



Bescheid

I. Spruch

Auf Antrag der A***, wird gemäß § 1 Abs. 5 Kommunikationsplattformen-Gesetz, BGBl I Nr. 151/2020 (KoPI-G), festgestellt, dass diese durch das Anbieten der Kommunikationsplattform „B***“ gemäß § 2 Z 4 KoPI-G dem Anwendungsbereich des KoPI-G unterliegt.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 07.04.2021, eingelangt am 19.05.2021, führte die A*** (im Folgenden: „Antragstellerin“) aus, dass die KommAustria erklärt habe, dass sie der Auffassung sei, die Antragstellerin sei eine Kommunikationsplattform im Sinne des KoPI-G, und dass sie zu melden habe, dass sie einen verantwortlichen Beauftragten und einen Zustellungsbevollmächtigten gemäß § 5 Abs. 1 und 4 KoPI-G bestellt habe. Die Antragstellerin habe am 14.04.2021 geantwortet und der KommAustria die Gründe bekanntgegeben, warum das KoPI-G auf die Antragstellerin als Plattformbetreiberin mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat als Österreich nicht anwendbar sei. Die KommAustria habe mit Schreiben vom 19.04.2021 geantwortet und auf ihr Schreiben vom 06.04.2021 sowie auf Bestimmungen, die mögliche Sanktionen bei Nichteinhaltung gemäß § 10 KoPI-G verwiesen.

Die Antragstellerin stelle daher gemäß § 1 Abs. 5 KoPI-G den Antrag, die KommAustria möge einen Feststellungsbescheid erlassen und darin feststellen, ob die Antragstellerin hinsichtlich des Dienstes B*** in den Anwendungsbereich des KoPI-G falle. Die Antragstellerin sei der Auffassung, dass dies aus den mehreren Gründen nicht der Fall sei:

Zur Zulässigkeit des Antrags führt die Antragstellerin zunächst aus, dass B*** ein kostenloser Dienst sei, der den Menschen die Möglichkeit gebe, Ideen und Informationen in kürzester Zeit zu entwickeln und auszutauschen. B*** habe mehr als 199 Millionen monetarisierbare, täglich aktive Nutzer in zahlreichen Ländern weltweit. Der Zugriff auf den B***-Dienst erfolge durch verschiedene Medien, beispielsweise durch www.B***.com sowie mittels mobiler Applikationen, diese würden gemeinsam als „B***-Dienst“ bezeichnet. Der B***-Dienst ermögliche es Freunden, Familienmitgliedern und Mitarbeitern, durch den Austausch von schnellen, häufigen Nachrichten zu kommunizieren und in Verbindung zu bleiben. Der Hauptzweck des B***-Dienstes bestehe darin, zur öffentlichen Meinungsbildung beizutragen, indem er fundierte öffentliche, globale Nachrichten

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)

Mariahilfer Straße 77–79
1060 WIEN, ÖSTERREICH
www.rtr.at

E: rtr@rtr.at
T: +43 1 58058-0
F: +43 1 58058-9191

und Gespräche erleichtere. Die Plattform diene dazu, die Qualität und Offenheit konstruktiver Debatten in der Öffentlichkeit zu fördern und diese Diskussionen zu erleichtern, auch wenn die Inhalte des B***-Dienstes Debatten, die außerhalb des Dienstes stattfinden, widerspiegeln würden. Die Nachrichten, die Nutzer zu diesen Zwecken über den B***-Dienst austauschen, würden als „Tweets“ bezeichnet. Tweets seien jegliche auf dem B***-Dienst veröffentlichte Nachrichten und könnten Fotos, Videos, Links und Texte enthalten. Diese Tweets würden im Profil eines Nutzers veröffentlicht, an die Follower eines Nutzers gesendet und seien über die B***-Suchfunktion auffindbar. B*** werde oft als eine Microblogging-Seite bezeichnet.

Für in Österreich lebende Nutzer fänden die unter „B*** Allgemeine Geschäftsbedingungen“, abrufbar unter https://B***, Anwendung. Der B***-Dienst werde für in Österreich lebende Nutzer der Antragstellerin, einem irischen Unternehmen mit Sitz in *** Irland, betrieben und unterhalten (Abschnitt 6 der AGB).

Ohne Anerkennung einer Rechtspflicht unterstellt, dass die Antragstellerin eine „Kommunikationsplattform“ im Sinne der Definition des § 2 Z 4 KoPI-G gemäß § 1 Abs. 2 KoPI-G anbiere, sei das KoPI-G gleichwohl aus mehreren Gründen nicht auf B*** International anwendbar, wie im Folgenden erläutert werde.

Der Antrag sei gemäß § 1 Abs. 5 KoPI-G zulässig.

§ 1 Abs. 5 KoPI-G ermögliche es einem Diensteanbieter, bei der KommAustria einen Antrag auf Feststellung zu stellen, ob der Diensteanbieter in den Anwendungsbereich des KoPI-G falle. Dort heiße es: *„Auf Verlangen eines Diensteanbieters hat die Aufsichtsbehörde festzustellen, ob dieser unter den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fällt.“* Die Erläuterungen zum KoPI-G würden dies bestätigen: *„Diensteanbieter [haben] die Möglichkeit, einen Feststellungsbescheid bei der Aufsichtsbehörde zu erwirken, um – zumindest für den Zeitpunkt der Antragsstellung – Rechtssicherheit zu erlangen, ob der Diensteanbieter den in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verpflichtungen unterliegt (oder nicht).“* Mit diesem Antrag begehre die Antragstellerin als Diensteanbieter eine Entscheidung über die Frage, ob sie in den Anwendungsbereich des KoPI-G falle und damit den Verpflichtungen des KoPI-G unterliege. Die Antragstellerin bestreite, dass das KoPI-G auf sie anwendbar sei und habe aufgrund der weitreichenden Verpflichtungen, die das KoPI-G vorsehe und der schweren Sanktionen bei Nichteinhaltung ein berechtigtes Interesse daran, Rechtssicherheit in dieser Frage zu erlangen. Aus diesen Gründen sei der Antrag der Antragstellerin gemäß § 1 Abs. 5 KoPI-G zulässig.

Die Anwendung des KoPI-G auf die Antragstellerin verstoße gegen Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, im Folgenden: „E-Commerce-Richtlinie“).

Die Anwendung des KoPI-G auf die Antragstellerin verstoße gegen das Herkunftslandprinzip. Art. 3 E-Commerce-Richtlinie enthalte sekundärrechtliche Bestimmungen des EU-Rechts zur Gewährleistung der Freiheit der Dienste der Informationsgesellschaft, entsprechend den Vorgaben von Art. 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), grenzüberschreitende Dienste zu erbringen.

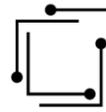
Nach Art. 3 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie müsse ein Mitgliedstaat dafür Sorge tragen, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht würden, den in diesem Mitgliedsstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen. Dazu komplementär stelle Art. 3 Abs. 2 E-Commerce-Richtlinie klar, dass ein anderer Mitgliedstaat nicht aus-Gründen, die in den koordinierten Bereich fallen, die Freiheit eines Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft einschränken dürfe, seinen Dienst von einem anderen Mitgliedstaat aus anzubieten. Dies bedeute, dass ein anderer Mitgliedstaat als Irland keine Rechtsvorschriften erlassen und durchsetzen dürfe, die die Freiheit eines in Irland ansässigen Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft, seinen Dienst in diesem anderen Mitgliedstaat anzubieten, unangemessen einschränke. Die in dem KoPI-G enthaltenen Bestimmungen würden in die koordinierten Bereiche der E-Commerce Richtlinie fallen, wie die Europäische Kommission ausdrücklich anerkannt habe. Die E-Commerce Richtlinie definiere, dass es sich bei den koordinierten Bereichen um Anforderungen handle, die ein Diensteanbieter einhalten müsse, unter anderem in Bezug auf: *„die Ausübung der Tätigkeit eines Dienstes der Informationsgesellschaft, beispielsweise Anforderungen betreffend das Verhalten des Diensteanbieters, Anforderungen betreffend Qualität oder Inhalt des Dienstes, einschließlich der auf Werbung und Verträge anwendbaren Anforderungen, sowie Anforderungen betreffend die Verantwortlichkeit des Diensteanbieters.“* Es könne hier kein Zweifel daran bestehen, dass die Verpflichtungen nach dem KoPI-G grenzüberschreitenden Dienstleistern zahlreiche unzulässige Belastungen auferlegen, insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass das irische Recht keine Verpflichtungen vorsehe, die sich aus dem KoPI-G ergeben würden, wie nachstehend erörtert werde, einschließlich der Verpflichtung, einen Zustellungsbevollmächtigten oder einen verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung eines Gesetzes wie des KoPI-G zu benennen.

Die Europäische Kommission habe dies in ihren Bemerkungen zum Entwurf des KoPI-G anerkannt und eine beträchtliche Anzahl von schwerwiegenden Belastungen identifiziert, die das KoPI-G Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als Österreich auferlegen würde. Dazu verwies die Antragstellerin auf Seite 6-7 der Bemerkungen der Europäischen Kommission zum notifizierten KoPI-G-Entwurf (C(2020) 8737 final, in der Folge: „Bemerkungsschreiben“, Hervorhebungen hinzugefügt):

„In der Praxis scheinen die durch den notifizierten Entwurf auferlegten Verpflichtungen jedoch eine Belastung für grenzüberschreitende Dienstleister zu bedeuten, da sie Folgendes erfordern:

-Einrichtung oder Anpassung der Gestaltung des Meldeverfahrens bei der Erbringung von Dienstleistungen für Nutzer in Österreich an die neuen Anforderungen des notifizierten Entwurfs sowie seiner Funktionsweise. Solche Verfahren sollen auch die spezifischen Inhalte berücksichtigen, die nach nationalem österreichischem Recht rechtswidrig wären. Dies dürfte zu einer zusätzlichen Belastung der Kommunikationsplattformen führen, die nun verpflichtet sind, die Inhalte für bis zu 10 Wochen zu speichern und neue Informationsströme einzurichten, wenn ihre Dienste von Nutzern in Österreich in Anspruch genommen werden.

- Einrichtung eines Systems oder Anpassung bestehender Systeme zur Ergreifung angemessener Maßnahmen, insbesondere die Entscheidung, ob die gemeldeten Inhalte gesperrt oder entfernt werden, innerhalb der im notifizierten Entwurf festgelegten Fristen. Inbesondere wären Diensteanbieter dazu verpflichtet, innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Meldung eine rechtliche Beurteilung der gemeldeten Inhalte nach nationalem Strafrecht durchzuführen, um festzustellen, ob die Inhalte als „offensichtlich rechtswidrig“ zu erachten sind.



Dabei ist zu berücksichtigen, dass einige der im notifizierten Entwurf aufgeführten Straftatbestände eine kontextbezogene Bewertung der gemeldeten Inhalte erfordern würden, beispielsweise im Fall von Nötigung und Beleidigung. Überdies muss der Diensteanbieter wahrscheinlich auch eine umfassendere Bewertung durchführen, die andere Beweise als die gemeldeten Inhalte beinhaltet kann, um festzustellen, ob die Inhalte eine fortdauernde Belästigung oder den Vorwurf einer abgetanen strafbaren Handlung verwirklichen. Der notifizierte Entwurf enthält keine Erläuterung dazu, wie Plattformen diese Bewertung durchzuführen haben, die vermutlich zusätzliche administrative Ressourcen erfordert.

