

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 26.11.2018 im amtswegig eingeleiteten Verfahren R 2/18 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Das gegenüber kabelplus GmbH, Südstadtzentrum 4, 2234 Maria Enzersdorf, eingeleitete Verfahren nach Art 5 Abs 1 VO (EU) 2015/2120 wird eingestellt, da durch die von kabelplus GmbH vorgenommenen Zugangssperren zu den Websites *kinox.to*, *movie4k.to*, *kinox.tv*, *kinox.am*, *kinox.nu*, *kinox.pe*, *kinox.me*, *movie4k.tv*, *movie4k.me*, *movie.to*, *movie2k.pe*, *movie2k.cm*, *szenestreams.com*, *filme-streamz.com*, *kkiste.to*, *thepiratebay.gd*, *thepiratebay.la*, *thepiratebay.mn*, *thepiratebay.mu*, *thepiratebay.sh*, *thepiratebay.tw*, *thepiratebay.fm*, *thepiratebay.ms*, *thepiratebay.vg*, *thepiratebay.se*, *isohunt.to*, *h33t.to*, *1337x.to*, *thepiratebay.org*, *thepiratebay.red*, *piratebayblocked.com*, *pirateproxy.cam*, *proxydl.cf*, *1337x.st* sowie *x1337x.ws* kein Verstoß gegen Art 3 Abs 3 UAbs 3 VO (EU) 2015/2120 festgestellt werden konnte.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 16.02.2018 wurde ein Verfahren gemäß Art 5 Abs 1 VO (EU) 2015/2120 („TSM-VO“) ggü kabelplus GmbH („kabelplus“) amtswegig eingeleitet (ON 3), um die Vornahme von Websitesperren durch kabelplus wegen behaupteter urheberrechtlicher Unterlassungsansprüche im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO bzw der Ausnahmbestimmung des mit Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a) TSM-VO zu prüfen. Der Einleitung voraus ging ua die Wahrnehmung der Veröffentlichung eines gerichtlichen Vergleichs, den kabelplus in diesem Zusammenhang abgeschlossen hatte (ON 1).

Mit Schreiben vom 21.02.2018 wurde kabelplus über die Einleitung des Verfahrens informiert und gleichzeitig zur Stellungnahme hinsichtlich möglicher Verstöße gegen die oben genannten Bestimmungen aufgefordert. Mit Schreiben vom 02.03.2018 (ON 5) nahm kabelplus Stellung und gab darin die im Spruch bezeichneten Websites als in ihrem Netz gesperrt an. Die Sperren würden hierbei durch „DNS-Sperren“ vorgenommen. Darüber hinaus wurde zu bestimmten Gruppen von Websites auch die aus Sicht der kabelplus jeweilig bestehende Rechtfertigung durch bestimmte Gerichtsakte angegeben.

Aufgrund der von kabelplus übermittelten und zumindest teilweise öffentlich zugänglichen Gerichtsakte war absehbar, dass auch den an diesen Gerichtsakten beteiligten Rechtsinhabern bzw deren Vertretung Parteistellung im gegenständlichen Verfahren einzuräumen war. Aus diesem Grund wurden sowohl LSG - Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH (ON 7, in Folge „LSG“) sowie Allegro Filmverwertungsgesellschaft mbH und Allegro Filmproduktionsgesellschaft m.b.H. (ON 8, in Folge „Allegro“) und Ulrich Seidl Filmproduktion GmbH (ON 9, in Folge „US“) über ihre Parteistellung informiert (gemeinsam in Folge „mitbeteiligte Parteien“) und zur Stellungnahme aufgefordert.

Mit Schreiben vom 24.05.2018 nahmen die mitbeteiligten Parteien sowohl zur Sperre der Webseiten als auch zu formalen Zuständigkeitsfragen bzw Abgrenzungsthematiken der TSM-VO zu nationalen Rechtsvorschriften Stellung (ON 21, 22). Weiters erstatte der Vertreter der Allegro und US eine zusätzliche als „Urkundenvorlage“ bezeichnete Stellungnahme zu rechtlichen Thematiken des Verfahrens (ON 24).

Nach Einräumung von Parteiengehör an kabelplus mit Schreiben vom 06.08.2018 (ON 26) erstattete deren Vertreter ebenfalls am 01.10.2018 eine ergänzende Stellungnahme (ON 29).

Mit Schreiben vom 18.10.2018 wurden alle Parteien über die Ergebnisse der Beweisaufnahme informiert (ON 34-36).

Mit Schreiben vom 09.11.2018 (ON 45, 46) nahmen die mitbeteiligten Verfahrensparteien zu den Ergebnissen der Beweisaufnahme Stellung und stellten (erneut) den Antrag auf Verfahrenseinstellung.

2 Festgestellter Sachverhalt

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

Im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs veröffentlichte kabelplus auf ihrer Website im Dezember 2017 eine Information darüber, dass sie aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs nunmehr verpflichtet sei, den Zugriff auf zahlreiche Websites in ihrem Netz zu sperren, da die dort bereitgehaltenen Inhalte Urheberrechte Dritter verletzen würden. Die in dieser Information angegebenen Websites wurden – wie eine Überprüfung ergab - auch tatsächlich von kabelplus gesperrt.

Letztlich konnten im Verfahren folgende Websites festgestellt werden, die von kabelplus in ihrem Netz bei der Erbringung der von ihr bereitgestellten IAS durch „DNS Sperren“ gesperrt werden: *thepiratebay.se, thepiratebay.gd, thepiratebay.la, thepiratebay.mn, thepiratebay.mu, thepiratebay.sh, thepiratebay.tw, thepiratebay.fm, thepiratebay.ms, thepiratebay.vg, thepiratebay.org, thepiratebay.red, piratebayblocked.com, pirateproxy.cam, tpb.ducsea.com, proxydl.cf, isohunt.to, h33t.to, 1337x.to, 1337x.st, x1337x.ws, kinox.tv, kinox.am, kinox.nu, kinox.pe, kinox.me, movie4k.tv, movie.to, movie2k.pe, movie2k.cm, szene-strems.com, filme-streamz.com, kkiste.to.*

Weiters kann festgestellt werden, dass zu den oben genannten verfahrensgegenständlichen Websites jedenfalls folgende auf Basis des § 81 Abs 1a UhrG ergangenen Gerichtsakte existieren:

Domain/IP	Provisorialverfahren	Endgültig bereinigender Rechtsakt
thepiratebay.se	11 CG 91/15 t; EV vom 20.11.2015; OGH Entscheidung vom 24.10.2017, 4 Ob 121/17y (EV wiederhergestellt)	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
thepiratebay.gd	11 CG 91/15 t; EV vom 20.11.2015; OGH Entscheidung vom 24.10.2017, 4 Ob 121/17y (EV wiederhergestellt)	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
thepiratebay.la	11 CG 91/15 t; EV vom 20.11.2015; OGH Entscheidung vom 24.10.2017, 4 Ob 121/17y (EV wiederhergestellt)	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
thepiratebay.mn	11 CG 91/15 t; EV vom 20.11.2015;	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien

	OGH Entscheidung vom 24.10.2017, 4 Ob 121/17y (EV wiederhergestellt)	
thepiratebay.mu	11 CG 91/15 t; EV vom 20.11.2015; OGH Entscheidung vom 24.10.2017, 4 Ob 121/17y (EV wiederhergestellt)	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
thepiratebay.sh	11 CG 91/15 t; EV vom 20.11.2015; OGH Entscheidung vom 24.10.2017, 4 Ob 121/17y (EV wiederhergestellt)	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
thepiratebay.tw	11 CG 91/15 t; EV vom 20.11.2015; OGH Entscheidung vom 24.10.2017, 4 Ob 121/17y (EV wiederhergestellt)	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
thepiratebay.fm	11 CG 91/15 t; EV vom 20.11.2015; OGH Entscheidung vom 24.10.2017, 4 Ob 121/17y (EV wiederhergestellt)	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
thepiratebay.ms	11 CG 91/15 t; EV vom 20.11.2015; OGH Entscheidung vom 24.10.2017, 4 Ob 121/17y	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
thepiratebay.vg	11 CG 91/15 t; EV vom 20.11.2015; OGH Entscheidung vom 24.10.2017, 4 Ob 121/17y	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
thepiratebay.org	-	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
thepiratebay.red	-	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
piratebayblocked.com	-	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien)

pirateproxy.cam	-	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
tpb.ducsea.com	-	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
proxidl.cf	-	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
isohunt.to	11 CG 91/15 t; EV vom 20.11.2015; OGH Entscheidung vom 24.10.2017, 4 Ob 121/17y	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
h33t.to	11 CG 91/15 t; EV vom 20.11.2015; OGH Entscheidung vom 24.10.2017, 4 Ob 121/17y	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
1337x.to	11 CG 91/15 t; EV vom 20.11.2015; OGH Entscheidung vom 24.10.2017, 4 Ob 121/17y	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
1337x.st	-	Prätorischer Vergleich (15.12.2017 zu 7 C 795/17), BGHS Wien
x1337x.ws	-	-
kinox.tv	19 Cg 59/16x, EV vom 14.12.2016; berichtigte Version vom 20.12.2016	Versäumungsurteil HG Wien, 19 Cg 59/16x vom 24.01.2018
kinox.am	19 Cg 59/16x, EV vom 14.12.2016; berichtigte Version vom 20.12.2016	Versäumungsurteil HG Wien, 19 Cg 59/16x vom 24.01.2018
kinox.nu	19 Cg 59/16x, EV vom 14.12.2016; berichtigte Version vom 20.12.2016	Versäumungsurteil HG Wien, 19 Cg 59/16x vom 24.01.2018
kinox.pe	19 Cg 59/16x, EV vom 14.12.2016; berichtigte Version vom 20.12.2016	Versäumungsurteil HG Wien, 19 Cg 59/16x vom 24.01.2018

kinox.me	19 Cg 59/16x, EV vom 14.12.2016; berichtigte Version vom 20.12.2016	Versäumungsurteil HG Wien, 19 Cg 59/16x vom 24.01.2018
movie4k.tv	19 Cg 59/16x, EV vom 14.12.2016; berichtigte Version vom 20.12.2016	Versäumungsurteil HG Wien, 19 Cg 59/16x vom 24.01.2018
movie.to	19 Cg 59/16x, EV vom 14.12.2016; berichtigte Version vom 20.12.2016	Versäumungsurteil HG Wien, 19 Cg 59/16x vom 24.01.2018
movie2k.pe	19 Cg 59/16x, EV vom 14.12.2016; berichtigte Version vom 20.12.2016	Versäumungsurteil HG Wien, 19 Cg 59/16x vom 24.01.2018
movie2k.cm	19 Cg 59/16x, EV vom 14.12.2016; berichtigte Version vom 20.12.2016	Versäumungsurteil HG Wien, 19 Cg 59/16x vom 24.01.2018
szene-strems.com	19 Cg 59/16x, EV vom 14.12.2016; berichtigte Version vom 20.12.2016	Versäumungsurteil HG Wien, 19 Cg 59/16x vom 24.01.2018
filme-streamz.com	19 Cg 59/16x, EV vom 14.12.2016; berichtigte Version vom 20.12.2016	Versäumungsurteil HG Wien, 19 Cg 59/16x vom 24.01.2018
kkiste.to	19 Cg 59/16x, EV vom 14.12.2016; berichtigte Version vom 20.12.2016	Versäumungsurteil HG Wien, 19 Cg 59/16x vom 24.01.2018

Hinsichtlich der Website x1337x.ws existiert kein entsprechender Rechtsakt eines Gerichtes. Diese stellt jedoch eine Klonseite der Website x1337.to dar.

Hinsichtlich der Websites *kinox.to*, *movie4k.to*, *kinox.tv*, *kinox.am*, *kinox.nu*, *kinox.pe*, *kinox.me*, *movie4k.tv*, *movie4k.me*, *movie.to*, *movie2k.pe*, *movie2k.cm*, *szene-streams.com*, *filme-streamz.com*, *kkiste.to*, *thepiratebay.gd*, *thepiratebay.la*, *thepiratebay.mn*, *thepiratebay.mu*, *thepiratebay.sh*, *thepiratebay.tw*, *thepiratebay.fm*, *thepiratebay.ms*, *thepiratebay.vg*, *thepiratebay.se*, *isohunt.to*, *h33t.to*, *1337x.to* sind gerichtliche Rechtsakte gegenüber kabelplus ergangen.

Im Rahmen des prätorischen Vergleichs vom 15.12.2017 zu 7 C 795/17 über die Zugangssperre zu den Websites *thepiratebay.org*, *thepiratebay.red*, *piratebayblocked.com*, *pirateproxy.cam*, *proxydl.cf*, *1337x.st* und *tpb.ducsea.com* verpflichtete sich kabelplus auch den Zugang zu diesen Websites zu sperren.

Mit Schreiben vom 12.01.2018 teilte die als Rechteinhaberin auftretende LSG kabelplus mit, dass diese die Vermittlung des Zugangs zu der Website *x1337x.ws* zu unterlassen habe. Diesem Schreiben angeschlossen übermittelte LSG Screenshots der Websites *x1337x.ws* und *1337x.st*. Daraufhin sperrte kabelplus den Zugang zu der Website *x1337x.ws*.

Weder die kabelplus noch die mitbeteiligten Parteien brachten vor, dass sich Vertragskunden von kabelplus bei ihnen beschwert hätten, dass durch die gesetzten Sperrmaßnahmen legale Inhalte nicht mehr abrufbar seien. Die Websitebetreiber der von der Sperre betroffenen Websites sind nicht (gerichtlich) gegen kabelplus oder die mitbeteiligten Parteien vorgegangen. Dies obwohl zumindest die Betreiber der Websites „movie2k“ bzw „movie4k“ unter *www.movie4k.io* (sowie *www.movie4k.to*) eindeutig Kenntnis von Vorgängen (genauer: Verfahren sowie eingerichteten Zugangssperren) in Österreich haben und auch eine entsprechende Nachricht an Vertreter bzw Fürsprecher der Rechteinhaber auf der Website veröffentlicht haben. Für die Websites „movie2k“ sowie „movie4k“ haben sie Ersatzdomains eingerichtet und den Websitebesuchern wird erklärt, wie sie die „DNS-Sperre“ umgehen könnten, um Zugang zur gesperrten Website *movie4k.to* zu erhalten.

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 solch einem Anliegen an die Regulierungsbehörde herangetreten.

3 Beweiswürdigung

Grundsätzlich basieren die Feststellungen auf den jeweils in Klammer in Punkt 1 angegebenen Beweismitteln. Die Feststellungen zu Anzahl und Umfang der gesperrten Websites, der technischen Realisierung der Zugangssperren sowie der zu diesen Websites ergangenen Rechtsakte der ordentlichen Gerichte ergeben sich aus dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen der kabelplus und der mitbeteiligten Parteien bzw aus den vorgelegten Schriftsätzen und sind unstrittig. Der Inhalt der in den Feststellungen genannten (veröffentlichten) gerichtlichen Entscheidungen ist offenkundig iSd § 45 Abs 1 AVG.

Die Feststellung der Eigenschaft als „Klonseite“ der Website *x1337x.ws* zur Webseite *1337x.to* basiert auf dem Vorbringen der kabelplus (ON 5) samt angeschlossener Unterlagen sowie auf den seitens der RTR-GmbH getätigten Ermittlungen (AV ON 33). Aus der Aufmachung der Website *x1337x.ws*, der Identität der grafischen Aufmachung und den entsprechenden, von den Websitebetreibern selbst getätigten Angaben in der Rubrik „about“ der Webseite geht hervor, dass es sich bei dieser Webseite um eine sogenannte „Klonseite“ der Website *1337x.to* handelt. „Klonseiten“ unterscheiden sich von jenen Webseiten, die sie „spiegeln“, in aller Regel nur durch eine unterschiedliche Domain, haben letztlich aber den gleichen Inhalt wie die „gespiegelte“ Seite.

