



KOA 1.950/18-168

# Bescheid

## I. Spruch

Auf Antrag von Raphael Skrepek (P 7391125), geboren am 13.09.1989, wohnhaft in XXX, wird gemäß § 9 Abs. 8 iVm § 2 Z 3 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 86/2015, festgestellt, dass es sich bei dem

- a) Angebot auf dem YouTube-Kanal „Wiener Schmah“, abrufbar unter <https://www.youtube.com/user/Godsentertainment666>, und bei dem
- b) Video-Angebot auf der Webseite <http://www.wienerschmaeh.at/>

jeweils um einen audiovisuellen Mediendienst auf Abruf im Sinne von § 2 Z 3 und Z 4 AMD-G handelt.

## II. Begründung

### 1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 17.09.2018, am selben Tag bei der KommAustria eingelangt, zeigte der Antragsteller gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G die unter den URLs <http://www.wienerschmaeh.at/> und <https://www.youtube.com/user/Godsentertainment666> bereitgestellten Dienste an und beantragte gleichzeitig die bescheidmäßige Feststellung, dass die gezeigten Inhalte der im Spruch genannten Angebote keine audiovisuellen Mediendienste auf Abruf im Sinne von § 2 Z 4 AMD-G darstellen.

Der Antragsteller führte im Feststellungsantrag im Wesentlichen aus, dass er seit der erstmaligen Bereitstellung des YouTube-Kanals im 2012 Einnahmen von insgesamt 2.053,- Dollar bezogen hätte. Nach Ansicht des Antragstellers handle es sich bei den Videobeiträgen um ein Kunstwerk und daher um keinen Abrufdienst iSd AMD-G.

Mit Schreiben vom 13.09.2018 brachte der Antragsteller nochmals vor, dass sie Künstler seien und der „vermeintliche Abrufdienst“ ein Kunstprojekt darstelle. Die Kunstfreiheit sei gesetzlich garantiert. Außerdem sei Kunst keine Dienstleistung und auch kein Gewerbe. Aus diesem Grund stellen ihre angebotenen Dienste keine Abrufdienste iSd § 2 Z 4 AMD-G dar. Medienstedienstleister iSd AMD-G seien vielmehr YouTube, Alphabet oder Google LLC.

Mit Schreiben vom 03.10.2018 legte der Antragsteller der KommAustria eine Stellungnahme ergänzend vor. In dieser Stellungnahme legte der Antragsteller nochmals dar, dass sie seit 2012 künstlerisch tätig seien und sie ihre Arbeiten unter anderem auf youtube.com öffentlich zur Verfügung stellen. Filmbeiträge mit anderen Inhalten stelle er nicht zur Verfügung oder nur hobbymäßig und gelegentlich.

Nach Ansicht des Antragstellers stellen die vermeintlichen Video-Angebote keine audiovisuellen Mediendienste auf Abruf dar. Dies begründete er wie folgt: Kunst sei kein Gewerbe, sondern von der Gewerbeordnung explizit ausgenommen. Das gelte auch für die eigenverlegerische Tätigkeit der Künstler, egal ob auf körperlichen oder in Form von Online-Angeboten.

Weiters sei Kunst keine Dienstleistung und auch keine unkörperliche Dienstleistung zur Bildung und Unterhaltung der Allgemeinheit. Kunst trete zudem nicht in Konkurrenz mit Privatfernsehsendern. Außerdem führte der Antragsteller aus, dass das künstlerische Schaffen und sein Ausdruck durch die Künstler, sei es auch in Form von Kunstfilmen, Filmen von Performances, Musikvideos etc., kein Fernsehprogramm darstelle und mit einem Massenmedium nicht vergleichbar sei.

Nach Auffassung des Antragstellers sei Kunst und Forschung frei, was auch in Art. 17a StGG und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantiert sei. Kunst unterliege somit keiner Aufsichts- und Regulierungsbehörde.

Im Wesentlichen vertritt der Antragstellers die Ansicht, dass eine Anzeige und eine Inhaltskontrolle durch die Kommunikationsbehörde zum Schutze der Wettbewerbsinteressen von Privatfernsehsendern oder Konsumenten weder erforderlich noch verhältnismäßig sei und dies zu einer Einschränkung des Rechts auf Freiheit der Kunst führe. Eine Abwägung zwischen der Kunstfreiheit und den durch die Richtlinie und das Gesetz geschützten Rechtsgütern falle klar zugunsten der Freiheit der Kunst aus.

Aus diesen Gründen sei der Antragsteller daher der Ansicht, dass es sich bei den Angeboten auf <http://www.wienerschmaeh.at/> und <https://www.youtube.com/user/Godsentertainment666> um keine anzeigepflichtigen audiovisuellen Mediendienste auf Abruf iSd § 2 Z 4 AMD-G handle, da die inkriminierten Videoinhalte Kunst darstellen und eine Einschränkung des Grundrechts auf Kunstfreiheit vorliege.

## **2. Sachverhalt**

Auf Grund des Antrages vom 17.09.2018 sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

### **2.1. YouTube-Kanal „Wiener Schmääh“**

Raphael Skrepek betreibt jedenfalls seit dem 29.10.2018 den YouTube-Kanal „Wiener Schmääh“.

Der YouTube-Kanal „Wiener Schmääh“ enthält selbst produzierte Videos, die nach ihrer Aktualität gereiht sind. Die Videobeiträge haben eine Dauer von ca. ein bis zwölf Minuten.

Der Abrufdienst gliedert sich in die Rubriken „Übersicht“, „Videos“, „Playlists“, „Community“, „Kanäle“ und „Kanalinfo“. Im Videobereich stehen den Nutzern derzeit rund 100 Videos zum Abruf bereit (Abbildung 1).

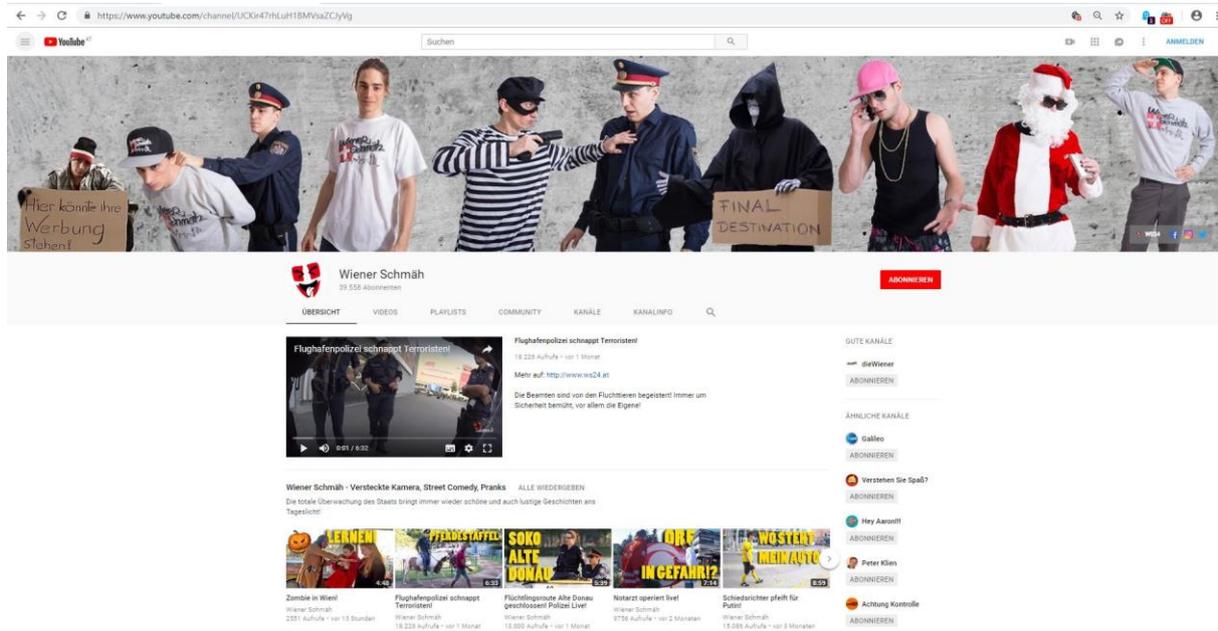


Abbildung 1

Beim gegenständlichen Abrufdienst handelt es sich um ein Comedy-Format, das satirische Videobeiträge in Form von Street-Pranks, Parodien von Werbespots, Interviews und Comedyserien beinhaltet.