- Einrichtung und Unterhaltung eines internen Gegenvorstellungsverfahrens, das es Nutzern, die von Österreich aus auf ihre Dienste zugreifen, ermöglicht, Anträge auf Überprüfung ihrer Entscheidungen zur Moderation von Inhalten zu stellen. Solche Überprüfungen sind innerhalb von 2 Wochen ab Antragstellung abzuschließen. Dadurch entsteht wahrscheinlich zusätzlicher Verwaltungsaufwand und Ressourcenbedarf für Kommunikationsplattformen, die ihre Dienste in Österreich anbieten.

- Bestellung eines gesetzlichen Beauftragten für die besonderen Zwecke der Sicherstellung der Einhaltung des notifizierten Entwurfs, was gewisse Kenntnisse des österreichischen Rechtssystems voraussetzt, und mit ausreichenden Kenntnissen der deutschen Sprache. - Einhaltung der sehr detaillierten und spezifischen Berichtspflichten hinsichtlich ihrer Dienste in Österreich, die nach dem notifizierten Entwurf und vermutlich in deutscher Sprache zu erfüllen sind. Darüber hinaus haben sie die künftigen Vorgaben der nationalen zuständigen Behörde in dieser Hinsicht einzuhalten.

- Kommunikationsplattformen und betroffene Nutzer in Österreich hätten die Möglichkeit, eine außergerichtliche Beilegung von Streitigkeiten über die Entscheidungen zur Moderation von Inhalten durch die österreichische RTR-GmbH anzustreben, die gemäß dem notifizierten Entwurf als Beschwerdestelle fungieren soll. Einer solchen außergerichtlichen Streitbeilegungsstelle zu unterstehen, führt für grenzüberschreitend tätige Anbieter aufgrund der Entfernung und aus sprachlichen Gründen wahrscheinlich zu einer zusätzlichen Belastung, um wirksam an einem solchen Verfahren teilnehmen zu können.

In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen ist die Kommission der Ansicht, dass die in dem notifizierten Entwurf enthaltenen Maßnahmen im Widerspruch zu Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr zu stehen scheinen. da sie als Einschränkung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft aus anderen Mitgliedstaaten als Österreich angesehen werden könnten.

Die Antragstellerin fügte diesem Verweis auf das Bemerkungsschreiben der Europäischen Kommission noch an, dass dies auch noch dadurch bestätigt werde, dass in den Erläuterungen zum KoPI-G versucht werde, die mangelnde Übereinstimmung des KoPI-G mit dem Herkunftslandprinzip zu rechtfertigen, und verwies hierzu auf Seite 3f der Erläuterungen zum KoPI-G.

Das KoPI-G habe die für eine Abweichung von dem Herkunftslandprinzip erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt.

Das Herkunftslandprinzip sehe vor, dass sich Diensteanbieter grundsätzlich an das Recht des Mitgliedstaats halten müssen, in dem der Diensteanbieter seinen Sitz habe. Das

Herkunftslandprinzip schließe es aus, dass andere Mitgliedstaaten vorbehaltlich der gemäß den in Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-Richtlinie festgelegten Bedingungen zulässigen Abweichungen - weitere Anforderungen an Dienstleister stellen, wie der Gerichtshof der Europäischen Union („EuGH“) anerkannt habe (EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2011, verbundene Rechtssachen C-509/09 und C-161/10, Rn. 67). Das KoPI-G falle in keinen Bereich, der von dem Herkunftslandprinzip ausgenommen sei, wie die Europäische Kommission richtig erkannt habe. Die E-Commerce-Richtlinie stelle klar, dass das Herkunftslandprinzip nicht für bestimmte Bereiche gelte, darunter z.B. Urheberrechtsfragen und vertragliche Verpflichtungen in Bezug auf Verbraucherkontakte. Das KoPI-G falle nicht in den Anwendungsbereich eines ausgenommenen Bereichs. Die Antragstellerin verwies dazu auf Seite 5 des Bemerkungsschreibens der Europäischen Kommission.

Die Antragstellerin sei daher der Auffassung, dass die österreichische Regierung genau aus diesem Grund versucht habe, sich auf Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-Richtlinie in den Erläuterungen des KoPI-G zu berufen. Diese Bestimmung erlaube es den Mitgliedstaaten zwar, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen, um von dem Herkunftslandprinzip abzuweichen, allerdings nur unter bestimmten, im Folgenden dargelegten Ausnahmebedingungen. Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-Richtlinie sei hier jedoch nicht anwendbar, da die Voraussetzungen für die Berufung auf diese Ausnahme nicht erfüllt seien.

Art. 3 Abs. 4 lit. a E-Commerce-Richtlinie sei nicht erfüllt.

Die Mitgliedstaaten könnten nur dann Maßnahmen ergreifen, um von dem Herkunftslandprinzip abzuweichen, wenn diese Maßnahmen erforderlich seien, um bestimmte Ziele zu erreichen; wenn sie sich gegen einen „bestimmten Dienst“ richten würden, d. h. gegen einen konkret benannten Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft, der diese Ziele beeinträchtige oder eine ernste und schwerwiegende Gefahr der Beeinträchtigung dieser Ziele darstelle; und in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Zielen stünden (Art. 3 Abs. 4 lit. a E-Commerce-Richtlinie).

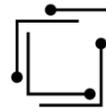
Das KoPI-G sei keine Maßnahme, die „einen bestimmten Dienst“ betreffe.

Um sich auf Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-Richtlinie zu berufen, müsse nachgewiesen werden, dass die Maßnahme, die eine Abweichung von dem Herkunftslandprinzip bezwecke, „einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft“ betreffe. Die Europäische Kommission habe bereits 2003 klargestellt, dass dieser Begriff keine allgemeinen gesetzgeberischen Maßnahmen gegen eine Gruppe von Diensteanbietern zulasse. Dies gehe aus der Mitteilung der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2003 über die „Anwendung von Artikel 3 Absätze 4 bis 6 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr auf Finanzdienstleistung“ hervor. Insbesondere stelle die Europäische Kommission folgendes fest (Hervorhebungen hinzugefügt):

„Durch die Bezeichnung "bestimmter" Dienst soll klargestellt werden, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen von Artikel 3 Absatz 4 keine allgemeinen Maßnahmen gegenüber einer Kategorie von Finanzdienstleistungen als Ganzes – wie z. B. Investmentfonds oder Kredite – ergreifen dürfen.

Um unter Artikel 3 Absatz 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.

Es könnte sich z.B. um eine Mahnung oder ein Zwangsgeld von Seiten eines Mitgliedstaats (Bestimmungsmitgliedstaats) gegenüber einer Bank handeln, die von dem Mitgliedstaat aus, in dem



sie niedergelassen ist (Herkunftsmitgliedstaat), in seinem Hoheitsgebiet nicht harmonisierte Investmentdienste anbietet. Derartige Maßnahmen könnten damit begründet werden, dass die Bank bestimmte Verhaltensregeln missachtet, die im Bestimmungsmitgliedstaat dem Verbraucherschutz dienen.

Nicht zulässig wäre es hingegen, wenn ein Mitgliedstaat auf der Grundlage von Artikel 3 Absatz 4 die Gesamtheit seiner Rechtsvorschriften für nicht harmonisierte Investmentfonds allgemein und horizontal auf alle Dienste anwendet, zu denen die Einwohner dieses Staates Zugang haben." (KOM(2003) 259 final, Seite 5)

Diese Ansicht sei richtig und sei von Generalanwalt Szpunar in seinen Schlussanträgen vom 30. April 2019 in der Rechtssache C-390/18 vor dem EuGH bestätigt worden (Hervorhebung hinzugefügt):

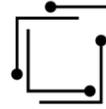
„130. Erstens verpflichtet Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 die Herkunftsmitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesen Mitgliedstaaten geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen. Im Gegensatz zu dieser allgemeinen Verpflichtung könnte Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2000/31, um den in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie genannten Grundsatz nicht zu „verwässern“, dahin verstanden werden, dass andere Mitgliedstaaten als der Herkunftsstaat nur im Einzelfall Ausnahmen vom freien Dienstleistungsverkehr vorsehen dürfen.

131. Zweitens ist Art. 3 der Richtlinie 2000/31 so auszulegen, dass der freie Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sichergestellt wird. Wenn aber 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, würde dadurch der Grundsatz des freien Verkehrs solcher Dienste erheblich geschwächt. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2000/31 garantiert einem Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft nämlich ein gewisses Maß an Rechtssicherheit: Vorbehaltlich der nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2000/31 zulässigen Ausnahmen darf dieser Anbieter keinen strengeren als den im materiellen Recht seines Herkunftsmitgliedstaats geltenden Anforderungen unterworfen werden.

132. Drittens betreffen die aufgrund von Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2000/31 erlassenen Maßnahmen nicht die Dienste der Informationsgesellschaft oder deren Anbieter; sondern einen bestimmten Dienst.

133. Viertens ist meines Erachtens bei der Prüfung, ob ein bestimmter Dienst der Informationsgesellschaft ein bestimmtes Schutzziel beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieses Ziels darstellt, immer auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen.

134. Fünftens werden die vorstehenden Erwägungen schließlich durch die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen untermauert, die ein Mitgliedstaat, der den freien Dienstleistungsverkehr beschränken will, zu erfüllen hat und auf die ich später noch zurückkommen werden. Nach Art. 3 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie 2000/31 muss ein Mitgliedstaat, der den Erlass abweichender Maßnahmen beabsichtigt, vorher die Kommission über seine Absicht unterrichten und den Herkunftsmitgliedstaat auffordern, Maßnahmen in Bezug auf die Dienste der



Informationsgesellschaft zu ergreifen. Dieser Mitgliedstaat darf, wenn der Herkunftsmitgliedstaat nicht angemessen reagiert, die beabsichtigten Maßnahmen ergreifen. Diese verfahrensrechtlichen Voraussetzungen bestätigen eindeutig, dass die in Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2000/31 angeführten Maßnahmen nur ad hoc getroffen werden dürfen.

135. Aus diesen Gründen bin ich der Meinung, dass ein anderer als der Herkunftsmitgliedstaat Ausnahmen vom freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft nur durch auf den konkreten Einzelfall bezogene Maßnahmen vorsehen darf.

Dies werde auch durch die wissenschaftliche Literatur bestätigt (z.B. Liesching, „Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie und seine Auswirkungen auf die aktuelle Mediengesetzgebung in Deutschland“ (2020), 14, mit weiteren Hinweisen):

„Die Rechtsliteratur geht entsprechend der Mitteilung der EU-Kommission davon aus, dass die Ausnahme vom Grundsatz des Herkunftslandprinzips im Rahmen des Art. 3 Abs. 4 ECRL keine abstrakt-generellen Gesetze legitimieren kann, sondern nur auf den Einzelfall eines bestimmten Telemediendienstes bezogene Maßnahmen, soweit diesbezüglich die strengen weiteren Voraussetzungen von Absätze 5 und 6 erfüllt sind.“ (Hervorhebungen hinzugefügt)

Vor diesem Hintergrund – der die Stellungnahme der Europäischen Kommission, die Stellungnahme von Generalanwalt Szpunar und die wissenschaftliche Literatur einschlieÙe – bestehe kein Zweifel daran, dass ein Mitgliedstaat keine allgemeinen, abstrakten Gesetze gegen eine Gruppe von Internet-Diensteanbietern erlassen dürfe. Allenfalls und vorbehaltlich der Erfüllung der übrigen Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-Richtlinie könne ein Mitgliedstaat spezifische „Maßnahmen“ gegen einen bestimmten, d.h. konkret bezeichneten, Diensteanbieter erlassen.

