voraussichtlichen Auswirkungen des neuen Angebots auf die Angebotsvielfalt für Seher, Hörer oder Nutzer darzustellen (Z 4).

Die Prüfung der Frage, ob das geplante Angebot im Unternehmensgegenstand des ORF liegt, führt zu dem Ergebnis, dass es massive Zweifel an der Gesetzmäßigkeit des geplanten Angebots gibt (siehe dazu oben Punkt 3.1.).

Im Folgenden wird überprüft, ob und inwieweit das geplante Angebot tatsächlich zur wirksamen Erbringung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags beiträgt (Pkt. 5.1.), ob tatsächlich mit einer Steigerung der Angebotsvielfalt infolge des Angebots zu rechnen ist (Pkt. 5.2.), und welche sonstigen, für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags relevanten Effekte aufgrund des geplanten Angebots zu erwarten sind (Pkt. 5.3.).

5.1. Zweckmäßigkeit des Angebots zur wirksamen Erbringung des Kernauftrags

Zur Begründung der Zweckmäßigkeit des Angebots zur Erbringung des Kernauftrags bringt der ORF zahlreiche Argumente vor, die im Folgenden bewertet werden:

- Erfüllung des Kernauftrags zur Förderung der österreichischen künstlerischen Produktion (§ 4 Abs. 1 Z 6 ORF-G) durch erweiterte Zugänglichkeit von ORF-Fernsehsendungen:

Wir sind überzeugt, dass die geplante Umwandlung von Flimmit in ein öffentlich-rechtliches Angebot den Zustand eines Quasi-Monopols für das Abrufbarmachen von österreichischen Filmen und Inhalten verfestigen wird und daher die österreichischen Produzenten letztlich einem VoD-Monopol gegenüber stehen werden. Dieser Zustand dürfte nicht zu einer Verbesserung, sondern zur Verschlechterung der wirtschaftlichen Position der Produzenten führen (siehe dazu oben Pkt. 4.).

Selbst wenn man allerdings diese Sichtweise verneint, ist auf Basis der vom ORF vorgelegten Finanzvorschau zumindest für die nächsten Jahre nicht von einer spürbaren finanziellen Verbesserung der Situation der Produzenten infolge erhöhter Lizenzerlöse auszugehen. Der ORF plant für 2019 variable Kosten von ca. 156.000 EUR, die neben anderen Positionen auch die Rechtekosten umfassen. Dieser Betrag ist so niedrig, dass er - verteilt auf die österreichischen Film- und Fernsehproduzenten - **keinen nennenswerten Beitrag** leistet. (Zum Vergleich: der ORF beauftragt aufgrund des Film/Fernsehabkommens jährlich österreichische Filme und Serien im Ausmaß von zumindest 8 Mio. EUR.) Zieht man von diesem Beitrag noch den Anteil der Lizenzkosten für nicht-österreichische Produktionen, die ebenfalls im Rahmen des VOD-Angebots verfügbar gemacht werden sollen, so verringert sich der ohnehin geringe Betrag noch weiter. Eine spürbare Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der österreichischen Filmwirtschaft können wir darin nicht erkennen.

- Fortschreitende Mobilität der Gesellschaft und technologische Entwicklungen: Im Angebotskonzept wird argumentiert (S 6ff), dass das geplante VoD-Angebot der technologischen Entwicklung und den sich verändernden Nutzungsgewohnheiten folgt und dadurch insbesondere dem Trend der rückläufigen Nutzung linearer ORF-Angebote im Segment der unter 35jährigen entgegenwirkt.

Dazu ist festzuhalten, dass die Schaffung einer zusätzlichen Verbreitungsform von ORF-Inhalten kein Ziel ist, das im Kernauftrag (§ 4 ORF-G) Deckung findet. Die Verbreitung von ORF-TV-Inhalten in anderen Formen als der gesetzlich verbindlich vorgeschriebenen terrestrischen Verbreitung, also insb. über Kabelnetze oder Satellit, ist (von den Spartensendern abgesehen) dem ORF freigestellt, und das Online-Angebot ist eng definiert. Die Verbreitung von Inhalten mit ORF-Programmbezug in der zusätzlichen Verbreitungsform VOD erfüllt also genau genommen kein Ziel des Kernauftrags.

