



Bescheid

I. Spruch

Auf Antrag der A*** Limited, Reg. Nr. ***, wird gemäß § 1 Abs. 5 Kommunikationsplattformen-Gesetz, BGBl I Nr. 151/2020 (KoPl-G), festgestellt, dass diese durch das Anbieten der Kommunikationsplattformen

- a. „B***“ (https://www.***.com/) und
- b. „C***“ (https://www.***.com/)

dem Anwendungsbereich des KoPl-G unterliegt.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 26.02.2021 stellte die A*** Limited (im Folgenden: die Antragstellerin) gemäß § 1 Abs. 5 KoPl-G an die KommAustria den Antrag, festzustellen, dass die Antragstellerin nicht unter den Anwendungsbereich des KoPl-G falle, insbesondere, weil die Antragstellerin aufgrund des Herkunftslandprinzips des Art. 3 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr („E-Commerce-RL“), als Diensteanbieterin mit satzungsgemäßem Sitz in einem anderen Mitgliedstaat insbesondere aufgrund des Herkunftslandprinzips nicht dem Anwendungsbereich des KoPl-G unterliege.

„In eventu“ wurde der Antrag gestellt, die KommAustria möge nach den von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) und des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) entwickelten Kriterien zur allgemeinen Zulässigkeit eines Feststellungsbescheids allenfalls auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage feststellen, dass die Antragstellerin als Diensteanbieterin mit satzungsmäßigem Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat insbesondere aufgrund des Herkunftslandprinzips des Art. 3 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte des Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“; E-Commerce-RL) nicht dem Anwendungsbereich des KoPl-G unterliege. Es erging auch die Anregung und das Ersuchen an die Aufsichtsbehörde, über die Anträge ohne unnötigen Aufschub und jedenfalls vor dem 31.03.2021 zu entscheiden, um der

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Antragstellerin im Hinblick auf die Umsetzung der Verpflichtungen nach dem KoPI-G (§ 14 KoPI-G) in verfassungskonformer Weise Rechtssicherheit zu verschaffen.

Zum Sachverhalt und zur Ausgangssituation führte die Antragstellerin aus, sie sei ein Unternehmen nach dem Recht der Republik Irland mit Sitz in Dublin. Sie sei ferner als Diensteanbieterin (§ 2 Z 3 KoPI-G) tätig und stelle in dieser Funktion in Österreich mit den sozialen Netzwerken B*** und C*** zwei Kommunikationsplattformen (§ 2 Z 4 KoPI-G) zur Verfügung, die die Definition des § 2 Z 2 KoPI-G zu erfüllen scheinen. Während nicht bestritten werde, dass die Antragstellerin die in § 1 Abs. 2 KoPI-G definierten Schwellenwerte mit den Diensten B*** und C*** überschreite, erscheine zugleich eine Anwendung des KoPI-G auf die Antragstellerin, die ihren Sitz nicht in Österreich, sondern in Irland habe, aufgrund des in der E-Commerce-RL zwingend festgelegten Herkunftslandprinzips nach § 1 Abs. 2 KoPI-G ausgeschlossen. Aufgrund dieser Gegebenheiten und des Inkrafttretens des KoPI-G mit 01.01.2021 samt den sich daraus ergebenden weitreichenden Verpflichtungen für sowohl in- als auch ausländische Diensteanbieter (§ 1 Abs. 2 KoPI-G) benötige die Antragstellerin eine verbindliche Klar- und Feststellung, dass sie aufgrund zwingend zu beachtender unionsrechtlicher Vorschriften mit den von ihr betriebenen Kommunikationsplattformen B*** und C*** nicht dem Anwendungsbereich des KoPI-G unterliege. Zwar müssen die vom KoPI-G erfassten Diensteanbieter die im KoPI-G vorgesehenen Verpflichtungen erst bis zum 31.03.2021 umgesetzt haben. Es sei aber evident und offensichtlich, dass umfasste Diensteanbieter bereits vorab umfangreiche und kostspielige technische, administrative und personelle Aufwendungen tätigen müssten, um ab dem 31.03.2021 in der Lage zu sein, die entsprechenden Verpflichtungen zu erfüllen. Solche Aufwendungen würden insbesondere die Schaffung der notwendigen technischen Infrastruktur für die Einrichtung eines Melde- und Überprüfungsverfahrens, die Anpassung laufender interner Prozesse und die Zurverfügungstellung von zusätzlichem (rechtlich und technisch) qualifizierten und verantwortlichen Personal, beinhalten. Diese Vorkehrungen müssten bereits vor dem Inkraft-Treten der Verpflichtungen implementiert werden. Aus diesem Grunde bestünden bereits jetzt aktuelle rechtliche Vorwirkungen des KoPI-G auf umfasste Diensteanbieter und es sei daher für die Antragstellerin essentiell und rechtsstaatlich geboten, bereits zum jetzigen Zeitpunkt Rechtssicherheit erhalten zu können, ob sie die im KoPI-G vorgesehenen Verpflichtungen ab dem 31.03.2021 erfüllen würde müssen. Dies gelte umso mehr, als dem Diensteanbieter selbst (§ 10 Abs. 2 KoPI-G), dessen zur Vertretung nach außen berufenen Personen (§ 10 Abs. 2 Z 2 lit. b KoPI-G) oder einem verantwortlichen Beauftragten (§ 10 Abs. 2 Z 2 lit. a KoPI-G) bei Zuwiderhandeln Geldstrafen bis zu mehreren Millionen Euro drohen würden.

Zum Feststellungsantrag nach § 1 Abs. 5 KoPI-G hielt die Antragstellerin fest, der österreichische Gesetzgeber habe dem grundsätzlichen Bedürfnis der Diensteanbieter nach Rechtssicherheit entsprochen und mit § 1 Abs. 5 KoPI-G eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen, um diese herzustellen: Nach dieser Bestimmung hätten Diensteanbieter das Recht, einen Antrag bei der KommAustria als Aufsichtsbehörde auf bescheidmäßige Feststellung einzubringen, ob sie selbst dem Anwendungsbereich des KoPI-G unterliegen. Im vorliegenden Fall unterliege die Antragstellerin ihrer Auffassung nach nicht dem Anwendungsbereich des KoPI-G, was von der KommAustria in unionsrechtskonformer Auslegung des § 1 Abs. 5 KoPI-G bescheidmäßig festgestellt werden möge. Dies aus den nachstehenden Gründen, die zuerst zusammengefasst und dann im Detail dargelegt würden:

Erstens bestehe eine unionsrechtliche Pflicht der KommAustria, § 1 Abs. 5 KoPI-G unionsrechts- und – insbesondere im Hinblick auf die E-Commerce-RL – richtlinienkonform auszulegen.

Zweitens habe die KommAustria in richtlinienkonformer Weise mittels Feststellungsbescheides nach § 1 Abs. 5 KoPl-G einen ausländischen Diensteanbieter dann vom Anwendungsbereich des KoPl-G als ausgenommen zu erklären, wenn dessen Einbeziehung dem in Art. 3 Abs. 1 ECommerce-RL normierten Herkunftslandprinzip widerspreche und damit unionsrechtswidrig sei.

Drittens widerspreche die Anwendung des KoPl-G auf die Antragstellerin tatsächlich dem Herkunftslandprinzip, weil diese ihren Sitz in Irland habe und die für ein Abweichen taxativ in Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL genannten Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht erfüllt seien.

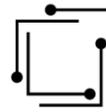
Viertens wären auch die im Falle eines etwaigen Abweichens vom Herkunftslandprinzip zwingend einzuhaltenden Verfahrensvorschriften missachtet worden und es liege auch keine Dringlichkeit iSd Art. 3 Abs. 5 E-Commerce-RL vor. Nach jüngster Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) führe diese Missachtung zu einer Unanwendbarkeit des KoPl-G auf die Antragstellerin.

Dazu führte die Antragstellerin im Detail aus:

Hinsichtlich der Pflicht zur unionsrechts- und richtlinienkonformen Auslegung hätten nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, sämtliche zur Umsetzung einer Richtlinie erforderlichen Maßnahmen zu setzen. Dazu gehöre insbesondere, die Auslegung des innerstaatlichen Rechts soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck einer Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und Art. 288 Abs. 3 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zu erfüllen. Werde eine nationale Vorschrift entgegen dieser Pflicht nicht richtlinienkonform ausgelegt, sei dies als Vertragsverletzung iSd Art. 258 AEUV zu werten. Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichte daher alle nationalen Vollzugsbehörden, einer Richtlinie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten die volle Wirksamkeit zu verschaffen. Diese Pflicht gelte für alle Träger der öffentlichen Gewalt der Mitgliedstaaten; sohin auch für Verwaltungsbehörden wie die KommAustria. Insbesondere habe eine Behörde nach der Rechtsprechung des VwGH inzident zu prüfen, ob die Anwendung einer nationalen Norm mit dem Unionsrecht vereinbar sei und, sofern dies nicht der Fall sei, dem Unionsrecht zum Durchbruch zu verhelfen, sei es auch durch ein hohes Maß an innovatorischer Rechtsanwendung, die über das genuin österreichische Verständnis des Gesetzesvollzugs hinausgehe. Auch wenn dies gewöhnliche Verwaltungsbehörden vor eine besondere Herausforderung stellen könne, so ist insbesondere die KommAustria als weisungsfreie und unabhängige Medienregulierungsbehörde, die nach europäischen Standards eingerichtet worden sei, dafür prädestiniert. In Anbetracht dessen habe die KommAustria in einem Feststellungsverfahren nach § 1 Abs. 5 KoPl-G bei der Beurteilung der Frage, ob ein ausländischer Diensteanbieter iSd § 1 Abs. 2 KoPl-G dem Anwendungsbereich des KoPl-G unterliege, in unionsrechtskonformer Weise sicherzustellen, dass die volle Wirksamkeit der E-Commerce-RL und insbesondere des in Art. 3 Abs. 1 leg. cit. normierten Herkunftslandprinzips gewährleistet werde. Dies sei insbesondere entscheidend, um die Ziele der E-Commerce-RL, nämlich die Schaffung eines rechtlichen Rahmens zur Sicherstellung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten zur Gewährleistung von Rechtssicherheit, zu verwirklichen. Die Antragstellerin verkenne dabei nicht, dass diese Verpflichtung nicht absolut gelte und auch Grenzen habe: Nach der Rechtsprechung des EuGH dürfe die richtlinienkonforme Interpretation nicht zu einer Auslegung des nationalen Rechts contra legem führen. Das sei nach der Rechtsprechung des VwGH aber erst dann anzunehmen, wenn einer nach Wortlaut und Inhalt eindeutigen nationalen Regelung im Wege der richtlinienkonformen Interpretation ein entgegengesetzter Sinn verliehen und dessen normativer Gehalt dadurch

grundlegend neu bestimmt würde. Gerade diese Grenzen würden aber im vorliegenden Fall nicht überschritten, was für die anzuwendenden Normen des KoPI-G im Folgenden zu zeigen sei.