Mangelnde Verhältnismäßigkeit des KoPI-G: Die Verhältnismäßigkeit sei ein allgemeiner Grundsatz, welcher dem EU-Recht zugrunde liege. Wenn es zu einem Eingriff in die Grundrechte kommen könnte, seien die Behörden verpflichtet, das am wenigsten restriktive Mittel zu wählen. Dies sei von der Europäischen Kommission ausdrücklich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 4 der E-Commerce-Richtlinie bestätigt worden, wobei die Antragstellerin auf Seite 11 des Bemerkungsschreibens der Europäischen Kommission verweist:

„Um beurteilen zu können, ob eine Maßnahme angemessen ist, prüft die Kommission, ob sie nicht über das zur Erreichung des Ziels erforderliche Maß hinausgeht und ob das verfolgte Ziel des Allgemeininteresses nicht auch anders erreicht werden kann, d. h. auf weniger restriktive Weise bzw. durch Maßnahmen, die den Handel im Binnenmarkt weniger beschränken.“

Das KoPI-G sehe schwere Strafen von bis zu 10 Mio. EUR gegen einen Diensteanbieter im Falle der Nichteinhaltung seiner Verpflichtungen vor. Von Diensteanbietern verlange es hingegen komplexe rechtliche Bewertungen innerhalb der kurzen und nicht verlängerbaren Frist von nur sieben Tagen nach Erhalt der gemeldeten Inhalte durchzuführen.

Die Europäische Kommission habe bereits darauf hingewiesen, dass das KoPI-G insgesamt zu inakzeptablen Ergebnissen und unverhältnismäßigen Belastungen für die betroffenen Diensteanbieter führen dürfte, mit der Gefahr übermäßiger Sperrungen („Overblocking“) und damit einer Beeinträchtigung insbesondere der Meinungsfreiheit der Nutzer – angesichts der extrem kurzen Fristen, die den Diensteanbieter gewährt würden. Insbesondere bestehe in

Anbetracht der enormen Höhe der angedrohten Bußgelder von bis zu EUR 10 Mio. und der Verpflichtung, die Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit von Inhalten innerhalb kürzester Zeit zu prüfen, jedenfalls die Gefahr, dass die Anbieter von Kommunikationsplattformen geneigt sein könnten, eine Vielzahl von – möglicherweise auch unbedenklichen – Inhalten präventiv zu sperren.

In diesem Sinne erscheine die nicht verlängerbare Höchstfrist von sieben Tagen ab Zugang einer Mitteilung nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 lit. b KoPI-G bei komplexen Rechtsfragen, die nur durch Einholung einer externen Rechtsberatung geklärt werden könnten, als unverhältnismäßig. Hierdurch würde ein Diensteanbieter gezwungen, gemeldete Inhalte zu entfernen, wenn die rechtliche Bewertung bzw. der gemeldete Inhalt entweder nicht zweifelsfrei geklärt sei oder diese Klärung nicht innerhalb der vorgegebenen Frist durchgeführt werden könnte, selbst wenn die Ursache für die Verzögerung nicht vom Diensteanbieter zu vertreten sei.

Das KoPI-G fördere damit zweifellos die Tendenz zu übermäßigen Sperrungen und berge die Gefahr der Einschränkung der Meinungsfreiheit.

Die österreichischen Behörden hätten im Zusammenhang mit dem Erlass des KoPI-G dennoch versucht, die Verhältnismäßigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 4 lit. a (ii) der E-Commerce-Richtlinie zu argumentieren. In den Erläuterungen zum KoPI-G werde seitens der österreichischen Behörden erklärt, das KoPI-G genüge den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit, weil es nur systemische und nicht individuelle Fehler bestrafe. Dabei verweist die Antragstellerin auf Seite 4 der Erläuterungen zum KoPI-G: *„Insbesondere aus dem in § 9 vorgesehen Aufsichtsverfahren – das an einem systematischen, nicht aber am Einzelfall orientierten – Versagen des Diensteanbieters anknüpft, ist von der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen gemäß Art. 3 Abs. 4 lit. a (ii) der E-Commerce-Richtlinie auszugehen.“*

Dies belege aber nicht, dass die weitreichenden und belastenden Verpflichtungen des KoPI-G das am wenigsten restriktive Mittel zur Verhinderung der Verbreitung von Hassrede im Internet seien. Die österreichischen Behörden hätten diesen Nachweis nicht erbracht und könnten dies auch nicht.

Die österreichischen Behörden hätten nie geprüft, ob es alternative verhältnismäßigere Mittel gebe. Und gerade dies sei von der Europäischen Kommission [auf Seite 9 ihres Bemerkungsschreibens] kritisiert worden - *„Die Verhältnismäßigkeit der Beschränkung gegenüber dem verfolgten Ziel und insbesondere die Frage, ob weniger restriktive Maßnahmen zum gleichen politischen Ergebnis führen könnten, wurden jedoch nicht gerechtfertigt. In ihrer Notifizierungsmitteilung versäumen es die österreichischen Behörden, mögliche weniger restriktive Maßnahmen als den notifizierten Entwurf zu bewerten.“*

Sicherlich könnten die österreichischen Behörden nicht behaupten, dass die von ihnen gewählten Mittel die am wenigsten restriktiven seien, ohne zu analysieren, welche Alternativen existieren oder warum sie angeblich belastender seien. Die österreichischen Behörden hätten nicht einmal mögliche Alternativen aufgezeigt und nur pauschale Erklärungen abgegeben, dass die im KoPI-G angenommenen Mittel verhältnismäßig seien, weil sie die am wenigsten restriktiven seien. Eine solche pauschale Argumentation könne nicht ausreichen, da sie jeder staatlichen Behörde ermöglichen würde, sich auf Art. 3 Abs. 4 der E-Commerce-Richtlinie zu berufen, indem sie behauptete, dass die eingesetzten Mittel verhältnismäßig seien, ohne dies zu belegen. Dadurch würde es voraussichtlich zu einer erheblichen Zunahme der Verabschiedung von abweichenden

Rechtsvorschriften in allen Mitgliedstaaten und zu einem Flickenteppich von rechtlichen Regelungen in Bereichen kommen, die eigentlich koordiniert werden sollten.

Die Anforderungen des Art. 3 Abs. 4 der E-Commerce-Richtlinie könnten nicht so leichtfertig umgangen werden und das KoPI-G habe es schlicht versäumt, diesen Anforderungen zu genügen.

Die formalen Anforderungen der E-Commerce-Richtlinie seien ebenfalls nicht erfüllt.

Nach der E-Commerce-Richtlinie habe ein Mitgliedstaat, der eine von dem Herkunftslandprinzip abweichende Maßnahme ergreifen möchte, bestimmte formale Anforderungen einzuhalten (Art. 3 Abs. 4 lit. b der E-Commerce-Richtlinie). Insbesondere müsse der Mitgliedstaat, bevor er die fraglichen Maßnahmen ergreife, den Mitgliedstaat, in dem der Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft seinen Sitz habe, erfolglos aufgefordert haben, Maßnahmen zu ergreifen, und die Europäische Kommission und den Mitgliedstaat, in dem der Anbieter seinen Sitz habe, von seiner Absicht, derartige Maßnahmen zu ergreifen, unterrichtet haben.

Die österreichische Behörde habe diese Anforderungen nicht erfüllt.

Die formalen Anforderungen des Art. 3 Abs. 4 lit. b E-Commerce-Richtlinie seien nicht erfüllt:

Zur Erfüllung der formellen Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 4 lit. b E-Commerce-Richtlinie hätten die österreichischen Behörden Irland zunächst auffordern müssen, Maßnahmen gegen in Irland ansässige Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft zu ergreifen, um ein konkretes Problem der öffentlichen Ordnung zu adressieren, das ein in Art. 3 Abs. 4 lit. a (i) erster Gedankenstrich der E-Commerce-Richtlinie genanntes Ziel betreffe. Sollte Irland einem solchen Ersuchen nicht (angemessen) nachkommen, hätten die österreichischen Behörden die Europäische Kommission und Irland von ihrer Absicht in Kenntnis setzen müssen, eine konkrete Maßnahme zu ergreifen, die von dem Herkunftslandprinzip abweiche.

Dies sei von der Europäischen Kommission in ihrem Bemerkungsschreiben ausdrücklich bestätigt worden (Hervorhebungen hinzugefügt):

„Darüber hinaus müssen gemäß Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b bestimmte Verfahrensvorschriften erfüllt sein, damit ein Mitgliedstaat vom Grundsatz der Herkunftslandkontrolle abweichen kann. Insbesondere ist vor der Ergreifung der fraglichen restriktiven Maßnahmen der Herkunftsmitgliedstaat des/der betreffenden Dienstleistungsanbieter(s) aufzufordern, Maßnahmen zur Lösung des festgestellten Problems der öffentlichen Ordnung zu ergreifen. Wenn dieser Mitgliedstaat keine (angemessenen) Maßnahmen ergreift, muss er anschließend zusammen mit der Kommission über die Maßnahme informiert werden, die der Herkunftsmitgliedstaat (in diesem Fall Österreich) zu ergreifen beabsichtigt.“

Diese Verpflichtung sei auch vom EuGH bestätigt worden (EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019-C-390/18, Airbnb Ireland, Rn. 85, Hervorhebungen hinzugefügt):

„85. Zum anderen muss der betreffende Mitgliedstaat gem. Art. 3 Abs. 4 lit. b 2. Gedankenstrich vor Ergreifen der betreffenden Maßnahmen – unbeschadet etwaiger Gerichtsverfahren, einschließlich Vorverfahren und Schritten i.R.e. strafrechtlichen Ermittlung – die Kommission und den

Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Erbringer der genannten Dienstleistung ansässig ist, über seine Absicht, die betreffenden restriktiven Maßnahmen zu ergreifen, unterrichtet haben.“

Die Antragstellerin sei in Irland ansässig. Zur Erfüllung der formellen Anforderungen gemäß Art. 3 Abs. 4 lit. b der E-Commerce-Richtlinie hätten die österreichischen Behörden Irland zunächst auffordern müssen, Maßnahmen zu ergreifen, um das von den österreichischen Behörden wahrgenommene Problem im Hinblick auf die Ziele von Art. 3 Abs. 4 lit. a der E-Commerce-Richtlinie zu beheben.

Die Europäische Kommission habe zu Recht festgestellt, dass die österreichischen Behörden dies versäumt hätten (vgl. S 8 des Bemerkungsschreibens der Europäischen Kommission).

Selbst wenn man davon ausginge, dass das KoPI-G eine Maßnahme im Sinne von Art. 3 Abs. 4 lit. a E-Commerce-Richtlinie darstelle (was nicht der Fall sei), hätten es die österreichischen Behörden auch versäumt, die Europäische Kommission und Irland gemäß Art. 3 Abs. 4 lit. b 2. Gedankenstrich der E-Commerce-Richtlinie davon zu unterrichten.

Die Europäische Kommission habe dies auf Seite 8 ihres Bemerkungsschreibens dargelegt (Hervorhebungen hinzugefügt):

„...Folglich scheinen keine Gründe für eine Abweichung von den in Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b festgelegten Bedingungen vorzuliegen.

