

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Susanne Lehr als Vorsitzende sowie durch Mag. DI Georg Donaubauer und Univ.-Prof. DI Dr. Christoph Mecklenbräuer als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 07.08.2023 im amtswegig eingeleiteten Verfahren zu R 16/22 beschlossen:

I. Spruch

I. Es wird festgestellt, dass die von next layer Telekommunikationsdienstleistungs- und Beratungs GmbH, Mariahilfer Gürtel 37/7, 1150 Wien, FN 257486g („next layer“), vorgenommenen DNS-Zugangssperren zu den Domains

- „burningseries.co“,
- „burningseries.tw“,
- „burningseries.sx“,
- „burningseries.ac“,
- „burningseries.vc“,
- „serienstream.to“,
- „ffmovies.biz“,
- „fmovies.coffee“,
- „fmovies.kim“,
- „fmovies.media“,
- „fmovies.ps“,
- „fmovies.taxi“,
- „fmovies.to“,
- „fmovies.town“,
- „fmovies.world“,
- „fmovies.wtf“,
- „fmovies2.cx“,
- „fmovies.cafe“,
- „fmovies.pub“,
- „fmovies.mom“,
- „fmoviesto.cc“,
- „fmovies.hn“,
- „fmovies.solar“,
- „fmovies.ink“,
- „fmoviesf.co“ und
- „seasonvar.ru“

keinen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 VO (EU) 2015/2120 darstellen.

II. Es wird festgestellt, dass die von next layer vorgenommenen und inzwischen aufgehobenen DNS-Zugangssperren zu den Domains

- „burningseries.se“ im Zeitraum von 26.08.2022 bis 10.12.2022,
- „burningseries.nz“ im Zeitraum von 26.08.2022 bis 10.12.2022,
- „serien.cam“ im Zeitraum von 26.08.2022 bis 26.01.2023 und
- „ww2.fmovies.cab“ im Zeitraum von 26.08.2022 bis 22.02.2023

keinen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 VO (EU) 2015/2120 darstellten.

III. Es wird festgestellt, dass die von next layer am 26.08.2022 eingerichtete und nach wie vor bestehende IP-Zugangssperre zur IP-Adresse 190.115.18.20 einen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 VO (EU) 2015/2120 darstellt.

IV. Gemäß Art 5 Abs 1 VO (EU) 2015/2120 werden next layer aufgrund des in Spruchpunkt III festgestellten Verstoßes zur Sicherstellung der Einhaltung des Art 3 leg cit folgende notwendigen und geeigneten Maßnahmen vorgeschrieben:

next layer hat die in Spruchpunkt III beschriebene IP-Zugangssperre binnen einer Frist von zwei Wochen ab Bescheidzustellung aufzuheben. next layer hat der Regulierungsbehörde nach Umsetzung dieser Maßnahme umgehend darüber zu berichten.

V. Hinsichtlich der in den Spruchpunkten I und II angeführten DNS-Zugangssperren wird das Verfahren nach Art 5 VO (EU) 2015/2120 mangels Verstoßes gegen Art 3 Abs 3 VO (EU) 2015/2120 eingestellt.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 26.08.2022 teilte Next Layer Telekommunikationsdienstleistungs- und Beratungs GmbH (im Folgenden: „next layer“) der Regulierungsbehörde mit, dass sie den Zugang zur in Spruchpunkt III genannten IP-Adresse aufgrund einer Abmahnung der behaupteten Rechteinhaberin SATEL Film GmbH (im Folgenden: „SATEL“) nach § 81 Abs 1a UrhG mittels IP-Sperre eingeschränkt habe (ON 1). Mit Schreiben vom 29.08.2022 teilte next layer der Regulierungsbehörde mit, dass sie den Zugang zu den Streaming-Link-Portalen

(1.) „burning series“ unter den Domains

- „burningseries.co“,
- „burningseries.tw“,
- „burningseries.sx“,
- „burningseries.ac“,
- „burningseries.vc“,
- „burningseries.se“
- „burningseries.nz“ und

(2.) „FMOVIES“ unter den Domains

- „ffmovies.biz“,
- „fmovies.coffee“,
- „fmovies.kim“,
- „fmovies.media“,
- „fmovies.ps“,
- „fmovies.taxi“,
- „fmovies.to“,
- „fmovies.town“,
- „fmovies.world“,
- „fmovies.wtf“,
- „fmovies2.cx“,
- „fmovies.cafe“,
- „fmovies.pub“,
- „fmovies.mom“,
- „fmoviesto.cc“,
- „fmovies.hn“,
- „fmovies.solar“,
- „fmovies.ink“,
- „fmoviesf.co“,
- „ww2.fmovies.cab und

(3.) „SEASONVAR“ unter der Domain „seasonvar.ru“ sowie

(4.) „Serienstream – S.TO“ unter den Domains

- „serien.cam“ und
- „serienstream.to“

ebenfalls aufgrund einer Abmahnung der SATEL nach § 81 Abs 1a UrhG mittels DNS-Sperre eingeschränkt habe (ON 2).

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 12.09.2022 wurde ein Verfahren gemäß Art 5 Abs 1 VO (EU) 2015/2120 („TSM-VO“) gegenüber next layer amtswegig eingeleitet (ON 3). Gegenstand des Verfahrens war die Überprüfung der von next layer aufgrund behaupteter Unterlassungsansprüche nach § 81 Abs 1a UrhG vorgenommenen DNS-Zugangssperren zu den

oben genannten Domains sowie der IP-Zugangssperre zur oben genannten IP-Adresse auf ihre Vereinbarkeit mit Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO.

Mit Schreiben vom 13.09.2022 (ON 4) wurde next layer über die Einleitung des Verfahrens informiert und aufgefordert, das Vorbringen vom 29.08.2022 (ON 2) um weitere, zur Beurteilung der Zulässigkeit der ergriffenen Zugangssperren erforderliche, Sachverhaltselemente zu ergänzen. Dieser Aufforderung kam next layer mit Schreiben vom 17.10.2022 (ON 10) nach.

Aufgrund der Ausführungen der next layer in ihren Schreiben vom 26.08.2022 und 29.08.2022 (ON 1, ON 2) war absehbar, dass auch der behaupteten Rechteinhaberin SATEL Parteistellung im gegenständlichen Verfahren einzuräumen war. Daher wurde diese über ihre Parteistellung informiert und zur Stellungnahme aufgefordert (ON 5).

Mit Schreiben vom 30.09.2022 nahm SATEL zum Sachverhalt Stellung (ON 6) und führte zusammengefasst aus, dass die von next layer ergriffenen DNS-Zugangssperren zu den gegenständlichen Websites und auch die IP-Zugangssperre zur gegenständlichen IP-Adresse zulässig seien, weil es sich bei den Websites um strukturell urheberrechtsverletzende Portale im Sinne der höchstgerichtlichen Rechtsprechung handle. Des Weiteren hielt sie fest, dass sie dem Anbieter von Internetzugangsdiensten eine konkrete Sperrart – etwa DNS- bzw IP-Sperre – nicht vorgeschrieben habe, zumal diese Entscheidung dem Anbieter obliege. Es wurde lediglich darauf hingewiesen, dass sich in der Praxis eine Kombination aus DNS- und IP-Sperren als wirksam erwiesen habe. Zur von der behaupteten Rechteinhaberin im Abmahnschreiben an den Anbieter von Internetzugangsdiensten gesetzten Frist merkte SATEL an, dass keiner der abgemahnten Anbieter um Fristerstreckung ersucht oder über die technische Implementierung gesprochen hätte. Der abgemahnte Anbieter habe ihr lediglich von der Prüfung und anschließenden Durchführung der Zugangssperren berichtet. Abschließend stellte sie den Antrag, das Verfahren einzustellen, in eventu festzustellen, dass die von next layer getroffenen Verkehrsmanagementmaßnahmen rechtskonform seien, und sodann das Verfahren einzustellen.

Mit Schreiben vom 25.10.2022 (ON 12, ON 13), vom 07.11.2022 (ON 17, ON 18) und vom 07.12.2022 (ON 23, ON 24) unterrichtete die Regulierungsbehörde die Verfahrensparteien über die Ergebnisse (ON 9, ON 15) des bis dahin erfolgten Ermittlungsverfahrens:

Unter den Domainnamen

- „burningseries.co“,
- „burningseries.tw“,
- „burningseries.sx“,
- „burningseries.ac“ und
- „burningseries.vc“

war weiterhin das Streaming-Link-Portal „burning series“ abrufbar und letzteres schien eine strukturell rechtsverletzende Website zu sein, auf der zahlreiche urheberrechtlich geschützte Werke ohne Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers der Internetöffentlichkeit zur Verfügung gestellt würden.

Unter den Domainnamen

- „burningseries.se“ und
- „burningseries.nz“

war kein relevanter Websiteinhalt abrufbar.

Unter den Domainnamen

- „ffmovies.biz“,
- „fmovies.coffee“,
- „fmovies.kim“,
- „fmovies.media“,
- „fmovies.ps“,
- „fmovies.taxi“,
- „fmovies.to“,
- „fmovies.town“,
- „fmovies.world“,
- „fmovies.wtf“,
- „fmovies2.cx“,
- „fmovies.cafe“,
- „fmovies.pub“,
- „fmovies.mom“,
- „fmoviesto.cc“,
- „fmovies.hn“,
- „fmovies.solar“,
- „fmovies.ink“,
- „fmoviesf.co“ und
- „ww2.fmovies.cab“

war weiterhin das Streaming-Link-Portal „FMOVIES“ abrufbar und letzteres schien eine strukturell rechtsverletzende Website zu sein, auf der zahlreiche urheberrechtlich geschützte Werke ohne Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers der Internetöffentlichkeit zur Verfügung gestellt würden.

Unter dem Domainnamen „seasonvar.ru“ war weiterhin das Streaming-Link-Portal „SEASONVAR“ abrufbar und auch dieses Portal schien eine strukturell rechtsverletzende Website zu sein, auf der zahlreiche urheberrechtlich geschützte Werke ohne Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers der Internetöffentlichkeit zur Verfügung gestellt würden.

Unter dem Domainnamen „serien.cam“ war bis auf den Hinweis, dass die Domain kürzlich beim Domainnamenverwalter „namecheap“ registriert worden war, kein relevanter Websiteinhalt abrufbar.

Unter dem Domainnamen „serienstream.to“ war weiterhin das Streaming-Link-Portal „Serienstream – S.TO“ abrufbar und auch dieses Portal schien eine strukturell rechtsverletzende Website zu sein, auf der zahlreiche urheberrechtlich geschützte Werke ohne Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers der Internetöffentlichkeit zur Verfügung gestellt würden.