Vor allem aber ist die Argumentation, dass ganz besonders junge Seher von diesem Angebot profitieren werden, nicht überzeugend: Die **heutigen Flimmit-Nutzer** sind (wie sich aus den Angaben des Antrags ergibt) idR **zwischen 30 und 55 Jahre alt**, gehören also gerade nicht dem Alterssegment an, das der ORF gerne fördern möchte. Wir sehen nicht, weshalb sich die Altersstruktur der Nutzer des (dann) öffentlich-rechtlichen VOD-Angebots von den heutigen Flimmit-Nutzern unterscheiden sollte und der ORF bietet diesbezüglich auch keine überzeugende Erklärung. Da Flimmit bereits heute zeitversetzten und mobilen Abruf von u.a. österreichischen Unterhaltungsinhalten erlaubt, ändert sich die Attraktivität des Angebots aus Sicht von jungen Nutzern (unter 35 Jahren) nicht. Wollten junge Menschen das Angebot nutzen, könnten sie das heute schon. Und schließlich darf nicht übersehen werden: Auch das neue VOD-Angebot ist ein Bezahlangebot.

- Leichtere Auffindbarkeit und Präsenz von ORF-Sendungen auf VoD-Plattformen: Ein weiteres Argument des ORF lautet (S 9), dass das öffentlich-rechtliche VoD-Angebot die Auffindbarkeit der (gebührenfinanzierten) Inhalte sicherstellt, die sich im Rahmen anderer VOD-Angebote als schwierig erweist.

Dazu ist festzuhalten, dass die Erreichung dieser Zielsetzung unabhängig davon ist, ob Flimmit von einem kommerziellen in einen öffentlich-rechtlichen Dienst umgewandelt wird, und dass aus heutiger Sicht diese Funktion von der TVthek erfüllt wird und es tatsächlich leichter wäre, die Bereitstellungsdauer mancher ORF-Inhalte im Rahmen der TV-Thek zu verlängern, als einen eigenen neuen VOD-Dienst für diesen Zweck aufzubauen. Dass Inhalte die ersten sieben Tage nach Ausstrahlung in der TV-Thek und danach auf einer gänzlich anderen VOD-Plattform des ORF zu finden sein sollen, dient aus unserer Sicht eher der **Verwirrung der Nutzer** als der leichten Auffindbarkeit der ORF-Inhalte.

5.2. Auswirkungen auf die Angebotsvielfalt für Seher und Nutzer

Zur Bewertung der Auswirkungen des beantragten Angebotskonzepts auf die Angebotsvielfalt für Seher und Nutzer hat der ORF eine Stellungnahme von ao. Univ.Prof. Dr. Steinmaurer (Beilage./2) beauftragt. Steinmaurer bejaht im Ergebnis eine positive Wirkung des geplanten öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes auf die Angebotsvielfalt des

Programms (Steinmaurer S 12). Die Bereicherung der Angebotsvielfalt wird zusammenfasst in vier Dimensionen erkannt: a) Angebotsspektrum fiktionaler Art in Bezug auf die Breite des Themenspektrums, b) zeitliche Verfügbarkeit, c) Auffindbarkeit auf unterschiedlichen Endgeräten, d) Erleichterung der Ansprache junger Nutzerschichten.

So interessant die Ausführungen von Steinmaurer im Detail sind, so theoretisch bleiben sie letztlich und sind somit für eine an den realen Marktgegebenheiten orientierte Bewertung des geplanten Angebots aus unserer Sicht ungeeignet. Dass Wettbewerbsaspekte in der Betrachtung von vornherein ausgeklammert werden, erweist sich als spürbarer Mangel, da sich Angebotsvielfalt in einem Marktumfeld nie isoliert von der Marktumgebung betrachten lässt. In einer Welt, in der es nur den öffentlich-rechtlichen Anbieter gibt und es auch in Zukunft nur den öffentlich-rechtlichen Anbieter geben soll, ließe sich die angestellte isolierte Betrachtungsweise rechtfertigen. Sie hat in der Realität, nicht zuletzt dank verfassungs- und europarechtlicher Garantien, aber keinen Platz. In einer isolierten Betrachtung ließe sich daher relativ schnell argumentieren, dass ein zusätzliches öffentlich-rechtliches Angebot zusätzliche Vielfalt schafft. In der realen Marktwirklichkeit ist der Test jedoch deutlich härter und führt zu einem anderen Ergebnis.

