

R 23/22 - 45

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 23/22 den

Beschluss

gefasst:

I. Es wird festgestellt, dass die von Mass Response Service GmbH, Donau-City-Straße 7, DC Tower 1, 38. Stock, 1220 Wien, FN 219470a, vorgenommenen DNS-Zugangssperren zu den Domains

- „newalbumreleases.net“,
- „newalbumreleases.unblockit.bet“,
- „newalbumreleases.unblockit.ist“,
- „newalbumreleases.unblockit.buzz“,
- „newalbumreleases.unblockit.ch“,
- „newalbumreleases.unblockit.club“,
- „newalbumreleases.unblockit.li“,
- „newalbumreleases.unblockit.link“,
- „newalbumreleases.unblockit.onl“,
- „newalbumreleases.unblocked.co“,
- „newalbumreleases.unblockit.uno“,
- „newalbumreleases.unblockit.page“,
- „newalbumreleases.unblockit.app“,
- „newalbumreleases.unblockit.nz“,
- „newalbumreleases.unblockit.blue“,
- „newalbumreleases.unblockit.cam“,
- „newalbumreleases.unblockit.cat“,
- „newalbumreleases.unblockit.day“,
- „newalbumreleases.unblockit.dev“,
- „newalbumreleases.unblockit.how“,
- „newalbumreleases.unblockit.kim“,

- „newalbumreleases.unblockit.ltd“,
- „newalbumreleases.unblockit.ink“,
- „newalbumreleases.unblockit.pet“,
- „canna-power.to“,
- „canna.to“ sowie
- „uu.canna.to“

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

II. Es wird festgestellt, dass der von Mass Response Service GmbH, Donau-City-Straße 7, DC Tower 1, 38. Stock, 1220 Wien, FN 219470a, von 24.08.2022 bis 26.08.2022 durch Vornahme von IP-Zugangssperren zu den IP-Adressen

- 104.31.16.119,
- 104.26.12.95,
- 172.67.175.231,
- 104.21.88.201,
- 104.21.69.123,
- 188.114.97.12,
- 104.21.6.167,
- 188.114.96.12,
- 104.21.36.27,
- 46.148.26.194 sowie
- 46.148.26.245

begangene Verstoß gegen Art 3 Abs 3 VO (EU) 2015/2120 nicht länger besteht.

III. Das Verfahren nach Art 5 VO (EU) 2015/2120 wird mangels eines im Entscheidungszeitpunkt vorliegenden Verstoßes gegen Art 3 Abs 3 VO (EU) 2015/2120 eingestellt.

Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 30.08.2022 (ON 1) teilte Mass Response Service GmbH (im Folgenden: „Mass Response“) der Regulierungsbehörde mit, dass sie den Zugang zum Streaming-Link-Portal „newalbumreleases“ unter den Domains

- „newalbumreleases.net“,
- „newalbumreleases.unblockit.bet“,
- „newalbumreleases.unblockit.ist“,
- „newalbumreleases.unblockit.buzz“,
- „newalbumreleases.unblockit.ch“,
- „newalbumreleases.unblockit.club“,
- „newalbumreleases.unblockit.li“,
- „newalbumreleases.unblockit.link“,
- „newalbumreleases.unblockit.onl“,
- „newalbumreleases.unblocked.co“,
- „newalbumreleases.unblockit.uno“

sowie zum Streaming-Link-Portal „canna“ unter den Domains

- „canna-power.to“,
- „canna.to“,
- „uu.canna.to“

aufgrund einer Abmahnung der behaupteten Rechteinhaberin LSG Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GesmbH (im Folgenden: „LSG“) nach § 81 Abs 1a UrhG mittels DNS-Sperre eingeschränkt habe (ON 1).

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 Mass Response amtswegig eingeleitet (ON 2). Gegenstand des Verfahrens war die Überprüfung der von Mass Response aufgrund behaupteter Unterlassungsansprüche nach § 81 Abs 1a UrhG vorgenommenen DNS-Zugangssperren zu den oben genannten Domains auf ihre Vereinbarkeit mit Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO.

Mit Schreiben vom 13.09.2022 (ON 3) wurde Mass Response über die Einleitung des Verfahrens informiert und aufgefordert, das Vorbringen vom 30.08.2022 um weitere, zur Beurteilung der Zulässigkeit der ergriffenen Zugangssperren erforderliche, Sachverhaltselemente zu ergänzen.

