



GZ 611.191/0003-BKS/2012

B e s c h e i d

Der Bundeskommunikationssenat hat durch den Vorsitzenden Dr. PÖSCHL und die weiteren Mitglieder Dr. PRIMUS, Dr. GITSCHTHALER, Dr. KARASEK und Dr. LEITL-STAUDINGER über die Berufung der N.M.O. GmbH gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) vom 28. Juni 2012, KOA 1.950/12-028, wie folgt entschieden:

Spruch:

1. Der Berufung wird gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 9 Abs. 1 und 7 AMD-G und § 56 AVG stattgegeben und der erstinstanzliche Bescheid aufgehoben.
2. Die weiteren Anträge werden als unzulässig zurückgewiesen.

Begründung:

1. Mit Schreiben vom 09.05.2012, KOA 1.980/12-017, teilte die KommAustria der N.M.O. GmbH (im Folgenden: Berufungswerberin) mit, dass sie im Zuge amtswegiger Erhebungen aufgrund der Angaben auf der Homepage der Berufungswerberin vorläufig zur Ansicht gekommen sei, dass diese unter einen audiovisuellen Mediendienst veranstalte und diesen bei der Regulierungsbehörde nicht angezeigt habe. Die Berufungswerberin sei gemäß § 9 Abs. 1 und Abs. 2 AMD-G aufgefordert worden, die Tätigkeit als audiovisueller Mediendienst anzuzeigen und dabei die nach § 9 Abs. 2 AMD-G erforderlichen Angaben zu machen.
2. 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 N.M.O. GmbH durch den Internetauftritt unter der URL 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 eventuel“ 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.
3. Mit Bescheid vom 28. Juni 2012 wies die KommAustria 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 den Antrag auf Feststellung der N.M.O. GmbH, *„dass die N.M.O. GmbH 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 veranstalte und daher keine Verpflichtung zur Anzeige nach § 9 Abs. 1 AMD-G besteht.“, als unzulässig zurück.

Die KommAustria begründete den angefochtenen Bescheid im Wesentlichen damit, dass die von der Antragstellerin beantragte Feststellung kein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung sei, da die Klärung der gegenständlichen Rechtsfrage, nämlich ob der von ihr angebotene Dienst einen audiovisuellen Mediendienst im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G darstelle, in einem gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Verfahren möglich und dieser Rechtsweg der Antragstellerin auch zumutbar sei. Im AMD-G sei ein (negatives Feststellungs-) Verfahren vorgesehen, welches die beantragte Feststellung, nämlich dass kein audiovisueller Mediendienst im Sinne des § 2 Z 3 AMD-G vorliege, zum Gegenstand habe. Auf Grund einer Anzeige gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G habe die Behörde zu prüfen, ob ein audiovisueller Mediendienst vorliege oder nicht. Sei dies nicht der Fall, habe sie die Anzeige gemäß § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G zurückzuweisen. Somit sehe das Gesetz ausdrücklich ein Verfahren vor, in welchem die von der Berufungswerberin aufgeworfene Rechtsfrage Gegenstand sei. Da somit kein Feststellungsinteresse der Antragstellerin gegeben sei, wäre der Antrag als unzulässig zurückzuweisen.

4. Mit Schriftsatz vom 16.7.2012 erhob die Berufungswerberin fristgerecht Berufung und machte als Berufungsgründe wesentliche Verfahrensmängel sowie inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids geltend.

Unter dem Gesichtspunkt der Mangelhaftigkeit des Verfahrens werde zunächst gerügt, dass der auf Zurückweisung der Anzeige gemäß § 9 Abs. 1 Z 1 AMD-G gerichtete (Eventual-) Antrag der Berufungswerberin unerledigt geblieben sei. Dies sei jedenfalls geeignet, sich negativ auf die Verfahrensposition der Berufungswerberin auszuwirken. Hätte die Behörde erster Instanz den Eventualantrag behandelt, wäre sie zu einer Erledigung des Sachantrages und zu einer anderen Entscheidung gelangt.

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass dieser in Punkt III des Schriftsatzes vom 23.05.2012 gestellte Eventualantrag mit Rücksicht auf den Hauptantrag irrelevant sei, so wäre dennoch der Feststellungsantrag gemäß Punkt II des Schriftsatzes vom 23.05.2012 als Antrag auf Zurückweisung einer gemäß § 9 Abs. 1 AMD-G erstatteten Anzeige gemäß § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G zu werten gewesen.