In den Videos werden hauptsächlich Mitmenschen mit versteckter Kamera gefilmt, während ihnen von den Protagonisten der „Wiener Schmääh“ Gruppe in unterschiedlichen Rollen und Verkleidungen Streiche gespielt werden.

Beispielsweise geben sich die Mitglieder der „Wiener Schmääh“ Truppe als Polizisten aus und legen Passanten rein (Abbildung 2). In einem anderen Videobeitrag verkleidet sie sich als Wiener Linien Mitarbeiter und kontrollieren die Fahrausweise der U-Bahn Fahrer (Abbildung 3).

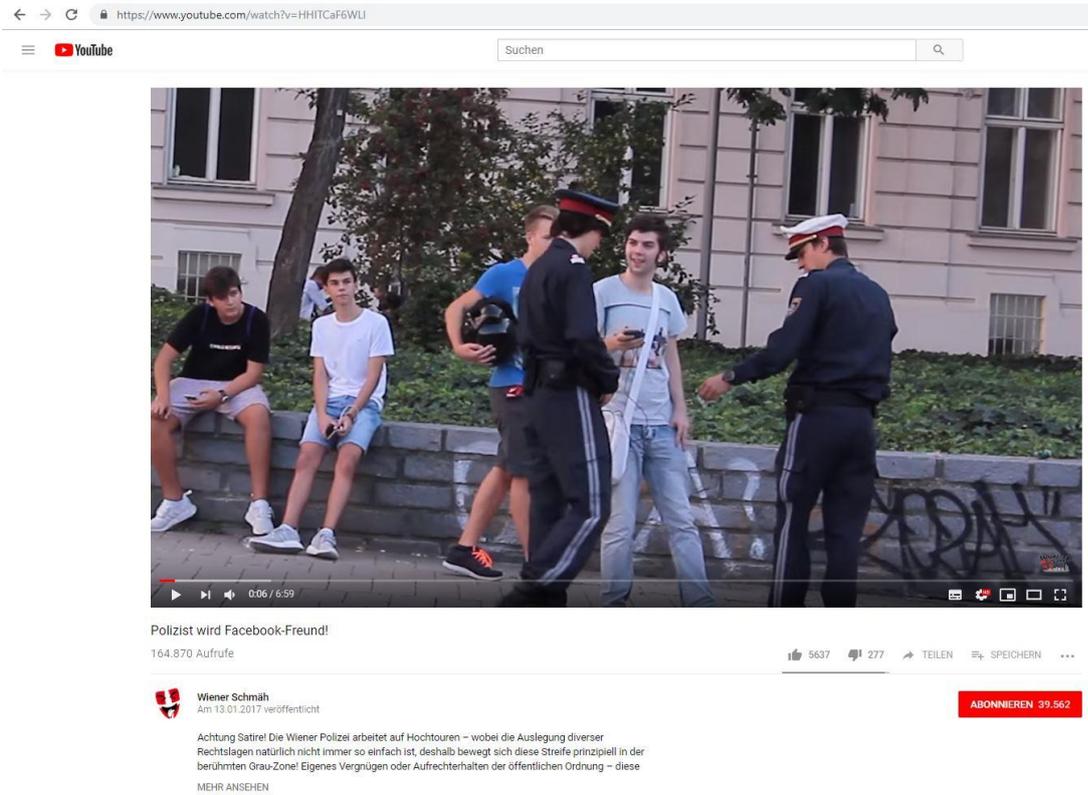


Abbildung 2

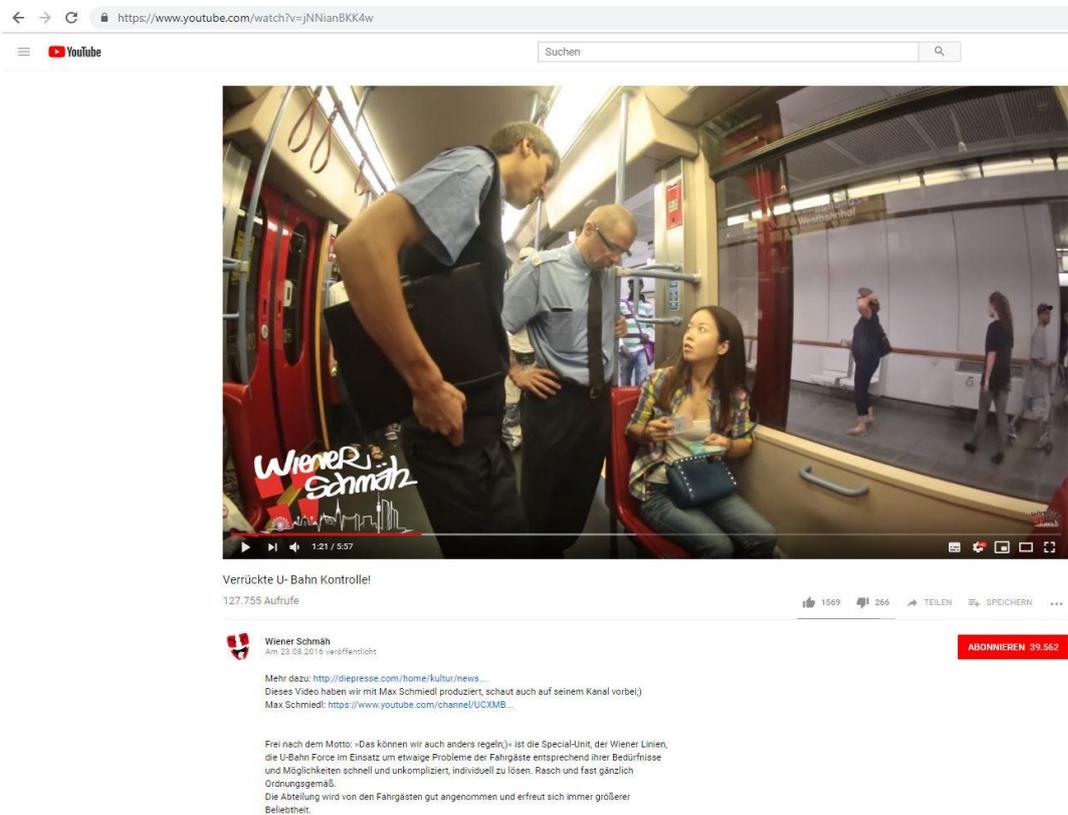


Abbildung 3

Unter der Rubrik „Playlists“ werden die Videos in nachfolgende Kategorien unterteilt: WS24 Live! Demokratie Live!, Wiener Schmäh – Versteckte Kamera, Street, Wiener Schmäh – Ehrlich Gefragt, Wiener Schmäh – Johnny aus Wien, Wiener Schmäh Classics, Wiener Schmäh - Türsteher Pranks, Wiener Schmäh – Die Serie und Wiener Schmäh - Werbungen, Satire (Abbildung 4).

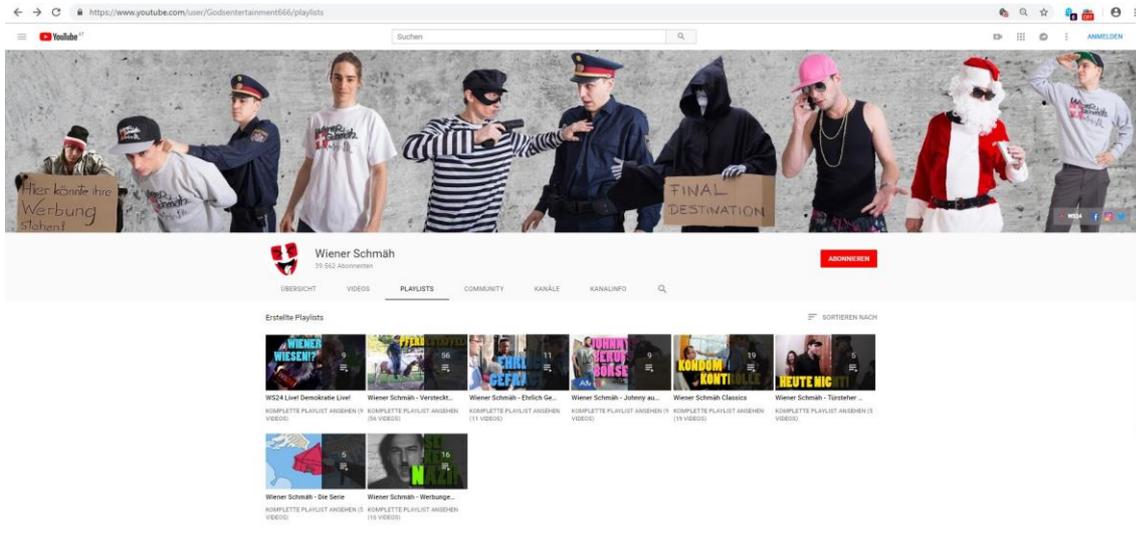


Abbildung 4

Beim Videocontent unter der Rubrik „WS24 Live! Demokratie Live!“ werden Interviews mit verschiedenen Veranstaltungsbesuchern bzw. Passanten gezeigt, die vom Reporter unangenehme Fragen gestellt bekommen bzw. auf den Arm genommen werden. Bei den Interviews ist der Reporter mit einem professionellen Mikrofon von „WS24“, eins von den Logos der „Wiener Schmäh“ Truppe, ausgestattet (Abbildung 5).

