

# Grenzenlos Online?

## Geoblocking im Binnenmarkt – Eine kartellrechtliche Betrachtung

*Der europäische Binnenmarkt eröffnet Verbrauchern aus den EU-Mitgliedstaaten seit vielen Jahren das Recht, Waren und Dienstleistungen in allen Mitgliedstaaten der EU zu beziehen. Vor allem der Online-Vertrieb befördert den grenzüberschreitenden Handel innerhalb der EU. Im Rahmen ihrer Strategie für einen digitalen Binnenmarkt untersucht die Europäische Kommission Hindernisse, die Unternehmen beim grenzüberschreitenden elektronischen Handel errichten. Ein solches Hindernis kann Geoblocking – eine im Internet eingesetzte Technik zur geographischen Sperrung von Internetinhalten – darstellen. Der folgende Beitrag skizziert den kartellrechtlichen Rahmen, innerhalb dessen Geoblocking zu bewerten ist und zeigt auf, unter welchen Voraussetzungen Geoblocking zulässig sein kann.*

### A. Einleitung

Online-Videotheken wie *Netflix*, *Maxdome* und *Amazon Instant Video* stehen derzeit ebenso wie Sportübertragungen beispielsweise von *Sky Deutschland* hoch im Kurs. Verbraucher schätzen den Vorteil, das Angebot von jedem Ort mit mobilen Geräten über eine Internetverbindung abrufen zu können. Doch sobald die Grenzen des Heimatlandes verlassen werden, ist ein Abruf des bereits bezahlten Inhalts häufig nicht mehr möglich. Selbst innerhalb des Binnenmarktes der Europäischen Union stößt der Kunde immer wieder auf geografische Sperren. Die *Bundesliga* oder *Game of Thrones* im Ausland sind daher noch immer Zukunftsmusik. Umgekehrt können auch im Inland kaum Sendungen aus anderen EU-Ländern empfangen werden.

Um digitale Inhalte über Ländergrenzen hinweg zugänglich zu machen, hat die Europäische Kommission („Kommission“) im Rahmen ihrer Strategie für einen digitalen Binnenmarkt<sup>1</sup> angekündigt, gegen unberechtigtes Geoblocking vorgehen zu wollen. Hierzu hat sie im Mai 2015 eine kartellrechtliche Sektoruntersuchung zum Wettbewerb im elektronischen Handel eingeleitet.<sup>2</sup> Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt auf möglichen Hindernissen, die Unternehmen beim grenzüberschreitenden elektronischen Handel errichten. Die Untersuchung konzentriert sich vor allem auf die Branchen, in welchen der elektronische Handel am stärksten verbreitet ist, nämlich Elektronik, Bekleidung und Schuhe sowie digitale Inhalte.

Unter welchen Umständen die Kommission Geoblocking für gerechtfertigt hält, hat sie bislang nur angedeutet. Auch innerhalb der Kommission bestehen darüber offensichtlich unterschiedliche Auffassungen. „Ich hasse Geoblocking aus tiefstem Herzen“, sagte der für den digitalen Binnenmarkt zuständige EU-Kommissar *Andrus Ansip*.<sup>3</sup> *Günter Oettinger*, EU-Kommissar für Digitale Wirtschaft und Gesellschaft, hat sich

#### METADATEN:

GWB § 18  
AEUV Art. 101  
AEUV Art. 102  
UrhG § 17  
UrhG § 31 I 2  
UrhG § 69c Nr. 2 S. 2  
Kartellrecht

#### STICHWÖRTER:

Geoblocking  
Urheberrecht  
Dienstleistungsrichtlinie  
Diskriminierungsverbot  
Erschöpfungsgrundsatz  
Freistellung

1 Mitteilung der Kommission vom 6.5.2015 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final („Mitteilung über eine Strategie für einen digitalen Binnenmarkt“), Ziff. 2.3.  
2 Beschluss der Kommission vom 6.5.2015 über die Einleitung einer Untersuchung des elektronischen Handels nach Art. 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates, C(2015) 3026 final („Sektoruntersuchung“).  
3 Siehe beispielsweise Spiegel Online, „EU-Kommission will gegen Ländersperren vorgehen“, Beitrag vom 25.3.2015, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/geoblocking-eu-kommission-will-gegen-laendersperren-vorgehen-a-1025559.html> (zuletzt abgerufen am 25.8.2015).

hingegen gegen eine ungeprüfte Abschaffung von Geoblocking bei Online-Videoportalen ausgesprochen.<sup>4</sup>

Für viele Unternehmen ist Geoblocking nicht nur zur Strukturierung ihres Vertriebs ein geeignetes Mittel, sondern auch, um die Einhaltung unterschiedlicher gesetzlicher Anforderungen in den einzelnen Mitgliedstaaten sicherzustellen. Dies gilt beispielsweise für den Jugendschutz und das Glücksspielrecht. Durch die Aktivitäten der Kommission ist bei diesen Unternehmen eine erhebliche Unsicherheit entstanden, in welchen Fällen Geoblocking insbesondere aus kartellrechtlicher Sicht erlaubt ist.

Diese Unsicherheit wird dadurch verstärkt, dass die Kommission bis Mitte 2016 Rechtsetzungsvorschläge unterbreiten will, um ungerechtfertigtes Geoblocking abzustellen. Nach Angaben der Kommission könnte zu diesen Maßnahmen eine Änderung des Rechtsrahmens für den elektronischen Geschäftsverkehr (Richtlinie 2000/31/EG) und der auf der Grundlage von Art. 20 der Dienstleistungsrichtlinie (Richtlinie 2006/123/EG) erlassenen Vorschriften gehören.<sup>5</sup> Zudem erwägt die Kommission, Nutzern durch eine Harmonisierung der nationalen Urheberrechtssysteme EU-weit einen umfassenderen Online-Zugang zu geschützten Werken zu ermöglichen.<sup>6</sup>

Ziel des nachfolgenden Beitrags ist es, die aus Sicht der Unternehmen bestehenden Unsicherheiten zu reduzieren. Hierzu gibt der Beitrag zunächst einen Überblick über die unterschiedlichen Erscheinungsformen des Geoblockings (Abschnitt B.). Im Anschluss daran wird der rechtliche Rahmen erläutert, nach dem sich Geoblocking beurteilt (Abschnitt C.), gefolgt von einer Darstellung der Fälle, in denen Geoblocking als zulässiges Mittel genutzt werden kann (Abschnitt D.). Schließlich fasst der Beitrag das Ergebnis unter Berücksichtigung der Reformvorschläge der Kommission zusammen (Abschnitt E.).

