



**VERWALTUNGSGERICHT  
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38669  
Telefax: (43 01) 4000 99 38640  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at  
DVR: 4011222

GZ: VGW-021/020/10964/2015-11  
Z. D.

Wien, 15.02.2016

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Schopf über die Beschwerde des Herrn Z. D., gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 27.07.2015, Zl. MBA ... - S 18718/15, wegen Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 iVm § 1 Abs. 4 der Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994 idgF,

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

## **Entscheidungsgründe**

Mit angefochtenem Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe es als selbstständig Vertretungsbefugter der U. B.V. mit Sitz in NL, zu verantworten, dass diese Gesellschaft mit der Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen vom 21.3.2014 bis 20.4.2015 im Internet unter b. und unter www... die Vermittlung von Personenbeförderungsleistungen, nämlich Taxifahrten (unter Angabe von fixen Tarifen zum Beispiel u. X Starttarif Euro 2, Euro 0,28 pro Minute, Euro 0,71 pro Kilometer Mindesttarif Euro 5) und Mietwagenfahrten (unter Angabe von Pauschalpreisen zum Beispiel Vienna Airport – Vienna Euro 30 und Euro 50) und somit Tätigkeiten, die den Gegenstand der Gewerbe „Taxifunkzentrale“ bzw. „Reisebüros“ bilden, an einen größeren Kreis von Personen angeboten habe, ohne die hierfür erforderlichen Gewerbeberechtigungen erlangt zu haben.

Wegen Übertretung des § 366 Abs. 1 Ziffer 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 4 GewO 1994 wurde eine Geldstrafe im Ausmaß von Euro 1140, Ersatzfreiheitsstrafe 2 Tage und 20 Stunden gemäß § 366 Abs. 1 Einleitungssatz GewO 1994 verhängt und wurde ein behördlicher Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 10 % der verhängten Geldstrafe zur Zahlung vorgeschrieben.

Gegen diese Straferkenntnis richtet sich die innerhalb offener Frist eingebrachte Beschwerde, mit welcher die Rechtswidrigkeit der Straferkenntnisses und Mangelhaftigkeit des Verwaltungsverfahrens behauptet wurde.

Dem folgend wurden die Anträge gestellt, das gegenständliche Verfahren bis zur Vorlage der Entscheidung des EuGH über das Vorabentscheidungsersuchen eines spanischen Gerichtes vom Juli 2015, insbesondere zu den Fragen, ob es sich bei den von der U. BV erbrachten Handlungen um Informationsdienstleistungen handle und U. BV berechtigt sei, im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit diese Leistungen zu erbringen, gemäß § 24 VStG IV im § 38 AVG zu unterbrechen. Für den Fall dass diesem Antrag nicht entsprochen werde wurden die Anträge gestellt, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verfahren einzustellen, in eventuelle das Verfahren insbesondere aufgrund des geringen Verschuldens unter Erteilung einer Ermahnung einzustellen, in eventuelle die Strafhöhe herabzusetzen.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien äußerte sich der Beschwerdeführer Z. D. wie folgt:

*„Diese Website wird von Zeit zu Zeit aktualisiert. Das entscheidende ist meiner Meinung nach, dass U. eine holländische Firma ist und das U. B.V. eine Technologiefirma ist und das U. B.V. keine Transportfirma bzw. ein Beförderungsunternehmen ist. U. B.V. offeriert keine Beförderungsdienste; U. offeriert Technologie, damit ein Kunde die Beförderungsdienstleistungen eines Beförderungsunternehmens bestellen kann.*

*U. ist kein Reisebüro, U. offeriert ein Gebiet der Technologie, die es gestattet, dem Fahrgast mit dem Fahrer zusammenzubringen.*

*Es handelt sich um berechnigte oder lizenzierte Firmen, die drei oder vier Fahrer haben und die die notwendigen Befugnisse oder Genehmigungen besitzen.*

*Ein U.Kunde hat eine spezielle App, die auf dem GPS seines Smartphones installiert wird. Der Kunde öffnet diese App und drückt auf einen Knopf, der besagt, dass er einen Fahrt- oder Transportdienst benötigt. Dann gibt es einen Zeitraum, wo eine Nachricht an den betreffenden Fahrer schickt. Der Transportleister oder Fahrer sagt dann, ob er diesen Auftrag annimmt, wenn ja, dann fährt der Fahrer mit seinem Fahrzeug zu der Örtlichkeit, von dem aus die Nachricht gesendet wurde.*

*Taxiunternehmen sind nicht unsere Partner. Mietwagenunternehmen aber schon.*

*U. betreibt sein Geschäft in 360 Städten in aller Welt. In manchen Städten wird die App von Taxifahrern benützt, aber nicht in Wien.*

*Der Unterschied liegt typischerweise in der Art des Fahrzeuges. U.X ist ein T., U.Bl. könnte sein ein M. und ein U.-Van kann etwa für 9 Personen Platz bieten.*

*Über Vorhalt Blatt 55 kann ich angeben, dass ich nicht weiß, woher das herkommt. Ich weiß gar nicht, was das für ein Ausdruck ist. U. SUV wird in Wien nicht angeboten. Wir hatten einige Produktangebote in Wien, ich weiß nicht was zu Beginn des Betriebes angeboten wurde. Derzeit werden keine Taxis angeboten, ich weiß, dass nie Taxis angeboten wurden. Soviel ich weiß gab es nie ein Taxiprodukt.*

*U.A. GmbH ist eine Firma, deren Geschäftsgegenstand die Beistellung von Marketing ist. Diese Fa. vermarktet die Technologie von U. B.V.*

*Der Unterschied zwischen U.A. und U.B.V.: U.Bv beschäftigt Technologiefachleute zur Entwicklung von Software, um die Software für die APP und die Technologie zu entwickeln. Ich schaue dabei nur auf die Wiener Web-Site.*

*Die Website U. BV liefert die Technologie, betreibt die Intern. Website und schließt Lizenzverträge mit Fahrgästen und Transportleistern, sodass diese zusammenkommen.“*

Über Befragen des BfV:

*„Die in Österreich aufrufbare deutschsprachige Website wurde immer nur von U. B.V. betrieben. Es gibt in Wien kein Büro von U. B.V. und die Fahrer- und Transportunternehmer haben keine österreichische E-Mail Adresse zur Verfügung. Der Kontakt zwischen Fahrer und Kunden erfolgt nur über die Internet-Seite in den Niederlanden.*

*Die U. A. GmbH bietet keinerlei Transportleistungen und auch keine Vermittlungstätigkeit an.“*

1. Gemäß § 1 Abs. 4 GewO 1994 wird das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 1 leg. cit. begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 € zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Gemäß § 94 Z. 56 GewO 1994 zählt das Gewerbe „Reisebüros“ zu den reglementierten Gewerben.

Einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Reisebüros (§ 94 Z 56) bedarf es gemäß § 126 Abs. 1 Z. 2 GewO 1994 für die Vermittlung von durch Verkehrsunternehmen durchzuführenden Personenbeförderungen.

Kein reglementiertes Gewerbe gemäß § 94 Z 56 ist gemäß Abs. 2 Z. 3 dieser Bestimmung die Vermittlung von Personenbeförderungsleistungen des Taxi Gewerbes durch Taxifunk. Das Gewerbe „Taxifunkzentrale“ ist ein freies Gewerbe.

Gemäß § 3 Abs. 1 Z. 2 und 3 GelVerkG dürfen Konzessionen für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (§ 2 Abs. 1) nur folgende Arten des gewerbsmäßigen Gelegenheitsverkehrs erteilt werden:

2. für die Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Kraftfahrzeugen (Omnibussen oder Personenkraftwagen), unter Beistellung des Lenkers auf Grund besonderer Aufträge (Bestellungen) (Mietwagen-Gewerbe);

3. für die Personenbeförderung mit Personenkraftwagen, die zu jedermanns Gebrauch an öffentlichen Orten bereitgehalten werden oder durch Zuhilfenahme von Fernmeldeeinrichtungen angefordert werden (mit Kraftfahrzeugen betriebenes Platzfuhrwerks-Gewerbe (Taxi-Gewerbe)); diese

Gewerbeberechtigung umfasst auch die alleinige Beförderung von Sachen, die von einer Person ohne Zuhilfenahme technischer Hilfsmittel getragen werden können, sowie die Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises aufgrund besonderer Aufträge.

Gemäß § 44a Z. 1 VStG hat der Spruch eines Straferkenntnisses, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten.

Bei dem Anbieten einer gewerblichen Tätigkeit durch einen zur Ausübung des betreffenden Gewerbes nicht Berechtigten handelt es sich um eine eigene Verwaltungsübertretung, weshalb die Strafnorm des § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 als solche nicht auch schon diese Verwaltungsübertretung erfasst. Erst im Hinblick auf das nach § 1 Abs 4 zweiter Satz GewO 1994 gebotene Gleichhalten ergibt sich die - gegenüber einer unbefugten Gewerbeausübung - gesonderte Strafbarkeit eines solchen Anbietens (VwGH 18.9.1984, 84/04/0070, 31.3.1992, 91/04/0299, 2.6.1999, 98/04/0051).

