



An den
ORF (Kennwort: „myfidelio“)
Würzburggasse 30, 1136 Wien
Per E-Mail: stellungnahmen@orf.at

In Kopie an die
Kommunikationsbehörde Austria
Mariahilfer Straße 77-79, 1060 Wien
Per E-Mail: rtr@rtr.at

In Kopie an die
Bundeswettbewerbsbehörde
Radetzkystraße 2, 1. Stock, 1030 Wien
Per E-Mail: Theodor.Thanner@bwb.gv.at

Wien, am 28.06.2021

Stellungnahme des Verbands Österreichischer Privatsender zum Vorschlag des ORF für eine öffentlich-rechtliche Online-Klassikplattform (www.myfidelio.at)

Sehr geehrter Herr Dr. Wrabetz,
sehr geehrte Damen und Herren,

vor kurzem hat der ORF den Vorschlag für ein neues Angebot - www.myfidelio.at - unter <https://zukunft.orf.at> veröffentlicht und alle vom geplanten Angebot Betroffenen gemäß § 6a Abs. 2 ORF-G zur Stellungnahme aufgefordert. Die Stellungnahmefrist läuft bis 28.6.2021.

Der Verband Österreichischer Privatsender (VÖP) repräsentiert als Interessensvertretung der privaten Rundfunkveranstalter Österreichs alle wesentlichen, am österreichischen Markt tätigen privaten TV- und Radioveranstalter. Die Mitglieder des VÖP betreiben und vermarkten Hörfunk- und Fernsehsender sowie Online-Angebote zum Abruf von Audio- und audiovisuellen Inhalten.

Die Mitgliedsunternehmen des VÖP sind von dem geplanten neuen Online-Angebot des ORF (www.myfidelio.at) unmittelbar betroffen. Im Auftrag seiner Mitglieder gibt der VÖP zum veröffentlichen Angebotskonzept (Entwurf), einschließlich der beiden gutachterlichen Bewertungen des geplanten neuen Online-Angebots (Gutachten von RA Dr. Axel Reidlinger zu den Wettbewerbsauswirkungen und Gutachten von ao. Univ.- Prof. Dr. Thomas Steinmaurer zu den Auswirkungen auf die Angebotsvielfalt) die beigefügte Stellungnahme ab. Wir ersuchen um Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Kritikpunkte.

Mit freundlichen Grüßen

Dipl. Kffr. Corinna Drumm
Geschäftsführung



STELLUNGNAHME

zum Angebotskonzept des ORF für ein neues Online-Angebot
,www.myfidelio.at ‘

1. Einleitung

- 1.1. Der ORF beabsichtigt, den gemeinsam mit der Unitel GmbH & Co KG betriebenen kommerziellen Abrufdienst www.myfidelio.at (,Fidelio‘) für Bewegtbildangebote im Bereich der klassischen Musik in einen öffentlich-rechtlichen Abrufdienst umzuwandeln, der sich zu etwa 30% aus Endkundenentgelten (Abonnements) und Werbeeinnahmen und zu ca. 70% aus Programmengeldern (staatliche Beihilfe) finanzieren soll. Darüber hinaus soll der neue öffentlich-rechtliche Abrufdienst u.a. durch Werbung in anderen öffentlich-rechtlichen Programmen und Angeboten des ORF unterstützt werden. Auf Basis des vorgelegten Finanzierungsplans soll ein jährlicher Zufluss aus Programmengeldern in der Höhe von ca. 0,8 Millionen Euro genehmigt werden. Begründet wird die Notwendigkeit der Verwendung von Gebührenmitteln damit, dass sich in den letzten Jahren gezeigt habe, dass der Betrieb des Abrufdienstes Fidelio nicht aus sich selbst heraus finanzierbar sei.
- 1.2. Der Abrufdienst soll zunächst als eigenständiges Angebot unter der Webadresse ,www.myfidelio.at ‘ weiter betrieben werden und mit anderen öffentlich-rechtlichen Angeboten (u.a. TVthek, Radiothek) verlinkt werden. In absehbarer Zukunft soll Fidelio in den ORF-Player integriert werden. Im Rahmen der Auftragsvorprüfung wird das neue Abrufangebot allerdings als selbständiges Angebot zur Genehmigung beantragt.
- 1.3. Der geplante Angebotsumfang soll sich aus einer ,Klassithek‘ (ca. 1.500 Stunden Klassik-Videoinhalte), ausgewählten Live-Inhalten (Übertragung von Live-Events klassischer Musik) sowie redaktionellen Textinhalten (,Editorial‘) mit Klassik-Hintergrundinformationen und zusätzlich einem redaktionellen Blog (,Leonore und Florestan‘) zusammensetzen.
- 1.4. Der ORF rechtfertigt die Umwandlung in ein öffentlich-rechtliches Angebot damit, dass Fidelio zur Erfüllung kultureller Bedürfnisse der österreichischen Bevölkerung beitragen wird, indem es Klassikinhalte online verfügbar macht, und dass aufgrund der Umwandlung des Angebots in ein öffentlich-rechtliches Angebot mit keinen negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation auf dem österreichischen Markt für VOD-Endkundenangebote, dem VOD-Lizenzmarkt und dem Online-Werbemarkt zu rechnen ist.
- 1.5. Wir haben das Angebotskonzept (Entwurf) des ORF analysiert und bewertet und kommen zum Ergebnis, dass das geplante Angebot in der beantragten Form nicht genehmigungsfähig ist. Das vorgelegte Angebotskonzept ist in wesentlichen Punkten unbestimmt (z.B. im Hinblick auf die Integration mit den ORF-Bestandsangeboten und dem geplanten ORF-Player), es fehlt an struktureller Unabhängigkeit von den kommerziellen Interessen des Miteigentümers Unitel GmbH & Co KG, die Finanzplanung ist aus vielerlei Gründen nicht plausibel, der Angebotsumfang selbst ist, zumindest in Teilen, gesetzwidrig, der öffentlich-rechtliche Mehrwert ist negativ, und die Auswirkungen auf den Wettbewerb, vor allem aufgrund der geplanten Online-Vermarktung und der geplanten Abo-Preisgestaltung, ebenfalls negativ und wettbewerbsverzerrend.