## B. Erscheinungsformen

Die Kommission bezeichnet Geoblocking als eine von Online-Händlern aus kommerziellen Gründen geübte Praxis, den Zugang zu Websites in anderen Mitgliedstaaten zu sperren.<sup>7</sup> Ebenso kann Geoblocking durch einen Direktanbieter angewendet werden. In beiden Fällen erkennt die Website des Anbieters die Herkunft des Kunden in der Regel anhand seiner IP-Adresse<sup>8</sup> oder anhand der Kreditkartendaten, die der Kunde im Rahmen des Bezahlvorgangs eingibt. Diese Zuordnung kann sich für den Kunden wie folgt auswirken:<sup>9</sup>

- Der Kunde kann die Website des ausländischen Händlers

---

4 Interview mit der FAZ vom 30.3.2015, „Oettinger gegen schnelles Ende von Geoblocking“.

5 Kommission, Mitteilung über eine Strategie für einen digitalen Binnenmarkt (Fn. 1), Ziff. 2.3.

6 Kommission, Mitteilung über eine Strategie für einen digitalen Binnenmarkt (Fn. 1), Ziff. 2.4.

7 Kommission, Mitteilung über eine Strategie für einen digitalen Binnenmarkt (Fn. 1), Ziff. 2.3.

8 IP-Adressen werden zentral von der *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA) an fünf regionale Vergabestellen (*Regional Internet Registries*) vergeben. Diese Vergabestellen vergeben Bündel von IP-Adressen an Internetprovider, die diese wiederum an ihre Nutzer verteilen. Während die genaue Zuordnung einer IP-Adresse den Strafverfolgungsbehörden vorbehalten bleibt, kann jedenfalls in der Regel über bei den oben genannten Stellen geführte Listen jede IP-Adresse einem Land zugeordnet werden.

9 Kommission, Mitteilung über eine Strategie für einen digitalen Binnenmarkt (Fn. 1), Ziff. 2.3.

zwar aufrufen, dort aber keine Waren oder Dienstleistungen einkaufen.

- Alternativ wird der Kunde auf eine inländische Website desselben Unternehmens oder auf die Website eines inländischen Händlers mit anderen Preisen oder anderen Produkten bzw. Dienstleistungen geleitet.
- In wieder anderen Fällen kann der Kunde den Kauf über die besuchte Website abschließen, muss allerdings je nach Standort, Nationalität oder Herkunftsland andere Preise entrichten.

In allen diesen Fällen wird der Vertrieb der betreffenden Waren und Dienstleistungen – und damit auch die Auswahlmöglichkeiten des Verbrauchers – anhand von Landesgrenzen beschränkt. Damit geht insbesondere eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Absatzmittlern, die die Erzeugnisse desselben Herstellers vertreiben (*intrabrand*-Wettbewerb), einher. Mittelbar kann dies auch zu einer Beschränkung des *interbrand*-Wettbewerbs – also des Wettbewerbs zwischen gleichartigen Erzeugnissen verschiedener Hersteller – führen. Das wäre der Fall, sofern ein inländischer Händler keine Konkurrenz durch ausländische Händler erfährt, weil diese die konkurrierenden Waren oder Dienstleistungen eines anderen Herstellers ausschließlich in anderen Ländern anbieten.

Darüber hinaus kritisiert die Kommission auch die fehlende Portabilität urheberrechtlich geschützter Inhalte. Bei Diensten wie Online-Videotheken und Sportübertragungen können Verbraucher, die sich im EU-Ausland aufhalten, häufig nicht auf Inhalte zugreifen, die sie in ihrem EU-Heimatland erworben haben.<sup>10</sup> In der Regel hängt dies mit der räumlichen Beschränkbarkeit von Urheberrechten zusammen. In anderen Fällen gründet die begrenzte Portabilität hingegen auf rein kommerziellen Entscheidungen.

### **C. Rechtlicher Rahmen**

Die beschriebenen Erscheinungsformen des Geoblockings können aus kartellrechtlicher Sicht zwei Kategorien zugeordnet werden. Zum einen kann Geoblocking auf einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise beruhen, deren Zulässigkeit sich anhand des Maßstabs des Kartellverbots beurteilt (dazu unter I.). Zum anderen kann Geoblocking auch auf einer einseitigen Entscheidung eines Unternehmens beruhen und wäre dann nur unter den besonderen Voraussetzungen der Missbrauchskontrolle unzulässig (dazu unter II.). Unabhängig von der kartellrechtlichen Kategorisierung muss sich Geoblocking an den Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie messen lassen. Nach dieser ist es Dienstleistungserbringern grundsätzlich untersagt, den Empfänger aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder seines Wohnsitzes zu diskriminieren (dazu unter III.).

#### **I. Geoblocking als Teil einer Vereinbarung**

Sowohl nach deutschem als auch nach EU Kartellrecht verstößen Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die den Wettbewerb beschränken, grundsätzlich gegen das Kartellverbot (§§ 1 ff. GWB, Art. 101

<sup>10</sup> Kommission, Mitteilung über eine Strategie für einen digitalen Binnenmarkt (Fn. 1), Ziff. 2.4.

AEUV).<sup>11</sup> Neben Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern (horizontale Vereinbarung) umfasst das Kartellverbot auch vertikale Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf unterschiedlicher Wirtschaftsstufe (wie z.B. Vertriebsverträge).

Bei einer Vereinbarung zwischen Wettbewerbern kann Geoblocking als Mittel zur Marktaufteilung und damit zur Umsetzung eines klassischen Gebietskartells genutzt werden. Eine Aufteilung des Gebiets läuft ebenso wie eine Aufteilung von Kunden dem Kartellverbot zuwider, weil den Abnehmern dadurch die Möglichkeit genommen wird, günstigere Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen durch den Wettbewerb der Anbieter zu erlangen.<sup>12</sup> Eine Marktaufteilung ist nur unter sehr engen – und weitestgehend geklärten – Voraussetzungen<sup>13</sup> zulässig und steht offensichtlich auch nicht im Fokus der derzeitigen Aktivitäten der Kommission. Auf eine vertiefte Erörterung wird daher verzichtet.

In vertikalen Konstellationen beschränkt der Anbieter das Gebiet oder die Kundengruppe, in das oder an die der Abnehmer die Vertragswaren oder -dienstleistungen verkaufen darf. Auch diese Form der Beschränkung gilt grundsätzlich als schwerwiegende Kernbeschränkung (Verhinderung von *intra-brand*-Wettbewerb). Allerdings sieht die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen<sup>14</sup> („Vertikal-GVO“) bestimmte Freistellungsmöglichkeiten vor, die über diejenigen für horizontale Marktaufteilungen hinausgehen (hierzu unten D.I.3.).<sup>15</sup>

Ein Beispiel für Geoblocking als Teil einer vertikalen Vereinbarung bietet die *Karen Murphy*-Entscheidung des EuGH aus 2011.<sup>16</sup> Gegenstand der Entscheidung waren Lizenzvereinbarungen zwischen dem Inhaber der Rechte zur Live-Übertragung von *Premier League*-Spielen (die Football Association Premier League Ltd. – „FAPL“) und privaten Rundfunkanstalten als Lizenznehmer. Die Live-Übertragung bestimmter Ligaspiele war den Lizenznehmern jeweils nur in einem räumlich festgelegten Gebiet erlaubt. Zur Wahrung der territorialen Exklusivität musste sich jeder Lizenznehmer verpflichten, das Sendesignal zu verschlüsseln und die für die Entschlüsselung erforderlichen Decoder nur innerhalb des jeweiligen Lizenzgebiets zu vertreiben.