Unter der IP-Adresse 190.115.18.20 war ua das Streaming-Link-Portal „Serienstream – S.TO“ abrufbar. Zeitweise wurde die genannte IP-Adresse – wie im Aktenvermerk ON 9 ausgeführt – auch für andere Domains, nämlich „internet-lexikon.biz“ sowie „tradinginsight.ai“ verwendet.

Mit Schreiben vom 25.11.2022 (ON 21) erstatte die behauptete Rechteinhaberin SATEL eine Stellungnahme, in der sie ihr Vorbringen vom 30.09.2022 inhaltlich bekräftigte und festhielt, dass next layer ihrem Schreiben (ON 1, ON 2, ON 10) nach zu urteilen nicht davon ausgegangen sei, dass next layer die Art der Zugangssperre vorgeschrieben worden sei und dass die Möglichkeit des

Downloads zahlloser Filme, wie next layer geschrieben habe, evident gewesen sei. Die IP-Adresse 190.115.18.20 werde – unverändert – nicht für andere Domains als „serienstreams.to“ genutzt.

Mit Schreiben vom 10.12.2022 (ON 25) erklärte next layer, dass die Sperre der Domains „burningseries.se“ und „burningseries.nz“ aufgehoben worden sei.

Mit Schreiben vom 21.12.2022 (ON 26) brachte SATEL im Wesentlichen (erneut) vor, dass die Auswahl der Sperrmethoden in den Verantwortungsbereich der Zugangsvermittler falle und bekräftigte ihren Standpunkt, wonach es seit 16.08.2022 keine Hinweise auf ein potenzielles, netzneutralitätsrechtlich relevantes „Overblocking“ von Inhalten durch die Sperre der IP-Adresse 190.115.18.20 gebe. Zudem erklärte SATEL, mit einer Aufhebung der ihrer Ansicht nach ursprünglich adäquat gewesenen Zugangssperre zur Domain „serien.cam“ durch die von ihr abgemahnten Anbieter von Internetzugangsdiensten einverstanden zu sein.

Mit Schreiben vom 10.01.2023 (ON 29, ON 30) unterrichtete die Regulierungsbehörde die Verfahrensparteien über die weiteren Ergebnisse (ON 27) des bis dahin erfolgten Ermittlungsverfahrens. Das Portal „FMOVIES“ war unter dem Domainnamen „ww2.fmovies.cab“ nicht mehr abrufbar.

Mit Schreiben vom 25.01.2023 (ON 32) bekräftigte SATEL im Wesentlichen ihr bisher erstattetes Vorbringen und erklärte darüber hinaus, mit einer Aufhebung der ihrer Ansicht nach ursprünglich adäquat gewesenen DNS-Zugangssperre zur Domain „ww2.fmovies.cab“ einverstanden zu sein.

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 02.02.2023 (ON 33) wurde Dipl.-Ing. Thomas Schreiber, LL.M. (WU) zum Amtssachverständigen im gegenständlichen Verfahren bestellt und mit der Erstellung eines technischen Gutachtens zu den Auswirkungen, der Effektivität bzw den Umgehungsmöglichkeiten der Sperre der IP-Adresse 190.115.18.20 sowie Ermittlungen zum Inhaber dieser IP-Adresse beauftragt. Die Verfahrensparteien wurden mit Schreiben vom 03.02.2023 (ON 34, ON 35) darüber verständigt.

Mit Schreiben vom 21.02.2023 (ON 43) verständigte next layer die Regulierungsbehörde von der Aufhebung der DNS-Zugangssperren zu den Domains „serien.cam“ mit 26.01.2023 sowie „ww2.fmovies.cab“ mit 22.02.2023.

Mit Schreiben vom 28.02.2023 (ON 44) hielt SATEL erneut fest, dass nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung Anbieter von Internetzugangsdiensten aufgrund des von ihnen betriebenen Geschäftsmodells technisch und ressourcenmäßig für die mit Netzsperrmaßnahmen verbundenen Aufwände und Risiken gerüstet zu sein hätten.

Mit Schreiben vom 18.04.2023 (ON 47, ON 48) unterrichtete die Regulierungsbehörde die Verfahrensparteien über die weiteren Ergebnisse (ON 45a) des bis dahin erfolgten Ermittlungsverfahrens. Das technische Gutachten des Amtssachverständigen Dipl.-Ing. Thomas Schreiber, LL.M. (WU) vom 13.04.2023 ergab zusammengefasst, dass es aus technischer Sicht bei der Umsetzung einer IP-Sperre durch einen Internetzugangsanbieter stets zu einem „Overblocking“ kommen kann, da eine vollständige Ermittlung aller von einer Sperre umfassten Inhalte technisch unmöglich ist, für Anbieter von Internetzugangsdiensten ebenso wie für die Regulierungsbehörde und alle anderen Stellen bzw Personen. Die IP-Adresse 190.115.18.20 ist laut Gutachten dem Hosting-Dienst bzw Content Delivery Network „DDoS-Guard“ zugewiesen. DDoS-Guard bzw dessen

Kunde kann aus technischer Sicht den unter dieser IP-Adresse abrufbaren Inhalt bestimmen/verändern/steuern. Unter der IP-Adresse 190.115.18.20 konnten im Gutachtenszeitraum eine sich als „s.to“ bezeichnende Videostreaming-Plattform sowie zeitweise eine unter der Domain „tradinginsight.ai“ verfügbare Website zu Kryptowährungen abgerufen werden. Zudem verweist die Domain „internet-lexikon.biz“ auf die genannte IP-Adresse, leitet aber auf die sich als „s.to“ bezeichnende Website um. Aus dem Gutachten geht zudem hervor, dass auch Endnutzer ohne ausgeprägtes IT-Wissen über mehrere Möglichkeiten der Umgehung von IP-Zugangssperren (zB den Einsatz eines VPN-Dienstes) verfügen.

Mit Schreiben vom 22.06.2023 (ON 52) erstatte SATEL eine Stellungnahme zum oben erwähnten technischen Gutachten und übermittelte der Regulierungsbehörde hierzu ein Privatgutachten eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen sowie sieben weitere Beilagen mit diversen internationalen Studienergebnissen und einer EU-Kommissions-Empfehlung („Commission Recommendation“) vom 04.05.2023 betreffend die Bekämpfung von Online-Piraterie bei Sport- und anderen Live-Veranstaltungen.

In der genannten Stellungnahme bringt SATEL vor, die Sperre der gegenständlichen IP-Adresse sei verhältnismäßig und deren Konformität mit Art 3 Abs 3 TSM-VO jedenfalls zu bestätigen, zumal die Frage, ob eine Umgehung der Zugangssperre durch Endnutzer bzw Websitebetreiber theoretisch und praktisch möglich ist, irrelevant sei. Unter den Domains „tradinginsight.ai“ sowie „internet-lexikon.biz“ (welche unter der gegenständlichen IP-Adresse abrufbar gewesen sind, Anm) seien keine relevanten Inhalte abrufbar, sodass kein „Overblocking“-Risiko bestehe. Das Gutachten behandle zum Großteil allgemeine Fragestellungen, welche nicht in den Zuständigkeitsbereich der TKK in Sachen Netzneutralität (§ 198 Z 23 TKG 2021) fielen. Die TKK hätte nur Fragestellungen iZm der verfahrensgegenständlichen IP-Adresse, nicht aber iZm IP-Adressen bzw -sperren allgemein thematisieren dürfen.

Das Gutachten (Pkt 3.b. - 3.c.) lasse etwa außer Acht, dass keine Beweise

- für einen Wechsel der IP-Adresse durch den Inhaber der Domain „s.to“ in den letzten Jahren,
- für das Vorliegen einer Dual-Stack-Erreichbarkeit sowie
- für konkrete Umgehungen der verfahrensgegenständlichen IP-Zugangssperre durch Endnutzer

vorlägen.

Das die Effektivität der Zugangsunterbindung erhöhende Zusammenwirken von DNS- und IP-Zugangssperre sei ebenfalls außer Acht gelassen worden. Die OGH-Rechtsprechung (zB der Beschluss zu 4 Ob 71/14s), nach der kaum eine Verhältnismäßigkeitsabwägung erforderlich sei, wenn auf einer Webseite nur oder nahezu ausschließlich urheberrechtlich geschützte Werke zur Verfügung gestellt würden, sei auf den gegenständlichen Sachverhalt übertragbar, da die unter der IP-Adresse 190.115.18.20 abrufbaren Domains urheberrechtsverletzende Inhalte verschleiern bzw den Endnutzer mittels Forwarding-Funktion zu solchen Inhalten hinleiten.

Der von SATEL beauftragte Sachverständige für Softwaretechnik & Programmierung kommt in seinem Gutachten zum Ergebnis, dass zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung unter der IP-Adresse 190.115.18.20 mit hoher Wahrscheinlichkeit keine anderen Inhalte als das Streaming-Link-Portal „s.to“ abrufbar gewesen seien. Die „Overblocking“-Gefahr der gegenständlichen IP-Sperre

sei sohin zu jenem Zeitpunkt äußerst gering gewesen, ein 100-prozentiger Ausschluss sei hier aber nicht möglich, da eine externe Überprüfung bzw abschließende Aufzählung aller unter einer IP-Adresse bereitgestellten bzw bereitgestellt gewesenen Webseiten sowie Services technisch unmöglich sei (Seite 23 und 36 des vorgelegten Privatgutachtens).

2 Festgestellter Sachverhalt

next layer ist Inhaberin einer Allgemeingenehmigung nach § 6 TKG 2021. Sie betreibt ein Kommunikationsnetz und erbringt Kommunikationsdienste, einschließlich Internetzugangsdienste.

2.1 Zu den DNS-Zugangssperren

next layer beschränkt seit 26.08.2022 den Zugang ihrer Vertragskunden zu den Streaming-Link-Portalen

(1.) „burning series“ unter den Domains

- „burningseries.co“,
- „burningseries.tw“,
- „burningseries.sx“,
- „burningseries.ac“,
- „burningseries.vc“ und

(2.) „FMOVIES“ unter den Domains

- „ffmovies.biz“,
- „fmovies.coffee“,
- „fmovies.kim“,
- „fmovies.media“,
- „fmovies.ps“,
- „fmovies.taxi“,
- „fmovies.to“,
- „fmovies.town“,
- „fmovies.world“,
- „fmovies.wtf“,
- „fmovies2.cx“,
- „fmovies.cafe“,
- „fmovies.pub“,
- „fmovies.mom“,
- „fmoviesto.cc“,
- „fmovies.hn“,
- „fmovies.solar“,
- „fmovies.ink“,
- „fmoviesf.co“ und

(3.) „SEASONVAR“ unter der Domain „seasonvar.ru“ sowie

(4.) „Serienstream – S.TO“ unter der Domain „serienstream.to“.

next layer beschränkte darüber hinaus vom 26.08.2022 bis zum 10.12.2022 den Zugang ihrer Vertragskunden zu den Domains „burningseries.se“ und „burningseries.nz“.

next layer beschränkte zudem vom 26.08.2022 bis zum 26.01.2023 den Zugang ihrer Vertragskunden zur Domain „serien.cam“.

next layer beschränkte zudem vom 26.08.2023 bis zum 22.02.2023 den Zugang ihrer Vertragskunden zur Domain „ww2.fmovies.cab“.