Aus den ihr vorliegenden Informationen muss die Kommission daher den Schluss ziehen, dass die österreichischen Behörden die in Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr festgelegten Anforderungen, die eine Abweichung von Artikel 3 Absatz 2 rechtfertigen würden, nicht erfüllt haben.“

Der Entwurf des KoPI-G sei nur unter der Richtlinie (EU) 2015/1535 notifiziert worden – die Änderungen, die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens vorgenommen wurden, seien nicht erneut unter dieser Richtlinie notifiziert worden. Das Notifizierungsverfahren nach der Richtlinie (EU) 2015/1535 ersetze jedoch nicht die verfahrensrechtlichen Anforderungen nach Art. 3 Abs. 4 lit. b der E-Commerce-Richtlinie. Insbesondere könne eine Meldung nach der Richtlinie (EU) 2015/1535 nicht das Erfordernis einer vorherigen Aufforderung des Mitgliedstaates ersetzen, in dessen Hoheitsgebiet ein betroffener Diensteanbieter seinen Sitz habe, wie es in Art. 3 Abs. 4 lit. b erster Gedankenstrich der E-Commerce-Richtlinie vorgesehen sei.

Darüber hinaus verlange Art. 3 Abs. 4 lit. b zweiter Gedankenstrich der E-Commerce-Richtlinie ausdrücklich, dass jeder Mitgliedstaat, der beabsichtige, restriktive Maßnahmen zu ergreifen, die von dem Herkunftslandprinzip abweichen, die Kommission und den Mitgliedstaat, in dem der betreffende Diensteanbieter seinen Sitz habe, davon in Kenntnis setzen müsse. In Bezug auf Irland als dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Antragstellerin ihren Sitz habe, sei unbestritten, dass die österreichischen Behörden beiden Anforderungen nicht nachgekommen seien. Auch die Europäische Kommission sei dieser Ansicht, sonst hätte sie sich nicht mit der Nichterfüllung der Formerfordernisse befasst (wenn sie diese durch die Mitteilung nach der Richtlinie (EU) 2015/1535 als erfüllt ansehen würde, wäre es nicht notwendig gewesen, sich dazu zu äußern).

Schließlich sei sich die österreichische Regierung offensichtlich bewusst, dass sie die formellen Anforderungen nach Art. 3 Abs. 4 lit. b der E-Commerce-Richtlinie nicht eingehalten habe. Die Antragstellerin verwies dabei auf Seite 4 der Erläuterungen zum KoPI-G:

„Dem schadet auch nicht, dass gemäß Art. 3 Abs. 4 lit. b (i) 1. Anstrich der E-Commerce- Richtlinie der Mitgliedstaat, der von Abs. 4 Gebrauch machen will, vorerst den Herkunftsstaat des Diensteanbieters erfolglos aufgefordert haben und die Kommission vorab über die beabsichtigten Maßnahmen unterrichtet haben muss: Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie gestattet den Mitgliedstaaten vom in Abs. 4 lit. b genannten Verfahren in dringlichen Fällen abzuweichen.“

Eine solche Dringlichkeit sei jedoch, wie im Folgenden erläutert, nicht gegeben, und die Voraussetzungen für eine Abweichung vom Herkunftslandprinzip seien schlichtweg nicht erfüllt.

Die Dringlichkeitsausnahme sei nicht anwendbar.

In vollem Bewusstsein, die verfahrensrechtlichen Anforderungen nach Art. 3 Abs. 4 lit. b der E-Commerce-Richtlinie nicht eingehalten zu haben, habe sich die österreichische Regierung vorgeblich auf das Dringlichkeitsverfahren nach Art. 3 Abs. 5 der E-Commerce-Richtlinie berufen.

Aus dem korrekten Verständnis und dem Sinn „dringlicher Fälle“ ergebe sich, dass es sich um besondere Situationen handle, in denen abweichend vom Normalzustand ein außergewöhnliches Bedürfnis nach schnellem Handeln im konkreten Einzelfall bestehe, um eine konkrete Abhilfe zu schaffen, die zu spät käme, wenn die verfahrensrechtlichen Vorgaben des Art. 3 Abs. 4 lit. b, zweiter Gedankenstrich der E-Commerce-Richtlinie beachtet werden würden. Es liege auf der Hand, dass entsprechende Maßnahmen daher einen situationsbezogenen, vorübergehenden Charakter haben müssten.

Die österreichische Regierung und die Behörden hätten den Nachweis einer Dringlichkeit nicht erbracht, weil sie dazu auch gar nicht in der Lage seien.

In den Erläuterungen zum KoPI-G sowie ihrer der Notifizierung der Republik Österreich an die Europäische Kommission des KoPI-G, 020/544/A vom 1. September 2020 (im Folgenden: „Notifizierung“) beigefügten Mitteilung nach Art. 5 Richtlinie (EU) 2015/1535 hätten sich die österreichischen Behörden auf eine Dringlichkeit aufgrund berufen:

„[der] besorgniserregende[n] Entwicklung, dass das Internet und die Sozialen Medien neben den Vorteilen, die diese neuen Technologien und Kommunikationskanäle mit sich brachten, auch eine neue Form der Gewalt etabliert hat und Hass im Netz in Form von Beleidigungen über Bloßstellungen, Falschinformationen, bis hin zu Gewalt- und Morddrohungen zunimmt.“

Und darüber hinaus, weil

„[d]er bestehenden Verpflichtung, im Fall der Kenntnisnahme von rechtswidrigen Inhalten diese unverzüglich zu löschen oder den Zugang zu diesen zu sperren, sobald sie davon Kenntnis erlangt haben, kommen Anbieter von Sozialen Medien und Online-Foren oftmals nicht in zufriedenstellender Weise nach. Zudem werden von Nutzern gemeldete Inhalte von den Plattformen in der Regel nur anhand ihrer eigenen Community-Leitlinien geprüft und nicht anhand der nationalen Straftatbestände.“

Und

„[d]a dieser laufende Konsultationsprozess und insbesondere das entsprechende Rechtssetzungsverfahren auf europäische Ebene aber noch geraume Zeit in Anspruch nehmen werden.“

Das Phänomen der Hassrede im Internet sei aber nicht plötzlich entstanden und die diesbezüglichen Aussagen der österreichischen Behörde bei der Verabschiedung des KoPI-G im Jahr 2020 seien zudem irreführend.

Die Öffentlichkeit, Regierungen, Behörden und Plattformanbieter – um nur einige zu nennen – seien sich (und seien sich gewesen) dieses Themas seit Jahren bewusst, in jüngster Zeit spätestens seit der Einwanderungskrise in Europa 2016 und 2017. Die Plattformanbieter seien sich in diesem Zusammenhang der Notwendigkeit bewusst, Hass im Internet zu bekämpfen.

Große Social-Media-Plattformen, darunter die Antragstellerin, würden das Commitment der Europäischen Kommission und der Mitgliedstaaten, gegen illegale Hassreden vorzugehen, und hätten im Mai 2016, also vor fünf Jahren, mit der Europäischen Kommission einen Verhaltenskodex aufgestellt (den „EU-Verhaltenskodex zur Bekämpfung illegaler Hassreden im Internet“).

Ironischerweise verweise die österreichische Regierung bei dem Versuch, in ihren Erläuterungen mit der Dringlichkeit zu argumentieren, auf einen Artikel über den EU-Verhaltenskodex zur Bekämpfung illegaler Hassreden im Internet mit dem Titel (Hervorhebung hinzugefügt): *„EU-Verhaltenskodex gegen Hass im Internet zeigt Wirkung.“* Dies bestätige, dass ein Eingreifen des Gesetzgebers nicht notwendig zu sein scheine.

Obwohl unstrittig sei, dass Hass im Internet bekämpft werden müsse und tatsächlich bekämpft werde, hätten die von den österreichischen Behörden vorgebrachten Argumente keine Dringlichkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 5 der E-Commerce-Richtlinie zu begründen vermocht und könnten daher nicht den Versuch der österreichischen Behörden rechtfertigen, die Anforderungen des Art. 3 Abs. 4 lit. b der E-Commerce-Richtlinie zu missachten.

Darüber hinaus sei der Vorschlag für ein Gesetz über Digitale Dienste bereits am 15. Dezember 2020 veröffentlicht worden, also bevor das KoPI-G in Kraft getreten sei. Die österreichischen Behörden hätten auf Seite 4 der Erläuterungen zum KoPI-G mit Verweis auf ihre Notifizierung 2020/544/A vom 01.09.2020 ausdrücklich zugegeben, dass *„Da dies eine grenzüberschreitende Herausforderung ist, [...] eine wirksame Regelung auf europäischer Ebene die beste Lösung [ist].“* Vor diesem Hintergrund erscheine das angebliche Vorliegen der Dringlichkeit gemäß Art. 3 Abs. 5 der E-Commerce-Richtlinie nach den von den österreichischen Behörden vorgebrachten Argumenten noch weniger vertretbar.

Zudem verfolge Art. 3 Abs. 5 der E-Commerce-Richtlinie auch den Zweck, die Handlungsfähigkeit der mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte im Hinblick auf nicht-suspensive und einstweilige Maßnahmen zum Schutz berechtigter öffentlicher Interessen im Sinne von Art. 3 Abs. 4 der E-Commerce-Richtlinie zu gewährleisten. Die im KoPI-G vorgesehene generelle Einrichtung von Melde- und Überprüfungsverfahren habe demgegenüber dauerhaften Charakter und sei auf eine langfristige Wirkung angelegt.

Es sei nicht verwunderlich, dass die Europäische Kommission bereits festgestellt habe, dass die von den österreichischen Behörden vorgebrachten Gründe nicht dazu berechtigen könnten, die formellen Anforderungen des Art. 3 Abs. 4 lit. b der E-Commerce-Richtlinie zu umgehen, wobei die Antragstellerin auf Seite 8 des Bemerkungsschreibens der Europäischen Kommission verwies (Hervorhebungen hinzugefügt): *„Die Tatsache, dass sich die österreichischen Behörden in ihren Antworten auf das Ersuchen um ergänzende Informationen der Kommissionsdienststellen auf das Dringlichkeitsverfahren von Artikel 3 Absatz 5 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr berufen, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern, da die darin festgelegten Bedingungen nicht erfüllt sind. Die österreichischen Behörden haben keine ausreichenden Gründe vorgebracht. die ihren Standpunkt untermauern, dass bei der Ergreifung nationaler Maßnahmen in diesem Bereich Dringlichkeit geboten ist. Die Kommission ist sich der von den österreichischen Behörden angeführten konkreten Beispiele bewusst und hat auf die damit verbundenen Bedenken in Form von legislativen und nicht-legislativen Initiativen reagiert. Nach Ansicht der Kommission können diese Bedenken nur im harmonisierten Rahmen der EU wirksam ausgeräumt werden, was in dem bevorstehenden Gesetz über digitale Dienste vorgesehen wird.“*

Die fehlende Dringlichkeit werde ferner durch die Tatsache bestätigt, dass im Rahmen der Richtlinie (EU) 2015/1535 keine Dringlichkeit geltend gemacht worden sei, wobei die Antragstellerin auf Seite 9 des Bemerkungsschreibens der Europäischen Kommission verwies: *„Zudem sieht die Kommission keine objektiven Gründe, um die Anwendung des Dringlichkeitsverfahrens im vorliegenden Fall als gerechtfertigt zu erachten: zwar machen bestimmte Ereignisse in jüngster Zeit wirksame Maßnahmen erforderlich, doch wurde keine Dringlichkeit festgestellt, die es rechtfertigt, die Koordinierungsbestimmungen für das gesamte Spektrum illegaler Inhalte außer Acht zu lassen. Die Tatsache, dass der Maßnahmenentwurf ohne Veranlassung des Dringlichkeitsverfahren nach der Richtlinie (EU) 2015/1535 notifiziert wurde, scheint diese Auffassung zu bestätigen. Folglich scheinen keine Gründe für eine Abweichung von den in Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b festgelegten Bedingungen vorzuliegen.“*

Selbst unter der Annahme der Dringlichkeit (was nicht der Fall sei), scheine Österreich auch den Anforderungen nach Art. 3 Abs. 5 Satz 2 der E-Commerce-Richtlinie nicht nachgekommen zu sein, wonach *„die Maßnahmen so bald wie möglich und unter Angabe der Gründe, aus denen der Mitgliedstaat der Auffassung ist: daß es sich um einen dringlichen Fall handelt, der Kommission und dem in Absatz 1 genannten Mitgliedstaat mitgeteilt werden“*, dabei verweist die Antragstellerin auf Seite 10 des Bemerkungsschreibens der Europäischen Kommission:

„Darüber hinaus haben die österreichischen Behörden versäumt, den Herkunftsmitgliedstaat schnellstmöglich zu informieren.“

In Anbetracht der fehlenden Dringlichkeit gemäß Art. 3 Abs. 5 der E-Commerce-Richtlinie, der Nichteinhaltung der formellen Anforderungen nach Art. 3 Abs. 4 lit. b der E-Commerce-Richtlinie sowie des Fehlens der materiellen Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 4 lit. a der E-Commerce-Richtlinie sei das KoPI-G nicht auf in der EU ansässige Diensteanbieter anwendbar, die ihren Sitz außerhalb Österreichs hätten, wie z. B. die Antragstellerin, welche ihren Sitz in Irland habe.

