



S 5/19 - 14

# Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Dipl.-Ing. Franz Ziegelwanger als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 19.8.2019 im Verfahren S 5/19 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

## I. Spruch

Auf Antrag der T-Mobile Austria GmbH, Rennweg 97-99, 1030 Wien, wird festgestellt, dass die Ergreifung einer Verkehrsmanagementmaßnahme im Sinne des Art 3 Abs 3 UAbs 3 VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 in Form einer DNS-Sperre durch die T-Mobile Austria GmbH zur Unterbindung der Zugangsvermittlung ihrer Endnutzer zur Website unter dem Domainnamen „www.drengel.at“ auf Grund von Art 3 Abs 3 VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 unzulässig ist.

**Telekom-Control-Kommission (TKK)**

bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH)

Mariahilfer Straße 77–79

1060 WIEN, ÖSTERREICH

[www.rtr.at](http://www.rtr.at)

E: [rtr@rtr.at](mailto:rtr@rtr.at)

T: +43 1 58058-0

F: +43 1 58058-9191

FN 208312t, HG Wien

## II. Begründung

### 1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 4.4.2019 (ON 1) teilte T-Mobile Austria GmbH (im Folgenden: „TMA“) der Regulierungsbehörde mit, dass sie am 15.3.2019 ein Aufforderungsschreiben der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG erhalten habe. Mit letztgenanntem Schreiben sei sie aufgefordert worden, die Zugangsvermittlung zur Website „www.drengel.at“ für ihre Kunden zu unterlassen, wenn über diese Website eine Kopie und/oder Nachahmung von (Teilen) des Designs der Website „www.bio-repair.com“ der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG ohne Zustimmung derselben öffentlich zur Verfügung gestellt werde. Als Nachweis legte TMA das genannte Aufforderungsschreiben der behaupteten Rechteinhaberin samt Beilagen vor. Zugleich stellte TMA den Antrag, die Telekom-Control-Kommission möge feststellen, dass die Unterlassung der Online-Verbindung in Form einer DNS-Sperre zur Website „www.drengel.at“ durch TMA gegen Art 3 Abs 3 UAbs 3 VO (EU) 2015/2120 (im Folgenden: „TSM-VO“) verstoße.

Nach Ansicht der behaupteten Rechteinhaberin Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG sei das Layout der Website „www.bio-repair.com“ als Gebrauchsgrafik und daher als Werk der bildenden Künste durch § 3 UrhG geschützt. Außerdem erfolge auf der Website „www.drengel.at“ eine nicht autorisierte Veröffentlichung eines Lichtbildes des Geschäftsführers der behaupteten Rechteinhaberin, was eine unzulässige Vervielfältigung und Verletzung des Rechts am eigenen Bild nach § 78 UrhG darstelle. Die Website „www.drengel.at“ sei ein reines Plagiat der Website „www.bio-repair.com“ und dies sei ein Verstoß gegen § 1 UWG. Aufgrund behaupteter Urheberrechtsverletzungen auf der Website „www.drengel.at“ wurde TMA in ihrer Eigenschaft als Vermittlerin nach § 81 Abs 1a UrhG abgemahnt und zur Unterlassung der Zugangsvermittlung zur Website „www.drengel.at“ aufgefordert.

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 29.4.2019 wurde ein Feststellungsverfahren eingeleitet (ON 2). Gegenstand des Verfahrens bildete das Antragsbegehren der TMA vom 4.4.2019. Zur Antrags erledigung war eine Überprüfung der Zulässigkeit der Ergreifung von Verkehrsmanagementmaßnahmen iSd Art 3 Abs 3 TSM-VO aufgrund eines behaupteten Unterlassungsanspruchs der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG nach § 81 Abs 1a UrhG durch die TMA erforderlich.

Mit Schreiben vom 2.5.2019 (ON 3) wurde TMA über die Einleitung des Verfahrens informiert und zur Stellungnahme aufgefordert.

Aufgrund der von TMA übermittelten Unterlagen (Schreiben vom 4.4.2019 samt Beilage, ON 1) war absehbar, dass auch der behaupteten Rechteinhaberin Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG Parteistellung im gegenständlichen Verfahren einzuräumen war. Daher wurde diese mit Schreiben vom 2.5.2019 über ihre Parteistellung informiert und zur Stellungnahme aufgefordert (ON 4).

Mit Schreiben vom 3.5.2019 nahm die mitbeteiligte Verfahrenspartei Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG zum Verfahrensgegenstand Stellung (ON 5). Sie regte die Abweisung des Feststellungsbegehrens der TMA an. Weil eine Zugangssperre zu einer Website den Internetzugang einer großen Zahl von Menschen betreffe und somit diese Maßnahme ein öffentliches Interesse berühre, regte die Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG an, die Telekom-Control-Kommission möge *von Amts wegen* feststellen,

dass die Unterlassung der Zugangsvermittlung zur unter der Domain „www.drengel.at“ geführten Website durch TMA keinen Verstoß gegen Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO darstelle, wenn über diese Website eine Kopie und/oder Nachahmung von (Teilen) des Designs der Website „www.bio-repair.com“, ohne Zustimmung der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG öffentlich, sohin auch Kunden der TMA zur Verfügung gestellt werde.

Am 17.5.2019 nahm TMA zum verfahrensgegenständlichen Sachverhalt Stellung und bestritt das Vorliegen eines Anspruches der behaupteten Rechteinhaberin nach § 81 Abs 1a UrhG ihr gegenüber. Da die Website „www.drengel.at“ nicht strukturell urheberrechtsverletzend sei, sei auch das Setzen einer Verkehrsmanagementmaßnahme im Sinne einer Unterlassung der Zugangsvermittlung zur Website „www.drengel.at“ unzulässig.

Mit Schreiben vom 14.6.2019 brachte die Behörde den Verfahrensparteien das aus einem Parallelverfahren bekannt gewordene Schreiben eines dritten Anbieters von Internetzugangsdiensten samt Beweismittel zur Kenntnis, das zur Feststellung des relevanten Sachverhalts im gegenständlichen Verfahren relevant sein könnte (ON 10, 11). Zugleich wurde der mitbeteiligten Partei die Stellungnahme der Antragstellerin zur Kenntnis gebracht (ON 11). Auch räumte die Telekom-Control-Kommission beiden Parteien die Gelegenheit zur letztmaligen Stellungnahme ein (ON 10, 11).

Während TMA die Möglichkeit zur letztmaligen Stellungnahme ungenutzt verstreichen ließ, nahm die mitbeteiligte Partei Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG zum bisherigen Vorbringen und Verfahrensablauf Stellung (Stellungnahme vom 26.6.2019, ON 12). Sie wies darauf hin, dass die Website „www.bio-repair.com“ urheberrechtlich geschützt sei, die Website „www.drengel.at“ eine strukturell urheberrechtsverletzende Website darstelle und in die Rechte der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG eingreife.

## **2 Festgestellter Sachverhalt**

TMA ist Inhaberin einer Bestätigung nach § 15 TKG 2003. Sie betreibt ein Kommunikationsnetz und bietet Kommunikationsdienste an. TMA bietet ua Internetzugangsdienste an. Im Geschäftsverkehr tritt sie (zum Teil auch gemeinsam mit UPC Telekabel Wien GmbH und UPC Telekabel-Fernsehtznetz Region Baden Betriebsgesellschaft m.b.H) nunmehr unter der Bezeichnung „Magenta“ auf.

Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG mit Sitz in Bielefeld, Deutschland, gehört zu der im Bereich Arzneimittel und Kosmetika tätigen Dr. Wolff-Gruppe (Abmahnschreiben der mitbeteiligten Partei an TMA vom 15.3.2019, ON 1, Beilage zum Antrag der TMA vom 4.4.2019; Stellungnahme der mitbeteiligten Partei, ON 5). Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG vertreibt zahlreiche Kosmetika im In- und Ausland unter mehreren Marken, wie etwa „Alpecin“, „Plantur“ oder „Alcina“. Zum Portfolio der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG zählen ua zahnmedizinische Produkte der Marke „Biorepair“ (Stellungnahme der mitbeteiligten Partei vom 3.5.2019, ON 5). Diese Produkte werden auch über die von der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG angemeldeten Website „www.bio-repair.com“ beworben (ON 5). Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG ist Betreiberin und Inhaberin dieser Website (Stellungnahme der mitbeteiligten Partei vom 3.5.2019, Beilage ./B und ./J, ON 5).

Mit Schreiben vom 15.3.2019 hat die Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG TMA aufgefordert, die Zugangsvermittlung zur Website „www.drengel.at“ zu unterlassen, wenn über diese Website eine Kopie und/oder Nachahmung von (Teilen) des Designs der Website „www.bio-repair.com“ der Dr.

Kurt Wolff GmbH & Co KG ohne Zustimmung derselben öffentlich zur Verfügung gestellt werde (Abmahnschreiben der mitbeteiligten Partei an TMA vom 15.3.2019, Beilage zum Antrag der TMA vom 4.4.2019, ON 1). Als Beilage übermittelte sie einen Screenshot des ersten Teils der Startseite der Website „www.bio-repair.com“ der dem ersten Teil der nachfolgend abgebildeten Websiteversion vom 19.2.2018 (Abb. 4) entspricht. Zudem übermittelte sie einen Screenshot des ersten Teils der Startseite der Website „www.drengel.at“, der dem ersten Teil der nachfolgend unter Abb. 2 dargestellten entspricht. Sie setzte TMA eine Frist bis zum 1.4.2019 für die Durchführung der Sperrmaßnahme. TMA hat dem Begehren nicht entsprochen, insbesondere ist noch keine Verkehrsmanagementmaßnahme durch TMA gesetzt worden (Antrag der TMA vom 8.4.2019, ON 1; Stellungnahme der mitbeteiligten Partei vom 3.5.2019, Beilage ./H, ON 5). Eine gerichtliche Entscheidung über den Anspruch der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG gegen TMA hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs der Vermittlung des Zugangs zur Website „www.drengel.at“ nach § 81 Abs 1a UrhG liegt nicht vor.

Der Domaininhaber der Domain „www.drengel.at“ ist Hanna Lee aus Hongkong (Stellungnahme der mitbeteiligten Partei vom 3.5.2019, ON 5; Abmahnschreiben der mitbeteiligten Partei an TMA vom 15.3.2019, Beilage zum Antrag der TMA vom 4.4.2019, ON 1) Im Frühjahr 2018 wurde er aufgefordert, die auf der Website unter dem Domainnamen „www.drengel.at“ befindlichen und nach Ansicht der mitbeteiligten Partei unzulässigen Inhalte zu entfernen (Beilage ./F und ./G zur Stellungnahme vom 3.5.2019, ON 5). Die Inhalte auf der Website „www.drengel.at“ wurden nicht entfernt und auch sonst hat der Domaininhaber auf die an ihn gerichteten Aufforderungsschreiben der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG nicht reagiert.

Auf der Website „www.drengel.at“ können keine Produkte der mitbeteiligten Partei bezogen werden (Stellungnahme der mitbeteiligten Partei vom 3.5.2019, ON 5). Im Übrigen können auf der Website grundsätzlich keine Produkte oder Dienstleistungen bezogen werden. Die Website „www.drengel.at“ verfügt über kein Impressum.

Abgesehen von der nachfolgend unter Abb.2 dargestellten Startseite der Website „www.drengel.at“ ist auf dieser kein weiterer Inhalt zu finden. Auf der Startseite befinden sich im unteren blau hervorgehobenen Bereich zwar zahlreiche Links, bei Abruf aller Links bis auf einen wird jedoch folgende Fehlermeldung angezeigt:

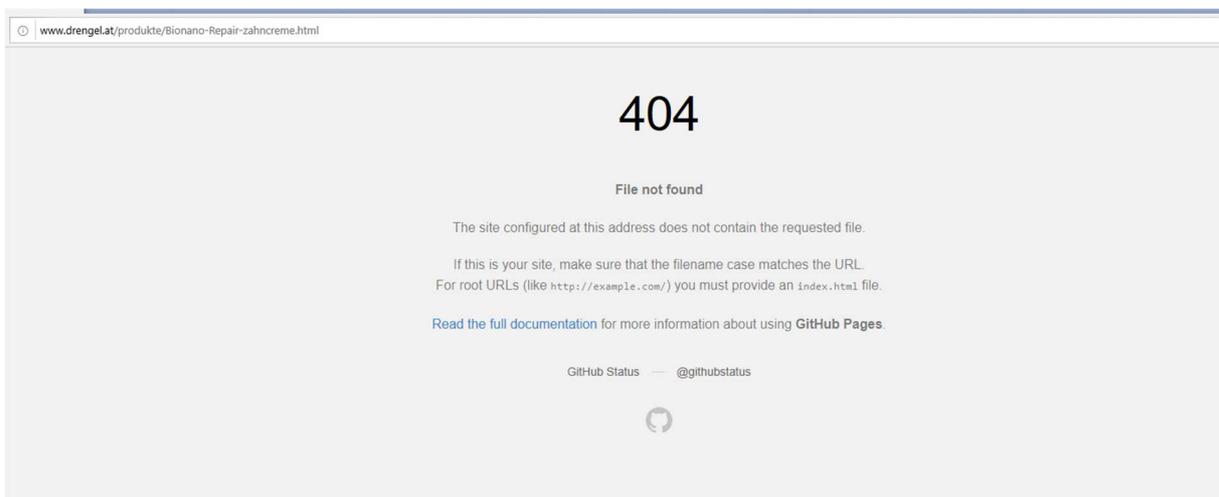
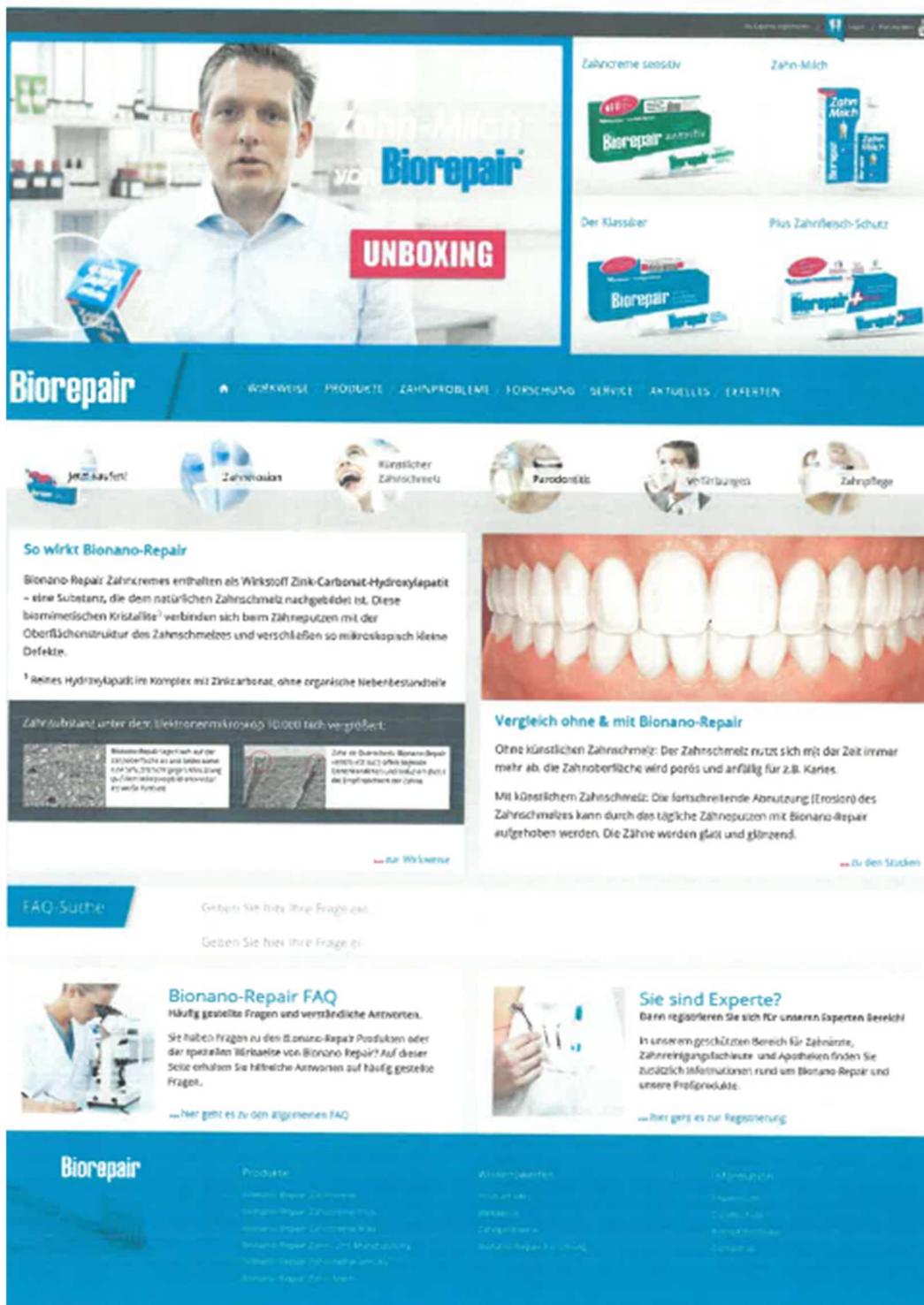


