



Bescheid

I. Spruch

Die Anzeige vom 02.11.2021 von A wird gemäß § 9 Abs. 7 Z 1 iVm § 2 Z 3 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 190/2021, zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Eingabe im eRTR vom 02.11.2021 zeigte A („Antragstellerin“) ein Web-TV mit dem Programmnamen „MoriaProfa Twitch“ abrufbar unter <https://www.twitch.tv/moriaprofa> an. Die Antragstellerin gab dazu unter anderem an, dass es sich um Livestreams von Computerspielen sowie „Privates“ (Backen etc.) auf Twitch handle, die Programmausrichtung international sei und hundertprozentig Eigenproduktionen vorliegen würden.

Mit Schreiben vom 10.11.2021 gab die Antragstellerin bekannt, dass sie „Privates“ (z.B. Back-Streams im Dezember) eher selten streamt und der Hauptfokus bei den Streams auf Spielen liege, dass es keine fixen Streamingzeiten gebe und dass sie derzeit im Affiliate-Programm von Twitch sei.

2. Sachverhalt

Auf Grund der Anzeige, des Schreibens sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

A bietet einen Twitch-Kanal mit dem Namen „MoriaProfa“ (abrufbar unter <https://www.twitch.tv/moriaprofa>) an.

Abbildung 1 anonymisiert

Auf diesem Kanal werden hauptsächlich Livestreams von Videospielen gezeigt. In seltenen Fällen werden Livestreams von Privatem (z.B. Back-Streams im Dezember) ausgestrahlt. Es gibt keine fixen Streamingzeiten. Einige Streams werden nachher zum Abruf angeboten.

Die Anzeigelegerin befindet sich im Affiliate-Programm von Twitch. Beim Affiliate-Programm von Twitch handelt es sich um die Möglichkeit als Streamer auf Twitch Einnahmen zu generieren.

Der Twitch-Kanal wird von der Anzeigelegerin verwaltet. Sie produziert die Livestreams.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen gründen sich auf die Anzeige und die beigefügte Reisepasskopie, das Schreiben vom 10.11.2021 sowie die behördliche Einsichtnahme in den gegenständlichen Twitch-Kanal zum Bescheiddatum.

Die Feststellungen zum Affiliate-Programm von Twitch gründen sich auf die Angaben auf der unter <https://affiliate.twitch.tv/de-de/> abrufbaren Website von Twitch.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zur Zuständigkeit der Behörde

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 190/2021, obliegt der KommAustria unter anderem die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht nach den Bestimmungen des AMD-G.

Gemäß § 66 Abs. 1 AMD-G, BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 190/2021, ist Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes die gemäß § 1 KOG eingerichtete KommAustria.

4.2. Vorliegen eines audiovisuellen Mediendienstes

§ 2 AMD-G lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Sinne dieses Gesetzes ist:

[...]

3. audiovisueller Mediendienst: eine Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, bei der der Hauptzweck oder ein trennbarer Teil der Dienstleistung darin besteht, unter der redaktionellen Verantwortung eines Mediendienstanbieters der Allgemeinheit Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung über elektronische Kommunikationsnetze (Art. 2 Z 1 der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. Nr. L 321 vom 17.12.2018, S. 36) bereitzustellen; 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);

[...]

16. Fernsehprogramm: ein audiovisuelles Rundfunkprogramm im Sinne des Artikels I Abs. 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl. Nr. 396/1974, oder ein anderer über elektronische Kommunikationsnetze verbreiteter audiovisueller Mediendienst, der von einem Mediendienstanbieter für den zeitgleichen Empfang von Sendungen auf der Grundlage eines Sendeplans bereitgestellt wird; [...]"

§ 9 AMD-G lautet auszugsweise:

„Anzeigepflichtige Dienste

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

(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. Weiters sind Nachweise über die für die Bestimmung der Rechtshoheit relevanten Tatsachen (Niederlassung) vorzulegen. 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

[...],

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.“

Verfahrensgegenständlich ist zunächst die Frage, ob die Antragstellerin einen audiovisuellen Mediendienst im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G anbietet, welcher der Anzeigepflicht gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G unterliegt.

