

R 3/19 - 20

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 12.04.2019 im amtswegig eingeleiteten Verfahren R 3/19 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Das gegenüber Hutchison Drei Austria GmbH, Brünner Straße 52, 1210 Wien, eingeleitete Verfahren nach Art 5 Abs 1 VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 wegen vorgenommener Zugangssperren zu den Websites *kinox.sg*, *movie4k.org*, *movie4k.am* sowie *movie4k.pe* wird mangels Verstoßes gegen Art 3 Abs 3 UAbs 3 VO (EU) 2015/2120 eingestellt.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 21.12.2018 teilte die Hutchison Drei Austria GmbH (im Folgenden: „Hutchison“) der Regulierungsbehörde mit, dass sie den Zugang zu bestimmten Websites aufgrund von Abmahnungen durch eine vermeintliche Rechteinhaberin sperren würde und regte die Überprüfung auf Vereinbarkeit mit Art 3 VO (EU) 2015/2120 („TSM-VO“) durch die zuständige Regulierungsbehörde an.

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 7.1.2019 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 Zugangssperren zu den Websites *kinox.sg*, *movie4k.org*, *movie4k.am* sowie *movie4k.pe* auf ihre Vereinbarkeit mit Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO.

Mit Schreiben vom 9.1.2019 (ON 3) wurde Hutchison über die Einleitung des Verfahrens informiert und gleichzeitig zur Stellungnahme hinsichtlich möglicher Verstöße gegen die oben genannten Bestimmungen aufgefordert. Zugleich teilte die Telekom-Control-Kommission ihre erste Einschätzung in Bezug auf die verfahrensgegenständlichen Websites mit, nach der diese den Anschein von strukturell urheberrechtsverletzenden Websites erweckten und verwies auch auf die bereits gegenüber einem dritten Anbieter von Internetzugangsdiensten ergangenen rechtskräftigen Rechtsakte des Handelsgerichts Wien.

Aufgrund der von Hutchison übermittelten Unterlagen war absehbar, dass auch der vermeintlichen Rechteinhaberin Lisa Film GmbH Parteistellung im gegenständlichen Verfahren einzuräumen war. Daher wurde diese über ihre Parteistellung informiert und zur Stellungnahme aufgefordert (ON 4).

Mit Schreiben vom 29.1.2019 nahm die Lisa Film GmbH als mitbeteiligte Partei Stellung (ON 12) und verwies auf die bereits ergangene Judikatur der ordentlichen Gerichte sowie auf die in den Verfahren zu R 1-5, 8, 9/18 ergangenen Bescheide der Telekom-Control-Kommission.

Mit Schreiben vom 6.3.2019 teilte die Telekom-Control-Kommission beiden Verfahrensparteien die Ergebnisse der Beweisaufnahme – (auch) im Hinblick auf die von Hutchison konkret ergriffenen Verkehrsmanagementmaßnahmen – mit.

Mit Schreiben vom 20.3.2019 (ON 18) gab die mitbeteiligte Verfahrenspartei Lisa Film GmbH eine umfassende Stellungnahme samt mehreren Studien über technische und wirtschaftliche Modelle illegaler Websites sowie das Konzept vom Content-Delivery-Network „Cloudflare“ ab. Sie regte die Verfahrenseinstellung an.

2 Festgestellter Sachverhalt

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

Hutchison unterbindet den Zugang ihrer Kunden zu folgenden Websites: *kinox.sg*, *movie4k.org*, *movie4k.am* sowie *movie4k.pe*. Hierzu hat die Gesellschaft DNS-Sperren zu ebendiesen Domains eingerichtet.

Jedenfalls im Beobachtungszeitraum 1.2.2019 bis 8.2.2019 war bei den Websites *kinox.sg*, *movie4k.org*, *movie4k.am* sowie *movie4k.pe* das Content-Delivery-Network (CDN) „Cloudflare“ zwischengeschaltet bzw hat die jeweiligen Inhalte der verfahrensgegenständlichen Websites an den Endnutzer ausgeliefert. Die Effektivität der durch den Anbieter von Internetzugangsdiensten gesetzten DNS-Sperre wird durch den Einsatz des Content-Delivery-Networks „Cloudflare“ nicht berührt. Auch im Hinblick auf Fragen des sog „Overblocking“ bei DNS-Sperren ergeben sich aus der Verwendung von „Cloudflare“ keine Unterschiede.