Die Feststellung der Kenntnis der Websitebetreiber von „movie2k“ und „movie4k“ von den Vorgängen in Österreich ergibt sich aus der auf deren Website veröffentlichten Nachricht (AV ON 19a). Die Feststellung, dass keine Beschwerden von Endnutzern in Hinblick auf die Zugangssperren der im Spruch genannten Websites an die Regulierungsbehörde herangetragen wurden, ist amtsbekannt.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Die VO (EU) 2015/2120 enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen darüber, welche Behörden in concreto im jeweiligen Mitgliedstaat für den Vollzug dieser Verordnung zu sorgen haben. Art 5 Abs 1 TSM-VO normiert allgemein eine Zuständigkeit der „nationalen Regulierungsbehörden“:

„(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.“

Wie sich bereits aus Art 2 iVm Art 5 Abs 1 u 4 TSM-VO ergibt, können damit grundsätzlich nur jene nationalen Regulierungsbehörden gemeint sein, die Regulierungsbehörden für elektronische Kommunikation sind.

Ausgehend davon ergeben sich daher in Österreich nach den §§ 115, 117 und 120 TKG 2003 drei Regulierungsbehörden, die für das gegenständliche Verfahren dem Grunde nach zuständig sein könnten: Die Telekom-Control-Kommission, die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) und die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH).

§ 120 Abs 1 lit b TKG 2003 ordnet an, dass eine Zuständigkeit der KommAustria abweichend von den §§ 115, 117 TKG 2003 dann besteht, wenn sich eine Regulierungsmaßnahme auf einen Markt für die Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten bezieht. Abzustellen ist dabei auf eine Regulierungsmaßnahme, also auf die Vornahme einer hoheitlichen Handlung in Bezug auf den bezeichneten Markt. Die gegenständliche Regulierungsmaßnahme bezieht sich im konkreten Fall jedoch nicht auf einen Markt für die Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk; eine Zuständigkeit der Komm Austria besteht für das gegenständliche Verfahren daher nicht.

Das Verhältnis der Zuständigkeiten zwischen der RTR-GmbH und der Telekom-Control-Kommission ist in den §§ 115, 117 TKG 2003 wie folgt geregelt:

„§ 115. (1) Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH hat sämtliche Aufgaben, die durch dieses Bundesgesetz und durch die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen der Regulierungsbehörde übertragen sind, wahrzunehmen, sofern hierfür nicht die Telekom-Control-Kommission (§ 117) oder die KommAustria zuständig ist.

(1a) Die RTR-GmbH ist Regulierungsbehörde gemäß der Verordnung über das GEREK (§ 3 Z 8a). In Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit der KommAustria fallen, ist das Einvernehmen mit dieser herzustellen.

[..]“

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

- 1. die Entscheidung in Verfahren gemäß §§ 6, 6a, 6b Abs. 7, 7, 9, 9a Abs. 8, 11,*
 - 1a. Entscheidungen über Sicherheitsüberprüfungen gemäß § 16a Abs. 4,*
 - 2. Entscheidung in Verfahren gemäß § 18 Abs. 3,*
 - 2a. Entscheidungen in Verfahren gemäß § 22,*
 - 2b. Entscheidungen in Verfahren nach § 24a,*
 - 3. Ausübung des Widerspruchsrechtes gemäß § 25,*
 - 4. Ermittlung des aus dem Universaldienstfonds zu leistenden finanziellen Ausgleichs gemäß § 31,*
 - 5. Feststellung des an den Universaldienstfonds zu leistenden Betrages gemäß § 32,*
 - 6. Feststellung der der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte sowie die Feststellung, ob auf diesen jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist und die Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen gemäß § 36 bis 37a,*
 - 7. Entscheidung in Verfahren gemäß §§ 23 Abs. 2, 38, 41, 42, 47, 47a, 47b Abs. 2, 48 und 49 Abs. 3 sowie Anträge an die Europäische Kommission gemäß § 47 Abs. 1,*
 - 7a. Entscheidungen in Verfahren gemäß § 50,*
 - 8. Genehmigung von Geschäftsbedingungen und Entgelten sowie Ausübung des Widerspruchsrechtes gemäß §§ 26 und 45,*
 - 9. Zuteilung von Frequenzen, hinsichtlich derer im Frequenznutzungsplan eine Festlegung gemäß § 52 Abs. 3 getroffen wurde, gemäß § 54 Abs. 3 Z 2,*
 - 10. Entscheidung über die Überlassung von Frequenzen gemäß § 56,*
 - 11. Änderung der Frequenzzuteilung gemäß § 57 und Widerruf der Frequenzzuteilung gemäß § 60,*
 - 12. Entscheidung über das Recht Kommunikationsnetze oder -dienste bereit zu stellen gemäß § 91 Abs. 3,*
 - 13. Entscheidung über einstweilige Verfügungen gemäß § 91 Abs. 4,*
 - 13a. Entscheidungen in Verfahren nach § 91a,*
 - 14. Feststellung und Antragstellung gemäß § 111,*
 - 15. Antragstellung an das Kartellgericht gemäß § 127,*

16. Entscheidungen gemäß § 130 Abs. 1.“

Einleitend ist hierzu festzuhalten, dass der nationale Gesetzgeber in § 115 Abs 1 TKG 2003 die Zuständigkeiten der RTR-GmbH expressis verbis auf Aufgaben beschränkt hat, die ihr durch „dieses Bundesgesetz und durch die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen“ übertragen worden sind. Weder findet sich in § 115 Abs 1 TKG 2003 selbst noch in den Materialien hierzu ein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber hiermit (implizit) auch eine Zuständigkeit für den Vollzug unionsrechtlicher Vorschriften begründen wollte. Anderslautende Literaturmeinungen (zB Müller in *Riesz/Schilchegger*, TKG [2016] § 117 Rz 6) zur aus § 115 TKG 2003 entspringenden „subsidiären Generalkompetenz“ der RTR-GmbH sind im Hinblick auf direkt unionsrechtliche Kompetenzen nicht stichhaltig, da das vorgeschlagene Konzept dieser „subsidiären Generalkompetenz“ (Müller aaO, § 115 Rz 16) bei Aufgaben, die nicht aus dem TKG 2003 oder dessen Verordnungen entspringen, im klar gefassten gesetzlichen Wortlaut des § 115 Abs 1 TKG 2003 keine Deckung findet.

Auch höchstgerichtliche Judikatur spricht für eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission im gegenständlichen Fall: Der VwGH (19.04.2012, 2009/03/0170) hat im Hinblick auf die Aufsichtsbestimmungen der Verordnung (EG) Nr 544/2009 („Roaming-VO“), unter Verweis auf seine eigene Judikatur eine solche bejaht. In dieser Vorjudikatur (VwGH 15.12.2003, 99/03/0423 = VwSlg 16241 A/2003) kommt der VwGH wiederum unter Verweis auf das Erkenntnis des VfGH vom 28. November 2001, VfSlg. 16369/2001, zum Ergebnis, dass die Telekom Control-GmbH (als „Vorgängerin“ der RTR-GmbH) mangels Tribunalqualität iSd Art 6 EMRK aufgrund ihrer Weisungsgebundenheit nicht für Anordnungen iSd § 34 TKG (1997) (Stammfassung: BGBl I Nr 100/1997) zuständig sei. Die in diesem Judikat des VwGH erwähnte „Generalklausel“ des § 109 Abs 1 TKG (1997), der weitgehend dem § 115 TKG 2003 idgF ähnlich ist, bezog sich aber schon in dieser Fassung des TKG (1997) nur auf Aufgaben, „[...] die im Telekommunikationsgesetz und in den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen der Regulierungsbehörde übertragen sind, wahrzunehmen, sofern hierfür nicht die Telekom-Control-Kommission (§ 111) zuständig ist [...]“.

