

## STELLUNGNAHME

des Verbands der Österreichischen Privatsender (VÖP)  
zum Angebotskonzept für einen öffentlich-rechtlichen Abrufdienst  
mit fiktionalem Schwerpunkt (Filme und Serien)

### 1. Zusammenfassung

Vor knapp mehr als zwei Jahren erwarb der ORF eine Mehrheitsbeteiligung am VoD-"Feinkostladen" Flimmit, in der Erwartung eines Break-Even in drei bis fünf Jahren. Knapp zwei Jahre später betrachtet der ORF das Angebot als gescheitert, eine Kostendeckung im kommerziellen Betrieb sei unmöglich ("Marktversagen").

Geht es nach dem vorliegenden Angebotskonzeptvorschlag, soll Flimmit - mit leicht verändertem Inhalteportfolio - als 'öffentlich-rechtlicher VoD-Dienst für Filme und Serien' weitergeführt werden. Die Umwandlung von einem kommerziellen in ein öffentlich-rechtliches Angebot soll 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 soll das Angebot aber für Endkunden entgeltpflichtig sein (Jahresabonnement und zusätzliche Transaktionsentgelte im Einzelfall).

Diese Stellungnahme kommt zum Ergebnis, dass der ORF-Vorschlag **nicht genehmigungsfähig** ist.

Der Vorschlag des ORF ist höchst unbestimmt und zum Teil in sich widersprüchlich, das eigentliche 'Angebotskonzept' ist äußerst kurz (knapp sechs Seiten) und klammert viele, für eine zukünftige Überprüfbarkeit der Einhaltung des Angebots maßgebliche Inhalte aus. Daher gehen wir davon aus, dass der vorliegende Vorschlag schon die **formellen Voraussetzungen nicht erfüllt**, und zurückzuweisen sein wird (Pkt. 2.2.)

Der Vorschlag des ORF scheitert aber vor allem daran, in inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Bedingungen zu erfüllen. Insbesondere darf das geplante Angebot nicht gegen unabdingbare **gesetzliche Verbote** verstoßen - diese Bedingung wird gleich mehrfach nicht erfüllt (Pkt. 3): Als ausschließliches Unterhaltungsangebot entspricht das Angebot weder den Grundanforderungen an den **Unternehmensgegenstand des ORF** (Programmbezug), was insbesondere auf den Abruf von Fremdproduktionen zutrifft, noch lässt es sich hinreichend von privaten VoD-Angeboten abgrenzen, wodurch das Gebot der **Unverwechselbarkeit** als Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags verletzt wird. Die intendierte Überschreitung sämtlicher, zum Schutz des Wettbewerbs bisher geltenden **Grenzen für das programmbegleitende Abrufangebot** (Fremdproduktionsverbot, Downloadverbot, Begrenzung der Zurverfügungstellungsdauer), und der Verstoß des Angebots gegen spezifische öffentlich-rechtliche **Online-Verbote** (Unterhal-

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

tung, E-Commerce, Zielgruppenangebote) sorgen für weitere, qualifizierte Gesetzesverstöße des geplanten Angebots.

Und schließlich ist 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 erscheinen. Ungeachtet der kurzfristig negativen Betriebsergebnisse deuten die **Zukunfts Aussichten** für ein Abrufangebot mit österreichischen Unterhaltungsinhalten allerdings in eine wirtschaftlich sehr positive Richtung, wozu vor allem das zu erwartende Nachfragewachstum und die positiven Skalierungseffekte beitragen; ein Marktversagenszenario ist daher auszuschließen.

Zu den Voraussetzungen für die Genehmigungsfähigkeit eines neuen ORF-Angebots zählt vor allem auch die **Wettbewerbsverträglichkeit** des geplanten Angebots (Pkt. 4). Wenig überraschend erwarten weder ORF noch der beauftragte Gutachter Dr. Reidlinger abträgliche Wettbewerbsentwicklungen ("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 sind allerdings nicht an Netflix & Co zu messen. Tatsächlich ist Flimmit in **abgegrenzten Marktsegmenten** ('österreichische Inhalte', 'Qualitätsinhalte') tätig, was durch das Ergebnis einer aktuellen Bestandskundenumfrage unter Flimmit-Kunden bestätigt wird. Wettbewerbswirkungen, die von breiten VoD-Unterhaltungsangeboten wie Netflix ausgehen, besitzen daher wenig Relevanz.

In den vor allem auf die Nachfrage nach hochqualitativen bzw. österreichischen Unterhaltungsinhalten abzielenden VoD-Marktsegmenten ist Flimmit ein bzw. *der* dominante Anbieter. Wird Flimmit durch die Anerkennung als öffentlich-rechtliches Angebot von der Notwendigkeit, ein betriebswirtschaftlich positives Ergebnis zu produzieren, entkoppelt, würde die **Dominanz von Flimmit einementiert**. Das Entstehen selbsttragenden Wettbewerbs, insbesondere für Abrufangebote österreichischer Unterhaltungsfilm- 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 sind allerdings nicht auf die Endkundenmärkte beschränkt, sondern sind auch auf den **vorgelagerten VoD-Lizenzmärkten** zu spüren, einerseits als Konsequenz des Wegfalls von Gleichbehandlungsgebieten, 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

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

schützenswerten Wettbewerbs ist eine Genehmigung des ORF-Vorschlags daher auszuschließen.

Der letzte Teil der Stellungnahme setzt sich mit der Frage auseinander, ob das geplanten ORF-Angebot einen wirksamen **Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags** bzw. zur Steigerung der Angebotsvielfalt zu leisten im Stande ist (Pkt. 5). Auch diese Prüfung verläuft im Ergebnis negativ: Die seitens des ORF behaupteten positiven Effekte sind in der Realität nicht zu erwarten bzw. fallen so geringfügig aus, dass sie unter keinen Umständen die zu erwartenden negativen Effekte auf die Wettbewerbssituation auf den relevanten Märkten aufzuwiegen geeignet sind. Nicht zu rechnen ist z.B. mit einer Verbesserung der 'österreichischen kreativen Produktion', die, anstatt von zusätzlichen VoD-Lizenz-erlöse 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 ist genau genommen nicht nur rechtlich irrelevant (denn eine zusätzliche technische Verbreitung ist nicht Teil des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags), sondern es wird dabei auch übersehen, dass das Angebot eine Duplizierung des on-demand-Abrufdienstes TVthek darstellt. Spürbare Vorteile für junge Seher werden ebenfalls nicht eintreten, da der Dienst kostenpflichtig ist, keine für dieses Sehersegment speziell interessanten Inhalte anbieten wird, 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 führt - im Gegenteil - zu einer **Verwässerung des öffentlich-rechtlichen Profils** und zu einer **Verschlechterung der Inanspruchnahme der öffentlich-rechtlichen Gesamtprogrammangebote** (einschl. Informations-, Bildungs-, Kulturinhalten).

Das geplante Angebot des ORF erweist sich daher auf Basis des spezifischen Prüfungskatalogs der §§ 6ff ORF als **nicht genehmigungsfähig**. Der Antrag des ORF wird in seiner Gesamtheit **zurück- bzw. abzuweisen** sein.

## **2. Grundsätzliches zum vorgestellten Angebotskonzept**

### **2.1. Zur Ausgangssituation**

Zu Beginn des Jahres 2015 erwarb der ORF eine Beteiligung am VoD-Anbieter Flimmit (25,1%) und baute diese Beteiligung im Laufe der nächsten zwei Jahre auf nahezu 100% aus. Im Zuge des offiziellen Re-Launch im Frühjahr 2015 äußerte sich die ORF-Führung überschwänglich positiv zu den Zukunftsaussichten der Plattform ('Feinkostladen', 'strategische Partnerschaft angesichts der Herausfor-

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

derungen durch Netflix', '2 Mio. EUR-Investment mit Break-Even in drei bis fünf Jahren', usw.)<sup>1</sup>.

Knapp zwei Jahre später sieht die Sache (offenbar) anders aus. Der ORF betrachtet das VoD-Diensteangebot von Flimmit als kommerziell gescheitert. "*Keine Kostendeckung im stand-alone kommerziellen Betrieb möglich*", titelt der entsprechende Abschnitt des vorliegenden Angebotskonzeptvorschlags (§ 10); der ORF spricht von '**Marktversagen**'.

Und nun? Eine Option bestünde darin, das Angebot einzustellen und einen Verlust von 2 Mio. EUR verbuchen. Eine weitere Option bestünde darin, auf Partner- oder Kaufinteressentensuche zu gehen. Und schließlich bestünde natürlich auch die Möglichkeit, das Angebot so umzubauen, dass es bessere Marktchancen hätte - durch kostensenkende und/oder absatz- bzw. erlössteigernde Maßnahmen, wie z.B. Veränderungen im Inhalteportfolio, in der Preisgestaltung, der Vermarktung, usw. Für keine dieser **Optionen** hat sich der ORF entschieden.

Der ORF versucht einen anderen Weg zu gehen: Flimmit soll als VoD-Dienst mit leicht verändertem Inhalteportfolio, ansonsten aber weitgehend unverändert, fortgeführt werden. Das wirtschaftliche Überleben soll durch eine **Querfinanzierung aus Gebührenmitteln** sichergestellt werden.

Auf diesem Weg ersparen sich die ORF-Entscheidungsträger das Eingeständnis, beim Erwerb von Flimmit (vielleicht doch<sup>2</sup>) einer kommerziellen Fehleinschätzung unterlegen zu sein.<sup>3</sup> Ebenfalls ersparen sie sich die Verbuchung der vollständigen Abschreibung des noch verbliebenen Buchwerts, da das VoD-Angebot weiterhin operativ bliebe und (als öffentlich-rechtlicher Dienst) sogar positive Zukunftsperspektiven aufweisen würde. Und schließlich - das ist der wichtigste Grund von allen - erlaubt diese Vorgangsweise dem ORF, den Wettbewerbsdruck im Verhältnis zu den privaten Wettbewerbern nicht nur voll aufrechtzuerhalten, sondern insbesondere im wachsenden **Markt(segment) für österreichische Unterhaltungsinhalte** auf Abruf die **überwältigende Dominanz des ORF-Angebots** zu zementieren. Denn schließlich wird das öffentlich-rechtliche Flimmit-Angebot im Falle der Anerkennung als öffentlich-rechtliches Angebot (qua Programmteilstützung) kommerziell unbesiegbar.

---

<sup>1</sup> Siehe z.B. [https://www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20150316\\_OT0197/flimmit-baut-aus-groesseres-angebot-neues-layout-neuer-partner-orf](https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150316_OT0197/flimmit-baut-aus-groesseres-angebot-neues-layout-neuer-partner-orf).

<sup>2</sup> Siehe <http://derstandard.at/2000062272716/ORF-TVthek-Flimmit-und-dieSpielregeln-des-Supermarktes>.

<sup>3</sup> Ursächlich für die mangelnde kommerzielle Tragbarkeit des Dienstes sind laut ORF (§ 10f des Vorschlags) a) die 'technischen und administrativen Kosten', b) die 'Lizenzkosten für den Erwerb von Film- und Serienverwertungsrechten' und c) die 'mangelnde Erlaubnis zur Nutzung der Marke ORF bei der Vermarktung des VoD-Angebots'. Diese Begründung ist wenig überzeugend, nicht zuletzt deshalb, weil die relevanten Rahmenbedingungen (Betriebskosten, Lizenzkosten, Markennutzungsmöglichkeiten) allesamt bereits zum Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs bekannt gewesen sein mussten.

Die ORF-Strategie, die mit der Einleitung des gegenständlichen Auftragsvorprüfungsverfahrens verfolgt wird, ist somit klar. Der vorgelegte Angebotskonzeptvorschlag versucht ein '**Reframing des Bestandsangebots**: Das kommerzielle Angebot von Flimmit soll in einem öffentlich-rechtlichen Kontext neu definiert werden. Der Vorschlag suggeriert, es handle sich beim 'öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt' um ein neues Angebot, das der Erreichung legitimer öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen dient (u.a. "zur Sicherstellung der Auffindbarkeit und Zugänglichkeit von ORF-Produktionen", und zur Schaffung von "Vorteilen für die österreichische Produktionslandschaft"), obwohl es Flimmit als kommerzielles VoD-Angebot schon seit vielen Jahren auf dem österreichischen Markt gibt und die geplanten Änderungen im Flimmit-Angebot nur geringfügig ausfallen sollen.

Diese Stellungnahme wird zeigen, dass der ORF-Vorschlag **nicht genehmigungsfähig** ist. Das vorgeschlagene 'öffentlich-rechtliche' VoD-Angebot verstößt in seiner Gesamtheit und in einzelnen Teilbereichen gegen zwingende gesetzliche Vorgaben des ORF-G (Abschnitt 3). Es droht den ohnehin angespannten Wettbewerb zwischen dem ORF und privaten Anbietern spürbar und nachhaltig zu schädigen und Endkunden und Produzenten auf unbestimmte Dauer an ein (zu erwartendes) **Monopolangebot für österreichische Unterhaltungsinhalte auf Abruf** zu binden (Abschnitt 4). Und es weist keinen nennenswerten öffentlich-rechtlichen Mehrwert auf, sondern bedroht, ganz im Gegenteil, die wirksame Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags im linearen Fernsehen bzw. der TVthek (Abschnitt 5).

Aus unserer Sicht sollte der vorliegende Vorschlag daher ersatzlos zurückgezogen werden.

## **2.2. Wesentliche Elemente des geplanten Angebots**

Die Bewertung des Angebots hat auf Basis der konkreten Angebotselemente zu erfolgen. Daher werden im Folgenden die wesentlichen Angebotselemente aufgelistet, soweit dies angesichts der zT unbestimmten Angebotsbeschreibung (siehe dazu sogleich unter Pkt. 2.3.) möglich ist:

- Art des Dienstangebots: Video-On-Demand (VoD)-Dienst
- Angebotsinhalt:
  - Angebotsformate: primär sollen Spielfilme und Serien (Fiktion) angeboten werden, ergänzt durch nicht-fiktionale Inhalte
  - Lizenzinhaber: bei den Inhalten soll es sich um Eigenproduktionen, Auftrags- und Gemeinschaftsproduktionen sowie Kaufproduktionen mit ORF-Programmbezug (S 11; dh Produktionen, die im ORF gezeigt wurden/werden oder ORF-Themenschwerpunkte betreffen) und 'in untergeordnetem Ausmaß' sonstige attraktive Kaufproduktionen (S 14) handeln
  - Herkunft: primär österreichische und deutschsprachige Inhalte, ebenso wie internationale Inhalte (Europa und Rest der Welt)

- Thematisch: die geplanten 'Inhaltskategorien' (S 17) sind diesbezüglich offen, vermutlich werden die gängigen Genres fiktionaler Unterhaltung angeboten [zumindest lässt sich dies aus dem derzeitigen Angebotsumfang von Flimmit schließen]
- Umfang: der Gesamtumfang der Inhalte dürfte größer als dzt. (mehr als 4000 Titel) geplant sein; es ist an eine 'schrittweise Bündelung aller abrufbaren audiovisuellen Inhalte' (S 23) gedacht
- Finanzierung: Die wirtschaftliche Grundlage soll durch eine Ko-Finanzierung von Endkundenerlösen und Programmertgelten hergestellt werden (S 15f); es werden (offenbar) keine Erlöse aus kommerzielle Kommunikation geplant
- Zielgruppe: der Dienst zielt v.a. auf junge, internetaffine Seher (25 bis 55 Jahre; S 20) ab
- Zeitliche Gestaltung: ORF-Programminhalte sollen grundsätzlich ab dem 7. Tag nach TV-Ausstrahlung ('komplementär' zur TVthek) angeboten werden; die Bereitstellung soll 'möglichst dauerhaft' erfolgen (S 21)
- Technische Nutzbarkeit:
  - Der Dienst soll zum internetbasierten Empfang über feste und mobile Endgeräte bereitgestellt werden; eine zusätzliche Verbreitung über Kabelnetze, OTT-Plattformen (in Österreich und ggfls. im weiteren deutschsprachigen Raum; S 14) sowie über Satelliten (S 22) wird in Aussicht genommen;
  - der Dienst soll um Empfehlungsfunktionen und Suchfunktionen angereichert werden;
  - das Inhalteangebot soll nutzerfreundlich strukturiert werden (nach verschiedenen inhaltlichen Kriterien geordnet, zusätzlichen 'Kollektionen' und 'Subkanälen', usw (S 18ff)

Die Bewertung des Angebots in seiner Gesamtheit sowie einzelner Angebotselemente im Hinblick auf deren gesetzliche Zulässigkeit, wettbewerbliche Wirkungen und ihren Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erfolgt in den Abschnitten 3 bis 5.

### **2.3. Formale Mängel des Angebotskonzeptvorschlags**

Vorab wird der Vorschlag für das Angebotskonzept dahingehend überprüft, ob die formalen Mindestanforderungen, insb. jene gemäß § 6a ORF-G, erfüllt sind.

§ 6a Abs. 1 Z 1 ORF-G verlangt, dass der ORF im Auftragsvorprüfungs-Vorverfahren (u.a.) das Angebotskonzept veröffentlicht und damit allen vom geplanten Angebot Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme gibt. Das Angebotskonzept hat die in § 5a Abs. 1 ORF-G festgelegten Mindestanforderungen zu beinhalten. Um seinem Zweck - Überprüfbarkeit der Einhaltung durch die Regulierungsbehörde sowie Rechtssicherheit für die privaten Rundfunkveranstalter - gerecht werden zu können, muss das Angebotskonzept '**hinreichend bestimmt**' sein; so müssen z.B. Angebotskonzepte für einen Abrufdienst gemäß § 4e Abs. 4 ORF-G darlegen, welche Sendungen und Sendereihen zum Abruf bereit gestellt werden, und welche technischen Vorkehrungen getroffen werden, um eine Speichermög-

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

lichkeit der Sendung zu unterbinden (vgl. Erl zur RV 611 BlgNR, 24 GP, zu § 5a ORF-G).