Aufgrund der Ausführungen von Mass Response in ihrem Schreiben vom 30.08.2022 (ON 1) war absehbar, dass auch der behaupteten Rechteinhaberin LSG Parteistellung im gegenständlichen Verfahren einzuräumen war. Daher wurde diese über ihre Parteistellung informiert und zur Stellungnahme aufgefordert (ON 4).

Mit Schreiben vom 19.09.2022 (ON 5) ergänzte Mass Response ihr ursprüngliches Vorbringen um die notwendigen Informationen und gab an, dass der Zugang zu den gegenständlichen Websites ursprünglich mittels DNS- und IP-Sperre unterbunden worden sei; dabei nahm Mass Response auf die im Abmahnschreiben der LSG (Beilage zu ON 5) aufgelisteten IP-Adressen Bezug. Letztere jedoch seien binnen kurzer Zeit wieder aufgehoben worden, da sich herausgestellt habe, dass mit den genannten IP-Adressen auch weitere, nicht den im Abmahnschreiben angeführten Websites zuzuordnende, Dienste verknüpft seien. Konkret hätten die IP-Sperren von 24.08.2022, 17.41 Uhr, bis 26.08.2022, 10.27 Uhr, bestanden. Ferner brachte Mass Response vor, die ihr von der behaupteten Rechteinhaberin LSG gesetzte zehntägige Frist zur Einschränkung des Zugangs zu den gegenständlichen Domains sei zu kurz gewesen.

Mit Schreiben vom 30.09.2022 (ON 6) nahm LSG zum Sachverhalt Stellung und erklärte im Wesentlichen, dass die von Mass Response getroffenen Maßnahmen zulässig seien. Zudem stellte sie den Antrag, das Verfahren mangels Verstoßes gegen Art 3 TSM-VO einzustellen.

Mit Schreiben vom 24.10.2022 (ON 12) nahm LSG erneut Stellung und brachte zusammengefasst vor, dass die Wahl der technischen Mittel einer Website-Zugangssperre der Zugangsvermittlerin obliege und LSG entgegen der von Mass Response in ON 5 suggerierten, unrichtigen Behauptung keine konkrete Sperrmethode, etwa IP-Zugangssperren, eingefordert habe. Auch sei die zehntägige Frist angesichts der geltenden Rechtslage, wonach Access-Provider den Zugang zu strukturell urheberrechtswidrigen Inhalten unverzüglich nach Kenntniserlangung hinsichtlich der Rechtsverletzung einzuschränken hätten, und des Umstands, dass Mass Response fünf Tage vor Fristablauf entsprechende Zugangssperren gesetzt habe, jedenfalls nicht zu kurz gewesen. LSG hielt ferner fest, dass es innerhalb einer Arbeitszeit von maximal fünf Minuten problemlos möglich sei, zu überprüfen, ob eine bestimmte IP-Adresse für unterschiedliche Websites genutzt werde oder nicht.

Mit Schreiben vom 25.10.2022 (ON 13, ON 14) sowie vom 07.11.2022 (ON 19, ON 20) und vom 07.12.2022 (ON 24, ON 25) unterrichtete die Regulierungsbehörde die Verfahrensparteien über die Ergebnisse (ON 10, ON 15) des bis dahin erfolgten Ermittlungsverfahrens. Unter den Domainnamen

- „*newalbumreleases.unblockit.bet*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.ist*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.buzz*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.ch*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.club*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.li*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.link*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.onl*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.uno*“

war über Umleitung auf die Domain „*newalbumreleases.net*“ sowie die Domain „*newalbumreleases.unblockit.nz*“ weiterhin das Streaming-Link-Portal „*newalbumreleases*“ 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. Ebenso verhielt es sich mit den Domainnamen

- „*canna-power.to*“,

- „*canna.to*“,
- „*uu.canna.to*“

des Streaming-Link-Portals „*canna*“. Unter den IP-Adressen

- 104.31.16.119,
- 104.26.12.95,
- 172.67.175.231,
- 104.21.88.201,
- 104.21.69.123,
- 188.114.97.12,
- 104.21.6.167,
- 188.114.96.12,
- 104.21.36.27,
- 46.148.26.245,
- 46.148.26.194

konnten ebenso wenig Websiteinhalte abgerufen werden, vielmehr erschienen Fehlermeldungen bzw der Hinweis, dass ein direkter Zugriff via IP-Adresse verweigert wurde. Unter der IP-Adresse 46.148.26.245 war weiterhin das Streaming-Link-Portal „*canna*“ abrufbar. Die von Mass Response mithilfe eines DNS-Eintrages vorgenommenen Sperren schienen vor diesem Hintergrund verhältnismäßig und geboten, die Verhältnismäßigkeit der von Mass Response gesetzten IP-Zugangssperren schien weiterhin fraglich zu sein.

