

R 36/22 - 45

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Barbara Nigl, LL.M. als Vorsitzende sowie durch Mag. DI Georg Donaubauer und Univ.-Prof. DI Dr. Christoph Mecklenbräuer als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 20.03.2023 im amtswegig eingeleiteten Verfahren zu R 36/22 einstimmig den

Beschluss

gefasst:

I. Es wird festgestellt, dass die von Hutchison Drei Austria GmbH, Brünner Straße 52, 1210 Wien, FN 140132b, vorgenommenen DNS-Zugangssperren zu den Domains „*kinokiste.me*“, „*kinokiste.club*“, „*kinokiste.ru*“, „*kkiste.ru*“, „*kkiste.club*“, „*kkiste.ac*“, „*movie2k.ag*“, „*streamcloud.cam*“, „*streamcloud-de.com*“, „*primekiste.com*“, „*filmpalast.to*“, „*kinoz.to*“, „*www13.kinoz.to*“, „*movie4k.tv*“ (redirected to *www13.kinoz.to*), „*movie4k.me*“ (redirected to *www13.kinoz.to*), „*kinox.express*“, „*kinox.click*“, „*kinox.tube*“, „*kinox.club*“, „*kinox.digital*“, „*kinox.direct*“, „*kinox.pub*“, „*kinox.space*“, „*kinox.bz*“, „*kinox.top*“, „*kinox.am*“, „*kinox.unblockit.ist*“, „*kinox.unblockit.buzz*“, „*kinox.unblockit.bz*“, „*kinox.unblockit.cam*“, „*kinox.unblockit.ch*“, „*kinox.unblockit.club*“, „*kinox.unblockit.kim*“, „*kinox.unblockit.li*“, „*kinox.unblockit.link*“, „*kinox.unblockit.onl*“, „*kinox.unblockit.tv*“, „*kinox.unblockit.uno*“, „*kinox.unblockit.ws*“, „*kinox.unblockit.blue*“ keinen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 VO (EU) 2015/2120 darstellen.

II. Das Verfahren nach Art 5 VO (EU) 2015/2120 wird mangels Verstoßes gegen Art 3 Abs 3 VO (EU) 2015/2120 eingestellt.

Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 31.8.2022 teilte Hutchison Drei Austria GmbH (im Folgenden: „Hutchison“) der Regulierungsbehörde mit, dass sie den Zugang zu den Domains „kinokiste.me“, „kinokiste.club“, „kinokiste.ru“, „kkiste.ru“, „kkiste.club“, „kkiste.ac“, „movie2k.ag“, „streamcloud.cam“, „streamcloud-de.com“, „primekiste.com“, „filmpalast.to“, „kinoz.to“, „www13.kinoz.to“, „movie4k.tv“ (redirected to www13.kinoz.to), „movie4k.me“ (redirected to www13.kinoz.to), „kinox.express“, „kinox.click“, „kinox.tube“, „kinox.club“, „kinox.digital“, „kinox.direct“, „kinox.pub“, „kinox.space“, „kinox.bz“, „kinox.top“, „kinox.am“, „kinox.unblockit.ist“, „kinox.unblockit.buzz“, „kinox.unblockit.bz“, „kinox.unblockit.cam“, „kinox.unblockit.ch“, „kinox.unblockit.club“, „kinox.unblockit.kim“, „kinox.unblockit.li“, „kinox.unblockit.link“, „kinox.unblockit.onl“, „kinox.unblockit.tv“, „kinox.unblockit.uno“, „kinox.unblockit.ws“, „kinox.unblockit.blue“ aufgrund einer Abmahnung der behaupteten Rechteinhaberin DOR FILM Produktionsgesellschaft m.b.H. (im Folgenden: „DOR“) nach § 81 Abs 1a UrhG mittels DNS-Sperre eingeschränkt habe (ON 1). Sie regte die Überprüfung dieser Sperren auf Vereinbarkeit mit Art 3 VO (EU) 2015/2120 („TSM-VO“) durch die zuständige Regulierungsbehörde an.