Als Beschränkungsmaßnahme hat next layer DNS-Sperren zu all den vorstehend genannten Domains eingerichtet. DNS-Sperren sind in der Regel weniger eingriffsintensiv als IP-Sperren oder sonstige dem Anbieter von Internetzugangsdiensten zur Verfügung stehende Maßnahmen zur Beschränkung des Zugangs seiner Kunden zu Online-Inhalten. IP-Sperren können zur unbeabsichtigten und ungewollten Unterbindung des Zugangs zu rechtmäßigen Inhalten führen.

Die Websites „burning series“, „FMOVIES“, „SEASONVAR“ und „Serienstream – S.TO“ präsentieren sich in etwa entsprechend jenen Screenshots, die von der Rechteinhaberin SATEL dem Anbieter von Internetzugangsdiensten als Teil der Abmahnung zur Verfügung gestellt wurden. Auf den genannten Websites werden zahlreiche urheberrechtlich geschützte Filmwerke ohne Zustimmung der jeweiligen Rechteinhaber gehostet und öffentlich abrufbar gehalten. Sie wären ohne Netzsperrungen durch Anbieter von Internetzugangsdiensten für Internetnutzer in Österreich (einfacher) abrufbar.

Die Filmwerke der ersten Staffel der Fernsehserie „Freud“ - etwa die Folgen 1 und 8 („Hysterie“ und „Verdrängung“) - werden auf den vorstehend genannten Websites zum kostenlosen On-Demand-Streaming sowie zum kostenlosen Download zur Verfügung gestellt. SATEL ist Koproduzentin dieses Filmwerks.

Auf den genannten Websites wird Pay-Per-Click/View-Werbung ua für Online-Gewinnspiele, Online-Wetten und Sexdates angeboten. Vor dem Abspielen des jeweiligen Films müssen die Websitebesucher ein Werbe-Pop-Up-Fenster anklicken. Die Websites verfügen über kein Impressum. Die Streaming-Link-Portale stehen der gesamten Internetöffentlichkeit offen.

Weder next layer noch die Rechteinhaberin SATEL brachten vor, dass sich Vertragskunden der next layer bei ihnen beschwert hätten, dass durch die gesetzten DNS-Sperren Inhalte nicht mehr abrufbar seien. Die Websitebetreiber der von den DNS-Sperren 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 insbesondere deren DNS-Sperren beziehen. Auch ist kein Endnutzer mit einem solchen Anliegen an die Regulierungsbehörde herangetreten.

2.2 Zur IP-Zugangssperre

Seit 26.08.2022 beschränkt next layer den Zugang ihrer Vertragskunden zur IP-Adresse 190.115.18.20. Bei Aufruf der IP-Adresse 190.115.18.20 gelangt man – vorausgesetzt, die gegenständliche IP-Zugangssperre wird umgangen bzw ist beim verwendeten Internetzugangsdienst nicht eingerichtet – auf Inhalte des weiter oben unter Punkt 2.1 genannten Streaming-Link-Portals „Serienstream – S.TO“. Die Domain „s.to“ selbst verweist allerdings auf eine andere IP-Adresse, konkret 186.2.163.237. Die unter 190.115.18.20 abrufbaren Websiteinhalte des Streamingportals „Serienstream – S.TO“ entsprechen jenen unter der voranstehend gelisteten Domain „serienstream.to“.

Die Website „Serienstream – S.TO“ unter der IP-Adresse 190.115.18.20 präsentiert sich in etwa entsprechend jenen Screenshots, die von der Rechteinhaberin SATEL dem Anbieter von Internetzugangsdiensten als Teil der Abmahnung zur Verfügung gestellt wurden. Auf der genannten Website werden zahlreiche urheberrechtlich geschützte Filmwerke ohne Zustimmung der jeweiligen Rechteinhaber gehostet und öffentlich abrufbar gehalten.



Die Filmwerke der ersten Staffel der Fernsehserie „Freud“ - etwa die Folgen 1 und 8 („Hysterie“ und „Verdrängung“) - werden auf der genannten Website zum kostenlosen On-Demand-Streaming sowie zum kostenlosen Download zur Verfügung gestellt. SATEL ist Koproduzentin dieses Filmwerks.

Auf der genannten Website wird Pay-Per-Click/View-Werbung ua für Online-Gewinnspiele, Online-Wetten und Sexdates angeboten. Vor dem Abspielen des jeweiligen Films müssen die Websitebesucher ein Werbe-Pop-Up-Fenster anklicken. Die Websites verfügen über kein Impressum. Die Streaming-Link-Portale stehen der gesamten Internetöffentlichkeit offen.

Die genannte IP-Adresse 190.115.18.20 ist dem Hosting-Dienst bzw Content Delivery Network „DDoS-Guard“ zugewiesen. Ausschließlich DDoS-Guard bzw dessen Kunde kann aus technischer Sicht den unter dieser IP-Adresse abrufbaren Inhalt bestimmen, steuern und verändern. DDoS-Guard als Hosting-Provider wurde von SATEL nicht zur Entfernung der gegenständlichen Inhalte aufgefordert. Stichprobenweise abrufbare Videos des unter der IP-Adresse 190.115.18.20 abrufbaren Streamingportals „Serienstream – S.TO“ werden nicht direkt von der gegenständlichen IP-Adresse, sondern mithilfe der Dienste unterschiedlicher Video-Streaming-Anbieter unter Einsatz sogenannter „iFrames“ (siehe ON 45a, Seite 15) von anderen IP-Adressen bereitgestellt, wobei der Videostream aus Endnutzerperspektive als Bestandteil des Streamingportals „s.to“ dargestellt wird.

Unter der IP-Adresse 190.115.18.20 konnte zumindest im Zeitraum vom 17.02.2023 bis zum 13.04.2023 zudem eine unter der Domain „tradinginsight.ai“ verfügbare Website zu Kryptowährungen abgerufen werden. Zudem verweist die Domain „internet-lexikon.biz“ auf die genannte IP-Adresse, leitet den Abfragenden aber auf die sich als „s.to“ bezeichnende Website um.

Historisch wurden zusätzlich folgende Services mit Bezug zu Finanzprodukten angeboten: „benefit-finance.com“, „ico-capital.io“, „tradinginsight.ai“, „trump-tower.biz“, „wannapay.me“. Eine abschließende Ermittlung aller unter der IP-Adresse 190.115.18.20 verfügbaren Domains und Inhalte ist aus technischer Sicht nicht möglich.

Es ist aus technischer Sicht festzustellen, dass zwischen IP-Adresse und einer Domain in keiner Richtung hin eine eindeutige Beziehung besteht. Begründet ist dies darin, dass IP-Adresse und Domain jeweils Ausgestaltungen unterschiedlicher Komponenten des World Wide Web sind. Weder ist es technisch notwendig, dass eine Domain genau einer IP-Adresse zugeordnet ist, noch ist es technisch notwendig, dass eine IP-Adresse genau zum Hosting einer einzelnen Domain verwendet wird. In der Praxis ist die Zuordnung einer einzelnen Domain zu mehreren IP-Adressen durchaus üblich. Gängig eingesetzte Server-Software erlaubt es, unter einer einzigen IP-Adresse eine praktisch unlimitierte Anzahl von verschiedenen Domains anzubieten. Diese Domains müssen auch in keinem Zusammenhang zueinander stehen – es gibt keine technischen Einschränkungen an die Art der Domains, die durch denselben Server bzw dieselbe IP-Adresse bedient werden können. Inhalte im Internet sind dynamisch, angebotene Inhalte unter einzelnen Domains können sich im Zeitverlauf ändern, die unter einer IP-Adresse abrufbaren Inhalte ebenfalls. Aufgrund der weltweiten Knappheit von IPv4-Adressen gibt es auf IP-Adresshandel spezialisierte Marktplätze, es kommt deshalb zu häufigen Wechseln der Inhaber von IPv4-Adressen.

Für einen Dritten, wie insbesondere einen Anbieter von Internetzugangsdiensten, die Regulierungsbehörde, ein Gericht oder einen bestellten technischen Sachverständigen ist es weder möglich, alle einer Domain zugeordneten IP-Adressen zu ermitteln, noch alle unter einer IP-Adresse

hinterlegten Domains abzurufen. Eine heuristische Auflistung von abrufbaren Inhalten bieten darauf spezialisierte kostenlose und kostenpflichtige Webdienste, die in regelmäßigen Abständen das Internet durchsuchen und aufgefundene Domains zu den verbundenen IP-Adressen auflösen und diese Zuordnung speichern. Basierend auf dieser Methodik werden nur Domains abgebildet, die im Zuge eines Crawlings aufgefunden werden, was insbesondere hinsichtlich neuer Domains und wenig verbreiteten bzw verlinkten Websites nur unvollständige Ergebnisse erzielt.

Domains und IP-Adressen sind die auf verschiedenen Ebenen des OSI-Modells („Open System Interconnection“, Offenes System für Kommunikationsverbindungen) eingesetzten Adressierungselemente. Im Internet wird in der Interaktion mit Endnutzern mit Domains gearbeitet – die Tatsache, dass im Hintergrund auf technischer Ebene IP-Adressen verwendet werden, ist für den Großteil der Internetnutzer ein rein technisches Detail, das idR nicht wahrgenommen wird. Da nur die Domain das wesentliche Merkmal eines Dienstes ist, kommt der konkreten IP-Adresse in der Praxis für Endnutzer keine wesentliche Bedeutung zu.

