



Bescheid

I. Spruch

1. Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) stellt im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter und Mediendienstanbieter gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2016, in Verbindung mit den §§ 60, 61 Abs. 1 und 62 Abs. 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 86/2015, fest, dass die PULS 4 TV GmbH & Co KG (FN 310081 b beim HG Wien) die Bestimmung des § 9 Abs. 1 AMD-G dadurch verletzt hat, dass sie als Anbieterin des YouTube-Channels „PULS 4“ unter der Adresse „<https://www.youtube.com/user/puls4austria>“ zumindest seit 11.05.2017 bereitgestellten audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf ihre Tätigkeit nicht spätestens zwei Wochen vor Aufnahme der KommAustria angezeigt hat.

2. Gemäß § 62 Abs. 4 AMD-G wird festgestellt, dass es sich bei der Rechtsverletzung gemäß Spruchpunkt 1. um keine schwerwiegende Verletzung des AMD-G handelt.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Anlässlich einer amtswegigen Überprüfung stellte die KommAustria am 11.05.2017 fest, dass die PULS 4 TV GmbH & Co KG auf YouTube den Channel „PULS 4“ Videos zu verschiedenen Themen bereit stellt, ohne diese Tätigkeit bei der KommAustria angezeigt zu haben.

Die KommAustria leitete daher gemäß §§ 60, 61 Abs. 1 und 62 Abs. 1 AMD-G mit Schreiben vom 07.06.2017 gegen die PULS 4 TV GmbH & Co KG ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen wegen Nichtanzeige eines audiovisuellen Mediendienstes ein und forderte diese auch zur Stellungnahme auf. In diesem Schreiben wurde die PULS 4 TV GmbH & Co KG auch auf die Verpflichtung zur Anzeige der angebotenen audiovisuellen Mediendienste und die entsprechenden Rechtsvorschriften hingewiesen.

Mit Schreiben vom 07.07.2017 teilte die PULS 4 TV GmbH & Co KG mit, dass sie die ihr angelastete Verwaltungsübertretung nicht begangen habe. Sie stünde am Standpunkt, dass die in einem sogenannten „YouTube“-Channel angebotenen Bewegtbildinhalte keinen audiovisuellen Mediendienst im Sinne des § 2 Z 4 AMD-G darstellen würden und daher keine Anzeigepflicht

bestünde.

Richtig sei, dass die PULS 4 TV GmbH & Co KG einige der von ihr im Rahmen des zugelassenen Fernsehprogramms produzierten und ausgestrahlten Bewegtbildinhalte auch Nutzern auf der Plattform YouTube zur Verfügung gestellt werden würden. Diese Inhalte würden jedoch auch ohne Zutun und Zustimmung der PULS 4 TV GmbH & Co KG von zahllosen Dritten hochgeladen und von diesen von YouTube auf diese Art auf Abruf bereitgehalten.

Weiters scheitere die Einordnung daran, dass die Bereitstellung nicht kommerziell betrieben werde. Die Inhalte seien nicht zur sog. „Monetarisierung“ freigeschaltet und würde die PULS 4 TV GmbH & Co KG daher keinerlei Erlöse erzielen. Es handle sich daher nicht um eine eigenständige wirtschaftliche Tätigkeit.

Weiters nehme die KommAustria die Interpretation eines Mediendienstes nicht anhand der europarechtlichen Vorgaben vor: Nach Erwägungsgrund 27 der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste stünde fest, dass „für Fernsehprogramme oder einzelne Fernsehsendungen, die zusätzlich als audiovisuelle Mediendienste auf Abruf von demselben Mediendiensteanbieter angeboten werden, die Anforderungen dieser Richtlinie mit der Erfüllung der Anforderungen für die Fernsehausstrahlung, das heißt die lineare Übertragung, als erfüllt gelten“ sollen.

Sämtliche Inhalte, die von der PULS 4 TV GmbH & Co KG auf der Videoplattform YouTube bereitgestellt würden, seien vorher im linearen Fernsehprogramm Puls 4 gesendet worden (dies träge auf nahezu sämtliche Videos zu) oder auf der von der PULS 4 TV GmbH & Co KG betriebenen Videoplattform „puls4.com“ abrufbar gewesen.

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG verfüge für die Ausstrahlung des Fernsehprogrammes Puls 4 über die erforderlichen Zulassungen nach dem AMD-G; die Webseite „puls4.com“ sei gemäß § 9 Abs. 2 AMD-G als audiovisueller Mediendienst auf Abruf angezeigt.

Sämtliche der PULS 4 TV GmbH & Co KG zurechenbaren Inhalte auf YouTube unterlägen daher bereits zumindest einmal der Aufsicht durch die Regulierungsbehörde; wenn man nicht davon ausgehe, dass die Anzeigepflicht einen Selbstzweck darstelle, sei die von der KommAustria unterstellte Auslegung nicht nachvollziehbar. Aus Erwägungsgrund 29 der Richtlinie ergäbe sich aber eindeutig, dass ein audiovisueller Mediendienst im Sinne der Richtlinie nur dann vorläge, wenn sämtliche Kriterien erfüllt seien.

Dies bedeute im Ergebnis, dass Inhalte, die bereits Gegenstand eines anzeigepflichtigen und angezeigten Abrufdienstes seien, nicht ein weiteres Mal als eigener Abrufdienst reguliert werden können; also eine Anzeigepflicht von bereits regulierten Inhalten gemeinschaftsrechtswidrig sei.

Die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, das AMD-G und auch das E-Commerce Gesetz gingen von einer strukturellen Trennung von technischem Dienstleister (Access Provider, Host Provider) einerseits und den Anbietern von Inhalten andererseits aus. Diese Trennung und der Schutz eines bloß technischen Dienstleisters vor überbordender Haftung für fremde Inhalte sei letztendlich das Regelungsziel des Haftungsprivilegs des § 16 ECG.

YouTube beschränke sich nicht auf eine technische Vermittlerrolle, sondern identifiziere sich mit den fremden Inhalten. Dies zeige sich allein dadurch, dass die Gestaltung der Web-Seite, das

redaktionelle Umfeld, die im Zusammenhang mit abgerufenen Inhalten angebotenen Referenzen und Vorschläge ausschließlich von YouTube bestimmt würden. Der einzelne User (im konkreten Fall die PULS 4 TV GmbH & Co KG) habe daher auf diese Teile der Gestaltung keinerlei Einfluss und verfüge schon aus diesem Grund nicht die von Richtlinie und AMD-G geforderte vollständige redaktionelle Hoheit.

Tatsächlich gestalte YouTube mit den von Nutzern hochgeladenen Videos ein umfassendes Angebot, das weit über das bloße Speichern fremder Inhalte hinausgehe:

Die hochgeladenen Videos seien nach Themen geordnet und mit einer Suchfunktion auffindbar. YouTube offeriere länderspezifische Webseiten, deren Inhalte je nach dem Land, von dem aus ein User zugreift, variieren. Daraus ergäben sich auf der Startseite länderspezifisch ausgewählte Videovorschläge, die kontextbezogen miteinander verknüpft würden.

Unabhängig davon, ob ein User ein eigenes Profil habe oder nicht, würden die Empfehlungen und Vorschläge aufgrund seines bisherigen Nutzungsverhaltens (etwa durch Cookies) individualisiert und nach den jeweils vermuteten Interessen zugeschnitten.