Hinsichtlich der richtlinienkonformen Auslegung des KoPI-G führte die Antragstellerin aus, dass weder der Anwendungsbereich des § 1 Abs. 5 KoPI-G noch der Begriff des „ausländischen Diensteanbieters“ in § 1 Abs. 2 KoPI-G einer richtlinienkonformen Auslegung entgegenstünden. Ausgangspunkt der Auslegung des § 1 Abs. 5 KoPI-G sei dessen Wortlaut. Dieser lege prima vista fest, dass die KommAustria als Aufsichtsbehörde auf Verlangen eines Diensteanbieters festzustellen habe, ob dieser unter den Anwendungsbereich des KoPI-G falle. Eine Einschränkung auf die Prüfung bestimmter, gesetzlich genannter, Voraussetzungen, wie insbesondere die Nutzer- und Umsatzgrenzen des § 1 Abs. 2 KoPI-G, sei vom Gesetzgeber gerade nicht ausdrücklich normiert, ein entsprechender Verweis sei dem Normtext nicht zu entnehmen. Damit könne einer richtlinienkonformen Auslegung schon dem Grunde nicht entgegengehalten werden, dass das Feststellungsverfahren nach § 1 Abs. 5 KoPI-G aufgrund seines Wortlautes einen bloß eingeschränkten Anwendungsbereich haben könnte. Vielmehr beziehe sich § 1 Abs. 5 KoPI-G auf die Prüfung des gesamten persönlichen Anwendungsbereichs, sohin auch auf die Frage, ob es sich bei der Antragstellerin überhaupt um einen vom KoPI-G erfassten Diensteanbieter handle. Dieser Befund sei auch durch die Gesetzesmaterialien zum KoPI-G gestützt, weil auch darin gerade keine ausdrücklichen und zwingenden Klarstellungen zu einem eingeschränkten Anwendungsbereich des Feststellungsverfahrens nach § 1 Abs. 5 KoPI-G enthalten seien. Dem widerspreche nicht, dass der Gesetzgeber nach den Gesetzesmaterialien in diesem Verfahren insbesondere auch eine Überprüfung der Überschreitung der Nutzer- und Umsatzgrenzen im Blick gehabt habe. Denn auch dieser Umstand sei nach der Rechtsprechung des EuGHs für die richtlinienkonforme Auslegung unbeachtlich, weil diese auch stets *„ungeachtet entgegenstehender Auslegungshinweise, die sich aus den vorbereitenden Arbeiten zu der nationalen Regelung ergeben könnten“*, vorzunehmen seien. Die richtlinienkonforme Auslegung habe damit schon grundsätzlich einen höheren Stellenwert als eine etwaige subjektiv-historische Auslegung. Dieser Grundsatz werde auch ausdrücklich vom VfGH anerkannt, der eine richtlinienkonforme Auslegung sogar entgegen einer eindeutig nachweisbaren Intention des Normschöpfers vornehme. Das müsse umso mehr für den vorliegenden Fall gelten, weil es bereits an einer klaren, in den Gesetzesmaterialien zum KoPI-G zum Ausdruck gebrachten Intention des Gesetzgebers mangle, die den Anwendungsbereich des Feststellungsverfahrens nach § 1 Abs. 5 KoPI-G einschränken würde. Obgleich der Anwendungsbereich des KoPI-G in § 1 Abs. 2 KoPI-G auch generell ausländische Diensteanbieter erfassen solle, wobei textlich nicht zwischen EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten unterschieden werde, könne auch diese Norm unter Wahrung der oben aufgezeigten Grenzen ohne weiteres richtlinienkonform ausgelegt werden: eine gebotene einschränkende Auslegung des Begriffs „ausländischer Diensteanbieter“ dahingehend, dass EU-ausländische Diensteanbieter dann nicht erfasst würden, wenn dies im Widerspruch zum Herkunftslandprinzip der E-Commerce-RL stehe, verleihe der Norm gerade keinen entgegengesetzten bzw. grundlegend neuen normativen Gehalt. Denn damit würden ausländische Diensteanbieter nicht schlechthin vom Anwendungsbereich des KoPI-G ausgenommen, weil etwa Diensteanbieter mit Sitz in Drittstaaten erfasst blieben. Vielmehr läge eine Ausnahme vom Anwendungsbereich für ausländische Diensteanbieter nur dann und unter der Voraussetzung vor, dass die Einbeziehung eines (EU-)ausländischen Diensteanbieters dem Herkunftslandprinzip der E-Commerce-RL widerspräche, was im Einzelfall in einem Feststellungsverfahren nach § 1 Abs. 5 KoPI-G zu relevieren sei. Die Vornahme einer solchen richtlinienkonformen Reduktion einer sonst nicht unionsrechtskonformen gesetzlichen Regelung entspräche auch der Rechtsprechung des VfGH. Dieser habe erkannt, dass eine Verwaltungsbehörde (im konkreten Fall: die E-Control) einer gesetzlichen Verpflichtung im



Einzelfall nicht nachkommen dürfe, wenn diese im Anwendungsbereich einer Richtlinie liege und nicht mit dieser Richtlinie vereinbar sei. Die Vereinbarkeit mit der Richtlinie sei von der Verwaltungsbehörde inzident und von Amts wegen zu prüfen und gegebenenfalls ein richtlinienkonformer Zustand herzustellen. Dieser Grundsatz sei folglich vom Gesetzgeber für den Anlassfall sogar ausdrücklich in § 5 Abs. 3 E-Control-G kodifiziert und festgehalten worden, dass Anfragen des Bundesministers zu beantworten seien, „soweit dies nicht der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde im Sinne von Art. 35 Abs. 4 Richtlinie 2009/72/EG und Art. 39 Abs. 4 Richtlinie 2009/73/EG widerspricht.“ Die Rechtsprechung verdeutliche aber, dass diese Pflicht jeder Verwaltungsbehörde selbstverständlich auch ohne explizite gesetzliche Anordnung bestünde. Im Ergebnis sei daher sowohl der Anwendungsbereich des Feststellungsverfahrens nach § 1 Abs. 5 KoPl-G als auch der Begriff des „ausländischen Diensteanbieters“ nach § 1 Abs. 2 KoPl-G hinsichtlich des Herkunftslandprinzips (Art. 3 Abs. 1 E-Commerce-RL) richtlinienkonform auszulegen: Die Behörde habe daher im Rahmen des Feststellungsverfahrens nach § 1 Abs. 5 KoPl-G auch zu prüfen, ob ein antragstellender EU-ausländischer Diensteanbieter in den Anwendungsbereich des KoPl-G falle oder ob er aufgrund des zwingend zu beachtenden Herkunftslandprinzips von diesem ausgenommen sei. Dies insbesondere deshalb, weil eine Überprüfung der Schwellenwerte des § 1 Abs. 2 KoPl-G (Umsatz- und Nutzerschwellen) für einen Diensteanbieter überhaupt nur dann vorgenommen werden könne, wenn dieser aufgrund des Herkunftslandprinzips nicht schon generell von der Anwendung des KoPl-G ausgenommen sei. Denn im Ergebnis seien die Überprüfung der genannten Schwellenwerte und die Beachtung des Herkunftslandprinzips bei EU-ausländischen Diensteanbietern untrennbar miteinander verbunden.

Hinsichtlich des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 E-Commerce-RL werde der Gehalt und die besondere Bedeutung des Herkunftslandprinzips im Binnenmarkt dargelegt, wonach Dienste der Informationsgesellschaft unionsweit durch den Sitzmitgliedstaat reguliert werden sollen. Dementsprechend seien die der Antragstellerin durch das KoPl-G auferlegten Verpflichtungen als Einschränkungen des Herkunftslandprinzips zu werten. Diese Einschränkungen seien aber nur unter besonderen materiellen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen zulässig, die hier nicht vorliegen würden. Schließlich sei auch kein dringlicher Fall gegeben, der ein Abweichen ohne Beachtung der spezifisch vorgesehenen verfahrensrechtlichen Voraussetzungen ermöglichen würde.

Das Herkunftslandprinzip sei unter der Überschrift „Binnenmarkt“ grundlegend in Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 E-Commerce-RL normiert. Der wesentliche normative Gehalt der zitierten Bestimmungen habe eine zweifache Ausrichtung: erstens sollten nach Art. 3 Abs. 1 E-Commerce-RL online-erbrachte Dienste der Informationsgesellschaft nur jener Rechtsordnung eines Mitgliedstaates unterliegen und auch entsprechen müssen, in dem der Diensteanbieter seinen Sitz habe. Derartige Dienste sollen daher auch gleichsam nur an der Quelle, sohin dem jeweiligen Sitzstaat reguliert und beaufsichtigt werden. Nur so könne die Verantwortlichkeit des Mitgliedstaates des Herkunftsortes des Dienstes klar herausgestellt werden und die dort zuständige Behörde den vom europäischen Gesetzgeber intendierten einheitlichen Schutz aller Unionsbürger gewährleisten. Zweitens sei es nach Art. 3 Abs. 2 E-Commerce-RL anderen Mitgliedstaaten als dem Sitzstaat des Diensteanbieters untersagt, dessen freien Verkehr aus Gründen einzuschränken, die in den sogenannten koordinierten Bereich (Art. 2 lit. h E-Commerce-RL) fallen. Der koordinierte Bereich betreffe auch und gerade die Ausübung der Tätigkeit eines Dienstes, was insbesondere für rechtliche Anforderungen an das Verhalten des Diensteanbieters und die Anforderungen bezüglich seiner Verantwortlichkeit gelte. Derartige rechtliche Anforderungen würden an Diensteanbieter im speziellen durch Rechtsvorschriften gestellt, die für diesen unmittelbar relevant seien. Gesetzliche

Gebote würden davon jedenfalls erfasst. Das gelte auch ganz klar für öffentlich-rechtliche Vorschriften wie etwa das KoPI-G. Ferner finde das Herkunftslandprinzip des Art. 3 E-Commerce-RL nach der Richtlinie 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste²⁹ (AVMD-RL) idF der Richtlinie 2018/1808/EU auch ausdrücklich Anwendung auf sogenannte Video-Sharing-Plattformdienste iSd Art. 28a AVMD-RL (Art. 28a Abs. 1 und Abs. 5 AVMD-RL iVm Art. 3 E-Commerce-RL); der Intention des Europäischen Gesetzgebers folgend hätten die Sitzmitgliedstaaten von Video-Sharing-Plattformdiensten die Rechtshoheit über diese und würden für die Einhaltung der im Sitzmitgliedstaat anwendbaren Rechtsvorschriften sorgen. Dementsprechend würden durch das sogenannte Niederlassungsprinzip im Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G) auch nur in Österreich niedergelassene Video-Sharing-Plattformen erfasst (§ 54c Abs. 1 AMD-G). Daher sei es auch sachlich nicht begründbar und offenkundig inkonsistent, wenn das KoPI-G das Herkunftslandprinzip für Video-Sharing-Plattformdienste durch eine Ausnahme vom Anwendungsbereich (§ 1 Abs. 4 KoPI-G) respektierte, aber für Kommunikationsplattformen missachtete. An der zwingend gebotenen Beachtung des Herkunftslandprinzips vermöge auch die stärkere inhaltliche Regulierung der Video-Sharing-Plattformdienste durch die AVMD-RL nichts zu ändern, weil diese konsequenterweise dem Sitzmitgliedstaat vorbehalten sei. Im Ergebnis dürfe die Antragstellerin aufgrund ihres Sitzes in Irland nur nach irischem Recht beaufsichtigt und daher jedenfalls keinen strengeren Pflichten als nach irischem Recht unterworfen werden; eine Regulierung der Ausübung ihrer Tätigkeit durch zusätzliche rechtliche Anforderungen aufgrund österreichischer Rechtsvorschriften betreffe den koordinierten Bereich und widerspräche daher grundsätzlich dem Herkunftslandprinzip.

Das KoPI-G erlege der Antragstellerin zahlreiche Verpflichtungen auf, die – sofern sie auf die Antragstellerin anwendbar seien – als klar im Widerspruch zum Herkunftslandprinzip stehende Einschränkungen zu werten seien. Im Allgemeinen und ohne Anspruch auf Vollständigkeit sei insbesondere auf jene Verpflichtungen verwiesen, die in den Bemerkungen der Europäischen Kommission zur Notifizierung des Entwurfs des KoPI-G nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2015/153535 (Notifizierungs-RL) gegenüber Österreich genannt würden:

- die Einrichtung eines wirksamen und transparenten Verfahrens für den Umgang mit und die Erledigung von Meldungen über auf Kommunikationsplattformen verfügbare und nach österreichischem Recht rechtswidrige Inhalte, was neben einem hohen administrativen und technischen Aufwand einschließlich finanzieller und personeller Ressourcen setze auch detaillierte Kenntnisse des österreichischen Strafrechts voraus, um das Vorliegen eines der in § 2 Z 8 KoPI-G genannten Straftatbestände beurteilen zu können (§ 3 Abs. 1 KoPI-G);
- die Ausgestaltung dieses Meldeverfahrens derart, dass „offenkundige“ Rechtswidrigkeiten spätestens binnen 24 Stunden, sonstige Rechtswidrigkeiten binnen sieben Tagen nach Eingang der Meldung entfernt oder gesperrt würden (§ 3 Abs. 3 Z 1 KoPI-G) sowie, im Falle einer derartigen Löschung oder Sperrung des betroffenen Inhalts, die Daten über den Zeitpunkt der Erstellung der Meldung und des diese erstellenden Nutzers bis zu zehn Wochen zu speichern (§ 3 Abs. 3 Z 2 KoPI-G); der dafür erforderliche Aufwand und die erforderlichen Kenntnisse des österreichischen Strafrechts seien auch hier evident;
- die Einrichtung eines wirksamen und transparenten Verfahrens zur Überprüfung der Löschungs- und Sperrentscheidungen, die sowohl von einem vergeblich um die Löschung bzw. Sperrung ansuchenden Nutzer als auch von einem davon betroffenen Nutzer angestrengt werden könne und innerhalb von zwei Wochen abzuschließen sei; der administrative Aufwand sowie personelle und finanzielle Ressourcenbedarf seien auch hier offensichtlich;

- die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten, der die Einhaltung der Verpflichtungen des KoPI-G sicherzustellen habe und deshalb insbesondere über sehr gute Kenntnisse der österreichischen Rechtsordnung und der deutschen Sprache verfüge, um mit österreichischen Behörden und Gerichten interagieren zu können, sowie eines spezifisch für Österreich zuständigen Zustellungsbevollmächtigten.