Hinsichtlich der Effektivität einer Sperre bestehen mithilfe sogenannter VPN-Dienste, des „Tor“-Browsers sowie des Einsatzes eines HTTP-Proxy-Servers für Endnutzer jedenfalls drei verschiedene Möglichkeiten, die gegenständliche IP-Zugangssperre zu umgehen (siehe ON 45a, S. 38-41). Im Wesentlichen wird beim Einsatz dieser Dienste der Datenverkehr zwischen dem Endgerät des Endnutzers und dem vom Betreiber des Streaming-Link-Portals benützten Server über den Server bzw das Netzwerk eines Drittanbieters (zB des VPN-Anbieters) umgeleitet. Die Installation und das Verwenden dieser Dienste (zB „Apple Private Relay“) kann auch durch Personen, die nicht in einem IT-Beruf tätig sind oder im Rahmen einer Ausbildung einschlägige Fachkenntnisse erworben haben, erfolgen.

Für die Umgehung einer DNS-Sperre genügt zwar iaR die Änderung des DNS-Resolvers auf einen alternativen Resolver und sind vom Endnutzer daher im Regelfall keine über das für die Internetnutzung zu entrichtende Nutzungsentgelt hinausgehenden Entgelte zu zahlen. Allerdings sind beide Arten von Zugangssperren von Personen ohne IT-relevante Ausbildung und ohne besondere Schwierigkeiten überwindbar, sofern sie ein entsprechendes Interesse an der Umgehung haben.

Seitens eines Diensteanbieters, dessen IP-Adresse einer IP-Sperre unterliegt, ist es einfach möglich, diese Sperre durch einen Wechsel der IP-Adresse zu umgehen. Für Endnutzer, die dessen Dienst über eine Domain abrufen, ist der Wechsel der dahinterliegenden IP-Adresse nicht zu bemerken. Es gibt kein technisches Limit in der Anzahl der möglichen Wechsel der IP-Adresse. Die Zurverfügungstellung der gleichen Websiteinhalte unter alternativen Adressierungselementen im Fall eingerichteter und bekannter Sperren ist üblich.

Technisch wird eine IP-Sperre so umgesetzt, dass IP-Pakete, die die zu sperrende IP-Adresse als Zieladresse besitzen, vom Anbieter nicht weitergeleitet, sondern verworfen werden. Es kann deshalb keine Kommunikation mit der gesperrten Ziel-IP-Adresse aufgebaut werden.

Für Endnutzer des sperrenden Anbieters bedeutet das, dass die gesperrte IP-Adresse für sie nicht mehr erreichbar ist. Auf Endnutzer anderer Anbieter hat die Sperre der IP-Adresse keine Auswirkung.

Im Falle von DNS-Sperren werden Endnutzer bei einem Aufruf der gesperrten Domains idR auf eine Seite des sperrenden Anbieters weitergeleitet, auf der über die Einrichtung der Sperre und deren Grund informiert wird. Im Falle von IP-Sperren wird ein Aufbau der IP-Verbindung zur gesperrten IP-Zieladresse schlicht unterbunden, dh es kommt an dieser Stelle zu keiner Information der Endnutzer über das Bestehen der IP-Sperre.

Auch für die Inhaber der gesperrten IP-Adresse ist die ergriffene Sperre im Zweifel nicht erkennbar – die Seite hat schließlich weiterhin Besucher (anderer Anbieter von Internetzugangsdiensten). Die Sperre kann deshalb für den Seiteninhaber nur indirekt daran erkannt werden, dass keine Verbindungen mehr von Nutzern des sperrenden Anbieters – erkennbar am Ausbleiben von Verbindungen mit Quell-IP-Adressen aus dem Besitz des sperrenden Anbieters – eingehen.

Da sich die Sperre auf eine konkrete IP-Adresse bezieht, wirkt sie auf Ebene der IP-Verbindung. Sie ist damit nicht auf eine bestimmte Domain oder einen bestimmten Dienst beschränkt – deshalb sind alle unter dieser IP-Adresse abrufbaren Inhalte für die Endnutzer des sperrenden Anbieters nicht mehr verfügbar, unabhängig davon, auf welche Art und Weise bzw unter welcher Domain sie üblicherweise abrufbar sind. Da auf IP-Ebene blockiert wird, wirkt die Sperre grundsätzlich gegenüber allen unter dieser IP-Adresse erreichbaren Services, dh neben Websites wäre etwa auch ein VoIP-Server oder ein E-Mail-Dienst blockiert.

Bei der Implementierung einer IP-Sperre durch einen Anbieter von Internetzugangsdiensten kann es aus technischer Sicht stets zu einem „Overblocking“, dh in Fällen wie dem vorliegenden zu einer unbeabsichtigten und ungewollten Sperre von Inhalten, die nicht in Zusammenhang mit dem Grund und Inhalt der Sperren stehen, kommen, da eine vollständige Ermittlung aller von einer Sperre umfassten Inhalte und Domains für einen Internetzugangsanbieter nicht möglich ist. Die Gefahr eines technischen „Overblockings“ ist deshalb bei Einrichtung einer IP-Sperre höher, als dies bei Einrichtung einer DNS-Sperre der Fall ist.

3 Beweiswürdigung

Die Feststellungen basieren auf den jeweils in Klammer in Punkt 1 und 2 angegebenen Beweismitteln. Die Feststellungen zu den im Spruch angeführten gesperrten Domains sowie zur technischen Realisierung mittels DNS- sowie IP-Zugangssperre ergeben sich aus dem schlüssigen und glaubwürdigen Vorbringen der next layer und sind unstrittig. Die Feststellungen zur Rechteinhaberschaft an den Filmwerken der ersten Staffel der Fernsehserie „Freud“ ergeben sich aus dem glaubwürdigen Vorbringen von SATEL und sind ebenfalls unstrittig.

Die Feststellungen zur strukturellen Aufmachung der verfahrensgegenständlichen Websites sowie zu den dortigen Inhalten ergeben sich aus den Ermittlungen der Regulierungsbehörde und dem Vorbringen von SATEL.

Die Feststellungen zur Inhaberschaft hinsichtlich der IP-Adresse 190.115.18.20 und den unter dieser Adresse abrufbaren bzw angezeigten Inhalten gründen sich auf das schlüssige technische Gutachten des Amtssachverständigen (ON 45a, Seite 10ff und 13ff). Dass die genannte IP-Adresse dem Hosting-Dienst bzw Content Delivery Network „DDoS-Guard“ zugewiesen ist, wurde von SATEL nicht bestritten. Der Umstand, dass Endnutzer, die die gegenständliche IP-Zugangssperre umgehen oder deren Anbieter von Internetzugangsdiensten diese Zugangsbeschränkung nicht implementiert haben, auf Inhalte des Streaming-Link-Portals „Serienstream – S.TO“ zugreifen können, wurde von

den Verfahrensparteien ebenso wenig angezweifelt. Selbiges gilt für die Darstellung der Videos des genannten Streaming-Link-Portals mittels sogenannter „iFrames“. Keine der beiden Verfahrensparteien brachte hierzu vom Gutachten des Amtssachverständigen abweichende technische Einzelheiten vor.

Dass unter der IP-Adresse 190.115.18.20 zumindest im Zeitraum vom 17.02.2023 bis zum 13.04.2023 auch andere als die gegenständlichen, strukturell urheberrechtsverletzenden Inhalte unter verschiedenen Domains abrufbar waren, ergibt sich aus dem technischen Gutachten des Amtssachverständigen. Diesem Befund hat SATEL letztlich nicht widersprochen, sondern vielmehr auf Seite 25 des von ihr vorgelegten Privatgutachtens dargelegt, dass in der Vergangenheit Dienste mit Bezug zu Finanzprodukten, wie etwa „tradinginsight.ai“, „wannapay.me“ sowie „benefit-finance.com“, unter der gegenständlichen IP-Adresse verfügbar waren.

Dass zwischen IP-Adressen und Domains keine eindeutigen Beziehungen bestehen, weil es sich hierbei um unterschiedliche Adressierungselemente handelt, und sich die unter einer bestimmten IP-Adresse abrufbaren Inhalte aufgrund des dynamischen Wesens des Internets im Zeitverlauf ändern können, wurde im technischen Gutachten des Amtssachverständigen unter Punkt 2 „Technische Grundlagen des WWW“ einleitend beschrieben und stellt technisches Allgemeinwissen dar. Keine der beiden Verfahrensparteien behauptete Gegenteiliges. Auch der Umstand, dass im Internet in der Interaktion mit Endnutzern mit Domains gearbeitet und den dahinterliegenden IP-Adressen vom Großteil der Internetnutzer kaum Beachtung geschenkt wird, stellt technisches Allgemeinwissen dar und entspricht überdies der allgemeinen Lebenserfahrung des Großteils der Bevölkerung.

Selbiges gilt für die Schlussfolgerung des Amtssachverständigen, dass für einen Dritten wie beispielsweise einen Anbieter von Internetzugangsdiensten oder die Regulierungsbehörde die Ermittlung sämtlicher einer bestimmten Domain zugeordneten IP-Adressen sowie sämtlicher unter einer bestimmten IP-Adresse hinterlegter Domains aus technischer Sicht nicht möglich ist. Der von SATEL beauftragte Sachverständige führt selbst auf Seite 23 des genannten Privatgutachten wie folgt aus: „Dass andere Websites oder sonstige Services über diese IP angeboten werden, ist allerdings durch eine Überprüfung durch den SV nicht zu 100% auszuschließen, da es technisch unmöglich ist, extern alle theoretisch möglichen Angebote zu überprüfen.“

Die Feststellungen betreffend die einfache Möglichkeit für von IP-Sperren betroffene Diensteanbieter, die IP-Adresse zu wechseln, unter der ihre Domains hinterlegt sind, gründet sich auf die schlüssigen Ausführungen des Amtssachverständigen in seinem technischen Gutachten (ON 45a, Seite 37) und wurde von den Verfahrensparteien im gesamten Verfahren nicht bestritten. Dass es für die Anzahl der möglichen Wechsel der IP-Adresse und der alternativen Adressierungselemente, unter denen der gleiche Websiteinhalt der Internetöffentlichkeit zur Verfügung gestellt wird, aus technischer Sicht kein Limit gibt, ergibt sich ebenfalls aus den Ausführungen des Amtssachverständigen und ist als technisches Allgemeinwissen einzustufen. Gerade im vorliegenden Verfahren hat sich dies am Beispiel der Streaming-Link-Plattform „Serienstream – S.TO“ deutlich gezeigt, deren Inhalte über verschiedene Domains und auch IP-Adressen zur Verfügung gestellt werden (ON 45a, Seite 16f und 20).

Die Feststellung, dass mit einer IP-Sperre die Blockierung sämtlicher unter dieser grundsätzlich erreichbarer Dienste – neben Websites kommen hier etwa auch VoIP-Server sowie E-Mail-Dienste in Betracht – einhergeht, gründet sich auf die nachvollziehbaren Ausführungen im

technischen Gutachten des Amtssachverständigen und entspricht darüber hinaus dem technischen Allgemeinwissen.