Darüber hinaus biete YouTube den Usern ein umfangreiches Programm der Vermarktung der Videos an (Monetarisierung). Dieses umfangreiche Angebot umfasse eine nach einem Algorithmus ausgespielte Verknüpfung der Inhalte mit Instream-Werbung (Pre-Roll Spots etc.) ebenso wie personalisierte Werbung (Targeting).

YouTube mache sich damit die fremden Inhalte zu eigen, was auch dadurch erkennbar sei, dass Videos, die auf YouTube hochgeladen seien und dann in fremde Seiten eingebunden würden, immer in dem „YouTube-Player“ also unter Einbeziehung eines YouTube-Logos angezeigt würden.

Darüber hinaus betreibe YouTube aktive Inhaltskontrolle; dies betrifft sowohl pornographische oder andere Nacktheit darstellende Inhalte als auch Inhalte, bei denen ein terroristischer Hintergrund vermutet würde. Auch im Bereich der Monetarisierung greife YouTube in automatisiert unterstützte Vorgänge ein, wenn einzelne Videos, die als „nicht werbefreundlich“ eingestuft würden, von der Monetarisierung ausgeschlossen würden.

Bei richtiger Betrachtung sei daher davon auszugehen, dass in Wahrheit YouTube nicht bloß technischer Dienstleister sei, sich daher nicht auf das Hostprovider Privileg des § 16 ECG berufen könne und somit für die hochgeladenen Inhalte verantwortlich sei.

Dies führe zwangsläufig dazu, dass eine redaktionelle Verantwortung der einzelnen User nicht mehr angenommen werden könne. Die PULS 4 TV GmbH & Co KG führe zu GZ 11 Cg 65/14 t beim HG Wien ein Verfahren gegen YouTube LLC., in dem in erster Linie geklärt werden solle, ob YouTube als Hostprovider anzusehen sei oder nicht (und in diesem Fall zur Unterlassung der Bereithaltung von Inhalten der PULS 4 TV GmbH & Co KG verhalten werden könne). Von dieser präjudiziellen Rechtsfrage hänge nicht zuletzt auch die Entscheidung in diesem Verfahren ab; die PULS 4 TV GmbH & Co KG rege daher an, das Rechtsverletzungsverfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des Zivilprozesses zu unterbrechen.

Gegen die Qualifikation von „YouTube-Kanälen“ generell als Abrufdienste im Sinne des § 2 Z 4 AMD-G spreche aber auch ein weiterer Grund:

Voraussetzung für das Hochladen von Inhalten auf die Plattform YouTube sei ein eigenes YouTube Profil, für dessen Erstellung (nur) ein Google-Konto erforderlich sei. Die in diesem Zusammenhang gemachten persönlichen Angaben würden nicht überprüft. Es sei ist daher problemlos möglich, einen YouTube Kanal ohne Bekanntgabe der wahren Identität zu betreiben. Solche Kanäle könnten freilich auch wenn alle Voraussetzungen vorliegen, niemals wirksam von der Regulierungsbehörde erfasst werden, zumal ja gar kein greifbarer Mediendienstanbieter vorhanden sei.

Damit würden aber im Ergebnis gleiche Sachverhalte unterschiedlich gehandhabt, sodass davon auszugehen sei, dass die Interpretation der KommAustria im Zusammenhang mit YouTube-Channels der Definition in § 2 Z 4 AMD-G einen gleichheitswidrigen und somit verfassungswidrigen Inhalt unterstellt.

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG stelle daher den Antrag, das Rechtsverletzungsverfahren einzustellen, in eventu das Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens GZ 11 Cg 65/14 t des HG Wien zu unterbrechen.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Zur PULS 4 TV GmbH & Co KG

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG ist eine zu FN 310081 b beim HG Wien eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Sitz in Wien.

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG ist Anbieterin des Abrufdienstes „puls4“ auf www.puls4.com (KOA 1.950/11-076 vom 24.05.2011), des Abrufdienstes sowie des Livestreams PULS 4 rantv (KOA 1.950/11-077 vom 24.05.2011) und des Abrufdienstes 4News-App (KOA 1.950/16-014 vom 15.04.2016). Sie ist weiters Inhaberin der Zulassung zur Veranstaltung des über ASTRA 1KR 19,2° Ost, Transponder 1.031, Frequenz 11.671 MHz, über MUX F in HD und über MUX B in SD ausgestrahlten Fernsehprogramms „PULS 4“ (KOA 2.135/17-005 vom 16.05.2017).

Mit dem Abrufdienst „puls4“ (siehe Abbildung 1) werden Sendungen und Programmpromotiontrailer zum individuellen Abruf kostenlos via Videostream bereitgestellt. Der Programm katalog umfasst in erster Linie Sendungen von „PULS 4“ bzw. mit diesen in Zusammenhang stehende Events und Begleitinformationen. Die Videos werden nach aktuellen redaktionellen Gesichtspunkten und je nach Rechtesituation (inkl. Fremdproduktionen) aus dem Sendungsangebot der PULS 4 TV GmbH & Co KG zusammengestellt. Die Kategorien umfassen dabei das TV-Programm von „PULS 4“ (Videostreams und Zusatzinformationen), die Sendungen Café Puls, WIFF, Messer Gabel Herz, Koch mit Oliver, PULS 4 News, etc., ferner Serien, Casting sowie Society Beiträge.