Das Dokument, dass der ORF als 'Vorschlag für einen öffentlich-rechtlichen Abrufdienst mit fiktionalem Schwerpunkt (Film und Serie)' zur Stellungnahme veröffentlicht hat, enthält einen Abschnitt 3, der als 'Angebotskonzept für den öffentlich-rechtlichen Abrufdienst' bezeichnet wird (S 16 - 23); wir gehen davon aus, dass dieser Abschnitt den **finalen Textvorschlag** des (hinreichend konkretisierten) Angebotskonzepts darstellen soll.

Überprüft man den knapp sechsseitigen Abschnitt 3 (also das eigentliche Angebotskonzept) dahingehend, ob es hinreichend konkret den (geplanten neuen) öffentlich-rechtlichen Auftrag umschreibt, und präzise genug formuliert ist, um (u.a.) privaten Mitbewerbern ausreichend Rechtssicherheit zu verschaffen, so fällt das **Urteil negativ** aus. Wesentliche Angebotsdimensionen werden entweder gar nicht beschrieben oder so unklar umschrieben, dass sich das vorgelegte Dokument unmöglich zur einer abschließenden Prüfung eines neuen öffentlich-rechtlichen Angebots ('öffentlich-rechtlicher VoD für Filme und Serien') eignet. Beispielhaft seien angeführt:

- **Angebotsinhalt:** Der geplante Angebotsinhalt ist ungenügend präzisiert ("*Vielzahl von Medieninhalten aus unterschiedlichen Genres*"; "*vordergründig ORF-Produktionen*"; um Nutzerattraktivität sicherzustellen „*um Kaufproduktionen ergänzt*", (...), siehe S 16). Weder sind die geplanten Formate präzisiert [*Anm: Handelt es sich nun um ein Film- und Serien-Angebot, oder werden auch andere Formate gezeigt? Wenn ja, welche, in welchem Ausmaß?*], noch ist klar, in welchem **Ausmaß** tatsächlich **originäre ORF-Produktionen** (Eigen-/Ko-/Auftragsproduktionen) Gegenstand des Angebots sein sollen, in welchem Ausmaß **Kaufproduktionen** geplant sind. [*Anm: das 'Angebotskonzept sagt diesbezüglich überhaupt nichts aus, ist daher völlig unverbindlich; aus der Begründung des Antrags (S 11; diese Aussage ist aber nicht Bestandteil des Angebotskonzepts!) lässt sich schließen, dass Kaufproduktionen nur dann in das VoD-Angebot aufgenommen werden, wenn sie zuvor im ORF-Programm gelaufen sind, was ohnehin auf praktisch alle Blockbuster zutrifft. Im eigentlichen Angebotskonzept findet sich diese Einschränkung aber nicht.*]

Auch ist völlig unklar, ob und inwieweit tatsächlich originär österreichische Inhalte auf der Plattform angeboten werden [*Anm: eine 'Angebotsquote' oder ein anderes zur Nachprüfung geeignetes Beschreibungsmerkmal sucht man im Angebotskonzept bzw. auch in der Begründung vergeblich. Gleiches gilt für den Anteil deutschsprachiger Inhalte, europäischer Inhalte und/oder einen Maximalwert für US-amerikanische Inhalte*].

Da auch in Bezug auf Filmgenres keine Einschränkung vorgenommen wird, ist es (wohl auch weiterhin) denkbar, dass sich (so wie im gegenwärtigen Flimmit-Angebot) haufenweise Mystery-, Sci-Fi-, Action-, Horror-, Fantasy- und sogar Martial Art-Inhalte finden werden. Auch nach einer Orientie-

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

rungshilfe, wie viele Inhalte letztlich insgesamt über die Plattform angeboten werden sollen, sucht man vergeblich.

- Finanzierung: Angaben und/oder überprüfbare Selbstverpflichtungen des ORF dahingehend, wie der Dienst finanziert werden soll, sind ebenfalls nicht Gegenstand des eigentlichen Angebotskonzepts. Zwar wird in der Begründung des Vorschlags erläutert, welche Endkundenpreise bzw. Preisstrukturen geplant sind, und auch in welcher Höhe mit Programmentgeltzuschüssen über die nächsten Jahre gerechnet wird, diese Angaben sind aber nicht Bestandteil des Angebotskonzepts, und unterliegen daher auch keiner Nachprüfbarkeit. Das Mindestmaß an Konkretisierung, das zu erwarten wäre, wäre die Definition einer Höchstgrenze dessen, was an Programmentgeltsubvention in diesen Dienst fließen soll. Pkt. 2.6. der Begründung lässt auf einen konstanten Programmentgeltzufluss von 0,5 Millionen EUR jährlich schließen; zumindest eine Höchstgrenze müsste im eigentlichen Angebotskonzept verbindlich festgeschrieben sein. Im Sinne des Endkundenschutzes wäre auch an die Festlegung eines maximalen Endkudentarifs für ein Jahres-/Monatsabo zu denken.
- Zeitliche Gestaltung: Unbestimmt sind z.B. auch die Angaben zur zeitlichen Gestaltung des Angebots: "Sendungen aus den aktuellen Programmen, die auf der TVthek abrufbar gemacht werden", sollen erst nach dem 7-Day-Catch-up angeboten werden, wovon allerdings "im Sinne der Attraktivierung des Dienstes" Ausnahmen gemacht werden. Offen ist, was für all jene Inhalte gilt, die nicht in der TVthek abrufbar gemacht wurden, also alle Filme und Serien und/oder sonstige Inhalte, die irgendwann einmal im ORF gelaufen sind (was theoretisch auf beinahe alle international erfolgreichen Filme- und Serien zutrifft), die jedoch aus lizenzrechtlichen oder anderen Gründen danach nicht über die TVthek bereitgestellt worden sind. Für all jene Inhalte, die nie im ORF gelaufen sind, aber zur Hebung der Attraktivität des Dienstes dennoch angeboten werden sollen, gilt (ebenso wie für jene, die in der TVthek gelaufen sind): sie sollen "dauerhaft" bereitgestellt werden; das bedeutet - vermutlich - eine unbefristete Zurverfügungstellung.
- Die Liste der Unklarheiten, fehlenden Angaben und teilweisen Widersprüche (insb. zwischen dem Text des Angebotskonzepts und der Begründung) ließe sich noch fortsetzen, worauf an dieser Stelle aber verzichtet wird. Zusammengefasst erweist sich das Angebotskonzept als ungeeignet, um als Basis für die abschließende (nachprüfbare) Beschreibung des (geplanten) öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes herangezogen werden zu können.

Die Konsequenz dieses Befundes ist, dass der vorgelegte Angebotskonzeptvorschlag die **formalen Kriterien** des § 6a Abs.1 ORF-G **nicht erfüllt**.

Sollte der ORF planen, das Auftragsvorprüfungsverfahren (wie in § 6a Abs. 3 ORF-G vorgezeichnet) auf Basis dieses Angebotskonzeptvorschlags fortzusetzen, wird der Vorschlag von der Regulierungsbehörde zurückzuweisen sein. Sollte der ORF

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918



hingegen ein inhaltlich substantiell geändertes Dokument als 'überarbeiteten' Angebotskonzeptvorschlag der Behörde zur Genehmigung iSv §6a Abs. 3 vorlegen - so wäre dieser Antrag ebenfalls schon aus formellen Gründen zurückzuweisen, sofern den vom Angebot betroffenen Marktteilnehmern nicht erneut **wirksam** die **Möglichkeit zur Stellungnahme** eingeräumt worden wäre, denn es widerspräche den Zielsetzungen des Verfahrens gem. § 6a ORF-G, wenn im Vorverfahren bloß ein unsubstantiiertes, unbestimmtes Angebotskonzept der Stellungnahme durch die Betroffenen (iSv §6a Abs. 2 ORF-G) unterworfen, in weiterer Folge jedoch ein detailliertes Angebotskonzept gem. § 6a Abs. 3 ORF-G der Behörde zur Genehmigung vorgelegt worden wäre. Beständen also zwischen dem Angebotskonzept im Vorverfahren und dem Angebotskonzept im eigentlichen behördlichen Genehmigungsverfahren relevante Unterschiede, so müsste den Betroffenen in geeigneter Weise Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Änderungen bzw. Konkretisierungen gegeben werden. Andernfalls wäre dieser (formelle) Mangel von der Behörden von Amts wegen aufzugreifen.<sup>4</sup>

### 3. Verstöße gegen das ORF-G

Die beantragten Angebotsänderungen verstoßen teilweise unmittelbar gegen im Rahmen der Auftragsvorprüfung nicht disponierbare Verbote des ORF-G.

#### **3.1. Das Angebot steht in Widerspruch zum ORF-Unternehmensgegenstand (§ 2 ORF-G)**

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

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

Die Gesetzesmaterialien (ErlRV 611, BlgNR, 24.GP) erläutern, wann ein Online-Angebot mit der Tätigkeit nach Z 1 in Zusammenhang steht: "Mit Rundfunk 'in Zusammenhang stehende' Online-Dienste (Abs. 1 Z 2) sind solche, die sich inhalt-

---

<sup>4</sup> Wir weisen darauf hin, dass ein relevanter Verstoß gegen die Formalbestimmungen des §6a ORF-G wohl auch privaten Mitbewerbern Partei- und damit Beschwerderechte einräumt; sollte die Behörde Formalmängel nicht von Amts wegen aufgreifen, würden wir uns ggfls. gezwungen sehen, von dieser Beschwerdemöglichkeit Gebrauch zu machen.

lich auf die Rundfunkprogramme des ORF im Sinne eines ergänzenden Zusatzangebotes beziehen."

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

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

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

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

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

Der (gesetzlich geforderte) Zusammenhang zum TV-Programm fehlt aber nicht nur inhaltlich, sondern auch in **zeitlicher Hinsicht**. Den Aussagen in der Begründung des Angebotskonzeptvorschlags folgend ist davon auszugehen, dass es für Unterhaltungstitel (Filme und/oder Serien) genügt, dass sie *irgendwann einmal* im ORF-TV-Programm zu sehen waren (siehe dazu beispielhaft das derzeitige Film- und Serienkatalogangebot von Flimmit). Das ist jedoch zu wenig, denn der

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

Umstand, dass ein Film oder eine Serie irgendwann einmal auf ORF gezeigt wurde, trifft auf praktisch alle massenattraktiven Filme und Serien von insbesondere US-amerikanischer, aber auch europäischer, deutscher und/oder österreichischer Herkunft zu. So gesehen wird das Kriterium 'in Zusammenhang zum TV-Programm' geradezu beliebig; es ließen sich genauso gut große Teile der Angebotskataloge von Netflix und/oder Amazon Prime als 'in Zusammenhang mit dem ORF-TV-Programm stehend' rechtfertigen.

Ein Beispiel eines Angebots, das tatsächlich als 'mit dem TV-Programm in Zusammenhang stehend' betrachtet werden kann, ist die **TVthek**. Die Inhalte der TVthek beziehen sich auf das Gesamtprogramm und enthalten sowohl Unterhaltungs-, als auch Informations-, Kultur-, und Sportinhalte. Auch der zeitliche Kontext ist gegeben: Die Inhalte sind in einem Rahmen von (grundsätzlich) sieben Tagen abrufbar - wodurch aus Sicht **verständiger Nutzer** des Angebots ein **klarer Zusammenhang** zwischen Echtzeitprogramm und Abrufdienst hergestellt wird.

Der ORF hat offenbar wenig Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Angebots im Hinblick auf die Einhaltung der Grenzen des Unternehmensgegenstandes (S 14). Allein in Bezug auf **Kaufproduktionen**, die noch nie zuvor in den ORF-Programmen gezeigt wurden, sieht der ORF Erklärungsbedarf: Bei diesen Inhalten bestehe zwar kein unmittelbarer Zusammenhang mit dem TV-Programm, jedoch seien diese Titel iSv § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G als 'gebotene Vermarktungsmaßnahme' zu betrachten.

Auch in diesem Punkt ist dem ORF allerdings zu widersprechen: Aus dem Wortlaut (Arg.: "für ...geboten" bzw. "zur Vermarktung ...geboten") und der Systematik der Bestimmung (Z 4 verweist auf die nach Z 1 - 3 zulässigen Unternehmensaktivitäten) ist zu schließen, dass sich der Rahmen der gem. Z 4 zulässigen Tätigkeiten an der Wertschöpfungskette der jeweils zulässigen Unternehmensaktivität gem. Z 1 -3 orientieren muss. In diesem Sinne sind all jene Geschäfte und Maßnahmen, die dem konkreten VoD-Angebot im Sinne eines unternehmerischen Gesamtprozesses vor- bzw. nachgelagert sind, von Z 4 umfasst<sup>5</sup>. Der Kauf und das Angebot von Kaufproduktionen, insbesondere von solchen, die zuvor nicht im ORF-Programm gezeigt wurden, sind jedenfalls nicht "wesensnotwendig oder in einem engen Zusammenhang"<sup>6</sup> mit dem Angebot eines VoD-Dienstes zum Abruf von ORF-Produktionen; daher werden der Kauf und das Angebot von (bisher nicht im ORF-Programm gezeigten) Fremdproduktionen nicht als 'geboten' und somit als gesetzwidrig zu betrachten sein.

---

<sup>5</sup> Diese Auslegung findet in den Gesetzesmaterialien zu § 2 Abs. 1 ORF-G Deckung: Dort werden als konkrete Beispiele von Geschäften und Maßnahmen, die in Bezug auf Rundfunk- und Online-Dienste geboten sind, u.a. die folgenden Tätigkeiten genannt: "Darunter fallen beispielsweise die Film- und Fernsehproduktion, eine Programmzeitschrift (vgl. § 9), das Merchandising von Produkten oder etwa auch der Betrieb einer Werkskantine (...)"

<sup>6</sup> ErlRV 634, BlgNR, 21.GP: "*Unter geboten im Sinne der Z 3 [Z 4] sind diejenigen Geschäftshandlungen und Maßnahmen zu verstehen, die wesensnotwendig und in einem engen Zusammenhang (...) stehen.*"

Es soll nicht unerwähnt bleiben, dass Reidlinger, der vom ORF beauftragt wurde, eine Abschätzung der wettbewerblichen Effekte des geplanten Angebots vorzunehmen (Beilage ./1), den **Bezug** des geplanten Flimmit-Inhalteangebots zum linearen ORF-Programm und dem programmbegleitenden Abrufdienst der TVthek) ebenfalls für **vernachlässigbar** einstuft ("keine direkte Substitutionsbeziehung"; siehe Reidlinger S 6). Verantwortlich dafür seien die 'inhaltliche Inkongruenz' und die unterschiedlichen Nutzungsgewohnheiten der Kunden (Reidlinger, S 6).

Fazit: Aufgrund der Einseitigkeit des Inhalteangebots (ausschließlich fiktionale Unterhaltung) und des gänzlich fehlenden zeitlichen Konnexes zum Erstausstrahlungszeitpunkt der Inhalte im Rahmen der ORF-Fernsehprogramme ist davon auszugehen, dass der gesetzlich verlangte 'Zusammenhang des Online-Angebots zum Rundfunkprogramm' nicht ausreichend ist. Es ist daher davon auszugehen, dass das Gesamtangebot gesetzwidrig im Sinn der gesetzlichen Schranken für unternehmerische Tätigkeiten des ORF (§ 2 Abs. 1 ORF-G) ist. Besonders deutlich tritt der fehlende Zusammenhang zum Rundfunkprogramm bei Kaufinhalten Dritter zu Tage, insbesondere solchen, die nie zuvor im ORF-TV-Programm zu sehen waren. Da diese Inhalte weder technisch-betrieblich noch kaufmännisch für die Erbringung eines VoD-Dienstes zum Abruf von ORF-TV-Produktionen notwendig sind, liegt das Angebot solcher Inhalte in jedem Fall außerhalb des ORF-Unternehmenszwecks (insb. auch iSv § 2 Abs. 1 Z 4 ORF-G).

### **3.2. Das Angebot steht in Widerspruch zum öffentlich-rechtlichen Kernauftrag (§ 4 ORF-G)**

Der ORF hat den öffentlich-rechtlichen Kernauftrag durch die "Gesamtheit seiner gemäß § 3 verbreiteten Programme und Angebote" zu erfüllen (§ 4 Abs. 1 ORF-G). Daraus ergibt sich, dass die Vorgaben des § 4 ORF-G (soweit sie nicht angebotsspezifisch ausgestaltet sind) auch für Online-Angebote iSv § 3 Abs. 5 ORF-G, und daher auch für das geplante VoD-Abrufangebot, zur Anwendung gelangen.

Zu den relevanten Vorgaben des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags, denen infolgedessen auch die Online-Angebote gerecht werden müssen, zählen die Vorgaben zur Unverwechselbarkeit, Qualität (Abs. 3), Objektivität und Unabhängigkeit (Abs. 4 und 5).

Das Kriterium der Unverwechselbarkeit verpflichtet den ORF "**im Wettbewerb** mit den kommerziellen Sendern (...) **in Inhalt und Auftritt** auf die **Unverwechselbarkeit** des öffentlich-rechtlichen Österreichischen Rundfunks zu achten". Betrachtet man das VoD-Angebot von Flimmit vor diesem Hintergrund, so ist es in struktureller Hinsicht kaum von den VoD-Angeboten privater Wettbewerber zu unterscheiden:

- Das Angebot von Flimmit ist **entgeltlich**; die Preismodelle (Abo, Transaktionsentgelte) entsprechen jenen, die auch sonst gebräuchlich sind, und die konkrete Preissetzung ist ebenfalls nicht unüblich.

