



KOA 11.280/18-004

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus der Vorsitzenden-Stellvertreterin Dr. Susanne Lackner als Senatsvorsitzende und den weiteren Mitgliedern Dr. Martina Hohensinn und Dr. Katharina Urbanek, im Auftragsvorprüfungsverfahren gemäß §§ 6 ff ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 115/2017, über das Angebotskonzept betreffend einen „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“ wie folgt entschieden:

I. Spruch

Der Antrag des Österreichischen Rundfunks für einen „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“ wird gemäß § 6b iVm § 4f ORF-G abgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

1.1. Vorschlag für ein Angebotskonzept betreffend einen „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“

Mit Schreiben vom 25.08.2017 übermittelte der Österreichische Rundfunk (ORF) einen Vorschlag für einen „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“. Der Vorschlag beinhaltete ein Angebotskonzept, womit die Einrichtung eines „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“ vorgesehen war. Der Vorschlag beinhaltete zudem Darstellungen der voraussichtlichen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation von der Reidlinger Schatzmann Rechtsanwälte GmbH und die Angebotsvielfalt von a.o. Univ.-Prof. Dr. Thomas Steinmaurer.

Diesen Vorschlag übermittelte der ORF zugleich der Bundesarbeitskammer (BAK) und der Wirtschaftskammer Österreich (WKO).

Darüber hinaus veröffentlichte der ORF den Vorschlag gleichzeitig auf seiner Website (unter <http://zukunft.orf.at>) unter Hinweis darauf, dass allen vom geplanten Angebot Betroffenen die Möglichkeit offen steht, binnen einer Frist von sechs Wochen hierzu Stellung zu nehmen, sowie dass vertrauliche Daten im Hinblick auf die Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation direkt der

Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) übermittelt werden können.

1.2. Antrag des ORF auf Genehmigung des Angebots für einen „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“

Mit Schreiben vom 06.10.2017, bei der KommAustria am 09.10.2017 eingelangt, übermittelte der ORF den Vorschlag für einen „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“ und beantragte gemäß § 6a Abs. 3 ORF-G die Genehmigung des durch diesen Vorschlag beschriebenen Angebots. Dem Antrag wurden die während der genannten sechswöchigen Frist eingelangten Stellungnahmen der BAK vom 31.08.2018, der WKO vom 04.09.2017 und des Verbands Österreichischer Privatsender (VÖP) vom 11.09.2017 beigelegt.

Der ORF erklärte, dass aufgrund dieser Stellungnahmen keine inhaltlichen Änderungen des Angebotskonzepts vorzunehmen gewesen seien.

Am 25.10.2017 reichte der ORF Gutachten zu den voraussichtlichen Auswirkungen des Angebots auf die Wettbewerbssituation der Reidlinger Schatzmann Rechtsanwälte GmbH und der Angebotsvielfalt von a.o. Univ.-Prof. Dr. Thomas Steinmaurer nach.

1.2.1. Zielsetzungen des Vorschlags

Der ORF verwies in seinem Vorschlag zunächst auf die Veränderungen der Bedürfnisse des Publikums in Bezug auf die Nutzung von TV-Inhalten, insbesondere dahingehend, Sendungen auch ergänzend zur TV-Ausstrahlung und über verschiedene Endgeräte nutzen zu können. Zudem bestehe der Wunsch, öffentlich-rechtlich finanzierte TV-Inhalte auch danach zugänglich zu halten und ohne beträchtliche wirtschaftliche und technische Zugangsbarrieren auffindbar zu machen.

Ziel der beschriebenen Video-on-Demand (im Folgenden: VoD)-Plattform sei die Bereitstellung hauptsächlich von ORF-Produktionen (Eigen-, Auftrags- und Gemeinschaftsproduktionen des ORF) und anderen Inhalten, die im ORF-Programm ausgestrahlt wurden bzw. werden sollen sowie in quantitativ untergeordnetem Umfang (und lediglich zum Zweck der Kontextualisierung) sonstige Produktionen.

Konkret verfolge die Bereitstellung des Abrufdienstes folgende Zielsetzungen:

- den Sehern ORF-Fernsehsendungen ergänzend zur und über die lineare TV-Ausstrahlung hinaus zugänglich zu machen,
- dabei den Veränderungen der Bedürfnisse des Publikums infolge der fortschreitenden Mobilität der Gesellschaft sowie den technologischen Entwicklungen der digitalen Medienwelt weitgehend Rechnung zu tragen,
- eine leichte Auffindbarkeit von ORF-Fernsehsendungen ohne beträchtliche wirtschaftliche oder technische Zugangsbarrieren sicherzustellen bzw. dem Verschwinden in multinationalen Angeboten entgegenzusteuern,
- die konkrete Erweiterung der Verwertungs- und Vermarktungskette für ORF-Produktionen vorzunehmen sowie
- die Steigerung der Publikumsattraktivität durch Kuratierung und Kontextualisierung und redaktionelle Ergänzung mit zusätzlichen Inhalten.

Der ORF beteilige sich im Rahmen seines Kernauftrags maßgeblich an der Finanzierung österreichischer Fernsehfilme (inklusive Reihen, Serien und Dokumentationen). Bei der erweiterten Zugänglichkeit von ORF-Fernsehsendungen gehe es darum, nach Maßgabe der wirtschaftlichen Tragfähigkeit eine möglichst langfristige und nutzerfreundliche Verfügbarkeit für die Seher sicherzustellen. Typischerweise bestehe die öffentlich-rechtliche Verwertungskette von ORF-Produktionen aus der TV-Ausstrahlung in einem linearen ORF-Fernsehprogramm und dem Catch-up-TV in der TVthek in der Regel bis sieben Tage nach Ausstrahlung. Abgesehen von einzelnen Wiederholungen im linearen Fernsehprogramm sowie dem angebotenen „ORF-Videoservice“ (Überspielen von Sendungen auf VHS oder DVD) habe den Gebührenzahlern bislang kein nutzerfreundlicher Zugang zu den von ihnen mitfinanzierten Produktionen im Nachgang zur TV-Ausstrahlung gewährt werden können, da der Großteil der Verwertungsrechte für die der linearen TV-Ausstrahlung nachgelagerte Nutzung von Auftrags- und Gemeinschaftsproduktionen nicht beim ORF alleine lägen. Eine dauerhafte Bereitstellung der ORF-Produktionen für die Öffentlichkeit sei daher nur umsetzbar, wenn die Rechteinhaber (Filmproduzenten) an Verwertungserlösen finanziell beteiligt oder sonst entsprechend abgegolten würden. Daher sei es für die erweiterte Zugänglichkeit von ORF-Produktionen notwendig, mit dem Abrufdienst auch Erlöse zu erzielen.

Zur fortschreitenden Mobilität der Gesellschaft sowie den technologischen Entwicklungen führte der ORF aus, die Marktentwicklung sei immer stärker durch konvergente und hybride Dienste sowie konvergente Endgeräte – die „wechselseitige Durchdringung und Verschmelzung von Fernseh- und Online-Angeboten“ – gekennzeichnet. Fortschreitende Mobilität sowie technologische Entwicklungen hätten zu einer Veränderung der Bedürfnisse des Publikums in Bezug auf die Mediennutzung geführt, wonach Zuseher verstärkt nach Möglichkeiten verlangten, Fernseh-Inhalte auch nach der TV-Ausstrahlung („on-demand“) nutzen zu können. Insbesondere der jüngere Teil der Bevölkerung nutze immer häufiger non-lineare Fernsehangebote, die Zahl der internetfähigen Fernsehgeräte steige und mobile Geräte würden zunehmend parallel zum Fernsehgerät genutzt. Die Bereitstellung der gegenständlichen VoD-Plattform solle einerseits dem technischen Fortschritt und den geänderten Nutzungsgewohnheiten Rechnung tragen und andererseits dem Trend einer geringer werdenden Nutzung linearer Dienste bei den unter 35-Jährigen dahingehend entgegenwirken, diese dennoch mit den Sendungsmarken des ORF zu erreichen. Zudem könne eine Attraktivierung und Bewerbung von ORF-Produktionen auch eine steigende lineare Nutzung von ORF-Programmen zur Folge haben.

Weiteres Ziel sei die leichtere Auffindbarkeit und Präsenz von ORF-Fernsehsendungen auf VoD-Plattformen. In der kommunikationswissenschaftlichen und medienpolitischen Diskussion habe sich die Sicherstellung der Auffindbarkeit und Zugänglichkeit von demokratiepolitisch wichtigen Angeboten zur zentralen Frage der Vielfaltsicherung entwickelt. So würden auf den VoD-Plattformen „Netflix“ oder „Amazon“ zwar einzelne ORF-Produktionen (wie „Braunschlag“ oder „Vorstadtweiber“) zum Abruf bereitgehalten, deren Auffindbarkeit setze aber in der Regel eine gezielte Suche nach Titel oder Mitwirkenden voraus, da der Fokus jeweils auf amerikanische Blockbuster gerichtet sei. Die marginale Präsenz und schwierige Auffindbarkeit der ORF-Produktionen stehe der im Kernauftrag des ORF liegenden Förderung der österreichischen künstlerischen und kreativen Produktionen sowie der Vermittlung eines ausgewogenen und vielfältigen Angebots entgegen.

Die Bereitstellung des gegenständlichen Abrufdienstes stelle eine neue und wichtige Schnittstelle des ORF zu seinem Publikum dar und unterstütze dadurch die Erfüllung des gesamten öffentlich-

rechtlichen Kernauftrags. Angesichts des technischen Fortschritts könne nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass neue Dienste künftig Funktionen des herkömmlichen Rundfunks übernehmen und der ORF seine Aufgaben in Zukunft nicht mehr wahrnehmen könne. Der ORF müsse sich daher bemühen, dass seine im öffentlich-rechtlichen Auftrag produzierten Angebote zielgruppenspezifisch empfangen, abgerufen und entsprechend beworben würden, weshalb die durch das gegenständliche Angebot bewirkte Erweiterung der Vermarktungs- und Verwertungskette für ORF-Produktionen geboten sei.

1.2.2. Bestehende Plattform Flimmit

Der 2007 gegründete und unter www.flimmit.at abrufbare Abrufdienst werde derzeit von der Flimmit GmbH, einer Beteiligungsgesellschaft des ORF (über seine Tochtergesellschaften ORF Enterprise GmbH & Co KG sowie über die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG sei der ORF an der Flimmit GmbH zu 96,7 % beteiligt) kommerziell, somit ohne Einsatz von Programmengelt, betrieben und finanziert. Der Abrufdienst setze seinen Schwerpunkt auf Filme und Serien aus österreichischen und europäischen Produktionen; Kaufproduktionen würden – um die Attraktivität zu heben – in untergeordnetem Umfang ergänzend bereitgestellt. Vor dem Hintergrund des im ORF-G normierten Unternehmensgegenstandes beinhalte das Angebot von Flimmit seit der Beteiligung durch den ORF mindestens 70 % ORF-Produktionen oder Kaufproduktionen, die bereits vom ORF in seinen Fernsehprogrammen ausgestrahlt wurden bzw. deren Ausstrahlung nach der Programmplanung erfolgen wird. Ungeachtet der bisherigen kommerziellen Einordnung zeige die in den letzten Jahren erfolgte Anschubfinanzierung des Abrufdienstes Flimmit durch europäische und österreichische Förderinstitutionen (insbesondere das Creative Europe/Media-Programm der EU) zudem, dass ein grundsätzliches öffentliches Interesse am Betrieb einer solchen Plattform bestehe.

Der kommerzielle Betrieb des Abrufdienstes habe sich jedoch als nicht ausreichend selbst finanzierbar herausgestellt, wobei die fehlende Kostendeckung auf mehrere Faktoren zurückgeführt werden könne. Hervorzuheben sei dabei – neben den technischen und administrativen Kosten des Betriebs einer VoD-Plattform – insbesondere der Erwerb von Verwertungsrechten (Lizenzkosten), zumal der ORF ausschließlich bei Eigenproduktionen als alleiniger Filmhersteller gelte und über sämtliche Nutzungsrechte verfüge, während die Nutzungsrechte für die der linearen TV-Ausstrahlung nachgelagerte Nutzung bei Auftrags- und Gemeinschaftsproduktionen typischerweise auf den ORF und den Filmproduzenten bzw. die Ko-Produzenten entfielen. Eigenproduktionen seien zudem – aufgrund des hohen wirtschaftlichen Risikos – mittlerweile der absolute Ausnahmefall. Soweit Auftrags- und Gemeinschaftsproduktionen vom Fernsehfonds Austria gefördert würden, ergebe sich zudem aus dessen Förderrichtlinien, dass die VoD-Rechte zwingend beim Filmproduzenten verbleiben.

Die Finanzierung der somit zu erwerbenden Rechte setze eine massenhafte Nachfrage durch Endkunden mit Zahlungsbereitschaft oder aber die Möglichkeit zur Ko-Finanzierung über Werbeeinnahmen voraus. Beides setze wiederum eine entsprechende Vermarktungsstrategie voraus, wobei dem ORF für einen diesbezüglichen Rückgriff auf die eigene Marke die Bestimmung des § 9b ORF-G entgegenstehe, wonach ein kommerzielles Online-Angebot nicht unter den Marken des ORF angeboten werden dürfe.

Insgesamt erscheine eine Selbstfinanzierung über den Markt derzeit nicht realistisch, zumal den Fixkosten für Entwicklung und Betrieb einer VoD-Plattform in Österreich aufgrund der niedrigen Einwohnerzahl ein vergleichsweise geringes Marktpotenzial gegenüber stehe. Die kumulierten

Verluste der Flimmit GmbH hätten in den letzten drei Jahren rund EUR 2 Mio. betragen, entgegen der ursprünglichen Planungen zeichne sich (trotz eines rigiden Sparprogramms) auch im Geschäftsjahr 2017 kein Ergebnis-Turnaround ab. Wenn kein alternatives Finanzierungsmodell gefunden werden könne, werde daher die Einstellung des kommerziellen Abrufdienstes erfolgen.

1.2.3. Geplantes Finanzierungsmodell (insbesondere Vergütungselement)

Mit der Ausgestaltung als öffentlich-rechtlicher Abrufdienst des ORF solle die Plattform erhalten und verbessert werden. Dabei werde das Angebot aus ORF-Produktionen und Kaufproduktionen, die entweder bereits vom ORF in seinen Fernsehprogrammen ausgestrahlt wurden bzw. deren Ausstrahlung nach der feststehenden Programmplanung erfolgen wird, beibehalten. Der bisher enthaltene 30%-Anteil von Kaufproduktionen ohne ORF-Programmbezug werde im Interesse einer Stärkung des öffentlich-rechtlichen Charakters nicht beibehalten. Sonstige Kaufproduktionen sollen nur in untergeordnetem Umfang bereitgestellt werden, wenn sie im Rahmen einer Kontextualisierung neue Perspektiven zu im Rahmen von ORF-Fernsehsendungen transportierten Themenschwerpunkten liefern.

Neben der öffentlich-rechtlichen Finanzierung sei auch noch eine Mitfinanzierung durch den Endnutzer (Vergütungselement) erforderlich. Die Bereitstellung weiterer öffentlich-rechtlicher Online-Angebote stehe unter der Voraussetzung ihrer wirtschaftlichen Tragbarkeit. Beim Einzelabruf zahle der Endkunde eine einmalige Gebühr und erwerbe dadurch entweder das Besitzrecht oder das Recht, den Titel 24 bzw. 48 Stunden zu streamen, beim Abonnement werde das Recht erworben, alle im Abo-Paket zur Verfügung stehenden Titel gegen eine regelmäßige fixe Gebühr zu streamen. Welche Titel in welchen Auswertungsformen angeboten werden, hänge maßgeblich von den Rechteinhabern bzw. sich aus der Verwertungskette ergebenden Sperrfristen ab. In der Regel würden neue Titel zunächst mit DVD-Start im Einzelabruf angeboten, aber frühestens mit der Freigabe der Pay-TV Rechte auch für eine Auswertung im Abonnement. Um ein attraktives Angebot mit aktuellen Highlights zu garantieren, würden alle Auswertungsformen auf der Plattform angeboten. Grundsätzlich werde die Strategie verfolgt, ein möglichst großes Portfolio im Abo aufzubauen, wo es nicht anders möglich sei, würden auch Auswertungsrechte im Einzelabruf erworben.

Dieses Vergütungselement sei auch mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag vereinbar, da es erforderlich sei, damit die erweiterte Zurverfügungstellung von ORF-Fernsehsendungen in einem Online-Angebot wirtschaftlich tragfähig werde. So habe der VfGH in Ro 2014/03/0067 (mit näherer Begründung) ein die Vereinbarung eines Vergütungselements mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zur Herstellung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit bejaht. Ebenso habe die Europäische Kommission infolge der Entwicklungen am Rundfunkmarkt und der damit einhergehenden Veränderung von Geschäftsmodellen bereits in ihrer „Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk“, 2009/C 257/01, im Folgenden: Rundfunkmitteilung 2009, klargestellt, dass ein mit Diensten und/oder Leistungen verbundenes Entgelt („Bezahldienste“) nicht per se mit einem öffentlich-rechtlichen Auftrag unvereinbar sei. In diesem Zusammenhang werde von der Europäischen Kommission hervorgehoben, dass ein Vergütungselement etwa mit der Zahlung von Netzwerkentgelten und Urheberrechtsgebühren durch den öffentlich-rechtlichen Plattformbetreiber begründet sein könne. Dies sei für den geplanten Abrufdienst einschlägig, zumal die wirtschaftliche Tragbarkeit hier primär durch die erforderliche Abgeltung der übrigen Rechteinhaber bedingt sei. Weil zusätzliche Erlöse nach dem im Hinblick auf das Ergebnis des

Nettokostenprinzips nach dem ORF-G im Ergebnis dazu führen, dass sich der auf das Programmtegelte entfallende Anteil verringere, seien sie auch beihilfenrechtlich unschädlich.

Voraussetzung für die Vereinbarkeit eines Vergütungselements mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag sei zudem, dass ein Dienst mit Entgeltelement die Befriedigung bestimmter sozialer, demokratischer und kultureller Bedürfnisse der Gesellschaft ermögliche und keine unverhältnismäßige Auswirkung auf den Wettbewerb oder den grenzüberschreitenden Handel habe. Auch diesen Anforderungen trage der geplante Dienst durch das weite, aus unterschiedlichen Themen und Kategorien bestehende Spektrum der im Kernauftrag produzierten ORF-Fernsehsendungen Rechnung, zumal eine unverhältnismäßige Auswirkung auf die Wettbewerbssituation auf den relevanten Märkten ausgeschlossen werden könne.

Zum Zweck der Erlössteigerung sei geplant, die Nutzerattraktivität durch Kaufproduktionen, die nicht im ORF ausgestrahlt wurden und auch nicht zur Ausstrahlung geplant seien, zu erhöhen, wobei sichergestellt werde, dass deren Anteil nur in einem untergeordneten Ausmaß zur Kontextualisierung aktueller ORF-Fernsehsendungen bestehe. Um den Abrufdienst einer möglichst breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen, solle langfristig zudem eine Vermarktung auch über Plattformen von Drittanbietern (etwa regionale und überregionale Kabelnetzbetreiber und „Over-the-Top“-Anbieter) sowie eine Erstreckung auf den deutschsprachigen-europäischen Raum möglich sein. Dazu sei auch eine kommerzielle Vermarktung auf Basis von Gegengeschäften vorgesehen.

Konkret werde zur Finanzierung mit nachstehenden Kosten gerechnet:

Personal	410.579
Abschreibung	23.625
Variable Kosten (Rechte, Verwertungsgesellschaften, Technische Direktkosten)	372.095
Technik	132.699
Sonstige Kosten (Akquise, Marketing, etc.)	100.000
Gesamtkosten	1.038.998

Dabei würden sich die Personalkosten auf acht Vollzeitäquivalente beziehen und die Abschreibungen auf die technischen Einrichtungen, die für die Bereitstellung der Plattform notwendig seien. Die Rechte-Kosten würden Abgeltungen für Verwertungsgesellschaften und Teile der Kosten für den Content-Erwerb umfassen, die technischen Kosten Bandbreitenkosten, Betriebskosten für den Web-Server, Datenbank-Server etc.

Die mittelfristige Finanzvorschau stelle sich dar wie folgt:

	2018	2019	2020	2021	2022
Aufwendungen	1.038.998	1.352.948	1.568.941	1.843.667	1.985.929
Erlöse	539.885	820.580	1.011.302	1.348.988	1.510.593

Dem lägen als Annahmen zugrunde, dass die Fixkosten (Personal, Technik, Abschreibungen, sonstige Kosten) keine signifikanten Steigerungen aufweisen und die Steigerungen im Bereich der Aufwendungen hauptsächlich die variablen Kosten wie Rechteabgeltung, Transferkosten und

Verwertungsgebühren betreffen. Die variable Kostenkurve würde im Laufe der Jahre leicht abflachen, da die Kosten pro Kunde mit der Anzahl der Gesamtkunden skalierten.

Die Netto-Erlöse würden die Kundenentgelte für Abo (ca. 90% der Umsätze) und Einzelabrufe (ca. 10% der Umsätze) beinhalten, wobei als Basis für die Abo Erlöse ein Jahres Abo von € 29,90 brutto inkl. etwaiger Aktionspreise diene, sodass mit einem Listenpreis von maximal € 34,90 brutto gerechnet werden könne. Für den Einzelabruf werde mit einem Durchschnittspreis von € 3,- brutto kalkuliert. Das Vergütungselement diene vorrangig der Abdeckung der Rechte- und Technikkosten. Im Sinne des Nettokostenprinzips würden die Erlöse auch Erlöse aus konnex-kommerziellen Geschäften beinhalten. Schließlich gehe die Prognose von einem Kundenhochlauf aus, der in den Anfangsjahren überproportional wachse und sich danach mit dem allgemeinen Wachstum am Markt bewege.

1.2.4. Rechtsgrundlagen

Der Betrieb des gegenständlichen Abrufdienstes falle unter den Unternehmensgegenstand nach § 2 Abs. 1 Z 2 ORF-G, soweit es sich um die Bereitstellung von ORF-Produktionen und jedenfalls jenen Kaufproduktionen handle, die vom ORF in seinen Fernsehprogrammen ausgestrahlt wurden oder deren Ausstrahlung nach der Programmplanung erfolgen wird, da hier der geforderte Zusammenhang mit den Rundfunkprogrammen des ORF vorliege. Die beabsichtigte Abrufbarkeit von Kaufproduktionen, die nicht in ORF-Programmen verbreitet wurden oder noch verbreitet werden sollen, werde im Sinne einer Ergänzung der Plattform und auch als gebotene Vermarktungsmaßnahme nach § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G vom Unternehmensgegenstand getragen. Sie hebe die Attraktivität des Abrufdienstes und der über sie verbreiteten, im Zusammenhang mit der Veranstaltung von Rundfunk durch den ORF stehenden Angebote und sei dadurch geeignet, die eigentliche Hauptaktivität förderlich zu beeinflussen.

Die Bereitstellung eines öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes falle unter den besonderen Auftrag für weitere Online-Angebote gemäß § 4f Abs. 1 ORF-G, wonach der ORF nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit über das Angebot nach § 4e ORF-G hinaus weitere Online-Angebote bereitzustellen habe, die einen wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags (§ 4 ORF-G) leisten, worunter ausdrücklich auch Abrufdienste fallen würden (§ 4f Abs. 1 ORF-G).

Die erweiterte Zugänglichmachung von ORF-Fernsehsendungen ergänze die vom öffentlich-rechtlichen Auftrag getragenen bestehenden Online-Angebote und steigere deren Servicecharakter. Durch Produktionen in den Bereichen Dokumentationen und Autorenfilm Sorge der ORF insbesondere für die umfassende Information der Allgemeinheit über alle wichtigen politischen, sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und sportlichen Fragen (§ 4 Abs. 1 Z 1 ORF-G), die Förderung der österreichischen Identität (Z 3), von Kunst, Kultur und Wissenschaft (Z 5) sowie der österreichischen künstlerischen und kreativen Produktion (Z 6) und vermittele ein vielfältiges kulturelles Angebot (Z 8). Die Abrufbarkeit der ORF-Produktionen sei darüber hinaus auch ein Instrument der Bildung (Z 13). Ausgewogenheit und Vielfalt des Angebots (§ 4 Abs. 2 und 3 ORF-G) würden durch die unterschiedlichen Themen und Kategorien gewährleistet. Die Unverwechselbarkeit des Angebots als öffentlich-rechtliches Angebot des ORF (§ 4 Abs. 3 ORF-G) ergebe sich insbesondere aus der Tatsache, dass die bereitgestellten Angebote idR eigen-, auftrags- oder koproduziert seien. Auch der Objektivität (§ 4 Abs. 5 ORF-G) und Unabhängigkeit (§ 4 Abs. 6 ORF-G) werde Rechnung getragen.

1.2.5. Ausführungen zu den voraussichtlichen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt

Zu den voraussichtlichen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation führte die Reidlinger Schatzmann Rechtsanwälte GmbH in ihrer Stellungnahme aus, der geplante Abrufdienst sei nicht geeignet, die dominierenden Marktverhältnisse der bereits etablierten VoD-Plattformen – dominierend seien insofern „Amazon Prime“ und „Netflix“ – unangemessen zu verzerren.

Es wurde zusammengefasst ausgeführt, der bisher rein kommerziell vermarktete Abrufdienst Flimmit habe sich als nicht ausreichend selbst finanzierbar erwiesen. Flimmit sei 2007 gegründet worden und schon dem Einstieg des ORF im Jahr 2015 sei die Annahme zugrunde gelegen, dass österreichischem Filmmaterial im Rahmen der damals bereits bestehenden oder knapp vor Markteintritt stehenden Abrufdienste aufgrund der Dominanz von US-Produktionen nicht genug Aufmerksamkeit geschenkt würde. Auch einer aktuellen EU-Studie zufolge würden Produktionen aus der EU lediglich ein knappes Viertel des Angebots von in Europa erhältlichen VoD-Plattformen einnehmen. Zudem sei insbesondere die leichte Auffindbarkeit der wenigen österreichischen Titel nicht gegeben, sondern setze eine gezielte Suche voraus. Gerade der Sichtbarkeit komme im Sinne des „Must-be-Found“-Gedankens eines öffentlichen Auftrags besondere Bedeutung zu.

Dass der bestehende Abrufdienst Flimmit nicht kostendeckend sei und daher auf rein kommerzieller Basis nicht weiter betrieben werden könne, sei auf mehrere Faktoren zurückzuführen. Grundsätzlich gelte der ORF ausschließlich bei echten Eigenproduktionen als alleiniger Filmhersteller und verfüge sodann über sämtliche Nutzungsrechte. In der Praxis werde der Großteil der Produktionen jedoch im Rahmen von Auftrags- und Gemeinschaftsproduktionen abgewickelt, für die die Rechte gesondert für den linearen und den nicht-linearen Bereich vergeben würden. Da die Rechte des ORF an der linearen TV-Ausstrahlung nur die Bereitstellung im „Catch-up-TV“ bis sieben Tage nach der Ausstrahlung beinhalteten, würden dem ORF durch die Bereitstellung auf „on-demand“ Basis in jedem Fall zusätzliche Rechte-Kosten entstehen bzw. seien Produzenten an Verwertungserlösen zu beteiligen. Auch die zu Zwecken der Kontextualisierung aufgenommenen Fremdproduktionen würden Kosten verursachen, die jedoch für das Anbieten eines breiten bzw. attraktiven Angebotsspektrums notwendig seien.

Aus Sicht des ORF könne somit eine VoD-Plattform, die dem Programmauftrag gerecht werde, nur in Gestalt eines öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes fortgeführt werden. Dabei solle das geplante Vergütungselement eine ausgewogene Verwendung von öffentlichen Mitteln sicherstellen. Öffentliche Mittel sollten dabei primär im Anfangsstadium aufgewendet werden, nach einer ersten Skalierungsphase solle das Vergütungselement schließlich den Großteil des Finanzierungsaufwandes decken. Es sei daher zu beurteilen, ob durch die Umstellung von Flimmit auf einen öffentlich-rechtlichen Abrufdienst eine Wettbewerbsverzerrung zu befürchten sei und inwieweit Flimmit tatsächlich nur als öffentlich-rechtlicher Abrufdienst weiter bestehen könne.

Zur Marktabgrenzung wurde ausgeführt, der relevante Markt bedürfe sowohl in sachlicher als auch in örtlicher Hinsicht der Abgrenzung. Der sachlich relevante Markt umfasse sämtliche Produkte und Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden. Dabei werde gemäß dem sogenannten „Bedarfsmarktkonzept“ auf die Sichtweise des Konsumenten im Hinblick auf die Austauschbarkeit verschiedener Produkte abgestellt und würden in die Beurteilung des Substitutionspotenzials Faktoren wie spezifische Eigenschaften des Produkts, Preis, Verwendungszweck und Verbraucherpräferenzen einfließen. Der räumlich

relevante Markt umfasse das Gebiet, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen seien und das sich von benachbarten Gebieten, insbesondere aufgrund merklich unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen, die in diesen Gebieten herrschen, abgrenze. Maßgebliche Faktoren für die Bestimmung des örtlich relevanten Marktes seien u.a. Art und Eigenschaften der betroffenen Produkte bzw. Dienstleistungen, die Existenz von Marktzutrittsschranken (z.B. aufgrund rechtlicher Vorschriften) oder Verbraucherpräferenzen, deutlich unterschiedliche Marktanteile der Unternehmen zwischen räumlich benachbarten Gebieten oder wesentliche Preisunterschiede. Grundsätzlich seien Medienmärkte im Allgemeinen und insbesondere digitale Medienmärkte von „Zweiseitigkeit“ geprägt. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass in diesen mit den Anbietern von Content und Werbetreibenden meistens zwei Nutzergruppen aufeinandertreffen. Zwischen diesen Märkten bestünden Interdependenzen, da die Attraktivität einer Werbefläche zum Teil durch die Anzahl der Nutzer des Mediums auf dem Markt für Inhalte abhängt.

Um alle Aspekte des geplanten ORF VoD-Dienstes zu erfassen, müsse bei näherer Betrachtung davon ausgegangen werden, dass das neue Angebot in einem partiellen Substitutionsverhältnis mit unterschiedlichen anderen Produkten stehen bzw. Auswirkungen auf benachbarte Märkte haben könne, weshalb mögliche Auswirkungen des Vorhabens auf verschiedenen Märkten analysiert würden.

Zunächst sei für den VoD-Endkundenmarkt – ausgehend von der ständigen Unterscheidung der Europäischen Kommission zwischen Pay-TV und Free-TV aufgrund der unterschiedlichen Finanzierung – davon auszugehen, dass ein eigener Markt für entgeltliche Abrufdienste abzugrenzen sei, dass jedoch auch von unentgeltlichen Angeboten ein gewisser regulierender Wettbewerbsdruck ausgehe. Dabei sei aufgrund der unterschiedlichen Nutzungsweise und der inhaltlichen Inkongruenz nicht von einer direkten Substitutionsbeziehung des geplanten Abrufdienstes zur TVthek oder zu Mediatheken anderer Fernsehsender auszugehen. In räumlicher Hinsicht sei der Markt in Anlehnung an die Marktabgrenzung der KommAustria in ihrem Bescheid zur Vermarktung der TVthek national abzugrenzen. Diese Einschätzung decke sich mit der der Europäischen Kommission, die davon ausgehe, dass Rechte in der Regel national vergeben würden. Dies bedeute, dass Angebote, welche aus Nutzersicht in Österreich verfügbar sind, grundsätzlich in diesen Markt fallen.

