

Bescheid

I. Spruch

Auf Antrag der **New Media Online GmbH** (FN 249738m beim Landesgericht Innsbruck) wird gemäß § 2 Z 3 und 4 sowie § 9 Abs. 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 16/2012, iVm § 56 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 100/2011, festgestellt dass diese

1. im Bereich „Video“ im Rahmen des Webauftritts <http://www.tt.com> unter der URL <http://video.tt.com/> einen audiovisuellen Mediendienst auf Abruf im Sinne des § 2 Z 4 iVm Z 3 AMD-G veranstaltet, der gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G anzeigepflichtig ist;
2. im Rahmen des übrigen Internetauftritts unter der URL <http://www.tt.com> keinen audiovisuellen Mediendienst gemäß § 2 Z 3 und 4 AMD-G veranstaltet und daher insofern keine Verpflichtung zur Anzeige nach § 9 Abs. 1 AMD-G besteht.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 09.05.2012, KOA 1.980/12-017, teilte die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) der New Media Online GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) mit, dass sie im Zuge amtswegiger Erhebungen aufgrund der Angaben auf der Homepage der Antragstellerin vorläufig zur Ansicht gekommen sei, dass diese unter <http://www.tt.com/Video/index.csp> einen audiovisuellen Mediendienst veranstalte und diesen bei der Regulierungsbehörde nicht angezeigt habe. Die Antragstellerin werde gemäß § 9 Abs. 1 und Abs. 2 AMD-G aufgefordert, die Tätigkeit als audiovisueller Mediendienst anzuzeigen und dabei die nach § 9 Abs. 2 AMD-G erforderlichen Angaben zu machen.

Mit Schreiben vom 23.05.2012, bei der KommAustria eingelangt am 24.05.2012, stellte die Antragstellerin den Antrag, „die Regulierungsbehörde möge bescheidmässig feststellen, dass die New Media Online GmbH durch den Internetauftritt unter der URL www.tt.com und den darüber angebotenen Inhalten, wobei auf die beiliegenden Screenshots und die Produktbeschreibung unter Punkt II 1. verwiesen wird, kein audiovisueller Mediendienst Dienst gemäß § 2 Z 3 und 4 AMD-G ausgeübt wird und daher keine Verpflichtung zur Anzeige nach § 9 Abs. 2 (gemeint wohl: Abs. 1) AMD-G besteht.“ „In eventu“ wurde eine Anzeige eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf erstattet und angeregt, diese zurückzuweisen, zumal kein audiovisueller Mediendienst im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G vorliege.

Die Antragstellerin führte unter Hinweis auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Feststellungsanträgen im Wesentlichen aus, ein Anspruch auf Erlassung eines Feststellungsbescheides werde selbst dann zuerkannt, wenn dessen Erlassung nicht ausdrücklich gesetzlich vorgesehen, aber im öffentlichen Interesse oder im rechtlichen Interesse einer Partei gelegen sei; ebenso, wenn die Erlassung eines Feststellungsbescheides ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung und insofern im Interesse einer Partei gelegen sei.

Die mit diesem Antrag begehrte Feststellung sei im vorliegenden Fall aus Sicht der Antragstellerin ein Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung. Es komme der Antragstellerin auch ein anzuerkennendes rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung zu, zumal die Nichterstattung einer Anzeige mit Verwaltungsstrafsanktion belegt sei (vgl. § 64 AMD-G) und die Erstattung einer Anzeige gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G insbesondere auch die Konsequenz nach sich ziehe, Finanzierungsbeiträge gemäß § 35 KOG leisten zu müssen. Weiters unterliege sie für den Fall, dass ein audiovisueller Mediendienst im Sinne von § 2 Z 3 und 4 AMD-G betrieben werde, den Reglementierungen und Verpflichtungen gemäß §§ 29 ff AMD-G.

Der Antrag sei auch ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung da sich für die Antragstellerin die konkrete Gefahr einer verwaltungsstrafrechtlichen Verfolgung ergebe, sollte ein audiovisueller Mediendienst iSv § 2 Z 3 und 4 AMD-G betrieben werden.

Inhaltlich führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, sie sei Medieninhaberin des Internetauftrittes unter der URL <http://www.tt.com>. Der Internetauftritt unter dieser URL beinhalte im Wesentlichen die Online-Ausgabe der „Tiroler Tageszeitung“; bei dieser handle es sich um ein periodisches Medium iSv § 1 Abs. 1 Z 2 iVm § 1 Abs. 1 Z 5 Mediengesetz. Das Angebot unter <http://www.tt.com> umfasse somit vornehmlich redaktionelle Textbeiträge. Standardmässig gelange man bei Eingabe von <http://www.tt.com> in den Browser zur Rubrik „Nachrichten“. Die weiteren Rubriken sind „Tirol“, „Sport“, „Freizeit“, „Video“, „ToniTimes“ und „Service“.