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

- Das Inhalteangebot ist auf **Unterhaltung** beschränkt, konkret auf **fiktionale Inhalte**, also Filme und Serien, mit einem Gesamtanteil von >90 %, und einem verhältnismäßig kleinen **Anteil an Dokumentarfilmen und -serien**. Auch diesbezüglich ist das Angebot mit jenen vieler privater Mitbewerber mit fiktionalen Inhalten, z.B. jenem von Netflix, durchaus vergleichbar.
- Das derzeitige Inhalteangebot ist eine **Mischung aus Eigenproduktionen und Fremdproduktionen**. Auch das ist (siehe z.B. Amazon Prime und Netflix) mittlerweile üblich; viele Anbieter fiktionaler VoD-Plattformen versuchen sich durch (exklusive) Eigenproduktionen von den Angeboten anderer VoD-Anbieter abzugrenzen.
- Zum Angebotsstandard gehört heute die Möglichkeit, Filme und Serien im **Originalton (OV)** zu sehen; diese zusätzliche Funktionalität zum Inhalteangebot in der jeweiligen Landessprache bieten mittlerweile fast alle VoD-Anbieter an.
- Auch ein großes Sortiment an **Inhalteangeboten für Kinder** ist keinesfalls (Flimmit-)typisch. Praktisch alle größeren VoD-Anbieter bieten mittlerweile umfassende Inhaltskataloge mit kinderspezifischen Inhalten an, deren Qualität sich vom Flimmit-Angebot auch nicht negativ abhebt.
- Die **technische Ausgestaltung und Verbreitung** des Angebots und der **Aufbau der Webseite** sind ebenso absolut marktüblich: OTT-Angebot, App-Empfangsangebote, Suchfunktionen, Empfehlungsfunktionen, usw. sind mittlerweile Industriestandard.
- Die **Mischung des Inhalteangebots** und die Aufbereitung in entsprechenden **Inhaltskategorien** findet sich in der von Flimmit angebotenen Form ebenfalls in praktisch allen gängigen VoD-Angeboten.
- Und letztlich gibt es im **Außenauftritt (Marke, Logo, usw.)** keinen Hinweis darauf, dass es sich hierbei um ein mit den Angeboten anderer (privater) Marktteilnehmer unverwechselbares Angebot handeln sollte.

Der ORF könnte an dieser Stelle argumentieren, dass der Umfang des Angebots an **ORF-Eigenproduktionen** bzw. an **österreichischen Film- und Serien-Inhalten** die Besonderheit des Dienstes darstellt, welche den Dienst unverwechselbar mit privaten Angeboten macht. Dieses Argument wäre allerdings nicht richtig. Die allermeisten (und v.a. alle derzeit erfolgreichen) VoD-Anbieter setzen auf (umfangreiche) Eigenproduktionen, um ihren Dienst von dem ihrer Mitbewerber im Wettbewerb abzugrenzen. Denn exklusive und zugleich attraktive Inhalteangebote auf Basis von Eigen-, Auftrags- oder Koproduktionen sind der wichtigste Abgrenzungsfaktor im Wettbewerb mit Drittanbietern. Der Umstand, dass ein VoD-Angebot einen mehr oder weniger hohen Anteil an Eigenproduktionen enthält, macht das Angebot daher nicht per se unverwechselbar mit anderen Angeboten. Da das ORF-VoD-Angebot nicht ausschließlich ORF-Eigen- und Auftragsproduktionen enthalten wird, sondern es einen hohen Anteil an Produktionen Dritter (Fremdproduktionen) enthalten soll, deren einziger Bezug zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk darin besteht, dass die Inhalte irgendwann im ORF-TV-Programm gelaufen sind, ist die 'Unverwechselbarkeit' des ORF-VoD-Angebots aus diesem Grund (wohl) auszuschließen.

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

Ein zweiter Umstand darf auch nicht übersehen werden: Dass der ORF der mit Abstand größte Produzent originär-österreichischer Filme und Serien ist, ist nicht das Resultat einer marktspezifischen oder gar spezifisch öffentlich-rechtlichen Anstrengung, sondern ganz allein das natürliche Resultat der Marktdominanz und finanziellen Überlegenheit des ORF im österreichischen TV-Markt. Für den mit Abstand größten heimischen TV-Veranstalter ist es selbstverständlich, über das größte Archiv bzw. Sortiment österreichspezifischer Filme und Serien zu verfügen. Und da der ORF den eigenen VoD-Dienst in seiner Lizenzierungspolitik bevorzugt, ist es auch klar, dass das VoD-Angebot des ORF über ein besonders reichhaltiges Sortiment an österreichischen Unterhaltungsinhalten verfügt.

Ein weiterer Aspekt, der vom ORF ins Treffen geführt wird, um das Alleinstellungsmerkmal des (geplanten) Dienstes zu unterstreichen, ist der **besondere Qualitätsanspruch** des Dienstes in Bezug auf die ausgewählten Inhalte. Betrachtet man den derzeitigen Flimmit-Angebotskatalog sind in Bezug auf dieses Argument zumindest **faktische Zweifel** angebracht, zu dicht ist das Angebot an wenig anspruchsvollen Inhalten (siehe insb. die Film- und Serien-Angebote in den Genres Mystery-, Sci-Fi-, Action-, Horror-, Fantasy-, Abenteuer, Martial Art, usw.). Der (behauptete) besondere Qualitätsanspruch ist aber vor allem deshalb kein geeignetes 'öffentlich-rechtliches' Abgrenzungskriterium, weil es sich in Wahrheit auch nur um **eine Angebotsnische handelt, die bereits (auch) von anderen Anbietern, wie z.B. Pantaflix, besetzt wird**. Hoher Qualitätsanspruch der angebotenen Fiktion-Inhalte, anspruchsvolle 'Kollektionen' (z.B.: 'Starke Frauen', 'Neue Europäische Regisseure', 'Portrait des Künstlers', 'Revolution im Film', 'Welt des Dokumentarfilms', usw.), die vergleichbar mit den 'Kollektionen' auf Flimmit sind, kennzeichnen diesen Dienst (siehe: [www.pantaflix.com/de](http://www.pantaflix.com/de)). Inhalte mit hohem Qualitätsanspruch finden sich aber auch in anderen Angeboten, siehe z.B. den Arthouse-Katalog von [maxdome.at](http://maxdome.at).

Und schließlich sei darauf hingewiesen, dass mit neuen österreichischen VoD-Angeboten (z.B. A1 now - [a1now.tv/home](http://a1now.tv/home)), Horizon Go von UPC - [horizon.tv/de\\_at/](http://horizon.tv/de_at/)) auch mehr Nachfrage und mehr Angebot nach originär österreichischen VoD-konsumierbaren Inhalten entsteht (A1 Now bietet offenbar bereits originär österreichische Inhalte wie 'Landkrimi' oder 'Vier Frauen und ein Todesfall' an).

Das ORF-Angebot ist also mit jenem privater VoD-Anbieter, z.B. [maxdome](http://maxdome.at/) ([maxdome.at/](http://maxdome.at/)), Sky Ticket ([skyticket.sky.at/bestellen/cinema/](http://skyticket.sky.at/bestellen/cinema/)) Netflix ([netflix.com/at](http://netflix.com/at)), Amazon Prime ([amazon.de/Amazon-Video/](http://amazon.de/Amazon-Video/)), RakutenTV ([at.rakuten.tv](http://at.rakuten.tv)), Pantaflix ([pantaflix.com/de](http://pantaflix.com/de)), ChiliTV ([at.chili.com/](http://at.chili.com/)), Google Play ([play.google.com/Filme](http://play.google.com/Filme)), Apple iTunes ([itunes.apple.com/at/genre/filme/](http://itunes.apple.com/at/genre/filme/)), Videoload ([videoload.de/](http://videoload.de/)), usw. **'austauschbar' ist ORF-G**. Es ist in keinem einzigen relevanten Inhaltsmerkmal oder sonstigem Angebotsmerkmal hinreichend unverwechselbar. Ohne entsprechendes Vorwissen wird sich das (gemäß Angebotskonzeptvorschlag geänderte) Flimmit-Angebot nicht als ein öffentlich-rechtliches Angebot erkennen lassen.

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

[office@voep.at](mailto:office@voep.at)  
[www.voep.at](http://www.voep.at)

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

Das geplante Angebot wird daher aufgrund fehlender Unverwechselbarkeit iSv § 4 Abs. 3 ORF-G zu untersagen sein.

Nicht unerwähnt bleiben soll in diesem Zusammenhang, dass § 4 Abs. 4 ORF-G dem VoD-Angebot bereits jetzt besondere österreichspezifische Qualitätskriterien abverlangt: "Der Österreichische Rundfunk hat ferner bei der Herstellung von (...) sonstigen Angeboten auf die kulturelle Eigenart, die Geschichte und die politische und kulturelle Eigenständigkeit Österreichs sowie auf den föderalistischen Aufbau der Republik besonders Bedacht zu nehmen."

Die Einhaltung dieser Kriterien scheint uns im derzeitigen Flimmit-Angebot nicht ausreichend sichergestellt.

### **3.3. Das Angebot steht in Widerspruch zum besonderen Auftrag für ein Online-Angebot gem. § 4e Abs. 4 ORF-G**

Als Ergebnis des Beihilfeverfahrens wurde dem ORF gem. § 4e Abs. 1 ORF-G (u.a.) ein konkreter Auftrag für einen Abrufdienst für im Rahmen der ORF-Fernseh- und Hörfunkprogramme ausgestrahlte Sendungen auferlegt, dessen Rahmen § 4e Abs. 4 ORF-G konkret absteckt:

- Der Abrufdienst darf **ausschließlich Sendungen** umfassen, die **vom ORF selbst oder in seinem Auftrag hergestellt** wurden.
- Die Bereitstellung zum Abruf hat **ohne Speichermöglichkeit** zu erfolgen - d.h. das Ermöglichen des Downloads von Inhalten ist untersagt.
- Die Bereitstellung von Sendungen zum Abruf ist 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, gestattet. Archive mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten dürfen zeitlich unbefristet zum Abruf bereitgestellt werden.
- Vorankündigungen von Sendungen im Rahmen des Abrufdienstes sind innerhalb eines angemessenen Zeitraums vor Ausstrahlung im Fernsehprogramm zulässig.

Wie den Materialien zu § 4e ORF-G (Erl zur RV 611 BlgNR, 24.GP) zu entnehmen ist, war die Konkretisierung des zulässigen Online-Abruf-Angebots insbesondere aus wettbewerbsrechtlichen Überlegungen notwendig, da im Online-Bereich, anders als im Bereich des klassischen Rundfunks, grundsätzlich keine quantitative Beschränkung des Angebots technisch vorgezeichnet ist, weshalb es der Wettbewerbsschutz erforderlich machte, den zulässigen Angebotsbereich des ORF in Bezug auf Abrufdienste auf Basis der genannten qualitativen Kriterien abzugrenzen. Diese Überlegungen sind auch heute noch valide. Der Wettbewerbsdruck für private Mitbewerber hat seit der Neufassung des ORF-G noch deutlich an Intensität zugenommen, weshalb dem Schutz privater Wettbewerber noch mehr Bedeutung zukommen muss, als zum Zeitpunkt der Gesetzgebung der §§ 4e und f ORF-G-

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

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

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

- Das VoD-Angebot soll nicht nur originäre ORF-Inhalte (Eigen-/Auftragsproduktionen) enthalten, sondern in erheblichem Umfang auch Fremdproduktionen (siehe dazu schon oben).
- Der Download von Inhalten ist ausdrücklich vorgesehen (S 12; 'Download-to-Rent-Geschäftsmodell').
- Es ist geplant, sämtliche Inhalte grundsätzlich 'dauerhaft', also zeitlich unbegrenzt, zugänglich zu machen.
- Es sollen auf der VoD-Plattform auch Erstausstrahlungen angeboten werden.

Das geplante Angebot steht daher nicht bloß in einem Spannungsverhältnis zu § 4e Abs. 1 und 4 ORF-G, das im Rahmen einer Abwägungsentscheidung gem. §§6ff ORF-G überbrückbar sein könnte. Tatsächlich ist das geplante Angebot so weit von den Grenzen und den Zielsetzungen des § 4e ORF-G entfernt, dass für eine Interessensabwägung im Rahmen einer Auftragsvorprüfung kein Raum bleibt.

Die Genehmigungsfähigkeit des Angebots im Rahmen einer Auftragsvorprüfung ist daher u.E. ausgeschlossen. Der - qualifizierte - Verstoß gegen § 4e ORF-G verlangt, dass der gegenständliche Antrag auf Änderung des Angebotskonzepts in seiner Gesamtheit abgewiesen wird.

### **3.4. Das Angebot steht in Widerspruch zu den durch § 4f ORF-G gezogenen Grenzen für zusätzliche Online-Angebote**

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

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918



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

§ 4f Abs. 2 ORF-G zählt (in Form einer Negativliste) Arten von Online-Angeboten auf, die jedenfalls als verboten gelten und daher auch nicht im Rahmen einer Auftragsvorprüfung genehmigungsfähig sein können. Zu den explizit verbotenen Online-Angeboten zählen a) "Spiele und Unterhaltungsangebote, sofern sie nicht einen über § 4 Abs. 1 Z 8 ORF-G [d.h. über die "Darbietung von Unterhaltung"] hinausgehenden Bezug zum öffentlich-rechtlichen Kernauftrag haben" (Z 15), und b) "E-Commerce und E-Banking" (Z 19), c) "Fach- und Zielgruppenangebote"(Z 26).

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

Zunächst erweist sich das Angebot bei genauerer Betrachtung (siehe sogleich unten Pkt. 3.5) als '**wirtschaftlich untragbar**'.

Auch leistet das konkrete Angebot **keinen 'wirksamen Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags'** (siehe dazu noch ausführlich, unten Pkt. 5). Es verstößt sogar unmittelbar gegen die Vorgaben des § 4 ORF-G (öffentlich-rechtlicher Kernauftrag), da es sich bei näherer Betrachtung als 'austauschbar' mit privaten Angeboten erweist (siehe dazu oben Pkt. 3.3).

Des Weiteren verstößt das Angebot unmittelbar gegen die Verbotsnorm des § 4 Abs. 2 Z 15, da es sich zweifelsohne um ein "**Unterhaltungsangebot**" iS der Bestimmung handelt. Trotz der Lippenbekenntnisse des ORF in Bezug auf öffentlich-rechtliche Zielsetzungen, die mit dem Angebot verfolgt werden (Auffindbarkeit von ORF-Inhalten, Förderung des Produktionsstandorts), kann im gegenständlichen Angebot nichts anderes als eine "Darbietung von Unterhaltung" iSv § 4 Abs. 1 Z 8 ORF-G erkannt werden, weshalb das fiktionale VoD-Angebot zu untersagen sein wird.

Das Angebot erweist sich schließlich aber auch noch aus einem weiteren Grund als rechtswidrig: Es ist ein **klassisches E-Commerce-Angebot** iSv § 4f Abs. 2 Z 19 ORF-G. Als E-Commerce gilt der elektronische Handel von physischen und digitalen Gütern. Um nichts anderes als den Handel mit (ausgewählten) digitalen Gütern (Filme und Serien) handelt es sich bei dem geplanten Angebot, insbesondere da die Inanspruchnahme des 'öffentlich-rechtlichen VoD-Dienst' entgeltlich erfolgen soll. Die geplanten Angebotsmodelle - die beiden Transaktionsmodelle (Leihe bzw. Download-to-Own) und das Abomodell - sind als E-Commerce-Geschäfte iSd E-Commerce-Gesetzes bzw. als Fernabsatzgeschäfte iS des FAAG zu qualifizieren - woran (selbst) die Flimmit-Nutzungsbedingungen bzw. AGB kei-

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

nen Zweifel entstehen lassen.<sup>7</sup> Das öffentlich-rechtliche VoD-Angebot wird daher - sollte es tatsächlich entgeltlich angeboten (und entsprechend vom ORF beauftragt) werden - als gegen 4f Abs. 2 Z 19 ORF-G verstoßend zu untersagen sein.

Und schließlich untersagt § 4 Abs. 2 Z 26 ORF-G dem ORF die Bereitstellung öffentlich-rechtlicher Online-Angebote, die als '**Fach- und Zielgruppenangebote**' zu qualifizieren sind, "die in Form und Inhalt über ein nicht-spezialisiertes Angebot von allgemeinem Interesse hinausgehen". In den Gesetzesmaterialien (AA-126, BlgNR, 24.GP) wird der Gehalt des Verbots folgendermaßen erläutert: "Die Abgrenzung zu den nicht-spezialisierten Angeboten von allgemeinem Interesse kann als Pendant zu der aus dem Fernsehen bekannten Unterscheidung zwischen **Vollprogramm und Spartenprogramm** gesehen werden." Mit anderen Worten: ein Online-Abrufangebot 'ORF-Sport' oder 'ORF-Kultur' - in der inhaltlichen Abgrenzung vergleichbar mit den Spartenkanälen ORF Sport+ und ORF III - wäre gesetzwidrig. Nichtsdestotrotz plant der ORF genau so ein Spartenangebot: ein lupenreines Online-Unterhaltungsangebot auf Abruf. Hinzu kommt, dass das Angebot primär *eine* Zielgruppe adressieren soll - online-affine, junge Seher/innen (S 20f) - und die Inhalte in themen- und genrespezifische Kategorien, Kollektionen und Subkanäle gebündelt werden sollen (S 18ff). Die Strukturierung und Gruppierung der ORF-Inhalte in einzelne Spartenangebote widerspricht der Zielsetzung des ORF-Kernauftrags, Programm-/Inhaltsangebote für *alle* Österreicher/innen zu machen. Unserer Ansicht nach verstößt das geplante Unterhaltungsangebot daher in seiner Gesamtheit - nicht zuletzt aufgrund des in den Gesetzesmaterialien angestellten Vergleichs mit Spartenprogrammen - gegen das Verbot zielgruppenorientierter Online-Angebote. Auch aus diesem Grund ist dem geplanten Angebot die Genehmigung zu verweigern.

