

TE Bwvg Erkenntnis 2018/11/23 W249 2113388-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.11.2018

Entscheidungsdatum

23.11.2018

Norm

B-VG Art.133 Abs4

ORF-G §3 Abs1

ORF-G §3 Abs4a

ORF-G §3 Abs5 Z2

ORF-G §4 Abs1

ORF-G §5

ORF-G §5a Abs1

ORF-G §6

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

Spruch

W249 2113388-1/21E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Ingrid ZEHETNER als Vorsitzende und die Richter Dr. Christian EISNER und Mag. Walter TOLAR als Beisitzer über die Beschwerde der BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE (BWB) gegen den Bescheid der KOMMUNIKATIONSBEHÖRDE AUSTRIA (KommAustria) vom 22.07.2015, XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 07.05.2018 zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schreiben vom 29.07.2014, am 08.08.2014 bei der KommAustria (im Folgenden: belangte Behörde) per E-Mail eingelangt, beantragte der ORF gemäß § 6a Abs. 3 ORF-G die Genehmigung des Online-Angebotes

" XXXX ".

2.1. Mit Bescheid vom 22.07.2015 entschied die belangte Behörde wie folgt:

"I. Spruch

I. Die Bereitstellung des Online-Angebots " XXXX " wird über Antrag des Österreichischen Rundfunks (ORF) nach Maßgabe des am 08.08.2014 gemäß § 5a ORF-G vorgelegten Angebotskonzeptes mit

a. der Bündelung aller Audio-Online-Angebote (live und on demand) des ORF, inklusive des Livestreams des gemäß § 5 Abs. 1 ORF-G veranstalteten Programms " XXXX " und des Webradioprogramms " XXXX ", auf einer zentralen Plattform,

b. technischen Anpassungen im Bereich der Indexierung, Navigation und Auffindbarkeit und damit verbundenen, senderübergreifenden Anwendungsmöglichkeiten (integrierte Suchfunktion, Möglichkeit der Zusammenstellung aus Einzelbeiträgen, Sendungsteilen oder ganzen Sendungen bestehender individueller Playlists),

c. inhaltlichen Erweiterungen im Hinblick auf die Vervollständigung des Abrufangebots und dessen Ausweitung auf Fremdproduktionen, der Bereitstellung zeit- und kulturgeschichtlicher Archive, sowie redaktionell erstellter Playlists zu Themenschwerpunkten, sowie

d. zusätzlicher kommerzieller Vermarktung mittels Display-Ads (Audio- und Video-Pre-Rolls, sowie Bannerwerbung) gemäß § 6b Abs. 1 iVm Abs. 2 und 3 ORF-G unter den Auflagen des Spruchpunktes II. genehmigt.

II. Die Genehmigung nach Spruchpunkt I. wird gemäß § 6b Abs. 2 iVm Abs. 3 ORF-G unter folgenden Auflagen erteilt:

a. Eine kommerzielle Vermarktung des in das Online-Angebot " XXXX " integrierten Programmangebotes des werbefreien Hörfunkprogramms gemäß § 14 Abs. 4 ORF-G (live und on demand, inklusive aller Teilangebote) dergestalt, dass vor dem Konsum eines Livestreams oder von on demand bereit gestellten Sendungen bzw. Beiträgen Audiound/oder Video-Pre-Roll-Clips vorgeschaltet werden, wird untersagt.

b. Kindersendungen und Archive dürfen keine kommerzielle Kommunikation beinhalten.

c. Audio- und Video-Pre-Roll-Clips dürfen maximal einmal bei jedem neuen Nutzungsvorgang (Visit) ausgespielt werden; darüber hinaus dürfen weitere Pre- Roll-Clips bei einem länger als zehn Minuten dauernden Nutzungsvorgang ausgespielt werden, sofern ein neuer Beitrag aufgerufen wird.

d. Die Bereitstellung in dem und die Integration der nach den vorstehenden Punkten zulässigen kommerziellen Kommunikation in das Online-Angebot " XXXX " hat derart zu erfolgen, dass

i. soweit auf Nutzerseite technische Maßnahmen eingesetzt werden, die auf eine Ausblendung bzw. Nicht-Konsumation der kommerziellen Kommunikation abzielen (Ad-Blocker, Pop-Up-Blocker etc.), es zu keinerlei Einschränkungen der Nutzbarkeit der angebotenen Inhalte kommen darf,

ii. ein aktives Ausblenden und Überspringen von Werbung möglich ist."

3. Gegen diesen Bescheid erhob die Bundeswettbewerbsbehörde (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Schreiben vom 20.08.2015, am selben Tag bei der belangten Behörde eingelangt, Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 1 Z 1 und 132 Abs. 1 Z 1 B-VG wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und stellte die Anträge, das "BVwG möge

1. gemäß § 24 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen und

2. gem Art 130 Abs 4 B-VG iVm§ 28 Abs 2 VwGVG in der Sache selbst entscheiden;

3. in eventu den angefochtenen Bescheid XXXX gemäß § 28 Abs 3 VwGVG mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheids an die belangte Behörde zurückverweisen."

Die Beschwerdevorlage vom 27.08.2015 und der Bezug habende Verwaltungsakt langten am 28.08.2015 beim Bundesverwaltungsgericht ein.

4. Am 09.12.2015, hg. eingelangt am 10.12.2015, erging seitens des ORF (im Folgenden: weitere Verfahrenspartei) eine Stellungnahme, in der die Anträge gestellt wurden, "das BVwG möge die Bescheidbeschwerde [...] zurückweisen oder in der Sache selbst erkennen und abweisen". Diese wurde der Beschwerdeführerin im Rahmen des Parteiengehörs

vom Bundesverwaltungsgericht übermittelt.

5. Am 19.04.2017 wurden die Parteien vom Bundesverwaltungsgericht über die beabsichtigte Bestellung von XXXX, Mitarbeiter der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, als Sachverständigen in dem gegenständlichen Verfahren hinsichtlich der Änderungen des vorgeschlagenen Online-Angebots " XXXX " im Auftragsvorprüfungsverfahren verständigt.

6. Dazu teilte die belangte Behörde am 26.04.2017 mit, dass keine Einwände bestünden.

7. Die Beschwerdeführerin übermittelte am 03.05.2017 eine Stellungnahme, in der sie insbesondere darauf hinwies, dass mit der Bescheidbeschwerde etliche Rechtsfragen aufgeworfen worden seien, die als Vorfrage zur Beauftragung des Amtssachverständigen zu klären wären, ansonsten das Gutachten des Amtssachverständigen kein anderes Ergebnis bringen werde als das erstinstanzliche Verfahren. Gegen den Amtssachverständigen wurden keine Einwände erhoben.

8. Am 26.02.2018 erfolgte seitens der weiteren Verfahrenspartei eine Stellungnahme zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, in der sie im Wesentlichen auf ihre bisherigen Stellungnahmen vom 19.11.2014 und 09.12.2015 verwies und die bereits gestellten Anträge wiederholte. Diese Stellungnahme wurde den anderen Parteien des Verfahrens am 01.03.2018 im Rahmen des Parteiengehörs vom Bundesverwaltungsgericht übermittelt.

9. Am 07.05.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt.

10. Zu den einzelnen Themen wurde von den Parteien in der Beschwerde, den Stellungnahmen und in der mündlichen Verhandlung (I.3. bis I.9.) im Wesentlichen wie folgt vorgebracht:

10.1. Beschwerdelegitimation

10.1.1. Die Beschwerdeführerin machte in ihrer Beschwerde geltend, dass sich ihre Beschwerdelegitimation aus § 6a Abs. 5 ORF-G ergebe. Das Gesetz verweise zwar nur auf das Recht der Amtspartei Bundeswettbewerbsbehörde, eine Beschwerde beim VwGH zu erheben. Da dieses Recht jedoch ohne die vorgeschaltete Möglichkeit einer Bescheidbeschwerde an das Bundesverwaltungsgericht keinen Sinn mache, werde vorausgesetzt, dass der Gesetzgeber der Bundeswettbewerbsbehörde auch diese Beschwerdelegitimation gewähren wolle.