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 12.9.2022 wurde ein Verfahren gemäß Art 5 Abs 1 TSM-VO gegenüber Hutchison amtswegig eingeleitet (ON 2). Gegenstand des Verfahrens war die Überprüfung der von Hutchison aufgrund behaupteter Unterlassungsansprüche nach § 81 Abs 1a UrhG vorgenommenen DNS-Zugangssperre zu den Domains „kinokiste.me“, „kinokiste.club“, „kinokiste.ru“, „kkiste.ru“, „kkiste.club“, „kkiste.ac“, „movie2k.ag“, „streamcloud.cam“, „streamcloud-de.com“, „primekiste.com“, „filmpalast.to“, „kinoz.to“, „www13.kinoz.to“, „movie4k.tv“ (redirected to www13.kinoz.to), „movie4k.me“ (redirected to www13.kinoz.to), „kinox.express“, „kinox.click“, „kinox.tube“, „kinox.club“, „kinox.digital“, „kinox.direct“, „kinox.pub“, „kinox.space“, „kinox.bz“, „kinox.top“, „kinox.am“, „kinox.unblockit.ist“, „kinox.unblockit.buzz“, „kinox.unblockit.bz“, „kinox.unblockit.cam“, „kinox.unblockit.ch“, „kinox.unblockit.club“, „kinox.unblockit.kim“, „kinox.unblockit.li“, „kinox.unblockit.link“, „kinox.unblockit.onl“, „kinox.unblockit.tv“, „kinox.unblockit.uno“, „kinox.unblockit.ws“, „kinox.unblockit.blue“ auf ihre Vereinbarkeit mit Art 3 Abs 3 UAbs 3 VO (EU) 2015/2120.

Mit Schreiben vom 13.9.2022 (ON 3) wurde Hutchison über die Einleitung des Verfahrens informiert und aufgefordert, das Vorbringen vom 31.8.2022 um weitere, zur Beurteilung der Zulässigkeit der ergriffenen Zugangssperren erforderliche, Sachverhaltselemente zu ergänzen. Mit Schreiben vom 29.9.2022 (ON 5) ergänzte Hutchison ihr ursprüngliches Vorbringen um die notwendigen Informationen.

Aufgrund der Ausführungen von Hutchison in ihrem Schreiben vom 31.8.2022 (ON 1) war absehbar, dass auch der behaupteten Rechteinhaberin DOR Parteistellung im gegenständlichen Verfahren einzuräumen war. Daher wurde diese über ihre Parteistellung informiert und zur Stellungnahme aufgefordert (ON 4).

Mit Schreiben vom 30.9.2022 (ON 6) nahm auch DOR zum Sachverhalt Stellung und führte zusammengefasst aus, dass die von Hutchison ergriffenen DNS-Zugangssperren zu den gegenständlichen Websites 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 DOR 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 Hutchison getroffenen Verkehrsmanagementmaßnahmen rechtskonform seien, und sodann das Verfahren einzustellen.

Mit Schreiben vom 25.10.2022 (ON 13, ON 14) sowie vom 7.11.2022 (ON 18, ON 19) und vom 7.12.2022 (ON 24, ON 25) unterrichtete die Regulierungsbehörde die Verfahrensparteien über die Ergebnisse (ON 10, ON 16) des bis dahin erfolgten Ermittlungsverfahrens. Unter den Domainnamen „kinokiste.me“, „kinokiste.club“, „kinokiste.ru“, „kkiste.ru“, „kkiste.club“ und „kkiste.ac“ war weiterhin das Streaming-Link-Portal „Kinokiste“ abrufbar. Unter dem Domainnamen „movie2k.ag“ war weiterhin das Portal „movie4k“ abrufbar. Unter den Domainnamen „streamcloud.cam“ und „streamcloud-de.com“ war weiterhin das Portal „streamcloud“ abrufbar. Unter dem Domainnamen „primekiste.com“ war weiterhin das Portal „PRIMEKISTE“ abrufbar. Unter dem Domainnamen „filmpalast.to“ war weiterhin das Portal „Filmpalast“ abrufbar. Unter den Domainnamen „kinoz.to“, „www13.kinoz.to“, „kinox.express“, „kinox.click“, „kinox.tube“, „kinox.club“, „kinox.digital“, „kinox.direct“, „kinox.pub“, „kinox.space“, „kinox.bz“, „kinox.top“, „kinox.am“ und „kinox.unblockit.bz“ war weiterhin das Portal „kinox.to“ abrufbar. Bei Aufruf der Domains „kinox.unblockit.ist“, „kinox.unblockit.buzz“, „kinox.unblockit.cam“, „kinox.unblockit.ch“, „kinox.unblockit.club“, „kinox.unblockit.kim“, „kinox.unblockit.li“, „kinox.unblockit.link“, „kinox.unblockit.onl“, „kinox.unblockit.uno“, „kinox.unblockit.ws“ und „kinox.unblockit.blue“ war über eine Umleitung auf die Domain „kinox.unblockit.nz“ sowie bei Aufruf der Domains „movie4k.tv“ und „movie4k.me“ über eine Umleitung auf die Domain „www15.kinoz.to“ ebenfalls das Portal „kinox.to“ abrufbar. Die Domain „kinox.unblockit.tv“ war hingegen auf den Domainhändler „Namecheap.com“ registriert; eine Umleitung auf die genannten Domains fand nicht statt.