Gegen diese Praxis wandte sich eine Pub-Besitzerin aus England, die einen sehr günstigen Decoder bei einem griechischen Pay-TV-Anbieter erworben hatte und diesen in England zum Empfang der *Premier League* nutzen wollte. Der EuGH stellte fest, dass die Vermarktungspraxis der FAPL auf absoluten exklusiven Gebietsschutzklauseln aufbaute und mangels

11 Zur Vermeidung von Wiederholungen umfasst der Begriff der „Vereinbarung“ nachfolgend auch Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.

12 *Wollmann/Herzog* in MünchKomm/Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, Art. 101 AEUV Rz. 188.

13 Beispielsweise können Wettbewerber unter den Voraussetzungen der Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen den gemeinsamen Markt in der Weise aufteilen, dass jeder ausschließliche Vertriebsrechte für bestimmte Gebiete oder bestimmte Kunden besitzt. Diese Ausschließlichkeit ist allerdings insoweit begrenzt, als die Vertragspartner zu passiven Verkäufen (Verkäufe ohne vorherige gezielte Ansprache des Kunden) frei bleiben müssen.

14 Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.4.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. Nr. L 102/1 vom 23.4.2010.

15 Hierzu ausführlich *Funke/Just*, KSzW 2010, 151 (152).

16 EuGH, Urt. v. 4.10.2011 – Rs. C-403/08 und C-429/08, Slg. 2011, I-9159 – Football Association Premier League u.a. ./.. QC Leisure und Karen Murphy u.a. ./.. Media Protection Services.

hinreichender Rechtfertigung gegen das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen hat.

## II. Geoblocking als einseitige Verhaltensweise

Neben bestimmten wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen verbietet das Kartellrecht auch die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (§§ 18 ff. GWB sowie Art. 102 AEUV). Das Missbrauchsverbot ist Ausdruck der besonderen Verantwortung, die marktbeherrschenden Unternehmen im Hinblick auf den wirksamen (Rest-) Wettbewerb zukommt. Es erfasst leistungsfremde Geschäftspraktiken, durch welche Handelspartner und Verbraucher geschädigt werden. Als territoriale Beschränkung können hierunter auch Maßnahmen des Geoblockings fallen.

Zur Beurteilung von Geoblocking ist vor allem das Diskriminierungsverbot von Bedeutung. Missbräuchlich ist danach jede sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung in den Bedingungen für gleichartige Leistungen.<sup>17</sup> Geoblocking kann dazu eingesetzt werden, (einseitig) den Online-Zugang zu Produkten oder Dienstleistungen einzuschränken. Diese Einschränkung kann zum einen absolut erfolgen, so dass der Zugang zu den Produkten in einem Mitgliedstaat möglich ist, in einem anderen hingegen nicht und sich hieraus eine Ungleichbehandlung ergibt. Zum anderen kann eine Differenzierung aber auch in Bezug auf die geforderten Preise erfolgen, etwa wenn aufgrund der IP-Adresse abhängig vom Standort eine Umleitung auf die jeweilige nationale Website des Unternehmens erfolgt. Der Zugang zu dem Produkt ist dann zwar überall möglich, jedoch zu unterschiedlichen Preisen. Beispielsweise kann ein Kunde aus Deutschland die französische Website mit günstigeren Preisen überhaupt nicht erreichen, weil er zuvor auf die deutsche Website mit höheren Preisen umgeleitet wird. Das Produkt ist dann zwar in Deutschland verfügbar, nicht jedoch über die französische Website zu dem günstigeren französischen Preis. Der Einsatz von Geoblocking verhindert dann, dass Kunden sich Preisunterschiede in verschiedenen Mitgliedstaaten zu Nutzen machen. Eine Freistellungsmöglichkeit wie bei Verstößen gegen das Kartellverbot kennt das Missbrauchsverbot nicht. Allerdings greift das Diskriminierungsverbot nicht ein, wenn sachliche Gründe bestehen, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen (hierzu unten D.II.).

Die besondere Schwierigkeit bei einseitigen Sachverhalten besteht aus Sicht der Kartellbehörden darin, eine marktbeherrschende Stellung nachweisen zu müssen.<sup>18</sup> Eine marktbeherrschende Stellung liegt vor allem vor, wenn ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt keinem bzw. keinem wesentlichen aktuellen oder potentiellen Wettbewerb ausgesetzt ist. Beim Nachweis dieses Tatbestandsmerkmals helfen Vermutungsregelungen, die an Marktanteile anknüpfen. Nach deutschem Recht<sup>19</sup> knüpft die Vermutung an einen Marktanteil von 40 % an, nach EU Kartellrecht ist dies der Fall ab einem Marktanteil von deutlich über 40 %<sup>20</sup> (z.T. erst ab

17 Das Diskriminierungsverbot des Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV erfasst nur die Fälle der einseitigen Diskriminierung von Handelspartnern (Lieferanten oder Abnehmer) durch ein marktbeherrschendes Unternehmen. Einseitige Diskriminierungen von Endverbrauchern können demgegenüber von der Generalklausel des Art. 102 Abs. 1 AEUV erfasst werden.

18 Neben marktbeherrschenden Unternehmen ist das Missbrauchsverbot nach deutschem Recht auch auf Unternehmen anzuwenden, die relative oder überlegene Marktmacht besitzen, § 20 GWB.

19 § 18 Abs. 4 GWB.

50 %<sup>21</sup>). Diese Vermutungen können durch das betroffene Unternehmen widerlegt werden. Zudem ist das Bundeskartellamt im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes gehalten, Anhaltspunkte für eine Widerlegung eigenständig zu prüfen.<sup>22</sup>

Die Frage, ob eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme tatsächlich (nur) einseitig veranlasst ist oder letztlich auf der Grundlage einer Verhaltensabstimmung oder einer Vereinbarung beruht und damit unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, ist auch in den Fällen des Geoblockings nach den allgemein gültigen Grundsätzen zu beurteilen. Danach können auch einseitige Maßnahmen von Unternehmen in den Vereinbarungsbezug miteinbezogen werden, wenn dadurch die vertraglichen Beziehungen der Parteien weiter konkretisiert oder durchgeführt werden.<sup>23</sup> Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn ein Hersteller versucht, seine Abnehmer (Händler) durch einseitige Maßnahme davon abzuhalten, die Vertragsprodukte zu reimportieren.<sup>24</sup> Darüber hinaus kann eine Vereinbarung auch durch stillschweigende Zustimmung zustande kommen, wenn die auf ein wettbewerbswidriges Ziel gerichtete Willensbekundung einer der Vertragsparteien eine stillschweigende oder konkludente Aufforderung an die andere Seite darstellt, dieses Ziel gemeinsam zu verwirklichen.<sup>25</sup> Schließlich kann eine Vereinbarung vorliegen, wenn mehrere Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten.<sup>26</sup> Unabhängig davon zeigt die Entscheidungspraxis aber auch, dass die Kommission, soweit sie einen Spielraum hat, Maßnahmen am strengeren Maßstab der zweiseitigen Verhaltensweisen misst.