Vor diesem Hintergrund entschied der VwGH im erstzitierten Erkenntnis (2009/03/0170) zu den Bestimmungen der Roaming-VO: „Ausgehend von der grundsätzlichen innerstaatlichen Zuständigkeitsverteilung der Regulierungsbehörden (§§ 115, 117 TKG 2003) und dem Gebot, für die Entscheidung über Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne des Art 6 EMRK (dass es sich im Beschwerdefall um solche handelt, ist nicht strittig) die Zuständigkeit eines Tribunals vorzusehen, kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie (im Einklang mit dem hg Erkenntnis vom 15. Dezember 2003, Zl 99/03/0423) ihre Zuständigkeit für die getroffenen Anordnungen angenommen hat.“

Zur Frage der Zuständigkeitsverteilung zwischen RTR-GmbH und Telekom-Control-Kommission bei Verfahren unmittelbar aufgrund von unionsrechtlichen Vorschriften stellt der VwGH daher neben der Frage, ob über „civil rights“ iSd Art 6 EMRK entschieden wird, auch ausdrücklich auf das Verhältnis von §§ 115, 117 TKG 2003 ab. Folgt man diesem vom VwGH zitierten Verhältnis der innerstaatlichen Zuständigkeiten, zeigt sich, wie oben dargestellt, dass der innerstaatliche Gesetzgeber die Zuständigkeit der RTR-GmbH nach § 115 Abs 1 TKG 2003 - mangels anderslautender gesetzlicher Anordnung - eben ausdrücklich auf Verfahren beschränken wollte, die sich aus dem TKG 2003 oder dessen Verordnungen ergeben. Die Aufzählung der Zuständigkeiten der Telekom-Control-Kommission in § 117 Abs 1 TKG 2003 mag zwar in Bezug auf das TKG 2003 taxativ sein, eine ausdrückliche Einschränkung der Zuständigkeiten auf das TKG 2003 bzw dessen Verordnungen, wie in § 115 Abs 1 leg cit, findet sich darin jedoch nicht. Schon aus

diesem Grund ist – dem zitierten Judikat des VwGH folgend – eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission anzunehmen.

Lediglich ergänzend ist festzuhalten, dass zum Zeitpunkt der Erlassung dieses Bescheides – de lege ferenda – der Gesetzgeber bereits konkret plant diese Zuständigkeit auch klarstellend im TKG 2003 zu verankern: (RV „Bundesgesetz, mit dem das Telekommunikationsgesetz 2003, das Funkanlagen Marktüberwachungs-Gesetz, das Funker-Zeugnisgesetz 1998, das Postmarktgesetz, das Gebäude- und Wohnungsregister-Gesetz und das KommAustria-Gesetz geändert werden“ 257dB, XXVI. GP)

Es ist daher festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission für das gegenständliche Verfahren zuständig ist.

4.2 Gesetzliche Regelungen

Die Art 2, 3 u 5 der VO (EU) 2015/2120 (TSM-VO) lauten auszugsweise wie folgt:

„Artikel 2

Begriffsbestimmungen

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

Darüber hinaus gelten die folgenden Begriffsbestimmungen:

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

Artikel 3

Gewährleistung des Zugangs zum offenen Internet

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

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

(2) Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten wie Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit sowie die Geschäftspraxis der Anbieter von

Internetzugangsdiensten dürfen die Ausübung der Rechte der Endnutzer gemäß Absatz 1 nicht einschränken.

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

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

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

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

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

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

[...]

Artikel 5

Aufsicht und Durchsetzung

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

elektronischer Kommunikation, einschließlich der Anbieter von Internetzugangsdiensten, vorschreiben.

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

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

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

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

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

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

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

§ 81 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (UrhG), BGBl 1936/111 idF BGBl I 2018/63, lautet wie folgt:

„§ 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.

¹ http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-b_0.pdf, abgerufen am 13.11.2018.

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

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

„Artikel 12

Reine Durchleitung

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

a) die Übermittlung nicht veranlaßt,

b) den Adressaten der übermittelten Informationen nicht auswählt und

c) die übermittelten Informationen nicht auswählt oder verändert.

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

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

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

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

1. die Übermittlung nicht veranlasst,

2. den Empfänger der übermittelten Informationen nicht auswählt und

3. die übermittelten Informationen weder auswählt noch verändert.

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

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

[...]“

4.3 Anzuwendendes Verfahrensrecht

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

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

Da dieser Grundsatz auch für das gegenständliche Verfahren angewandt werden kann, hat sich die Telekom-Control-Kommission grundsätzlich am Verfahren nach § 91 TKG 2003 orientiert. Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission gemäß Art 1 Abs 2 Z 1 EGVG das AVG 1991 anzuwenden. Von besonderer Relevanz ist im gegenständlichen Fall § 38 AVG:

„§ 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.“

4.4 Verfahrensparteien

kabelplus ist als Anbieter von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 TSM-VO Partei dieses Aufsichtsverfahrens, weil sie durch die Vornahme von Zugangssperren zu den im Spruch

angeführten Websites eine Verkehrsmanagementmaßnahme iSd Art 3 Abs 3 gesetzt hat und von Seiten der nach Art 5 TSM-VO für Aufsichtsverfahren zuständigen Regulierungsbehörde geklärt werden musste, ob dieses Verhalten einen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO darstellt.

LSG, Allegro und US waren an den Verfahren beteiligt, in denen gegenüber kabelplus Gerichtsentscheidungen ergangen sind bzw haben kabelplus gestützt auf § 81 Abs 1a UhrG Abmahnungen samt Sperraufforderungen geschickt bzw einen Vergleich mit dieser abgeschlossen. Eine Entscheidung über die Zulässigkeit der bereits vorgenommenen Zugangssperren zu den Websites durch den Betreiber und eine damit unter Umständen einhergehende Anordnung von Maßnahmen zur Beseitigung solcher Zugangssperren hätte die Rechtsstellung der genannten Rechteinhaber berührt. Die Rechteinhaber sind als von der Entscheidung Betroffene anzusehen (zum Begriff des Betroffenen iSd Art 4 Rahmen-RL siehe EuGH, 22.01.2015, C-282/13; dem folgend VwGH, 18.02.2015, 2015/03/0001) und waren daher am gegenständlichen Aufsichtsverfahren gemäß Art 4 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG idF 2009/140/EG iVm § 8 AVG 1991 als (mitbeteiligte) Parteien beizuziehen.

4.5 Zu den Bestimmungen der TSM-VO

Mit Inkrafttreten der Bestimmungen der TSM-VO wurden in den Art 2 bis 6 der genannten Verordnung (ua) unionsweite Regeln zur Wahrung der gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Behandlung des Datenverkehrs bei der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten und damit einhergehender Rechte der Endnutzer geschaffen.

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

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

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

Neben dem bereits erwähnten Recht des Endnutzers, Anwendungen und Dienste bereitzustellen, normiert Art 3 Abs 1 TSM-VO auch das Recht der Endnutzer, über seinen Internetzugangsdienst,

unabhängig von Standort, Ursprung oder Bestimmungsort der Informationen, Inhalte Anwendungen oder Dienste, Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten, Anwendungen und Dienste sowie Endgeräte seiner Wahl zu nutzen.

Art 3 Abs 1 TSM-VO räumt Endnutzern ein – mit Art 47 GRC inhaltlich vergleichbares – garantiertes Recht auf Zugang zu (legalen) Inhalten im Internet.