Die Folgen der Nichteinhaltung von Mitteilungspflichten nach EU-Recht seien bereits vor 25 Jahren festgestellt worden, als der EuGH in Bezug auf eine Vorgängerrichtlinie der Richtlinie (EU)

2015/1535 entschieden habe (EuGH 30. April 1996, C-194/94, CIA Security International, Rn. 54 – Hervorhebungen hinzugefügt):

„Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist die Richtlinie 83/189 im Ergebnis dahin auszulegen, dass der Verstoß gegen die Mitteilungspflicht zur Unanwendbarkeit der betreffenden technischen Vorschriften führt, so dass sie einzelnen nicht entgegengehalten werden können.“

Dies sei erst kürzlich im Hinblick auf die Mitteilungspflichten nach Art. 3 Abs. 4 lit. b der E-Commerce-Richtlinie ausdrücklich bestätigt worden (EuGH 19.12.2019, C-390/18, Airbnb Ireland, Rn. 96 – Hervorhebungen hinzugefügt):

„Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass ein Verstoß eines Mitgliedstaats gegen seine in Art. 3 Abs. 4 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2000/31 vorgesehene Pflicht zur Unterrichtung über eine Maßnahme, die den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft beschränkt, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Anbieter erbracht werden, dazu führt, dass diese Maßnahme dem Einzelnen nicht entgegengehalten werden kann (vgl. entsprechend Urteil vom 30. April 1996, CIA Security International, C-194/94, EU:C:1996:172, Rn. 54).“

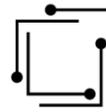
Das KoPI-G sei somit mangels Erfüllung der formellen Anforderungen nicht anwendbar. Die Unanwendbarkeit des KoPI-G resultiere darüber hinaus auch aus der Nichterfüllung der materiellen Anforderungen des Art. 3 Abs. 4 lit. a. der E-Commerce-Richtlinie (EuGH 19. Dezember 2019, C-390/18, Airbnb Ireland, Rn. 99 – Hervorhebungen hinzugefügt):

„In Anbetracht der fehlenden Mitteilung der Loi Hoguet durch die Französische Republik sowie des kumulativen Charakters der in Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2000/31 genannten und in den Rn. 84 und 85 des vorliegenden Urteils bezeichneten Voraussetzungen kann dieses Gesetz jedenfalls nicht auf einen Einzelnen angewandt werden, der sich in einer Situation wie Airbnb Ireland im Ausgangsrechtsstreit befindet, und zwar unabhängig von der Frage, ob dieses Gesetz den anderen. in dieser Bestimmung vorgesehenen Voraussetzungen genügt.“

Auf dieser Grundlage bestehe keinerlei Zweifel daran, dass das KoPI-G keine Anwendung auf die Antragstellerin finde.

Diese Schlussfolgerung ergebe sich auch aus einer richtlinien-konformen Auslegung (der E-Commerce-Richtlinie) des österreichischen Rechts. Gemäß 20 Abs. 2 ECG dürfe vorbehaltlich der §§ 21 bis 23 „*der freie Verkehr der Dienste der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat [. . .] nicht auf Grund inländischer Rechtsvorschriften eingeschränkt werden, die in den koordinierten Bereich fallen.*“ Diese Bestimmung sei als eine spezifischere Ausnahmeregelung – in Bezug auf in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Diensteanbieter – zu sehen, die dem § 1 Abs. 2 KoPI-G derogiere. Dementsprechend führe auch eine Auslegung, die sich allein auf die klassischen Auslegungsmethoden des österreichischen Rechts stütze, zu dem obigen Ergebnis.

Selbst wenn man zu Unrecht (und unter Außerachtlassung des § 20 Abs. 2 ECG) davon ausgehe, dass aufgrund des „klaren Wortlauts des Gesetzes“ kein Raum für eine Auslegung dahingehend bestehe, EU-ansässige ausländische Unternehmen vom KoPI-G auszunehmen (vgl. Bescheid der KommAustria vom 26. März 2021, KOA 14.700/21-002), würde eine solche Sichtweise die Auslegungsmethoden des österreichischen Rechts ignorieren, welche teleologische Reduktionen zulassen würden (OGH 15. Februar 2011, 4 Ob 208/1 Og, Hervorhebungen hinzugefügt):



„(c) In der Entscheidung VIII ZR 200/05 (= BGHZ 179, 27 - Quelle II) hielt der BGH auf dieser Grundlage fest, dass richtlinienkonforme Auslegung wenn möglich und nötig auch eine richterliche Rechtsfortbildung, insbesondere durch teleologische Reduktion, erfordere. Dies setze zwar eine planwidrige Regelungslücke voraus. Eine solche Lücke könne sich aber auch daraus ergeben, dass der Gesetzgeber eine richtlinienkonforme Regelung schaffen wollte, dieses Vorhaben aber - wie sich nachträglich aus der Auslegung der Richtlinie durch den EuGH ergebe - nicht zur Gänze umgesetzt habe. In diesem Fall sei der erkennbare Wille des Gesetzgebers - über den Wortlaut des Gesetzes hinaus - durch Rechtsfortbildung (teleologische Reduktion) umzusetzen.

2.3. Diese Erwägungen können auf die hier strittige Zugabenproblematik übertragen werden.

(a) Die UWG-Nov 2007 sollte die RL-UGP umsetzen. Im Vorblatt zur Regierungsvorlage heißt es, dass die Neuregelung der „Maximalharmonisierung“ der von der Richtlinie erfassten Tatbestände entspreche und daher „in allen Belangen europarechtskonform“ sei (144 BlgNR 23. GP). Die Novelle sollte daher eine in jeder Hinsicht richtlinienkonforme Regelung für Geschäftspraktiken“ iSd Art 2 lit d RLUGP schaffen. Dabei nahm der Gesetzgeber allerdings an, dass die Richtlinie Maßnahmen der Verkaufsförderung“ und damit Zugaben im Sinn von § 9a Abs 1 Z 1 UWG nicht erfasse (144 BlgNR 23. GP, Al/gemeiner Teil). Der EuGH hat nun allerdings klargestellt, dass weder eine solche Ausnahme besteht und noch andere Erwägungen ein unabhängig vom Einzelfall geltendes Verbot von Zugaben rechtfertigen können. Hätte der Gesetzgeber diese Rechtslage gekannt, so hätte er schon zur Vermeidung von Staatshaftungsansprüchen auch § 9a Abs 1 Z 1 UWG in die Neuregelung einbezogen: Entweder hätte er diese Norm aufgehoben, oder er hätte sie richtlinienkonform geändert. In diesem Fall hätte er statt der bestehenden Regelung, die durch ein al/gemeines Zugabenverbot jede abstrakte Gefährdung (auch) von Verbrauchern verhindern soll, eine Bestimmung schaffen müssen, wonach Zugaben nur dann unzulässig sind, wenn sie im konkreten Fall irreführenden, aggressiven oder sonst unlauteren Charakter haben. Eine solche Regelung hätte nicht gegen die RL-UGP verstoßen.

b) Dieser richtlinienkonforme Zustand ist nun durch teleologische Reduktion von § 9a Abs 1 Z 1 UWG herzustellen. ...“

Da der österreichische Gesetzgeber angenommen habe, dass das KoPI-G EU-Rechtskonform (hier mit der E-Commerce-Richtlinie) sei und er ein EU-Rechtskonformes Gesetz erlassen habe wollen, und vor dem Hintergrund, dass diese Annahme falsch sei (siehe oben), könne und müsse § 1 Abs. 2 KoPI-G so ausgelegt werden, dass er ausländische Unternehmen mit Sitz in der EU ausnehme.

Unabhängig davon, welcher Ansatz gewählt werde, sei das Ergebnis dasselbe – das KoPI-G sei nicht auf Diensteanbieter mit Sitz in der EU (außerhalb Österreichs) anwendbar.

Zu weiteren Verstößen gegen geltendes Recht führt die Antragstellerin aus, dass ungeachtet dessen, dass das KoPI-G in Bezug auf Diensteanbieter mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, also außerhalb Österreichs, gegen das Herkunftslandprinzip verstoße und daher auf die Antragstellerin nicht anwendbar sei, sei auch evident, dass das KoPI-G gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV, das Bestimmtheitsgebot gemäß Art. 18 B-VG und verfassungsrechtlich und unionsrechtlich gewährte Grundrechte der Antragstellerin und ihrer Nutzer verstoße. Dazu führte die Antragstellerin im Einzelnen aus:

Das KoPI-G verletze den freien Dienstleistungsverkehr nach Art. 56 AEUV.

Art. 56 AEUV verlange die Beseitigung aller Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs von EU-Bürgern. Als Beschränkungen in diesem Sinne seien alle Umstände anzusehen, die geeignet seien, die Tätigkeit von Dienstleistungserbringern, die entweder in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen seien oder dort rechtmäßig Dienstleistungen erbrächten, zu unterbinden oder zu behindern (EUGH, 18.6.1998, C-266/96, Corsica Ferries II) bzw. die Erbringung von Dienstleistungen weniger attraktiv zu machen (EUGH 11.6.2009, C-564/07, Commission v Austria; 17.7.2008, C-389/05, Commission v France; 12.12.1996 C-3/95, Broede; 28.3.1996, C-272/94, Guiot). Letzteres sei insbesondere durch die Verpflichtungen der §§ 3f KoPI-G der Fall, da sie es für die Antragstellerin weniger attraktiv machten, ihre Dienste in Österreich zu erbringen.

Nach ständiger Rechtsprechung des EUGH könne eine Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erforderlich sei; geeignet sei, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten; und nicht über das hinausgehe, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sei (EUGH 8.9.2009, C-42/07, Liga Portuguesa) . Die Maßnahmen des KoPI-G würden insbesondere diese Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht erfüllen, wie oben bereits dargelegt worden sei.

Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot gemäß 18 B-VG: Aus Art. 18 B-VG folge, dass Gesetze inhaltlich hinreichend bestimmt sein müssen („Bestimmtheitsgebot“) (Muzak, -BVG6 Art 18 B-VG, para 8). Diesem Erfordernis werde das KoPI-G jedoch nicht gerecht, insbesondere was die Definition des Begriffs „rechtswidriger Inhalt“ in § 2 Z 8 KoPI-G betreffe.