Zum normativen Gehalt der Bestimmung des § 1 Abs. 4 zweiter Satz GewO ist festzuhalten, dass es beim - der Ausübung des Gewerbes gleichzuhaltenden - Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit auf den in diesem Zusammenhang zu prüfenden objektiven Wortlaut und nicht etwa auf die Absicht des Anbietenden ankommt (siehe hiezu u.a. das hg. Erkenntnis vom 22. November 1988, Zl. 88/04/0128). Der Tatbestand des Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 4 zweiter Satz leg.cit. ist dann erfüllt, wenn einer an einen größeren Kreis von Personen gerichteten Ankündigung die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird (vgl. hiezu die hg. Erkenntnisse vom 30. Jänner 1981, Zl. 04/0988/80, und vom 26. Juni 1984, Zlen. 84/04/0067, 0068). Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 4 zweiter Satz GewO 1973 stellt nicht schlechthin die Ausübung der betreffenden gewerblichen Tätigkeit dar. Die Strafnorm des § 366 Abs. 1 Z. 2 (wie auch Z. 1) GewO 1973 erfasst als solche somit nicht auch schon das - durch eine Gewerbeberechtigung nicht gedeckte - Anbieten. Erst im Hinblick auf das nach § 1 Abs. 4 zweiter Satz GewO 1973 gebotene Gleichhalten ergibt sich die - gegenüber einer unbefugten Gewerbeausübung - im Sinne des § 22 Abs. 1 erster Fall VStG gesonderte Strafbarkeit eines solchen Anbietens, in Ansehung dessen

sich § 366 Abs. 1 Z. 1 bzw. Z. 2 in Verbindung mit § 1 Abs. 4 zweiter Satz GewO 1973 als verletzte Verwaltungsvorschrift im Sinne des § 44a Z. 2 VStG darstellt (VwGH 31.3.1992, 91/04/0299).

Gemäß § 1 Abs. 4 zweiter Satz der GewO 1994 wird auch das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. Diese Vorschrift gilt sowohl für das reglementierte Gewerbe der Immobilientreuhänder, das gemäß § 117 Abs. 1 die Tätigkeit der Immobilienmakler, der Immobilienverwalter und der Bauträger umfasst, als auch für das reglementierte Gewerbe der Vermögens- und Versicherungsberater (§ 136a GewO 1994). Daher ist die Argumentation nicht nachvollziehbar, dass das Betreiben einer grundsätzlich für die gesamte Öffentlichkeit zugänglichen Homepage noch keinen ausreichenden Hinweis auf das an einen unbestimmten Personenkreis gerichtete Angebot konkreter Dienstleistungen zulässt (VwGH 5.9.2013, 2012/09/0101).

Beschränkt sich der von der belangten Behörde angenommene damit maßgebliche Sachverhalt - vorgegeben durch den normativen Gehalt des § 1 Abs. 4 GewO 1994 - auf den Wortlaut einer Ankündigung im Internet und die Frage, ob diesem Wortlaut die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird lässt weiters die Ankündigung jeden grenzüberschreitenden Bezug vermissen, sondern enthält sie vielmehr zum Zwecke der Kontaktaufnahme durch interessierte Kunden eine österreichische Adresse, eine österreichische Telefonnummer und eine österreichische e-mail-Adresse, stellt sie einen rein innerstaatlichen Sachverhalt dar. Auf die gemeinschaftlich geschützte Dienstleistungsfreiheit kann sich ein Beschuldigter in diesem Fall nicht berufen (VwGH 25.2.2004, 2002/04/0069).

In seinem Erkenntnis vom 15.12.2006, 2006/04/0100, führte der Verwaltungsgerichtshof aus, nach herrschender Lehre und Rechtsprechung sei ein Angebot ein empfangsbedürftiger Willensakt (vgl. Rummel in Rummel, ABGB (1990), Rz 1 und 2 zu § 861 und § 862a). So habe der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 23. Dezember 1974, Zl. 1428/74, zur Frage des unzulässigen Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit ausgeführt, dass von einem verbotenen Anbieten in Zeitungen erst gesprochen werden könne, wenn die Zeitung ihren

Abnehmern zugänglich ist. Der Täter handle daher dort, wo die Zeitung verbreitet werde.

Entsprechendes gälte auch für die in § 28a UWG genannte Form der Deliktsbegehung durch "Werben" für die Eintragung in Verzeichnisse, weil ein Werben für ein Produkt schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die Kontaktnahme mit einem potenziellen Interessentenkreis (durch Zusendungen, Aufhängen von Plakaten, usw.) voraussetze. So habe der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 9. Mai 1967, Zl. 35/67, VwSlg. 7142/A, - im Zusammenhang mit § 2 Abs. 2 VStG - ausgesprochen, dass von einer Werbung mittels Druckwerken erst gesprochen werden könne, wenn diese dem in Frage kommenden Personenkreis zugänglich gemacht werden. In Ansehung des Tatbestandes des § 28a UWG könne daher von einem Handeln im Sinne des § 2 Abs. 2 erster Fall VStG erst dann gesprochen werden, wenn der Empfänger vom Angebot bzw. Werben Kenntnis erlangen kann. Zum gegenteiligen Ergebnis gelange man nur durch eine weite Auslegung der genannten Begriffe, die jedoch im Strafrecht unzulässig ist (vgl. Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze II2 (2000) E. 17 zu § 1 VStG).

Das Verwaltungsgericht hat seiner Entscheidung folgenden unbestrittenen Sachverhalt zu Grunde gelegt:

Der Beschwerdeführer ist selbstständig Vertretungsbefugter und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu Vertretung nach außen berufenes Organ der U. B.V. mit Sitz in NL. Er hat es dementsprechend zu verantworten, dass diese Gesellschaft mit der Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, vom 20.3.2014 bis 20.4.2015 im Internet unter b. und unter www... für den Bereich Wien die Vermittlung von Personenbeförderungsleistungen an einen größeren Kreis von Personen angeboten hat, indem unter diesen Internetadressen für Taxifahrten fixe Tarife (zum Beispiel u. X Starttarif Euro 2, Euro 0,28 pro Minute, Euro 0,71 pro Kilometer Mindesttarif Euro 5) und für Mietwagenfahrten Pauschalpreise (zum Beispiel Vienna Airport – Vienna Euro 30 und Euro 50) ausgepreist waren.

Im Hinblick auf die oben zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes war gegenständlich lediglich zu prüfen, ob der in Rede stehende Wortlaut den Tatbestand des Anbietens einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden

Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen erfüllt und ob dafür eine entsprechende Gewerbeberechtigung erforderlich ist beziehungsweise beziehungsweise besteht. Nicht zu prüfen war dagegen, ob für die tatsächliche Ausübung der angebotenen Tätigkeit eine Berechtigung erforderlich ist oder es dafür überhaupt einer Berechtigung nach der GewO bedarf, weil die tatsächliche Ausübung in durchaus relevanten Details von dem Wortlaut der Ankündigung abweicht.

Zum Einwand mangelnder inländischer Zuständigkeit ist zunächst allgemein auf die zitierten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. Februar 2004, 2002/04/0069 und vom 15.12.2006, 2006/04/0100 zu verweisen. Als wesentlich für die Beantwortung der Frage, ob eine Verwaltungsübertretung im Sinne des § 2 Abs. 1 VStG im Inland begangen wurde, hat der Verwaltungsgerichtshof bei Verwaltungsübertretungen der vorliegenden Art, nämlich beim Anbieten von Tätigkeiten, die den Gegenstand eines Gewerbes bilden an einen größeren Kreis von Personen, den Wortlaut der Ankündigung sowie den Ort der Zugänglichkeit beziehungsweise der Verbreitung für den im Gesetz genannten Personenkreis gesehen. Ist der Tatort auf diese Weise nicht eindeutig bestimmbar, ist auch auf eine allfällige Begrenzung durch den Wortlaut der unzulässigen Anbietung vorzunehmen.

Im Lichte dieser Rechtsprechung wäre daher im gegebenen Zusammenhang darauf Bedacht zu nehmen, dass eine Bestrafung nach § 366 Abs. 1 Ziffer 1 GewO 1994 in Verbindung mit § 1 Abs. 4 leg.cit. voraussetzt, dass das Angebot an einen größeren Kreis von Personen erfolgt ist. Dann liegt der Tatort dort, wo das (regional bezogene) Angebot an den größeren Kreis von Personen erfolgt. Dies wäre hinsichtlich der in Rede stehenden Tätigkeiten der Raum Wien sowie Wien-Umgebung.

Dem folgend wäre gegenständlich die GewO anzuwenden.

2. Das E-Commerce-Gesetz regelt gemäß seinem § 1 Abs. 1 einen rechtlichen Rahmen für bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs. Es behandelt die Zulassung von Diensteanbietern, deren Informationspflichten, den Abschluss von Verträgen, die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern, das Herkunftslandprinzip und die Zusammenarbeit mit anderen Mitgliedstaaten im elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehr.



Gemäß § 3 Z. 1 und 8 dieses Gesetzes bedeuten im Sinne dieses Bundesgesetzes:

Dienst der Informationsgesellschaft: ein in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers bereitgestellter Dienst (§ 1 Abs. 1 Z 2 Notifikationsgesetz 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 (Z. 1);

koordinierter Bereich: die allgemein oder besonders für Dienste der Informationsgesellschaft und für Diensteanbieter geltenden Rechtsvorschriften über die Aufnahme und die Ausübung einer solchen Tätigkeit, insbesondere Rechtsvorschriften über die Qualifikation und das Verhalten der Diensteanbieter, über die Genehmigung oder Anmeldung sowie die Qualität und den Inhalt der Dienste der Informationsgesellschaft - einschließlich der für die Werbung und für Verträge geltenden Bestimmungen - und über die rechtliche Verantwortlichkeit der Diensteanbieter.