Abb. 1 (Links abgerufen am 9.8.2019)

Lediglich beim Anklicken des Links betreffend die Kontaktinformationen erfolgt eine Weiterleitung zu einer anderen Website unter dem Domainnamen „www.drccocolab.com“. Der Domain-Inhaber beider Websites ist Hanna Lee aus Hong Kong (Stellungnahme der mitbeteiligten Partei vom 3.5.2019, ON 5, Beilage ./D und ./E).

Die Abbildung der Startseite der Website unter dem Domainnamen „www.drengel.at“ sah in der Version vom 17.5.2019 wie folgt aus:



**Biorepair**

WIRTSCHAFTSWEISE | PRODUKTE | ZAHNPROBLEME | FORSCHUNG | SERVICE | AKTUELLES | EXPERTEN

**So wirkt Bionano-Repair**

Bionano-Repair Zahncremes enthalten als Wirkstoff Zink-Carbonat-Hydroxylapatit – eine Substanz, die dem natürlichen Zahnschmelz nachgebildet ist. Diese biomimetischen Kristallite<sup>1</sup> verbinden sich beim Zähneputzen mit der Oberflächenstruktur des Zahnschmelzes und verschließen so mikroskopisch kleine Defekte.

<sup>1</sup> Reines Hydroxylapatit im Komplex mit Zinkcarbonat, ohne organische Nebenbestandteile

Zahnsubstanz unter dem Elektronenmikroskop 10.000-fach vergrößert:

Wahnschmelz zeigt sich auf der linken Seite als eine Reihe von Zink-Carbonat-Hydroxylapatit-Kristalliten, die sich an der Oberfläche des Zahnschmelzes anlagern.

Zink ist ein essentielles Element, das die Zahnschmelzstruktur stabilisiert und die Zahnschmelzstruktur durch die Bildung von Zink-Carbonat-Hydroxylapatit-Kristalliten verbessert.

**Vergleich ohne & mit Bionano-Repair**

Ohne künstlichen Zahnschmelz: Der Zahnschmelz nutzt sich mit der Zeit immer mehr ab, die Zahnoberfläche wird porös und anfällig für z.B. Karies.

Mit künstlichem Zahnschmelz: Die fortschreitende Abnutzung (Erosion) des Zahnschmelzes kann durch das tägliche Zähneputzen mit Bionano-Repair aufgehoben werden. Die Zähne werden glatt und glänzend.

**FAQ-Suche**

Geben Sie hier Ihre Frage ein

Geben Sie hier Ihre Frage ein

**Bionano-Repair FAQ**  
Häufig gestellte Fragen und verständliche Antworten.

Sie haben Fragen zu den Bionano-Repair Produkten oder der speziellen Wirksamkeit von Bionano-Repair? Auf dieser Seite erhalten Sie hilfreiche Antworten auf häufig gestellte Fragen.

...hier geht es zu den allgemeinen FAQ

**Sie sind Experte?**  
Dann registrieren Sie sich für unseren Experten Bereich!

In unserem geschützten Bereich für Zahnärzte, Zahnreinigungsfachleute und Apotheken finden Sie zusätzlich Informationen rund um Bionano-Repair und unsere Profiprodukte.

...hier geht es zur Registrierung

**Biorepair**

**Produkte**

- Bionano-Repair Zahncreme
- Bionano-Repair Zahnpasta

**Wissenschaftliches**

- Wissenschaftliches

**Information**

- Information

Abb. 2

Die Abbildung der Startseite der Website unter dem Domainnamen „www.bio-repair.com“ sah in der Version vom 17.5.2019 wie folgt aus:

Abbildung: <https://www.bio-repair.com> (Stand 17.05.2019, 12:40)

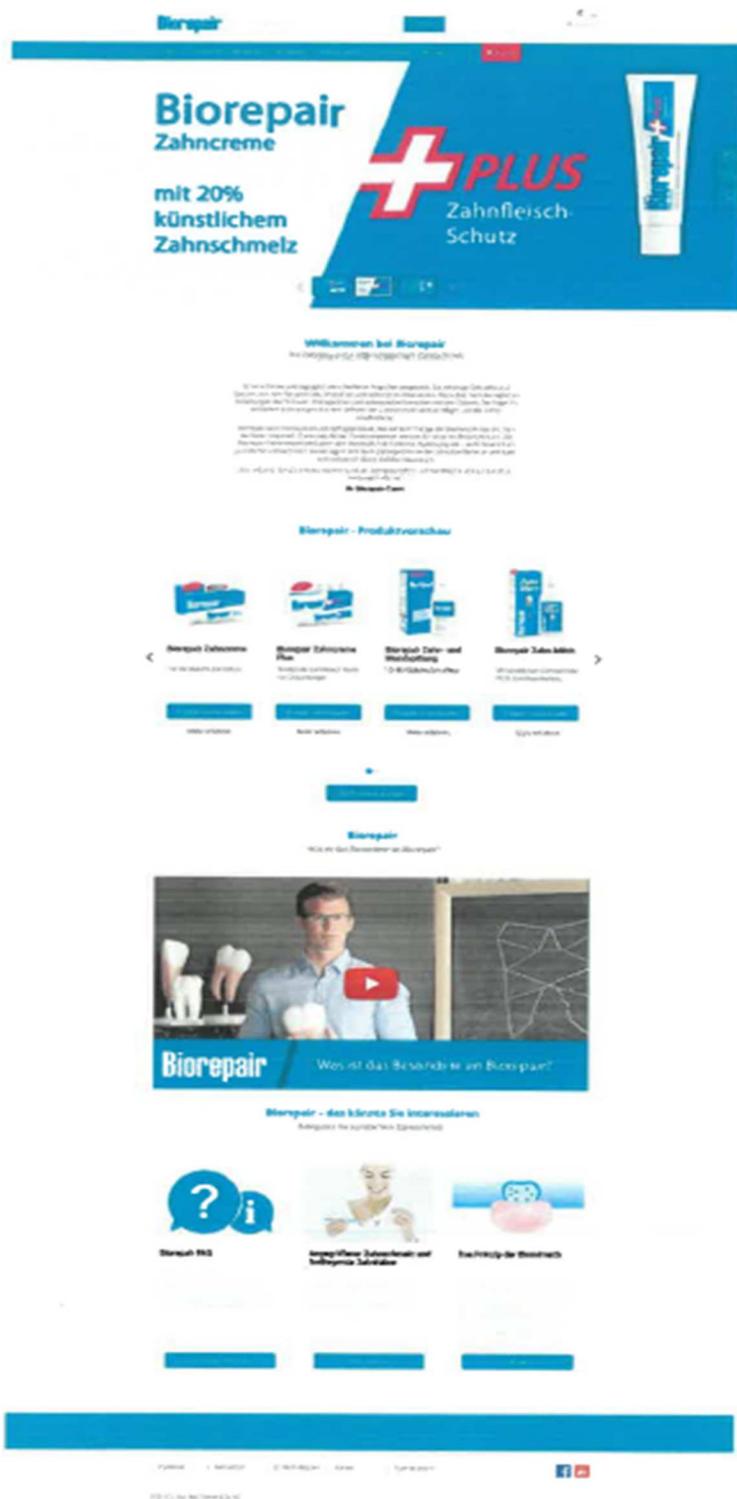


Abb. 3

Die Abbildung der Startseite der Website unter dem Domainnamen „www.bio-repair.com“ sah in der Version vom 19.2.2018 wie folgt aus:



Alle auf der Website „www.bio-repair.com“ (in der Version vom 19.2.2018, Abb. 4) verwendeten Lichtbilder bis auf jene, die das Produkt darstellen, finden sich auch auf zahlreichen anderen Websites (Google Suchergebnisse vom 17.5.2019, vorgelegt von TMA als Beilage zur Stellungnahme vom 17.05.2019, ON 7). Entsprechende Beweismittel über die Urheberschaft oder die Inhaberschaft von Verwertungsrechten an den Bildern wurden von der mitbeteiligten Partei nicht vorgelegt.

Die auf der Startseite von „www.bio-repair.com“ (in der Version vom 19.2.2018, Abb. 4) verwendeten Textbausteine sind zum überwiegenden Teil Produktbeschreibungen über die Wirkweise von „Biorepair“. Die restlichen Textbausteine dienen als Verweis zu FAQ und als Aufforderung zur Registrierung (Google Suchergebnisse vom 17.5.2019, vorgelegt von TMA als Beilage zur Stellungnahme vom 17.05.2019, ON 7).

Für die Erstellung der Website unter der Domain „www.bio-repair.com“ wurde das kostenlose Content Management System TYPO 3 verwendet (Beilage ./A zu ON 7). Diese Software ermöglicht Websitegestaltungen nach vorgefertigten Seitenbausteinen (ON 7). Die Websiteanordnung, wie auf „www.bio-repair.com“ in der Version von Abb. 4 bestehend aus Header, Menüleiste, Anordnung von Seitenbausteinen in zwei Spalten und dem Einsatz von Stockfotografien, lässt sich so oder sehr ähnlich auf diversen anderen Websites finden (Beilage ./B und ./C zu ON 7).

### **3 Beweiswürdigung**

Grundsätzlich basieren die Feststellungen auf den jeweils in Klammer in Punkt 1 und 2 angegebenen Beweismitteln. Die Feststellungen zu Aussehen und Inhalt der unter den Domainnamen „www.drengel.at“ und „www.bio-repair.com“ betriebenen Websites basierten auf dem Vorbringen der Verfahrensparteien und sind grundsätzlich unstrittig.

Auch ist unstrittig, dass die Startseite der Website „www.bio-repair.com“ nachträglich verändert wurde. Unstrittig ist auch, dass sich die Startseite der Website „www.bio-repair.com“ am 19.2.2018 entsprechend der Abb. 4 dargestellt hatte und diese Version auch im Großen und Ganzen jener entspricht, die dem Abmahnschreiben vom 15.3.2019 an die TMA beigelegt wurde. Dass die Startseite der Website „www.bio-repair.com“ am 17.5.2018 entsprechend Abb. 3 ausgesehen hat, ergibt sich aus dem Vorbringen der TMA vom 17.5.2019 (ON 7 samt Beilage ./D) und wird von der mitbeteiligten Partei nicht bestritten.

Zudem steht außer Streit, dass sich auf der Website „www.drengel.at“ lediglich die oben in der Abbildung 2 dargestellte Startseite befindet und – abgesehen vom Link zur Website unter dem Domainnamen „www.drcocolab.com“ – alle anderen Links zu Fehlermeldungen führen.

Dass die überwiegende Anzahl der auf der Website „www.bio-repair.com“ in der Version gemäß Abb. 4 verwendeten Lichtbilder sich auf zahlreichen anderen Websites finden lässt, beruht auf dem Vorbringen der TMA (Google Suchergebnisse vom 17.5.2019, vorgelegt von TMA als Beilage zur Stellungnahme vom 17.05.2019, ON 7) und wurde von der mitbeteiligten Partei nicht bestritten. Auch wird nicht bestritten, dass zur Erstellung der Website unter „www.biorepair.com“ das Content Management System TYPO 3 verwendet wurde.

## 4 Rechtliche Beurteilung

### 4.1 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) veröffentlicht<sup>1</sup>, die als Erläuterungen zum harmonisierten Vollzug der VO dienen sollen und denen bei der Vollziehung Rechnung zu tragen ist.

§ 109 Abs 4 des Bundesgesetzes, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 – TKG 2003), BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2018/78, lautet wie folgt:

*„(4) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 58 000 Euro zu bestrafen, wer*

- 1. entgegen § 15 Abs. 1 die Bereitstellung eines Kommunikationsnetzes oder -dienstes nicht anzeigt;*
- 2. entgegen § 22 nicht Interoperabilität herstellt;*
- 3. entgegen § 25 Abs. 1 oder 2 Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Entgeltbestimmungen oder Änderungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Entgeltbestimmungen der Regulierungsbehörde nicht rechtzeitig vor Aufnahme des Dienstes oder In-Kraft-Treten der Änderung anzeigt oder kundmacht;*
- 4. entgegen § 90 Abs. 1 Z 4 an einem Verfahren nach §§ 36 bis 37a nicht in dem in § 90 festgelegten Umfang mitwirkt;*
- 5. entgegen § 45 hinsichtlich allenfalls genehmigungspflichtiger Entgelte keinen diesbezüglichen Antrag stellt;*
- 6. einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung der RTR-GmbH sowie der KommAustria oder einem auf Grund dieses Bundesgesetzes oder der VO (EU) 2015/2120 oder der VO (EU) 531/2012 erlassenen Bescheid der RTR-GmbH, der Telekom-Control-Kommission oder der KommAustria zuwiderhandelt;*
- 7. wer nicht technische Einrichtungen im Sinn des § 94 Abs. 1 bereit stellt. Die Strafbarkeit besteht nicht, wenn die hierfür erforderlichen Investitionskosten noch nicht aufgrund einer nach § 94 Abs. 1 erlassenen Verordnung abgegolten wurden;*
- 8. entgegen § 107 Abs. 1 Anrufe zu Werbezwecken tätigt;*

---

<sup>1</sup> [http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/download/0/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-b\\_0.pdf](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-b_0.pdf), abgerufen am 9.8.2019.

9. der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 vom 13.06.2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union (Neufassung), ABl. Nr. L 172 vom 30.06.2009, S. 10, zuwiderhandelt;
10. den Artikeln 3, 4 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2 oder Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 zuwiderhandelt.“

§ 117 Z 17 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2018/78, lautet wie folgt:

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

[...]

17. Entscheidung über geeignete und erforderliche Maßnahmen nach Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EU) 2015/2120 im Einzelfall.“

Art 1 Abs 1 und 2 Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008, BGBl I 2008/87 idF 2018/61 lautet wie folgt:

„(1) Die Verwaltungsverfahrensgesetze (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG und Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 – VVG) regeln das Verfahren der nachstehend bezeichneten Verwaltungsorgane, soweit sie behördliche Aufgaben besorgen und im Folgenden nicht anderes bestimmt ist.

(2) Von den Verwaltungsverfahrensgesetzen sind anzuwenden:

1. das AVG auf das behördliche Verfahren der Verwaltungsbehörden;
2. das VStG auf das Strafverfahren der Verwaltungsbehörden mit Ausnahme der Finanzstrafbehörden des Bundes;
3. das VVG auf das Vollstreckungsverfahren der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung, der Organe der Städte mit eigenem Statut und der Landespolizeidirektionen.“

§ 38 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl 1991/51 idF 2018/58 lautet wie folgt:

„§ 38. Sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen, ist die Behörde berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen. Sie kann aber auch das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage aussetzen, wenn die Vorfrage schon den Gegenstand eines anhängigen Verfahrens bei der zuständigen Verwaltungsbehörde bzw. beim zuständigen Gericht bildet oder ein solches Verfahren gleichzeitig anhängig gemacht wird.“

Art 8 Abs 3 RL 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft („Info-RL“), 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.“*

§§ 3, 15, 18a und 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, lauten wie folgt:

*„Werke der bildenden Künste.*

*§ 3. (1) Zu den Werken der bildenden Künste im Sinne dieses Gesetzes gehören auch die Werke der Lichtbildkunst (Lichtbildwerke), der Baukunst und der angewandten Kunst (des Kunstgewerbes).*

*(2) Werke der Lichtbildkunst (Lichtbildwerke) sind durch ein photographisches oder durch ein der Photographie ähnliches Verfahren hergestellte Werke.*

*[...]*

*Vervielfältigungsrecht.*

*§ 15. (1) Der Urheber hat das ausschließliche Recht, das Werk - gleichviel in welchem Verfahren, in welcher Menge und ob vorübergehend oder dauerhaft - zu vervielfältigen.*

*(2) Eine Vervielfältigung liegt namentlich auch in dem Festhalten des Vortrages oder der Aufführung eines Werkes auf Mitteln zur wiederholbaren Wiedergabe für Gesicht oder Gehör (Bild- oder Schallträger), wie zum Beispiel auf Filmstreifen oder Schallplatten.*

*(3) Solchen Schallträgern stehen der wiederholbaren Wiedergabe von Werken dienende Mittel gleich, die ohne Schallaufnahme durch Lochen, Stanzen, Anordnen von Stiften oder auf ähnliche Art hergestellt werden (Drehorgeln, Spieldosen u. dgl.).*

*(4) Bei Plänen und Entwürfen zu Werken der bildenden Künste umfaßt das Vervielfältigungsrecht auch das ausschließliche Recht, das Werk danach auszuführen.*

*[...]*

*Zurverfügungstellungsrecht*

*§ 18a. (1) Der Urheber hat das ausschließliche Recht, das Werk der Öffentlichkeit drahtgebunden oder drahtlos in einer Weise zur Verfügung zu stellen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.*

*(2) Wenn sich dieses Gesetz des Ausdrucks „ein Werk der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen“ oder „öffentliche Zurverfügungstellung eines Werkes“ bedient, ist darunter nur die dem Urheber nach Abs. 1 vorbehaltene Verwertung zu verstehen.*

*[...]*

*Bildnisschutz.*

*§ 78. (1) Bildnisse von Personen dürfen weder öffentlich ausgestellt noch auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, verbreitet werden, wenn dadurch berechnigte Interessen des Abgebildeten oder, falls er gestorben ist, ohne die Veröffentlichung gestattet oder angeordnet zu haben, eines nahen Angehörigen verletzt würden.*

*(2) Die Vorschriften der §§ 41 und 77, Absatz 2 und 4, gelten entsprechend.*

*[...]*

*§ 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.*

*§ 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.*

[...]“

## **4.2 Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission**

Zur Erlassung eines Feststellungsbescheides ist – soweit die Verwaltungsvorschriften keine ausdrückliche Regelung treffen – jene Behörde zuständig, zu deren Wirkungsbereich der engste sachliche Zusammenhang besteht (VwGH 21.3.2001, 98/12/0196). Das ist insbesondere jene Behörde, die zur Gestaltung ebendieses Rechts oder Rechtsverhältnisses berufen wäre (VfSlg 6050/1969).

In Art 5 Abs 1 VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 („TSM-VO“) werden den nationalen Regulierungsbehörden folgende Pflichten und Befugnisse eingeräumt: Die nationalen Regulierungsbehörden überwachen und stellen sicher, dass Art 3 und 4 der TSM-VO eingehalten werden und fördern die kontinuierliche Verfügbarkeit von nichtdiskriminierenden Internetzugangsdiensten. 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.

Gemäß § 117 Z 17 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2018/78, ist die Telekom-Control-Kommission zur Entscheidung über geeignete und erforderliche Maßnahmen nach Art 5 TSM-VO im Einzelfall zuständig. Daher ist die Telekom-Control-Kommission auch für ein allfälliges Verfahren betreffend die Feststellung eines Verbots der Ergreifung einer Verkehrsmanagementmaßnahme nach Art 3 Abs 3 TSM-VO zuständig.

Ein amtswegiges Aufsichtsverfahren zur Überprüfung mutmaßlicher Verstöße gegen Art 3 TSM-VO und eine aufgrund von festgestellten Verstößen allenfalls notwendige Anordnung von Abstellungsmaßnahmen ist erst nach Ergreifung einer Verkehrsmanagementmaßnahme iSd Art 3 Abs 3 TSM-VO durch den Anbieter von Internetzugangsdiensten möglich. Die Einrichtung einer Zugangssperre in Gestalt einer DNS-Sperre zu bestimmten Websites stellt grundsätzlich eine solche Verkehrsmanagementmaßnahme dar, die ein derartiges Verfahren zur Überprüfung der Zulässigkeit von vorgenommenen Maßnahmen nach sich zieht (TKK 26.11.2018, R 1 – 5, 8, 9/18; 12.4.2019, R 1 – 6/19).

Im gegenständlichen Fall hat die TMA noch keine Verkehrsmanagementmaßnahme gesetzt, die ein vorangehend beschriebenes Aufsichtsverfahren zur Folge hätte. Mit Schreiben vom 4.4.2019 beehrte sie vielmehr die Feststellung, dass die Vornahme einer Verkehrsmanagementmaßnahme in Form einer DNS-Sperre zur Website „www.drengel.at“ gegen Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO verstößt.

### **4.3 Zur Zulässigkeit des Feststellungsantrags**

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides nur dann zulässig, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn eine gesetzliche Regelung zwar nicht besteht, die Erlassung eines solchen Bescheides aber im öffentlichen Interesse liegt, oder wenn sie insofern im Interesse einer Partei liegt, als sie für die Partei ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung darstellt. Dieses rechtliche Interesse ist nur dann gegeben, wenn dem Feststellungsbescheid im konkreten Fall die Eignung zukommt, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch die Rechtsgefährdung des Antragstellers zu beseitigen. Der VwGH hat überdies wiederholt ausgeführt, dass ein Feststellungsbescheid als subsidiärer Rechtsbehelf dann nicht zulässig ist, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens entschieden werden kann. Die bescheidförmige Feststellung rechtserheblicher Tatsachen ist überdies nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zulässig (vgl etwa VwGH, 28.3.2007, 2006/12/0030; 28.3.2008, 2007/12/0091, mwN).

TMA ist als Anbieterin von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 TSM-VO zur Einhaltung der Vorgaben nach Art 3 TSM-VO verpflichtet. Sie darf konkrete Inhalte, Anwendungen, Dienste oder Kategorien derselben grundsätzlich nicht blockieren, verlangsamten, verändern, einschränken, stören, verschlechtern oder diskriminieren, wobei die TSM-VO auch Ausnahmen von diesem Grundsatz kennt. So können die aufgezählten Maßnahmen auf Grund der Ausnahmebestimmung des Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO ergriffen werden, soweit und solange sie erforderlich sind, um unionsrechtlichen Gesetzgebungsakten oder nationalen Rechtsvorschriften sowie deren Umsetzungsmaßnahmen zu entsprechen.

Im Bereich des Urheberrechts besteht mit § 81 Abs 1a UrhG eine Sonderbestimmung, nach der auch Anbieter von Internetzugangsdiensten zur Unterlassung der Zugangsvermittlung zu sogenannten strukturell rechtsverletzenden Websites verpflichtet werden können, sofern sie zuvor von einem Rechteinhaber ordnungsgemäß abgemahnt wurden. Die Ergreifung von Verkehrsmanagementmaßnahmen ist allerdings nur dann zulässig, wenn der Anspruch des Rechteinhabers nach § 81 Abs 1a UrhG gegenüber dem Anbieter von Internetzugangsdiensten in seiner Eigenschaft als Vermittler zu Recht besteht oder dieses Bestehen vom ordentlichen Gericht ihm gegenüber entschieden wurde (TKK 26.11.2018, R 1 – 5, 8, 9/18; 12.4.2019, R 1 – 6/19). Zudem

darf die ergriffene Verkehrsmanagementmaßnahme nicht unverhältnismäßig in die Rechte des Vermittlers und der Endnutzer eingreifen (TKK, aaO).

TMA vertritt die Ansicht, dass der behauptete Unterlassungsanspruch nach § 81 Abs 1a UrhG der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG nicht gegeben und somit der Ausnahmetatbestand des Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO nicht erfüllt ist. Aufgrund von Art 3 Abs 3 TSM-VO dürfe sie daher keine Verkehrsmanagementmaßnahmen ergreifen, die den Zugang ihrer Endnutzer zu der Website „www.drengel.at“ verhindern oder zumindest erschweren.

Die Ergreifung einer unzulässigen Verkehrsmanagementmaßnahme hätte die Einleitung eines amtswegigen Aufsichtsverfahrens zur Folge, in dem mit Bescheid über die Verletzung von Art 3 TSM-VO abgesprochen würde. Ein Zuwiderhandeln gegen Art 3 TSM-VO stellt nach § 109 Abs 4 Z 10 TKG 2003 eine Verwaltungsübertretung dar und der Übertretende ist mit einer Geldstrafe bis zu 58 000 Euro zu bestrafen. Selbiges gilt für ein Zuwiderhandeln gegen einen auf Grund der TSM-VO erlassenen Bescheid der Telekom-Control-Kommission (§ 109 Abs 4 Z 6 TKG 2003).

TMA hat daher ein berechtigtes Interesse an der Feststellung dahin, ob die Ergreifung einer Verkehrsmanagementmaßnahme im konkreten Fall auf Grund von Art 3 Abs 3 TSM-VO verboten oder zulässig ist. Der Feststellungsbescheid ist im konkreten Fall auch geeignet, die Rechtsgefährdung der Antragstellerin zu beseitigen und für Rechtssicherheit zu sorgen. Die konkrete Rechtsfrage betreffend die Zulässigkeit des Ergreifens einer Verkehrsmanagementmaßnahme iSd Art 3 TSM-VO ist im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens nicht möglich, zumal ein Aufsichtsverfahren nach Art 5 erst bei tatsächlich ergriffener Verkehrsmanagementmaßnahme von Amt wegen einzuleiten wäre. Zwar stellt der Feststellungsbescheid einen subsidiären Rechtsbehelf dar, jedoch ist es einer Partei nicht zumutbar, sich in dem anderen Verfahren einer Bestrafung auszusetzen, um eine Lösung der Rechtsfrage herbeizuführen (VwGH 17.9.1996, 94/05/0054; VfSlg 13.417/1993). TMA ist es daher auch nicht zumutbar, eine unzulässige Verkehrsmanagementmaßnahme zu ergreifen und sich der Gefahr einer Verwaltungsstrafe nach § 109 Abs 4 Z 10 TKG 2003 auszusetzen, um Rechtsklarheit über die Zulässigkeit dieser Maßnahme zu erlangen.

Ein Feststellungsantrag vor den ordentlichen Gerichten betreffend den Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG wäre unter den Voraussetzungen des § 228 ZPO möglich, jedoch würde die Entscheidung hierüber das rechtliche Interesse der TMA nicht vollumfänglich abdecken. Dieses ist auf die umfassende Beurteilung der Frage gerichtet, ob eine konkrete Verkehrsmanagementmaßnahme zur Beschränkung des Zugangs der Endnutzer zur Website „www.drengel.at“ gesetzt werden kann und ob diese Maßnahme unverhältnismäßige Auswirkungen für Endnutzer iSd Art 3 Abs 1 TSM-VO hat. Bei der Sicherstellung des Zugangs zum offenem Internet nach Art 5 iVm Art 3 TSM-VO werden nämlich auch die Rechte aller Endnutzer von der Regulierungsbehörde von Amts wegen in einem einheitlichen Verfahren berücksichtigt. Das ordentliche Gericht würde im konkreten Fall lediglich über die Vorfrage und nicht über die Hauptfrage entscheiden, zumal der Streitgegenstand vor Gericht nicht dem Verfahrensgegenstand vor der Telekom-Control-Kommission entspricht. Letzterer ist ein anderer als jener zwischen der behaupteten Rechteinhaberin und TMA vor den ordentlichen Gerichten. Die Telekom-Control-Kommission entscheidet auch nicht über den Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG, sondern beurteilt diesen als Vorfrage, um danach über die Verkehrsmanagementmaßnahme entscheiden zu können. Hinsichtlich der Rechtswirkungen der Vorfragenbeurteilung kann an dieser Stelle auf die Ausführungen unter Punkt 4.7 verwiesen werden.

Aus alldem folgt, dass der Feststellungsantrag der TMA vom 4.4.2019 zulässig ist.

#### **4.4 Zu den Verfahrensparteien**

TMA ist als Antragstellerin Partei dieses Feststellungsverfahrens. Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG hat TMA – gestützt auf § 81 Abs 1a UrhG – abgemahnt und zur Einrichtung einer Zugangssperre zur verfahrensgegenständlichen Website „www.drengel.at“ aufgefordert. Eine Entscheidung über das Verbot von Verkehrsmanagementmaßnahmen in Gestalt von Zugangssperren zur genannten Website durch TMA 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 Verfahren 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 Regelungen 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.

TMA ist unstrittig ein 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 der über das Internet erreichbaren Dienste- und Anwendungsanbieter. Dieses Begriffsverständnis wird 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.

Zugangssperren zu Websites sind als Sperren von Inhalten durch Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO grundsätzlich untersagt, sofern deren Ergreifung nicht durch eine der drei taxativ aufgezählten Ausnahmen des Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a bis c geboten ist.

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 Ergreifung von Verkehrsmanagementmaßnahmen in Gestalt von Zugangssperren zur Website „www.drengel.at“ durch TMA ist nach Art 3 Abs 3 TSM-VO grundsätzlich verboten, sofern sie nicht auf Grundlage einer den Vorgaben der TSM-VO entsprechenden Ausnahmebestimmung iSd Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO erlaubt ist.

#### **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. TMA ist daher als Anbieterin von Internetzugangsdiensten iSd Art 2 TSM-VO sowie als Access-Provider iSd § 13 ECG zugleich auch Vermittlerin und somit Verpflichtete nach § 81 Abs 1a UrhG, sofern sie von den anspruchsberechtigten Rechteinhabern ordnungsgemäß abgemahnt wurde und es sich bei der zu sperrenden Website um eine zumindest strukturell urheberrechtsverletzende Website handelt. Dies ist der Fall, wenn dort nicht nur in Einzelfällen, sondern systematisch und regelmäßig gegen Ausschließungsrechte iSd UrhG verstoßen wird. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Websitebetreiber zur massenweisen Vermittlung illegaler Werkvervielfältigungen beitragen, indem sie den Nutzern zur leichteren Auffindung gewünschter geschützter Werktitel indizierte BitTorrent-Dateien zur Verfügung stellen (OGH 24.10.2017, 4 Ob 121/17y, hier in Bezug auf Musikvervielfältigungen).

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

Da der Beurteilung von Ansprüchen nach § 81 Abs 1a UrhG die Abwägung der angeführten Grundrechte immanent ist, stellt diese Bestimmung dementsprechend eine Ausnahmebestimmung nach Art 3 Abs 3 UAbs 3 lit a TSM-VO dar.

Die Beurteilung des Verbots von Zugangssperren zur Website „www.drengel.at“ erfordert daher eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG einen tatsächlichen Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG gegen TMA hat.

#### **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 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 vom für den Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG zuständigen Gericht gegenüber dem betroffenen Anbieter von Internetzugangsdiensten vorliegt, muss das tatsächliche Bestehen dieses Anspruchs im Rahmen des Verfahrens zur Überwachung und Sicherstellung der Vorgaben der TSM-VO als Vorfrage beurteilt werden.

Eine gerichtliche Entscheidung über den Anspruch der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG gegen TMA hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs der Vermittlung des Zugangs zur Website „www.drengel.at“ nach § 81 Abs 1a UrhG liegt derzeit nicht vor. Im weiterer Folge muss daher dieser Anspruch als Vorfrage iSd § 38 AVG beurteilt werden, um über den eigentlichen Verfahrensgegenstand, nämlich die Feststellung des Verbots der Ergreifung von Verkehrsmanagementmaßnahmen, verbindlich absprechen zu können.

§ 81 Abs 1a knüpft an § 81 Abs 1 UrhG an und erweitert den Kreis der Verpflichteten gegenüber denen Unterlassungsansprüche im Bereich des Urheberrechts klagsweise geltend gemacht werden können. Nach § 81 Abs 1 UrhG kann derjenige auf Unterlassung klagen, der in einem auf dem UrhG gegründeten Ausschließungsrecht verletzt worden ist oder eine solche Verletzung zu besorgen hat. An die Verletzung *dieser* Ausschließungsrechte knüpft § 81 Abs 1a UrhG sodann an und normiert, dass auch der Vermittler von Diensten, derer sich der Täter iSd § 81 Abs 1 zur Begehung der Tat bedient hat, auf Unterlassung geklagt werden kann. In Zusammenschau dieser beiden Regelungen in § 81 Abs 1 und 1a UrhG ergibt sich, dass bei der Beurteilung des Anspruchs der Kurt Wolff GmbH & Co KG gegen TMA nach § 81 Abs 1a lediglich Verstöße gegen das UrhG relevant sind. Beim Vergleich der Websites „www.bio-repair.com“ und „www.drengel.at“ und der Frage, ob die letztgenannte Website eine strukturell rechtverletzende ist, finden Ansprüche nach dem UWG oder nach anderen Gesetzen wie etwa dem Markenschutzgesetz 1970 keine Beachtung. Daher wird in weiterer Folge nicht näher darauf eingegangen, ob die Website „www.drengel.at“ ein Plagiat zu Behinderungszwecken darstellt und aufgrund einer allfälligen sklavischen Nachahmung zu Zwecken der Behinderung im Wettbewerb ein Verstoß gegen § 1 UWG vorliegen könnte.

Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG stützte ihren Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG im Abmahnschreiben an die TMA auf §§ 3 und 78 UrhG. Das Layout der Website „www.bio-repair.com“, wie sie sich in Abb. 4 darstellt, sei als Gebrauchsgrafik und daher als Werk der bildenden Künste nach § 3 UrhG geschützt. Gleiches gelte für die auf der Website „www.drengel.at“ verwendeten Lichtbilder, an denen Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG Werknutzungsrechte zustünden. Auf der Website „www.drengel.at“ sei eine Kopie der Website „www.bio-repair.com“ abrufbar und dies sei eine unzulässige Vervielfältigung eines Werks. In ihren Stellungnahmen vom 3.5.2019 sowie vom 26.6.2019 im gegenständlichen Verfahren beschränkt sich Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG auf Ausführungen betreffend den Schutz des Layouts der Website wie in Abb. 4 als Werk der bildenden Künste nach § 3 UrhG und leitet aus der Verletzung desselben den Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG

ab. Hinsichtlich des Erfordernisses der strukturellen Rechtsverletzung der Website „www.drengel.at“ wird vorgebracht, die Website habe keine legalen Inhalte und sei nicht nur strukturell, sondern gänzlich urheberrechtsverletzend. Daher müsse die Güterabwägung der Grundrechte aller Betroffenen (sofern diese überhaupt umfassend vorzunehmen wäre) zu Gunsten der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG ausfallen und der Zugang zur Website durch TMA gesperrt werden.

Werke iSd § 1 Abs 1 UrhG sind eigentümliche geistige Schöpfungen auf den Gebieten der Literatur, der Tonkunst, der bildenden Künste und der Filmkunst. Nach § 3 UrhG sind Werke der bildenden Künste geschützt. Zu denen gehören auch die Werke der Lichtbildkunst, der Baukunst und der angewandten Kunst. Auf dem Gebiet der bildenden Kunst muss eine schöpferische Gestaltung begrifflich mit einem gewissen Maß an Originalität verbunden sein, also eine Gestalt gewordene Idee, die den Stempel der persönlichen Eigenart ihres Schöpfers trägt und sich vom Herkömmlichen abhebt (stRsp OGH RS0076367; OGH 7.4.1992, 4 Ob 36/92; OGH 24.1.2001, 4 Ob 94/01d, hier betreffend das Layout einer Website). Als angewandte Kunst kann auch eine Gebrauchsgrafik geschützt sein (OGH 24.4.2001, 4 Ob 94/01d mit Verweis auf ÖBl 1990, 136 – Happy Skiing Oberlech; MR 1999, 282 – Zimmermann Fitness ua). Der urheberrechtliche Schutz des Layouts einer Website als Gebrauchsgrafik und als Werk der bildenden Künste nach § 3 UrhG setzt voraus, dass es sich um eine individuelle Schöpfung handelt. Nicht geschützt ist eine rein handwerkliche, routinemäßige Leistung, die sich im Rahmen des Alltäglichen und Üblichen bewegt, weil sie sich etwa auf die Standardlayouts der Erstellungssoftware beschränkt und keine individuellen Gestaltungselemente einsetzt (OGH RS0115332). Der Schutz wird umso eher zu bejahen sein, je komplexer eine Website aufgebaut ist (OGH, aaO).