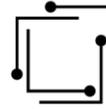
Diese exemplarisch genannten Verpflichtungen seien bereits deshalb Einschränkungen iSd Art. 3 Abs. 2 E-Commerce-RL, weil in Irland keine gleich ausgestalteten Regelungen bestünden. In jedem Fall würden die Verpflichtungen des KoPI-G der Antragstellerin – sofern sie auf diese anwendbar wären – die Erbringung ihrer Dienste in Österreich erschweren. Diese Auffassung würde auch ausdrücklich von der Europäischen Kommission geteilt: in den Bemerkungen zum KoPI-G habe diese explizit festgestellt, dass die in dem notifizierten Entwurf des KoPI-G, der sich im Vergleich zur geltenden Fassung nicht maßgeblich geändert habe, vorgesehenen Verpflichtungen für Diensteanbieter *„im Widerspruch zu Art. 3 Abs.2 der [E-Commerce-RL] zu stehen scheinen, da sie als Einschränkung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft aus anderen Mitgliedstaaten in Österreich angesehen werden.“* Wie die Gesetzesmaterialien des KoPI-G in Anbetracht dieser unmissverständlichen Bemerkungen der Kommission dann zu dem Schluss kommen können, dass die Kommission von der Vereinbarkeit des KoPI-G mit dem Herkunftslandprinzip ausgehe, erscheine nicht im Ansatz nachvollziehbar. Dass die Kommission im Zusammenhang mit vergleichbaren Gesetzesmaßnahmen in Frankreich und Deutschland keine ausführliche Stellungnahme iSd Art. 6 Abs. 2 Notifizierungs-RL abgegeben habe, worauf die Gesetzesmaterialien verweisen würden, könne daher auch nicht als *„zentraler Hinweis“* verstanden werden, dass die Kommission von der Zulässigkeit des Anwendungsbereichs des KoPI-G auf EU-ausländische Diensteanbieter ausgehen würde. Die Nichtabgabe einer Stellungnahme ändere zum einen *per se* nichts an den materiellen, in den jeweiligen Bemerkungen klar zum Ausdruck gebrachten, Bedenken. So habe sich die Kommission in den jeweiligen Notifizierungsverfahren sowohl in den Bemerkungen zum französischen *„Loi visant à lutter contres les contenus haineux sur internet“*, in den Bemerkungen zum deutschen *„Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“* als auch zum deutschen *„Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes“* kritisch zur Vereinbarkeit der jeweiligen, inhaltlich ähnlichen Gesetzesvorhaben mit dem Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 E-Commerce-RL geäußert. Zum anderen sei die Kommission formell gerade nicht verpflichtet, eine solche ausführliche Stellungnahme abzugeben; dies liege vielmehr in ihrem Ermessen. Die Nichtabgabe von Stellungnahmen zu Gesetzesvorhaben könne viele Gründe haben; rechtlich belastbare Schlussfolgerungen für die Vereinbarkeit des KoPI-G mit dem Herkunftslandprinzip könnten daraus in keiner Weise abgeleitet werden. Im Ergebnis bestehe daher kein Zweifel, dass die Verpflichtungen aus dem KoPI-G den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus anderen Mitgliedstaaten entgegen Art. 3 Abs. 2 E-Commerce-RL einschränken, wenn vom Anwendungsbereich des KoPI-G auch die Antragstellerin als EU-ausländischer Diensteanbieter erfasst sein sollte, obwohl deren Herkunftsmitgliedstaat nicht Österreich, sondern Irland sei. Eine solche Einschränkung sei grundsätzlich unzulässig und könne nur im Ausnahmefall, nämlich sofern kumulativ alle Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL erfüllt seien, gerechtfertigt werden. Im vorliegenden Fall sei dem aber nicht so, wie im Folgenden zu zeigen sei.

Das KoPI-G erfülle die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL gerade nicht: zunächst handle es sich bei einer generell-abstrakten Norm wie einem Gesetz nicht um eine gegenüber einem „bestimmten Dienst“ getroffene „Maßnahme“ iSd Art. 3 Abs. 4 lit. a leg. cit., weil davon angesichts des unmissverständlichen Wortlautes denklogisch nur einzelfallbezogenes Handeln

gegenüber einzelnen Diensteanbietern erfasst sein könne. Auch seien die im KoPI-G vorgesehenen Verpflichtungen nicht, wie gefordert, verhältnismäßig. Vor allem seien aber auch schon die für die Inanspruchnahme der Ausnahme zwingend vorgegebenen Verfahrensvorschriften des Art. 3 Abs. 4 lit. b E-Commerce-RL missachtet worden. Jeder dieser Punkte für sich allein führe zur offensichtlichen Unionsrechtswidrigkeit der Anwendung des KoPI-G gegenüber der Antragstellerin. Auch die Kommission vertrete diese Auffassung: *„Aus den ihr vorliegenden Informationen muss die Kommission den Schluss ziehen, dass die österreichischen Behörden die in [Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL] festgelegten Anforderungen, die eine Abweichung von [Art. 3 Abs. 2] rechtfertigen würden, nicht erfüllt haben“*. Die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachte, gegenteilige Auffassung vermöge daran nichts zu ändern.

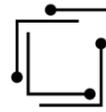
Dazu führte die Antragstellerin im Einzelnen aus:

Das KoPI-G sei keine „Maßnahme“ iSd Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL: bereits der Wortlaut des Art. 3 Abs. 4 lit. a E-Commerce-RL ermächtige Mitgliedstaaten nur zu Maßnahmen hinsichtlich eines bestimmten Dienstes der Informationsgesellschaft (Art. 3 Abs. 4 1. Halbsatz sowie Art. 3 Abs. 4 lit. a sub-lit. ii E-Commerce-RL). Die Bestimmungen würden daher nur den Vollzugsbehörden im Einzelfall ein Abweichen vom Herkunftslandprinzip, wenn ein Einschreiten in Bezug auf einen konkreten Dienst in einem konkreten Fall aus Gründen der öffentlichen Ordnung, öffentlichen Gesundheit, öffentlichen Sicherheit oder zum Schutz der Verbraucher erforderlich und gerechtfertigt sei, ermöglichen. Es werde gerade kein generelles Abweichen durch (breit und undifferenziert für alle Diensteanbieter geltende) Rechts- oder Verwaltungsvorschriften eines Mitgliedstaates ermöglicht. Dieses Verständnis habe im Übrigen auch der österreichische Gesetzgeber selbst an anderer Stelle, nämlich bei der Umsetzung der Art. 3 Abs. 4 bis 6 E-Commerce-RL in das österreichische E-Commerce-Gesetz (EC-G), vertreten, was aufgrund der unveränderten Rechtslage auch weiterhin Geltung haben müsse: die §§ 22 und 23 EC-G würden ausschließlich Gerichte und Verwaltungsbehörden im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse ermöglichen, vom Recht des Herkunftslands abweichende Maßnahmen zu ergreifen. Auch die einschlägigen Gesetzesmaterialien würden diese Auffassung bestätigen, weil unter den Begriff der Maßnahme *„alle einer Behörde, einem Gericht oder ihren Organen zustehenden Befugnisse zu verstehen [sind], die im Ergebnis auf eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit hinauslaufen, etwa ein Bescheid, ein Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, ein gerichtliches Erkenntnis oder eine im Auftrag des Gerichts durchgeführte Handlung.“* Im Umkehrschluss seien daher, auch im Einklang mit der weitgehend einhelligen Auffassung im deutschsprachigen Schrifttum, generell-abstrakte Rechtsvorschriften, wie insbesondere das KoPI-G als Gesetz, nicht als Maßnahme iSd Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL zu werten. Zusätzlich bestätige auch die Systematik der unionsrechtlichen Vorschrift diese Auslegung. So passe das noch unten zu erörternde Verfahren nach Art. 3 Abs. 4 lit. b E-Commerce-RL, wonach der jeweilige Mitgliedstaat vor dem Ergreifen eigener Maßnahmen den Herkunftsstaat zur Ergreifung von Maßnahmen aufzufordern habe, nicht zu abstrakt-generellen Maßnahmen, die für alle Dienste der Informationsgesellschaft (aktuell existierende ebenso wie in Zukunft erst gegründete) gelten würden. Denn dann müssten konsequenterweise alle Mitgliedstaaten – als potentielle Herkunftsländer dieser Dienste – zu entsprechenden Maßnahmen aufgefordert werden, bevor ein nationaler Gesetzgeber eigene Schutzmaßnahmen ergreifen dürfe. Dies entspreche aber – wie der KommAustria bekannt sein dürfte – natürlich keineswegs der gelebten Praxis unter der E-Commerce-RL und werde im Übrigen (soweit ersichtlich) auch von der Republik Österreich nicht so gehandhabt. Auch die Bezugnahme auf „Gerichtsverfahren, einschließlich Vorverfahren und Schritten im Rahmen einer strafrechtlichen Ermittlung“ durch Art. 3 Abs. 4 lit. b E-Commerce-RL



indiziere klar den Einzelfallcharakter jeder in Art. 3 Abs. 4 leg. cit. zugelassenen Maßnahme. Dieses Verständnis würde auch von der Kommission geteilt. Diese hätte sich dazu deutlich in einer Mitteilung zur E-Commerce-RL in Zusammenhang mit elektronischen Finanzdienstleistungen geäußert: *„Durch die Bezeichnung ‚bestimmter‘ Dienste soll klargestellt werden, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen von [Art. 3 Abs. 4] keine allgemeinen Maßnahmen gegenüber einer Kategorie von Finanzdienstleistungen als Ganzes – wie z. B. Investmentfonds oder Kredite – ergreifen dürfen. Um unter [Art. 3 Abs. 4] zu fallen, muss sich eine Maßnahme also auf einen konkreten Fall beziehen, d. h. gegenüber einer ganz bestimmten Finanzdienstleistung ergriffen werden, die von einem bezeichneten Anbieter erbracht wird.“* Die Verpflichtungen des KoPI-G sollten aufgrund des weiten Anwendungsbereiches aber ganz allgemein eine übergeordnete Kategorie von Diensteanbietern treffen, nämlich jene von Kommunikationsplattformen; durch Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL sei ein solches Vorgehen aber gerade nicht gedeckt. Dies sei auch von der Kommission in den Bemerkungen zu dem bereits erwähnten inhaltlich ähnlichen französischen Gesetzesvorhaben bestätigt worden. Auch Generalanwalt Maciej Szpunar habe diese Auffassung jüngst vertreten. In seinen Schlussanträgen in der Rechtssache „Airbnb“ habe er ausgeführt, dass, sofern *„auch anderen Mitgliedstaaten als dem Herkunftsstaat die Befugnis eingeräumt würde, gegenüber allen Anbietern einer bestimmten Kategorie von Diensten der Informationsgesellschaft eigenmächtig Maßnahmen abstrakt-genereller Natur anzuwenden, [...] dadurch der Grundsatz des freien Verkehrs solcher Dienste erheblich geschwächt [werden würde].“* Weiters würden die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 lit. b E-Commerce-RL bestätigen, es sei *„eindeutig, dass die in [Art. 3 Abs. 4 leg. cit.] angeführten Maßnahmen nur ad hoc getroffen werden dürfen.“* Daher komme der Generalanwalt auch zum Ergebnis, *„dass ein anderer als der Herkunftsmitgliedstaat Ausnahmen vom freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft nur durch auf den konkreten Einzelfall bezogene Maßnahmen vorsehen darf.“* Im Anschluss daran habe auch der EuGH in der Rechtssache „Airbnb“ verlangt, dass die Mitgliedstaaten eine einzelfallbezogene Bewertung anstellen, ob von einem ganz konkreten Dienst tatsächlich eine Beeinträchtigung oder eine Gefahr im Sinne des Art. 3 Abs. 4 lit. a E-Commerce-RL ausgehe. Da in dieser Rechtssache aber bereits – was auch für das KoPI-G gelte, wie gleich zu zeigen sei – ein klarer Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften des Art. 3 Abs. 4 lit. b E-Commerce-RL vorgelegen sei, habe der EuGH die Vereinbarkeit des dort streitgegenständlichen Gesetzes mit den übrigen Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL offenlassen können. Im Ergebnis sei daher festzuhalten, dass eine abstrakt-generelle Norm wie das KoPI-G von vornherein keine Maßnahme gegenüber einem bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft iSd Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL sein könne, was sich aus dem Wortlaut und der Systematik der E-Commerce-RL ergebe und sowohl vom österreichischen Gesetzgeber, der überwiegenden Auffassung im deutschsprachigen Schrifttum, der Kommission, Generalanwalt Maciej Szpunar als auch vom EuGH bestätigt werde.