### **3.5. Mangelnde wirtschaftliche Tragbarkeit des geplanten VoD-Dienstes:**

#### **3.5.1. Darstellung der wirtschaftlichen Ausgangslage**

Auf Basis von Angaben des ORF sowie ergänzenden Schätzungen des VÖP lässt sich die wirtschaftliche Situation des Flimmit-Angebots (Flimmit GmbH) aus heutiger Sicht folgendermaßen zusammenfassen:

- Kaufpreis: unbekannt [Schätzung VÖP: >1 Mio. EUR]
- Verlust p.a. (Durchschnitt 2014-2016): 0,7 Mio. EUR (S 11)
- Betriebskosten p.a.: 1,7 Mio. EUR (Quelle: ORF Jahresbericht 2016):
- kumulierter Verlust (2014-2016): ca. 2 Mio. EUR

Im Rahmen der Finanzvorschau für den geplanten Dienst (S 15f) schätzt der ORF ab 2018 **Betriebskosten** iHv ca 1 Mio. EUR, die über die nächsten fünf Jahre (bis 2022) jährlich **um durchschnittlich 17% wachsen** und denen **Erlöse** iHv ca. 0,5 Mio. EUR (2018) gegenüber stehen sollen, die über die nächsten fünf Jahre jährlich **durchschnittlich um 30% wachsen sollen**.

<sup>7</sup> Siehe z.B. die Ausgestaltung der Nutzer-, und insb. der Informations- und Rücktrittsrechte unter <https://www.flimmit.com/agb/nutzungsbedingungen/>.

Auffällig an der vom ORF angestellten Prognose ist zweierlei:

- Erstens: die **Differenz der jährlichen Gesamtkosten** im Jahr 2016 - lt. ORF-Jahresbericht 1,7 Mio. EUR - gegenüber den in der Finanzvorschau angesetzten Gesamtjahreskosten für 2018 iHv nur 1 Mio. EUR.
- Zweitens: die **positive Erlösentwicklung** des 'öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes' mit einem durchschnittlichen jährlichen Wachstum von über 30% über die nächsten fünf Jahre.

Der ORF geht also davon aus, dass sich die Kostensituation erheblich verbessern lässt (vgl. die Kosten 2016 mit der Schätzung für 2018), und dass der VoD-Markt ein erhebliches Wachstumspotential aufweist.

Wir halten diese Prognose kurzfristig für etwas zu optimistisch, mittel- bis langfristig jedoch für deutlich zu **pessimistisch**.

Kurzfristig könnte es sein, dass der kostenseitig geplante Umbau doch etwas länger dauert und daher zumindest 2017 und 2018 noch höhere Fehlbeträge zu verbuchen wären. Mittel- bis langfristig sind die Aussichten für VoD-Dienste jedoch sicherlich noch rosiger als in der Finanzvorschau abgebildet. Künftig mögliche **Wachstumsraten** im VoD-Bereich lassen sich erahnen, wenn man auf die Wachstums- und Nutzungszahlen in UK oder den USA sieht<sup>8</sup>: So war z.B der Gesamtumsatz in UK für Online-Video , insb. Pay-VoD, in 2011 vergleichbar mit dem deutschen Markt; doch während der UK-Markt in den letzten Jahren beinahe um 100% pro Jahr gewachsen ist, war das Wachstum in Deutschland in etwa in der (hier) vom ORF angenommenen Größenordnung. Diese Entwicklung wird sich zwangsläufig drehen und 'konservativere' Märkte wie Deutschland und auch Österreich werden die Entwicklung nachholen.

Die ORF-Zahlen unterschätzen diese Entwicklung. Gleichzeitig bilden sie nur unzureichend die **Skalierbarkeit** von VoD-Diensten ab, da (wie bei vielen anderen Online-Geschäftsmodellen auch) etwa Personalkosten und betriebliche Kosten im Wachstumsverlauf nur schwach wachsen, während sich die Nutzung des Dienstes (und damit die Umsätze) z.B. verdoppelt oder verdreifacht.

Die von ORF und Reidlinger vertretene Ansicht, dass die Wirtschaftlichkeit des VoD-Angebots für österreichische und europäische Unterhaltungsinhalte unter einem '**Marktversagen**' leiden würde, es also wirtschaftlich unmöglich sei, ein Pay-VoD-Angebot, das sich auf Qualitätsfilme und -Serien bzw. österreichische Filme und Serien konzentriert, erfolgreich zu betreiben, ist unseres Erachtens völlig haltlos. Der ORF begeht (möglicherweise bewusst) den Fehler, die Geschäftsaussichten nur auf Basis der Vergangenheit und der Gegenwart zu bewerten, anstatt in die Zukunft zu extrapolieren. Würden internetbasierte Geschäftsmodelle so bewertet, müsste das zweitwertvollste Unternehmen der Welt –

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

---

<sup>8</sup> Siehe zB OFCOM, International Communications Market Report 2015.

Amazon – mangels operativer Gewinne in der Vergangenheit und Gegenwart zusperren.

Natürlich sorgt eine Spezialisierung auf höherwertige Inhalte und/oder österreichische Inhalte für eine Verengung des Marktpotentials. Spezialisierung schützt aber auch vor Konkurrenz. Und es darf vor allem eines nicht übersehen werden: Die Österreicher/innen werden in Zukunft noch weitaus stärker als heute VoD-Anwendungen nutzen, und sie werden auch in Zukunft selbstverständlich gerne und oft österreichische Unterhaltungsinhalte konsumieren wollen. Das Marktpotential für ein österreich-lastiges Unterhaltungsangebot ist daher zweifellos vorhanden. Von einem 'Marktversagen' kann daher ganz sicher nicht gesprochen werden<sup>9</sup>.

Fazit: Wir halten kurzfristig gegebenenfalls einen höheren Fehlbetrag (1-1,5 Mio. EUR) für möglich, gehen aber davon aus, dass mittel- bis langfristig die Geschäftsprognose viel zu pessimistisch ausfällt.

### **3.5.2. Mangelnde wirtschaftliche Tragbarkeit**

Für die juristische Bewertung des Sachverhalts sind diese Feststellungen zunächst einmal insoweit relevant, als dass Online-Zusatzangebote gem. § 4f ORF-G nur "nach Maßgabe ihrer **wirtschaftlichen Tragbarkeit**" bereitzustellen sind.

Zunächst möchten wir auf ein erhebliches wirtschaftliches Risiko hinweisen, das einen juristischen Hintergrund hat: Wir gehen davon aus, dass die geplanten **Endkundenerlöse** (Transaktions- und Aboerlöse) **gesetzwidrig** sind und dass daher in letzter Konsequenz die **Gesamtkosten** des Angebots mangels ausreichender Endkundenerlöse durch Programmentgelte (oder aber die Einführung eines werbefinanzierten Modells) abzudecken sein werden.

Die Gesetzeswidrigkeit der geplanten Endkundenerlöse ergibt sich zum einen aus dem (oben dargestellten) Verstoß gegen das E-Commerce-Verbot. Sie ist zum anderen aber auch Konsequenz eines Verstoßes gegen § 31 Abs. 1 ORF-G, der eine Austauschbeziehung zwischen Programmentgelt und Empfang der (Hörfunk- und) Fernsehhalte des ORF herstellt, und der es untersagt, Endkunden für den Empfang der ORF-Programminhalte ein **über das Programmentgelt hinausgehendes, zusätzliches Entgelt** abzuverlangen (siehe dazu § 3 Abs. 5 Z 2 ORF-G: zu den im Rahmen des Versorgungsauftrags erbrachten Diensten zählen ausdrücklich auch "die Bereitstellung von mit Rundfunkprogrammen nach Abs. 1 und Abs. 8 im Zusammenhang stehenden Online-Angebote gemäß § 4e und § 4f" ORF-G.

Der ORF vertritt diesbezüglich eine abweichende Ansicht (S 12f) und bezieht sich hierbei auf ein jüngeres VwGH-Erkenntnis, das im gegenständlichen Fall aber nicht einschlägig ist, da sich das Erkenntnis auf ein zusätzliches Endkundenent-

---

<sup>9</sup> In der Einleitung, oben Pkt. 2.1., wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Umwandlung in einen 'öffentlich-rechtlichen VoD-Dienst' nur eine von vielen Optionen ist, wie Flimmit weiterentwickelt werden könnte.

gelt für den *technischen* Zugang (via Satellit) zu ORF-Programmen bezieht, nicht aber auf den Zugang zu den *Inhalten* des Dienstes (wie im gegenständlichen Fall die Transaktions- und Abo-Entgelte). Unter der (hier zugrunde gelegten<sup>10</sup>) Voraussetzung, dass die über den VoD-Dienst angebotenen Inhalte ausnahmslos Inhalte sind, die im ORF-Programm gelaufen sind oder laufen werden, halten wir es iSv § 31 Abs.1 ORF-G für unzulässig, ORF-Kunden zusätzlich zum Programm-entgelt für den Zugang zu den VoD-Inhalten Transaktions- oder Aboentgelte zu verrechnen.

An diese Erwägungen schließt sich unsere Sichtweise an, dass die Frage der 'wirtschaftlichen Tragbarkeit' **im Verhältnis** zu dem durch das Angebot geschaffenen, **zusätzlichen öffentlich-rechtlichen Mehrwert** zu bewerten ist.

Wir halten den vom ORF geplanten zusätzlichen 'öffentlich-rechtlichen Mehrwert' für äußerst gering, genau genommen sogar für negativ. Wir vertreten daher die Ansicht, dass - zumindest vorübergehend - ein Programmmentgeltzuschuss von 0,5 Mio. EUR (lt. ORF-Finanzvorschau) bis 2 Mio. EUR oder mehr (bei Entfall der Endkundenerlöse und unter Berücksichtigung eines kurzfristig kostenseitig erhöhten Fehlbetrags) nicht rechtfertigbar sind. Wir halten die geplanten Entgeltstruktur (Kofinanzierung aus Endkundenerlösen und Programmmentgelten) auch für ungeeignet, öffentlich-rechtlichen Mehrwert zu rechtfertigen, da gerade diese Finanzierungsstruktur dazu führt, dass nur eine vergleichsweise geringe Zahl von Österreicher/innen (vielleicht 0,5 bis 1% der österreichischen Beitrags Haushalte) den Dienst tatsächlich konsumieren kann, programmmentgeltbefreite Haushalte und vor allem junge, einkommensschwache Personen jedoch von der Dienstanspruchnahme von vornherein ausgeschlossen wären, da es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse wohl kaum gestatten würden, ein (zusätzliches) Entgelt für den Abruf von ORF-Programminhalten zu bezahlen. Berücksichtigt man schließlich, dass ein Teil der angebotenen Inhalte letztlich ("aus Attraktivitätsgründen" - wie es der ORF begründet) Kaufinhalte von Drittanbietern, v.a. aus Deutschland und Europa sein werden, so ergibt sich für einen wesentlichen Teil der Lizenzausgaben (und damit der Programmmentgeltzuschüsse) nicht einmal eine Umwegrentabilität iS einer Stützung des österreichischen Produktionsstandorts. Verkürzt ausgedrückt: Der öffentlich-rechtliche **Mehrwert des Dienstes** bestünde - wirtschaftlich betrachtet - allenfalls darin, **einer äußerst kleinen Gruppe eher wohlhabender Haushalte einen Zusatzservice (ORF-Programminhaltearchiv) in hoher Qualität und hohem Komfort (on-demand) bereit zu stellen.**<sup>11</sup> Da die Gesamtheit aller programmmentgeltpflichtigen Haushalte für diesen Zusatzkomfort einiger weniger Haushalte zumindest in den nächsten ein bis zwei Jahren (also solange, bis der Dienst sich wirtschaftlich rechnet,

---

<sup>10</sup> Bietet der ORF auch Kaufinhalte an, die nicht im ORF-Programm gelaufen sind oder laufen werden, verstößt er gegen § 2 ORF-G (Unternehmensgegenstand; siehe dazu oben). Wir gehen daher davon aus, dass ein ORF-VoD-Angebot, wenn überhaupt, nur als Angebot denkbar ist, das ausschließlich Inhalte zeigt, die auch im ORF-Programm (ge-)laufen (sind).

<sup>11</sup> Geschätzter Kostenbeitrag aus Programmmentgelt für die Bereitstellung des VoD-Dienstes umgerechnet auf die Zahl der erwarteten VoD-Kunden (2018): über 100 EUR!



siehe oben) aufkommen müsste, betrachten wir den öffentlich-rechtlichen 'Netto-Mehrwert' für die österreichische Gesellschaft im Ergebnis als negativ.

Die wirtschaftliche Tragbarkeit des Dienstes ist folglich zu verneinen.

### **3.5.3. Umgang mit den bisher angelaufenen Verlusten aus Kauf und Betrieb des Dienstes**

Im Kontext der wirtschaftlichen Betrachtung des Angebots ist für den Fall, dass der ORF seinen Plan der Umwandlung von Flimmit in einen öffentlich-rechtlichen Dienst tatsächlich weiterverfolgt ein weiterer Umstand zu erörtern, nämlich die Frage, wie mit den angelaufenen Verlusten der Flimmit-Unternehmensbeteiligung umzugehen ist.

Nach der oben (3.5.1.) vorgenommenen Schätzung hat das Projekt 'Flimmit' bisher zu einem Gesamtverlust für den ORF-Konzern von mehr als 3 Mio. EUR geführt. In diesem Betrag sind die Kosten des Beteiligungserwerbs (Kaufpreis geschätzt zumindest 1 Mio. EUR) und die kumulierten Jahresfehlbeträge enthalten.

Der ORF hat seine öffentlich-rechtlichen Aktivitäten wirksam von den kommerziellen Aktivitäten zu trennen (organisatorisch, rechnerisch, usw.); insbesondere ist es dem ORF untersagt, für kommerzielle Aktivitäten Mittel aus dem Programm-entgelt zu verwenden (§ 8a Abs. 2 ORF-G). Die wirksame Trennung der öffentlich-rechtlichen von den kommerziellen Aktivitäten verlangt nicht nur, dass Quersubventionen kommerzieller Aktivitäten durch die Gewährung finanzieller Vorteile aus dem öffentlich-rechtlichen Bereich (d.h. Mittelzuflüsse aus dem öffentlich-rechtlichen in den kommerziellen Bereich) unterbleiben müssen, sondern dass auch umgekehrt wirtschaftliche Verluste aus dem kommerziellen Bereich nicht dem öffentlich-rechtlichen Bereich übertragen werden können. Dieses Grundverständnis wird § 8a ORF-G in Zusammenschau mit § 31c Abs 3 ORF-G (Pflicht zur Einhaltung der Prinzipien eines wirtschaftlich handelnden Privatinvestors) zu unterlegen sein. Mit anderen Worten: Der öffentlich-rechtliche Tätigkeitsbereich des ORF muss kosten- und ertragsseitig frei von den wirtschaftlichen Risiken sein, die der ORF im stand-alone kommerziellen Bereich eingegangen ist - andernfalls könnte der ORF im stand-alone-Bereich unverantwortliche Risiken eingehen, die im Misserfolgsfall 'vergemeinschaftet' würden. Der bisher angelaufene Gesamtverlust aus der Flimmit-Beteiligung (Schätzung: > 3 Mio. EUR) darf daher nicht einfach durch Umwidmung von Flimmit in ein 'öffentlich-rechtliches VoD-Angebot' auf den öffentlich-rechtlichen Bereich übertragen werden. Der Verlust aus der Flimmit-Beteiligung ist aus kommerziellen stand-alone Aktivitäten des ORF zu bestreiten und wird aus diesen Aktivitäten auszugleichen sein.

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

#### 4. Wettbewerbsbeschränkungen infolge des (geplanten) VoD-Angebots

Im Rahmen der Prüfung des Angebotskonzeptvorschlags gem. §§ 6ff ORF-G sind die zu erwartenden Auswirkungen des geplanten öffentlich-rechtlichen Angebots auf die Wettbewerbssituation privater Mitbewerber zu prüfen und zu bewerten.

Die Besonderheit dieser Prüfung besteht im gegenständlichen Fall darin, dass der geplante Dienst - Flimmit -tatsächlich schon als kommerzieller Dienst am Markt angeboten wird (Bestandsangebot), in Zukunft aber als 'öffentlich-rechtlicher Abrufdienst' auch mit Programmertgelten finanziert werden soll. Zusätzlich zur Veränderung der Finanzierungsstruktur lassen sich aus dem Angebotskonzeptvorschlag des ORF folgende potentiell wettbewerbsrelevante Änderungen des (heutigen) Flimmit-Angebots ableiten:

Da wären zunächst die geplanten Änderungen im Inhaltsangebot: Es ist geplant, den Anteil an **Filmen und Serien aus Fremdproduktionen, die bisher nicht im ORF-Programm gezeigt wurden**, erheblich zu senken. Im Ergebnis sollen Fremdproduktionen, die zuvor nicht im ORF-Programm gezeigt wurden, eine bloße 'Ergänzung' des Film- und Serienkatalogs darstellen. Mangels konkreterer Angaben ist es allerdings unmöglich, die tatsächlich zu erwartende Veränderung des Inhalttekatalogs abzuschätzen. Die Ursache hierfür liegt darin, dass der ORF im Angebotskonzeptvorschlag häufig von 'ORF-Inhalten' oder 'ORF-Sendungen' spricht, damit allerdings nicht ORF-Produktionen (Eigen-/Auftrag-/Ko-Produktionen) meint, sondern ORF-Produktionen *und* Fremdproduktionen, die vor Flimmit-Bereitstellung im ORF-Programm gelaufen sind. Da im ORF-Fernsehprogramm fast alle national und international erfolgreichen Spielfilme und Serien irgendwann gelaufen sind, ist der Katalog von attraktiven Film- und Serien-Inhalten, die als 'ORF-Inhalte' bezeichnet werden und daher potentiell in Zukunft angeboten werden könnten, enorm groß. Um die geplante Angebotsänderung greifbar und damit im Wettbewerb überprüfbar zu machen, müssten im Angebotskonzept klare (und prüfbare) quantitative Strukturquoten angegeben werden

Ähnlich gelagert ist der Umstand, dass es unmöglich ist, sich den tatsächlich zu erwartenden **Anteil an Inhalten mit österreichischem Hintergrund** vorzustellen. Zwar wird die Absicht, vor allem österreichische Inhalte über die Plattform anzubieten, immer wieder im Angebotskonzeptvorschlag betont. Wenn man allerdings das derzeitige Inhalteangebot auf Flimmit näher begutachtet, stellt man schnell fest, dass aus heutiger Sicht der **Anteil an tatsächlich österreichischen Inhalten insgesamt deutlich unter 50%** liegt. Ganze Genre-Kataloge (wie z.B. Abenteuer, Action, Drama, Fantasy, Horror, Martial Arts, Mystery, Sci-Fi, Thriller und Western) bestehen beinahe ausschließlich aus nicht-österreichischen Inhalten. Um die potentiellen Auswirkungen des Angebots auf den Wettbewerb greifbar zu machen, müssten auch die Angebotsanteile mit österreichischer Produktionsherkunft quantifiziert werden.