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 einen wirtschaftlichen Charakter in einem weiteren Sinn aufzuweisen haben und dass die Leistung zumindest zu Erwerbszwecken erfolgen muss (*Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, 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).

Das in Art. 57 AEUV normierte Erfordernis der Entgeltlichkeit von Dienstleistungen ist nicht zuletzt aufgrund der Formulierung „in der Regel“ in gewisser Weise abstrakt zu verstehen. Dementsprechend ist etwa eine unmittelbare Gegenleistung des Dienstleistungsempfängers an den Dienstleistungserbringer nicht zwingend erforderlich, ebenso wenig wie eine unmittelbare rechtliche Beziehung zwischen diesen beiden (vgl. EuGH, Rs. 352/85, Slg. 1988, 2085, Rn 16 – *Bond*

van Adverteerders; Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Kommentar zu Art. 56, 57 AEUV, Rz 12f). Der Dienstleistungserbringer muss jedoch einen gewissen Erwerbszweck verfolgen (Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Kommentar zu Art. 56, 57 AEUV, Rz 9, m.w.N).

Daher ist darauf abzustellen, ob die Leistung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit des betroffenen Leistungserbringers erbracht wird, das heißt einer Tätigkeit, in deren Zug Leistungen (seien es Leistungen derselben Art oder andere Leistungen) in der Regel entgeltlich erbracht werden, wobei die Vergütung für diesen Dienst nicht notwendiger Weise von demjenigen bezahlt werden muss, dem der Dienst zu Gute kommt (vgl. VwGH 05.10.2021, 2021/03/0061-6 unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. 484/14 – *Mc Fadden*).

Die Antragstellerin befindet sich im Affiliate-Programm von Twitch, und handelt damit mit Erwerbsabsicht.

Es ist daher davon auszugehen, dass beim gegenständlichen Dienst das Kriterium der Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV erfüllt ist.

4.2.2. Zur redaktionellen Verantwortung

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

§ 2 Z 28b AMD-G lautet:

„redaktionelle Verantwortung: die Ausübung einer wirksamen Kontrolle sowohl hinsichtlich der Zusammenstellung der Sendungen als auch hinsichtlich ihrer Bereitstellung entweder anhand eines chronologischen Sendepfades eines Fernsehprogrammes oder mittels eines Katalogs eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf;“

§ 2 Z 20 AMD-G lautet:

„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;“

Gemäß § 2 Z 28b AMD-G ist die redaktionelle Verantwortung bei audiovisuellen Mediendiensten als Ausübung einer wirksamen Kontrolle sowohl hinsichtlich der Zusammenstellung der Sendungen als auch hinsichtlich ihrer Bereitstellung mittels eines Katalogs oder Sendepfades zu verstehen. Mediendiensteanbieter gemäß § 2 Z 20 AMD-G ist derjenige, der dabei die redaktionelle Verantwortung für die Auswahl der audiovisuellen Inhalte des Angebots trägt und bestimmt, wie diese ausgestaltet werden.

Die Antragstellerin produziert die Livestreams selbst und überträgt sie dann auf Twitch. Einige Streams werden dann zum Abruf bereitgehalten.

Im Sinne der genannten Bestimmung ist daher unproblematisch zu folgern, dass die Antragstellerin die redaktionelle Verantwortung trägt.

4.2.3. Zum Hauptzweck

Voraussetzung für das Vorliegen eines audiovisuellen Mediendienstes gemäß § 2 Z 3 AMD-G ist weiter, ob der Hauptzweck oder ein trennbarer Teil der Dienstleistung darin besteht, Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitzustellen.

Bei dem Twitch-Kanal „MoriaProfa“, abrufbar unter der Internetadresse <https://www.twitch.tv/moriaprofa>, handelt es sich um ein eigenständiges, abgrenzbares Angebot, dessen Wesen es ist, ausschließlich Videoinhalte verfügbar zu machen. Jedoch fehlt es gegenständlich an der Voraussetzung der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung (vgl. dazu 4.2.4.).