Darüber hinaus sei neben dem VoD-Endkundenmarkt auch der „vorgelagerte nationale Markt für die Lizenzierung von audiovisuellen Inhalten für den Betrieb eines VoD-Angebotes“ („VoD-Lizenzmarkt“) zu berücksichtigen. Da Urheber- und Leistungsschutzrechtliche Verwertungsrechte nach Verwertungsarten separiert würden, sei die Einräumung von Verwertungsrechten für andere Nutzungsarten für den Betreiber eines VoD-Angebotes nicht austauschbar.

Nicht näher einzugehen sei auf die Auswirkungen des gegenständlichen Vorhabens auf folgende Märkte (jeweils mit näherer Begründung):

Den „Markt für Online-Werbung“, zumal einerseits die Bereitstellung von Online-Werbeflächen nicht vom Angebotskonzept umfasst und andererseits – angesichts der Erfahrungen mit den bisherigen Nutzerzahlen von Flimmit – nicht davon auszugehen sei, dass das bloße Bestehen der Plattform des ORF dazu führen könnte, dass Wettbewerber mit sinkenden Seherzahlen und dadurch sinkenden Werbeeinnahmen konfrontiert wären.

Somit auch den „Markt für TV-Werbung“, der zudem nach ständiger Entscheidungspraxis weiterhin von Werbung in anderen Medien abzugrenzen sei.

Den „Fernsehmarkt“, da zwar die Bedeutung der Mediatheken von Programmveranstaltern im Vergleich zum klassischen linearen Fernsehen steige, aber nicht damit zu rechnen sei, dass die geplante VoD-Plattform des ORF zu einer relevanten Erhöhung der linearen ORF-Programme führen würde, da es sich bei einem Großteil der Nutzer voraussichtlich ohnehin um Personen handeln werde, die die ORF-Programme im Fernsehen verfolgen. Soweit Personen angesprochen würden, die Sendungen vorrangig online abrufen, sei aufgrund der unterschiedlichen Bedürfnisse dieser Zielgruppe nicht davon auszugehen, dass ein wesentlicher Anteil dieser Personen lineare ORF-Programme in Anspruch nehmen. Zudem würden kostenpflichtige Online-Videoangebote auch weiterhin nur einen geringen Anteil der täglichen Bewegtbildnutzung einnehmen.

Aus wettbewerblicher Sicht sei in einem ersten Schritt zu prüfen, ob durch das geplante Angebot keine unverhältnismäßigen negativen Auswirkungen auf den als relevant erachteten Märkten entstehen, wobei nach der Rundfunkmitteilung 2009 die Marktstruktur, die Marktstellung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt, der Grad des Wettbewerbs sowie die potenziellen Auswirkungen auf Initiativen privater Marktteilnehmer als Kriterien für die Beurteilung heranzuziehen seien. Außerdem seien auch ähnliche/austauschbare Angebote der Konkurrenz sowie der publizistische Wettbewerb einzubeziehen.

Die KommAustria habe bereits im Rahmen der Auftragsvorprüfung zur Vermarktung und Erweiterung der TVthek eine Ausdehnung der Bereitstellungsdauer bestimmter Inhalte auf der TVthek von sieben auf 30 Tage als durchwegs positiv beurteilt und diesbezüglich keine Bedenken hinsichtlich der wettbewerblichen Auswirkungen geäußert, sondern die Änderung vielmehr als Beitrag zur Steigerung der Angebotsvielfalt betrachtet. Gegenständlich komme eine bloße Verlängerung der Bereitstellung von Inhalten in der TVthek technisch nicht in Frage und sei auch aufgrund des getrennten Rechteerwerbs untunlich, im Ergebnis solle aber ebenfalls eine faktische „Lücke“ im Angebot geschlossen werden, zumal der ORF zwar die Kosten für Produktionen trage, die dem öffentlichen Auftrag genügen, derzeit aber noch nicht die volle Wertschöpfungskette nutzen könne, um damit einen nachhaltigen Nutzen zu stiften. Zusätzlich haben die Fragmentierung der Verwertungsrechte und die Fokussierung international tätiger VoD-Plattformen auf global skalierbare Eigenproduktionen zur Folge, dass österreichische audiovisuelle Produktionen Zusehern im Wege einer VoD-Plattform gar nicht angeboten werden (können). Damit entstehe im Kern ein Marktversagen, das sich durch die Einführung eines eigenen Abrufdienstes ausgleichen lasse. Es erscheine daher vor dem Hintergrund des Trends zur digitalen und nicht linearen Nutzung nur folgerichtig, auch für ORF-Produktionen ein erweitertes Spektrum an Verbreitungsmöglichkeiten zu eröffnen.

Durch den geplanten ORF-Abrufdienst werde es auf dem VoD-Endkundenmarkt zu keinen negativen wettbewerblichen Auswirkungen, sondern vielmehr zu einer Erweiterung bzw. Erhaltung der Angebotsvielfalt kommen. Das bisher bestehende, mit dem Angebot einer öffentlich-rechtlichen Plattform des ORF vergleichbare Angebot Flimmit habe keinen spürbaren Wettbewerbsdruck ausüben können, weshalb zu der nunmehr geplanten Umstellung auf einen öffentlich-rechtlichen Dienst nur jene Aspekte zu problematisieren seien, für die diese Umstellung kausal seien.

Inhaltlich würden prozentuell mehr ORF-Programminhalte angeboten, woraus sich keine Verschlechterung der Wettbewerbssituation ergeben könne. Die öffentlichen Mittel für die Bereitstellung der ORF VoD-Plattform würden zum größten Teil zur Finanzierung dieser inhaltlichen Ausrichtung herangezogen, eine Verbesserung des Angebots aus kommerzieller Sicht könne durch die Verwendung öffentlicher Mittel jedoch nicht erreicht werden. Woher die Finanzierung komme und in welcher Höhe diese zur Verfügung stehe, vermöge am inhaltlichen Angebot des ORF nichts zu ändern. Aus der Umstellung auf einen öffentlich-rechtlichen Kanal sei somit keine Wettbewerbsverzerrung auf Seiten des inhaltlichen Angebotspektrums zu befürchten.

Vorteile könnten sich durch die Bekanntheit der Marke ORF ergeben, wobei jedoch zu berücksichtigen sei, dass dieser Mehrwert allen potenziell in den Markt eintretenden TV-Sendern entsprechend offen stehe. Dass sich das Konzept Flimmit wirtschaftlich nicht bewährt habe, könne nicht als Argument dafür dienen, dass der Markteintritt in den VoD-Endkundenmarkt für Wettbewerber des ORF im TV-Markt nicht gleichermaßen möglich sei und die Einführung eines öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes daher potenziell marktverzerrend wirken könne, zumal andere Marktteilnehmer direkt an die eigene Marke anknüpfen könnten. Im Rahmen der inhaltlichen Ausrichtung stehe die geplante Plattform zudem auch dritten TV-Anbietern offen, sofern sie passende fiktionale Inhalte anbieten.

Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Bekanntheitsgrad des ORF auf dem österreichischen Markt ihm einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Inhalte-Anbietern verschaffen könnte, sei nicht davon auszugehen, dass dieser im Vergleich zu wichtigen Konkurrenten wie „maxdome“, „Netflix“ oder „Amazon Prime“ bedeutend sein werde. Die geplante Einführung eines ORF-Abrufdienstes solle ja gerade nur dem österreichischen ORF-Publikum eine zusätzliche Alternative bieten, insbesondere das ORF-Programm auch auf anderem Wege abzurufen. Nicht geplant sei hingegen, ein Konkurrenzprodukt zu „maxdome“, „Netflix“ oder „Amazon Prime“ zu entwickeln, was auch gar nicht möglich sei. Angesichts der Überlegenheit von „Amazon Prime“, das nicht nur den Zugang zu abrufbaren audiovisuellen Inhalten abdecke, sondern dem Nutzer auch vergünstigte Konditionen im Rahmen des „Amazon“-Versanddienstes biete, sei es nahezu absurd, von einer wettbewerblichen Gefahr durch den geplanten ORF-Abrufdienst zu sprechen. Ein ähnliches Bild zeige sich für den Anbieter „Netflix“. Der erzielte hohe Cash Flow ermögliche es diesem Unternehmen, vermehrt auf Eigenproduktionen zu setzen und damit gewinnmaximierend zu arbeiten. Auch diese Plattform sei nicht primär im deutschsprachigen Raum tätig und könne daher unabhängig von der Wettbewerbssituation in Österreich agieren. Dem gegenüber profilieren sich Sky durch ein exklusives Angebot an HBO-Serien wie „Game of Thrones“ oder „Boardwalk Empire“ und aktuellen Hollywood-Blockbustern und sichere sich dadurch einen USP im Vergleich zum Wettbewerb.

Der generelle VoD-Markt außerhalb des „Subscription-VoD“ Bereichs sei noch facettenreicher: Technologie-Unternehmen wie Apple, Google und Microsoft würden mit „iTunes“, „Google Play Movies“ und „Xbox Video Filme“ aktuelle Kinohits zum Leihen und Kaufen anbieten und den Konkurrenzdruck erhöhen. Nicht zu vergessen sei dabei insbesondere die konträre inhaltliche Ausrichtung dieser Plattformen. Eine von Flimmit in Auftrag gegebene Studie habe gezeigt, dass 48 % der Flimmit-Kunden zusätzlich zumindest ein weiteres VoD-Angebot konsumieren, was die komplementäre inhaltliche Ausrichtung der Plattform deutlich zeige. Österreichische Filmproduktionen würden die bestehenden VoD-Anbieter – wenn überhaupt – kaum sichtbar bereitstellen. Kommerziell betriebene internationale Plattformen würden vielmehr auf dem

Konzept aufbauen, in ihrer ersten Entwicklungsphase Filme und Serien einzukaufen und mit vergleichsweise geringem Risiko zu vermarkten, wonach in einer zweiten Entwicklungsphase Eigenproduktionen, die sich an ein Nischenpublikum richten, aber global skalierbar seien, das Geschäftsmodell treiben würden. Diese Herangehensweise sei mit jener des ORF nicht vergleichbar, der einen öffentlichen Auftrag habe und dementsprechend einem ausdifferenzierten Qualitätsanspruch zur Versorgung der Allgemeinheit folge. Es sei daher zu hinterfragen, ob überhaupt Wettbewerbsdruck vom Angebot des ORF auf andere Angebote ausgehen könne. Dieser würde sich jedoch allenfalls auf das inhaltliche Angebot beziehen, sodass sich andere Anbieter gezwungen sehen könnten, auch vermehrt regionale Programme mit spezifischem kulturellem Anspruch in ihr Portfolio aufzunehmen, womit aber der Wettbewerb und damit die Angebotsvielfalt eher verstärkt würden.

Aufgrund des allgemein steigenden Angebots im Bereich audiovisuelle Online-Inhalte könne das zusätzliche Angebot des ORF zudem maximal das Absinken der Marktanteile des ORF im Vergleich zu seinen Wettbewerbern verringern, nicht jedoch zu negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb führen. Es sei eher davon auszugehen, dass es auch in Zukunft zu Markteintritten in diesen Markt kommen werde, da dieser von wesentlich geringeren Hürden als der lineare Fernsehmarkt geprägt sei. Anderen Wettbewerbern stehe es dabei offen, ein Angebot zu schaffen, das sich von dem des ORF abgrenze und gleichzeitig wettbewerbsfähig sei. Sofern andere Marktteilnehmer dabei auch auf Produktionen des ORF zurückgreifen wollten, sei der ORF gemäß § 2 Abs. 4 ORF-G zur Nicht-Diskriminierung verpflichtet. Gleichzeitig würden andere Marktteilnehmer nicht die Finanzierungslast für die Produktion tragen und nicht denselben inhaltlichen Beschränkungen wie der ORF unterliegen.

Es sei nicht absehbar, dass die partielle Finanzierung einer VoD-Plattform aus öffentlich-rechtlichen Mitteln anderen bestehenden oder neu eintretenden Marktteilnehmern schaden werde. Vielmehr sei zu erwarten, dass das ORF-Angebot parallel zu jenem zahlreicher anderer Medien existieren werde, ohne sich negativ auf die Wettbewerbssituation niederzuschlagen. Aufgrund der weitgehend parallelen inhaltlichen Ausgestaltung des VoD-Angebots zum linearen Programm des ORF würden sich Nutzer des ORF wohl vermehrt auch dieses alternativen Modells bedienen. Es sei daher davon auszugehen, dass sich der ORF nur selbst der größte Konkurrent wäre. Zudem seien selbst bei einer Gesamtbetrachtung des neuen Angebots (unter Ausblendung der Tatsache, dass die Plattform grundsätzlich bereits bestehe) keinerlei Hinweise darauf ersichtlich, dass die Einführung eines ORF-Abrufdienstes zu einer Marktabschottung oder zu höheren Markteintrittsschranken führen würde, die den Markteintritt oder die Erweiterung des Angebots durch andere (potenzielle) Marktteilnehmer verhindern würden. Vielmehr stelle das zusätzliche Angebot, nicht zuletzt aufgrund der im Vergleich zur TVthek andersartigen Gestaltung und Strukturierung der Inhalte nach Themen und Genres, eine Erweiterung des allgemein verfügbaren Online-Video Angebots dar, welcher den Konsumenten zu Gute komme und jedenfalls, auch aufgrund der Qualitätsanforderungen an den ORF, zu einem steigenden Wettbewerb in diesem Bereich beitrage.

Negative Auswirkungen auf den VoD-Endkundenmarkt seien somit nicht zu erwarten, sondern es sei mit positiven Auswirkungen aufgrund des erweiterten hochqualitativen Angebots des ORF zu rechnen.

Auch für den vorgelagerten VoD-Lizenzmarkt sei grundsätzlich zu untersuchen, was sich durch die gegenständliche Umstellung auf eine öffentlich-rechtliche Plattform konkret ändere. Der ORF sei

hier mittelbar bereits jetzt tätig, da für Flimmit dieselben Inhalte nachgefragt würden, wie sie in Zukunft auf dem ORF-Abrufdienst bereitgestellt werden sollen. Die Klärung attraktiver Archiv-Titel sei aufgrund der nicht-exklusiven Lizenzierungspraxis des ORF auch für andere Plattformen vorteilhaft, da die Aufteilung der Fixkosten für Lizenzen bei allen Plattformen zu größerer Wirtschaftlichkeit führe. Eine Änderung der Wettbewerbssituation sei in diesem Bereich durch die Umstellung auf einen öffentlich-rechtlichen Abrufdienst somit nicht zu erwarten.

Zudem würden bisher auf dem Markt tätige VoD-Anbieter klar (nur) auf international skalierbare setzen. Gerade dieses Marktversagen sei die Grundlage für die geplante Einführung eines öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes mit einem Angebot, das aus dem Markt heraus offenbar nicht geschaffen werden könne. Im Zuge einer Gesamtbetrachtung sei es daher denkbar, dass der ORF zumindest für den Bereich der österreichischen Produktionen zu den Hauptabnehmern zählen würde. Auch damit würde Wettbewerb aber erst eröffnet, da diese Inhalte ansonsten nur in geringem Ausmaß nachgefragt würden.

Unmittelbar trete der ORF als neuer Marktteilnehmer und mit einem spezifischen Nachfrageprofil in den VoD-Lizenzmarkt ein. Der Anteil an echten Eigenproduktionen sei aufgrund der hohen Finanzierungslast so gering, dass der ORF in der Praxis auf den Rechteerwerb von Dritten angewiesen sei. Auch für den Bereich der Gemeinschafts- und Auftragsproduktionen sei der ORF gegenüber Dritten nicht besser gestellt, sondern müsse zusätzliche Kosten auf sich nehmen. Gleichzeitig sei der ORF aber gerade an diese Inhalte gebunden und könne daher nicht auf – bei einer Kosten/Nutzen-Kalkulation – günstigere Fremdproduktionen setzen. Selbst die für den linearen Bereich bereits erworbenen Fremdproduktionen müsse der ORF für die VoD-Vermarktung erneut erwerben, sei jedoch inhaltlich weitgehend an das bereits ausgestrahlte Programm gebunden. Der ORF könne daher keinen Vorteil auf dem VoD-Lizenzmarkt geltend machen, sondern sei wie alle anderen Marktteilnehmer auf den Vertragsabschluss mit Dritten angewiesen. Da er auch hier zur Nichtdiskriminierung verpflichtet sei, sei eine Abschottungswirkung oder Wettbewerbsverzerrung nicht zu befürchten.

Zur Verhältnismäßigkeit der geplanten Einführung eines öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes müsse zunächst grundsätzlich hinterfragt werden, ob der Verbleib im relevanten Markt tatsächlich gefährdet sei und nicht auf andere Weise (als unter Zuhilfenahme öffentlicher Mittel) finanziert werden könne. Gleichzeitig könne diese Frage aber auch nicht primäre Entscheidungsgrundlage sein, da eine Auseinandersetzung mit diesem Marktsegment eine Verschiebung des Sehverhaltens zeige und die geplante Einführung eines Abrufdienstes somit ohnehin dem öffentlichen Auftrag des ORF entspreche und notwendig sei, um diesem Auftrag auch in Zukunft nachkommen zu können. Dass sich nun auch in der Praxis herausgestellt habe, dass diesem Anliegen mit Hilfe einer kommerziell betriebenen Plattform nicht entsprochen werden konnte, sei daher lediglich ein ergänzendes Argument, das diese Notwendigkeit verdeutliche.

Um eine VoD-Plattform zu betreiben, müsse der Betreiber die entsprechenden Rechte jeweils gesondert erwerben. Dies gelte in der Regel auch für den ORF, der bei Gemeinschafts- und Auftragsproduktionen zwar zumeist über die Rechte zur linearen Ausstrahlung und zur Bereitstellung sieben Tage danach verfüge, nicht aber über die alleinigen Rechte zur Bereitstellung auf einer VoD-Plattform. Auch für das zum Teil notwendige Angebot von Fremdproduktionen seien diese Rechte gesondert zu erwerben und abzugelten. Die mangelnde Skalierbarkeit des Geschäftsmodells am vergleichsweise kleinen österreichischen Markt lasse eine

kommerzielle Deckung der Fixkosten für Personal und Technik nicht zu. Die geringen Nutzerzahlen würden den notwendigen Finanzierungsaufwand für ein breites Angebotspektrum und eine dem Stand der Technik entsprechende Plattform insgesamt unrentabel machen, durch die fehlende Verbindung der Marke Flimmit mit dem ORF gestalte sich außerdem die Kundenakquise problematisch. Trotz der bestehenden Nachfrage nach dem Zugang zu ORF-Inhalten auch nach der Bereitstellung in der TVthek sei Flimmit dem Großteil der österreichischen Bevölkerung unbekannt.

Die Flimmit GmbH habe dadurch in den letzten drei Jahren kumulierte Verluste in der Höhe von rund EUR 2 Mio. gemacht. Auch die Investitionsmöglichkeiten der Player stünden in keinerlei Verhältnis, würden doch laut aktuellen Medienberichten „Netflix“ und „Amazon“ intensiv im Content-Bereich investieren. Erkenne man also an, dass die Plattform Flimmit bzw. eine VoD-Plattform mit österreichischem Programmschwerpunkt, die dem Auftrag des ORF insgesamt entspricht, nur als öffentlich-rechtlicher Abrufdienst fortbestehen könne, sei zu prüfen, ob das Angebot den Kunden ausreichend zunutze komme und die Einführung daher verhältnismäßig sei.

Es sei davon auszugehen, dass die Einführung einer VoD-Plattform durch den ORF dem öffentlichen Auftrag entspreche. § 4f ORF-Gesetz normiere die Zulässigkeit der Bereitstellung weiterer Online-Angebote und erkläre in Abs. 1 ausdrücklich, dass auch Abrufdienste unter diese Bestimmung fallen. Der ORF solle demnach nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit Angebote bereitstellen, die einen wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags leisten. Dass für ein solches Angebot ein Vergütungselement grundsätzlich zulässig sei, bestätige die Rundfunkmitteilung 2009.

Die Einführung des öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes solle die Angebotspalette des ORF an die Marktentwicklungen anpassen und leiste damit einen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags. Ohne die Bereitstellung von ORF-Produktionen auf einer VoD-Plattform durch den ORF selbst würden entsprechende Angebote in diesem wachsenden Marktsegment nur unzureichend bereitgestellt. Eine rein kommerzielle Tätigkeit habe sich bisher nicht kostendeckend realisieren lassen, zukünftig werde der ORF jedoch in der Lage sein, die VoD-Plattform mit Hilfe eines Vergütungselements zumindest zum Teil kommerziell zu finanzieren. Damit soll gerade das Vergütungselement die verhältnismäßige Nutzung von öffentlichen Ressourcen gewährleisten. Grundsätzlich verwirkliche das über die VoD-Plattform bereitgestellte Programm jedenfalls den inhaltlichen Auftrag des ORF. Durch den eindeutigen Mehrwert, der dadurch für diejenigen Nutzergruppen entstehe, denen die zeitlich unbegrenzte Bereitstellung zugutekomme, scheine die Einhebung eines geringen Vergütungsbestandteils von den Kunden gerechtfertigt und stehe dem öffentlichen Auftrag nicht entgegen. Die Einführung eines öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes sei daher auch vor dem Hintergrund, dass dieser in Verbindung mit einem kundenseitigen Vergütungselement vermarktet werden solle, als den Zwecken des öffentlichen Auftrags des ORF dienlich und als verhältnismäßig im Vergleich zu den marginalen potenziellen Auswirkungen auf den Markt anzusehen.

1.2.6. Ausführungen zu den voraussichtlichen Auswirkungen auf die Angebotsvielfalt für Seher, Hörer und Nutzer

Zu den voraussichtlichen Auswirkungen auf die Angebotsvielfalt führte a.o. Univ.-Prof. Dr. Thomas Steinmaurer aus, dass durch die strukturellen Rahmenbedingungen (Medienstrukturwandel und Mediennutzung und die daraus folgenden Herausforderungen für öffentlich-rechtliche Medienanbieter) die Medienlandschaft auf globaler Ebene durch die universelle Dynamik der

Digitalisierung und Vernetzung einer äußerst weitreichenden Entwicklung ausgesetzt sei. Das betreffe zunächst die strukturelle Ebene des technologischen Wandels, die damit verbundene Diversifizierung des Angebots und Öffnung der Märkte mit wiederum neuen Formen ihrer Finanzierung. Die Paradigmen der Interaktivität sowie der ubiquitären und mobilen Vernetzung würden einen nachhaltigen Wandel der Nutzungsmuster mit sich bringen und eine zunehmende Entlinearisierung des Angebotsspektrums die Ausgestaltung von Medienrepertoires verändern.

Für traditionelle und klassische Medienanbieter ergebe sich daraus eine Reihe neuer Herausforderungen. Neue Intermediäre wie z.B. Social Media-Plattformen seien zu globalen Playern geworden und würden nachhaltig sowohl private wie auch gesellschaftliche Kommunikationsflüsse verändern. Veränderte Formen von Öffentlichkeit würden emigrieren, klassische Medien würden ihrer Rolle als Gatekeeper verlustig gehen bzw. zum Teil nur noch zu „Gate-Watchern“ werden. Vermittlung und Austausch über gesellschaftlich relevante Themen finde nicht mehr notwendigerweise über traditionelle Medien statt, Rundfunk und Presse seien nur noch Teil jenes Kommunikationsspektrums, über das öffentliche Meinungsbildung stattfindet. Organisationen und Institutionen der Gesellschaft oder auch die Politik würden sich vermehrt direkt über Soziale Netzwerke oder andere Möglichkeiten der digitalen Vernetzung an die Bürger richten. Im Netz würden die Nutzer mittlerweile auf eine reichhaltige Fülle an kostenfrei verfügbaren Informations-, Unterhaltungs- und Kommunikationsangeboten treffen. Die damit zusammenhängende abnehmende Zahlungsbereitschaft des Publikums habe durch die Reduktion von Verkaufserlösen und Werbeeinnahmen zu Krisenerscheinungen bei klassischen Medien geführt, die auch mit einem Reichweitenrückgang einhergegangen sei. Zudem sei zu konstatieren, dass Finanzierungskrisen der Medienorganisationen auch zu einem Leistungsverfall des Medienangebots und in Teilen auch zu einem Rückgang der journalistischen Qualität geführt hätten. Medienunternehmen würden seither versuchen, diese Defizite durch unterschiedliche Strategien wie z.B. eine „Online-First“ Politik sowie digitale „Pay-Walls“ abzuwenden.

Im Rundfunksektor hätten wettbewerbsrechtlich motivierte Regulierungseingriffe in einer Reihe europäischer Staaten zu Marktabgrenzungs-Regeln geführt. Die dahingehend maßgeblichen Rahmenbedingungen hätten sich mittlerweile allerdings geändert. Das Aufkommen neuer globaler Player sowie die Multiplizierung der Angebotsstruktur wie auch die Entstehung neuer Services hätten zu einer doch deutlichen Veränderung des Marktumfelds geführt. Nicht mehr so sehr das Gegenüber zwischen öffentlich-rechtlichen und privat-kommerziellen Medienanbietern würde das neue Umfeld charakterisieren, sondern ihre jeweilige Konkurrenzlage zu den großen Playern wie Facebook, Google oder YouTube. Und mit der Menge an neuen Informationsprovidern und Plattformen, die sowohl zur Informations- wie auch zur Unterhaltungsrezeption bzw. zu Kommunikationszwecken herangezogen würden, steige auch die Unübersichtlichkeit des Angebotsspektrums. Mit der Zunahme neuer Player im digitalen Netz wüchsen darüber hinaus die Unsicherheit der Informationsqualitäten sowie die Entertainment-Orientierung medialer Angebote. Zudem beobachte man im Internet Fragmentierungs- und Desintegrationstendenzen, aber auch diskursive Radikalisierungsformen, wie sie sich u.a. aus der Wirkung von „Filter-Bubble“-Effekten ergeben würden. Insgesamt würden damit Dynamiken der Netzwerkkommunikation und daraus sich ergebende Defizitentwicklungen aus einer kommunikationswissenschaftlichen Perspektive Maßnahmen des Ausgleichs auf der strukturellen Ebene sowohl für den Informations- wie auch für den Unterhaltungsbereich nahelegen. Es gelte daher verstärkt mediale Anbieter und Angebote der Qualität in die Lage zu versetzen, korrigierend in diese Entwicklungen einzugreifen.

Digitalisierung und Konvergenz würden auch gänzlich neue Nutzungsmodi hervorbringen und zur Zusammenstellung veränderter Medienrepertoires führen. Die Faktoren der Individualisierung, der zeitlichen Unabhängigkeit und der Mobilität stellen die Hauptcharakteristika der digitalen Netzwerknutzung dar. Für das Feld der Bewegtbild-Nutzung zeichneten sich, wie andere digital verfügbare Angebote auch, VoD-Plattformen v.a. durch die Möglichkeit einer non-linearen, also zeitlich flexiblen Rezeptionsmöglichkeit aus. Damit würden sie Anteile der klassischen Mediennutzung zum Teil ersetzen bzw. das Angebot traditioneller Anbieter um eine weitere Facette ergänzen. Sie würden darüber hinaus über den Vorteil einer Algorithmen-orientierten Empfehlungslogik verfügen und durch die Personalisierungsmöglichkeiten einen weiteren Mehrwert für die Nutzer bieten. Die individualisierte Nutzung von VoD-Plattformen finde dabei auch häufig über mobile Devices statt, wobei stationäre Interfaces immer noch die Liste der Nutzungspräferenzen anführen würden. Insgesamt würden 42% der Österreicher angeben, VoD-Dienste zu nutzen, wobei Hauptbeweggrund für die Nutzung von Streaming-Diensten die zeitliche Flexibilität der Nutzungsmöglichkeit sei. Generell würden die neuen Angebote besonders von jungen Publikumsschichten verstärkt individualisiert und auch über mobile Interfaces bzw. Applikationen genutzt.

Zur Bewertung des vorgeschlagenen VoD-Dienstes wurde ausgeführt, der ORF schlage nicht zuletzt um den aktuellen Bedingungen der Digitalisierung und dem Wandel der Mediennutzung entgegen zu können vor, den bereits bestehenden Abrufdienst in ein öffentlich-rechtliches Angebot zu überführen. Thematisch sei dieses auf ein überwiegend fiktionales Unterhaltungsangebot ausgerichtet und konzentriere sich auf ORF-Produktionen, die über die linearen Ausstrahlungsmöglichkeiten hinaus zeit- und ortsflexibel zugänglich gemacht werden sollen. Die Verbreitung über eine VoD-Plattform eröffne dabei die Möglichkeit, eine breite Palette von Auftrags- und Gemeinschaftsproduktionen des ORF über die eigentliche TV-Ausstrahlungsform hinaus weiter für das Publikum bereitzustellen und entsprechend zu verwerten. Die Plattform funktioniere „on-demand“, skaliert (mit unterschiedlichen Vergütungsformen) auf einer Abo-Basis.

Zu den zentralen öffentlich-rechtlichen Kernqualitäten zählten insbesondere die Information der Allgemeinheit (§ 4 Abs. 1 Z 1 ORF-G), aber auch „die Förderung der österreichischen Identität im Blickwinkel der europäischen Geschichte und Integration“ (Z 3), „die angemessene Berücksichtigung und Förderung der österreichischen künstlerischen und kreativen Produktion“ (Z 6) sowie die „Darbietung von Unterhaltung“ (Z 8). In welcher Ausprägung Unterhaltung zum öffentlich-rechtlichen Kernauftrag gehöre sei immer wieder Gegenstand der facheinschlägigen Diskussion. Als unbestritten könne die Tatsache angesehen werden, dass der Bereich der Unterhaltung neben Information und Bildung als ein integraler Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Rundfunks anzusehen sei. Regelmäßig durchgeführte Analysen des ORF-Programms zeigten jedenfalls eine überwiegend ausgewogene Verteilung nach unterschiedlichen Programmkategorien (20% Information, 32% Unterhaltung, 19% Kultur, 29% Sport) über alle TV-Kanäle. Hinsichtlich der Einordnung würden für diese Anbieter besondere Qualitätsmaßstäbe und Anforderungen gelten, die sich in Summe jedoch nicht trennscharf und eindeutig definieren ließen, sondern sich nur aus einem Kontinuum bestimmter Kriterien ergeben könnten. Diese seien nicht nur zeitbedingt, sondern auch jeweils auf die unterschiedlichen Genres spezifisch anzuwenden und bedürften gewisser Spielräume in Bezug auf ihre Einordnung, wobei insbesondere entsprechende Evaluierungsmaßnahmen dazu dienten, diese Zuordnungen auch überprüfbar zu halten.