Sämtliche Streaming-Link-Portale schienen strukturell rechtsverletzende Websites zu sein, auf welchen zahlreiche urheberrechtlich geschützte Werke ohne Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers der Internetöffentlichkeit zur Verfügung gestellt würden. Die Netzsperrungen von Hutchison mithilfe von DNS-Einträgen schienen vor diesem Hintergrund verhältnismäßig und geboten.

Mit Schreiben vom 25.11.2022 (ON 22) erstattete die behauptete Rechteinhaberin DOR eine Stellungnahme, in der sie ihr Vorbringen vom 30.9.2022 inhaltlich bekräftigte und darüber hinaus festhielt, dass Hutchison nach der Rechtsprechung sowohl in technischer als auch in finanzieller Hinsicht gerüstet sein müsse, solche Beurteilungen auf Grundlage eines substantiierten Aufforderungsschreibens der Rechteinhaberin vorzunehmen. Außerdem zeige die Praxis anderer aufgeforderter Zugangsvermittler, dass eine Überprüfung einwandfrei und mit geringem Aufwand vorgenommen werden könne.

Am 20.12.2022 erstattete Hutchison eine Stellungnahme (ON 26), in welcher sie ausführte, dass sie in der deutschsprachigen Zusammenfassung der oben genannten „*Study on Dynamic Blocking Injunctions in the European Union – IPR Enforcement Case-Law Collection*“ vom März 2021 keinen Nachweis der Effektivität von Zugangssperren erkenne. Vielmehr werde in der Zusammenfassung darüber informiert, dass die Wirksamkeit von einstweiligen Sperrverfügungen in den meisten der untersuchten Mitgliedstaaten in der Regel nicht ausdrücklich bewertet werde.

Mit Schreiben vom 21.12.2022 (ON 27) gab die behauptete Rechteinhaberin DOR bekannt, dass sie mit einer Aufhebung der ursprünglich ihrer Meinung nach zu Recht geforderten Sperre der Domain „*kinox.unblockit.tv*“ einverstanden sei.

Mit Schreiben vom 10.1.2023 (ON 30, ON 31) unterrichtete die Regulierungsbehörde die Verfahrensparteien erneut über die Ergebnisse (ON 28) des bis dahin erfolgten Ermittlungsverfahrens. Unter der Domain „*kinox.unblockit.bz*“ war das Portal „*kinox.to*“ nicht mehr erreichbar. In diesem Zusammenhang wurde DOR insbesondere aufgefordert, der Regulierungsbehörde ihr weiteres Vorgehen (Festhalten an der entsprechenden DNS-Sperre oder zwischenzeitlicher Wegfall des Rechtfertigungsgrundes) bekanntzugeben.

Mit Schreiben vom 23.1.2023 (ON 32) teilte Hutchison mit, dass die Sperre der Domain „*kinox.unblockit.tv*“ aufgrund der entsprechenden Mitteilung der DOR behoben worden sei.

Mit Schreiben vom 25.1.2023 (ON 33) teilte DOR mit, dass sie mit einer Aufhebung der Sperre der Domain „*kinox.unblockit.bz*“ durch die abgemahnten Zugangsvermittler einverstanden sei, da das Portal „*kinox.to*“ zu jenem Zeitpunkt nicht unter der genannten Seite abrufbar gewesen sei.

Mit Schreiben vom 16.2.2023 (ON 38) teilte Hutchison mit, dass die Sperre der Domain „*kinox.unblockit.bz*“ aufgrund der entsprechenden Mitteilung der DOR behoben worden sei.