Nach dieser Definition sei ein „rechtswidriger Inhalt“ jeder Inhalt, der einen in § 2 Z 8 KoPI-G aufgezählten „Tatbestand objektiv verwirklicht“ und „nicht gerechtfertigt“ sei. Ungeachtet des Umstandes, dass die österreichische Strafrechtslehre ein solches Rechtskonstrukt nicht kenne, da ein „Inhalt“ nicht „rechtswidrig“ oder „gerechtfertigt“ sein könne, sondern nur eine (vorsätzlich begangene) Handlung, lasse sich insbesondere aus dem Wortlaut der Definition nicht ableiten, ob ein Diensteanbieter – wie die Antragstellerin – im Zuge ihrer umfassenden Prüfungs- und Lösungsverpflichtung aufgrund einer Nutzerbeschwerde nur die jeweiligen Merkmale der Straftat („Inhalt“) prüfen und/oder zusätzlich beurteilen müsse, ob die Handlung vorsätzlich begangen wurde.

Aufgrund der fehlenden Bestimmtheit des Begriffs „rechtswidrige Inhalte“ bleibe es für die Antragstellerin völlig unklar, was Gegenstand seiner Pflichten aus § 3 ff KoPI-G sei, da diese ausschließlich an das Vorliegen von „rechtswidrigen Inhalten“ anknüpften. Im Ergebnis führe die fehlende Bestimmtheit des Begriffs „rechtswidrige Inhalte“ dazu, dass das KoPI-G als solches unanwendbar und damit verfassungswidrig sei.

Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz: Ausgehend von dem aus Art. 7 B-VG abgeleiteten Gleichheitsgrundsatz dürften gesetzliche Bestimmungen Personen oder Personengruppen nur dann unterschiedlich behandeln, wenn dies durch tatsächliche Unterschiede sachlich gerechtfertigt sei (VfGH 17.315/2004; 19.933/2014; 20.291/2018 et al.).

Dies sei bei den nach § 1 Abs. 3 KoPI-G vom Anwendungsbereich ausgenommenen Kommunikationsplattformen nicht der Fall. Denn es sei keine Rechtfertigung ersichtlich, warum gerade Kommunikationsplattformen, die von Medienunternehmen betrieben werden, vom

Anwendungsbereich ausgenommen seien, obwohl sie auf dem freien Markt mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben würden (*Kresbach*, Das Kommunikationsplattformen-Gesetz, MR 2021, 11ff (12); *Fischer/Kettemann/Rachinger*, Ein sanfter Riesenbändiger, ÖJZ 2020, 1064ff (1067)).

Der Umstand, dass in den Erläuterungen zum KoPI-G bezüglich der von Medienunternehmen betriebenen Kommunikationsplattformen ausgeführt werde, dass diese Unternehmen ausgenommen sein, weil sie den Bestimmungen des Mediengesetzes unterlägen, ändere nichts an der unsachlichen und ungleichen Behandlung. Diese Argumentation sei nur dann überzeugend, wenn die Sorgfalts- und Haftungsstandards nach dem Mediengesetz die gleichen wären wie nach dem KoPI-G. Dies sei jedoch nicht der Fall. So schreibe das Mediengesetz nicht vor, dass bestimmte Inhalte innerhalb von 24 Stunden gelöscht werden müssen, wie es § 3 Abs. 3 KoPI-G verlange.

Das KoPI-G verstoße somit gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 7 B-VG und sei verfassungswidrig, solange es keine sachliche Rechtfertigung für die Ausnahme bestimmter Kommunikationsplattformen aus dem Anwendungsbereich des KoPI-G gebe oder die Ausnahmebestimmung aufgehoben würden.

Verstoß gegen das Grundrecht auf Eigentum: Das KoPI-G erlaube der Aufsichtsbehörde, also der KommAustria, Zahlungen Dritter (bestimmter Schuldner) an die Antragstellerin (und mit ihr verbundene Unternehmen) zu sperren, wenn Strafen nicht anderweitig vollstreckt werden könnten (§ 6 Abs. 4 KoPI-G). Die Verhinderung der Bezahlung von Forderungen an den Anbieter (und der mit ihm verbundenen Unternehmen) führe jedoch zu einem unzulässigen Eingriff in das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf Unversehrtheit des Eigentums gemäß Art. 5 StGG und Art. 1 ZPEMRK.

Nach der Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs (VfGH 8970; 9087) sei ein solcher Eingriff nur dann zulässig, wenn er durch ein verfassungskonformes Gesetz vorgesehen sei; er einem öffentlichen Interesse diene; und er nicht unverhältnismäßig sei (VfSlg 20.073/2016; 20.089/2016; 20109/2016; 20.124/2016.). Diese Anforderungen erfülle das KoPI-G jedoch nicht.

Wie bereits ausgeführt, bestünden aufgrund der fehlenden Bestimmtheit des KoPI-G gemäß Art. 18 B-VG erhebliche Zweifel an dessen Verfassungsmäßigkeit als solcher, weshalb auch § 6 Abs. 4 KoPI nicht als verfassungskonform anzusehen sei. Darüber hinaus sei aber auch aus § 6 Abs. 4 KoPI-G nicht ersichtlich, warum diese Maßnahme notwendig sei, um einem öffentlichen Interesse zu dienen und warum dies nicht unverhältnismäßig sei.

Folglich verstoße das KoPI-G eindeutig gegen das verfassungsmäßig garantierte Grundrecht der Antragstellerin auf Unversehrtheit des Eigentums.

Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit: Die Möglichkeit der Sperrung von Zahlungen Dritter an die Antragstellerin (und mit ihr verbundene Unternehmen) gemäß § 6 Abs. 4 KoPI-G stelle auch einen Eingriff in das Recht auf Berufs- und Erwerbsfreiheit gemäß Art. 6 StGG und Art. 16 GRCh dar. Art. 6 StGG und Art. 16 GRCh würden nicht nur die Aufnahme und Beendigung einer unternehmerischen Tätigkeit, sondern auch alle Aspekte ihrer Durchführung regeln. Ein Grundrechtseingriff bzw. eine Grundrechtseinschränkung liege daher auch dann vor, wenn der Gesetzgeber Regelungen treffe, die dem Grundrechtsträger im Hinblick auf seine unternehmerische Tätigkeit einen Nachteil verursachen würden. Dazu würden nach der

Rechtsprechung des EuGH auch Regelungen gehören, die eine Sperrung von Zahlungen ermöglichen würden (EUGH 15.7.2004, C-37/02, *Leonardo Adriano*).

Solche Einschränkungen der Berufsfreiheit seien nur zulässig, wenn sie auf einer verfassungskonformen gesetzlichen Regelung beruhen würden, einem öffentlichen Interesse dienen und verhältnismäßig seien (VfGH 20.111/2016; 20.125/2016; 20.191/2017.). Im Hinblick auf § 6 Abs. 4 KoPI-G seien diese Voraussetzungen jedoch nicht erfüllt. Daher verstoße das KoPI-G auch gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit der Antragstellerin, das durch die österreichische Verfassung und durch EU-Recht garantiert sei.

Verstoß gegen das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung: Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 10 EMRK und Art. 11 GRCh umfasse alle Arten von Äußerungen, unabhängig von ihrem Inhalt oder der Form, in der sie ausgedrückt oder kommuniziert werden. Das Recht auf freie Meinungsäußerung gelte daher auch, wenn ein Nutzer Inhalte auf der Kommunikationsplattform der Antragstellerin einstelle.

Da das KoPI-G von der Antragstellerin und den anderen Diensteanbietern fordere, bestimmte Inhalte von Nutzern zu löschen, stelle das KoPI-G einen staatlichen Eingriff in die Meinungsfreiheit der Nutzer dar. Dies liege vor allem daran, dass das KoPI-G eine „Löschung im Zweifelsfall“ bzw. ein übermäßiges Sperren „Overblocking“ fördere, da die Antragstellerin und andere Diensteanbieter im Falle einer Fehleinschätzung bei Löschungen mit Strafen von bis zu 10 Mio. EUR rechnen müssten.

Gemäß Art. 10 EMRK – wie auch gemäß Art. 11 GRCh – seien Einschränkungen des Rechts auf freie Meinungsäußerung nur zulässig, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt seien: der Eingriff sei gesetzlich vorgesehen, verstoße nicht gegen das absolute Verbot des Eingriffs durch Vorzensur, verfolge einen der in Art. 10 Abs. 2 EMRK aufgeführten Zwecke, und sei darüber hinaus zur Erreichung dieses Zwecks oder dieser Zwecke „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ – und damit verhältnismäßig (VfGH 11.996/1989, 13.694/1994, 19.662/2012.).

Die vermeintliche Verpflichtung der Antragstellerin nach dem KoPI-G, Inhalte zu löschen, solle auf einer eigenen Einschätzung der Antragstellerin beruhen, ob bestimmte Inhalte gegen bestimmte Strafgesetze verstoßen würden. Die Löschverpflichtung der Antragstellerin werde in diesem Zusammenhang nicht von einer staatlichen Behörde ausgelöst, die feststellen würden, dass ein bestimmter Inhalt tatsächlich gegen das Gesetz verstoße. Die Antragstellerin sei in der Regel nicht in der Position (und solle es auch nicht sein), eine solche abschließende Beurteilung unter den oft komplexen Strafgesetzen vorzunehmen. Dies sei nicht nur eine unangenehme Belastung für die Antragstellerin, sondern, wie oben erläutert, berge diese Form der staatlichen Einflußnahme die Gefahr von übermäßigen Sperrungen („Overblocking“). Wo eine Take-down Verpflichtung ansonsten durch eine zulässige, begründete Anordnung einer staatlichen Behörde ausgelöst werden könne (und solle), seien die Maßnahmen (wie im Einzelnen oben ausgeführt) des KoPI-G in dieser Hinsicht schlicht unangemessen. Diese durch das KoPI-G verursachte (staatliche) Einflussnahme in das Recht auf freie Meinungsäußerung sei nicht gerechtfertigt und damit unzulässig.

Verstoß gegen das Grundrecht auf Informationsfreiheit: Art. 10 EMRK schütze auch die Informationsfreiheit und damit das Recht, Nachrichten und Ideen unabhängig von nationalen Grenzen zu empfangen. Nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR zum Recht auf

Informationsfreiheit dürfe ein Staat daher den Empfang von Informationen nicht verhindern – d.h. es bestehe ein Recht auf den Empfang von Informationen, die andere teilen wollen (EGMR 28.11.2013, 39534/07, *Vereinigung zu Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes*; 5.12.2013, 52806/09, *Vilnes*). In diesem Zusammenhang sei in der Rechtsprechung auch klar anerkannt, dass Art. 10 EMRK auch die Verbreitungsmittel schütze, und zwar auch in Bezug auf gewinnorientierte Unternehmen, da Art. 10 EMRK auf jedermann anwendbar sei (EGMR 11.05.1990, 12726/87, *Autronic AG v. Switzerland*), und weil das Internet unzweifelhaft eine wichtige Rolle bei der Verbesserung des Zugangs der Öffentlichkeit zu Nachrichten und bei der Erleichterung der Verbreitung von Informationen spiele (EGMR 03.01.2016, 48226/10 and 14027/11, *Cengiz and Others v. Turkey*).

Daraus folge, dass sich Nutzer der Plattform der Antragstellerin, aber auch anderer Betreiber, die weder Poster noch Berichterstatter von angeblich rechtswidrigen Inhalten seien, auf dieses Grundrecht berufen könnten. Auch die Antragstellerin selbst könne sich ebenso auf dieses Recht berufen: Obwohl es kein journalistisches Medium sei, spiele der B***-Dienst eine wichtige Rolle bei der Verbreitung von Nachrichten und Gegenständen öffentlichen Diskurses. Der freie Informationsfluss auf dem B***-Dienst unterliege vor diesem Hintergrund auch dem Schutz des Art. 10 EMRK.