2. Mangelnde Bestimmtheit des Angebotskonzeptvorschlags

- 2.1. § 6a Abs. 1 Z 1 ORF-G verlangt, dass der ORF im Auftragsvorprüfungs-Vorverfahren (u.a.) das Angebotskonzept veröffentlicht und allen vom geplanten Angebot Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme gibt. Das zur Stellungnahme veröffentlichte Angebotskonzept muss die in § 5a Abs. 1 ORF-G festgelegten Mindestanforderungen beinhalten und es **muss 'hinreichend bestimmt'** sein, da es nur unter diesen Umständen sinnvoll überprüft werden kann (siehe dazu Erl zur RV 611 BlgNR, 24 GP zu § 5a ORF-G).
- 2.2. Der vorliegende Vorschlag erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Weder das Angebotskonzept selbst, noch die Begründung des Konzepts, noch die Darstellung des Finanzierungskonzepts sind ausreichend bestimmt, um eine abschließende Prüfung des Angebots, insbesondere im Hinblick auf seine Auswirkungen auf den Wettbewerb, zu ermöglichen. Das Recht der betroffenen Marktteilnehmer, zum geplanten Angebot Stellung zu nehmen, wird auf diese Weise – erneut – ausgehöhlt, da die notwendigen Konkretisierungen des Antragsgegenstands durch den ORF erst im Nachhinein, d.h. im Zuge des Verfahrens, erfolgen und auf diese Weise viele kritische Punkte des Angebots der **Stellungnahme durch die betroffenen Marktteilnehmer entzogen** werden.
- 2.3. Die **Lückenhaftigkeit der Angaben** der Antragstellerin seien hier anhand einiger Beispiele veranschaulicht:
- **Die Integration des Angebots in den künftigen ORF-Player wurde bewusst offen gelassen und kann daher nicht beurteilt werden:** Ob und in welcher Form das Angebot künftig in den geplanten ORF-Player integriert werden soll, wird im Antrag ausdrücklich offengelassen (S 17: „kann integriert werden“). Das Angebot wird – entgegen anderslautenden öffentlichen Ankündigungen des Generaldirektors¹ – als ‚stand-alone‘ Angebot unter einer Webadresse, die keine Verbindung zum ORF und dessen öffentlich-rechtlichem Online-Dachangebot herstellt, beantragt. Weder in technischer Hinsicht, noch aus Vermarktungssicht lässt sich dieses ‚stand-alone-Angebot‘ mit dem für die Zukunft offenbar geplanten und in den ORF-Player integrierten Angebot vergleichen; auf dieser Basis lassen sich allerdings weder die Angaben der Finanzplanung noch die Wettbewerbsauswirkungen des Angebots sinnvoll überprüfen.
 - **Die Verlinkung mit und der Umfang der Vermarktung des Angebots im Rahmen anderer öffentlich-rechtlicher ORF-Angebote ist unbestimmt:** Lt. Angebotsbeschreibung sollen u.a. nicht näher definierte Verlinkungen aus dem ORF-Angebot zum neuen Angebot hin führen, es soll die Stärke der Marke „ORF“ genutzt werden, das neue Angebot soll durch den ORF zentral vermarktet werden, und es soll im Rahmen anderer öffentlich-rechtlicher Angebote kostenfrei beworben werden. In sämtlichen dieser Aktivitäten sind für die Beurteilung der Wettbewerbsverträglichkeit des Angebots ganz erhebliche Vorteile zu sehen, die genau(er) spezifiziert werden müssen und deren wirtschaftlicher Wert (da es sich z.B. bei Werbung und/oder Verlinkungen um geldwerte Leistungen handelt, die als Beihilfe zu qualifizieren sind) zu bestimmen ist, um auf dieser Basis eine seriöse Bewertung der zu erwartenden Wettbewerbswirkungen zu ermöglichen.
 - **Die Angaben zur Angebotsausgestaltung sind ebenfalls höchst unbestimmt:** Die Angaben zur geplanten Ausgestaltung sind so unkonkret, dass eine Angebotsbewertung im Hinblick auf die Einhaltung gesetzlicher Mindestanforderungen bzw.

¹ „Siehe z.B. <https://medianet.at/news/marketing-and-media/flimmit-und-fidelio-werden-in-die-orf-player-organisation-integriert-37833.html>“

auf die Wettbewerbsauswirkungen nicht abschließend möglich ist. So ist z.B. die geplante **Inhalte-Struktur des Angebots** höchst unbestimmt (siehe dazu unten), der **zeitliche Bezug** der Angebotsinhalte zum TV-Programm ist extrem weit gefasst (Inhalte „aus sieben Jahrzehnten“, S 1), der Umfang exklusiver ‚online only‘ angebotenen Inhalte ist unbestimmt gehalten, und auch die geplante **Bereitstellungsdauer** ist nicht definiert.

- **Im Angebotskonzept fehlen Angaben zur notwendigen strukturellen Trennung:** Es fehlen Angaben, wie im Gemeinschaftsunternehmen (Klassik Digital Vertriebs-GmbH), das der ORF mit der Unitel GmbH & Co KG gemeinsam betreibt und das als Träger des Angebots auftritt, eine ausreichend wirksame Trennung des (neuen) öffentlich-rechtlichen Angebots von den kommerziellen Interessen des Miteigentümers Unitel durch strukturelle Maßnahmen sichergestellt werden soll.
- **Mangelnde Plausibilität der Angaben im Finanzplan:** Der Finanzplan ist unvollständig, die Angaben sowohl zur Einnahmen- als auch die Ausgabenseite teilweise inkonsistent und insgesamt nicht nachvollziehbar. Die Logik der Geschäftsplanung ist mit Blick auf die Interessen der Gebührenzahler:innen inakzeptabel.