Auf <http://www.tt.com> würden den Nutzern somit insbesondere redaktionelle Beiträge in der Rubrik Nachrichten aus den Bereichen Politik (Österreich, EU, Ausland), Wirtschaft (Österreich, Ausland), Chronik (Österreich, Ausland) und Kultur (Österreich, Ausland), und ebenso lokale Informationen betreffend das Bundesland Tirol einerseits, als auch die einzelnen Bezirke Tirols andererseits, in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Chronik und Kultur (Rubrik Tirol) zugänglich gemacht. Weiters fänden sich Beiträge zum Thema Sport und Freizeit (Rubriken Sport und Freizeit). Unter der Rubrik „ToniTimes“ würden spezielle Textbeiträge für Kinder und unter der Rubrik „Service“ Informationen zur Tiroler Tageszeitung sowie zu Abo-Angeboten etc. zur Verfügung gestellt.

Richtig sei, dass begleitend zur redaktionellen Berichterstattung fallweise auch kurze Videobeiträge auf individuellen Abruf zur Verfügung gestellt würden. In diesem Zusammenhang sei auf die Rubrik „Video“ hinzuweisen, wobei es sich hierbei lediglich um

einen untergeordneten Teil des Angebotes unter <http://www.tt.com> handle. Es handle sich dabei um eine Ergänzung des sonstigen nicht aus „bewegten Bildern“ bestehenden Angebotes.

Darüber hinaus würden auch bezahlte (Text- und Bild-)Anzeigen, wie etwa in der Form von Banner-Werbung oder bezahlten PR-Beiträgen, den Nutzern von <http://www.tt.com> zugänglich gemacht werden. Ferner fänden sich unter den Buttons „Immo“, „Jobs“ und „Motor“ sowie „Flohmarkt“ Kleinanzeigenrubriken für die jeweiligen Bereiche.

Mit Ausnahme des Dienstes „ttdigital“, der es ermögliche, die Printausgabe der Tiroler Tageszeitung digital zu beziehen, sei das Informationsangebot unter <http://www.tt.com> für die Nutzer unentgeltlich.

Im vorliegenden Fall lägen die Kriterien des "Hauptzweckes" sowie der Bereitstellung von "Sendungen" zur Information, Unterhaltung oder Bildung von Interesse im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G nicht vor: Es sei davon auszugehen, dass die audiovisuellen Inhalte (Kurzvideos), welche auf <http://www.tt.com> abrufbar zur Verfügung gestellt würden, lediglich eine untergeordnete Ergänzung des redaktionellen Inhaltes darstellten und keine eigenständige Bedeutung aufwiesen. Daher sei die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung nicht Hauptzweck des unter <http://www.tt.com> bereitgestellten Angebots. Weiters seien die unter <http://www.tt.com> abrufbaren audiovisuellen Inhalte keine „Sendungen“ im Sinne von § 2 Z 30 AMD-G und erfüllten die Voraussetzung der „Fernsehähnlichkeit“ nicht. Es liege daher kein audiovisueller Mediendienst auf Abruf iSv § 2 Z 4 iVm § 2 Z 3 AMD-G vor.

Mit Bescheid der KommAustria vom 28.06.2012, KOA 1.950/12-028, wurde der Feststellungsantrag der Antragstellerin gemäß § 9 Abs. 1 und 7 AMD-G iVm § 56 AVG als unzulässig zurückgewiesen.

Mit Bescheid des BKS vom 13.08.2012, GZ 611.191/0003-BKS/2012, wurde der Berufung der Antragstellerin gegen diesen Bescheid der KommAustria vom 28.06.2012 gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 9 Abs. 1 und 7 AMD-G und 56 AVG stattgegeben, der Bescheid aufgehoben und die Sache an die KommAustria zurückverwiesen.

2. Sachverhalt

Aufgrund des Antrags sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

Die Antragstellerin betreibt jedenfalls seit 09.05.2012 unter der URL <http://www.tt.com> die Webseite der „Tiroler Tageszeitung online“. Das Angebot beinhaltet die Online-Ausgabe der „Tiroler Tageszeitung“; Es gliedert sich in die Bereiche „Nachrichten“, „Tirol“, „Sport“, „Freizeit“, „Video“, „ToniTimes“ und „Service“, welche im Hauptmenü der Webseite verlinkt sind. Bei Aufruf der URL <http://www.tt.com> wird der Bereich Nachrichten angezeigt. Im Bereichen „Nachrichten“ werden redaktionelle Textbeiträge aus den Bereichen Politik (Österreich, EU, Ausland), Wirtschaft (Österreich, Ausland), Chronik (Österreich, Ausland) und Kultur (Österreich, Ausland), im Bereich „Tirol“ redaktionelle Textbeiträge mit lokalen Informationen betreffend das Bundesland Tirol und die einzelnen Bezirke Tirols in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Chronik und Kultur angeboten; darüber hinaus enthalten die Bereiche „Sport“ und „Freizeit“ redaktionelle Textbeiträge zu den Themen Sport und Freizeit. Unter der Rubrik „ToniTimes“ werden spezielle Textbeiträge für Kinder und unter der Rubrik „Service“ Informationen zur Tiroler Tageszeitung sowie zu Abo-Angeboten oä. zur Verfügung gestellt. Einzelne der Textbeiträge enthalten als Ergänzung auch ein Video, welches oberhalb des Texts des Beitrags dargestellt wird.