Hier dürfte das Risiko hoher Strafen nach dem KoPI-G, insbesondere wenn die strengen Fristen nicht eingehalten würden, zu einem übermäßigen Sperren („Overblocking“) von (rechtmäßigen) Beiträgen führen, wodurch anderen Nutzern der Zugang zu solchen Beiträgen verwehrt werde und die Verbreitungsmittel solcher Informationen beeinträchtigt würden. Darüber hinaus sei in diesem Zusammenhang noch darauf hinzuweisen, dass das KoPI-G auch Art. 10 Abs. 2 EMRK nicht entspreche. Dieser erfordere unter anderem, dass die jeweilige Beschränkung gesetzlich vorgesehen sei und ausreichend präzise, um Bürger in die Lage zu versetzen, ihr Verhalten anzupassen bzw. in einem den Umständen angemessenen Maße vorherzusehen, welche Folgen ein bestimmtes Verhalten haben könne. Eine Regelung sei „vorhersehbar“, wenn sie einen Schutz vor willkürlichen Eingriffen biete (EGMR 06.06.2012, 38433/2009, *Centro Europa 7 Sr.l. and Di Stefano v. Italy*). Diesen Voraussetzungen genüge das KoPI-G nicht, insbesondere, weil es keine ausreichenden Verfahrensgarantien vorsehe um willkürlichen Eingriffen vorzubeugen, d.h. die Last, abschließende Entscheidungen im Zusammenhang mit komplexen strafrechtlichen Bestimmungen in sehr kurzen Fristen unter dem Risiko substantieller Strafen zu treffen, Unternehmen wie der Antragstellerin aufbürde.

Zur Vermeidung von Wiederholungen werde an dieser Stelle auf die Ausführungen zur Dienstleistungsfreiheit und zur Meinungsfreiheit verwiesen, wonach der Eingriff in die Informationsfreiheit der Nutzer der Antragstellerin und in die Verbreitungsmittel unzulässig sei.

Daher beantrage die Antragstellerin, dass die KommAustria einen Feststellungsbescheid erlasse, mit dem festgestellt werde, dass die Antragstellerin nicht in den Anwendungsbereich des KoPI-G falle.

Mit Schreiben vom 14.05.2021 forderte die KommAustria die Antragstellerin dazu auf, binnen einer Frist von drei Tagen die Nutzerzahlen und in Österreich erzielten Umsätze 2020 bekanntzugeben.

Mit Schreiben vom 19.05.2021 gab die Antragstellerin bekannt, dass sie im Jahr 2020 über 100.000 Nutzer und 500.000 EUR Umsatz im Inland erzielt habe.

2. Sachverhalt

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

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

Das Unternehmen bietet in Österreich den Dienst „B****“ an.

„B****“ ist eine Plattform, die es Nutzern ermöglicht, kurzen Textnachrichten, die auf 280 Zeichen limitiert sind, zu verbreiten und sich mit anderen Nutzern auszutauschen. Diese Nachrichten werden als „Tweets“ bezeichnet.

Die Inhalte, die auf „B****“ geteilt werden können, umfassen aber unter anderem auch Videos, Bilder, animierte Gifs, Live-Video Streams, Live-Audio Streams und Umfragen.

„B****“ kann über einen Browser unter https://B***.com/ abgerufen oder via App auf dem Smartphone oder dem Tablet genutzt werden.

Grundsätzlich kann „B****“ ohne Registrierung genutzt werden. Zum Suchen nach Inhalten oder zum Ansehen von öffentlichen Inhalten ist keine Registrierung erforderlich.

Eine Registrierung mit einem Konto erlaubt es dem Nutzer mit anderen Nutzern zu interagieren und Inhalte in Wort, Schrift, Ton oder Bild zu teilen. Diese Inhalte können mit Schlagwörtern, sogenannten Hashtags, versehen werden um Nutzern eine Suche gleichartiger Inhalte zu erleichtern. Inhalte können geliked, kommentiert oder geteilt („retweetet“) werden und es kann auf die Kommentare anderer Nutzer geantwortet werden. Auf der Startseite werden dem Nutzer in einem Feed die Inhalte gezeigt, die Nutzer denen er folgt geteilt haben.

Die Registrierung erfordert die Eingabe einer E-Mail-Adresse oder Mobiltelefonnummer, die verifiziert wird. Das Mindestalter ist 13 Jahre.

Jedes Konto kann bis zu 5000 andere Konten abonnieren, dies wird auf B*** als „folgen“ bezeichnet. Ab 5000 Abonnements wird die Grenze individuell aus dem Verhältnis Abonnements zu Abonnenten berechnet. Für Abonnenten gibt es keine Grenze.

Die Finanzierung des Dienstes erfolgt maßgeblich durch Werbung. Zur Individualisierung der Werbung werden persönliche Daten (u.a. Aktivitäten und Interessen) genutzt.

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

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Antragstellerin ergeben sich aus dem Antrag der Antragstellerin mit Datum vom 07.04.2021, einem von der Antragstellerin beigelegten Screenshot der AGB von der Webseite des Dienstes und der behördlichen Einsichtnahme in das Verzeichnis des „Companies Registration Office“ der Republik Irland, abrufbar unter [https://core.cro.ie/e-commerce/company/***](https://core.cro.ie/e-commerce/company/***.).

Die Feststellungen zu Inhalten und Funktionalitäten von B*** ergeben sich aus den Angaben der Antragstellerin, sowie einer behördlichen Einsichtnahme in die App und die Website unter http://www.B***.com/, https://help.B***.com/de und https://B***.com/de/tos am 25.05.2021.

Die Feststellungen zur Finanzierung der Plattform ergeben sich aus dem Jahresbericht der Konzernmutter B*** Inc. an die US-Börsenaufsichtsbehörde, abrufbar unter [https://www.sec.gov/ix?doc=/Archives/edgar/data/***](https://www.sec.gov/ix?doc=/Archives/edgar/data/***,), in den die KommAustria am 25.05.2021 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 Antwortschreiben an die KommAustria vom 19.05.2021 angegeben hat, dass die in § 1 Abs. 2 KoPI-G definierten Schwellenwerte im Jahr 2020 erreicht wurden.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

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

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

4.2. Rechtsgrundlagen

§ 1 KoPI-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.“

§ 2 KoPl-G 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;

[...]“

4.3. Zum Antrag auf Feststellung des Anwendungsbereichs nach § 5 KoPI-G

Die Antragstellerin begehrt in ihrem Antrag eingangs, die Aufsichtsbehörde möge feststellen, ob sie hinsichtlich des Dienstes „B****“ unter den Anwendungsbereich des KoPI-G falle, am Ende ihrer Ausführungen jedoch, die KommAustria möge einen Feststellungsbescheid erlassen, mit dem festgestellt werde, dass sie nicht dem Anwendungsbereich des KoPI-G unterliege. Obzwar hier dem Wortlaut nach divergierende Anträge gestellt werden, ergibt sich dennoch ein objektiver Parteiwille, nämlich dahingehend, dass die Behörde feststellen möge, ob die Antragstellerin unter den Anwendungsbereich des KoPI-G fällt, und ergibt sich insoferne auch kein Widerspruch. 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 darüberhinaus eine Subsumtion des Begehrens auf eine negative Feststellung unter den Wortlaut des § 1 Abs. 5 KoPI-G ohnehin zu.

Die Antragstellerin selbst bestreitet, vom KoPI-G erfasst zu sein, dies insbesondere deshalb, weil – wiewohl eingeräumt wird, dass „B****“ dem Grunde nach eine Kommunikationsplattform gemäß § 2 Z 4 KoPI-G darstellt – die Anwendung des KoPI-G auf die Antragstellerin gegen die E-Commerce-Richtlinie, bzw. das in ihr verankerte Herkunftslandprinzip, verstoßen würde.

§ 1 Abs. 5 KoPI-G sieht für einen 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 § 1 Abs. 2 KoPI-G genannten Schwellenwerte überschritten sind.

Als Zwischenergebnis kann also festgehalten werden, dass sich der auf die Feststellung gerichtete verfahrensgegenständliche Antrag, dass die Antragstellerin nicht dem KoPI-G bzw. ob sie dem KoPI-G unterliege, sich im Rahmen jener Kognitionsbefugnis, die der Aufsichtsbehörde vom Gesetzgeber im Rahmen des § 1 Abs. 5 KoPI-G zuerkannt wurde, bewegt.

Weiters ist zu prüfen, 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 der verfahrensgegenständlichen Dienst „B****“ eine Kommunikationsplattform im Sinne des § 2 Z 4 KoPI-G darstellt.

4.4. Zum Anwendungsbereich des KoPI-G

Die KommAustria geht davon aus, dass der verfahrensgegenständliche Dienst „B****“ die Kriterien für eine Kommunikationsplattform im Sinne des § 2 Z 4 KoPI-G erfüllt:

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.

Der Dienst „B****“ erfüllt mit der Möglichkeit der unmittelbaren Interaktion, die zwischen einem Nutzer und einem in der Regel größeren, unbestimmten, Personenkreis stattfindet, und die Ausdruck in Wort, Schrift, Ton oder Bild findet, diese Qualifikationsmerkmale.

Unbestritten ist schließlich, dass das maßgeblich werbefinanzierte Unternehmen der Antragstellerin seine Dienste mit Gewinnerzielungsabsicht erbringt.

Wie die Antragstellerin in Beantwortung eines Ergänzungsersuchens der KommAustria vom 19.05.2021 einräumt, verfügte „B****“ im Jahr 2020 sowohl über durchschnittlich mehr als 100.000 Nutzer in Österreich, und erzielte im Jahr 2020 mehr als EUR 500.000,- Umsatz in Österreich. Damit werden die Schwellenwerte des § 1 Abs. 2 KoPI-G überschritten.

Als weiteres Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass der Dienst „B****“ eine Kommunikationsplattform im Sinne von § 2 Z 4 KoPI-G darstellt.

4.5. Zur europarechtskonformen Interpretation des KoPI-G

Die Antragstellerin bringt hinsichtlich ihres Begehrens nach Feststellung, dass sie vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen sei bzw. ob sie darunterfalle, maßgeblich vor, dass die Anwendung des KoPI-G auf sie als Diensteanbieterin mit satzungsgemäßen Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat, nämlich der Republik Irland, gegen das in Art. 3 der E-Commerce-RL verankerte Herkunftslandprinzip verstoßen würde. In diesem Zusammenhang führt sie aus, warum das KoPI-G Vorschriften betreffe, die in den koordinierten Bereich fallen, dass dies auch von der Europäischen Kommission anerkannt worden sei ebenso wie die Tatsache, dass hier eine erhebliche Belastung der Diensteanbieter entstehe, und damit eine Einschränkung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft aus anderen Mitgliedstaaten als Österreich festzustellen sei. Weiters bringt sie vor, das KoPI-G habe die für eine Abweichung vom Herkunftslandprinzip erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, sei keine Maßnahme, die einen „bestimmten Dienst“ betreffe und nicht verhältnismäßig, ebensowenig seien die formellen Anforderungen der E-Commerce-Richtlinie hinsichtlich der in Art. 3 Abs. 4 bzw. 5 vorgesehenen Verfahren erfüllt, und führt aus, dass die Nicht-Einhaltung von Mitteilungspflichten nach EU-Recht zur Unanwendbarkeit der entsprechenden Vorschrift führen würde, sodass sie dem Anbieter nicht entgegengehalten

werden könne. Daraus folgt, so vermeint die Antragstellerin, dass das KoPI-G mangels Erfüllung der formellen Anforderungen auf die Antragstellerin nicht anwendbar sei. Weiters wird ausgeführt, dass, selbst wenn man die Anwendbarkeit (zu Unrecht) auf Grundlage des EU-Rechts bejahe, eine solche Sichtweise die Auslegungsmethoden des österreichischen Rechts, welches teleologische Reduktionen zulasse, negiere. Die Antragstellerin bringt darüber hinaus vor, dass das KoPI-G auch gegen andere Rechtsgrundlagen, darunter der freie Dienstleistungsverkehr nach Art. 56 AEUV, das Bestimmtheitsgebot von Art. 18 B-VG, der Gleichheitsgrundsatz, das Grundrecht auf Eigentum, das Grundrecht auf Berufsfreiheit, das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung, sowie das Grundrecht auf Informationsfreiheit, verstoße.