Die Verpflichtungen des KoPI-G seien unverhältnismäßig: ungeachtet des Verstoßes des KoPI-G als abstrakt-generelle Maßnahme gegen das Herkunftslandprinzip würden die Verpflichtungen des KoPI-G auch den – strengen – Vorgaben zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit in Art. 3 Abs. 4 der E-Commerce-RL widersprechen. Schon die Kommission habe darauf hingewiesen, dass das KoPI-G insgesamt zu inakzeptablen Ergebnissen und unverhältnismäßigen Belastungen für die betroffenen Diensteanbieter führen dürfte, wobei insbesondere – angesichts der extrem kurzen Reaktionsfristen der Diensteanbieter – das Risiko eines übermäßigen Blockierens („Overblocking“) und damit einer Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit der Nutzer bestünde. Gerade mit Blick auf die enorme Höhe der drohenden Geldstrafen und die Verpflichtung, die Rechtswidrigkeit von Inhalten innerhalb kürzester Fristen zu prüfen, bestehe jedenfalls das Risiko, dass die Anbieter von Kommunikationsplattformen dazu geneigt sein könnten, präventiv eine Vielzahl von –



möglicherweise auch unbedenklichen – Inhalten zu blockieren. In diesem Sinne scheine schon die nicht verlängerbare Maximalfrist von sieben Tagen ab Eingang einer Meldung nach § 3 Abs. 3 Z 1 lit. b KoPl-G unverhältnismäßig auch bei komplexen Rechtsfragen, die nur unter Einholung von externem juristischen Rat gelöst werden können, werde undifferenziert an dieser Frist festgehalten, obwohl Umstände außerhalb der Sphäre der Anbieter dazu führen könnten, dass die Prüfung nicht rechtzeitig abgeschlossen werden könne. Denn in Fällen, in denen die Antragstellerin nach Eingang einer Meldung aufgrund der Komplexität der Rechtsfrage unverzüglich eine externe rechtliche Prüfung beauftragen würde, könne es sein, dass es nicht immer möglich sei, die Auskunft so zeitnah zu erhalten, dass die Frist von sieben Tagen jedenfalls eingehalten werden könne. Verhältnismäßiger wäre es hier – unter Heranziehung der Rechtsprechung des OGH – den tatsächlichen Zeitpunkt der Erstattung einer unverzüglich beauftragten Auskunft bei der Berechnung der Frist zumindest zu berücksichtigen. Zusätzlich erscheine es möglich, dass die noch von der KommAustria durch Verordnung zu konkretisierende Ausgestaltung des Meldevorgangs (§ 3 Abs. 7 KoPl-G) und des Berichts über den Umgang mit Meldungen (§ 4 Abs. 4 KoPl-G) zu frustrierten Aufwendungen und damit zu unverhältnismäßigen Belastungen der Antragstellerin führen könnten. Da die Verordnungen nach den leg. cit. bis dato noch nicht erlassen worden seien und die einschlägigen Verpflichtungen aber dennoch ab dem 01.04.2021 einzuhalten seien, müsse die Antragstellerin ressourcenintensive Vorkehrungen treffen, die aber durch eine nachträgliche Verordnung und spezifische und so nicht vorhersehbare Anforderungen vergeblich gewesen sein könnten. Vielmehr sei es verhältnismäßig, zuerst zumindest durch die jeweiligen Verordnungen die Anforderungen zu konkretisieren, damit Rechtssicherheit zu schaffen und erst im Anschluss daran die gesetzlichen Verpflichtungen zielgerichtet zu erfüllen. So würde auch der unhaltbaren Situation vorgebeugt, dass trotz der Ausgestaltung des Meldevorgangs und Abfassung des Berichts über den Umgang mit Meldungen nach bestem Wissen und Gewissen die Möglichkeit bestünde, dass diese im Ergebnis nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechen könnten, weil eben diese Vorgaben im Nachhinein durch Verordnungen anderslautend konkretisiert worden seien; theoretisch könne dies sogar zu Verwaltungsstrafen führen. Wie bei jedem Eingriff in (Grund-)Rechte und Grundfreiheiten habe der Gesetzgeber stets das gelindeste Mittel zu wählen. Davon könne bei den äußerst restriktiven Maßnahmen des österreichischen Gesetzgebers im KoPl-G nicht gesprochen werden, eine Prüfung von alternativen verhältnismäßigen Mitteln habe freilich erst gar nicht stattgefunden. Nach der Rechtsprechung des EuGH obliege es jedoch den Mitgliedstaaten, in jedem Einzelfall zu beweisen, dass die von ihnen erlassenen Maßnahmen, die eine Grundfreiheit einschränken, im Hinblick auf den verfolgten Zweck geeignet und erforderlich seien. Laut den Bemerkungen der Kommission würden die österreichischen Behörden in ihrer Notifizierungsmitteilung sowie in ihren Antworten zur Verhältnismäßigkeit des notifizierten Entwurfs im Notifizierungsverfahren nach Art. 5 Notifizierungs-RL die Verhältnismäßigkeit allein damit rechtfertigen, dass die Pflichten des notifizierten Entwurfs nur für Diensteanbieter oberhalb der in § 1 Abs. 2 KoPl-G genannten Schwellenwerte gelten und es sich hiermit voraussichtlich um große Plattformen mit entsprechender Ressourcenausstattung handeln würde. Obwohl die österreichischen Behörden keine Schätzung der voraussichtlichen Kosten im Notifizierungsverfahren abgegeben hätten, sei nach ihrer Auffassung die Verhältnismäßigkeit zwischen der administrativen und wirtschaftlichen Belastung infolge der Einhaltung der Pflichten und den finanziellen Möglichkeiten solcher Diensteanbieter gegeben. Die vermeintlich größere Ressourcenausstattung größerer Diensteanbieter ohne Angaben der konkreten Kosten könne aber freilich keineswegs die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen per se rechtfertigen und so stelle auch die Kommission in den Bemerkungen zum KoPl-G insgesamt fest, dass *„die Verhältnismäßigkeit der Beschränkung gegenüber dem verfolgten Ziel und insbesondere die Frage, ob weniger restriktive Maßnahmen zum gleichen politischen Ergebnis führen könnten, [...] jedoch nicht gerechtfertigt [wurde] und es die*

österreichischen Behörden [versäumt hätten], mögliche weniger restriktive Maßnahmen als den notifizierten Entwurf zu bewerten.“ Im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeit sei schließlich auch darauf hinzuweisen, dass die Europäische Union aktuell an einer Verordnung über digitale Dienste arbeite und ein entsprechender Legislativvorschlag von der Kommission im Dezember 2020 veröffentlicht worden sei. Auch arbeite die Europäische Union derzeit an einer Verordnung zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte; eine politische Einigung zwischen Europäischem Parlament und dem Rat sei dazu im Dezember 2020 erzielt worden. Beide genannten Rechtsakte hätten einen klaren inhaltlichen Überschneidungsbereich mit dem KoPI-G. Im Verordnungsentwurf zum Gesetz über digitale Dienste führe die Kommission aus, dass „die Angleichung der nationalen Regulierungsmaßnahmen bezüglich der Anforderungen an Anbieter von Vermittlungsdiensten [Anmerkung: Vermittlungsdienste umfassen auch soziale Netzwerke] auf Unionsebene [...] erforderlich [sei], um eine Fragmentierung des Binnenmarkts zu vermeiden und zu beenden, die Rechtssicherheit zu gewährleisten und somit die Unsicherheit für Entwickler zu verringern und die Interoperabilität zu fördern.“ Weiters werde angemerkt, dass „die Vorschriften zu solchen Melde- und Abhilfeverfahren [...] auf Unionsebene harmonisiert werden [sollten], um die rasche, sorgfältige und objektive Bearbeitung von Meldungen auf der Grundlage einheitlicher, transparenter und klarer Regeln zu gewährleisten, die belastbare Mechanismen zum Schutz der Rechte und berechtigten Interessen sämtlicher betroffener Parteien unabhängig von dem Mitgliedstaat, in dem diese Parteien ansässig oder niedergelassen seien und von dem betreffenden Rechtsgebiet schaffen würden, insbesondere zum Schutz ihrer Grundrechte aus der Charta.“ Nationale Alleingänge wie das KoPI-G seien daher angesichts der derzeitigen Bestrebungen auf EU-Ebene schon grundsätzlich nicht nachvollziehbar. Insbesondere sei es für Diensteanbieter, die wie die Antragstellerin EU-weit tätig seien, offensichtlich unverhältnismäßig – und stünde in krassem Widerspruch zum Kern des Herkunftslandprinzips – im äußersten, aber möglichen Fall, in jedem der 27 Mitgliedstaaten unterschiedliche Verpflichtungen erfüllen zu müssen. So müssten etwa nach dem Entwurf der Verordnung zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte Diensteanbieter erst nach einer entsprechenden behördlichen Anweisung (Entfernungsanordnung bzw. Meldung) tätig werden und rechtswidrige Inhalte entfernen. Gerade aber auch die Berufung des österreichischen Gesetzgebers auf die Ausnahmen des Art. 3 Abs. 4 und 5 E-Commerce-RL (ohne entsprechende Information und Aufforderung des Herkunftsmitgliedstaats), die Dringlichkeit und Maßnahmen gegenüber einem „bestimmten Diensteanbieter“ voraussetze, stehe in einem eklatanten Widerspruch dazu, dass mit dem KoPI-G alle Diensteanbieter über bestimmten Schwellen generell und ohne konkrete Bezugnahme auf einen Anlassfall aufwendige präventive Systeme schaffen und verantwortliche Personen ernennen müssten, die spezifisch über österreichisches Strafrechtswissen verfügen. Solche generellen und systematischen Maßnahmen könnten vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Gehalts der Regelung des Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL niemals verhältnismäßig sein.

Es seien Verfahrensvorschriften missachtet worden: selbst wenn das KoPI-G von der KommAustria wider Erwarten als Maßnahme iSd Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL gewertet werden sollte, sei deren Rechtswidrigkeit dennoch bereits deshalb offensichtlich, weil die zwingend zu beachtenden Verfahrensvorschriften nach Art. 3 Abs. 4 lit. b leg. cit. nicht eingehalten worden seien, was die Unanwendbarkeit des KoPI-G auf die Antragstellerin zur Folge habe. Denn Österreich habe – soweit ersichtlich – vor Erlass des KoPI-G das Herkunftsland der Antragstellerin, also Irland, weder zur Ergreifung von Maßnahmen gegenüber der Antragstellerin aufgefordert und dessen etwaiges Tätigwerden abgewartet noch dieses darüber unterrichtet, dass das KoPI-G überhaupt erlassen werden solle (Art. 3 Abs. 4 lit. b 1. Spiegelstrich E-Commerce-RL). Dies sei jedoch gemäß Art. 3 Abs. 4 lit. b E-Commerce-RL verfahrensrechtlich zwingend geboten gewesen. Ferner sei – soweit

ersichtlich – auch die Kommission vom eigentlichen KoPI-G nicht entsprechend in Kenntnis gesetzt worden. Es sei lediglich die Notifizierung des Entwurfs des KoPI-G als technische Vorschrift im Hinblick auf das Notifizierungsverfahren nach Art. 5 der Notifizierungs-RL erfolgt und entgegen Art. 3 Abs. 4 lit. b 2. Spiegelstrich E-Commerce-RL gerade nicht speziell im Hinblick auf Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL. Auf diesen Umstand weise auch die Kommission selbst hin. Ferner liege auch kein „dringlicher Fall“ vor, der nach Art. 3 Abs. 5 Satz 1 E-Commerce-RL ein Abweichen von dem in Art. 3 Abs. 4 lit. b leg. cit. vorgesehenen Vorgehen erlauben könnte. Im Übrigen hätten aber auch in diesem Fall nach Art. 3 Abs. 5 E-Commerce-RL die Kommission und Irland so bald wie möglich und unter Angaben von konkreten Gründen über das österreichische Vorgehen benachrichtigt werden müssen, was – soweit ersichtlich – ebenfalls nicht geschehen sei und sohin eine weitere Missachtung der Verfahrensvorschriften darstelle. Die durch Art. 3 Abs. 4 lit. b 2. Spiegelstrich E-Commerce-RL eingeführte Pflicht zur Unterrichtung sei insbesondere deshalb von besonderer Bedeutung, weil damit ein Mechanismus für die Kommission und den betroffenen Mitgliedstaat zur Kontrolle von potenziell den Binnenmarkt beeinträchtigenden und damit dem Ziel des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft widersprechenden Maßnahmen geschaffen worden sei. Zudem sei diese Unterrichtungspflicht nach der Rechtsprechung des EuGH hinreichend klar und unbedingt formuliert, um die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit zu erfüllen und könne folglich von der Antragstellerin vor nationalen Stellen, wie hier vor der KommAustria, geltend gemacht werden. Denn es handle sich dabei nicht um eine bloße Mitteilungspflicht, sondern – wie der EuGH unmissverständlich festhalte – um eine *„wesentliche Verfahrensvorschrift, die es rechtfertigt, dass die nicht mitgeteilten Maßnahmen, die den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft beschränken, dem Einzelnen nicht entgegengehalten werden dürfen.“* Daraus folge, dass unabhängig von den bisherigen Ausführungen das KoPI-G aufgrund der Verletzung der genannten Verfahrensvorschriften auf die Antragstellerin schon dem Grunde nach keine Anwendung finden könne. Dies sei von der KommAustria mittels Bescheid nach § 1 Abs. 5 KoPI-G auch (deklarativ) festzustellen. Schließlich werde vom Gesetzgeber auch gar nicht bestritten, dass die Verfahrensvorschriften des Art. 3 Abs. 4 lit. b 2. Spiegelstrich E-Commerce-RL nicht eingehalten worden seien. Vielmehr seien diese wissentlich missachtet worden, weil fälschlicherweise vom Vorliegen einer „Dringlichkeit“ iSd Art. 3 Abs. 5 E-Commerce-RL ausgegangen worden sei. Auch die dafür erforderlichen Voraussetzungen würden aber nicht vorliegen, wie im Folgenden gezeigt werde.