Gemäß § 4 Abs. 1 E-Commerce-Gesetz bedürfen die Aufnahme und die Ausübung der Tätigkeit eines Diensteanbieters keiner gesonderten behördlichen Zulassung, Bewilligung, Genehmigung oder Konzession oder sonstigen Anforderung gleicher Wirkung.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung bleiben Rechtsvorschriften, die die Zulässigkeit der Aufnahme oder Ausübung einer geschäftlichen, gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit regeln und nicht besonders und ausschließlich für Dienste der Informationsgesellschaft oder deren Anbieter gelten, unberührt. Gleiches gilt für Rechtsvorschriften über die Anzeige- oder Konzessionspflicht von Telekommunikationsdiensten.

Gemäß § 20 Abs. 1 E-Commerce-Gesetz richten sich im koordinierten Bereich (§ 3 Z 8) die rechtlichen Anforderungen an einen in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Diensteanbieter nach dem Recht dieses Staats.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung darf der freie Verkehr der Dienste der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat vorbehaltlich der §§ 21 bis 23 nicht auf Grund inländischer Rechtsvorschriften eingeschränkt werden, die in den koordinierten Bereich fallen.

Gemäß § 21 Z. 1 leg.cit. ist das Herkunftslandprinzip unter anderem in Bereichen der Belange des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte, der gewerblichen Schutzrechte sowie des Datenbank- und Halbleiterschutzes nicht anzuwenden.

Gemäß § 21 Z. 14 leg.cit ist das Herkunftslandprinzip auch auf Rechtsvorschriften über Dienstleistungen, die nicht elektronisch erbracht werden, nicht anzuwenden.

„Im Einklang mit der Richtlinie wird zunächst vorgesehen, dass ein Online-Anbieter für die Aufnahme und die Ausübung seiner Tätigkeit keine besondere Zulassung benötigt. Das bedeutet aber nicht, dass im Internet und in anderen Kommunikationsmedien bestimmte Aktivitäten, für die sonst eine Genehmigung, Bewilligung, Zulassung oder Konzession erforderlich ist, künftig frei ausgeübt werden können. Der Entwurf geht im Gegenteil davon aus, dass Rechtsvorschriften, die für eine bestimmte Tätigkeit eine behördliche Autorisierung vorsehen und die nicht speziell für Online-Anbieter gelten, unberührt bleiben (also weiterhin anzuwenden sind).

...

Auch das Herkunftslandprinzip der Richtlinie wird mit dem E-Commerce-Gesetz umgesetzt. Grundsätzlich soll ein Anbieter im grenzüberschreitenden Verkehr innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums die Rechtsvorschriften seines „Heimatstaats“ beachten. Diesem Mitgliedstaat obliegt die Kontrolle und die Aufsicht über „seine“ Anbieter. Von diesem Grundsatz wird aber eine Reihe von Ausnahmen vorgesehen, die sowohl einzelne Rechtsgebiete als auch bestimmte Tätigkeiten betreffen. Im Besonderen werden Verbraucher davor geschützt, dass sie beim Abschluss und bei der Erfüllung von Verträgen mit einem für sie fremden Recht konfrontiert werden. Auch sorgen diese Ausnahmen dafür, dass die Strafgerichte und die Sicherheitsbehörden bei der Verfolgung strafbarer Handlungen im Internet nicht behindert werden.“ (Punkt 3.2. der ErläutRV 817 BlgNR XXI. GP) Allgemeiner Teil)

....

„Zu § 3 ECG:

1. Die Dienste der Informationsgesellschaft (Z 1) sind ein zentraler Begriff der Richtlinie und des vorgeschlagenen Gesetzes. Die Richtlinie behandelt elektronische "Angebote", die im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers bereitgestellt werden. Der Entwurf umschreibt diese Dienste in Anlehnung an die im Wesentlichen gleichlautenden Legaldefinitionen des § 1 Abs. 1 Z 2 Notifikationsgesetz 1999 und des § 2 Z 5 Zugangskontrollgesetz als "in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf bereitgestellten Dienst". Was diese Definitionselemente genau besagen, ergibt sich aus § 1 Abs. 1 Z 2 NotifG 1999, auf den ausdrücklich verwiesen wird. § 3 Z 1 ECG zählt in der Folge einige besonders wichtige Online-Dienste, die Dienste der Informationsgesellschaft sind. Diese – demonstrative – Aufzählung soll das Gesetz anschaulicher und verständlicher machen. Der Entwurf orientiert sich dabei an den im Erwägungsgrund 18 der Richtlinie erwähnten Beispielen. Anders als noch im Begutachtungsentwurf werden "wirtschaftliche Tätigkeiten über die elektronische Post" in dieser demonstrativen Aufzählung aber nicht erwähnt. Damit soll das Missverständnis vermieden werden, dass die elektronische Post als solche einen Dienst der Informationsgesellschaft bildet. Wenn etwa ein Unternehmer nur mittels der elektronischen Post kommuniziert, ohne dass er weitere elektronische Mittel verwendet, stellt dieser Einsatz der elektronischen Post noch keinen Dienst der Informationsgesellschaft dar. Wenn sich aber an die Verwendung der elektronischen Post weitere elektronische Vertriebsformen knüpfen (etwa eine Homepage des Unternehmers), so fällt das Angebot unter die Begriffsbestimmung des § 3 Z 1 ECG.

Ein elektronischer Dienst, der dem Entwurf unterliegt, muss "in der Regel gegen Entgelt" bereitgestellt werden. Diese Wendung entspricht dem Art. 50 EG. Bei den von der Richtlinie geregelten Diensten der Informationsgesellschaft handelt es sich – grob gesagt – um kommerzielle elektronische Dienste, um Dienste, die in Ertragsabsicht erbracht werden. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs muss das Entgelt die wirtschaftliche Gegenleistung für die bereitgestellte Leistung darstellen (vgl. EuGH 7. 12. 1993, Rs C-109/92-Wirth,

Slg. 1993, I-6447). An dieser Voraussetzung fehlt es bei Tätigkeiten, die die öffentliche Hand ohne wirtschaftliche Gegenleistung im Rahmen ihrer Aufgaben, vor allem in den Bereichen Soziales, Kultur, Bildung und Justiz, ausübt. Solche Dienstleistungen zählen nicht zu den Diensten der Informationsgesellschaft. Dies gilt auch dann, wenn diese Aktivitäten von Selbstverwaltungskörpern (etwa einer Kammer oder einem Sozialversicherungsträger) ausgeübt werden. Über ein Extranet abgewickelte Serviceleistungen einer Kammer für ihre Mitglieder sind damit kein Dienst der Informationsgesellschaft, auch wenn die Kammermitglieder diese Leistungen mittelbar über die Beiträge finanzieren. Auch sind – private oder staatliche – Dienste, die keinen ökonomischen Hintergrund aufweisen (wie etwa von Universitäten betriebene und der Öffentlichkeit zur Verfügung stehende Datenbanken), keine Dienste der Informationsgesellschaft. Ebenso sind die Verwendung der elektronischen Post zwischen Privatpersonen außerhalb ihrer geschäftlichen, gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit und die reine Verwendung der elektronischen Post im geschäftlichen Verkehr kein Dienst der Informationsgesellschaft.

Der Ausdruck "in der Regel gegen Entgelt" wirft einige Verständnisfragen auf. Er soll dennoch beibehalten werden, weil sowohl das Notifikationsgesetz 1999 als auch das Zugangskontrollgesetz diesen Begriff verwenden und er auch der Terminologie des Gemeinschaftsrechts entspricht. Auslegungsprobleme können sich im Zusammenhang mit dem Entgeltlichkeitserfordernis dann ergeben, wenn – wie es gerade im Internet häufig der Fall ist – zunächst unentgeltlich Leistungen zur Verfügung gestellt werden und der Nutzer erst dann ein Entgelt entrichten muss, wenn er eine vorerst unentgeltlich in Anspruch genommene Leistung weiter beziehen will. Im Allgemeinen wird hier eine Gesamtschau anzustellen sein, sodass auch die unentgeltlich angebotenen Leistungen schon Bestandteil eines Dienstes der Informationsgesellschaft sind. Ferner ist es nicht erforderlich, dass ein Nutzer für jede einzelne Dienstleistung ein Entgelt entrichtet. Vielmehr liegt auch dann ein Dienst der Informationsgesellschaft vor, wenn eine einzelne Leistung unentgeltlich abgerufen werden kann, diesem Abruf aber eine – entgeltliche – Rahmenbeziehung zugrunde liegt. Darüber hinaus ist es nicht geboten, dass die Dienste von demjenigen vergütet werden, der sie empfängt (siehe auch den Erwägungsgrund 18 der Richtlinie). Auch eine von einem Sponsor finanzierte, vom Nutzer unentgeltlich abrufbare Website, der Betrieb einer mit Werbung unterlegten elektronischen Suchmaschine oder die

Werbung selbst kann daher ein Dienst der Informationsgesellschaft sein. Ein Content-Angebot, das zwar ohne Werbeeinschaltungen, aber als Eigenwerbung in einem Kommunikationsnetz bereitgestellt wird, ist ebenfalls ein Dienst der Informationsgesellschaft. Letztlich gehören auch unentgeltlich bereitgestellte Angebote, die im Endeffekt den Unternehmenswert steigern sollen, zu den Diensten der Informationsgesellschaft.

