



Bescheid

I. Spruch

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) stellt aufgrund des Antrages von A gemäß § 9 Abs. 8 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G) BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 55/2022 fest,

1. dass es sich bei dem von ihr bereitgestellten YouTube-Kanal unter <https://www.youtube.com/c/A> derzeit um keinen audiovisuellen Mediendienst auf Abruf im Sinne von § 2 Z 4 iVm Z 3 AMD-G handelt,
2. dass es sich bei dem von ihr bereitgestellten Instagram-Kanal unter <https://www.instagram.com/A/> derzeit um keinen audiovisuellen Mediendienst im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G handelt und
3. dass es sich bei dem von ihr bereitgestellten Facebook-Kanal unter <https://www.facebook.com/MoveBreatheSmile> derzeit um keinen audiovisuellen Mediendienst im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G handelt.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 17.12.2021, stellte die Einschreiterin den Antrag, die KommAustria möge feststellen, ob es sich bei dem von ihr betriebenen YouTube-Kanal um einen audiovisuellen Mediendienst auf Abruf handle.

Die Antragstellerin führt im Wesentlichen aus, dass sie im Frühjahr 2019 Lockdown bedingt einen YouTube-Kanal eröffnet habe und ihr mit Bescheid der KommAustria vom 02.04.2021, KOA 1.950/21-014, bestätigt worden sei, dass es sich bei Ihrem Kanal um keinen audiovisuellen Mediendienst iS des AMD-G handle. Da Ihr Kanal jetzt doch schon monetarisiert sei und sie mittlerweile fast viermal so viele Abonnenten habe, wolle sie die momentane Rechtslage abklären.

Weiters teilt die Antragstellerin mit, dass sie momentan ein bis zwei Fitnessvideos zu den Bereichen Pilates und Yoga pro Woche produziere und über Google AdSense und einen YouTube Mitgliederbereich in etwa EUR 110 pro Monat mit dem YouTube-Kanal verdiene. Sie teile den Link manchmal auf Facebook und Instagram und lade teilweise Ausschnitte auf Instagram.

2. Sachverhalt

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

2.1. Zur Antragstellerin

A ist österreichische Staatsbürgerin.

Sie betreibt den YouTube-Kanal „K's Pilates and More“, den Instagram-Kanal „A“ sowie den Facebook-Kanal „A“. Aus der Kanalinfo Ihres YouTube-Kanals ergibt sich, dass die Antragstellerin unter anderem diplomierte Wirbelsäulen- und Pilates Trainerin ist.

2.2. Kanäle

2.2.1. YouTube-Kanal “K’s Pilates and More”

Der YouTube-Kanal „K's Pilates and More“, der unter <https://www.youtube.com/c/A> bereitgestellt ist, besteht seit Jänner 2020. Das erste Video im Kanal ist vom 11.03.2020.

Abbildung 1: anonymisiert

Auf dem YouTube-Kanal befinden sich ca. 270 Videos zu den Themen Pilates, Yoga und Fitness. Die Videos sind alle eigenproduziert und unterschiedlich lang. Die Antragstellerin erzielt mit dem YouTube-Kanal seit 17.12.2021 über Google AdSense und einen YouTube Mitgliederbereich in etwa EUR 110 pro Monat. Die Videos können individuell angesehen werden.

2.2.2. Instagram-Kanal „A“

Der Instagram-Kanal „A“ wird unter <https://www.instagram.com/A/> bereitgestellt.

Abbildung 2: anonymisiert

Der Instagram-Kanal besteht in einer gesamthaften Betrachtung aus Standbildern (Fotos), Texten und Bewegtbildern (audiovisuellen Inhalten), wobei keine der Kategorien deutlich überwiegt.

Jedenfalls seit Jänner 2022 kam es auf Instagram zu technischen Umstellungen. Die Bereiche, die Bewegtbildinhalte enthalten haben, wurden zusammengeführt und es gibt nur noch zwei unterschiedliche audiovisuelle Formate, die anhand von technischen Kriterien unterschieden werden. Dabei handelt es sich um Videos und Reels. In der Sektion „Videos“ sind die früheren Formate „IGTV“ und Feed-Videos zusammengefasst. Videos haben für verifizierte Accounts eine Länge von max. 60 Minuten, für nicht-verifizierte Accounts max. 10 Minuten. Reels sind kurze Bewegtbildsequenzen oder Standbilder, allenfalls ergänzt um Text, Musik und Effekte mit einer Länge von maximal 60 Sekunden.