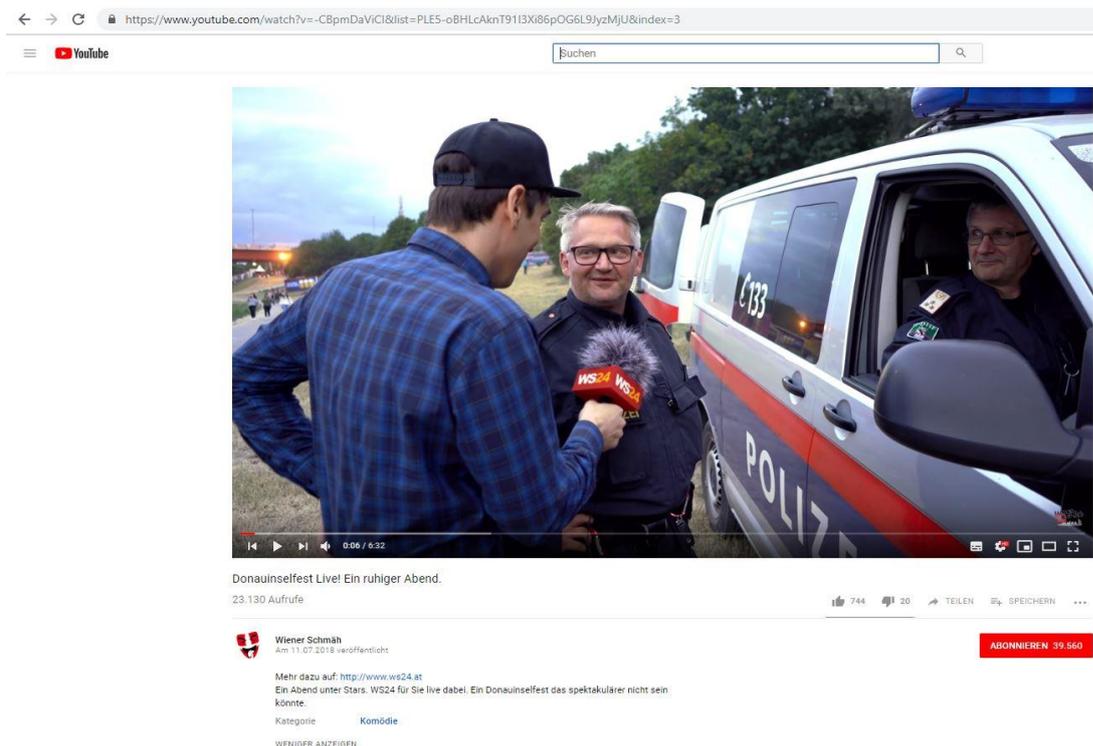


Abbildung 5

Die Videobeiträge werden zum Teil mit eigenen Senderlogos von „Wiener Schmä“ gekennzeichnet (Abbildung 6 und 7). Überdies werden die Comedy Serien unter der Rubrik „Wiener Schmä – Die Serie“ von eigenen Intros eingeleitet (Abbildungen 8).