Dass kein Fall einer Dringlichkeit gegeben sei, ergebe sich bereits aus dem Wortlaut und dem Zweck sowie der Systematik des Art. 3 Abs. 5 E-Commerce-RL. Dies sei auch explizit von der Kommission bestätigt und schließlich auch von Österreich in der Notifizierung des Entwurfs des KoPI-G nach der Notifizierungs-RL bzw. dem Notifikationsgesetz 1999 implizit eingestanden worden. Aus dem genuinen Verständnis und dem Zweck von „dringlichen Fällen“ folge, dass es sich dabei um besondere Situationen handle, in denen entgegen dem Normalzustand ein außergewöhnlicher Bedarf eines raschen Handelns im spezifischen Einzelfall bestehe, um konkrete Abhilfe zu schaffen, die bei Beachtung der Verfahrensvorschriften des Art. 3 Abs. 4 lit. b 2. Spiegelstrich E-Commerce-RL zu spät kommen würde. Dass entsprechende Maßnahmen daher situationsbedingten, vorübergehenden Charakter haben müssten, sei evident. Daher habe Art. 3 Abs. 5 leg. cit. auch den Zweck, die Handlungsfähigkeit von mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten sicherzustellen, um zum Schutz der in Art. 3 Abs. 4 lit. a leg. cit. genannten, legitimen öffentlichen Interessen nicht aufschiebbare und einstweilige Vorkehrungen treffen zu können. Die generelle Einrichtung von Melde- und Überprüfungsverfahren, wie sie das KoPI-G vorsehe, habe demgegenüber gerade einen dauerhaften Charakter und solle langfristig wirken. Zudem ziele das KoPI-G auch nicht auf einen bestimmten dringlichen Einzelfall ab, bei dem unter Beachtung der genannten

Verfahrensvorschriften konkrete Abhilfe zu spät kommen würde. Dieser Umstand werde auch durch die Frist zwischen Inkrafttreten des KoPI-G am 01.01.2021 und der Umsetzung der Verpflichtung der Einrichtung der Melde- und Überprüfungsverfahren am 31.03.2021 deutlich. Denn würde es sich um einen „dringlichen Fall“ iSd Art. 3 Abs. 5 E-Commerce-RL handeln, wäre ein derartiger Umsetzungszeitraum wohl kaum angebracht. Dieses Verständnis entspreche auch der Systematik des Art. 3 E-Commerce-RL, weil Maßnahmen nach Art. 3 Abs. 4 leg. cit. – ungeachtet dessen, dass das KoPI-G als abstrakt-generelle Maßnahme von vornherein nicht von den Ausnahmetatbeständen gedeckt sein könne – grundsätzlich unter Einhaltung des in Art. 3 Abs. 4 lit. b leg. cit. vorgesehenen Verfahrens zu erlassen seien. Art. 3 Abs. 5 leg. cit. sei daher zwangsweise als eine Ausnahme von diesem Grundsatz zu verstehen und als solcher schon deshalb eng auszulegen. Zudem sei auch in den „dringlichen Fällen“ des Art. 3 Abs. 5 leg. cit. zu beachten, dass es sich auch hier um Maßnahmen im oben dargelegten Sinn, also um (verhältnismäßige) Einzelfallentscheidungen von Behörden oder Gerichten, handle. Die Einhaltung der Voraussetzungen gemäß Art. 3 Abs. 4 lit. a leg. cit. sei auch im Dringlichkeitsfall nicht suspendiert. Auch dies stehe in Widerspruch zur Konzeption des KoPI-G als abstrakt-generelle Regelung. Auch die Kommission habe explizit festgehalten, dass die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 5 ECommerce-RL im vorliegenden Fall nicht erfüllt seien. Österreich habe es insbesondere verabsäumt, ausreichende Gründe vorzubringen, weshalb hier ein „dringlicher Fall“ vorliegen solle; daran würden nach zutreffender Ansicht der Kommission auch die von Österreich in den Gesetzesmaterialien genannten Beispiele nichts zu ändern vermögen. Es habe keine Dringlichkeit nach der Notifizierungs-RL bzw. dem Notifizierungsgesetz gegeben. Dieses Ergebnis werde auch implizit durch den Umstand bestätigt, dass der Entwurf des KoPI-G nicht nach Art. 6 Abs. 7 Notifizierungs-RL unter Veranlassung eines Dringlichkeitsverfahrens notifiziert worden sei. Wäre Dringlichkeit in dieser Sache gegeben gewesen, hätte Österreich die Gründe für diese Dringlichkeit in der Notifizierung auch darlegen müssen (Art. 6 Abs. 7 Abs. 2 Notifizierungs-RL bzw. § 2 Abs. 4 Z 5 iVm § 3 Abs. 4 Z 1 Notifizierungsgesetz). Auch dies sei aber nicht geschehen. Im Ergebnis liege daher kein „dringlicher Fall“ iSd Art. 3 Abs. 5 E-Commerce-RL vor. Die Missachtung der Verfahrensvorschriften des Art. 3 Abs. 4 lit. b leg. cit. sei evident und führe dazu, dass die Regelungen des KoPI-G der Antragstellerin gegenüber für die von ihr betriebenen Dienste B*** und C*** nicht zur Anwendung kommen könnten.

Schließlich sei zu erwähnen, dass Österreich verpflichtet gewesen wäre, die Bemerkungen der Kommission zum Entwurf des KoPI-G bei der weiteren Ausarbeitung des KoPI-G zu berücksichtigen (Art. 5 Abs. 2 Notifizierungs-RL bzw. § 4 Abs. 2 Notifizierungsgesetz). Trotz der eindeutigen und mehrfachen Feststellung der Unvereinbarkeit des Entwurfs des KoPI-G mit der E-Commerce-RL sei diesen Bedenken bei der folgenden Erlassung des KoPI-G keine Rechnung getragen worden. Vielmehr seien die Bemerkungen schlichtweg missachtet worden; ein weiterer Verstoß gegen Unionsrecht sei die Folge.

Sofern die KommAustria den Anwendungsbereich (spezifisch) des § 1 Abs. 5 KoPI-G für den vorliegenden Antrag nicht eröffne und diesen (aus welchen Gründen immer) zurück- oder abweise, werde in eventu der weitere Antrag gestellt, die KommAustria möge als zuständige Behörde die Nichtanwendbarkeit des KoPI-G für die Antragstellerin nach den von der Rechtsprechung des VwGH entwickelten Kriterien für Feststellungsbescheide ohne gesetzliche Grundlage bescheidmäßig feststellen. Sämtliche Voraussetzungen dafür würden hier vorliegen. Erstens bestünde aufgrund des Widerspruchs des KoPI-G zum Unionsrecht eine unklare Rechtslage. Zweitens sei die KommAustria die für den Feststellungsbescheid zuständige Behörde. Drittens bestehe für diese Feststellung ein im privaten Interesse der Antragstellerin begründeter Anlass. Viertens sei der

beantragte Feststellungsbescheid auch nicht bloß ein subsidiärer Rechtsbehelf. In gleicher Weise unterstreiche auch die einschlägige Rechtsprechung des VfGH die Zulässigkeit eines entsprechenden Feststellungsantrags.

Zum Vorbringen einer unklaren Rechtslage führte die Antragstellerin aus, ein Feststellungsbescheid sei auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage immer dann zulässig, wenn eine nationale Norm im Widerspruch zum Unionsrecht zu stehen scheine und sich daraus eine unklare Rechtslage ergebe. Wie bereits ausführlich dargelegt, stehe eine Anwendung des KoPI-G auf die Antragstellerin im Widerspruch zum Unionsrecht, weil das Herkunftslandprinzip des Art. 3 Abs. 1 und 2 E-Commerce-RL und auch zwingend einzuhaltende Verfahrensvorschriften offenkundig verletzt worden sei. Durch den Vorrang des Unionsrechts und der sich daraus ergebenden Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des KoPI-G dahingehend, dass die Antragstellerin somit aus unionsrechtlichen Gründen nicht dessen Anwendungsbereich unterliege, könne nach der Rechtsprechung des VfGH die Anerkennung dieser Rechtslage mit Feststellungsbescheid beantragt werden. Obgleich der der zitierten Rechtsprechung zugrundeliegende Sachverhalt im Vergleich zum vorliegenden Fall anders beschaffen gewesen sei, sei die rechtliche Ausgangssituation und die Rechtsfolgen jedenfalls dieselben: Denn in beiden Fällen seien die Antragsteller vom Anwendungsbereich eines Gesetzes bei rein nationaler Betrachtung zunächst erfasst gewesen (Ausländer nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz bzw. ausländische Diensteanbieter nach dem KoPI-G). Da eine Einbeziehung in den Anwendungsbereich aber dem Unionsrecht widersprochen habe, hatte auch in beiden Fällen eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des betreffenden Gesetzes zu erfolgen. Die zitierte Rechtsprechung sei daher ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragbar, weshalb eine bescheidmäßige Feststellung der Nichtanwendbarkeit des KoPI-G auf die Antragstellerin zulässig sei.

Für eine solche bescheidmäßige Feststellung sei auch die KommAustria zuständig. Denn nach der Rechtsprechung des VfGH sei dafür die Behörde zuständig, zu deren Wirkungsbereich der engste sachliche Zusammenhang bestehe. Dabei handle es sich um jene Behörde, in deren Zuständigkeit die Angelegenheit in abstrakter Hinsicht liege und die gesetzlich zur Entscheidung über jene Angelegenheiten berufen sei, der die vom Feststellungsbescheid getroffenen Anordnung am ähnlichsten sei. Bereits aufgrund ihrer Stellung als Aufsichtsbehörde (§ 8 KoPI-G), aber insbesondere auch aufgrund der Kompetenz nach § 1 Abs. 5 KoPI-G, über die Anwendbarkeit des KoPI-G auf individuelle Diensteanbieter zu entscheiden, sei die Zuständigkeit der KommAustria als sachnächste Behörde jedenfalls gegeben.

Ein im privaten Interesse begründeter Anlass liege nach der Rechtsprechung des VfGH dann vor, wenn der Feststellungsantrag ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverfolgung sei, um das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses zur Abwehr künftiger Rechtsgefährdung der Antragstellerin festzustellen. Zweifelsohne handle es sich beim vorliegenden Antrag um eine Feststellung eines Rechtsverhältnisses. Ein Rechtsverhältnis sei die bestimmte und durch den gegebenen Sachverhalt konkretisierte rechtliche Beziehung zwischen Personen untereinander oder zwischen Personen und Sachen. Sofern nämlich die Antragstellerin dem Anwendungsbereich des KoPI-G unterliege, habe sie folglich – strafbewehrt – sämtliche sich daraus ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen und würde dabei auch in einem rechtlichen Aufsichtsverhältnis zur KommAustria stehen. Die Verpflichtungen eines Diensteanbieters nach dem KoPI-G seien weitreichend und würden einen erheblichen administrativen, personellen und finanziellen Aufwand bedingen. Abgesehen von diesem Aufwand führe eine Nichteinhaltung der Verpflichtungen zu Geldstrafen in der Höhe von bis zu zehn Millionen Euro (§ 10 KoPI-G). Die

Feststellung der Unanwendbarkeit des KoPI-G auf die Antragstellerin diene daher klar der Abwehr einer künftigen Rechtsgefährdung, weil sie sich bei einer (weiterhin) ungeklärten Rechtslage neben frustrierten Aufwendungen zur Einrichtung diverser Melde- und Überprüfungsverfahren insbesondere der Gefahr einer Bestrafung aussetze. Um genau diese Rechtsgefährdung rechtmäßig hintanzuhalten, die aufgrund des bereits in Kraft getretenen KoPI-G aktuell bereits bestehe und bereits vor dem 31.03.2021 (§ 14 KoPI-G) massive Vorbereitungs- und Implementierungshandlungen erfordere, solle der beantragte Feststellungsbescheid erlassen werden. Durch dessen Erlassung und die Feststellung, dass die Antragstellerin nicht dem KoPI-G unterliege, würden ihre Rechte gewahrt bleiben, weshalb der vorliegende Antrag auch ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverfolgung sei.