Im Folgenden sei in aller Kürze zu den wesentlichen Schlussfolgerungen von Steinmaurer festgehalten:

- Verbesserung der inhaltlichen Vielfalt (Breite des Themenspektrums im Fiktionalbereich): Auf Basis der Angaben des ORF im Rahmen des Angebotskonzeptvorschlags können wir nicht erkennen, inwieweit die Umwandlung des VoD-Dienstes in ein öffentlich-rechtliches Angebot die thematische Breite des Fiktional-/Unterhaltungsangebots erweitert: Es gibt keinen einzigen Hinweis darauf, dass das VoD-Angebot zur einer Steigerung der Produktionsmenge fiktionaler Inhalte führen würde (siehe dazu oben Pkt. 5.1.: die zusätzlichen Lizenzeinnahmen für den Gesamtmarkt in Österreich liegen unter 100.000 EUR/Jahr). Das heißt, die **Grundgesamtheit der Eigen-/Ko-/Auftragsproduktionen des ORF wird unverändert bleiben**. Auch das Angebot von Fremdproduktionen würde sich durch die Umwandlung des VoD-Angebots nicht verändern. Eine Vielfalterweiterung könnte daher allenfalls darin bestehen, dass eine größere Zahl der vorhandenen Inhalte ('Breite des Themenspektrums') über den öffentlich-rechtlichen Dienst zum Abruf angeboten werden soll. Tatsächlich plant der ORF zwar eine andere Schwerpunktsetzung, ist allerdings sehr wenig konkret in seinen Aussagen (siehe oben die Kritik zur mangelnden Bestimmtheit des Vorschlags). Zudem plant er lt. eigener Aussage parallel dazu einen Rückgang im Umfang der bereit gestellten Fremdinhalte. Ob im Ergebnis daher eine größere thematische Breite im Unterhaltungsangebot des VoD-Dienstes verfügbar sein wird oder im Gegenteil eine geringere Breite des Angebots, ist aus heutiger Sicht nicht in seriöser Weise zu beurteilen.
- Verbesserung der zeitlichen Verfügbarkeit: Klar ist, dass in einer *isolierten* Betrachtung des geplanten öffentlich-rechtlichen VoD-Angebots im Vergleich zum TVthek-Angebot eine Erhöhung der zeitlichen Verfügbarkeit zu bejahen ist (7 Day-Catch-Up vs. zeitlich unbeschränkte Verfügbarkeit ab dem 7. Tag nach TV-Ausstrahlung). Wie schon eingangs erwähnt ist diese Aussage in der Realität jedoch erheblich einzuschränken:

Zum einen gibt es in der Realität bereits ein kommerzielles, zeitlich unbeschränkt verfügbares Angebot (=kommerzielles Flimmit), d.h. man muss die These des

Marktversagens bejahen und sich das kommerzielle Flimmit-Angebot wegdenken, um überhaupt eine Steigerung der zeitlichen Verfügbarkeit durch das öffentlich-rechtliche Angebot bejahen zu können. Die Steigerung der zeitlichen Verfügbarkeit gilt aber auch dann ausschließlich für jene Inhalte, die nicht ohnehin auf anderen Abrufplattformen verfügbar sind. Ist z.B. der Film 'Wilde Maus' auch im Rahmen anderer VoD-Angebote verfügbar (was der Fall ist), so tritt in Bezug auf diesen Titel keine Verbesserung ein.

Weshalb für eine verlängerte Zurverfügungstellung von Inhalten mit ORF-Programmbezug eine Umwandlung von Flimmit in ein öffentlich-rechtliches Angebot erforderlich sein soll, anstatt die relevanten **Inhalte über die TVthek für einen längeren Zeitraum verfügbar zu machen**, ist unklar. Die von Dr. Reidlinger ins Treffen geführten Gründe (S 13: "kommt technisch nicht in Frage und wäre auch aufgrund des getrennten Rechteerwerbs untunlich") sind nicht nachvollziehbar.

Letztlich scheint uns aber ein Argument besonders wichtig: In der geplanten pauschalen Verlängerung der Zurverfügungstellung von ORF-Unterhaltungsinhalten können wir **keinen relevanten öffentlich-rechtlichen Mehrwert** erkennen, ganz besonders deshalb nicht, weil viele Inhalte der Unterhaltungskategorie per se keinen relevanten öffentlich-rechtlichen Mehrwert aufweisen. Daher kann auch in der verlängerten Zurverfügungstellung dieser Inhalte kein Mehrwert erkannt werden.