10.1.2. Die weitere Verfahrenspartei brachte dazu in ihrer Stellungnahme vom 09.12.2015 im Wesentlichen vor, dass die Beschwerdeführerin als Organpartei lediglich berechtigt sei, den verfahrensbeendenden Bescheid wegen Verletzung der mit der Abgabe der Stellungnahme gemäß § 6a Abs. 4 ORF-G verbundenen Rechte (Parteiengehör oder Akteneinsicht) zu bekämpfen. Die Bundeswettbewerbsbehörde habe daher nicht das Recht auf eine bestimmte Sachentscheidung, die sie im Rechtsmittelweg durchsetzen könnte, sondern lediglich das Recht, eine Stellungnahme abzugeben, die von der belangten Behörde zu "berücksichtigen" sei. Auch § 6a Abs. 5 ORF-G, der für die Bundeswettbewerbsbehörde eine Beschwerde beim VwGH vorsehe, bestätige dies: Zum Zeitpunkt der Gesetzgebung sei kein Recht zur Erhebung einer Berufung an den Bundeskommunikationssenat vorgesehen gewesen; der Bundeswettbewerbsbehörde sei demnach keine umfassende Parteistellung eingeräumt worden. Eine Anordnung, gegen die Entscheidung Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof zu erheben, sei gemäß § Art. 131 Abs. 2 B-VG (BGBl. Nr. 1/1930 iF BGBl. I Nr. 51/2012) aber nur notwendig gewesen, wenn eine Person über keine subjektiven Rechte verfüge.

Weder aus der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 28.10.2009, E 2/2008, K[2009]8113 noch aus dem gesamten System der Auftragsvorprüfung ergebe sich die Einräumung einer vollen Parteistellung. Ein zulässiges Berufungsvorbringen wäre daher nur, die belangte Behörde hätte die Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde nicht berücksichtigt, dh sich nicht inhaltlich damit auseinandergesetzt und nachvollziehbar begründet.

10.2. EU-Recht

10.2.1. Die Beschwerdeführerin brachte in ihrer Beschwerde insbesondere vor, dass die Auftragsvorprüfung (sog. "Amsterdam-Test") vordringlich sicherstellen solle, dass die öffentliche Finanzierung wesentlicher neuer audiovisueller Dienste den Handel und den Wettbewerb nicht in einem Ausmaß verzerre, das den gemeinsamen Interessen zuwiderlaufe. Der EuGH urteile in stRsp, dass eine von einem Mitgliedstaat gewährte Finanzhilfe, welche die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel stärke, den Wettbewerb verfälsche. Das öffentlich finanzierte neue Angebot der weiteren Verfahrenspartei würde aufgrund besserer Usability

und inhaltlichen Ausbaus zu einem deutlichen Reichweitzuwachs des ORF-Radio-Onlineangebots sowie des ORF-Hörfunks führen und daher die Position der weiteren Verfahrenspartei in diesen Bereichen im Vergleich zum Restmarkt deutlich stärken, was eine Wettbewerbsverzerrung iSd der zitierten EuGH-Judikatur darstelle. Der angefochtene Bescheid unterlasse eine Prüfung, in welchem Ausmaß Unternehmen mit gleichem und ähnlichem Angebot von der Wettbewerbsverzerrung durch das neue Angebot negativ betroffen seien. Er wende den "Amsterdam-Test" somit nicht richtig an und erzeuge daher einen grundsätzlichen Widerspruch mit der Zielsetzung der Auftragsvorprüfung bzw. zu dem dieses Verfahren legitimierenden EU-Recht.

In der mündlichen Verhandlung vom 07.05.2018 vor dem Bundesverwaltungsgericht führte die Beschwerdeführerin weiter aus, dass zwar lediglich neue Angebote auf dem Markt zu prüfen seien, nicht die Marktstellung des ORF, aber Gegenstand dieses Verfahrens sei, dass die bekämpfte Entscheidung zum Ergebnis komme, dass man nicht die Gesamtauswirkungen des neuen Angebots evaluieren müsse, sondern lediglich das Bündel-Angebot evaluiert werde. Die XXXX sei nicht nur als Bündelangebot auf dem Markt, sondern könnten auch Einzelleistungen (wie z.B. das Livestreaming eines Radioprogramms) abgerufen werden. Es wären daher die weiteren Märkte dieser Einzelleistungen zu berücksichtigen gewesen.

10.2.2. Die belangte Behörde führte dazu im angefochtenen Bescheid aus, dass den Kriterien des sogenannten "Amsterdam-Tests" folgend (vgl. Amsterdamer Protokoll sowie Randziffer 84 der Rundfunkmitteilung, 2009/C 257/01) die KommAustria im Rahmen der nach § 6b ORF-G zu treffenden Entscheidung einerseits zu prüfen habe, ob ein neues bzw. geändertes Angebot den sozialen, demokratischen und kulturellen Bedürfnissen der österreichischen Bevölkerung diene sowie zur wirksamen Erbringung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags zweckmäßig sei, und andererseits auch die potenziellen Auswirkungen auf die Angebotsvielfalt und die Markt- bzw. Wettbewerbsbedingungen ausreichend zu berücksichtigen habe. Hierbei sei auch für eine Entsprechung mit dem öffentlich-rechtlichen Kernauftrag gemäß § 4 ORF-G Sorge zu tragen (vgl. Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP zu § 6b ORF-G). Dementsprechend sei in § 6b Abs. 1 ORF-G vorgesehen, dass - nach der Prüfung, ob ein neues bzw. geändertes Angebot grundsätzlich den Vorgaben des ORF-Gesetzes entspreche - dieses zu genehmigen sei, wenn die positiven Auswirkungen im Hinblick auf den öffentlich-rechtlichen Auftrag allfällige negative Auswirkungen auf die Angebotsvielfalt und die Wettbewerbssituation überwögen, also mit keinen unverhältnismäßigen negativen Auswirkungen des neuen bzw. geänderten Angebotes zu rechnen sei (vgl. Erl zur RV 611 BlgNR 24. GP, zu § 6b ORF-G).

Nach § 6b Abs. 2 Z 2 ORF-G sei zu prüfen, inwieweit negative Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation auf dem jeweils für das Angebot relevanten Markt und auf die Angebotsvielfalt für Seher, Hörer und Nutzer zu erwarten seien und ob diese im Vergleich zu dem durch das geplante Angebot bewirkten Beitrag zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags unverhältnismäßig seien. Im Hinblick auf das erste Kriterium habe das Ermittlungsverfahren unter Berücksichtigung der Beweiswürdigung gezeigt, dass keine negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation zu erwarten seien, die unverhältnismäßig wären. Im Gutachten des Amtssachverständigen sei hinsichtlich der wettbewerblichen Auswirkungen des geplanten Angebots - etwa die Ausweitung des Gesamtangebots in der Online-Werbung, die Ausweitung der Channel-Reichweite, die Relationen der prognostizierten Werbeerlöse und die potentiellen Auswirkungen auf die Preise - dargelegt worden, dass diese im Verhältnis zum relevanten Gesamtwerbemarkt und auch im Vergleich zu bisher genehmigten Angeboten als relativ gering eingestuft werden könnten. Aus diesem Grund seien von Seiten des Amtssachverständigen auch keine Maßnahmen zur Abmilderung negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb im relevanten Markt vorgeschlagen worden.

Während somit keine negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation im relevanten Markt (Online-Werbung) zu erwarten seien, habe das Ermittlungsverfahren ergeben, dass die Auswirkungen des neuen Angebots auf die Angebotsvielfalt durchaus auch als negativ zu bewerten seien.

In der mündlichen Verhandlung vom 07.05.2018 führte die belangte Behörde aus, dass es sich (seitens der Beschwerdeführerin) um ein Missverständnis der Interpretation des "Amsterdam-Tests" handle und verwies hierzu auf die Rundfunkmitteilung, umgesetzt in der österr. Gesetzgebung nach der Beihilfenentscheidung betreffend ORF aus 2009. Diese beziehe sich darauf, dass lediglich neue Angebote auf dem Markt zu prüfen seien, nicht die Marktstellung des ORF. Der "Amsterdam-Test" beziehe sich auf die Auswirkung des neuen Angebots auf den Markt, unbeschadet der Marktstellung des ORF. Es sei damals ein "Freezing" hinsichtlich der bestehenden Angebote des ORF im Rahmen des Versorgungsauftrages vorgenommen und dieser als Acquis angenommen worden.