### III. Dienstleistungsrichtlinie

Neben den kartellrechtlichen Vorgaben können territoriale Beschränkungen in Form des Geoblockings auch gegen die Dienstleistungsrichtlinie<sup>27</sup> verstoßen. Diese dient der Verwirklichung des europäischen Binnenmarkts, ohne dabei auf kartellrechtliche Maßstäbe zurückzugreifen. In ihrem Art. 20 Abs. 2 enthält die Dienstleistungsrichtlinie ein Diskriminierungsverbot, wonach es Erbringern von Dienstleistungen grundsätzlich untersagt ist, den Empfänger aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder seines Wohnsitzes zu diskriminieren.

Das Diskriminierungsverbot soll insbesondere zugunsten von mobilen Verbrauchern den Zugang zu Dienstleistungen wie Touristenattraktionen, Autovermietungen oder Reiseagenturen erleichtern. Das Gleiche gilt für zahlreiche Geschäfts- und Freizeitdienstleistungen wie den Abschluss von Mobiltelefon-

20 EuGH, Urt. v. 13.2.1979 – Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 – Hoffmann-LaRoche und Co. AG/Kommission – Rz. 50 f.

21 EuGH, Urt. v. 3.7.1991 – Rs. C-62/86, Slg. 1991, I-3359 – AKZO – LS 5 sowie Rz. 60.

22 *Wolff* in MünchKomm/Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, § 18 GWB Rz. 39.

23 EuGH, Urt. v. 24.10.1995 – Rs. 70/93, Slg. 1995, I-3459 – BMW/ALD – Rz. 16.

24 EuG, Urt. v. 6.7.2000 – Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 Rz. 236 f. – Volkswagen AG/Kommission.

25 EuGH, Urt. v. 6.1.2004 – verb. Rss. C-2/01 P und C-3/01 P, Slg. 2004, I-23 – Bundesverband der Arzneimittelimporteure (= BAI) und Kommission/Bayer (Adalat) – Rz. 102.

26 EuG, Urt. v. 3.12.2003 – Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141 – Volkswagen/Kommission – Rz. 30 ff.

27 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 376 vom 27.12.2006.



verträgen oder den online- bzw. offline-Vertrieb von Produkten wie elektronische Güter, Bücher, Heimwerkerprodukte und Musik-Downloads.<sup>28</sup> Nicht anwendbar ist die Richtlinie hingegen auf Dienstleistungen wie audiovisuelle Dienste und Rundfunk, Glücksspiele, private Sicherheitsdienste, Finanzdienstleistungen sowie bestimmte pharmazeutische und Gesundheitsdienstleistungen.<sup>29</sup>

Erst vor kurzem hatte die Kommission auf der Grundlage der Dienstleistungsrichtlinie sechs Online-Autovermieter aufgefordert, eine Diskriminierung von Verbrauchern zu beenden. Die sechs Unternehmen hatten für die Vermietung der Fahrzeuge unterschiedliche Preise je nach Herkunftsland des Kunden verlangt. Entsprechend war es zu Fällen gekommen, in denen Kunden aus zwei unterschiedlichen Mitgliedstaaten unterschiedliche Preise für denselben Mietwagen im selben Bestimmungsland bezahlen mussten. Bei einem Kunden aus Deutschland stieg der angegebene Preis für die Anmietung eines Fahrzeugs im Vereinigten Königreich um 100 %, nachdem er sein Wohnsitzland eingegeben hatte.<sup>30</sup>

Da drei der sechs angeschriebenen Autovermieter nicht angemessen auf die Aufforderung der Kommission reagierten, veröffentlichte die Kommission das entsprechende Schreiben. Dies legt nahe, dass der Kommission das deutlich schärfere Schwert des Kartellrechts in diesem Fall mangels einer Vereinbarung bzw. einer marktbeherrschenden Stellung nicht zur Verfügung gestanden hat.

Die Dienstleistungsrichtlinie stellt ausdrücklich klar, dass eine unzulässige Diskriminierung nicht vorliegt, wenn in allgemeinen Geschäftsbedingungen für eine Dienstleistung von Land zu Land unterschiedliche Preise oder Bedingungen festgelegt werden, die durch objektive Gründe gerechtfertigt sind.<sup>31</sup> Unterschiedliche Preise für die Vermietung von Fahrzeugen in einzelnen Mitgliedstaaten sind danach zulässig, wenn diese beispielsweise die unterschiedlichen Kosten für die Bereitstellung der Dienstleistung widerspiegeln. Eine Differenzierung von Preisen nach Wohnsitz des Kunden und deren Durchsetzung durch Geoblocking ist hingegen unzulässig.

Sofern unterschiedliche Preise nicht durch einen objektiven Grund zu rechtfertigen sind, geht die Kommission davon aus, dass die Kostenerwägungen des Anbieters allein auf die Aufteilung des Marktes zu Lasten des Verbrauchers zielen und damit gegen die Dienstleistungsrichtlinie verstoßen. Selbst wenn aber ein objektiver Grund vorliegt, bleibt es nach der Dienstleistungsrichtlinie dabei, dass ein und dieselbe Leistung nicht in Abhängigkeit von der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz des Kunden zu unterschiedlichen Konditionen angeboten werden darf. Jeder Kunde aus einem Mitgliedstaat

---

28 Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Erstellung eines Leitfadens für die Anwendung von Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt, SWD(2012) 146, Abschnitt 4.1.1.

29 Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 376 vom 27.12.2006.

30 Kommission, Pressemitteilung vom 11.8.2014 („Kommission fordert Autovermieter auf, Verbraucherdiskriminierung zu beenden“). Das veröffentlichte Schreiben ist abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/services-dir/letters/20140811-letter-car-rental-companies\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/letters/20140811-letter-car-rental-companies_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 25.8.2015).

31 Erwägungsgrund 95 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 376 vom 27.12.2006.

muss daher freien Zugang zu Dienstleistungen in allen Mitgliedstaaten haben, auch wenn diese je nach Mitgliedstaat zu unterschiedlichen Preisen angeboten werden.

#### **D. Geoblocking als zulässiges Mittel**

Auch nach kartellrechtlichen Maßstäben kann Geoblocking als Bestandteil von Vereinbarungen oder als einseitige Maßnahme zulässig sein. Dies ist etwa dann der Fall, wenn Geoblocking eingesetzt wird, um unterschiedlichen nationalen Gesetzen zu entsprechen, weil ein bestimmtes Angebot in einem Mitgliedstaat erlaubt ist, in einem anderen hingegen nicht. Weiterhin kann Geoblocking der Umsetzung rechtmäßiger territorialer Beschränkungen wie etwa aufgrund des Urheberrechts dienen.

#### **I. Zulässigkeit von Geoblocking als Teil einer Vereinbarung**

Als Bestandteil einer Vereinbarung zwischen Unternehmen kann Geoblocking verschiedene Ziele verfolgen. Ist es Mittel zur Marktaufteilung (insbesondere zwischen Wettbewerbern), dürfte Geoblocking in aller Regel unzulässig und kaum zu rechtfertigen sein. Anders kann dies bei Liefervereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern sein, bei welchen Geoblocking ein zulässiges Instrument zur Berücksichtigung gesetzlicher Verbote und räumlich beschränkter Urheberrechte darstellen kann.

##### **1. Gesetzliche Verbote und Beschränkungen**

Wo Wettbewerb nicht rechtmäßig stattfinden darf, ist er auch nicht schützenswert.<sup>32</sup> Wenn nationale Vorschriften ein bestimmtes Angebot in einem Mitgliedstaat vollständig untersagen, kann für dieses auch kein Wettbewerb stattfinden. Eine Vereinbarung, die dem einen Partner aufgibt, ein solches Angebot (technisch) in diesem Mitgliedstaat nicht zugänglich zu machen, beschränkt in diesem Fall schon nicht den Wettbewerb. Vielmehr schließen die Parteien etwas aus, das ohnehin verboten ist. Dies ist insbesondere für Vertriebsvereinbarungen (zwischen Hersteller und Händler) relevant, die berücksichtigen müssen, dass ein bestimmtes Angebot in einem Mitgliedstaat gänzlich verboten und damit illegal ist.

In Deutschland bestehen entsprechende Verbote beispielsweise für die Anleitung zu Straftaten (§ 130a StGB), Gewaltdarstellungen (§ 131 StGB), Beschimpfungen von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen (§ 166 StGB) und gewalt-, tier- und kinderpornographische Schriften (§§ 184a ff. StGB). Auch die Darstellung von Propagandamitteln und Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§§ 86, 86a StGB) unterliegt Einschränkungen und ist nur ausnahmsweise – etwa zu Zwecken der Wissenschaft oder der Kunst – erlaubt. Die Reichweite der Ausnahmenvorschriften ist aber umstritten.<sup>33</sup>

Ein Computerspiel mit verfassungsfeindlichen Symbolen, wie etwa dem Hakenkreuz an Uniformen, kann in Deutschland folglich nur mit einem erheblichen strafrechtlichen Risiko in den Verkehr gebracht werden. Soweit das Spiel mit diesen

<sup>32</sup> Kommission, Entscheidung vom 13.12.1989, ABl. 1990 Nr. L 21/71 – Bayo-n-ox; BGH, Urt. v. 26.10.1961 – KZR 3/61, NJW 1962, 247 (248); *Krauß* in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, § 1 GWB Rz. 135 (m.w.N.).

<sup>33</sup> Zu restriktiv OLG Frankfurt, Urt. v. 18.3.1998 – 1 Ss 407-97, NStZ 1999, 356; differenzierend *Liesching*, MMR 2010, 309.



Symbolen in anderen EU-Mitgliedstaaten zulässig angeboten werden darf, kann ein Hersteller den dortigen Vertriebspartnern aufgeben, dieses nicht in Deutschland anzubieten. Für den Vertrieb innerhalb der EU wird es dann regelmäßig mehrere Versionen desselben Spiels geben, die sich an den gesetzlichen Anforderungen der jeweiligen Mitgliedstaaten orientieren (etwa durch Verwendung anderer Symbole).

Geoblocking als Instrument zur Einhaltung gesetzlicher Vorschriften muss jedenfalls dann zulässig sein, wenn schon der Vertrieb der Produkte gegen gesetzliche Bestimmungen in einem oder mehreren Mitgliedstaaten verstoßen würde. Das gleiche gilt jedenfalls dann, wenn ein an sich legales (Online-)Angebot Zugangsbeschränkungen wie dem Jugendschutz oder Altersfreigaben unterliegt und kein milderes Mittel zur Einhaltung dieser Vorschriften gegeben ist (wie beispielsweise Altersverifikationssysteme). Mangels EU-weiter Harmonisierung unterscheiden sich die entsprechenden nationalen Vorschriften beispielsweise für Filme oder Computerspiele teils erheblich zwischen den Mitgliedstaaten. Dies gilt nicht nur für die Frage, ob es überhaupt verbindliche Altersbegrenzungen gibt. Unterschiede gibt es auch hinsichtlich der Abstufung von Altersstufen, hinsichtlich der Einordnung des Inhalts auf einer Altersskala sowie hinsichtlich der Anforderungen an die Verifizierung des Alters.<sup>34</sup>

Das grenzüberschreitende Online-Angebot von altersbeschränkten Filmen oder Computerspielen stellt die Unternehmen vor die Herausforderung, dass sie unterschiedlichen nationalen Anforderungen Rechnung tragen müssen, die praktisch nur durch eine Differenzierung nach Nationalität der Kunden einzuhalten sind.<sup>35</sup> Soweit in den Mitgliedstaaten beispielsweise unterschiedliche Anforderungen an die Verifizierung des Alters gestellt werden, kann der Händler unter den oben genannten Voraussetzungen durch Geoblocking sicherstellen, dass die nationalen Anforderungen an die Altersfreigabe eingehalten werden (beispielsweise durch nationale Versionen der Website). Dies gilt allerdings nur dann, wenn tatsächlich unterschiedliche Voraussetzungen z.B. an den Jugendschutz gestellt werden, nicht jedoch bei identischen oder gar geringeren Anforderungen in dem vom Vertrieb ausgeschlossenen Mitgliedstaat. Geoblocking ist in diesen Fällen das (zulässige) Instrument zur Einhaltung unterschiedlicher nationaler Vorschriften, selbst wenn damit eine Beschränkung des grenzüberschreitenden Handels einhergeht.<sup>36</sup>

## **2. Urheberrechte**

### **a. Geoblocking als spezifischer Gegenstand von Urheberrechten**

Urheberrechte wie beispielsweise an Musik, Filmen oder Software ermöglichen es ihrem Inhaber, territorial beschränkte Lizenzen zu vergeben (Ausschließlichkeit). Der Lizenznehmer ist dann lediglich berechtigt, das urheberrechtlich geschützte Werk innerhalb des lizenzierten Gebiets aufzuführen oder zu vervielfältigen. Dem Urheber steht damit eine Vertriebskontrolle zu, welche zu einer Abschottung der Märkte und einer Festigung der wettbewerblichen Bedingungen auf natio-

<sup>34</sup> Siehe beispielhaft BGH, Urt. v. 18.10.2007 – I ZR 102/05, GRUR 2008, 534.

<sup>35</sup> Vgl. zum Jugendschutz im grenzüberschreitenden Versandhandel: EuGH, Urt. v. 14.2.2008 – Rs. C-244/06, Slg. 2008, I-00505.

<sup>36</sup> Kommission, Mitteilung über eine Strategie für einen digitalen Binnenmarkt (Fn. 1), Ziff. 2.3.

nen Märkten führen kann.

Dieses Ausschließlichkeitsprinzip steht in einem Spannungsverhältnis zu den Zielen des Kartellrechts, also dem Erhalt der Wettbewerbsfreiheit und damit der uneingeschränkten Wettbewerbstätigkeit des Einzelnen. Denn die Berufung auf eine national begrenzte Lizenz kann verhindern, dass Inhalte außerhalb des Mitgliedstaates vertrieben werden, für den die Lizenz erteilt wurde. Dies wiederum kann zu einer Abschottung der Märkte und einer Festigung der wettbewerblichen Bedingungen auf nationalen Märkten führen.

Das Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht und Urheberrecht hat der EuGH letztlich über den spezifischen Gegenstand des Urheberrechts aufgelöst, indem er gleichzeitig auf die Funktion des Urheberrechts hingewiesen hat.<sup>37</sup> Diese Funktion besteht darin, den Schutz der Persönlichkeit und der wirtschaftlichen Rechte des Urhebers zu gewährleisten. Gerade aufgrund der wirtschaftlichen Rechte des Inhabers – d.h. durch die kommerzielle Nutzung des Urheberrechts als Einkommensquelle – ist die Einschränkung der kartellrechtlichen Vorschriften anerkannt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine Regelung erforderlich ist, um den spezifischen Gegenstand des Schutzrechts zu wahren.<sup>38</sup>

Um den spezifischen Gegenstand des Urheberrechts zu bestimmen, sind vor allem die Vorschriften des Urhebergesetzes heranzuziehen. Mit Blick auf die territoriale Beschränkbarkeit einer Lizenz bestimmt § 31 Abs. 1 Satz 2 UrhG, dass das Nutzungsrecht räumlich beschränkt eingeräumt werden kann. Immer dann, wenn sich die Gebietsbeschränkung innerhalb des Rahmens bewegt, der auch dinglich vom Schutzgegenstand abgespalten werden kann, ist die räumliche Beschränkung der Lizenz daher zulässig.<sup>39</sup> Diese Einschränkung der Vorschriften des Kartellrechts findet allerdings dort ihre Grenze, wo das Urheberrecht lediglich zur Verschleierung einer Wettbewerbsbeschränkung genutzt wird.<sup>40</sup>

Der räumlichen Beschränkbarkeit urheberrechtlicher Lizenzen steht auch die *Karen Murphy*-Entscheidung des EuGH<sup>41</sup> nicht entgegen. Der EuGH stellte in dieser Entscheidung lediglich fest, dass die räumliche Beschränkung des Vertriebs von Decoderkarten – die nicht urheberrechtlich geschützt waren – gegen das Kartellrecht verstößt, da diese zu einer Abschottung nationaler Märkte führe.<sup>42</sup> Dagegen hat der EuGH die Einräumung exklusiver Lizenzen ausdrücklich nicht in Frage gestellt.<sup>43</sup> Ebenso wenig hat sich der EuGH grundsätzlich gegen die räumliche Beschränkung von Lizenzen ausgesprochen.

---

37 *Wolff* in MünchKomm/Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, Einleitung Band 1 Rz. 1309 m.w.N.

38 EuGH, Urt. v. 11.7.1996 – Rs. C-427/93, Slg. 1996, I-3457 – Bristol-Myers Squibb – Rz. 57.

39 So auch *von Albrecht/Mutschler-Siebert/Bosch*, ZUM 2012, 93 (97 m.w.N.).

40 EuGH, Urt. v. 13.7.1995 – Rs. C-350/92, Slg. 1995, I-1985 – Rz. 17 ff.

41 EuGH, Urt. v. 4.10.2011 – Rs. C-403/08 und C-429/08, Slg. 2011, I-9159 – Football Association Premier League u.a. ./ QC Leisure und C-429/08 – Karen Murphy u.a. ./ Media Protection Services.

42 EuGH, Urt. v. 4.10.2011 – Rs. C-403/08 und C-429/08, Slg. 2011, I-9159 – Football Association Premier League u.a. ./ QC Leisure und C-429/08 – Karen Murphy u.a. ./ Media Protection Services – Rz. 142 ff.

43 EuGH, Urt. v. 4.10.2011 – Rs. C-403/08 und C-429/08, Slg. 2011, I-9159 – Football Association Premier League u.a. ./ QC Leisure und C-429/08 – Karen Murphy u.a. ./ Media Protection Services – Rz. 141.

## b. Ausschluss des Geoblockings bei Erschöpfung des Urheberrechts

Um Geoblocking unter Berufung auf Urheberrechte rechtfertigen zu können, darf sich das Verbreitungsrecht allerdings noch nicht erschöpft haben. Denn im Fall der Erschöpfung (geregelt in §§ 17 Abs. 2; 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG) kann sich der Inhaber des Urheberrechts nicht mehr auf dieses Recht berufen, um sich der Einfuhr und dem Verkauf von Waren zu widersetzen, die mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht wurden (Erschöpfungsgrundsatz).<sup>44</sup> Folglich kann der Urheber nach dem erstmaligen Inverkehrbringen des Werkes nicht mehr bestimmen, welchen weiteren Weg das Werk nimmt. Dies gilt jedenfalls, sofern keine sonstigen Gründe vorliegen, die eine Gebietsbeschränkung ausnahmsweise rechtfertigen. Damit geht einher, dass der Ersterwerber ohne Zustimmung des Urhebers entscheiden kann, an wen er das Werk weiterveräußert.

Inwiefern der Erschöpfungsgrundsatz eingreift (und das Urheberrecht damit als Rechtfertigung des Geoblockings entfällt), hängt von der Art der Verwertung ab. Zu unterscheiden ist dazu zwischen der körperlichen und unkörperlichen Verwertung.

### aa. Körperliche Verwertung

Der Grundsatz der Erschöpfung gilt grundsätzlich nur für körperliche Verwertungsarten. Eine rein körperliche Verwertung liegt beispielsweise vor bei Software, Filmen oder Musik, die auf einem Datenträger verkörpert sind und in einer Box vertrieben werden. In diesem Fall wäre eine räumliche Vertriebsbeschränkung auf einzelne EU-Mitgliedstaaten zu Lasten eines Händlers nicht allein aufgrund des Urheberrechtes zulässig, da sich dieses mit der Veräußerung des Produkts an den Händler erschöpft hat.

### bb. Unkörperliche Verwertung

Digitale Güter werden zunehmend unkörperlich verwertet. Auch im Internetzeitalter ist bei vielen dieser Güter weiterhin sehr umstritten, in welchen Fällen der Erschöpfungsgrundsatz greift. Zu unterscheiden ist dabei zwischen Download- und Streaming-Angeboten.

Werden digitale Inhalte zum **Download** angeboten, ist dies eine öffentliche Zugänglichmachung nach § 19a UrhG. Ob in diesen Fällen das Verbreitungsrecht an der beim Download entstehenden Kopie des Inhalts erschöpft ist, hängt von der Art der Inhalte ab:

- Für den Handel mit Software hat der EuGH in seiner *UsedSoft*-Entscheidung aus dem Jahre 2012 mittlerweile die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auch bei unkörperlicher Erstverbreitung der „neuen“ Software bejaht, und damit auch bei dieser Vertriebsform die rechtlichen Grundlagen für einen Handel mit „gebrauchter“ Software gelegt. Nach dieser Entscheidung ist Art. 4 Abs. 2 der Software-Richtlinie<sup>45</sup> so auszulegen, dass eine Erschöpfung auch mit einer unkörperlichen Verbreitungshandlung eintritt, wenn der Rechteinhaber dem Download

<sup>44</sup> Wolf in MünchKomm/Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, Einleitung Band 1 Rz. 1256.

<sup>45</sup> Richtlinie 2009/24/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. Nr. L 111/16 vom 5.5.2009.

durch den Ersterwerber zugestimmt und gegen Zahlung eines dafür angemessenen Entgelts ein zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht eingeräumt hat.<sup>46</sup> Vor diesem Hintergrund können Gebietsbeschränkungen bei dem Vertrieb von „gebrauchter“ Computer-Software nicht mit urheberrechtlichen Belangen gerechtfertigt werden.

- Für sonstige Inhalte, wie etwa Hörbücher oder E-Books, die nicht unter die Software-Richtlinie fallen, steht eine Entscheidung des EuGH noch aus. Die *UsedSoft*-Entscheidung deutet allerdings an, dass eine Erschöpfung trotz unkörperlicher Verbreitung der Software nur wegen einer Besonderheit der Formulierung der Software-Richtlinie anerkannt werden könnte, wohingegen im übrigen Urheberrecht die Erschöpfung weiterhin nur an körperlichen Vervielfältigungsstücken eintritt. Entsprechend haben dies auch deutsche Gerichte nach Ergehen der *UsedSoft*-Entscheidung bereits mehrfach entschieden,<sup>47</sup> so dass davon auszugehen ist, dass Geoblocking bei sonstigen zum Download angebotenen Inhalten mangels Erschöpfung zulässig ist. Ebenso führt auch die Kommission aus, dass ein Anbieter von Musik-Downloads die Lieferung an Kunden berechtigterweise verweigern darf, soweit er für dessen Territorium kein Verbreitungsrecht hat. Dies resultiere aus der Freiheit des Urhebers, Lizenzen an seinem geistigen Eigentum territorial einzuschränken.<sup>48</sup>
- Auf Computerspiele können die Grundsätze für „herkömmliche“ Software nicht ohne weiteres übertragen werden. Denn Computerspiele enthalten über die Softwareelemente hinaus meistens auch Filmsequenzen, Musik und Texte, was sie zu sog. „hybriden Werken“ macht.<sup>49</sup> Aus diesem Grund fallen Computerspiele nicht nur in den Anwendungsbereich der Software-Richtlinie, sondern auch der InfoSoc-Richtlinie.<sup>50</sup> Aus letzter ergibt sich, dass sich das Verbreitungsrecht nur dann erschöpft, wenn die Spiele in körperlicher Form verbreitet werden.<sup>51</sup> Für rein digital vertriebene Computerspiele kommt deshalb eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts in der Regel nicht in Frage.<sup>52</sup>
- Neben reinen körperlichen oder unkörperlichen Vertriebsformen werden beide Vertriebsformen in der Praxis häufig vermischt. Bestes Beispiel hierfür sind wiederum Computerspiele. Der Nutzer erwirbt zunächst ein verkörpertes Medium, auf dem das Computerspiel oder zumindest ein Teil davon enthalten ist. Daneben enthält die Box einen Lizenzschlüssel (sog. *Key*), mittels dessen das Exemplar des Spiels im Rahmen der Installation aktiviert und mit einem

46 EuGH, Urt. v. 3.7.2012 – Rs. C-128/11, EuZW 2012, 658 – *UsedSoft*.

47 OLG Hamm, Urt. v. 15.5.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715; OLG Hamburg, Beschl. v. 24.3.2015 – 10 U 5/11, ZUM 2015, 503; vgl. auch *Apel*, ZUM 2015, 640.

48 Begleitdokument zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie: Eine Partnerschaft für neues Wachstum im Dienstleistungssektor 2012-2015, COM(2012) 261 final, S. 21.

49 EuGH, Urt. v. 23.1.2014 – Rs. C-355/12, GRUR 2014, 255; *Hilgert*, CR 2014, 354.

50 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG 2001 Nr. L 167/10.

51 Siehe EuGH, Urt. v. 23.1.2014 – Rs. C-355/12, CR 2014, 224 m. Anm. *Brunn/Nordmeyer*; BGH, Beschl. v. 6.2.2013 – I ZR 124/11, CR 2013, 695.

52 LG Berlin, Urt. v. 11.3.2014 – 16 O 73/13, CR 2014, 291; *Hilgert*, CR 2014, 354; *Krüger/Biehler/Apel*, MMR 2013, 760.

eindeutigen, zumeist unübertragbaren Nutzer-Account verknüpft wird.<sup>53</sup>

Bei dieser Konstellation erschöpft sich das Verbreitungsrecht am körperlich vertriebenen Datenträger mit dem Computerspiel mit seinem Verkauf; der Datenträger selbst kann deswegen ungehindert weiterverbreitet werden. Hinsichtlich etwaiger digital vertriebener Inhalte ist hingegen keine Erschöpfung eingetreten. Außerdem führt das Eingreifen des Erschöpfungsgrundsatzes auch nicht dazu, dass der Nutzer-Account, mit dem das Spiel verknüpft ist, übertragbar gestaltet werden müsste.<sup>54</sup> Dies wirkt sich in tatsächlicher Hinsicht allerdings auch auf den körperlich vertriebenen Teil des Computerspiels aus, da dieser nicht in wirtschaftlich sinnvoller Weise verkauft werden kann, wenn der Erwerber das Spiel mangels Lizenzschlüssel nicht nutzen kann. Insofern wären gebietsbeschränkende Vorgaben und deren Umsetzung mittels Geoblocking durch den Hersteller aber *de lege lata* zulässig.

**Streaming-Angebote** für Musik und Filme wie von *Netflix*, *Hulu*, *Spotify* oder *Apple Music* sind aus urheberrechtlicher Sicht Sendungen und Wiedergaben nach §§ 20 ff. UrhG.<sup>55</sup> Wie sich aus § 15 Abs. 2 UrhG ergibt, fallen diese Arten der Verwendung unter die unkörperliche Wiedergabe, die nicht zur Erschöpfung führt.<sup>56</sup>

Im Ergebnis folgt daraus, dass Urheberrechte in vielen Fällen eine Rechtfertigung für Geoblocking darstellen können. Dies gilt allerdings nur, sofern noch keine Erschöpfung eingetreten ist.

