



Bescheid

I. Spruch

Die am 29.03.2022 bei der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) eingelangte Anzeige von A betreffend den TikTok Kanal „@A“, abrufbar unter der URL <https://vm.tiktok.com/ZMLHq6YHx/>, und den Instagram Kanal „@A“, abrufbar unter der URL <https://instagram.com/A>, wird gemäß § 9 Abs. 7 Z 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 55/2022, zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit E-Mail vom 29.03.2022 zeigte A (in Folge: der Einbringer) an, dass er unter <https://vm.tiktok.com/ZMLHq6YHx/> einen TikTok Kanal und unter <https://instagram.com/A> einen Instagram Kanal betreibe. Er plane nun Werbung von Firmen in die dort zum Abruf bereitgehaltenen Videos einzubauen. Er poste auf seinen Kanälen Kurzvideos im VLOG-Stil über seinen Alltag oder spezifisch zu Trainingsplänen oder seiner Ernährung. Firmen würden deshalb auf ihn zukommen und Anfragen zur Kollaboration stellen. Für diese Kollaborationen erhalte der Einbringer dann in Folge ein Honorar.

2. Sachverhalt

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

Der Einbringer ist österreichischer Staatsbürger und wohnhaft in Österreich. Er bietet unter den im Spruch genannten Links einen Tik Tok und einen Instagram Kanal mit dem Namen „A“ an.

Er plant durch die Zusammenarbeit mit Firmen Einnahmen zu lukrieren.

2.1. Zum Instagram Kanal:

Der Einbringer bietet unter <https://instagram.com/A> einen Instagram-Kanal an. Auf diesem befinden sich 72 Beiträge, wovon 32 Videoinhalte sind. Es handelt sich um Videos zum Thema Workout und „Inspiration“.

Abbildung 1: anonymisiert

2.2. Zum Tik Tok Kanal:

Der Einbringer bietet unter dem Link <https://vm.tiktok.com/ZMLHq6YHx/> einen Tik Tok Kanal an. Die dort zum Abruf bereitgehaltenen Videos sind zum Großteil eine Art „Tagebuch“ und dauern zwischen ca. fünf Sekunden und ca. 20 Sekunden. Es wird der Tagesablauf des Einbringers (Workouts, Uni-Alltag, Ernährung, „inspirational Videos“) gezeigt. Ebenso finden sich Videos über Erlebnisse bzw. Erfahrungen des Einbringers.

Die Videos sind zum Großteil mit Musik hinterlegt, nur selten ist ein Dialog zu hören.

Abbildung 2: anonymisiert

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen gründen sich auf der Anzeige des Einschreiters sowie einer Einsichtnahme in die gegenständlichen Kanäle durch die Behörde am 25.04.2022 und am 20.07.2022.

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. 136/2022, obliegt der KommAustria unter anderem die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht nach den Bestimmungen des AMD-G.

Gemäß § 66 Abs. 1 AMD-G 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 Programmekatalog 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;

[...]

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;

[...]

30. 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 Mediendienstanbieter erstellten Sendeplans oder Katalogs ist; der Begriff schließt insbesondere Spielfilme, Videoclips, Sportberichte, Sitcoms, Dokumentationen, Nachrichten-, Kunst- und Kultursendungen, Kindersendungen und Originalproduktionen ein;

[...]“

§ 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 Mediendienstanbieters 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 somit die Frage, ob der Einschreiter audiovisuelle Mediendienste im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G anbietet, welche der Anzeigepflicht gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G unterliegen.

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/Trainer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetze*⁴, 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 des Antragstellers im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit 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, Ra 2021/03/0061-6 unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. 484/14 – *Mc Fadden*).

Eine Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV liegt jedenfalls dann vor, wenn der Einschreiter auf seinen Kanälen Werbung der verwendeten Plattformen zulässt oder selbst kommerzielle Kommunikation betreibt. Der Einschreiter gab in der Anzeige an, dass Firmen auf ihn zukommen würden und Anfragen zu Kollaborationen stellen würden. Er präsentiere dann die Produkte und werbe so damit, wofür er ein Honorar bekommen. Die KommAustria geht daher davon aus, dass Dienstleistungseigenschaft hinsichtlich beider Dienste jedenfalls 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 Sendeplans eines Fernsehprogrammes oder mittels eines Katalogs eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf;“

§ 2 Z 20 AMD-G lautet:

„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;“

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 Sendeplans zu verstehen. Mediendienstanbieter gemäß § 2 Z 20 AMD-G ist derjenige, der dabei die redaktionelle Verantwortung für die Auswahl der audiovisuellen Inhalte des audiovisuellen Mediendienstes trägt und bestimmt, wie diese gestaltet werden.

Der Einschreiter ist laut eigenen Angaben Inhaber des gegenständlichen TikTok Kanals. Es haben sich keine Anhaltspunkte ergeben, wonach er nicht für sämtliche inhaltliche Entscheidungen verantwortlich sein soll. Selbiges gilt für den Instagram-Kanal.

Im Sinne der genannten Bestimmung des AMD-G trägt der Einschreiter die redaktionelle Verantwortung für die Auswahl der audiovisuellen Inhalte des gegenständlichen TikTok Kanals und des Instagram Kanals und bestimmt, wie diese gestaltet werden. Nach Ansicht der KommAustria ist die redaktionelle Verantwortung daher im Ergebnis zu bejahen.