2 Festgestellter Sachverhalt

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

Hutchison beschränkt seit 26.8.2022 den Zugang ihrer Vertragskunden zur Website „*Kinokiste*“ unter den Domains „*kinokiste.me*“, „*kinokiste.club*“, „*kinokiste.ru*“, „*kkiste.ru*“, „*kkiste.club*“ und „*kkiste.ac*“, zur Website „*movie4k*“ unter der Domain „*movie2k.ag*“, zur Website „*streamcloud*“ unter den Domains „*streamcloud.cam*“ und „*streamcloud-de.com*“, zur Website „*PRIMEKISTE*“ unter der Domain „*primekiste.com*“, ferner zur Website „*Filmpalast*“ unter der Domain „*filmpalast.to*“ und zur Website „*kinox.to*“ unter den Domains „*kinoz.to*“, „*www13.kinoz.to*“, „*kinox.express*“, „*kinox.click*“, „*kinox.tube*“, „*kinox.club*“, „*kinox.digital*“, „*kinox.direct*“, „*kinox.pub*“, „*kinox.space*“, „*kinox.bz*“, „*kinox.top*“, „*kinox.am*“.

Bei Abruf der Domains „*kinox.unblockit.ist*“, „*kinox.unblockit.buzz*“, „*kinox.unblockit.cam*“, „*kinox.unblockit.ch*“, „*kinox.unblockit.club*“, „*kinox.unblockit.kim*“, „*kinox.unblockit.li*“, „*kinox.unblockit.link*“, „*kinox.unblockit.onl*“, „*kinox.unblockit.uno*“, „*kinox.unblockit.ws*“ und „*kinox.unblockit.blue*“ erfolgt eine Umleitung auf die Domain „*kinox.unblockit.nz*“. Unter letzterer wird die Website „*kinox.to*“ gehostet. Bei Abruf der Domains „*movie4k.tv*“ und „*movie4k.me*“

erfolgt eine Umleitung auf die Domain „*www15.kinoz.to*“. Unter letzterer wird ebenfalls die Website „*kinox.to*“ gehostet.

Hutchison beschränkt seit 26.8.2022 den Zugang ihrer Vertragskunden zu den Domains „*kinox.unblockit.ist*“, „*kinox.unblockit.buzz*“, „*kinox.unblockit.cam*“, „*kinox.unblockit.ch*“, „*kinox.unblockit.club*“, „*kinox.unblockit.kim*“, „*kinox.unblockit.li*“, „*kinox.unblockit.link*“, „*kinox.unblockit.onl*“, „*kinox.unblockit.uno*“, „*kinox.unblockit.ws*“, „*kinox.unblockit.blue*“, „*movie4k.tv*“ und „*movie4k.me*“.

Hutchison beschränkte von 26.8.2022 bis 23.1.2023 den Zugang ihrer Vertragskunden zur Domain „*kinox.unblockit.tv*“. Zum Zeitpunkt der Einrichtung der Zugangsbeschränkung konnte unter der Domain „*kinox.unblockit.tv*“ die Website „*kinox.to*“ abgerufen werden. Unter dem Domainnamen „*kinox.unblockit.tv*“ können die von der Rechteinhaberin herausgegebenen Werke zumindest seit dem 27.10.2022 nicht mehr abgerufen werden. Auch sonstige Werke sind zumindest seit diesem Zeitpunkt dort nicht mehr abrufbar. Mit Schreiben vom 21.12.2022 erklärte sich die Rechteinhaberin damit einverstanden, dass Hutchison die von ihr implementierte Zugangssperre zu dieser Domain vorerst wieder deaktiviert. Am 23.1.2023 hob Hutchison die Zugangssperre zur Domain „*kinox.unblockit.tv*“ auf. Hutchison beschränkte von 26.8.2022 bis 16.2.2023 den Zugang ihrer Vertragskunden zur Domain „*kinox.unblockit.bz*“. Zum Zeitpunkt der Einrichtung der Zugangsbeschränkung konnte unter der Domain „*kinox.unblockit.bz*“ die Website „*kinox.to*“ abgerufen werden. Unter dem Domainnamen „*kinox.unblockit.bz*“ können die von der Rechteinhaberin herausgegebenen Werke zumindest seit dem 22.12.2022 nicht mehr abgerufen werden. Auch sonstige Werke sind zumindest seit diesem Zeitpunkt dort nicht mehr abrufbar. Mit Schreiben vom 25.1.2023 erklärte sich die Rechteinhaberin damit einverstanden, dass Hutchison die von ihr implementierte Zugangssperre zu dieser Domain vorerst wieder deaktiviert. Am 16.2.2023 hob Hutchison die Zugangssperre zur Domain „*kinox.unblockit.bz*“ auf.