Aus einer demokratietheoretischen Perspektive sei die Bereitstellung qualitativ hochwertiger Unterhaltung im Angebotsspektrum des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für das soziale Gemeinwesen der Gesellschaft unverzichtbar. Dies lasse sich insbesondere auf der Basis einer partizipatorischen Demokratietheorie begründen, die Medien nicht nur als Informationsvermittler und Initiatoren der öffentlichen Themenagenda, sondern v.a. auch als Mobilisatoren von Interessen und politischem Engagement verstehe. Als wichtiges Ziel der Medien werde darin auch die Inklusion marginalisierter Bevölkerungsschichten in die Mediennutzung generell angesehen. Als zentrale Qualitätskriterien des Medienangebots stellten sich in Bezug auf Unterhaltungsangebote die Kategorien Involvement, Interaktivität, Abwechslung, Komplexitätsreduktion, Nützlichkeit, Dramaturgie, Motivation, Betroffenheit, Unterhaltungswert und Ästhetik dar. Darüber hinaus erfordere ein partizipatorisches Verständnis von Demokratie und Medien auch die Anerkennung der alltäglichen Lebenswelt und damit die Kategorie des Privaten, verstanden als eine politische Sphäre der sozialen Wirklichkeit. Neuere demokratietheoretische Ansätze würden die Zugehörigkeit von Unterhaltungsangeboten zum öffentlich-rechtlichen Kernauftrag als eine integrative Funktion verstehen. Sie würden zudem ganz grundsätzlich auch die allgemeine kulturelle und soziale Funktion der Medien in einer demokratischen Gesellschaft widerspiegeln, wobei dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk in seinem Auftragspektrum sogar die Verpflichtung zukomme, einen Beitrag zur kulturellen Identitätsstiftung und sozialen Integration gerade auch über Unterhaltungsprogramme unterschiedlicher Art zu leisten. Dabei sei ein besonderes Augenmerk auf die Einhaltung bestimmter Qualitätskriterien zu legen, die sich in Bezug auf Angebote der Unterhaltung nur entlang bestimmter Kriterien (wie Professionalität, Unbedenklichkeit, Innovationscharakter, Vielfalt, u.ä.) abbilden ließen. Jedenfalls könne festgehalten werden, dass aus einer kommunikationswissenschaftlichen Perspektive auf bestimmte Qualitätskriterien ausgerichtete Angebote, zu denen der öffentlich-rechtliche Rundfunk verpflichtet sei, einen entscheidenden Beitrag zu einer kulturellen Identitätskonstruktion des Publikums und zu einer Auseinandersetzung mit den zentralen Werten, Normen und Einstellungen in der Gesellschaft leisten würden. Dem komme insbesondere unter dem Aspekt der Kleinstaatlichkeit Österreichs eine besondere Relevanz zu. Kleinstaatliche Medienräume seien nicht nur von einer gewissen Ressourcenknappheit gekennzeichnet, sondern etwa auch hohen Spill-Over-Effekten und einer hohen ausländischen Medienpräsenz ausgesetzt.

Die Integration einer VoD-Plattform in das Angebotsspektrum des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ermögliche primär die Zugänglichkeit zu überwiegend österreichischen und europäischen Film- und Serienangeboten über das lineare TV-Angebot hinaus, wobei sich unter dem Vielfaltsaspekt einige wesentliche Schnittpunkte mit dem öffentlich-rechtlichen Kernauftrag ergeben würden:

- Grundsätzlich korrespondiere das Angebot der VoD-Plattform mit den in § 4 Abs. 1 Z 1, 5, 7 und 8 ORF-G genannten Punkten der „Information der Allgemeinheit über alle wichtigen politischen, sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und sportlichen Fragen“ und könne als eine „Förderung von Kunst, Kultur und Wissenschaft“ gelten. Zudem treffe insbesondere die (in Z 7 festgehaltene) „Vermittlung eines vielfältigen Angebots“ zu, wie es mit den unterschiedlichen Genres der Unterhaltung (Z 8) bedient werde. Zweifelsfrei könne mit der geplanten Angebotsplattform die Vielfalt des öffentlich-rechtlichen Angebots substantiell angehoben werden, da über das lineare TV-Programm und über die zeitlich beschränkte Präsenz von Inhalten in der TV-Thek hinaus langfristig eine breite Palette an unterschiedlichen Angeboten bereitgestellt werden könne. Die prinzipielle Offenheit in Bezug auf eine zeitliche

Beschränkung stärke und unterstütze die Anhebung der Angebotsvielfalt um eine weitere wichtige Dimension.

- Das Angebot trage auch zur Stärkung des heimischen Marktes bei. Insbesondere könne von einer Förderung der österreichischen künstlerischen und kreativen Produktion mit der Erschließung eines neuen Verwertungsumfelds ausgegangen werden, das in der bisherigen Form nicht zur Verfügung gestanden sei. Die geplante VoD-Plattform enthalte nach eigener Angabe überwiegend ORF-Produktionen und deutschsprachige Titel. Neben Serien und Dokumentarfilmen bestehe das Angebot insbesondere auch aus Filmen, die bei renommierten Festivals ausgezeichnet worden seien. Damit leiste das Angebot einen Beitrag zu der in § 4 Abs. 1 Z 6 festgeschriebenen Anforderung, die eine angemessene Berücksichtigung und Förderung der österreichischen künstlerischen und kreativen Produktion verlange.
- Mit dem Angebot der VoD-Plattform sei eine Förderung der kulturellen Identität durch die Abbildung einer Vielfalt unterschiedlicher Unterhaltungs- und Dokumentationsangebote zu erwarten. Der Stärkung dieser Dimension komme unter dem Aspekt der Kleinstaatlichkeit Österreichs eine besondere Bedeutung zu. Ebenso könne – wie das ORF-G unter § 4 Abs. 1 Z 16 festhalte – durch die Inhalte der VoD-Plattform eine Berücksichtigung der regionalen Identität der Bundesländer erwartet werden. Auch das in § 4 Abs. 4 ORF-G festgehaltene Eingehen auf die „kulturelle Eigenart, die Geschichte und die politische und kulturelle Eigenständigkeit Österreichs“ sowie auf den „föderalistischen Aufbau der Republik“ könne durch das Angebotsspektrum der geplanten Plattform eine Berücksichtigung erfahren.
- Die Förderung der Entwicklung eines kulturellen Gedächtnisses („Cultural Memory“) finde in dem Maße statt, indem das Angebot der geplanten VoD-Plattform auch auf Archivmaterial zurückgreife. Audiovisuelles Material sei – bei Vorliegen bestimmter qualitativer Charakteristika wie Authentizität, Perspektivenvielfalt, Kontextualisierung und Partizipation – besonders gut dafür geeignet, Dimensionen einer „Cultural Memory“ zu generieren, welche wiederum einen wichtigen Beitrag zur Ausdifferenzierung eines „Public Network Value“ leisten. Zudem sei damit eine thematische Kontextualisierung entlang historischer Entwicklungslinien möglich. Es ergebe sich die Möglichkeit einer kontinuierlichen Ausweitung des Programmangebots und damit der Vielfalt unter Berücksichtigung der Aufrechterhaltung hoher Verweilzeiten des Angebots auf der Plattform.
- Die Förderung des europäischen Gedankens finde durch die Integration entsprechender Spielfilm- und Serienangebote sowie Dokumentationen statt. Damit unterstütze das Angebot den Integrationsgedanken des gemeinsamen europäischen Kulturraums, wie er in § 4 Abs. 1 Z 3 und 4 ORF-G dargestellt sei, und stelle damit das heimische Kulturschaffen in einen größeren Kontext eines europäischen Wertekanons.

Neben diesen Kernelementen könne auf weitere Dimensionen verwiesen werden, die den öffentlich-rechtlichen Charakter der VoD-Plattform unterstreichen und eine Einrichtung in der beschriebenen Form sinnvoll erscheinen ließen.

- Es werde damit die Sichtbarkeit und Auffindbarkeit öffentlich-rechtlicher Angebote im Netz erhöht. Gerade in einer immer unübersichtlicher werdenden Angebotslandschaft sei die Integration einer VoD-Plattform öffentlich-rechtlichen Charakters dazu in der Lage, die entsprechende Präsenz für Angebote dieser Ausprägung sicherzustellen. Im Rahmen einer mehrheitlich kommerziell orientierten Anbieterlandschaft sei damit zu rechnen, dass Angebote öffentlich-rechtlichen Charakters bzw. kulturell elaboriertere Produktionen weniger leicht auffindbar bzw. nur mit einem entsprechenden Rechercheaufwand zugänglich seien.

Dahingehend sei auch die Absicht, auf möglichst vielen Plattformen präsent zu sein, von besonderer Bedeutung.

- Zudem ermögliche die Präsenz von öffentlich-rechtlichen Anbietern auf VoD-Plattformen, internetaffine Zielgruppen mit ihrem Programm anzusprechen. Damit könne auf die Veränderung der Nutzungsentwicklung, wie sie durch die wachsende Individualisierung und Mobilität in den digitalen Medien verstärkt werde, und auf den allgemein feststellbaren Generationenabriss reagiert werden. Für jüngere Zielgruppen eröffneten sich durch den Zugriff auf VoD-Plattformen neue Nutzungsmodi wie die des „Binge-Viewing“ auch in Bezug auf Inhalte des öffentlich-rechtlichen Fernsehens (z.B. bei Serien).
- Eine VoD-Plattform biete die Möglichkeit, entsprechende Angebote thematisch zu kontextualisieren, d.h. Inhalte stärker in Themenschwerpunkte einzubinden. Damit werde nicht nur die Orientierungsfunktion gestärkt, sondern auch die inhaltliche Weiterentwicklung des bestehenden Angebots in thematischer und zeitlicher Hinsicht gefördert. Jedenfalls bestehe dadurch die Option einer verbesserten Verzahnung auch mit dem linear bereitgestellten Programm.
- Eine Möglichkeit, die sich aus der VoD-Plattform eröffne, bestehe in der Chance, thematische Schwerpunktsetzungen über das bestehende lineare oder non-lineare Programm hinaus zu entwickeln. Dies könnte vor dem Hintergrund bestimmter gesellschaftspolitisch wichtiger Anlässe oder im Rahmen von Themenschwerpunkten erfolgen. Mit der Perspektive, auf einer VoD-Plattform Themen weiter entwickeln zu können, erhöhe sich jedenfalls insgesamt die Vielfalt des Programmangebots.
- Zudem ergebe sich – wie aktuell bereits zum Teil verwirklicht – aus der kuratierten Programmeinordnung eine für das Publikum verbesserte Orientierung über das Angebot. Damit ließen sich Programmumfelder schaffen, die ohne eine derartige Zusatzmöglichkeit unerschlossen bleiben müssten.
- Schließlich finde man auf VoD-Plattformen durch die Option Algorithmen-orientierter Vorschlagsmodelle eine verbesserte Individualisierungsmöglichkeit persönlicher Programmpräferenzen. Dies schaffe die Möglichkeit einer erhöhten Übersichtlichkeit und erhöhe die Zufriedenheit der Nutzer. Dieser Orientierungsfunktion dienen insbesondere die im Angebotskonzept vorgeschlagene Empfehlungssoftware („Recommendation-Engine“) sowie die Suchfunktion (nach Sendung, Stichworten, Besetzung).
- Schließlich entspreche die VoD-Plattform in ihrer aktuellen Form insofern auch dem öffentlich-rechtlichen Unterhaltungsauftrag, da mit der Bereitstellung qualitätsvoller Unterhaltungsangebote Rezeptionsanreize aus einer partizipatorisch-demokratiethoretischen Sicht bereitgestellt würden.

Bezogen auf die bisherigen Ausführungen seien im Hinblick auf die Umsetzungsmöglichkeit aus einer kommunikationswissenschaftlichen Perspektive einige grundsätzliche Aspekte zu beachten. Nach dem aktuell vorliegenden Konzept bestehe der Inhalt von Flimmit derzeit zu 70% aus ORF-Produktionen oder Kaufproduktionen, die vom ORF in seinen Fernsehprogrammen bereits ausgestrahlt wurden bzw. deren Ausstrahlung nach der Programmplanung erfolgen werde („ORF-Fernsehsendungen“). Eine Integration in das öffentlich-rechtliche Programmportfolio des ORF müsse jedenfalls darauf ausgerichtet sein, diesen Anteil weiter zu heben bzw. darauf abzielen, den überwiegenden Teil des Angebots mit dem öffentlich-rechtlichen Kernauftrag des ORF vereinbar zu halten. Im Konzept werde zu „Kaufproduktionen ohne ORF-Bezug“ davon gesprochen, diese „nur in einem untergeordneten bzw. flankierenden Ausmaß zur Kontextualisierung aktueller ORF-Fernsehsendungen (Themenschwerpunkte)“ einzubinden. Daher sei auch zu empfehlen, audiovisuelle Angebote Dritter nur in kontextualisierten und

themengebündelten Angebotsformen bereitzustellen. Beispielhaft könne das etwa bei historisch relevanten Jubiläen oder für thematische Programm-Specials zu bestimmten Regisseuren oder Schauspielern der Fall sein. Ebenso dürfe sich das insbesondere für Programmschwerpunkte zu europäischen Themen-Specials als eine notwendige Programmierungsform darstellen. In diesen Fällen erschließe die Hinzufügung von Angeboten, die bisher noch nicht im ORF gezeigt worden seien, einen wichtigen Mehrwert im Kontext einer VoD-Plattform. In jedem Fall müsse sich die geplante VoD-Plattform dabei durch einen klar fokussierten und programmlich überwiegend öffentlich-rechtlichen ausgeprägten Charakter ihrer Inhalte auszeichnen. Den Faktor der Unverwechselbarkeit unterstreiche auch § 4 Abs. 3 ORF-G, wo auch eine laufende Überprüfung der Qualitätskriterien festgeschrieben sei. Gerade in netzwerkorientierten Nutzungsumgebungen müsse eine derart profilierte Plattform über ein Alleinstellungsmerkmal verfügen, das auch noch Perspektiven einer Weiterentwicklung enthalten könne.

Davon ausgehend wurden folgende Empfehlungen und Optionen für eine zukünftige Profilierung dargelegt. Gemäß der „Public Value“-Studie des Jahres 2015 umfasse der gesellschaftliche Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Netz mehr als nur inhaltliche Komponenten der Programmausrichtung, wie sie beispielsweise in § 4 ORF-G zugrunde gelegt seien. Vielmehr würden sich öffentlich-rechtlichen Anbietern im Netz gänzlich neue Rollenzuweisungen eröffnen, die sich auch auf mögliche Optionen ihrer technischen Vernetzung beziehen. Demnach komme es neben der traditionellen „Content Provider Quality“, die öffentlich-rechtliche Anbieter natürlich nach wie vor gewährleisten müssen, auch darauf an, die Entwicklungsmöglichkeiten in den digitalen Netzwerken ernst zu nehmen und jene Chancen zu nützen, die sich – durchaus auch in Weiterentwicklung bzw. Überwindung bisheriger Beschränkungen ihres Aktionsradius – im Netz für sie bieten, um auch in Zukunft einen Mehrwert für Demokratie und Gesellschaft schaffen zu können.

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der aufgezeigten Defizit-Entwicklungen, die wir im Internet auf unterschiedlichen Ebenen vorfinden, ergebe sich die Notwendigkeit einer Weiterentwicklung der Funktionen öffentlich-rechtlicher Medienanbieter im Internet. Die zentralen Kriterien eines derartigen „Public Network Value“ seien in der gleichnamigen Studie 2015 bereits herausgearbeitet worden. Während im gegenständlichen Fall Dimensionen der Zugänglichkeit („Universal Access“), der Sichtbarkeit („Findability“) sowie der Kontextualisierung bzw. der Aspekt der „Cultural Memory“ bereits verwirklicht würden, blieben Potentiale der „Interaktion und Partizipation“ noch ausgespart. Andere in der genannten Studie angesprochene Dimensionen würden für VoD-Plattformen nur bedingt netzwerkbezogene Innovationspotentiale darstellen. Vor dem Hintergrund der aktuellen Netzwerkpotentiale ließen sich für eine VoD-Plattform unter ökonomisch positiven Entwicklungsperspektiven zukünftig weitere Profilierungs-/Weiterentwicklungsmöglichkeiten unter Bedachtnahme auf die Vereinbarkeit mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag identifizieren:

- Durch die Integration des Angebots in das öffentlich-rechtliche Tätigkeitsspektrum des ORF werde jedenfalls die Sichtbarkeit und Auffindbarkeit von qualitätsvollen Unterhaltungsangeboten verbessert. Dies führe zu einer verstärkten Profil- und Markenbildung und damit zu einer Nutzer-Bindung des öffentlich-rechtlichen Angebots im Rahmen der Weiterentwicklung zu einem „Public Network Value“ des ORF. Diesem Ziel diene auch die vorgeschlagene Reichweitenoptimierung durch eine B2B-Vermarktung auf den Plattformen anderer Anbieter.

- Der Zugang zu einem non-linear nutzbaren Zusatzangebot unabhängig von technischen Plattformen erhöhe die Zugangschancen von allen Bevölkerungsschichten. Eine langfristige (in Teilen auch unbegrenzte) Verweildauer des Angebots auf der Plattform solle darüber hinaus im Hinblick auf die Unterstützung von Zugangsaspekten angestrebt werden.
- Netzbasierte Kommunikation geschehe zunehmend über Kooperationen verschiedener Content-Anbieter. Unter diesem Blickwinkel biete sich die Verknüpfung des Angebots mit Film- und Serierendatenbanken anderer öffentlich-rechtlicher Anbieter (insb. aus dem EBU-Umfeld) an. In der Vergangenheit seien dahingehend bereits Planungen im Kontext der EBU vorgenommen worden, die es allenfalls weiter zu verfolgen gelte. In diesem Zusammenhang würden sich Potentiale der Vertiefung und Stärkung des europäischen Kulturraums sowohl auf der Content- wie auch auf der Nutzerseite geradezu anbieten.
- Eine Ausweitung des bestehenden Angebots in thematischer und zeitlicher Hinsicht hebe insbesondere zwei Aspekte hervor: Einerseits bestehe die Möglichkeit einer Verbindung mit bisher nicht angebotenen Archiv-Beständen. Dies schaffe den Zusatzwert einer Themenkontextualisierung über die Möglichkeit des Zukaufs von Fremdproduktionen. Dies sei im Rahmen des neuen VoD-Dienstes auch von Seiten des ORF geplant. Thematisch sollte der Dienst entlang bestimmter Inhaltskategorien differenziert gegliedert werden. Zweitens bestehe die Möglichkeit einer Schwerpunktsetzung zusätzlich zum Content in der TV-Thek für das Feld von Fiction-Angeboten.
- Bislang bestehe der Mehrwert der VoD-Plattform in ihrem Beitrag zur österreichischen und europäischen Identitätsbildung sowie in der Erschließung neuer Verwertungsfelder in einem kleinstaatlichen Umfeld mit starker Anbindung an einen größeren gleichsprachigen Markt. Im Hinblick auf die Kuratierung des Angebots müsse ein Kernziel in der Erfüllung einer Orientierungsfunktion liegen, die in Bezug auf die Gliederung der Inhalte nach Themen- und Sendeschwerpunkten in Fortführung des linearen TV-Programms sowie nach besonderen Themen- und Zielgruppenaffinitäten (beispielsweise Kinder, Familien und Senioren etc.) besonders ansprechen solle.
- Auch wenn eine dauerhafte Abrufbarkeit bestimmter Inhalte aus wettbewerbsrechtlicher oder auch lizenztechnischer Sicht jeweils zu definieren sein werde, sei aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht zu konstatieren, dass eine längerfristige Abrufbarkeit von Inhalten, auch im Unterhaltungsbereich, als eine zentrale Qualität eines „Public Network Value“ zu betrachten sei.
- Schließlich erforderten veränderte Partizipations- und Mediennutzungsgewohnheiten eine stärkere Präsenz des Angebots auf Social Media-Plattformen und anderen Angeboten der Netzwerkkommunikation. Eine Integration in diese Interaktionsfelder wie auch die Einbeziehung von Online-Foren zu bestimmten Themenbereichen würden eine innovative Entwicklungsmöglichkeit darstellen, aus der auch eine verstärkte Partizipationschance des Publikums hervorgehen könnte. Auch die Idee von Vorschlags-Foren für Programmwünsche könnte dahingehend einen einfachen Weg der Integration des Publikums ermöglichen.
- Ein jüngst veröffentlichtes Gutachten hebe die Notwendigkeit der Entwicklungsmöglichkeiten öffentlich-rechtlicher Anbieter in Zeiten des Cloud-TV hervor und betone – nicht zuletzt auch unter Verweis auf aktuelle Pläne der BBC – die Notwendigkeit einer „verstetigten Möglichkeit der Nutzerpartizipation“ für das digitale Umfeld. Neue Instrumente des Cloud-TV könnten so eingesetzt werden, dass sie dazu beitragen, den klassischen Vielfaltssicherungsauftrag zu erfüllen. (...) Das Cloud-TV bietet hierfür die Möglichkeiten der Beteiligung, Vernetzung, Inhaltspräsentation und Übernahme von Plattformfunktionen.

Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass der Antrag des ORF auf die Einrichtung eines „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“ als ein Vorhaben eingeschätzt werde, das sich insgesamt deutlich positiv auf die Angebotsvielfalt des Programms auswirken würde. Es erweitere das Angebotsspektrum insbesondere fiktionaler Art sowohl in Bezug auf die Breite des Themenspektrums wie auch im Hinblick auf seine zeitliche Verfügbarkeit und die Auffindbarkeit auf unterschiedlichen Endgeräten. Damit reagiere der Anbieter auf die neuen technischen Möglichkeiten der Digitalisierung und setze einen Schritt in Richtung einer notwendigen Adaptierung des Angebots im Rahmen seines Tätigkeitsspektrums. Zudem werde damit die Ansprache insbesondere junger Nutzerschichten, die sich durch einen stark veränderten Medienkonsum auszeichneten, erleichtert. Mit der Neuausrichtung der Plattform Flimmit auf einen den Anforderungen eines öffentlich-rechtlichen Angebots entsprechenden Abrufdienst werde einer Reihe von Programmanforderungen des ORF-G entsprochen und die Integrationsmöglichkeit in das Kernangebot des ORF sichergestellt. In diesem Zusammenhang werde empfohlen, die Ausrichtung des diesbezüglichen Programmangebots auf den öffentlich-rechtlichen Charakter kontinuierlich im Rahmen der gesetzlich vorgeschriebenen Evaluierungen auszuweisen. Zudem seien im Gutachten eine Reihe von Vorschlägen zur weiteren Ausgestaltung des geplanten Dienstes gemacht worden, die sich aus den technischen Möglichkeiten und den sich verändernden Rahmenbedingungen ergeben. Mit dem Alleinstellungsmerkmal einer öffentlich-rechtlichen Ausrichtung sei der aktuell vorliegende Vorschlag jedenfalls geeignet, einen Beitrag zur Angebotsvielfalt insbesondere für das Feld der VoD-Plattformen in Österreich zu leisten.

1.3. Ergebnisse der Konsultation des Angebotskonzepts

Im Rahmen der gemäß § 6a Abs. 2 ORF-G vom ORF durchgeführten Konsultation wurden drei Stellungnahmen abgegeben, welche dieser dem Antrag auf Genehmigung des Angebotskonzeptes betreffend einen „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“ beilegte. Es äußerten sich die BAK, die WKO und der VÖP.

1.3.1. Bundesarbeitskammer

In ihrer Stellungnahme vom 31.08.2017 brachte die BAK vor, dass das ORF-G für den Onlineabruf von TVthek-Inhalten eine überaus kurze Frist von sieben Tagen vorsehe, was von vielen Zusehern als nutzerunfreundlich beanstandet werde. Die Zahl jener Teilnehmer, die verpasste Sendungen gerne in der TVthek zeitversetzt und ortsunabhängig konsumieren würden, werde ständig größer, die rigide Befristung mit sieben Tagen entspreche somit nicht mehr der Lebenswelt des Publikums und auch nicht dessen Erwartung, selbstbestimmt darüber zu entscheiden, wann, wo und wie sie Sendungen konsumieren wollen. Der ORF-Publikumsrat, der die Interessen der Rundfunkteilnehmer wahrzunehmen habe, moniere ebenfalls regelmäßig, dass die enge zeitliche Beschränkung den Interessen des Publikums widerspreche und daher aufzuheben sei.

Die BAK begrüßte daher die Initiative des ORF, sein Internetangebot gestützt auf § 4f ORF-G zeitlich wie inhaltlich zu erweitern. Vor dem Hintergrund der gesetzlichen Beschränkungen für die TVthek und der Erfahrungen aus dem Flimmit-Projekt bestünden derzeit kaum andere Möglichkeiten, dem Publikum ein zeitgemäßes längerfristiges Abrufservice bereitzustellen. Da das Vorhaben einem von vielen Teilnehmern artikulierten Nutzerwunsch entspreche, bestehe aus Sicht der BAK auch kein Zweifel, dass das Vorhaben einen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags leiste. Überdies nenne § 4f ORF-G „Abrufdienste“ explizit als Beispiel für „weitere“ Onlineangebote. Der Gesetzgeber räume dem österreichischen Rundfunk folglich die

Möglichkeit ein, Abrufdienste – über den strikt regulierten Abrufdienst nach § 4e ORF-G hinaus – zeitgemäßer und kundenfreundlicher weiterzuentwickeln. Die Verbesserung des Online-Serviceangebots erscheine auch mit Blick auf die starke internationale Konkurrenz – das Nutzerverhalten und damit die Serviceerwartungen seien dem Konzept des ORF zufolge schon jetzt stark von Abrufplattformen wie „Netflix“ und „Amazon Prime“ geprägt – unumgänglich. Die digitalen Herausforderer um Zeit und Gunst des Publikums könnten mit laufenden Innovationen und Serviceverbesserungen punkten und erreichten dadurch ein globales Publikum und erhebliche Marktmacht. Solle sich der ORF gegenüber internationalen IT-Konzernen längerfristig behaupten können, müsse er auch Konsequenzen aus dem geänderten medialen Kundenverhalten ziehen und sich mit verbesserten Onlineservices den Kundenbedürfnissen annehmen dürfen.

Der Medienmarkt habe sich durch die Möglichkeiten des Internets massiv gewandelt. Der Konsum von Medieninhalten erfolge heutzutage plattformübergreifend, d.h. die Mediennutzung orientiere sich stark an den eigenen zeitlichen Bedürfnissen. Die technischen Möglichkeiten einerseits und die zeitliche Flexibilisierung zwischen Beruf und Freizeit andererseits machten es notwendig, dass Rundfunk- und Medienanstalten ein gefächertes Angebot sowohl an linearen Angeboten als auch an Abrufmöglichkeiten bieten, um möglichst vielen den Konsum von interessanten Inhalten zu ermöglichen. Abrufdienste seien hierbei eine immer wichtiger werdende Ergänzung traditioneller Kanäle, ohne die Veranstalter an Bedeutung verlieren würden. Das gelte natürlich auch für öffentlich-rechtliche Angebote, weshalb die Erweiterung des Angebots auf jeden Fall den Bedürfnissen der Konsumenten entspreche und zu befürworten sei.

Aus wettbewerblicher Sicht würden in dem Antrag auch die Auswirkungen auf verschiedene Märkte analysiert. Die BAK teile die Meinung, dass negative Effekte auf den einzelnen Märkten, die zu einer Marktverzerrung führen könnten, insbesondere aufgrund des zu erwarteten Umfangs bzw. den Teilnehmerzahlen eines solchen Dienstes, kaum zu erwarten seien. Der Abrufdienst solle insbesondere österreichische Produktionen bzw. Produktionen mit österreichischer Beteiligung im Angebot haben, womit es sich um einen Dienst handle, der primär auf ein kleineres Publikum ausgelegt sei und als Nischenangebot nicht in Konkurrenz zu großen internationalen VoD-Plattformen treten könne. Schon aus diesem Grund seien keine marktverzerrenden Wirkungen zu erwarten. Vielmehr würde ein solcher Dienst ergänzend dazu beitragen, heimische bzw. europäische Produktionen, die sich von vornherein nicht an ein Massenpublikum wenden, zu fördern, indem er diesen einen weiteren Vertriebskanal und zusätzliche Lizenzeinnahmen erschließe, was den öffentlich-rechtlichen Charakter eines solchen Angebots hervorstreiche. Da bei solchen Angeboten allerdings stets eine kritische Masse an Teilnehmern notwendig sei, um sich kommerziell zu tragen, welche den Erfahrungen mit Flimmit zufolge nur schwer zu erreichen sei, sei es sinnvoll eine solche Plattform in den öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF einzubeziehen. Dies würde auch dazu beitragen, die Bekanntheit zu erhöhen und damit langfristig einen höheren Selbstfinanzierungsbeitrag eines solchen Dienstes zu ermöglichen. Das spezialisierte Angebot sei zudem eher komplementär zu anderen Diensten zu sehen, würden doch schon jetzt viele Konsumenten mehrere VoD-Dienste parallel (zum Teil in einem Abo-Modell, zum Teil als „Pay-per-View“) nutzen. Der vorgeschlagene Abrufdienst würde dabei eine zusätzliche Möglichkeit bieten, verschiedene, bislang nur schwer zugängliche Inhalte zu konsumieren.

Es seien keine maßgeblichen Veränderungen des Konsums auf anderen Plattformen und damit kaum Auswirkungen auf anderen Märkten, wie etwa dem Werbemarkt, zu erwarten, insbesondere dann nicht, wenn die zur Verfügung gestellten Inhalte wie geplant keinen exklusiven

Charakter hätten und weiterhin auch für andere Kanäle lizenziert werden könnten. Wesentlich sei allerdings auch, dass eine solche entgeltliche Plattform nicht zu einer Verminderung anderer, frei erhältlicher Angebote wie etwa der TVthek führe. Sofern der Abrufdienst in Zukunft ein Vergütungselement durch Nutzer vorsehe, müssten weiters auch verschiedene Tarif-Modelle (Einzelabruf, kurz- und langfristige Abos) bestehen bleiben, aus denen man nach eigenen Bedürfnissen wählen könne, ohne für längere Zeit gebunden zu sein.

Zur geplanten Mitfinanzierung durch den Endnutzer wird Folgendes angemerkt:

- Die aus dem Flimmit-Projekt gewonnenen Erfahrungen hätten gezeigt, dass mit einer massenhaften Nachfrage durch Endkunden mit „Zahlungsbereitschaft“ nicht zwangsläufig gerechnet werden könne. Der ORF führe diesen Umstand zwar vor allem auf Vermarktungsprobleme des Dienstes zurück (Verbot der Verwendung der Marke ORF), mit Blick auf die beschränkten Budgets der Nutzerhaushalte und die Wettbewerbsstärke globaler Plattformanbieter blieben aber Zweifel an der Zahlungsbereitschaft breiter Bevölkerungsgruppen.
- Die Höhe des Programmengelts sei nach dem ORF-G so festzulegen, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag erfüllt werden könne. Vor diesem Hintergrund sei es für Rundfunkteilnehmer nicht ohne weiteres nachvollziehbar, über die Entrichtung des Programmengeldes hinaus für einen Dienst, der zum öffentlich-rechtlichen Kernauftrag zähle, nochmals zu zahlen.
- Allerdings werde der Dienst nicht nur rundfunkgebührenpflichtigen Haushalten zugänglich sein, sondern jedem Internet-Nutzer. Nach einem VwGH-Erkenntnis aus 2015 sei der Empfang von Rundfunkprogrammen über Internetstreaming nicht als Rundfunkdarbietung zu qualifizieren, womit für Computer mit Internetanschluss keine Rundfunkgebühr entrichtet werden muss. Mit der wachsenden Zahl reiner Internethaushalte, die kein herkömmliches TV-Gerät mehr besitzen, ergebe sich ein als „Streaming-Lücke“ bezeichnetes Problem bezüglich einer ausgewogenen Rundfunkfinanzierung: Besitzer traditioneller TV-Empfangsgeräte entrichteten Rundfunkgebühren; reine Internet-Nutzer hätten einen kostenfreien Onlinezugang zu immer ausgedehnteren Teilen desselben Programmangebotes. Für einen künftig entgeltlich angebotenen Abrufdienst bedeute dies: die einen bezahlen zweimal, die anderen erstmals. Der beantragte Dienst illustriere, dass die Rundfunkgebührenregeln keine ausgewogenen Antworten für eine wachsende Internetgesellschaft bieten. Für die BAK sei diskussionswürdig, wie potentielle Zuseher an der Rundfunkfinanzierung beteiligt werden und die allgemeine Akzeptanz von Rundfunkabgaben vor allem bei Geringverdienern erhöht werden könnten (eine Anregung wäre etwa, eine einkommensabhängige, soziale Staffelung der Abgabenhöhe vorzusehen).
- Für die Zulässigkeit und Angemessenheit eines „Vergütungselements“ werde die Analogiefähigkeit von VwGH-Judikatur zur Digital-SAT-Karte und der Umstand, dass der Großteil der Verwertungsrechte für die nachgelagerte Onlinenutzung nicht allein beim ORF liege, ins Treffen geführt. Verwertungsrechte wären deshalb aufwändig zu klären und müssten gesondert abgegolten werden. Angesichts der langjährigen Forderung des Publikumsrats nach einer Gesetzesänderung, mit der die generelle Abrufbarkeit von Sendungen in der TVthek auf 30 Tage ausgedehnt wird, sollte auch nach Kompromissen gesucht werden. Da Lizenzkosten nicht bei allen Produktionen gleichermaßen anfielen, könnte beispielsweise nach Art der Inhalte und Rechten Dritter unterschieden werden. So könnte zumindest ein kostenloser Zugang zu Eigenproduktionen wie Infosendungen usw. bestehen bleiben, da deren längerfristige Onlineverbreitung wohl keine erheblichen Zusatzkosten nach sich ziehe.