Der Dienst der Informationsgesellschaft muss "im Fernabsatz" erbracht werden. Der Anbieter des Dienstes und der Empfänger (bzw. deren Vertreter) dürfen also nicht gleichzeitig körperlich anwesend sein (vgl. § 5a Abs. 2 KSchG). Tätigkeiten, die ihrer Art nach nicht aus der Ferne und auf elektronischem Weg geleistet werden können, sind – siehe den Erwägungsgrund 18 der Richtlinie – keine Dienste der Informationsgesellschaft. Die körperliche Untersuchung eines Patienten in einer Arztpraxis unterliegt – um ein Beispiel zu nennen – nicht dem Gesetz. Die elektronische Übermittlung bestimmter Diagnosedaten zur näheren Abklärung im Labor oder zur Prüfung und Untersuchung durch ein spezialisiertes Institut kann dagegen ein Dienst der Informationsgesellschaft sein. Wie bereits zu § 2 erläutert, bilden die Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern keinen Dienst der Informationsgesellschaft; sie werden nicht im Fernabsatz erbracht.

Der Dienst der Informationsgesellschaft muss ferner "elektronisch" erbracht werden. Die Daten oder Informationen müssen über ein System laufen, in dem die Daten sowohl beim Sender als auch beim Empfänger elektronisch verarbeitet und gespeichert werden. Dabei müssen die elektronischen Daten gesendet, weitergeleitet und empfangen werden. Charakteristisch ist, dass die Daten von "Punkt zu Punkt" (und nicht – wie bei Fernseh- und Rundfunkdiensten – von "Punkt zu Multipunkt") übertragen werden. Solche Dienste der Informationsgesellschaft sind etwa – wie in § 3 Z 1 in teilweiser Anlehnung an den Erwägungsgrund 18 der Richtlinie verdeutlicht werden soll – der Online-Vertrieb von Waren und Dienstleistungen, der Online-Vertrieb von Finanzdienstleistungen (siehe zu diesem Begriff § 5b Z 1 KSchG sowie die Anlage 2 zum Notifikationsgesetz 1999), das so genannte "electronic publishing", die Online-Werbung und andere elektronische Maßnahmen zur Absatzförderung, Online-Informationsangebote sowie Online-Dienste, die Instrumente zur Datensuche, zum Zugang zu Daten oder zur Datenabfrage bereitstellen. Auch

Dienste, die den Zugang zu einem Kommunikationsnetz eröffnen, die Informationen über ein solches Netz liefern oder die fremde Informationen speichern, unterliegen der Richtlinie und dem Gesetz.

Letztlich müssen die Dienste der Informationsgesellschaft individuell abrufbar sein. Der jeweilige Nutzer muss also in der Lage sein, den Inhalt des Dienstes (die Informationen oder Kommunikationsdaten) gesondert in Anspruch zu nehmen. Nicht individuell abrufbar sind Dienste, die gleichzeitig für eine unbegrenzte Zahl von Empfängern bereitgestellt werden, etwa Fernseh-, Rundfunk- und Teletextdienste. Ein Hilfsmittel für die Beurteilung der Frage, ob ein individuell abrufbarer Dienst der Informationsgesellschaft vorliegt, kann darin bestehen, ob der Dienst interaktiv erbracht wird. In einem solchen Fall hängt die übermittelte Information überwiegend von den Eingaben des Empfängers ab.

Die Dienste der Informationsgesellschaft sollten nicht mit Telekommunikationsdiensten verwechselt werden, die in der Übertragung oder Weiterleitung von Signalen auf Telekommunikationsnetzen bestehen (vgl. § 3 Z 14 TKG). Die Abgrenzung kann freilich in der Praxis auf Grund des Zusammenwachsens verschiedener Technologien schwierig sein. Auch können die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft dem vorgeschlagenen E-Commerce-Gesetz und zugleich dem Telekommunikationsgesetz unterliegen (etwa die Vermittlung des Zugangs durch einen Access Provider).

Der Anhang V zur Richtlinie 98/34/EG in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG enthält – ebenso wie die Anlage 1 zum Notifikationsgesetz 1999 – eine demonstrative Aufzählung von Diensten, die nicht Dienste der Informationsgesellschaft sind. Dazu gehören etwa Dienste, die zwar elektronisch, aber doch in materieller Form erbracht werden (zB die Ausgabe von Bargeld oder von Fahrkarten über Automaten), und Dienste, die nicht über elektronische Verarbeitungs- und Speicherungssysteme erbracht werden, insbesondere Sprachtelefon-, Telefax- und Telexdienste sowie die über diese Kommunikationskanäle abgewickelten Beratungsdienste. Allerdings unterliegen nur reine Sprachtelefonie-Dienste nicht dem

E-Commerce-Gesetz. SMS-Dienste, WAP-Dienste und UTMS-Dienste, die über Mobiltelefone bereitgestellt und abgerufen werden, sind dagegen Dienste der

Informationsgesellschaft. Gleiches gilt für Mehrwertdienste, die über das Internet im Wege so genannter "Dialer-Programme" in Anspruch genommen werden.

8. Mit der Z 8 wird die Begriffsbestimmung des Art. 2 lit. h der Richtlinie über den koordinierten Bereich umgesetzt. Von einer gesonderten Regelung dieses koordinierten Bereichs, wie sie der Begutachtungsentwurf in seinem § 4 vorgesehen hat, wird abgesehen. Die in Art. 2 lit. h sublit. ii genannten Ausnahmen vom koordinierten Bereich werden in die Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip (§ 21 Z 12 bis 14) überstellt. Das Gesetz wird dadurch ein wenig verständlicher, ein Widerspruch zur Richtlinie liegt darin nicht.

Der koordinierte Bereich umfasst nach der Richtlinie alle rechtlichen Vorgaben, in denen das Binnenmarktprinzip (Aufsicht an der Quelle, Maßgeblichkeit des Rechtes des Herkunftsstaats) gilt. Dieser koordinierte Bereich kann vereinfacht als "Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips" bezeichnet werden. In den koordinierten Bereich fallen alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und die Ausübung der Tätigkeit eines Dienstes der Informationsgesellschaft. In § 3 Z 8 wird dieser Bereich anhand einiger aus der Richtlinie übernommener Beispiele demonstrativ näher umschrieben. Gemeint sind damit Rechtsvorschriften für die Aufnahme oder die Ausübung eines Dienstes der Informationsgesellschaft, sei es, dass diese allgemein (und nicht nur für die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft) gelten, sei es, dass sie speziell auf solche Unternehmen anzuwenden sind. Die Richtlinie hat dabei (siehe den Erwägungsgrund 21) wohl vornehmlich generelle Rechtsvorschriften – also im österreichischen Verständnis Gesetze oder Verordnungen – im Blick. Aber auch individuelle rechtliche Anforderungen für die Aufnahme oder die Ausübung der Tätigkeit eines Online-Anbieters (etwa Auflagen in einem Bescheid oder einer vergleichbaren Verfügung einer Aufsichtsbehörde) können in den koordinierten Bereich fallen.

Bei den rechtlichen Anforderungen des koordinierten Bereichs kann es sich beispielsweise um Rechtsvorschriften handeln, die bestimmte Qualifikationen voraussetzen, wie etwa – aus der Perspektive des österreichischen Rechts – die Bestimmungen über den Befähigungsnachweis im Sinn der §§ 16 ff. GewO 1994 oder Bestimmungen, die für die Aufnahme einer Tätigkeit eine akademische Ausbildung vorsehen. In den koordinierten Bereich fallen ferner Rechtsvorschriften über das Verhalten der Anbieter von Diensten der

Informationsgesellschaft. Auch diese Vorschriften decken ein sehr weites Spektrum ab, das von strafrechtlichen Anforderungen über verwaltungs- und berufsrechtliche Bestimmungen bis hin zu privatrechtlichen Regelungen reicht. Zum koordinierten Bereich gehören darüber hinaus Vorschriften, die für die Aufnahme einer Tätigkeit eine Genehmigung oder eine Anmeldung vorsehen. Aus österreichischer Sicht ist hier wiederum an das Gewerberecht zu denken; aber auch andere Vorschriften, die Bewilligungen, Konzessionen, Zulassungen und ähnliche Rechtsakte für eine bestimmte Tätigkeit (etwa für Kreditinstitute nach dem Bankwesengesetz 1993 oder für Versicherungsunternehmen nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz) vorsehen, sind hier gemeint.

Der koordinierte Bereich umfasst ferner Rechtsvorschriften über die Qualität und den Inhalt der Dienste der Informationsgesellschaft. Art. 2 lit. h sublit. i zweiter Anstrich der Richtlinie erwähnt ausdrücklich die auf die Werbung und auf Verträge anwendbaren "Anforderungen". Der Erwägungsgrund 21 präzisiert, dass damit rechtliche Anforderungen an Online-Informationendienste, an die Online-Werbung, an den Online-Verkauf sowie an den Online-Vertragsabschluss gemeint sind. Es macht dabei – wie schon erwähnt – keinen Unterschied, ob diese Bestimmungen nur die Qualität und den Inhalt von Online-Diensten regeln oder unterschiedslos auf elektronisch und nicht-elektronisch erbrachte Leistungen anwendbar sind. Zum koordinierten Bereich gehören also auch Regelungen, die allgemein gelten und damit auch für Dienste der Informationsgesellschaft Bedeutung haben, etwa – um die von der Richtlinie erwähnten Beispiele fortzuführen – allgemeine Werbebeschränkungen oder allgemeine Bestimmungen über den Abschluss, das Zustandekommen und die Erfüllung privatrechtlicher Verträge. § 3 Z 8 ECG drückt dies dadurch aus, dass auf "allgemein oder besonders" für Dienste der Informationsgesellschaft oder für deren Anbieter geltende Bestimmungen abgestellt wird.