Der Link zur Rubrik Video verweist auf die Subdomain <http://video.tt.com>. Die Seite stellt sich wie folgt dar:

The screenshot shows the website for Tiroler Tageszeitung ONLINE. At the top, there is a navigation bar with the logo and the date 'Montag, 24.09.2012'. Below the logo, there are links for 'News', 'Jobs', 'Mobi', 'Rohmaterial', 'Spende', 'Spendenkunde', 'TT Jobs', and 'TT Club'. A main navigation bar contains 'Nachrichten', 'Tirol', 'Sport', 'Freizeit', 'Video', 'Toni Times', and 'Service'. A search bar is located on the right side of this bar.

The main content area features a large video player with the title 'Theaterfest: Neuer Schwung für neue Saison'. The video player shows a scene from a theater production with a 'Play' button in the center. Below the video player, there is a description in German: 'Das Tiroler Landestheater hat am Samstag zum Theaterfest... Auf dem vielfältig bunten Programm stand auch "Speed Dating" mit Johannes Reitmeier, dem neuen Intendanten des Tiroler Landestheaters. Wie die Gelegenheit verpasst hat, dem Tiroler Publikum wird Reitmeier sich als Regisseur am 20. September mit der Premiere der italienischen Oper "La Wally", die von der Tiroler Legende Gheorghe Arban, vorstellen. | 22.09.2012'. Below the description, there is a link: 'Tags: tiroler landestheater johannes reitmeier kultur'.

To the right of the main video player, there is a section titled 'Aktuellste Videos' with a list of video thumbnails and titles: 'Theaterfest: Neuer Schwung für neue Saison', 'Sexy-Workout: Pole-Dance boomt', 'Große Chance: Vor dritter Show', 'Frage des Tages: U-Ausbruch?', 'Gide Frucht in der Bohne', and 'Flugtag zurück am Ursprungsort'.

Below the main video player, there is a section titled 'Die meistgesehenen Videos' with a grid of video thumbnails and titles: 'Schlammlawe Virgen', 'Zwei Todesopfer durch Mure', 'Leservideo: Rohnbruch in der Silgasse', 'Canyoning-Gruppe angeschossen', 'Alarmfahndung nach Tiro', and 'Banküberfall Hötting'.

Below the 'Die meistgesehenen Videos' section, there is a 'Kategorien' section with a search bar and a list of video thumbnails and titles: 'Theaterfest: Neuer Schwung für neue Saison', 'Sexy-Workout: Pole-Dance boomt', 'Große Chance: Vor dritter Show', 'Frage des Tages: U-Ausbruch?', 'Gide Frucht in der Bohne', 'Flugtag zurück am Ursprungsort', 'Tanz Workshop: Mit Tans Blüten besten', 'Trailer: The Art: California', 'Frage des Tages: Kate-Forest?', 'Leon, grins: Smiley wird 30', 'Tiroler Talente rocken die Küche', and 'Frage des Tages: Stammisch?'.

At the bottom of the page, there is a footer with a list of categories: 'Nachrichten', 'Tirol', 'Sport', 'Freizeit', 'Werbung', and 'Service'. Each category has a list of sub-categories. The footer also includes the page number 'Seite: 1 / 29' and the copyright information 'Impressum 2012'.

Die Seite entspricht im Design dem übrigen Webauftritt und weist die selben allgemeinen Navigationselemente (insbesondere die Kopf-, Fußzeile und Hauptmenü) auf.

Es wird zunächst das aktuellste bzw. das aus dem Katalog gewählte Video mit einer kurzen Inhaltsbeschreibung angezeigt, daneben eine Liste der etwa 20 aktuellsten Videos mit Vorschaubild und Titel. Darunter wird ein Bereich mit den meistgesehenen Videos (wiederum mit Vorschaubild und Titel) dargestellt. Darunter wird unter dem Titel „Kategorien“ der Zugriff auf den gesamten Katalog der verfügbaren Videos ermöglicht. Es sind insgesamt 346 Videos verfügbar. Man kann den Katalog auf drei Arten durchsuchen: Zum Einen findet sich ein Suchfeld für die Volltextsuche; weiters kann man Kategorien von Videos („Alle Kategorien“, „Tirol“ mit den Unterkategorien „Chronik“, „Kultur“, „Politik“ und „Wirtschaft“, „Freizeit“ mit der Unterkategorie „Film“, „Sport“, „Frage des Tages“ und „Toni Times“ auswählen; außerdem werden die Videos umgekehrt chronologisch seitenweise angezeigt, wobei pro Seite zwölf Videos mit Vorschaubild und Titel dargestellt werden.

Bei den bereitgestellten Videos handelt es sich um redaktionell gestaltete Berichte verschiedener Länge (etwa 30 Sekunden bis mehrere Minuten), etwa über lokale Ereignisse und Veranstaltungen, Sportberichte, Filmtrailer, Bastelanleitungen für Kinder, Befragung von Passanten zu aktuellen Themen, redaktionell ausgewählte Videos von Lesern. Es sind dies einerseits die auch bei den Textbeiträgen in anderen Bereichen der Website <http://www.tt.com> bereitgestellten Videos, aber auch solche, die keinen unmittelbaren Bezug zu Textbeiträgen haben (z.B. Videos „Große Chance: Vor dritter Show“, „Leservideo: Rohrbruch in der Sillgasse“ sowie auch die Videoserie „Tonis Werkstatt“).