1.3.2. Wirtschaftskammer Österreich

In ihrer Stellungnahme vom 04.09.2017 führte die WKO aus, dass die Zielsetzung, den ORF in einem medialen Umfeld zu positionieren, das in Zukunft wesentlich von non-linearen Angeboten geprägt sein werde, grundsätzlich nachvollziehbar und unterstützenswert sei. Damit werde der allgemeinen Medienentwicklung hinlänglich Rechnung getragen und eine Erweiterung der Vermarktungskette für ORF-Produktionen online angestrebt, die für das österreichische Produkt und seine Vermarktung durchaus Vorteile haben könne.

Der Vorschlag des ORF sehe vor, die vom ORF erworbenen VoD-Plattform Flimmit, die bisher „stand-alone“ als kommerzieller Dienst betrieben wurde, in die öffentlich-rechtliche Finanzierung einzubeziehen, wobei jedoch nicht klar sei, ob der geplante entgeltliche Zugang zu diesem Dienst angesichts einer teilweisen Finanzierung aus Rundfunkentgelten der Rundfunkteilnehmer mit den Schranken des § 31 ORF-G im Einklang stehe. Ebenso solle geprüft werden, ob mit der teilweisen Finanzierung eines im VoD-Markt im Wettbewerb mit anderen Angeboten stehenden Dienstes aus öffentlich-rechtlichen Gebühren nicht eine unzulässige Querfinanzierung erfolge. Ferner sei zu überlegen, ob die Ziele des vorliegenden Vorschlages nicht auch durch eine Weiterentwicklung des bestehenden Dienstes TVthek verwirklicht werden könnten.

Im Vorschlag werde klargestellt, dass die Verwertungsrechte nach der linearen TV-Ausstrahlung nicht ausschließlich beim ORF lägen und daher eine dauerhafte Bereitstellung nur nach Rechtereklärung dieser bei den Filmproduktionsunternehmen liegenden Verwertungsrechte und mit entsprechendem Entgelt möglich sei. Dies sei grundsätzlich zutreffend, wobei wesentlich sei, dass sämtliche im Zuge der Zurverfügungstellung erforderlichen Rechte auch entsprechend geklärt und entgolten werden müssten und es dafür einen fairen Verhandlungsmodus gebe, der seitens der Rechteinhaber auch eingefordert werden könne. Wünschenswert wäre, wenn für die Verhandlungen über faire Vertragsbedingungen (Terms of Trade) nachvollziehbare Regeln geschaffen würden, wobei die von der deutschen Produzenten-Allianz in ihren Terms mit den öffentlich-rechtlichen Sendern ARD und ZDF getroffenen Regelungen hier durchaus als Vorbild dienen könnten. Darin gebe es zum einen klare Lizenzregelungen, zum anderen aber auch Bestimmungen für die exklusive und non-exklusive Nutzung und vor allem auch über die Erlösteilung. Dies gelte es auch hierzulande anzustreben.

1.3.3. Verbands Österreichischer Privatsender

Im seiner Stellungnahme vom 11.09.2017 führte der VÖP aus, der ORF habe vor mehr als zwei Jahren eine Mehrheitsbeteiligung am VoD-„Feinkostladen“ Flimmit in der Erwartung eines Break-Even in drei bis fünf Jahren erworben. Knapp zwei Jahre später betrachte der ORF das Angebot als gescheitert und eine Kostendeckung im kommerziellen Betrieb als unmöglich („Marktversagen“). Gehe es nach dem vorliegend vorgeschlagenen Angebotskonzept, solle Flimmit mit leicht verändertem Inhalte-Portfolio als öffentlich-rechtlicher VoD-Dienst für Filme und Serien weitergeführt werden. Die Umwandlung von einem kommerziellen in ein öffentlich-rechtliches Angebot solle dabei laut ORF vor allem dazu dienen, die erwarteten betrieblichen Fehlbeträge von ca. 0,5 Mio. EUR pro Jahr durch Programmengeltzuflüsse auszugleichen, auch in Zukunft solle das Angebot aber für Endkunden entgeltpflichtig sein.

In seiner Stellungnahme kam der VÖP zum Ergebnis, dass der ORF-Vorschlag nicht genehmigungsfähig sei. Er sei höchst unbestimmt und zum Teil in sich widersprüchlich, das eigentliche „Angebotskonzept“ sei mit knapp sechs Seiten äußerst kurz, und klammere viele für

eine zukünftige Überprüfbarkeit der Einhaltung des Angebots maßgeblichen Inhalte aus. Der Vorschlag scheitere auch daran, dass das geplante Angebot nicht gegen unabdingbare gesetzliche Verbote verstoßen dürfe. Als ausschließliches Unterhaltungsangebot entspreche es weder den Grundanforderungen an den Unternehmensgegenstand des ORF (Programmbezug), was insbesondere auf den Abruf von Fremdproduktionen zutrefte, noch lasse es sich hinreichend von privaten VoD-Angeboten abgrenzen, wodurch das Gebot der Unverwechselbarkeit als Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags verletzt werde. Die intendierte Überschreitung sämtlicher zum Schutz des Wettbewerbs bisher geltender Grenzen für das programmbegleitende Abrufangebot (Fremdproduktionsverbot, Downloadverbot, Begrenzung der Zurverfügungstellungsdauer) und der Verstoß des Angebots gegen spezifische öffentlich-rechtliche Online-Verbote (Unterhaltung, E-Commerce, Zielgruppenangebote) würden für weitere qualifizierte Gesetzesverstöße sorgen. Schließlich sei die „wirtschaftliche Tragbarkeit“ des Dienstes zumindest in naher Zukunft zu verneinen, da die von der Allgemeinheit voraussichtlich in den nächsten zwei bis drei Jahren zu tragenden Kosten im Vergleich zum geringen öffentlichen Mehrwert des Dienstes unverhältnismäßig erschienen. Ungeachtet der kurzfristig negativen Betriebsergebnisse würden die Zukunftsaussichten für ein Abrufangebot mit österreichischen Unterhaltungsinhalten allerdings – ausgehend vom zu erwartenden Nachfragewachstum und den positiven Skalierungseffekten – in eine wirtschaftlich sehr positive Richtung deuten; ein Marktversagensszenario sei daher auszuschließen.

Zu den Voraussetzungen für die Genehmigungsfähigkeit eines neuen ORF-Angebots zähle vor allem auch dessen Wettbewerbsverträglichkeit. Wenig überraschend würden weder ORF noch der beauftragte Gutachter Dr. Reidlinger abträgliche Wettbewerbsentwicklungen erwarten („alternativlos aufgrund von Marktversagen“, „unbedeutend angesichts der Dominanz von „Netflix“ und „Amazon“, „Belebung des Wettbewerbs um österreichische Inhalte“). Die Auswirkungen einer öffentlich-rechtlichen Finanzierung von Flimmit seien allerdings nicht an „Netflix“ & Co zu messen. Tatsächlich sei Flimmit in abgegrenzten Marktsegmenten („österreichische Inhalte“, „Qualitätsinhalte“) tätig, was durch das Ergebnis einer aktuellen Bestandskundenumfrage unter Flimmit-Kunden bestätigt werde. Von breiten VoD-Unterhaltungsangeboten wie „Netflix“ ausgehende Wettbewerbswirkungen seien daher wenig relevant. In den vor allem auf die Nachfrage nach hochqualitativen bzw. österreichischen Unterhaltungsinhalten abzielenden VoD-Marktsegmenten sei Flimmit ein bzw. der dominante Anbieter. Werde Flimmit durch die Anerkennung als öffentlich-rechtliches Angebot von der Notwendigkeit entkoppelt, ein betriebswirtschaftlich positives Ergebnis zu produzieren, würde dessen Dominanz einzementiert. Das Entstehen selbsttragenden Wettbewerbs, insbesondere für Abrufangebote österreichischer Unterhaltungsfilme und -serien, wäre auf unbestimmte Zeit auszuschließen. Endkunden stünden einem monopolisierten Angebot gegenüber, potentielle Wettbewerber wären mit unüberwindbaren Eintrittsschranken konfrontiert und aktuelle Wettbewerber wären – soweit vorhanden – den negativen Folgen erlaubter Quersubventionen in einem Wettbewerbsmarkt ausgesetzt.

Die zu erwartenden negativen Effekte seien allerdings nicht auf die Endkundenmärkte beschränkt, sondern auch auf den vorgelagerten VoD-Lizenzmärkten zu spüren, einerseits als Konsequenz des Wegfalls von Gleichbehandlungsgeboten, die für kommerzielle Aktivitäten, nicht jedoch für öffentlich-rechtliche Aktivitäten des ORF auf den Lizenzmärkten gelten, und andererseits als Konsequenz der monopolartigen Nachfragemacht des ORF gegenüber den Herstellern österreichischer Film- und Serienproduktionen. Auch aus Sicht des schützenswerten Wettbewerbs sei eine Genehmigung des ORF-Vorschlags daher auszuschließen.

Schließlich leiste das geplante ORF-Angebot auch keinen wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags bzw. zur Steigerung der Angebotsvielfalt. Die seitens des ORF behaupteten positiven Effekte seien in der Realität nicht zu erwarten bzw. würden so geringfügig ausfallen, dass sie unter keinen Umständen die zu erwartenden negativen Effekte auf die Wettbewerbssituation auf den relevanten Märkten aufzuwiegen geeignet seien. Nicht zu rechnen sei z.B. mit einer Verbesserung der „österreichischen kreativen Produktion“, die, statt von zusätzlichen VoD-Lizenzern des ORF zu profitieren, unter der zu erwartenden Marktverengung zu leiden hätte. Der behauptete Beitrag des Angebots zur fortschreitenden Mobilität der Gesellschaft und zu technologischen Entwicklungen sei genau genommen nicht nur rechtlich irrelevant (denn eine zusätzliche technische Verbreitung ist nicht Teil des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags), sondern es werde dabei auch übersehen, dass das Angebot eine Duplizierung des „on-demand“ Abrufdienstes TVthek darstelle. Spürbare Vorteile für junge Seher würden ebenfalls nicht eintreten, da der Dienst kostenpflichtig sei, keine für dieses Sehersegment speziell interessanten Inhalte anbieten und infolge dessen auch in Zukunft (so wie bisher) vorwiegend von Kunden zwischen 30 und 55 Jahren in Anspruch genommen werden würde. Ein unter der Marke ORF (oder im Naheverhältnis zum ORF) angebotenes Pay-VoD-Unterhaltungsangebot führe vielmehr zu einer Verwässerung des öffentlich-rechtlichen Profils und zu einer Verschlechterung der Inanspruchnahme der öffentlich-rechtlichen Gesamtprogrammangebote (einschließlich Informations-, Bildungs- und Kulturinhalten). Das geplante Angebot des ORF erweise sich daher auf Basis des spezifischen Prüfungskatalogs der §§ 6ff ORF als nicht genehmigungsfähig. Der Antrag des ORF werde in seiner Gesamtheit zurück- bzw. abzuweisen sein.

1.4. Ergänzungen des Antrags durch den ORF

Mit Schreiben vom 19.10.2017 richtete die KommAustria ein Ergänzungsersuchen an den ORF, in dem vorwiegend Fragen zur Finanzierung des Angebots bzw. Aufschlüsselung der Kosten gestellt wurden, das mit Schreiben vom 15.11.2017 wie folgt beantwortet wurde:

Zu den geplanten Einnahmen führte der ORF aus, es sei grundsätzlich das Ziel, sämtliche Titel im Abonnement anzubieten, die Realisierung sei jedoch im Einzelnen von der Rechtesituation und den Rechteinhabern abhängig, wozu die typische Verwertungskette für Filme dargestellt werde. Die Frage nach dem Umfang bzw. Typ der im Abonnement enthaltenen Inhalte könne daher für einzelne Filmtitel nicht pauschal beantwortet werden. Um ein kohärentes Bild der Plattform zu schaffen, müssten Titel, die nicht im Abonnement erhältlich seien, zumindest im Einzelabruf angeboten werden.

Die Endverbraucherpreise im Einzelabruf würden sich nach den „Minimum-Payments“ der Lizenzgeber richten und um den kostendeckenden Betrag für die Plattform erhöht werden. Die „Minimum-Payments“ seien jene Entgelte, die ein Rechteinhaber mindestens pro Verkauf fordere. Sie würden sich je nach Auswertungsform (Miete/Kauf), nach Format (Film/Serie) und nach Neuheit (aktuell/Katalog) unterscheiden, wodurch sich Staffelungen bei den Brutto-Endverbraucherpreisen von EUR 0,99 bis EUR 4,99 pro Miete und von EUR 2,99 bis EUR 14,99 pro Kauf ergeben würden. Im Businessplan werde mit einem – anhand des Nutzerverhaltens in den Jahren 2016 und 2017 errechneten – Durchschnittspreis von EUR 2,50 pro Titel netto kalkuliert.

Der Basis-Listenpreis für das Abo sei mit EUR 34,90 kalkuliert. Aktuell werde mit Rechteinhabern verhandelt, für jeden Kunden bei der ersten Bestellung ein „Gratismonat“ anzubieten. Weiters seien Aktionspreise für saisonale Angebote wie z.B. das „Weihnachtsspecial“ und den

„Sommerrabatt“ vorgesehen. Die Sonderangebote richteten sich nicht an eine spezielle Zielgruppe, sondern könnten von allen Neukunden in Anspruch genommen werden. Der im Businessplan kalkulierte Durchschnittspreis von EUR 29,90 inkludiere sämtliche Reduktionen durch Aktionspreise, Gratismonat etc.

Kalkuliert werde mit folgender Anzahl an Jahres-Abonnements bzw. Einzelabrufen:

	2018	2019	2020	2021	2022
Jahres-Abonnements	13.495	26.400	33.074	45.355	52.405
Einzelabrufe	24.291	47.519	54.572	68.033	62.877

Die Bewegtbildstudie 2017 von AGTT und der RTR-GmbH weise für kostenpflichtige Online-Videotheken in Österreich 26 % Nutzung aus, das entspreche bei einer Gesamtvideonutzung von 87.697 Minuten 22.801 Minuten für VoD-Plattformen. Das aktuelle Marktverhältnis laut dieser Studie rechne „Netflix“ ca. 11.000 Minuten und „Amazon Prime“-Video 10.878 Minuten zu, die restlichen 4 % würden sich auf andere Plattformen verteilen. Eine weitere Annäherung erfolge über die Studie „Online-Video 2021 Special“ von mediareports 2017, in der Umsatz- sowie Nutzerprognosen für Deutschland bis 2021 vorgenommen würden, woraus sich langfristig ein entsprechender Marktanteil im unteren einstelligen Bereich ergebe.

Mit der Vermarktung des Abrufdienstes über Plattformen von Drittanbietern (wie Salzburg AG und Kabelplus) regiere man auf die Nachfrage solcher Marktplayer, die bei der Rechteakquise österreichischer Inhalte vor Herausforderungen stünden. Es werde mit einem Anteil aus B2B-Geschäften an den Gesamterlösen von ca. 40% nach Einführung bis ca. 15 % in 2024 gerechnet, da im Verlauf mit einer relativen Stärkung der B2C-Erlöse zu rechnen sei. Gegengeschäfte im Marketingbereich seien kostenneutral angenommen, aktuell seien diese schwer zu beziffern, es werde von einer Höhe von ca. EUR 200.000,- bis 300.000,- ausgegangen.

Für Auslandserlöse würden keine zusätzlichen Bereitstellungs- oder Akquisekosten anfallen, da ein Einkauf von Europa-Rechten nur stattfinde, wenn dies ohne Zusatzinvestitionen möglich sei. Weiters würden aufgrund des „Revenue Share“ Modells (prozentuellen Abrechnung bei stattgefundenem Verkauf) auch keine Vorabkosten anfallen. Insgesamt würde zum aktuellen mit einem „Overspill“ von 5 bis 7% gerechnet.

Zu den angenommenen Kosten und zu den Annahmen zum wirtschaftlichen Erfolg des Angebots auf dem Zusehermarkt wird ausgeführt, im Businessplan würden Akquisekosten von EUR 20.000,- bis 40.000,- pro Jahr angenommen, dazu kämen Lizenzaufwendungen (Rechte-Kosten), die derzeit mittels „Revenue Share“-Anteil pro Verkauf bzw. gesehenen Minuten vergütet würden. Neben den Akquisekosten würden – erst bei Konsum – auch noch variable Kosten pro Titel entstehen, bestehend aus digitalen Transferkosten, Payment und AKM.

Gegebenenfalls könnten auch „Flat Deals“ vereinbart werden, der Businessplan sei allerdings mit „Revenue Shares“ gerechnet. Der „Revenue Share“ (entspricht den Rechte-Kosten) liege im zukünftigen Modell zwischen 45 und 60%, wobei digitale Transferkosten, AKM-Kosten und Payment-Kosten bei der Berechnung je nach Vertragslage abgezogen werden könnten. Daraus ergebe sich ein Durchschnittswert im Businessplan von 55% für den Rechteinhaber.

Die konkreten Anteile im „Revenue Share“ Modell sei im Verhandlungsweg von verschiedenen Faktoren abhängig. So würden bei speziellen, meist kommerziell sehr erfolgreichen Titeln Rechteinhaber auf eine Minimum-Garantie oder einen „Flat Deal“ bestehen. Bei einer Minimum-Garantie leiste die Plattform eine Vorauszahlung auf den zu erwartenden Umsatz und teile die Einnahmen erst danach aufgrund der „Revenue Share“-Regel, bei „Flat Deals“ werde eine Vorauszahlung für eine bestimmte Zeitspanne (meist zwei Jahre) geleistet, ohne dass der Rechteinhaber Anspruch auf die tatsächlichen Umsätze habe.

Die Nutzungsstatistiken sowie eine im Jahr 2016 unter Flimmit-Bestandskunden durchgeführte Umfrage würden zudem den Fokus und die Nachfrage der im Angebotskonzept angeführten Inhaltskategorien bestätigen.

Zu den angebotenen Inhalten wurde näher ausgeführt, Ausgangspunkt des Umfangs des Angebots sei der derzeitige Stand, wonach Flimmit 8.000 Titel anbiete, von denen 75% im Abonnement enthalten seien. Für die Zukunft bzw. im Fall der Genehmigung des gegenständlichen Vorschlags werde die Gesamtzahl um ca. 1.000 bis 1.500 Titel reduziert, da für diese keine Rechtfertigung im Sinne einer Kontextualisierung möglich sei. Dieser Umfang solle wiederum – je nach Verfügbarkeit und Angebot – um jährlich ca. 1.500 bis 2.000 Titel erweitert werden.

Hinsichtlich der geplanten Inhaltskategorien sei es dem gesetzlichen Zweck eines Vorschlags immanent, dass diese nur allgemein und nicht konkret beschrieben würden. So gebe auch das Angebotskonzept für TVthek.ORF.at die Inhaltskategorien nicht detaillierter bzw. konkreter an. Nichtsdestotrotz würden die im Vorschlag angegebenen Inhalte exemplifiziert wie folgt:

- Österreichisches Kino: Spiel- und Dokumentarfilme aus Österreich. Diese Kategorie beschreibe vor allem aktuelle Kinofilme, wie z.B. Josef Haders „Wilde Maus“, Robert Schabus „Bauer unser“, Arman T. Riahis „Die Migrantigen“ etc. In dieser Kategorie seien z.B. vom österreichischen Filminstitut (ÖFI) geförderte Filme zuhause, sowie jene aktuellen kulturellen Werke, die in Österreich produziert werden.
- Im Fokus: Europa: Spiel- und Dokumentarfilme aus Europa. Diese Kategorie widme sich Filmen europäischer Herkunft wie z.B. Maren Ades Oscar-Nominierung „Toni Erdmann“, Luca Guadagninos „I am Love“ oder Philippe de Chauverons „Monsieur Claude und seine Töchter“. Hier gehe es darum, europäische Kultur und Identität in Form audiovisueller Werke zu transportieren.
- Serienhelden: Serien und Reihen aus Österreich und Europa. In diese Kategorie fielen Titel wie David Schalkos „Altes Geld“, Sabine Derflinger und Harald Sicheritz „Vorstadtweiber“, der dänische Krimi-Hit „Anna Pihl“ oder die Kult-Reihe „TATORT“.
- Archivschätze: Kult und Klassiker der österreichischen Film- und Seriengeschichte aus den Weiten den ORF-Archivs. Dabei erschienen ältere Titel in neuem Glanz wie z.B. „Der Leihopa“, „MA 2412“ oder „Ein echter Wiener geht nicht unter“. Diese Kategorie entdecke nicht nur alten Content neu, sondern sichere die langfristige Verfügbarkeit.
- Kinder und Familie: Qualitative Kinderprogramme und ausgewählte Familienfilme würden das inhaltliche Angebot abrunden. Neue Oki-Doki Produktionen wie „Tolle Tiere“ seien genauso im Sortiment wie ältere Klassiker wie „Servus Kasperl“.
- Die Welt entdecken: Informatives und Lehrreiches, Positionierung bekannter ORF-Sendungs-Marken wie UNIVERSUM, dok.film, Weltjournal etc. In dieser Kategorie fänden sich dokumentarische Portraits von Mensch, Land und Tier, darunter Hermann Maiers

„UNIVERSUM“-Special „Naturjuwel Salzburg“ oder Kurt Mündls preisgekrönte Dokumentation „Hummeln – Bienen im Pelz“.

- Aus dem TV ins Internet: TV-Event Filme, Kultursendungen, Special Events (z.B. Kabarett- oder Konzert-Ausschnitte). Bekannte Vertreter dieser Kategorien seien die Krimi-Reihe „Landkrimis“ oder TV-Events wie „Maximilian. Das Spiel von Macht und Liebe“, „Das Sacher – In bester Gesellschaft“ und „Pregau“.
- Magazinsendungen und Shows wie z.B. „Liebesg'schichten und Heiratssachen“ oder „Harrys liebste Hütt'n“.
- Filme & Serien aus Deutschland: Aufgrund der kulturellen Nähe werde auch ein besonderes Augenmerk auf Deutschland gelegt und würden Werke wie „Winterkartoffelknödel“, „Schweinskopf al Dente“ oder „Hector's Reise oder die Suche nach dem Glück“ präsentiert.
- Preisgekröntes: Filme, die durch Preise oder Festivalteilnahmen auf der ganzen Welt ausgezeichnet wurden wie z.B. „Dallas Buyers Club“, „Winter's Bone“ oder „Maps to the Stars“.
- Sonstige Sendungsbegleitung o.Ä: Bonusmaterial („Directors Cut“), Special Features, Sendungsbeschreibung, Bildergalerien, Trailer-Reihen inkl. Funktion zum Weiterschalten, interaktive Elemente, Interviews usw.

Zur geforderten Darstellung des Verhältnisses von Eigen-, Auftrags-, Ko- und Kaufproduktionen am Gesamthalt der Plattform wurde darauf hingewiesen, dass der Ausdruck „Kaufproduktionen“ für Titel mit und ohne ORF-Ausstrahlung verwendet werde. Um eine klare begriffliche Unterscheidung zu gewährleisten, könnten Kaufproduktionen ohne ORF-Ausstrahlung (weder vom ORF produziert, noch ausgestrahlt oder zur Ausstrahlung geplant) auch als „Fremdproduktionen“ bezeichnet werden. Zum heutigen Zeitpunkt seien 70% des Angebots ORF-Produktionen oder Kaufproduktionen, die vom ORF in seinen Fernsehprogrammen bereits ausgestrahlt worden seien bzw. ausgestrahlt würden, und 30% Fremdproduktionen. Wie beschrieben werde die Zahl solcher Fremdproduktionen reduziert und lediglich ein kleiner Anteil bereitgestellt, sofern ein ORF-Bezug über eine Themenkontextualisierung möglich sei und eine entsprechende Nutzerattraktivität sichergestellt sei. Von den 70% der verbliebenen Titel seien ca. 2/3 Eigen-, Auftrags- und Ko-Produktionen und ca. 1/3 Kaufproduktionen mit ORF-Ausstrahlung.

Geplant sei, ein Highlight pro Quartal, sei dies eine Serie, eine Filmreihe oder ein TV-Eventfilm, in der Vorauswertung zu veröffentlichen. Diese Auswertungsform helfe auch dabei, eine gute „Fan-Basis“ für eine erfolgreiche TV-Auswertung aufzubauen. So sei etwa die Erfolgsserie „Braunschlag“ Monate vor der TV-Ausstrahlung herausgebracht worden und habe mit tausenden Verkäufen zu einer erfolgreichen TV-Ausstrahlung beigetragen.

Zum Unternehmensgegenstand wurde vorgebracht, dass Fremdproduktionen lediglich in einem quantitativ untergeordneten Ausmaß (in der Höhe von maximal 5% des Katalogvolumens) zur Kontextualisierung eingesetzt werden sollen. Dabei gehe es um die Aufarbeitung aktueller Themenschwerpunkte und die Bereitstellung qualitativ hochwertiger Produktionen, um dem Publikum einen Mehrwert zu bieten. So würden dann ergänzende Inhalte wie Valentin Thurns Dokumentation „Taste the Waste“ zum jährlichen ORF-Programmschwerpunkt „Bewusst gesund“ oder Joseph Vilsmaiers „Österreich – Oben und Unten“ zum Thema „Österreichs Länder und Schätze“ angeboten werden, worin auch Steinmaurer in seinem Gutachten Vorteile für die Endkunden sehe. Zudem habe sich ORF III in seinem Programmangebot der „Stärkung des EU-Verständnisses“ verpflichtet und setze dabei auch Programmschwerpunkte auf filmische Großevents wie die Berlinale oder den Europäischen Filmpreis und präsentiere in diesem Rahmen

passende Filme. Im Sinne einer Kontextualisierung würden hier ausgewählte audiovisuelle Werke europäischer Herkunft angeboten werden, wozu eine zusätzliche Finanzierung gesichert sei, da Flimmit hier auch Empfänger einer Förderung für die Vermarktung und das Marketing Europäischer Filme aus dem Programm „Creative Europe/Media“ sei. Vor allem in diesem Zusammenhang seien auch die geplanten „Apps“ zu sehen, wo es vor allem um einen eigenen „Europa“-Kanal als technisch eigenständige Anwendung (eigene App am Fernseher) gehe, in dem ausschließlich europäischer Content gezeigt werde. Ein Herausheben der besonderen Europäischen Filme aus dem jetzigen „TV-Storefront“ und die Einbettung in einem eigenen Kanal sei notwendig, um die erwünschte Aufmerksamkeit zu erzielen und damit dem Publikum die Auffindbarkeit zu erleichtern.

Als eindeutige Grundlage für die geplanten Abo-Gebühren und Entgelte für Einzelabrufe dienen nach Ansicht des ORF die §§ 4f und 6 ORF-G, nach denen neue Online-Angebote im Rahmen einer Auftragsvorprüfung genehmigt werden könnten, soweit sie nicht gegen ausdrückliche Bestimmungen insbesondere der „Verbotsliste“ des § 4f Abs. 2 ORF-G verstoßen würden. Dies entspreche ausweislich der Gesetzesmaterialien den Ergebnissen des Beihilfeverfahrens, wobei sich dabei sowohl zu § 4f als auch zu § 6 ORF-G der Hinweis auf die grundsätzliche Zulässigkeit eines „Bezahldienstes“ innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Angebots finde. Ein solcher sei somit nicht nur gemäß der Rundfunkmitteilung 2009, sondern auch nach der insoweit eindeutigen österreichischen Rechtslage (nach einer Auftragsvorprüfung) möglich.

Zur vorgesehenen Empfehlungssoftware brachte der ORF vor, diese arbeite basierend auf Metadaten und der anonymisierten Aufzeichnung von Nutzer-Interaktionen. Metadaten seien in diesem Kontext z.B. Genres, Stichwörter, Altersfreigabe oder mitwirkende Personen, Nutzer-Interaktionen seien z.B. Bewertungen sowie das Aufrufen oder Konsumieren eines Videos. Je nach konkretem Anwendungsfall könne die Empfehlungssoftware die Ergebnisse filtern, sodass z.B. zu Serien nur andere Serien (und etwa keine Filme, Clips etc.) empfohlen würden. Der Einsatz von Empfehlungssoftware diene dazu, die Nutzer durch das Angebot individuell interessanter und unterhaltsamer Inhalte möglichst lange auf der Plattform zu halten, bei der Parametrierung der Empfehlungsmaschine hätten also die Bedürfnisse der Nutzer absoluten Vorrang. Informationen über die Rechteinhaber einzelner Videos würden nicht an die Empfehlungssoftware übermittelt und könnten demnach auch nicht in die Empfehlungen einfließen.

Mit Schreiben vom 02.11.2017 übermittelte die KommAustria den Antrag des ORF vom 06.10.2017 mit sämtlichen beigelegten Unterlagen, einschließlich der hierzu eingelangten Stellungnahmen gemäß § 6a Abs. 4 ORF-G einerseits der BWB und andererseits dem gemäß § 6c ORF-G eingerichteten PVB mit dem Ersuchen, hierzu nach Maßgabe des § 6a Abs. 4 Z 1 bzw. Z 2 ORF-G binnen sechs Wochen Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 21.11.2017 übermittelte die KommAustria die ergänzenden Angaben des ORF vom 15.11.2017 an die BWB und den PVB.

1.5. Stellungnahme des Public Value Beirates gemäß § 6a Abs. 4 Z 1 ORF-G

In seiner Stellungnahme vom 15.12.2017 vertrat der PVB die Meinung, dass der ORF künftig mehr Möglichkeiten haben solle, mit öffentlich-rechtlichen Inhalten mehr junge Zuseher zu erreichen. Viele eigenproduzierte Filme und Serien, die laut dem vorliegenden ORF-Angebotskonzept einen Schwerpunkt der neuen Plattform darstellen sollen, würden solche Inhalte bieten, allerdings würden die jungen Zuseher das klassische lineare Fernsehen immer weniger nutzen. Die neue

Abrufplattform biete zumindest die Möglichkeit, ihnen österreichische fiktionale „Public Value“-Inhalte nahe zu bringen, auch wenn an dieser Stelle nicht vorausgesagt werden könne bzw. als fraglich gesehen werde, ob und wie intensiv sie die neue Plattform nutzen werden. Die Plattform biete somit im Ergebnis eine Art „Nachfolge-Geschäftsmodell“ für die bisher übliche Zweitverwertung der Filme und Serien via DVD-Editionen.

