

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 16.03.2020 im amtswegig eingeleiteten Verfahren R 12/19 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Das gegenüber kabelplus GmbH, Südstadtzentrum 4, 2344 Maria Enzersdorf, eingeleitete Verfahren nach Art 5 Abs 1 VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 wegen vorgenommener Zugangssperren zu den Websites unter den Domainnamen *libgen.unblocked.win*, *libgen.unblocked.lc*, *libgen.unblocked.vet*, *libgen.unblocked.la*, *libgen.unblocked.li*, *libgen.unblocked.red*, *libgen.unblocked.tv*, *libgen.unblocked.cat*, *libgen.unblocked.uno*, *libgen.unblocked.ink*, *libgen.unblocked.at*, *libgen.unblocked.pro*, *libgen.unblocked.mx*, *libgen.unblocked.sh*, *libgen.unblocked.gdn*, *libgen.unblocked.pet*, *gen.lib.rus.ec*, *sci-hub.tw*, *sci-hub.se*, *sci-hub.ren*, *sci-hub.shop*, *scihub.unblocked.lc* und *scihub.unblocked.vet* sowie *sci-hub.be* wird mangels Verstoßes gegen Art 3 Abs 3 UAbs 3 VO (EU) 2015/2120 eingestellt.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 7. November 2019 teilte die kabelplus GmbH (im Folgenden: „kabelplus“) der Regulierungsbehörde mit, dass sie den Zugang zu bestimmten Websites aufgrund von Abmahnungen durch eine vermeintliche Rechteinhaberin sperren würde und regte die Überprüfung auf Vereinbarkeit mit Art 3 VO (EU) 2015/2120 („TSM-VO“) durch die zuständige Regulierungsbehörde an.

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 25. November 2019 wurde ein Verfahren gemäß Art 5 Abs 1 TSM-VO gegenüber kabelplus amtswegig eingeleitet (ON 5). Gegenstand des Verfahrens war die Überprüfung der von kabelplus aufgrund behaupteter Unterlassungsansprüche nach § 81 Abs 1a UrhG vorgenommenen Zugangssperren zu den Websites *libgen.unblocked.win*, *libgen.unblocked.lc*, *libgen.unblocked.vet*, *libgen.unblocked.la*, *libgen.unblocked.li*, *libgen.unblocked.red*, *libgen.unblocked.tv*, *libgen.unblocked.cat*, *libgen.unblocked.uno*, *libgen.unblocked.ink*, *libgen.unblocked.at*, *libgen.unblocked.pro*, *libgen.unblocked.mx*, *libgen.unblocked.sh*, *libgen.unblocked.gdn*, *libgen.unblocked.pet*, *gen.lib.rus.ec*, *sci-hub.tw*, *sci-hub.se*, *sci-hub.ren*, *sci-hub.shop*, *scihub.unblocked.lc* und *scihub.unblocked.vet* sowie *sci-hub.be* auf ihre Vereinbarkeit mit Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO.

Mit Schreiben vom 26. November 2019 (ON 6) wurde kabelplus über die Einleitung des Verfahrens informiert und gleichzeitig zur Stellungnahme hinsichtlich möglicher Verstöße gegen die oben genannten Bestimmungen aufgefordert. Zugleich teilte die Telekom-Control-Kommission ihre erste Einschätzung in Bezug auf die verfahrensgegenständlichen Websites mit, nach der diese den Anschein von strukturell urheberrechtsverletzenden Websites erweckten und verwies auch auf den bereits gegenüber einem dritten Anbieter von Internetzugangsdiensten ergangenen rechtskräftigen Bescheid der Telekom-Control-Kommission (R 8/19).

Aufgrund der von kabelplus übermittelten Unterlagen (ON 1) war absehbar, dass auch den behaupteten Rechteinhaberinnen Elsevier Ltd., Elsevier B.V. und Elsevier Inc. (im Folgenden gemeinsam: „Elsevier“) Parteistellung im gegenständlichen Verfahren einzuräumen war. Daher wurde diese über ihre Parteistellung informiert und zur Stellungnahme aufgefordert (ON 7).

Die Verfahrensparteien wurden zugleich auch über die Ermittlungsergebnisse (ON 2 - ON 4) informiert. 23 der insgesamt 24 verfahrensgegenständlichen Websites erweckten den Anschein von strukturellen Urheberrechtsverletzungen. Eine Website unter dem Domainnamen *sci-hub.be* schien – wie bereits von kabelplus mit Schreiben vom 7. November 2019 mitgeteilt – zum Zeitpunkt der Überprüfung nicht erreichbar bzw ohne den von der Rechteinhaberin abgemahnten Inhalt zu sein. Die Regulierungsbehörde räumte den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme ein.

Mit Schreiben vom 12. Dezember 2019 (ON 9) nahm Elsevier zu den Ermittlungsergebnissen Stellung. Sie sei damit einverstanden, dass kabelplus die implementierten Zugangssperren zur Website unter dem Domainnamen *sci-hub.be* vorerst wieder deaktiviert. Mit Schreiben vom 7. Februar 2020 (ON 12) teilte kabelplus mit, dass die Zugangssperre zu der genannten Domain nie eingerichtet gewesen wäre und daher nicht aufgehoben werden müsse.

2 Festgestellter Sachverhalt

kabelplus ist Inhaberin einer Bestätigung nach § 15 TKG 2003. Sie betreibt ein Kommunikationsnetz und bietet Kommunikationsdienste an. kabelplus bietet ua Internetzugangsdienste an.

kabelplus unterbindet den Zugang ihrer Kunden zu folgenden Websites: *libgen.unblocked.win*, *libgen.unblocked.lc*, *libgen.unblocked.vet*, *libgen.unblocked.la*, *libgen.unblocked.li*, *libgen.unblocked.red*, *libgen.unblocked.tv*, *libgen.unblocked.cat*, *libgen.unblocked.uno*, *libgen.unblocked.ink*, *libgen.unblocked.at*, *libgen.unblocked.pro*, *libgen.unblocked.mx*, *libgen.unblocked.sh*, *libgen.unblocked.gdn*, *libgen.unblocked.pet*, *gen.lib.rus.ec*, *sci-hub.tw*, *sci-hub.se*, *sci-hub.ren*, *sci-hub.shop*, *scihub.unblocked.lc* sowie *scihub.unblocked.vet*. Hierzu hat die genannte Gesellschaft DNS-Sperren zu ebendiesen Domains eingerichtet.

Zur Website unter dem Domainnamen *sci-hub.be* war zu keinem Zeitpunkt eine Zugangssperre eingerichtet.

Eine gerichtliche Entscheidung über den Unterlassungsanspruch der Elsevier nach § 81 Abs 1a UrhG betreffend die Vermittlung des Zugangs zu den verfahrensgegenständlichen Websites liegt nicht vor.