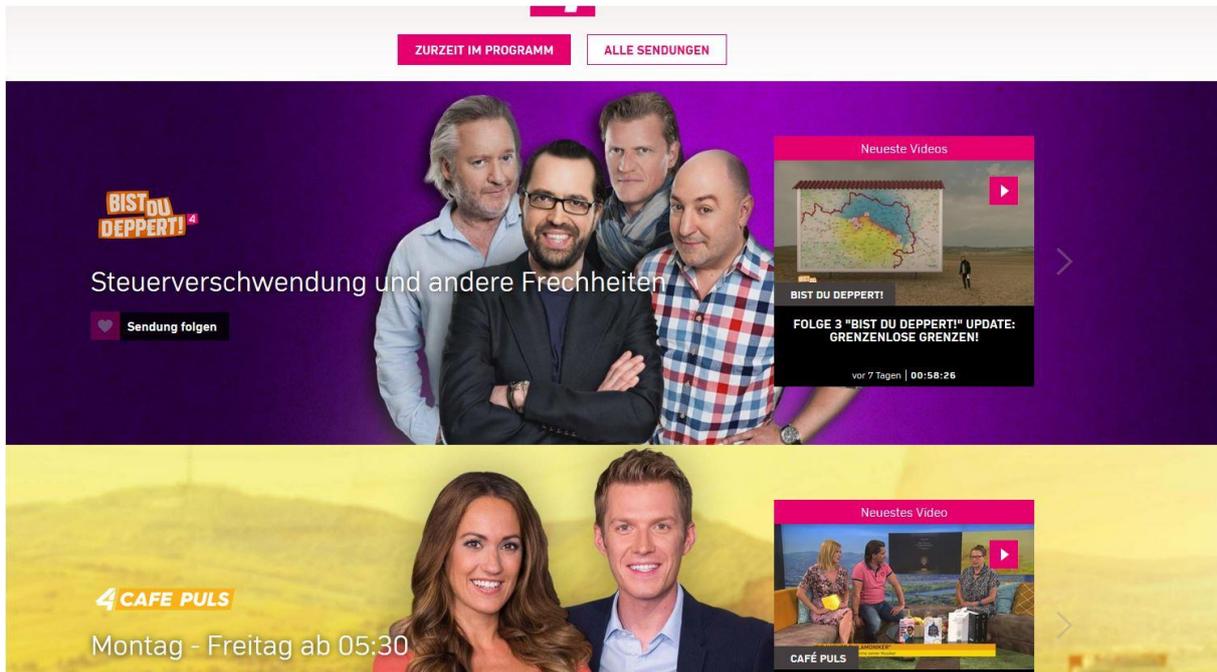


Abbildung 1 – Screenshot Abrufdienst „puls4“

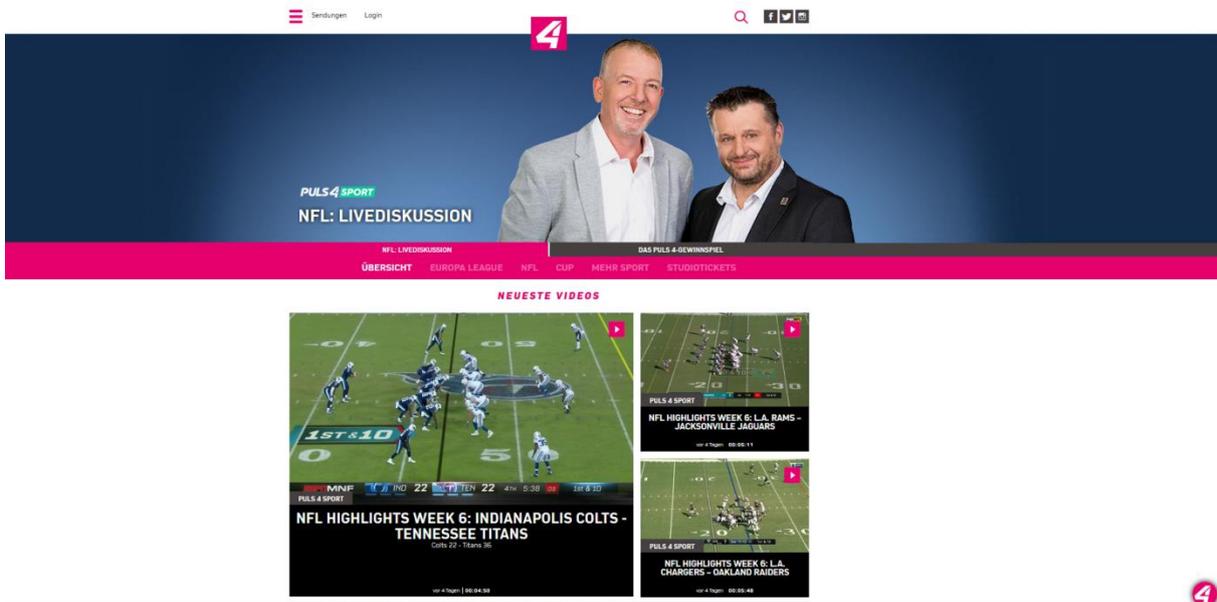


Abbildung 2 – Screenshot Abrufdienst „puls4“

Im Abrufdienst „PULS 4 rantv“ werden Top-Events verschiedenster Sportarten zum Abruf bereitgestellt. Es werden Highlightvideos aber auch gesamte Sportereignisse (als sog. Re-Live) angeboten. Die Highlightvideos können dabei eine Länge von ca. 30 Sekunden bis ca. 20 Minuten haben. Die Re-Live Videos dauern durchschnittlich zwischen ca. 40 Minuten und ca. 150 Minuten. Der Programmkatalog ist ausschließlich auf Sportsendungen und damit in Zusammenhang stehende Events (zB Auslosungen für internationale Bewerbe) ausgerichtet. Sportinteressierten soll dabei eine möglichst umfangreiche Auswahl an Sport-Highlights geboten werden. Derzeit werden unter anderem Abrufdienste von Sportereignissen und -events sowie Ausschnitte (Highlights) aus den Kategorien Fußball (Bundesliga, Erste Liga, UEFA Europa League), NFL,

verschiedene Teaser für Skibewerbe etc... sowie diverse News-Beiträge aus weiteren Sportarten angeboten.

Der Abrufdienst „4News-App“ ist speziell auf eine mobile App-Nutzung über mobile Endgeräte ausgerichtet und beinhaltet aktuelle Beiträge aus den Kategorien Politik (national und international), Chronik, Sport und Lifestyle (Mode, Trends, Society). Der Programmkatalog der „4News-App“ ist auf Inhalte zum aktuellen Tages- und Weltgeschehen ausgerichtet und bietet die Möglichkeit, Neuigkeiten in den vorgenannten Kategorien erhalten zu können. Das Angebot wird zu 100 % von der PULS 4 TV GmbH & Co KG produziert.

2.2. Zum YouTube Angebot

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG bietet jedenfalls seit dem 11.05.2017 unter der Adresse „<https://www.youtube.com/user/puls4austria>“ den YouTube-Channel „PULS 4“ an, auf dem Beiträge zu den Themen aus Politik, Wirtschaft, Kultur, Wissenschaft, Web, Sport, Medien, Bildung, Gesundheit, Karriere, Immobilien, Reisen, Lifestyle und Spiele unter der Adresse „<https://www.youtube.com/user/puls4austria>“ zum Abruf bereitgestellt werden.