Die verfahrensgegenständlichen Websites waren im Beobachtungszeitraum von der Internetöffentlichkeit nicht direkt unter den jeweiligen – in diesem Zeitraum zugewiesenen – IP-Adressen abrufbar. Dies auch deshalb, weil einzelne IP-Adressen zur Auslieferung mehrerer (verfahrensgegenständlicher) Domains geteilt wurden. Technisch ist es nicht möglich, basierend auf einer IP-Adresse eine vollständige Liste der darauf befindlichen Domains in Erfahrung zu bringen.

Die Websites *kinox.sg*, *movie4k.org*, *movie4k.am* sowie *movie4k.pe* waren bereits Gegenstand eines Gerichtsverfahrens zwischen Lisa Film GmbH und UPC Telekabel Wien GmbH. Mit Versäumungsurteil vom 12.11.2018 zu GZ 17 Cg 34/2018 h wurde dem Unterlassungsbegehren der Lisa Film GmbH nach § 81 Abs 1a UrhG stattgegeben und die UPC Telekabel Wien GmbH verpflichtet, den Zugang zu den oben genannten Websites zu sperren, da diese strukturell urheberrechtsverletzend seien. Dem vorangehend hatte das zuständige ordentliche Gericht eine einstweilige Verfügung erlassen. Hutchison war nicht als Verfahrenspartei beteiligt. Ihr gegenüber ist kein hoheitlicher Rechtsakt betreffend diese Websites ergangen. Mit Schreiben vom 21.1.2019 übermittelte die Regulierungsbehörde die genannten Rechtsakte des ordentlichen Gerichts an alle Verfahrensparteien zur Kenntnis- und Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 14.12.2018 teilte die als Rechteinhaberin auftretende Lisa Film GmbH Hutchison mit, dass diese die Vermittlung des Zugangs zu den Websites *kinox.sg*, *movie4k.org*, *movie4k.am* sowie *movie4k.pe* zu unterlassen haben. Diesen Schreiben angeschlossen übermittelte die Lisa Film GmbH Screenshots der verfahrensgegenständlichen Websites. Daraufhin sperrte Hutchison den Zugang zu diesen Websites.

Weder Hutchison noch die Rechteinhaberin Lisa Film GmbH brachten vor, dass sich Vertragskunden der Hutchison 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 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 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 sowie der

technischen Realisierung mittels DNS-Sperren ergeben sich aus dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen von Hutchison sowie der Lisa Film GmbH bzw aus den vorgelegten Unterlagen und sind unstrittig.

Der Einsatz des Content-Delivery-Networks „Cloudflare“ bei den verfahrensgegenständlichen Websites ergibt sich aus den Ermittlungen der RTR-GmbH (AV ON 13, AV ON 14) und wird von den beteiligten Parteien nicht bestritten (ON 18). Aus den Ermittlungen der RTR-GmbH ergibt sich des Weiteren, dass der Abruf der verfahrensgegenständlichen Websites jedenfalls im Beobachtungszeitraum 1.2.2019 bis 8.2.2019 von der Internetöffentlichkeit nicht direkt unter den jeweiligen – in diesem Zeitraum zugewiesenen – IP-Adressen abrufbar gewesen ist (AV ON 14). Auch dies wird von den beteiligten Verfahrensparteien nicht bestritten (ON 18).

Die gegenüber UPC Telekabel Wien GmbH ergangenen gerichtlichen Entscheidungen sind aufgrund eines anderen Verfahrens vor der Telekom-Control-Kommission amtsbekannt.

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

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

4.2 Gesetzliche Regelungen

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

„Artikel 2

Begriffsbestimmungen

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

Darüber hinaus gelten die folgenden Begriffsbestimmungen:

1. „Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation“: ein Unternehmen, das öffentliche Kommunikationsnetze oder öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste bereitstellt;

2. „Internetzugangsdienst“: ein öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienst, der unabhängig von der verwendeten Netztechnologie und den verwendeten Endgeräten Zugang zum Internet und somit Verbindungen zu praktisch allen Abschlusspunkten des Internets bietet.

Artikel 3

Gewährleistung des Zugangs zum offenen Internet

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

Artikel 5

Aufsicht und Durchsetzung

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

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

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

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

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

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

¹ http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-b_0.pdf, abgerufen am 03.04.2019.

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 2018/105, 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.

(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, 15 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.

§ 15. Ein Diensteanbieter, der von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz übermittelt, ist für eine automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung, die nur der effizienteren Gestaltung der auf Abruf anderer Nutzer erfolgenden Informationsübermittlung dient, nicht verantwortlich, sofern er

- 1. die Information nicht verändert,*
- 2. die Bedingungen für den Zugang zur Information beachtet,*
- 3. die Regeln für die Aktualisierung der Information, die in allgemein anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt sind, beachtet,*
- 4. die zulässige Anwendung von Technologien zur Sammlung von Daten über die Nutzung der Information, die in allgemein anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt sind, nicht beeinträchtigt und*
- 5. unverzüglich eine von ihm gespeicherte Information entfernt oder den Zugang zu ihr sperrt, sobald er tatsächliche Kenntnis davon erhalten hat, dass die Information am ursprünglichen Ausgangsort der Übertragung aus dem Netz entfernt oder der Zugang zu ihr gesperrt wurde oder dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde die Entfernung oder Sperre angeordnet hat.*

§ 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. Der VwGH (19.04.2012, Zl 2009/03/0170) hat bereits ausgesprochen, dass Verfahrensparteien nicht in ihren Rechten verletzt sind, wenn sich die Telekom-Control-Kommission an den für andere Aufsichtsmaßnahmen bestehenden Verfahrensregeln des § 91 TKG 2003 orientiert.

Da dieser Grundsatz auch für das gegenständliche Verfahren angewandt werden kann, hat sich die Telekom-Control-Kommission 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

Hutchison 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 iVm § 117 Z 17 TKG 2003 für Aufsichtsverfahren zuständigen Regulierungsbehörde geklärt werden musste, ob dieses Verhalten einen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 TSM-VO darstellt.

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

4.5 Zu den Bestimmungen der TSM-VO

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

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

Hutchison 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 11 GRC inhaltlich vergleichbares – garantiertes Recht auf Zugang zu (legalen) Inhalten im Internet.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nach § 81 Abs 1a UrhG, der Art 8 Abs 3 Info-RL in nationales Recht umsetzt, können Vermittler auf Unterlassung der Verletzung von Ausschließungsrechten iSd UrhG geklagt werden, wenn sich derjenige, der eine solche Verletzung begangen hat, der Dienste des Vermittlers bedient. Unter den Begriff des Vermittlers sind auch Access-Provider zu subsumieren (OGH 24.06.2014, 4 Ob 71/14s; 19.05.2015, 4 Ob 22/15m). Falls die Voraussetzungen für einen Ausschluss der Verantwortlichkeit nach den §§ 13 bis 17 ECG vorliegen, bedarf die Klagsführung der vorherigen Abmahnung des Vermittlers. Anbieter von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 TSM-VO sind zugleich auch Access-Provider iSd § 13 ECG und somit auch Vermittler iSd § 81 Abs 1a UrhG. Hutchison ist daher als Anbieter von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 TSM-VO sowie als Access-Provider iSd § 13 ECG zugleich auch Vermittler und somit Verpflichtete nach § 81 Abs 1a UrhG, sofern Hutchison 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 Werkervielfältigungen beitragen, indem sie den Nutzern zur leichteren Auffindung gewünschter geschützter Werktitel indizierte BitTorrent-

Dateien zur Verfügung stellen (OGH 24.10.2017, 4 Ob 121/17y, hier in Bezug auf Musikvervielfältigungen).

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

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

Die Beurteilung der Zulässigkeit der von Hutchison 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 erfolgen.

4.7 Zur urheberrechtlichen Vorfrage

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

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

86/17/0022; 17.2.1995, 95/17/0016) der Gerichte (*Hengstschläger/Leeb* [Stand 1.7.2005, rdb.at], AVG § 38 Rz 22 mit Verweis auf *Hengstschläger* in FS Barfuß 77 f; *Walter* in FS Koja 619 ff, 632 f). Sofern keine die Telekom-Control-Kommission bindende Entscheidung des für den Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG zuständigen Gerichtes gegenüber dem betroffenen Anbieter von Internetzugangsdiensten vorliegt, muss das tatsächliche Bestehen dieses Anspruchs im Rahmen des Verfahrens nach Art 5 TSM-VO als Vorfrage beurteilt werden.

Hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Websites wurde gegenüber UPC Telekabel Wien GmbH rechtskräftig darüber abgesprochen, dass diese strukturell urheberrechtsverletzend sind und die UPC Telekabel Wien GmbH es zu unterlassen hat, den Zugang zu diesen Websites zu vermitteln (Versäumungsurteil, HG Wien, 12.11.2018, 17 Cg 34/18h, dem vorausgehend: Einstweilige Verfügung vom 18.10.2018, HG Wien).

Mit Schreiben vom 14.12.2018 teilte die als Rechteinhaberin auftretende Lisa Film GmbH Hutchison mit, dass diese die Vermittlung des Zugangs zu den Websites *kinox.sg*, *movie4k.org*, *movie4k.am* sowie *movie4k.pe* zu unterlassen habe. Diesen Schreiben angeschlossen übermittelte die Lisa Film GmbH Screenshots der verfahrensgegenständlichen Websites. Daraufhin sperrte Hutchison den Zugang zu diesen Websites.

Dass auf den genannten Websites in das durch § 18a UrhG geschützte Zurverfügungstellungsrecht der Lisa Film GmbH eingegriffen wird, bestreitet Hutchison nicht. Zudem kann auf die oben genannten hoheitlichen Rechtsakte des Handelsgerichts Wien verwiesen werden. Obwohl diese die Telekom-Control-Kommission im Hinblick auf die Beurteilung des Anspruchs der Lisa Film GmbH gegenüber Hutchison nicht binden, wurde damit doch zumindest zwischen der Rechteinhaberin und einem (anderen) Anbieter von Internetzugangsdiensten die fragliche Rechtssituation inhaltlich und formell bereinigend geregelt. Es ist auch davon auszugehen, dass das zuständige Gericht dem Antrag der Rechteinhaberin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen Hutchison aufgrund des Vorbringens – wie bereits schon im Abmahnschreiben vom 14.12.2018 dargelegt und mit Screenshots der Websites untermauert – entsprochen hätte. Daher geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass die verfahrensgegenständlichen Websites strukturell urheberrechtsverletzend sind und der Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG gegeben ist.

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 Hutchison oder der Rechteinhaberin beschwert haben. Dies gilt für Vertragskunden von Hutchison 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 Parteinvorbringen

Die Rechteinhaberin Lisa Film GmbH verweist in ihrer Stellungnahme vom 14.02.2019 auf die hier bereits unter 4.6 und 4.7 zitierte Judikatur der ordentlichen Gerichte sowie auf die Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 26.11.2018 zu R 1-5, 8, 9/18. Im Schreiben vom 20.03.2019 nimmt sie zu den Ermittlungsergebnissen der Regulierungsbehörde betreffend die technische Realisierung der gesetzten Verkehrsmanagementmaßnahme im konkreten Fall umfassend Stellung. Das Content-Delivery-Network „Cloudflare“ sei darauf spezialisiert, Betreiber von strukturell rechtsverletzenden Angeboten zu decken. Als Nachweis legte sie mehrere Studien diverser

Einrichtungen – darunter auch die Europäische Kommission – vor. „Cloudflare“ zeige sich wenig kooperativ, um gegen Urheberrechtsverletzungen vorzugehen.

Festzuhalten ist, dass die Telekom-Control-Kommission nicht davon ausgeht, dass der Rechteinhaber zuerst gegen „Cloudflare“ vorgehen muss, bevor er auf den Access-Provider greifen kann. Der OGH hat bereits im Verhältnis zwischen Access- und Host-Provider ausgesprochen, dass Letzterer bei Ansprüchen nach § 81 Abs 1a UrhG nicht zuerst belangt werden muss (OGH, 19.05.2015, 4 Ob 22/15m). Dieses Ergebnis kann auch auf das Verhältnis zwischen Access-Provider und einem CDN als Anbieter von Caching-Diensten iSd § 15 ECG übertragen werden, zumal § 81 Abs 1a UrhG unterschiedslos auf Vermittler iSd §§ 13 bis 17 ECG verweist. Im Hinblick auf die Möglichkeit des Rechteinhabers zur Inanspruchnahme des Access-Providers nach § 81 Abs 1a UrhG hat die Zwischenschaltung von „Cloudflare“ grundsätzlich keinen Einfluss.