Die verfahrensgegenständlichen Websites waren bereits Gegenstand eines Aufsichtsverfahrens nach Art 5 TSM-VO gegenüber einem dritten Anbieter von Internetzugangsdiensten. Mit Bescheid vom 21. Oktober 2019 zu R 8/19 wurde das Verfahren mangels Verstoßes gegen Art 3 TSM-VO eingestellt.

Die Elsevier-Verlagsgruppe, insbesondere Elsevier Ltd., Elsevier B.V. und Elsevier Inc., ist einer der weltweit größten Verlage für Fachzeitschriften in den Fachgebieten Wissenschaft, Technologie und Mathematik. Elsevier verlegt etwa die Zeitschriften „Materials Science and Engineering: A“, „Journal of Business Research. Tetradron“, „The Lancet“ und „International Review of Law and Economics“. Zum Repertoire von Elsevier zählen unter anderem folgende literarische Werke:

Österreicher, Johannes Albert; Kumar, Manoj; Schiffel, Andreas; Schwarz, Sabine; Bourret, Gilles Remi: Secondary precipitation during homogenization of Al-Mg-Si alloys: Influence on high temperature flow stress (Materials Science and Engineering: A, 2017, Volume 687, pages 175-180);

Hinterhuber, Andreas: Value quantification capabilities in industrial markets (Journal of Business Research, 2017, Volume 76, pages 163-178);

Atia, Mohamed; Bogdán, Dora; Brügger, Maryam; Haider, Norbert; Mátyus, Péter: Remarkable regioselectivities in the course of the synthesis of two new Luotonin A derivatives (Tetrahedron, 2017, Volume 73, Issue 23, pages 3231-3239);

Delshadmanesh, M.; Khatibi, G.; Ghomsheh, M. Zare; Lederer, M.; Zehetbauer, M.; Danninger, H.: Influence of microstructure on fatigue of biocompatible β -phase Ti45Nb (Materials Science and Engineering: A; 2017, Volume 706, pages 83-94);

Fu, Feng: Design and Analysis of Tall and Complex Structures (2018, 1st ed.);

Burmester, Gerd R.; Kremer, Joel M.; Van den Bosch, Filip; Kivitz, Alan; Bessette, Louis; Li, Yihan; Zhou, Yijie; Othman, Ahmed A.; Pangan, Aileen L.; Camp, Heidi S.: Safety and efficacy of upadacitinib in patients with rheumatoid arthritis and inadequate response to conventional synthetic disease-modifying anti-rheumatic drugs (SELECT-NEXT): a randomised, double-blind, placebo-controlled phase 3 trial (The Lancet, 2018, Volume 391, Issue 10139, pages 2503-2512);

Olsen, Jerome; Kasper, Matthias; Enachescu, Janina, Benk, Serkan; Budak, Tamer; Kirchler, Erich: Emotions and tax compliance among small business owners: An experimental survey (International Review of Law and Economics, 2018, Volume 56, pages 42-52).

Elsevier ist weltweit, somit auch in Österreich, exklusiv berechtigt, die genannten Werke der Literatur zu vervielfältigen, zu verbreiten und online zur Verfügung zu stellen. Dies erfolgt ausschließlich über entgeltpflichtige Angebote von Elsevier, etwa auf der Website „ScienceDirect“ unter dem Domainnamen *www.sciencedirect.com*. Die exklusiven Rechte der Elsevier beruhen auf Verlagsverträgen.

Mit Schreiben vom 28. Oktober 2019 teilte die Rechteinhaberin Elsevier kabelplus mit, dass diese die Vermittlung des Zugangs zu allen verfahrensgegenständlichen Websites zu unterlassen habe. Diesem Schreiben angeschlossen übermittelte Elsevier Screenshots der verfahrensgegenständlichen Websites. Daraufhin sperrte kabelplus den Zugang zu diesen Websites.

Auf den Websites unter den Domainnamen *libgen.unblocked.win, libgen.unblocked.lc, libgen.unblocked.vet, libgen.unblocked.la, libgen.unblocked.li, libgen.unblocked.red, libgen.unblocked.tv, libgen.unblocked.cat, libgen.unblocked.uno, libgen.unblocked.ink, libgen.unblocked.at, libgen.unblocked.pro, libgen.unblocked.mx, libgen.unblocked.sh, libgen.unblocked.gdn, libgen.unblocked.pet, gen.lib.rus.ec, sci-hub.tw, sci-hub.se, sci-hub.ren, sci-hub.shop, scihub.unblocked.lc* sowie *scihub.unblocked.vet* werden die zuvor genannten Werke ohne die Zustimmung der Rechteinhaberin Elsevier zur Verfügung gestellt. Zudem ist eine Vielzahl an urheberrechtlich geschützten Werken der Literatur, die von zahlreichen anderen Verlagen herausgegeben werden, abrufbar. Die Websites entsprechen im Wesentlichen jenen Screenshots, welche Elsevier ihrem Abmahnschreiben vom 28. Oktober 2019 beigelegt hatte. Die Websites verfügen über kein Impressum.

Bei Abruf der Websites unter den Domainnamen *libgen.unblocked.win, libgen.unblocked.lc, libgen.unblocked.vet, libgen.unblocked.la, libgen.unblocked.li, libgen.unblocked.red, libgen.unblocked.tv, libgen.unblocked.cat, libgen.unblocked.uno, libgen.unblocked.ink, libgen.unblocked.at, libgen.unblocked.pro, libgen.unblocked.mx, libgen.unblocked.sh, libgen.unblocked.gdn* sowie *libgen.unblocked.pet* erfolgt eine Weiterleitung auf die Website unter dem Domainnamen *libgen.unblocked.earth*. Der Inhalt und die Aufmachung der Website unter dem Domainnamen *libgen.unblocked.earth* entsprechen im Wesentlichen jener unter *gen.lib.rus.ec*.

Auf den Startseiten der Websites *sci-hub.shop, sci-hub.tw, sci-hub.se, sci-hub.ren, scihub.unblocked.nz* werden diese Websites als „[...] the first pirate website[s] in the world to provide mass and public access to tens of millions of research papers“ beschrieben.

Zur Website unter dem Domainnamen *sci-hub.be* war zu keinem Zeitpunkt eine Zugangssperre eingerichtet.

Die Websitebetreiber der von der Sperre betroffenen Websites sind nicht (gerichtlich) gegen eine der Verfahrensparteien vorgegangen.

Der Regulierungsbehörde sind keine Beschwerden von Endnutzern bekannt, die sich auf die im Spruch aufgezählten Websites und deren Sperrungen beziehen. Auch ist kein Endnutzer mit solch einem Anliegen an die Regulierungsbehörde herangetreten.

3 Beweiswürdigung

Grundsätzlich basieren die Feststellungen auf den jeweils in Klammer in Punkt 2 angegebenen Beweismitteln. Die Feststellungen zur Anzahl der gesperrten Websites sowie der technischen Realisierung mittels DNS-Sperrungen ergeben sich aus dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen von kabelplus sowie Elsevier bzw aus den von diesen vorgelegten Unterlagen und sind unstrittig.