Mit Schreiben vom 15.11.2022 (ON 21) erstattete die behauptete Rechteinhaberin LSG erneut eine Stellungnahme, in der sie im Wesentlichen vorbrachte, dass die Angabe sowohl des Zugangsvermittlers, mit dessen Anschluss die für die technische Einschätzung zur Erreichbarkeit der gegenständlichen Websites (ON 10) erforderlichen Erhebungen durchgeführt wurden, als auch des DNS-Servers von grundlegender Bedeutung seien, um aus der Einschätzung keine unrichtigen Schlüsse zu ziehen. Dies deshalb, weil nicht jeder einzelne der in Österreich tätigen Zugangsprovider von LSG aufgefordert worden sei, die Zugangsvermittlung zu den gegenständlichen Websites an ihre Kunden zu unterlassen. Daher könne die Frage der Erreichbarkeit der betreffenden Websites schon je nach verwendetem Anschluss zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. LSG bekräftigte auch ihr bisheriges Vorbringen, insbesondere, dass sie Mass Response zu keinem Zeitpunkt zur Setzung von IP-Sperren aufgefordert habe. Im Gegensatz zur Aussage des Verfassers der technischen Einschätzung sei es für Kunden der über „*whois.domaintools.com*“ betriebenen Plattform mit einem Mitgliederkonto problemlos möglich, für einen bestimmten Zeitpunkt vollständig festzustellen, welche Website/s unter einer bestimmten IP-Adresse betrieben werde/würden. Ferner handle es sich bei der Adresse 46.148.26.245 im Unterschied zu allen übrigen (gegenständlichen) IP-Adressen um keine „Cloudflare“-IP-Adresse, sondern um eine IP-Adresse eines ukrainischen Providers, welche ausschließlich für die Website „*canna*“ verwendet werde. Daher sei die Einschätzung bzw Angabe, eine Abfrage bei DomainTools-WHOIS-Lookup hätte ergeben, diese IP-Adresse sei auch zeitweilig für andere Domains verwendet worden, nicht nachvollziehbar; ein Overblocking im Falle einer Sperre der genannten IP-Adresse komme insofern nicht in Betracht. Abschließend gab LSG an, sie habe nach Ablauf der von ihr gesetzten Sperrfrist im Zuge einer Überprüfung über Anschläge der abgemahnten Zugangsvermittler feststellen können, dass beide Website-Portale (gemeint „*newalbumreleases*“ und „*canna*“) gesperrt worden und daher nicht abrufbar seien.

Mit Schreiben vom 30.11.2022 (ON 22) verständigte Mass Response die Regulierungsbehörde von der Einrichtung weiterer DNS-Zugangssperren. Infolge eines erneuten Abmahnschreibens der behaupteten Rechteinhaberin LSG sei mit 30.11.2022 der Zugang zu folgenden Domains gesperrt worden:

- „*newalbumreleases.unblockit.page*“
- „*newalbumreleases.unblockit.app*“
- „*newalbumreleases.unblockit.nz*“
- „*newalbumreleases.unblockit.blue*“
- „*newalbumreleases.unblockit.cam*“
- „*newalbumreleases.unblockit.cat*“
- „*newalbumreleases.unblockit.day*“
- „*newalbumreleases.unblockit.dev*“
- „*newalbumreleases.unblockit.how*“
- „*newalbumreleases.unblockit.kim*“
- „*newalbumreleases.unblockit.ltd*“

Mit Schreiben vom 10.01.2023 (ON 29, ON 30) unterrichtete die Regulierungsbehörde die Verfahrensparteien von den weiteren Ergebnissen des bis dahin erfolgten Ermittlungsverfahrens. Bei Aufruf der im vorstehenden Absatz aufgezählten Domains war über eine Umleitung auf die Website „*newalbumreleases.unblockit.pet*“ das Streaming-Link-Portal „*newalbumreleases*“ abrufbar.

Mit Schreiben vom 13.01.2023 (ON 31) verständigte Mass Response die Regulierungsbehörde davon, dass der Zugang zu folgenden Websites infolge eines weiteren Abmahnschreibens der LSG mit selbigem Datum mittels DNS-Sperre gesperrt worden sei:

- „*newalbumreleases.unblockit.ink*“ und
- „*newalbumreleases.unblockit.pet*“

Mass Response übermittelte der Regulierungsbehörde zudem das entsprechende Abmahnschreiben der LSG vom 17.01.2023 (ON 32). Von weiteren Stellungnahmen sah Mass Response ab.