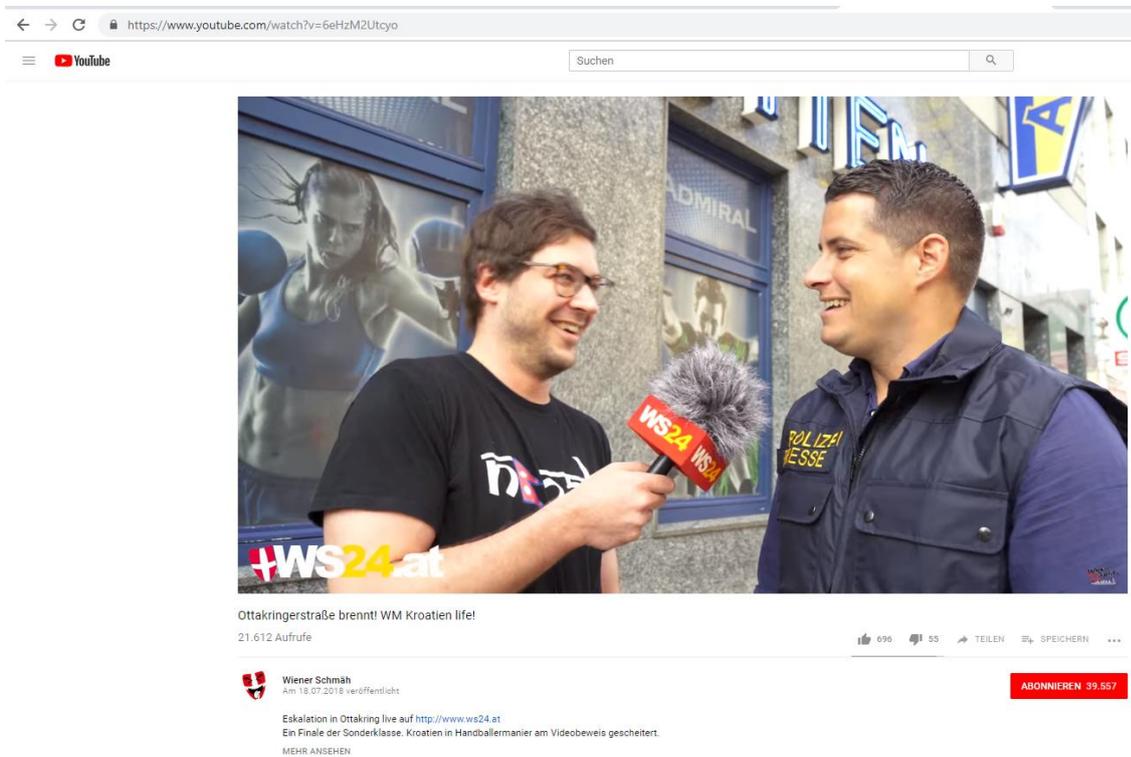


Abbildung 6

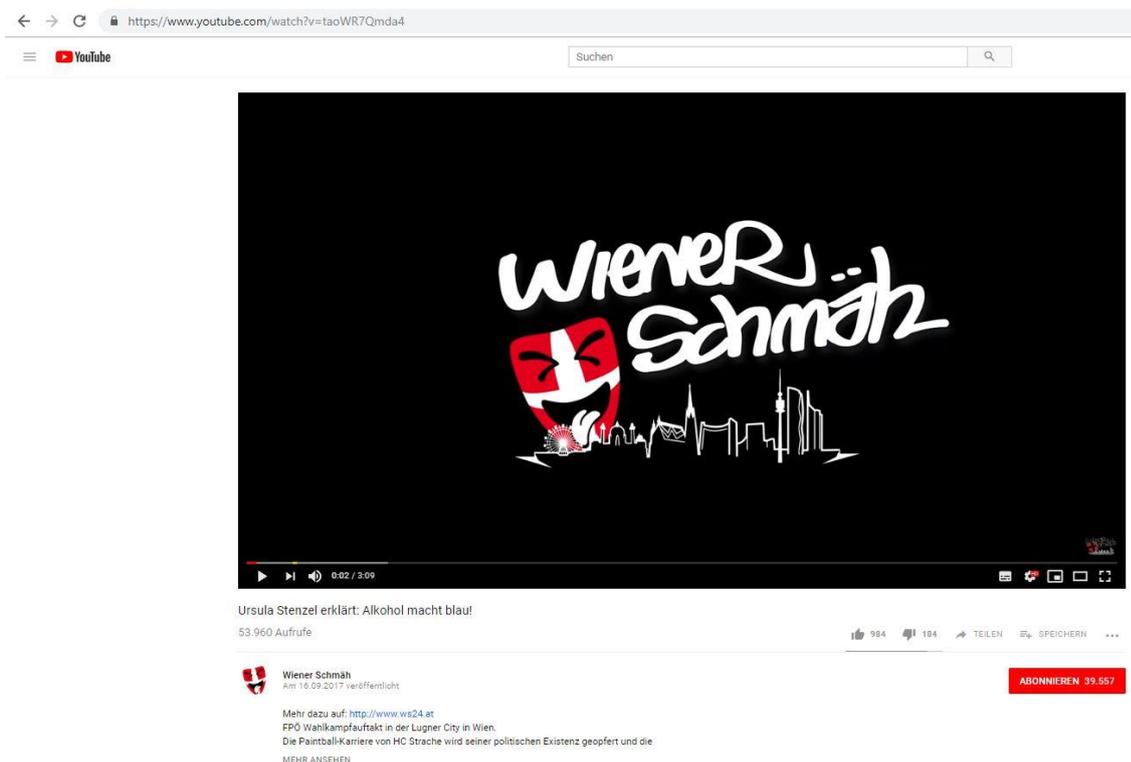


Abbildung 7

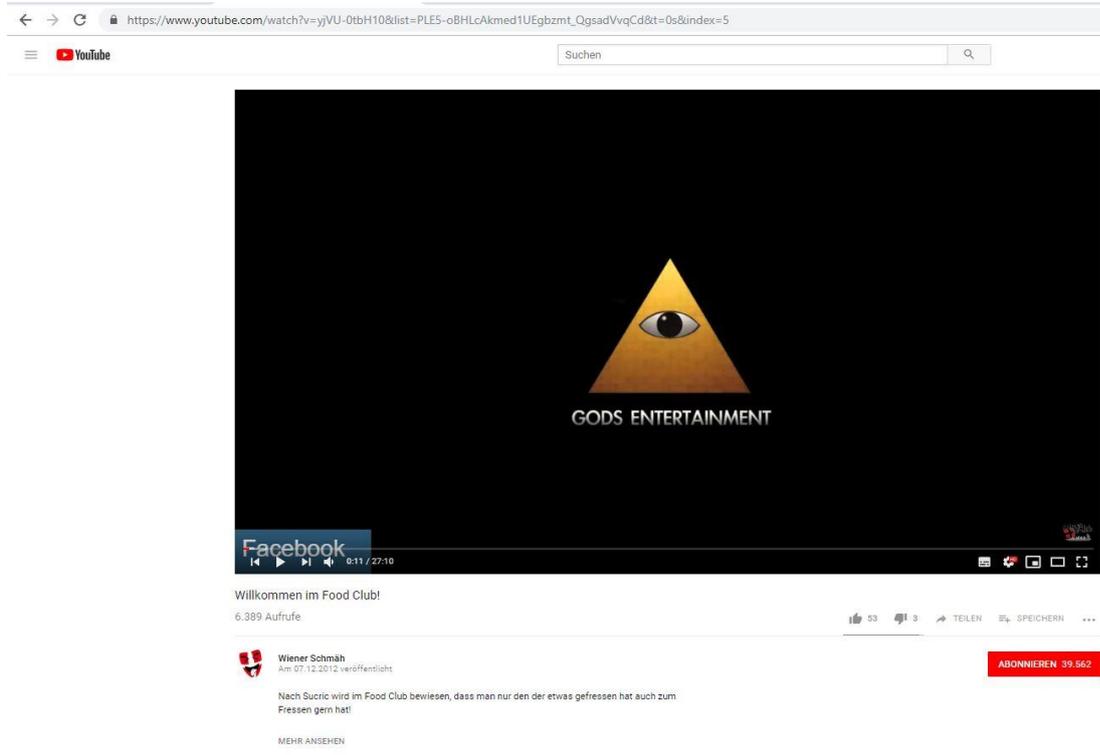


Abbildung 8

Im Rahmen des YouTube-Angebots wird zudem kommerzielle Kommunikation in Form von pre-oder mid-roll Spots während der Videos geschaltet (siehe Abbildungen 9, 10 und 11).

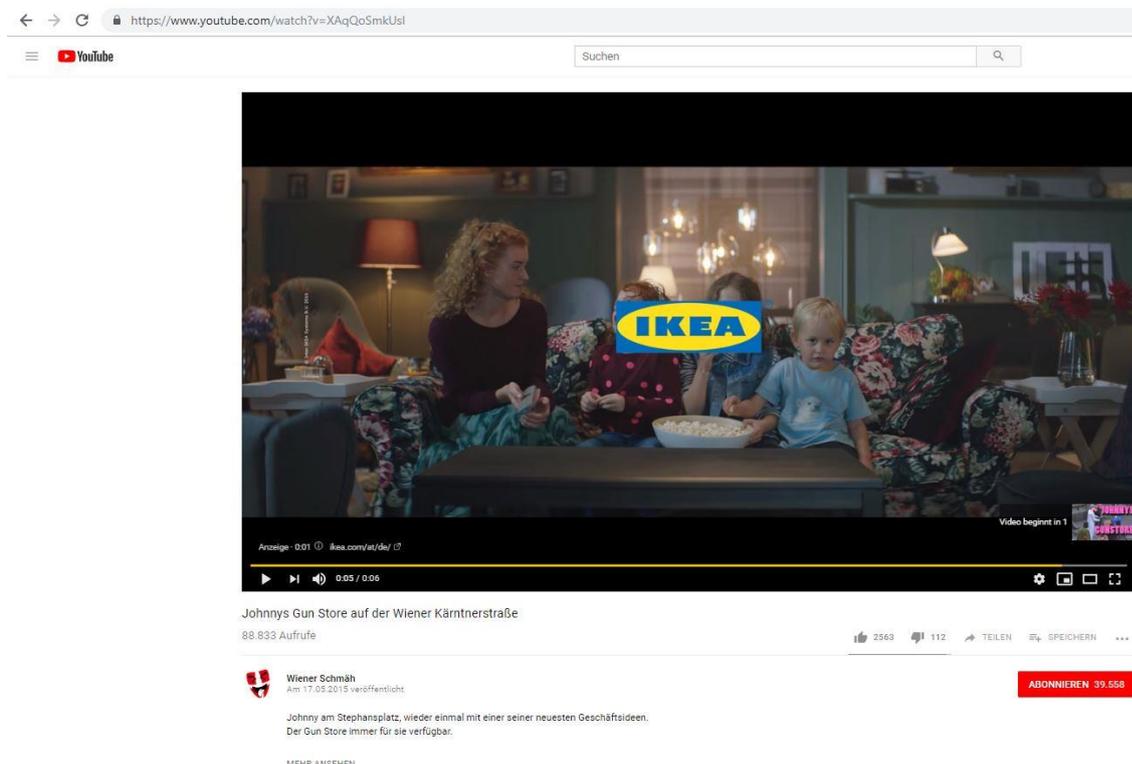


Abbildung 9

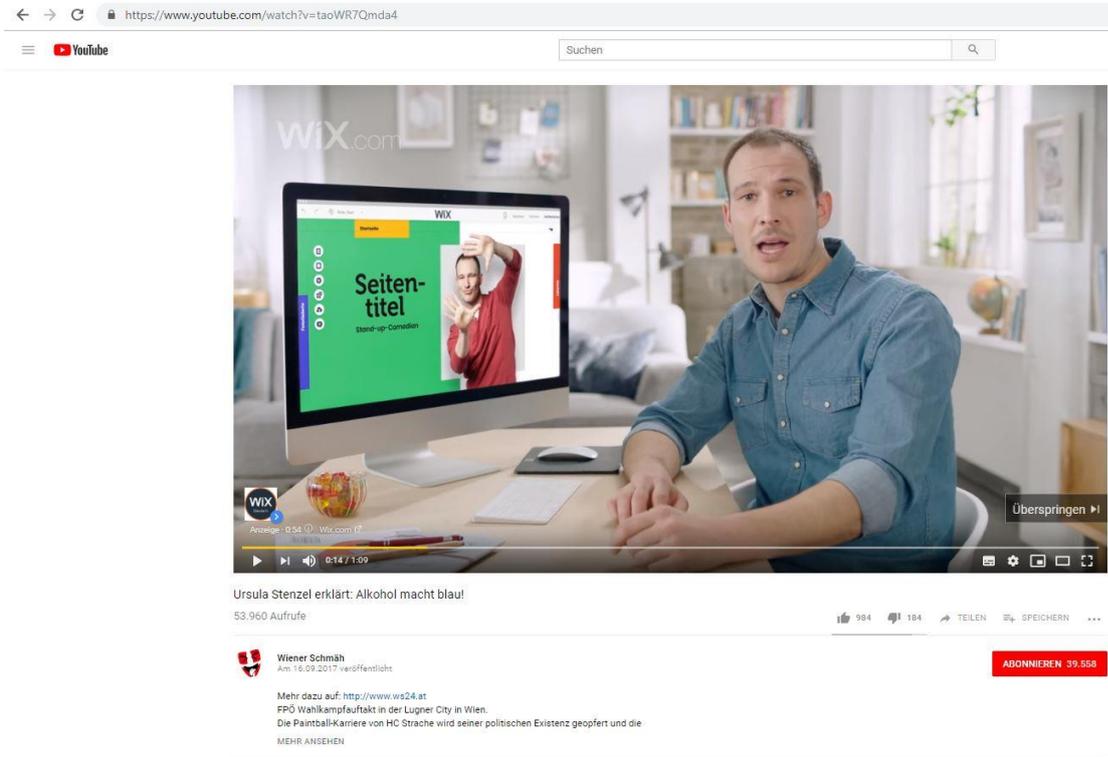
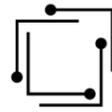