4.2.3. 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 Mediendienstanbieter erstellten Sendeplans oder Katalogs ist; der Begriff schließt insbesondere Spielfilme, Videoclips, Sportberichte, Sitcoms, Dokumentationen, Nachrichten-, Kunst- und Kultursendungen, Kindersendungen und Originalproduktionen ein;“

Die Gesetzesmaterialien zur Novelle BGBl. I Nr. 150/2020 (462 dB XXVII. GP, 7) halten zur Begriffsabgrenzung des § 2 Z 30 AMD-G Folgendes fest:

„Im gegebenen Zusammenhang ist wie schon oben bei der Definition eines audiovisuellen Mediendienstes festzuhalten, dass trotz des Entfalls des Elements der Fernsehähnlichkeit in der Definition nach der geänderten Richtlinie weiterhin nicht jegliches (mehr oder minder professionell gestaltetes) audiovisuelles Material im Internet unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Vielmehr sind – orientiert an den unverändert bestehenden ErwG 21 bis 23 der Richtlinie 2010/13/EU – nur jene Erscheinungsformen erfasst, die einen massenmedialen Charakter aufweisen, dh. „für den Empfang durch einen wesentlichen Teil der Allgemeinheit bestimmt sind und bei dieser eine deutliche Wirkung entfalten könnten“. In einer Gesamtbetrachtung kommt es

entsprechend der Definition des audiovisuellen Mediendienstes gerade auch im Bereich der auf Abruf bereitgehaltenen Inhalte auf Websites besonders auch auf das Element einer auf eine gewisse Kontinuität angelegten „Dienstleistung“ an.“

Die Inhalte der Kanäle des Einschreiters beschäftigen sich mit dem Leben des Einschreiters, seinen Fitnesstrainings, seiner Ernährung und sogenannten „inspirational Videos“. Als solche sind sie nicht als Ratgeber konzipiert, sondern eher aus ästhetischen und motivierenden Aspekten bereitgestellt. Auch finden sich keine Dialoge oder explizite Tipps, sondern sind die Videos mit Musik hinterlegt. Obgleich die Kanäle des Einschreiters ein großes Publikum erreichen, ist aber im Sinne des vom AMD-G aus der AVMD-RL übernommenen Gedanken der Wettbewerbsgleichheit zwischen nicht-linearen und linearen Angeboten davon auszugehen, dass die gegenständlichen Kanäle nicht als vergleichbar mit herkömmlichen Unterhaltungsangeboten angesehen werden können und insofern nicht – iSd oben genannten Materialien „für den Empfang durch einen wesentlichen Teil der Allgemeinheit bestimmt“ sind.

Es handelt sich sohin bei den verfahrensgegenständlichen Angeboten daher um keine solche, die der Bereitstellung von Sendungen zur Unterhaltung, Information oder Bildung dienen.

4.2.4. Hauptzweck des Angebots

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 TikTok Kanal handelt es sich um ein eigenständiges, abgrenzbares Angebot, dessen Wesen es ist, ausschließlich Videoinhalte verfügbar zu machen.

Im Instagram-Account des Einbringers werden aktuell unterschiedliche Inhalte, also sowohl statische Bild wie auch Bewegtbildinhalte, bereitgestellt. Die Bewegtbildinhalte sind von der Anzahl her in der Minderzahl. Abgesehen von der Anzahl der Beiträge ist auch festzuhalten, dass aufgrund des Gesamteindrucks des Kanals kein Überwiegen von Bewegtbildinhalten gegenüber anderen Inhalten festzustellen war.

Es handelt sich daher bei dem verfahrensgegenständlichen Tik-Tok Kanal um ein eigenständiges Angebot mit dem Hauptzweck der Bereitstellung von Videos. Allerdings liegt – wie schon unter 4.2.3. ausgeführt – der Hauptzweck nicht in der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung.

Bei dem gegenständlichen Instagram-Kanal handelt es sich derzeit um ein eigenständiges, abgrenzbares Angebot, dessen Wesen es ist, mehrheitlich Fotos verfügbar zu machen. Es handelt sich daher um kein eigenständiges Angebot mit dem Hauptzweck der Bereitstellung von Sendungen.

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.

Die verfahrensgegenständlichen Angebote sind für jede Person unter <https://vm.tiktok.com/ZMLHq6YHx/> und <https://instagram.com/A> abrufbar.

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

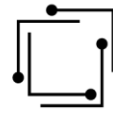
Zusammenfassend geht die KommAustria daher davon aus, dass es sich bei den unter <https://vm.tiktok.com/ZMLHq6YHx/> und <https://instagram.com/A> bereitgestellten Angeboten „A“ mangels der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung um keine audiovisuellen Mediendienste nach § 2 Z 3 AMD-G handelt und die Dienste somit nicht der Rechtsaufsicht der KommAustria unterliegen.

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 1.950/22-065“, 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.



KommAustria
Kommunikationsbehörde Austria

Wien, am 30. August 2022

Kommunikationsbehörde Austria

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)