



Bescheid

I. Spruch

Die am 18.08.2019 eingelangte Anzeige von A betreffend einen YouTube-Kanal wird gemäß § 9 Abs. 7 Z 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 150/2020, zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit E-Mail vom 19. Juli 2019 stellte A (die Einschreiterin) eine Anfrage an die Geschäftsstelle der KommAustria, die Rundfunk und Telekom Regulierung GmbH (RTR GmbH), und gab bekannt, dass sie sich gerade als Physiotherapeutin selbstständig mache. Geplanter Gründungstermin sei der 1. September 2019. Zeitgleich plane sie, ihr erstes Video im Bereich Prävention von Haltungsschäden/Wahrnehmung und Haltung auf YouTube hochzuladen.

Nach Information durch die RTR GmbH zeigte die Einschreiterin mit E-Mail (Betreff: Anzeige Basic Physio CE e.U.) vom 18.08.2019 an, dass sie einen YouTube-Kanal plane, der physiotherapeutische Aufklärungsvideos mit Erklärungen, Tipps und präventiven Übungen für den Alltag beinhalte. Dies seien keine Videos mit Maßnahmen für Personen mit Schmerzen oder Beschwerden (keine Therapie an kranken Personen per Video). Die Videos seien an gesunde Personen gerichtet. Sie produziere die Videos selbst und es sei noch unklar, wie oft sie Videos auf YouTube hochlade. Dies sei abhängig von der Nachfrage, aber voraussichtlich ein bis zweimal pro Monat. Die Videos seien auf YouTube zu finden, Links dazu würden auf ihrer Website zu finden sein und auf Facebook und Instagram geteilt werden.

2. Sachverhalt

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

A ist als Einzelunternehmerin unter dem Namen „Basic Physio CE e.U.“ ins Firmenbuch eingetragen (FN 5313746 i). Ihr Geschäftszweig ist die Physiotherapie.

Im Entscheidungszeitpunkt der Behörde bietet die Einschreiterin den YouTube-Kanal „Basic Physio by A“ (<https://www.youtube.com/channel/UCZi8I00dqdEDWtByoneESw/featured>) an. Auf diesem befinden sich zwölf Videos.

Abbildung 1 anonymisiert

Abbildung 2 anonymisiert

Auf dem YouTube-Kanal „Basic Physio by A“ werden in unregelmäßigen Abständen, zuletzt am 12. Mai 2020, Videos hochgeladen. Der Upload-Rhythmus variiert zwischen zweimonatig und zwei Videos täglich. Inhaltlich beschäftigten sich die Videos mit Aufklärung über Haltung und damit verbundene Schmerzen im präventiven Bereich sowie Mobilisationsübungen und schonendem Training.

Der YouTube-Kanal wird von der Einschreiterin verwaltet. Sie produziert die am gegenständlichen Kanal befindlichen Videos selbst, lädt diese in der Folge hoch und trägt insgesamt die Verantwortung für die Inhalte.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen hinsichtlich der Einschreiterin gründen sich auf das offene Firmenbuch.

Die Feststellungen hinsichtlich des angezeigten YouTube-Kanals gründen sich auf die glaubwürdigen Vorbringen der Einschreiterin im Rahmen der Anfrage vom 19. Juli 2019 und der Anzeige vom 18. August 2019 sowie der behördlichen Einsichtnahme in den gegenständlichen YouTube-Kanal am 12. April 2021.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 10/2021, 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. 150/2020, ist Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes die gemäß § 1 KOG eingerichtete KommAustria.

4.2. Vorliegen eines audiovisuellen Mediendienstes

Verfahrensgegenständlich ist die Frage, ob die Anzeigelegerin einen audiovisuellen Mediendienst im Sinne des § 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.

§ 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 Mediendiensteanbieters 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 Mediendiensteanbieter für den Empfang zu dem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt und auf dessen individuellen Abruf hin aus einem vom Mediendiensteanbieter festgelegten Programmkatalog bereitgestellt wird (Abrufdienst);*

Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Abrufdienstes vorliegen.

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 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 und sehr weit 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.; KommAustria 25.09.2012, KOA 1.950/12-042).

Der gegenständliche YouTube-Kanal setzt sich zum Bescheiddatum aus zwölf Beiträgen zusammen. Dies sind Videos die sich mit Aufklärung über Haltung und damit verbundene Schmerzen im präventiven Bereich, Gesundheit und Mobilität beschäftigen. Eine Erwerbsabsicht mit dem YouTube-Kanal ist derzeit nicht ersichtlich. Gegenständlich wird auch keine Werbung eingespielt,

auch deswegen scheint es bei diesem Kanal an einer wirtschaftlichen Tätigkeit und somit an der Dienstleistungseigenschaft zu mangeln (arg.: „in der Regel gegen Entgelt“).

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass beim gegenständlich Dienst das Kriterium der Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV nicht erfüllt wird.

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 auf Abruf als Ausübung einer wirksamen Kontrolle sowohl hinsichtlich der Zusammenstellung der Sendungen als auch hinsichtlich ihrer Bereitstellung mittels eines Katalogs 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.

Die Einschreiterin ist laut eigenen Angaben Medieninhaberin des gegenständlichen Videoportals auf YouTube. Wie sie selbst mitteilt, produziert sie die Videos selbst und stellt diese in der Folge auf dem Kanal, welchen sie verwaltet, bereit.