Abbildung 10

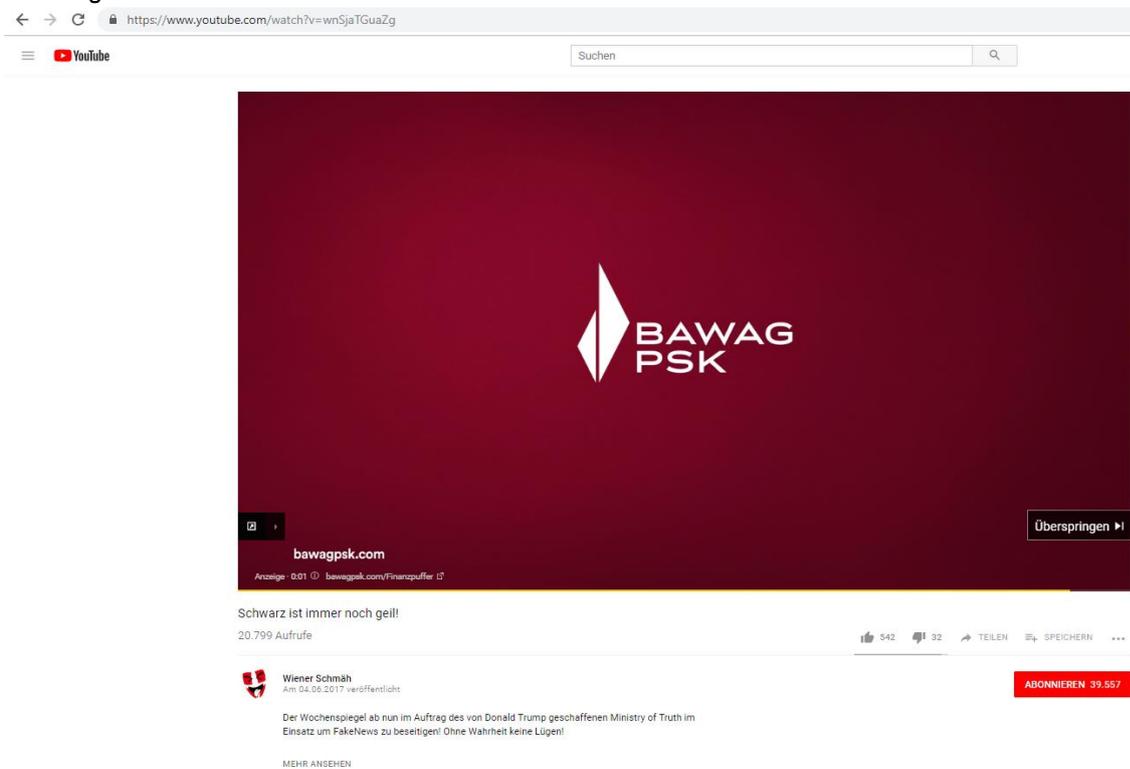


Abbildung 11

## 2.2. Zum Abrufdienst auf <http://www.wienerschmaeh.at/>

Laut Impressum der Webseite <http://www.wienerschmaeh.at/impressum/> wird Raphael Skrepek als Inhaber der Homepage angeführt (siehe Abbildung 12). Raphael Skrepek betreibt jedenfalls seit dem 29.10.2018 die Webseite mit URL <http://www.wienerschmaeh.at/>.

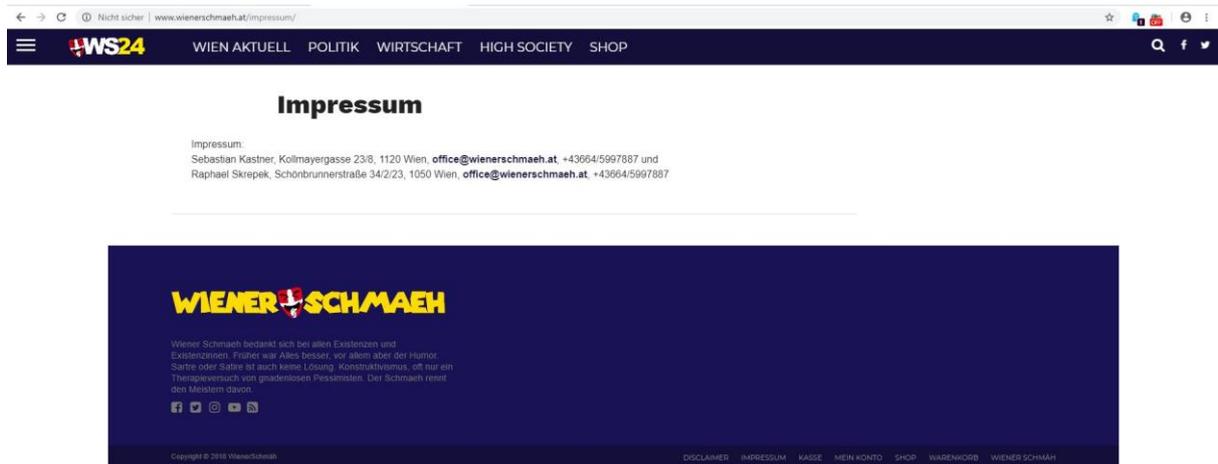


Abbildung 12

Der Abrufdienst gliedert sich in die Rubriken „WS24“, „Wien Aktuell“, „Politik“, „Wirtschaft“, „High Society“ und „Shop“.

Durch Ansteuern der Rubrik „Shop“ gelangt der Nutzer zu einem Online Shop, in dem Produkte der Marke „Wiener Schmä“ zum Verkauf angeboten werden (Abbildung 13).

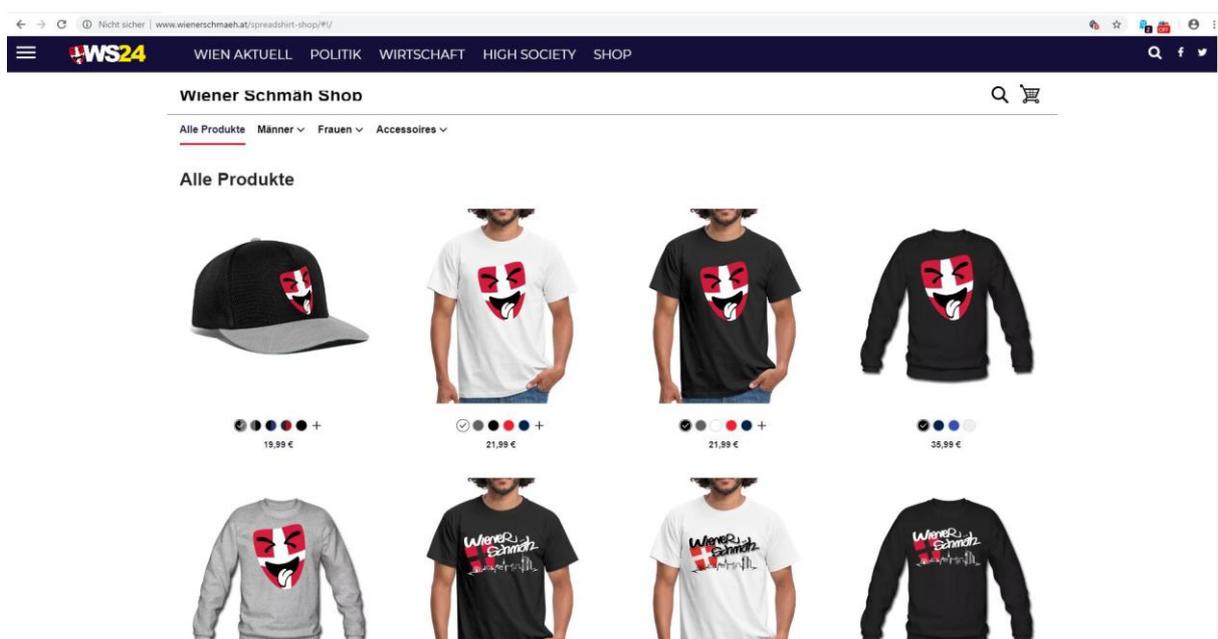
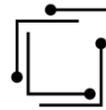