Eine Verwertungsplattform, die vor allem österreichische Filme und Serien biete, diene der im öffentlich-rechtlichen Auftrag gewünschten Förderung der österreichischen Kultur und Kulturproduktion. Sie stehe somit im Einklang mit Bemühungen anderer europäischer Länder (erwähnt seien die regulatorischen Gegebenheiten und Pläne in Frankreich), nationale und europäische kulturelle Inhalte zu fördern und im Wettbewerb gegen die Dominanz amerikanischer Filme und Serien zu stärken. Sollte der beantragte Abrufdienst genehmigt werden und in Betrieb gehen, werde daher künftig darauf zu achten sein, dass sein inhaltlicher Schwerpunkt tatsächlich auf österreichischen (und europäischen) Inhalten mit möglichst ausgeprägtem „Public Value“ liege.

Der vom ORF geplante Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt, also für Filme und Serien, sei aus publizistischer Sicht zur wirksamen Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrags grundsätzlich zweckmäßig. Viele der im Rahmen der neuen Plattform geplanten Inhalte seien zweifellos Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags des ORF. Das gelte vor allem für Filme und Serien österreichischer Provenienz, die mit finanzieller Hilfe des ORF produziert würden. Diese würden künftig wegen des zu erwartenden weiteren Rückgangs des linearen TV-Konsums immer weniger Publikum erreichen. Auch im Kontext der Dominanz amerikanischer Streaming- und Download-Plattformen sei ein Abrufdienst mit österreichischen Filmen und Serien zu begrüßen. Den Ausführungen im Gutachten von a.o. Univ.-Prof. Dr. Thomas Steinmaurer in Bezug auf die Angebotsvielfalt sei zuzustimmen: Ein Abrufdienst mit vorwiegend öffentlich-rechtlichen Inhalten könne einen wesentlichen und wünschenswerten Beitrag zur publizistischen Vielfalt im Bereich der VoD-Plattformen leisten.

Das genannte Online-Angebot sei aus publizistischer Sicht zweckmäßig zur wirksamen Erbringung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrages, da es den geänderten Mediennutzungsgewohnheiten eines Teils der – vor allem jüngeren – Bevölkerung Rechnung trage und die zeitsouveräne und ortsungebundene Nutzung von ORF-Inhalten stärker als bisher möglich mache.

Zwar solle nur ein Teil des öffentlich-rechtlichen Programmangebotes über das neue Online-Angebot angeboten werden, die Bevölkerung habe aber weiter den Zugang zu diesen Inhalten. Grundsätzlich sei aus Nutzersicht ein kostenfreies Angebot optimal, das zusätzliche Entgelt für die Nutzung des geplanten Angebotes erscheine aber gerechtfertigt, da dieses mit zusätzlichen, nicht allein durch Gebühren abzudeckenden Kosten für den ORF verbunden sei. Es sei auch nicht der erste kostenpflichtige Abrufdienst, da auch für das Ö1-Download-Abo ein zusätzliches Entgelt anfallt. Jedenfalls werde durch die neue Plattform eine zeit-, ort- und werbesouveräne Nutzung vieler (ORF-)Inhalte ermöglicht. Daher werde explizit festzuhalten sein, dass die neue Plattform werbefrei zu gestalten sei. Für jene Nutzer, die ORF-Inhalte nur über Streaming sehen bzw. hören, falle derzeit aufgrund einer Gerichtsentscheidung keine Rundfunkgebühr an. Diese vermutlich wachsende Gruppe würde sohin künftig wenigstens einen kleinen Beitrag zur Finanzierung der genutzten öffentlich-rechtlichen Inhalte leisten. Zudem empfehle der PVB, dass Personen, die derzeit von den GIS-Gebühren befreit seien, auch einen kostenlosen Zugang zu „Flimmit neu“ erhalten sollten, womit eine soziale Barrierefreiheit gegeben wäre.

Die Angebotsvielfalt sei durch das lineare Fernsehen für alle Nutzer gewährleistet, das geplante Angebot lediglich ein Zusatzangebot. Der neue Abrufdienst dürfe aber nicht dazu führen, dass gewisse öffentlich-rechtliche Inhalte nur mehr dort verfügbar sind. Sollte Streaming zur dominanten Nutzungsform werden, müsste sich der ORF vielmehr überlegen, alle Inhalte auch über diesen Nutzungskanal auszuspielen. Jedenfalls sei das im Angebotskonzept vorgesehene Datatracking so anzulegen, dass es den Nutzern überlassen bleibe, dies zu aktivieren oder zu deaktivieren.

Der PVB sehe im geplanten Angebot zudem eine große Chance für Menschen mit Behinderung, könne es doch dafür genutzt werden, als Vorbild-Plattform für Menschen mit Behinderung in Erscheinung zu treten. Würden Filme zukünftig nicht mehr in Archiven „verschwinden“, sei der Mehraufwand von Audiodeskription, Untertitelung und/ oder Gebärdensprache stärker gerechtfertigt, was einen Mehrwert für eine immer größer werdende Bevölkerungsgruppe darstellen würde. Die derzeit sehr eingeschränkte Möglichkeit, barrierefreie Filme zu konsumieren, könnte hier erweitert und mit Vorbildwirkung genutzt werden. Besonders könne auch beim Zukauf von europäischen Filmen darauf geachtet werden, barrierefreie Filme zu wählen. Vor allem skandinavische Länder hätten hier eine große Vorreiter-Rolle.

Abschließend wurde vom PVB festgehalten, dass die sehr kurze Abruffrist in der TVthek sicherlich nicht dem „Public Value“ entspreche und in nicht wenigen Fällen eine Verschwendung von Gebührengeldern darstelle. So seien etwa in Deutschland viele Sendungen deutlich länger in den Mediatheken von ZDF, ARD und Dritten Programmen abrufbar als in Österreich in der ORF-TVthek, wo sie, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nur eine Woche lang zur Verfügung stünden. Dies gelte insbesondere auch für bereits gesendete österreichische Filme und Serien, die der ORF via Gebührengeld mitproduziert und/oder mitfinanziert habe und die oft durchaus beträchtlichen öffentlich-rechtlichen Mehrwert bieten würden. Die vom ORF geplante neue Abrufplattform könne so betrachtet auch eine Art – wenn auch mit extra Kosten verbundenen – Ausgleich für die im internationalen Vergleich sehr kurze Abrufbarkeit der Inhalte in der TVthek darstellen.

1.6. Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde gemäß § 6a Abs. 4 Z 2 ORF-G

In ihrer Stellungnahme vom 18.12.2017 führte die BWB aus, Verfahrensgegenstand sei die Auftragsvorprüfung gemäß §§ 6ff ORF-G betreffend die Übernahme der VoD-Plattform Flimmit, über die Internet-Nutzer Eigen-, Auftrags- bzw. Gemeinschaftsproduktionen des ORF sowie in untergeordnetem Umfang auch Kaufproduktionen abrufen können, in den öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF. Ziel des ORF sei es, Programminhalte nach ihrer (linearen) TV-Ausstrahlung und ihrer befristeten Abrufbarkeit über die TVThek für interessierte Teilnehmer über eine zeitgemäße Möglichkeit der Mediennutzung langfristig zugänglich zu machen. Da dem ORF aus der längerfristigen Onlineverbreitung urheberrechtlich geschützter Inhalte für die Rechteabgeltung zum Teil relevante Zusatzkosten entstünden, welche nicht vollständig durch GIS-Gebühren abgedeckt werden sollten, werde der Dienst den Internet-Nutzern nur gegen Entgelt (Zahlungen für Einzelabrufe oder Abonnements) zugänglich gemacht werden. Hiervon würde nach dem Vorbringen des ORF auch die österreichische Produktionslandschaft profitieren. Der neue Onlinedienst werde vom ORF dem öffentlich-rechtlichen Auftrag (§ 4f ORF-G, weitere Onlineangebote) zugeordnet und solle die bisherige, kommerziell betriebene Abrufplattform Flimmit ablösen. Das Flimmit-Projekt sei ursprünglich ohne Einsatz von Programmengeldern

konzipiert und durch Kunden-Abos bzw. Werbung finanziert worden. Da sowohl Nutzerzahlen als auch Erlöse hinter den Erwartungen zurückgeblieben seien, Flimmit dauerhaft Verluste geschrieben habe und daher nach Angaben des ORF nicht kommerziell erfolgreich betrieben werden könne, könne das bisherige Geschäftsmodell nicht weitergeführt werden.

Die BWB nehme als Amtspartei Stellung zu den voraussichtlichen Auswirkungen des neuen Angebots auf die Wettbewerbssituation anderer in Österreich tätiger Medienunternehmen (§ 6a Abs. 4 Z 2 ORF-G). Sie werde daher im Folgenden die relevante sachliche und geographische Marktabgrenzung treffen und unter Zugrundelegung dieser Marktabgrenzung die potentiellen Wettbewerbsauswirkungen auf andere in Österreich (insbesondere am relevanten Markt tätige) Medienunternehmen erörtern. Sofern die BWB medienrechtliche Fragen für erörterungsbedürftig hält, die nicht in ihren Prüfungsgegenstand fielen, würden diese Fragen bezeichnet und die KommAustria um ihre Erörterung ersucht.

Über den Antrag samt Beilagen hinaus habe die BWB dem ORF und der ORS sowie dem VÖP die Möglichkeit eingeräumt, ihre Eingaben auch in Gesprächen auszuführen. Hinsichtlich des am 21.11.2017 veröffentlichten Angebots des „Kino VOD Club Austria“, wonach 30 österreichische Kinos ein eigenes Streaming-Angebot mit derzeit 150 österreichischen Kinofilmen starten würden, habe die BWB eine umfassende Online-Recherche angestellt. Weitere Recherchetätigkeit habe das Angebot der bekannten Anbieter von VoD-Diensten betroffen, u.a. „Netflix“, „Amazon Prime“, „maxdome“, „Sky Ticket“, „Google Play“, „Rakuten TV“, „Pantaflix“, „ChiliTV“, „Apple iTunes“, „Videoload.de“, „Xbox Video Filme“, „A1 now“ (Teilbereich VoD) und „UPC Horizon Go“. Zuletzt habe auch Disney sein Interesse bekannt gegeben, ab Februar 2018 in den VoD-Markt einzusteigen.

Zur Marktabgrenzung führte die BWB aus, der sachlich betroffene Markt sei nach dem Bedarfsmarktkonzept zu bestimmen, wie dies § 23 Kartellgesetz ausdrücklich festlege. Demnach liege derselbe Markt vor, wenn sich die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen in ihren für die Deckung desselben Bedarfs wesentlichen Eigenschaften von anderen unterscheiden und aus Sicht der Bedarfsträger als Marktgegenseite untereinander beliebig austauschbar sind. Entscheidend sei damit die (funktionelle) Austauschbarkeit der Waren bzw. Leistungen aus Sicht der Marktgegenseite. Nach der Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Definition des relevanten Marktes umfasse der sachlich relevante Produktmarkt alle Waren oder Dienstleistungen, die vom Verbraucher aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preislage und ihres Verwendungszwecks als austauschbar angesehen würden (Nachfragesubstituierbarkeit). Der räumlich relevante Markt umfasse das Gebiet, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen seien und das sich von benachbarten Gebieten, insbesondere aufgrund merklich unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen abgrenze. Vorweggenommen werde, dass der „Markt für Online-Werbung“ in der Stellungnahme der BWB außer Betracht bleibe, da die Bereitstellung von Online-Werbeflächen vom Angebotskonzept des ORF ausdrücklich nicht umfasst sei.

Als sachlich relevanter Markt könne – im Anschluss an die Entscheidung des deutschen Bundeskartellamts zu „Germany’s Gold“ – ein „VoD-Endkundenmarkt“ abgegrenzt werden. Demnach stelle VoD gegen Entgelt aus der Sicht des typischen Nutzers ein Angebot dar, das nicht durch andere Angebote austauschbar sei. Unter anderem liege etwa in der Möglichkeit, Inhalt und Zeitpunkt des Konsums selber zu bestimmen, ein wesentlicher Unterschied zu herkömmlichen, linearen TV-Unterhaltungsangeboten. VoD-Angebote gegen Entgelt seien zudem

von rein werbefinanzierten VoD-Angeboten abzugrenzen. Die Abgrenzung von unentgeltlichen zu entgeltlichen Finanzierungsmodellen stehe mit der ständigen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission in Einklang, wonach zwischen Pay-TV und Free-TV unterschieden werden müsse. Aufgrund des ausdrücklichen Fokus des Angebots auf österreichische Inhalte samt der Ausführungen des ORF, auch in Hinkunft internationale Kaufproduktionen (im untergeordneten Ausmaß) anbieten zu wollen, könnte der „entgeltliche VoD-Endkundenmarkt“ zudem in weitere Teilmärkte, und zwar einen „entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für internationale Filme und Serien“ und einen „entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für österreichische Filme und Serien“, untergliedert werden. Es werde jedoch nachstehend gezeigt, dass selbst bei Anwendung dieser – aus Sicht der BWB strengst möglichen – sachlichen Marktabgrenzung keine unüberwindbaren wettbewerblichen Bedenken gegen das Vorhaben bestünden.

Hinsichtlich des abgegrenzten Teilmarktes „entgeltlicher VoD-Endkundenmarkt für internationale Filme und Serien“ erwäge die BWB eine geographische Marktabgrenzung nach dem deutschen Sprachraum. Dies liege darin begründet, dass zahlreiche Wettbewerber ihre VoD-Angebote für internationale Filme und Serien über Websites in deutscher Sprache vertreiben, die entweder direkt auf den deutschen Sprachraum abzielen oder ihren Fokus auf Deutschland richten würden, jedoch auch von Österreich aus abrufbar seien. Weiters würden alle internationalen Filme und Serien in deutscher Sprache angeboten. Die VoD-Anbieter seien daher für deutschsprachige Endkunden austauschbar und stünden, sofern idente internationale Filme und Serien angeboten würden (unter der Voraussetzung, dass die Rechte für alle Länder des deutschen Sprachraums erworben worden seien und kein Geo-Blocking vorgenommen werde), in unmittelbarem Wettbewerb zueinander. Diese Marktabgrenzung werde insbesondere bei Einzelabrufen deutlich, da der informierte Endkunde beim Einzelabruf unter Zugrundelegung einer objektiven Entscheidung den VoD-Anbieter wählen werde, der ihm (bei gleicher Qualität) das kostengünstigste Angebot zur Verfügung stelle. Insofern stünden für den Endkunden zum Beispiel beim Einzelabruf des Films „Monsieur Claude und seine Töchter“ in deutscher Sprache alle VoD-Anbieter, welche diesen Film anbieten, mit Flimmit im Wettbewerb.

Hinsichtlich des abgegrenzten Teilmarktes „entgeltlicher VoD-Endkundenmarkt für österreichische Filme und Serien“ erwäge die BWB in geographischer Hinsicht eine nationale Marktabgrenzung. Für diese Abgrenzung spreche der für den Endkunden objektiv leicht erkennbare, klare Fokus auf österreichische Inhalte und auf österreichisches Zielpublikum, welcher bereits beim Aufruf der Startseite der in jenem Teilmarkt tätigen Wettbewerber unzweifelhaft zu Tage trete. Aus Sicht der BWB seien neben Flimmit auch der „Kino VOD Club Austria“ und „A1 now“ hinsichtlich seines VoD-Angebots zumindest zum Teil auf diesem nationalen Markt tätig.

Ebenfalls übereinstimmend mit der Entscheidungspraxis des deutschen Bundeskartellamtes gehe die BWB neben dem „entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt“ davon aus, dass auch der vorgelagerte nationale „Markt für die Lizenzierung von audiovisuellen Inhalten für den Betrieb eines VoD - Angebotes (VoD-Lizenzmarkt)“ zu berücksichtigen sei. Urheber- und leistungsschutzrechtliche Verwertungsrechte würden nach Verwertungsarten separiert. Die Einräumung von Verwertungsrechten für andere Nutzungsarten als VoD sei für den Betreiber eines VoD-Angebotes nicht austauschbar, weil er damit gerade kein VoD-Angebot betreiben dürfte. Im Hinblick auf das verfahrensgegenständliche Vorhaben sei für die Beurteilung möglicher Auswirkungen des Vorhabens auf die Wettbewerbssituation anderer in Österreich tätiger

Medienunternehmer auf den „VoD-Lizenzmarkt für österreichische Filme und Serien“ näher einzugehen.

Hinsichtlich der Auswirkungen des neuen Angebots auf die Wettbewerbssituation anderer in Österreich tätiger Medienunternehmen führte die BWB aus, dass aufgrund der Anträge des ORF Verfahrensgegenstand ein für Verbraucher entgeltliches VoD-Angebot sei. Bei Wegfall des Kriteriums der Entgeltlichkeit würden sich die wettbewerblichen Auswirkungen erheblich ändern, läge nach Ansicht der BWB ein neues Angebot iSd § 6 ORF-G vor und müsste ein neues Auftragsvorprüfungsverfahren durchgeführt werden.

Auf dem „entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für internationale Filme und Serien“ stehe das Angebot, soweit auch in Hinkunft internationale Filme und Serien zum Abruf zur Verfügung gestellt würden, im unmittelbaren Wettbewerb zu zahlreichen internationalen VoD-Anbietern wie „Netflix“, „Amazon Prime“, „maxdome“, „Sky Ticket“, „Google Play“, „Rakuten TV“, „Pantaflix“, „ChiliTV“, „Apple iTunes“, „Videoload.de“, „Xbox Video Filme“ und Disney. Hinsichtlich der Abo-Preise der genannten Wettbewerber sei ein detaillierter Vergleich aus mehrfacher Hinsicht (Wochen-, Monats-, Jahres-Abo, inkludierte Leistungen, Kombiangebote wie „Amazon Prime“, Rabatte) nur eingeschränkt möglich, womit es für die BWB schwer abzuschätzen sei, ob die bekanntgegebenen Preise von EUR 29,90 brutto (Aktionspreis) bzw. EUR 34,90 brutto (Listenpreis) für ein Jahres-Abo angemessene Marktpreise seien. Hinsichtlich des Preises für den Einmalabruf würden die angestrebten EUR 3,00 brutto bzw. EUR 2,50 netto (als Durchschnittswert) in einer vergleichbaren Dimension mit den Preisen der international tätigen Wettbewerber liegen. So hätten die Wettbewerber bei einer von der BWB am 12.12.2017 durchgeführten Internetrecherche Preise für den Einmalabruf ab EUR 1,98 („UPC Horizon Go“), ab EUR 2,99 („ChiliTV“ und „Rakuten.tv“) bzw. ab EUR 3,99 („Videoload.de“), welche ansteigen, je neuer/beliebter ein Film bzw. eine Serie, ausgewiesen.

Bei der Prüfung der Auswirkungen sei weiters auf Finanzkraft und Wettbewerbsfähigkeit der weiteren Anbieter abzustellen. Entsprechend seien insbesondere für die internationalen Anbieter „Netflix“, „Amazon Prime“, „maxdome“, „Sky Ticket“ und „Google Play“ keine wesentlichen negativen Auswirkungen iSd § 6b Abs. 1 Z 2 ORF-G zu erwarten, da diese nicht im selben Ausmaß auf die Finanzierung ihres Angebots auf dem österreichischen Markt angewiesen seien wie Medien, die Angebote ausschließlich für den österreichischen Markt erstellen. Die genannten internationalen Anbieter hätten eine wesentlich breitere Basis zur Streuung ihres unternehmerischen Risikos und müssten für den Marktauftritt in Österreich zumeist nur geringe Zusatzinvestitionen in Kauf nehmen.

Folglich seien aus Sicht der BWB bei Übernahme von Flimmit in den öffentlich-rechtlichen Auftrag auf dem „entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für internationale Filme und Serien“ keine wesentlichen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation anderer in Österreich tätiger Medienunternehmer zu erwarten.

Für den „entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für österreichische Filme und Serien“ wurde ausgeführt, auch in diesem Bereich habe Flimmit keine Monopolstellung inne, wenngleich mit „Kino VOD Club Austria“ und „A1 now“ nur zwei weitere Anbieter in diesem Teilmarkt tätig seien, deren Angebote von jenem von Flimmit im Umfang abweichen würden. Am 21.11.2017 habe „Kino VOD Club Austria“ seinen Markteintritt bekannt gegeben und in Kooperation mit 30 österreichischen Kinos ein eigenes Streaming-Angebot mit derzeit 150 österreichischen

Kinofilmen gestartet, wobei sich die teilnehmenden Kinos, der Plattformbetreiber und die Lizenzhalter die Einnahmen teilen würden. Die VoD-Plattform des „Kino VOD Club Austria“ könne über einen Link auf den Websites der teilnehmenden Kinos aufgerufen werden, wobei ausschließlich Einzelabrufe von österreichischen Filmen zu einem Preis von EUR 4,90 pro Abruf möglich seien. Hingegen biete „A1 now“ Kunden bei Abschluss eines Zusatzpaktes um EUR 4,90 pro Monat neben einem Zugang zu 40 TV-Sendern auch einen kostenlosen Abruf der sogenannten Videothek mit Kindersendungen sowie österreichischen Serien wie „Vorstadtweiber“, „Soko Kitzbühel“ und „Universum“. Die übrigen VoD-Anbieter, welche als Wettbewerber von Flimmit auf dem „entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für internationale Filme und Serien“ tätig seien, würden entweder gar keine oder nur vereinzelt österreichische Filme („Amazon Prime“ – „Toni Erdmann“, „Wilde Maus“; „RakutenTV“ – „Der Knochenmann“, „Die Fälscher“) und Serien („maxdome“ – „Braunschlag“, „Kottan ermittelt“) zum Abruf anbieten. Dieses geringfügige Angebot schein jedoch keine wesentlichen Auswirkungen auf den „entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für österreichische Filme und Serien“ zu haben und werde lediglich als Beifügung verstanden. Als Zwischenergebnis könne daher festgehalten werden, dass auf dem „entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für österreichische Filme und Serien“ ein zarter Wettbewerb erblüht sei und wider die Erwartungen vieler und trotz der in der Medienbranche bekannten Pläne des ORF, Flimmit in den öffentlich-rechtlichen Auftrag zu übernehmen, mit dem „Kino VOD Club Austria“ ein neuer Wettbewerber in den Markt eingetreten sei.

Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation auf diesem Markt wären 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 sogenannte Kampfpreise den bisher entstandenen Wettbewerb behindern (insbesondere den neuen Anbieter „Kino VOD Club Austria“ aus dem Markt drängen) bzw. neue Markteintritte verhindern könnte. Dieses Negativszenario scheint jedoch durch die Vereinbarung entsprechender Auflagen verhinderbar. Ausgehend von den bisherigen Nutzerzahlen von Flimmit (ca. 4.000 Jahres-Abos, jährlich ca. 13.000 Einzelabrufe) könne auch für den „entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für österreichische Filme und Serien“ festgehalten werden, dass die geplante Finanzierung von Flimmit, welche zum Teil aus dem ORF Programmentgelt, zum Teil mittels Entgelt für Jahres-Abos bzw. Einzelabrufe angedacht sei, wesentlich geringere wettbewerbliche Auswirkungen mit sich bringe als dies der Fall wäre, wenn die Finanzierung in Hinkunft zur Gänze aus dem ORF-Programmentgelt erfolgen und jeder ORF-Gebührenzahler (automatisch) ohne weitere Kosten einen Zugang zu Flimmit erhalten würde.

Da Flimmit im Bereich der internationalen Filme und Serien mit zahlreichen marktstarken Anbietern in intensivem Wettbewerb stehe, sei davon auszugehen, dass der ORF auf dem „VoD-Lizenzmarkt für internationale Filme und Serien“ keine Stellung innehaben werde, die zu einer Marktabschottung gegenüber Wettbewerbern führen könne. Dies insbesondere deshalb, da internationale Kaufproduktionen in Hinkunft nur in geringem Umfang und hauptsächlich programmbegleitend zur Verfügung gestellt werden sollen und der ORF nicht plane, VoD-Lizenzen exklusiv zu erwerben. Hinsichtlich österreichischer Filme und Serien am VoD-Lizenzmarkt stelle sich aus Sicht der BWB die Grundsatzfrage, ob der ORF bei der Lizenzierung von Eigenproduktionen auch nach der Übernahme von Flimmit in den öffentlich-rechtlichen Auftrag gemäß § 2 Abs. 4 ORF-G zur Nicht-Diskriminierung gegenüber dritten VoD-Anbietern verpflichtet bleibe, wovon der ORF offenbar (im Gegensatz zum VÖP in dessen Stellungnahme) ausgehe. Die Frage des diskriminierungsfreien Zugangs zu österreichischen Filmen und Serien auf dem VoD-Lizenzmarkt, an welchen der ORF Lizenzrechte halte, und damit einhergehend die Frage der

Weitergeltung des Gebots der Nicht-Diskriminierung gemäß § 2 Abs. 4 ORF-G, sei aus Sicht der BWB grundlegend für die bereits am „entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für österreichische Serien und Filme“ tätigen Wettbewerber sowie für potentielle neue Markteintritte und die KommAustria werde daher ersucht, diese Frage vertieft zu analysieren. Sollte die KommAustria in Übereinstimmung mit dem VÖP zu dem Ergebnis kommen, dass das Nichtdiskriminierungsgebot bei Übernahme von Flimmit in den öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF nicht (weiter) gelte, wäre dieses Gebot aus Sicht der BWB mittels Auflagen sicherzustellen, um in Hinkunft privaten Wettbewerbern den Zugang zu österreichischen Filmen und Serien zu gewährleisten bzw. zu öffnen.

Zur Sicherstellung funktionierenden Wettbewerbs empfahl die BWB daher, bei Genehmigung des Vorhabens Auflagen in den nachfolgenden Bereichen unter Heranziehung eines ökonomischen Sachverständigen zu erörtern:

- Auf dem „entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für österreichische Filme und Serien“ zur Sicherstellung eines Marktpreises bei Einzelabrufen: Durch diesen Auflagenvorschlag sollen Bedenken ausgeräumt werden, dass Flimmit durch die „Subvention mit Programmentgelt“ die Möglichkeit haben könnte, Einzelabrufe unter dem Marktpreis anzubieten und somit durch sogenannte Kampfpreise den bisher entstandenen Wettbewerb behindern (insbesondere den neuen Anbieter „Kino VOD Club Austria“ aus dem Markt drängen) bzw. neue Markteintritte verhindern könnte. Ebenso wäre zu untersuchen, ob die angedachten Preise für das Jahres-Abo Marktpreise darstellen, oder ob durch diese – für die BWB sehr günstig erscheinenden – Preise von ca. EUR 2,50 bis ca. EUR 2,91 pro Monat das Angebot für Einzelabrufe in der Praxis (wesentlich) an Bedeutung verlieren würde. Hierzu könnte aus Sicht der BWB mittels eines ökonomischen Sachverständigen die Preisbildung von österreichischen Filmen und Serien überprüft werden.
- Auf dem „VoD-Lizenzmarkt in Bezug auf österreichische Filme und Serien“, an welchen der ORF Lizenzrechte hält, zur Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs von dritten VoD-Anbietern zu österreichischen Produktionen: Sofern die KommAustria bei einer Analyse des § 2 Abs. 4 ORF-G zu dem Ergebnis kommen sollte, dass das Nicht-Diskriminierungsgebot bei Übernahme von Flimmit in den öffentlich-rechtlichen Auftrag des ORF nicht (weiter) gelte, könnte mittels Auflagen sichergestellt werden, dass ein Zugang zu ORF Produktionen für dritte VoD-Anbieter gewährleistet sei.

Zu folgenden weiteren Themengebieten, welche lediglich einen mittelbaren Konnex zum Prüfungsgegenstand der BWB gemäß § 6a Abs. 4 Z 2 ORF-G aufwiesen, dieser aber für die Erlassung des Bescheides relevant erschienen, wurde die KommAustria um eine vertiefte Prüfung ersucht:

- Zunächst stelle sich die Frage, ob § 4f ORF-G eine hinreichende Rechtsgrundlage für das Vorhaben Flimmit darstelle, wozu auf die umfassende Stellungnahme der BWB im Verfahren zur Auftragsvorprüfung zum ORF-Angebot in „Sozialen Medien“ verwiesen werde.
- Zudem sei aus Sicht der BWB zu erörtern, ob die vom ORF ein- bzw. nachgereichten Unterlagen das Vorhaben ausreichend konkretisierten. Insbesondere stelle sich die Frage, ob dem Erfordernis der detaillierten Begründung gemäß § 6b Abs. 2 ORF-G entsprochen werde, zumal der ORF nicht genau festlegen möchte, in welchem Umfang in Zukunft (internationale) Kaufproduktionen abrufbar sein sollen.

- Letztlich bedürfe es aus Sicht der BWB auch einer eingehenden Befassung mit dem Thema, inwiefern das vom ORF gewählte Finanzierungsmodell, das ein Zusammenspiel einer teilweisen Finanzierung aus ORF-Programmentgelt sowie von Entgelten für wahlweise ein Jahres-Abo oder Einzelabrufe vorsehe, mit dem ORF-G in Einklang stehe. Sollte die KommAustria zu dem Ergebnis gelangen, dass hierdurch eine Gesetzeswidrigkeit realisiert würde, wäre aus Sicht der BWB der ORF-Antrag abzuweisen. Ein öffentlich-rechtliches VoD-Angebot ohne das im Antrag dargestellte Finanzierungsmodell würde den Markt mit gänzlich anderen Auswirkungen konfrontieren und müsste daher allenfalls im Rahmen einer neuen Auftragsvorprüfung gewürdigt werden.

Zusammengefasst sei hinsichtlich der Analyse der potentiellen Auswirkungen des Vorhabens auf die Wettbewerbssituation anderer in Österreich tätiger Medienunternehmer festzuhalten, dass die geplante Finanzierung des Angebots, welche zum Teil aus dem ORF-Programmentgelt, zum Teil mittels Entgelt für Jahres-Abos bzw. Einzelabrufe angedacht sei, wesentlich geringere wettbewerblichen Auswirkungen mit sich bringe als dies der Fall wäre, wenn die Finanzierung zur Gänze aus dem ORF-Programmentgelt erfolgen würde und jeder ORF-Gebührenzahler (automatisch) ohne weitere Kosten einen Zugang erhalten würde.

Zudem handle es sich bei Flimmit weder um ein gänzlich neues Produkt, das in den Markt eintrete, noch dürfe außer Acht gelassen werden, dass der ORF (über die ORS) bereits seit dem Jahr 2014 mehrheitlich an Flimmit beteiligt sei. Aus Sicht der BWB erscheine es daher realistisch, dass aufgrund der angedachten, weitgehend parallelen inhaltlichen bzw. programmbegleitenden Ausgestaltung des geplanten VoD-Angebots zum linearen Programm des ORF, dieses von bisherigen Nutzern des linearen ORF-Programms künftig vermehrt genutzt werde und diese somit (erstmalig) zu einem VoD-Anbieter für österreichische Filme und Serien wechseln würden. Da es sich hierbei um einen Wechsel vom linearen öffentlich-rechtlichen TV zu einem öffentlich-rechtlichen Online-Angebot (sohin innerhalb des ORF) handle, seien daraus keine negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation anderer in Österreich tätiger Medienunternehmer abzuleiten. Den geäußerten Bedenken hinsichtlich der Entstehung einer Monopolstellung und/oder eines Marktverschlusses sei entgegenzuhalten, dass auf dem entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für österreichische Filme und Serien ein zarter Wettbewerb entstanden und wider der Erwartungen vieler und trotz der in der Medienbranche bekannten Pläne des ORF, Flimmit in den öffentlich-rechtlichen Auftrag zu übernehmen, mit „Kino VOD Club Austria“ ein neuer Wettbewerber in den Markt eingetreten sei.