In den User-Accounts wurden diese Änderungen von technischer Seite von Instagram implementiert. Dadurch werden in die Timeline („Beiträge“) hochgeladene Bewegtbilder automatisiert auf Basis der oben genannten technischen Faktoren auch einer der Kategorien „Videos“ oder „Reels“ zugewiesen. Den Bereich „IGTV“ gibt es nicht mehr.

Unter dem Reiter „Beiträge“ finden sich sämtliche Inhalte, die ein User in seinem Instagram-Account bereitstellt, d.h. insb. Fotos und Bewegtbilder inklusive allfälliger Textbeiträge in sämtlichen technisch zugelassenen Ausgestaltungen. Unter dem Reiter „Videos“ finden sich ausschließlich Bewegtbildformate, unter dem Reiter „Reels“ können sich neben Bewegtbildern auch andere Bilder finden, sofern sie den technischen Vorgaben entsprechen.

Die Zuordnung der einzelnen Inhalte zu den genannten Rubriken wird automatisch durch Instagram vorgenommen, wenn ein User ein entsprechendes Bewegtbildformat in seinen Account hochlädt. Bei Videos muss der User die Kategorie nicht definieren, vielmehr erfolgt die Zuweisung zu dieser Kategorie durch Instagram. Demgegenüber besteht für das Hinzufügen von Reels ein eigener Button, d.h. hier kann der User schon im Zuge des Uploads des Beitrages angeben, dass es sich bei den Inhalten um ein Reel handeln soll. Jedoch ist ein Upload nur möglich, wenn der Inhalt technisch den Vorgaben für Reels entspricht.

Ein vom User hochgeladenes Bewegtbild findet sich sowohl in der Gesamtübersicht „Beiträge“ als auch in der Rubrik „Videos“ bzw. „Reels“ (abhängig von der Zuordnung durch das System).

Die genannten Rubriken und zugehörigen Reiter werden von Instagram automatisch generiert, sobald zumindest ein Beitrag, der als „Video“ oder „Reel“ definiert ist, im Account bereitgestellt wird.

Auf dem Instagram-Kanal sind ca. 234 Beiträge abrufbar, davon ca. 121 Videos und ca. 16 Reels. Die Beiträge befassen sich nahezu ausschließlich mit dem Thema Fitness/Yoga/Pilates.

2.2.3. Facebook-Kanal „A“

Der Facebook-Kanal „A“ wird unter <https://www.facebook.com/MoveBreatheSmile> bereitgestellt. Auf dem Facebook-Kanal befinden sich im Bereich Videos ca. 37 Videos, wobei keine Playlists angelegt wurden.

Die Einschreiterin hat bereits einmal, nämlich am 07.01.2021, einen Antrag auf Feststellung, ob es sich bei ihrem YouTube Kanal (in Inhalt und Aufmachung grundsätzlich vergleichbar zu jenem in den Screenshots dargestellten) gestellt. Mit Bescheid vom 02.04.2021, KOA 1.950/21-014, stellte die Behörde fest, dass es sich mangels Monetarisierung um keinen audiovisuellen Mediendienst auf Abruf gemäß § 2 Z 3 iVm Z 4 AMD-G handelte. Die Frage, ob es sich bei den verfahrensgegenständlichen Videos um die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung handelt, wurde grundsätzlich bejaht.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus der Einsichtnahme der KommAustria in die Kanäle sowie dem glaubwürdigen Antrag der Antragstellerin, sowie dem Bescheid der KommAustria vom 02.04.2021, KOA 1.950/21-014.

Die Feststellungen zur technischen Funktionsweise von Instagram ergeben sich aus dem Bescheid der KommAustria vom 24.06.2022, KOA 1.950/22-054.

4. Rechtliche Beurteilung

§ 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 Programmkatalog 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;*

17. *Fernsehveranstalter: wer Fernsehprogramme (analog oder digital) für die Verbreitung in Kabel- und anderen elektronischen Kommunikationsnetzen, über Satellit oder auf drahtlosem terrestrischem Wege schafft, zusammenstellt und verbreitet oder durch Dritte vollständig und unverändert verbreiten lässt. Fernsehveranstalter ist nicht, wer Fernsehprogramme ausschließlich weiter verbreitet;*

[...]