Der beantragte Feststellungsbescheid sei auch kein bloß subsidiärer Rechtsbehelf. Nach der Rechtsprechung des VfGH sei ein Feststellungsbescheid mangels eines konkreten Feststellungsinteresses nur subsidiär, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgesehenen Verfahrens entschieden werde; dieser Rechtsweg müsse zudem auch zumutbar sein. Da der vorliegende Antrag gerade in eventu für den Fall gestellt werde, dass die KommAustria den ursprünglich ausgeführten Antrag auf Feststellung der Nichtanwendbarkeit des KoPI-G nach § 1 Abs. 5 KoPI-G zurück- oder abweisen sollte, sei offensichtlich auch kein anderer zumutbarer Rechtsweg zur Klärung der vorliegenden Rechtsfrage eröffnet. Es sei nach der Rechtsprechung des VfGH für die Antragstellerin unzumutbar, die Verpflichtungen des KoPI-G nur deshalb nicht zu erfüllen und damit eine gebotene Handlung zu unterlassen, um sich in einem daraufhin einzuleitenden (Straf-)Verfahren gegen diese Verpflichtungen zur Wehr zu setzen. Auch wenn eine Nichterfüllung zunächst nur zu einer behördlichen Aufforderung nach § 6 Abs. 1 KoPI-G bzw. zu einem Aufsichtsverfahren nach § 9 Abs. 2 Z 1 KoPI-G führen würde, ermögliche eine weitere Nichterfüllung (§ 6 Abs. 2 bzw. § 9 Abs. 2 Z 2 KoPI-G) letztlich innerhalb kürzester Zeit die Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens nach § 10 KoPI-G. Dieser Umstand werde noch dadurch verstärkt, dass Beschwerden gegen Bescheide nach § 9 Abs. 2 Z 1 KoPI-G und gegen Verwaltungsstrafen nach § 10 KoPI-G – mangels Erforderlichkeit iSd Art. 136 Abs. 2 B-VG zudem in verfassungswidriger Weise – keine aufschiebende Wirkung zukomme. Nach ständiger Rechtsprechung des VfGH sei es zudem überhaupt unzumutbar, eine strafbare Handlung zu setzen, um ein verwaltungsbehördliches Strafverfahren zu provozieren, was auch für juristische Personen wie die Antragstellerin gelte. Im Ergebnis sei in eventu eine bescheidmäßige Feststellung, dass die Antragstellerin nicht dem KoPI-G unterliege, durch die KommAustria daher auch ohne gesetzliche Grundlage nach der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zulässig.

Ungeachtet der in diesem Antrag vorgetragenen Unionsrechtsargumente werde darauf hingewiesen, dass es mangels anderer zumutbarer Rechtswege zur verlässlichen Klärung auch verfassungsrechtlich geboten sei, einem EU-ausländischen Diensteanbieter über einen Feststellungsantrag (nach § 1 Abs. 5 KoPI-G oder aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze, wie hier ausgeführt) Zugang zu einer verbindlichen Klärung der Frage der Anwendbarkeit des Gesetzes auf ihn durch die gesetzlich zuständige Behörde (KommAustria) zu eröffnen. In diesem Zusammenhang ergehe seitens der Antragstellerin auch die höfliche Bitte und Anregung, die KommAustria möge über die vorliegend gestellten Anträge ohne unnötigen Aufschub und jedenfalls vor dem 31.03.2021 entscheiden. Dies sei aus rechtsstaatlichen Gründen geboten: wie ausgeführt, habe eine Anwendung des KoPI-G auf die Antragstellerin weitreichende (rechtlich und wirtschaftlich einschneidende) Konsequenzen. Dem rechtsstaatlichen Grundprinzip der österreichischen Bundesverfassung sei immanent, dass die Rechte und Pflichten des Einzelnen gesetzlich präzise festgelegt werden und das staatliche Handeln für den Einzelnen dadurch vorhersehbar sei. Die

offenkundig unionsrechtswidrige und undifferenzierte Einbeziehung ausländischer EU-Diensteanbieter (§ 1 Abs. 2 KoPI-G) widerspräche aber diesen rechtsstaatlichen Grundsätzen: der Gesetzgeber scheine die Antragstellerin zu Unrecht – sogar unter Androhung von massiven Strafen – zur Umsetzung der Vorgaben des KoPI-G zu verpflichten, obwohl bekannt hätte sein müssen, dass dies in dieser Form aus unionsrechtlichen Gründen nicht zulässig sei. Dadurch schaffe der Gesetzgeber eine für die Antragstellerin unzumutbare und unklare Rechtslage, deren Beachtung aufgrund des damit verbundenen, erheblichen Aufwands schlicht untragbar sei. Denn es könne von der Antragstellerin in einem Rechtsstaat nicht erwartet werden, die zur Erfüllung der Verpflichtungen des KoPI-G erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, wenn offensichtlich sei, dass das KoPI-G dem Unionsrecht widerspreche und damit für die Antragstellerin überhaupt keine Anwendung finden könne. Dies gelte umso mehr, als die Frist zur Umsetzung der vorgeschriebenen Pflichten äußerst kurz bemessen sei und bereits am 31.03.2021 ende. Vor dem Hintergrund dieses rechtsstaatlich problematischen Zustands werde angeregt, dass die KommAustria gemäß § 73 Abs. 1 AVG ohne unnötigen Aufschub, aber jedenfalls vor dem 31.03.2021, über die vorliegenden Anträge entscheide und die Nichtanwendbarkeit des KoPI-G auf die Antragstellerin bescheidmäßig feststelle. Denn eine Behörde sei objektiv verpflichtet, ehestmöglich und ohne grundloses Zuwarten zu entscheiden, weshalb die Verwaltungssache auch gegebenenfalls vor Ablauf der sechsmonatigen Frist des § 73 Abs. 1 AVG zu erledigen sei, wenn dies verfassungsrechtlich geboten erscheine. Eine zeitnahe Entscheidung sollte im vorliegenden Fall insbesondere deshalb möglich sein, weil es sich hier ausschließlich um die Lösung einer konkreten Rechtsfrage handelt; komplexe Ermittlungen oder besonders aufwändige Sachverhaltsfeststellungen, die unüberwindbare Hindernisse iSd § 8 Abs. 1 letzter Satz VwGVG darstellen könnten, seien gerade nicht erforderlich: denn schon die Nichteinhaltung der unionsrechtlich erforderlichen Verfahrensschritte zur Erlassung und Anwendbarkeit des KoPI-G gegenüber der Antragstellerin sei derart offenkundig, dass unionsrechtlich eine Anwendung des Gesetzes auf nicht in Österreich niedergelassene EU-Diensteanbieter ausgeschlossen sein müsse.

Weiters wies die Antragstellerin der Vollständigkeit halber auch darauf hin, dass das KoPI-G in verschiedenen Punkten gegen Verfassungsrecht verstoße. Hier sei nur darauf verwiesen, dass die Verpflichtungen des KoPI-G zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Antragstellerin nach Art. 16 GRC führen würden, welche das Recht jedes Unternehmens umfasse, in den Grenzen seiner Verantwortung für seine eigenen Handlungen frei über seine wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen zu verfügen. Die durch das KoPI-G vorgesehenen Verpflichtungen, wie die Einrichtung eines Melde- und Überprüfungsverfahrens und die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten, würden eine evidente und unverhältnismäßige Verletzung von Art. 16 GRC darstellen. Insbesondere sei nicht erkennbar, warum eine Betreiberin eines privaten sozialen Netzwerkes, wie die Antragstellerin, die lediglich fremde Inhalte speichere, zur juristischen Beurteilung der Rechtswidrigkeit von fremden Inhalten innerhalb der äußerst kurzen und starren Fristen des KoPI-G unter Androhung von massiven Strafen verpflichtet werden soll und es hier keine anderen – für die Antragstellerin weniger restriktive Maßnahmen – gebe. Dies sei auch unter dem Gesichtspunkt zu sehen, dass die Antragstellerin bereits bisher und auch weiterhin – unabhängig von einer gesetzlichen Verpflichtung – Inhalte anhand ihrer Nutzungsbedingungen prüfen und gegebenenfalls entfernen werde und darüber auch regelmäßig berichte. Eine gesetzliche Verpflichtung, die die Antragstellerin durch eine Pflicht zur kurzfristigen und massiv strafbewehrten Prüfung der Rechtswidrigkeit von Inhalten gleichsam in eine Rolle drängen würde, die sonst ausschließlich den österreichischen Strafverfolgungsbehörden zukommen sollte, sei unverhältnismäßig. Gleichfalls würden die durch das KoPI-G vorgesehenen Verpflichtungen zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das Recht auf Erwerbsfreiheit nach Art. 6

StGG führen. Zudem komme es durch die Verpflichtungen des KoPI-G zu einem unverhältnismäßigen und verfassungswidrigen Eingriff in das Recht auf Unversehrtheit des Eigentums der Antragstellerin nach Art. 5 StGG und Art. 1 1. Zusatzprotokoll EMRK dadurch, dass die Antragstellerin enorme administrative, personelle und finanzielle Aufwendungen aus ihren eigenen Mitteln tätigen müsse, ohne dass dem ein wirtschaftlicher Vorteil gegenüberstehe oder gelindere Mittel geprüft worden seien. Auch der pauschale Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln gegen Entscheidungen der KommAustria nach § 11 KoPI-G sei nicht erforderlich und verfassungswidrig. Die Rechtsprechung des VfGH sei bei solchen Einschnitten in rechtsstaatliche Standards sehr streng. Die durch das KoPI-G vorgesehenen Verpflichtungen stellten auch einen unverhältnismäßigen Eingriff in die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte der Nutzer dar. Wie bereits dargelegt, erscheine es mit Blick auf die enorme Höhe der drohenden Geldstrafen und die Verpflichtung, die Rechtswidrigkeit von Inhalten innerhalb sehr kurzer Fristen zu prüfen, zumindest denkbar, dass die Anbieter von Kommunikationsplattformen präventiv eine Vielzahl von – möglicherweise auch unbedenklichen – Inhalten blockieren würden. Insgesamt könne es auch zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Meinungsfreiheit der Nutzer nach Art. 10 EMRK und Art. 13 StGG kommen.

Die Antragstellerin führte schließlich aus, aus diesen Gründen stelle sie den Antrag, die KommAustria möge

1. gemäß § 1 Abs. 5 KoPI-G feststellen, dass die Antragstellerin als Anbieterin der Kommunikationsplattformen B*** und C*** in Österreich nicht unter den Anwendungsbereich des KoPI-G falle;
2. in eventu, nach den von der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts entwickelten Kriterien zur Zulässigkeit eines Feststellungsbescheids auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage feststellen, dass die Antragstellerin als Anbieterin von B*** und C*** in Österreich nicht dem Anwendungsbereich des KoPI-G unterliege.

Zusätzlich erging das höfliche Ersuchen, die KommAustria möge ohne unnötigen Aufschub und jedenfalls vor dem 31.03.2021 über den Antrag entscheiden.

2. Sachverhalt

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

Die A*** Limited ist eine zu Registriernummer *** beim „Companies Registration Office“ in Dublin, Irland, eingetragene Gesellschaft mit Sitz in Dublin.

Die Gesellschaft ist eine Tochter der B*** Incorporated, ein zu Registriernummer *** in D***, USA, registriertes Unternehmen mit Sitz in E***.

Die A*** Limited bietet unter anderem folgende Dienste in Österreich an:

1. B***

B*** bietet eine Vielzahl von Kommunikationsmöglichkeiten, darunter die Möglichkeit, private Profile, Unternehmensseiten sowie Gruppenseiten zu erstellen. Dem registrierten Nutzer ist es möglich, sich mit anderen Nutzern sowie Gruppen zu vernetzen und Kommentare zu posten. Dem nicht-registrierten Nutzer ist es möglich, Unternehmensseiten und Gruppenseiten, soweit deren Zugang vom Administrator der Seite nicht beschränkt wurde, zu besuchen und sich u.a. mittels Wort, Schrift, Ton oder Bild mitzuteilen. Einzig die Möglichkeit, sich direkt mit Freunden zu verbinden, ist auf 5000 Freunde beschränkt, ansonsten ist eine unbeschränkte Zahl von Abonnenten möglich.