Im technischen Gutachten des Amtssachverständigen wird nach umfangreichen technischen Erläuterungen in nachvollziehbarer Weise der Schluss gezogen, dass die Einrichtung einer IP-Zugangssperre stets zu einer unbeabsichtigten und ungewollten Beschränkung des Zugangs zu Inhalten führen kann, die mit dem Grund der betreffenden Sperre nicht in Zusammenhang stehen. In dem von SATEL vorgelegten Privatgutachten wird kein gegenteiliger Schluss gezogen. Anhaltspunkte, aufgrund derer ohne Zweifel davon auszugehen wäre, dass ein „Overblocking“ im vorliegenden Fall ausgeschlossen sei, sind nicht hervorgekommen. Fallgegenständlich kann also nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass durch die eingerichtete IP-Zugangssperre auch Websites blockiert werden, deren Inhalte nicht strukturell urheberrechtsverletzend sind und mit dem Anlass und dem Grund der Sperre nicht zusammenhängen. Insbesondere bei der Verwendung von Content Delivery Networks („CDN“) wird eine Sperre einer IP-Adresse des CDNs jedenfalls zu einem solchen Overblocking führen. Soweit SATEL in ihrer Stellungnahme vom 22.06.2023 vorbringt, unter der IP-Adresse 190.115.18.20 seien abgesehen von strukturell urheberrechtsverletzenden Websiteinhalten keine relevanten Inhalte abrufbar, ist auf das von ihr vorgelegte und insofern schlüssige Privatgutachten zu verweisen, nach dem hinsichtlich der Sperre des Zugangs zur IP-Adresse 190.115.18.20 ein gewisses Restrisiko des „Overblockings“ von Inhalten zugestanden wird. In diesem Sinne schließt der von SATEL beauftragte Sachverständige sein Gutachten mit der Aussage ab, dass zum Zeitpunkt seiner Erstellung unter der IP-Adresse 190.115.18.20 „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ keine anderen Inhalte als jene des Streaming-Link-Portals „Serienstream – S.TO“ abrufbar gewesen seien und die Gefahr eines potenziellen „Overblockings“ durch die verfahrensgegenständlichen IP- bzw DNS-Sperren als „äußerst gering“ eingeschätzt werde (Seite 36 des vorgelegten Privatgutachtens). Das Bestehen eines – wenn auch nach Ansicht des Sachverständigen geringen – Risikos wird hiermit jedoch nicht in Zweifel gezogen, sondern schlichtweg angenommen, müsste doch ansonsten die Aussage lauten, dass keine „Overblocking“-Gefahr bestehe.

Die Frage nach dem Vorliegen einer Dual-Stack-Erreichbarkeit (Beschreibung siehe ON 45a, Seite 42) sowie (allfälligen) konkreten Umgehungen der verfahrensgegenständlichen IP-Zugangssperre durch Endnutzer sind im vorliegenden Fall ebenso wenig relevant wie die Frage, ob der Inhaber der Domain „s.to“ oder anderer verfahrensgegenständlicher Domains die IP-Adresse gewechselt haben oder nicht. Maßgeblich sind vielmehr die Möglichkeit von Endnutzern, in zumutbarer Weise und ohne Zuziehung eines Experten auf dem Gebiet der Informationstechnologie IP-Zugangssperren wie die verfahrensgegenständliche zu umgehen, sowie die reelle Gefahr der Blockierung rechtmäßiger Inhalte durch die IP-Zugangssperre. Beides wird im technischen Gutachten des Amtssachverständigen (ON 45a) schlüssig und nachvollziehbar dargelegt und samt Beispielen (ON 45a, Seite 34f) ausführlich beschrieben. Keine der beiden Verfahrensparteien ist den entsprechenden Ausführungen des Amtssachverständigen substantiiert entgegengetreten.

Dass keine Beschwerden von Endnutzern in Hinblick auf die DNS-Zugangssperren zu den im Spruch genannten Websites an die Regulierungsbehörde herangetragen wurden, ist amtsbekannt und wurde nicht bestritten.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 198 Z 23 TKG 2021 idgF ist die Telekom-Control-Kommission zur Entscheidung über geeignete und erforderliche Maßnahmen nach Art 5 Abs 1 VO (EU) 2015/2120 im Einzelfall zuständig. Hierbei handelt es sich um ein amtswegiges Verfahren. Entgegen dem Vorbringen der Rechteinhaberin bestimmt sich der Verfahrensgegenstand nicht nach dem Inhalt des „Antrags“ des Anbieters von Internetzugangsdiensten. Im amtswegig einzuleitenden Verfahren kann die Verfahrenspartei die Verfahrenseinleitung und den Verfahrensgegenstand lediglich anregen, jedoch nicht beantragen. Die Eingabe des Anbieters von Internetzugangsdiensten wurde seitens der Regulierungsbehörde im Sinne einer Anregung zur Einleitung eines Verfahrens gemäß Art 5 TSM-VO gedeutet. Zutreffend hingegen ist, dass der Gegenstand des Verfahrens die Überprüfung der vom Anbieter von Internetzugangsdiensten eingerichteten Verkehrsmanagementmaßnahmen in Gestalt konkreten DNS- und IP-Sperren zu den im Spruch genannten Domains und der IP-Adresse 190.115.18.20 umfasst.

Entgegen dem Vorbringen der Rechteinhaberin umfasst die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde in Hinblick auf besondere Verkehrsmanagementmaßnahmen nach Art 3 Abs 3 TSM-VO nicht ausschließlich die Angemessenheit dieser Maßnahmen und beschränkt sich die Überwachungs- und Durchsetzungsbefugnis der nationalen Regulierungsbehörden nicht (bloß) darauf, zu verhindern, dass das Recht der Endnutzer auf Zugang zu und Verbreitung von Informationen und Inhalten sowie auf die Nutzung und Bereitstellung von Anwendungen und Diensten ihrer Wahl *in ihrem Kern* untergraben würden. Der von der Rechteinhaberin auszugsweise zitierte Teil des ErwGr 7 der TSM-VO bezieht sich gerade nicht auf Verkehrsmanagementmaßnahmen nach Art 3 Abs 3 TSM-VO, sondern vielmehr auf Vereinbarungen und Geschäftspraktiken nach Art 3 Abs 2 TSM-VO. Während Vereinbarungen und Geschäftspraktiken, welche (nur) unter Art 3 Abs 2 TSM-VO subsumiert werden können, nicht per se unzulässig sind, sondern nur dann, wenn sie die Rechte der Endnutzer in ihrem Kern untergraben, handelt es sich bei Verkehrsmanagementmaßnahmen nach Art 3 TSM-VO um per se Verbote. Eine Verkehrsmanagementmaßnahme, die (auch) unter Art 3 Abs 3 TSM-VO zu subsumieren ist, kann nur durch dortige drei taxativ aufgezählte Ausnahmen gerechtfertigt werden, wobei eine darüber hinausgehende Prüfung, ob die Rechte der Endnutzer in ihrem Kern untergraben werden, nicht erforderlich ist. Art 3 Abs 3 geht Art 3 Abs 2 TSM-VO vor. Verstöße gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO können daher auch nicht durch Art 3 Abs 2 TSM-VO gerechtfertigt sein (zum Vorrang von Art 3 Abs 3 gegenüber Art 3 Abs 2 TSM-VO sowie zu per se Verboten nach Art 3 Abs 3 TSM-VO siehe EuGH 15.9.2020 C-807/18 und C-39/19; VwGH 16.11.2021 Ro 2020/03/0017).

4.2 Gesetzliche Regelungen

Die Art 2, 3 und 5 der VO (EU) 2015/2120 idgF („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 BEREC gemäß Art 5 Abs 3 TSM-VO im August 2016 „BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules“ (BoR [16] 127) veröffentlicht und am 09.06.2022 (BoR [22] 81) letztmalig aktualisiert.¹ Die Leitlinien sollen den harmonisierten Vollzug der VO (EU) 2015/2120 sicherstellen und die Regulierungsbehörden haben diesen Leitlinien bei der Vollziehung weitestgehend Rechnung zu tragen. Darin [BoR (20) 112] wird zu Art 3 der VO (EU) 2015/2120 ua Folgendes ausgeführt:

„Safeguarding of open internet access

[...]

Legislation related to the lawfulness of the content, applications or services

28. Article 3(1) second subparagraph specifies that Union law, and national law that complies with Union law, related to the lawfulness of content, applications or services still applies. The Regulation does not seek to regulate the lawfulness of the content, applications or services (ref. Recital 6).

29. Whereas Article 3(1) second subparagraph contains a clarification with regard to the applicability of such legislation, Article 3(3) (a) provides for an exception for ISPs to implement measures going beyond reasonable traffic management measures in order to comply with legislation or measures as specified in that exception.

[...]

Article 3(3) (a) Union and national legislation

81. If an ISP applies traffic management measures which cannot be regarded as reasonable, NRAs should assess whether an ISP does so because it has to do so for legal reasons, namely to comply with the legislation or measures by public authorities specified in that exception.

82. As explained in Recital 13, such legislation or measures must comply with the requirements of the Charter of Fundamental Rights, and notably Article 52 which states in particular that any limitation of the rights and freedoms recognised by the Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms.“

§ 198 Z 23 TKG 2021 idgF lautet wie folgt:

„§ 198. 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;“

§ 184 TKG 2021 idgF lautet wie folgt:

¹ <https://www.berec.europa.eu/en/document-categories/berec/regulatory-best-practices/guidelines/berec-guidelines-on-the-implementation-of-the-open-internet-regulation-0> (zuletzt abgerufen am 28.07.2023).

„§ 184. (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, gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid oder gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht verstößt, hat sie dies dem Unternehmen mitzuteilen und gleichzeitig Gelegenheit einzuräumen, 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, derentwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt worden sind, hat sie diese mit Bescheid festzustellen, gleichzeitig die gebotenen, angemessenen Maßnahmen anzuordnen, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen und eine angemessene Frist festzusetzen, 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 ernstesten 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.

(5) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass die Mängel, derentwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, tatsächlich nicht vorliegen oder innerhalb der gesetzten Frist abgestellt worden sind, hat sie mit Beschluss festzustellen, dass die Mängel nicht oder 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 § 202 sind ferner jene, die gemäß § 202 Abs. 2 ihre Betroffenheit glaubhaft gemacht haben.