Mit Ausnahme des Dienstes „ttdigital“, der es ermöglicht, die Printausgabe der Tiroler Tageszeitung digital zu beziehen, ist das Informationsangebot unter <http://www.tt.com> für die Nutzer unentgeltlich und frei zugänglich.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Inhalt des Angebots auf <http://www.tt.com> ergeben sich aus den Angaben der Antragstellerin in ihrem Antrag vom 23.05.2012 sowie aus der Einsichtnahme in die Website <http://www.tt.com> durch die KommAustria am 24.09.2012. Die Feststellung, dass die Seite zumindest seit 09.05.2012 zugänglich ist, ergibt sich aus dem Umstand, dass die KommAustria schon im Schreiben von diesem Tag auf diese Bezug genommen hat.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Rechtsgrundlagen

§ 2 AMD-G lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Sinne dieses Gesetzes ist:

[...]

3. *audiovisueller Mediendienst: eine Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV unter der redaktionellen Verantwortung eines Mediendiensteanbieters, deren Hauptzweck die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit über elektronische Kommunikationsnetze (§ 3 Z 11 TKG 2003) ist. Darunter fallen Fernsehprogramme und audiovisuelle Mediendienste auf Abruf;*
4. *audiovisueller Mediendienst auf Abruf: ein audiovisueller Mediendienst, der von einem Mediendiensteanbieter für den Empfang zu dem vom Nutzer gewählten*

Zeitpunkt und auf dessen individuellen Abruf hin aus einem vom Mediendiensteanbieter festgelegten Programm katalog bereitgestellt wird (Abrufdienst);

[...]

30. Sendung: ein einzelner, in sich geschlossener Teil eines Fernsehprogramms oder eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf, der aus einer Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton besteht und Bestandteil eines von einem Mediendiensteanbieter erstellten Sendeplans oder Katalogs ist;

[...]"

§ 9 AMD-G lautet auszugsweise:

„Anzeigepflichtige Dienste

§ 9. (1) Fernsehveranstalter, soweit sie nicht einer Zulassungspflicht nach § 3 Abs. 1 unterliegen, sowie Anbieter von Mediendiensten auf Abruf, haben ihre Tätigkeit spätestens zwei Wochen vor Aufnahme der Regulierungsbehörde anzuzeigen.

(2) Die Anzeige hat neben Namen, Adresse und allfälligen Vertretern und Zustellungsbevollmächtigten des Mediendiensteanbieters Nachweise über die Erfüllung der Anforderungen der §§ 10 und 11 zu enthalten. Darüber hinaus hat die Anzeige zu enthalten:

[...]

(7) Stellt die Regulierungsbehörde aufgrund der Anzeige fest, dass

1. der angezeigte Mediendienst nicht unter § 2 Z 3 fällt und daher nicht dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegt, oder
2. der Mediendiensteanbieter die Voraussetzungen der §§ 11 oder 12 nicht erfüllt, oder
3. ein angezeigter Mediendienst offenkundig gegen § 30 Abs. 1 und 2, § 39 oder § 42 Abs. 1 verstoßen würde,

hat sie im Fall der Z 1 die Anzeige mit Bescheid zurückzuweisen. In den Fällen der Z 2 und 3 hat sie die Aufnahme der Tätigkeit nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung mit Bescheid zu untersagen. Kann dieses Verfahren nicht rechtzeitig vor Aufnahme der Tätigkeit abgeschlossen werden, ist ein Verfahren zur Untersagung nach § 63 einzuleiten.“

§ 64 AMD-G lautet auszugsweise:

„Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 64. (1) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit Geldstrafe bis zu 4 000 Euro zu bestrafen, wer

[...]

4. einer Anzeigepflicht nach § 9,

[...]

nicht nachkommt.

[...]

(5) Verwaltungsstrafen gemäß Abs. 1 bis 3 sind durch die Regulierungsbehörde zu verhängen. Die Straf gelder fließen dem Bund zu.“

Gemäß § 66 AMD-G ist Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes die gemäß § 1 KOG eingerichtete Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria).

4.2. Behördenzuständigkeit

Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist für die Erlassung eines Feststellungsbescheides jene Behörde zuständig, die durch die Rechtsordnung zur Gestaltung des Rechts oder Rechtsverhältnisses berufen ist (vgl. VfSlg. 4939/1965, 5203/1966, 6050/1969, 16.221/2001). Bei Fehlen einer ausdrücklichen Zuständigkeitsnorm ist nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung jene Behörde zur Erlassung des Feststellungsbescheides als zuständig anzusehen, zu deren Wirkungsbereich der engste sachliche Zusammenhang besteht (vgl. VwGH 25.06.1996, Zl. 96/09/0088).