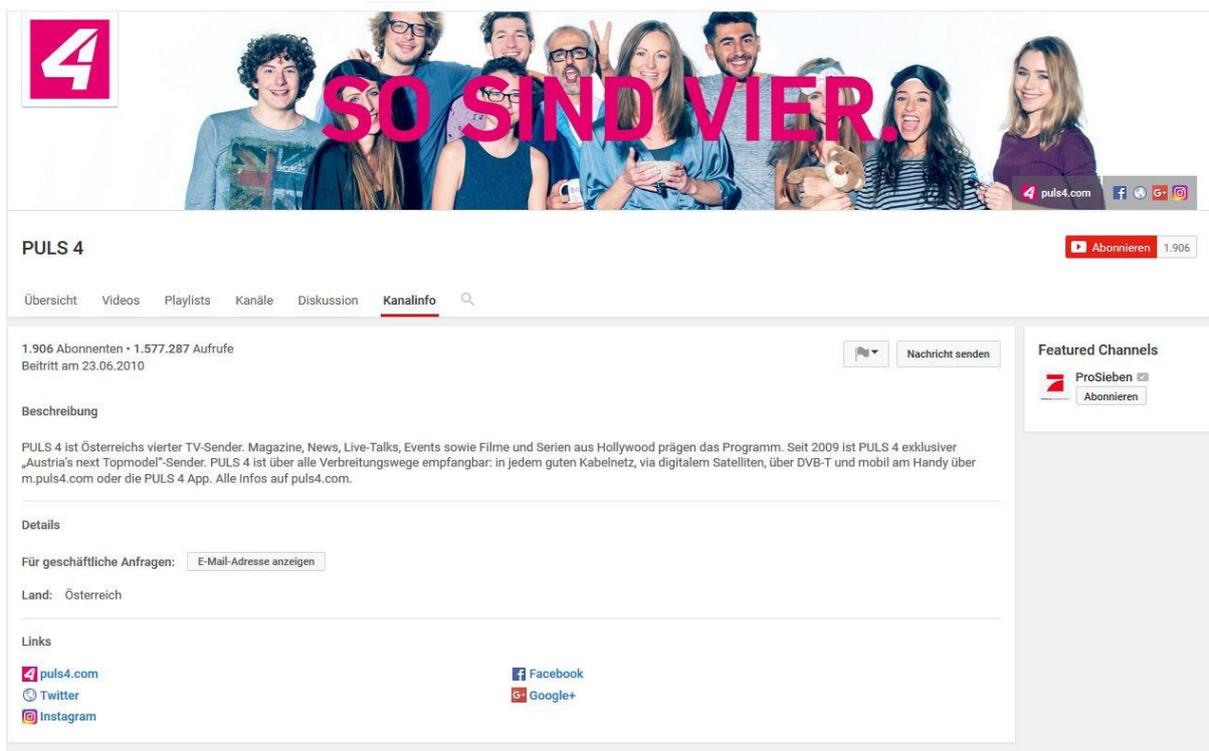


Abbildung 3 -Screenshot YouTube Kanalinfo

Die Beiträge des Kanals sind mit einem Puls 4-Logo, zum Teil auch mit dem Schriftzug „puls4.com“ bzw. „puls4 presents“ gekennzeichnet. In der Kanalinfo ist für geschäftliche Anfragen als Kontaktadresse die E-Mail-Adresse „info@puls4.com“ angeführt. Sämtliche Videos in der Kategorie „Video“ wurden vom Nutzer „PULS 4“ hochgeladen.

Der YouTube Kanal enthält rund 330 Videos zu verschiedenen Themen (siehe z.T. Abbildung 4).

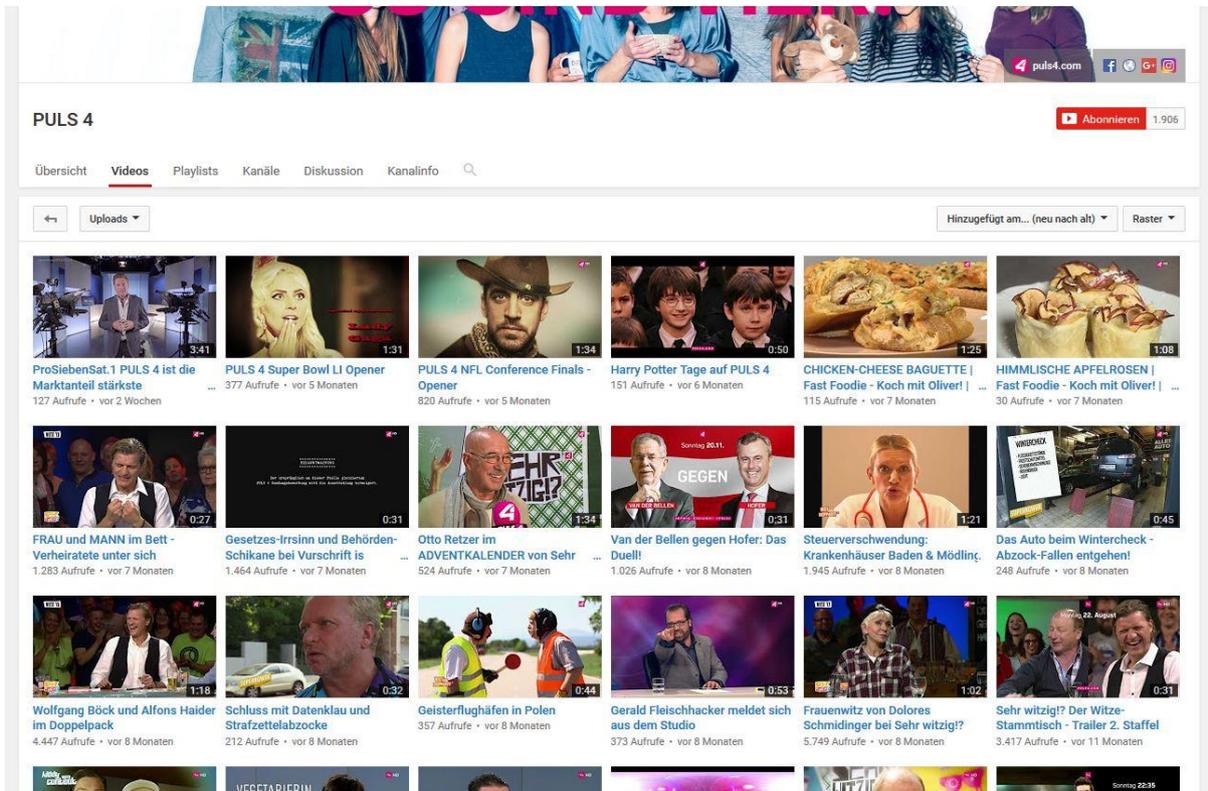


Abbildung 4 - Screenshot YouTube Videoangebot

Neben der Gesamtübersicht weist der Kanal zehn Playlists, die Videos thematisch gruppieren (Abbildung 5).

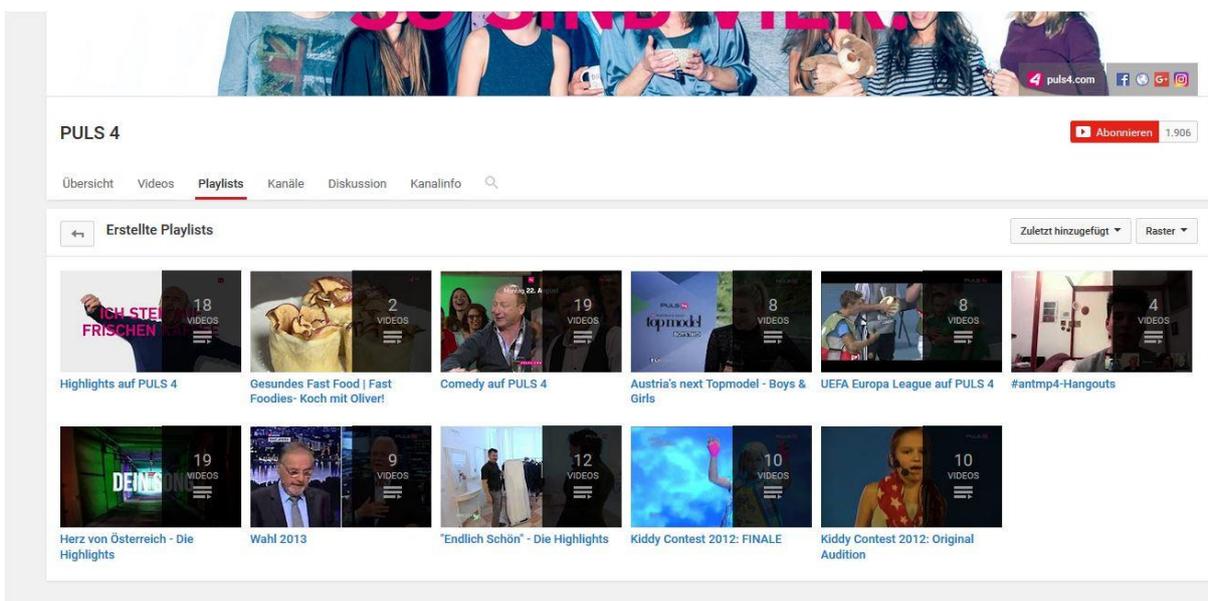


Abbildung 5 - Screenshot YouTube Playlists

Der audiovisuelle Mediendienst wird kostenlos angeboten. Werbung für Dritte wird auf dem YouTube-Kanal keine angeboten. Die Nutzungsbedingungen von YouTube zum gegenwärtigen Stand sehen Folgendes vor:

„7.3 Sie nehmen zur Kenntnis und erklären sich damit einverstanden, dass Sie für Ihre eigenen Inhalte und die Konsequenzen Ihrer Postings oder der Veröffentlichungen Ihrer Inhalte alleine verantwortlich sind.“

Diese Inhalte entsprechen Ausschnitten aus bereits im Fernsehprogramm „PULS 4“ ausgestrahlten Sendungen bzw. einem Teil der auf dem Abrufdienst www.puls4.at bereitgestellten Inhalten, wenn auch in einer anderen redaktionellen Priorisierung.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Inhalt und zur Funktionalität des angebotenen Dienstes sowie dazu, dass es sich um einen Dienst handelt, der Videos zur Verfügung stellt, beruhen auf der amtlichen Wahrnehmung durch die KommAustria vom 11.05.2017, dem Vorbringen der Partei im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 07.07.2017 sowie den am 18.07.2017 erstellten Screenshots des Angebots der PULS 4 TV GmbH & Co KG.

Von der PULS 4 TV GmbH & Co KG wurde eingestanden, dass von ihr auf YouTube ein Kanal mit Inhalten aus dem Fernsehprogramm „PULS 4“ bereitgestellt wird.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 KOG obliegt der KommAustria u.a. die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über Mediendienstanbieter nach den Bestimmungen des AMD-G.

Gemäß § 60 AMD-G obliegt der KommAustria die Rechtsaufsicht über die Mediendienstanbieter und Multiplex-Betreiber gemäß diesem Bundesgesetz. Die KommAustria entscheidet über Verletzungen von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gemäß § 61 Abs. 1 AMD-G von Amts wegen oder aufgrund von Beschwerden.

Die Entscheidung besteht gemäß § 62 Abs. 1 AMD-G in der Feststellung, ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes verletzt worden ist. Wird von der Regulierungsbehörde eine Verletzung dieses Bundesgesetzes festgestellt, die im Zeitpunkt der Feststellung noch andauert, so hat der Mediendienstanbieter unverzüglich einen der Rechtsansicht der KommAustria entsprechenden Zustand herzustellen.

4.2. Vorliegen von audiovisuellen Mediendiensten

Verfahrensgegenständlich ist die Frage, ob die PULS 4 TV GmbH & Co KG einen audiovisuellen Mediendienst im Sinne § 2 Z 3 AMD-G, und zwar einen audiovisuellen Mediendienst auf Abruf im Sinne des § 2 Z 4 AMD-G anbietet, welcher der Anzeigepflicht gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G unterliegt.

Aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (RV 611 BlgNR, 24. GP) ergibt sich, dass ein audiovisueller Mediendienst gemäß § 2 Z 3 AMD-G – entsprechend der Vorgaben der AVMD-RL (vgl. Art. 1 lit. a bis d AVMD-RL sowie ErwG 16 bis 23 AVMD-RL) – kumulativ sechs Kriterien erfüllen muss:

- Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV
- eines Mediendiensteanbieters unter dessen redaktioneller Verantwortung
- mit dem Hauptzweck
- der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung („Fernsehähnlichkeit)
- der allgemeinen Öffentlichkeit
- über elektronische Kommunikationsnetze.

Im Sinn des kumulativen Vorliegens der gesetzlichen Kriterien führt auch Erwägungsgrund 29 AVMD-RL Folgendes aus: *„alle Kriterien eines audiovisuellen Mediendienstes gemäß seiner Definition und gemäß den Erläuterungen in den Erwägungsgründen 21 bis 28 sollten gleichzeitig erfüllt sein“*.

4.2.1. Zur Dienstleistung:

Unter einer Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV sind Leistungen zu verstehen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Leistungen wirtschaftlichen Charakter in einem weiteren Sinn aufzuweisen haben, dass die Leistung zumindest zu Erwerbszwecken erfolgen muss (Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl., Nomos).

Als Dienstleistungen gelten insbesondere: a) gewerbliche Tätigkeiten, b) kaufmännische Tätigkeiten, c) handwerkliche Tätigkeiten, d) freiberufliche Tätigkeiten (vgl. BVwG 19.02.2016, W194 2009539-1/4E).

Nach der AVMD-RL sollten nur jene Dienste erfasst werden, die sich vorwiegend auf wirtschaftliche Tätigkeiten erstrecken, die mit Fernsehsendungen im Wettbewerb stehen sowie Videoplattformen (vgl. Erwägungsgrund 21 AVMD-RL).

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG betreibt auf YouTube einen Dienst mit der Bezeichnung „PULS 4“. Dabei handelt es sich um Trailer und um Ausschnitte im Sinne eines „Best of“ aus dem Fernsehprogramm „PULS 4“. Damit wird insbesondere das Fernsehangebot „PULS 4“ beworben und ist der Auftritt auf YouTube somit Teil der Vermarktung des Angebots der PULS 4 TV GmbH & Co KG, das Angebot wird auch durch Vermarktungserlöse finanziert.

Programmpromotion stellt eine Wirtschaftstätigkeit dar. Sie dient typischer Weise der Steigerung des Bekanntheitsgrades der beworbenen Dienstleistung (audiovisuelles Angebot), um dem Anbieter der Leistung zu größerem Umsatz zu verhelfen (vgl. auch § 2 Z 2 lit. a AMD-G; Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze³, S.416, S. 422, zur Eigenwerbung). Wenn daher mit konkreten Informationen über das Fernsehsendungsangebot der PULS 4 TV GmbH & Co KG ein Erwerbszweck gefördert wird, wodurch potentielle Seher des Fernsehprogramms „PULS 4“ adressiert werden sollen, ist das Kriterium der Entgeltlichkeit im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV als erfüllt zu betrachten (vgl. dazu EuGH, Rs. C-159/90, Slg. 1991, I 4685, Rn 24 bis 26) und stellt der Dienst aus den genannten Gründen zweifellos eine wirtschaftliche Tätigkeit dar.

Daher gehen auch die Ausführungen der PULS 4 TV GmbH & Co KG ins Leere, wenn sie vorbringt, dass die Bereitstellung nicht kommerziell betrieben werde. Hierbei ist nicht entscheidend, dass

der Dienst nicht zur sog. „Monetarisierung“ freigeschalten ist. Alleine durch das Abspielen von Trailern, deren einziger Zweck die Bewerbung des Fernsehangebots der PULS 4 TV GmbH & Co KG ist, liegt schon eine wirtschaftliche Tätigkeit vor.

Weder die „kostenlose“ Zurverfügungstellung des Informationsangebots, was auf die überwiegende Mehrheit der angezeigten Abrufdienste zutrifft, noch das vorgebrachte Fehlen der Absicht der Gewinnerzielung mit dem YouTube-Angebot schaden somit der Einordnung als Dienstleistung (vgl. BVwG 19.02.2016, W194 2009539-1/4E).