Letztlich unterliegen dem koordinierten Bereich die allgemeinen oder speziell für Diensteanbieter maßgeblichen Rechtsvorschriften über deren rechtliche Verantwortlichkeit. Auch dieser Begriff ist weit zu verstehen, er betrifft nicht nur die zivilrechtliche Haftpflicht nach dem Schadenersatzrecht, sondern – im österreichischen Rechtsverständnis – auch die verwaltungsstraf- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anbieters.

Zu § 4 ECG:



1. Mit dieser Bestimmung wird der der Richtlinie besonders wichtige Grundsatz der Zulassungsfreiheit (Art. 4) umgesetzt. Online-Anbieter sollen für ihre Tätigkeit und für die von ihnen bereitgestellten Dienste der Informationsgesellschaft keine besondere Bewilligung, Zulassung, Genehmigung oder Konzession oder dgl. benötigen. Auch dadurch soll der elektronische Geschäftsverkehr gefördert werden. Die Entfaltung und das Angebot von elektronischen Dienstleistungen soll nicht durch spezifisch auf Dienste der Informationsgesellschaft abstellende Genehmigungsverfahren eingeschränkt werden.

§ 4 Abs. 1 entspricht diesem Grundprinzip der Richtlinie. Für die Aufnahme und die Ausübung der Tätigkeit eines Anbieters soll keine gesonderte Zulassung, Bewilligung, Genehmigung oder Konzession oder eine sonstige Anforderung mit gleicher Wirkung erforderlich sein. Dabei kann es im österreichischen Recht nur auf behördliche Akte auf verwaltungsrechtlicher Grundlage ankommen.

2. Nach § 4 Abs. 2 bleiben – im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie – Vorschriften über die Zulassung, Bewilligung, Genehmigung oder Konzession bestimmter Tätigkeiten, die nicht speziell und ausschließlich die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft betreffen, unberührt. Bedarf etwa die Vermittlung des Kaufs, Verkaufs oder Tauschs von Grundstücken einer gewerberechtlichen Bewilligung (siehe § 127 Z 15 in Verbindung mit § 225 Abs. 1 GewO 1994), so ist diese Bewilligung selbst dann einzuholen, wenn der Anbieter solche Transaktionen ausschließlich auf elektronischem Weg vermittelt. Führt ein meldepflichtiges Institut – um ein anderes Beispiel zu nennen – ein Geschäft mit meldepflichtigen Instrumenten im Sinn des § 10 Abs. 1 und 2 WAG ausschließlich auf elektronischem Weg durch, so ändert sich dadurch an den aufsichtsrechtlichen Befugnissen und Verpflichtungen nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz nichts. Nach dem Erwägungsgrund 28 unterliegen auch die in der materiellen Auslieferung ausgedruckter Mitteilungen der elektronischen Post bestehenden Postdienste im Sinn der Richtlinie 97/67/EG nicht der Zulassungsfreiheit. Letztlich ändert der Grundsatz der Zulassungsfreiheit nichts an den Befugnissen der Aufsichtsstelle nach dem Signaturgesetz und dem System der freiwilligen Akkreditierung für bestimmte Zertifizierungsdiensteanbieter (vgl. die §§ 13 ff. und 17 SigG).

Nach dem letzten Satz des § 4 Abs. 2 berührt das E-Commerce-Gesetz mit seinem Grundsatz der Zulassungsfreiheit auch die Verpflichtung zur Anzeige oder Konzession bestimmter Telekommunikationsdienste (vgl. die §§ 13 und 14 TKG) nicht. Diese Anforderungen können vor allem für Unternehmen relevant sein, die auch dem Telekommunikationsrecht unterliegen, etwa weil sie den Zugang zu einem Kommunikationsnetz vermitteln.

Zu § 20 ECG:

1. Die §§ 20 bis 23 setzen das Binnenmarkt- und Herkunftslandprinzip des Art. 3 der Richtlinie und ihres Anhangs um. Dieses Binnenmarktprinzip hat nach dem Konzept der Richtlinie gleichsam "zwei Seiten". Zum einen sollen die Dienste der Informationsgesellschaft grundsätzlich dem Rechtssystem des Mitgliedstaats unterliegen, in dem der Anbieter niedergelassen ist. Zum anderen soll die Aufsicht über die Dienste der Informationsgesellschaft am Herkunftsort erfolgen (siehe den Erwägungsgrund 22), sie soll quasi "an der Quelle" des jeweiligen Dienstes stattfinden. Wie schon in den Erläuterungen zu § 1 dargelegt, regelt die Richtlinie den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (Art. 1 Abs. 1) und des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum. Das Binnenmarktprinzip des Art. 3 der Richtlinie und insbesondere ihr Herkunftslandprinzip können daher nur auf den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft im Binnenmarkt Anwendung finden. Für Anbieter, die außerhalb der Europäischen Gemeinschaft oder des Europäischen Wirtschaftsraums niedergelassen sind, und für die von ihnen bereitgestellten Dienste der Informationsgesellschaft gilt dieser Grundsatz dagegen nicht (siehe § 1 Abs. 2). Auch gilt das Binnenmarkt- und Herkunftslandprinzip nicht für elektronische Dienstleistungen, die von der Richtlinie nicht geregelt werden (etwa unentgeltlich erbrachte Leistungen – siehe die Erläuterungen zu § 3 Z 1). Die rechtlichen Anforderungen an den Diensteanbieter sind in diesen Fällen nicht nach dem Recht des Herkunftslandes, sondern nach den allgemeinen Regeln des österreichischen Rechts zu beurteilen (soweit dieses überhaupt anwendbar ist).

Die Richtlinie unterscheidet nicht zwischen rechtlichen Anforderungen des öffentlichen Rechts und solchen des Privatrechts. Das Binnenmarkt- und

Herkunftslandprinzip der Richtlinie erfasst damit alle Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die für Diensteanbieter oder für die von diesen bereitgestellten Dienste der Informationsgesellschaft gelten, soweit diese nicht unter die Ausnahmen der Richtlinie (Art. 1 Abs. 5) oder unter die Ausnahmen des Art. 3 Abs. 3 in Verbindung mit dem Anhang der Richtlinie fallen. Das bedeutet, dass auf die Aufnahme und die Ausübung der Tätigkeit eines Anbieters die rechtlichen Anforderungen desjenigen Mitgliedstaats anzuwenden sind, in dem er sich niedergelassen hat. Im Bereich des Verwaltungsrechts und auch im Bereich des Verwaltungsstrafrechts wird dieser Grundsatz im Allgemeinen keine Probleme bereiten, weil er sich weitgehend mit dem dort maßgeblichen Territorialitätsprinzip deckt (vgl. § 2 Abs. 1 und 2 VStG 1991; siehe auch Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht<sup>9</sup> Rz 176; Thienel in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht, Rz 73 zu den Art. 48 und 49 B-VG). So gelten beispielsweise die Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 für im Ausland niedergelassene Unternehmen und Gewerbetreibende nicht (siehe Traudtner/Höhne, Internet und Gewerbeordnung, *ecolex* 2000, 480 ff.). Diesem Territorialitätsprinzip kommt aber auch im Bereich des gerichtlichen Strafrechts besondere Bedeutung zu. Die Fälle, in denen nach den §§ 64 ff. StGB auch im Ausland begangene Taten nach den österreichischen Strafgesetzen zu ahnden sind, lassen sich mit der in Art. 3 Abs. 4 lit. a erster Anstrich der Richtlinie (§ 22 Abs. 2 Z 1 ECG) angeordneten Ausnahme vom Herkunftslandprinzip lösen.

Auf die – überaus umstrittene – Frage, welche Auswirkungen das Herkunftslandprinzip auf das internationale Privatrecht hat, gehen Art. 1 Abs. 4 und der Erwägungsgrund 23 der Richtlinie ein. Demnach schafft diese keine zwar zusätzlichen Regeln des internationalen Privatrechts; allerdings dürfen – so der Erwägungsgrund – "Vorschriften des anwendbaren Rechts, die durch Regeln des Internationalen Privatrechts bestimmt sind, die Freiheit zur Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft nicht einschränken".

Die Kommission hat sich in ihren Bemerkungen im Notifikationsverfahren dafür ausgesprochen, die in § 21 Abs. 2 des Begutachtungsentwurfs enthaltene kollisionsrechtliche Regelung ersatzlos zu streichen und ausschließlich die Abs. 1 und 2 des Art. 3 der Richtlinie umzusetzen. Der vorliegende Entwurf folgt diesen Bemerkungen aber nur teilweise: Würde man nämlich Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie ignorieren und alle Privatrechtsverhältnisse im koordinierten Bereich