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

Die **Umstellung der Finanzierungsstruktur** von einer rein kommerziellen zu einer teilweise öffentlich-rechtlich quersubventionierten Finanzierung hat naturgemäß enorm wettbewerbsschädigendes Potential. Wenn die Wirtschaftlichkeit des Angebots (als öffentlich-rechtlich subventioniertes Angebot) keine Rolle mehr spielt, kann das öffentlich-rechtliche Angebot aufgrund seiner finanziellen Überlegenheit und Überlebensfähigkeit theoretisch jeden privaten Anbieter aus dem Markt drängen bzw. von vornherein vom Markt fernhalten.

Die (Ko-)Finanzierung des Angebots aus Programmentgelten ist aber nicht die einzige unmittelbare Ursache für wettbewerbsschädigende Effekte aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Unterhaltungs-Abrufdienstes. Hinzu kommen die vielfältigen **Möglichkeiten der positiven und/oder negativen Diskriminierung aufgrund ORF-konzerninterner Vorleistungen**. Bislang gilt zwischen dem öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbereich des ORF und Flimmit ein strenges Trennungsgebot sowie das allgemeine Diskriminierungsverbot. Gilt Flimmit als öffentlich-rechtlicher Dienst, fallen diese Beschränkungen weg und es wären zahlreiche potentiell wettbewerbsschädigende Verhaltensweisen im ORF-Konzern gestattet, wie z.B. die Bevorzugung im Zugang zu den ORF-Produktionen (eigen-/auftrags-/ko-produziert), die Weitergabe von Vorteilen im Rechteinkauf von Fremdproduktionen, die Erbringung von Konzerndienstleistungen zu präferierten Konditionen insb. im Bereich Marktkommunikation, Marken(mit)nutzung, technische und betriebliche (Vor-)Leistungen, Vertriebsleistungen, Verbreitungsleistungen, Nutzung von Kundendaten, usw.

Auch in Bezug auf die Änderungen der Finanzierungsstruktur bleibt der Angebotskonzeptvorschlag - so wie in Bezug auf die geplanten Änderungen des Inhalteportfolios - **völlig unverbindlich**. Zwar nennt der ORF im Finanzierungsplan einen (unrealistischen; siehe dazu oben 3.5.) Programmentgeltzuschuss-Betrag von ca. 0,5 Mio. EUR pro Jahr, hierbei handelt es sich aber um eine völlig unverbindliche Größenordnung (die Finanzvorschau ist nicht Teil des Angebotskonzepts; sie enthält keine Bezugnahme darauf, ob/inwieweit sonstige indirekte geldwerte Vorteile im Konzernverbund an Flimmit geleistet werden (sollen)).

Die Bewertung der wettbewerblichen Auswirkungen ist vor dem Hintergrund der mangelnden Bestimmtheit und Verbindlichkeit des Angebotskonzeptvorschlags vorzunehmen und kann daher - gerade in Bezug auf die Abgrenzung des betroffenen Marktes - nicht abschließend erfolgen.

Im Folgenden werden zunächst die relevanten Märkte abgegrenzt und die wettbewerbsschädlichen Effekte auf den einzelnen Märkten dargestellt.

#### **4.1. Endkundenmärkte: Marktabschottung und Monopolisierung in den angebotsrelevanten VoD-Märkten bzw. Marktsegmenten zu erwarten**

Die Angebotsauswirkungen auf den Wettbewerb sind auf den jeweils relevanten Märkten zu überprüfen. Die Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte ist auf Basis des Bedarfsmarktkonzepts, d.h. aufgrund konkret festgestellter oder ver-

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918



nünftigerweise zu erwartender Endkundenpräferenzen, abzugrenzen. Für die Vornahme der Marktabgrenzung kann es hilfreich sein, auf Marktabgrenzungen die für vergleichbare Produkte oder Dienstleistungen vorgenommen wurden, abzustellen; Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Produkte und die Marktbedingungen hinreichend übereinstimmen.

Der ORF bzw. der vom ORF beauftragte Reidlinger kommen zum Ergebnis, dass der sachlich relevante Endkundenmarkt für die Bewertung des geplanten Videoabrufangebots **der (österreichische) Markt für entgeltliche VoD-Angebote** ist (Beilage ./1, S 5f). Auf diesem Markt - so die Analyse von Reidlinger (S 14f) - sei angesichts der enormen Wettbewerbsstärke von Netflix, Amazon Prime und Sky (sowie ergänzender Angebote von Apple, Google, und Microsoft) nicht mit Wettbewerbsverzerrungen zu rechnen; aufgrund des zum Angebot dieser (globalen) Anbieter komplementären Inhaltsangebots des ORF könnte es sogar zu einer Wettbewerbsbelebung (für österreichische Inhaltsangebote bzw. hochqualitative Angebote) kommen.

Die von ORF und Reidlinger vorgenommene Marktabgrenzung kommt uE vor-schnell zu einem für den ORF gewünschten Ergebnis: die Einordnung des ORF-Angebots im Markt für Pay-VoD-Unterhaltungsangebote mit tatsächlich überaus marktstarken, global agierenden Wettbewerbern. Bei näherer Betrachtung ist dieses Ergebnis aber, zumindest in dieser Eindeutigkeit, zu bezweifeln.

Ausgangspunkt der Marktabgrenzung ist das (geplante) Angebot, konkret die geplanten Abruf-Inhalte, da das Inhalteangebot über die zu erwartende Kundennachfrage Auskunft gibt.<sup>12</sup> Wesentliche Charakteristika des geplanten Inhalteangebots sind nach Auskunft des ORF, dass es sich bei den abrufbaren Inhalten **'vorwiegend' um österreichische Produktionen** handeln soll, dass der Dienst eine **hohe (Inhalts-)Qualität der Filme und Serien** bereitstellen soll, und dass die **Inhalte (zumindest) größtenteils im ORF-Programm gelaufen** sein sollen.

---

<sup>12</sup> Reidlinger zitiert in seiner Stellungnahme (S 5) im Kontext der Marktabgrenzung einige Entscheidungen der EU-Kommission sowie eine Entscheidung des Bundeskartellamts, die das Bestehen eines Pay-VoD-Marktes belegen sollen. In den zitierten Entscheidungen liegt der Kern der sachlichen Marktabgrenzung letztlich aber auch weniger in der Bezahlform, sondern viel mehr im (durch die Bezahlung ermöglichten) Unterschied im Inhalteangebot.

So stellte die EU-Kommission fest, dass "im Rahmen von Pay-TV ausgestrahlte Premium-Inhalte oftmals nicht durch Free-TV-Inhalte zu ersetzen seien". In Bezug auf Flimmit hat dieses Unterscheidungsmerkmal allerdings wenig Bedeutung, da das Angebot von Flimmit vor allem Unterhaltungsangebote zeigen soll, die bereits im TV-Programm gelaufen sind, d.h. der Premiumcharakter der Inhalte ist sehr stark herabgesetzt.

Das Bundeskartellamt stellte in der zitierten Entscheidung auf die übliche Wertschöpfungskette für Premium-Unterhaltungsinhalte ab, und stellte fest, dass: *'eine werbefinanzierte Auswertung (in der Regel) erst dann vorgesehen ist, wenn dies die Abschöpfung der direkten Zahlungsbereitschaft (d.h. Pay-Modelle) der Videokonsumenten nicht mehr gefährdet'*. Auch diese Konstellation dürfte im gegebenen Zusammenhang keine Rolle spielen, da auf Flimmit praktisch ausschließlich Fiktionalinhalte angeboten werden sollen, die im (gebührenfinanzierten) Free-TV bereits gelaufen sind.



Das derzeitige Angebot von Filmen und Serien auf Flimmit wird dieser Beschreibung zwar gerecht. Der Anteil an österreichischen Inhalten, an Inhalten die im ORF gelaufen sind sowie an Inhalten mit hohem Qualitätsanspruch (gemessen an internationalen Filmbewerben und –Auszeichnungen) ist zwar **gefühl höher** als etwa im Angebot von Netflix, Amazon Prime oder maxdome, dennoch ist der Anteil an Inhalten, die nicht in diese Kategorien (Österreich, 'Qualität', im ORF-Programm gelaufen) fallen, noch immer sehr hoch (siehe insb. das konkrete Inhalteangebot in den schon genannten massenattraktiven Genres wie Action, Abenteuer, Thriller, Mystery, usw.).

Es fällt daher (nicht zuletzt aufgrund der mangelnden Bestimmtheit des letztlich zu erwartenden öffentlich-rechtlichen Inhaltskatalogs, siehe oben) äußerst schwer, abzuschätzen, ob Endkunden das Angebot von Flimmit in Zukunft primär aufgrund des hohen Anteils an österreichischen Produktionen ('Österreich-VoD'), des hohen Anteils an in Filmwettbewerben gelaufenen und/oder ausgezeichneten Produktionen ('Qualitäts-VoD'), des hohen Anteils an im ORF-TV-Programm bereits gelaufenen Filme und Serien ('ORF-Programm-VoD'), oder primär aus keinem der genannten Gründe, sondern aufgrund des verhältnismäßig günstigen Preises in Verbindung mit den sonst abrufbaren massenattraktiven Inhalten, oder aus anderen Gründen, wählen ('austauschbarer VoD'). Gerade die Abschätzbarkeit dieser (zu erwartenden) Kundenpräferenzen wäre allerdings nötig, um mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Endkundenmarkt richtig abzugrenzen.

Für die Marktabgrenzung haben diese Unsicherheiten die Konsequenz, dass uE mangels besseren Wissens von unterschiedlichen, in etwa gleich wahrscheinlichen (Nachfrage-)Szenarien ausgegangen werden muss, die zu unterschiedlichen Marktabgrenzungsergebnissen und auch zu unterschiedlichen Wettbewerbsbewertungen führen. Den Szenarien ist gemeinsam, dass sich die Betrachtung jeweils auf den österreichischen Markt, konkret auf Medienangebote, die in Österreich konsumierbar sind, beschränkt; die räumliche Abgrenzung ist also in jedem Fall der jeweils österreichische (sachlich relevante) Markt.

#### **4.1.1. Szenario 1: Austauschbarer Pay-VoD-Dienst**

In diesem Szenario, von dem offenbar der ORF und Reidlinger ausgehen (wenngleich Reidlinger auch die Komplementarität des geplanten Dienstes betont; S 15), ist der sachlich relevante Markt der **'Markt für Pay-VoD-Angebote mit einem breiten Angebot an fiktionalen Unterhaltungsinhalten'**, also Filme und Serien, die **in deutscher Sprache in Österreich gegen Entgelt** (Abo, Transaktionsentgelte) konsumiert werden können.

Der (geplante) Dienst Flimmit nimmt in diesem Szenario an dem so abgegrenzten Markt mit einem in inhaltlicher Sicht nicht ausreichend abgrenzbaren Mischangebot an Inhalten teil, das sich sowohl aus österreichischen, qualitativ hochwertigen, als auch nicht-österreichischen bzw. nicht hochqualitativen Inhalten (Fremdproduktionen) zusammensetzt, von denen viele (zu irgendeinem Zeitpunkt auch) im ORF-Programm gelaufen sind. Das Angebot grenzt sich weder

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

inhaltlich, noch in Bezug auf sonstige strukturelle Merkmale<sup>13</sup>, noch preislich besonders von den sonstigen Angeboten ab.

Die Wettbewerber auf diesem breit abgegrenzten Markt sind alle namhaften global tätigen VoD-Anbieter von Fiktionalinhalten (Film und Serien) mit u.a. deutschsprachigen Unterhaltungsangeboten, wie Netflix ([netflix.com/at](http://netflix.com/at)), Amazon Prime ([amazon.de/Amazon-Video/](http://amazon.de/Amazon-Video/)), RakutenTV ([at.rakuten.tv](http://at.rakuten.tv)), Google Play ([play.google.com/Filme](http://play.google.com/Filme)), Apple iTunes ([itunes.apple.com/at/genre/filme/](http://itunes.apple.com/at/genre/filme/)), ergänzt um in Österreich abrufbare regional europäische Angebote von Fiktionalinhalten (wie z.B. maxdome ([maxdome.at/](http://maxdome.at/)), Sky Ticket ([skyticket.sky.at/bestellen/cinema](http://skyticket.sky.at/bestellen/cinema)), ChiliTV ([at.chili.com/](http://at.chili.com/)), Videoload ([videoload.de/](http://videoload.de/)), Pantaflix ([pantaflix.com/de](http://pantaflix.com/de)), sowie bisher auf Österreich beschränkte VoD-Angebote österreichischer Anbieter im Bereich Film und Serien, wie z.B. A1 now ([a1now.tv/home](http://a1now.tv/home)), Horizon Go von UPC ([horizon.tv/de\\_at/](http://horizon.tv/de_at/)).

Der Wettbewerb in diesem Markt ist intensiv, und auch wenn Netflix und Amazon im Moment die beiden dominanten und erfolgreichsten Anbieter sind, lässt sich dieser Markt sicherlich (zumindest aus heutiger Sicht) als wettbewerbsintensiv umschreiben. Angesichts der finanziellen Möglichkeiten der global agierenden Anbieter auf diesem Markt kann es ausgeschlossen werden, dass der ORF in der Lage ist, das Marktergebnis aufgrund von Quersubventionen aus den Programm-entgelten oder sonstigen finanziellen Vorteilen aufgrund des Konzernverbunds erheblich zu beeinflussen.

#### **4.1.2. Szenario 2: Pay-VoD mit Qualitätsinhalten ('Qualitäts-VoD')**

In diesem Angebotsszenario steht die Qualität der angebotenen Fiktionalinhalte (v.a. Filme) im Vordergrund des Kundeninteresses und der Nachfrage. Der Schwerpunkt des inhaltlichen Angebots und die entsprechende Marktkommunikation zielen auf eine **klare Abgrenzung vom breiten kommerziellen Angebot** vieler anderer VoD-Anbieter ab. Es gibt zahlreiche Hinweise darauf, dass diese Abgrenzung aus Sicht des ORF **gewünscht** ist (siehe z.B. die Marktkommunikation zu Flimmit als 'Feinkostladen' - in Abgrenzung zum 'Supermarkt' der anderen Dienste), und dass diese Abgrenzung auch **erfolgreich** ist (siehe dazu die Angaben zum Ergebnis der Bestandskundenumfrage von Flimmit, die von Reidlinger angeführt werden, wonach beinahe 50% der Flimmit-Kunden zumindest ein weiteres (vermutlich breites und kommerzielleres) VoD-Angebot konsumieren). Da sich das Inhalteportfolio von Flimmit auf Basis der ORF-Pläne noch stärker in diese Richtung entwickeln soll (lt. ORF-Angaben), hat dieses Marktabgrenzungsszenario eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit.

In diesem Szenario ist der sachlich relevante Markt der **'Markt für Pay-VoD-Angebote mit einem hochqualitativen Angebot an Film- und Serien-Inhalten'**, v.a. Filme, Dokumentation, tlw. Serien, die **in deutscher Sprache in Österreich gegen Entgelt** (Abo, Transaktionsentgelte) konsumiert werden können.

<sup>13</sup> Zu den diese Angebote kennzeichnenden Strukturmerkmalen (Entgeltmodelle, Inhaltskategorien, Mischung aus Eigen- und Fremdproduktionen, usw.) siehe oben Pkt. 3.2.

Der Kreis der Wettbewerber in diesem Markt bzw. Marktsegment besteht aus heutiger Sicht primär aus den Angeboten von Pantaflix ([pantaflix.com/de](http://pantaflix.com/de)) und (mit Abstrichen) Flimmit, wobei nicht auszuschließen ist, dass sich im Zuge einer Detailrecherche noch weitere Anbieter finden ließen. Anbieter breiter kommerzieller VoD-Pay-Angebote bieten zwar teilweise auch (vereinzelt bzw. in Kategorien zusammengefasst) 'Qualitätsfilme' an, allerdings in untergeordnetem Maß, sodass diese Angebotsinhalte nicht als kaufentscheidend angesehen werden können. Als Substitutionsangebote kommen schließlich Qualitätsangebote anderer Dienste in Betracht (z.B. Qualitätsinhalte im TV-Angebot bzw. Mediatheken oder spezialisierte Verleih- bzw. Verkaufsangebote, z.B. [hoanzl.at](http://hoanzl.at)).

Der Wettbewerb in diesem Marktsegment ist nicht intensiv. Flimmit ist (aus österreichischer Sicht) der dominante Anbieter. Bezieht man den in Deutschland ansässigen Dienst Pantaflix, der auch österreichischen Kunden offensteht, bislang in Österreich aber kaum aktiv vermarktet wurde, mit ein, sind zumindest zwei VoD-Anbieter in diesem Markt(segment) aktiv.

Wird das kommerzielle Angebot von Flimmit in ein öffentlich-rechtliches Angebot umgewandelt, besteht die Gefahr erheblicher Marktverzerrung sowie der dauerhaften Errichtung von Markteintrittsbarrieren, die den Eintritt potentieller Wettbewerber in diesen Markt wohl mit Sicherheit ausschließen.