2.4. Die mangelnde Bestimmtheit des Antrags (einschl. der Begründung des Antrags und des Finanzplans) wird im jeweiligen Zusammenhang näher erörtert (siehe unten).

2.5. Der Antrag erfüllt in der vorliegenden Form nicht die notwendigen Mindestvoraussetzungen und ist daher **zurückzuweisen**.

3. Fehlen einer wirksamen strukturellen Trennung von kommerziellen Interessen

3.1. Die Plattform Fidelio wird zurzeit von der Klassik Digital Vertriebs-GmbH (KDV) betrieben, einem **Joint Venture des ORF und der Unitel GmbH & Co KG (Unitel)**. Aus den Antragsunterlagen ist nicht zu entnehmen, dass eine Änderung der Eigentumsverhältnisse, etwa in Form einer Übernahme aller Anteile an der KDV durch den ORF, geplant wäre. Wir gehen daher davon aus, dass Fidelio auch mittelfristig vom ORF und der Unitel – **einem gewinnorientierten deutschen Unternehmen**, das auf die Produktion und den Vertrieb von gefilmten klassischen Musikdarbietungen spezialisiert ist – in Form eines Gemeinschaftsunternehmens betrieben werden soll.

3.2. Das ORF-G schließt zwar nicht aus, dass öffentlich-rechtliche Leistungen durch ORF-Tochterunternehmen, die teilweise im Miteigentum gewinnorientierter dritter Unternehmen stehen, erbracht werden (Beispiel: Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG - ORS), Träger des öffentlich-rechtlichen Auftrags ist aber immer der ORF, der sich dritter Unternehmen zur Erbringung öffentlich-rechtlicher Leistungen bedient. Das ORF-G legt die erforderlichen Rahmenbedingungen für diese Konstellationen fest. § 8a ORF-G verlangt diesbezüglich vor allem eine **wirksame organisatorische und rechnerische Trennung kommerzieller Interessen** von der (beihilfengestützten) Erbringung öffentlich-rechtlicher Auftragsleistungen.

3.3. Fidelio hat schon bisher und soll auch in Zukunft nicht nur ORF-Inhalte (aus Live-Übertragungen bzw. ORF-Archivmaterial) zum Abruf anbieten, sondern soll auch weiterhin als **Vehikel für die Vermarktung des umfangreichen Klassikkatalogs der Unitel** dienen. Unabhängige Katalogentscheidungen und das Ausverhandeln marktgerechter Lizenzentgelte des KDV-Managements im Verhältnis zum Miteigentümer Unitel sind unter den gegebenen organisatorischen Rahmenbedingungen nicht sichergestellt. Es besteht latent die **Gefahr einer Bevorzugung des kommerziell orientierten Miteigentümers Unitel zulasten der Gebührenzahler:innen**, etwa in Form von Katalogentscheidungen

(gemeint ist das Titelangebot der Klassiktheke) zugunsten des Lizenzangebots der Unitel, möglicherweise überhöhte Lizenzzahlungen u.a. Das ist nicht akzeptabel. Vielmehr bedarf es einer (tatsächlich) wirksamen strukturellen Trennung; diese kann u.E. nur darin bestehen, dass der ORF 100% der Eigentumsanteile an der Betriebsgesellschaft KDV übernimmt und auf diese Weise wirksam jedes Interesse an einer Bevorzugung der Unitel wegfällt.

4. Unzulässigkeit der Angebotsausgestaltung

- 4.1. Die geplante Angebotsausgestaltung verstößt gegen eine Reihe von im Rahmen der Auftragsvorprüfung nicht disponierbaren Geboten bzw. Verboten des ORF-G. Um Gesetzeskonformität herzustellen, bedarf es einer erheblichen Reduktion des Angebotsumfangs sowie eines deutlich höheren Bestimmtheitsgrads der Angaben im Angebotskonzept.
- 4.2. Zunächst zum Unternehmensgegenstand: Teile des geplanten Angebots bewegen sich u.E. außerhalb des (zulässigen) Unternehmensgegenstands, da der gemäß § 2 Abs.1 Z 2 ORF-G **geforderte Zusammenhang mit den Rundfunkprogrammen des ORF nicht besteht** bzw. nur behauptet wird.
- Das trifft jedenfalls auf den **30%-Anteil der Klassiktheke-Inhalte** zu, der derzeit **gänzlich ohne Bezug zum ORF-Programm** zu Abruf angeboten wird und der lt. Angebotskonzept ‚*künftig auf ca. 10% verringert werden*‘ soll. (Anm.: Ob sich die %-Angaben im Angebotskonzept auf Titel oder Sendestunden beziehen, ist unklar; ebenso unklar ist, welcher Zeitraum mit ‚*künftig*‘ in Aussicht gestellt wird; die Angabe von ‚ca.‘ ist unpräzise und für eine Nachprüfung der Einhaltung einer Obergrenze untauglich).
 - Das trifft unseres Erachtens ebenfalls auf die **Kauf-/Fremdproduktionen** der Klassiktheke zu, **deren zeitlicher Bezug zum ORF-Programm nur deshalb behauptet** wird, weil es sich um Inhalte handelt, die im Laufe der letzten 70 Jahre (!) im ORF gezeigt wurden. Hierbei handelt es sich (soweit dies aus den Angaben im Antrag herauslesbar ist) um **insgesamt 25% des Katalogs** (‚1/3 von ca. 70%‘); ob Titel oder Stunden ist, wie gesagt, dem ORF-Antrag nicht zu entnehmen. Nur ein äußerst geringer Anteil dieser Archivinhalte dürfte tatsächlich einen relevanten zeitlichen Bezug zum ORF-Programm aufweisen.
 - Unzulässig sind, mangels Programmbezug, schließlich auch **online-only-Live-Inhalte** (Übertragung von Live-Events klassischer Musik ohne Programmbezug) sowie rein **redaktionellen Textinhalte** (‚Editorial‘), die ohne Bezug zu den ORF-Programmen Informationen zu klassischer Musik anbieten, insb. der Blog (‚Leonore und Florestan‘), der auf Basis der derzeitigen inhaltlichen Ausrichtung jeden Programmbezug vermissen lässt.
- 4.3. Nicht vom Unternehmensgegenstand, sehr wohl aber vom Angebot im Rahmen des öffentlichen Auftrags ausgenommen, sind **Fach- bzw. Zielgruppenangebote**. Als Angebot, das sich ausschließlich Inhalten der klassischen Musik verschreibt (siehe Angebotsbeschreibung) und das sich nach eigener Aussage an das ‚klassikinteressierte Publikum‘ (S 3) richtet, kann Fidelio nicht anders als ein fach- bzw. zielgruppenspezifisches Angebot iSv § 4f Abs. 2 Z 26 ORF-G qualifiziert werden (vgl. dazu die Erläuterungen zu § 4f Abs. 2 Z 26 ORF-G, wonach z.B. ein Online-Finanz- oder Wirtschaftsportal, ein Mode-, oder ein Society-Abrufangebot ebenfalls als fach- bzw. zielgruppenspezifisch zu qualifi-