Abbildung 13



Aufgrund einer vergleichende Einsichtnahme am 30.10.2018 in das Video-Angebot auf dem YouTube-Kanal „Wiener Schmä“ und in das Video-Angebot auf der Homepage <http://www.wienerschmaeh.at/> konnte festgestellt werden, dass die Videos auf dem YouTube-Kanal auch auf der Homepage zum Abruf bereitgestellt werden (Abbildungen 14, 15, 16 und 17).

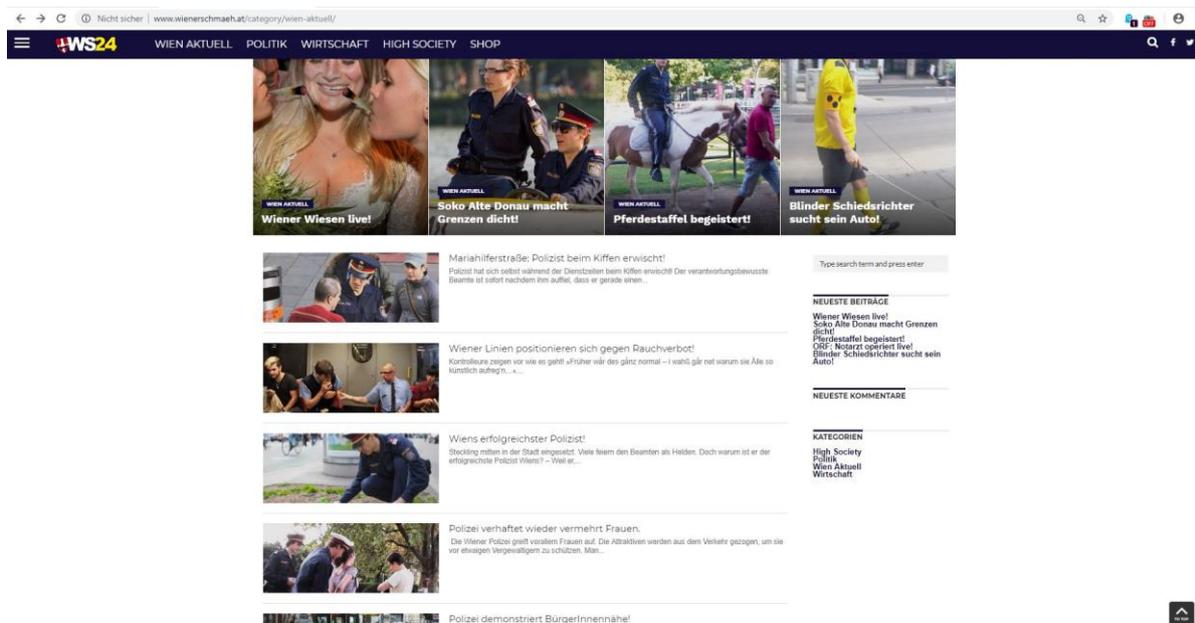


Abbildung 14 – Einsichtnahme Homepage

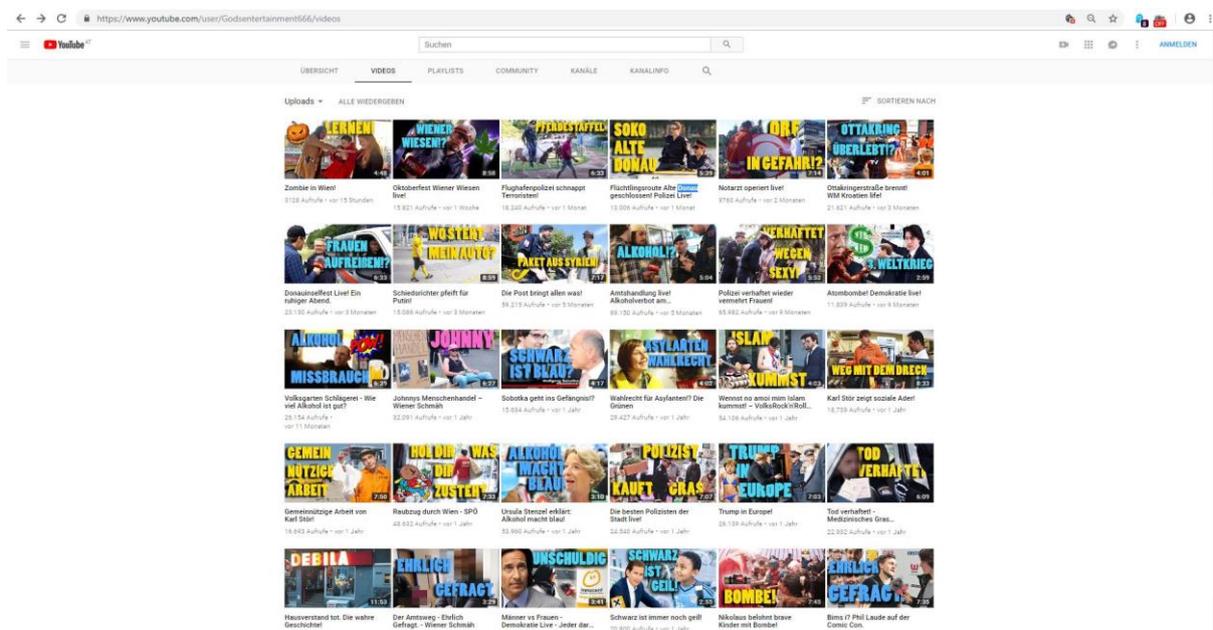


Abbildung 15 – Einsichtnahme YouTube-Kanal

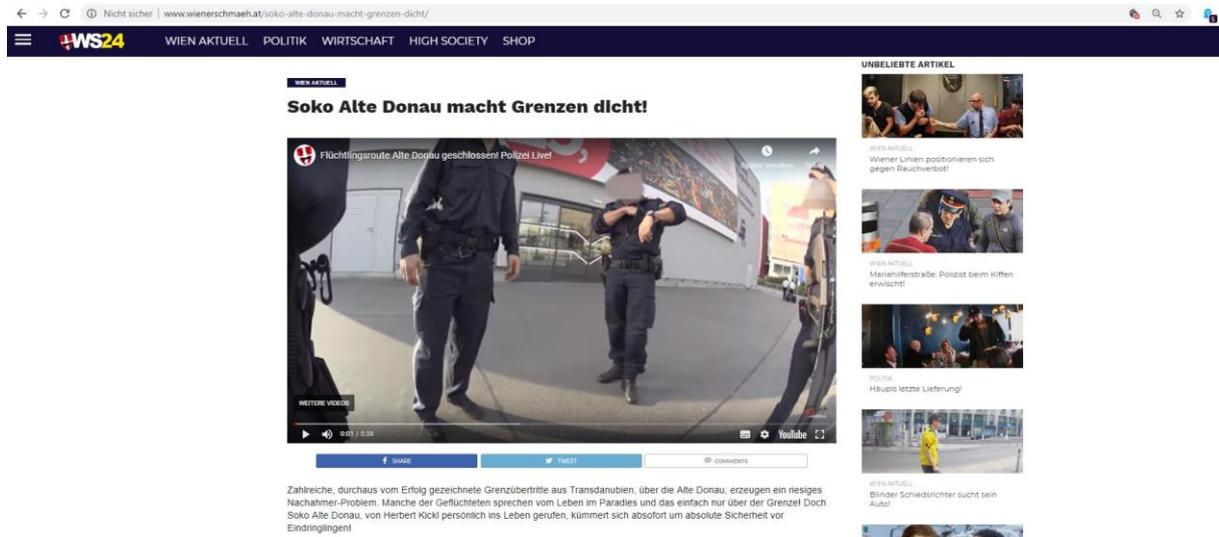


Abbildung 16 – vergleichende Einsichtnahme Homepage

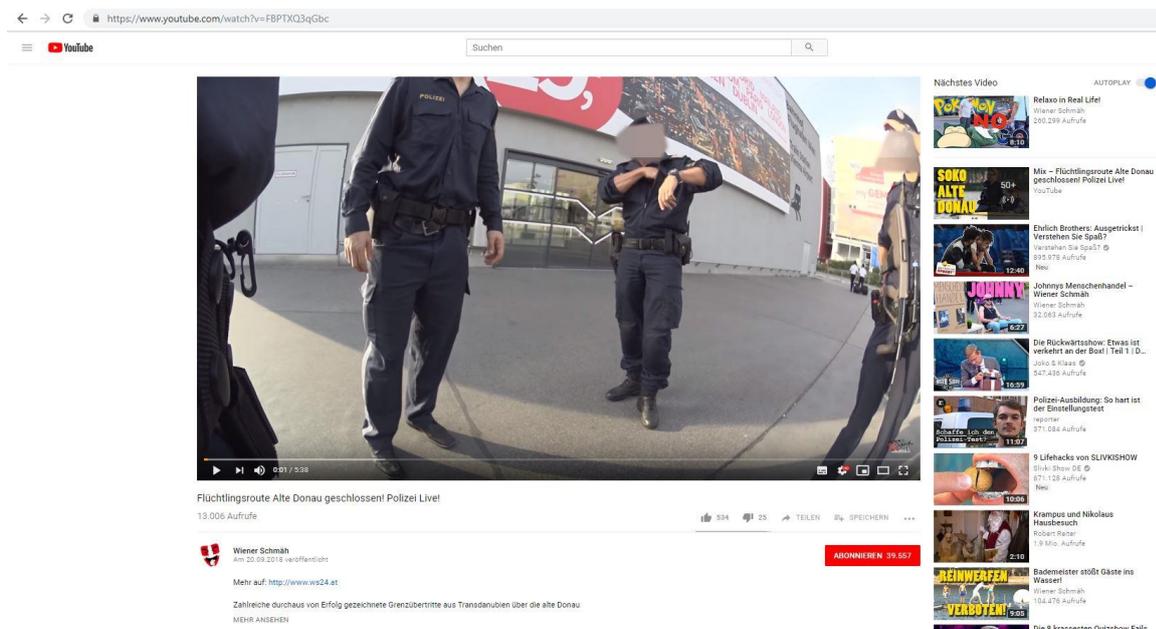


Abbildung 17 – vergleichende Einsichtnahme YouTube-Kanal

Aufgrund der Vergleichbarkeit der Video-Angebote verweisen wir zur Beschreibung des Videocontents auf die Ausführungen unter Punkt 2.1..

### 3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Inhalt der Angebote ergeben sich aus den Angaben des Antragstellers sowie aus der Einsichtnahmen in die Webseiten durch die KommAustria am 29.10.2018 und am 30.10.2018.

## **4. Rechtliche Beurteilung**

### **4.1. Zuständigkeit der Behörde und Zulässigkeit des Feststellungsantrages**

Der Antragsteller beantragt die Feststellung, dass die im Spruch genannten Mediendienste keine audiovisuellen Mediendienste auf Abruf im Sinn des AMD-G darstellen.

Gemäß § 9 Abs. 8 AMD-G hat die Regulierungsbehörde, das ist gemäß § 66 AMD-G die KommAustria, auf Antrag festzustellen, ob ein angezeigter Mediendienst unter § 2 Z 3 AMD-G fällt.

### **4.2. 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 Mediendienstanbieters, 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 Mediendienstanbieter für den Empfang zu dem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt und auf dessen individuellen Abruf hin aus einem vom Mediendienstanbieter 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 Mediendienstanbieter 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 Mediendienstanbieters Nachweise über die Erfüllung der Anforderungen der §§ 10 und 11 zu enthalten. Darüber hinaus hat die Anzeige zu enthalten:*

*[...]*

(8) Die Regulierungsbehörde hat auf Antrag festzustellen, ob ein angezeigter Mediendienst unter § 2 Z 3 fällt.“

### **4.3. Vorliegen eines audiovisuellen Mediendienstes**

Verfahrensgegenständlich ist die Frage, ob der Antragsteller unter den Adressen <https://www.youtube.com/user/Godsentertainment666> und [http://www.wienerschmaeh.at/audiovisuelle Mediendienste](http://www.wienerschmaeh.at/audiovisuelle-Mediendienste) auf Abruf im Sinne des § 2 Z 4 AMD-G in Verbindung mit § 2 Z 3 AMD-G anbietet, die der Anzeigepflicht gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G unterliegen.

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 von Art. 1 lit. a bis d 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) sowie ErwG 16 bis 23 – kumulativ sechs Kriterien erfüllen muss (vgl. AVMD-RL):

- 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.