(8) § 202 Abs. 3 Z 1 gilt mit der Maßgabe, dass das Edikt die Beschreibung jener Anhaltspunkte zu enthalten hat, die zur Einleitung des Aufsichtsverfahrens geführt haben.“

§ 188 Abs 6 TKG 2021 idgF lautet auszugsweise wie folgt:

„Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 100 000 Euro, im Falle ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen, zu bestrafen, wer

[...]

11. den Artikeln 3, 4 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2 oder Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 zuwiderhandelt.“

Art 1 Abs 1 und 2 Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 – EGVG idgF 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 idgF 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“) idgF 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) idgF 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 und Art 15 RL 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („E-Commerce-RL“) idgF 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.

[...]

Artikel 15

Keine allgemeine Überwachungspflicht

(1) Die Mitgliedstaaten erlegen Anbietern von Diensten im Sinne der Artikel 12, 13 und 14 keine allgemeine Verpflichtung auf, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.

(2) Die Mitgliedstaaten können Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft dazu verpflichten, die zuständigen Behörden unverzüglich über mutmaßliche rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen der Nutzer ihres Dienstes zu unterrichten, oder dazu verpflichten, den zuständigen Behörden auf Verlangen Informationen zu übermitteln, anhand deren die Nutzer ihres Dienstes, mit denen sie Vereinbarungen über die Speicherung geschlossen haben, ermittelt werden können.“

Die §§ 13, 18 und 19 des Bundesgesetzes, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz – ECG) idgF lauten auszugsweise wie folgt:

„§ 13. (1) Ein Diensteanbieter, der von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz übermitteln 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.

Umfang der Pflichten der Diensteanbieter

§ 18. (1) Die in den §§ 13 bis 17 genannten Diensteanbieter sind nicht verpflichtet, die von ihnen gespeicherten, übermittelten oder zugänglich gemachten Informationen allgemein zu überwachen oder von sich aus nach Umständen zu forschen, die auf rechtswidrige Tätigkeiten hinweisen.

(2) Die in den §§ 13 und 16 genannten Diensteanbieter haben auf Grund der Anordnung eines dazu gesetzlich befugten inländischen Gerichtes diesem alle Informationen zu übermitteln, an Hand deren die Nutzer ihres Dienstes, mit denen sie Vereinbarungen über die Übermittlung oder Speicherung von Informationen abgeschlossen haben, zur Verhütung, Ermittlung, Aufklärung oder Verfolgung gerichtlich strafbarer Handlungen ermittelt werden können.

(3) Die in § 16 genannten Diensteanbieter haben auf Grund der Anordnung einer Verwaltungsbehörde dieser den Namen und die Adressen der Nutzer ihres Dienstes, mit denen sie Vereinbarungen über die Speicherung von Informationen abgeschlossen haben, zu übermitteln, sofern die Kenntnis dieser Informationen eine wesentliche Voraussetzung der Wahrnehmung der der Behörde übertragenen Aufgaben bildet.

(4) Die in § 16 genannten Diensteanbieter haben den Namen und die Adresse eines Nutzers ihres Dienstes, mit dem sie Vereinbarungen über die Speicherung von Informationen abgeschlossen haben, auf Verlangen dritten Personen zu übermitteln, sofern diese ein überwiegendes rechtliches Interesse an der Feststellung der Identität eines Nutzers und eines bestimmten rechtswidrigen Sachverhalts sowie überdies glaubhaft machen, dass die Kenntnis dieser Informationen eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet.

(4a) Der Anspruch nach § 18 Abs. 4 ist vor dem zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in Handelssachen berufenen Gerichtshof erster Instanz im Verfahren außer Streitsachen geltend zu machen.

(5) Sonstige Auskunfts- und Mitwirkungspflichten der Diensteanbieter gegenüber Behörden oder Gerichten bleiben unberührt.

§ 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 von Internetzugangsdiensten auch alle „sonstigen geeigneten und erforderlichen Maßnahmen“ angeordnet werden, um die Einhaltung der Art 3 und 4 TSM-VO sicherzustellen.

Die nunmehr geltende Regelung des § 184 TKG 2021 sieht ausdrücklich vor, dass das in § 184 TKG 2021 geregelte Aufsichtsverfahren auch bei (vermuteten) Verstößen „gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht“ anzuwenden ist. Im Übrigen hat die Telekom-Control-Kommission gemäß Art 1 Abs 2 Z 1 EGVG das AVG 1991 anzuwenden.

4.4 Verfahrensparteien

next layer ist als Anbieterin von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 TSM-VO Partei dieses Verfahrens nach Art 5 Abs 1 TSM-VO, weil sie durch die Vornahme von DNS-Zugangssperren zu den im Spruch angeführten Domains und einer IP-Zugangssperre zur im Spruch genannten IP-Adresse Verkehrsmanagementmaßnahmen iSd Art 3 Abs 3 TSM-VO gesetzt hat und von Seiten der nach Art 5 TSM-VO iVm § 198 Z 23 TKG 2021 für Verfahren nach Art 5 Abs 1 TSM-VO zuständigen Regulierungsbehörde geklärt werden musste, ob dieses Verhalten einen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO darstellt.

SATEL hat next layer – 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 Zugangssperre 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 und war daher am gegenständlichen Verfahren als (mitbeteiligte) Partei beizuziehen.

4.5 Zu den Bestimmungen der TSM-VO

Mit der TSM-VO wurden unionsweite Regeln zur Wahrung der diskriminierungsfreien Behandlung des Datenverkehrs bei der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten und damit einhergehende Rechte der Endnutzer geschaffen.

Art 3 Abs 1 TSM-VO normiert das mit Art 11 EU-Grundrechtecharta (GRC) inhaltlich vergleichbare Recht des Endnutzers, über seinen Internetzugangsdienst unabhängig von Standort, Ursprung oder Bestimmungsort der zu übermittelnden Daten (legale) Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten.

Die Einrichtung von Zugangssperren zu Websites durch den Anbieter von Internetzugangsdiensten ist als Sperre von Inhalten durch Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO grundsätzlich untersagt, sofern sie nicht durch eine der drei taxativ aufgezählten Ausnahmen des Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a bis c geboten ist, wobei im vorliegenden Fall lit a der genannten Bestimmung einschlägig ist. Die von next layer durch Zugangssperren zu den im Spruch bezeichneten Domainnamen vorgenommenen Blockierungen von Inhalten stellen daher grundsätzlich einen Verstoß gegen Art 3 Abs 1 u 3 TSM-VO dar, sofern sie nicht auf Grundlage einer unionsrechtlichen oder unionsrechtskonformen nationalen Ausnahmebestimmung iSd Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO zulässigerweise erfolgten. Die aufgrund dieser Ausnahmebestimmung ergriffenen Maßnahmen unterliegen dabei aber einer engen Auslegung und einem strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab (siehe ErwGr 11 zur TSM-VO).

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, es darf also nur die gelindeste Verkehrsmanagementmaßnahme angewandt werden.

Hinsichtlich der grundrechtlichen Dimension verweist ErwGr 13 TSM-VO auf die vom Unionsrecht bei der Prüfung von Grundrechtseingriffen vorgegebenen Grundsätze, die auch im Rahmen der Auslegung dieser Bestimmung zu berücksichtigen sind:

„[...] 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, [...]“

In weiterer Folge muss daher geprüft werden, ob die von next layer vorgenommenen Zugangssperren auf Grundlage der in Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO statuierten Ausnahme 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 24.6.2014, 4 Ob 71/14s; 19.5.2015, 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. next layer ist daher als Anbieterin von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 TSM-VO sowie als Access-Provider iSd § 13 ECG zugleich auch Vermittlerin und somit Verpflichtete nach § 81 Abs 1a UrhG, sofern sie von den anspruchsberechtigten Rechteinhabern ordnungsgemäß abgemahnt wurde und es sich bei der zu sperrenden Website um eine zumindest strukturell urheberrechtsverletzende Website 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 ErwGr 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 27.3.2014, 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 eine 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 next layer vorgenommenen Zugangssperren zu den gegenständlichen 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; 18.06.2003, 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 1.7.2021, rdb.at], AVG § 38 Rz 22 mit Verweis auf *Hengstschläger* in FS Barfuß 77 f; *Walter* in FS Koja 619 ff, 632 f). Sofern keine die Telekom-Control-Kommission bindende Entscheidung vom für den Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG zuständigen Gericht 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. Letzteres ist in diesem Verfahren der Fall.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass auf den gegenständlichen Websites zahlreiche urheberrechtlich geschützte Filmwerke ohne Zustimmung der jeweiligen Rechteinhaber gehostet und öffentlich abrufbar gehalten werden. Aus rechtlicher Sicht handelt es sich bei den betreffenden Websites um strukturell urheberrechtsverletzende Websites iSd einschlägigen, oben erwähnten Judikatur.

Die rechtliche Beurteilung dieser Websites beruht auf dem Vorbringen der Rechteinhaberin sowie auf den Ermittlungsergebnissen im gegenständlichen Verfahren. Auf den Websites wird nicht nur in Einzelfällen, sondern systematisch und regelmäßig gegen Ausschließungsrechte iSd UrhG verstoßen. Es werden massenhaft geschützte Werke ohne Genehmigung der Rechteinhaber der Internetöffentlichkeit zur Verfügung gestellt. Sie wären ohne Netzsperrern durch Anbieter von Internetzugangsdiensten für Internetnutzer in Österreich (einfacher) abrufbar. Konkrete Maßnahmen zur Verhinderung des Zugangs können im ordentlichen Erkenntnisverfahren vor den ordentlichen Gerichten nicht angeordnet werden. Dies sichert die unternehmerische Freiheit des Access-Providers, weil dieser selbst entscheiden kann, welche Maßnahmen er zur Unterbindung des Zugangs ergreift (OGH 24.6.2014, 4 Ob 71/14s). Im Titelverfahren wird daher nur über die grundsätzliche Unterlassungsverpflichtung entschieden.