Weiters liege hinsichtlich des Eventualantrages ein Begründungsmangel vor. Die Begründung habe sich mit dem Vorbringen der Partei im Detail auseinanderzusetzen. Vor diesem Hintergrund wäre es Verpflichtung der erstinstanzlichen Behörde gewesen, sich (auch) mit dem Eventualantrag der Berufungswerberin auseinanderzusetzen und diesen zu

behandeln, jedenfalls aber zu begründen, weshalb auf diesen nicht näher eingegangen werde.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die erstinstanzliche Behörde die Feststellung zu treffen gehabt, dass die New Media Online GmbH durch ihren Internetauftritt keinen der Anzeigepflicht unterliegenden audiovisuellen Mediendienst gemäß § 2 Z 3 und 4 AMD-G ausübt und daher keine Verpflichtung zur Anzeige besteht bzw. die gemäß Punkt III des Schriftsatzes vom 23.05.2012 erstattete Anzeige gemäß § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G zurückweisen müssen.

Die Berufungswerberin sei Medieninhaberin des Internetauftrittes unter der URL www.tt.com. Der Internetauftritt unter dieser URL beinhalte im Wesentlichen die Online-Ausgabe der „Tiroler Tageszeitung“, bei dieser handele es sich um ein periodisches Medium iSv § 1 Abs. 1 Z 2 iVm § 1 Abs. 1 Z 5 Mediengesetz. Richtig sei, dass begleitend zur redaktionellen Berichterstattung fallweise auch kurze Videobeiträge auf individuellen Abruf zur Verfügung gestellt werden. In diesem Zusammenhang sei auf die Rubrik „Video“ hinzuweisen, wobei es sich hierbei lediglich um einen untergeordneten Teil des Angebotes handele.

Elektronische Ausgaben von Zeitungen und Zeitschriften seien in der Regel nicht als audiovisuelle Mediendienste anzusehen. Dabei sei entscheidend, dass das audiovisuelle Angebot (losgelöst von anderen Angeboten desselben Anbieters) eine eigenständige Funktion erfülle. Kein audiovisueller Mediendienst liege vor, wenn das audiovisuelle Angebot nur eine „Begleiterscheinung“ oder Ergänzung zu einem Textangebot / redaktionellem Content, der nicht aus audiovisuellen Diensten bestehe, darstelle. Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass die audiovisuellen Inhalte (Kurzvideos), welche auf www.tt.com abrufbar zur Verfügung gestellt werden würden, lediglich eine untergeordnete Ergänzung des redaktionellen Inhalts darstellen und keine eigenständige Bedeutung aufweisen. Es läge somit kein audiovisueller Mediendienst vor.

Eine Sendung solle zudem nur dann eine von vom AMD-G erfasste „Sendung“ sein, die in ihrer Wirkung der massenattraktiven Sendung zumindest nahekommen oder diese zu substituieren vermögen. Die unter www.tt.com abrufbaren audiovisuellen Inhalte würden diese Voraussetzungen der „Fernsehähnlichkeit“ nicht erfüllen. Daraus ergäbe sich, dass die seitens der New Media Online GmbH angebotenen Inhalte kein audiovisueller Mediendienst und somit auch kein audiovisueller Mediendienst auf Abruf seien.

Zur Klärung der Frage, ob ein Angebot einen audiovisuellen Mediendienst im Sinne von § 2 Z 3 und 4 AMD-G darstelle, sei kein eigenes Verfahren vorgesehen. Insbesondere ergebe sich auf Grund von § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G keineswegs, in welchem Ausmaß und Umfang die Behörde verpflichtet sei, die erstattete Anzeige zu hinterfragen. Erachte die Behörde einen audiovisuellen Mediendienst für gegeben, werde die Anzeige „zur Kenntnis genommen“.

Werde der von der erstinstanzlichen Behörde aufgezeigte Weg beschritten, indem eine Anzeige erstattet und angeregt werde, die Anzeige zurückzuweisen, ergebe sich – mangels eines im AMD-G normierten Rechtsanspruch auf Feststellung, dass kein anzeigepflichtiger audiovisueller Mediendienst betrieben werden, - angesichts der „positiven“ Erledigung der Anzeige keine unmittelbare Rechtsmittellegitimation des Anzeigenden.

Die begehrte Feststellung, ob der von der Berufungswerberin angebotene Dienst als audiovisueller Mediendienst gemäß § 2 Z 3 und 4 AMD-G zu qualifizieren sei bzw. eine Verpflichtung zur Anzeige nach § 9 Abs. 2 AMD-G bestehe, sei im vorliegenden Fall aus Sicht der Berufungswerberin ein Mittel der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und es komme dieser auch ein bei richtiger rechtlicher Beurteilung anzuerkennendes rechtliches Interesse zu, zumal die Nichterstattung einer Anzeige mit Verwaltungsanktion belegt sei 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. Vor allem bestehe keine Handhabe, wenn die Behörde eine Anzeige nicht gemäß § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G zurückweisen würde, sondern der positiv zu erstattenden Anzeige entsprechen würde.

Ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung liege etwa dann vor, wenn sich eine Partei bei ungeklärter Rechtslage der Gefahr einer Bestrafung aussetzen würde. Diese Voraussetzung liege hier vor, weil bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung, das Betreiben eines audiovisuellen Mediendienstes anzuzeigen, ein Verwaltungsstraftatbestand vorliegen würde. Hieraus ergebe sich für die Berufungswerberin die konkrete Gefahr einer verwaltungsstrafrechtlichen Verfolgung, sollte ein audiovisueller Mediendienst betrieben werden, wobei die Berufungswerberin davon ausgeht, dass ein derartiger Dienst nicht erbracht werde.

5. Der Bundeskommunikationssenat trifft anhand der Aktenlage bzw. durch Einsicht in die URL folgende ergänzende Feststellungen. Mit Aktenvermerk vom 20.7.2012 wurde die Aufnahme des angezeigten Dienstes in die Liste der Audiovisuellen Mediendienste auf Abruf angeordnet. Die Liste ist über die eben genannte URL (zuletzt abgerufen am 2.8.2012) einsehbar, worin die Berufungswerberin aufscheint.

Rechtlich folgt:

6. Sache des Berufungsverfahrens ist der Gegenstand des Verfahrens in der Vorinstanz, also jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs des angefochtenen Bescheides in der Unterinstanz gebildet hat (VwGH 20.03.2012, 2012/11/0013). Gegenstand des Berufungsverfahrens ist daher ausschließlich die Frage der Rechtmäßigkeit der Zurückweisung des Feststellungsantrages der Berufungswerberin durch die erstinstanzliche Behörde (VwGH 11.07.1996, Zl. 95/18/0889, 24.02.2006, Zl. 2005/12/0111). Hat nämlich die Unterbehörde selbst über eine formalrechtliche bzw. verfahrensrechtliche Frage entschieden,

darf die Rechtsmittelinstanz keine Sachentscheidung treffen, weil damit die Sache des Berufungsverfahrens überschritten und der Partei in der Sachfrage eine Instanz genommen würde. Insofern sind sowohl der in der Berufung gestellte Hauptantrag als auch die ersten beiden Eventualanträge als unzulässig zurückzuweisen.

8. Wie die KommAustria bzw. auch die Berufungswerberin richtig ausführten, enthält das AMD-G keine ausdrückliche Ermächtigung zur Erlassung eines Feststellungsbescheides über das Vorliegen eines audiovisuellen Mediendienstes im Sinne des § 2 Z 3 und 4 AMD-G. Allerdings ist nach der höchstgerichtlichen Judikatur die bescheidmäßige Feststellung strittiger Rechte auf Antrag einer Partei auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung möglich, wenn der Feststellungsbescheid im Einzelfall notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung ist und insofern im Interesse der Partei liegt und die Verwaltungsvorschriften nicht ausdrücklich anderes bestimmen (vgl. *Walter/Thienel*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze², E 204 zu § 56 AVG sowie u.a. VwGH 30.06.1995, 93/12/0333, 27.09.2011, 2010/12/0131, VfSlg. 4563/1963, 5130/1965, 16.221/2001).

9. Zu Recht verweist KommAustria auf den subsidiären Charakter eines nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehenen Feststellungsbescheides. Nach der Judikatur muss er notwendiges, letztes und einziges Mittel der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung sein (vgl. unter anderem VwGH 18.12.2002, 2002/17/0282, 25.4.1996, 95/07/0216, 15.11.2007, 2006/07/0113). Die Erlassung eines Feststellungsbescheides ist nur zulässig, wenn die strittige Frage nicht im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahrens entschieden werden kann. Insbesondere kann eine Frage, die im Zuge eines Verwaltungsverfahrens zu lösen ist, nicht aus diesem Verfahren herausgegriffen und zum Gegenstand eines selbständigen Feststellungsbescheides gemacht werden (vgl. VwGH 21.3.2001, 2000/12/0118 mwH; 23.2.2012, 2009/07/0089).

10. Die KommAustria sieht ein derartiges Verwaltungsverfahren im Anzeigeverfahren nach § 9 AMD-G. 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.“ Zu Recht geht daher die KommAustria davon aus, dass die strittige Rechtsfrage im Anzeigeverfahren nach § 9 AMD-G geklärt werden kann.

11. Allerdings schließt nach Lehre und Rechtsprechung nicht schon der Umstand, dass irgendein anderes Verfahren existiert, in dem die strittige Rechtsfrage geklärt werden kann, ein Feststellungsinteresse aus. Vielmehr muss das Ergebnis des betreffenden Verfahrens das rechtliche Interesse des Antragstellers abdecken (*Hengstschläger/Leeb*, AVG-Kommentar § 56 Rz 79 mHw auf *Balthasar*, ÖJZ 1995, 781 sowie VwSlg 12.856 A/1989; VwGH 24. 9. 1997, 97/12/0295; 14. 5. 2004, 2000/12/0272).