#### **4.3.1. Zur Dienstleistung**

Der Antragsteller beruft sich auf die Freiheit der Kunst und bestreitet, dass das Kriterium der Dienstleistung iSd Art. 56 und Art. 57 AEUV erfüllt ist. Zum behaupteten Eingriff in das Grundrecht auf Kunstfreiheit führt der Antragsteller aus, dass die von ihm hergestellten Videos Kunstwerke seien und die Tätigkeit von Künstlern kein Gewerbe und auch keine Dienstleistung darstelle. Zudem führte der Antragsteller aus, dass Art 17a StGG nicht erlaube, die Kunstfreiheit einer Anzeigepflicht oder einer Inhaltskontrolle gemäß dem AMD-G zu unterwerfen. Außerdem trete Kunst nicht in Konkurrenz mit Privatfernsehveranstalter.

Unter einer Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (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 einen wirtschaftlichen Charakter in einem weiteren Sinn aufzuweisen haben und dass die Leistung zumindest zu Erwerbszwecken erfolgen muss (vgl. § 2 Z 3 AMD-G; *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze<sup>4</sup>, S. 434).

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 nicht vorwiegend auf nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten erstrecken und die nicht mit Fernsehsendungen im Wettbewerb

stehen (wie z.B. private Internetseiten) sowie die keine Videoplattformen darstellen (vgl. Erwägungsgrund 21 AVMD-RL).

Art 17a StGG normiert, dass das künstlerische Schaffen, die Vermittlung von Kunst sowie deren Lehre frei sind. Das Grundrecht auf Kunstfreiheit steht unter keinem Gesetzesvorbehalt, das heißt, dass es absolut gewährleistet und weder durch Gesetz noch durch Vollzugsakt eingeschränkt werden darf. Ungeachtet der Tatsache, dass die Kunstfreiheit ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet ist, ist der vom Antragsteller vertretenen Rechtsansicht entgegen zu halten, dass der Künstler in seinem Schaffen an die allgemeinen Gesetze gebunden bleibt (VfGH 7.12.1987, B1218/86).

Daraus folgt, dass das im Art 17a StGG verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Kunstfreiheit per se keine schrankenlose Ausübung der Kunst bedeutet. Art 17a StGG enthält vielmehr immanente Grundrechtsschranken, die sich beispielsweise aus dem Baurecht, Versammlungsrecht, Steuerrecht oder aus dem Rundfunkrecht ergeben. Das Grundrecht auf Kunstfreiheit darf daher durch allgemeine Gesetze, die zum Schutz eines anderen Rechtsguts erforderlich und verhältnismäßig sind, eingeschränkt werden (VfGH 12.03.1985, B44/84).

Nach Ansicht der KommAustria stellen die Anzeigepflicht von Abrufdiensten gemäß § 9 Abs. 1 AMG-G sowie die im AMD-G normierten Verpflichtungen (Achtung der Menschenwürde und der Grundrechte anderer, die Einhaltung von Werbebestimmungen, Jugendschutz etc.) solche notwendigen Schranken durch allgemeine Gesetze dar, die einen Eingriff in die Kunstfreiheit rechtfertigen. Die Bestimmungen des AMD-G sind keinesfalls darauf gerichtet, das künstlerische Schaffen zu verhindern. Aus diesem Grund liegt kein rechtswidriger Eingriff in die Kunstfreiheit vor.

Die Ausführungen des Antragstellers gehen daher ins Leere, wenn er vorbringt, dass eine Anzeigepflicht für Mediendiensteanbieter eine Einschränkung der Kunstfreiheit zur Folge hat.