Die Ursachen hierfür sind einfach: Der Markt bzw. das betreffende Marktsegment ist nicht massenattraktiv und daher sind die Erlöspotentiale von vornherein beschränkt. Daraus abgeleitet sind die wirtschaftlichen Möglichkeiten, einen erfolgreichen Dienst aufzubauen und zu skalieren ebenfalls limitiert. Demgegenüber stehen erhebliche Markteintrittskosten für Plattformbetrieb, Lizenzen und Vermarktung des Dienstes. Tritt unter diesen Umständen ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkanbieter, noch dazu mit der Stärke des ORF, in den Markt ein, ist das für jeden wirtschaftlich handelnden, gewinnorientierten Akteur ein klares Signal, entweder nicht in den Markt einzutreten oder aus dem Markt auszutreten. Gegen den ORF, ausgestattet mit überwältigender Finanz- und Vermarktungsstärke, kann ein rein österreichischer Anbieter in diesem Segment nicht bestehen und ganz sicher nicht gewinnorientiert geführt werden. Allenfalls kann ein in Deutschland erfolgreicher Anbieter auch den österreichischen Markt bedienen - sofern nicht umgekehrt der ORF sein öffentlich-rechtlich (teil-)finanziertes hochqualitatives VoD-Angebot nach Deutschland expandiert (was im Übrigen lt. Angebotskonzeptvorschlag tatsächlich geplant ist; siehe S 14).

Wir halten daher fest: Wird Flimmit aus Kundensicht als 'Angebot hochqualitativer Filmunterhaltung auf Abruf' vermarktet und verkauft, führt der Umstand einer öffentlich-rechtlichen Quersubventionierung (also des direkte Zuschusses von Finanzmitteln), verknüpft mit indirekten geldwerten Vorteilen im Konzernverbund (Marke, Vermarktung, Zugang zu Inhalten und sonstigen Vorleistungen, usw.), unweigerlich zu einer spürbaren Wettbewerbsverzerrung, sowie - aller Voraussicht nach - zu einer effektiven Abschottung des Marktes durch die wirk-

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

[office@voep.at](mailto:office@voep.at)  
[www.voep.at](http://www.voep.at)

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

same Errichtung von Markteintrittsschranken. Es soll nicht verschwiegen werden, dass schon der Umstand, dass sich der ORF 2015 als Mehrheitseigentümer an der Flimmit GmbH beteiligt hat, dazu geführt hat, erfolgreich jeden potentiellen Markteintritt in diesen Markt bzw. dieses Marktsegment in Österreich zu verhindern.

Um diesen Markt bzw. dieses Marktsegment offen für potentielle Marktneueinsteiger zu halten, gibt es tatsächlich nur eine Abhilfemaßnahme: Die Ablehnung der geplanten Umwandlung in einen öffentlich-rechtlichen VoD-Dienst, verbunden mit einer scharfen Kontrolle der Erbringung von konzerninternen Vorleistungen zur Verhinderung versteckter Quersubventionen.

#### **4.1.3. Szenario 3: Pay-VoD mit Österreich-Inhalten ('Österreich-VoD')**

In diesem Angebotsszenario steht nicht so sehr die Qualität der angebotenen Unterhaltungsinhalte im Fokus der Nachfrage, sondern vor allem die **Herkunft der Inhalte - Produktionsland Österreich** - und der **inhaltliche Bezug** der Film- und Serieninhalte **zu Österreich**. Der Hauptbestandteil des VoD-Angebotskatalogs besteht aus in Österreich produzierten bzw. in Österreich handelnden Filmen und Serien. Der Schwerpunkt der Vermarktung zielt darauf ab, das Angebot als ein auf österreichische Inhalte spezialisiertes VoD-Angebot darzustellen und dies zum kaufentscheidenden Kriterium zu machen.

Flimmit wurde bereits in der Vergangenheit in diesem Sinn positioniert ('Schwerpunkt auf österreichischen und europäischen Produktionen'<sup>14</sup>). Es besteht aufgrund der Aussagen des ORF im Angebotskonzeptvorschlag die definitive Absicht, den Österreich-Fokus und die Marktkommunikation des Plattformangebots in dieser Hinsicht noch deutlich zu stärken und zu schärfen. Die bereits oben (Pkt. 4.1.1.) erwähnten Ergebnisse der Bestandskundenumfrage von Flimmit (Reidlinger, S 15) weisen in die Richtung, dass es sich bei Flimmit schon heute aus Sicht der Kunden um ein klar von breiten, kommerziellen und internationalen VoD-Angeboten abtrennbares Produkt handelt. Dieses Marktabgrenzungsszenario ist daher aus unserer Sicht besonders geeignet, die Endkundenpräferenzen sauber abzubilden.

In diesem Szenario ist der sachlich relevante Markt der '**Markt für österreichische Unterhaltungsinhalte (Filme und Serien) auf Abruf**'.

Der Kreis der aktuellen Wettbewerber in diesem Markt bzw. Marktsegment ist äußerst eng. Als Bezahlangebot ist Flimmit dominant, andere OTT-VoD-Angebote (z.B. von A1 und UPC) sind noch im Anfangsstadium und entsprechend klein ist die inhaltliche Auswahl an österreichischen Titeln. Titel mit Österreich-Herkunft und/oder Bezug finden sich auch im Angebot von maxdome (mehr als 50 Spielfilme sowie österreichische Serieninhalte), vereinzelte Titel mit Österreich-Bezug auch in anderen VoD-Angeboten (z.B. Netflix oder Amazon Prime). Abgesehen

---

<sup>14</sup> Siehe z.B. <http://derstandard.at/2000013028152/ORF-setzt-mit-Flimmit-strategischen-Schritt-gegen-Netflix-Co>.

von Pay-Angeboten kommen auch werbefinanzierte Angebote in Betracht, insb. die Mediathek-Angebote österreichischer TV-Veranstalter (ORF TVthek sowie die Mediatheken von PULS 4, ATV und ServusTV), wobei deren Film- und Serienangebote schnell wechseln, entsprechend umfänglich beschränkt sind und (definitionsgemäß) in einem engen Zusammenhang mit dem jeweiligen TV-Programmangebot stehen.

Das Angebot von **Flimmit ist jedenfalls das dominante Pay-VoD-Angebot für österreichische Filme und Serien** am Markt. Bezieht man werbefinanzierte Angebotsformen (Mediatheken und ggf. sonstige Online-Abrufplattformen) mit ein, bleibt der ORF (aufgrund der gemeinsamen wirtschaftlichen Betrachtung von Flimmit und TVthek) der dominante Anbieter.

Wie schon oben erwähnt (Pkt. 3.2.) ist die Dominanz des ORF nicht zuletzt das natürliche **Ergebnis der Marktdominanz und der finanziellen Überlegenheit** des ORF im österreichischen TV-Markt; für den ORF als den mit Abstand größten Anbieter originär österreichischer TV-Programme ist es selbstverständlich, über das größte Sortiment an Filmen und Serien mit Österreichbezug zu verfügen. Als **größter und mit weitem Abstand marktstärkster Produzent von Filmen und Serien mit Österreich-Bezug** greift der ORF nicht nur auf das mit großem Abstand größte Archiv an relevanten Inhalten zurück, sondern produziert auch laufend im Wege von Eigen-/Ko-/oder Auftragsproduktionen den mit Abstand größten Anteil an Neuproduktionen.

Die Marktmacht des ORF im Markt für österreichische Filme und Serien auf Abruf resultiert somit einerseits aus der **Dominanz des ORF im Inhalte-/Lizenzmarkt**. Zum anderen ist sie **Ergebnis der Finanzkraft und der Verbundvorteile**, die Flimmit (als Tochterunternehmen des ORF) genießt.

Würde nun das kommerzielle Angebot von Flimmit in ein öffentlich-rechtliches Angebot umgewandelt, wären die Konsequenzen ähnlich jenen, die im oben beschriebenen Markt für Qualitäts-VoD-Angebote dargestellt wurden. Sie wären allerdings noch insoweit verschärft, als dass die aktuelle Dominanz des dem ORF zuzurechnenden Angebots Flimmit noch größer ist (faktisch einem Monopol gleichkommt), und als dass das Gesamtmarktpotential noch geringer ist, da der Nachfragermarkt zwangsläufig wenig grenzüberschreitendes Potential hat und somit räumlich wohl weitgehend auf Österreich beschränkt bleibt.

Wird in diesem Markt der marktbeherrschende Anbieter dadurch noch zusätzlich gestärkt, dass ihm gestattet wird, finanzielle Mittel aus Programmengelt direkt zuzuschießen bzw. Verbundvorteile im Konzern in vielfältiger Weise zu nutzen, so wird die **monopolartige Stellung des Angebots langfristig verfestigt**. Es ist unter diesen Umständen jedenfalls auszuschließen, dass sich auf diesem Markt irgendwann von selbst Wettbewerb herausbilden könnte.

In Wahrheit bedarf es nicht einer Verstärkung der Marktmacht von Flimmit, sondern eines **Aufbrechens der Dominanz von ORF/Flimmit**, wollte man irgend-

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

wann **selbsttragenden Wettbewerb** auf diesem Markt sehen. Dazu bedürfte es einer Verpflichtung des ORF, sein umfangreiches Inhalteportfolio (Archiv und aktuelle Produktionen) effektiv und kostengünstig Dritten (potentiellen alternativen VoD-Anbietern) zu öffnen. Alternativ oder in Ergänzung dazu müsste nicht nur der vorgelagerte Markt (Lizenzen für österreichische Inhalte) effektiv geöffnet werden, sondern die Plattform Flimmit selbst müsste für (österreichische) Inhalte von Dritten geöffnet werden, etwa in Form eines Modells beim dem ggf. ein fixes Zugangsentgelt bezahlt wird und dritte Inhalteanbieter im Wege eines fairen Revenue-Sharing einen hohen Anteil an den Abruferlösen für ihre Inhalte erhalten.

Wird Flimmit zum öffentlich-rechtlichen Angebot, so wird Flimmit für immer zum Monopolanbieter für österreichische Filme und Serien auf Abruf, was zum **Nachteil der Konsumenten** und - entgegen der Behauptung des ORF - auch zum **Nachteil der Film- und Serien-Ko- bzw. Auftrags-Produzenten** wäre. Schließlich könnte der ORF die heute genannte (zumindest für die Abo-Inhalte relativ moderaten) Endkundenpreisen beliebig erhöhen. Auch aus Sicht der österreichischen Ko-/ Auftragsproduzenten wäre es nicht wünschenswert, auf den **ORF bzw. Flimmit als Monopolabnehmer** für Film-/Serienlizenzen auf Abruf angewiesen zu sein. Vielmehr wäre es für Auftrags-/und Ko-Produzenten jedenfalls besser, zwei oder mehrere unterschiedliche Abnehmer im Markt zu haben, anstatt eines einzigen, der ihnen mangels Alternative die Lizenzpreise diktieren kann.

Fazit: Das vom ORF behauptete Marktversagen dient lediglich der Absicherung seiner Alleinstellung im Markt für österreichische Filme und Serien auf Abruf durch eine Umwandlung des Flimmit-Angebots in einen öffentlich-rechtlichen Dienst. Tatsächlich ist die Entwicklung dieses Marktes vor allem dadurch gehemmt, dass es mit dem ORF einen dominanten Inhalteigentümer gibt, der seine dominante Marktposition vertikal (auf das VoD-Segment) ausgedehnt hat und damit effektiv jeden potentiellen dritten Wettbewerber effektiv vom Markteintritt abschreckt. Dieser Markt braucht daher nicht weniger Wettbewerb (was eine Folge der Umwandlung von Flimmit in ein öffentlich-rechtliches Angebot wäre), sondern mehr Wettbewerb durch die effektive Öffnung des Zugangs zu österreichischen Inhalten bzw. zur Mitnutzung der dominanten Plattform Flimmit.

#### **4.1.4. Szenario 4: ORF-Programm-begleitender-VoD**

Im Angebotskonzeptvorschlag betont der ORF wiederholt die Absicht, den Anteil von Filmen und Serien, die im ORF gelaufen sind, signifikant zu erhöhen und auf Fremdproduktionen, die zuvor nicht im ORF gelaufen sind, weitestgehend zu verzichten. Im Ergebnis würden auf Flimmit ausschließlich oder fast ausschließlich Filme und Serien laufen, die zuvor, wenn auch ohne unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang, schon mindestens einmal auch im ORF-Programm gelaufen sind.

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

In einem vierten Marktabgrenzungsszenario könnte vor diesem Hintergrund argumentiert werden, dass es sich in Wahrheit bei dem geplanten VoD-Dienst 'bloß' um einen (neben der TVthek) zusätzlichen programmbegleitenden Abrufdienst handelt.

Reidlinger schließt diese Betrachtungsweise aus (Reidlinger, S 6). Zwischen der TVthek und dem geplanten Abrufdienst bestünde keine direkte Substitutionsbeziehung, da die TVthek vor allem tagesaktuelle Inhalte des ORF-Programms abrufbar mache, die sich für ein öffentlich-rechtliches Flimmit nicht eignen würden, und daher die Nutzungsgewohnheiten der beiden Dienste (TVthek bzw. Flimmit) gänzlich unterschiedlich seien.<sup>15</sup>

Diese Betrachtung greift aus unserer Sicht zu kurz. **Unterhaltungstitel** aus dem Bereich Serien (wie z.B. Soko Donau, Soko Kitzbühel, Vier Frauen und ein Todesfall) und Filme stellen (im Vergleich zu Information, Kultur oder Sport) regelmäßig **die beliebteste Kategorie der abgerufenen Titel der TVthek** dar (tagesaktuell überprüfbar über die Funktion 'Meistgesehen' auf der Startseite der TVthek, [http://tvthek.orf.at/most\\_viewed](http://tvthek.orf.at/most_viewed)). Wenn aber Unterhaltungstitel in der TVthek zu den am stärksten abgerufenen Inhalten zählen, weshalb sollten TVthek-Nutzer, die z.B. die Serieninhalte von Soko Donau, Soko Kitzbühel oder Vier Frauen und ein Todesfall sehen wollen, diese statt im TVthek-Angebot nicht im Flimmit-Angebot ansehen - abgesehen davon natürlich, dass Flimmit ein Pay-Dienst ist, während die TVthek entgeltfrei konsumiert werden kann. Das Abgrenzungskriterium zwischen TVthek und Flimmit scheint uns daher nicht zwangsläufig die Tagesaktualität des Inhalts zu sein, da diese bei fiktionalen Inhalten keine besondere Rolle spielt, sondern vielmehr der Umstand, dass es sich beim einen um ein entgeltliches und bei anderen um ein unentgeltliches Inhalteangebot handelt.

Wir tendieren daher zwar im Ergebnis auch dazu, die unmittelbare Substituierbarkeit zwischen der TVthek und Flimmit für nicht besonders stark ausgeprägt zu halten, dieser Umstand ist allerdings vor allem auf die Entgeltkomponente des Dienstes Flimmit zurück zu führen.

Auch wenn daher der Substitutionsumfang zwischen der TVthek und Flimmit zumindest aus heutiger Sicht nicht sehr stark ausgeprägt sein dürfte, würde das Flimmit-Angebot dennoch zu einem Rückgang der Nutzung der TVthek bzw. einem allgemeinen Rückgang der Nutzung alternativer TV-Angebote bzw. Mediathekangebote führen.

Würde der ORF allerdings zu irgendeinem Zeitpunkt entscheiden, aus **Flimmit** ein **entgeltfreies Dienstangebot** zu machen, so wäre mit ganz erheblichen Markt-

---

<sup>15</sup> Reidlingers Analyse ist allerdings in sich nicht widerspruchsfrei. An anderer Stelle (S 16) scheint er von einem Substitutionsverhältnis auszugehen. Er hält fest, dass "aufgrund der weitgehend parallelen inhaltlichen Ausgestaltung des VoD-Angebots zum linearen Programm des ORF wohl eher zu erwarten ist, dass sich Nutzer des ORF vermehrt auch dieses alternativen Modells [gemeint ist: Flimmit] bedienen" werden.



verzerrungen zulasten privater TV- und Mediathek-Angebote<sup>16</sup> zu rechnen. Denn unter diesen Umständen fiele die **Substitutionsschranke** zwischen dem umfangreichen österreichischen Film- und Serienangebot von Flimmit und den Unterhaltungsinhalten der privaten österreichischen TV- und Mediathek-Anbietern ersatzlos weg. Die Nachfrage nach Flimmit-Angeboten würde in diesem Fall mit Sicherheit deutlich steigen, worunter ausschließlich die Nachfrage nach den Angeboten privater TV-Veranstalter (einschließlich Mediathekenangebote) leiden würde. *[Anm: Zwar käme es vermutlich auch zu einem Rückgang der Inanspruchnahme der öffentlich-rechtlichen TV- und Mediathek-Angebote, dieser Nachfragerückgang würde aber ohnehin durch die Nachfragesteigerung der Inanspruchnahme von Flimmit überkompensiert werden und wäre daher in Summe für den ORF positiv.]* Diese Nachfrageverschiebung ginge zu Lasten der gegenwärtigen Nachfrage nach den Angeboten privater Anbieter, wegen des allgemeinen Trends zur Inanspruchnahme zeitversetzter Abrufangebote aber voraussichtlich besonders stark zu Lasten der künftigen Nachfrage. Eine Umwandlung des Finanzierungsmodells von Flimmit von einem Pay-Modell zu einem werbefinanzierten Modell ist daher unter allen Umständen auszuschließen. Die Konsequenzen für den (ohnehin latent geschwächten) Markt für privat finanzierte österreichische TV-Programme wären verheerend.