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;*
[...]"

§ 2a AMD-G lautet auszugsweise:

„Begriffseingrenzung

§ 2a. (1) Nicht als Abrufdienst im Sinne von § 2 Z 4 zu qualifizieren ist insbesondere die Bereitstellung audiovisueller Inhalte, auch wenn diese in einem trennbaren Teil des vom Bereitsteller inhaltlich gestalteten Angebots ausgewiesen sind, durch

[...]

4. Unternehmen zur Präsentation der von ihnen hergestellten oder vertriebenen Waren oder der von ihnen angebotenen Dienstleistungen;

[...]

6. natürliche Personen zur Darstellung des persönlichen Lebensbereichs, wie insbesondere im Zusammenhang mit ihrer Freizeitgestaltung oder ihren Hobbies, ohne einen darüber hinausgehenden Informationsgehalt, der geeignet ist, die öffentliche Meinungsbildung zu beeinflussen.

(2) Die in Abs. 1 genannten Angebote stellen nur dann keinen Abrufdienst im Sinne dieses Bundesgesetzes dar, wenn die Bereitstellung der audiovisuellen Inhalte weder eigenständig noch durch Beifügung oder Einblendung audiovisueller kommerzieller Kommunikation vermarktet oder verwertet wird und auch nicht durch regelmäßige sonstige Zuwendungen finanziell unterstützt 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:

[...]

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

4.1. Behördenzuständigkeit und Zulässigkeit des Feststellungsantrages

Die Antragstellerin beantragt die Feststellung, ob die unter Punkt 2.2. dargestellten Angebote audiovisuellen Mediendienste im Sinne des AMD-G darstellten. Nach Ansicht der KommAustria sind die Angebote auf Instagram sowie auf Facebook auch vom Feststellungsantrag mitumfasst, da die Antragstellerin auch diese beiden Angebote unter dem Punkt Plattformen in Ihrem Feststellungsantrag anführt.

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 fällt.

Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Vorliegen von audiovisuellen Mediendiensten vorliegen.

4.2. Vorliegen eines audiovisuellen Mediendienstes

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. Die Leistungen haben einen wirtschaftlichen Charakter in einem weiteren Sinn aufzuweisen und hat die Leistung zumindest zu Erwerbszwecken (zur Erzielung von Einkünften) zu erfolgen (*Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, S. 434). Damit ist der Begriff der wirtschaftlichen Gegenleistung extensiv auszulegen und schließt auch „Umwegrentabilitäten“ ein (vgl. *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴, S. 434, mwN).

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“ weit zu verstehen. Dementsprechend ist etwa eine unmittelbare Gegenleistung des Dienstleistungsempfängers an den Dienstleistungserbringer nicht zwingend erforderlich (siehe oben), 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). Für das Vorliegen einer Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV ist ihr wirtschaftlicher Charakter ausschlaggebend; es ist aber nicht erforderlich, dass der Leistungserbringer mit Gewinnerzielungsabsicht handelt (vgl. VwGH 05.10.2021, Ra 2021/03/0061, mit Hinweis auf EuGH 18.12.2007, C-281/06, Jundt, Rn. 32f, vgl. dazu unten).

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass im Bereich audiovisueller Medien ein Entgelt (im klassischen Sinn) der Zuseher nicht die Regel darstellt. Auch die grundsätzliche „kostenlose“ Zurverfügungstellung des Informationsangebots schadet daher nicht der Einordnung als Dienstleistung (vgl. BVwG 19.02.2016, W194 2009539-1/4E).

Zur Frage der Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV führt weiters Erwägungsgrund 21 zur Stammfassung der AVMD-RL (Richtlinie 2010/13/EU) aus:

„Er [der Begriff der audiovisuellen Mediendienste] sollte nur Dienstleistungen im Sinne des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfassen, also alle Arten wirtschaftlicher Tätigkeiten, auch die öffentlich-rechtlicher Unternehmen, sich jedoch nicht auf vorwiegend nichtwirtschaftliche Tätigkeiten erstrecken, die nicht mit Fernsehsendungen im Wettbewerb stehen, wie z.B. private Internetseiten und Dienste zur Bereitstellung oder Verbreitung audiovisueller Inhalte, die von

privaten Nutzern für Zwecke der gemeinsamen Nutzung und des Austauschs innerhalb von Interessengemeinschaften erstellt werden.“