Mit Schreiben vom 25.01.2023 (ON 36) nahm LSG erneut Stellung und gab zusammengefasst an, dass es sich auch bei der Klonseite „*newalbumreleases.unblockit.pet*“ um eine Website mit der bereits bisher gegenständlichen, strukturell rechtsverletzenden Ausrichtung des Inhalts, den der/die Betreiber von *newalbumreleases* laufend zur Verfügung stelle/stellten, handle. Aus diesem Grund sei Mass Response auch am 11.01.2023 dazu aufgefordert worden, den Zugang sowohl zur genannten Website als auch zur Website „*newalbumreleases.unblockit.ink*“, welche mittels Umleitung über erstere Seite erreichbar gewesen und ebenso strukturell rechtsverletzenden Charakters sei, zu sperren.

Mit Schreiben vom 21.02.2023 (ON 40, ON 41) unterrichtete die Regulierungsbehörde die Verfahrensparteien zuletzt von den weiteren Ergebnissen (ON 38) des bis dahin erfolgten Ermittlungsverfahrens. Unter den Domainnamen „*newalbumreleases.unblockit.ink*“ sowie „*newalbumreleases.unblockit.pet*“ war zum Abfragezeitpunkt das Streaming-Link-Portal „*newalbumreleases*“ abrufbar und letzteres schien weiterhin eine strukturell rechtsverletzende

Website zu sein, auf der zahlreiche urheberrechtlich geschützte Werke ohne Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers der Internetöffentlichkeit zur Verfügung gestellt würden.

2 Festgestellter Sachverhalt

2.1 Zu den DNS-Zugangssperren

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

Mass Response beschränkt seit 25.08.2022 den Zugang ihrer Vertragskunden zum Streaming-Link-Portal „*newalbumreleases*“ unter den Domainnamen

- „*newalbumreleases.net*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.bet*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.ist*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.buzz*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.ch*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.club*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.li*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.link*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.onl*“,
- „*newalbumreleases.unblocked.co*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.uno*“

sowie zum Streaming-Link-Portal „*canna*“ unter den Domainnamen

- „*canna-power.to*“,
- „*canna.to*“ und
- „*uu.canna.to*“.

Seit 30.11.2022 beschränkt Mass Response den Zugang ihrer Vertragskunden zu den ebenfalls zum Portal „*newalbumreleases*“ führenden Websites

- „*newalbumreleases.unblockit.page*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.app*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.nz*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.blue*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.cam*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.cat*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.day*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.dev*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.how*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.kim*“ und
- „*newalbumreleases.unblockit.ltd*“.

Seit 13.01.2023 beschränkt Mass Response den Zugang ihrer Vertragskunden zu den zum gleichen Portal führenden Websites

- „*newalbumreleases.unblockit.ink*“ sowie
- „*newalbumreleases.unblockit.pet*“.

Hierfür hat sie zu allen vorstehend genannten Domains DNS-Sperren 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 hingegen können bei IP-Adressen, unter denen eventuell auch zeitweise nicht nur eine, sondern zwei oder mehrere Websites erreichbar sind (sogenannte „Shared IPs“ bzw geteilte IP-Adressen), unbeabsichtigte Zugangssperren bewirken.

Bei Eingabe der Domainnamen

- „*newalbumreleases.unblockit.bet*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.ist*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.buzz*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.ch*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.club*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.li*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.link*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.onl*“,
- „*newalbumreleases.unblocked.co*“,
- „*newalbumreleases.unblockit.uno*“

erfolgt eine Umleitung auf die Domain „*newalbumreleases.net*“ sowie die Domain „*newalbumreleases.unblockit.nz*“.

Die Websites „*newalbumreleases.net*“ sowie die „*newalbumreleases.unblockit.nz*“ präsentieren sich in etwa entsprechend jenen Screenshots, die Mass Response als Teil der Abmahnung durch LSG zur Verfügung gestellt wurden. Bei Aufruf aller übrigen von Mass Response gesperrten Websites mit dem Namensteil „*newalbumreleases*“ erfolgt eine Umleitung auf die oben genannte Website „*newalbumreleases.unblockit.nz*“. Die Website „*canna-power.to*“ stellt sich ebenso entsprechend jenen Screenshots dar, die Mass Response als Teil der Abmahnung durch LSG zur Verfügung gestellt wurden. Bei Aufruf aller übrigen von Mass Response gesperrten Websites mit dem Namensteil „*canna*“ erfolgt eine Umleitung auf die Website „*canna-power.to*“. Zahlreiche urheberrechtlich geschützte Musikaufnahmen, die zum Wahrnehmungsrepertoire der LSG gehören, werden auf den Streaming-Link-Portalen „*newalbumreleases*“ sowie „*canna*“ online zur Verfügung gestellt. Die Werke sind dort kostenlos und ohne Zustimmung der jeweiligen Rechteinhaber abrufbar. Beide Portale stehen der Internetöffentlichkeit offen.