#### **4.1.5. Fazit: ein öffentlich-rechtliches Flimmit führt zur dauerhaften Monopolisierung des Abrufmarkts für österreichische Inhalte**

Auf Basis der angestellten Überlegungen ist davon auszugehen, dass die Markt-abgrenzung darauf abstellen sollte, welche Inhalte von der VoD-Plattform primär zum Abruf angeboten werden (sollen) und wie diese vermarktet werden (sollen). Aufgrund des schon jetzt feststellbaren und auf Basis des Angebotskonzeptvorschlags noch viel stärker zu erwartenden inhaltlichen Schwerpunktes auf österreichischen Filmen und Serien bzw. fiktionalen Inhalten mit hohem Qualitätsanspruch empfiehlt sich eine enge Markt-abgrenzung, die auf Pay-VoD-Angebote mit österreichischen Inhalten bzw. hochqualitativen Filminhalten abstellt. Diese Annahme wird durch die Ergebnisse der im Antragskonzeptvorschlag zitierten Bestandskundenumfrage erhärtet, denen zufolge sich (bereits) das gegenwärtige Angebot von Flimmit in einer Komplementärbeziehung zu den inhaltlich breit und massenattraktiv ausgestalteten Pay-VoD-Angeboten von Netflix, Amazon, maxdome, Sky, usw. befindet.

Die logische Konsequenz dieser Markt-abgrenzung ist die Feststellung einer dominanten Marktposition von Flimmit (bzw. vom ORF auf dem vorgelagerten Markt für österreichische fiktionale Inhalte), die nur in sehr beschränktem Maß durch Angebote Dritter überhaupt relevantem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist.

---

<sup>16</sup> Betroffen wären insbesondere die Abrufportale von PULS 4 ([puls4.com/video/portal](https://puls4.com/video/portal)), die ATV-Mediathek ([atv.at/mediathek](https://atv.at/mediathek)), die ServusTV-Mediathek ([servustv.com/cs/Satellite/VODMediathek/](https://servustv.com/cs/Satellite/VODMediathek/)), die Portale von Sat.1 ([sat1.at/video](https://sat1.at/video)), RTL now ([rtl-now.rtl.de](https://rtl-now.rtl.de)), Pro7-Video ([prosieben.at/video](https://prosieben.at/video)), Kabel eins-Video ([kabeleins.at/videos](https://kabeleins.at/videos)), RTL II now ([rtl2now.rtl2.de](https://rtl2now.rtl2.de)), Super RTL now ([superrtlnow.de/](https://superrtlnow.de/)), sixx-Videos ([sixx.at/video](https://sixx.at/video)), Vox now ([voxnw.de](https://voxnw.de)).

Im Qualitätssegment lässt sich ein alternatives VoD-Angebot mit Niederlassung in Deutschland feststellen; im Markt für österreichische Fiktionalinhalteangebote gibt es überhaupt keinen nennenswerten Wettbewerber.

Wird das kommerzielle Angebot von Flimmit in ein öffentlich-rechtliches Angebot umgewandelt, besteht im Marktsegment für hochqualitative Abrufinhalte die Gefahr erheblicher Marktverzerrung sowie der dauerhaften Errichtung von Markteintrittsbarrieren, die den Eintritt potentieller Wettbewerber in diesen Markt wohl mit Sicherheit ausschließen. Ursächlich dafür ist einerseits das beschränkte Nachfragepotenzial in diesem Marktsegment, dass das Bestehen einer Vielzahl konkurrierender Angebote wirtschaftlich verunmöglicht, andererseits die Abschreckungswirkung auf (aktuelle und potentielle) Anbieter, die davon ausgeht, dass mit dem ORF ein finanzstarker, gleichzeitig aber nicht gewinnorientierter Akteur den Markt nach Belieben dominieren kann.

Im Markt für österreichische Abrufangebote wären die Konsequenzen noch deutlich dramatischer: Wird in diesem Markt dem ohnehin bereits marktbeherrschenden Anbieter (Flimmit/ORF) gestattet, finanzielle Mittel aus Programmengeld zuzuschießen bzw. Verbundvorteile im (ORF-)Konzern in vielfältiger Weise zu nutzen, so wird die **monopolartige Stellung des VoD-Angebots** für immer **verfestigt**. Unter diesen Umständen wäre es auszuschließen, dass sich auf diesem Markt für österreichische Abrufinhalte gegen Entgelt irgendwann von selbst Wettbewerb herausbilden könnte. Tatsächlich bedarf es eines **Aufbrechens der Dominanz von ORF/Flimmit** durch eine Verpflichtung des ORF, sein umfangreiches Inhalteportfolio effektiv und kostengünstig Dritten zu öffnen, sowie einer Öffnung der Plattform Flimmit für (österreichische) Inhalte von Dritten.

Wird Flimmit zum öffentlich-rechtlichen Angebot, so wird Flimmit für immer zum Monopolanbieter für österreichische Filme und Serien auf Abruf - zum **Nachteil der Konsumenten** und zum **Nachteil der Film- und Serien-Ko- bzw. Auftrags-Produzenten**.

#### **4.2. Negative Konsequenzen auf den VoD-Lizenzierungsmärkten**

Der Wettbewerb und das Marktergebnis auf dem VoD-Endkundenmarkt stehen in enger Wechselbeziehung mit der vorgelagerten Marktebene der Lizenzierung relevanter VoD-Inhalte, im gegebenen Zusammenhang also vor allem in Wechselbeziehung zur lizenzierten Zurverfügungstellung hochqualitativer Filme und Serien, Filmen und Serien aus Österreich bzw. solchen mit starkem Österreichbezug.

Der ORF ist auf dem vorgelagerten Markt für VoD-Lizenzen sowohl als Anbieter als auch über sein Tochterunternehmen Flimmit als Nachfrager aktiv. Als Produzent (Eigenproduktionen), Auftraggeber oder Ko-Produzent von österreichischen Unterhaltungsserien und Filmen nimmt der ORF eine **dominante Position** ein, was vor allem seiner im Vergleich zu anderen Auftraggebern österreichischer Film- und Serieninhalte **überwältigenden Finanzkraft** geschuldet ist. Seiner

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

Marktstärke ist zum einen dem hohen Budget zur Produktion bzw. zum Erwerb von audiovisuellen Unterhaltungsinhalten, geschuldet geschätzt bei weit über 100 Mio. EUR jährlich liegt, zum anderen dem enormen Wettbewerbsvorteil, den der ORF dadurch genießt, dass er vom **Refinanzierungsrisiko** (d.h. der Notwendigkeit, die Inhaltekosten durch Erlöse finanzieren zu müssen) aufgrund seiner Programmentgeltausstattung befreit ist.

Als Unternehmen, das im Wege **vertikaler Integration** auch auf sämtlichen nachgelagerten **Endkundenmärkten** - lineares TV, Mediathekabrufangebot sowie VoD-Angebot - tätig ist, ist der ORF in der Lage, auch auf dem der TV- und Mediathek-Verwertung **nachgelagerten VoD-Markt** seine Stärke auszuspielen:

- Aus Konzernperspektive stellt sich der ORF im VoD-Markt seine umfangreichen **Eigenproduktionen** im Ergebnis kostenfrei zur Verfügung, da sich die Erlöse aus der Lizenzierung von ORF-Inhalten an Flimmit und die Lizenzkosten von Flimmit an den ORF in der Konzernbetrachtung ausgleichen;
- er erwirbt Lizenzen für **Ko- und Auftragsproduktionen** (unter Konzernbetrachtung) günstiger als jeder dritte VoD-Anbieter (da er ja selbst als Mitproduzent an den Lizenzerlösen beteiligt ist) und er hat auch einen besseren Zugang zu den Auftrags- und Ko-Produzenten;
- und schließlich kann er als Einkäufer von **Fremdproduktionen** Konzernverbundvorteile nutzen, indem er z.B. TV- und VoD-Lizenzen im Paket zu günstigeren Gesamtkonditionen erwirbt, Vermarktungsvorteile in Bezug auf die erworbenen Rechte nutzt, usw.

Diese Vorteile nutzt der ORF als Mehrheitseigentümer von Flimmit bereits heute und er genießt dadurch im relevanten (Endkunden-)Markt für den VoD-Abruf von österreichischen Film- und Serienproduktionen einen unzweifelhaften Marktvorteil gegenüber jedem Dritten.

Auf die Frage, was sich durch eine Umwandlung des kommerziellen VoD-Dienstes Flimmit in einen öffentlich-rechtlichen Abrufdienst verändern würde, vertreten der ORF und Reidlinger unisono die Ansicht, dass sich nichts verändern würde und dass daher auf dieser Marktebene auch nicht mit Wettbewerbsproblemen zu rechnen wäre (siehe z.B. Reidlinger S 16). Reidlinger weist in diesem Zusammenhang gleich mehrfach darauf hin, dass der ORF auch in Zukunft zur Einhaltung des Nichtdiskriminierungsgebots verpflichtet wäre (siehe Reidlinger, S 15 bzw. 17).

Bei genauerer Analyse erweist sich diese Aussage (unverändertes Nichtdiskriminierungsgebot) bzw. diese Schlussfolgerung (keine Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen) als falsch.

Zunächst: Wird der kommerzielle VoD-Dienst in einen öffentlich-rechtlichen VoD-Dienst übergeführt, so fallen u.a. auch die Pflichten zur organisatorischen und rechtlichen Trennung weg. Der öffentlich-rechtliche VoD-Dienst könnte (und

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

würde voraussichtlich) als 'interner' ORF-Online-Dienst, so wie auch die TVthek, betrieben werden. Die Ausgliederung des technischen Betriebs und die Erbringung technisch-betrieblicher Vorleistungen durch die ORS würden dem nicht widersprechen.

Der Umfang der **Nichtdiskriminierungspflicht** wäre aus rechtlicher Sicht<sup>17</sup> erheblich **eingeschränkt**, da die Nichtdiskriminierungspflicht gem. § 2 Abs. 4 (bzw. § 8a) ORF-G zwar zwischen Drittunternehmen (z.B. keine Schlechterstellung von maxdome gegenüber Sky) und zwischen kommerziellen ORF-Unternehmen (wie heute Flimmit) und Drittunternehmen (z.B. maxdome) gilt, aber nicht im Verhältnis zwischen dem **öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbereich des ORF und Drittunternehmen**. Mit anderen Worten: Solange Flimmit ein kommerzielles Tochterunternehmen des ORF ist, darf der ORF Flimmit grundsätzlich nicht besser behandeln als z.B. maxdome. Sobald allerdings Flimmit in einen öffentlich-rechtlichen Dienst umgewandelt wird, den der ORF erbringt, ist es nach dem ORF-G sehr wohl gestattet, dass der ORF seinen eigenen öffentlich-rechtlichen Dienst besser behandelt als maxdome.

Genau das ist eines der gravierendsten Probleme mit dem gegenständlichen Antrag: Wird Flimmit in einen öffentlich-rechtlichen VoD-Dienst umgewandelt, hat der ORF nicht nur den kommerziellen Anreiz, sondern auch die rechtliche Möglichkeit, den **eigenen öffentlich-rechtlichen Dienst zu bevorzugen und/oder die VoD-Dienste aktueller oder potentieller Wettbewerber zu benachteiligen**. So kann der ORF seinen öffentlich-rechtlichen VoD-Dienst z.B. durch bessere VoD-Lizenzbedingungen bevorzugen; er kann dem öffentlich-rechtlichen VoD-Dienst Eigenproduktionen kostenfrei, exklusiv, zeitlich oder umfänglich bevorzugt zur Verfügung stellen, ohne gegen das Nichtdiskriminierungsgebot zu verstoßen. Das gilt sowohl für das umfangreiche ORF-Archiv für Unterhaltungsinhalte, als auch für aktuelle Neuproduktionen. Ähnlich gelagert ist die Situation in Bezug auf Auftrags- und Ko-Produktionen. In diesem Bereich kann der ORF auf eine anteilige Lizenzzahlung zugunsten des eigenen öffentlich-rechtlichen Dienstes verzichten, und er kann im Zusammenspiel mit den Auftragnehmern oder den Mitproduzenten eine Bevorzugung in den sonstigen VoD-Lizenzbedingungen sicherstellen (z.B. Exklusivität, zeitliche oder umfängliche Bevorzugungen. Und schließlich steigt seine Einkaufsmacht als VoD-Anbieter gegenüber Fremdproduzenten im Wettbewerb mit dritten VoD-Anbietern, da der öffentlich-rechtliche VoD-Dienst anders als sämtliche Wettbewerber vom Refinanzierungsrisiko freigestellt ist.

Problematisch ist die Umwandlung von Flimmit in einen teilweise öffentlich-rechtlich finanzierten Dienst auf den VoD-Lizenzmärkten aber auch deshalb, weil es durch die Umwandlung von Flimmit zu einer Verfestigung der faktischen Monopolstellung des ORF auf dem Markt für entgeltliche österreichische Film- und Serienabrufdienste kommt (siehe dazu ausführlich oben, Pkt. 4.1.3.) - mit dem-

---

<sup>17</sup> Abgesehen von der rechtlichen Einschränkung der Geltung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes wird auch die effektive Überprüfung der Einhaltung der Nichtdiskriminierungspflicht (soweit sie noch besteht) im Falle einer Integration des öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes in die ORF-Organisation ungleich schwieriger.

entsprechenden **Nachteilen für Auftrags-, Ko- und vor allem Fremdproduzenten österreichischer Filme und Serien**. Diesen Produzenten wird auf unabsehbare Zeit die Möglichkeit genommen, ihre Werke in einem funktionierenden Wettbewerbsmarkt zur VoD-Lizenzierung anzubieten. Stattdessen sehen sie sich einem **einzigem, dominanten Nachfrager** gegenüber - dem öffentlich-rechtlichen VoD-Abrofdienst des ORF. Der ORF hingegen hat alle Vorteile eines **Nachfragemonopols**.

Fazit: Auch auf dem vorgelagerten Markt für VoD-Lizenzen sind erhebliche Marktverzerrungen zu erwarten, die sich zum einen aus dem teilweisen Wegfall von Nichtdiskriminierungspflichten ergeben, und die zum anderen Resultat der zu erwartenden monopolartigen Nachfragemacht des ORF als öffentlich-rechtlicher und als einziger Anbieter eines VoD-Dienstes für österreichische Film- und Serienproduktionen sind.

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

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

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

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

### **5.1. Zweckmäßigkeit des Angebots zur wirksamen Erbringung des Kernauftrags**

Zur Begründung der Zweckmäßigkeit des Angebots zur Erbringung des Kernauftrags bringt der ORF zahlreiche Argumente vor (Antrag S 5ff), die im Folgenden bewertet werden:

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

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

chung von ORF-Fernsehsendungen: Die Begründung des IRF (siehe S 5f) führt zweierlei an: Erreicht werden soll einerseits eine finanzielle Besserstellung der österreichischen Produzenten, andererseits eine umfangreichere Zugänglichkeit von ORF-Programminhalten.

Richtig ist, dass "*die angemessene Berücksichtigung und Förderung der österreichischen künstlerischen und kreativen Produktion*" Teil des Kernauftrags ist. Unklar ist jedoch, inwieweit die geplante Umwandlung des kommerziellen in einen öffentlich-rechtlichen VoD-Dienst die österreichischen Produzenten zu fördern geeignet ist. Wir sind überzeugt, dass die geplante Umwandlung von Flimmit in ein öffentlich-rechtliches Angebot den Zustand eines Quasi-Monopols für das Abrufbarmachen von österreichischen Filmen und Inhalten verfestigen wird und daher die österreichischen Produzenten letztlich einem VoD-Monopol gegenüber stehen. Dieser Zustand dürfte uE nicht zu einer Verbesserung, sondern zur Verschlechterung der wirtschaftlichen Position der Produzenten führen (siehe dazu ausführlich oben Pkt. 4.1.3.).

Selbst wenn man allerdings diese Sichtweise mit dem Argument, es gäbe in Bezug auf ein österreichisches Unterhaltungs-VoD-Angebot ein 'Marktversagen', verneint, so ist auf Basis der vom ORF vorgelegten Finanzvorschau zumindest für die nächsten Jahre nicht von einer spürbaren finanziellen Verbesserung der Situation der Produzenten infolge erhöhter Lizenzerlöse auszugehen. Der ORF plant für 2018 variable Kosten von ca. 370.000 EUR, die neben den technischen Kosten auch die Rechtekosten umfassen. Dieser Betrag ist per se schon so niedrig, dass er verteilt auf die österreichischen Film- und Fernsehproduzenten keinen nennenswerten Beitrag leistet [Anm: der ORF beauftragt jährlich Filme und Serien in der Größenordnung von ca. 100 Mio. EUR]. Zieht man von diesem Beitrag noch die ORF-Anteile ab, die sich daraus ergeben, dass der ORF als Ko-/Auftragsproduzent an den Lizenzerlösen beteiligt ist, so verringert sich dieser Betrag noch weiter. Angesichts des Streits zwischen ORF und Produzenten über die Dotierung des Film-Fernseh-Abkommens, die Ausgestaltung des ORF-Programms mit internationalen Kaufproduktionen usw. erlauben wir uns, auch darauf hinzuweisen, dass die Glaubwürdigkeit des ORF in Bezug auf diese Zielsetzung nicht sehr hoch ist.

Abgesehen davon, dass die Produzenten wirtschaftlich bessergestellt werden sollen, soll die Umwandlung von Flimmit in einen öffentlich-rechtlichen Abrufdienst auch dazu führen, dass 'den die ORF-Produktionen mitfinanzierenden Gebührenzahlern ein nutzerfreundlicher Zugang im Nachgang der TV-Ausstrahlung ermöglicht wird' (S 6). Auch dieses Argument macht nur dann Sinn, wenn man der ORF-These des 'Marktversagens' folgt und in der Umwidmung von Flimmit nicht eine Monopolverfestigung sieht (auch zu Lasten der Nutzer, die auf unbestimmte Zeit nur einem einzigen Anbieter gegenüberstehen werden und die dessen Preissetzung ausgeliefert sind). Selbst wenn man der These des 'Marktversagens' folgt, ist die Argumentation nicht überzeugend, da durch die Entgeltschranke die 'Nutzerfreundlich-

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

keit' in Abrede zu stellen ist. Abgesehen davon ist es uE gesetzwidrig, die Gebührenzahler für die gleichen Inhalte zweimal bezahlen zu lassen; siehe oben. Nutzerfreundlich wäre der Dienst wohl nur dann, wenn er entgeltfrei angeboten würde - was zumindest für ORF-Eigenproduktionen, deren VoD-Lizenzierung keine Zusatzkosten mehr entstehen lassen, eine Selbstverständlichkeit sein sollte. Unter diesen Umständen wäre der Dienst allerdings aus Wettbewerbsgesichtspunkte jedenfalls abzulehnen, da ein entgeltfreies Angebot entgeltliche private Alternativangebote per se verunmöglicht, und weil die Nachfrageverschiebung ausschließlich zu Lasten privater Angebote (TV, Mediatheken) ginge.