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur AMD-G-Novelle BGBl. I Nr. 150/2020 (462 BlgNR 27. GP, 3) finden sich darüber hinaus – ungeachtet des Umstandes, dass es durch diese Novelle hinsichtlich des Dienstleistungsbegriffs zu keiner inhaltlichen Änderung kam – folgende Ausführungen zur Definition des audiovisuellen Mediendienstes:

„Von zentraler Bedeutung für das Vorliegen eines derartigen Dienstes sind daher unverändert das Begriffselement der Dienstleistung, aus dem sich ableiten lässt, dass es um die einer Entfaltung einer regelmäßigen und nicht bloß sporadisch oder unregelmäßig vereinzelt ausgeübten Tätigkeit geht, die zumeist auch auf die Erzielung von Einkünften abstellt. [...] Nach wie vor gilt nach ErwG 21 der Richtlinie 2010/13/EU, dass die Regelungen nicht auch ‚nichtwirtschaftliche Tätigkeiten‘ erfassen. Eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit ist gegeben, wenn ein kostenloser Zugang der Öffentlichkeit zu einer kulturellen Aktivität besteht, da in diesen Fällen ein rein sozialer und/oder kultureller Zweck vorliegt, solange nicht mit Werbeeinnahmen ein Beitrag zu den Kosten erwirtschaftet oder sonst eine Vergütung für die erbrachte Dienstleistung gewährt wird.“

Demnach ist eine nicht-wirtschaftliche Tätigkeit nur gegeben, solange nicht mit Werbeeinnahmen ein Beitrag zu den Kosten erwirtschaftet oder sonst eine Vergütung für die erbrachte Dienstleistung gewährt wird.

Für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist gemäß der jüngsten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) weiters entscheidend, *„ob die erbrachte Leistung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Leistungserbringers erbracht wird, das heißt einer Tätigkeit, in deren Zug Leistungen (seien es Leistungen derselben Art oder andere Leistungen, etwa im Verhältnis von Haupt- und Nebenleistungen bzw. Leistungen zu Werbezwecken ...) in der Regel entgeltlich erbracht werden.“* (VwGH 05.10.2021, Ra 2021/03/0061, unter Hinweis auf EuGH 15.09.2016, C-484/14, Mc Fadden, Rn. 41, unter Hinweis auf EuGH 11.09.2014, C-291/13, Papasavvas).

In dem zitierten Erkenntnis folgt der VwGH der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum Dienstleistungsbegriff in Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft. Der EuGH prüft dabei jeweils, ob die Leistung vom Anbieter als Teilnehmer am Wirtschaftsleben erbracht wird, was etwa in Fällen, in den eine bestimmte Leistung zu Werbezwecken erbracht wird, bejaht wird. Voraussetzung für das Vorliegen einer Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV ist damit, dass der konkrete Dienst im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Anbieters erbracht wird, auch wenn die Vergütung für den konkreten Dienst nicht notwendig von denjenigen bezahlt wird, denen der Dienst zugutekommt.

Die Einschreiterin gibt an, mit dem YouTube-Kanal seit 17.12.2021 über Google AdSense und dem YouTube Mitgliederbereich Einnahmen zu erzielen.

Damit ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Dienstleistungseigenschaft gegenständlich gegeben 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 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 Antragstellerin produziert laut eigenen Angaben alle ihre Videos betreffend den YouTube-Kanal selbst. Im Sinne der genannten Bestimmungen trägt A die redaktionelle Verantwortung für die Auswahl der audiovisuellen Inhalte des gegenständlichen YouTube-Kanals und bestimmt, wie diese gestaltet werden. Nach Ansicht der KommAustria ist die redaktionelle Verantwortung der Antragstellerin betreffend den YouTube-Kanal im Ergebnis daher zu bejahen.