zieren sind). Soweit die Angebotsinhalte daher nicht als *sendungsbegleitend* eingeordnet werden können, dürfen sie gem. § 4f Abs. 2 Z 26 ORF-G nicht zum Abruf angeboten werden.

- 4.4. Unter die absoluten Verbote von Angeboten im Rahmen des öffentlichen Auftrags gemäß § 4f Abs. 2 ORF-G fällt gemäß Z 24 auch die **Verlinkung zu Angeboten** außerhalb des öffentlichen-rechtlichen Kernangebots ohne Bezug zum Programm. Insbesondere untersagt sind Verlinkungen, die mit einer Kaufaufforderung verknüpft sind. Die lt. Angebotsbeschreibung geplanten Verlinkungen sind insoweit ebenfalls mutmaßlich gesetzeswidrig, da eine Verlinkung zu dem entgeltpflichtigen Angebot Fidelio wohl als Kaufaufforderung verstanden werden muss und da der inhaltliche ‚Programmbezug‘ („*Ergänzung, Vertiefung oder Erläuterung des Eigeninhalts*“) auf Basis der geplanten Katalogzusammensetzung der Klassithek ohnehin fehlt.
- 4.5. Das Erfordernis des **Programmbezugs** (§ 2 - Unternehmensgegenstand) bzw. der **Sendungsbegleitung** (§ 4f – Verbotstatbestände der Z 24 und Z 26) kann nicht allein deshalb bejaht werden, weil eine Sendung bzw. ein sonstiger Inhalt in den letzten Jahren oder Jahrzehnten einmal im ORF-Programm gezeigt wurde. Zur Auslegung der ‚Sendungsbegleitung‘ ist § 4e Abs. 1 Z 3 bzw. Abs. 3 ORF-G heranzuziehen, wonach es eines sehr engen inhaltlichen und zeitlichen (max. 30 Tage) Zusammenhangs bedarf. Zur Auslegung des ‚Programmbezugs‘ verweisen wir auf den engen zeitlichen Rahmen (7 Tage), der als Maßstab für die Herstellung eines zeitlichen Bezugs des Abrufangebots zum linearen Programm heranzuziehen ist (§ 4e Abs. 4 ORF-G), sowie auf die Sonderregel für geschichtliche Archive, die keinen zeitlichen Bezug erfordern.
- 4.6. Es liegt zwar im **Ermessen der KommAustria**, auf Basis von § 4f Abs. 1 ORF-G auch weitere, über die Grenzen des § 4e ORF-G hinausgehende Abrufangebote zu genehmigen, dieses Ermessen muss sich jedoch im Rahmen dessen bewegen, was auf Basis der Gesetze sachlich vertretbar ist. Sendungsbegleitenden Charakter bzw. Programmbezug mit Programmen herzustellen, die vor Jahren oder Jahrzehnten gezeigt wurden, käme u.E. einer gesetzeswidrigen Ermessensausübung gleich. Die Genehmigung eines Angebots, dass zu 10% (oder gar 30%) aus zugekauften Inhalten besteht, die noch nie im Rahmen der ORF-Angebote gezeigt wurden, ginge u.E. ebenfalls über den Ermessensspielraum hinaus. Wir gehen daher davon aus, dass die KommAustria den Angebotsumfang deutlich einschränken wird, sofern eine Genehmigungsfähigkeit des Angebots hergestellt werden soll.
- 4.7. Den Materialien zu § 4e ORF-G (Erl zur RV 611 BlgNR, 24.GP) ist zu entnehmen, dass die Konkretisierung des zulässigen Online-Abruf-Angebots insbesondere aus wettbewerbsrechtlichen Überlegungen sehr eng erfolgt ist, da im Online-Bereich, anders als im Bereich des klassischen Rundfunks, keine quantitative Beschränkung des Angebots technisch vorgezeichnet ist und es daher der Wettbewerbsschutz erforderlich macht, den zulässigen Angebotsbereich des ORF in Bezug auf Abrufdienste auf Basis der genannten Kriterien abzugrenzen. Diese Überlegungen sind auch heute noch valide. In den Materialien (und in § 4f Abs. 1 ORF-G) wird zwar festgehalten, dass die von § 4e ORF-G gezogenen Grenzen nicht abschließend sind, sodass Online-Angebote, die über diese Grenzen hinausgehen, auf Basis einer Interessensabwägung im Rahmen der Auftragsvorprüfung genehmigt werden können. Für diese Interessensabwägung gilt jedoch: Je weiter sich ein geplantes Abrufangebot des ORF über die von § 4e Abs. 4 ORF-G gezogenen Grenzen hinausbewegt, desto stärker steht es in einem Spannungsverhältnis zum Schutzzweck des § 4e ORF-G, also dem Schutz des Wettbewerbs vor einem auch im Online-Angebotsbereich dominanten ORF, und umso höher müssen die Anforderungen an die "Erfüllung der sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnisse der österreichischen Bevölkerung" und an die "wirksame Erbringung des öffentlich-rechtlichen