10.3. Prüfungsgegenstand

10.3.1. Die belangte Behörde traf ihre Feststellungen im angefochtenen Bescheid zum sachlich relevanten Nutzermarkt auf Grundlage des Gutachtens des Amtssachverständigen der RTR-GmbH vom 26.03.2015 sowie dessen Stellungnahme vom 06.05.2015. Vor der eigentlichen Marktabgrenzung seien im Gutachten zunächst die Besonderheiten des zweiseitigen Medienmarktes sowie die zur Verfügung stehenden Methoden schlüssig dargelegt und auch die im Rahmen der europäischen Fusions- und Missbrauchskontrolle zur Anwendung gelangenden Grundsätze der Marktabgrenzung (z.B. hypothetischer Monopolistentest) sowie die in Großbritannien (Public Value Test) und Deutschland (Drei Stufen Test) im Rahmen der dort geführten Public Value Verfahren angestellten Überlegungen erörtert worden. In Anlehnung an diese Überlegungen und Erfahrungen sei in der eigentlichen Analyse schließlich auf die Substitutionspotentiale von Medieninhalten und Diensten abgestellt worden, wobei Maßstab für die Substituierbarkeit vor allem die Nachfrageseite bzw. die Sicht des Konsumenten gewesen sei.

10.3.2. Die im Gutachten des Amtssachverständigen vorgenommene Marktdefinition stelle folglich unter Berücksichtigung der zentralen Fragestellung von Auftragsvorprüfungsverfahren, welche Wettbewerbsauswirkungen durch ein neues Angebot zu erwarten seien, vor allem auf die Austauschbarkeit von Medieninhalten und Diensten ab und identifiziere hierzu die vergleichbaren Angebote (Produkte) und Dienste, die sich mit dem neuen Online-Angebot "XXXX" in einem Substitutionsverhältnis befinden könnten.

10.3.3. Der Amtssachverständige habe schlüssig und unter Heranziehung konkreter Beispiele dargelegt, dass Gegenstand der Untersuchung das "Neue" bzw. "wesentlich Veränderte" sein müsse, weshalb auch eine vergleichende Beurteilung des gegenwärtigen Zustandes ohne das geplante Online-Angebot mit dem geplanten Zustand inklusive des neuen Online-Angebots erfolgt sei. Die Wechselwirkungen zwischen Hörfunk und Online seien dabei in der Untersuchung berücksichtigt worden.

10.3.4. Ungeachtet der Tatsache, dass aufgrund der Erhebungsmethoden des Radiotests unbestrittenermaßen die Nutzung von Livestreams in die "lineare" Reichweite einbezogen worden sei, sei seitens der belangten Behörde in den Feststellungen des maßgeblichen Sachverhaltes auch in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass Livestreams bereits von der weiteren Verfahrenspartei angeboten würden und somit keine Neuerung darstellten. Nachdem durch die geplante XXXX keine Ausdehnung der Livestreams erfolgen werde, könne die möglicherweise gesteigerte Reichweite der Livestream-Nutzung somit keinen Anknüpfungspunkt bieten, einen gemeinsamen relevanten Markt für Livestreams und Hörfunk zu definieren. Die für zwei getrennte Werbemärkte (Hörfunk- und Online-Vermarktung) sprechenden Argumente des Amtssachverständigen seien plausibler gewesen.

10.3.5. In der mündlichen Verhandlung vom 07.05.2018 vor dem Bundesverwaltungsgericht führte der Amtssachverständige aus, dass es das Livestream-Angebot bereits gebe: Es gebe von allen Hörfunkprogrammen des ORF bereits jetzt einen Livestream, hinzu komme nur eine weitere Livestream-Zutrittsmöglichkeit, wobei der Amtssachverständige diesen Mehrwert in einer Einzelbetrachtung mit gering oder null ansetzen würde. Generell dürfe der Livestream nicht einzeln herausgegriffen werden, sondern müsse von einer Gesamtsicht ausgegangen werden; dies sei die Bündelung, die es jetzt noch nicht gebe (mit Ausnahme einer Seite, wo man schon jetzt alle Livestreams aufrufen könne). Die neue Funktion mit Indexierung, Suche, Themenzusammenstellung oder Playlists werde sich generell eher auf die "Audio on Demand"-Funktion beziehen und nicht auf den Livestream.

10.3.6. Die Beschwerdeführerin brachte im Wesentlichen in ihrer Beschwerde vor, dass der Ausschluss des Livestream-Angebots von der gegenständlichen Prüfung gegen Inhalt und Zweck der Auftragsvorprüfung nach § 6b Abs. 1 ORF-G verstoße. Auch die EK-Rundfunkmitteilung (Rz 88) fordere eine Prüfung der Gesamtauswirkungen neuer Dienste auf den Markt. Die XXXX werde aufgrund etlicher technischer Neuerungen und neuer Funktionalitäten als neue Plattform am Markt auftreten, die Livestreams, spezielle Musikabrufdienste (Player) sowie On-Demand-Abrufdienste und zahlreiche andere Inhalte aus den ORF-Online-Hörfunkangeboten darbieten werde. Die einzelnen Funktionalitäten könnten vom Nutzer separat in Anspruch genommen werden. Durch die Zusammenfassung aller Dienste auf einer technisch und in der Nutzerfreundlichkeit deutlich verbesserten Plattform könnten Wechselwirkungen zwischen diesen Funktionalitäten erzeugt werden, die insgesamt den Nutzer stärker an die Plattform bzw. an die ORF-Hörfunk-Marke binden und die Nutzungsintensität der Plattform erhöhen würden.

10.3.7. Weiters würden auch im Livestream-Angebot des ORF-Hörfunks wesentliche qualitative Verbesserungen dieser Dienste vorgenommen werden. Für ORF-Livestreams sei daher eine wesentliche Änderung iSv § 6 ORF-G gerade auch

deren Einbettung in eine neues, für junge, technikaffine Nutzer attraktives Umfeld (Player, spezielle Musikabrufdienste, erweitertes Abrufangebot etc). Es erscheine willkürlich, den Bereich der Livestreams nicht in die Prüfung der Auftragsvorprüfung einzubeziehen.

10.3.8. Zusammenfassend werde daher festgehalten, dass die Einengung des Prüfungsgegenstands im angefochtenen Bescheid dahingehend, dass die im Angebotskonzept vorgesehenen strukturellen und qualitativen Verbesserungen des ORF-Hörfunk-Livestream-Angebots und dessen Eingliederung auf eine technisch, inhaltlich und hinsichtlich der Funktionen erweiterte Plattform XXXX nicht zum Prüfungsgegenstand der Auftragsvorprüfung XXXX gehörten, gegen Inhalt und Zweck der Auftragsvorprüfung nach § 6b ORF-G verstoße.

10.3.9. Die weitere Verfahrenspartei brachte in ihrer Stellungnahme vom 09.12.2015 dazu im Wesentlichen vor, dass, würde man der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen, bei Online-Angeboten des ORF stets das ORF-Gesamangebot in Fernsehen, Radio und Online untersucht werden müsste, was dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden könne. Der Gesetzgeber schreibe die Prüfung "von Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation auf dem jeweils für das Angebot relevanten Markt" vor und nicht die Prüfung der Auswirkungen auf (allen) Märkten des ORF. Gewisse Auswirkungen des Online-Angebots auf Rundfunkangebote seien stets aufgrund des Unternehmensgegenstands des ORF gegeben.

10.3.10. Mit § 4e ORF-G habe der Gesetzgeber Wertungsentscheidungen getroffen und damit bestimmte bzw. mittelbare Auswirkungen auf andere Märkte ohne Einzelfallprüfung generell bewilligt. Eine allfällige "Attraktivierung" von ORF-Sendungen aufgrund der Online-Begleitung stünde im Zentrum des öffentlich-rechtlichen Auftrags.

10.3.11. Prüfungsgegenstand seien somit die Auswirkungen eines (neuen oder wesentlich veränderten) Online-Angebots und nicht die Existenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks oder dessen Finanzierungssystem in Österreich. Der Fokus der Beschwerdeführerin auf die Frage des Bestehens oder Verstärkens von Marktbeherrschung sei ein Kriterium, auf das das ORF-G nicht abstelle.