Der Unterlassungsanspruch der Rechteinhaberin nach § 81 Abs 1a UrhG gegenüber einem Vermittler bezieht sich auf die Zugangsvermittlung zu Rechtsverletzungen auf einem genau beschriebenen Internetangebot. Diese Unterlassungspflicht bestünde grundsätzlich auch dann fort, wenn das Angebot die IP-Adresse oder den Domainnamen ändert, denn der Gegenstand der Sperrverpflichtung ist das Angebot (der Inhalt) selbst und nicht etwa die IP-Adresse oder der Domainname. Letztere sind lediglich Adressierungsformen, mit der die Sperre umgesetzt wird (*Grisse*, Internetangebotssperren, Zivilrechtliche Vermittlerhaftung von Internetzugangsanbietern [2018] 383). Der Grund, warum in Abmahnungen an den Anbieter von Internetzugangsdiensten (Access-Provider iSd § 13 ECG) immer auch konkrete Adressierungsformen enthalten sein müssen, ist in der besonderen Rechtsstellung des Anbieters von Internetzugangsdiensten (Haftungsfreistellung für reine Durchleitung gemäß § 13 ECG, Pflicht zur Einhaltung der Netzneutralität gemäß Art 3 TSM-VO; Verbot allgemeiner Überwachungspflicht gemäß § 18 ECG) begründet. Beim Anbieter von Internetzugangsdiensten ist die Unterlassungspflicht dahin begrenzt, dass sie sich nur auf solche Adressdaten beziehen kann, von denen der Anbieter von Internetzugangsdiensten Kenntnis hat. Und auch im gegenständlichen Fall richtete die behauptete Rechteinhaberin ein Abmahnschreiben an den Anbieter von Internetzugangsdiensten, in dem sie verlangte, dass der Zugang zu bestimmten Websites unter bestimmten Adressierungselementen gesperrt werde. Domains und IP-Adressen sind lediglich Adressierungselemente im Internet und als solche – wie im konkreten Fall – weder per se unzulässig noch jeglicher, unter diesen abrufbare, Inhalt automatisch (zulässiger und relevanter) Bestandteil einer ordnungsgemäßen Abmahnung der Rechteinhaberin nach § 81 Abs 1a UrhG. IP-Sperren und DNS-Sperren durch Access-Provider stellen Verkehrsmanagementmaßnahmen iSd Art 3 Abs 3 TSM-VO dar, welche auf ihre Verhältnismäßigkeit hin zu prüfen sind.

In Hinblick auf sog „Overblocking“ weisen DNS-Sperren und IP-Sperren Unterschiede auf: Während bei DNS-Sperren (und auch bei IP-Sperren) das Overblocking die konkrete Website, welche unter einer Domain abgerufen werden kann, betrifft (Verhältnis von legalen und illegalen Inhalten auf einer konkreten Website), muss bei IP-Sperren noch zusätzlich berücksichtigt werden, dass neben der Sperre der abgemahnten Website auch andere unter dieser IP-Adresse auffindbare Websites und Dienste von einer IP-Sperre betroffen sein werden. Die Anbieter von diesen anderen Websites

oder Diensten müssen in keinem Zusammenhang mit dem Betreiber der inkriminierten Website stehen.

4.8 Zu den Abstellungsmaßnahmen hinsichtlich der IP-Sperre

Art 5 Abs 1 TSM-VO normiert, dass die nationalen Regulierungsbehörden zur Sicherstellung der Einhaltung der Art 3 und 4 leg cit 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 können. Nach § 184 Abs 1 TKG 2021 hat die Regulierungsbehörde bei Anhaltspunkten dafür, dass ein Unternehmen ua gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht verstößt, dies dem Unternehmen mitzuteilen und gleichzeitig Gelegenheit einzuräumen, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder den Verstoß abzustellen. Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass die Mängel, derentwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt worden sind, hat sie diese mit Bescheid festzustellen, gleichzeitig die gebotenen, angemessenen Maßnahmen anzuordnen, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen und eine angemessene Frist festzusetzen, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist (§ 184 Abs 2 TKG 2021).

Hinsichtlich der technischen Realisierung von Zugangsbeschränkungen ist festzuhalten, dass IP- im Vergleich zu DNS-Sperren einen intensiveren Eingriff in die Rechte der Endnutzer nach Art 3 Abs 1 TSM-VO, und damit einhergehend in unterschiedliche Grundrechte sowohl der Endnutzer als auch der Anbieter von Internetzugangsdiensten, bewirken. Wie bereits ausgeführt, unterliegen Zugangsbeschränkungen dem aus der Grundrechtsprüfung bekannten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; neben dem Vorliegen eines legitimen Interesses und der Eignung bzw Erforderlichkeit ist auch die Angemessenheit der Beschränkung zu prüfen. Entgegen dem Vorbringen der Rechteinhaberin sieht die TSM-VO insbesondere auch bei besonderen Verkehrsmanagementmaßnahmen nach Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor. Dies ergibt sich insbesondere aus ErwGr 11 und 13. In ErwGr 11 wird festgehalten, dass jede besondere Verkehrsmanagementmaßnahme nach Art 3 Abs 3 UAbs 2 TSM-VO hinausgeht (Anm: und somit unter Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO zu subsumieren ist) einer strengen Auslegung und strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit unterliegt. ErwGr 13 nimmt ua ausdrücklich auf Beschränkungsmaßnahmen zu bestimmten unrechtmäßigen Inhalten und Anwendungen Bezug und hält fest, dass *„[...] Maßnahmen, die [...] Grundrechte und -freiheiten [nach der GRC] einschränken können, nur dann auferlegt werden, wenn sie im Rahmen einer demokratischen Gesellschaft angemessen, verhältnismäßig und notwendig sind, und [...] ihre Anwendung angemessenen Verfahrensgarantien im Sinne der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten zu unterwerfen [ist], einschließlich des Rechts auf effektiven Rechtsschutz und auf ein faires Verfahren.“*

Nachdem unter einer IP-Adresse nicht nur eine, sondern mehrere Websites und Dienste betrieben werden können, kommt es im Fall von IP-Sperren zunächst zu einem – relativ weitreichenden – Eingriff in die in Art 11 GRC verbürgte Kommunikationsfreiheit, zumal technisch nicht abschließend feststellbar ist, welche Websites unter einer bestimmten IP-Adresse gehostet werden oder je gehostet wurden: In dem Moment, in dem eine beliebige Website unter der durch die Sperre eingeschränkt erreichbaren IP-Adresse gehostet wird, stellt sich der freien Informations- wie Meinungsäußerung bzw deren freiem Empfang ein Hindernis entgegen, welches zwar von Endnutzern mit einem wenn auch nur geringen Grad an Kenntnissen der Informationstechnologie, aber zweifellos nicht von allen Endnutzern, überwunden werden kann. Auch kommt es zu einem

Eingriff in die in Art 16 GRC verbürgte Erwerbsausübungsfreiheit nicht nur der Internetzugangsdienste-Anbieter, sondern auch der Endnutzer, zumal unter letzteren Begriff auch Anbieter von Diensten und Anwendungen zu subsumieren sind. Letztere könnten, sofern sie als Unternehmer zur Bewerbung, zum Vertrieb und zur Bereitstellung ihrer Waren oder Dienstleistungen über das World Wide Web kommunizieren, an der Erbringung ihrer Leistungen gehindert werden bzw erhebliche Umsatzeinbußen erleiden. Hinzu kommt, dass ein Websitebetreiber, der seine Seite unter einer dynamisch-öffentlichen anstelle einer statisch-öffentlichen IP-Adresse hosten lässt, von den Auswirkungen einer IP-Zugangssperre betroffen wäre, sobald – dieser Zeitpunkt wäre für ihn nicht oder nicht genau vorhersehbar – seine Seite einer bei irgendeinem Anbieter gesperrten IP-Adresse zugeordnet wird. Dies insbesondere, wenn ein einzelner Websitebetreiber keinen Einfluss auf die IP-Adressen besitzt, unter denen seine Website erreichbar ist – so ist insbesondere bei der Verwendung von Cloud-Dienstleistern eine einzelne Website geografisch verteilt über verschiedene IP-Adressen gleichzeitig abrufbar. Ähnlich gestaltet es sich bei Shared-Hosting-Anbietern, deren erbrachte Dienstleistung das Websitehosting als solches, aber nicht die Verwendung einer einzelnen bestimmten IP-Adresse, darstellt und weshalb für den Websitebetreiber die im Zeitverlauf konkret verwendeten öffentlichen IP-Adressen nicht transparent sind. Zudem gibt es bei einem Wechsel der öffentlichen IP-Adresse für einen Websitebetreiber keine Möglichkeit, zu prüfen, ob die neu verwendete IP-Adresse allfälligen IP-Sperren bei einzelnen Anbietern unterliegt.

Schlussendlich herrscht bei IP-Sperren im Vergleich zu DNS-Sperren ein geringeres Ausmaß an Transparenz: Im Falle von DNS-Sperren werden Internetnutzer bei einem Aufruf der gesperrten Domains idR auf eine Seite des sperrenden Anbieters weitergeleitet, auf der über die Einrichtung der Sperre und deren Grund informiert wird. Im Falle von IP-Sperren wird ein Aufbau der IP-Verbindung zur gesperrten IP-Zieladresse schlicht unterbunden, dh es kommt an dieser Stelle zu keiner Information der Internetnutzer über das Bestehen der IP-Sperre. Dies macht die Nachvollziehbarkeit des Sperrgrunds und eine allfällige Anspruchsverfolgung durch Betroffene schwieriger.

Dem steht das auf der Garantie der Unversehrtheit geistigen Eigentums (Art 17 Abs 2 GRC) beruhende Interesse der Inhaber von urheberrechtlichen Ansprüchen an einer lückenlosen Zugangsunterbindung gegenüber. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass selbst IP-Sperren von Endnutzern mit nicht allzu weitreichenden Kenntnissen der Informationstechnologie und zumutbarem Aufwand umgangen werden können; eine unüberwindbare oder nur mit gänzlich unzumutbarem Aufwand überwindbare Zugangsbeschränkung kann sohin auch mittels IP-Sperren nicht gewährleistet werden. Fraglich ist, ob die Wirksamkeit von IP- im Vergleich zu jener von DNS-Sperren derart hoch ist, dass die oben beschriebenen Eingriffe in die Rechte nach Art 3 Abs 1 TSM-VO und in die genannten, bei der Durchführung von Unionsrecht zu wahren Grundrechte noch in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Sperren, nämlich dem Schutz vor urheberrechtswidrigen Zugriffen auf diverse Werke, stehen.

Dies ist im vorliegenden Fall zu verneinen: Wie das technische Gutachten des Amtssachverständigen vom 13.04.2023 ergeben hat, bestehen hier mit dem Einsatz sogenannter VPN-Dienste, dem Einsatz des „Tor“-Browsers sowie dem Einsatz eines HTTP-Proxy-Servers jedenfalls drei verschiedene Umgehungsmöglichkeiten (ON 45a, S. 38-41). Im Wesentlichen wird beim Einsatz dieser Dienste der Datenverkehr zwischen dem Endgerät des Endnutzers und dem vom Betreiber der Streaming-Plattform benützten Server über den Server bzw das Netzwerk eines

Drittanbieters (zB des VPN-Anbieters) umgeleitet. Wie bereits festgestellt, ist kann die Installation und das Verwenden dieser Dienste (zB „Apple Private Relay“) auch durch Personen, die nicht in einem IT-Beruf tätig sind oder im Rahmen einer Ausbildung einschlägige Fachkenntnisse erworben haben, erfolgen. Die Umgehung einer DNS-Sperre ist zudem – wie in den Feststellungen ausgeführt – iaR durch die Änderung des DNS-Resolvers auf einen alternativen Resolver möglich und sind vom Endnutzer daher idR keine (über das für die Internetnutzung zu entrichtende Nutzungsentgelt hinausgehenden) Entgelte zu zahlen. Allerdings sind beide Arten von Zugangssperren von Personen ohne IT-relevante Ausbildung und ohne besondere Schwierigkeiten überwindbar, sofern sie ein entsprechendes Interesse an der Umgehung haben.