Die Feststellungen zu Inhalt und Aufmachung der verfahrensgegenständlichen Websites basieren auf den seitens der Regulierungsbehörde getätigten Ermittlungen (AV vom 16. November 2019, ON 3; AV vom 18. November 2019, ON 4), dem Abmahnschreiben der Rechteinhaberin Elsevier vom 28. Oktober 2019 (ON 1) samt den Beilagen bestehend aus mehreren Hundert Seiten an Screenshots (ON 2).

Weder kabelplus noch die Rechteinhaberin Elsevier brachten vor, dass sich Vertragskunden der kabelplus bei ihnen beschwert hätten, dass durch die gesetzten Sperrmaßnahmen Inhalte nicht mehr abrufbar seien.

Die Feststellung, dass keine Beschwerden von Endnutzern in Hinblick auf die Zugangssperren zu den im Spruch genannten Websites an die Regulierungsbehörde herangetragen wurden, ist amtsbekannt.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 117 Z 17 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2018/111, ist die Telekom-Control-Kommission zur Entscheidung über geeignete und erforderliche Maßnahmen nach Art 5 TSM-VO zuständig.

4.2 Gesetzliche Regelungen

Die Art 2, 3 und 5 der VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 („TSM-VO“) lauten auszugsweise wie folgt:

„Artikel 2

Begriffsbestimmungen

Für die Zwecke dieser Verordnung gelten die Begriffsbestimmungen des Artikels 2 der Richtlinie 2002/21/EG.

Darüber hinaus gelten die folgenden Begriffsbestimmungen:

- 1. „Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation“: ein Unternehmen, das öffentliche Kommunikationsnetze oder öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste bereitstellt;*
- 2. „Internetzugangsdienst“: ein öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienst, der unabhängig von der verwendeten Netztechnologie und den verwendeten Endgeräten Zugang zum Internet und somit Verbindungen zu praktisch allen Abschlusspunkten des Internets bietet.*

Artikel 3

Gewährleistung des Zugangs zum offenen Internet

(1) Endnutzer haben das Recht, über ihren Internetzugangsdienst, unabhängig vom Standort des Endnutzers oder des Anbieters und unabhängig von Standort, Ursprung oder Bestimmungsort der Informationen, Inhalte, Anwendungen oder Dienste, Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten, Anwendungen und Dienste zu nutzen und bereitzustellen und Endgeräte ihrer Wahl zu nutzen.

Dieser Absatz lässt das Unionsrecht und das mit dem Unionsrecht im Einklang stehende nationale Recht in Bezug auf die Rechtmäßigkeit von Inhalten, Anwendungen oder Diensten unberührt.

(2) Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten wie Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit sowie die Geschäftspraxis der Anbieter von Internetzugangsdiensten dürfen die Ausübung der Rechte der Endnutzer gemäß Absatz 1 nicht einschränken.

(3) Anbieter von Internetzugangsdiensten behandeln den gesamten Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gleich, ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung, sowie unabhängig von Sender und Empfänger, den abgerufenen oder verbreiteten Inhalten, den genutzten oder bereitgestellten Anwendungen oder Diensten oder den verwendeten Endgeräten.

Unterabsatz 1 hindert die Anbieter von Internetzugangsdiensten nicht daran, angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen anzuwenden. Damit derartige Maßnahmen als angemessen gelten, müssen sie transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sein und dürfen nicht auf kommerziellen Erwägungen, sondern auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen. Mit diesen Maßnahmen darf nicht der konkrete Inhalt überwacht werden, und sie dürfen nicht länger als erforderlich aufrechterhalten werden.

Anbieter von Internetzugangsdiensten wenden keine Verkehrsmanagementmaßnahmen an, die über die Maßnahmen gemäß Unterabsatz 2 hinausgehen; insbesondere dürfen sie nicht bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste — oder bestimmte Kategorien von diesen — blockieren, verlangsamen, verändern, einschränken, stören, verschlechtern oder diskriminieren, außer soweit und solange es erforderlich ist, um

a) Gesetzgebungsakten der Union oder mit dem Unionsrecht im Einklang stehenden nationalen Rechtsvorschriften, denen der Internetzugangsanbieter unterliegt, oder mit dem Unionsrecht im Einklang stehenden Maßnahmen zur Umsetzung dieser Gesetzgebungsakte der Union oder dieser nationalen Rechtsvorschriften zu entsprechen, einschließlich Verfügungen von Gerichten oder Behörden, die über die entsprechenden Befugnisse verfügen;

b) die Integrität und Sicherheit des Netzes, der über dieses Netz erbrachten Dienste und der Endgeräte der Endnutzer zu wahren;

c) eine drohende Netzüberlastung zu verhindern oder die Auswirkungen einer außergewöhnlichen oder vorübergehenden Netzüberlastung abzumildern, sofern gleichwertige Verkehrsarten gleich behandelt werden.

[...]

Artikel 5

Aufsicht und Durchsetzung

(1) Die nationalen Regulierungsbehörden überwachen genau und stellen sicher, dass Artikel 3 und 4 des vorliegenden Artikels eingehalten werden, und fördern die kontinuierliche Verfügbarkeit von nichtdiskriminierenden Internetzugangsdiensten auf einem Qualitätsniveau, das den Fortschritt der Technik widerspiegelt. Für diese Zwecke können die nationalen Regulierungsbehörden Anforderungen an technische Merkmale, Mindestanforderungen an die Dienstqualität und sonstige geeignete und erforderliche Maßnahmen für einen oder mehrere Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation, einschließlich der Anbieter von Internetzugangsdiensten, vorschreiben.

Die nationalen Regulierungsbehörden veröffentlichen jährlich Berichte über ihre Überwachungstätigkeit und ihre Erkenntnisse und übermitteln der Kommission und dem GEREK diese Berichte.

(2) Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation, einschließlich der Anbieter von Internetzugangsdiensten, legen auf Ersuchen der nationalen Regulierungsbehörde dieser Informationen im Zusammenhang mit den Verpflichtungen nach den Artikeln 3 und 4 vor, insbesondere Informationen darüber, wie sie ihren Netzverkehr und ihre Netzkapazitäten verwalten, sowie Rechtfertigungen für etwaige Verkehrsmanagementmaßnahmen. Die Anbieter übermitteln die angeforderten Informationen gemäß dem von der nationalen Regulierungsbehörde verlangten Zeitplan und Detaillierungsgrad.

(3) Um einen Beitrag zur einheitlichen Anwendung dieser Verordnung zu leisten, gibt das GEREK spätestens bis zum 30. August 2016, nach Anhörung der Interessenträger und in enger Zusammenarbeit mit der Kommission, Leitlinien für die Umsetzung der Verpflichtungen der nationalen Regulierungsbehörden nach diesem Artikel heraus.