10.3.12. Weiters seien maßgebliche Rechtsgrundlagen von der Beschwerdeführerin außer Acht gelassen worden: § 4e Abs. 1 Z 1, 3 und 4 ORF-G, die den ORF verpflichten, ein Abrufangebot bereitzustellen; der Vorschlag überschreite den direkten Auftrag nur teilweise. Weiters sei die weitere Verfahrenspartei nach dem ORF-G berechtigt, die ORF-Hörfunkprogramme online zu streamen. Das Online-Audioangebot sei derzeit unvollständig und solle durch die verfahrensgegenständlichen Änderungen verbessert werden. Die von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführten Verbesserungen des Livestream-Angebots dürften bereits aufgrund einer übermittelten Anzeige iSd § 3 Abs. 4a ORF-G vorgenommen werden.

10.3.13. Die Beschwerdeführerin brachte dazu in ihrer Stellungnahme vom 03.05.2017 insbesondere vor, dass die Abgrenzung des Gegenstands der erstinstanzlichen Auftragsvorprüfung von der belangten Behörde zu eng und rechtlich unrichtig vorgenommen worden sei und daraus folgend sich eine mangelhafte Bestimmung der sachlich relevanten Märkte und der Auswirkungen darauf ergeben habe. Konkret gehe es darum, ob ein neues Angebot iSv § 6 ORF-G vorliege, welche negativen Auswirkungen das neue Angebot auf den jeweils für das neue Angebot relevanten Markt iSv § 6b Abs. 1 Z 2 ORF-G habe, dies unter Bedachtnahme auch auf vergleichbare Angebote anderer auf dem österreichischen Medienmarkt aktiver Medienunternehmen (§ 6b Abs. 3 Z 2 ORF-G).

Daher seien aus rechtlichen Erwägungen in der Auftragsvorprüfung die geplanten strukturellen und qualitativen Neuerungen (insbes. die Eingliederung auf eine technisch, inhaltlich und funktionell erweiterte Plattform) im Bereich des Livestreams in die gegenständliche Auftragsvorprüfung der XXXX einzubeziehen.

10.3.14. In der Verhandlung vom 07.05.2018 vor dem Bundesverwaltungsgericht brachte die Beschwerdeführerin vor, dass die vergleichbaren Angebote Privater nicht in die Betrachtung miteinbezogen worden seien, aber das neue Angebot mit den neuen Funktionen mehr Hörer binden würde, daher nicht nur Auswirkungen auf den Markt der Onlineangebote der Hörfunkveranstalter, sondern auch auf den Hörfunkmarkt, haben werde.

10.4. Sachverhaltsermittlung

Die Beschwerdeführerin brachte in ihrer Beschwerde weiters vor, dass der angefochtene Bescheid fast zur Gänze eine Auseinandersetzung mit ihrem Vorbringen und der hierfür angebotenen Beweise unterlasse. Soweit sich der angefochtene Bescheid zur Rechtfertigung für diese Vorgehensweise auf das Sachverständigengutachten berufe, erliege er einem Rechtsirrtum. Die Bestimmung des Umfangs des Prüfgegenstands der Auftragsvorprüfung sei Teil der

rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde gem. § 6b ORF-G. Die Auftragsvorprüfung solle nicht schon von Beginn weg so eingeschränkt geführt werden, dass die Vorbringen der Amtspartei Bundeswettbewerbsbehörde, der allein die Vertretung der Interessen des Wettbewerbs zukomme, überhaupt nicht in der Sache gewürdigt würden. Der angefochtene Bescheid setze sich mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin nur so weitgehend auseinander, als er begründe, weshalb er die von der Bundeswettbewerbsbehörde konkret vorgebrachten Wettbewerbsbedenken im Anlassfall nicht prüfen müsse.

10.5. Sachlich relevante Märkte

10.5.1. Die belangte Behörde hielt im angefochtenen Bescheid insbesondere fest, dass zwar etwa durch die schon bisher für alle ORF-Radiosender online verfügbaren Livestreams der private Hörfunkmarkt (vor allem der Hörermarkt) "betroffen" sein könne, durch die Integration der schon existierenden Livestreams in das künftig veränderte Angebot "XXXX" jedoch keine Prüfung des schon zum Bestand gehörenden ORF-Angebots ausgelöst werden könne. Neu hinzutrete im Zusammenhang mit dem On-demand-Angebot der geplanten XXXX - wie im Gutachten beschrieben - eine inhaltliche Erweiterung des sieben Tage abrufbaren on-demand-Angebots von XXXX und der ORF-XXXX radios, während XXXX und XXXX als sieben Tage rückwirkend abrufbare On-demand-Angebote schon bereitgestellt würden. Gerade die zeitsouveräne Nutzung stelle ein relevantes Unterscheidungsmerkmal von On-demand-Angeboten im Vergleich zu linearen Angeboten bzw. Hörfunk dar.

Auch wenn im Allgemeinen durchaus anzuerkennen sei, dass die geplante XXXX als hybrides Angebot am Rezipientenmarkt auch Auswirkungen auf private Radios haben könne, könne das bestehende Angebot keiner neuerlichen Prüfung am Maßstab der Auftragsvorprüfung zugeführt werden.

10.5.2. Die Analyse des Amtssachverständigen beinhalte einen aus Nutzerperspektive angestellten Vergleich mit On-Demand-Angeboten privater Hörfunkveranstalter. Diese komme zu dem für die Behörde plausiblen und letztlich überzeugenden Resultat, dass die Online-Plattformen privater Hörfunkveranstalter, die auch Sendungen zum Abruf (OnDemand) bereitstellen, als Einzelangebote konzipiert seien und damit aufgrund des Umstands, dass sie keine mehrere Sender bzw. Programme umfassenden Inhalte anböten, einen aus Nutzersicht eher geringen Überschneidungsbereich mit dem neuen Angebot aufwiesen. Das Gutachten habe jedoch eine teilweise Vergleichbarkeit nicht gänzlich ausgeschlossen und auch nicht in Abrede gestellt, dass ein Bündelangebot eine (allenfalls verstärkte) Nutzung der bereits bestehenden Einzelangebote der ORF-Radios ausschließe. Es gebe keinen Zweifel daran, dass eine hervorstechende Besonderheit des geplanten Angebots darin liegen werde, künftig Inhalte (Sendungen, Beiträge) aus mehreren ORF-Programmen auf einer zentralen Plattform suchen und themenspezifische Playlists zusammenstellen zu können; existierende Einzelangebote könnten diesen Zusatznutzen faktisch so nicht anbieten.

10.5.3. Die Frage einer starken Marktposition durch bestehende Angebote müsse im Kontext der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes keine Berücksichtigung finden. Die durch die geplante XXXX allenfalls bewirkte Stärkung der Marktposition des ORF im Hörfunk sei im Gutachten an anderer Stelle durchaus erörtert worden. In Zusammenhang mit der Marktabgrenzung sei jedoch der vom Gutachter verfolgte Ansatz, die schon bestehende starke Marktposition aufgrund bereits angebotener (gesetzlich auftragener) Dienste keiner neuerlichen Substitutionsanalyse zu unterziehen, nachvollziehbar und schlüssig.