Weder Mass Response noch die Rechteinhaberin LSG brachten vor, dass sich Vertragskunden der Mass Response bei ihnen beschwert hätten, dass durch die gesetzte Sperrmaßnahme Inhalte nicht mehr abrufbar seien. Die Websitebetreiber der von der Sperre betroffenen Websites sind nicht (gerichtlich) gegen eine der Verfahrensparteien vorgegangen.

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

2.2 Zu den IP-Zugangssperren

Darüber hinaus beschränkte Mass Response vom 24.08.2022 bis zum 26.08.2022 den Zugriff ihrer Vertragskunden auf die IP-Adressen

- 104.31.16.119,
- 104.26.12.95,
- 172.67.175.231,
- 188.114.97.12,
- 104.21.88.201,
- 188.114.96.12,
- 104.21.69.123,
- 104.21.6.167,
- 104.21.36.27,
- 46.148.26.194,
- 46.148.26.245.

Eine abschließende Feststellung aller unter den im Spruch genannten IP-Adressen bereitgestellten Inhalte oder Anwendungen ist technisch nicht möglich. Mit Ausnahme von 46.148.26.194 und 46.148.26.245 sind sämtliche verfahrensgegenständlichen IP-Adressen dem Content-Delivery-Network „Cloudflare“ zugewiesen. Mithilfe des genannten Netzwerkdienstes können Websitebetreiber ihre Services global performant verfügbar halten und sich gegen DDoS („Distributed Denial of Service“; Cyberangriffe, die mittels künstlich generierter Anfragen Verzögerungen und Ausfälle von Websites bewirken) schützen. Im Wesentlichen nimmt dabei der Internetbrowser des Website-Besuchers eine direkte Kommunikation mit einem von vielen „Cloudflare“-Servern auf, welcher erst im Hintergrund den eigentlichen Inhalt vom jeweiligen Bereitsteller der Inhalte nachlädt. Für den Besucher der Website ist dieser Vorgang ebenso wenig erkennbar wie der Umstand, dass sämtliche Kommunikation ausschließlich mit „Cloudflare“ erfolgt. Einige der gegenständlichen IP-Adressen, die dem Content-Delivery-Network „Cloudflare“ zugewiesen sind, wurden zumindest am 14.10.2022 auch für weitere Domains verwendet. So waren am 14.10.2022 unter der IP-Adresse 104.26.12.95 die Domains „a320fcu.com“, „accessibilitychecker.com“ sowie „accurants.com“ abrufbar. Unter der IP-Adresse 188.114.96.12 waren am 14.10.2022 die Domains „ankarakeciorencicek.com“, „belafze.com“ sowie „griffinpublishing.com“ abrufbar.

Unter der IP-Adresse 46.148.26.194 ist kein relevanter Websiteinhalt abrufbar. Ob und, wenn ja, welche Domains bzw Inhalte unter der IP-Adresse 46.148.26.194 in der Vergangenheit abrufbar waren oder derzeit abrufbar sind, lässt sich aus technischer Sicht nicht abschließend feststellen.

Bei Aufruf der IP-Adresse 46.148.26.245 wird man automatisch auf die Domain „canna-power.to“ umgeleitet. Auf der unter dieser Domain bereitgestellten Website kann man auf Inhalte des Streaming-Link-Portals „canna“ zugreifen. Zahlreiche urheberrechtlich geschützte Musikaufnahmen, die zum Wahrnehmungsrepertoire der LSG gehören, werden im Streaming-Link-Portal „canna“ online zur Verfügung gestellt. Die Werke sind kostenlos und ohne Zustimmung der

jeweiligen Rechteinhaber abrufbar. Das genannte Streaming-Link-Portal steht der gesamten Internetöffentlichkeit offen. Ob und, wenn ja, welche weiteren Domains respektive Inhalte unter der IP-Adresse 46.148.26.245 in der Vergangenheit abrufbar waren oder derzeit abrufbar sind, lässt sich aus technischer Sicht nicht abschließend feststellen. Im Übrigen wird durch die weiter oben unter 2.1 bereits festgestellte Einrichtung der DNS-Zugangssperre zur Domain „canna-power.to“ im Ergebnis auch der Direktzugriff über die IP-Adresse 46.148.26.245 unterbunden.