Die Antragstellerin betreibt auch den verfahrensgegenständlichen Instagram-Kanal. Auf Instagram werden die einzelnen Bewegtbildinhalte so wie auch andere Postings (etwa Bilder) in der Kategorie „Beiträge“, vergleichbar mit der Timeline auf anderen Plattformen, gesammelt angezeigt. Dabei werden die Postings mit Icons, an denen man die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Kategorie erkennt, gekennzeichnet. Bewegtbildinhalte werden auch automatisiert in den Kategorien „Videos“ oder „Reels“ angezeigt. Eine redaktionelle Tätigkeit des Nutzers im Sinne einer manuellen Zuordnung zu einer der beiden Kategorien findet hier nicht statt. Im Ergebnis haben technische Änderungen auf Instagram dazu geführt, dass es Betreiber von Accounts durch thematische Zuweisung oder ähnliche Entscheidungen nicht mehr in der Hand haben, ob bzw. welche Einzelelemente in bestimmten Teilfunktionalitäten des Instagram-Accounts erscheinen. Vielmehr werden die Sendungen automatisiert ausschließlich auf Basis technischer Faktoren durch eine Instagram-Funktionalität neben der Sektion „Beiträge“ auch einer Sub-Einheit des Accounts zugewiesen. Somit liegt hinsichtlich der Erstellung eines Katalogs – über die alleinige Nutzung der allgemeinen Kategorie „Beiträge“, keine Möglichkeit der Gestaltung des Katalogs in den Kategorien „Videos“ und „Reels“ mehr vor. Die Rubriken „Videos“ und „Reels“ stellen weiters keinen „trennbaren Teil“ des Dienstes dar, da es durch das automatisierte Befüllen der Rubrik seitens des Diensteanbieters an einer aktiven Gestaltungsmöglichkeit für den Account-Inhaber und damit an der redaktionellen Verantwortung des Betreibers des Accounts fehlt. Die KommAustria geht daher davon aus, dass es gegenständlich am Kriterium der redaktionelle Verantwortung mangelt und waren die weiteren Voraussetzungen für einen Abrufdienst nicht mehr zu prüfen.

Hinsichtlich des Facebook-Kanals ist mangels eines eigens gestalteten Videobereichs etwa in Form von Playlists das Vorliegen der redaktionellen Gestaltung zu verneinen und kann daher eine weitergehende Prüfung der Voraussetzungen für das Vorliegen eines audiovisuellen Mediendienstes unterbleiben.

4.2.3. Zum Hauptzweck oder dem abtrennbaren Teil

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.

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

Damit handelt es sich bei diesem Kanal um einen mit dem Hauptzweck der Bereitstellung von Sendungen.

4.2.4. Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung

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

Wie die Behörde in ihrem Bescheid vom 02.04.2021 festgehalten hat, weisen die Beiträge des verfahrensgegenständlichen YouTube-Kanals einen Grad an Gestaltung oder redaktioneller Bearbeitung auf, der mit gängigen Formaten, welche zur Unterhaltung, Information oder Bildung dienen, grundsätzlich vergleichbar ist.

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 ein audiovisueller 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 für 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.“

Da für die Behörde gegenständlich die tatsächliche Entwicklung des Kanals über die Jahre Anfang 2021 bis Anfang 2023 nachvollzogen werden kann, ist eine konkrete (und nicht bloß abstrakte) Beurteilung des Angebots hinsichtlich einer Dimension von Massenmedialität möglich. Aufgrund der seit der erstmaligen Bereitstellung des Angebots nicht wesentlich entwickelten Professionalisierung bzw. Inszenierung des Kanals sowie, trotz Vervierfachung der Zahlen, gegenüber anderen einschlägigen Kanälen nicht nennenswert erhöhten Nutzerzahlen kann derzeit davon ausgegangen werden, dass der verfahrensgegenständliche Dienst dem Aspekt der Massenmedialität nicht entspricht und eine solche Dimension auch nicht prognostiziert werden kann.

Es handelt sich daher bei den verfahrensgegenständlichen Angeboten nicht um solche, 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 vormaligen 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 Angebot des YouTube-Kanals ist für jede Person unter <https://www.youtube.com/c/A> 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 des YouTube-Kanals erfolgt unter Nutzung des offenen Internets und damit über ein elektronisches Kommunikationsnetz.

4.2.7. Zusammenfassung

Aufgrund der Tatsache, dass bei keinem der auf Facebook, Instagram oder YouTube zum Abruf bereitgestellten verfahrensgegenständlichen Angeboten alle oben im Einzelnen dargelegten

Voraussetzungen vorliegen, war spruchgemäß festzustellen, dass gegenständlich keine Abrufdienste gemäß § 2 Z 4 iVm Z 3 AMD-G vorliegen.

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 1.950/22-007“, 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 06. Februar 2023

Kommunikationsbehörde Austria

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)