10.5.4. Die Feststellungen zur Definition des aus potentieller nachfrageseitiger Perspektive sachlich relevanten Werbemarktes würden sich auf das schlüssige und nachvollziehbare Gutachten des Amtssachverständigen der RTR-GmbH vom 26.03.2015 sowie dessen Stellungnahme vom 06.05.2015 gründen. In einem ersten Abgrenzungsschritt habe der Amtssachverständige folglich geprüft, ob Online- und Offline-Werbung einem gemeinsamen Markt zuzuordnen seien und sei zu dem nachvollziehbaren und schlüssigen Resultat gekommen, dass zwar eine gewisse Substituierbarkeit aller Medien nicht auszuschließen sei, es jedoch aus Sicht der Werbetreibenden aufgrund erheblicher Unterschiede der Mediengattungen gerechtfertigt sei, von getrennten Werbemärkten auszugehen. Demnach würden Online- und Offline-Werbung aus Nutzersicht als getrennte Märkte wahrgenommen werden und könnte Online-Werbung zielgruppengenauer und effektiver eingesetzt werden, weil effektivere Messsysteme zur Verfügung stünden und könnten mit den ermittelten Daten die Zielgruppen wesentlich besser erreicht werden, als mit herkömmlicher Offline-Werbung. Weiters sei zu berücksichtigen, dass Livestreams bereits vom ORF angeboten würden und somit keine Neuerung darstellten. Nachdem durch die geplante XXXX keine Ausdehnung der Livestreams erfolgen

werde, könne die möglicherweise gesteigerte Reichweite der Livestream-Nutzung somit keinen Anknüpfungspunkt bieten, einen gemeinsamen relevanten Markt für Livestreams und Hörfunk zu definieren. Auch wenn nicht grundsätzlich in Abrede gestellt werden solle, dass durch die geplante XXXX sowohl ORF-Hörfunkprogramme als auch das zugehörige Online-Angebot mehr Aufmerksamkeit und damit auch mehr Reichweite erzielen würden, wodurch wiederum die Online-Angebote privater Hörfunkveranstalter entwertet werden könnten, könne daraus kein tragfähiges Argument für die Behauptung, dass Hörfunk- und Online-Vermarktung einem gemeinsamen Werbemarkt zuzurechnen wären, abgeleitet werden. Somit seien die für zwei getrennte Werbemärkte sprechenden Argumente des Amtssachverständigen plausibler gewesen.

10.5.5. Die Beschwerdeführerin führte in ihrer Beschwerde im Wesentlichen aus, dass der angefochtene Bescheid eine sachwidrige Ergänzung der Methoden der Marktabgrenzung vornehme, indem er durch die Beschränkung des Prüfungsgegenstands der Auftragsvorprüfung XXXX den sachlich relevanten Rezipientenmarkt abgrenze, was von § 6b ORF-G nicht gedeckt sei. § 6b Abs. 1 Z 2 und Abs. 3 Z 2 ORF-G würden ein Abstellen auf den für das Angebot relevanten Markt fordern. Nicht in jedem Fall realisiere ein neues Angebot einen neuen Markteintritt. Wenn - wie im vorliegenden Fall - ein Angebot bereits auf einem Markt aktiv sei und im Wesentlichen auch in Zukunft - nach Vornahme der Neuerungen - auf diesem Markt aktiv bleiben werde, dann seien sämtliche Märkte, auf denen das Angebot aktiv sei, relevant iS von § 6b Abs. 1 Z 2 und Abs. 3 Z 2 ORF-G. Der erfolgte Ausschluss einzelner Märkte, auf denen ein bereits bestehendes Angebot aktiv sei und künftig auch als neues Angebot noch aktiv sein werde, von der Auftragsvorprüfung gem. § 6b Abs. 1 Z 2 ORF-G führe zur Unvollständigkeit und damit auch zur inhaltlichen Unrichtigkeit der rechtlichen Prüfung. Es sei daher mit den von § 6b Abs. 1 Z 2 und Abs. 3 Z 2 ORF-G vorgegebenen Methoden der Bestimmung der für die Auftragsvorprüfung sachlich relevanten Märkte nicht vereinbar, Märkte, auf denen das ORF-Angebot schon bisher aktiv war und auch noch nach Durchführung als neues Angebot aktiv sein werde, überhaupt nicht zu berücksichtigen.

10.5.6. Unter Berücksichtigung des Bedarfsmarktkonzeptes seien Waren oder Dienstleistungen als miteinander austauschbar anzusehen und demselben Markt zuzurechnen, wenn sie in ihren für die Deckung desselben Bedarfs wesentlichen Eigenschaften/Funktionen aus Sicht der Bedarfsträger/Marktgegenseite gegeneinander austauschbar seien. Die neue XXXX werde für Nutzer und Radiohörer die Funktionen Livestreaming, On-Demand-Angebot, Player-Funktion, sonstiges Online-Angebot und Archive anbieten. Die XXXX befinde sich daher nicht nur mit Plattformen in einem sachlich relevanten Markt, die (fast) alle dieser Funktionen anböten, sondern auch mit Angeboten, die lediglich einzelne dieser Funktionen anböten. Der angefochtene Bescheid lehne dies ab und gehe an der Realität der Wettbewerbsbeziehungen zwischen ORF und privatem Hörfunk und deren Online-Angeboten vollkommen vorbei, wenn er als einzigen Konkurrenten der XXXX die XXXX anerkenne und jegliche Relevanz des Ausbaus der XXXX für die österreichischen Hörfunkveranstalter negiere. Es sei daher notwendig, dass auch hier bei der Marktabgrenzung stärker der Zweck der Auftragsvorprüfung berücksichtigt und die faktischen Wettbewerbsbeziehungen analysiert würden.

10.5.7. Auch der Rezipientenmarkt Hörfunk solle als sachlich relevanter Markt anerkannt werden, da die Funktionen der XXXX nicht eindeutig nur dem Bereich Online oder Hörfunk zugeordnet werden könnten. Der angefochtene Bescheid lehne dies mit Hinweis auf die Begrenzung des Prüfungsgegenstands auf das "Neue" bzw. "wesentlich Veränderte" ab, was gegen die Prinzipien der Marktabgrenzung gem. § 6b Abs. 1 Z 2 und Abs. 3 Z 2 ORF-G verstoße. Selbst der angefochtene Bescheid anerkenne explizit, dass das neue Angebot XXXX die sehr starke Marktposition des ORF am Hörfunkmarkt zusätzlich festige und sich daraus auch negative Wirkungen auf den Hörfunkwerbemarkt ergeben könnten. Aus Sicht der Beschwerdeführerin seien Livestream-Angebote aufgrund der Plattformneutralität klar dem Offline-Hörfunkmarkt zuzurechnen. Das Abruf-Angebot sei inhaltlich mit dem Livestream ident und nur hinsichtlich der zeitlichen Komponente der Nutzungsmöglichkeit anders als linearer Hörfunk. Es sei daher durchaus argumentierbar, es als mit dem Hörfunkprogramm vergleichbares Angebot anzusehen und somit dem Offline-Hörfunkmarkt zuzurechnen.

10.5.8. Bei einer Anerkennung des Rezipientenmarkts Hörfunk als sachlich relevantem Markt für das Angebot XXXX müsse als logische Konsequenz die Anerkennung des Hörfunkwerbemarkts als sachlich relevanter Markt folgen.

10.5.9. In ihrer Stellungnahme vom 03.05.2017 brachte die Beschwerdeführerin insbesondere vor, dass die Rechtsfrage der Bestimmung des Verfahrensgegenstands keine zulässige Methode darstelle, mit der sachlich relevante Märkte iSv § 6b Abs. 1 Z 2 ORF-G ausgeschlossen werden könnten. Als sachlich relevanter Markt könne auch ein Markt erachtet werden, auf dem ein ORF-Angebot bereits bisher aktiv gewesen und künftig auch aktiv sein werde, wenn eben

dieses Angebot relevante Neuerungen erfahre, die Gegenstand der Auftragsvorprüfung seien.

Das neue Angebot werde tatsächlich fünf Funktionen bedienen, die dem Markt für Einzel-Online-Angebote von Hörfunkveranstaltern zuzurechnen seien, und daher sei es sowohl rechtlich als auch iSd der referierten Methoden der Marktabgrenzung geboten, nicht nur Bündelangebote (die alle Funktionen anbieten), sondern auch Einzelangebote als sachlich relevante Märkte anzuerkennen. Als sachlich relevanter Markt des neuen Angebots sei weiters der Offline-Hörfunkmarkt anzusehen, was sich aus den rechtlichen Erwägungen der EK-Rundfunkmitteilungen und der EK-Beihilfen-Entscheidungen sowie aufgrund des faktisch erwiesenen engen Konnexes des Offline-Hörfunkmarktes und eines Online-Hörfunkangebots ergebe.