uneingeschränkt dem Herkunftslandrecht unterstellen, so hätte dies vor allem im Wettbewerbsrecht nicht rechtfertigbare Folgen: Auf dem österreichischen Markt würde dann das Wettbewerbsrecht aller EWR-Mitgliedstaaten nebeneinander gelten. Von einer wettbewerbsrechtlichen Ordnung könnte dann keine Rede sein. Auch wäre dann die Durchsetzung eines wettbewerbsrechtlichen Anspruchs wegen der Notwendigkeit zur Ermittlung des Rechts des jeweiligen Herkunftslands erschwert. Da dem Marktteilnehmer nach der Richtlinie mangels einer Ausnahme vom Herkunftslandprinzip nicht die Möglichkeit eingeräumt werden könnte, sich auf ein für ihn günstigeres Markortrecht zu berufen, hätten Mitbewerber aus Staaten mit einem "strengerem" Wettbewerbsrecht ferner auf allen – den eigenen wie fremden – Märkten Wettbewerbsnachteile zu tragen. Die Dienstleistungsfreiheit solcher Mitbewerber wäre dadurch noch mehr eingeschränkt als die der (ausländischen) Mitbewerber. Diese Erwägungen zeigen die Bedeutung des durch den Erwägungsgrund 23 erklärten Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie. Obgleich kein Erwägungsgrund, auch nicht der Erwägungsgrund 23, klar erläutert, was unter "zusätzlichen" Bestimmungen im Sinn des Art. 1 Abs. 4 gemeint ist, sollte diese Regelung sinnvollerweise im Einklang mit dem Erwägungsgrund 23 so verstanden werden, dass sie sich "zusätzlich" nicht auf das EVÜ (als einzige einschlägige in Betracht kommende Regelung des internationalen Privatrechts im Gemeinschaftsrecht) und selbstverständlich auch nicht auf das nationale internationale Privatrecht bezieht, sondern auf die Dienstleistungsfreiheit des primären Gemeinschaftsrechts, der offenbar auch kollisionsrechtlicher Charakter beigemessen wird. Bei diesem Verständnis kann entweder auf eine besondere international-privatrechtliche Umsetzung der Richtlinie überhaupt verzichtet werden, weil das Primärrecht ohnehin jeder innerstaatlichen Regelung vorgeht, oder das nationale internationale Privatrecht ausdrücklich korrigiert werden. Das vorgeschlagene Gesetz wählt schon der Klarheit wegen die zweite Alternative. Mittel- und längerfristig lassen sich die im Zusammenhang mit dem Binnenmarktprinzip auftretenden Fragen wohl nur im Rahmen einer weitergehenden Harmonisierung des Wettbewerbsrechts der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (und des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum) klären.

2. § 20 setzt die Vorgaben der Richtlinie in das österreichische Recht um: Zunächst wird bestimmt, dass sich im koordinierten Bereich die rechtlichen Anforderungen an einen in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Diensteanbieter

nach dem Recht dieses Staates richten (siehe Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie). Für die in Österreich niedergelassenen Diensteanbieter sind die Vorschriften des österreichischen Rechts maßgebend; für Diensteanbieter, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, sind die rechtlichen Anforderungen nach dem Recht dieses Staates zu beurteilen. Diese Prämisse des Herkunftslandprinzips gilt für alle Bereiche der Rechtsordnung, also sowohl für das öffentliche Recht als auch für das Privatrecht und insbesondere die Kollisionsregeln des internationalen Privatrechts, sie soll auf Grund der Bemerkungen der Kommission im Notifizierungsverfahren im Gesetz selbst klargestellt werden.

§ 20 Abs. 2 soll Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie umsetzen: Die Bestimmung bezieht sich auf den grenzüberschreitenden Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft im Binnenmarkt, genauer zwischen Staaten, die der Europäischen Gemeinschaft oder dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum angehören. Der freie Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft darf im Binnenmarkt nicht aus Gründen eingeschränkt werden, die in den koordinierten Bereich fallen. Sofern und soweit die Dienstleistungsfreiheit auf Grund von Rechtsvorschriften des koordinierten Bereichs eingeschränkt wird, sind die rechtlichen Anforderungen nach dem Recht des Herkunftslandes zu beurteilen. Die Regelung gilt für Rechtsvorschriften, die für einen Diensteanbieter unmittelbar relevant sind, etwa für gesetzliche Gebote oder Verbote; sie gilt aber auch für Vollzugsakte, die auf Grund von Rechtsvorschriften gesetzt werden und damit in den freien Verkehr von Dienstleistungen der Informationsgesellschaft eingreifen. Keine Anwendung findet dieses Prinzip in den von der Richtlinie nicht berührten Bereichen (Steuerwesen, Datenschutz und Kartellrecht) sowie in den in den §§ 21 bis 23 geregelten Fällen.

3. § 20 Abs. 3 betrifft privatrechtliche Rechtsverhältnisse des Online-Anbieters sowie privatrechtliche Ansprüche gegen diesen (soweit sie den koordinierten Bereich betreffen). Für diese Rechtsverhältnisse (einschließlich der privatrechtlichen Regelungen über den unlauteren Wettbewerb, über das Vertragsrecht sowie über das Schadenersatzrecht) wird klargestellt, dass im Sinn der Ausführungen zu Punkt 1. das nach den Regeln des internationalen Privatrechts berufene Recht maßgebend ist.

Normativen Charakter hat dagegen der zweite Satz des Abs. 3. Wenn das nach den allgemeinen Regeln des österreichischen internationalen Privatrechts maßgebende Recht den freien Dienstleistungsverkehr einschränkt, kommt man zu einem im Sinn der Richtlinie unzulässigen Ergebnis. Es wären dann letztlich (auch) österreichische Vorschriften, nämlich die Bestimmungen des österreichischen internationalen Privatrechts, die dieses Recht zur Anwendung berufen und den freien Dienstleistungsverkehr einschränken. Der zweite Satz des Abs. 3 sieht dem gemäß vor, dass an die Stelle des verwiesenen Rechtes das Recht des Herkunftslands als "Ersatzrecht" tritt, soweit das nach dem österreichischen internationalen Privatrecht zur Anwendung berufene Recht zu einer solchen Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs führt. Da diese Bestimmung eine Vorbehaltsregel und nicht eine eigene Verweisungsnorm ist, muss nicht geprüft werden, ob das internationale Privatrecht des Herkunftslandes zurück- oder weiterverweist. Um dies klarzustellen, verwendet der Entwurf in Anlehnung an § 6 IPRG den Ausdruck "entsprechende Regelung". Diese Korrektur greift nur zugunsten des Rechtes eines Mitgliedstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ein. Die Richtlinie verlangt eine solche Korrektur – wie erwähnt – nur, wenn der Diensteanbieter im Europäischen Wirtschaftsraum niedergelassen ist, also das Herkunftslandrecht das Recht eines der Vertragsstaaten dieses Abkommens ist. Der zweite Satz des Abs. 3 steht freilich unter dem Vorbehalt, dass die §§ 21 bis 23 ECG nicht etwas Anderes bestimmen.

Zu der Frage, was eine Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs ist, gibt es eine lange und bekannte Rechtsprechungslinie des Europäischen Gerichtshofs. Davon ausgehend, dass jede Bestimmung, die Ansprüche gegen den Diensteanbieter eröffnet, und jede Regelung, die ihm Ansprüche nimmt, seine Geschäftstätigkeit hindert und daher den freien Dienstleistungsverkehr einschränkt, bedeutet der korrigierende Vorbehalt, dass sich der Diensteanbieter bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten darauf verlassen kann, nicht auf der Grundlage eines Rechtes in Anspruch genommen zu werden, das einen Anspruch leichter gewährt als das Recht seines Niederlassungsstaats. Umgekehrt kann er Einwendungen aus dem maßgebenden Recht gegen seine Ansprüche entgegenhalten, dass diese nach dem Recht des Herkunftslandes nicht tragfähig sind. Einer Klage auf Unterlassung wegen einer Wettbewerbsverletzung nach dem maßgeblichen österreichischen Recht könnte der ausländische

Diensteanbieter etwa entgegenhalten, dass bei dem gegebenen Sachverhalt das Herkunftslandrecht diesen Anspruch nicht gewährt.

Das Risiko aus der Anwendung fremden Rechts trägt im Ergebnis der Gegner des Diensteanbieters, er muss seine Ansprüche am Maßstab des Rechts des Herkunftslandes prüfen.

Eine der Schwierigkeiten bei der Vollziehung dieser Bestimmung wird darin liegen, einzelne Regelungsbereiche ("Regelungen") sinnvoll abzugrenzen. So wird etwa die Verjährungsfrist und der Beginn des Fristenlaufs nicht getrennt beurteilt werden dürfen, eine Gewährleistungsfrist aber mangels eines entsprechenden inneren Regelungszusammenhangs unabhängig von einer Rügepflicht.

Die sachliche Rechtfertigung dieser Sonderregel und der Beibehaltung der Bestimmung des § 48 IPRG für andere Bereiche und elektronische Transaktionen, die nicht in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetz fallen (siehe § 1 Abs. 2 ECG), ist in den Besonderheiten des elektronischen Verkehrs zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zu suchen. Wenn sich ein Diensteanbieter nicht an mehreren Rechtsordnungen orientieren muss, können die Potenziale des elektronischen Handels im Binnenmarkt, die nicht zuletzt in der grenzüberschreitenden Reichweite liegen, besser genutzt werden. Die Abweichung von der allgemeinen Regelung des § 48 IPRG und den damit verfolgten Zielen spielt eine umso geringere Rolle, je leichter die in Betracht kommenden fremden Rechte zu ermitteln sind und je weniger sich diese voneinander unterscheiden. Auch ist hier zu beachten, dass die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sowohl durch die Richtlinie als auch durch andere Rechtsakte aneinander angeglichen worden sind und aller Voraussicht nach weiter harmonisiert werden. Eine Korrektur des Anknüpfungsergebnisses nach § 48 IPRG für den spezifischen Bereich des Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten fällt damit in einer Gesamtschau nicht so schwer ins Gewicht.

Im konkreten Fall wird der Rechtsanwender zunächst klären müssen, welche Rechtsordnung das österreichische internationale Privatrecht für eine bestimmte Frage zur Anwendung beruft. Ergibt diese Prüfung, dass nicht das Niederlassungsrecht anzuwenden ist, so wird in einem weiteren Schritt zu prüfen

sein, ob das anzuwendende Recht den freien Verkehr der Dienste der Informationsgesellschaft einschränkt und beeinträchtigt. Wenn Regelungen des österreichischen Rechts, die im Einzelfall anzuwenden sind, für den Diensteanbieter ungünstiger sind, also seine Dienstleistungsfreiheit einschränken, so muss geprüft werden, ob es nach § 22 ECG gerechtfertigt und erforderlich ist, die günstigeren Regelungen des Herkunftslandrechts nicht anzuwenden.