Kernauftrags, insbesondere zur Erreichung der in § 4 Abs. 1 und 5a genannten Ziele" sein (§ 6b Abs. 1 Z 1 ORF-G).

- 4.8. Das verfahrensgegenständliche Angebot geht schließlich auch noch an anderer Stelle deutlich über die von § 4e Abs. 4 ORF-G gezogenen Grenzen hinaus: Im Rahmen von Fidelio sollen auch **Exklusivausstrahlungen** von (in- oder ausländischen) Live-Events angeboten werden, die sich nicht im regulären ORF-Programm wiederfinden (d.h. online-only-Inhalte). Darüber hinaus sollen **alle Inhalte des Abrufkatalogs** („Klassithek“) offenbar **zeitlich unbefristet** angeboten werden. Nach einer sachlichen Rechtfertigung für diese erhebliche Überschreitung des gegenwärtigen gesetzlichen Rahmens für Abrufangebote des ORF (insb.: keine online-only Inhalte; enger zeitlicher Bezugsrahmen, siehe oben) sucht man im Angebotskonzept vergeblich. Die Genehmigungsfähigkeit des Angebots ist in diesen Punkten daher auszuschließen.
- 4.9. Schließlich ist zu kritisieren, dass der ORF plant, das Angebot auch im Wege **kommerzieller Online-Kommunikation** zu verwerten. Lt. Angaben des ORF sind nicht nur Werbespots im Rahmen von Livestreams und Abrufinhalten (sog. in-stream-Werbung), sondern auch alle anderen gängigen Formen des Displays-Advertisings geplant (§ 13f). Der ORF rechnet mit Werbeerlösen aus der Online-Vermarktung des Angebots zwischen 102.000 (2022) und 110.000 EUR (2026) pro Jahr. Nicht nur leistet eine werbliche Verwertung des Angebots keinen wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrages, sondern sie schadet im Gegenteil dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Angebots. Darüber hinaus sind aufgrund der Vermarktung des Angebots Verzerrungen am Werbemarkt, insb. am Online-Werbemarkt, zu erwarten, da das ORF-Angebot den Angeboten österreichischer Wettbewerber – gestützt auf Beihilfen aus GIS-Gebühren – Aufmerksamkeit entziehen wird und im relevanten Werbekunden-Segment (u.a. Klassik-Festspiel-Veranstalter, private und öffentliche Kulturinstitutionen, usw.) den Wettbewerbsdruck für u.a. österreichische Privatsender im TV-, Radio- und Online-Bereich substantiell erhöhen wird.
- 4.10. Um die **Genehmigungsfähigkeit** des geplanten Angebots herzustellen, müsste das Gesamtausmaß an Fremdproduktionen insgesamt auf ein überprüfbares Maximum (von z.B. max. 10%) begrenzt und Fremdproduktionen ohne Programmbezug grundsätzlich untersagt werden. Online-Only-Live-Übertragungen müssten ebenfalls untersagt werden, d.h. sie müssten zumindest im Spartenkanal („ORF III Kultur und Information“) oder in einem Hauptprogramm gezeigt werden – nicht zuletzt, um der Tendenz der Auslagerung von Public-Value-Inhalten in das ORF-Online-Angebot entgegenzuwirken. Und schließlich müsste jedenfalls für alle Fremdproduktionen eine zeitliche Beschränkung der maximalen Bereitstellungsdauer (von max. 1 Monat) eingezogen werden. Die kommerzielle Verwertung des Angebots im Wege von Online-Werbung ist grundsätzlich abzulehnen bzw. zu untersagen; dass hierdurch die Netto-Kosten des Angebots für den ORF steigen, muss der ORF in Kauf nehmen, bzw. durch eine Erhöhung der Abogebühren abfedern (siehe dazu unten).

5. Mangelnde Plausibilität des Finanzierungskonzepts

- 5.1. Nach Flimmit ist Fidelio nun schon das zweite kommerzielle Online-Abrufangebot, das der ORF nach mehrjährigen Anlaufverlusten von einem kommerziellen in ein öffentlich-rechtliches, aus Gebühren und kommerziellen Erlösen mischfinanziertes Angebot umwandeln möchte. Und wie schon bei Flimmit beruft sich der ORF auch im gegebenen Zusammenhang wieder darauf, dass es aufgrund der Höhe der Anlaufverluste als erwiesen anzunehmen ist, dass ein Inhalteangebot wie Fidelio **rein kommerziell orientiert wirtschaftlich nicht tragbar** ist.