(4) Dieser Artikel lässt die Aufgaben unberührt, die die Mitgliedstaaten den nationalen Regulierungsbehörden oder anderen zuständigen Behörden nach Maßgabe des Unionsrechts übertragen haben.“

Zu den Bestimmungen der VO (EU) 2015/2120 hat das BEREC gemäß Art 5 Abs 3 TSM-VO „BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules“ (BoR [16] 127) veröffentlicht¹, die als Erläuterungen zum harmonisierten Vollzug der VO dienen sollen und denen bei der Vollziehung Rechnung zu tragen ist.

§ 117 Z 17 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2018/111, lautet wie folgt:

„§ 117. Der Telekom-Control-Kommission sind folgende Aufgaben zugewiesen:

[...]

17. Entscheidung über geeignete und erforderliche Maßnahmen nach Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EU) 2015/2120 im Einzelfall.“

§ 91 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2018/111, lautet wie folgt:

„§ 91. (1) Hat die Regulierungsbehörde in Bezug auf durch sie zu besorgende Aufgaben Anhaltspunkte dafür, dass ein Unternehmen gegen die Vorschriften dieses Bundesgesetzes, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid verstößt, teilt sie dies dem Unternehmen mit und räumt gleichzeitig Gelegenheit ein, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel in angemessener Frist nach Erhalt der Mitteilung abzustellen.

(2) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.

(3) Sind die gemäß Abs. 2 angeordneten Maßnahmen erfolglos geblieben, kann die Regulierungsbehörde in Bezug auf ein Unternehmen, das seine Pflichten gröblich oder wiederholt verletzt hat, das Recht Kommunikationsnetze oder Kommunikationsdienste bereitzustellen aussetzen, bis die Mängel abgestellt sind oder diesem Unternehmen untersagen, weiterhin Kommunikationsnetze oder Kommunikationsdienste bereitzustellen. Aus den gleichen Gründen kann die Regulierungsbehörde die Zuteilung von Frequenzen und Kommunikationsparametern widerrufen.

(4) Stellt ein Verstoß gegen die Vorschriften dieses Bundesgesetzes, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid eine unmittelbare und ernste Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit dar oder führt er bei anderen Anbietern oder Nutzern von Kommunikationsnetzen oder -diensten zu ernststen wirtschaftlichen oder betrieblichen Problemen, kann die Regulierungsbehörde Maßnahmen gemäß Abs. 2 auch in einem Verfahren gemäß § 57 AVG anordnen. Diese Maßnahmen sind mit bis zu drei Monaten zu befristen und können bei Vorliegen besonders schwerwiegender Umstände um weitere drei Monate verlängert werden.

¹ http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-b_0.pdf, abgerufen am 10.03.2020.

(5) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, tatsächlich nicht vorliegen bzw. innerhalb der gesetzten Frist abgestellt wurden, stellt sie mit Bescheid fest, dass die Mängel nicht bzw. nicht mehr gegeben sind.

(6) Partei im Aufsichtsverfahren ist jedenfalls das Unternehmen, bei dem die Regulierungsbehörde Anhaltspunkte gemäß Abs. 1 hat.

(7) Parteien im Aufsichtsverfahren nach § 40 KOG sind ferner jene, die gemäß § 40 Abs. 2 KOG ihre Betroffenheit glaubhaft gemacht haben.

(8) § 40 Abs. 3 Z 1 KOG gilt mit der Maßgabe, dass das Edikt die Beschreibung jener Anhaltspunkte zu enthalten hat, die zur Einleitung des Aufsichtsverfahrens geführt haben.“

Art 1 Abs 1 und 2 Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 – EGVG, BGBl I 2008/87 idF 2018/61, lautet wie folgt:

„(1) Die Verwaltungsverfahrensgesetze (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG und Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 – VVG) regeln das Verfahren der nachstehend bezeichneten Verwaltungsorgane, soweit sie behördliche Aufgaben besorgen und im Folgenden nicht anderes bestimmt ist.

(2) Von den Verwaltungsverfahrensgesetzen sind anzuwenden:

- 1. das AVG auf das behördliche Verfahren der Verwaltungsbehörden;*
- 2. das VStG auf das Strafverfahren der Verwaltungsbehörden mit Ausnahme der Finanzstrafbehörden des Bundes;*
- 3. das VVG auf das Vollstreckungsverfahren der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung, der Organe der Städte mit eigenem Statut und der Landespolizeidirektionen.“*

§ 38 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl 1991/51 idF 2018/58 lautet wie folgt:

„§ 38. Sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen, ist die Behörde berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen. Sie kann aber auch das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage aussetzen, wenn die Vorfrage schon den Gegenstand eines anhängigen Verfahrens bei der zuständigen Verwaltungsbehörde bzw. beim zuständigen Gericht bildet oder ein solches Verfahren gleichzeitig anhängig gemacht wird.“

Art 8 Abs 3 RL 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft („Info-RL“), ABl 2001 L 167, 10, lautet:

„(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden.“

§§ 15, 18a und 81 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (UrhG), BGBl 1936/111 idF BGBl I 2018/105, lauten wie folgt:

„Vervielfältigungsrecht.

§ 15. (1) Der Urheber hat das ausschließliche Recht, das Werk - gleichviel in welchem Verfahren, in welcher Menge und ob vorübergehend oder dauerhaft - zu vervielfältigen.

(2) Eine Vervielfältigung liegt namentlich auch in dem Festhalten des Vortrages oder der Aufführung eines Werkes auf Mitteln zur wiederholbaren Wiedergabe für Gesicht oder Gehör (Bild- oder Schallträger), wie zum Beispiel auf Filmstreifen oder Schallplatten.

(3) Solchen Schallträgern stehen der wiederholbaren Wiedergabe von Werken dienende Mittel gleich, die ohne Schallaufnahme durch Lochen, Stanzen, Anordnen von Stiften oder auf ähnliche Art hergestellt werden (Drehorgeln, Spieldosen u. dgl.).

(4) Bei Plänen und Entwürfen zu Werken der bildenden Künste umfaßt das Vervielfältigungsrecht auch das ausschließliche Recht, das Werk danach auszuführen.

[...]

Zurverfügungstellungsrecht

§ 18a. (1) Der Urheber hat das ausschließliche Recht, das Werk der Öffentlichkeit drahtgebunden oder drahtlos in einer Weise zur Verfügung zu stellen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.

(2) Wenn sich dieses Gesetz des Ausdrucks „ein Werk der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen“ oder „öffentliche Zurverfügungstellung eines Werkes“ bedient, ist darunter nur die dem Urheber nach Abs. 1 vorbehaltene Verwertung zu verstehen.

[...]

§ 81. (1) Wer in einem auf dieses Gesetz gegründeten Ausschließungsrecht verletzt worden ist oder eine solche Verletzung zu besorgen hat, kann auf Unterlassung klagen. Der Inhaber eines Unternehmens kann hierauf auch dann geklagt werden, wenn eine solche Verletzung im Betrieb seines Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen worden ist oder droht; § 81 Abs. 1a gilt sinngemäß.