Domains und IP-Adressen sind zwei unterschiedliche Adressierungselemente, welche in keiner eindeutigen Beziehung zueinanderstehen. Ob eine konkrete IP-Adresse zur Bereitstellung nur einer einzigen oder mehrerer Domains verwendet wird, kann ein Dritter wie die Regulierungsbehörde, ein technischer Sachverständiger oder ein Anbieter von Internetzugangsdiensten aus technischer Sicht nicht abschließend feststellen. Ebenso wenig lässt sich abschließend feststellen, welche IP-Adressen einer konkreten Domain zugeordnet sind. Es bestehen Webdienste, welche in regelmäßigen Intervallen das World Wide Web durchsuchen und aufgefundene Domains zu den verbundenen IP-Adressen auflösen; die durch solche Abfragen ermittelten Ergebnisse sind nicht zwingend vollständig.

Wird von einem Anbieter von Internetzugangsdiensten der Zugang zu einer IP-Adresse gesperrt, können Endnutzer mit dieser IP-Adresse keine Kommunikation mehr aufbauen. Insofern kann die Einrichtung einer IP-Sperre in technischer Hinsicht stets eine unbeabsichtigte und ungewollte Sperre von Inhalten („Overblocking“), die in keinem Zusammenhang mit dem Grund der IP-Sperre stehen, zur Folge haben.

Über die Existenz sowie den Anlass der IP-Sperre werden Endnutzer, die eine unter der gesperrten IP-Adresse hinterlegte Domain aufrufen möchten, nicht automatisch informiert. Bei DNS-Sperren hingegen werden Endnutzer bei einem Aufruf der gesperrten Domains iaR auf eine Seite des sperrenden Anbieters weitergeleitet, auf der über die Einrichtung der Sperre und deren Grund informiert wird.

Hinsichtlich der Wirksamkeit von Zugangssperren bestehen für Endnutzer sowohl im Falle von DNS-Sperren als auch bei IP-Sperren Umgehungsmöglichkeiten. Zur Umgehung von DNS-Sperren reicht es iaR, den verwendeten DNS-Resolver auf einen alternativen Resolver zu ändern. Die Umgehung einer IP-Sperre ist unter Zuhilfenahme sogenannter VPN-Dienste, des „Tor“-Browsers sowie eines HTTP-Proxy-Servers möglich. Auch Endnutzer, die über kein fundiertes Wissen auf dem Gebiet der Informationstechnologie bzw über keine IT-relevante Ausbildung verfügen, können den DNS-Resolver ändern sowie VPN-Dienste, den „Tor“-Browser oder einen HTTP-Proxy-Server verwenden.

LSG stellte mit E-Mail-Schreiben vom 29.08.2022 gegenüber Mass Response Folgendes klar: „[...] Wie in meinem Schreiben angegeben, obliegt Ihnen die Wahl der geeigneten technischen Mittel, wie Sie den Zugang unterbinden. Sollte es sich um sog. shared IP-Adressen handeln, so wird die Sperre derselben nicht adäquat sein, sondern eine DNS-Sperre das Mittel der Wahl sein, womit meine Mandantschaft die Unterlassungspflicht auch als erfüllt ansähe. Hinweistexte in denen behauptet wird, meine Mandantschaft hätte die Sperre einer bestimmten IP-Adresse verlangt, sind falsch und irreführend – es geht um die Sperre einer bestimmten Website. Wir ersuchen Sie, dies richtigzustellen. [...]“

3 Beweiswürdigung

Die Feststellungen basieren auf den jeweils in Klammer in Punkt 1 und 2 angegebenen Beweismitteln. Die Feststellungen zu den im Spruch genannten gesperrten Domains und zur technischen Realisierung mittels DNS-Sperre sowie zu den im Zeitraum 24.08.2022 bis 26.08.2022 gesperrt gewesenen IP-Adressen ergeben sich aus dem glaubwürdigen Vorbringen der Mass Response und sind unstrittig.

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

Die Feststellungen zur Verwendung der IP-Adressen 104.31.16.119, 104.26.12.95, 172.67.175.231, 188.114.97.12, 104.21.88.201, 188.114.96.12, 104.21.69.123, 104.21.6.167, 104.21.36.27 durch den Dienst „Cloudflare“ und zum Teil auch durch weitere Websitebetreiber gründen sich auf die technische Dokumentation des Abrufs der genannten IP-Adressen im Aktenvermerk betreffend die technische Überprüfung der verfahrensgegenständlichen Websites und IP-Adressen vom 14.10.2022. Die Feststellungen zu den IP-Adressen 46.148.26.194 und 46.148.26.245 beruhen ebenfalls auf den technischen Aufzeichnungen im genannten Aktenvermerk.

