

Bescheid

I. Spruch

Der Antrag der **New Media Online GmbH** (FN 249738m beim Landesgericht Innsbruck), vertreten durch Knoflach-Kroker-Tonini & Partner, Sillgasse 12/IV, 6020 Innsbruck, auf Feststellung, dass sie im Rahmen des Internetauftritts unter der URL www.tt.com und durch die darüber angebotenen Inhalte keinen audiovisuellen Mediendienst gemäß § 2 Z 3 und 4 AMD-G veranstaltet und daher keine Verpflichtung zur Anzeige nach § 9 Abs. 1 AMD-G besteht, wird gemäß § 9 Abs. 1 und 7 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, als unzulässig zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens und Sachverhalt

Mit Schreiben vom 09.05.2012, KOA 1.980/12-017, teilte die 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.

2. Beweiswürdigung

Die Feststellungen hinsichtlich des Antrags ergeben sich aus dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 23.05.2012.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. 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);*

[...]“

§ 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).

3.2. 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.

3.3. Zur Zulässigkeit

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 Antragstellern beantragt die Feststellung, dass durch den Internetauftritt unter der URL 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.“

Im AMD-G ist somit ein (negatives Feststellungs-)Verfahren vorgesehen, welches die beantragte Feststellung, nämlich dass kein audiovisueller Mediendienst im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G vorliegt, zum Gegenstand hat: Auf Grund einer Anzeige gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G hat die Behörde zu prüfen, ob ein audiovisueller Mediendienst vorliegt oder nicht. Ist dies nicht der Fall, hat sie die Anzeige gemäß § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G zurückzuweisen. Somit sieht das Gesetz ausdrücklich ein Verfahren vor, in welchem die von der Antragstellerin aufgeworfene Rechtsfrage Gegenstand ist.

Es ist der Antragstellerin im Sinne der zitierten Rechtsprechung zuzumuten, ein solches Verfahren durch Anzeige des gegenständlichen Dienstes bei der Behörde anhängig zu machen: Mit der Anzeige kann die Antragstellerin alles vorbringen, was nach ihrer Ansicht gegen das Vorliegen eines audiovisuellen Mediendienstes im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G spricht. Die Behörde hat sodann die Anzeige zu prüfen. Liegt – wie die KommAustria im Aufforderungsschreiben vom 09.05.2012 vorläufig angenommen hat – tatsächlich ein audiovisueller Mediendienst im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G vor, so ist die Antragstellerin ihrer gesetzlichen Anzeigepflicht nachgekommen und verletzt ab diesem Zeitpunkt die Verwaltungsstrafbestimmung des § 64 Abs. 1 Z 4 AMD-G nicht (mehr); kommt die KommAustria auf Grund der Prüfung hingegen zum Ergebnis, dass kein audiovisueller Mediendienst vorliegt, erfolgt die bescheidmäßige Feststellung gemäß § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G.

Soweit die Antragstellerin vorbringt, eine Anzeige sei ihr auch deshalb nicht zumutbar, weil diese die Finanzierungsbeitragspflicht gemäß § 35 KOG und die „Reglementierungen und Verpflichtungen gemäß § 29 ff AMD-G“ auslöse, ist ihr im Übrigen entgegenzuhalten, dass die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen unmittelbar an die Eigenschaft als Veranstalter eines audiovisuellen Mediendienstes im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G anknüpft und somit von der Anzeige gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G unabhängig ist.

Zusammenfassend ist die von der Antragstellerin beantragte Feststellung kein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung im Sinne der genannten Rechtsprechung, da die Klärung der gegenständlichen Rechtsfrage, nämlich ob der von ihr angebotene Dienst einen audiovisuellen Mediendienst im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G darstellt, in einem gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Verfahren möglich und dieser Rechtsweg der Antragstellerin auch zumutbar ist.

Da somit kein Feststellungsinteresse der Antragstellerin gegeben ist, war ihr Antrag spruchgemäß als unzulässig zurückzuweisen. Die KommAustria wird daher die „in eventu“ eingebrachte Anzeige eines audiovisuellen Mediendienstes der Antragstellerin zu behandeln haben.

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 28. Juni 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**