10.6. Methode der Marktabgrenzung (Marktabgrenzung Rezipientenmarkt sowie Hörfunk-Werbemarkt)

10.6.1. Die Beschwerdeführerin bemängelte in ihrer Beschwerde insbesondere, dass es mit den von § 6b Abs. 1 Z 2 und Abs. 3 Z 2 ORF-G vorgegebenen Methoden der Bestimmung der für die Auftragsvorprüfung sachlich relevanten Märkte nicht vereinbar sei, Märkte, auf denen das ORF-Angebot schon bisher aktiv gewesen sei und auch noch nach Durchführung als neues Angebot aktiv sein werde, überhaupt nicht zu berücksichtigen.

10.6.2. Die belangte Behörde führte dazu im angefochtenen Bescheid im Wesentlichen aus, dass der Amtssachverständige schlüssig und unter Heranziehung konkreter Beispiele habe darlegen können, dass Gegenstand der Untersuchung das "Neue" bzw. "wesentlich Veränderte" sein müsse, weswegen auch eine vergleichende Beurteilung des gegenwärtigen Zustands ohne das geplante Online-Angebot mit dem geplanten Zustand inklusive des neuen Online-Angebots erfolgt sei.

10.6.3. Die Beschwerdeführerin brachte weiters vor, dass der angefochtene Bescheid rechtswidrig als einzig relevanten Rezipientenmarkt den Markt von Hörfunkangeboten mit gebündeltem, programmübergreifendem Inhaltsangebot anerkenne, während die Beschwerdeführerin davon ausgehe, dass sich die XXXX nicht nur mit Plattformen in einem sachlich relevanten Markt befinde, die (fast) alle der geplanten Funktionen (Livestreaming, On-Demand-Angebot, Player-Funktion, sonstiges Online-Angebot, Archive) anböten, sondern auch mit Angeboten, die lediglich einzelne dieser Funktionen anböten.

10.7. Analyse vergleichbarer Angebote

10.7.1. Die belangte Behörde verwies im bekämpften Bescheid auf das Gutachten, das sich mit den Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation im relevanten Markt ausführlich anhand der in den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht im Bereich der elektronischen Kommunikation entwickelten Indikatoren befasst habe. Jene Indikatoren, die für das gegenständliche Verfahren sinnvoller Weise Anwendung finden könnten - etwa Größenvorteil, technologischer Vorsprung, Verbundvorteile u.v.m. - seien einer eingehenden Analyse unterzogen worden. Verbundvorteile in crossmedialen Vermarktungsstrategien des ORF wären gesetzlich größtenteils unzulässig und nicht Gegenstand der Auftragsvorprüfung.

10.7.2. Die Beschwerdeführerin brachte dazu in ihrer Beschwerde vor, dass der ORF im Bereich Hörfunk eine marktbeherrschende Stellung einnehme, was sich durch hohe Marktanteile sowohl am Rezipientenmarkt als auch in der Hörfunkwerbung kennzeichne. Die Markterhebungen der Beschwerdeführerin hätten ergeben, dass der ORF im Bereich der kommerziellen Vermarktung Hörfunk (i.e. Hörfunkwerbemarkt) Preisführer sei und mit seinem Verhalten (günstigster TKP, Naturalrabatte und Spezial-Naturalrabatte) einen starken Preisdruck ausübe, der in der Konsequenz dazu führe, dass private Hörfunkveranstalter Schwierigkeiten hätten, am Hörfunkwerbemarkt kostendeckende Einnahmen zu erzielen. Dieses Verhalten sei eine nach den Maßstäben der EK-Rundfunkmitteilung (Rz 94) wettbewerbsschädliche Praxis.

10.7.3. Das verfahrensgegenständliche neue Angebotskonzept sei Ausdruck der Vorreiterrolle des ORF im Bereich Technologien, während Privatrundfunkveranstalter aufgrund der erzielbaren Einnahmen im Hauptgeschäftsfeld nicht in ein technisch anspruchsvolles Online-Angebot investieren könnten, obwohl dies Zukunftsinvestitionen seien, ohne die man im Wettbewerb zurückfalle.

10.7.4. Vergleiche man die Onlineangebote der privaten Hörfunkveranstalter, so würden sich große Ähnlichkeiten mit dem Online-Angebot des ORF-Hörfunks ergeben. Spezifische Ähnlichkeiten mit der XXXX bestünden im Bereich des Livestream-Angebots, sendungsbegleitendem Material und speziellen Musikabruf-Angeboten. On-Demand-

Abrufangebote des Hörfunkprogramms seien auf den Webseiten der privaten Konkurrenz nicht so verbreitet. Bei der kommerziellen Vermarktung der Online-Angebote stünden prinzipiell identische Werbeformen und Vermarktungsmöglichkeiten zur Verfügung.

10.7.5. Die Beschwerdeführerin führte zahlreiche Zeugen zu diesen Themen an und verwies auf die EK-Rundfunkmitteilung (Rz 88), die vorsehe, dass bei der Auftragsvorprüfung unter anderen auch die Marktstruktur, die Marktstellung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt, der Grad des Wettbewerbs und die potenziellen Auswirkungen des neuen Angebots auf private Initiativen untersucht werden müssten.

10.8. Reichweitenpotential

10.8.1. Die belangte Behörde führte im bekämpften Bescheid aus, dass sich auch im Hinblick auf die unter dem Aspekt "Größenvorteile" dargestellten Auswirkungen des neuen Angebots auf den relevanten Online-Werbemarkt die Feststellungen auf das schlüssige Gutachten des Amtssachverständigen stützten. Die von der Beschwerdeführerin in Zweifel gezogene Reichweitensteigerung von XXXX aus dem Gutachten resultiere aus einem Vergleich der bestehenden Situation ohne das neue Angebot mit der Situation inklusive dem neuen Angebot und stehe folglich nicht in Widerspruch zu den absoluten Nutzungszahlen für bestehende Teile des ORF.at-Netzwerks. Mit anderen Worten: auch wenn es gegebenenfalls zutreffen möge, dass die Nutzung der im ORF.at-Netzwerk bereitgestellten "Radioangebote" schon derzeit 10% am gesamten ORF.at-Netzwerk betrage, der im Gutachten ermittelte Prozentsatz beziehe sich lediglich auf die durch die hinzukommende Bündelung bzw. Erweiterung entstehenden relativen Zuwächse. Im Gutachten des Amtssachverständigen sei schlüssig und nachvollziehbar dargestellt worden, dass zahlreiche Einflussfaktoren auf die Preise sowie die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten für Display Ads im relevanten Markt dazu führen würden, dass die Auswirkungen einer Angebotsveränderung bzw. eines neu hinzutretenden Angebots auf die Preise im Markt kaum prognostizierbar seien, sodass aufgrund des geringen Umsatzanteils des neuen Angebots im relevanten Markt kein Einfluss auf die Preise im relevanten Markt zu erwarten sei.

10.8.2. Da die Radioprogramme des ORF mit rund XXXX Marktanteil bei den Nutzungszeiten bereits ohne das neue Angebot "XXXX" über eine sehr starke Marktposition im Radiomarkt verfügten, lasse sich hieraus ableiten, dass diese Marktposition durch das neue Angebot noch zusätzlich gefestigt werden und sich daraus gegebenenfalls negative Auswirkungen auf den Radiowerbemarkt ergeben könnten. Aus diesem Grunde sei der Amtssachverständige im Anschluss der Frage nachgegangen, ob es allenfalls sinnvoll sei, das geplante Angebot "XXXX" als "geschlossenes (ohne Zugangsmöglichkeit für Dritte)" oder "offenes (mit Zugangsmöglichkeit für Dritte)" Angebot zu gestalten. Des Weiteren habe der Amtssachverständige zutreffend darauf hingewiesen, dass eine entsprechende Anordnung einer offenen Plattform - abgesehen von technischen und inhaltlichen Schranken - problematisch sei, da dies eine Auflage zur Vermeidung negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb in einem benachbarten Markt (Radiowerbemarkt) darstelle.

Die Feststellungen zu den möglichen Maßnahmen zur Abmilderung der festgestellten negativen Auswirkungen der geplanten XXXX auf die wirksame Erbringung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags bzw. die Angebotsvielfalt einerseits und die Wettbewerbssituation andererseits würden auf den Ausführungen des Public-Value-Beirats und des Amtssachverständigen beruhen, wobei die konkrete Abwägungsentscheidung, ob und welche Maßnahmen am geeignetsten erscheine, ausschließlich eine Frage der rechtlichen Würdigung sei.