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

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

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

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

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

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

„Jede Verkehrsmanagementpraxis, die über solche angemessenen Verkehrsmanagementmaßnahmen hinausgeht indem sie eine Blockierung, Verlangsamung, Veränderung, Beschränkung, Störung, Schädigung oder Diskriminierung je nach spezifischen Inhalten, Anwendungen oder Diensten oder spezifischen Kategorien derselben vornimmt, sollte — vorbehaltlich begründeter und genau festgelegter Ausnahmen nach Maßgabe dieser Verordnung — verboten werden. Diese Ausnahmen sollten einer strengen Auslegung und strengen Anforderungen

an die Verhältnismäßigkeit unterliegen. Bestimmte Inhalte, Anwendungen und Dienste, wie auch bestimmte Kategorien derselben, sollten geschützt werden wegen der negativen Auswirkungen, die eine Blockierung oder andere, nicht unter die begründeten Ausnahmen fallende Beschränkungsmaßnahmen auf die Wahl der Endnutzer und die Innovation haben. [...]“

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

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

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

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

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

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

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

Wie bereits vom OGH festgehalten, ergibt sich aus ErwG 13 TSM-VO, dass (ua) auch urheberrechtliche Sperranordnungen unter die Ausnahmebestimmung des Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO fallen (OGH 24.10.2017, 4 Ob 121/17y). Für eine zulässige Zugangssperre zu Websites muss jedenfalls eine entsprechende Rechtsgrundlage im Unionsrecht oder nationalen Recht vorhanden sein, die wiederum in Einklang mit dem Unionsrecht und insbesondere der GRC steht. Der EuGH hat bereits ausgesprochen, dass die Voraussetzungen für einen Unterlassungsanspruch des Rechteinhabers gegen den Vermittler nach Art 8 Abs 3 Info-RL und die Erlassung von Sperrverfügungen nach Art 8 Abs 3 Info-RL eine Abwägung verschiedener Grundrechte notwendig machen (EuGH 27.03.2014, C-314/12, *UPC Telekabel Wien / Constantin Film Verleih ua*). Anschließend an die Ausführungen des EuGH hielt der OGH fest, dass im Falle von Ansprüchen nach § 81 Abs 1a UrhG das als geistiges Eigentum geschützte Urheberrecht (Art 17 Abs 2 GRC) der antragstellenden Rechteinhaber sowie deren Recht auf wirksame Rechtsdurchsetzung (Art 47 GRC) mit dem Grundrecht der Internetnutzer und Websitebetreiber sowie der am Verfahren beteiligten Access-Provider auf Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit (Art 11 GRC) und auf unternehmerische Freiheit (Art 16 GRC) abzuwägen ist (OGH 14.10.2017, 4 Ob 121/17y). Die Möglichkeiten der Abwägung von oben angeführten Grundrechten und der Geltendmachung von Ansprüchen durch jene, in deren Grundrecht eingegriffen wird, sieht der OGH in der nationalen Rechtsordnung als gewährleistet an.

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

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

4.7 Zur urheberrechtlichen Vorfrage

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

In jenen Fällen, in denen über den Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG das zuständige Gericht als Hauptfrage rechtskräftig entschieden hat, ist die Telekom-Control-Kommission innerhalb der Rechtskraftgrenze der Gerichtsentscheidung gebunden (zur Bindung an rk Entscheidungen: VwGH, 30.10.1978, 1668/77; 19.6.1996, 96/03/0121). Somit ist die Entscheidung der zuständigen Behörde der Entscheidung in diesem Verfahren zu Grunde zu legen (VwGH, 19.6.1996, 96/03/0121). Rechtsakte, die eine Bindungswirkung entfalten, sind Urteile (VwGH, 31. 8. 2004, 2004/21/0182) und Beschlüsse (VwSlg 7250 A/1967; VwGH, 11. 4. 1984, 81/11/0027; 14. 2. 1986, 86/17/0022; 17. 2. 1995, 95/17/0016) der Gerichte (*Hengstschläger/Leeb*, [Stand 1.7.2005, rdb.at], AVG § 38 Rz 22 mit Verweis auf *Hengstschläger* in FS Barfuß 77f; *Walter* in FS Koja 619ff, 632f). Bei gerichtlichen Vergleichen handelt es sich um keine Entscheidungen und somit können sie von vornherein keine Bindungswirkung iSd § 38 AVG entfalten (VwGH, 27. 3. 1987, 86/11/0032; 26. 2.2002, 2001/11/0322). Auch der Abschluss eines außergerichtlichen Vergleichs stellt keine Entscheidung dar, vielmehr ist er als materiell-rechtlicher Bereinigungsvertrag iSd § 1380 ABGB bei der Beurteilung des Vorliegens eines Anspruches nach § 81 Abs 1a UrhG von Relevanz. Sofern keine die Telekom-Control-Kommission bindende Entscheidung des für den Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG zuständigen Gerichtes gegenüber dem betroffenen Anbieter von Internetzugangsdiensten vorliegt, muss das tatsächliche Bestehen dieses Anspruches im Rahmen des Verfahrens nach Art 5 TSM-VO als Vorfrage beurteilt werden.

- Websites *kinox.tv, kinox.am, kinox.nu, kinox.pe, kinox.me, movie4k.tv, movie4k.me, movie.to, movie2k.pe, movie2k.cm, scene-streams.com, filme-streamz.com und kkiste.to:*

Mit der gegenüber kabelplus ergangenen gerichtlichen Entscheidung betreffend die Verpflichtung zur Unterlassung der Vermittlung zu den oben genannten Websites (Versäumungsurteil, HG Wien 24.01.2018, 19 Cg 59/16x, dem vorausgehend: Einstweilige Verfügung vom 14.12.2016 bzw berichtigte Version vom 20.12.2016, HG Wien) wurde rechtskräftig ausgesprochen, dass diese Websites strukturell urheberrechtsverletzend sind und kabelplus es zu unterlassen hat, den Zugang zu diesen zu vermitteln. Diese Entscheidungen werden daher im gegenständlichen Verfahren zu Grunde gelegt. Der Anspruch nach § 81 Abs 1a UhrG besteht zu Recht, im gegenständlichen Verfahren werden diese Websites als strukturell urheberrechtsverletzend bewertet.

- Websites *thepiratebay.gd, thepiratebay.la, thepiratebay.mn, thepiratebay.mu, thepiratebay.sh, thepiratebay.tw, thepiratebay.fm, thepiratebay.ms, thepiratebay.vg, thepiratebay.se, isohunt.to, h33t.to sowie 1337x.to*

Betreffend diese Websites wurde vom zuständigen Handelsgericht Wien am 20.11.2015 gegenüber kabelplus eine einstweilige Verfügung zu 11 Cg 91/15t erlassen, die schlussendlich – nach Aufhebung durch das OLG Wien – durch den OGH wiederhergestellt wurde (OGH 24.10.2017, Ob 121/17y). Anschließend wurde über die Sperre der oben angegebenen Websites ein prätorischer

Vergleich geschlossen (7 C 795/17). Obwohl ein prätorischer Vergleich keine Bindungswirkung entfaltet, kann hier davon ausgegangen werden, dass sowohl der Sachverhalt als auch die Rechtsfrage über das Bestehen eines Anspruches nach § 81 Abs 1a UrhG ausreichend geklärt worden sind. Schlussendlich hätte ein Versäumnisurteil in diesem Stadium – vom Herbeiführen einer bindenden Entscheidung iSd Anforderungen des § 38 AVG abgesehen – materiell-rechtlich keinen Mehrwert gebracht. Auch sind Sperrverfügungen – wie die hier ergangene einstweilige Verfügung zu 11 Cg 91/15t – zur Erfüllung des Ausnahmetatbestandes des Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO jedenfalls ausreichend. Bei der weiteren Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Unterlassung der Vermittlung des Zugangs zu diesen Websites durch kabelplus einen Verstoß gegen Art 3 TSM-VO darstellt, wird vom Bestehen des Anspruches nach § 81 Abs 1a UrhG und dem Vorliegen von strukturell urheberrechtsverletzenden Websites ausgegangen.