Als Beschränkungsmaßnahme hat Hutchison DNS-Sperren zu all den 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.

Die Websites „*Kinokiste*“, „*movie4k*“, „*streamcloud*“, „*PRIMEKISTE*“, „*Filmpalast*“ sowie „*kinox.to*“ präsentieren sich in etwa entsprechend jenen Screenshots, die von der Rechteinhaberin DOR 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.

Das 2019 erschienene Filmwerk „*Gypsy Queen*“ etwa wird auf den vorstehend genannten Websites zum kostenlosen On-Demand-Streaming sowie zum kostenlosen Download zur Verfügung gestellt. DOR 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.

Weder Hutchison noch die Rechteinhaberin DOR brachten vor, dass sich Vertragskunden der Hutchison bei ihnen beschwert hätten, dass durch die verfahrensgegenständlichen DNS-Zugangssperren 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 deren Sperren beziehen. Auch ist kein Endnutzer mit einem solchen Anliegen an die Regulierungsbehörde herangetreten.

3 Beweiswürdigung

Die Feststellungen basieren auf den jeweils in Klammer in Punkt 1 angegebenen Beweismitteln. Die Feststellungen zu den im Spruch angeführten gesperrten Domains sowie zur technischen Realisierung mittels DNS-Sperre ergeben sich aus dem glaubwürdigen Vorbringen der Hutchison und sind unstrittig. Dass die DNS-Sperren mit 26.8.2022 wirksam geworden sind, ergibt sich aus der Stellungnahme des genannten Anbieters vom 29.9.2022 (ON 5), in dem dieser angibt, dass der den Sperren zugrunde liegende technische Umsetzungsprozess am 26.8.2022 abgeschlossen gewesen war. Die Feststellungen zur Rechteinhaberschaft am Filmwerk „Gypsi Queen“ ergeben sich aus dem glaubwürdigen Vorbringen von DOR 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 DOR.

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

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.

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 9.6.2022 (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 4.1.2023).

„§ 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 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 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

Hutchison 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 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.

DOR hat Hutchison – 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 Hutchison 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 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 Hutchison 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. Hutchison 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 27.3.2014, 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 Hutchison 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. 6. 2003, 2001/06/0161) der Telekom-Control-Kommission fällt.

In jenen Fällen, in denen über den Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG das zuständige Gericht als Hauptfrage rechtskräftig entschieden hat, ist die Telekom-Control-Kommission innerhalb der Rechtskraftgrenze der Gerichtsentscheidung gebunden (zur Bindung an rk Entscheidungen: VwGH 30.10.1978, 1668/77; 19.6.1996, 96/03/0121). Somit ist die Entscheidung der zuständigen Behörde der Entscheidung in diesem Verfahren zu Grunde zu legen (VwGH 19.6.1996, 96/03/0121). Rechtsakte, die eine Bindungswirkung entfalten, sind Urteile (VwGH 31.8.2004, 2004/21/0182) und Beschlüsse (VwSlg 7250 A/1967; VwGH 11.4.1984, 81/11/0027; 14.2.1986, 86/17/0022; 17.2.1995, 95/17/0016) der Gerichte (*Hengstschläger/Leeb* [Stand 1.7.2021, 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.

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

4.8 Zur Verfahrenseinstellung

Die von Hutchison unterlassene Vermittlung durch Einrichtung von Zugangssperren zu den im Spruch angeführten Domains dienen der Entsprechung von zu Recht bestehenden Ansprüchen der Rechteinhaberin DOR 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.

Die von Hutchison 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 gegenüber Hutchison einzustellen.

Wien, am 20.03.2023

Telekom-Control-Kommission

Mag. Barbara NIGL, LL.M.
Die Vorsitzende



Unterzeichner	serialNumber=402182088433,CN=Telekom-Control-Kommission,OU=Telekom-Control-Kommission,O=Telekom-Control-Kommission,C=AT
Datum/Zeit-UTC	21.03.2023 15:49:10
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.