Die Umstellung des kommerziellen Dienstes in einen entgeltlichen öffentlich-rechtlichen Dienst ist daher weder eine nutzerfreundliche Alternative für die Gebührenzahler, noch ist sie wettbewerbskompatibel, noch führt sie zu einer spürbaren Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der Produzenten.

- Fortschreitende Mobilität der Gesellschaft und technologische Entwicklungen (S 6ff): Dieses Argument lautet im Kern, dass das geplante VoD-Angebot der technologischen Entwicklung und den sich verändernden Nutzungsgewohnheiten folgt und dadurch insbesondere dem Trend der rückläufigen Nutzung linearer ORF-Angebote im Segment der unter 35jährigen zuwiderläuft und die Marke ORF in diesem Segment unterstützt.

Auffällig ist an dieser Argumentation zunächst, dass die Schaffung einer zusätzlichen Verbreitungsform von ORF-Inhalten kein Ziel ist, dass im Kernauftrag (§ 4 ORF-G) Deckung findet. Die zusätzliche Verbreitung von ORF-TV-Inhalten in anderen Formen als der gesetzlich verbindlich vorgeschriebenen terrestrischen Verbreitung, also z.B. über Kabelnetze oder Satellit, ist dem ORF (vor dem Hintergrund technischer und wirtschaftlicher Überlegungen) freigestellt. Die zusätzliche Verbreitung von ORF-TV-Programminhalten leistet also genau genommen keinem Ziel des Kernauftrags Vorschub.

Tatsächlich handelt es sich bei der Umwandlung von Flimmit in einen öffentlich-rechtlichen VoD aber gar nicht um ein 'zusätzliches' Verbreitungsangebot, da ORF-Produktionen bereits heute u.a. über Flimmit, insbesondere aber über die TVthek online und zeitversetzt abrufbar sind. Allenfalls könnte der ORF daher argumentieren, dass infolge des geplanten Angebots ORF-Inhalte über einen längeren Zeitraum für Endkunden abrufbar gemacht werden. Eine zusätzliche, technisch neue Form der Konsumation von ORF-Inhalten kann in einem in ein öffentlich-rechtliches Angebot umgewandelten Flimmit nicht erkannt werden.

Auch die Argumentation, dass 'ganz besonders junge Seher von diesem Angebot profitieren' würden und aufgrund dieses Angebots auch 'das lineare Angebot des ORF (wieder) stärker nutzen' würden, ist zu weit hergeholt: Erstens: Die Flimmit-Nutzer sind (wie sich auch aus der ORF-Begründung ergibt) idR zwischen 30 und 55 Jahre alt, gehören also gerade nicht dem Altersseg-

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

ment an, dass der ORF gerne fördern möchte ('unter 35-Jährige', S 8). Zweitens: Der Umstand, dass v.a. junge Menschen in geringerem Maß lineare Angebote und verstärkt Online-Angebote nutzen, liegt vor allem an den YouTube-Inhalten, die in *Inhalt* und *Format* (Kürze, Schnitt) auf dieses Sehersegment zugeschnitten sind. Es ist ein Irrglaube, zu hoffen, dass junge Seher zu ORF-TV-Inhalten zurückkehren würden, nur weil sie zeitversetzt und mobil abrufbar sind. Wollten sie das, könnten sie das schon heute, etwa über die TVthek oder über das kommerzielle Flimmit-Angebot. Drittens: Der Umstand, dass das öffentlich-rechtliche Flimmit ein Bezahlangebot bleiben soll, wirkt den hehren Zielen des ORF entgegen. Und viertens: Das Angebot von Flimmit ist zumindest aus heutiger Sicht alles andere als durchgängig jugendfreundlich. Unmittelbar neben den Inhalten für Kinder finden sich Inhalte, die alles andere als kinder- oder jugendfreundlich zu betrachten sind (Horror, Martial Arts, usw.). In puncto Jugendschutz putzt sich Flimmit (so wie viele andere Abrufdienste auch) ab und überlässt die Verantwortung dem Nutzer, der dafür zu sorgen hat, dass die bei den Filmen angegebenen Alters- und Jugendschutzfreigaben eingehalten werden und insbesondere Erwachsenenangebote nur von Volljährigen genutzt werden bzw. Personen unter 18 Jahren nicht bei dem Zugang zu Erwachsenenangeboten zu unterstützen (siehe Pkt. 8 der Nutzungsbedingungen).

- Leichtere Auffindbarkeit und Präsenz von ORF-Sendungen auf VoD-Plattformen: Die diesbezügliche Argumentation des ORF lautet, dass das öffentlich-rechtliche VoD-Angebot die Auffindbarkeit der (gebührenfinanzierten) Inhalte sicherstellt, während in breiten internationalen VoD-Angeboten spezifisch nach ORF-Inhalten gesucht werden muss, was dem 'must-be-found'-Gedanken widerspricht.

Auch diese Argumentation ist einigermaßen unpräzise:

- Zunächst sei darauf hingewiesen, dass es sich auch bei dieser Zielsetzung um keine handelt, die sich unter die Ziele von § 4 ORF-G subsumieren lässt. Dementsprechend unterlässt der ORF auch jede Bezugnahme auf einen gesetzlichen Auftragsinhalt.
- Ebenfalls sei darauf hingewiesen, dass diese Zielsetzung nichts damit zu tun hat, dass Flimmit von einem kommerziellen in einen öffentlich-rechtlichen Dienst umgewandelt wird - es sei denn, man glaubt der Marktversagens-These und geht davon aus, dass es ein kommerzielles Flimmit im Falle der Ablehnung dieses Angebots durch die KommAustria nicht mehr gibt.
- Aber, abgesehen von grundsätzlichen Zweifeln: Wenn wir das Argument richtig verstehen, läuft es darauf hinaus, dass u.a. 'Braunschlag' oder 'die erste Staffel der Vorstadtweiber' [*Anm: diese Beispiele hat der ORF gewählt*] 'demokratiepolitisch' (S 9) so wichtige Angebote sind, dass ihre Auffindbarkeit innerhalb eines VoD-Angebots eine öffentlich-rechtliche Aufgabe darstellt, die es letztlich u.a. rechtfertigt, den ganzen VoD-Dienst als solchen zur öffentlich-rechtlichen Aufgabe zu erklären. Das ist jedoch sehr

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918



weit hergeholt. Bei allem Verständnis für die allenfalls in besonderen Konstellationen zu bejahende Notwendigkeit der Sicherstellung der Auffindbarkeit gesellschaftspolitisch relevanter Inhalte gehören Unterhaltungsinhalte, noch dazu die vom ORF genannten, sicherlich nicht in den Kernbereich der 'demokratiepolitisch wichtigen' (S 9) Angebote.

- Wir halten jedoch schon den zugrundeliegenden Ansatz für völlig verfehlt, nämlich ein Medienangebot (Flimmit/Abrufdienst für österreichische Filme und Serien) in seiner Gesamtheit zu einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe zu erklären, nur um sicherzustellen, dass bestimmte, gewünschte Inhalte durch die Redaktion in den Vordergrund gestellt werden.
- Ganz abgesehen davon ist aus heutiger Sicht die naheliegendste Fundstelle von ORF-Inhalten auf Abruf die TVthek. Wenn man garantieren wollte, dass ORF-Inhalte im Internet leicht auffindbar sind, müsste man dieser Logik folgend auch die Suchmaschine selbst zur öffentlich-rechtlichen Aufgabe erklären.

Abschließend möchten wir in diesem Zusammenhang auf den aktuellen Stand der Diskussion zur Reform der AVMD-RL hinweisen. So wie es derzeit auf Basis der öffentlich zugänglichen Dokumente insb. aus der Arbeitsgruppe aussieht, wird die überarbeitete AVMD-RL für VoD-Angebote verbindliche Quoten festlegen (30% europäische Inhalte), die mit der Verpflichtung verknüpft sind, diese Inhalte auch auffindbar anzubieten. Die Auffindbarkeit der Serien ‚Vorstadtweiber‘ oder ‚Braunschlag‘ im Katalog von Amazon Prime und/oder Netflix dürfte sich also in absehbarer Zeit zumindest verbessern.

- Erweiterung der Vermarktungs- und Verwertungskette für ORF-Produktionen (S 9): In diesem Punkt seiner Begründung wiederholt der ORF die Notwendigkeit, mittels VoD eine moderne technische Schnittstelle zu seinem Publikum zu etablieren (siehe dazu schon oben) und er betont die Notwendigkeit von Marketingmaßnahmen, um als ORF mit seinen Inhalten präsent zu bleiben.

Leider ist nicht klar, worauf der ORF mit seinem Hinweis auf die Erforderlichkeit von Marketinganstrengungen hinaus möchte. Der Konnex zum Angebot von Flimmit fehlt gänzlich, erst recht eine Begründung für die Umwandlung von Flimmit in ein öffentlich-rechtliches Angebot. Eine Verknüpfung zu den Aufgaben des Kernauftrags kann ebenfalls nicht hergestellt werden. Was bleibt, ist zum wiederholten Mal darauf hinzuweisen, dass der ORF bereits einen öffentlich-rechtlichen Abrufdienst (TVthek) betreibt, dass mit Flimmit auch bereits ein kommerzieller Dienst angeboten wird, und dass ein (ausschließliches) Unterhaltungsangebot uE weit vom öffentlich-rechtlichen Kernauftrag entfernt ist.

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

## 5.2. Auswirkungen auf die Angebotsvielfalt für Seher und Nutzer

Zur Bewertung der Auswirkungen des beantragten Angebotskonzepts auf die Angebotsvielfalt für Seher und Nutzer hat der ORF eine Stellungnahme von ao. Univ.Prof. Dr. Steinmaurer (Beilage ./2) beauftragt. Steinmaurer bejaht im Ergebnis eine positive Wirkung des geplanten öffentlich-rechtlichen Abrufdienstes auf die Angebotsvielfalt des Programms (Steinmaurer S 12). Die Bereicherung der Angebotsvielfalt wird zusammenfasst in vier Dimensionen erkannt: a) Angebotsspektrum fiktionaler Art in Bezug auf die Breite des Themenspektrums, b) zeitliche Verfügbarkeit, c) Auffindbarkeit auf unterschiedlichen Endgeräten, d) Erleichterung der Ansprache junger Nutzerschichten.

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

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

- Verbesserung der inhaltlichen Vielfalt (Breite des Themenspektrums im Fiktionalbereich): Auf Basis der Angaben des ORF im Rahmen des Angebotskonzeptvorschlags können wir nicht erkennen, inwieweit die Umwandlung des VoD-Dienstes in ein öffentlich-rechtliches Angebot die thematische Breite des Fiktional-/Unterhaltungsangebots erweitert: Es gibt keinen einzigen Hinweis darauf, dass das VoD-Angebot zur einer Steigerung der Produktionsmenge fiktionaler Inhalte führen würde. Das heißt, die Grundgesamtheit der Eigen-/Ko-/Auftragsproduktionen des ORF würde gleichbleiben. Auch das Angebot von Fremdproduktionen würde sich durch die Umwandlung des VoD-Angebots nicht verändern. Eine Vielfalterweiterung könnte daher allenfalls darin bestehen, dass eine größere Zahl der vorhandenen Inhalte ('Breite des Themenspektrums') über den öffentlich-rechtlichen Dienst zum Abruf angeboten werden soll. Tatsächlich plant der ORF zwar eine andere Schwerpunktsetzung, ist allerdings sehr wenig konkret in seinen Aussagen (siehe oben die Kritik zur mangelnden Bestimmtheit des Vorschlags). Zudem plant er lt. eigener Aussage parallel dazu einen Rückgang im Umfang der bereit gestellten Fremdinhalte. Ob im Ergebnis daher eine größere thematische Brei-

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918

te im Unterhaltungsangebot des VoD-Dienstes verfügbar sein wird oder im Gegenteil eine geringere Breite des Angebots, ist uE aus heutiger Sicht nicht in seriöser Weise zu beurteilen.

- Verbesserung der zeitlichen Verfügbarkeit: Klar ist, dass in einer isolierten Betrachtung des geplanten öffentlich-rechtlichen VoD-Angebots im Vergleich zum TVthek-Angebot eine Erhöhung der zeitlichen Verfügbarkeit zu bejahen ist (7 Day-Catch-Up vs. zeitlich unbeschränkte Verfügbarkeit ab dem 7.Tag nach TV-Sendung). Wie schon eingangs erwähnt ist diese Aussage in der Realität jedoch erheblich einzuschränken:

Zum einen gibt es in der Realität bereits ein kommerzielles, zeitlich unbeschränkt verfügbares Angebot (=kommerzielles Flimmit), d.h. man muss wieder die These des Marktversagens bejahen und sich das kommerzielle Flimmit-Angebot wegdenken, um überhaupt eine Steigerung der zeitlichen Verfügbarkeit durch das öffentlich-rechtliche Angebot bejahen zu können. Die Steigerung der zeitlichen Verfügbarkeit gilt aber auch dann ausschließlich für jene Inhalte, die nicht ohnehin auf anderen Abrufplattformen verfügbar sind. Ist z.B. der Film 'Wilde Maus' auch im Rahmen anderer VoD-Angebote verfügbar (was der Fall ist), so tritt in Bezug auf diesen Titel keine Verbesserung ein.

Weshalb für eine verlängerte Zurverfügungstellung allerdings eine Umwandlung von Flimmit in ein öffentlich-rechtliches Angebot erforderlich sein soll, anstatt einfach die relevanten Inhalte über die TVthek für einen längeren Zeitraum verfügbar zu machen, ist unklar. Die von Reidlinger ins Treffen geführten Gründe (S 12: "kommt technisch nicht in Frage und wäre auch aufgrund des getrennten Rechteerwerbs untunlich") sind für uns jedenfalls nicht nachvollziehbar.

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

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

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

### 5.3. Sonstige Wirkungen des Angebots

Ergänzend zur Auseinandersetzung mit den vom ORF und Steinmaurer angeführten Effekten möchten wir auf einige zusätzliche negative Effekte in Bezug auf den Erfüllungsgrad des öffentlich-rechtlichen Auftrags durch das gegenständliche Angebot hinweisen:

- Gefährdung der Auftragserfüllung im linearen TV (einschl. TVthek): Die Zusammenfassung von ORF-Unterhaltungsinhalten in einem VoD-Spartenangebot steht in einem Spannungsverhältnis zu der von § 4 ORF-G geforderten Ausgewogenheit des ORF-Programmangebots.
- Es gehört zu den zentralen Zielen des öffentlich-rechtlichen Inhalteangebots des ORF, Seher bzw. Nutzer mit einem breiten Angebot an u.a. Informations-, Bildungs-, Kultur- und Unterhaltungsinhalten zu gesellschaftlich relevanten, gegebenenfalls kontroversiellen Themen zu konfrontieren. Das Vorhaben, ORF-Unterhaltungsinhalte leicht verdaulich zu verpacken und zu segmentieren, ist kontraproduktiv und dem Kernanliegen des öffentlich-rechtlichen Auftrags abträglich. Wenn die **massenattraktiven ORF-Unterhaltungsinhalte isoliert konsumiert** werden können, ohne dass die Zuseher - wie im linearen TV und in der TVthek - gleichzeitig mit Informations-, Bildungs- oder zumindest auch kontroversiellen Unterhaltungsinhalten konfrontiert werden, dann ist das VoD-Angebot **nicht als kundenfreundliche Ergänzung** des öffentlich-rechtlichen Fernsehens zu betrachten, sondern **in Wahrheit als Gefährdung des öffentlich-rechtlichen Fernsehens** und seines Auftrags. Denn der öffentlich-rechtliche Unterhaltungs-VoD-Dienst wird zwangsläufig das Nutzungsvolumen des öffentlich-rechtlichen linearen Fernsehens und jenes des TVthek-Angebots senken. Hand-in-Hand damit nimmt allerdings auch der Erfüllungsgrad des öffentlich-rechtlichen Auftrags ab. Eine leicht konsumierbare, ausschließlich auf den Konsum österreichischer Unterhaltungsinhalte abzielende Plattform kann daher unter keinen Umständen als öffentlich-rechtlicher Auftrag definiert werden.
- Mangelnde Unverwechselbarkeit: Das Angebot ist in den allermeisten Dimensionen mit den marktüblichen VoD-Angeboten vergleichbar. Es fehlt dem Angebot daher an der im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Kernauf-

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918



trags verbindlich geforderten Unverwechselbarkeit mit Angeboten privater Mitbewerber (siehe dazu schon oben im Detail).

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

Vielmehr rückt die strukturelle Austauschbarkeit des Dienstes mit anderen VoD-Angeboten (siehe dazu schon oben) den ORF noch weiter in die **Nähe eines kommerziellen Unternehmens**. Die Konsequenzen sind bekannt: Die **Glaubwürdigkeit** und das **Vertrauen** in die **Unabhängigkeit** des ORF und der von ihm produzierten und verbreiteten Inhalte sinkt, insb. im Nachrichten- und Informationsbereich.

Diese Konsequenzen können unmöglich im Interesse all jener sein, die an einer Stärkung des öffentlich-rechtlichen Profils des ORF interessiert sind.

#### **5.4. Fazit**

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

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

VERBAND  
ÖSTERREICHISCHER  
PRIVATSENDER

Kärntner Ring 5-7  
A-1010 Wien

Tel. +43 (1) 205 11 60 1092

office@voep.at  
www.voep.at

IBAN AT63320000000644096  
BIC RLNWATWW

ZVR 779972918