- 5.2. Die Frage, ob ein kommerzieller Betrieb von www.myfidelio.at tatsächlich wirtschaftlich nicht tragfähig ist, sollte jedenfalls gutachterlich überprüft werden. Unseres Erachtens bestehen Zweifel an dieser Behauptung, die wir einerseits daran festmachen, dass es **konkurrierende, in Größe, Ausrichtung und Angebotsumfang vergleichbare Klassik-Abruf-Angebote gibt, die offenbar kommerziell reüssieren** - siehe z.B. Takt1 (<https://www.takt1.de>) oder MediciTV (<https://www.medici.tv>).² Zum anderen konnte Fidelio laut eigener Aussage die **Zahl ihrer Abonnenten im Jahr 2020 um über 200 Prozent auf mehr als 20.000 User steigern**.³ Die Grundsatzfrage – ob es eine überzeugende sachliche Rechtfertigung dafür gibt, öffentliche Mittel in ein Online-Angebot zu investieren, das (offenbar) ebenso kommerziell betrieben werden könnte – ist unseres Erachtens einer professionellen und unabhängigen Klärung zuzuführen.
- 5.3. Ein weiterer Kritikpunkt unsererseits betrifft die **Höhe der beantragten Gebührensубvention**: Fidelio soll sich in Zukunft nur zu etwa 30% aus Endkundenentgelten (Abonnements) und Werbeeinnahmen finanzieren; der Rest, also ca. 70% des jährlichen Finanzierungsbedarfs bzw. jährlich ca. 0,8 Millionen EUR, soll aus Programmengeldern kommen. Auffällig in der Geschäftsplanung ist die geringe Höhe der geplanten Aboentgelte, die sich in einem Tarifkorridor zwischen EUR 30 und EUR 50 pro Jahr pro Abonnement bewegen sollen, und damit weit unter den derzeitigen Fidelio-Jahresabopreisen (EUR 150/Jahr) und auch weit unter den Jahresabopreisen von Takt1 und MediciTV (jeweils EUR 100/Jahr) bewegen sollen. In Konsequenz dieser Tarifpolitik ist auf Basis der Kunden- und Erlöserwartung z.B. für 2022 mit einem **Durchschnittserlös pro Kunde von EUR 60** und einer **Gebührensубvention pro Kunde von EUR 220** zu rechnen. Dieses Missverhältnis liegt aus Sicht der Gebührenzahler:innen wohl jenseits jeder sachlichen Rechtfertigung. Darüber hinaus verzerrt diese Preisgestaltung auch offensichtlich den Wettbewerb, denn es sollen Gebührenmittel dazu eingesetzt werden, Endkundenpreise des eigenen Angebots zulasten vergleichbarer, nicht-sубventionierter, kommerzieller Angebote am Markt, zu bevorzugen. Die Antwort darauf kann nur sein, dass der geplante Aboentgeltkorridor an eine marktübliche Höhe von (derzeit) EUR 100 oder mehr angepasst wird. (Anm: Da es sich bei den beiden o.a. Angeboten um Angebote aus dem EU-Binnenmarkt handelt, die sich auch an österreichische Nutzer richten, wird nach unserem Verständnis eine Preiskorrektur von Amts wegen von der Bundeswettbewerbsbehörde zu verlangen bzw. von der KommAustria vorzunehmen sein)⁴.
- 5.4. Bereits unter Punkt 2. oben wurde auf die Lückenhaftigkeit bzw. mangelnde Plausibilität vieler Angaben des Finanzierungsplans hingewiesen. Lücken bzw. mangelnde Nachvollziehbarkeit im Finanzplan sind aus Sicht der KommAustria vor allem deshalb inakzeptabel, weil die **Höhe des Zuflusses aus Programmengeldern ausreichend determiniert sein muss**, sodass das wirtschaftliche Risiko für jene Nutzer, die das VOD-Angebot nicht in Anspruch nehmen (aber über ihre Programmengelder mitfinanzieren) klar eingrenzbar ist (KOA 11.280/18-004). Konkret sind folgende Angaben der vorgelegten Finanzplanung auffällig bzw. unplausibel:

² Die Behauptung von Gutachter RA Reidlinger, dass es sich bei diesen Anbietern um mit Fidelio nicht vergleichbare Angebote handelt, ist auf Basis der Recherchen des DerStandard (<https://www.derstandard.at/story/2000123759141/klassik-am-bildschirm-festspielzeiten-fuer-den-videostream>) nicht nachvollziehbar; lt. der Berichterstattung des Standard sind die Angebote in ihrem Umfang durchaus vergleichbar: Fidelio 1.500 Videos, Takt1: 2.000 Videos, MediciTV 3.000 Videos.

³ Siehe ebendort (Bericht DerStandard).

⁴ Die zu erwartenden Auswirkungen auf den Wettbewerb im EU-Binnenmarkt jedenfalls auch deshalb zu berücksichtigen, weil das Fidelio-Angebot auch außerhalb Österreichs vermarktet werden soll (siehe S 12: "Vermarktung des Abrufdienstes auch über Plattformen von Drittanbietern (etwa regionale und überregionale Kabelnetzbetreiber und Over-the-Top (OTT)-Anbieter) sowie eine Erstreckung auf den deutschsprachigen europäischen Raum").