Zu § 21 ECG:

Mit § 21 soll der Anhang der Richtlinie über die Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip umgesetzt werden. Vorgeschlagen wird, diesen Anhang in den Text des Gesetzes selbst aufzunehmen, um auf solche Art und Weise den Zusammenhang zwischen dem in § 20 des Entwurfs aufgestellten Grundsatz und den davon gemachten Ausnahmen herauszustreichen. Das soll die Lesbarkeit und Verständlichkeit des Gesetzes fördern. Aus diesen Gründen werden auch die Ausnahmen des Art. 1 Abs. 5 lit. d und die Ausnahmen des Art. 2 lit. h sublit. ii, die jeweils als Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip zu verstehen sind, in den Ausnahmekatalog des § 21 überstellt.

Bei den Ausnahmen nach § 21 geht es um Rechtsgebiete und auch um einzelne Tätigkeiten, in denen das Herkunftslandsprinzip von vornherein und allgemein keine Anwendung findet. Für die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Online-Anbieter, die ihre Dienste auch in Österreich bereitstellen, wird damit klargestellt, dass in diesen Belangen die österreichischen Rechtsvorschriften – einschließlich der Bestimmungen des internationalen Privatrechts – Anwendung finden. Die im Inland niedergelassenen Anbieter haben die im Inland maßgeblichen Rechtsvorschriften zu beachten. Sie müssen in den in § 21 erwähnten Bereichen aber auch auf die Regelungen anderer Mitgliedstaaten Bedacht nehmen, sofern sie grenzüberschreitende Dienste der Informationsgesellschaft bereitstellen. Aus diesem Grund reicht es nicht aus, in § 21 ECG die Vorschriften des österreichischen Rechts, mit denen die von der Richtlinie im Anhang aufgezählten gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte umgesetzt worden sind, anzuführen. Im Übrigen ist auch § 21 als Ausnahme vom Herkunftslandprinzip auf den Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft mit einem nicht der Europäischen Gemeinschaft oder



dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum angehörigen Staat nicht anzuwenden.

1. Mit § 21 Z 1 wird der erste Anstrich des Anhangs der Richtlinie umgesetzt. Ratio dieser Ausnahme ist der Umstand, dass das Urheberrecht und die verwandten gewerblichen Schutzrechte in hohem Maß durch internationale Übereinkommen und das Gemeinschaftsrecht geprägt sind. Auch kann in diesen Rechtsbereichen dem "Territorialitätsprinzip" besondere Bedeutung zukommen. Die Ausnahme umfasst – aus österreichischer Sicht – neben dem Urheberrecht insbesondere das Markenschutzgesetz, das Musterschutzgesetz, das Patentgesetz, das Gebrauchsmustergesetz, das Halbleiterschutzgesetz und das Zugangskontrollgesetz samt den auf diesen Bestimmungen beruhenden Verordnungen.

Beispiele für die in § 21 Z 14 ausgenommenen nicht elektronisch erbrachten Dienstleistungen sind etwa die im Erwägungsgrund 18 am Ende erwähnte gesetzliche Abschlussprüfung von Unternehmen und der ärztliche Rat nach einer notwendigen ärztlichen körperlichen Untersuchung. Auch die Konsultation eines elektronischen Katalogs in einem Geschäft in Anwesenheit des Kunden oder die Buchung einer Flugkarte über ein Computernetz in einem Reisebüro in Anwesenheit des Kunden sind hier zu nennen (vgl. zu diesen Beispielen auch die Anlage 1 A zum Notifikationsgesetz 1999). Bestimmungen, die solche Bereiche regeln, unterliegen nicht dem Herkunftslandprinzip..“ (ErläutRV 817 BlgNR XXI. GP Besonderer Teil zu den jeweils angeführten Bestimmungen).

„Grundsätzlich kann daher nur eine interaktive Dienstleistung im Fernabsatz ein Dienst der Informationsgesellschaft sein. Das bedeutet, dass der Dienst auf Initiative des Empfängers elektronisch erbracht wird und auf Eingaben des Empfängers reagiert.“ (Laga/Sehrschön/Ciresa, *E-Commerce Gesetz*, Praxiskommentar, 2., aktualisierte und erweiterte Auflage, LexisNexis ARD Orac, S 17).

„Der koordinierte Bereich ist mit dem Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzip (§ 20 ECG) gleichzusetzen. 8 ist weniger eine Begriffsbestimmung als vielmehr eine Klarstellung, dass potentiell jeder Rechtsvorschrift, oberprivatrechtliche oder öffentlich – rechtlicher Natur in den koordinierten Bereich fallen kann, sofern keine Ausnahme vom

Herkunftslandprinzip (§ 21 ECG) vorliegt. Voraussetzung ist jedoch, dass es sich überhaupt um einen Dienst der Informationsgesellschaft handelt.“ (ebd. S 20).

„Ob und inwieweit ausländische Dienste Anbieter einer(Gewerbe) Berechtigung in Österreich bedürfen, wird durch § 4 ECG nicht beantwortet.

Notwendige Voraussetzung ist die Anwendbarkeit österreichischen(Gewerbe) rechts: Hierbei ist zwischen EWR- Ausländern und Diensteanbietern aus Drittstaaten zu unterscheiden.

3. Kraft Herkunftslandprinzip richten sich innerhalb des EWR die anwendbaren öffentlich – rechtlichen Bestimmungen nach dem Staat, in dem der Diensteanbieter niedergelassen ist. Ob eine Niederlassung in Österreich vorliegt oder nicht, richtet sich nach den allgemeinen Regeln über die Abgrenzung zwischen Dienstleistungserbringung und Niederlassung, wie sie insbesondere aus der Judikatur des EuGH hervorgehen. § 3 Z 3 ECG stellt jedoch klar, dass das Vorhandensein und die Nutzung von Technologien (insbesondere der Standort des Servers oder die Abberufbarkeit der Website) für sich allein keine Niederlassung begründen sofern daher nach diesen Kriterien keine Niederlassung in Österreich vorliegt und sich der Diensteanbieter innerhalb des koordinierten Bereiches bewegt, ist innerhalb des EWR österreichisches (Gewerbe)Recht nicht anzuwenden, es sei denn, es liegt eine Ausnahme von Herkunftslandprinzip vor.“ (ebd. S 22).

Hauptargument in der Beschwerde ist, dass sich die belangte Behörde nicht mit den Bestimmungen des E-Commerce Gesetzes auseinandergesetzt habe.

Es ist richtig, dass eine derartige Auseinandersetzung in der Begründung des Bescheides nicht enthalten ist.

Die in der Beschwerde zitierte Bestimmung des §§ 4 Abs. 2 E-Commerce Gesetz normiert, dass Rechtsvorschriften, die die Zulässigkeit der Aufnahme oder Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit regeln und nicht besonders und ausschließlich für Dienste der Informationsgesellschaft oder deren Anbieter gelten, unberührt bleiben. Da die in Rede stehenden Vorschriften nicht speziell für online Anbieter gelten, für die gegenständlichen Tätigkeiten aber eine behördliche Autorisierung vorgesehen ist, sind diese Bestimmungen weiterhin für Unternehmen, die sich in Österreich niedergelassen haben, anzuwenden. Für die

Unternehmen, die sich nicht in Österreich, aber in einem EWR-Staat niedergelassen haben, ist nach § 20 E-Commerce Gesetz das Herkunftslandprinzip anzuwenden.

Zunächst ist neuerlich darauf zu verweisen, dass mit vorliegender Entscheidung lediglich die Rechtmäßigkeit der Bestrafung wegen des Anbietens von Tätigkeiten, die den Gegenstand der Gewerbe „Taxifunkzentrale“ bzw. „Reisebüros“ bilden, an einen größeren Kreis von Personen im Internet mit Bindung an die im Straferkenntnis angelastete Wortwahl, nicht aber die tatsächliche Tätigkeit der U. B.V. geprüft werden kann.

Der Unterschied erhellt auch aus dem Urteil des Kammergerichtes Berlin vom 11.12.2015 Zl. 5 U 31/15 betreffend Smartphone-Applikation U. Bl.. Das Kammergericht führt im Zusammenhang mit der Dienstleistungsrichtlinie unter anderem aus:

„... Vor diesem Hintergrund ist auch der Ausschluss von „Verkehrsdienstleistungen“ in der Dienstleistungsrichtlinie so zu verstehen, dass er nicht nur die körperliche Handlung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen mittels eines Land-, Luft- oder Wasserfahrzeugs erfasst, sondern auch jede Dienstleistung, die naturgemäß mit einer solchen Handlung verbunden ist. (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2015, C-168/14 – Grupo Itevelesa, Rn 46; Schlussantrag des Generalanwalts in der Rechtssache C-168/14 vom 3. Juni 2015, Rn 28) Dies ist in Bezug auf das Angebot U. Bl. der Beklagten der Fall. Dieses Dienstleistungsangebot, das die Beklagte als Vermittlung bezeichnet, unterscheidet sich wesentlich von der Tätigkeit des Betreibers eines Reisebüros oder des Betreibers eines Flugreservierungsportals im Internet. Der Betreiber eines Reisebüros oder der Betreiber eines Flugreservierungsportals nehmen ihren Kunden bzw. Nutzern Organisationstätigkeiten ab, die die Kunden bzw. Nutzer grundsätzlich auch eigenständig ausführen könnten. Sie suchen die den Wünschen ihrer Kunden entsprechenden Angebote Dritter an Beförderungs- und Beherbergungsleistungen heraus und nehmen die gewünschten Buchungen vor.