Es handelt sich zusammenfassend daher bei dem verfahrensgegenständlichen Angebot nicht um ein solches mit dem Hauptzweck der Bereitstellung von Videos.

4.2.4. Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung

Weiters ist zu prüfen, ob im Rahmen gegenständlicher Angebote Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitgestellt werden.

§ 2 Z 30 AMD-G lautet:

„Sendung: ein einzelner, in sich geschlossener Teil eines audiovisuellen Mediendienstes, der unabhängig von seiner Länge aus einer Abfolge von Bewegtbildern mit oder ohne Ton besteht und Bestandteil eines von einem Mediendiensteanbieter erstellten Sendepplans oder Katalogs ist; der Begriff schließt insbesondere Spielfilme, Videoclips, Sportberichte, Sitcoms, Dokumentationen, Nachrichten-, Kunst- und Kultursendungen, Kindersendungen und Originalproduktionen ein;“

Der vorliegende Kanal besteht vorwiegend aus Livestreams von Computerspielen. In selten Fällen werden Livestreams von „Privatem“ (z.B. Back-Streams im Dezember) ausgestrahlt. Einige der Streams werden dann zum Abruf bereitgehalten. Da sohin Livestreams von Computerspielen weitgehend überwiegen, kann zum derzeitigen Stand als Inhalt des vorliegenden Twitch-Kanals Livestreams von Computerspielen angenommen werden.

Gaming Inhalte dienen zwar in gewisser Weise der Unterhaltung der Nutzer und können auch ein breites Publikum anziehen, aufgrund des der AVMD-RL inhärenten Gedankens der Wettbewerbsgleichheit zwischen nicht-linearen und linearen Angeboten ist jedoch davon auszugehen, dass die genannten Inhalte als vergleichbar mit herkömmlichen Unterhaltungsangeboten angesehen werden und insoferne nicht unter den Sendungsbegriff des AMD-G subsumiert werden können.

Darüber hinaus bedarf es für die Qualifikation als Fernsehprogramm (§ 2 Z 16 AMD-G) des Vorliegens eines Sendepplans. Aufgrund des Umstandes, dass die Streams auf dem gegenständlichen Kanal nicht zu geregelten Zeiten erfolgen, ist das Vorliegen eines Sendepplans zu verneinen.

Es ist daher davon auszugehen, dass auf dem verfahrensgegenständlichen Kanal keine Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung im Sinne des AMD-G bereitgestellt werden.

4.2.5. Zur Allgemeinheit

Für das Vorliegen eines audiovisuellen Mediendienstes fordert § 2 Z 3 AMD-G ausdrücklich, dass sich ein solcher an die „Allgemeinheit“ 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. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass schon zum Begriff der „Allgemeinheit“ der Fernseh-RL vom EuGH ausgesprochen wurde, dass die verschlüsselte Ausstrahlung, wonach zum Empfang ein gesonderter, individueller (grundsätzlich allen Interessierten offenstehender) Vertragsschluss erforderlich ist, der Qualifizierung nicht entgegensteht, dass ein Dienst an die Allgemeinheit gerichtet ist (vgl. EuGH 2.6.2005, Rs C 89/04, Mediakabel). Dies kann auf audiovisuelle Mediendienste umgelegt werden.

Das verfahrensgegenständliche Angebot ist für jedermann unter <https://www.twitch.tv/moriaprofa> abrufbar.

Es besteht daher nach Ansicht der KommAustria kein Zweifel daran, dass die Sendungen 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.

4.3. Zusammenfassung

Zusammenfassend geht die KommAustria daher davon aus, dass es sich bei dem unter <https://www.twitch.tv/moriaprofa> bereitgestellten Angebot „MoriaProfa“ mangels Vorliegen aller Kriterien um keinen audiovisuellen Mediendienst nach § 2 Z 3 AMD-G handelt, womit sich die Prüfung, ob ein Abrufdienst nach § 2 Z 4 AMD-G vorliegt, erübrigt.

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 1.950/21-184“, 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 05. Jänner 2022

Kommunikationsbehörde Austria

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)