Der Gesetzgeber hat dort, wo er einen solchen Mehrwert durch eine verlängerte Zurverfügungstellung anerkennt (zeit- und kulturgeschichtliche Inhalte), ohnehin bereits eine gesetzliche Ausnahme formuliert, und die KommAustria hat im Genehmigungsbescheid zur TVthek ebenso deutlich den aus ihrer Sicht gegebenen Bewegungsspielraum für eine längere Zurverfügungstellung von ORF-Inhalten zum Abruf abgegrenzt. Über dieses Maß hinaus sehen wir in der Gesamtschau der Prüfkriterien gem. § 6a ORF-G (Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen, wettbewerbliche Auswirkungen, usw.) keinen zusätzlichen Bewegungsspielraum.

- Verbesserung der Auffindbarkeit auf unterschiedlichen Endgeräten: Die verbesserten technischen Nutzungsmöglichkeiten wurden bereits oben (Pkt. 5.1.) erörtert.
- Erleichterte Ansprache junger Nutzerschichten: Die vom ORF immer wieder, zuletzt auch im Kontext des geplanten YouTube-Angebots strapazierte Behauptung eines besseren Zugangs zu jungen Seherschichten wurde bereits oben (Pkt. 5.1.) abschließend erörtert und verworfen.

5.3. Sonstige Wirkungen des Angebots

Ergänzend zur Auseinandersetzung mit den von ORF und Prof. Steinmaurer ins Treffen geführten positiven Effekte durch eine Umwandlung von Flimmit in einen öffentlich-rechtlichen Dienst möchten wir auf die zu erwartenden negativen Effekte auf die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags hinweisen:

- Gefährdung der Auftragserfüllung im linearen TV (einschl. TVthek): Die Zusammenfassung von ORF-Unterhaltungsinhalten in einem VoD-Spartenangebot steht in einem Spannungsverhältnis zu der von § 4 ORF-G geforderten Ausgewogenheit des ORF-Programmangebots. Es gehört zu den zentralen Zielen des öffentlich-recht-

lichen Inhalteangebots, Seher bzw. Nutzer mit einem breiten Angebot an u.a. Informations-, Bildungs-, Kultur- und Unterhaltungsinhalten zu gesellschaftlich relevanten, gegebenenfalls kontroversiellen Themen zu konfrontieren. Das Vorhaben, **Unterhaltungsinhalte von anspruchsvolleren Inhaltelkategorien zu trennen** und in einem eigenen VOD-Angebot zu segmentieren, ist kontraproduktiv und dem Kernanliegen des öffentlich-rechtlichen Auftrags abträglich. Wenn die massenattraktiven ORF-Unterhaltungsinhalte isoliert konsumiert werden, ohne dass die Zuseher - wie im linearen TV und in der TVthek - gleichzeitig mit Informations-, Bildungs- oder auch kontroversiellen Unterhaltungsinhalten konfrontiert werden, ist das neue VoD-Angebot nicht als kundenfreundliche Ergänzung des öffentlich-rechtlichen Fernsehens zu betrachten, sondern **in Wahrheit als Gefährdung des öffentlich-rechtlichen Fernsehens** bzw. Auftrags.

- Schwächung der Marke ‚ORF‘ und des öffentlich-rechtlichen Profils: Anders als ORF und Prof. Steinmaurer rechnen wir nicht mit einer Verbesserung des Images des ORF beim jungen, internetaffinen Publikum (siehe oben). Wir rechnen im Gegenteil mit einer **Verwässerung des öffentlich-rechtlichen Profils und der Marke ORF**. Wir sehen nicht, wie ein reines VoD-Unterhaltungsangebot, noch dazu ein Pay-Angebot, das unter der Marke 'ORF' läuft, das öffentlich-rechtliche Image des ORF stärken könnte.

Vielmehr rückt die strukturelle Austauschbarkeit des Dienstes („Bezahl-Unterhaltung“) mit anderen VoD-Angeboten den ORF noch weiter in die Richtung eines **kommerziellen Unternehmens**. Die Konsequenzen sind bekannt: Die **Glaubwürdigkeit** und das **Vertrauen** in die **Unabhängigkeit** des ORF und der von ihm produzierten und verbreiteten Inhalte sinkt, insb. im Nachrichten- und Informationsbereich. Diese Konsequenzen können unmöglich im Interesse all jener sein, die an einer Stärkung des öffentlich-rechtlichen Profils des ORF interessiert sind.

Fazit: Das geplante Angebot des ORF erweist sich sowohl nach Maßgabe des spezifischen Prüfungskatalogs der §§ 6ff ORF, als auch nach Maßgabe der allgemeinen Zielsetzungen der Aufsichtstätigkeit der KommAustria in seinem vollen Umfang als nicht genehmigungsfähig.

Der Antrag des ORF wird daher in seiner Gesamtheit abzuweisen sein.

~~~