Gemäß § 9 Abs. 1 iVm § 66 AMD-G haben Fernsehveranstalter, soweit sie nicht einer Zulassungspflicht nach § 3 Abs. 1 unterliegen, sowie Anbieter von Mediendiensten auf Abruf, ihre Tätigkeit spätestens zwei Wochen vor Aufnahme der KommAustria anzuzeigen. Gemäß § 64 Abs. 5 AMD-G in Verbindung mit § 66 AMD-G sind Strafen gemäß § 64 Abs. 1 Z 4 AMD-G wegen Verletzung der Anzeigepflichten gemäß § 9 AMD-G von der KommAustria zu verhängen. Im vorliegenden Fall ist somit die KommAustria aufgrund des engsten sachlichen Zusammenhanges mit ihrem Wirkungsbereich die zuständige Behörde für die (allfällige) Erlassung eines Feststellungsbescheides bezüglich des Bestehens einer Anzeigepflicht nach § 9 Abs. 1 AMD-G und der damit verbundenen Frage, ob ein audiovisueller Mediendienst im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G vorliegt.

4.3. Zulässigkeit des Feststellungsantrags

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Feststellungsbescheiden sind die Verwaltungsbehörden berechtigt, außerhalb ausdrücklicher gesetzlicher Einzelermächtigungen im Rahmen ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit von Amts wegen Feststellungsbescheide über Rechte oder Rechtsverhältnisse zu erlassen, sofern ein im öffentlichen Interesse begründeter Anlass dazu gegeben ist und die Verwaltungsvorschriften nicht ausdrücklich anderes bestimmen. Auch der Partei des Verwaltungsverfahrens kommt unter der zuletzt genannten Voraussetzung die Berechtigung zu, die bescheidmäßige Feststellung strittiger Rechte zu begehren, wenn der Bescheid im Einzelfall notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung ist und insofern im Interesse der Partei liegt. Dieses rechtliche Interesse ist nur dann gegeben, wenn dem Feststellungsbescheid im konkreten Fall die Eignung zukommt, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung des Antragstellers zu beseitigen (vgl. *Walter/Thienel*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze², E 204 zu § 56 AVG sowie u.a. VwGH 30.06.1995, Zl. 93/12/0333, 27.09.2011, Zl. 2010/12/0131, VfSlg. 4563/1963, 5130/1965, 16.221/2001).

Als subsidiärer Rechtsbehelf scheidet der Feststellungsbescheid jedoch dann aus, wenn die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens zu entscheiden ist (vgl. zB VwGH 25.04.1996, Zl. 95/07/0216, 18.12.2002, Zl. 2002/17/0282, 30.06.2011, Zl. 2007/07/0172 und 22.12.2011, Zl. 2010/07/0006). Auch wenn ein solcher anderer Rechtsweg offen steht, ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes jedoch weiter zu prüfen, ob der Partei die Beschreitung dieses Rechtsweges auch zumutbar ist. Als dem Rechtsunterworfenen nicht zumutbar hat es der Verwaltungsgerichtshof insbesondere angesehen, im Falle des Bestehens unterschiedlicher Rechtsauffassungen auf Seiten der Behörde und des Rechtsunterworfenen über die Rechtmäßigkeit einer Handlung oder Unterlassung die betreffende Handlung zu setzen bzw. zu unterlassen und sodann im Rahmen eines allfälligen Verwaltungsstrafverfahrens die Frage der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit dieses Verhaltens klären zu lassen (vgl. zB VwGH 04.02.2009, Zl. 2007/12/0062, 27.09.2011, Zl. 2010/12/0184). Die Zulässigkeit des Feststellungsbescheides als notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung wird somit nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann bejaht, wenn sich Parteien im Falle, dass sie die Rechtslage ungeklärt lassen, der Gefahr einer Bestrafung aussetzen (vgl.

VfSlg. 4563/1963, 6392/71, 9105/1981, 13.417/1993, sowie VwGH 17.09.1996, Zl. 94/05/0054, 15.11.2007, Zl. 2006/07/0113).

Die Antragstellerin beantragte die Feststellung, dass durch den Internetauftritt unter der URL <http://www.tt.com> und die darüber angebotenen Inhalten kein audiovisueller Mediendienst Dienst gemäß § 2 Z 3 und 4 AMD-G ausgeübt wird und daher keine Verpflichtung zur Anzeige nach § 9 Abs. 1 AMD-G besteht.

Gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G haben Fernsehveranstalter, soweit sie nicht einer Zulassungspflicht nach § 3 Abs. 1 unterliegen, sowie Anbieter von Mediendiensten auf Abruf ihre Tätigkeit spätestens zwei Wochen vor Aufnahme der Regulierungsbehörde anzuzeigen. Gemäß § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G hat die Regulierungsbehörde, wenn sie aufgrund der Anzeige feststellt, dass der angezeigte Mediendienst nicht unter § 2 Z 3 AMD-G fällt und daher nicht dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegt, die Anzeige zurückzuweisen. Im Ausschussbericht zur Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 (761 BlgNR XXIV. GP) heißt es zur letztgenannten Bestimmung:

„Mit der Änderung wird eine neue Z 1 eingefügt: Im Sinne der Rechtssicherheit soll es möglich sein, im Wege einer rechtsverbindlichen Feststellung der Regulierungsbehörde Klarheit darüber zu bekommen, dass ein bestimmter Dienst nicht unter den Anwendungsbereich des AMD-G fällt. Anzeigen über solche Dienste sind daher von der Behörde zurückzuweisen. Im Übrigen bleibt die Bestimmung unverändert.“

Nach Lehre und Rechtsprechung schließt nicht schon der Umstand, dass irgendein anderes Verfahren existiert, in dem die strittige Rechtsfrage geklärt werden kann, ein Feststellungsinteresse aus. Vielmehr muss das Ergebnis des betreffenden Verfahrens das rechtliche Interesse des Antragstellers abdecken (*Hengstschläger/Leeb*, AVG-Kommentar § 56 Rz 79 mHw auf *Balthasar*, ÖJZ 1995, 781 sowie VfSlg 12.856 A/1989; VwGH 24. 9. 1997, 97/12/0295; 14. 5. 2004, 2000/12/0272).

Der BKS hat in seinem im ersten Rechtsgang ergangenen Bescheid vom 13.08.2012, GZ 611.191/0003-BKS/2012, ausgesprochen, dass das Verfahren nach § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G im konkreten Fall gerade nicht das rechtliche Interesse der Antragstellerin abdecke: Nach § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G erlange der Anzeigenleger nur eine bescheidförmige und somit anfechtbare Erledigung, wenn die KommAustria zur Auffassung gelange, dass kein anzeigepflichtiger audiovisueller Mediendienst iSd § 2 Z 3 AMD-G vorliege. Im – wie hier verfahrensgegenständlich – gegenteiligen Fall, in dem die KommAustria von einem anzeigepflichtigen audiovisueller Mediendienst iSd § 2 Z 3 AMD-G und damit von der Zulässigkeit der Anzeige ausgehe, sei hingegen keine Bescheiderlassung vorgesehen, weil üblicherweise das Interesse eines Anzeigenden gerade auf die Zulässigkeit seiner Anzeige gerichtet sei. Die Auffassung der KommAustria, dass die Berufungswerberin einen unter das AMD-G fallenden Mediendienst anbiete, könne diese folglich im Anzeigeverfahren nicht bekämpfen. Ein Feststellungsbescheid (außerhalb des Verfahrens nach § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G) sei daher einziges zumutbares Mittel für die Berufungswerberin, ihre rechtlichen Interessen durchzusetzen.

Der BKS sprach auch aus, es würde auch der Absicht des Gesetzgebers widersprechen, dass sicherheitshalber und entgegen der Rechtsauffassung des Diensteanbieters für jede Tätigkeit eine Anzeige gelegt werden müsste, um eine rechtlich bindende Feststellung darüber zu erwirken, ob überhaupt eine Anzeigepflicht bestehe. Auch mit Blick auf die mit dem Unterlassen einer Anzeige verbundenen verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen müsse der Antragstellerin jedenfalls eine Möglichkeit zur Verfügung stehen, Klarheit und Rechtssicherheit darüber zu haben, ob eine Anzeigepflicht vorliege oder nicht.

Weiters bleibt nach Auffassung des BKS das rechtliche Interesse auf die bescheidmäßige Feststellung selbst dann aufrecht, wenn – wie im gegenständlichen Verfahren – zwar ein

Dienst ohne vorherige Anzeige gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G aufgenommen wurde, die KommAustria aber nicht auf das Mittel der Verwaltungsstrafsanktionen zurückgreift, sondern den Betreiber des Dienstes auffordert, eine Anzeige zu erstatten.

Die Erlassung eines Feststellungsbescheides ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ist darüber hinaus nur zulässig, sofern die Verwaltungsvorschriften dem nicht entgegenstehen. § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G schließt nach Auffassung des BKS einen solchen Feststellungsbescheid nicht aus: Der Gesetzgeber habe offenkundig Rechtssicherheit für jene Situation schaffen wollen, dass Anzeige gelegt werde, die KommAustria allerdings – anders als der Anzeigende – der Auffassung sei, dass kein Mediendienst angeboten werde. Es ergebe sich aus den Gesetzesmaterialien hingegen kein Anhaltspunkt, wonach der Gesetzgeber einen Feststellungsbescheid für den hier vorliegenden gegenteiligen Fall ausschließen und so dem Betroffenen jegliche Rechtsschutzmöglichkeit gegen eine rechtswidrige Einbeziehung in den Anwendungsbereich des AMD-G nehmen habe wollen. Ein solches Ergebnis wäre nach Auffassung des BKS auch gleichheitsrechtlich bedenklich.

Somit ist die von der Antragstellerin beantragte Feststellung im Sinne des Rechtsprechung des BKS einziges und notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung im Sinne der genannten Rechtsprechung, weshalb der Feststellungsantrag zulässig ist.

4.4. Vorliegen eines audiovisuellen Mediendienstes

Verfahrensgegenständlich ist die Frage, ob die Antragstellerin 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
- der allgemeinen Öffentlichkeit
- über elektronische Kommunikationsnetze.

Es besteht kein Zweifel (und dies wird von der Antragstellerin auch nicht bestritten), dass es sich bei dem Webauftritt unter <http://www.tt.com> um einen Dienst im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV handelt, der über elektronische Kommunikationsnetze erbracht wird und sich an die allgemeine Öffentlichkeit richtet. Ebensowenig ist daran zu zweifeln, dass die Antragstellerin, wie sie selbst sagt, die redaktionelle Verantwortung für die unter <http://www.tt.com> veröffentlichten Inhalte trägt. Die Antragstellerin bestreitet aber, dass der Hauptzweck des Angebots die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung sei, da es sich bei den zum Abruf bereitgestellten audiovisuellen Inhalten um eine Ergänzung des sonstigen, nicht aus „bewegten Bildern“, bestehenden Angebotes handle. Die zum Abruf bereitgestellten audiovisuellen Inhalte seien überdies gar keine „Sendungen“ im Sinne des § 2 Z 30 AMD-G, da es ihnen an der von der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, AVMD-RL) geforderten „Fernsehähnlichkeit“ mangle.

4.4.1. Sendung

„Sendung“ ist in § 2 Z 30 AMD-G definiert als ein einzelner, in sich geschlossener Teil eines Fernsehprogramms oder eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf, der aus einer Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton besteht und Bestandteil eines von einem Mediendiensteanbieter erstellten Sendepfans oder Katalogs ist.

Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (RV 611 BlgNR, 24. GP) folgt die Definition der Sendung in § 2 Z 30 AMD-G der bestehenden Rechtsprechung der Regulierungsbehörden im Bereich des Fernsehens, auf die insoweit zurückgegriffen werden kann. Eine Mindestdauer ist nicht erforderlich. Im Bereich der Abrufdienste muss eine Vergleichbarkeit mit Form und Inhalten von Fernsehsendungen vorliegen, damit eine Sendung vorliegt.

Dieser Bezug auf Form und Inhalt von Fernsehsendungen entstammt der Definition des Begriffs „Sendung“ in Art. 1 Abs.1 lit. b AVMD-RL.

Gemäß Art. 1 Abs.1 lit. b AVMD-RL ist eine „Sendung“ eine Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton, die Einzelbestandteil eines von einem Mediendiensteanbieter erstellten Sendepfans oder Katalogs ist und deren Form und Inhalt mit der Form und dem Inhalt von Fernsehprogrammen vergleichbar sind. Beispiele für Sendungen sind unter anderem Spielfilme, Sportberichte, Fernsehkomödien, Dokumentarfilme, Kindersendungen und Originalfernsehspiele.

Angesichts dieser Bezugnahme besteht kein Zweifel, dass bei der Auslegung des Sendungsbegriff des § 2 Z 30 AMD-G das unionsrechtliche Verständnis des Begriffs „Sendung“ heranzuziehen ist (vgl. *Kogler*, Fernsehähnliches TV-On Demand, MR 2011, 228 (231)).

Gemäß ErwG 24 AVMD-RL ist ein typisches Merkmal der Abrufdienste, dass sie „fernsehähnlich“ sind, d. h. dass sie auf das gleiche Publikum wie Fernsehsendungen ausgerichtet sind und der Nutzer aufgrund der Art und Weise des Zugangs zu diesen Diensten vernünftigerweise einen Regelungsschutz im Rahmen dieser Richtlinie erwarten kann. Angesichts dieser Tatsache sollte zur Vermeidung von Diskrepanzen bei der Dienstleistungsfreiheit und beim Wettbewerb der Begriff „Sendung“ unter Berücksichtigung der Entwicklungen auf dem Gebiet der Fernsehsendungen dynamisch ausgelegt werden.

Für die KommAustria ist nicht ersichtlich, warum die im Rahmen eines Kataloges angebotenen, in sich geschlossen Beiträge mit bewegten Bildern und Ton keine Sendungen im genannten Sinne darstellen sollen. Soweit die Antragstellerin vorbringt, die von ihr angebotenen audiovisuellen Inhalte seien nicht fernsehähnlich, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden: Die Inhalte dienen zweifelsohne der Information, Unterhaltung oder Bildung und entsprechen in Form und Inhalt dem, was auch im Fernsehen angeboten wird; unzweifelhaft finden sich die hier zum Abruf angebotenen Inhalte wie etwa Berichte über lokale Ereignisse und Veranstaltungen, Sportberichte, Filmtrailer, Bastelanleitungen für Kinder, Befragung von Passanten zu aktuellen Themen, redaktionell ausgewählte Videos von Lesern und ähnliches auch im „klassischen“ Fernsehen; sie sind daher auf das gleiche Publikum wie Fernsehsendungen ausgerichtet (vgl. ErwG 24 AVMD-RL); Sportberichte sind überdies in Art. 1 Abs.1 lit. b AVMD-RL ausdrücklich genannt, und auch die anderen genannten Inhalte sind mit denen in der – demonstrativen – Aufzählung von Sendungen in Art. 1 Abs.1 lit. b AVMD-RL vergleichbar. Für die KommAustria steht daher fest, dass es sich bei den genannten audiovisuellen Inhalten um Sendungen im Sinne des § 2 Z 30 AMD-G handelt.