Zusammenfassend geht die KommAustria daher davon aus, dass es sich bei dem Dienst der PULS 4 TV GmbH & Co KG um ein Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV handelt.

4.2.2. Zur redaktionellen Verantwortung

§ 2 Z 20 AMD-G lautet:

„20. Mediendiensteanbieter: die natürliche oder juristische Person, die die redaktionelle Verantwortung für die Auswahl der audiovisuellen Inhalte des audiovisuellen Mediendienstes trägt und bestimmt, wie diese gestaltet werden;“

Der Begriff der redaktionellen Verantwortung wird im AMD-G nicht näher definiert.

Art. 1 lit. c AVMD-RL lautet:

„c) „redaktionelle Verantwortung“ die Ausübung einer wirksamen Kontrolle sowohl hinsichtlich der Zusammenstellung der Sendungen als auch hinsichtlich ihrer Bereitstellung entweder anhand eines chronologischen Sendeplans im Falle von Fernsehsendungen oder mittels eines Katalogs im Falle von audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf. Die redaktionelle Verantwortung begründet nicht zwangsläufig eine rechtliche Haftung nach innerstaatlichem Recht für die bereitgestellten Inhalte oder Dienste;“

Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe c AVMD-Richtlinie legt „redaktionelle Verantwortung“ hinsichtlich audiovisueller Mediendienste auf Abruf als Ausübung einer wirksamen Kontrolle sowohl hinsichtlich der Zusammenstellung der Sendungen als auch hinsichtlich ihrer Bereitstellung mittels eines Katalogs. Der Mediendiensteanbieter ist derjenige, der dabei die redaktionelle Verantwortung für die Auswahl der audiovisuellen Inhalte des audiovisuellen Mediendienstes zu trägt und bestimmt, wie diese gestaltet werden (Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe d AVMD-Richtlinie).

Diese Definition schließt natürliche oder juristische Personen aus, die lediglich Sendungen übertragen, für die die redaktionelle Verantwortung bei Dritten liegt, so z.B. Kabelnetzbetreiber, Betreiber einer Multiplex-Plattformen oder Betreiber einer Plattform für nutzergenerierte Inhalte).

Die Entscheidung, welche Videobeiträge auf die Plattform hochgeladen werden und dort zum Abruf bereit gehalten werden, liegen alleine beim Nutzer „PULS 4“, dem Usernamen der PULS 4 TV GmbH & Co KG auf der YouTube-Plattform. Somit entscheidet sie selbst darüber, welche Beiträge sie auf den von ihr betriebenen YouTube-Kanal bereitstellt. Auch entscheidet die PULS 4 TV GmbH & Co KG, selbst, von welcher ihrer Sendungen, sie einen Trailer erstellt und in weiterer Folge hochlädt, also die Erstellung eines Programmkatalogs (vgl. dazu § 9 Abs. 2 AMD-G). Als

Betreiber des YouTube-Kanals kommt damit der PULS 4 TV GmbH & Co KG die redaktionelle Endverantwortung über die produzierten und zusammengestellten Sendungen zu. Die Ausführungen hinsichtlich des aufscheinenden (kleinen) Logos von YouTube erweisen sich in diesem Zusammenhang auch als irrelevant. Dies auch deshalb, weil YouTube lediglich, im Gegensatz zur Argumentation der Beschwerdeführerin, die Plattform zur Bereitstellung der Inhalte darstellt. Dem entspricht auch der Vorschlag der Kommission bezüglich der Revision der AVMD-RL (KOM(2016) 287 final), wonach YouTube nicht als Inhaltenanbieter, sondern als sogenannte Video-sharing-plattform zu betrachten ist, der nur gewisse „Überwachungsverpflichtungen“ überbunden werden, die sich jedoch nicht auf die Auswahl der redaktionellen Inhalte beziehen.

Soweit weitere Inhalte unter Verletzung des Urheberrechts der PULS 4 TV GmbH & Co KG – also gegen dessen Willen – von Dritten auf YouTube bereitgestellt werden, kann eine redaktionelle Verantwortung im Sinne der Ausübung einer wirksamen Kontrolle über die Bereitstellung eines Inhalts schon grundsätzlich nicht vorliegen. Darüber hinaus sind Urheberrechtsverletzungen nicht nach den gegenständlichen rundfunkgesetzlichen Bestimmungen zu beurteilen.

Soweit die PULS 4 TV GmbH & Co KG weiters eine redaktionelle Verantwortung des Plattformbetreibers insoferne behauptet, weil dieser Inhalte in seiner Such- und Vorschlagsfunktion reihe und somit die PULS 4 TV GmbH & Co KG als Nutzer keine Einflussmöglichkeit auf die Gestaltung habe, ist dem entgegenzuhalten, dass – wie bereits oben ausgeführt – die redaktionelle Verantwortung im Sinne des § 2 Z 20 AMD-G darin liegt, dass der Nutzer der Plattform – hier die PULS 4 TV GmbH & Co KG – Inhalte auswählt und diese im Rahmen seines Programmkatalogs, der auf YouTube auf die Rubriken „Übersicht“, „Videos“, „Playlists“ und „Kanäle“ vorsieht, bereitstellt (vgl. Abbildung 2 bis 5). Sie kann diese Inhalte auch wieder von der Plattform entfernen. Somit hat die PULS 4 TV GmbH & Co KG wirksame Kontrolle über ihrer Inhalte auf gegenständlicher Plattform. Eine redaktionelle Verantwortung im Sinne des AMD-G des Plattformbetreibers für alle Inhalte auf der Plattform liegt aus den genannten Gründen hingegen nicht vor (vgl. dazu Punkt 2 hinsichtlich 7.3 der YouTube Nutzungsbedingungen).

Soweit die PULS 4 TV GmbH & Co KG weiters ausführt, dass die Vermarktung der Videos durch den Plattformbetreiber dessen redaktionelle Verantwortung begründen würde, ist dazu festzuhalten, dass die KommAustria davon ausgeht, dass die rundfunkrechtliche Verantwortung für ausgespielte Werbung beim Mediendiensteanbieter liegt. Diesem steht es frei, sich eines Dienstleisters – in diesem Fall etwa des Plattformbetreibers YouTube – zu bedienen, um Werbung zu akquirieren. Er kann sich dadurch aber nicht seiner Verantwortung für jedwede Inhalte in seinem Dienst entbinden. Damit trägt er für etwaige Verletzungen von Bestimmungen betreffend kommerzielle Kommunikation die Verantwortung. Es obliegt dem Diensteanbieter hier bei Abschluss des Vertrages mit YouTube auf die Einhaltung der ihn treffenden gesetzlichen Bestimmungen zu achten, was letztlich dadurch in seiner Disposition liegt, da die Nutzungsbedingungen von YouTube die Möglichkeit vorsehen, die kommerzielle Kommunikation in Zusammenarbeit mit YouTube gänzlich auszuschließen.