- Die **Zahl der Abonnenten** betrug 2019 lt. Konzernabschluss des ORF (Beilage II 39f) 1.500 Abonnenten. 2020 stiegen die Abonnentenzahlen laut Berichterstattung des DerStandard⁵ lockdown-bedingt auf ca. 20.000. Für 2022 geht der vorgelegte Finanzplan allerdings nur von durchschnittlich 3.700 Nutzern aus.
- Die **Umsatzerlöse** des Jahres 2019 betragen (exklusive Sondereffekten) ca. 500.000 EUR (Aboerlöse und Werbeerlöse); trotz mehr als doppelt so hoher Kundenzahl fallen die Erlöse aus Abos und Werbung lt. Finanzplan in 2022 auf ca. 300.000. Der geplante Erlösrückgang lässt sich aber nur teilweise aus der geplanten Senkung der Abopreise erklären; auffällig ist z.B. dass die höhere Kundenzahl im Jahr 2022 eine höhere Nutzung des Dienstes impliziert und daher auch entsprechend höhere Online-Werbeerlöse zu erwarten wären; überdies ist mit Elastizitätseffekten (höhere Kundenzahl infolge niedrigerer Preise) zu rechnen. Die Umsatzerlösschätzung ist uE insgesamt wenig plausibel.
- Gleiches gilt für die Kostenschätzung, insb. die Angaben zur und die Schätzung der **Plattformkosten**: lt. Konzernabschluss 2019 „*wird die derzeit bestehende Online-Plattform von „fidelio“ 2020 ersetzt, da der technische Support eingestellt wird*“ (Beilage II/39). Lt. Angebotskonzept (S 17) soll hingegen infolge "*der Ausgestaltung als öffentlich-rechtlicher Abrufdienst des ORF die bestehende Online- Plattform erhalten und verbessert werden.*“ DerStandard⁶ wiederum berichtet, dass die Plattformen Flimmit und Fidelio gemeinsam weiterentwickelt und in den ORF-Player integriert werden sollen. Es ist also völlig unklar, welche Plattform verwendet, abgelöst oder weiterentwickelt werden soll. Die Angaben zu den Plattformkosten erscheinen vor diesem Hintergrund jedenfalls erklärungsbedürftig.
- Weiteren Erklärungsbedarf sehen wir hinsichtlich der Steigerung der **Personalkosten** (von 160.000 EUR auf 220.000 EUR), der Steigerung des **Gesamtaufwands** (von 800.000 EUR auf 1,2 Mio. EUR) und vor allem hinsichtlich des nicht angesetzten **wirtschaftlichen Werts aller sonstiger Leistungen**, die der ORF-Konzern zum Geschäftserfolg des Gemeinschaftsunternehmens beitragen soll. Dazu gehören die gemeinsame **Vermarktung** (ORF Enterprise), die **Verlinkung** von ORF-Angeboten zur Fidelio-Plattform (Radiothek, TVthek), die **Verwendung der Marke ORF**, **Entwicklungskosten** der Plattform (v.a. im Zuge der Integration mit Flimmit und später dem ORF-Player), und vor allem der ökonomische **Wert der Werbung** für Flimmit in ORF-Programmen und Angeboten, die offenbar kostenfrei zur Verfügung gestellt werden sollen.
- Der Umfang der offenen und versteckten Subventionen des ORF ist – wie schon eingangs betont (siehe Pkt. 2 oben) – vor allem für eine transparente und sachliche Bewertung der Wirkungen auf den Wettbewerb und für eine fundierte Bewertung des (behaupteten) öffentlich-rechtlichen Mehrwerts notwendig.

5.5. Fazit: Es bedarf u.E. jedenfalls einer detaillierten, unabhängigen Bewertung des Finanzplans durch einen Gutachter.

6. Negativer Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags

6.1. Gemäß § 6a Abs. 1 ORF-G hat der ORF im Rahmen des Auftragsvorprüfungsverfahrens zu begründen, ob und in welchem Ausmaß das neue Angebot zur wirksamen Erbringung des öffentlich-rechtlichen **Kernauftrags beiträgt** und mit welchen Auswirkungen des neuen Angebots auf die **Angebotsvielfalt** zu rechnen ist.

⁵ Siehe FN 2.

⁶ Siehe <https://www.derstandard.at/story/2000124032414/abrufdienste-flimmit-und-fidelio-werden-in-die-orf-player-organisation> .

- 6.2. Der ORF hat zu diesem Zweck ein Gutachten bei ao. Prof. Dr. Steinmaurer (Uni Salzburg) in Auftrag gegeben. Prof. Steinmaurer betrachtet das Angebot von myfidelio.at als „*genuin öffentlich-rechtliches Angebot*“ (S 6)“; er geht in seiner zusammenfassenden Stellungnahme von einer „*Stärkung des öffentlich-rechtlichen Programmspektrums und einer qualitativen Verbesserung des Kunst- und Kulturangebots des ORF*“ sowie „*von einer Verbesserung der Angebotsvielfalt*“ aus.
- 6.3. Wir halten die Schlussfolgerung des Gutachters für verfehlt. Die Bewertung von Fidelio als ‚genuin öffentlich-rechtliches Angebot‘ ist angesichts des Umstandes, das mit Takt1 und MediciTV (siehe oben Pkt. 4) zumindest zwei mit Fidelio vergleichbare Angebote kommerzieller Natur für Nutzer aus Österreich verfügbar sind, jedenfalls verfehlt.
- 6.4. Besonders augenfällig ist das Missverhältnis zwischen dem **Nutzen für eine sehr kleine Gruppe** von Nutzern und den **hohen Kosten, die die Gesamtheit aller ORF-Gebührenzahler:innen auf sich nehmen** soll. Umverteilungseffekte liegen zwar in der Natur der Gebührenpflicht und der Erbringung von öffentlich-rechtlichen Inhalteangeboten, die zwangsläufig nicht immer den Geschmack jedes oder jeder Einzelnen treffen. Im vorliegenden Fall besteht aber ein besonderes Missverhältnis zwischen jenen, die profitieren (ca. 1% der gebührenpflichtigen Haushalte) und allen anderen, die beitragen müssen (den verbleibenden 99 %): Auf Basis des vorliegenden Finanzplans wird Fidelio 2022 durchschnittlich von knapp 3.700 Kunden genutzt werden; ihnen wird für den Zugang zum Angebot ein Abo-Entgelt von durchschnittlich EUR 60 verrechnet werden. Die Bereitstellung des Angebots soll die Gebührenzahler:innen umgekehrt knapp 800.000 EUR kosten, die entweder über eine Anhebung der GIS-Gebühr oder über eine Minderleistung des ORF im Bereich der sonstigen öffentlich-rechtlichen Angebote finanziert werden muss.
- 6.5. Die Aussagekraft der Schlussfolgerungen von Prof. Steinmaurer („*Stärkung der ORF-Programmstruktur und Stärkung der Vielfalt*“) ist vor diesem Hintergrund begrenzt: Fidelio ist nur dann ein Zusatzangebot zu den bestehenden Klassikabrufangeboten, wenn man unterstellt, dass der Dienst Fidelio und sämtliche Inhalte der Plattform andernfalls gar nicht zum Abruf zur Verfügung gestellt würden. Nur unter dieser Voraussetzung kann dem Angebot ein zwar **geringer**, aber positiver **Beitrag zum Kunst- und Kulturangebots** des ORF und zur **Angebotsvielfalt** attestiert werden. Sobald das Angebot allerdings in seinem realen Kontext betrachtet und bewertet wird, ist der Saldo negativ, denn die Stützung des Angebots mit 800.000 EUR führt (wie schon dargestellt) entweder zu einer Zusatzbelastung aller Gebührenzahler:innen zum Vorteil einer unverhältnismäßig kleinen Gruppe oder zu einer Reduktion der Angebotsvielfalt in anderen Bereichen.

7. Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen des Angebots

- 7.1. Die mangelnde Bestimmtheit der Angebotsbeschreibung verunmöglicht es, die Wettbewerbsauswirkungen des (geplanten) Angebots abschließend zu bewerten (siehe dazu schon oben). Die folgende Bewertung kann daher nur als vorläufige Bewertung herangezogen werden.
- 7.2. Auf Basis der uns aufgrund der Antragsunterlagen zugänglichen Information erwarten wir – falls das Angebot in der vorliegenden Form genehmigt werden sollte – folgende, für das Funktionieren des Wettbewerbs abträgliche Wirkungen:
- 7.3. **Markt(segment) für Klassik-Abrufangebote:** Fidelio steht in einem unmittelbaren Konkurrenzverhältnis zu privatwirtschaftlichen Angeboten wie bspw. Takt1 und MediciTV. Darüber hinaus konkurriert Fidelio mit diversen Abrufangeboten österreichischer Kulturinstitutionen, wie zB

- der Wiener Staatsoper (<https://www.wiener-staatsoper.at/>), die Operaufführungen online abrufbar macht,
- dem Konzerthaus (<https://konzertzuhaus.at/streaming-konzerte/>),
- der Volksoper (https://www.volksoper.at/volksoper_wien/kinder/JungeVolksoper_home.de.php),
- dem Theater an der Wien (<https://www.theater-wien.at/de/jugend/zu-hause/oper-fuer-die-ganze-familie> sowie <https://www.theater-wien.at/de/multimedia/video-on-demand>) und anderen.

Ein für diesen Markt relevantes Konkurrenzverhältnis besteht darüber hinaus mit Rundfunkveranstaltern, u.a. Radioveranstaltern, die im Rahmen ihrer Angebote einen Schwerpunkt auf klassische Musik richten, wie zB <https://radioklassik.at/programm/live-stream>.

Die Umwandlung von Fidelio in ein öffentlich-rechtliches Angebot wird auf diesem (Endkunden-)Markt zu erheblichen Verzerrungseffekten führen, die sich aus der überlegenen Finanzausstattung des Angebots, der Einbettung in die ORF-Bestandsangebote, der Nutzung der Marke bzw. Nähe zur Marke ORF, der gemeinsamen Vermarktung (siehe unten) und der kostenfreien Bewerbung des Angebots ergeben. Darüber hinaus ist die geplante Endkundenpreisgestaltung offensichtlich wettbewerbswidrig (Senkung von 150 EUR auf 30-50 EUR; siehe dazu schon oben).

- 7.4. **Werbemärkte:** Abgeleitet aus dem Konkurrenzverhältnis auf dem Endkundenmarkt wird es durch die geplante Umwandlung von Fidelio in ein öffentlich-rechtliches Angebot zu Verzerrungseffekten auf den **betroffenen Werbemärkten** kommen, wobei sich die Effekte **nicht auf den Online-Markt beschränken** lassen, da Werbekunden im Klassikbereich ihre Werbeetats häufig nicht angebotsplattformspezifisch (i.e. Rundfunk/TV/Radio als Werbeplattform, oder Online als Werbeplattform) sondern **anbieter-spezifisch** (aufgrund entsprechender Qualitätsansprüche an das Werbeumfeld) verplanen. Eine durch Gebührensубventionierung herbeigeführte Stärkung des ORF als Werbeplattform für diese Kundengruppe ist daher jedenfalls zu vermeiden.
- 7.5. **Lizenzmärkte:** Negative Auswirkungen auf die Lizenzmärkte (Stärkung der Marktmacht des ORF) **zulasten alternativer Lizenznehmer** bzw. **zulasten der Produzenten** selbst sind ebenfalls zu erwarten, insbesondere dann, wenn Unitel weiterhin am Gemeinschaftsunternehmen beteiligt ist und direkt/indirekt Kontrollrechte in Bezug auf die Geschäftsführung wahrnimmt. Durch geeignete Auflagen (Nichtdiskriminierung, Preistransparenz) sollte diesen Effekten gegengesteuert werden.
- 7.6. **ORF-Player/Integration:** Die geplante Zusammenführung des Fidelio-Angebots mit Flimmit auf einer gemeinsamen Plattform wird voraussichtlich die wettbewerbswidrigen Effekte, die vom Angebot von Flimmit auf den Markt für österreichische Bewegtbild- Unterhaltungsinhalte ausgehen, verstärken. Zusätzliche Verzerrungseffekte sind zu erwarten, sollte Fidelio (und Flimmit) mit den geplanten ORF-Player in ein Gesamtangebot zusammengeführt werden.