(1a) Bedient sich derjenige, der eine solche Verletzung begangen hat oder von dem eine solche Verletzung droht, hiezu der Dienste eines Vermittlers, so kann auch dieser auf Unterlassung nach Abs. 1 geklagt werden. Wenn, bei diesem die Voraussetzungen für einen Ausschluss der Verantwortlichkeit nach den §§ 13 bis 17 ECG vorliegen, kann er jedoch erst nach Abmahnung geklagt werden.“

Art 12 RL 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („E-Commerce-RL“), ABl 2000 L 178, 1, lautet wie folgt:

„Artikel 12

Reine Durchleitung

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der darin besteht, von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln oder Zugang zu einem Kommunikationsnetz zu vermitteln, der Diensteanbieter nicht für die übermittelten Informationen verantwortlich ist, sofern er

- a) die Übermittlung nicht veranlaßt,*
- b) den Adressaten der übermittelten Informationen nicht auswählt und*
- c) die übermittelten Informationen nicht auswählt oder verändert.*

(2) Die Übermittlung von Informationen und die Vermittlung des Zugangs im Sinne von Absatz 1 umfassen auch die automatische kurzzeitige Zwischenspeicherung der übermittelten Informationen, soweit dies nur zur Durchführung der Übermittlung im Kommunikationsnetz geschieht und die Information nicht länger gespeichert wird, als es für die Übermittlung üblicherweise erforderlich ist.

(3) Dieser Artikel läßt die Möglichkeit unberührt, daß ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern.“

Die §§ 13 und 19 des Bundesgesetzes, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz – ECG), BGBl I 2001/152 idF BGBl I 2015/34, lauten auszugsweise wie folgt:

„§ 13. (1) Ein Diensteanbieter, der von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz übermittelt oder den Zugang zu einem Kommunikationsnetz vermittelt, ist für die übermittelten Informationen nicht verantwortlich, sofern er

- 1. die Übermittlung nicht veranlasst,*
- 2. den Empfänger der übermittelten Informationen nicht auswählt und*
- 3. die übermittelten Informationen weder auswählt noch verändert.*

(2) Die Übermittlung von Informationen und die Vermittlung des Zugangs im Sinn des Abs. 1 umfassen auch die automatische kurzzeitige Zwischenspeicherung der übermittelten Informationen, soweit diese Zwischenspeicherung nur der Durchführung der Übermittlung im Kommunikationsnetz dient und die Information nicht länger gespeichert wird, als es für die Übermittlung üblicherweise erforderlich ist.

§ 19. (1) Die §§ 13 bis 18 lassen gesetzliche Vorschriften, nach denen ein Gericht oder eine Behörde dem Diensteanbieter die Unterlassung, Beseitigung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung auftragen kann, unberührt.

[...]“

4.3 Anzuwendendes Verfahrensrecht

Art 5 Abs 1 TSM-VO ordnet zur Sicherstellung der Einhaltung insbesondere der Bestimmung des Art 3 leg cit weitgehende Überwachungs-, Aufsichts- und Durchsetzungsbefugnisse zugunsten der nationalen Regulierungsbehörden an. Neben technischen Merkmalen und Mindestanforderungen an die Dienstqualität können gegenüber den betroffenen Anbietern öffentlicher Kommunikation auch alle „sonstigen geeigneten und erforderlichen Maßnahmen“ angeordnet werden, um die Einhaltung der Art 3 u 4 TSM-VO sicherzustellen.

Darüber hinaus enthält die TSM-VO keine weiteren verfahrensrechtlichen Bestimmungen und überlässt es daher dem jeweiligen nationalen Verfahrensrecht, Verfahren nach Art 5 Abs 1 und 2 TSM-VO abzuwickeln. Art 5 TSM-VO ähnelt dabei Art 7 Abs 5 und 6 der VO (EG) Nr 717/2007 idF VO (EG) 544/2009 (Roaming-VO), die Aufsichts- und Durchsetzungsrechte hinsichtlich der Bestimmungen eben dieser Verordnung zugunsten der nationalen Regulierungsbehörden vorsieht. Der VwGH (19.04.2012, ZI 2009/03/0170) hat bereits ausgesprochen, dass Verfahrensparteien nicht in ihren Rechten verletzt sind, wenn sich die Telekom-Control-Kommission an den für andere Aufsichtsmaßnahmen bestehenden Verfahrensregeln des § 91 TKG 2003 orientiert.

Da dieser Grundsatz auch für das gegenständliche Verfahren angewandt werden kann, hat sich die Telekom-Control-Kommission am Verfahren nach § 91 TKG 2003 orientiert. Im Übrigen hat die Telekom-Control-Kommission gemäß Art 1 Abs 2 Z 1 EGVG das AVG 1991 anzuwenden.

4.4 Verfahrensparteien

kabelplus ist als Anbieterin von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 TSM-VO Partei dieses Aufsichtsverfahrens, weil sie durch die Vornahme von Zugangssperren zu den im Spruch angeführten Websites eine Verkehrsmanagementmaßnahme iSd Art 3 Abs 3 TSM-VO gesetzt hat und von Seiten der nach Art 5 TSM-VO iVm § 117 Z 17 TKG 2003 für Aufsichtsverfahren zuständigen Regulierungsbehörde geklärt werden musste, ob dieses Verhalten einen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO darstellt.

Elsevier hat kabelplus – gestützt auf § 81 Abs 1a UrhG – abgemahnt und zur Einrichtung von Zugangssperren zu den verfahrensgegenständlichen Websites aufgefordert. Eine Entscheidung über die Zulässigkeit der bereits vorgenommenen Zugangssperren zu den Websites durch den genannten Anbieter von Internetzugangsdiensten und eine damit unter Umständen einhergehende Anordnung von Maßnahmen zur Beseitigung solcher Zugangssperren hätte die Rechtsstellung der genannten Rechteinhaberin berührt. Die Rechteinhaberin ist als von der Entscheidung „Betroffene“ anzusehen (zum Begriff des Betroffenen iSd Art 4 Rahmen-RL siehe EuGH, 22.01.2015, C-282/13; dem folgend VwGH, 18.02.2015, 2015/03/0001) und war daher am gegenständlichen Aufsichtsverfahren gemäß Art 4 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG idF 2009/140/EG iVm § 8 AVG 1991 als (mitbeteiligte) Partei beizuziehen.

4.5 Zu den Bestimmungen der TSM-VO

Mit Art 2 bis 6 TSM-VO wurden unionsweite Regeln zur Wahrung der gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Behandlung des Datenverkehrs bei der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten und damit einhergehender Rechte der Endnutzer geschaffen.