Dass zwischen den unterschiedlichen Adressierungselementen „Domain“ und „IP-Adresse“ keine eindeutige Beziehung hergestellt werden kann, beruht ebenso auf technischem Allgemeinwissen wie der Umstand, dass durch eine IP-Sperre jegliche von Endnutzern des sperrenden Internetzugangsdienste-Anbieters ausgehende Kommunikation mit dieser verunmöglicht wird. Auch die hieraus logisch folgende Gefahr des „Overblockings“ von Inhalten, die mit Grund und Anlass der jeweiligen IP-Sperre nicht in Zusammenhang stehen, sowie die fehlende Transparenz über das Bestehen und die Auswirkungen einer IP-Sperre gegenüber Endnutzern, die solchermaßen „overgeblockte“ Inhalte abzurufen versuchen, ist auf technisches Allgemeinwissen zurückzuführen.

Die Feststellungen zu den auch für Endnutzer ohne tiefes Wissen auf dem Gebiet der Informationstechnologie bestehenden Möglichkeiten, DNS- sowie IP-Sperren zu umgehen, finden ihre Grundlage ebenso im technischen Allgemeinwissen. Im gesamten Verfahren wurde nicht vorgebracht, dass DNS- oder IP-Sperren einen absoluten, lückenlosen Umgehungsschutz böten. Auch ist im Ermittlungsverfahren kein Anhaltspunkt für die Annahme eines solchen mit den gegenständlichen Zugangssperren verbundenen Schutzes hervorgekommen, weshalb für die entscheidende Behörde kein Anlass bestand, das Bestehen der in den Feststellungen angeführten Umgehungsmöglichkeiten und die Nichterforderlichkeit von IT-relevantem Wissen für die Inanspruchnahme der Umgehungsmöglichkeiten in Zweifel zu ziehen.

Die Klarstellung der anwaltlichen Vertretung der LSG, dass letztere keine Sperre einer bestimmten IP-Adresse verlangt habe, ergibt sich aus ihrem E-Mail-Schreiben vom 29.08.2022, welches sie im Verfahren vorgelegt hat.

Dass keine Beschwerden von Endnutzern in Hinblick auf die DNS-Zugangssperren zu den im Spruch genannten Websites an die Regulierungsbehörde herangetragen oder sonst bekannt wurden, ist amtsbekannt.

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. Der Gegenstand des Verfahrens umfasst 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-Adressen.

Die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde in Hinblick auf besondere Verkehrsmanagementmaßnahmen nach Art 3 Abs 3 TSM-VO 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. 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

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).

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:

„§ 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 ernststen wirtschaftlichen oder betrieblichen Problemen, kann die Regulierungsbehörde Maßnahmen gemäß Abs. 2 auch in einem Verfahren gemäß § 57 AVG anordnen. Diese Maßnahmen sind mit bis zu drei Monaten zu befristen und können bei Vorliegen besonders schwerwiegender Umstände um weitere drei Monate verlängert werden.

(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, BGBl 1991/51 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, hierzu 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 lauten 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 übermittelt oder den Zugang zu einem Kommunikationsnetz vermittelt, ist für die übermittelten Informationen nicht verantwortlich, sofern er

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

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

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 Auskunftspflicht 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

Mass Response 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 genannten Domains und von zeitweisen IP-Zugangssperren zu den im Spruch genannten IP-Adressen eine Verkehrsmanagementmaßnahme 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.