- **Websites *thepiratebay.org*, *thepiratebay.red*, *piratebayblocked.com*, *pirateproxy.cam*, *proxydl.cf*, *1337x.st* und *tpb.ducsea.com***

Die Zugangssperren zu diesen Websites waren zusätzlich Gegenstand des oben erwähnten prätorischen Vergleichs zwischen kabelplus und der LSG als Rechteinhaberin, ohne dass es zu diesen Websites eine gerichtliche Entscheidung gab. Dass auf den genannten Websites in das durch § 18a UrhG geschützte Zurverfügungstellungsrecht der von LSG vertretenen Tonträgerhersteller eingegriffen wird, bestreitet kabelplus nicht. Auch führt sie in ihrem Schreiben vom 28.02.2018 selbst aus, dass die Websites in ihrer gestalterischen Darstellung, ihrem Inhalt und in ihrer Funktionalität jenen entsprechen, die bereits aufgrund einer (höchst-)gerichtlichen Entscheidung gesperrt worden sind. Sowohl die Rechteinhaberin als auch kabelplus gehen davon aus, dass es sich bei diesen Websites um sogenannte „Klonseiten“ jener Websites handelt, zu denen der Zugang bereits aufgrund von Sperrverfügungen der Gerichte gesperrt worden ist. Zudem existiert mit dem am 15.12.2017 geschlossenen gerichtlichen Vergleich bereits ein Exekutionstitel iSd § 1 Z 5 EO. Obwohl dieser gerichtliche Vergleich keine bindende gerichtliche Entscheidung darstellt, wurde doch damit zwischen der Rechteinhaberin und kabelplus die fragliche Rechtssituation inhaltlich bereinigend geregelt. Es ist auch davon auszugehen, dass das zuständige Gericht dem Antrag der Rechteinhaberin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die kabelplus aufgrund des Vorbringens entsprochen hätte. Daher geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass auch diese Seiten strukturell urheberrechtsverletzend sind und der Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG gegeben ist.

- **Website *x1337x.ws***

Die Vermittlung des Zugangs zu der Website *x1337x.ws* wurde aufgrund einer Abmahnung durch die Rechteinhaberin vom 12.01.2018 gesperrt. Auch hier wird weder von der Rechteinhaberin noch von kabelplus bestritten, dass es sich bei dieser Website um eine sogenannte „Klonseite“ der Website *1337x.to* handelt, zu der der Zugang bereits aufgrund einer Sperrverfügung der Gerichte gesperrt worden ist. Das Vorbringen der Rechteinhaberin in ihrem Abmahnschreiben vom samt den Screenshots von *1337x.ws* und *1337x.to*, das Vorbringen der kabelplus sowie auch die Angabe der Betreiber der gegenständlichen Website, dass es sich bei der Website *x1337x.ws* um eine Klonseite von *1337x.to* handelt (AV ON 33), reichen aus, um das Vorliegen einer strukturell urheberrechtsverletzenden Website und auch das Bestehen des Anspruchs der Rechteinhaberin nach § 81 Abs 1a UrhG zu bejahen.

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

4.8 Zum Partein vorbringen

Soweit kabelplus vorbringt, die Telekom-Control-Kommission könne im vorliegenden Verfahren konkretisieren, ob Rechteinhaber in einer außergerichtlichen Aufforderung (Abmahnung) ihre Aktivlegitimation und ihren Anspruch sowie die Ähnlichkeit des gegenständlichen Onlineportals zu jenen Portalen, zu denen bereits eine gerichtliche Entscheidung vorliegt, bescheinigen können und gegebenenfalls in welchem Ausmaß sie dies tun müssen und welchen Grad die Ähnlichkeit aufweisen muss, ist Folgendes auszuführen:

Festzuhalten ist, dass eine gerichtliche Entscheidung jedenfalls eine (die Verwaltungsbehörde bindende) Klärung des Anspruchs nach § 81 Abs 1 UrhG darstellt und zur Sperre der von der Gerichtsentscheidung umfassten Websites berechtigt und verpflichtet. Ebenfalls zutreffend ist, dass eine Entsprechung einer Abmahnung vermeintlicher Rechteinhaber ein Aufsichtsverfahren nach Art 5 TSM-VO nach sich zieht, in dem die Regulierungsbehörde als Vorfrage das Vorliegen eines Anspruches nach § 81 Abs 1a UrhG selbst beurteilen muss, um schlussendlich die Zulässigkeit solcher Verkehrsmanagementmaßnahmen im Hinblick auf Art 3 Abs 3 TSM-VO feststellen zu können. Wie bereits unter Punkt 4.7 ausgeführt, bedeutet dies jedoch nicht, dass bei tatsächlichem Bestehen des Anspruchs nach § 81 Abs 1a UrhG der Anbieter von Internetzugangsdiensten einen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO begangen habe. Dass die eigenständige Beurteilung des Bestehens eines Anspruchs nach § 81 Abs 1 UrhG samt Abwägung der Grundrechte aller Endnutzer (einschließlich der Content-Anbieter samt betroffener Websitebetreiber) eine Herausforderung darstellen kann, ist unbestritten. Auf der anderen Seite muss berücksichtigt werden, dass auch eine allenfalls ergangene Gerichtsentscheidung iZm der Wahrung von Grundrechten Dritter nur das Vorbringen des Anbieters von Internetzugangsdiensten berücksichtigen kann und mangels eines solchen (etwa regelmäßig bei Versäumungsurteilen, aber auch sonst grundsätzlich denkbar) diese Abwägung keinen Eingang in die Gerichtsentscheidung findet. Das Gericht nimmt diese Abwägung nicht amtswegig vor, sondern nur aufgrund von Partein vorbringen. Somit ist auch in solchen Fällen nicht ausgeschlossen, dass Endnutzer nachträglich selbst gegen eine der beiden Verfahrensparteien (Anbieter von Internetzugangsdiensten oder Rechteinhaber) gerichtlich vorgehen und obsiegen. Daher muss der Anbieter von Internetzugangsdiensten immer die Interessen aller von der Maßnahme Betroffenen berücksichtigen und die Grundrechteabwägung vornehmen, um auch dauerhaft keine nachteiligen Rechtsfolgen fürchten zu müssen.

Das Vorbringen der kabelplus zur Problematik der Dauer der Aufrechterhaltung der jeweiligen Sperren und einer dadurch erzeugten „de-facto Überwachungspflicht“ des Internetzugangsdiensteanbieters ist nachvollziehbar und verständlich, jedoch im Lichte der Judikatur des OGH zu Unterlassungsansprüchen (OGH 24.01.2018, 3 Ob 1/18w) und der diesen Ansprüchen immanenten Überwachungspflichten unvermeidbar. kabelplus beschreibt hiermit und auch mit den in Punkt 5 letztlich eine Problematik, die nur der Gesetzgeber durch Änderung der verfahrensrechtlichen Umstände zu lösen vermag. Die Telekom-Control-Kommission hat sich jedenfalls an der Sachlage zum Entscheidungszeitpunkt bzw hinsichtlich der Ansprüche nach § 81 Abs 1a UrhG an den bindenden Vorfrageentscheidungen der ordentlichen Gerichte zu orientieren.

Einleitend führen die mitbeteiligten Parteien in ihren Stellungnahmen vom 24.05. bzw 25.05.2018 zu Verfahrensgegenstand und Zuständigkeiten bzw Umfang des gegenständlichen Verwaltungsverfahrens aus. Insbesondere wird vorgebracht, das gegenständliche Verfahren müsse engen Grenzen folgen, da es nicht zu einer nachprüfenden Kontrolle von (zivil-)gerichtlichen Entscheidungen durch eine Verwaltungsbehörde kommen dürfe. Dies widerspreche dem verfassungsmäßigen Grundsatz der Gewaltenteilung.

Unbestritten ist, dass die Entscheidung über urheberrechtliche Unterlassungsansprüche nach § 81 Abs 1a UrhG in der Hauptfrage den ordentlichen Gerichten vorbehalten ist. Dies deckt sich auch mit den anzuwendenden Verwaltungsverfahrensvorschriften, insbesondere mit § 38 iVm § 69 Abs 1 Z 4 AVG, aus denen sich eine Bindungswirkung von Verwaltungsbehörden an rechtskräftige Entscheidungen eines ordentlichen Gerichts ergibt (dazu ausführlich unter Punkt 4.7). Somit ist bereits ex-lege eine behauptete „nachgeordnete Überprüfung“ der gegenständlichen gerichtlichen Entscheidungen durch die Telekom-Control-Kommission ausgeschlossen und die diesbezüglichen Befürchtungen der mitbeteiligten Parteien unbegründet.

Ins Leere geht auch das Vorbringen, die Telekom-Control-Kommission solle sich überhaupt der Beurteilung von Unterlassungsansprüchen nach § 81 Abs 1a UrhG enthalten: Wie bereits dargelegt, bildet die Frage des Zu Recht Bestehens dieser Ansprüche in jenen Fällen, in denen keine gerichtliche Entscheidung existiert, im gegenständlichen Verfahren eine Vorfrage iSd § 38 AVG, zu deren eigenständiger Beurteilung die Telekom-Control-Kommission zur Verfahrenserledigung verpflichtet ist.