Art 2 Z 1 und 2 TSM-VO definieren einen Anbieter von Internetzugangsdiensten als einen Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation, der Internetzugangsdienste erbringt. Internetzugangsdienste sind wiederum definiert als öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste, die unabhängig von der verwendeten Netztechnologie und den verwendeten Endgeräten Zugang zum Internet und somit Verbindungen zu praktisch allen Abschlusspunkten des Internets bieten.

kabelplus ist unstrittig Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation, bietet Internetzugangsdienste iSd Art 2 Z 2 TSM-VO an und unterliegt somit den Bestimmungen der TSM-VO.

Gemäß Art 2 TSM-VO gelten für die Zwecke der Verordnung die Begriffsbestimmungen des Art 2 RL 2002/21/EG (Rahmen-RL). In dieser finden sich die Definitionen des Nutzers und – als Unterfall desselben – des Endnutzers. Demnach ist ein Endnutzer ein Nutzer, der keine öffentlichen Kommunikationsnetze oder öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienste bereitstellt (Art 2 lit n Rahmen-RL idF 2009/140/EG, umgesetzt in § 3 Z 5 TKG 2003). Ein Nutzer ist eine natürliche oder juristische Person, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst in Anspruch nimmt oder beantragt (Art 2 lit h Rahmen-RL idF 2009/140/EG, umgesetzt in § 3 Z 14 TKG 2003). Somit umfasst der Begriff des Endnutzers iSd TSM-VO Verbraucher und Unternehmer, einschließlich der über das Internet erreichbaren Dienste- und Anwendungsanbieter. Dieses Begriffsverständnis wird auch durch Art 3 Abs 1 TSM-VO gestützt, zumal dort dem Endnutzer – unter anderem – auch das Recht zukommt „[...] *Anwendungen und Dienste zu nutzen und bereitzustellen* [...]“.

Neben dem bereits erwähnten Recht des Endnutzers, Anwendungen und Dienste bereitzustellen, normiert Art 3 Abs 1 TSM-VO auch das Recht der Endnutzer, über seinen Internetzugangsdienst, unabhängig von Standort, Ursprung oder Bestimmungsort der Informationen, Inhalte Anwendungen oder Dienste, Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten, Anwendungen und Dienste sowie Endgeräte seiner Wahl zu nutzen.

Art 3 Abs 1 TSM-VO räumt Endnutzern ein – mit Art 11 GRC inhaltlich vergleichbares – garantiertes Recht auf Zugang zu (legalen) Inhalten im Internet.

Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO verbietet es Anbietern von Internetzugangsdiensten durch Verkehrsmanagementmaßnahmen in den Datenstrom der Endnutzer einzugreifen, die seine Internetzugangsdienste nutzen, um im Datenstrom bestimmte Handlungen vorzunehmen. Sie dürfen (insbesondere) bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste – oder bestimmte Kategorien von diesen – nicht blockieren, verlangsamen, verändern, einschränken, stören, verschlechtern oder diskriminieren. Ausnahmen hiervon sind nur nach den eng auszulegenden Art 3 Abs 3 UAbs 2 u UAbs 3 lit a bis c TSM-VO zulässig.

Die Einrichtung von Zugangssperren zu Websites sind als Sperren von Inhalten durch Art 3 Abs 3 UAbs 3 grundsätzlich untersagt, sofern sie nicht durch eine der drei taxativ aufgezählten Ausnahmen des Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a bis c geboten sind.

Die im gegenständlichen Verfahren relevante Ausnahmebestimmung findet sich in Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TM-VO. Diese lautet auszugweise wie folgt:

„Anbieter von Internetzugangsdiensten wenden keine Verkehrsmanagementmaßnahmen an, die über die Maßnahmen gemäß Unterabsatz 2 hinausgehen; insbesondere dürfen sie nicht bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste — oder bestimmte Kategorien von diesen — blockieren, verlangsamen, verändern, einschränken, stören, verschlechtern oder diskriminieren, außer soweit und solange es erforderlich ist, um

- a) *Gesetzgebungsakten der Union oder mit dem Unionsrecht im Einklang stehenden nationalen Rechtsvorschriften, denen der Internetzugangsanbieter unterliegt, oder mit dem Unionsrecht im Einklang stehenden Maßnahmen zur Umsetzung dieser Gesetzgebungsakte der Union oder dieser nationalen Rechtsvorschriften zu entsprechen, einschließlich Verfügungen von Gerichten oder Behörden, die über die entsprechenden Befugnisse verfügen;“*

Die TSM-VO legt somit fest, dass auch Maßnahmen, wie die Sperre von Inhalten (wie etwa Websites), zulässig sein können, wenn hierfür eine Rechtsgrundlage im Unionsrecht oder nationalen Recht vorhanden ist, die wiederum in Einklang mit Unionsrecht (insbesondere auch der GRC) steht und der der Anbieter von Internetzugangsdiensten unterliegt. Die aufgrund dieser Ausnahmebestimmung ergriffenen Maßnahmen unterliegen dabei aber einer engen Auslegung und einem strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab. So lautet ErwG 11 zur TSM-VO auszugsweise:

„Jede Verkehrsmanagementpraxis, die über solche angemessenen Verkehrsmanagementmaßnahmen hinausgeht indem sie eine Blockierung, Verlangsamung, Veränderung, Beschränkung, Störung, Schädigung oder Diskriminierung je nach spezifischen Inhalten, Anwendungen oder Diensten oder spezifischen Kategorien derselben vornimmt, sollte — vorbehaltlich begründeter und genau festgelegter Ausnahmen nach Maßgabe dieser Verordnung — verboten werden. Diese Ausnahmen sollten einer strengen Auslegung und strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit unterliegen. Bestimmte Inhalte, Anwendungen und Dienste, wie auch bestimmte Kategorien derselben, sollten geschützt werden wegen der negativen Auswirkungen, die eine Blockierung oder andere, nicht unter die begründeten Ausnahmen fallende Beschränkungsmaßnahmen auf die Wahl der Endnutzer und die Innovation haben. [...]“

Die unter Berufung auf eine der Ausnahmebestimmungen des Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO angewandte Verkehrsmanagementmaßnahme muss zur Erreichung des von der Rechtsordnung verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sein und ihre Auswirkungen dürfen die Rechte der Endnutzer nach Art 3 Abs 1 TSM-VO nicht unangemessen einschränken. Die enge Auslegung der Ausnahmebestimmung und die hier vorgesehene Verhältnismäßigkeitsprüfung führen dazu, dass nur die gelindeste Verkehrsmanagementmaßnahme angewandt werden darf.