Anders als von der PULS 4 TV GmbH & Co KG dargestellt, begründet auch die von YouTube durchgeführte Kontrolle – die der Plattformbetreiber etwa aus der Verpflichtung nach § 17 ECG vornehmen muss – schon keine redaktionelle Verantwortung. YouTube trifft damit gerade nicht die Entscheidung, welcher Inhalt in welcher Form bereitgestellt werden soll, sondern klassifiziert

damit bestimmte Inhalte „bloß“ als nicht den YouTube-Richtlinien, denen sich der Nutzer bei Vertragsabschluss unterworfen hat, konform gehend. Es handelt sich um eine rein zivilrechtliche Vereinbarung ohne Auswirkungen auf die rundfunkrechtliche redaktionelle Verantwortung des Mediendienstanbieters. Eine allfällige „bloße“ Entfernung einzelner Beiträge durch YouTube im Einzelfall tangiert die redaktionelle Verantwortung für bestehende, hochgeladene Beiträge, die Mediendienste auf Abruf im Sinne des AMD-G darstellen, nicht.

4.2.3. Zum Hauptzweck:

Im Hinblick auf das Kriterium des Hauptzwecks ist auf das Gesamterscheinungsbild abzustellen.

ErwG 21 bis 22 der AVMD-RL lauten:

„(21) Elektronische Ausgaben von Zeitungen und Zeitschriften sollten nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen.

(22) Für die Zwecke dieser Richtlinie sollte sich der Begriff „audiovisuell“ auf bewegte Bilder mit oder ohne Ton beziehen; er sollte somit Stummfilme erfassen, nicht aber Tonübertragungen oder Hörfunkdienste. Der Hauptzweck eines audiovisuellen Mediendienstes ist zwar die Bereitstellung von Sendungen, die Definition eines solchen Dienstes sollte aber auch textgestützte Inhalte umfassen, die diese Sendungen begleiten, wie z. B. Untertitel oder elektronische Programmführer. Eigenständige textgestützte Dienste sollten nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen; die Freiheit der Mitgliedstaaten, solche Dienste auf einzelstaatlicher Ebene in Einklang mit dem Vertrag zu regeln, sollte unberührt bleiben.“

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Erkenntnis vom 19.02.2016, GZ W194 2009539-1/4E, das sich auf das Urteil des EuGH C-347/14 vom 21.10.2015, bezieht, zum Hauptzweck von Diensten ausgeführt, dass es nicht maßgebend sein kann, ob sich die betreffende Webseite als Ganzes betrachtet auf die Haupttätigkeit eines Unternehmens bezieht oder auf eine Tätigkeit, die für das Unternehmen nur eine Nebenrolle spielt. Es ist daher entsprechend dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 Buchst. a Z. i der AVMD-RL bei der Prüfung, ob der betroffene Dienst als solcher und unabhängig von dem Rahmen, in dem er angeboten wird, den Hauptzweck hat, eine Sendung zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit bereitzustellen, von einem materieller Ansatz auszugehen.

Folglich kommt es für die Zuordnung des „Hauptzwecks“ nicht auf das gesamte Leistungsspektrum eines Diensteanbieters an, sondern auf das abgrenzbare audiovisuelle Angebot. Demnach würde ein Angebot insbesondere bei untrennbaren inhaltlichen Verbindungen zwischen einem Textangebot (als der journalistischen Tätigkeit dieses Verlegers oder eines Bloggers) und dem ergänzenden, audiovisuellen Angebot nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, solange das Textangebot im Vordergrund steht, wie dies etwa bei Webseiten von Tageszeitungen der Fall ist (vgl. EuGH C-347/14 vom 21.10.2015). Entscheidend ist – jeweils bezogen auf den Einzelfall – nach quantitativen Aspekten betrachtet, ob das audiovisuelle Angebot (losgelöst von anderen Angeboten desselben Anbieters) eine eigenständige Funktion erfüllt und nicht nur eine Begleitung oder Ergänzung zu einem Textangebot darstellt.

Das Wesen der Social Media Plattform YouTube ist es geradezu, (fast ganz) ausschließlich Videocontent verfügbar zu machen, der Hauptzweck muss insofern nicht weiter erörtert werden.

Das YouTube-Angebot der PULS 4 TV GmbH & Co KG stellt ein eigenständiges, unter diesem Namen auch prominent gebrandetes Angebot (vgl. Sachverhalt) dar.

Die Videos werden auf einem eigenen Kanal angeboten. Ein Anwählen bzw. Nutzen der Angebote ist losgelöst vom restlichen Online Angebot möglich. Dazu ist nochmals auf die optische Aufbereitung des Angebots im Sachverhalt zu verweisen.

Es handelt sich beim Angebot der PULS 4 TV GmbH & Co KG nach Ansicht der KommAustria daher um ein eigenständiges Angebot mit dem Hauptzweck der Bereitstellung von Videos.

4.2.4. Zur „Fernsehähnlichkeit“

Weiters ist zu prüfen, ob mit dem Angebot Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung angeboten werden, kurz ob das Angebot fernsehähnlich ist. Grundsätzlich ist diese Frage bei einem Abrufangebot eines TV-Senders, in dem Programmpromotionstrailers und Ausschnitte aus Sendungen angeboten werden, aufgrund der Judikatur des EuGH, nicht zu bezweifeln.

Die Videos, die zum Großteil Ausschnitte von Sendungen auf dem Fernsehprogramm „PULS 4“ sind, sind gerade um Inhalte, die typischer Inhalt von „klassischen“ Fernsehprogrammen sind. Selbst die PULS 4 TV GmbH & Co KG führt aus, dass die Inhalte zum Großteil in ihrem Fernsehprogramm gesendet wurden. Insofern ist eine Vergleichbarkeit in Form und Inhalt mit Fernsehsendungen gegeben. Der YouTube-Kanal „PULS 4“ zielt im Sinne der genannten Rechtsprechung des EuGH also auf das gleiche Zielpublikum wie Fernsehsendungen ab.

4.2.5. Zur allgemeinen Öffentlichkeit

Das Angebot richtet sich an die Allgemeinheit und ist auf YouTube frei abrufbar. Es besteht daher nach Ansicht der KommAustria kein Zweifel daran, dass die Sendungen zur Information der allgemeinen Öffentlichkeit bereitgestellt werden.

4.2.6. Zum elektronischen Kommunikationsnetz

Die Verbreitung erfolgt unter Nutzung des offenen Internets und damit über ein elektronisches Kommunikationsnetz.

Zusammenfassend stellt die KommAustria daher fest, dass das unter der Url „<https://www.youtube.com/user/puls4austria>“ abrufbare Angebot YouTube-Kanal „PULS 4“ der PULS 4 TV GmbH & Co KG als audiovisueller Mediendienst auf Abruf im Sinne von § 2 Z 4 iVm Z 3 AMD-G zu qualifizieren ist.

4.2.7. Zur Frage der „Doppelregulierung“

Soweit die PULS 4 TV GmbH & Co KG ausführt, dass Inhalte, die bereits ident Gegenstand eines Abrufdienstes seien, nicht ein weiteres Mal als eigener Abrufdienst reguliert werden können, entspricht dies den Vorgaben des AMD-G. Eine solche Bereitstellung wird als weiterer Verbreitungsweg bei dem bereits angezeigten Dienst angesehen und stellt keinen weiteren eigenen anzeigespflichtigen Dienst dar. Die Argumentation führt jedoch im gegenständlichen Fall ins Leere, weil gerade die angebotenen Inhalte auf „<https://www.youtube.com/user/puls4austria>“ nicht Gegenstand eines gleichen von der PULS 4 TV GmbH & Co KG angebotenen Abrufdienstes sind. Die Inhalte auf YouTube finden sich gerade

nicht in dieser Form und in dieser Umfänglichkeit auf einem anderen Dienst, sind also als eigener Dienst gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G anzuzeigen.