4.5.1. Zur behaupteten Ausnahme aufgrund der E-Commerce-Richtlinie

Die KommAustria konnte bei ihrer diesbezüglichen Prüfung keine Anhaltspunkte dafür erkennen, dass die von der Antragstellerin vorgebrachten Argumente hinsichtlich einer Nichtanwendbarkeit österreichischen Rechts aufgrund der E-Commerce-Richtlinie, insbesondere aus Gründen deren Art. 3, 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-Richtlinie ausgeführt wird.

Die Antragstellerin übt im Sinne der Definition des Art. 2 lit. c der E-Commerce-Richtlinie ihre Geschäftstätigkeit in Europa in der Republik Irland aus und gilt damit als dort niedergelassen für die Zwecke des Art. 3 der Richtlinie, 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 der E-Commerce-Richtlinie auszugehen ist.

Die Republik Österreich hat sich in ihrer Notifizierung (siehe dazu unten) auf die Derogationsklausel des Art. 3 Abs. 4 lit. a (i) erster Spiegelstrich der E-Commerce-Richtlinie 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 und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (COM(2020) 825 final vom 15.12.2020 („Gesetz über digitale Dienste“, im Folgenden: „DSA“) darstellen, und insofern auch in dieser Hinsicht ein starkes Indiz für die Dringlichkeit der Maßnahme im Sinnes des Art 3 Abs. 5 der E-Commerce-Richtlinie gegeben ist. In diesem Zusammenhang ist aus dem Argument der Antragstellerin, dass das Phänomen der Hassrede nicht plötzlich entstanden sei und dass dieses den großen Plattformen „bewusst sei“ und diese, so wie auch die Antragstellerin, das „Commitment“ teilen, „gegen illegale Hassrede vorzugehen“, nicht viel zu gewinnen, da sämtliche Daten erweisen, dass insbesondere Delikte wegen Hass im Netz insgesamt, vor allem im letzten Jahr, exponentiell zugenommen haben (vgl. dazu etwa den Bericht vom Verein ZARA, wonach die Meldungen von Hass-Postings jährlich um ein Drittel zunehmen, abrufbar unter https://www.zara.or.at/de/wissen/aktuelles/n/pressemeldungen/4zCWt6wzS/3_#GegenHassimNetz-Bericht, oder eine am 03.06.2021 von der Europäischen Kommission herausgegebene Studie, wobei der Beginn des Beobachtungszeitraums Jänner 2020 ist, mit einer ersten Welle von Vorfällen im ersten Lockdown im März 2020, und nachgewiesen wird, dass die Anzahl der antisemitischen

Vorfälle in deutschen und französischen Online-Inhalten während der Pandemie beträchtlich gestiegen ist: „*The rise of Antisemitism Online in the Pandemic, a study of French and German content*“, Studie des Instituts für Strategischen Dialog im Auftrag der Europäischen Kommission, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d73c833f-c34c-11eb-a925-01aa75ed71a1/language-en>).

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 der E-Commerce-Richtlinie, ist folgendes entgegenzuhalten: tatsächlich wird gegenständlich einem „bestimmten Dienst“, hier die von den durch das KoPI-G individualisierten Dienste, die auch jene sind, auf denen typischerweise eine besondere Häufung spezifischer Straftaten platzgreift, 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, sowie die Erläuterungen), nämlich die Hintanhaltung gewisser, genau definierter Straftaten.

Die E-Commerce-Richtlinie verbietet Mitgliedstaaten, in denen der Diensteanbieter nicht niedergelassen ist, auch nicht schlechthin, 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 wenigen Kommunikationsplattformen, die in Österreich über die im KoPI-G vorgesehene Nutzerschaft bzw. wirtschaftliche Stärke verfügen. Darüber hinaus werden Sanktionen nicht auf einzelne Beschwerden bezogen, sondern nur für den Fall eines gesamthaften, systemischen Versagens angeordnet. In Hinblick auf die zur Wahl stehenden Mittel regulatorischer Intervention, ist hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit darauf zu verweisen, dass die im KoPI-G vorgesehenen Sanktionsmechanismen nicht nur erst dann anzuwenden sind, wenn gesamthaftes Systemversagen festzustellen ist, sondern auch vor der Verhängung einer Geldstrafe Mechanismen vorsehen – nämlich gemäß § 9 Abs. 2 KoPI-G ein Auftrag der Behörde an die Diensteanbieterin, Maßnahmen zu ergreifen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen, womit der Diensteanbieterin ermöglicht wird, trotz eines systemischen Verstoßes einer Strafe zu entgehen. Zum Hinweis der Antragstellerin auf den auf EU-Ebene bestehenden Kodex zur Bekämpfung illegaler Hassrede und zum Vorbringen des gelindesten Mittels ist schließlich darauf zu verweisen, dass die gesetzgeberische Initiative der Europäischen Kommission im Rahmen des DSA belegt, dass auch letztere offenkundig nicht von der vollumfänglichen Effektivität dieser freiwilligen Selbstverpflichtungen überzeugt zu sein scheint.

Zur Frage der Zulässigkeit einer Derogation gemäß Art. 3 Abs. 4 E-Commerce-Richtlinie ist zunächst darauf zu verweisen, dass die Europäische Kommission in ihrem Bemerkungsschreiben ausdrücklich anerkannt hat, 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*“.

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, womit in der Sache eine Mitteilung der geplanten Maßnahme an die Europäische Kommission (und allen Mitgliedstaaten) erfolgt ist (der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass sich die Ausgangssachverhalte der Urteile EuGH 30. April 1996, C-194/94, CIA Security International sowie EuGH 19.12.2019, C-390/18, Airbnb Ireland, auf die Abwesenheit jeglicher Mitteilung über die jeweilige Maßnahme an den anderen Mitgliedstaat beziehen). Vornehmlich ist festzuhalten, dass es zu keiner Verlängerung der Stillhaltefrist gemäß § 6 Abs. 2 der Richtlinie gekommen ist, da weder die Europäische Kommission noch ein Mitgliedstaat (insbesondere auch nicht die Republik Irland) eine ausführliche Stellungnahme abgegeben haben. Übermittelt wurde lediglich das Bemerkungsschreiben der Europäischen Kommission gemäß Art. 5 Abs. 2 der zitierten Richtlinie.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, die Europäischen Kommission habe ausgeführt, dass das Herkunftslandprinzip des Art. 3 E-Commerce-Richtlinie und somit Gemeinschaftsrecht verletzt worden 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].

In diesem Sinn heißt es auf Seite 9 des Bemerkungsschreibens der Europäischen Kommission: *„Nach Prüfung des notifizierten Entwurfs und unter Berücksichtigung der Antworten, die die österreichischen Behörden auf das Ersuchen der Dienststellen der Kommission um ergänzende Informationen gegeben haben, hat die Kommission gewisse Bedenken wegen der Vereinbarkeit dieses Entwurfs mit dem EU-Recht in Bezug auf die Binnenmarktvorschriften für die freie Erbringung (digitaler) Dienstleistungen.“* (Hervorhebung hinzugefügt). Auch ist darauf zu verweisen, dass, nach Kenntnisstand der KommAustria, bislang kein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich aufgrund der Verabschiedung des KoPI-G wegen Verletzung der E-Commerce-Richtlinie eingeleitet wurde (gleiches gilt für die ähnlichen Regelungen im deutschen Netzwerkdurchsetzungsgesetz). Der Schluss, die Europäische Kommission habe in ihrem Schreiben schlechthin die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Maßnahme bestätigt, gebietet sich im Angesicht dieser Erläuterungen demnach nicht.

Insgesamt kann daher die KommAustria dem Vorbringen der Antragstellerin nicht folgen, dass sich gegenständlich aus der E-Commerce-Richtlinie ergäbe, dass das KoPI-G auf sie als nicht in Österreich niedergelassenen Unternehmens nicht anwendbar sei.

Anzufügen wäre noch hinsichtlich des behaupteten Verstoßes gegen Art. 56 AEUV, dass ja gerade die Notifizierung gemäß der Richtlinie (EU) 2015/1535 das Ziel hat, technische Hemmnisse im Binnenmarkt zu identifizieren. Hierzu ist auf die obigen Ausführungen hinsichtlich der Nichtverlängerung der Stillhaltefrist zu verweisen.

4.5.2. Zu weiteren behaupteten Rechtsverstößen im KoPI-G

Hinsichtlich der behaupteten Verstößen gegen Grundrechte ist zusammenfassend auf die durch den Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens stattgefundene Interessensabwägung zu verweisen.

Insbesondere hinsichtlich der freien Meinungsäußerung verpflichtet das KoPI-G große Onlineplattformen, auf denen ein nicht unbeträchtlicher Teil der öffentlichen Debatte stattfindet, transparentere Verfahren (einerseits durch ein Meldesystem zur Beseitigung bestimmter illegaler Inhalte, andererseits durch die regelmäßigen Berichtspflichten) zu implementieren. Vor allem die Möglichkeit für Nutzer, sich gegen die Löschung behaupteter Massen illegaler Inhalte beschweren zu können, erscheint ein sinnvoller Ansatz zur Hinanhaltung von Overblocking aufgrund der vorgesehenen Löschverpflichtungen.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die österreichische Strafrechtslehre eine Definition, wie sie der § 2 Z 8 liefere, nicht kenne, da ein „Inhalt“ nicht „rechtswidrig“ oder „gerechtfertigt“ sein könne, sondern nur eine (vorsätzlich begangene) Handlung, und das Gesetz damit gegen Art. 18 B-VG verstoßen würde, ist entgegenzuhalten, dass der breite Terminus „rechtswidrige Inhalte“ sich häufig in EU-Rechtsakten, wie etwa der E-Commerce-Richtlinie oder dem zitierten Entwurf für einen DSA, wiederfindet. Die Erläuterungen zum KoPI-G führen im Übrigen dazu aus, dass als rechtswidriger Inhalt im Sinne der KoPI-G jeder Inhalt gilt, der eine oder mehrere der genannten Tatbestände erfüllt und nicht gerechtfertigt ist, unabhängig davon, ob der Person, die den Inhalt hochgeladen hat, ein schuldhaftes Verhalten vorzuwerfen ist (RV 463 BlgNR 27.GP, S 6).

4.5.3. Zusammenfassung

Damit ergibt sich aufgrund des insoferne klaren Gesetzeswortlauts, dass die Antragstellerin als „ausländische“ Kommunikationsplattform vom Geltungsbereich des KoPI-G umfasst ist.

Es war daher das Feststellungsbegehren der Antragstellerin gemäß § 1 Abs. 5 KoPI-G dahingehend zu beantworten, dass diese 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: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 14.700/21-015“, 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 07. Juni 2021

Kommunikationsbehörde Austria

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)