Unter Berücksichtigung der von der BWB angedachten Auflagenvorschläge, die einerseits auf dem entgeltlichen VoD-Endkundenmarkt für österreichische Filme und Serien die Sicherstellung eines Marktpreises und andererseits einen diskriminierungsfreien Zugang von dritten VoD-Anbietern zu österreichischen Produktionen, an welchen der ORF Lizenzrechte hält, würden durch das Vorhaben keine wesentlichen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation anderer in Österreich tätiger Medienunternehmer erwartet.

1.7. Übermittlung der Stellungnahmen an den ORF sowie weitere Stellungnahmen

Die beiden Stellungnahmen wurden dem ORF am 21.12.2017 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Mit Schreiben vom 10.01.2018 richtete der VÖP ein Schreiben an die BWB vom selben Tag zur Information an die KommAustria, in dem er die Stellungnahme der BWB in gegenständlichem Verfahren kritisch hinterfragte.

Mit Schreiben vom 13.02.2018 gab die Sky Österreich Fernsehen GmbH gegenüber der KommAustria eine Stellungnahme ab und führte im Wesentlichen aus, dass die Stellungnahme der BWB auf erhebliche Bedenken ihrerseits stoße. Dies betreffe sowohl die Begründung des Prüfungsergebnisses, als auch Inhalt und Umfang der konkret in Erwägung gezogenen Auflagen. Die Sky Österreich Fernsehen GmbH befürchte erhebliche Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation am österreichischen Markt und es würden speziell auf Österreich ausgerichtete Angebote internationaler Anbieter behindert. Zudem sei der Mehrwert von Flimmit für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags gering, da insbesondere viele internationale, auf Flimmit enthaltene Titel auch auf anderen Plattformen verfügbar seien. Abschließend skizzierte sie Auflagen, die die KommAustria im Falle der Genehmigung des Antrags des ORF zur Wahrung der Wettbewerbsverhältnisse vorsehen sollte.

Mit Schreiben vom 20.02.2018 wurden die Stellungnahmen der Sky Österreich Fernsehen GmbH und des VÖP dem ORF zur Information übermittelt.

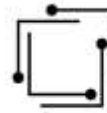
1.8. Replik des ORF auf die Stellungnahme der BWB und des PVB

Mit Schreiben vom 27.02.2018 ergänzte der ORF erneut sein Ausführungen und betonte, dass die Stellungnahmen des PVB und die Stellungnahme der BWB eine Bestätigung der Planungen und als positive Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit seines Vorschlags anzusehen seien und wies darauf hin, dass die Auflagenvorschläge der BWB auf die Sicherstellung eines Marktpreises für VoD-Einzelabrufe abzielten.

Dazu wurde festgehalten, dass Strategie und Notwendigkeit von Einzelabrufen sich aus der etablierten Verwertungskette der österreichischen bzw. europäischen Filmkultur ergebe. Neuere Titel würden, wie bereits ausgeführt, folgender Logik folgen: Kino→DVD & Einzelabruf→Pay-TV →Free-TV→S-VoD. In der Regel würden neue Titel zunächst mit DVD-Start im Einzelabruf angeboten. Die Auswertung S-VoD komme meist mit der Freigabe der Pay-TV Rechte.

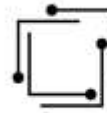
Eine Substitution von T-VoD durch ein günstiges Abo-Angebot könne daher auf inhaltlicher Ebene nicht stattfinden. So könne der Befürchtung, dass das günstigere Abo-Angebot T-VoD unattraktiv erscheinen lassen würde, entgegengehalten werden, dass im Abo und im T-VoD zum gleichen Zeitpunkt unterschiedliche Titel ausgewertet würden und es zu keiner inhaltlichen Überschneidung komme. Zudem seien Titel im Einzelabruf regelmäßig mit hohen „Minimum Payout“-Lizenzen verbunden, die keinen wirtschaftlichen Spielraum geben, das Marktpreisniveau zu unterbieten. Bei der Preisbestimmung orientiere sich die Plattform derzeit auch an den am Markt gängigen Preisen für Einzelabruf. Die Einzelabrufpreise lägen daher derzeit, wie auch von der BWB angemerkt wurde, im fremdüblichen Bereich.

Beispielhaft wurde eine Titelauswahl, orientiert an einem Artikel vom 4. Februar 2018 unter derstandard.at, zum Thema „Österreichische Inhalte auf ‚Netflix‘ und ‚Amazon‘“ an (<https://derstandard.at/2000072928524/Oesterreichische-Inhalte-Wie-gut-sind-Netflix-und-Amazon-bestueckt>) angeführt:



Format	Titel	Flimmit	Amazon	Maxdome	Microsoft	Google Play	Rakuten	Chili	Itunes	Video Bust	alles Kino
Film	Das ewige Leben	3,99 €	2,99 €	2,99 €				3,99 €	4,99 €		
Film	Das weiße Band		2,99 €	2,99 €	2,99 €		2,99 €	2,99 €	3,99 €		
Film	Der Knochenmann	3,99 €	2,99 €	2,99 €				2,99 €	3,99 €		
Film	Funny Games	3,99 €	1,98 €	2,99 €		2,99 €	2,99 €		3,99 €		
Film	Hinterholz 8	3,99 €	2,99 €	2,99 €				2,99 €	3,99 €	2,00 €	
Film	In drei Tagen bist du tot	3,99 €	2,99 €					2,99 €	3,99 €	2,50 €	
Film	Komm süßer Tod	3,99 €	2,99 €	2,99 €			2,99 €	2,99 €			
Film	Müllers Büro										
Film	Poppitz	3,99 €	2,99 €	2,99 €				2,99 €	3,99 €		
Film	Wilde Maus	4,99 €						3,99 €	4,99 €		
Film	Alphabet	3,99 €					2,99 €	2,99 €	3,99 €		
Film	Darwins Alptraum	3,99 €									
Film	Im Keller	3,99 €	3,99 €						4,99 €		
Film	Into the Inferno										
Film	Master of the Universe	3,99 €				3,99 €			4,99 €		3,99 €
Film	Plastic Planet	3,99 €	2,99 €					2,99 €	3,99 €	2,00 €	3,99 €
Film	Unser täglich Brot	3,99 €	3,99 €						3,99 €	2,50 €	
Film	We feed the World	3,99 €	2,99 €					2,99 €	3,99 €	2,50 €	
Film	Whores Glory	2,99 €						2,99 €	3,99 €		
Film	Workingman's Death	3,99 €						2,99 €	3,99 €		2,99 €

Die derzeitige Preispolitik beim Einzelabruf sollte auch nach Genehmigung des Vorschlags beibehalten werden. Ein Verkauf unter variablen Kosten sei dabei aus wirtschaftlichen Gründen nicht vorgesehen. Hier gebe es auch nach Genehmigung des Vorschlags für eine andere Vorgangswiese kaum Spielraum, da die Lizenzgeber klare Vorgaben zur Vergütung geben würden. Hinsichtlich der sonstigen variablen Kosten (Payment & Transferkosten) sei nach Genehmigung des Vorschlags kaum von einer erwarteten Ersparnis auszugehen. Die so erzielbaren Deckungsbeiträge können nur einen kleinen Fixkostenanteil der Plattform abdecken, weshalb es einer öffentlich-rechtlichen Finanzierung der Plattform bedürfe. Hierzu wurde folgende Deckungsbeitrags-Auswertung angeführt:



	EVP € 4,99 z.B. Wilde Maus	EVP € 3,99 z.B. Toni Erdmann	EVP € 2,99 z.B. Landkrimi "Endabrechnung"
Produktpreis Brutto	4,99 €	3,99 €	2,99 €
Produktpreis Netto	4,16 €	3,33 €	2,49 €
Minimum-Payout LG*	3,33 €	2,16 €	1,25 €
Transferkosten	0,12 €	0,12 €	0,12 €
AKM**	0,17 €	0,17 €	0,17 €
Paymentgebühren	0,50 €	0,50 €	0,50 €
Fixkosten Anteil			
Gewinn/Verlust pro Verkauf:	0,04 €	0,38 €	0,45 €
DB/Titel	0,92%	11%	18%
<small>*Minimum Payout LG oder Revenue Share: Neuer Titel wie z.B. Wilde Maus : Entweder 80% des Netto-EVP, mindestens aber €2,75 pro Verkauf Katalogtitel wie z.B. Toni Erdmann : Entweder 65% des Netto-EVP, mindestens aber €2,- pro Verkauf Fernsehtitel o. Archivtitel wie z.B. Landkrimi "Endabrechnung" : Entweder 50% des Netto-EVP, mindestens aber €0,50 pro Verkauf **AKM-Kosten: sind vertraglich vereinbart und betragen in der Regel bei Film und Serie 4,2% vom Netto-Endverbraucherpreis. Hier wurden aber auch Minimum Preise (zwischen 0,12€ und 0,03€) festgelegt die nicht unterschritten werden dürfen.</small>			

Um den Vorbehalten der BWB gerecht zu werden, sei es nach Genehmigung des Vorschlags ohne weiteres sehr einfach (durch Bucheinsicht) nachzuprüfen, ob ein Verkauf von Titeln im Einzelabruf unter „variablen Kosten“ erfolge. Die Möglichkeit mit Kampfpreisen den Wettbewerb zu verzerren, bestünde unter den gegebenen Voraussetzungen daher nicht.

Weiters sei geplant, die Auffindbarkeit von Inhalten durch eine schrittweise redaktionelle Integration und Verschränkung mit anderen öffentlich-rechtlichen Angeboten, insbesondere mit der TVthek, entscheidend zu verbessern. Ein homogener Auftritt und eine gemeinsame Suche nach Sendungen würden erlauben, dass Inhalte sowohl in der kostenfreien TVthek als auch im geplanten Abrufdienst gefunden werden. Da es auch in der Regel, wie eingehend dargestellt, keine zeitlichen Überschneidungen der Bereitstellung von Sendungen zwischen dem geplanten Angebot und der TVthek geben sollte, würde die „Frustration“ von Sehern, erfolglos eine ORF-Sendung im jeweils „falschen“ Angebot zu suchen, vermieden. Dafür sei Voraussetzung, dass die derzeitige Technik und die Technik der TVthek – als zwei komplett getrennte Systeme – schrittweise miteinander vernetzt werden; so würden nicht nur Nutzinteressen sondern auch kostenseitige Synergien gehoben werden können.

Mit Schreiben vom 23.04.2018 übermittelte die KommAustria die ergänzenden Angaben des ORF und die Stellungnahme der Sky Österreich Fernsehen GmbH an die BWB.

Es langten keine weiteren Stellungnahmen ein.

2. Sachverhalt

Aufgrund des Antrages sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Bestehendes Angebot der Flimmit GmbH

Die Flimmit GmbH ist eine zu FN 298288 i beim Handelsgericht Wien eingetragene Gesellschaft mit Sitz in Wien. Sie steht zu jeweils 1,11 % im Eigentum von Mag. (FH) Ulrich Müller-Uri, Mag. (FH) Karin Haager und Mag. (FH) Walter Huber, zu 13,78 % im Eigentum der ORF-Enterprise GmbH & Co KG und zu 82,89 % im Eigentum der ORS comm GmbH & Co KG. Sie verbreitet unter der URL „www.flimmit.at“ einen Abrufdienst gemäß § 1a Z 4 ORF-G.

Das unter der URL „www.flimmit.at“ abrufbare Angebot stellt mindestens 70 % ORF-Produktionen oder Kaufproduktionen, die vom ORF in seinen Fernsehprogrammen bereits ausgestrahlt wurden bzw. deren Ausstrahlung nach der Programmplanung erfolgen wird, bereit, ergänzend werden Kaufproduktionen ohne Programmbezug (im Folgenden: Fremdproduktionen) bereitgestellt.

Die kumulierten Verluste der Flimmit GmbH betragen in den letzten drei Jahren rund EUR 2 Millionen. Ein Ergebnis-Turnaround hat sich auch im Geschäftsjahr 2017 trotz schlanker Kostenstrukturen, eines rigiden Sparprogramms und Förderungen durch das Creative Europe/Mediaprogramm der Europäischen Union nicht abgezeichnet.

2.2. Beantragtes Angebot für einen „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“

Der ORF hat am 06.10.2017 gemäß § 6a Abs. 3 ORF-G die Genehmigung eines ORF-Angebots für einen „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“ unter Punkt 3. des Vorschlags wie folgt beantragt:

„3. Angebotskonzept für den öffentlich-rechtlichen Abrufdienst

Der Abrufdienst soll gewährleisten, dass ORF-Fernsehsendungen über die TV-Ausstrahlung hinaus – möglichst dauerhaft über verschiedene Endgeräte (TV, PC, mobile Endgeräte) zugänglich sind. Dabei soll einerseits den technischen Entwicklungen der digitalen Medienwelt sowie der fortschreitenden Mobilität der Gesellschaft, als auch dem vielfach geäußerten Wunsch einer tatsächlichen Auffindbarkeit von ORF-Produktionen angemessen Rechnung getragen werden. Der Abrufdienst bietet dem Nutzer die Möglichkeit eine Vielzahl an Medieninhalten aus unterschiedlichen Genres nach individuellem Interesse auszuwählen und zu einem selbst gewählten Zeitpunkt zu sehen. Das Angebot ist hierbei vordergründig auf Eigen-, Co- und Auftragsproduktionen des ORF konzipiert. Um eine entsprechende Nutzerattraktivität sicherzustellen soll das Angebot neben ORF-Produktionen zudem durch audiovisuelle Angebote Dritter (Kaufproduktionen) und kulturell relevante europäische Inhalte ergänzt werden.

3.1. Inhaltskategorien

Der Abrufdienst verfolgt mit seinem audiovisuellen Medienangebot neben der Förderung der österreichischen Identität und der österreichischen künstlerischen und kreativen Produktion auch die Bereitstellung eines ausgewogenen und vielfältigen Produktionsspektrums, welches im

geringen Umfang auch Kaufproduktionen einschließt. Zudem werden sendungsbegleitende Inhalte bereitgestellt, die im engen räumlichen Zusammenhang mit den begleitenden – und entsprechend gekennzeichneten – Inhalten angeboten würden.

Mit Start des öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes sind nachstehende Inhaltskategorien geplant:

- Österreichisches Kino: Spiel- und Dokumentarfilme aus Österreich;*
- Im Fokus: Europa: Spiel- und Dokumentarfilme aus Europa;*
- Serienhelden: Serien und Reihen aus Österreich und Europa und in Originalsprache;*
- Archivoschätze: Kult und Klassiker der österreichischen Film- und Seriengeschichte aus den Weiten den ORF Archivs;*
- Kinder und Familie: Qualitative Kinderprogramme;*
- Die Welt entdecken: Informatives und Lehrreiches, Positionierung bekannter ORF Programm-Marken wie ‚UNIVERSUM‘, ‚dok.film‘, ‚Weltjournal‘ etc.;*
- Aus dem TV ins Internet: TV-Event Filme, Kultursendungen, Special Events (z.B. Kabarett oder Konzert-Ausschnitte)*
- Magazinsendungen und Shows wie z.B. ‚Liebesg’schichten und Heiratssachen‘;*
- Filme & Serien aus Deutschland: Aufgrund der kulturellen Nähe wird auch ein besonderes Augenmerk auf Deutschland gelegt;*
- Preisgekröntes: Filme, die durch Preise oder Festivalteilnahmen auf der ganzen Welt ausgezeichnet wurden;*
- Sonstige Sendungsbegleitung o.ä: Bonusmaterial (‚Directors Cut‘), Special Features, Sendungsbeschreibung, Bildergalerien, Trailer-Reihen inkl. Funktion zum Weiterschalten, interaktive Elemente, Interviews usw.*

3.1.1 Kollektionen und Subkanäle

Die Präsentation der Inhalte erfolgt unter anderem über redaktionell aufbereitete Film- und Serienkollektionen und eigens kreierten Subkanäle, die sich im Rahmen einer Kontextualisierung von ORF-Fernsehsendungen mit redaktionell ausgewählten Themen tiefgehend mit Content auseinandersetzen. Zweck der Kollektionen und Subkanäle ist es, dem Endkunden Genre-übergreifend die Orientierung im Medienangebot auf allen Devices zu erleichtern. Während Kollektionen auf der Plattform eingebunden und präsentiert werden, fungieren Subkanäle auch als kleine ‚stand-alone‘ [gemeint sind: eigens nutzbare] Produkte, die auch als eigene Subbrand auf Endgeräten als eigene ‚HbbTV- App‘ (z.B. einen eigenen Kanal für europäische Filme & Serien) funktionieren.

Kollektionen werden zu unterschiedlichen Themen, Genres oder Events erstellt und werden im Rahmen einer Kontextualisierung neue Perspektiven zu ORF-Fernsehsendungen und Themenschwerpunkten bieten und so das Portfolio abrunden. Eventbezogene Kollektionen sind beispielsweise die Festival- und Awards-Kollektionen: Cannes, Berlinale, Diagonale, Österreichischer Filmpreis uvm. Hier werden alle Filme zusammengetragen, die bei der entsprechenden Veranstaltung nominiert oder ausgezeichnet wurden. In einem Best-Of aller Titel, die bei einem Festival geehrt wurden, findet der Kunde in der Kollektion die schönsten Festivalfilme.

Verschiedenste Kollektionen bieten die Chance, die Welt zu entdecken, so zum Beispiel ‚UNIVERSUM‘, ‚dok.film‘ und ‚Weltjournal‘. Diese Beispiele verdeutlichen, wie einfach die Verbindung von linear und nicht-linear entsteht und somit starke Marken aus dem ORF Haus an Endkunden transportieren können.

Natürlich eignen sich nicht nur Events, Marken oder Themen, um Kollektionen zusammenzustellen, sondern auch Genres und Subgenres – wie z.B. Krimizeit oder Krimi-Komödie, Dramedy – oder spezifische Territorien – siehe die Kollektion ‚Europäische Blockbuster‘.

Neben einer Optimierung der Usability dienen Kollektionen und Subkanäle auch vor allem einer Steigerung der Aufmerksamkeit für ORF-Produktionen im Speziellen und ORF-Fernsehsendungen im Allgemeinen. Diese sollen durch speziell entwickelte Marketingmaßnahmen unterstützt werden: Damit ist eine Kombination aus Strategien des klassischen ‚Marketing-Mix‘ und innovativen Konzepten wie z.B. eines audiovisuellen Teaser-Kanals zum Weiterschalten gemeint. Die genannten Promotion-Tools führen zu Personalisierung und Authentizität im Konsumverhalten und damit zu mehr Medienvergnügen bei Endkonsumenten.

3.1.2. Kuratorien bekannter Persönlichkeiten

Zusätzlich werden von Experten aus unterschiedlichsten Bereichen „kuratierte Kollektion“ abrufbar sein. Das bedeutet, dass nicht unbedingt das Thema der Kollektion im Vordergrund steht, sondern die Person, die es kuratiert. Diese Kollektionen bieten eine zusätzliche innovative Bühne, die der Unterstützung und besonderen Hervorhebung der heimischen Filme und Serien dient.

3.2. Zielgruppe

Der Abrufdienst bietet ein Spektrum von ORF-Fernsehsendungen aus allen Programmfeldern und -genres an und richtet sich daher an die Gesamtheit der TV-Zuschauer bzw. der Nutzer multimedialer Inhalte über andere Plattformen. Das Programmangebot spricht vor allem Nutzer mit einer hohen Affinität zu selbstbestimmten Sendezeiten und -inhalten an. Grundsätzlich richtet sich der Dienst an ein breites Publikum und hat sich zum Ziel gesetzt, ein Angebot ohne Einschränkung auf Alter, Geschlecht oder Bildungsgrad bereitzustellen. Bisherige demographische Analysen zeigen eine recht gleichmäßige Verteilung zwischen Männern (52%) und Frauen (48%) und deuten auch auf eine relativ junge Zielgruppe. Der Großteil der Nutzer ist derzeit zwischen 25 und 55 Jahre alt.

3.3. Zeitliche Gestaltung

Die zum Abruf angebotenen Sendungen aus den aktuellen ORF-Fernsehprogrammen sind für einen Zeitraum von bis zu sieben Tagen nach der Fernsehausstrahlung (7-Days Catch-Up) auf der TVthek (tvthek.orf.at) abrufbar und sollen daher nicht gleichzeitig auch parallel im gegenständlichen Abrufdienst verfügbar gemacht werden, d.h. hier grundsätzlich erst im Anschluss möglichst dauerhaft zum Abruf bereitgestellt werden. Im Sinne einer Attraktivierung des Abrufdienstes, sollen im Ausnahmefall bestimmte ORF-Fernsehsendungen auch bereits vor TV-Ausstrahlung abrufbar sein.

Im Gegensatz zur TVthek, die einerseits ORF-Fernsehsendungen bis zu 7 Tage nach Ausstrahlung als Catch-Up Service anbietet und gewisse vorrangig dokumentarisch-historischen Inhalte auch länger zur Verfügung stellt, konzentriert sich die Plattform auf die dauerhafte Bereitstellung fiktionaler und nicht-fiktionaler Inhalte für Endkunden.

Der Abrufdienst ist rund um die Uhr online verfügbar.



Abbildung 6 Zeitliche Abfolge

3.4. Technische Nutzbarkeit sowie Zugang zum Angebot

Die Nutzung und der Zugang zum Abrufdienst sind über jeden Internetzugang und (nur) durch Anmeldung eines freigeschalteten Accounts möglich.

Der Abrufdienst bietet dem Nutzer die Möglichkeit, Medieninhalte nach individuellem Interesse auszuwählen und zu einem selbst gewählten Zeitpunkt zu sehen. Aus lizenzrechtlichen Gründen kann für bestimmte Medieninhalte eine geographische Beschränkung der Abrufbarkeit auf Österreich („Geo-Protection“) erfolgen. Alle audiovisuellen Medieninhalte würden mittels Streaming-Technologie zur Verfügung gestellt. Die verfügbaren Video-/Audio-Formate sind derzeit ‚Mpeg#‘, ‚HLS‘ und ‚Progressive Download‘.

Weitere Anpassungen von Formaten und Bandbreiten können im Zuge technischer Weiterentwicklungen erfolgen. Durch den Einsatz von speziellen Technologien werden dem Konsumenten gewisse Nutzungsmöglichkeiten eingeräumt: zum einen kann er Titel streamen (im Abo ‚S-VoD‘ oder im Einzelabruf ‚T-VoD‘) und zusätzlich kann der Kunde beim käuflichen Erwerb des Besitzrechts mp4-Files auf seinem privaten Rechner speichern („EST bzw. DTO“).

Die digitalen Verbreitungsmöglichkeiten und die Vielfalt der multimediafähigen Endgeräte erweiterten sich permanent, und dieser Prozess wird in den nächsten Jahren weiter an Dynamik zulegen. Es ist daher geplant, dass der Abrufdienst an die nutzerfreundliche Darstellung auf unterschiedlichen Plattformen und Endgeräten angepasst werden kann, beispielsweise für die Browser-Nutzung bei geringerer Bandbreite oder kleinerer Bildschirmgröße (Video/Audio-Format bzw. Datenrate, Navigation), oder durch die technische Abrufbarkeit über Softwareprogramme für eine optimierte Darstellung bei mobiler Nutzung. Dies schließt auch die Verfügbarkeit der Plattform über Dienste in den Netzen von Kabelnetz-, Telekommunikations- oder

Satellitenbetreibern mit ein, bei denen der Zugang zu den Inhalten über (offene oder) proprietäre bzw. geschützte Systeme erfolgt.

Der Abrufdienst verfügt über eine leicht nachvollziehbare Navigations- und Bedienungsoberfläche, welche das Auffinden und die Auswahl erleichtern: So stehen etwa Serien oder Dokumentationsreihen als gesamte Staffeln bzw. Reihen zur Verfügung, sodass schnell und nutzerfreundlich auf jenen Sendungsinhalt zugegriffen werden kann, der jeweils von besonderem Interesse ist. Ähnliche Sendungsinhalte können zu Themenschwerpunkten zusammengefasst werden und bieten so die Möglichkeit, sich auf einen Blick über das verfügbare Angebot zum entsprechenden Schwerpunkt zu informieren. Eine Empfehlungssoftware (Recommendation-Engine) sowie eine Suchfunktion (nach Sendung, Stichworten, Schauspieler) ermöglichen einen nutzerfreundlichen Zugriff. Wie bereits dargestellt führen eigens kreierte Subkanäle, die im Sinne einer Kontextualisierung von ORF-Sendungen redaktionell aufbereitete Themen aufgreifen, nicht nur zu einem Mehrwert beim Kunden, sondern auch zu einer leichteren Orientierung. Eine eigene HbbTV-App als „stand-alone“ Produkt zu einem Thema wie z.B. Filme & Serien aus Europa dient der leichteren Auffindbarkeit und Usability.

Die speziellen Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen werden bei der Gestaltung des Abrufdienstes nach Maßgabe der Verfügbarkeit entsprechender Angebote und auch der wirtschaftlichen Tragbarkeit berücksichtigt: Als begleitendes Zusatzservice zum eigentlichen Sendungsangebot stehen für einen barrierefreien Zugang im Playerfenster Audio-Kommentare sowie einblendbare Untertitel für Hörbehinderte (jeweils soweit vorhanden) bereit. Der Anteil der barrierefrei zugänglichen Angebote soll schrittweise weiter erhöht werden.

Neben Notebook und PC kann der Abrufdienst auch über mobile Endgeräte wie Smartphones und Tablets sowie am Fernseher genutzt werden. Für die mobilen Betriebssysteme iOS und Android stehen eigene Apps in den jeweiligen Download-Stores zur Verfügung. Am Fernseher kann der Dienst über die eigene Smart-TV App auf Samsung, LG, Philips und Toshiba und mittels HbbTV via Satellit sowie über die Portale von Salzburg-AG und simpliTV empfangen werden. Google Chromecast, Apple AirPlay und seit kurzem nun auch Apple TV und Amazon Fire TV stellen weitere Möglichkeiten dar, Filme und Serien am Fernseher abzuspielen.

3.5. Besondere Qualitätskriterien

Der ORF ist durch das ORF-G ganz besonderen Qualitätskriterien verpflichtet. So geben vor allem § 4 (öffentlich-rechtlicher Kernauftrag) und § 10 ORF-G (Programmgrundsätze wie z.B. Verbot der Diskriminierung, journalistische Sorgfalt, etc.) umfassende Richtlinien für die Arbeit im und für den ORF vor. Sicherung der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, Berücksichtigung der Meinungsvielfalt und der Ausgewogenheit sowie der journalistischen Unabhängigkeit fallen darunter, um nur einige zu nennen. Als besondere Qualitätskriterien der Inhalte gelten die Public-Value-Qualitätsdimensionen und –Kategorien, wie sie im Qualitätssicherungssystem des ORF festgelegt und veröffentlicht werden.

Ein weiteres Qualitätskriterium und eine Säule des öffentlich-rechtlichen Journalismus sind die strikte Trennung redaktioneller Arbeit und kommerzieller Kommunikation sowie die inhaltliche und quantitative Beschränkung der letzteren. In diesem Zusammenhang sind auch die Unabhängigkeit von politischen und kommerziellen Interessen, das Redakteursstatut der ORF-Journalisten sowie der Verhaltenskodex für die journalistische Tätigkeit zu nennen.

3.6. Komplementäre oder ausschließende Beziehungen des Abrufdienstes zu TVthek.ORF.at und anderen Programmen oder Angeboten des Österreichischen Rundfunks

Der gegenständliche Abrufdienst ist in Konvergenz zu den Fernsehprogrammen des ORF sowie der vom ORF online bereitgestellten ORF-TVthek (TVthek.ORF.at) konzipiert und verfolgt die Zielsetzung einer erweiterten Zugänglichkeit von ORF-Fernsehsendungen. Daraus leiten sich allfällige komplementäre oder ausschließende Beziehungen zu den Fernsehprogrammen des ORF ab. Onlineangebote mit Programminformationen und sendungsbegleitenden Inhalten (z.B. tvthek.ORF.at, tv.ORF.at, Seiten der ORF-Landesstudios, insider.ORF.at) sollen mittels Link auf die entsprechenden Sendungsangebote des Abrufdienstes verweisen. Geplant ist eine schrittweise Bündelung aller nach TV-Ausstrahlung und 7-Tage Catch-up-TV abrufbaren audiovisuellen Inhalte des ORF auf der Plattform. Weiters hat sich gezeigt, dass ORF-Klassiker aus dem Archiv nur mit zusätzlichem finanziellem Aufwand erworben werden können, daher finden sich solche Inhalte nicht auf der TVthek und sollen auf der VoD-Plattform angeboten werden.

3.7. Themen, Formate, Programmschienen

Für die im Angebot behandelten Themen vgl. Punkt 3.1.

Das grundlegende Format der einzelnen Inhalte wird durch die multimedialen Möglichkeiten des World Wide Web bestimmt. Die Inhalte bestehen – neben den Sendungen – aus Text, Bild sowie Bildergalerien, audiovisuellen Beiträgen, interaktiven Elementen und Links (zu anderen Beiträgen innerhalb von ORF.at und zu anderen Seiten im World Wide Web).

Die multimediale Gestaltung wird nach Verfügbarkeit und journalistisch-redaktionellen Kriterien von der Redaktion vorgenommen.

3.8. Einhaltung der Vorgaben des ORF-G

Gemäß § 4f Abs. 2 Z 1 bis 28 ORF-G dürfen bestimmte Online-Angebote nicht im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags bereitgestellt werden. Keines dieser Angebote wird durch den Abrufdienst verwirklicht.

- Das Online-Angebot soll im Sinne der Plattform- und Technologieneutralität an die nutzerfreundliche Darstellung auf unterschiedlichen Plattformen und Endgeräten (Smartphones, Tablets, TV-Geräte etc.) – entsprechend den technischen Möglichkeiten – angepasst werden (kein inhaltliches Mehrangebot). Ein eigens für mobile Endgeräte gestaltetes Angebot ist nicht geplant (§ 4f Abs. 2 Z 28 ORF-G). Dies gilt entsprechend für Softwareprogramme, die nur zur Wahrnehmung des eigenen Angebots eingesetzt werden (§ 4f Abs. 2 Z 12 ORF-G).*
- Die Suchfunktion umfasst nur Inhalte der ORF-Webseiten selbst (Spielfilm, Stichworte o.ä.) (§ 4f Abs. 2 Z 17 ORF-G).*
- Die an ein Entgelt geknüpfte Abrufbarkeitsmöglichkeit der bereitgestellten Medieninhalte stellt keinen ‚E-Commerce‘ im Sinn des § 4f Abs. 2 Z 19 ORF-G dar (§ 4f Abs. 2 Z 19 ORF-G beziehe sich ausweislich der ErlRV 611 BgNR 24. GP nicht auf die durch das ORF-G geregelten Online-Dienste selbst, sondern auf E-Commerce Angebote im engeren Sinn).*

- *Verlinkungen werden von der Redaktion ausgewählt und darauf geprüft, ob sie der Ergänzung, Vertiefung oder Erläuterung von eigenen Inhalten des ORF dienen (vgl. diesbezüglich AA-126 24. GP zu § 4f Abs. 2 ORF-G).*

Durch die Bereitstellung von Zusatzservices für gehörlose und gehörbehinderte Menschen, wie etwa die Einblendung von Untertitel im Playerfenster, wird die Bestimmung des § 5 Abs. 2 ORF-G berücksichtigt.