Die Finanzierung des Dienstes erfolgt im Wesentlichen über kommerzielle Kommunikation, wobei der Nutzer durch Annahme der AGB unter anderem in die Bedingung einwilligt, dass ihm von Unternehmen und Organisationen bezahlte Werbung angezeigt werden kann. Zur Individualisierung der Werbung werden persönliche Daten (u.a. Aktivitäten und Interessen) genutzt, wobei die Anonymität des Nutzers gegenüber den werbenden Unternehmen gewahrt wird, es sei denn, es wird eine ausdrückliche Einwilligung zur Nutzung persönlicher Daten erteilt. Unternehmen erhalten Performance-Berichte über allgemeine geografische und Interessen von Nutzern.

Die Zahl der registrierten, zugangsberechtigten Nutzer von B*** in Österreich hat 2020 100.000 Personen überschritten. Der mit dem Betrieb in Österreich erzielte Umsatz hat 2020 EUR 500.000,- überschritten.

2. C***

C*** ist ein Dienst zum Teilen von Bildern und Videos, die auch von Text begleitet werden können. Es bestehen eine Vielzahl von Kommunikationsmöglichkeiten, darunter unter anderem die Möglichkeit, private Profile und Unternehmensseiten zu erstellen. Dem registrierten Nutzer ist es möglich, sich mit anderen Nutzern zu vernetzen und Kommentare zu posten. Dem nicht-registrierten Nutzer ist es möglich, öffentliche Nutzerprofile über einen Web-Browser zu besuchen. Eine unbeschränkte Zahl von Abonnenten ist zulässig.

Die Finanzierung des Dienstes erfolgt im Wesentlichen über kommerzielle Kommunikation, wobei der Nutzer bei der Annahme der AGB unter anderem in die Bedingung einwilligt, dass ihm bezahlte Werbung angezeigt werden kann, für deren Bewerbung innerhalb und außerhalb der Produkte der B***-Unternehmen von Unternehmen und Organisationen bezahlt wird. Zur Individualisierung der Werbung werden persönliche Daten (u.a. Aktivitäten und Interessen) genutzt, wobei die Anonymität des Nutzers gegenüber den werbenden Unternehmen gewahrt wird, es sei denn, es wird eine ausdrückliche Einwilligung zur Nutzung persönlicher Daten erteilt. Unternehmen erhalten Performance-Berichte über ihre Zielgruppen, wie etwa die Interessen von Nutzern.

Die Zahl der registrierten, zugangsberechtigten Nutzer von C*** in Österreich hat 2020 100.000 Personen überschritten. Der mit dem Betrieb in Österreich erzielte Umsatz hat 2020 EUR 500.000,- überschritten.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Antragstellerin ergeben sich aus dem Antrag der Antragstellerin vom 26.02.2021, einem unter https://core.cro.ie/e-commerce/company/*** abrufbaren Auszug aus

dem irischen „Companies Registration Office“ und hinsichtlich der US-amerikanischen Muttergesellschaft einem unter https://*** abrufbaren Auszug aus der „Division of Corporation“ des US-Bundesstaats Delaware.

Die Feststellungen zum Inhalt des Angebots der Plattform „B***“ ergeben sich aus einer behördlichen Einsichtnahme in die Website unter http://www.*** am 15.03.2021. Die Feststellungen zur Finanzierung der Plattform ergeben sich aus den unter https://www.*** abrufbaren Eigenangaben des Unternehmens, in die die Behörde ebenfalls am 15.03.2021 Einsicht genommen hat.

Die Feststellungen zum Inhalt des Angebots der Plattform „C***“ ergeben sich aus den allgemein bekannten Informationen über den Dienst sowie der behördlichen Einsichtnahme in die Website unter http://www.C***.com/ am 15.03.2021. Die Feststellungen zur Finanzierung der Plattform ergeben sich aus den unter https://*** abrufbaren Eigenangaben des Unternehmens, in die die Behörde am 15.03.2021 Einsicht genommen hat.

Die Feststellungen zum Überschreiten der Schwellwerte durchschnittlich 100.000 in Österreich registrierter Nutzer sowie EUR 500.000,- Umsatz in Österreich, beides im Jahr 2020, ergeben sich aus den glaubwürdigen Angaben der Antragstellerin, die in ihrem Antrag vom 26.02.2021 zugesteht, dass die in § 1 Abs. 2 KoPl-G definierten Schwellenwerte erreicht wurden. Diese Angaben decken sich mit der unter <https://www.rtr.at/medien/aktuelles/publikationen/Publikationen/Bewegtbildstudie2020.de.html> abrufbaren Bewegtbildstudie 2020 von RTR Medien und Arbeitsgemeinschaft Teletest.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 15 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 10/2021, obliegt der KommAustria die Wahrnehmung der Aufgaben nach dem Kommunikationsplattformen-Gesetz (KoPl-G), BGBl. I Nr. 151/2020.

Gemäß § 8 Abs. 1 KoPl-G, ist Aufsichtsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes die gemäß § 1 KOG eingerichtete KommAustria.

Die KommAustria entscheidet gemäß § 1 Abs. 5 KoPl-G über Anträge von Diensteanbietern, ob diese unter den Anwendungsbereich des KoPl-G fallen.

4.2. Rechtsgrundlagen

§ 1 KoPl-G lautet auszugsweise:

„Gegenstand und Anwendungsbereich

§ 1. (1) ...

(2) In- und ausländische Diensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Kommunikationsplattformen (§ 2 Z 4) anbieten, unterliegen diesem Bundesgesetz, außer

1. die Anzahl der mittels Registrierung für die Kommunikationsplattform zugangsberechtigten Nutzer in Österreich im vorangegangenen Kalenderjahr hat im Durchschnitt 100 000 Personen unterschritten und

2. der mit dem Betrieb der Kommunikationsplattform im vorangegangenen Kalenderjahr in Österreich erzielte Umsatz beträgt weniger als 500 000 Euro.

(3) Diensteanbieter von Kommunikationsplattformen,

1. die nur der Vermittlung oder dem Verkauf von Waren oder Dienstleistungen sowie der Vermittlung von Immobilien oder Stellenanzeigen dienen,

2. deren Hauptzweck in der Bereitstellung nicht gewinnorientierter

a) Online-Enzyklopädien oder

b) Bildungs- und Lernplattformen zur Wissensvermittlung liegt, oder

3. die von Medienunternehmen (§ 1 Abs. 1 Z 6 des Mediengesetzes – MedienG, BGBl. Nr. 314/1981) in unmittelbarem Zusammenhang mit ihren journalistisch gestalteten Inhaltsangeboten angeboten werden, sind jedenfalls von den Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz ausgenommen.

(4) Diensteanbieter von Video-Sharing-Plattformen (§ 2 Z 12) sind in Hinblick auf die dort bereitgestellten Sendungen (§ 2 Z 9) und nutzergenerierten Videos (§ 2 Z 7) von den Verpflichtungen

dieses Bundesgesetzes ausgenommen.

(5) Auf Verlangen eines Diensteanbieters hat die Aufsichtsbehörde festzustellen, ob dieser unter den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fällt.

(6) ...“

§ 2 KoPIG lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Sinne dieses Bundesgesetzes bedeutet

[...]

2. Dienst der Informationsgesellschaft: ein in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers bereitgestellter Dienst (§ 1 Abs. 1 Z 2 des Notifikationsgesetzes 1999 – NotifG 1999, BGBl. I Nr. 183/1999), insbesondere der Online-Vertrieb von Waren und Dienstleistungen, Online-Informationsangebote, die Online-Werbung, elektronische Suchmaschinen und Datenabfragemöglichkeiten sowie Dienste, die Informationen über ein elektronisches Netz

übermitteln, die den Zugang zu einem solchen vermitteln oder die Informationen eines Nutzers speichern (§ 3 Z 1 des E-Commerce-Gesetzes – ECG, BGBl I Nr. 152/2001);

3. Diensteanbieter: die natürliche oder juristische Person, die eine Kommunikationsplattform anbietet;

4. Kommunikationsplattform: ein Dienst der Informationsgesellschaft, bei dem der Hauptzweck oder eine wesentliche Funktion darin besteht, im Wege der Massenverbreitung den Austausch von Mitteilungen oder Darbietungen mit gedanklichem Inhalt in Wort, Schrift, Ton oder Bild zwischen Nutzern und einem größeren Personenkreis anderer Nutzer zu ermöglichen;

5. – 11. ...

12. Video-Sharing-Plattform: eine Dienstleistung im Sinne der Artikel 56 und 57 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, bei der der Hauptzweck oder ein trennbarer Teil der Dienstleistung oder eine wesentliche Funktion der Dienstleistung darin besteht, Sendungen (Z 9) oder, nutzergenerierte Videos (Z 7) oder beides, für die der Plattform-Anbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit über elektronische Kommunikationsnetze im Sinne von Art. 2 Z 1 der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. Nr. L 321/36 vom 17.12.2018, zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitzustellen, und deren Organisation – einschließlich automatischer Mittel oder Algorithmen, insbesondere durch Anzeigen, Markieren und Anordnen – vom Plattform-Anbieter bestimmt wird.“

4.3. Zum Antrag auf Feststellung der Ausnahme vom Anwendungsbereich

Zusammengefasst beantragt die Antragstellerin in ihrem Hauptantrag, die Aufsichtsbehörde möge feststellen, dass sie nicht unter den Anwendungsbereich des KoPI-G falle. Dies insbesondere deshalb, weil sie aufgrund des Herkunftslandprinzips gemäß Art. 3 der E-Commerce-RL als Diensteanbieterin mit satzungsgemäßem Sitz in einem anderen Mitgliedstaat nicht dem Anwendungsbereich des KoPI-G unterliege.

§ 1 Abs. 5 KoPI-G sieht für Diensteanbieter die Möglichkeit vor, einen Feststellungsbescheid durch die Aufsichtsbehörde dahingehend zu erwirken, ob er unter den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fällt. Aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (RV 463 BlgNR 27.GP) ergibt sich, dass Diensteanbietern gemäß § 1 Abs. 5 KoPI-G diese Möglichkeit deshalb eingeräumt werden soll, um – zumindest für den Zeitpunkt der Antragsstellung – Rechtssicherheit zu erlangen, ob er den in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verpflichtungen unterliegt (oder nicht). Die Diensteanbieter haben an dem Verfahren mitzuwirken, damit die Aufsichtsbehörde beurteilen kann, ob die in Abs. 2 genannten Schwellenwerte überschritten sind.

Der Parteiwille der Antragstellerin zielt offensichtlich sowohl hinsichtlich des Haupt- als auch des Eventualantrags darauf ab, die Behörde möge feststellen, ob sie unter den Anwendungsbereich des KoPI-G fällt. Da auf den objektiven Parteiwillen abzustellen ist, ist der Antrag aufgrund seiner Formulierung auch in dieser Weise zu deuten. Die offene Formulierung des § 1 Abs. 5 KoPI-G, wonach beantragt werden kann, ob der betreffende Diensteanbieter unter den Anwendungsbereich des KoPI-G fällt, lässt eine Subsumption des Begehrens auf eine negative Feststellung unter den Wortlaut des § 1 Abs. 5 KoPI-G auch zu. Als Zwischenergebnis kann also festgehalten werden, dass sich der auf die Feststellung gerichtete verfahrensgegenständliche Antrag, dass die Antragstellerin nicht dem KoPI-G unterliegt, im Rahmen jener Kognitionsbefugnis,

die der Aufsichtsbehörde vom Gesetzgeber im Rahmen des § 1 Abs. 5 KoPI-G zuerkannt wurde, bewegt. Daraus folgt, dass auf den Eventualantrag nicht weiter einzugehen ist.

Weiters ist zu erwägen, was die Voraussetzungen dafür sind, dass eine Feststellung, ob ein Diensteanbieter dem Geltungsbereich des KoPI-G unterfällt, getroffen werden kann. Wiewohl der Antrag nach § 1 Abs. 5 KoPI-G pauschal auf die Anwendbarkeit des Gesetzes auf den Diensteanbieter abstellt, setzt dieses voraus, dass dieser gemäß § 1 Abs. 2 KoPI-G eine oder mehrere Kommunikationsplattformen gemäß § 2 Z 4 KoPI-G anbietet. Da sich also der Feststellungsantrag nach § 1 Abs. 5 KoPI-G an den Diensteanbieter konkret in seiner Eigenschaft als Anbieter einer oder mehrerer Kommunikationsplattformen richtet, ist zunächst zu prüfen, ob die verfahrensgegenständlichen Dienste „B***“ und „C***“ Kommunikationsplattformen im Sinne des § 2 Z 4 KoPI-G darstellen.