Im Sinne der genannten Bestimmung der AVMD-RL trägt die Einschreiterin die redaktionelle Verantwortung für die Auswahl der audiovisuellen Inhalte des gegenständlichen Angebots und bestimmt, wie diese gestaltet werden.

Nach Ansicht der KommAustria ist die redaktionelle Verantwortung von A daher im Ergebnis zu bejahen.

4.2.3. Zum Hauptzweck oder dem abtrennbaren Teil

Voraussetzung für das Vorliegen eines Abrufdienstes gemäß § 2 Z 4 AMD-G ist weiter, ob der Hauptzweck oder ein trennbarer Teil der Dienstleistung darin besteht, Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitzustellen.

Bei dem YouTube-Kanal „Basic Physio by A“, abrufbar unter der Internetadresse <https://www.youtube.com/channel/UCZi8I00dqdEDWtByyoneESw/featured>, handelt es sich um ein eigenständiges, abgrenzbares Angebot, dessen Wesen es ist, ausschließlich Videoinhalte verfügbar zu machen.

Es handelt sich zusammenfassend daher bei dem verfahrensgegenständlichen Angebot um ein Angebot mit dem Hauptzweck der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit.

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

Das verfahrensgegenständliche geplante Angebot dient in seiner Gesamtheit zweifellos der Bildung; die Gesetzesmaterialien zur Novelle BGBl. I Nr. 150/2020 (462 dB XXVII. GP, 7) halten im Zusammenhang mit der Begriffsabgrenzung in § 2a AMD-G jedoch folgendes fest:

„Erneut ist auch im Zusammenhang mit der nun zur Klarstellung eingefügten Negativabgrenzung zu betonen, dass eine audiovisuelle Mediendienst auf Abruf in inhaltlicher Hinsicht nur dann vorliegt, wenn er mittels eines Katalogs Sendungen (Z 30) zur Information, Bildung oder Unterhaltung bereitstellt. Die Anforderungen der die Richtlinie umsetzenden Bestimmungen des AMD-G (etwa auch zu den Europäischen Werken oder zur Barrierefreiheit) gelten wie in der unionsrechtlichen Vorgabe nur massenmediale Erscheinungsformen das heißt, solche (vgl. ErWG 21) ‚die für den Empfang durch einen wesentlichen Teil der Allgemeinheit bestimmt sind und bei dieser eine deutliche Wirkung entfalten könnten.‘ Nur diese potentielle Wirkung und ihre dadurch hergestellte Eignung, im Markt der auch durch kommerzielle Kommunikation finanzierten audiovisuellen Dienstleistungen in Konkurrenz zu anderen massenmedialen Angeboten zu treten, rechtfertigen eine Gleichbehandlung im Sinne der von der Richtlinie intendierten ‚fairen Wettbewerbsbedingungen‘ (vgl. ErWG 2, 4 und 10 der Richtlinie 2010/13/EU). In diesem Sinn umfasst Abs. 1 eine demonstrative Aufzählung, die nicht ausschließt, dass auch andere, nicht explizit beschriebene Angebote mangels Erfüllung der Elemente der Definition gar nicht in den Anwendungsbereich fallen. In Verbindung mit dem zusätzlichen Erfordernis, dass die Inhalte nicht anderweitig eigenständig verwertet werden dürfen, kann besser abgegrenzt werden, welche audiovisuellen Angebote nicht als derartige im Wettbewerb um Zuschauer/innen und um Werbeeinnahmen ‚kämpfende‘ Dienste gelten; vgl. zu dieser Negativabgrenzung auch die Beispiele bei Kogler, Fernsehähnliches TV-On Demand - Was ist (k)ein "Audiovisueller Mediendienst auf Abruf"?, MR 2011/228.“

Die Beiträge des gegenständlichen YouTube-Kanals weisen keinen Grad an Gestaltung oder redaktioneller Bearbeitung auf. Als solche stellen sie keine gängigen Formate dar, die zur Unterhaltung, Information oder Bildung bereitgestellt werden.

Im vorliegenden Fall liegt, wie oben dargestellt, auch keine Erwerbsabsicht vor; jedoch kann nach Auffassung der KommAustria auch angesichts der engen inhaltlichen Ausrichtung und der sehr eng abgegrenzten Zielgruppe (Menschen mit Mobilitätseinschränkung) ausgeschlossen werden, dass das vorliegende Angebot im Sinne des ErWG 21 der Richtlinie 2010/13/EU und den zitierten Erläuterungen geeignet ist, im Sinne eines „Massenmediums“ deutliche Wirkung in der Weise zu erzielen, dass es in Konkurrenz zu solchen massenmedialen Angeboten tritt.

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

4.2.5. 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. 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 auf Abruf umgelegt werden.

Das verfahrensgegenständliche Angebot ist für jede Person unter <https://www.youtube.com/channel/UCZi8I00dqEDWtByyoneESw/featured> 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.youtube.com/channel/UCZi8I00dqEDWtByyoneESw/featured> von A bereitgestellten Angebots „Basic Physio by A“ mangels Vorliegens einer Dienstleistung sowie mangels Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung, um keinen audiovisuellen Mediendienst auf Abruf im Sinne von § 2 Z 4 iVm Z 3 AMD-G handelt.

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 / 21-064“, 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. April 2021

Kommunikationsbehörde Austria

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)