Sendungsbegleitende Inhalte entsprechen in ihrer Gestaltung nicht dem Online-Angebot von Zeitungen und Zeitschriften, zumal weder ein umfassendes Angebot von Artikeln, Berichten oder Kommentaren angeboten wird, sondern der Abrufdienst ist darauf ausgerichtet, Bewegbild-Material bereitzustellen (§ 4e Abs. 2 ORF-G).

Das derzeitige und aus heutiger Sicht im Rahmen der inhaltlichen Erweiterungen geplante zukünftige Angebot des Abrufdienstes umfasst keine Sendungen, die die körperliche, geistige oder sittliche Entwicklung von Minderjährigen beeinträchtigen können (§ 10 Abs. 12 und 13 ORF-G). Sollte die Bereitstellung einzelner solcher Sendungen geplant werden, wird durch ein entsprechendes Zugangssystem gewährleistet werden, dass diese von Minderjährigen nicht abgerufen werden. Auch die alternativ angebotenen Bezahlmodelle („T-VoD“ und „S-VoD“) stellen sicher, dass Inhalte von Minderjährigen nicht ohne Zustimmung ihrer Obsorgeberechtigten abgerufen werden können.

Der ORF wird die trennungsrechtlichen Vorgaben durch entsprechende organisatorische und sonstige Maßnahmen sicherstellen.“

2.3. Weitere Angaben zur inhaltlichen Ausgestaltung

Das Angebot wird neben Inhalten, die bereits im Fernsehen ausgestrahlt wurden bzw. deren Ausstrahlung geplant ist, audiovisuelle Angebote Dritter (Fremdproduktionen, die nicht im ORF ausgestrahlt wurden oder derzeit nicht zur Ausstrahlung geplant sind) im Ausmaß von maximal 5% ergänzend beinhalten. Letztere werden zur Kontextualisierung aktueller ORF-Fernsehsendungen (Themenschwerpunkte) sowie zur Steigerung der Nutzerattraktivität angeboten.

Zu den angebotenen Inhalten ist der Ausgangspunkt des Umfangs des Angebots der derzeitige Stand, wonach unter der URL „www.flimmit.at“ derzeit 8.000 Titel angeboten werden, von denen 75% im Abonnement enthalten sind. Für die Zukunft bzw. im Fall der Genehmigung des gegenständlichen Vorschlags wird die Gesamtzahl um ca. 1.000 bis 1.500 Titel reduziert, da für diese keine Rechtfertigung im Sinne einer Kontextualisierung möglich ist. Dieser Umfang wird wiederum – je nach Verfügbarkeit und Angebot – um jährlich ca. 1.500 bis 2.000 Titel erweitert.

Geplant ist zudem, ein Highlight pro Quartal (eine Serie, eine Filmreihe oder einen TV-Eventfilm) in der Vorauswertung zu veröffentlichen.

2.4. Darstellung der Finanzierung des neuen Angebots

Der ORF geht im ersten Jahr nach Genehmigung des beantragten Angebotskonzeptes von folgenden Kosten aus:

Personal	410.579
Abschreibung	23.625
Variable Kosten (Rechte, Verwertungsgesellschaften, Technische Direktkosten)	372.095
Technik	132.699
Sonstige Kosten (Akquise, Marketing, etc..)	100.000
Gesamtkosten	1.038.998

Die Personalkosten umfassen insgesamt acht Vollzeitäquivalente. Die Abschreibungen beziehen sich auf die technischen Einrichtungen, die für die Bereitstellung der Plattform notwendig sind (z.B. Ausstattung, Erstellung diverser technischer Features, etc.). Die Rechtekosten umfassen Abgeltungen für Verwertungsgesellschaften und Teile der Kosten für den Content-Erwerb. Technische Kosten umfassen Bandbreitenkosten, Betriebskosten für den Web-Server, Datenbank-Server, etc.

Der ORF geht von folgender mittelfristiger Finanzvorschau für die ersten fünf Jahre nach Genehmigung aus:

Mittelfristige Finanzvorschau 2018-2022

	2018	2019	2020	2021	2022
Aufwendungen	1.038.998	1.352.948	1.568.941	1.843.667	1.985.929
Erlös	539.885	820.580	1.011.302	1.348.988	1.510.593

Der mittelfristigen Finanzvorschau liegen die Annahmen zugrunde, dass die Fixkosten (Personal, Technik, Abschreibungen, sonstige Kosten) keine signifikanten Steigerungen enthalten und die Steigerung der Aufwendungen hauptsächlich die variablen Kosten wie Rechteabgeltung, Transferkosten und Verwertungsgebühren betreffen. Die variable Kostenkurve flacht im Laufe der Jahre leicht ab, da die Kosten pro Kunde mit der Anzahl der Gesamtkunden skalieren.

Insgesamt soll die Finanzierung des Angebots über Programmentgelt, Vergütungselemente durch Nutzer (Abo, Einzelabrufe), B2B-Aktivitäten und Gegengeschäfte erfolgen.

Die Netto-Erlöse enthalten die Kundenentgelte für Abo (ca. 90% der Umsätze) und Einzelabrufe (ca. 10% der Umsätze). Als Produktbasis für das Abo dient ein JahresAbo von EUR 29,90 brutto inkl. etwaiger Aktionspreise, sodass mit einem Listenpreis von maximal EUR 34,90 brutto gerechnet werden kann. Für den Einzelabruf wird mit einem Durchschnittspreis von EUR 3,00 brutto kalkuliert.

Kalkuliert wird mit folgender Anzahl an JahresAbonnements bzw. Einzelabrufen:

	2018	2019	2020	2021	2022
Jahres- Abonnements	13.495	26.400	33.074	45.355	52.405
Einzelabrufe	24.291	47.519	54.572	68.033	62.877

Das Vergütungselement dient vorrangig der Abdeckung der Rechte- und Technikkosten. Die Prognose geht von einem Kundenhochlauf aus, der in den Anfangsjahren überproportional wächst und sich danach mit dem allgemeinen Wachstum am Markt bewegen wird.

Für die Mitfinanzierung durch den Endkunden (Vergütungselement) sind mehrere Geschäftsmodelle vorgesehen: entweder eine Abrechnung der Inhalte nach der tatsächlichen Nutzung (im Einzelabruf als Transactional-Video-on-Demand „T-VoD“ bzw. Download-To-Rent „DTR“ oder Electronic-Sell-Trough „EST“ bzw. Download-To-Own „DTO“) oder eine pauschalierte Abrechnung auf Grundlage eines Abonnements (Subscription-VoD „S-VoD“). Beim Einzelabruf zahlt der Endkunde eine einmalige Gebühr und erwirbt entweder das Recht den Titel für 24 bzw. 48 Stunden zu streamen („T-VoD“ bzw. „DTR“) oder das Besitzrecht, er darf also den Titel als digitales File dauerhaft speichern („EST“ bzw. „DTO“). Hingegen wird bei einem Abonnement das Recht erworben, alle im Abo-Paket zur Verfügung stehenden Titel gegen eine fixe sich jährlich wiederholende Gebühr zu streamen.

Darüber hinaus soll langfristig eine Vermarktung des Abrufdienstes auch über Plattformen von Drittanbietern (etwa regionale und überregionale Kabelnetzbetreiber und „Over-the-Top“ (OTT)-Anbietern) sowie eine Erstreckung auf den deutschsprachigen-europäischen Raum möglich sein. Zum Zwecke der Ko-Finanzierung durch Drittanbieter ist auch eine kommerzielle Vermarktung auf Basis von Gegengeschäften vorgesehen.

Es wird mit einem Anteil aus B2B-Geschäften an den Gesamterlösen von ca. 40% nach Einführung bis ca. 15% in 2024 gerechnet, da im Verlauf mit einer relativen Stärkung der B2C-Erlöse zu rechnen ist. Gegengeschäfte im Marketingbereich werden kostenneutral angenommen, es wird von einer Höhe von ca. EUR 200.000,- bis 300.000,- ausgegangen.

Für Auslandserlöse fallen keine zusätzlichen Bereitstellungs- oder Akquise-Kosten an, da ein Einkauf von Europa-Rechten nur stattfindet, wenn dies ohne Zusatzinvestitionen möglich ist. Weiters werden aufgrund des „Revenue Share“ Modells (prozentuellen Abrechnung bei stattgefundenem Verkauf) auch keine Vorabkosten anfallen. Insgesamt wird aktuell mit einem „Overspill“ von 5 bis 7 % gerechnet.

Im Businessplan werden Akquise-Kosten von EUR 20.000,- bis 40.000,- pro Jahr angenommen, dazu kommen Lizenzaufwendungen (Rechtekosten), die mittels „Revenue Share“ Anteil pro Verkauf bzw. gesehenen Minuten vergütet werden. Neben den Akquise-Kosten entstehen – erst bei Konsum – auch noch variable Kosten pro Titel, bestehend aus digitalen Transferkosten, Payment und AKM.

Der „Revenue Share“ (entspricht den Rechte-Kosten) liegt im zukünftigen Modell zwischen 45% und 60%, wobei digitale Transferkosten, AKM-Kosten und Payment Kosten bei der Berechnung je nach Vertragslage abgezogen werden können. Daraus ergibt sich ein Durchschnittswert im Businessplan von 55% für den Rechteinhaber.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellung zu dem von der Flimmit GmbH betriebenen Abrufdienst und ihren Eigentumsverhältnissen ergeben sich aus den Akten der KommAustria, die sich insofern auch mit

den Ausführungen des ORF decken. Die Feststellungen zu den Verlusten der Flimmit GmbH in Bezug auf den von ihr betriebenen Abrufdienst ergeben sich aus den Angaben des ORF im Antrag.

Die Feststellungen zum Vorschlag des ORF für einen „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“ beruhen auf den Angaben des ORF in seinem Antrag vom 06.10.2017 sowie präzisierenden Angaben in seinem Schreiben vom 15.11.2017 im Rahmen der Beantwortung der von der KommAustria aufgeworfenen Fragen sowie einer weiteren Stellungnahme des ORF vom 27.02.2018.

Die Feststellungen zur Finanzierung des geplanten neuen Angebots ergeben sich gesamthaft aus den Angaben des ORF in seinen Schriftsätzen.

Die Feststellungen, dass die Finanzierung über Programmentgelt, Vergütungselemente durch Nutzer (Abo, Einzelabrufe), B2B-Aktivitäten und Gegengeschäfte erfolgen soll, ergeben sich aus den Angaben des ORF in seinen Schriftsätzen.

Die erforderliche Höhe des aufzuwendenden Programmentgelts konnte nicht abschließend festgestellt werden, zumal der ORF diesbezüglich widersprüchliche Angaben macht (vergleicht man etwa die Angaben des Angebotskonzeptes zu den Erlösen für das Jahr 2018 mit den Daten in der ergänzenden Stellungnahme vom 15.11.2017 [Anzahl der erwarteten Jahres Abos und Einzelabrufe iVm den angegebenen Durchschnittstarifen] ergibt sich eine Abweichung für das Jahr 2018 von rund 26%). Darüber hinaus gibt er an, dass die Beträge für Gegengeschäfte (deren Natur nicht weiter ausgeführt wird) und B2B-Aktivitäten noch immer Gegenstand von Gesprächen darstellen und somit nicht abschließend quantifiziert werden können.

Nicht festgestellt werden konnte außerdem, welche Aufwendungen letztlich konkret durch Programmentgelt bzw. dem Vergütungselement abgedeckt werden sollen. Ausgeführt wird lediglich, dass das Vergütungselement vorrangig der Abdeckung der Rechte- und Technikkosten dient.

Die Feststellungen zur Höhe der geplanten Abo- und Einzelabrufgebühren ergeben sich aus den Ausführungen des ORF.

Hinsichtlich der Feststellungen zu der vom ORF kalkulierten Anzahl an JahresAbos bzw. Einzelabrufen ist festzuhalten, dass die Annahmen des ORF angesichts der bisherigen Performance der Plattform optimistisch wirken. Es erscheint vor dem Hintergrund der bisherigen Verluste fraglich, ob alleine durch die Möglichkeit, die Plattform „Flimmit“ unter der Marke ORF anbieten zu können, eine solche Steigerung der Nutzerzahlen gelingen kann, zumal darüber hinaus der aus Nutzersicht attraktive Anteil an Fremdproduktionen reduziert werden muss. Darüber hinaus weisen die erwarteten Zuwachszahlen bei den Kunden Abos in der Stellungnahme vom 15.11.2017 relativ hohe Schwankungen aus und decken sich somit nicht mit der im Angebotskonzept beschriebenen Prognose.

Aufgrund der Verwertungskette von audiovisuellen Produktionen erscheint derzeit noch, wie der ORF selbst angibt, unsicher, welche Produktionen im Abo und welche im Einzelabruf angeboten werden sollen, da dies noch Gegenstand der Verhandlungen mit den Produzenten ist. Vor diesem Hintergrund konnte nicht festgestellt werden, welche Titel in welchen Auswertungsformen angeboten werden sollen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass gerade die Finanzierung dieser

Kosten (Rechtekosten, AKM) auf den Nutzer überwältzt werden soll. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, wie v.a. das Abo berechnet wird (vgl. dazu die rechtlichen Ausführungen zum Erfordernis der reinen Kostendeckung bei einem öffentlich-rechtlichen Vergütungselement).

Diese Unsicherheit, die durch das Erfordernis der Einwilligung der Produzenten, durch die Sperrfristen sowie durch die erforderliche Akzeptanz der Nutzer bedingt ist, wird seitens des ORF auch eingeräumt und betrifft in der Kostenkalkulation einen Anteil von ca. EUR 372.000,- (im ersten Jahr) an den Gesamtkosten von rund EUR 1 Mio. (im ersten Jahr) für gegenständliches Projekt und somit einen nicht unerheblichen Anteil von einem Drittel.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der KommAustria

§ 1 Abs. 1 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2016, lautet:

„Regulierungsbehörde

Kommunikationsbehörde Austria

§1. (1) Zur Verwaltungsführung und Besorgung der Regulierungsaufgaben im Bereich der elektronischen Audiomedien und der elektronischen audiovisuellen Medien einschließlich der Aufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften, ist die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) eingerichtet.“

§ 35 ORF G lautet:

„Rechtliche Kontrolle

Regulierungsbehörde

§ 35. (1) Die Aufsicht des Bundes über den Österreichischen Rundfunk beschränkt sich auf eine Aufsicht nach Maßgabe dieses Bundesgesetzes, unbeschadet der Prüfung durch den Rechnungshof. Die Rechtsaufsicht obliegt der Regulierungsbehörde. Ferner entscheidet die Regulierungsbehörde über Einsprüche gemäß § 33 Abs. 6.

(2) Der Regulierungsbehörde obliegt auch die Rechtsaufsicht über die Tätigkeit der Tochtergesellschaften des Österreichischen Rundfunks im Hinblick auf die Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes.

(3) Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, soweit nicht Abweichendes bestimmt wird, die KommAustria.“

Gemäß § 1 Abs. 1 KOG iVm § 35 ORF-G kommt der KommAustria unter anderem auch die Rechtsaufsicht über den ORF und seine Tochtergesellschaften zu. Dies schließt auch die Durchführung von Auftragsvorprüfungsverfahren nach den Bestimmungen der §§ 6 ff ORF G mit ein.

4.2. Anwendungsbereich der Auftragsvorprüfung und Verfahren

§ 6 ORF-G lautet wie folgt:

„Auftragsvorprüfung

Anwendungsbereich

§ 6. (1) *Eine Auftragsvorprüfung ist in den in diesem Gesetz festgeschriebenen Fällen sowie dann durchzuführen, wenn der Österreichische Rundfunk ein neues Angebot im Sinne des Abs. 2 anzubieten beabsichtigt.*

(2) Als neue Angebote gelten

1. Programme oder Angebote gemäß § 3, die erstmals veranstaltet oder bereitgestellt werden und sich wesentlich von den vom Österreichischen Rundfunk aufgrund der §§ 3 bis 5 bereits zum Zeitpunkt der Auftragsvorprüfung erbrachten Programmen oder Angeboten unterscheiden, oder

2. bestehende Programme oder Angebote gemäß § 3, die so geändert werden, dass sich das geänderte Programm oder Angebot voraussichtlich wesentlich vom bestehenden Programm oder Angebot unterscheiden wird.

(3) Eine wesentliche Unterscheidung im Sinne des Abs. 2 liegt insbesondere vor:

1. wenn sich die Angebote durch ihren Inhalt, die Form ihrer technischen Nutzbarkeit oder ihres Zugangs wesentlich von den bestehenden Programmen oder Angeboten gemäß § 3 unterscheiden, oder

2. wenn die Angebote eine wesentlich andere Zielgruppe ansprechen als bestehende Programme oder Angebote gemäß § 3.

Ein Indiz für eine wesentliche Unterscheidung liegt vor, wenn der aus der Neuschaffung oder der Änderung entstehende finanzielle Aufwand mehr als 2 vH der Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags beträgt.

(4) Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine wesentliche Änderung im Sinne von Abs. 3 vorliegt, sind insbesondere das Angebotskonzept (§ 5a), soweit ein solches besteht, die Programmpläne und die Jahressende- und Jahresangebotsschemen (§ 21 Abs. 1 Z 3 und § 21 Abs. 2 Z 2).

(5) Unbeschadet § 4g darf ein neues Angebot vor Erteilung einer Genehmigung gemäß § 6b nicht erbracht werden.“

4.2.1. Vorliegen der Voraussetzungen einer Auftragsvorprüfung

§ 6 ORF-G legt den inhaltlichen Anwendungsbereich der Auftragsvorprüfung fest. Vereinfacht ausgedrückt besagt § 6 ORF-G, dass eine Auftragsvorprüfung gemäß Abs. 1 in den gesetzlich vorgesehenen Fällen, sowie bei allen „neuen“ Angeboten im Sinne von Abs. 2 durchzuführen ist.

Gemäß § 6 Abs. 2 Z 1 ORF-G gelten als neue Angebote etwa solche Programme oder Angebote, die vom Versorgungsauftrag des ORF gemäß § 3 ORF-G erfasst sind und erstmals veranstaltet

oder bereitgestellt werden und sich wesentlich von den vom Österreichischen Rundfunk aufgrund der §§ 3 bis 5 ORF-G bereits zum Zeitpunkt der Auftragsvorprüfung erbrachten Programmen oder Angeboten unterscheiden.

Im vorliegenden Fall liegen schon deshalb die Voraussetzungen für eine Auftragsvorprüfung hinsichtlich des geplanten „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“ vor, als ein solcher Abrufdienst nun ausdrücklich erstmals als öffentlich-rechtliches Angebot (gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G) angeboten werden soll (vgl. die Bezugnahme auf § 3 in § 6 Abs. 2 Z 1 ORF-G). Aus der Perspektive der Bestimmungen über die Auftragsvorprüfung liegt gegenständlich somit keine Änderung eines bestehenden Angebots vor, da der Abrufdienst Flimmit zwar als Angebot des ORF gemäß § 8a iVm § 9b ORF-G bereitgestellt wird, nunmehr aber die Erfassung des Angebots unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag beantragt wird und insoferne ein neues Angebot im Sinn von § 6 Abs. 2 Z 1 ORF-G vorliegt.

Der ORF ist somit zutreffend davon ausgegangen, dass die geplante Bereitstellung eines „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“ einer Auftragsvorprüfung zu unterziehen ist.

4.2.2. Einhaltung der prozessualen Vorgaben

§ 6a ORF-G regelt das Verfahren der Auftragsvorprüfung. Abs. 1 legt zunächst jene Informationen fest, die vom ORF in Form eines Vorschlags aufzubereiten sind (neben einem Angebotskonzept nach § 5a ORF-G sind dies vor allem eine detaillierte Begründung, weshalb das Angebot im Unternehmensgegenstand liegt und zur wirksamen Erbringung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags dient, ferner eine Darstellung der Finanzierung sowie der Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation und die Angebotsvielfalt), um allen Betroffenen und insbesondere der Regulierungsbehörde einen umfassenden Überblick über Tragweite und Auswirkungen des neuen Angebots zu verschaffen. Um Transparenz zu gewährleisten und alle für eine fundierte und ausgewogene Entscheidung erforderlichen Informationen zu erhalten (vgl. Rz 87 der Rundfunkmitteilung 2009), ist dieser Vorschlag nach Abs. 2 vom ORF einer öffentlichen Begutachtung binnen einer angemessenen, mindestens sechswöchigen Frist zu unterziehen. Die eingelangten Stellungnahmen von Betroffenen sind, soweit sie nicht vertrauliche Daten enthalten oder die Betroffenen einer Veröffentlichung widersprechen, auf der Website des ORF zu veröffentlichen. Stellungnahmen, die vertrauliche Informationen zur Wettbewerbssituation (insbesondere Geschäftsgeheimnisse) enthalten, können von den Betroffenen direkt der BWB übermittelt und von dieser im Verfahren vor der KommAustria unter Wahrung des Amtsgeheimnisses verwendet werden. Nach Abs. 3 sind der Vorschlag sowie die hierzu eingelangten Stellungnahmen und allfällige Änderungen des Angebotskonzepts an die KommAustria zu übermitteln und die Genehmigung des neuen Angebots zu beantragen. Danach hat die KommAustria diese Unterlagen gemäß Abs. 4 dem gemäß § 6c ORF-G eingerichteten PVB sowie der BWB zur Beurteilung der publizistischen bzw. wettbewerblichen Auswirkungen binnen sechswöchiger Frist zur Verfügung zu stellen.

Im Verfahren vor der Regulierungsbehörde ist neben dem ORF die BWB als Amtspartei vorgesehen, welche die Interessen des Wettbewerbs vertritt und die damit verbundenen Parteirechte (Parteiengehör samt Stellungnahmerecht, Akteneinsicht etc.) eingeräumt erhält.

Der ORF hat am 25.08.2017 gemäß § 6a Abs. 1 ORF-G einen „Vorschlag für die Bereitstellung eines „Öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“ an die

KommAustria, die BAK sowie die WKO übermittelt und diesen auf seiner Website für die Dauer von sechs Wochen öffentlich zur Konsultation bereitgestellt. Im Anschluss daran hat der ORF die eingelangten Stellungnahmen sowie den Vorschlag der KommAustria mit dem Antrag auf Genehmigung übermittelt. Es wurden hierzu sämtliche nach § 5a ORF-G und § 6a Abs. 1 Z 1 bis 4 ORF-G geforderten Angaben gemacht. Die KommAustria hat hierauf ihrerseits die eingelangten Unterlagen der BWB und dem PVB zur Stellungnahme zu den voraussichtlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb bzw. die Angebotsvielfalt übermittelt.

4.3. Entscheidung gemäß § 6b ORF-G

Die Bestimmung des § 6b ORF-G legt die inhaltlichen und verfahrensrechtlichen Determinanten der Entscheidung der Regulierungsbehörde über die Genehmigung eines neuen Angebots fest.

§ 6b ORF-G lautet:

„Entscheidung

§ 6b. (1) *Die Regulierungsbehörde hat das neue Angebot zu genehmigen, wenn das neue Angebot den Vorgaben dieses Gesetzes entspricht und*

1. zu erwarten ist, dass das neue Angebot zur Erfüllung der sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnisse der österreichischen Bevölkerung und zur wirksamen Erbringung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags, insbesondere zur Erreichung der in § 4 Abs. 1 und 5a genannten Ziele, beiträgt und

2. nicht zu erwarten ist, dass das neue Angebot negative Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation auf dem jeweils für das Angebot relevanten Markt und auf die Angebotsvielfalt für Seher, Hörer und Nutzer haben wird, die im Vergleich zu dem durch das neue Angebot bewirkten Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags unverhältnismäßig sind.

(2) Eine Genehmigung gemäß Abs. 1 ist unter Auflagen zu erteilen, soweit diese erforderlich sind, um die Auswirkungen des neuen Angebots auf die Wettbewerbssituation auf dem jeweils für das Angebot relevanten Markt oder die Angebotsvielfalt für Seher, Hörer und Nutzer auf ein Ausmaß zu reduzieren, das nicht im Sinne des Abs. 1 Z 2 unverhältnismäßig ist. Auflagen können insbesondere die technische Ausgestaltung und Nutzbarkeit des Angebots und die vom Angebot erfassten Inhaltskategorien betreffen. Sie können auch zur Absicherung von im Rahmen des Angebotskonzeptes gemachten inhaltlichen Zusagen des Österreichischen Rundfunks erteilt werden. Konkrete Inhalte des neuen Angebots dürfen nicht im Wege von Auflagen vorgeschrieben werden.

(3) Im Rahmen der Beurteilung nach Abs. 1 und 2 hat die Regulierungsbehörde insbesondere zu berücksichtigen:

1. das bestehende im öffentlich-rechtlichen Auftrag gelegene Angebot;

2. das existierende, mit dem geplanten Angebot vergleichbare Angebot anderer auf dem österreichischen Medienmarkt tätiger Medienunternehmen;

3. die in § 4 Abs. 2 bis 6 und § 10 geregelten besonderen Anforderungen und einen deshalb zu erwartenden Mehrwert des neuen Angebots gegenüber ansonsten vergleichbaren anderen Angeboten auf dem österreichischen Medienmarkt;

4. eine allenfalls durch das neue Angebot bewirkte Förderung der österreichischen Sprache und Kultur sowie die Notwendigkeit, in den Programmbereichen gemäß § 4 Abs. 1 über ein spezifisch österreichisch geprägtes Medienangebot zu verfügen, sofern das vom Österreichischen Rundfunk vorgeschlagene Angebot eine solche Prägung voraussichtlich aufweisen wird;

5. allfällige positive Wettbewerbsauswirkungen des neuen Angebots insbesondere aufgrund seiner im Vergleich zu existierenden Medienangeboten innovativen journalistischen oder technischen Ausgestaltung;

6. allfällige positive Auswirkungen des neuen Angebots auf die Angebotsvielfalt für Seher, Hörer und Nutzer;

7. die Stellungnahmen gemäß § 6a Abs. 4.

[...]“

4.3.1. Prüfkriterien bei der Auftragsvorprüfung

Den Kriterien des sogenannten „Amsterdam-Tests“ folgend (vgl. Amsterdamer Protokoll sowie Randziffer 84 der Rundfunkmitteilung 2009) hat die KommAustria im Rahmen der nach § 6b ORF-G zu treffenden Entscheidung einerseits zu prüfen, ob ein neues bzw. geändertes Angebot den sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnissen der österreichischen Bevölkerung dient sowie zur wirksamen Erbringung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags zweckmäßig ist, und andererseits auch die potenziellen Auswirkungen auf die Angebotsvielfalt und die Markt- bzw. Wettbewerbsbedingungen ausreichend zu berücksichtigen. Hierbei ist auch für eine Entsprechung mit dem öffentlich-rechtlichen Kernauftrag gemäß § 4 ORF-G Sorge zu tragen (vgl. Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP zu § 6b ORF-G).

Dementsprechend ist in § 6b Abs. 1 ORF-G vorgesehen, dass – nach der Prüfung, ob ein neues bzw. geändertes Angebot grundsätzlich den Vorgaben des ORF-Gesetzes entspricht – dieses zu genehmigen ist, wenn die positiven Auswirkungen im Hinblick auf den öffentlich-rechtlichen Auftrag allfällige negative Auswirkungen auf die Angebotsvielfalt und die Wettbewerbssituation überwiegen, also mit keinen unverhältnismäßigen negativen Auswirkungen des neuen Angebotes zu rechnen ist (vgl. Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP, zu § 6b ORF-G).

§ 6b Abs. 3 ORF-G spezifiziert in beispielhafter Weise (arg. „insbesondere...“) jene Kriterien, die die Behörde bei ihrer Abwägung gemäß Abs. 1 und Abs. 2 zu berücksichtigen hat.

4.3.2. Allgemeines zur Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben

Die Bestimmung des § 6b Abs. 1 Einleitungssatz ORF-G statuiert zunächst, dass die Behörde ein neues Angebot (nur) dann zu genehmigen hat, wenn dieses „den Vorgaben dieses Gesetzes entspricht“, und legt konsequenterweise erst in weiterer Folge die darüber hinaus bestehenden Voraussetzungen für ein neues Angebot dar. Damit kommt die Genehmigung eines Angebots schon von vornherein – ohne dass eine Abwägungsentscheidung nach § 6b ORF-G erforderlich

wäre – nicht in Betracht, wenn dieses anderen Bestimmungen des ORF-G widersprechen würde, also etwa vom Unternehmensgegenstand (§ 2 ORF-G, vgl. insofern auch das ausdrückliche Erfordernis einer Begründung, weshalb das neue Angebot im Unternehmensgegenstand liegt, gemäß § 6a Abs. 1 Z 2 ORF-G) oder vom Versorgungsauftrag (§ 3 ORF-G) des ORF nicht umfasst wäre.

Geht man zum Ausgangspunkt jeder Auftragsvorprüfung zurück, dem Angebotskonzept gemäß § 5a ORF-G, so findet man in dessen Abs. 1 Z 8 einerseits ebenfalls einen pauschalen Verweis auf die Einhaltung der Vorgaben dieses Gesetzes, zusätzlich aber auch den besonderen Hinweis auf die erforderliche Vereinbarkeit des geplanten Programms oder Angebots mit dem in § 4 ORF-G definierten öffentlich-rechtlichen Kernauftrag. § 6a Abs. 1 ORF-G verlangt vom ORF im Rahmen der Vorlage eines Vorschlages für ein neues Angebot zudem eine detaillierte Begründung, weshalb das neue Angebot im Unternehmensgegenstand liegt und 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 ORF-G geregelten besonderen Anforderungen an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zweckmäßig erscheint. § 6b ORF-G wiederum verweist z.B. in Abs. 3 Z 3 auf spezifische Bestimmungen des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags, nämlich ebenfalls auf § 4 Abs. 2 bis 6 ORF-G, sowie auf die in § 10 ORF-G geregelten Programmgrundsätze, und in Abs. 3 Z 4 auf § 4 Abs. 1 ORF-G, soweit ein österreichisch geprägtes Medienangebot zu beurteilen ist. Die Erläuterungen zu § 6b ORF-G nennen ebenfalls die Vereinbarkeit mit dem Unternehmensgegenstand gemäß § 2 ORF-G.

Mit den „Vorgaben dieses Gesetzes“ sind also im Wesentlichen der Unternehmensgegenstand gemäß § 2 und der Versorgungsauftrag gemäß § 3 ORF-G, der in § 4 ORF-G definierte öffentlich-rechtliche Kernauftrag sowie die in § 10 ORF-G festgeschriebenen Programmgrundsätze gemeint. Hinzu kommen andererseits die spezifischen gesetzlichen bzw. inhaltlichen Anforderungen, die sich aus den besonderen Aufträgen für Online-Angebote gemäß § 4e und § 4f ORF-G ergeben.

§ 2 Abs. 1 ORF-G lautet:

„Unternehmensgegenstand und Finanzierung der Tätigkeiten

§ 2. (1) Der Unternehmensgegenstand des Österreichischen Rundfunks umfasst, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist,

- 1. die Veranstaltung von Rundfunk,*
- 2. die Veranstaltung von mit der Tätigkeit nach Z 1 in Zusammenhang stehendem Teletext und die Bereitstellung von mit der Tätigkeit nach Z 1 in Zusammenhang stehenden Online-Angeboten,*
- 3. den Betrieb von technischen Einrichtungen, die für die Veranstaltung von Rundfunk und Teletext oder die Bereitstellung von Online-Angeboten notwendig sind,*
- 4. alle Geschäfte und Maßnahmen, die für die Tätigkeiten nach Z 1 bis 3 oder die Vermarktung dieser Tätigkeiten geboten sind. “*

Nach § 2 Abs. 1 Z 2 ORF-G umfasst der Unternehmensgegenstand unter anderem die Bereitstellung von Online-Angeboten, sofern sie mit der Veranstaltung von Rundfunk in

Zusammenhang stehen, d.h. komplementär zum Fernseh- und Hörfunkprogramm sind und keine von Rundfunkprogrammen losgelösten Dienste darstellen. Das Angebot muss daher einen inhaltlichen Bezug zu den vom ORF veranstalteten Rundfunkprogrammen aufweisen.