Hinsichtlich der grundrechtlichen Dimension finden sich insbesondere im ErwG 13 zur TSM-VO Hinweise zur Auslegung dieser Bestimmung:

„Erstens können Situationen entstehen, in denen Internetzugangsanbieter Gesetzgebungsakten der Union oder nationalen Rechtsvorschriften unterliegen, die mit dem Unionsrecht im Einklang stehen (beispielsweise die Rechtmäßigkeit von Inhalten, Anwendungen oder Diensten, oder die öffentliche Sicherheit betreffend), einschließlich strafrechtlicher Vorschriften, die beispielsweise die Blockierung bestimmter Inhalte, Anwendungen oder Dienste vorschreiben. Außerdem können Situationen entstehen, in denen diese Anbieter Maßnahmen, die mit dem Unionsrecht im Einklang stehen, zur Umsetzung oder Anwendung von Gesetzgebungsakten der Union oder nationalen

Rechtsvorschriften unterliegen — wie etwa Maßnahmen mit allgemeiner Geltung, gerichtlichen Anordnungen, Entscheidungen von mit entsprechenden Befugnissen ausgestatteten Behörden — oder anderen Maßnahmen zur Gewährleistung der Einhaltung dieser Gesetzgebungsakte der Union oder nationalen Rechtsvorschriften (beispielsweise Verpflichtungen zur Befolgung gerichtlicher oder behördlicher Anordnungen über die Blockierung unrechtmäßiger Inhalte). Die Anforderung der Einhaltung des Unionsrechts bezieht sich unter anderem auf die Anforderungen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden „die Charta“) in Bezug auf Einschränkungen der Grundrechte und -freiheiten. Gemäß der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates [...] dürfen Maßnahmen, die diese Grundrechte und -freiheiten einschränken können, nur dann auferlegt werden, wenn sie im Rahmen einer demokratischen Gesellschaft angemessen, verhältnismäßig und notwendig sind, und ist ihre Anwendung angemessenen Verfahrensgarantien im Sinne der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten zu unterwerfen, einschließlich des Rechts auf effektiven Rechtsschutz und auf ein faires Verfahren.“

Im Übrigen ergeben sich diese Erfordernisse nicht (nur) aus ErwG 13 – dieser verweist vielmehr auf Grundsätze, die bei der Prüfung von Eingriffen in Grundrechte unionsrechtlich immer vorgegeben sind.

Die von kabelplus vorgenommenen Zugangssperren zu den im Spruch bezeichneten Websites stellen grundsätzlich einen Verstoß gegen Art 3 Abs 1 u 3 TSM-VO dar, sofern sie nicht auf Grundlage einer den Vorgaben der TSM-VO entsprechenden Ausnahmebestimmung iSd Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO zulässigerweise erfolgten.

4.6 Zur Ausnahmebestimmung iSd Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO

Nach § 81 Abs 1a UrhG, der Art 8 Abs 3 Info-RL in nationales Recht umsetzt, können Vermittler auf Unterlassung der Verletzung von Ausschließungsrechten iSd UrhG geklagt werden, wenn sich derjenige, der eine solche Verletzung begangen hat, der Dienste des Vermittlers bedient. Unter den Begriff des Vermittlers sind auch Access-Provider zu subsumieren (OGH 24.06.2014, 4 Ob 71/14s; 19.05.2015, 4 Ob 22/15m). Falls die Voraussetzungen für einen Ausschluss der Verantwortlichkeit nach den §§ 13 bis 17 ECG vorliegen, bedarf die Klagsführung der vorherigen Abmahnung des Vermittlers. Anbieter von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 TSM-VO sind zugleich auch Access-Provider iSd § 13 ECG und somit auch Vermittler iSd § 81 Abs 1a UrhG. kabelplus ist daher als Anbieter von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 TSM-VO sowie als Access-Provider iSd § 13 ECG zugleich auch Vermittler und somit Verpflichtete nach § 81 Abs 1a UrhG, sofern kabelplus von den anspruchsberechtigten Rechteinhabern ordnungsgemäß abgemahnt wurde und es sich bei den zu sperrenden Websites um zumindest strukturell urheberrechtsverletzende Websites handelt. Dies ist der Fall, wenn dort nicht nur in Einzelfällen, sondern systematisch und regelmäßig gegen Ausschließungsrechte iSd UrhG verstoßen wird. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Websitebetreiber zur massenweisen Vermittlung illegaler Werkvervielfältigungen beitragen, indem sie den Nutzern zur leichteren Auffindung gewünschter geschützter Werktitel indizierte BitTorrent-Dateien zur Verfügung stellen (OGH 24.10.2017, 4 Ob 121/17y, hier in Bezug auf Musikvervielfältigungen).

Wie bereits vom OGH festgehalten, ergibt sich aus ErwG 13 TSM-VO, dass (ua) auch urheberrechtliche Sperranordnungen unter die Ausnahmebestimmung des Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO fallen (OGH 24.10.2017, 4 Ob 121/17y). Für eine zulässige Zugangssperre zu Websites muss jedenfalls eine entsprechende Rechtsgrundlage im Unionsrecht oder nationalen Recht vorhanden sein, die wiederum in Einklang mit dem Unionsrecht und insbesondere der GRC steht.

Der EuGH hat bereits ausgesprochen, dass die Voraussetzungen für einen Unterlassungsanspruch des Rechteinhabers gegen den Vermittler nach Art 8 Abs 3 Info-RL und die Erlassung von Sperrverfügungen nach Art 8 Abs 3 Info-RL eine Abwägung verschiedener Grundrechte notwendig machen (EuGH 27.03.2014, C-314/12, *UPC Telekabel Wien / Constantin Film Verleih ua*). Anschließend an die Ausführungen des EuGH hielt der OGH fest, dass im Falle von Ansprüchen nach § 81 Abs 1a UrhG das als geistiges Eigentum geschützte Urheberrecht (Art 17 Abs 2 GRC) der antragstellenden Rechteinhaber sowie deren Recht auf wirksame Rechtsdurchsetzung (Art 47 GRC) mit dem Grundrecht der Internetnutzer und Websitebetreiber sowie der am Verfahren beteiligten Access-Provider auf Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit (Art 11 GRC) und auf unternehmerische Freiheit (Art 16 GRC) abzuwägen ist (OGH 14.10.2017, 4 Ob 121/17y). Die Möglichkeiten der Abwägung von oben angeführten Grundrechten und der Geltendmachung von Ansprüchen durch jene, in deren Grundrecht eingegriffen wird, sieht der OGH in der nationalen Rechtsordnung als gewährleistet an.

Da der Beurteilung von Ansprüchen nach § 81 Abs 1a UrhG die Abwägung der angeführten Grundrechte immanent ist, stellt diese Bestimmung dementsprechend eine Ausnahmebestimmung nach Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO dar. Die TSM-VO steht jedenfalls einer auf Grundlage des § 81 Abs 1a UrhG ergangenen Sperrverfügung nicht entgegen (so auch OGH 14.10.2017, 4 Ob 121/17y).

Die Beurteilung der Zulässigkeit der von kabelplus vorgenommenen Zugangssperren zu den verfahrensgegenständlichen Websites erfordert daher eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob diese Zugangssperren auf Grundlage eines tatsächlichen Anspruchs nach § 81 Abs 1a UrhG und nur im Ausmaß des Notwendigen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgten.