LSG hat Mass Response – gestützt auf § 81 Abs 1a UrhG – abgemahnt und zur Einrichtung einer Zugangssperre zu den verfahrensgegenständlichen Websites aufgefordert. Eine Entscheidung über die Zulässigkeit der bereits vorgenommenen Zugangssperren zu den Websites durch den genannten Anbieter von Internetzugangsdiensten und eine damit unter Umständen einhergehende Anordnung von Maßnahmen zur Beseitigung solcher Zugangssperren hätte die Rechtsstellung der genannten Rechteinhaberin berührt. Die Rechteinhaberin ist als von der Entscheidung „Betroffene“ anzusehen 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 sowie zu IP-Adressen 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 Mass Response durch Zugangssperren zu den im Spruch bezeichneten Domainnamen sowie IP-Adressen 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 ErwG 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 Mass Response 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 24.06.2014, 4 Ob 71/14s; 19.05.2015, 4 Ob 22/15m). Falls die Voraussetzungen für einen Ausschluss der Verantwortlichkeit nach den §§ 13 bis 17 ECG vorliegen, bedarf die Klagsführung der vorherigen Abmahnung des Vermittlers. Anbieter von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 TSM-VO sind zugleich auch Access-Provider iSd § 13 ECG und somit auch Vermittler iSd § 81 Abs 1a UrhG. Mass Response 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 ErwG 13 TSM-VO, dass (ua) auch urheberrechtliche Sperranordnungen unter die Ausnahmebestimmung des Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO fallen (OGH 24.10.2017, 4 Ob 121/17y). Für eine zulässige Zugangssperre zu Websites muss jedenfalls eine entsprechende Rechtsgrundlage im Unionsrecht oder nationalen Recht vorhanden sein, die wiederum in Einklang mit dem Unionsrecht und insbesondere der GRC steht. Der EuGH hat bereits ausgesprochen, dass die Voraussetzungen für einen Unterlassungsanspruch

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

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

Die Beurteilung der Zulässigkeit der von Mass Response 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; 19.06.1996, 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 11.04.1984, 81/11/0027; 14.02.1986, 86/17/0022; 17.02.1995, 95/17/0016) der Gerichte (*Hengstschläger/Leeb* [Stand 1.07.2021, 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 verfahrensgegenständlichen Websites zahlreiche urheberrechtlich geschützte Musik- und Musikvideoaufnahmen (Werke der Ton- und

Filmkunst) ohne Zustimmung der jeweiligen Rechteinhaber gehostet und öffentlich abrufbar gehalten werden. Aus rechtlicher Sicht handelt es sich bei den im Spruch angeführten 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 Zur Verfahreenseinstellung

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 (§ 184 Abs 5 TKG 2021).

Die von Mass Response unterlassene Vermittlung durch Einrichtung von DNS-Zugangssperren zu den im Spruch angeführten Domains (Websites) diene der Entsprechung von zu Recht bestehenden Ansprüchen der Rechteinhaberin LSG nach § 81 Abs 1a UrhG und die Verkehrsmanagementmaßnahme erfolgte im Ausmaß des Notwendigen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, zumal DNS-Sperren 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 Mass Response 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 Mass Response mittels DNS-Zugangssperren ergriffenen Verkehrsmanagementmaßnahmen stellen folglich aufgrund von Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO keinen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO dar.

Die von Mass Response im Zeitraum 24.08.2022 bis 26.08.2022 unterlassene Vermittlung durch Einrichtung von IP-Zugangssperren entsprach aufgrund des Risikos eines unbeabsichtigten Blockierens des Zugangs zu anderen, nicht von der Abmahnung der LSG umfassten und daher nicht notwendigerweise strukturell urheberrechtsverletzenden Websites nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die alleinige Vornahme von DNS-Zugangssperren stellte hier das gelindere Mittel dar.

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. Die TSM-VO sieht (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: Auch bei IP-Sperren bestehen mit dem Einsatz sogenannter VPN-Dienste, dem Einsatz des „Tor“-Browsers sowie dem Einsatz eines HTTP-Proxy-Servers jedenfalls drei verschiedene Umgehungsmöglichkeiten. Im Wesentlichen wird beim Einsatz dieser Dienste der Datenverkehr zwischen dem Endgerät des Endnutzers und dem vom Betreiber der Streaming-Plattform benutzten 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 gegenständliche IP-Sperren unumgehbare Zugangsbeschränkungen bedeuteten, 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 Netzsperre 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.

Im gegenständlichen Verfahren war das Risiko eines „Overblockings“ bei der Einrichtung von IP-Sperren insofern besonders augenscheinlich, als bei eingerichteten IP-Sperren der gegenständlichen und Cloudflare zugewiesenen IP-Adressen, wie auch die österreichische mediale Berichterstattung im August 2022 bestätigte, eine Vielzahl von Domains und Diensten Dritter von den Sperren betroffen waren.

Nachdem der (vergleichsweise kurzfristige) Verstoß im Entscheidungszeitpunkt nicht mehr besteht und daher keine Abstellmaßnahmen zu verfügen waren, war lediglich festzustellen, dass der Verstoß gegen Art 3 TSM-VO nicht mehr gegeben ist.

Daher war spruchgemäß zu entscheiden und das Aufsichtsverfahren nach Art 5 TSM-VO gegenüber Mass Response einzustellen.




Rechtsmittel

Gegen diesen Beschluss 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 7. August 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 14:01:53
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.