10.8.3. Die Beschwerdeführerin brachte in ihrer Beschwerde vor, dass der angefochtene Bescheid von einer möglichen Steigerung der Channel-Reichweite XXXX ausgehe. Diese XXXX bezögen sich allerdings auf den Anteil im Verhältnis zum ORF-Dachangebot. Möglicherweise würden deutlich niedrigere Werte errechnet, wenn der angegebenen Channel-Reichweite Nutzerzahlen (unique clients) und nicht Abrufzahlen (visits) zugrunde gelegt würden. Es bleibe somit unklar, weshalb vor dem Hintergrund des geplanten Ausbaus der XXXX dieser Anteil insgesamt auf XXXX sinken solle. Insgesamt sei die Klärung der Faktenlage bei der Einschätzung der Auswirkungen von XXXX auf dem Rezipientenmarkt mangelhaft geblieben.

10.8.4. Die Einschätzung der Entwicklungsmöglichkeiten der XXXX solle im Einklang mit dem Gesetz so erfolgen, dass eine möglichst breite Datenbasis ausgewertet werde. Der angefochtene Bescheid sei hinsichtlich der Einschätzung der Relevanz der Auswirkungen des neuen Angebots auf den relevanten Rezipientenmärkten un schlüssig und nicht aussagekräftig im Hinblick auf die gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen (§ 6b ORF-G). Dies gelte insbesondere auch für das Unterbleiben einer genauen Analyse der Auswirkungen des Vorhabens auf die Marktstellung anderer in

Österreich tätiger Medienunternehmen. Gem. § 6b Abs. 3 Z 2 ORF-G müsse bei der Prüfung des neuen Angebots das existierende, mit dem geplanten Angebot vergleichbare Angebot anderer auf dem österreichischen Medienmarkt tätiger Medienunternehmen berücksichtigt werden.

10.8.5. Der ORF stärke seine Position jedenfalls nicht nur dann, wenn mit der XXXX zukünftig mehr Nutzer erreicht oder eine längere Nutzungsdauer realisiert werden könnten, sondern auch dann, wenn durch das neue Angebot ein sonst realisierter Reichweitenverlust verhindert werde. Im Kontext der Verbundvorteile sei daher auch auf den Rezipientenmärkten zu prüfen, welche spezifischen Reichweitensteigerungen sich durch die auf XXXX realisierte Verbindung von Hörfunk und Online ergeben könnten.

10.8.6. Die weitere Verfahrenspartei brachte zu den wettbewerblichen Auswirkungen in ihrer Stellungnahme vom 09.12.2015 im Wesentlichen vor, dass erhebliche negative Auswirkungen auf den Markt für Hörfunkprogramme bzw. Hörfunkwerbung nicht zu erwarten seien und auch von der Beschwerdeführerin nicht schlüssig begründet werden könnten. Das Reichweitenpotential sei auf Basis der derzeitigen Nutzung von XXXX geschätzt worden. Es sei davon auszugehen, dass der Beitrag der XXXX auch bei einer eintretenden Vervielfachung der Audio On Demand-Nutzung an der Gesamtperformance von XXXX in den nächsten Jahren unter einer XXXX -Marke bleiben werde.

10.9. Onlinewerbemarkt

10.9.1. Die belangte Behörde wies im bekämpften Bescheid darauf hin, dass die Feststellungen zu den Auswirkungen des neuen Angebotes auf die Wettbewerbssituation im relevanten Werbemarkt auf den nachvollziehbaren Ausführungen im Gutachten vom 26.03.2015 sowie auf den ergänzenden Ausführungen des Amtssachverständigen in seiner Stellungnahme vom 06.05.2015 beruhen würden. Im Gutachten sei dabei eine aus Sicht der belangten Behörde schlüssige Prüfung der Plausibilität der Angaben des ORF erfolgt, indem etwa die Erlösprognosen in Relation zu den Angaben des ORF für die XXXX gesetzt und zudem die jährlichen Wachstumsschätzungen des ORF in Höhe von XXXX mit den Erfahrungswerten des Marktes für den Zeitraum 2013 bis 2014 verglichen worden seien. Schließlich habe der Amtssachverständige einen Vergleich der im Angebotskonzept angegebenen indikativen Tarifwerte für InStream-Audiowerbung mit RMS-Tarifen vorgenommen. Diese Prüfung habe gezeigt, dass die ORF-Tarife in einem marktüblichen Bereich lägen.

10.9.2. Die Beschwerdeführerin brachte in ihrer Beschwerde im Wesentlichen vor, dass der Bescheid eine genaue Analyse der Auswirkung des Vorhabens auf die Marktstellung anderer in Österreich tätiger Medienunternehmen gem. § 6b Abs. 3 Z 2 ORF-G unterlasse und gegen diesen Paragraphen verstoße. Könne die weitere Verfahrenspartei ihre Channel-Reichweite steigern, führe dies unmittelbar auch zum Rückgang der Werbeeinnahmen und der Wirtschaftlichkeit privater Angebote. Spezifische Wettbewerbsnachteile würden sich auch für Musikradios ergeben. Bei der Bewertung dieses Sachverhalts sei jedenfalls auf die bestehende Rechtsposition des öffentlich-rechtlichen ORF Bedacht zu nehmen. Bei der Prüfung eines neuen Angebots gehe es immer um Auswirkungen des neuen Angebots. Dennoch sei es erforderlich, die bestehende Marktposition zu berücksichtigen, da eine Stärkung der Marktposition der weiteren Verfahrenspartei in einem Umfeld, in dem der ORF mit Abstand dominierender Marktteilnehmer sei, stärker negativ iSv § 6b Abs. 1 Z 2 ORF-G zu bewerten sei, als wenn die Marktposition des ORF von absolut untergeordneter Bedeutung wäre. Die XXXX als senderübergreifende Plattform für vorwiegend junge, technisch affine Nutzer und Sonderwerbformen würde eine Stärkung der Wettbewerbsposition des ORF implizieren, die bei der Prüfung gem. § 6b Abs. 1 Z 2 ORF-G berücksichtigt werden sollte.

10.9.3. Die weitere Verfahrenspartei replizierte in ihrer Stellungnahme vom 09.12.2015, dass die Beschwerdeführerin konkrete eigene Angaben auf die Wettbewerbssituation im Onlinewerbemarkt schuldig bleibe. Es sei nicht zu erwarten, dass die Vermarktung der XXXX das geplante Potenzial von € XXXX,- deutlich übertreffen könnte. Derzeit sei kaum ein Markt bzw. Interesse für die Audio-Stream-Vermarktung vorhanden.

10.9.4. Die Beschwerdeführer lasse weiters bei ihren Überlegungen über das Erlöspotential (Visits x TKP) außer Acht, dass dem ORF nicht die geschätzten Gesamt-Abrufe als vermarktbares Inventar zur Verfügung stünden: Die weitere Verfahrenspartei habe zugesagt, das Auspielen von Pre-Roll-Spots bzw. Pre-Roll-Streams auf einmal pro Zeitraum von XXXX Minuten zu beschränken. Weiters seien Livestreams von ORF-Programmen nicht nur über orf.at, sondern auch über andere Angebote abrufbar, was aber das vom ORF vermarktbare Inventar nicht erhöhe. Eine stichprobenartige Analyse habe zu einer Auslastung des verfügbaren Inventars in der Höhe von rund XXXX geführt, eine Auslastung von unter 100% senke daher entsprechend das Erlöspotential.