Schon im Hinblick auf die verfahrensrechtlich eindeutige Rechtslage ist festzuhalten, dass der VfGH – im Hinblick auf Art 94 B-VG – keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine solche Aufgabenteilung zwischen ordentlichen Gerichten und Verwaltungsbehörden hegt (*Hengstschläger/Leeb*, AVG § 38, Rz 4). Vielmehr sei es unvermeidlich, dass Verwaltungsbehörden Vorfragen beurteilen, deren Lösung als Hauptfrage den Gerichten obliegt und umgekehrt. Es ist in diesem Zusammenhang auch nicht ausgeschlossen, dass ein und dieselbe Rechtsfrage je nach ihrem Zusammenhang einmal von einem Gericht und einmal von einer Verwaltungsbehörde beantwortet wird; es wird aber dann nicht in zwei verschiedenen Verfahren über dieselbe (konkrete) Rechtssache, sondern – teilweise unter Beantwortung gleicher (abstrakter) Rechtsfragen – über unterschiedliche Sachen entschieden (VfSlg 10.476/1985; diesem folgend VfSlg 16.772/2002; 17.083/2003).

Weiters wird zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission ausgeführt, dass sie das gegenständliche Verfahren einzustellen habe, da ihr gar keine Überprüfungsbefugnis für die von ihr relevierten Sperrmaßnahmen zukomme. Auch dieses Vorbringen scheitert schon an der eindeutigen Vollzugsklausel des Art 5 Abs 1 TSM-VO, nach der die nationalen Regulierungsbehörden die Einhaltung von Art 3 u 4 TSM-VO genau überwachen und sicherstellen müssen. Die Telekom-Control-Kommission ist daher dafür zuständig, zu beurteilen, ob die Ausnahmebestimmungen des Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO eingehalten werden. Für eine andere Interpretation – insbesondere für jene der mitbeteiligten Parteien – bleibt angesichts dieser klaren Formulierung samt unmissverständlicher Erläuterungen hierzu (ErwG 19) jedenfalls kein Platz. Doch selbst wenn man dieser Auslegung folgen würde, wäre für die mitbeteiligten Parteien nichts gewonnen: Die Entscheidung, ob Art 3, 4 TSM-VO eingehalten oder verletzt werden, ist aufgrund von Art 5 Abs 1 leg cit jedenfalls als Hauptfrage von der Regulierungsbehörde im Verwaltungsverfahren zu klären. Die Regulierungsbehörde hätte somit auch in diesen Fällen

zumindest die Vereinbarkeit der vom Anbieter von Internetzugangsdiensten ergriffenen technischen Verkehrsmanagementmaßnahmen mit Art 3 Abs 1 TSM-VO bzw den Verhältnismäßigkeitsanforderungen des Art 3 Abs 3 UAbs 3 zu überprüfen.

Daran ändert auch das Vorbringen der mitbeteiligten Parteien zu ErwG 7 der TSM-VO nichts: Dieser ErwG bezieht sich lediglich auf jene Maßstäbe, die die Regulierungsbehörden bei (zulässigen) Vereinbarungen zwischen Endnutzern und Anbietern von Internetzugangsdiensten nach Art 3 Abs 2 leg cit anzuwenden haben. Diese Vereinbarungen sind aber bereits ex lege auf vertragliche Parameter wie Geschwindigkeit, Datenvolumen etc eingeschränkt und es kann auf dieser Grundlage nichts vereinbart werden, was gegen Art 3 Abs 3 UAbs 3 leg cit verstößt². ErwG 7 bezieht sich daher nur auf die Bedingungen, bei deren Vorliegen die Regulierungsbehörde selbst gegen die an sich explizit für zulässig erklärten Vereinbarungen bzw Geschäftsgepflogenheiten nach Art 3 Abs 2 TSM-VO vorzugehen hat, weil diese in ihren Auswirkungen die Endnutzerrechte des Art 3 Abs 1 leg cit einschränken. Somit normiert – im Gegensatz zur Auslegung der mitbeteiligten Parteien – die TSM-VO nicht nur ein umfangreiches Überwachungs- und Eingriffsrecht der Regulierungsbehörden im Hinblick auf die Einhaltung der TSM-VO, sondern sogar ein Eingriffsrecht in Hinblick auf (an sich für zulässig erklärte) Vereinbarungen iSd Art 3 Abs 2 leg cit, wenn diese in ihren Auswirkungen bestimmte Grenzen überschreiten. Es kommt daher nicht darauf an, ob die von den mitbeteiligten Parteien genannte „Kernbeeinträchtigung“ der Endnutzerrechte nach Art 3 Abs 1 TSM-VO vorliegt, vielmehr ist jede Verletzung der Art 3 u 4 TSM-VO gleich welchen Ausmaßes von der Regulierungsbehörde zu verfolgen.

Unstrittig ist insoweit auch, dass die TSM-VO selbst keine Beurteilung der Zulässigkeit oder Rechtmäßigkeit von Inhalten vornimmt, sondern die diesbezüglichen unionsrechtlichen bzw im nationalen Recht vorhandenen Bestimmungen (die im Einklang mit den europäischen Grundrechten stehen) unberührt bleiben und sich das Recht der Endnutzer iSd Art 3 Abs 1 leg cit, unbeschränkter Zugang zu Inhalten zu haben, nur auf „legale“ Inhalte bezieht. Die grundsätzliche Frage ist somit jene, wie konkret und mit den grundrechtlichen Anforderungen des Art 3 Abs 1 TSM-VO iVm Art 47 u 52 GRC kompatibel festgestellt wird, welche Inhalte rechtmäßig und welche unrechtmäßig sind. Weiters ist im gegenständlichen Fall (wie bereits zuvor ausgeführt) unstrittig, dass § 81 Abs 1a UrhG eine Rechtsgrundlage iSd Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO darstellt.

Die Ausführungen der mitbeteiligten Parteien insbesondere zur bereits zitierten Entscheidung des OGH (4 Ob 121/17y) bzw zur Frage, ob bereits Abmahnungen nach § 81 Abs 1a UrhG die Anforderungen von Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO erfüllen, vermögen hingegen nicht zu überzeugen. In der genannten Entscheidung hielt der OGH fest, dass § 81 Abs 1a UrhG eine ausreichende Rechtsgrundlage darstellt, um eine Zugangssperre überhaupt vornehmen zu können und dass eine gem § 81 Abs 1a leg cit beantragte Sperranordnung den Bestimmungen der TSM-VO nicht entgegensteht. Der OGH hat sich im konkreten Fall nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob schon die Abmahnung durch einen vermeintlichen Rechteinhaber dazu führt, dass ein Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO ausgeschlossen ist, weil die Ausnahmebestimmung nach Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO dadurch jedenfalls erfüllt wäre. Dass ein berechtigter Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG eine ausreichende Rechtfertigung darstellt, ist unstrittig. Auch stellt eine Sperre, die auf Grund eines tatsächlich bestehenden Anspruches nach § 81 Abs 1a UrhG vorgenommen wurde, keine Verletzung von Art 3 Abs 3 TSM-VO dar. Solange jedoch keine gerichtliche Entscheidung über den vermeintlichen Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG vorliegt, muss die Telekom-Control-

² Vgl auch den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 18.12.2017, R 5/17-11, https://www.rtr.at/de/tk/R5_17_Bescheid_18122017

Kommission diesen Anspruch als Vorfrage im Verfahren nach Art 5 TSM-VO behandeln, um feststellen zu können, ob ein Verstoß gegen Art 3 Abs 3 leg cit vorliegt. Im Ergebnis bedeutet dies – jedenfalls in den Fällen, in denen auch die Telekom-Control-Kommission den Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG als gegeben ansieht – dass die im Ausmaß des Notwendigen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgte Zugangssperre keinen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO darstellt. Dieses Ergebnis ist aber – im Gegensatz zu den Fällen, in denen eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung vorliegt – nicht zwingend.