Des Weiteren nimmt die Rechteinhaberin Lisa Film GmbH Bezug auf die Ermittlungsergebnisse der Regulierungsbehörde betreffend die Auswirkungen der Zwischenschaltung von „Cloudflare“ auf die Ergreifung von konkreten Verkehrsmanagementmaßnahmen. Nach Rechtsprechung des OGH seien bei Bedarf neben DNS-Sperren auch IP-Sperren zu verhängen. Beide Maßnahmen seien grundsätzlich verhältnismäßig iSd Art 3 TSM-VO. Die Rechteinhaberin gestehe zu, dass die Effektivität einer DNS-Sperre durch den Einsatz eines CDN nicht berührt werde und dass bei der Beurteilung der Effektivität einer IP-Sperre die Besonderheiten eines CDN zu beachten sein können. Jedoch widerspricht die Rechteinhaberin der Schlussfolgerung des technischen Experten der Regulierungsbehörde, dass es Stand der Technik sei, dass IP-Adressen – insbesondere bei Content-Delivery-Networks – zur Bedienung mehrerer Domains verwendet werden und es keine Hinweise gebe, dass es im vorliegenden Fall – in Bezug auf die Domains Dritter – anders sei. Dies deshalb, weil keine Nachweise betreffend den Stand der Technik angeführt seien. Auch für die Annahme, dass die für den Betrieb der verfahrensgegenständlichen Websites verwendeten IP-Adressen auch für andere Domains verwendet werden, gebe es keine Nachweise. Zudem würden die Beweise dafür fehlen, dass „Seiten, zu deren Bedienung ‚Cloudflare‘ dieselbe IP-Adresse verwendet, bei Vornahme einer IP-Sperre betroffen und für die Endkunden des ISP unabhängig vom eigentlichen Ziel einer Webseiten-Sperre nicht mehr erreichbar [wären]“.

Der Rechteinhaberin Lisa Film GmbH ist zuzustimmen, dass – neben DNS-Sperren – auch IP-Sperren unter bestimmten Umständen zulässig sein können (siehe dazu: Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 26.11.2018 zu R 5/18). Auch ist unstrittig, dass die Zwischenschaltung des CDN „Cloudflare“ für die Beurteilung der Effektivität einer DNS-Sperre keinen Unterschied darstellt, während dieses Faktum bei der Beurteilung einer IP-Sperre relevant sein kann. Jedenfalls wirkt die tatsächlich ergriffene Verkehrsmanagementmaßnahme in Gestalt einer DNS-Sperre weitaus weniger Probleme auf, zumal hier zumindest immer klar ist, dass nur die Inhalte der strukturell rechtsverletzenden Website unzugänglich gemacht werden. Dass die Effektivität einer DNS-Sperre durch den Einsatz eines CDN nicht berührt wird, während bei einer IP-Sperre die Besonderheiten eines CDN zu beachten sein können, gesteht auch die Rechteinhaberin zu. Auch gesteht sie zu, dass die verfahrensgegenständlichen Websites im Beobachtungszeitraum 1.2.2019 bis 8.2.2019 von der Internetöffentlichkeit nicht direkt unter den relevanten IP-Adressen aufgerufen werden konnten.

Daher kann zumindest festgehalten werden, dass die gesetzte Verkehrsmanagementmaßnahme die gelindere von beiden ist. Gegenstand eines Aufsichtsverfahrens nach Art 5 TSM-VO sind tatsächlich ergriffene Verkehrsmanagementmaßnahmen. Daher muss an dieser Stelle keine ausführliche Auseinandersetzung im Hinblick auf die Frage erfolgen, ob und wie viele Domains

unter denselben IP-Adressen tatsächlich zu finden sind, zumal dies – aus technischer Sicht – auch nicht vollständig beantwortet werden kann. Die durchgeführten Ermittlungen reichen aus, um die Zulässigkeit der vorgenommenen DNS-Sperre beurteilen zu können.

4.9 Zur Verfahrenseinstellung

Die von Hutchison unterlassene Vermittlung durch Einrichtung von Zugangssperren zu den im Spruchpunkt aufgezählten Websites diene der Entsprechung von zu Recht bestehenden Ansprüchen der Rechteinhaberin Lisa Film GmbH nach § 81 Abs 1a UrhG und die Verkehrsmanagementmaßnahmen erfolgten im Ausmaß des Notwendigen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch Einrichtung von DNS-Sperren. Grundsätzlich erscheint der Eingriff durch DNS-Sperren weniger intensiv als jener durch IP-Sperren. Die Einrichtung von IP-Sperren würde – auch aufgrund der Besonderheiten der Zwischenschaltung des CDN „Cloudflare“ – Fragen im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeit einer solchen Verkehrsmanagementmaßnahme aufwerfen.

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.

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 12. April 2019

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus Schaller
Der Vorsitzende