10.9.5. Wachstumsprognosen und -werte des Gesamt-Onlinemarktes könnten aufgrund der gesetzlichen Limitierungen nicht auf den ORF angewendet werden und müsse daher von einem niedrigeren Wachstum ausgegangen werden. Weiters seien die Online-Erlöse des ORF nach § 18 Abs. 1 ORF-G gedeckelt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die belangte Behörde hat auf den Seiten 58 - 105 des angefochtenen Bescheides Feststellungen zum Angebotskonzept (2.1.), den sachlich relevanten Märkten (2.2.) und dem räumlich relevanten Markt (2.3.) für das Online-Angebot " XXXX " getroffen, weiters zur Analyse der mit dem geplanten Angebot vergleichbaren Angebote (2.4.), zu den Auswirkungen des geplanten Online-Angebots auf die Angebotsvielfalt für Nutzer (2.5.) und auf die Wettbewerbssituation (2.6.), zu den möglichen Maßnahmen zur Milderung negativer Auswirkungen des geplanten Online-Angebots im Hinblick auf die wirksame Erbringung des öffentlich-rechtlichen Kernauftrags sowie auf die Angebotsvielfalt (2.7.) und zu möglichen Maßnahmen zur Reduktion negativer Auswirkungen des geplanten Online-Angebots auf die Wettbewerbssituation (2.8.), die vom Bundesverwaltungsgericht übernommen werden:

2.1. Angebotskonzept

Das beantragte Angebotskonzept für das Online-Angebot " XXXX zielt auf die Vervollständigung, die zentrale und bessere Auffindbarkeit sowie eine verbesserte Nutzbarkeit der bisherigen Übersichtsseite " XXXX " ab und ersetzt diese insoweit. Die XXXX soll daher - abgesehen von einer technischen und graphischen Neugestaltung der bestehenden Online-Angebote - durch den inhaltlichen Ausbau im Sinne einer Zurverfügungstellung des gesamten Programms aller ORF-Radiosender (live und on demand) einen zentralen Audio-Abrufdienst des ORF bilden. Ferner ist die Bereitstellung von kommerzieller Kommunikation auf der XXXX vorgesehen. Die kommerzielle Vermarktung wird als Teilaspekt der Inhaltskategorien dargestellt.

2.1.1. Inhaltskategorien (§ 5a Abs. 1 Z 1, inklusive Z 7 ORF G)

Voraussetzung für die Bereitstellung von Audioinhalten auf der XXXX ist deren Ausstrahlung in einem ORF-Radioprogramm durch den ORF. Die Inhalte entsprechen daher den der Radio-Programmstrukturanalyse zugrunde liegenden Programmkategorien für den Wortanteil (z.B. Information oder Unterhaltung) sowie für den Musikanteil (z.B. Alternative Musik, Ernste Musik, Oldies/Evergreens, Pop, Unterhaltungsmusik/Schlager, Volksmusik/Weltmusik). Dies gilt auch für Fremdproduktionen (Übernahmen oder Programmaustausch bzw. Kaufproduktionen), für deren Bereitstellung die Lizenzrechte erworben werden sollen.

Die XXXX ermöglicht die Auswahl zwischen Livestreams und den Audio-On-Demand- Angeboten aller österreichweit und regional empfangbaren ORF-Radiosender sowie des Webradios " XXXX ".

Die inhaltliche Gliederung und Stückelung des on-demand-Angebots auf der XXXX soll entlang der Programmschemata der einzelnen abgebildeten Sender verlaufen. Je nach Programmtypus (vom "Flächenprogramm" bis zum "strikt gebauten Programm") erfolgt die Teilung des Programmstromes in einzelne Audioelemente gröber oder feiner granuliert. Die Aufteilung des Radioprogramms in on-demand-Elemente ist daher durch Sendungen, Sendungsteile, Formate und Programmfelder vorgegeben und kann entweder nach Sendungen, Sendungsteilen, Programmflächen oder einzelnen Sendungselementen (z.B. Beiträgen) erfolgen.

Archive werden darüber hinaus zeit- und kulturgeschichtliche Inhalte in Form von Audiomaterial aus dem ORF-Archiv bereitstellen. Es kann sich dabei je nach Thema um Materialien verschiedenster Formate, beispielsweise Beiträge aus Sendungen, ganze Sendungen oder ehemalige Liveübertragungen, Sendereihen bzw. Serien handeln, die zum jeweiligen Thema verfügbar sind. Die Übernahme aktueller Sendungen erfolgt nur dann, wenn sie eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Archiv-Thema ermöglicht bzw. den aktuellen Bezug oder eine verändernde Sichtweise zum zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalt herstellt. Ein exemplarisches thematisches Beispiel für zeitgeschichtliche Archive wäre z.B. der hundertste Jahrestag des Beginns des Ersten Weltkrieges. Beispiele für mögliche kulturgeschichtliche Archive sind Künstlerjubiläen.

Die Indexierung aller auf der XXXX verfügbaren Sender-Angebote erfolgt mittels einer Darstellung u.a. in Form von Inhaltsverzeichnissen (Drop-Down-Menü der Sender, Logo- Leiste). Schließlich ist eine Kategorisierung nach Datum und Stichwort vorgesehen. Im Rahmen des Angebots des jeweiligen Senders erfolgt eine Untergliederung nach Sendungen, Sendeflächen, Genres und Sendungselementen.

Zusätzlich zur Indexierung soll die Verknüpfung der sendungsbezogenen Metadaten (Titel, Datum, Uhrzeit etc.) mit vorliegenden sendungsbegleitenden Informationen (kurze textliche Beschreibungen der jeweiligen Sendungen/Formate/Beiträge, Inhaltsangaben, Liste der Musiktitel) die Auswahl erleichtern. Die angebotenen Sender werden kalendarisch oder in Form einer Zeitleiste aufgeschlüsselt, sowie durch eine Suchfunktion in den technischen Metadaten und Programminformationen ansteuerbar sein.

Die Nutzer werden ferner die Möglichkeit haben, Sendungen und Sendungselemente sowie die Reihenfolge ihrer Wiedergabe in individuell erstellten Playlists selbst festzulegen. Zwecks besserer Planbarkeit wird das ORF-Radioprogramm der nächsten Stunden bzw. des nächsten Sendetages außerdem in Form eines Programmschemas dargestellt. In einem thematischen Zusammenhang zueinander stehende Sendungen und Sendungselemente diverser ORF-Radioprogramme können in Form eines Schwerpunktes zusammengefasst und sollen über eine redaktionell erstellte Playlist abrufbar gemacht werden (z.B.: Heeresreform, Musikfestivals, Verdi- und Wagnerjahr).

Das gesamte on-demand-Angebot aller ORF-Radiosender wird auf der XXXX zentral verfügbar gemacht, wobei die jeweils gewünschten Audioinhalte via Player und eine usergenerierte Playlist - diese kann aus einer beliebigen Mischung aus Einzelbeiträgen, Sendungsteilen oder ganzen Sendungen bestehen - bereitgestellt werden. Eine Playlist kann jedoch nicht aus einzelnen Musiktiteln zusammengestellt werden. Die integrierte Suchfunktion erlaubt zwar das Auffinden von Sendungen oder Sendungsblöcken in denen ein Musiktitel enthalten ist, die Titel können allerdings aus der Ergebnisliste heraus nicht anspringbar gemacht werden. Ebenso wenig können Musiktitel in Playlists eingefügt werden.

In den Angeboten, auf denen die XXXX eingebunden ist, soll es möglich sein, Sendungen und Streams für zeitversetztes Hören temporär zu cachen.

Ebenso sollen im Rahmen von Archiven mit zeitgeschichtlichen Inhalten Audio-Files bereitgestellt werden, welche zur Erläuterung und zum tieferen Verständnis historischer Ereignisse und Entwicklungen beitragen bzw. diese dem Publikum in Form von Audio-Archivmaterial näher bringen können. Im Fokus sollen dabei sowohl die österreichische als auch die europäische Geschichte stehen aber auch Ereignisse und Entwicklungen von globaler Bedeutung. In kulturgeschichtlichen Archiven sollen wertvolle bzw. herausragende künstlerische Leistungen aus allen Genres von Musik über Theater bis zu Lesungen, die in der Vergangenheit via Radio übertragen wurden, dauerhaft einer breiten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden. Die Archive sollen auch die Möglichkeit bieten, die Reichhaltigkeit und Qualität des kulturellen Schaffens der vergangenen Jahrzehnte, etwa in Form von "ORF- Radio-Klassikern", sowie die Entwicklung des Mediums Radio und seiner vielfältigen Gestaltungsformen besser als bislang möglich zu dokumentieren.

Vor allem bei jüngeren Zielgruppen soll durch die multimediale Aufbereitung und Bereitstellung dieser Inhalte über neue Medien das Interesse an Geschichte und Kultur gefördert werden.

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at