Selbst unter der hier freilich hypothetischen Annahme, dass die gegenständliche IP-Sperre eine unumgehbar Zugangsbeschränkung bedeutet, dürfte nicht außer Acht gelassen werden, dass der Schutz des geistigen Eigentums wie die meisten in der GRC verankerten Grundrechte weder schrankenlos noch bedingungslos zu gewährleisten ist. In seinem Urteil vom 26.04.2022, C-401/19, betreffend die urheberrechtlich relevante „Uploadfilter“-Frage stellt der EuGH fest, dass es sich bei der in Art 17 Abs 7 UA 1 RL (EU) 2019/790 (DSM-RL) normierten Verpflichtung des Plattformbetreibers, die Blockierung rechtmäßiger Inhalte von Nutzern zu unterlassen, um eine Ergebnispflicht handelt; seine Pflicht zur Unterbindung von Urheberrechtsverletzungen ist lediglich verhaltensgebunden, weil die DSM-RL von ihm nur höchstmögliche Anstrengungen verlangt. In der Konsequenz wiegt nach dem zitierten Urteil die Kommunikationsfreiheit der Nutzer schwerer als der grundrechtliche Schutz geistigen Eigentums: Kann nicht sichergestellt werden, dass ein Filtersystem hinreichend, also in den allermeisten Fällen, zwischen rechtmäßigen und urheberrechtsverletzenden Inhalten unterscheidet, hat der Diensteanbieter ein anderes, möglichst effektiv funktionierendes Filtersystem anzuwenden, auch wenn letzteres insgesamt weniger oft urheberrechtsverletzende Inhalte erkennt und damit aus urheberrechtlicher Sicht weniger wirksam ist. Die voranstehenden Ausführungen beziehen sich auf einen Plattform- und somit Hostprovider, der grundsätzlich einem deutlich strengeren Haftungsregime unterliegt als dies beim Access-Provider der Fall ist. Zudem sind die Verpflichtungen des Plattformbetreibers beschränkt auf die Plattform, die er selbst betreibt und die er somit leichter überblicken und kontrollieren kann. Die ergriffene Verkehrsmanagementmaßnahme eines Access-Providers in Gestalt einer Netzsperrre ist idR deutlich eingriffsintensiver und mit Folgen für das Internet verbunden, welche letzterer nicht kontrollieren und deren Reichweite er nicht umfassend überblicken kann. Weiters darf nicht außer Acht gelassen werden, dass das Internet dynamisch ist und sich die unter einer IP-Adresse gehosteten Inhalte täglich ändern können und in regelmäßigen Abständen auch ändern werden. Dies kann zu massiven Kollateralschäden in Gestalt von „Overblocking“ diverser dritter Websites und Dienste führen, die gegenwärtig oder künftig unter dieser IP-Adresse angeboten werden.

Umgelegt auf die vorliegende Konstellation ist die in § 81 Abs 1a UrhG normierte Unterlassungspflicht als quasi-verhaltensgebundene Pflicht anzusehen. Deren Einhaltung ist nicht nur auf der objektiven, sondern auch auf der subjektiven Seite zu prüfen, zumal der Anbieter von Internetzugangsdiensten bei einem allfälligen Exekutionsverfahren als verpflichtete Partei mit einer daran anschließenden Impugnationsklage erfolgreich einwenden könnte, er habe alles Mögliche und ihm in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Zumutbare unternommen, um den Zugang seiner Kunden zu den inkriminierten Inhalten zu unterbinden. Was allerdings die Netzneutralität betrifft, wird der Anbieter von Internetzugangsdiensten selbst dann, wenn eine zeitweise Blockierung von Inhalten (etwa aufgrund eines zumindest zeitweise nicht verhinderbaren Softwarefehlers) ohne jegliches Verschulden bzw menschliche Fehlleistung erfolgt, objektiv für die Zeit der Nichtabrufbarkeit der Inhalte der Bestimmung des Art 3 Abs 3 TSM-VO nicht entsprochen haben.

Ob in einem solchen Fall an das Aufsichtsverfahren nach Art 5 TSM-VO und die Feststellung des Verstoßes samt Anordnung einer Abstellungsmaßnahme ein Verwaltungsstrafverfahren vor der Fernmeldebehörde eingeleitet und eine Geldbuße verhängt würde, kann hier dahingestellt bleiben. Die Wahrung der Netzneutralität, konkret die Gleichbehandlung und Nichtblockierung rechtmäßiger Inhalte, ist jedenfalls als Ergebnispflicht zu qualifizieren. Insofern kommt der Offenheit des Internets und damit der Erreichbarkeit grundsätzlich sämtlicher Webseiten und Anwendungen in der vorliegenden Abwägung ein höheres Gewicht zu als dem Schutz geistigen Eigentums, weshalb hier das Risiko einer unbeabsichtigten Sperre von anderen Inhalten und Diensten als jenen, die seitens der Rechteinhaberin abgemahnt wurden, schwerer wiegt als das Interesse des Rechteinhabers an einer möglichst lückenlosen Zugangsunterbindung.

Bei dem in Spruchpunkt III festgestellten Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO steht als geeignete, angemessene und notwendige Maßnahme ausschließlich die Anordnung der Aufhebung der Zugangssperre zur IP-Adresse 190.115.18.20 binnen bestimmter Frist zur Verfügung. Daher war spruchgemäß zu entscheiden und festzustellen, dass die von next layer am 26.08.2022 eingerichtete und nach wie vor bestehende IP-Zugangssperre zur IP-Adresse 190.115.18.20 einen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO darstellt und gemäß Art 5 Abs 1 TSM-VO war aufgrund des festgestellten Verstoßes zur Sicherstellung der Einhaltung des Art 3 leg cit vorzuschreiben, dass next layer die Zugangssperre zur IP-Adresse 190.115.18.20 binnen einer Frist von zwei Wochen ab Bescheidzustellung aufzuheben und der Regulierungsbehörde umgehend darüber zu berichten hat.

Die Anordnung in Spruchpunkt IV ist geeignet, den Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO abzustellen, zumal die Aufhebung der IP-Sperre den freien Fluss der Daten von und zur IP-Adresse 190.115.18.20 wiederherstellt. Die Anordnung ist auch erforderlich, um den Vorgaben der Netzneutralität zu entsprechen. Mildere, genauso geeignete Mittel zur Beseitigung des Verstoßes sind nicht erkennbar. Schlussendlich ist die Anordnung auch angemessen. Wie zuvor bereits festgehalten, kommt der Erreichbarkeit grundsätzlich sämtlicher Webseiten und Anwendungen in der vorliegenden Abwägung ein höheres Gewicht zu als dem Schutz geistigen Eigentums, weshalb hier das Risiko einer unbeabsichtigten Sperre von anderen Inhalten und Diensten als jenen, die seitens der Rechteinhaberin abgemahnt wurden, schwerer wiegt als das Interesse des Rechteinhabers an einer möglichst lückenlosen Zugangsunterbindung. Die Interessen der Allgemeinheit sowie aller Internetnutzer, einschließlich der Anbieter von Inhalten und Diensten und sonstiger Provider an der Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots des Datenverkehrs im Internet überwiegen das Interesse der betroffenen Rechteinhaberin an der konkreten IP-Sperre zur IP-Adresse 190.115.18.20.

4.9 Zur Verfahrenseinstellung hinsichtlich der DNS-Zugangssperren

Die von next layer unterlassene Vermittlung durch Einrichtung von Zugangssperren zu den im Spruch angeführten Domains dienen der Entsprechung von zu Recht bestehenden Ansprüchen der Rechteinhaberin SATEL nach § 81 Abs 1a UrhG und die Verkehrsmanagementmaßnahmen erfolgten im Ausmaß des Notwendigen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch Einrichtung von DNS-Sperren, zumal diese in der Regel weniger eingriffsintensiv sind als IP-Sperren oder sonstige, dem Anbieter von Internetzugangsdiensten zur Verfügung stehende Maßnahmen zur Unterbindung des Zugangs seiner Kunden zu Online-Inhalten.

Abschließend sei nochmals darauf hingewiesen, dass der Regulierungsbehörde keine Informationen vorliegen, dass sich im Zeitraum seit der Einrichtung der jeweiligen DNS-Zugangssperren zu den gegenständlichen Websites Endnutzer gegen diese Maßnahmen bei next



layer oder der Rechteinhaberin beschwert hätten. Dies gilt für Vertragskunden des genannten Anbieters von Internetzugangsdiensten genauso wie für Websitebetreiber, Domaininhaber oder sonstige Anbieter von Inhalten oder Anwendungen (Content-Anbieter). Auch bei der Regulierungsbehörde sind hierzu keine Beschwerden eingegangen.

Die von next layer ergriffenen Verkehrsmanagementmaßnahmen stellen 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 bezüglich der im Spruch genannten DNS-Sperren zu dort gelisteten Domains gegenüber next layer einzustellen.


III. Rechtsmittel

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 200 Abs 7 TKG 2021 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 07.08.2023

Telekom-Control-Kommission

Mag. Susanne Lehr
Die Vorsitzende

	
Untersigner	serialNumber=402182088433,CN=Telekom-Control-Kommission,OU=Telekom-Control-Kommission,O=Telekom-Control-Kommission,C=AT
Datum/Zeit-UTC	09.08.2023 14:01:52
Aussteller-Zertifikat	CN=a-sign-corporate-07,OU=a-sign-corporate-07,O=A-Trust Ges. f. Sicherheitssysteme im elektr. Datenverkehr GmbH,C=AT
Serien-Nr	1787981072
Prüfinformationen	Information zur Prüfung des Dokumentes finden Sie unter https://www.rtr.at/amtssignatur
Hinweis	Dieses Dokument wurde amtssigniert. Auch ein Ausdruck dieses Dokuments hat gemäß § 20 E-Government-Gesetz die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde.