

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/5/18 W271 2224896-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.05.2020

## Entscheidungsdatum

18.05.2020

## Norm

B-VG Art133 Abs4

ECG §13 Abs1

ECG §13 Abs2

ECG §14

ECG §15

ECG §16

ECG §17

TKG 2003 §109 Abs1

TKG 2003 §109 Abs4

TKG 2003 §111

TKG 2003 §117

TKG 2003 §121a

TKG 2003 §15

Urheberrechtsgesetz §81 Abs1

Urheberrechtsgesetz §81 Abs1a

VStG 1950 §6

VwGVG §24 Abs2 Z1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §28 Abs5

VwGVG §31 Abs1

ZPO §228

## Spruch

W271 2224896-1/16E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Anna WALBERT-SATEK als Vorsitzende sowie die Richterin Mag. Ingrid ZEHETNER als Beisitzerin und den Richter Mag. Eduard Hartwig PAULUS als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX vertreten durch die Hule Bachmayr-Heyda Nordberg Rechtsanwälte GmbH (unter Beteiligung der

mitbeteiligter Partei XXXX, vertreten durch die Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH & Co KG), gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom XXXX, Zl. XXXX, zu Recht erkannt:

A)

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos behoben.

II. Der Antrag der XXXX vom XXXX, die Telekom-Control-Kommission möge feststellen, dass "die Sperre der Online-Verbindung zur Website XXXX durch die XXXX gegen Art 3 Abs 3 UA 3 VO (EH) 2015/2120 verstoßen würde", wird als unzulässig zurückgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

## **Text**

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

#### **I. Verfahrensgang**

1. Die XXXX (im Folgenden: "beschwerdeführende Partei") hat ihren Sitz in XXXX und vertreibt seit Jahrzehnten Arzneimittel und Kosmetika diverser Marken, darunter auch zahnmedizinische Produkte der Marke "XXXX". Diese Produkte stellt sie auf der Webseite "XXXX" vor.

Die XXXX (im Folgenden: "mitbeteiligte Partei") ist Inhaberin einer Bestätigung gemäß § 15 TKG 2003, betreibt ein Kommunikationsnetz und erbringt Kommunikations- einschließlich Internetzugangsdienste.

2. Mit Schreiben vom XXXX forderte die beschwerdeführende Partei die mitbeteiligte Partei auf, ihren Kunden ab sofort keinen Zugang mehr zu der unter der Domain "XXXX" geführten Website zu vermitteln, wenn über diese Homepage eine Kopie und/oder Nachahmung von Teilen des Designs der Webseite "XXXX" zur Verfügung gestellt werde. Die erfolgte Sperre der Website solle die mitbeteiligte Partei der Aufforderung zufolge schriftlich bestätigen, denn das Layout der Webseite "XXXX" sei als Gebrauchsgrafik urheberrechtlich geschützt. Dasselbe gelte für die dort verwendeten Lichtbilder, an denen der beschwerdeführenden Partei Werknutzungsrechte zustehen würden.

Bei der Website "XXXX" handle es sich um eine Kopie der Website der beschwerdeführenden Partei; sie stelle eine unzulässige Vervielfältigung dieses Werkes dar. Zudem sei dort ein Lichtbild des Geschäftsführers der beschwerdeführenden Partei nicht autorisiert veröffentlicht worden, wodurch das Recht am eigenen Bild verletzt werden würde. Die Website "XXXX" sei ein reines Plagiat; in dieser sklavischen Nachahmung fremden Eigentums zu Zwecken der Behinderung des Wettbewerbs liege auch ein Verstoß gegen § 1 UWG. Die beschwerdeführende Partei wende sich an die mitbeteiligte Partei, weil der Inhaber der Website "XXXX" sein Fehlverhalten offenbar bewusst setze; er habe zahlreiche schriftliche Versuche der beschwerdeführenden Partei, Kontakt aufzunehmen, ignoriert und versuche offenbar, seine wahre Identität zu verbergen. Nahezu alle Links der Website "XXXX" würden zu Fehlermeldungen führen. Lediglich das Kontaktformular sei insofern funktionstüchtig, als man durch dieses auf eine andere Seite, nämlich auf jene des Domaininhabers "XXXX" aus XXXX umgeleitet werde; mit dem dortigen Markenauftritt der Bezeichnung "XXXX" lehne man sich an die Bezeichnung "XXXX" an und wolle sich offenbar einen wissenschaftlichen Anstrich geben.

3. Mit Schriftsatz vom XXXX stellte die mitbeteiligte Partei bei der Telekom-Control-Kommission (TKK; im Folgenden: "belangte Behörde") den Antrag auf Feststellung, dass "die Sperre der Online-Verbindung zur Website XXXX durch die XXXX gegen Art 3 Abs 3 UA 3 VO (EH) 2015/2120 verstoßen würde".

Zum Nachweis eines rechtlichen Interesses an der bescheidmäßigen Feststellung führte die mitbeteiligte Partei insbesondere aus, dass sie als Access-Provider der VO (EU) 2015/2120 (im Folgenden: "TSM-VO") unterliege, die Zugangsanbieter verpflichte, den gesamten Datenverkehr gleich zu behandeln, und die Sperren bestimmter Inhalte nur aufgrund der in Art. 3 Abs. 3 TSM-VO aufgezählten Fälle erlaube. Einschlägig für den Unterlassungsanspruch eines Rechteinhabers könne nur sein, dass das Blockieren der Website notwendig sei, um eine mit dem Unionsrecht in Einklang stehende gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen oder um einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung zu entsprechen (Art. 3 Abs. 3 lit. a TSM-VO). Die belangte Behörde habe in der Vergangenheit bereits mehrfach entschieden, dass eine DNS-Sperre einer strukturell urheberrechtsverletzenden Seite nach Abmahnung durch den Rechteinhaber im Einklang mit Art. 3 Abs. 3 TSM-VO stehe. Beim gegenständlichen Fall sei nicht klar, ob es sich

überhaupt um eine strukturell urheberrechtsverletzende Website handle, was Voraussetzung für eine Sperre gemäß § 81 Abs. 1a UrhG sei. Es werde auf die fehlende Judikatur zu den Voraussetzungen für die Qualifikation einer Homepage als strukturell urheberrechtsverletzende Website verwiesen.

Durch die Nicht-Sperre der Website drohe der mitbeteiligten Partei ein kostspieliges, zivilrechtliches Verfahren. Bei einer Sperre der Website ohne einschlägige Rechtsgrundlage oder gerichtlichen Titel drohe dieser wiederum eine Verwaltungsstrafe. Diese Unklarheiten würden bei der mitbeteiligten Partei erhebliche Rechtsunsicherheit schaffen, die durch den gegenständlichen Antrag beseitigt werden solle.

4. Die belangte Behörde leitete mit Beschluss vom XXXX ein Verfahren zur Feststellung der (Un-)Zulässigkeit der Einrichtung von Zugangssperren zur Website " XXXX " ein. Diesem zog sie die nunmehr beschwerdeführende Partei als mitbeteiligte Partei bei.

5. Im Zuge des Verfahrens blieben die nunmehr beschwerdeführende wie die nunmehr mitbeteiligte Partei, denen auch die aus Parallelverfahren bekannt gewordenen Schreiben dritter Anbieter von Internetzugangsdiensten samt Beweismittel zur Kenntnis gebracht wurden, in Stellungnahmen bei ihren divergierenden Rechtsansichten dazu, ob eine Sperrung des Zugangs zur Webseite " XXXX " mit der TSM-VO in Einklang stehe. Dabei verwies die beschwerdeführende Partei insbesondere auf die Ausnahme vom Verbot von Verkehrsmanagementmaßnahmen gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. a TSM-VO. Diese Ausnahmebestimmung sei hier anwendbar, weil die Sperrung der Vermittlung des Zugangs zur Website erforderlich sei, um § 81 Abs. 1a UrhG zu entsprechen.

Auch regte die beschwerdeführende Partei in ihrer Stellungnahme vom XXXX eine amtswegige Feststellung der belangten Behörde an, dass die Unterlassung der Zugangsvermittlung zu " XXXX " keinen Verstoß der mitbeteiligten Partei gegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO darstelle. Eine solche Feststellung sei im öffentlichen Interesse zulässig, weil der Internetzugang einer großen Zahl von Menschen betroffen wäre.

6. Letztlich erließ die belangte Behörde den hier angefochtenen Bescheid vom XXXX . Darin spricht sie über Folgendes ab: "Auf Antrag der XXXX , wird festgestellt, dass die Ergreifung von Verkehrsmanagementmaßnahmen im Sinne des Art 3 Abs 3 UAbs 3 VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 durch die XXXX zur Unterlassung der Zugangsvermittlung ihrer Kunden zur Website unter dem Domainnamen ? XXXX auf Grund von Art 3 Abs 3 VO (EU) 2015/2120 idF VO (EU) 2018/1971 unzulässig ist."

Die Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens der mitbeteiligten Partei begründet die belangte Behörde zusammengefasst wie folgt:

Würde die mitbeteiligte Partei die durch die beschwerdeführende Partei begehrte Webseiten Sperre durchführen, würde dies - sofern die belangte Behörde diese Verkehrsmanagementmaßnahme als potentiell unzulässig ansehe - ein amtswegiges Verfahren zur Prüfung von deren Übereinstimmung mit Art. 3 TSM-VO nach sich ziehen. Ein Zuwiderhandeln gegen Art. 3 TSM-VO stelle gemäß § 109 Abs. 4 Z 10 TKG 2003 eine Verwaltungsübertretung dar. Dasselbe gelte für ein Zuwiderhandeln gegen einen Bescheid der belangten Behörde aufgrund der TSM-VO. Mithin habe die mitbeteiligte Partei ein berechtigtes rechtliches Interesse an der Feststellung, ob die betreffende Verkehrsmanagementmaßnahme gemäß Art. 3 Abs. 3 TSM-VO zulässig sei. Der begehrte Feststellungsbescheid sei auch geeignet, die Rechtsgefährdung der mitbeteiligten Partei zu beseitigen und für Rechtssicherheit zu sorgen. Die Zulässigkeit der Webseiten Sperre könne in keinem anderen Verwaltungsverfahren geklärt werden, weil ein Aufsichtsverfahren gemäß Art. 5 TSM-VO erst nach Ergreifung einer Verkehrsmanagementmaßnahme von Amts wegen eingeleitet werden könnte. Zwar stelle die Erwirkung eines Feststellungsbescheids nur einen subsidiären Rechtsbehelf dar, jedoch sei es der mitbeteiligten Partei nicht zumutbar, sich einem Strafverfahren auszusetzen, um eine Lösung der Rechtsfrage herbeizuführen. Mithin sei es der mitbeteiligten Partei nicht zumutbar, die Webseiten Sperre ohne die begehrte Feststellung durchzuführen, weil sie sich der Gefahr einer Verwaltungsstrafe gemäß § 109 Abs. 4 Z. 10 TKG 2003 aussetzen würde. Zwar wäre ein Feststellungsantrag vor den ordentlichen Gerichten betreffend einen Anspruch gemäß § 81 Abs. 1a UrhG unter den Voraussetzungen gemäß § 228 ZPO möglich, jedoch würde die Gerichtsentscheidung das rechtliche Interesse der mitbeteiligten Partei nicht vollumfänglich abdecken. Denn das Verfahren vor der belangten Behörde sei auf die "umfassende Beurteilung" der Frage gerichtet, ob eine konkrete Verkehrsmanagementmaßnahme zur Beschränkung des Zugangs der Endnutzer zur Website " XXXX " gesetzt werden dürfe und ob diese Maßnahme unverhältnismäßige Auswirkungen für Endnutzer iSd Art. 3 Abs. 1 TSM-VO habe. Bei der Sicherstellung des Zugangs zum offenen Internet nach Art. 5 iVm Art. 3 TSM-VO würden nämlich auch die Rechte aller

Endnutzer von der belangten Behörde amtswegig in einem einheitlichen Verfahren berücksichtigt werden. Das ordentliche Gericht würde hingegen lediglich über die Vorfrage und nicht über die Hauptfrage entscheiden, zumal der Streitgegenstand vor Gericht nicht dem Verfahrensgegenstand vor der belangten Behörde entspreche. Mithin erweise sich das Feststellungsbegehren der mitbeteiligten Partei als zulässig.

In der Sache verneinte die belangte Behörde die Zulässigkeit der Sperre der Website " XXXX " und stellte die Unzulässigkeit der betreffenden Verkehrsmanagementmaßnahme fest, weil der beschwerdeführenden Partei kein Unterlassungsanspruch gemäß § 81 Abs. 1a UrhG gegen die mitbeteiligte Partei zustehe. Denn Layout wie Inhalte ihrer Website " XXXX " würden mangels schöpferischer Leistung ohne Mindestmaß an Eigentümlichkeit den Werkbegriff des § 1 Abs. 1 UrhG nicht erfüllen und könnten daher keinen Urheberrechtsschutz gemäß § 3 leg cit genießen. Folglich könne der beschwerdeführenden Partei kein urheberrechtlicher Unterlassungsanspruch gemäß § 81 Abs. 1 UrhG gegen die mitbeteiligte Partei zukommen. Es sei mithin antragsgemäß festzustellen, dass die Verkehrsmanagementmaßnahme der Unterlassung der Vermittlung des Zugangs zur Website " XXXX " aufgrund von Art. 3 Abs. 3 TSM-VO unzulässig sei.

Dieser Bescheid wurde der beschwerdeführenden Partei am XXXX zugestellt.

7. Gegen diesen Bescheid richtet sich die hier zu erledigende Beschwerde, die bei der belangten Behörde am XXXX einlangte. Beantragt wurde, das Bundesverwaltungsgericht möge "a) die gegen die zu XXXX , XXXX , XXXX , XXXX und XXXX ergangenen Bescheide der Telekom-Control-Kommission eingeleiteten Beschwerdeverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden; b) eine mündliche Verhandlung durchführen; c) den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, dass von Amts wegen festgestellt wird, dass die Unterlassung der Zugangsvermittlung der unter der Domain XXXX geführten Website keinen Verstoß der mitbeteiligten Partei gegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 VO (EU) 2015/2120 (TSM-VO) darstellt; hilfsweise d) den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, dass der Feststellungsantrag der mitbeteiligten Partei abgewiesen wird; hilfsweise e) den angefochtenen Bescheid aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Telekom-Control-Kommission zurückverweisen".

Die Beschwerde begründet die beschwerdeführende Partei im Wesentlichen wie folgt:

Die belangte Behörde hätte nicht von der mangelnden urheberrechtlichen Schutzfähigkeit ihrer Website " XXXX " ausgehen dürfen. Vielmehr wäre der Urheberrechtsschutz der Website als Werk der bildenden Künste und als Sammelwerk zu bejahen gewesen. Daran anschließend hätte die belangte Behörde von einem Anspruch gemäß § 81 Abs. 1a UrhG der beschwerdeführenden gegen die mitbeteiligte Partei, die Vermittlung des Zugangs zur Website " XXXX " zu unterlassen, auszugehen gehabt. Dementsprechend wäre die Websitesperre der Ausnahme vom Verbot von Verkehrsmanagementmaßnahmen gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. a TSM-VO zu unterstellen gewesen. Die belangte Behörde hätte den Feststellungsantrag der mitbeteiligten Partei abweisen und die Zulässigkeit der Unterlassung der Zugangsvermittlung zu " XXXX " feststellen müssen.

8. Die belangte Behörde sah von der Erlassung einer Beschwerdeentscheidung ab und legte die Bescheidbeschwerde dem Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom XXXX zur Entscheidung vor. Darin bekräftigte die belangte Behörde ihre Anschauung, dass die Website " XXXX " und deren Inhalte keinen Urheberrechtsschutz genießen würden.

9. Die Beschwerde und die Beschwerdevorlage der belangten Behörde wurden den Parteien am XXXX vom Bundesverwaltungsgericht zu allfälligen Stellungnahme übermittelt.

10. Mit Schreiben vom XXXX übermittelte die belangte Behörde zwei Aktenvermerke zur Information über die mittlerweile nicht mehr mögliche Abrufbarkeit der verfahrensgegenständlichen Website unter dem Domainnamen " XXXX ":

Laut einem Aktenvermerk der belangten Behörde vom XXXX habe die Website an diesem Tag nicht abgerufen werden können. Daher werde die Abteilung Technik der RTR-GmbH ersucht, die technischen Ursachen für die fehlende Erreichbarkeit der Website zu ermitteln.

Aus einem weiteren Aktenvermerk der belangten Behörde vom XXXX geht hervor, dass für die Domain " XXXX " kein "A-Record" gesetzt sei. Eine WHOIS-Abfrage zeige, dass sich die Domain im Status "pendingDelete" befinde, sodass eine Löschung der Domain innerhalb von etwa acht Wochen zu erwarten sei. Im Zeitraum von 10:00 Uhr am XXXX bis 12:00

am XXXX seien stündlich eine DNS-Abfrage nach dem "A-Record" und eine WHOIS-Abfrage durchgeführt worden; sämtliche der Abfragen hätten zum genannten Ergebnis geführt. Diese Beobachtung lasse darauf schließen, dass die Domain " XXXX " derzeit über keinen Inhalt verfüge und in den nächsten Wochen durch den österreichischen Registrar gelöscht werden würde.

11. Bezugnehmend auf die Beschwerdevorlage der belangten Behörde verwies die beschwerdeführende Partei mit Schreiben vom XXXX auf die Beschwerdeschrift und hielt ihr Vorbringen aufrecht.

12. Die Urkundenvorlage der belangten Behörde vom XXXX und die Stellungnahme der beschwerdeführenden Partei vom XXXX wurden am XXXX den Parteien übermittelt und ihnen die Gelegenheit gegeben, binnen einer Frist von zwei Wochen Stellung zu beziehen.

13. Mit Schreiben vom XXXX erstattete die beschwerdeführende Partei eine Stellungnahme zur Urkundenvorlage der belangten Behörde vom XXXX . Diese stellte den Antrag, "das Beschwerdeverfahren einzustellen; in eventu, der gegenständlichen Beschwerde nicht Folge zu geben".

Die beschwerdeführende Partei führte vor allem aus, das Beschwerdeverfahren diene der Klärung der Vorfrage, ob der beschwerdeführende Partei ein Anspruch gemäß § 81 Abs. 1a UrhG gegen die mitbeteiligte Partei zukomme. Denn nach dieser Bestimmung könne auch ein Vermittler urheberrechtsverletzender Inhalte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wofür das Bestehen von Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr erforderlich sei (OGH 19.05.2015, 4 Ob 22/15 m).

Das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr dürfe keineswegs engherzig beurteilt werden; bei einer einmaligen Zuwiderhandlung sei die Wiederholungsgefahr nur dann ausgeschlossen, wenn der Verletzte durch ein exekutionsfähiges Anerkenntnis geschützt werde oder sonst vom Unterlassungspflichtigen die Unmöglichkeit einer neuerlichen Verletzung bewiesen worden sei. Die Wiederholungsgefahr falle durch Bestreitung der Unterlassungspflicht gerade nicht weg. Nach der Rechtsprechung (OGH 16.03.2004, 4 Ob 30/04x) falle die Wiederholungsgefahr insbesondere durch Löschung der zu beanstandenden Internetseite und Kündigung des zugrundeliegenden Telefonanschlusses nicht weg, weil solche technischen Vorgänge jederzeit wieder rückgängig gemacht werden können. Die von der belangten Behörde vorgelegten Aktenvermerke seien daher ohne Relevanz für das hier geführte Beschwerdeverfahren.

Da die mitbeteiligte Partei bislang keinen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich angeboten und der Unterlassungsverpflichtung nicht entsprochen habe sowie darüber hinaus auch noch das Bestehen einer Unterlassungspflicht bestreite, sei die Wiederholungsgefahr im vorliegenden Fall nicht weggefallen. Die beschwerdeführende Partei verfüge daher nach § 81 Abs. 1a UrhG nach wie vor über einen Unterlassungsanspruch gegen die mitbeteiligte Partei.

14. Die mitbeteiligte Partei äußerte sich mit Schreiben vom XXXX zur Beschwerde.

Diese brachte im Wesentlichen vor, dass die Internetadresse " XXXX " nicht mehr erreichbar sei. Es werde jener Inhalt, auf den die beschwerdeführende Partei ihren Anspruch auf Einrichtung einer Websperre gestützt habe, damit nicht (mehr) zur Verfügung gestellt. Aufgrund dieses neuen Umstandes sei die beschwerdeführende Partei nicht mehr durch den angefochtenen Bescheid beschwert. Diese sei nicht in ihren Rechten verletzt, selbst wenn die belangte Behörde die Vornahme der von ihr geforderten Sperre als unvereinbar mit der VO (EU) 2018/1971 beurteilt habe. Einer Sachentscheidung durch das Bundesverwaltungsgericht würde für sie keine Bedeutung mehr zukommen (VwGH 21.11.2013, 2012/01/0127; 20.01.2016, Ro 2014/04/0045).

Auch inhaltlich komme der Beschwerde keine Berechtigung zu; die angefochtene Entscheidung der belangten Behörde sei nicht zu beanstanden. Diese habe zu Recht entschieden, dass aus der Zusammenschau der §§ 81 Abs. 1 und 1a UrhG klar sei, dass bei der Beurteilung des Anspruches der Beschwerdeführerin ausschließlich Verstöße gegen das UrhG relevant seien. Hinzu komme, dass zum heutigen Zeitpunkt, aber auch schon nach den Feststellungen der belangten Behörde, unter der Website " XXXX kein Inhalt abrufbar sei, der eine Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr ermögliche. Nach den Feststellungen würden alle (damals) vorhandenen Links ins Leere (mit Ausnahme eines Links auf ein Impressum) zeigen. Es handle sich vielmehr um eine Kopie der Startseite der Website " XXXX " (im alten Layout), die aber, so die beschwerdeführende Partei selbst, ohne Inhalt sei. Zu Recht verweise die belangte Behörde daher darauf, dass das festgestellte Layout der beschwerdeführenden Partei über eine rein handwerkliche, routinemäßige Leistung

nicht hinausgehe. Der ins Treffen geführten Entscheidung des Obersten Gerichtshofes, 4 Ob 94/01d, sei zudem ein deutlich anderer Sachverhalt zugrunde gelegen und folge aus der Entscheidung keinesfalls, dass jedes Layout urheberrechtlich geschützt sei. Die festgestellte Startseite der beschwerdeführenden Partei sei außerdem nicht als Sammelwerk geschützt. Die beschwerdeführende Partei verkenne, dass die Auswahl und Anordnung der auf der Startseite vorhandenen Elemente aus den festgestellten Gründen (eine auf Hunderten von Websites anzutreffende Kombination von Produktbildern mit Textbausteinen zur Produktbeschreibung und Wirkweise) keine Eigentümlichkeit iSd UrhG aufweisen würden.

Jedenfalls handele es sich um keine strukturell rechtsverletzende Webseite. Die statische, nicht funktionstüchtige Startseite, die unter "XXXX" abrufbar gewesen sei, sei mit Websites wie "XXXX" oder "XXXX" nicht zu vergleichen. Während jene Websites den Usern überwiegend rechtswidrige Inhalte zur Verfügung stellen würden, komme dem festgestellten (alten) Inhalt unter "XXXX" keine Funktion zu. Selbst dann, wenn unter "XXXX" einzelne zugunsten der beschwerdeführenden Partei geschützte Elemente zur Verfügung gestellt werden würden, reiche dies nicht aus, um eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot von Verkehrsmanagementmaßnahmen zu rechtfertigen. Es würde keinen gerechten Ausgleich zwischen den Grundrechten aller Beteiligten geben, müssten Access-Provider den Zugang zu Websites sperren, auf denen sich einzelne Elemente ohne Einwilligung der jeweiligen Rechteinhaber befinden würden. Eine Unterscheidung zwischen Websites mit einzelnen rechtswidrigen Inhalten und strukturell rechtsverletzenden Angeboten sei essentiell, nicht zuletzt, um der unternehmerischen Freiheit der Provider und dem Recht der Nutzer auf Zugang zu Information zu genügen. Access-Provider hätten mit der (juristischen und technischen) Prüfung, Einrichtung, Überwachung und Aufhebung erheblichen Aufwand. Demgegenüber seien die Rechteinhaber durch einzelne Urheberrechteverstöße nicht im selben Ausmaß verletzt wie bei Angeboten wie "XXXX" und "XXXX". Überdies hätte sich nach den Feststellungen auf "XXXX" lediglich eine Kopie der Startseite ohne Inhalt befunden, die Links hätten zum Großteil nicht funktioniert. Daraus folge aber, dass die Betreiber von "XXXX" nicht die Auswahl und Anordnung von Elementen, die Struktur der Verlinkung etc. übernommen hätten. Dort habe sich ja gar keine Kopie eines Internetauftritts, sondern lediglich ein einziges Element eines solchen Webauftritts befunden. Die zitierten Entscheidungen, die einen Internetauftritt als solchen betreffen, seien nicht einschlägig.

15. Mit Schreiben vom XXXX replizierte die mitbeteiligte Partei auf die Urkundenvorlage der belangten Behörde vom XXXX sowie auf die Stellungnahme der beschwerdeführenden Partei vom XXXX.

Diese wiederholte ihr Vorbringen vom XXXX, dass die beschwerdeführende Partei nicht mehr beschwert und das Rechtsmittelverfahren daher einzustellen sei.

16. Die Stellungnahme der beschwerdeführenden Partei vom XXXX und die Stellungnahmen der mitbeteiligten Partei vom XXXX sowie XXXX wurden den Parteien vom Bundesverwaltungsgericht am XXXX wechselseitig zur Äußerung übermittelt. Die Parteien bekräftigten in den Gegenäußerungen im Wesentlichen ihre bisherige Rechtsansicht.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen

1.1. Beteiligte Parteien

Die beschwerdeführende Partei hat ihren Sitz in XXXX und vertreibt seit Jahrzehnten Arzneimittel und Kosmetika diverser Marken, darunter auch zahnmedizinische Produkte der Marke "XXXX". Diese Produkte stellt sie auf der Webseite "XXXX" vor.

Die mitbeteiligte Partei ist Inhaberin einer Bestätigung gemäß 15 TKG 2003, betreibt ein Kommunikationsnetz und erbringt Kommunikations- einschließlich Internetzugangsdienste.

1.2. Den Verfahrenshergang und die zwischen den Parteien gesetzten Handlungen stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, wie sie unter Pkt. I. beschrieben sind.

1.3. Domain "XXXX"

Die Domain "XXXX" ist jedenfalls seit XXXX nicht mehr registriert und steht jedermann zur Neuregistrierung offen. Schon seit dem XXXX waren und sind unter dieser Domain keine Websites mehr abrufbar.

Der frühere Inhaber dieser Domain nennt sich "XXXX" aus XXXX. Den Aufforderungen der beschwerdeführenden Partei im Jahr XXXX, die von dieser als unzulässig angesehenen Inhalte von der Website zu entfernen, kam der

Domaininhaber nicht nach. Auf Aufforderungsschreiben der beschwerdeführenden Partei hat der Inhaber der Domain auch sonst nicht reagiert. Die Beweggründe des früheren Inhabers der Domain "XXXX", diese zunächst zu registrieren, danach dort jene Website abrufbar zu halten, in der die beschwerdeführende Partei eine Urheberrechtsverletzung erblickt, die betreffende Website wieder zu löschen und die Registrierung der Domain zu beenden, sind unbekannt.

## 2. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zu der Domain "XXXX", ihrer Löschung, jedermanns Möglichkeit, sie neu zu registrieren, und zur Abrufbarkeit von Websites unter dieser Domain ergeben sich aus Aktenvermerken der belangten Behörde im Verfahren zu XXXX und entsprechen dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei im Schreiben vom XXXX, auf das seitens der beschwerdeführenden Partei keine gegenteilige Stellungnahme erfolgte. Ferner wurde zur Kontrolle der Aktualität dieser Feststellungen am XXXX und am XXXX durch das Bundesverwaltungsgericht - erfolglos - versucht, eine Website unter "XXXX" abzurufen und diese Domain bei dem Registrar "XXXX" als nach wie vor zur Neuregistrierung verfügbar abgefragt; diese Ermittlungsergebnisse bestätigen die Aktualität der Feststellungen zur Domain "XXXX".

Die Feststellungen zu dem früheren Inhaber der Domain "XXXX", den Parteien, den zwischen diesen und im Verfahren gesetzten Handlungen gehen unzweifelhaft aus dem Verwaltungsakt hervor. Dass nicht festgestellt werden kann, ob das Löschen der unter der Domain "XXXX" früher abrufbaren Website und die Beendigung der Registrierung dieser Domain mit den Aufforderungsschreiben der mitbeteiligten Partei in Zusammenhang steht, folgt aus dem Umstand, dass der frühere Domain-Inhaber auf deren Schreiben nie reagierte und Website wie Domain trotz dieser Schreiben geraume Zeit beibehielt.

## 3. Rechtliche Beurteilung

### 3.1. Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht

Gemäß § 17 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013, sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG), BGBl. Nr. 51/1991, mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes (AgrVG), BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 (DVG), BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, "[s]ofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist".

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Bei einer Aufhebung gemäß § 28 Abs. 5 VwGVG handelt es sich um eine materielle Erledigung der Rechtssache durch (ersatzlose) Behebung des angefochtenen Bescheides in Form eines Erkenntnisses (Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren, § 28 VwGVG, Anm 17).

Gemäß § 6 BVwGG, BGBl. I Nr. 10/2013, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 121a Abs. 2 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl. Nr. I 70/2003, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die Telekom-Control-Kommission belangte Behörde ist, durch Senat. Im gegenständlichen Fall richtet sich die Beschwerde der gegen einen Bescheid der Telekom-Control-Kommission, die auch belangte Behörde im vorgenannten Sinne ist. Es besteht daher Senatszuständigkeit.

Zu A)

### 3.2. Gesetzliche Grundlagen

### 3.2.1. TSM-VO

Die im vorliegenden Fall relevanten Bestimmungen der Verordnung (EU) 2015/2120 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union lautet auszugsweise:

"DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION

[...]

in Erwägung nachstehender Gründe:

(1) Mit dieser Verordnung sollen gemeinsame Regeln zur Wahrung der gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Behandlung des Datenverkehrs bei der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten und damit verbundener Rechte der Endnutzer geschaffen werden. Mit der Verordnung sollen die Endnutzer geschützt und es soll gleichzeitig gewährleistet werden, dass das 'Ökosystem' des Internets weiterhin als Innovationsmotor funktionieren kann. Reformen im Bereich des Roamings sollten bei den Endnutzern das Vertrauen schaffen, auch auf Reisen in der Union vernetzt zu bleiben, und dazu führen, dass sich im Laufe der Zeit die Preise und andere Bedingungen in der Union einander angleichen werden.

[...]

(3) Das Internet hat sich in den vergangenen Jahrzehnten zu einer offenen Plattform für Innovation mit niedrigen Zugangsschranken für Endnutzer, Anbieter von Inhalten, Anwendungen und Diensten sowie Anbieter von Internetzugangsdiensten entwickelt. Der bisherige Rechtsrahmen zielt darauf ab, Endnutzern die Möglichkeit zu geben, Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten bzw. Anwendungen und Dienste ihrer Wahl zu nutzen. Sehr viele Endnutzer sind jedoch von einer Verkehrsmanagementpraxis betroffen, die bestimmte Anwendungen oder Dienste blockiert oder verlangsamt. Diese Tendenzen erfordern gemeinsame Regeln auf Unionsebene, damit gewährleistet ist, dass das Internet offen bleibt und es nicht zu einer Fragmentierung des Binnenmarkts durch individuelle Maßnahmen der Mitgliedstaaten kommt.

(4) Ein Internetzugangsdienst bietet unabhängig von den vom Endnutzer verwendeten Netztechnologien und Endgeräten den Zugang zum Internet und somit grundsätzlich zu all seinen Abschlusspunkten. Es ist jedoch möglich, dass aus nicht von den Internetzugangsanbietern zu vertretenden Gründen bestimmte Abschlusspunkte des Internets nicht immer zugänglich sind. Daher sollte gelten, dass ein Anbieter seiner Verpflichtung im Zusammenhang mit der Bereitstellung eines Internetzugangsdienstes im Sinne dieser Verordnung nachgekommen ist, wenn der betreffende Dienst eine Anbindung an nahezu alle Abschlusspunkte des Internets bereitstellt. Daher sollten die Internetzugangsanbieter die Anbindung an keinen zugänglichen Abschlusspunkt des Internets beschränken.

[...]

(6) Endnutzer sollten das Recht haben, über ihren Internetzugangsdienst ohne Diskriminierung Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten und Anwendungen und Dienste zu nutzen und bereitzustellen. Die Ausübung dieses Rechts sollte unbeschadet des Unionsrechts und des mit dem Unionsrecht im Einklang stehenden nationalen Rechts zur Regelung der Rechtmäßigkeit von Inhalten, Anwendungen oder Diensten erfolgen. Mit dieser Verordnung wird nicht angestrebt, die Rechtmäßigkeit von Inhalten, Anwendungen oder Diensten oder der damit verbundenen Verfahren, Anforderungen und Sicherheitsmechanismen zu regeln. Diese Angelegenheiten fallen somit weiterhin unter das Unionsrecht oder unter im Einklang mit dem Unionsrecht stehendes nationales Recht.

[...]

(8) Bei der Bereitstellung der Internetzugangsdienste sollten Anbieter dieser Dienste den gesamten Datenverkehr ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung, ungeachtet des Senders, des Empfängers, des Inhalts, der Anwendung, des Dienstes oder des Endgeräts, gleich behandeln. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts und der ständigen Rechtsprechung sollten vergleichbare Situationen nicht unterschiedlich und unterschiedliche Situationen nicht gleich behandelt werden, es sei denn, eine solche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt.

(9) Ziel eines angemessenen Verkehrsmanagements ist es, zu einer effizienten Nutzung der Netzressourcen und zur Optimierung der Gesamtübermittlungsqualität entsprechend den objektiv unterschiedlichen Anforderungen an die



technische Qualität der Dienste bei speziellen Verkehrskategorien und somit den übermittelten Inhalten, Anwendungen und Diensten beizutragen. Von den Internetzugangsanbietern angewandte angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen sollten transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sein, und sie sollten nicht auf kommerziellen Erwägungen beruhen. Die Anforderung, dass Verkehrsmanagementmaßnahmen nicht diskriminierend sein dürfen, schließt nicht aus, dass die Internetzugangsanbieter zur Optimierung der Gesamtübermittlungsqualität Verkehrsmanagementmaßnahmen anwenden, bei denen zwischen objektiv verschiedenen Verkehrskategorien unterschieden wird. Um die Gesamtqualität und das Nutzererlebnis zu optimieren, sollte jede derartige Differenzierung nur auf der Grundlage objektiv verschiedener Anforderungen an die technische Qualität der Dienste (beispielsweise in Bezug auf Verzögerung, Verzögerungsschwankung, Paketverlust und Bandbreite) bei bestimmten Verkehrskategorien, nicht aber auf Grundlage kommerzieller Erwägungen zulässig sein. Derartige differenzierende Maßnahmen sollten in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck der Optimierung der Gesamtqualität stehen und gleichartigen Verkehr gleich behandeln. Derartige Maßnahmen sollten nicht länger als erforderlich beibehalten werden.

(10) Ein angemessenes Verkehrsmanagement erfordert keine Techniken zur Überwachung spezifischer Inhalte des Datenverkehrs, der über den Internetzugangsdienst übertragen wird.

(11) 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. Regeln gegen die Veränderung von Inhalten, Anwendungen oder Diensten beziehen sich auf eine Veränderung des Inhalts der Kommunikation, sind aber nicht mit einem Verbot nichtdiskriminierender Datenkomprimierungstechniken verbunden, mit denen die Größe einer Datei ohne irgendeine Veränderung des Inhalts reduziert wird. Eine solche Datenkomprimierung ermöglicht eine effizientere Nutzung knapper Ressourcen und dient dem Interesse der Endnutzer, indem das Datenvolumen verringert, die Geschwindigkeit erhöht und das Nutzererlebnis bei der Nutzung der betreffenden Inhalte, Anwendungen oder Dienste verbessert wird.

(12) Verkehrsmanagementmaßnahmen, die über die oben angegebenen angemessenen Verkehrsmanagementmaßnahmen hinausgehen, sollten nur soweit und so lange angewandt werden können, wie es erforderlich ist, um den in dieser Verordnung vorgesehenen begründeten Ausnahmen zu entsprechen.

(13) 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.

[...]

(33) Diese Verordnung wahrt die Grundrechte und Grundsätze, die insbesondere in der Charta niedergelegt sind, vor allem den Schutz personenbezogener Daten, die Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit, die unternehmerische Freiheit, die Nichtdiskriminierung und den Verbraucherschutz.

[...]

HABEN FOLGENDE VERORDNUNG ERLASSEN:

#### Artikel 1

##### Gegenstand und Geltungsbereich

(1) In dieser Verordnung werden gemeinsame Regeln zur Wahrung der gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Behandlung des Verkehrs bei der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten und der damit verbundenen Rechte der Endnutzer festgelegt.

(2) Mit dieser Verordnung wird ein neuer Mechanismus für die Endkundenpreise für unionsweite regulierte Roamingdienste festgelegt, um Roamingaufschläge für Endkunden abzuschaffen, ohne die inländischen und die besuchten Märkte zu verzerren.

#### 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.

(4) Im Zuge etwaiger Verkehrsmanagementmaßnahmen dürfen personenbezogene Daten nur verarbeitet werden, wenn diese Verarbeitung zur Erreichung der in Absatz 3 genannten Ziele erforderlich und verhältnismäßig ist. Die Verarbeitung solcher Daten muss nach Maßgabe der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (10) erfolgen. Verkehrsmanagementmaßnahmen müssen ebenfalls den Anforderungen der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (11) entsprechen.

(5) Den Anbietern öffentlicher elektronischer Kommunikation, einschließlich der Internetzugangsanbieter und der Anbieter von Inhalten, Anwendungen und Diensten, steht es frei, andere Dienste, die keine Internetzugangsdienste sind, anzubieten, die für bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste oder eine Kombination derselben optimiert sind, wenn die Optimierung erforderlich ist, um den Anforderungen der Inhalte, Anwendungen oder Dienste an ein bestimmtes Qualitätsniveau zu genügen.

Die Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation einschließlich der Internetzugangsanbieter dürfen diese anderen Dienste nur dann anbieten oder ermöglichen, wenn die Netzkapazität ausreicht, um sie zusätzlich zu den bereitgestellten Internetzugangsdiensten zu erbringen. Diese anderen Dienste dürfen nicht als Ersatz für Internetzugangsdienste nutzbar sein oder angeboten werden und dürfen nicht zu Nachteilen bei der Verfügbarkeit oder der allgemeinen Qualität der Internetzugangsdienste für Endnutzer führen.

[...]

## 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.

## Artikel 6

### Sanktionen

Die Mitgliedstaaten erlassen für Verstöße gegen die Artikel 3, 4 und 5 Vorschriften über Sanktionen und treffen alle zu deren Anwendung erforderlichen Maßnahmen. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission diese Vorschriften und Maßnahmen bis zum 30. April 2016 mit und melden ihr spätere Änderungen unverzüglich.

[...]"

### 3.2.2. TKG 2003

Die im vorliegenden Fall relevanten Bestimmungen des Bundesgesetzes, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 - TKG 2003), StF: BGBl. Nr. 70/2003 idgF, lauten auszugsweise:

#### "13. Abschnitt

#### Strafbestimmungen

[...]

#### Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 109. (1) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 4 000 Euro zu bestrafen, wer

[...]

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;

[...]

10. den Artikeln 3, 4 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2 oder Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 zuwiderhandelt.

[...]

#### Abschöpfung der Bereicherung

§ 111. (1) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass ein Unternehmen durch eine gegen dieses Bundesgesetz oder gegen die VO (EU) 2015/2120 oder gegen die VO (EU) 531/2012, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes oder der VO (EU) 2015/2120 oder der VO (EU) 531/2012 erlassenen Bescheid verstoßende rechtswidrige Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat, kann die Regulierungsbehörde beim Kartellgericht den Antrag stellen, einen Betrag festzusetzen und für abgeschöpft zu erklären. Die Höhe der Abschöpfung richtet sich nach dem Ausmaß des wirtschaftlichen Vorteils und kann vom Kartellgericht mit bis zu 10% des Unternehmensumsatzes des Vorjahres festgesetzt werden. Die Regulierungsbehörde hat in diesem Verfahren Parteistellung.

(1a) Ist der Beweis über die Höhe des in rechtswidriger Weise erlangten Vorteils gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen, so kann das Kartellgericht auf Antrag oder von Amts wegen einen angemessenen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen.

(2) Der abgeschöpfte Betrag fließt der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH zu deren Finanzierung zu.

#### 14. Abschnitt

#### Behörden

[...]

## Telekom-Control-Kommission

§ 116. (1) Zur Erfüllung der im § 117 genannten Aufgaben ist die Telekom-Control-Kommission eingerichtet.

(2) Die Telekom-Control-Kommission ist bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH angesiedelt. Die Geschäftsführung der Telekom-Control-Kommission obliegt der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH. Im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Telekom-Control-Kommission ist das Personal der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH an die Weisungen des Vorsitzenden oder des in der Geschäftsordnung bezeichneten Mitgliedes gebunden.

(3) Die Mitglieder der Telekom-Control-Kommission sind gemäß Art. 20 Abs. 2 B-VG bei der Ausübung ihres Amtes an keine Weisungen gebunden.

## Aufgaben

§ 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.

[...]

## Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht

§ 121a [...]

(2) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über Beschwerden in jenen Fällen, in denen die Telekom-Control-Kommission belangte Behörde ist (§ 2 VwGVG), durch Senate."

### 3.2.3. RL 2001/29/EG

Die im vorliegenden Fall relevante Bestimmung der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft lautet auszugsweise:

"KAPITEL IV

ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN

Artikel 8

Sanktionen und Rechtsbehelfe

[...]

(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."

### 3.2.4. UrhG

Die im vorliegenden Fall relevante Bestimmung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), StF: BGBl. Nr. 111/1936 idgF, lautet auszugsweise:

"Unterlassungsanspruch

§ 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, hiezue 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."

### 3.2.5. ECG

Die im vorliegenden Fall relevanten Bestimmungen des Bundesgesetzes, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz - ECG), StF: BGBl. Nr. I 152/2001 idgF, lauten auszugsweise:

#### "5. Abschnitt

#### Verantwortlichkeit von Diensteanbietern

##### Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Durchleitung

§ 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.

##### Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Suchmaschinen

§ 14. (1) Ein Diensteanbieter, der Nutzern eine Suchmaschine oder andere elektronische Hilfsmittel zur Suche nach fremden Informationen bereitstellt, ist für die abgefragten Informationen nicht verantwortlich, sofern er

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

(2) Abs. 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Person, von der die abgefragten Informationen stammen, dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.

##### Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Zwischenspeicherungen (Caching)

§ 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.

##### Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Speicherung fremder Inhalte (Hosting)

§ 16. (1) Ein Diensteanbieter, der von einem Nutzer eingegebene Informationen speichert, ist für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen nicht verantwortlich, sofern er

1. von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat und sich in Bezug auf

Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder,

2. sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erhalten hat, unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.

(2) Abs. 1 ist nicht anzuwenden, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.

Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Links

§ 17. (1) Ein Diensteanbieter, der mittels eines elektronischen Verweises einen Zugang zu fremden Informationen eröffnet, ist für diese Informationen nicht verantwortlich,

1. sofern er von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder,

2. sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt hat, unverzüglich tätig wird, um den elektronischen Verweis zu entfernen.

(2) Abs. 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Person, von der die Informationen stammen, dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird oder der Diensteanbieter die fremden Informationen als seine eigenen darstellt."

3.2.6. ZPO

Die im vorliegenden Fall relevante Bestimmung des Gesetzes vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung - ZPO), StF: RGBl. Nr. 113/1895 idgF, lautet auszugsweise:

"§. 228.

Es kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder Rechtes, auf Anerkennung der Echtheit einer Urkunde oder Feststellung der Unechtheit derselben Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass jenes Rechtsverhältnis oder Recht oder die Urkundenechtheit durch eine gerichtliche Entscheidung alsbald festgestellt werde."

3.3. Zulässigkeit der Beschwerde

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

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