Die Unterscheidung, ob eine gerichtliche Entscheidung über diesen Unterlassungsanspruch vorliegt oder der Anbieter von Internetzugangsdiensten aufgrund der Abmahnung eine entsprechende Sperre einrichtet, ist daher weitgehend auf verfahrensrechtliche Aspekte beschränkt: Im Rahmen des Verwaltungsverfahrens ist bei Vorliegen einer gerichtlichen Entscheidung die Regulierungsbehörde an den gerichtlichen Ausspruch über diesen Unterlassungsanspruch als Vorfrageentscheidung iSd in Punkt 4.7 zitierten Judikatur des VfGH gebunden. Diese Vorfrageentscheidung wird also im Verwaltungsverfahren zu Grunde gelegt und bedarf keiner weiteren Ermittlung oder Beurteilung, wodurch sich ein solches Verfahren auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit und Kompatibilität der ergriffenen technischen Sperrmaßnahmen (Verkehrsmanagementmaßnahmen) mit Art 3 Abs 1 TSM-VO beschränken kann.

Existiert aber keine gerichtliche Entscheidung dieser Vorfrage, muss die Regulierungsbehörde im Rahmen der Vorfragenbeurteilung nach § 38 AVG selbstständig beurteilen, ob der Unterlassungsanspruch iSd § 81 Abs 1a UrhG zu Recht besteht. Daraus entsteht letztlich auch keiner Partei ein rechtlicher Nachteil, da im Fall, dass nachträglich eine anderslautende gerichtliche Entscheidung über die Vorfrage ergeht, den Parteien für den Zeitraum von drei Jahren die Wiederaufnahme nach § 69 Abs 1 Z 3 AVG offensteht.

Hinsichtlich der weiteren Ausführungen der mitbeteiligten Parteien, die Telekom-Control-Kommission möge „erga omnes“ aussprechen, dass alle „Öffentlichen Internet Kommunikationsdienstleister“ in ihrem Wirkungsbereich dazu berechtigt wären, solche Sperren im Anlassfall vorzunehmen, genügt es auf Art 5 Abs 1 TSM-VO und das verfassungsrechtliche „Verbot des Rechtsformenmissbrauchs“ im Rahmen des Verwaltungshandelns hinzuweisen. Das Vorbringen der mitbeteiligten Parteien ist letztlich auf die Erlassung einer Verordnung gerichtet: *„Die Abgrenzung zwischen Bescheid und Verordnung ist grundsätzlich danach vorzunehmen, ob sich der Verwaltungsakt an „individuell bestimmte Personen“ richtet, und sich darin auch seine Wirkung erschöpft, oder ob sich die Wirkung des Rechtsaktes darüber hinaus auf einen nach generellen Merkmalen bestimmten Adressatenkreis erstreckt (Hinweis VfGH E 18.3.1981, B 386/76, VfSlg 9072/1981), in welchem Fall auch dann eine Verordnung vorliegt, wenn sie formell (nur) an einen oder mehrere bestimmte Adressaten ergangen sein sollte (Hinweis VfGH B 29.11.1983, B 539/82, VfSlg 9873/1983).“* (VfGH 19.03.1991, 90/08/0139). Darauf, dass die Erlassung eines solchen Rechtsaktes in Form einer Verordnung einer ausdrücklichen gesetzlichen Rechtsgrundlage bedarf (die aber nicht vorhanden ist) und die Entscheidung in dieser Form aufgrund der Umgehung der Parteistellung durch „Betroffenheit“ iSd Art 4 RL 2002/21/EG idgF (RahmenRL) aller nicht an diesem Verfahren beteiligten Anbieter von Internetzugangsdiensten gesetzwidrig wäre, sei hingewiesen.

Zu dem von mitbeteiligten Parteien mit Stellungnahme vom 29.06.2018 vorgelegten Gutachtens eines deutschen Universitätsprofessors ist festzuhalten, dass dieses die deutsche Rechtslage – insbesondere zur Störerhaftung nach deutschem Recht – betrifft und sich daraus für das gegenständliche Verfahren nichts gewinnen lässt. Darüber hinaus sind die dortigen Ausführungen

auch nicht weiter verfahrensrelevant, da – wie oben bereits dargelegt – die Frage der Zulässigkeit einer Sperre von Inhalten durch einen Anbieter von Internetzugangsdiensten iSd Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO iVm § 81 Abs 1a UrhG nicht vom Vorliegen einer gerichtlichen Entscheidung abhängt, sondern nur von der Frage, ob der Unterlassungsanspruch nach der letztzitierten Bestimmung gegenüber dem betroffenen Anbieter von Internetzugangsdiensten zu Recht besteht oder nicht.

Die weiteren Ausführungen in dieser Stellungnahme gehen unrichtig davon aus, dass Anbieter von Internetzugangsdiensten in ihren AGB zur privatrechtlichen Vereinbarung (Art 3 Abs 2 TSM-VO) von Inhaltesperren befugt wären. Schon aus Art 3 Abs 2 TSM-VO ergibt sich, dass mit solchen Vereinbarungen die Rechte der Endnutzer nicht eingeschränkt werden dürfen. Vor allem aber ist eine solche Vereinbarung schon deshalb unzulässig, da sie gegen die gegenüber Anbietern von Internetzugangsdiensten absolut wirkenden Verbotstatbestände des Art 3 Abs 3 UAbs 3 leg cit verstößt. Da diese Verbote ausschließlich im Rahmen der Erfüllung der eng gefassten Ausnahmetatbestände von Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a-c leg cit zulässig sind, ist schon aus diesem Grund ausgeschlossen, dass gegen Art 3 Abs 3 UAbs 3 leg cit verstoßende Verkehrsmanagementmaßnahmen Gegenstand einer zulässigen Vereinbarung nach Art 3 Abs 2 TSM-VO sein können. Art 3 Abs 3 UAbs 3 leg cit ist diesbezüglich jedenfalls dispositionsresistent.³ Folgerichtig handelt es sich beim zitierten Passus aus den AGB lediglich um eine Transparenzinformation an Endnutzer, dass der Anbieter von Internetzugangsdiensten zu solchen Sperren verpflichtet werden kann.

4.9 Zur Verfahreneinstellung

Die von kabelplus unterlassene Vermittlung durch Einrichtung von Zugangssperren zu den im Spruchpunkt aufgezählten Websites diene der Entsprechung von zu Recht bestehenden Ansprüchen der Rechteinhaber nach § 81 Abs 1a UrhG und die Verkehrsmanagementmaßnahmen erfolgten im Ausmaß des Notwendigen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch Einrichtung von DNS-Sperren. Die Einrichtung dieser Verkehrsmanagementmaßnahmen stellt aufgrund von Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO keinen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO dar. Daher war spruchgemäß zu entscheiden und das Aufsichtsverfahren nach Art 5 TSM-VO gegenüber kabelplus einzustellen.

Dem von kabelplus in Punkt 1.3 ihrer Stellungnahme vom 01.10.2018 geäußerten Wunsch „das Verfahren hinsichtlich der Website „x1337x.ws“ nicht einzustellen, konnte nicht entsprochen werden, da wie in den Punkten 4.7 und 4.8 begründet, auch diese Sperre (Verkehrsmanagementmaßnahme) durch die Erfüllung der Ausnahmebestimmung des Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a leg cit keinen Verstoß gegen die TSM-VO darstellt.

4.10 Zu den Anträgen der mitbeteiligten Parteien

Sowohl die mitbeteiligten Parteien Allegro, US, als auch LSG beantragten die Einstellung des gegenständlichen Verfahrens. Darüber hinaus wurden von allen mitbeteiligten Parteien weitere unterschiedliche Anträge gestellt. Da die mitbeteiligten Parteien in Hinblick auf die Einstellung des Verfahrens beschwerdefrei gestellt wurden, muss das diesbezügliche weitere Vorbringen nicht erörtert werden.

³ Vgl hierzu erneut: Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 18.12.2017, R 5/17-11, siehe FN 2



III. Rechtsmittelbelehrung

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

Wien, am 26. November 2018

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus Schaller
Der Vorsitzende