Raphael Skrepek betreibt unter der Internetadresse <https://www.youtube.com/user/Godsentertainment666> sowie unter <http://www.wienerschmaeh.at/> einen Dienst mit der Bezeichnung „Wiener Schmäh“, bei dem es sich um ein Comedy-Format handelt. Der Dienst umfasst die Produktion von einer Unterhaltungssendung in Form von Pranks, Interviews und Parodien von Werbespots sowie einer Comedy-Serie. Diese Inhalte weisen auch eine Vergleichbarkeit zu Fernsehsendungen auf. Ein weiteres Indiz für das Vorliegen einer Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV ist der Umstand, dass im Rahmen der Bereitstellung des Mediendienstes kommerzielle Kommunikation geschaltet wird. Damit finanziert sich der Dienst auf die gleiche Weise wie eine Vielzahl von Mediendiensteanbietern (siehe Abb. 9).

Damit 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.

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 Dienst „Wiener Schmäh“ schaden der Einordnung als Dienstleistung (vgl. BVwG 19.02.2016, W194 2009539-1/4E). Daher gehen auch die Ausführungen des Antragstellers hinsichtlich fehlender Kostendeckung ins Leere.

Die KommAustria geht daher davon aus, dass beim gegenständlichen Dienst das Kriterium einer Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV erfüllt ist.

#### **4.3.2. Zur redaktionellen Verantwortung**

Die redaktionelle Verantwortung für die Gestaltung des audiovisuellen Mediendienstes ist zentraler Anknüpfungspunkt.

§ 2 Z 20 AMD-G lautet:

*„20. Mediendienstanbieter: 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 Abs. 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;“*

Gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. c AVMD-RL ist die „redaktionelle Verantwortung“ bei audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf als Ausübung einer wirksamen Kontrolle sowohl hinsichtlich der Zusammenstellung der Sendungen als auch hinsichtlich ihrer Bereitstellung mittels eines Katalogs zu verstehen. Mediendienstanbieter ist derjenige, der dabei die redaktionelle Verantwortung für die Auswahl der audiovisuellen Inhalte des audiovisuellen Mediendienstes trägt und bestimmt, wie diese gestaltet werden (Art. 1 Abs. 1 lit. d AVMD-RL).

Es liegen keine Hinweise vor, dass die Auswahl der Inhalte auf dem YouTube-Kanal und auf der Webseite <http://www.wienerschmaeh.at/> durch jemand anderen als den Antragsteller selbst erfolgt. Die redaktionelle Verantwortung für die Gestaltung des audiovisuellen Mediendienstes ist daher zu bejahen.

#### **4.3.3. Zum Hauptzweck**

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 Video-Angebot des Antragstellers auf YouTube stellt ein eigenständig nutzbares Angebot dar. Die Videos werden auf einem eigens dafür geschaffenen YouTube-Kanal bereitgestellt.

Es handelt sich bei dem YouTube-Kanal „Wiener Schmä“ sowie beim auf der Webseite <http://www.wienerschmaeh.at/> bereitgestellte Video-Angebot daher nach Ansicht der KommAustria daher um ein eigenständiges Angebot mit dem Hauptzweck der Bereitstellung von Videos.

#### **4.3.4. Zur Fernsehähnlichkeit**

Weiters ist zu prüfen, ob mit dem Angebot Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung angeboten werden, kurz ob das Angebot fernsehähnlich ist. „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 Sendeplans oder Katalogs ist (vgl. ausführlich BKS 13.12.2012, GZ 611.191/0005-BKS/2012; siehe auch Art. 1 Abs.1 lit. b AVMD-RL).

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.

Bei den hier relevanten Begriffsdefinitionen orientierte sich der Gesetzgeber, wie er in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage ausdrücklich betonte, „strikt an den Vorgaben der Mediendiensterichtlinie“, sodass für das Begriffsverständnis auf die einschlägigen Vorschriften des Unionsrechts, insbesondere auf Art. 1 AVMD-Richtlinie Bedacht genommen werden muss (vgl. VwGH 16.12.2015, Zl. 2015/03/0004).

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.

Der EuGH hat zum Erfordernis der Fernsehähnlichkeit in seinem Urteil vom 21.10.2015, C-347/14, New Media Online GmbH, im Wesentlichen festgehalten, dass die Einordnung von einzelnen Videos als "Sendung" im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit b AVMD-RL nicht erfordere, dass die komplette Kurzvideosammlung mit einem von einem Fernsehveranstalter erstellten kompletten Sendeplan oder Katalog vergleichbar, sondern dass nur eine Vergleichbarkeit von Videosequenzen wie den in Rede stehenden mit der Form und dem Inhalt von Fernsehprogrammen notwendig sei. Es schade auch nicht, dass sie von kurzer Dauer seien, weil das Fernsehprogrammangebot neben Programmen von langer und mittlerer Dauer auch Programme kurzer Dauer enthalte. Die Videos

müssten sich lediglich wie ein Fernsehprogramm an ein Massenpublikum richten und bei diesem im Sinne des ErWG 24 AVMD-RL eine deutliche Wirkung entfalten. Die AVMD-RL zielt nach ihren ErwG 11, 21 und 24 darauf ab, dass in einem besonders wettbewerbsstarken Mediumfeld für Anbieter, die sich an das gleiche Publikum richten, die gleichen Regeln gelten würden und verhindert werde, dass audiovisuelle Mediendienste auf Abruf dem herkömmlichen Fernsehen gegenüber unlauteren Wettbewerb betreiben könnten. Eine solche Wettbewerbssituation bestehe etwa, wenn Beiträge von regionalen Fernsehsendern zum Abruf gestellt würden, da diese Videos in Wettbewerb zu den von den regionalen Fernsehsendern angebotenen Informationsdiensten träten. Dies gelte auch für kurzen Videos, die Kultur- oder Sportveranstaltungen oder auf Unterhaltungsreportagen bezögen und insofern mit Musikkanälen, Sportkanälen sowie Unterhaltungssendungen im Wettbewerb stünden.

Die gegenständlichen Videos, in concreto die Street-Pranks, ähneln aufgrund ihrer Inhalte Sendungsformaten wie zum Beispiel „Echt fett“, „Verstehen Sie Spaß?“ oder „Versteckte Kamera“. Die Videobeiträge dienen vorwiegend der Unterhaltung der Nutzer. Insofern ist eine Vergleichbarkeit in Form und Inhalt der bereitgestellten Videobeiträge mit Fernsehsendungen gegeben.

Darüber hinaus ist die Art der Aufmachung der Videobeiträge unter der Rubrik „Wiener Schmah - Die Serie“, welche mit eigenen Intros eingeleitet werden, mit einer Comedyfernsehserie im linearen Fernsehprogramm vergleichbar.

Die KommAustria geht daher davon aus, dass das YouTube-Angebot „Wiener Schmah“ und das Video-Angebot auf der Webseite <http://www.wienerschmaeh.at/> fernsehähnlich ist.

#### **4.3.5. Zur allgemeinen Öffentlichkeit**

Für das Vorliegen eines audiovisuellen Mediendienstes fordert § 2 Z 3 AMD-G ausdrücklich, dass sich ein solcher an die „allgemeine Öffentlichkeit“ richtet. Im Sinne dieser Bestimmung muss der Mediendienst daher technisch für jedermann abrufbar sein und es darf die Zugänglichkeit nicht auf einen exklusiven Adressatenkreis beschränkt sein.

Das Angebot richtete sich an die Allgemeinheit und war unter den Adressen <https://www.youtube.com/user/Godsentertainment666> sowie <http://www.wienerschmaeh.at/> für jedermann frei abrufbar. Es besteht daher nach Ansicht der KommAustria kein Zweifel daran, dass die Sendungen der allgemeinen Öffentlichkeit bereitgestellt werden.

#### **4.3.6. Zum elektronischen Kommunikationsnetz**

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

Zusammenfassend stellt die KommAustria daher fest, dass das unter der Internetadresse <https://www.youtube.com/user/Godsentertainment666> abrufbare YouTube-Angebot „Wiener Schmah“ und das unter der Internetadresse <http://www.wienerschmaeh.at/> bereitgestellte Video-Angebot des Antragstellers als audiovisueller Mediendienst auf Abruf im Sinne von § 2 Z 4 iVm Z 3 AMD-G zu qualifizieren ist.

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: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 1.950/18-168“, 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 26. November 2018

**Kommunikationsbehörde Austria**

Dr. Susanne Lackner  
(Vorsitzende-Stellvertreterin)