Bei Anwendung der zuvor dargelegten Grundsätze ist die Schutzfähigkeit des Layouts der Website „www.bio-repair.com“ zu verneinen. Die grafische Gestaltung der Website unter dem Domainnamen „www.bio-repair.com“ geht über eine handwerkliche, rein routinemäßige Handlung, die sich im Rahmen des Alltäglichen und Üblichen bewegt, nicht hinaus. Das Layout der Website ist daher kein Werk iSd § 1 UrhG. Entgegen dem Vorbringen der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG ist die Dominanz von hellblauem Farbton in Kontrast zu weißen Elementen in der Medizin- bzw Gesundheitsbranche nicht unüblich und nicht der mitbeteiligten Partei eigen. Aus diesem Grund entsteht schlussendlich auch der von der mitbeteiligten Partei erwähnte Eindruck der „hygienischen und sauberen Atmosphäre“. Der mitbeteiligten Partei ist dahin zuzustimmen, dass es bei der Beurteilung der Schutzwürdigkeit der Website nicht darauf ankommt, ob ein kostenloses Content Management System (hier TYPO 3) verwendet wurde oder nicht, sondern vielmehr darauf, dass die Leistung individuell eigenartig ist. Dazu muss sich das Websitelayout aber von den Standardlayouts der Erstellungssoftware abheben. Tatsächlich lässt sich die Websiteanordnung wie auf „www.bio-repair.com“ bestehend aus Header, Menüleiste, Anordnung von Seitenbausteinen in zwei Spalten und dem Einsatz von Stockfotografien so auf diversen anderen Websites finden. Hierzu kann auf die von der TMA der Regulierungsbehörde vorgelegten und aktenkundigen Screenshots diverser Websites verwiesen werden (Stellungnahme vom 17.5.2019, Beilage C). Zutreffend verweist die Antragstellerin zudem auch auf die Entscheidung des OLG Innsbruck, in der die Schutzfähigkeit eines Zeitungslayouts als Werk verneint wurde, weil das dort gegenständliche Layout dem Publikum bereits von verschiedensten anderen Zeitungsanbietern bekannt und auch nicht ausreichend originell gewesen war (OLG Innsbruck 27.4.2010, 2 R 72/10w, siehe auch die Ausführungen im Beschluss des OGH vom 13.7.2010 zu 4 Ob 109/10y, mit dem der ao Revisionsrekurs gegen die E des OLG Innsbruck zurückgewiesen wird). Selbiges gilt im Falle des Layouts der Website unter der Domain „www.bio-repair.com“. Die Ähnlichkeit des Websitelayouts

unter „www.bio-repair.com“ mit jenen diverser anderen Websites in Verbindung mit den gleichen Stockfotografien, wie sie sich auf diversen anderen Websites wiederfinden lassen, lässt das erforderliche Maß an Originalität vermissen.

Abseits der Beurteilung der Schutzfähigkeit des Websitelayouts nach § 3 UrhG kann – der Vollständigkeit halber – hinsichtlich der sonstigen Websiteinhalte auf der Startseite der Website der mitbeteiligten Partei festgehalten werden: Die auf der Startseite verwendeten Textbausteine stellen zum überwiegenden Teil Produktbeschreibungen über die Wirkweise von „Biorepair“ dar und sind keine geistige Schöpfung iSd § 1 UrhG. Die auf der Website unter dem Domainnamen „www.bio-repair.com“ verwendeten Lichtbilder finden sich – bis auf jene über das Produkt selbst – auf diversen anderen Websites und sind als Stockfotografien einzustufen. Die mitbeteiligte Partei legte keine Beweismittel vor, aus denen sich ergeben könnte, wer der Urheber dieser Lichtbilder ist und ob und in welchem Umfang sie selbst Verwertungsrechte an diesen erlangt hat. Unklar bleibt auch, ob die Lichtbilder lizenzpflichtig oder lizenzfrei sind. Das Auffinden der Stockfotografien auf diversen anderen Websites lässt am ausschließlichen Verwertungsrecht der mitbeteiligten Partei jedenfalls zweifeln. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Verwendung dieser Stockfotografien auf der Website „www.drengel.at“ zulässig ist, weil deren Verwendung lizenzfrei gestellt wurde und diese daher jedermann zur freien Verwendung zur Verfügung stehen. Auch hinsichtlich des Bildes vom Geschäftsführer der mitbeteiligten Partei wurden keine Beweismittel über die Einräumung von Verwertungsrechten durch den Urheber wie etwa den Fotografen oder durch sonstige allenfalls Berechtigte an die Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG vorgelegt.

Die Website unter dem Domainnamen „www.bio-repair.com“ sieht seit zumindest dem 17.5.2019 gänzlich anders aus und entspricht nicht mehr der Startseite jener Website, die Gegenstand der Abmahnung gewesen ist und für deren Layout – entsprechend dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei – der urheberrechtliche Schutz behauptet wurde. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass auch das Layout der Website in der jetzigen Form aus denselben oben genannten Gründen nicht die Voraussetzungen des § 3 UrhG erfüllt.

Aus alldem ergibt sich, dass die Website „www.drengel.at“ nicht als strukturell urheberrechtsverletzend beurteilt werden kann. Zum Begriff der strukturell rechtsverletzenden Website kann an dieser Stelle auf die Ausführungen unter Punkt 4.6 verwiesen werden.

Da es schon am Schutz des Layouts nach § 3 UrhG und daher am Verstoß des unmittelbaren Täters gegen das UrhG mangelt, muss nicht näher auf die Parteienausführungen hinsichtlich des Erfordernisses der ordnungsgemäßen Abmahnung des Vermittlers nach § 81 Abs 1a UrhG und sonstiger nachgelagerter Rechtsfragen eingegangen werden. Ohne das Vorliegen von Verstößen gegen das UrhG kann weder ein Anspruch gegen den unmittelbaren Täter nach § 81 Abs 1 UrhG, noch der daran anknüpfende Anspruch gegen einen Gehilfen nach § 81 Abs 1a UrhG begründet werden.

#### **4.8 Zur Antrags erledigung**

Bereits die Vorfrage nach dem Vorliegen eines Unterlassungsanspruchs der Dr. Kurt Wolff GmbH & Co KG gegen TMA nach § 81 Abs 1a UrhG ist zu verneinen. Aus diesem Grund kann auf die technische und rechtliche Beurteilung der Auswirkung einer konkreten DNS-Sperre (oder auch anderer Sperrarten) zur Website „www.drengel.at“ unterbleiben. Die Ergreifung von jeglichen Verkehrsmanagementmaßnahmen iSd Art 3 Abs 3 UAbs 3 wäre allenfalls bei Vorliegen eines



Anspruches nach § 81 Abs 1a UrhG gegenüber TMA als Access-Provider und Anbieter von Internetzugangsdiensten zulässig.

Auf Antrag der TMA wird festgestellt, dass die Ergreifung von Verkehrsmanagementmaßnahmen im Sinne des Art 3 Abs 3 UAbs 3 TSM-VO in Gestalt von DNS-Sperren zur Unterbindung der Zugangsvermittlung ihrer Endnutzer zur Website unter dem Domainnamen „www.drengel.at“ auf Grund von Art 3 Abs 3 TSM-VO unzulässig ist.

### **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 19. August 2019

**Telekom-Control-Kommission**

Mag. Nikolaus Schaller  
Der Vorsitzende