4.7 Zur urheberrechtlichen Vorfrage

Die Frage, ob urheberrechtliche Ansprüche nach § 81 Abs 1a UrhG zu Recht bestehen, stellt gemäß § 81 Abs 1 leg cit iVm den Bestimmungen der Jurisdiktionsnorm (JN) für die ordentlichen Gerichte eine Hauptfrage dar. Im gegenständlichen Verfahren nach Art 5 Abs 1 TSM-VO ist sie hingegen als Vorfrage iSd § 38 AVG zu beurteilen, zumal deren Klärung für den Ausgang des Verfahrens unabdingbar (notwendig [VwGH, 18. 12. 2003, 2001/08/0204]) ist und sie auf der anderen Seite nicht in die Zuständigkeit (VwSlg 13.339 A/1990; VwGH, 21. 11. 2001, 98/08/0419; 18. 6. 2003, 2001/06/0161) der Telekom-Control-Kommission fällt.

In jenen Fällen, in denen über den Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG das zuständige Gericht als Hauptfrage rechtskräftig entschieden hat, ist die Telekom-Control-Kommission innerhalb der Rechtskraftgrenze der Gerichtsentscheidung gebunden (zur Bindung an rk Entscheidungen: VwGH, 30.10.1978, 1668/77; 19.6.1996, 96/03/0121). Somit ist die Entscheidung der zuständigen Behörde der Entscheidung in diesem Verfahren zu Grunde zu legen (VwGH, 19.6.1996, 96/03/0121). Rechtsakte, die eine Bindungswirkung entfalten, sind Urteile (VwGH, 31.8.2004, 2004/21/0182) und Beschlüsse (VwSlg 7250 A/1967; VwGH, 11.4.1984, 81/11/0027; 14.2.1986, 86/17/0022; 17.2.1995, 95/17/0016) der Gerichte (*Hengstschläger/Leeb* [Stand 1.7.2005, rdb.at], AVG § 38 Rz 22 mit Verweis auf *Hengstschläger* in FS Barfuß 77 f; *Walter* in FS Kojas 619 ff, 632 f). Sofern keine die Telekom-Control-Kommission bindende Entscheidung des für den Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG zuständigen Gerichtes gegenüber dem betroffenen Anbieter von Internetzugangsdiensten vorliegt, muss das tatsächliche Bestehen dieses Anspruchs im Rahmen des Verfahrens nach Art 5 TSM-VO als Vorfrage beurteilt werden.

Aufgrund des Vorbringens der Rechteinhaberin (ON 1, ON 9) sowie der Ermittlungen der Regulierungsbehörde (ON 3, ON 4) steht fest, dass es sich bei den Websites unter den Domainnamen *libgen.unblocked.win*, *libgen.unblocked.lc*, *libgen.unblocked.vet*, *libgen.unblocked.la*, *libgen.unblocked.li*, *libgen.unblocked.red*, *libgen.unblocked.tv*, *libgen.unblocked.cat*, *libgen.unblocked.uno*, *libgen.unblocked.ink*, *libgen.unblocked.at*, *libgen.unblocked.pro*, *libgen.unblocked.mx*, *libgen.unblocked.sh*, *libgen.unblocked.gdn*, *libgen.unblocked.pet*, *gen.lib.rus.ec*, *sci-hub.tw*, *sci-hub.se*, *sci-hub.ren*, *sci-hub.shop*, *scihub.unblocked.lc* sowie *scihub.unblocked.vet* um strukturell urheberrechtsverletzende Websites handelt. Auf den Websites wird nicht nur in Einzelfällen, sondern systematisch und regelmäßig gegen Ausschließungsrechte iSd UrhG verstoßen. Es werden Vervielfältigungen der unter Punkt 2 aufgezählten literarischen Werke aus dem Repertoire der Rechteinhaberin ohne deren Zustimmung der Öffentlichkeit in unzulässiger Weise zugänglich gemacht. Auch wird eine Vielzahl an urheberrechtlich geschützten Werken der Literatur, die von zahlreichen anderen Verlagen herausgegeben werden, zur Verfügung gestellt. All dies erfolgt ohne Genehmigung der jeweiligen Rechteinhaber. Die Betreiber der Websites behaupten, die erste „Piratenwebsite“ weltweit zu sein, die massenhaft und öffentlich Zugang zu mehreren Millionen an wissenschaftlichen Werken vermittelt.

kabelplus hatte zu keinem Zeitpunkt Zugangssperren im Sinne einer Verkehrsmanagementmaßnahme zur Website unter dem Domainnamen *sci-hub.be* eingerichtet. Daher konnte hier eine Auseinandersetzung mit den Fragen nach der Erreichbarkeit und dem Inhalt dieser Website unterbleiben.

Abschließend sei festgehalten, dass sich im Zeitraum seit der Einrichtung der jeweiligen Zugangssperren zu den im Spruch aufgezählten Websites keine Endnutzer gegen diese Maßnahmen bei kabelplus oder der Rechteinhaberin beschwert haben. Dies gilt für Vertragskunden von kabelplus genauso wie für die Websitebetreiber selber oder sonstige Anbieter von Inhalten oder Anwendungen (Content-Anbieter). Auch der Regulierungsbehörde liegen dazu keine Beschwerden vor.

4.8 Zur Verfahrenseinstellung

Die von kabelplus unterlassene Vermittlung durch Einrichtung von Zugangssperren zu den Websites unter den Domainnamen *libgen.unblocked.win*, *libgen.unblocked.lc*, *libgen.unblocked.vet*, *libgen.unblocked.la*, *libgen.unblocked.li*, *libgen.unblocked.red*, *libgen.unblocked.tv*, *libgen.unblocked.cat*, *libgen.unblocked.uno*, *libgen.unblocked.ink*, *libgen.unblocked.at*, *libgen.unblocked.pro*, *libgen.unblocked.mx*, *libgen.unblocked.sh*, *libgen.unblocked.gdn*, *libgen.unblocked.pet*, *gen.lib.rus.ec*, *sci-hub.tw*, *sci-hub.se*, *sci-hub.ren*, *sci-hub.shop*, *scihub.unblocked.lc* sowie *scihub.unblocked.vet* diente der Entsprechung von zu Recht bestehenden Ansprüchen der Rechteinhaberin Elsevier nach § 81 Abs 1a UrhG. Die ergriffenen Verkehrsmanagementmaßnahmen erfolgten im Ausmaß des Notwendigen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch Einrichtung von DNS-Sperren.

Insgesamt stellen die von kabelplus ergriffenen Verkehrsmanagementmaßnahmen aufgrund von Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO keinen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO dar. Daher war spruchgemäß zu entscheiden und das Aufsichtsverfahren nach Art 5 TSM-VO gegenüber kabelplus einzustellen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 387/2014 idgF). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 16. März 2020

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus Schaller
Der Vorsitzende