§ 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G bestimmt weiter, dass der öffentlich-rechtliche Versorgungsauftrag auch „die Bereitstellung von mit Rundfunkprogrammen nach Abs. 1 und Abs. 8 im Zusammenhang stehenden Online-Angeboten gemäß § 4e und § 4f“ umfasst.

§ 4e ORF-G hat folgenden Wortlaut:

„Besonderer Auftrag für ein Online-Angebot

§ 4e. (1) Der Österreichische Rundfunk hat zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags (§ 4) auch ein Online-Angebot bereitzustellen, das insbesondere sendungsbegleitende und in direktem Zusammenhang mit seinen Rundfunkprogrammen stehende Inhalte zu umfassen hat. Dieses Online-Angebot hat nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit zu beinhalten:

1. Information über den Österreichischen Rundfunk und seine gemäß § 3 veranstalteten Programme und bereitgestellten Angebote;
2. eine tagesaktuelle Überblicksberichterstattung (Abs. 2);
3. die Begleitung der in den Programmen nach § 3 Abs. 1 und 8 ausgestrahlten Sendungen (sendungsbegleitende Inhalte; Abs. 3) und
4. einen Abrufdienst für die in den Programmen nach § 3 Abs. 1 und 8 ausgestrahlten Sendungen (Abs. 4).

(2) Die Überblicksberichterstattung (Abs. 1 Z 2) besteht aus Text und Bild und kann einzelne ergänzende Audio-, audiovisuelle und interaktive Elemente sowie Podcasts (Audio und Video) umfassen. Sie bezieht sich auf die wichtigsten tagesaktuellen Geschehnisse aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Chronik, Wetter, Kultur, Wissenschaft, Sport, Volksgruppen und Religion auf internationaler, europäischer, und bundesweiter Ebene. Die einzelnen Elemente der Berichterstattung sind nur für die Dauer ihrer Aktualität, längstens jedoch sieben Tage ab Bereitstellung zum Abruf über die Plattform des Österreichischen Rundfunks bereitzustellen. Die Bereitstellung älterer Elemente der Berichterstattung, die in unmittelbarem Zusammenhang zur aktuellen Berichterstattung stehen, ist für die Dauer der Veröffentlichung der aktuellen Berichte zulässig. Die Berichterstattung darf nicht vertiefend und in ihrer Gesamtaufmachung und -gestaltung nicht mit dem Online-Angebot von Tages- oder Wochenzeitungen oder Monatszeitschriften vergleichbar sein und kein Nachrichtenarchiv umfassen. Gesonderte Überblicksberichterstattung auf Bundesländerebene ist zulässig, jedoch auf bis zu 80 Tagesmeldungen pro Bundesland pro Kalenderwoche zu beschränken. Aktualisierungen von Tagesmeldungen im Tagesverlauf gelten nicht als neue Tagesmeldungen. Lokalberichterstattung ist nur im Rahmen der Bundes- und Länderberichterstattung zulässig und nur soweit lokale Ereignisse von bundesweitem oder im Falle der Länderberichterstattung von landesweitem Interesse sind. Eine umfassende lokale Berichterstattung ist unzulässig.

(3) Sendungsbegleitende Inhalte (Abs. 1 Z 3) sind:

1. Informationen über die Sendung selbst und die daran mitwirkenden Personen sowie damit im Zusammenhang stehender Sendungen, einschließlich Audio- und audiovisueller Angebote und ergänzender interaktiver Elemente sowie Podcasts (Audio und Video), und

2. Informationen zur unterstützenden Erläuterung und Vertiefung der Sendungsinhalte, einschließlich Audio- und audiovisueller Angebote und ergänzender interaktiver Elemente sowie Podcasts (Audio und Video), soweit dabei auf für die jeweilige Hörfunk- oder Fernsehsendung bzw. Sendereihe verfügbare Materialien und Quellen zurückgegriffen wird und dieses Angebot thematisch und inhaltlich die Hörfunk- oder Fernsehsendung unterstützend vertieft und begleitet.

Sendungsbegleitende Inhalte sind jeweils durch Angabe der Bezeichnung und des Ausstrahlungsdatums jener Hörfunk- oder Fernsehsendung zu bezeichnen, welche sie begleiten. Sendungsbegleitende Angebote dürfen kein eigenständiges, von der konkreten Hörfunk oder Fernsehsendung losgelöstes Angebot darstellen und nicht nach Gesamtgestaltung und -inhalt dem Online-Angebot von Zeitungen und Zeitschriften entsprechen; insbesondere darf kein von der Begleitung der konkreten Hörfunk- oder Fernsehsendungen losgelöstes, vertiefendes Angebot in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Chronik, Kultur und Wissenschaft (einschließlich Technologie), Sport, Mode- und Gesellschaftsberichterstattung bereitgestellt werden. Sendungsbegleitende Inhalte gemäß Z 2 dürfen nur für einen dem jeweiligen Sendungsformat angemessenen Zeitraum bereitgestellt werden, das sind längstens 30 Tage nach Ausstrahlung der Sendung bzw. bei Sendereien 30 Tage nach Ausstrahlung des letzten Teils der Sendereihe. Die Bereitstellung von sendungsbegleitenden Inhalten in einem angemessenen Zeitraum vor Ausstrahlung der jeweiligen Sendung ist zulässig, soweit der konkrete Sendungsbezug gewahrt bleibt.

(4) Der Abrufdienst gemäß Abs. 1 Z 4 umfasst nur Sendungen (einschließlich Hörfunk), die vom Österreichischen Rundfunk selbst oder in seinem Auftrag, sei es auch in Zusammenarbeit mit Dritten, hergestellt wurden. Für eine entsprechende Indexierung ist zu sorgen. Die Bereitstellung zum Abruf hat ohne Speichermöglichkeit (ausgenommen Podcasts) und für einen Zeitraum von bis zu sieben Tagen nach Ausstrahlung, im Fall von Sportbewerben im Sinne von § 4b Abs. 4 bis zu 24 Stunden nach Ausstrahlung zu erfolgen. Archive mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten dürfen nach Maßgabe des Angebotskonzeptes (Abs. 5) auch zeitlich unbefristet zum Abruf bereitgestellt werden. Vorankündigungen von Sendungen im Rahmen des Abrufdienstes sind innerhalb eines angemessenen Zeitraums vor Ausstrahlung in den Programmen nach § 3 Abs. 1 und 8 zulässig.

(5) Das Online-Angebot gemäß Abs. 1 bis 4 darf erst nach Erstellung eines Angebotskonzeptes (§ 5a) bereitgestellt werden und ist keiner Auftragsvorprüfung zu unterziehen. Sind durch die kommerzielle Verwertung der Angebote gemäß Abs. 1 die Voraussetzungen des § 6 erfüllt, ist eine Auftragsvorprüfung (§§ 6 bis 6b) durchzuführen.“

§ 4f ORF-G lautet wie folgt:

„Bereitstellung weiterer Online-Angebote

§ 4f. (1) Der Österreichische Rundfunk hat 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. Solche Angebote dürfen nur nach Erstellung eines Angebotskonzepts (§ 5a) erbracht werden; sind die Voraussetzungen des § 6 erfüllt, ist eine Auftragsvorprüfung (§§ 6 bis 6b) durchzuführen.

(2) Folgende Online-Angebote dürfen nicht im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags bereitgestellt werden:

- 1. Anzeigenportale, Anzeigen oder Kleinanzeigen,*
- 2. Branchenregister und -verzeichnisse,*
- 3. Preisvergleichsportale sowie Berechnungsprogramme (z. B. Preisrechner, Versicherungsrechner),*
- 4. Bewertungsportale für Dienstleistungen, Einrichtungen und Produkte, soweit kein Bezug zu einer konkreten Sendung oder zu einem konkreten Angebotsinhalt besteht,*
- 5. Partner-, Kontakt- und Stellenbörsen,*
- 6. Tauschbörsen, sofern sie nicht wohltätigen Zwecken dienen,*
- 7. Business-Networks,*
- 8. Telekommunikationsdienstleistungen (einschließlich Access Providing),*
- 9. Erotikangebote,*
- 10. Billing für Dritte (ausgenommen Konzerngesellschaften des Österreichischen Rundfunks),*
- 11. Glücksspiele und Wetten,*
- 12. Softwareangebote, soweit nicht zur Wahrnehmung des eigenen Angebots erforderlich,*
- 13. Routenplaner, ausgenommen im Zusammenhang mit Verkehrsinformation,*
- 14. Musikdownload von kommerziellen Fremdproduktionen,*
- 15. Spiele und Unterhaltungsangebote, sofern sie nicht einen über § 4 Abs. 1 Z 8 ORF-G hinausgehenden Bezug zum öffentlich-rechtlichen Kernauftrag und haben; jedenfalls unzulässig sind Spiele und Unterhaltungsangebote, die keinen Sendungs- oder Angebotsbezug haben,*
- 16. SMS-Dienste, ausgenommen solche, die sich auf das eigene Programm oder Angebot beziehen oder sendungsbegleitend im Sinne des § 4e Abs. 3 sind,*
- 17. Suchdienste, ausgenommen solche, die sich auf die eigenen Programme oder Angebote beziehen;*
- 18. Online-Auktionen, ausgenommen nicht-kommerzielle Auktionen für gemeinnützige Zwecke;*

19. E-Commerce und E-Banking;

20. Klingeltöne und E-Cards;

21. Fotodownload ohne Sendungsbezug;

22. Veranstaltungskalender, soweit sie nicht Angebote nach § 4e Abs. 1 und § 4f Abs. 1 begleiten und nicht ein umfassendes und eigenständiges Angebot darstellen;

23. Foren, Chats und sonstige Angebote zur Veröffentlichung von Inhalten durch Nutzer; zulässig sind jedoch redaktionell begleitete, nicht-ständige Angebote zur Übermittlung oder Veröffentlichung von Inhalten durch Nutzer in inhaltlichem Zusammenhang mit österreichweit gesendeten Fernseh- oder Hörfunkprogrammen. Voraussetzung für die Veröffentlichung von Nutzerinhalten in solchen Angeboten sind die Registrierung des Nutzers unter Angabe von Vor- und Nachname und der Wohnadresse. Die Registrierung ist nur zulässig, wenn der Nutzer ohne Zwang und in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten ausdrücklich eingewilligt hat. Der Österreichische Rundfunk hat Nutzer bei begründetem Verdacht auf unrichtige Registrierungsangaben zum Nachweis der Richtigkeit der Angaben binnen angemessener Frist bei sonstiger Löschung des Registrierungsprofils aufzufordern und Nutzer mit offenkundig unrichtigen Angaben von vornherein von der Registrierung auszuschließen. Die bei der Registrierung übermittelten Daten dürfen zu keinem über die Registrierung hinausgehenden Zweck verwendet werden. Auf Verlangen des Nutzers sind sämtliche Daten, einschließlich des Registrierungsprofils, zu löschen;

24. Verlinkungen, die nicht der Ergänzung, Vertiefung oder Erläuterung eines Eigeninhalts (auch von Beteiligungsunternehmen) dienen; diese dürfen nicht unmittelbar zu Kaufaufforderungen führen;

25. soziale Netzwerke sowie Verlinkungen zu und sonstige Kooperationen mit diesen, ausgenommen im Zusammenhang mit der eigenen tagesaktuellen Online-Überblicksberichterstattung;

26. Fach- und Zielgruppenangebote, die in Form und Inhalt über ein nicht-spezialisiertes Angebot von allgemeinem Interesse hinausgehen, soweit es sich nicht um sendungsbegleitende Angebote handelt; zulässig sind jedenfalls Angebote zu wohltätigen Zwecken;

27. Ratgeberportale ohne Sendungsbezug;

28. eigens für mobile Endgeräte gestaltete Angebote.“

Im gegenständlichen Fall soll gemäß dem vorgelegten Vorschlag ein „Öffentlich-rechtlicher Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)“ zur Verfügung gestellt werden, in dessen Rahmen weitgehend solche Inhalte (im Wesentlichen Filme, Serien, Dokumentationen) abrufbar sein sollen, die zuvor in einem der Fernsehprogramme des ORF zu sehen waren und anschließend allenfalls für die Dauer von sieben Tagen in der TVthek des ORF abgerufen werden konnten. Fallweise sollen auch Inhalte abrufbar sein, deren Ausstrahlung im linearen Fernsehprogramm in der Folge vorgesehen ist. Inhalte, die in keinem Zusammenhang mit dem linearen Fernsehprogramm stehen, also weder vor noch nach der Bereitstellung im geplanten

Abrufdienst in einem der Fernsehprogramme ausgestrahlt werden (Fremdproduktionen), sollen nur in untergeordnetem Ausmaß – zum Zweck der „Kontextualisierung“ anderer Inhalte des Abrufdienstes – etwa im Rahmen von Themenschwerpunkten – angeboten werden.

Der Abrufdienst soll zum Teil aus dem Programmengeld des ORF („öffentlich-rechtlicher Abrufdienst“) und zum Teil aus einem vom jeweiligen Seher zu leistenden Vergütungselement, das wiederum entweder aus einer Abonnementgebühr oder aus der Bezahlung des jeweiligen Einzelabrufs besteht, finanziert werden.

Damit ist im gegenständlichen Fall – vor einer allfälligen Abwägungsentscheidung gemäß § 6b Abs. 1 Z 1 und 2 ORF-G – insbesondere zu prüfen, ob der geplante Abrufdienst insofern unter den Unternehmensgegenstand des ORF gemäß § 2 Abs. 1 ORF-G subsumiert werden kann, als er (noch) ein mit der Veranstaltung von Rundfunk in Zusammenhang stehendes Online-Angebot darstellt, und ob das vorgesehene Vergütungselement mit den Vorgaben des ORF-G – hier insbesondere mit der Voraussetzung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit – vereinbar ist.

4.3.3. Vereinbarkeit mit dem Unternehmensgegenstand und dem Versorgungsauftrag

Zur Vereinbarkeit mit dem Unternehmensgegenstand verweist der ORF auf § 2 Abs. 1 Z 2 ORF-G. Der darin geforderte Zusammenhang mit den Rundfunkprogrammen des ORF liege vor, soweit es sich um die Bereitstellung von ORF-Produktionen und jedenfalls jenen Kaufproduktionen handle, die vom ORF in seinen Fernsehprogrammen ausgestrahlt wurden oder deren Ausstrahlung nach der Programmplanung erfolgen werde. Die beabsichtigte Abrufbarkeit von Fremdproduktionen, die nicht in ORF-Programmen verbreitet wurden oder danach verbreitet werden sollen, werde im Sinne einer Ergänzung der Plattform und auch als gebotene Vermarktungsmaßnahme nach § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G vom Unternehmensgegenstand getragen. Sie hebe die Attraktivität des Abrufdienstes und der über sie verbreiteten, im Zusammenhang mit der Veranstaltung von Rundfunk durch den ORF stehenden Angebote und sei dadurch geeignet, die eigentliche Hauptaktivität förderlich zu beeinflussen.

Auf Aufforderung der KommAustria wurde dazu in der Antragsergänzung angegeben, dass Fremdproduktionen lediglich in einem quantitativ untergeordneten Ausmaß (in der Höhe von maximal 5% des Katalogvolumens) zur Kontextualisierung eingesetzt werden sollen. Dabei gehe es um die Aufarbeitung aktueller Themenschwerpunkte und die Bereitstellung qualitativ hochwertiger Produktionen, um dem Publikum einen Mehrwert zu bieten. Im Sinne einer Kontextualisierung würden etwa auch bei Schwerpunkten im TV-Angebot (etwa von ORF III zu filmischen Großevents wie der Berlinale oder dem Europäischen Filmpreis) passende Filme angeboten werden.

Mit einer Beschränkung jener Produktionen, für die kein Konnex zu den Fernsehprogrammen des ORF besteht (auf ca. 5% des gesamten Katalogs) kann aus Sicht der KommAustria noch davon gesprochen werden, dass im Sinn des § 2 Abs. 1 Z 2 ORF-G ein mit der Veranstaltung von Rundfunk in Zusammenhang stehendes Online-Angebot vorliegt.

Durch die weitgehend gleichen Inhalte bzw. Themen ist jedenfalls ein „inhaltlicher Bezug“ zu dem, was im Fernsehen ausgestrahlt wird, gegeben (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, 40).

Daneben ist es für Inhalte in einem deutlich untergeordneten Umfang auch nachvollziehbar, dass diese entweder ganz bestimmte Themenschwerpunkte in den Fernsehprogrammen ergänzen und damit ebenfalls unter § 2 Abs. 1 Z 2 ORF-G fallen (vgl. dazu etwa den Begriff der „Sendungsbegleitung“ in § 4e ORF-G) oder in Form einer „Kontextualisierung“ bestimmte gemäß § 2 Abs. 1 Z 2 ORF-G zulässige Inhalte ergänzen, damit die geplante Plattform attraktiver machen und somit im Sinn des § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G ihrer Vermarktung dienen.

Auch die Anforderung gemäß § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G, wonach auch Online-Angebote gemäß § 4f ORF-G im Zusammenhang mit Rundfunkprogrammen nach § 3 Abs. 1 und Abs. 8 ORF-G, also ORF-eigenen Rundfunkprogrammen im öffentlich-rechtlichen Auftrag, stehen müssen, ist durch die dargestellte weitgehende Übereinstimmung der Inhalte erfüllt.

4.3.4. Nachweis der wirtschaftlichen Tragbarkeit

Voraussetzung für eine positive Entscheidung gemäß § 6b ORF-G durch die Regulierungsbehörde ist darüber hinaus der Nachweis der wirtschaftlichen Tragbarkeit gemäß § 4f Abs. 1 ORF-G.

Wie dargestellt, beruht die Finanzierung des Angebots auf verschiedenen Säulen, darunter auch auf einem Vergütungselement durch den Nutzer. Im Rahmen der Prüfung der wirtschaftlichen Tragbarkeit ist zunächst dessen Zulässigkeit zu prüfen.

Der ORF bringt zur Vereinbarkeit des vorgesehenen Vergütungselements (Entgeltlichkeit durch Abonnements bzw. Einzelabrufe) vor, die §§ 4f und 6 ORF-G, nach denen neue Online-Angebote im Rahmen einer Auftragsvorprüfung genehmigt werden können, würden einer solchen Genehmigung nicht entgegenstehen, wobei sich in den Gesetzesmaterialien sowohl zu § 4f als auch zu § 6 ORF-G der Hinweis auf die grundsätzliche Zulässigkeit eines „Bezahldienstes“ innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Angebots finde. Auch im Erkenntnis des VwGH vom 22.06.2016, Ro 2014/03/0067, sei mit näherer Begründung die Vereinbarkeit eines Vergütungselements mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag zur Herstellung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit bejaht worden.

Ein Vergütungselement sei somit einerseits nach der insoweit eindeutigen österreichischen Rechtslage (nach einer Auftragsvorprüfung) als auch gemäß Rz 82 der „Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk“, 2009/C 257/01 (im Folgenden: „Rundfunkmitteilung 2009“), in der die Europäische Kommission klargestellt habe, dass ein mit Diensten und/oder Leistungen verbundenes Entgelt („Bezahldienste“) nicht per se mit einem öffentlich-rechtlichen Auftrag unvereinbar sei, möglich. Darin werde von der Europäischen Kommission hervorgehoben, dass ein Vergütungselement etwa mit der Zahlung von Netzwerkentgelten und Urheberrechtsgebühren durch den öffentlich-rechtlichen Plattformbetreiber begründet sein könne. Dies sei für den geplanten Abrufdienst einschlägig, zumal die wirtschaftliche Tragbarkeit hier primär durch die erforderliche Abgeltung der übrigen Rechteinhaber bedingt sei. Weil zusätzliche Erlöse nach dem im Hinblick auf das Ergebnis des Nettokostenprinzips nach dem ORF-G im Ergebnis dazu führen, dass sich der auf das Programm entfallende Anteil verringere, seien sie auch beihilfenrechtlich unschädlich.

Tatsächlich ist es dem ORF nicht grundsätzlich untersagt, einen „Bezahldienst“ gemäß den oben zitierten Bestimmungen der Rundfunkmitteilung 2009 (vgl. Rz 57 und 82) bereitzustellen, allerdings muss es sich um einen die entstehenden Kosten deckenden finanziellen Beitrag handeln

(vgl. Erl RV 611 BlgNr 24. GP). Dies hält auch der VwGH in seinem Erkenntnis vom 22.06.2016, Ro 2014/03/0067, fest.

Hinsichtlich dieses, auch vom ORF ins Treffen geführten Erkenntnisses, ist auszuführen, dass sich der VwGH in diesem Fall vor dem Hintergrund einer Beschwerde eines Gebührenzahlers an die KommAustria mit der Frage zu beschäftigen hatte, ob die Einhebung eines Kostenbeitrages für den Austausch einer Digital-SAT-Karte (im Folgenden: DSK) mit dem Versorgungsauftrag des ORF (insbesondere § 3 Abs. 4 ORF-G, wonach die Ausstrahlung von Programmen des ORF über Satellit nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit zu erfolgen hat) vereinbar ist.

Diesbezüglich führte der VwGH aus:

„Schon die Überschrift vor § 31 ORF-G (Programmentgelt) legt nahe, dass eine Austauschbeziehung zwischen dem Empfang der Programme des ORF und dem dafür zu leistenden Entgelt besteht. Näheres ergibt sich dann aus § 31 Abs. 1 erster Satz leg cit, wonach jedermann zum Empfang der Hörfunk- bzw. Fernsehsendungen des ORF gegen ein fortlaufendes Programmentgelt berechtigt ist. Dieses Programmentgelt ist gemäß § 31 Abs. 3 erster Satz ORF-G unabhängig von der Häufigkeit und der Güte der Sendungen oder ihres Empfanges zu zahlen (VwGH vom 4. September 2008, 2008/17/0059). Der Versorgungsauftrag des ORF nach § 3 ORF-G und das Programmentgelt iSd § 31 ORF-G stehen miteinander verknüpft in der (gesetzlichen) Fiktion eines Synallagmas, wobei ein differenziertes Programmentgelt (etwa abgestuft nach dem Empfang bestimmter Programme) nicht vorgesehen ist (vgl. etwa VwGH vom 20. Mai 2010, 2009/17/0084).

(...) § 3 ORF-G nimmt (...) an mehreren Stellen darauf Bezug, dass der Versorgungsauftrag des ORF nur dann erfüllt wird, wenn die gleichmäßige Versorgung ‚nach Maßgabe der technischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Tragbarkeit erfolgt‘ (vgl VwGH vom 17. November 2011, 2011/03/0050 (VwSlg 18.270 A/2011)). Die dem Programmentgelt zugrunde liegende Austauschbeziehung zwischen dem Empfang der Programme des ORF und dem dafür zu leistenden Entgelt (vgl. etwa VwGH vom 30. April 2015, Ro 2015/15/0007) erfasst daher bei einem an Voraussetzungen geknüpften Versorgungsauftrag, wie er in § 3 Abs. 4 ORF-G geregelt ist, nur die Leistungen des ORF, die dieser erbringt, wenn diese Voraussetzungen bereits vorliegen. Damit die Versorgung via Satellit als ‚wirtschaftlich tragbar‘ im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist, kann es erforderlich sein, den Empfang auf diesem Wege von einer – neben dem Programmentgelt zu leistenden – Zahlung durch den Empfänger abhängig zu machen, die den mit dieser Verbreitungsart verbundenen zusätzlichen Kostenaufwand für die Herstellung der individuellen Empfangsmöglichkeit (durch die zur Entschlüsselung erforderliche DSK) abdeckt.

(...) Entgegen der Revision steht es dem ORF daher offen, zur Herstellung der wirtschaftlichen Tragbarkeit für diesen Versorgungsauftrag die Zahlung eines Geldbetrages vorauszusetzen, sofern diese Leistung nach Art und Umfang notwendig ist, um die wirtschaftlichen bzw. die dem Stand der Technik erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit der ORF dem eben genannten spezifischen Versorgungsauftrag nachkommen kann.

(...) Vor diesem Hintergrund erweist sich die Auffassung des Revisionswerbers, ihm würde durch die Vorgehensweise des ORF der Empfang des ORF über Satellit zu Unrecht verwehrt, als nicht zielführend. Gleiches gilt für die Voraussetzung der wirtschaftlichen Tragbarkeit betreffend die

Veranstaltung für ein Sport-Spartenprogramm nach § 4b ORF-G sowie für den an eben diese Voraussetzung geknüpften Auftrag an den ORF, - ein Informations- und Kultur-Spartenprogramm iSd § 4c ORF-G, sowie für den Auftrag an den ORF, ein Fernsehprogramm für das europäische Publikum iSd § 4d ORF-G auszustrahlen. Aus dem Revisionsvorbringen ergibt sich insbesondere, dass für die DSK pro Empfangsgerät zumindest alle fünf Jahre ein Kostenbeitrag von jeweils EUR 18,- zu leisten ist. Bei dieser Sachlage kann nicht gesagt werden, dass der Empfang der Programme iSd § 3 Abs. 4, des § 4b sowie des § 4c ORF-G unmöglich oder durch zusätzliche Bedingungen wesentlich erschwert würde." (Hervorhebungen hinzugefügt)

Nach Auffassung der KommAustria können aus dem zitierten Erkenntnis aus folgenden Gründen nur beschränkt Rückschlüsse auf den gegenständlich zu beurteilenden Sachverhalt gezogen werden:

Vorweg ist festzuhalten, dass der VwGH einen äußerst eingeschränkten und in gegenständlichem Zusammenhang nicht vergleichbaren Sachverhalt zu beurteilen hatte, nämlich den Kostenbeitrag zum Austausch von DSK, welche für eine Form der (technischen) Zugänglichkeit zu ORF-Programmen erforderlich sind.

Erstens hatte er also die Zulässigkeit eines Kostenbeitrags für den Austausch der DSK (und damit die Empfangbarkeit der Fernsehprogramme des ORF über Satellit) mit EUR 18,- alle fünf Jahre einen Betrag zu beurteilen, der zum Programmengelt als primäre Finanzierungsquelle für eben diese Programme in einem äußerst untergeordneten Verhältnis steht.

Zweitens stellt die Zahlung dieses Kostenbeitrages lediglich Voraussetzung für den Empfang der Programme auf einem Übertragungsweg, nämlich über Satellit, dar. Die Bezug habenden Programme würden auch über weitere Verbreitungswege, insbesondere terrestrisch, ausgestrahlt werden, für die entsprechende Zusatzkosten nicht entstehen und die daher für den Gebührenzahler grundsätzlich auch ohne Zusatzkosten nutzbar sind.

Im vorliegenden Fall soll jedoch durch Programmengelt und weitere Kostenbeiträge die Zurverfügungstellung von Inhalten, die zu einem überwiegenden Teil bereits ausgestrahlt und danach zu einem überwiegenden Teil auf der TVthek abrufbar waren, finanziert werden.

Im Falle der DSK ging es demgegenüber nicht um die Finanzierung von Inhalten (des Programms), sondern um einen Kostenbeitrag zu einer bestimmten (vom Nutzer gewählten aber nicht zwingenden Voraussetzung zum Empfang der Inhalte) Verbreitungsart und um einen vergleichsweise geringeren Betrag. Hinzu kommt, dass im Falle der DSK der Kostenbeitrag lediglich alle fünf Jahre zu leisten war, in vorliegendem Fall jedoch eine jährliche Abo-Gebühr bzw. ein Entgelt für einen Einzelabruf geplant ist.

Gerade für die verfahrensgegenständliche Konstellation ist demnach aus der Entscheidung des VwGH für gegenwärtigen Sachverhalt wenig zu gewinnen.

Zur wirtschaftlichen Tragbarkeit des beantragten Angebots gemäß § 4f Abs. 1 ORF-G ist darüber hinaus Folgendes auszuführen:

Die wirtschaftliche Tragbarkeit für die Bereitstellung von Angeboten im öffentlichen Auftrag im Sinn des § 4f Abs. 1 ORF-G bezieht sich jedenfalls auf das notwendige, einzusetzende

Programmentgelt, das, wie oben dargelegt, im gegenständlichen Fall aufgrund der Angaben im Antrag nicht entsprechend aufgeschlüsselt und dessen Ausmaß aufgrund dieser „Drittabhängigkeit“ und noch abzuschließender Verhandlungen nicht feststellbar ist.

Darüber hinaus lässt sich aus dem Antrag das Verhältnis zwischen der Finanzierung aus Programmentgelt, Abo-Beiträgen und Einzelabrufen aufgrund des Mangels einer nachvollziehbaren Zurechnung der entstehenden Kosten und der starken Abhängigkeit von vom ORF nicht beeinflussbarer Faktoren (Produzenten, Akzeptanz durch die Nutzer) nicht abschließend beurteilen.

Daraus ergibt sich weiters, dass je weniger Nutzer bereit sind, für das geplante Angebot einen Kostenbeitrag zu leisten, desto höher der Beitrag aus dem Programmentgelt aller Gebührenzahler, also auch jener, die den Dienst nicht nutzen, ist.

Auch ist aus dem Antrag im Sinne des VwGH Erkenntnisses nicht ersichtlich, zur Deckung welcher konkreten Kosten das von den Nutzern zu leistende Vergütungselement verwendet werden soll (Zusammenstellung des Bouquets oder generelles Aufsetzen der Plattform).

Schließlich ist festzuhalten, dass die Determinierung des Finanzierungsanteils über Programmentgelt ein wesentliches Kriterium für die Zulässigkeit einer Beihilfe, die durch die Durchführung einer Auftragsprüfung mediatisiert wird (vgl. Rundfunkmitteilung 2009), darstellt.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass aufgrund der unklaren Angaben, der Abhängigkeit von äußeren Faktoren und des hohen Anteils an variablen Kosten ein hohes wirtschaftliches Risiko des geplanten Projekts gegeben ist. Aus dem Erfordernis der wirtschaftlichen Tragbarkeit ergibt sich, dass der Gesetzgeber vor Augen hatte, dass – unbeschadet der inhärenten Unsicherheit von Prognosen – die Finanzierung des Projekts weitgehend gesichert sein muss, was er durch das Erfordernis der Darlegung der Finanzierung in § 6a Abs. 1 Z 3 ORF-G auch deutlich gemacht hat.

In Anbetracht des vom ORF dargelegten Finanzierungskonzepts muss das Vorliegen des Kriteriums der wirtschaftlichen Tragbarkeit gemäß § 4f Abs. 1 ORF-G verneint werden, weshalb der Antrag schon aus diesem Grund abzuweisen ist.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 11.280/18-004“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabekontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 09. Mai 2018

Kommunikationsbehörde Austria
Die Senatsvorsitzende

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)

Zustellverfügung:

1. Österreichischer Rundfunk/GD Dr. Alexander Wrabetz, z.Hd. Dr. Klaus Kassai, Würzburggasse 30, 1136 Wien, amtssigniert per E-Mail an gra@orf.at
2. Bundeswettbewerbsbehörde, z.Hd. GD für Wettbewerb Dr. Theodor Thanner, Radetzkystraße 2, 1030 Wien, amtssigniert per E-Mail an wettbewerb@bwb.gv.at