4.4. Zum Anwendungsbereich des KoPI-G

Die KommAustria geht, wie auch die Antragstellerin selbst, davon aus, dass die beiden verfahrensgegenständlichen Dienste „B***“ und „C***“ die Kriterien für eine Kommunikationsplattform im Sinne des § 2 Z 4 KoPI-G erfüllen:

Voraussetzung für die Qualifikation als Kommunikationsplattform ist es, dass ein Hauptzweck oder eine wesentliche Funktion darin besteht, dass im Wege der Massenverbreitung der Austausch von Mitteilungen oder Darbietungen mit gedanklichem Inhalt in Wort, Schrift, Ton oder Bild zwischen Nutzern und einem größeren Personenkreis anderer Nutzer ermöglicht wird (§ 2 Z 4 KoPI-G). Aus den Erläuterungen zu § 2 KoPI-G (RV 463 BlgNR 27.GP) geht hervor, dass es ein konstitutives Merkmal einer Kommunikationsplattform ist, dass der von der Plattform ermöglichte „Austausch zwischen Nutzern“ einem „größeren Personenkreis“ zugänglich gemacht ist und diese Kommunikationsform und ihre Verbreitung zumindest eine „wesentliche Funktion“ des Dienstes darstellt. Als Austausch zwischen Nutzern im Sinne der Begriffsdefinition der Kommunikationsplattform ist die für Online-Foren und soziale Medien typische „Many-to-Many“-Kommunikation anzusehen, die eine unmittelbare Interaktion zwischen Nutzern ermöglicht. Bei der Beurteilung, ob ein größerer Personenkreis vorliegt, ist insbesondere auf die Unbestimmtheit des Adressatenkreises abzustellen, die im Rahmen eines beweglichen Systems sowohl in quantitativer als auch qualitativer Hinsicht zu prüfen ist. Ist eine Zugänglichkeit der Inhalte für eine individuell nicht begrenzte Mehrzahl von Personen gegeben, ist das Erfordernis eines „größeren Personenkreises“ als erfüllt anzusehen.

„B***“ und „C***“ erfüllen mit der unmittelbaren Möglichkeit der Interaktion, die zwischen einem Nutzer und einem in der Regel größeren, unbestimmten, Personenkreis stattfindet und die des Ausdrucks in Wort, Schrift, Ton oder Bild bedarf, geradezu prototypisch diese Qualifikationsmerkmale.

Unbestritten ist schließlich, dass das überwiegend werbefinanzierte Unternehmen A*** Limited seine Dienste mit Gewinnerzielungsabsicht erbringt.

Als weiteres Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass die Dienste „B***“ und „C***“ jeweils Kommunikationsplattformen im Sinne von § 2 Z 4 KoPI-G darstellen.

Die beiden von der Antragstellerin angebotenen Plattformen haben sowohl mehr als 100.000 Nutzer als auch mehr als 500.000 Euro Umsatz. Damit werden die Schwellenwerte des § 1 Abs. 2 KoPI-G überschritten.

4.5. Zur europarechtskonformen Interpretation des KoPI-G

Die Antragstellerin bringt hinsichtlich ihres Begehrens nach Feststellung, sie sei vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen, maßgeblich vor, dass sie als Diensteanbieterin mit satzungsgemäßen Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat insbesondere aufgrund des Herkunftslandprinzips des Art. 3 der E-Commerce-RL in einer europarechtskonformen Interpretation nicht dem Anwendungsbereich des KoPI-G unterliegen könne. Der Anwendung des Begriffs „ausländische Diensteanbieter“ verbleibe in dieser europarechtskonformen Interpretation dennoch Raum, gebe es doch die Möglichkeit von außerhalb der EU ansässigen Diensteanbietern. Dazu verweist sie insbesondere auf die Rechtsprechung des VwGH (VwGH 23.11.2016, Ro 2016/04/0013), wonach eine Verwaltungsbehörde einer gesetzlichen Verpflichtung im Einzelfall nicht nachkommen darf, wenn diese im Anwendungsbereich einer Richtlinie liegt und nicht mit dieser Richtlinie vereinbar ist.

Zutreffend ausgeführt wurde seitens der Antragstellerin, dass, wie von Judikatur und Lehre bejaht, Gerichte und auch Behörden aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts zwingend dessen Vorgaben zu berücksichtigen haben.

Allerdings konnte die KommAustria bei der diesbezüglichen Prüfung keine Anhaltspunkte dafür erkennen, dass von der Antragstellerin vorgebrachten Argumente, insbesondere hinsichtlich der Nichtgeltung des KoPI-G für die Antragstellerin aus Gründen des Art. 3 E-Commerce-RL bei der (gebotenen) europarechtskonformen Interpretation, durchschlagen würden. Hierzu ist maßgeblich auf die Ausführungen im besonderen Teil der Erläuterungen (RV 463 BlgNR 27.GP) zu § 1 KoPI-G zu verweisen, wo die Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Maßnahmen mit der E-Commerce-RL ausgeführt wird.

Die Antragstellerin übt im Sinne der Definition des Art. 2 lit. c der E-Commerce-RL ihre Geschäftstätigkeit in Europa in der Republik Irland aus und gilt damit als dort niedergelassen für die Zwecke des Art. 3 E-Commerce-RL, sodass die Rechtshoheit über die Regelungen im koordinierten Bereich grundsätzlich der Republik Irland zukommt. Dies ist jedoch gegenständlich, wie noch ausgeführt wird, für die Frage der Anwendbarkeit des KoPI-G auf die Antragstellerin nicht von Bedeutung, da von einer (zulässigen) Derogation im Sinne des Art. 3 Abs. 4 bzw. 5 E-Commerce-RL auszugehen ist.

Die Republik Österreich hat sich in ihrer Notifizierung (siehe dazu unten) auf die Derogationsklausel des Art. 4 Abs. 4 lit. a (i) erster Spiegelstrich E-Commerce-RL berufen. Dieser nimmt mit dem „Schutz der öffentlichen Ordnung, insbesondere Verhütung, Ermittlung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich des Jugendschutzes und der Bekämpfung der Hetze“ genau auf jene Maßnahmen, die Regelungsgegenstand des KoPI-G darstellen, Bezug. Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Herausforderungen auch maßgebliche Regelungsziele des Legislativvorschlags der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (COM(2020) 825 final vom 15.12.2020), auf den die Antragstellerin Bezug nimmt, darstellen und insofern auch in dieser Hinsicht ein starkes Indiz für die Dringlichkeit der Maßnahme im Sinne des Art 3 Abs. 5 E-Commerce-RL gegeben ist.

Des Weiteren ist darauf zu verweisen, dass die E-Commerce-RL es den Mitgliedstaaten, in denen der Diensteanbieter nicht niedergelassen ist, nicht schlechthin verbietet, im koordinierten Bereich mitgliedstaatliche Anforderungen vorzuschreiben, etwa Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr festzulegen (Art. 14 Abs. 3), sowie Sorgfaltspflichten aufzutragen, um bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern (ErwGr 48), solange das durch die Richtlinie eingeräumte Haftungsprivileg der Diensteanbieter nicht berührt wird. Im Sinne der gebotenen Verhältnismäßigkeit der Maßnahme ist darauf zu verweisen, dass durch das KoPI-G lediglich gewisse Sorgfaltspflichten spezifiziert werden, und dies auch nur im Hinblick auf jene Kommunikationsplattformen, die über eine große Nutzerschaft in Österreich verfügen. Sanktionen werden nicht auf einzelne Beschwerden bezogen, sondern nur für den Fall eines gesamthaften, systematischen, Versagens angeordnet.

Dem von der Antragstellerin erbrachte Einwand, es handle sich hier nicht um eine „Maßnahme“ im Hinblick auf einen bestimmten Dienst im Sinne des Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-RL, sondern eine generell-abstrakte Norm, ist folgendes entgegenzuhalten: tatsächlich wird einem „bestimmten Dienst“, gegenständlich insbesondere auch jenem der Antragstellerin, eine konkrete Verpflichtung auferlegt (vgl. dazu die Materialien zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/12356 vom 16.05.1017), nämlich die objektive Verhinderung gewisser Straftaten. Dies ergibt sich auch aus dem allgemeinen Teil der Erläuterungen zum KoPI-G (RV 463 BlgNR 27.GP), wo ausgeführt wird, dass auf diesem Dienst 51% des online stattfindenden Rassismus, der dem Verein ZARA gemeldet wurde, von dessen Nutzern stammt.

Die Antragstellerin bringt weiters vor, die Ausführungen der Republik Österreich, die Europäische Kommission habe die Unionsrechtskonformität des KoPI-G bestätigt, seien unrichtig, vielmehr habe diese das Gegenteil bestätigt, und ausgeführt, dass die österreichische Maßnahme im (nicht begründbaren) Widerspruch zu Art. 3 der E-Commerce-RL stehe.

Zwar traten, wie die Antragstellerin zutreffender Weise ausführt, tatsächlich Zweifel der Europäischen Kommission am österreichischen Legislativvorschlag auf, sie erkannte jedoch ausdrücklich an, dass die Regelungsziele des KoPI-G „es grundsätzlich rechtfertigen könnten, vom Grundsatz der Herkunftslandkontrolle abzuweichen und die Freiheit zur Erbringung grenzüberschreitender Dienste der Informationsgesellschaft einzuschränken“ (vgl. Schreiben der Europäischen Kommission vom 03.12.2020, C(2020) 8737 final), beklagt wurden jedoch Begründungsmängel.

Die Republik Österreich hat, wie oben erwähnt, mit Schreiben vom 01.09.2020, 2020/544/A, gemäß der Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft das KoPI-G notifiziert und damit die Maßnahmen der Europäischen Kommission (und allen Mitgliedstaaten) mitgeteilt. Vornehmlich ist festzuhalten, dass es zu keiner Verlängerung der Stillhaltefrist gemäß § 6 Abs. 2 der Richtlinie gekommen ist, da weder die Europäische Kommission noch andere Mitgliedstaaten (etwa die Republik Irland) eine ausführliche Stellungnahme abgegeben haben. Übermittelt wurden lediglich Bemerkungen der Europäischen Kommission gemäß Art. 5 Abs. 2 der zitierten Richtlinie.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, die Bemerkungen der Europäischen Kommission ließen unmissverständlich darauf schließen, dass das Herkunftslandprinzip des Art. 3 E-Commerce-RL verletzt sei, ist auf den Hinweis zur Bedeutung von Bemerkungen im unter <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/the-20151535-and-you/being-informed/guidances/handbuch-9834-verfahren/> abrufbarer Leitfaden zum angesprochenen Informationsverfahren zur – in der Substanz nicht veränderten – Vorgängerrichtlinie 98/94/EG) zu verweisen: „Bemerkungen werden übermittelt, wenn der notifizierte Text zwar dem Gemeinschaftsrecht entspricht, jedoch Auslegungsfragen aufwirft oder detailliertere Angaben zu den Vorkehrungen für seine Durchführung erforderlich sind. Sie können auch – unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und der in diesem Zusammenhang durchgeführten Gemeinschaftspolitiken – eine Gesamtbeurteilung der Maßnahme enthalten oder den Mitgliedstaat über seine zukünftigen Verpflichtungen in Bezug auf Rechtsakte informieren, die auf Gemeinschaftsebene angenommen werden sollen.“ [Hervorhebung hinzugefügt]. Der Schluss, die Europäische Kommission habe in ihrem Schreiben die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Maßnahme bestätigt, gebietet sich im Angesicht dieser Erläuterungen nicht.

Aus dem Gesagten sind insgesamt keine Anhaltspunkte zu erkennen, die die KommAustria dazu veranlassen müssten, in einer unionsrechtlich rechtsrichtigen Interpretation des KoPI-G auszusprechen, dass die Antragstellerin vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen sei.

4.6. Zusammenfassung

Damit verbleibt für den verfahrensgegenständlichen Feststellungsantrag, hinsichtlich des Gesetzeswortlauts „ausländische Diensteanbieter“ zwischen EU-ausländischen und zwar in der EU, nicht aber in Österreich niedergelassenen Anbietern, zu differenzieren und letztere aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes als ausgenommen zu beurteilen, angesichts des insofern klaren Gesetzeswortlauts kein Spielraum.

Es war das Feststellungsbegehren der Antragstellerin gemäß § 1 Abs. 5 KoPI-G dahingehend zu beantworten, dass sie dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterfällt. Klarstellend wird darauf verwiesen, dass Feststellungsbescheide – im Unterschied zu Rechtsgestaltungsbescheiden lediglich das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses feststellen (vgl. dazu *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts¹¹, 2019, 248), und dass die Verpflichtungen nach dem KoPI-G nicht erst mit einer rechtskräftigen (positiven) Feststellung gemäß § 1 Abs. 5 KoPI-G entstehen.

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: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 14.700/21-002“, 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. März 2021

Kommunikationsbehörde Austria

Wählen Sie ein Element aus.

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)