4.4.2. Hauptzweck

Bei der Prüfung, ob die Bereitstellung von Sendungen den Hauptzweck darstellt, kommt es nicht auf das gesamte Leistungsspektrum eines Diensteanbieters an (vgl. *Kogler*, TV (ON DEMAND)(2010) 36 unter Hinweis auf *Lehofer*, Regulierung linearer und nicht-linearer Dienste, in *Berka/Grabenwarter/Holoubek (Hrsg.)*, Gemeinschaftsrecht und Rundfunk – Revolution oder Anpassung (2007) 51). Es lässt sich – jeweils bezogen auf den Einzelfall – nach quantitativen Aspekten bestimmen, ab wann der Hauptzweck einer Dienstleistung in der Bereitstellung von Sendungen besteht. Entscheidend ist dabei, 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 (vgl. *Kogler*, MR 2011, 228 (230)). Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage 611 BlgNR XXIV. GP sind elektronische Ausgaben von Zeitungen und Zeitschriften zwar in der Regel nicht als audiovisueller Mediendienst anzusehen (vgl. auch den im Wesentlichen gleichlautenden ErWG 28 AVMD-RL). Die ausdrückliche Erwähnung der „elektronische Ausgaben von Zeitungen und Zeitschriften“ in den Materialien soll klarstellen, dass, soweit audiovisuelle Inhalte die Textinhalte der Onlineausgaben nur ergänzen sollen, jedenfalls nicht der Hauptzweck die Bereitstellung von Sendungen ist. Werden aber von Medieninhabern von Zeitungen und Zeitschriften – zusätzlich zu den elektronische Ausgaben dieser Zeitungen und Zeitschriften – auch auf audiovisuelle Inhalte spezialisierte Abruf-Angebote betrieben, sind diese gesondert zu beurteilen und sehr wohl als audiovisuelle Mediendienste zu qualifizieren (vgl. in diesem Sinne *Kogler*, TV (ON DEMAND) 37f unter Anführung konkreter, mit dem vorliegenden Dienst vergleichbarer Angebote anderer österreichischer Tageszeitungen). Ein Inhaltsanbieter kann sich nicht der Regulierung gemäß dem AMD-G entziehen, indem er angibt, dass nur ein verschwindend geringer Teil seines gesamten Internetangebots audiovisueller „Natur“ ist, wenn das audiovisuelle Angebot tatsächlich eigenständig ist. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob das eigenständige audiovisuelle Angebot auf der Haupt- oder einer Subdomain präsentiert wird (vgl. in diesem Sinne *Kogler*, MR 2011, 228 (231f)), wobei aber bei der Beurteilung der Eigenständigkeit die verwendete Domain allenfalls ein Indiz sein kann.

Die KommAustria geht, wie sie schon im Aufforderungsschreiben vom 09.05.2012 deutlich gemacht hat, nicht davon aus, dass, soweit auf <http://www.tt.com> außerhalb des Bereichs „Video“ einzelne Textbeiträge gelegentlich durch audiovisuelle Inhalte ergänzt werden, die der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung Hauptzweck ist.

Soweit jedoch im Bereich „Video“ ein Katalog von Sendungen im Sinne des § 2 Z 30 AMD-G (vgl. oben 4.4.1) zum Abruf bereitgestellt wird, handelt es sich dabei nach Ansicht der KommAustria um ein vom übrigen Angebot im Rahmen des Webauftritts <http://www.tt.com> angebotenes, getrennt zu beurteilendes eigenständiges Angebot, dessen Hauptzweck Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung ist: Der Bereich „Video“ stellt innerhalb des Webauftritts <http://www.tt.com> insofern einen selbständigen Teilbereich dar, als er unabhängig vom Rest des Webauftritts nutzbar ist und auch ohne die Einbettung in den Gesamtwebauftritt <http://www.tt.com> in dieser Form angeboten werden könnte. Dass dieser eigenständige Dienst in einen umfassenderen Webauftritt des gleichen Veranstalters eingebettet ist, schadet nach dem Gesagten ebenso wenig wie der Umstand, dass ein beträchtlicher Teil der im Katalog enthaltenen audiovisuellen Inhalte ebenfalls in anderen Teilen dieses Webauftritts zur Ergänzung von Textinhalten herangezogen werden.

Das Angebot im Bereich „Video“ im Rahmen des Webauftritts <http://www.tt.com> unter der URL <http://video.tt.com/> dient ausschließlich der Bereitstellung von Sendungen zum Abruf. Es ist daher als audiovisueller Mediendienst auf Abruf im Sinne von § 2 Z 4 iVm Z 3 AMD-G zu qualifizieren, welcher gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G anzuzeigen ist. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der Partei dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Wien, am 9. Oktober 2012

Kommunikationsbehörde Austria

Dr. Susanne Lackner
(Mitglied)

Zustellverfügung:

New Media Online GmbH, z.H. Knoflach-Kroker-Tonini & Partner, 6020 Innsbruck, Sillgasse 12/IV, per **RSb**