Ebenso nicht von Relevanz ist dabei, ob die Inhalte schon einmal durch eine „medienrechtliche Prüfung gegangen sind“. Gerade sind die Mediatheken der Rundfunkveranstalter das Paradebeispiel eines anzeigepflichtigen Abrufdienstes. Und diese Inhalte waren immer Gegenstand einer eingehenden rundfunkrechtlichen Prüfung, dennoch liegt – wie im Fall der PULS 4-Mediathek (vgl. Anzeige KOA 1.950/11-076 vom 24.05.2011) und unbestritten von der Beschwerdeführerin – eine Anzeigepflicht vor. Der Diensteanbieter trifft mit der Zusammenstellung des Programmkatalogs auf YouTube bzw. auf www.puls4.com, aber auch des linearen Fernsehprogramms, bewusst unterschiedliche redaktionelle Entscheidungen, die in unterschiedlichen bereitgestellten Angeboten münden. Somit liegt auch – entgegen den Ausführungen der PULS 4 TV GmbH & Co KG keine bereits erfolgte rundfunkrechtliche Prüfung des YouTube-Angebots statt, da es sich hier um ein eigenes, neues Angebot handelt.

4.2.8. Zur Frage der Unterbrechung des Verfahrens

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG führt im Wesentlichen aus, dass YouTube nicht bloß technischer Dienstleister sei, sondern aufgrund verschiedenster Eingriffe für die von den Nutzern hochgeladenen Inhalten verantwortlich sei und sich nicht auf das Hostproviderprivileg nach § 16 ECG berufen könne.

Die von der PULS 4 TV GmbH & Co KG aufgeworfene Frage, ob YouTube in Wahrheit nicht bloß technischer Dienstleister sei, der sich nicht auf das Hostprovider Privileg des § 16 ECG berufen könne und somit für die hochgeladenen Inhalte verantwortlich sei, ist wie bereits unter 4.2.2. ausgeführt im gegenständlichen Verfahren nicht relevant. Dafür spricht auch der nach ErWG 25 der AVMD-RL eindeutige Wortlaut, wonach die Frage der redaktionellen Verantwortung nach der AVMD-RL vorgesehene Haftungsausschlüsse nach der RL 2000/31/EG unberührt lässt.

Es daher lag keine präjudizielle Rechtsfrage im Sinn des § 38 AVG vor.

Insoweit war der Sachverhalt ausreichend geklärt und konnte die KommAustria die Frage der redaktionellen Verantwortung im Sinne des AMD-G ohne Zuwarten auf Entscheidungen in parallel laufenden Zivilprozessen selbst beurteilen. Eine Unterbrechung war daher nicht angebracht.

4.3. Verletzungen des § 9 Abs. 1 AMD-G (Spruchpunkt 1.)

Gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G haben Fernsehveranstalter, soweit sie nicht einer Zulassungspflicht unterliegen – darunter fallen Kabelfernsehprogrammveranstalter und Anbieter von Web-TV – sowie Anbieter von Mediendiensten auf Abruf ihre Tätigkeit spätestens zwei Wochen vor Aufnahme der Regulierungsbehörde anzuzeigen, auch wenn die Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass diese gesetzliche Vorgabe einen „Selbstzweck“ darstellt.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die PULS 4 TV GmbH & Co KG zumindest seit dem 11.05.2017 einen audiovisuellen Mediendienst auf Abruf zu den Themen Politik, Wirtschaft, Kultur, Wissenschaft, Web, Sport, Medien, Bildung, Gesundheit, Karriere, Immobilien, Reisen, Lifestyle und Spiele auf YouTube unter der Adresse „<https://www.youtube.com/user/puls4austria>“ anbietet.

Die genannte Tätigkeit wäre der KommAustria gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G spätestens zwei Wochen vor deren Aufnahme anzuzeigen gewesen, eine Anzeige ist jedoch nicht erfolgt. Indem sie eine Anzeige zwei Wochen vor Aufnahme der Tätigkeit verabsäumt hat, hat die PULS 4 TV GmbH & Co KG gegen die Bestimmung des § 9 Abs. 1 AMD-G verstoßen, weshalb die Rechtsverletzung spruchgemäß festzustellen war (Spruchpunkt 1.).

4.4. Ausspruch gemäß § 62 Abs. 4 AMD-G (Spruchpunkt 2.)

Gemäß § 62 Abs. 4 AMD-G hat die Regulierungsbehörde in ihren Bescheid im Falle der Feststellung einer Rechtsverletzung einen Ausspruch aufzunehmen, ob es sich um eine schwerwiegende Verletzung einer Bestimmung dieses Bundesgesetzes handelt.

Die Bestimmung des § 9 Abs. 1 AMD-G sieht für Fernsehveranstalter und Anbieter von Mediendiensten auf Abruf eine Anzeigeverpflichtung vor Aufnahme ihrer Tätigkeit an.

Zweck der Bestimmung des § 9 Abs. 1 AMD-G ist es, der Behörde die Rechtsaufsicht – durch die Möglichkeit, sich Kenntnis über die am Markt tätigen Rundfunkveranstalter und Mediendienstanbieter zu verschaffen – überhaupt zu ermöglichen. Darüber hinaus soll sie der Behörde unter anderem die Überprüfung der Einhaltung der Vorschriften hinsichtlich der Eigentums- und Beteiligungsverhältnisse (§§ 10 und 11 AMD-G) ermöglichen bzw. bedeutend erleichtern (Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze³, 446 mwN). Bei einer Verletzung des § 9 Abs. 1 AMD-G handelt es sich somit um eine Umgehung der regulatorischen Vorschriften, deren Beachtung eine konstituierende Voraussetzung regulatorischer Tätigkeit darstellt und damit nach Ansicht der KommAustria grundsätzlich das Vorliegen einer schwerwiegenden Verletzung im Sinne des § 62 Abs. 4 AMD-G nahe legt.

Die KommAustria geht aber davon aus, dass nicht jeder Verstoß gegen die Anzeigeverpflichtung des § 9 Abs. 1 AMD-G per se eine schwerwiegende Verletzung im Sinne des § 62 Abs. 4 AMD-G darstellt. Vielmehr erscheint es auch in diesen Fällen geboten, eine Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung der konkret unterlassenen Anzeige und ihrer möglichen Auswirkungen vorzunehmen (vgl. in diesem Sinne BKS 09.03.2009, GZ 611.192/0001-BKS/2009).

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die PULS 4 TV GmbH & Co KG ihrer Anzeigepflicht aufgrund einer zwar falschen, aber nicht völlig abwegigen Rechtsansicht, bislang nicht nachgekommen ist.

Insgesamt geht die KommAustria daher davon aus, dass es sich bei der vorliegenden Verletzung des § 9 Abs. 1 AMD G im konkreten Fall um keine schwerwiegende Rechtsverletzung handelt (Spruchpunkt 2.).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die

Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 1.960/17-181“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 16. November 2017

Kommunikationsbehörde Austria

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)

1.