12. Im konkreten Fall deckt das Verfahren nach § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G gerade nicht das rechtliche Interesse der Berufungswerberin ab. Nach § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G erlangt der Anzeigenleger nur eine bescheidförmige und somit anfechtbare Erledigung, wenn die KommAustria zur Auffassung gelangt, dass kein anzeigepflichtiger audiovisueller Mediendienst iSd § 2 Z 3 AMD-G vorliegt. Im – wie hier verfahrensgegenständlich – gegenteiligen Fall, in dem die KommAustria von einem anzeigepflichtigen audiovisuellen Mediendienst iSd § 2 Z 3 AMD-G und damit von der Zulässigkeit der Anzeige ausgeht, ist hingegen keine Bescheiderlassung vorgesehen, weil üblicherweise das Interesse eines Anzeigenden gerade auf die Zulässigkeit seiner Anzeige gerichtet ist. Die Auffassung der KommAustria, dass die Berufungswerberin einen unter das AMD-G fallenden Mediendienst anbietet, kann diese folglich im Anzeigeverfahren nicht bekämpfen. Ein Feststellungsbescheid (außerhalb des Verfahrens nach § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G) ist daher einziges zumutbares Mittel für die Berufungswerberin, ihre rechtlichen Interessen durchzusetzen.

13. Nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates würde es auch der Absicht des Gesetzgebers widersprechen, dass sicherheitshalber und entgegen der Rechtsauffassung des Diensteanbieters für jede Tätigkeit eine Anzeige gelegt werden müsste, um eine rechtlich bindende Feststellung darüber zu erwirken, ob überhaupt eine Anzeigepflicht besteht. Auch mit Blick auf die mit dem Unterlassen einer Anzeige verbundenen verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen muss der Berufungswerberin jedenfalls eine Möglichkeit zur Verfügung stehen, Klarheit und Rechtssicherheit darüber zu haben, ob eine Anzeigepflicht vorliegt oder nicht (vgl. in diesem Sinn auch VwGH 23.4.1996, 93/05/0238).

14. Dem Argument, dass das rechtliche Interesse der Berufungswerberin an der beantragten Feststellung zu verneinen sei, da sie die Tätigkeit bereits aufgenommen hat und daher auch das Risiko einer unrichtigen Einschätzung und deren Folgen trägt (vgl. VwGH 21.09.2005, 2003/12/0176), kann nach Ansicht des Bundeskommunikationssenates nicht gefolgt werden. Im gegenständlichen Verfahren ist zwar nach § 9 Abs. 1 AMD-G zwei Wochen vor Aufnahme

der Tätigkeit eine Anzeige zu erstatten, die KommAustria hat jedoch nicht auf das Mittel der Verwaltungsstrafsanktionen zurückgegriffen, sondern die Berufungswerberin aufgefordert, eine Anzeige zu erstatten, sodass nach den oben dargelegten Ausführungen das rechtliche Interesse auf die bescheidmäßige Feststellung aufrecht bleibt.

15. Die Erlassung eines Feststellungsbescheides ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ist weiters nur zulässig, sofern die Verwaltungsvorschriften dem nicht entgegenstehen. § 9 Abs. 7 Z 1 AMD-G schließt nach Auffassung des BKS einen solchen Feststellungsbescheid nicht aus: Der Gesetzgeber wollte offenkundig Rechtssicherheit für jene Situation schaffen, dass Anzeige gelegt wird, die KommAustria allerdings - anders als der Anzeigende - der Auffassung ist, dass kein Mediendienst angeboten wird. Es ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien hingegen kein Anhaltspunkt, wonach der Gesetzgeber einen Feststellungsbescheid für den hier vorliegenden gegenteiligen Fall ausschließen und so dem Betroffenen jegliche Rechtsschutzmöglichkeit gegen eine rechtswidrige Einbeziehung in den Anwendungsbereich des AMD-G nehmen wollte. Ein solches Ergebnis wäre nach Auffassung des Bundeskommunikationssenates auch gleichheitsrechtlich bedenklich.

16. Zusammenfassend ist daher die von der Berufungswerberin beantragte Feststellung einziges und notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung im Sinne der genannten Rechtsprechung. Der erstinstanzliche Bescheid war daher aufzuheben und an die erste Instanz zurück zu verweisen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis:

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab Zustellung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof und/oder Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss iS des § 24 Abs. 2 VwGG bzw. iS des § 17 Abs. 2 in Verbindung mit § 14 Abs. 1 VerfGG von einem Rechtsanwalt/einer Rechtsanwältin eingebracht werden. Spätestens im Zeitpunkt der Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr von EUR 220,- zu entrichten.

13. August 2012
Der Vorsitzende:
PÖSCHL