Die Tätigkeit der Beklagten geht weit darüber hinaus.

Sie organisiert eine an sie gebundene Flotte von Fahrzeugen mit Fahrern (vgl. Anlage A 2 zur Klageschrift: „Danke an diejenigen die mir schon ... zugesagt

haben, wir haben fast schon genug Fahrer.“), deren Marktauftritt sie so vereinheitlicht, dass sie die zur Flotte gehörenden Fahrzeuge in der Werbung als „U.“ bezeichnet (vgl. Anlage A 5 zur Klageschrift), Werbung über allgemeingültige Rabattaktionen verbreitet (vgl. Anlage A 4 zur Klageschrift) und Vereinbarungen mit Dritten trifft, die eine erhöhte Nachfrage nach mit der Beklagten zusammenarbeitenden Mietwagenunternehmen schaffen sollen (vgl. Anlage A 1: „Diese Wochen partnern wir mit den folgenden Events für die Fashion Week also werden wir dort erhöhte Nachfrage sehen ...). Für die über die Applikation U. Bl. zustande gekommenen Fahraufträge sollten die von der Beklagten gestellten Bedingungen gelten. Die Bezahlung dieser Fahraufträge erfolgte über die Applikation der Beklagten. Darüber hinaus ist es praktisch unmöglich, dass der Fahrgast einem in seiner Nähe befindlichen Mietwagenfahrer einen Beförderungsauftrag ohne die Einschaltung der Beklagten erteilen könnte.

Der Fahrgast kann einen in seiner Nähe befindlichen Mietwagen, der sich im Sinne des § 49 Abs. 4 Satz 3 PBefG auf der Fahrt befindet, nicht orten und regelmäßig nicht einmal dann als solchen erkennen, wenn er sich in Sichtweite befindet. Der Mietwagenfahrer dürfte wegen der Vorgaben des § 49 Abs. 4 Satz 3 PBefG auf den Versuch des Fahrgastes, durch Zeichen, Rufe, direkte oder fernmündliche Ansprache Kontakt aufzunehmen, um einen Beförderungsauftrag zu erteilen, auch nicht eingehen. Diese Verbindung der Organisationsleistungen der Beklagten mit dem eigentlichen Beförderungsvorgang rechtfertigt es, sie als Dienstleistung auf dem Gebiet des Verkehrs anzusehen. ...“

Einer Prüfung der tatsächlichen Tätigkeit von U. B.V. im Lichte des E-Commerce-Gesetzes und der Gewerbeordnung hat somit, wie das zitierte Urteil des Kammergerichtes Berlin zeigt, eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Verträgen von U. B.V. mit den betroffenen Mietwagen- und Taxiunternehmen beziehungsweise mit den Fahrern und mit der Frage, ob durch die gegenseitige Bindung ein neues, eigenes Verkehrsunternehmen entstanden ist, voranzugehen.

Zum auch gegenständlich eingewendeten „Herkunftslandprinzip“ hat das Kammergericht in seinem zitierten Urteil unter II Punkt 5 folgendes ausgeführt:

„Auf das in § 3 Abs. 2 Satz 1 TMG geregelte Herkunftslandsprinzip kann die Beklagte sich nicht berufen. Entsprechendes gilt für 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 (im Folgenden: Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr).

Es ist der Beklagten durchaus zuzugestehen, dass sie elektronische Informations- und Kommunikationsdienste im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG bzw. Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von Art. 2 lit a) der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr erbringt.

Das Herkunftslandprinzip beschränkt sich jedoch gemäß Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr auf den "koordinierten Bereich", der in Art. 2 lit. h) der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr festgelegt wird. Das Herkunftslandprinzip findet mithin – wie Art. 2 lit. h) i) der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr zeigt - Anwendung auf die Online-Aktivitäten des Diensteanbieters, d.h. die durch elektronische Kommunikationsmittel erbrachten Dienstleistungen. Der koordinierte Bereich - und damit der Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips - erstreckt sich gemäß Art. 2 lit. h) ii) der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr jedoch nicht auf Anforderungen an Leistungen, die nicht online erbracht werden, insbesondere also auf Anforderungen betreffend die Ware als solche, Anforderungen betreffend die Lieferung von Waren und Anforderungen betreffend Dienste, die nicht auf elektronischem Weg erbracht werden. (vgl. Müller-Broich, TMG, § 3, Rn 5; Martiny in: Münchener Kommentar, BGB, 6. Aufl., § 3 TMG, Rn 10, sowie Erwägungsgrund 18 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr) § 49 Abs. 4 PBefG regelt Anforderungen an den Mietwagenverkehr, also die Erbringung von Offline-Diensten, real erbrachten Leistungen, die nicht zu den Diensten der Informationsgesellschaft gehören. Die Beklagte ist dementsprechend auch nicht Adressatin dieser Norm, wenn sie nicht als Personenbeförderungsunternehmerin im Sinne des § 2 Abs. 1 PBefG anzusehen ist."

Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist, wie bereits ausgeführt, der Vorwurf, der Beschwerdeführer habe es zu verantworten, dass auf Internetseiten die Ausübung der Gewerbe „Reisebüro“ und „Taxifunkzentrale“ durch eine Smartphoneapplikation an einen größeren Kreis von Personen angeboten worden sei. Entsprechend den weiteren Feststellungen im

behördlichen Verfahren kann jedoch der Beschwerde nicht entgegengetreten werden, wenn sie die Meinung vertritt, für das vom Straferkenntnis vorgeworfene Anbieten käme eine Anwendung der österreichischen GewO nicht in Betracht, da darauf das Herkunftslandprinzip des ECG anzuwenden sei.

U. B.V. ist in den Niederlanden niedergelassen und verfügt über keine österreichische Niederlassung.

Das im Straferkenntnis umschriebene Verhalten, die Ausübung des Reisebürogewerbes und des Gewerbes Taxifunkzentrale, die gegen Entgelt erfolgt, stellt einen Dienst der Informationsgesellschaft im Sinne des §§ 1 Ziffer 1 ECG dar, weil dieser Dienst einen in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers bereitgestellten Dienst darstellt.

Nicht in Frage zu stellen ist die Entgeltlichkeit. Da die nach dem Vorwurf im Straferkenntnis angebotene Vermittlungstätigkeit über eine Smartphoneapplikation erfolgt, bei welcher sich Fahrer und Kunden auf einer Plattform anmelden, erfolgt die angebotene Vermittlung auch elektronisch im Fernabsatz. Die Vermittlung selbst hängt auch vom individuellen Aufruf des jeweiligen Empfängers.

Dafür ist nach dem §§ 20 ECG österreichisches Gewerberecht nicht anzuwenden was infolge der nach § 1 Abs. 4 GewO 1994 vorgeschriebenen Gleichhaltung bei einem Anbieten an einen größeren Kreis von Personen auch für dieses Anbieten zu gelten hat. Ausnahmetatbestände vom Herkunftslandprinzip sind keine erfüllt.

Bei der Beurteilung war zunächst zwischen der 1. Ausübung von Vermittlungsgewerben, 2. dem Ausüben von Personenbeförderungsgewerben bzw. 3. dem Anbieten von Vermittlungsgewerben bzw. Anbieten von Personenbeförderungsgewerben zu unterscheiden.

Hinweise für die Ausübung des Personenbeförderungsgewerbes wären bspw das Bestehen einer eigenen Flotte von Fahrzeugen, das Vorliegen von an das Unternehmen U. B. V. gebundene Fahrer bzw. Beförderungsunternehmen, eine Preisbestimmung durch U. B.V. sowie eine entsprechende Erkennlichkeit der Fahrzeuge. Bei der Prüfung des Vorliegens von Vermittlungsgewerben ist das Verhältnis zwischen U. B. V. und den Kunden bzw. den Unternehmen, das

Vorschreiben von Tarifen durch U. B. V. und die Möglichkeit des Kunden, selbst ein entsprechendes Fahrzeug zu erlangen zu prüfen.

Gegenständlich war nur das Anbieten von Vermittlungsgewerben Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

Folgt man der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes betreffend der Eigenständigkeit des Anbietens einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen als Tatbestand, erschiene jedes Anbieten, dass die Voraussetzungen des §§ 3 Abs. 1 ECG erfüllt als nicht der Gewerbeordnung unterliegend. Damit wäre das Anbieten einer Tätigkeit, auch wenn deren Ausübung der Gewerbeordnung unterliegt dem Herkunftslandprinzip unterworfen. Da § 1 Abs. 4 GewO 1994 allerdings lediglich ein Gleichhalten vorschreibt, ist von einem zu prüfenden Zusammenhang auszugehen. Unterliegt somit die dem Wortlaut nach angebotene Tätigkeit der Gewerbeordnung, so unterliegt auch das Anbieten an einen größeren Kreis von Personen der Gewerbeordnung, unabhängig davon, ob es sich um ein in Österreich oder sonst in einem EWR-Staat niedergelassenes Unternehmen handelt.

Im Hinblick auf obige Feststellungen war der Beschwerde somit hinsichtlich der in Rede stehenden Tatanlastung Folge zu geben, das Straferkenntnis diesbezüglich zu beheben und das Verfahren spruchgemäß einzustellen.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

## **B e l e h r u n g**

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

### **Verwaltungsgericht Wien**

Dr. Schopf