### 3. Freistellung

Wettbewerbsbeschränkungen in Vertriebsvereinbarungen können grundsätzlich vom Kartellverbot freigestellt und damit zulässig sein. Die Voraussetzungen hierfür finden sich in Art. 101 Abs. 3 AEUV. Danach muss die Vereinbarung unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Gleichzeitig dürfen den beteiligten Unternehmen dabei keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind oder ihnen die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Um den Unternehmen die erforderliche Selbsteinschätzung zu erleichtern, hat der Ordnungsgeber ganze Gruppen von Vereinbarungen in Gruppenfreistellungsvereinbarungen freigestellt, so auch vertikale Vereinbarungen in der Vertikal-GVO.<sup>57</sup> Sind deren Voraussetzungen erfüllt, ist die Vereinbarung ebenfalls nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> *Hilgert*, CR 2014, 354.

<sup>54</sup> BGH, Urt. v. 11.2.2010 – I ZR 178/08, MMR 2010, 771; bestätigend auch nach der UsedSoft-Entscheidung LG Berlin, Urt. v. 21.1.2014 – 15 O 56/13, ZUM-RD 2014, 504.

<sup>55</sup> *Schwarz/Reber* in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 21 UrhG Rz. 75.

<sup>56</sup> *Wiebe* in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 20 UrhG Rz. 9; *Schwarz/Reber* in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 21 UrhG Rz. 98.

<sup>57</sup> Den Unternehmen obliegt in dem System von Verbot und Legal Ausnahme eine Selbsteinschätzung, die durch Gruppenfreistellungsvereinbarungen erleichtert werden soll. Hierzu ausführlich *Funke/Just*, KSzW 2010, 151 (152).

<sup>58</sup> *Hengst* in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht; 12. Aufl. 2014, Art. 101 AEUV Rz. 410.

Für die Anwendung der Vertikal-GVO dürfen die Marktanteile der beteiligten Unternehmen jeweils 30 % nicht überschreiten. Soweit dies der Fall ist, können die Unternehmen darauf vertrauen, dass die Vereinbarungen zulässig sind, sofern sie keine besonders schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen („Kernbeschränkungen“) enthalten. Die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen und mögliche Effizienzgewinne müssen dann nicht mehr gesondert geprüft werden.<sup>59</sup>

Die in der Vertikal-GVO definierten Kernbeschränkungen führen dazu, dass der Vorteil der Gruppenfreistellung wieder entfällt. Im Rahmen des Geoblockings relevant ist vor allem die in Art. 4 lit. b) der Vertikal-GVO genannte Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppe, in das oder an die ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer Vertragswaren oder -dienstleistungen verkaufen darf. Denn Geoblocking im Rahmen einer vertikalen Vereinbarung ist nichts anderes als eine (Online-) Vertriebsbeschränkung für ein definiertes Gebiet, wie z.B. einen oder mehrere Mitgliedstaaten, zu Lasten des Händlers.

Ausnahmsweise freigestellt sind nach der Vertikal-GVO Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Kundengruppen, die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Abnehmer zugewiesen hat. Zu unterscheiden ist folglich zwischen aktiven und passiven Verkäufen. Während aktive Verkäufe unter bestimmten Umständen beschränkt werden dürfen, sind Beschränkungen des passiven Verkaufs stets unzulässig.

Unter aktiven Verkäufen versteht man die aktive Ansprache einzelner Kunden, vor allem über Ladengeschäfte oder Niederlassungen, aber z.B. auch mittels Direktwerbung, einschließlich Massen-E-Mails oder persönlichen Besuchs, oder die aktive Ansprache einer bestimmten Kundengruppe oder von Kunden in einem bestimmten Gebiet mittels Werbung in den Medien, über das Internet oder mittels anderer verkaufsfördernder Maßnahmen, wenn sich diese gezielt an diese Kunden richtet.<sup>60</sup> Aktive Verkäufe können unter den Voraussetzungen der Vertikal-GVO beschränkt werden, wenn einem Abnehmer ein bestimmtes Gebiet oder eine Kundengruppe exklusiv zugewiesen ist oder der Lieferant sich die Belieferung selbst vorbehalten hat. Soweit unter diesen Voraussetzungen der Zugang von Händlern in einem bestimmten Mitgliedstaat vor allem zu internen Bestellsystemen technisch beschränkt wird, um aktive Verkäufe zu verhindern, dürfte dies in aller Regel zulässig sein.

In Abgrenzung hierzu liegt ein passiver Verkauf vor, wenn sich Kunden aus eigener Initiative an einen Händler außerhalb ihres Gebietes wenden und dieser Händler auf eine solche Bestellung die Waren liefert oder die Dienstleistung erbringt.<sup>61</sup> Der Händler unternimmt keine auf diesen Kunden gerichteten Vertriebsbemühungen, bleibt also passiv, während der Kunde gezielt bei dem Händler die Waren oder Dienstleistungen nachfragt.

<sup>59</sup> *Schulze/Pautke/Wägener*, Vertikal-GVO Kommentar, 3. Aufl. 2011 Rz. 21.

<sup>60</sup> Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130/1 v. 19.5.2010, Rz. 51.

<sup>61</sup> Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130/1 v. 19.5.2010, Rz. 51. Ebenfalls als Form des passiven Verkaufs gelten allgemeine Werbe- oder Verkaufsförderungsmaßnahmen, die auch Kunden in exklusiven Gebieten erreichen, die aber gleichzeitig geeignet sind, Kunden außerhalb dieser Gebiete, z.B. im eigenen Gebiet, zu erreichen und die auch sinnvoll wären, wenn Kunden in den exklusiv vergebenen Gebieten nicht erreicht würden.



Der Internetvertrieb gilt grundsätzlich als Form des passiven Verkaufs, der nicht untersagt werden darf.<sup>62</sup> Dabei ändert sich nach Auffassung der Kommission nichts an dem passiven Charakter des Verkaufs, wenn der Kunde nicht nur die Website eines Händlers aufruft und die Kontaktaufnahme mit diesem erfolgt, sondern der Kunde auf der Website zwischen verschiedenen Sprachen wählen kann.<sup>63</sup> Durch den Einsatz von Geoblocking wird eben jene EU-weite Verfügbarkeit von Waren oder Dienstleistungen beschränkt, welche die Kommission über passive Verkäufe schützen will.

Bei digitalen Inhalten wie dem Streaming von Filmen oder Online-Computerspielen erfolgt der Vertrieb (nur) über das Internet. Nach den von der Kommission in den Vertikal-Leitlinien aufgestellten Grundsätzen liegt in diesen Fällen also in der Regel ein passiver Verkauf vor.<sup>64</sup> Geoblocking als Beschränkung des passiven Verkaufs schließt die Anwendung der Vertikal-GVO mithin aus.

Sofern die Vertikal-GVO nicht anwendbar ist, kommt allenfalls eine Einzelfreistellung in Betracht,<sup>65</sup> deren Voraussetzungen das Unternehmen im Rahmen einer Selbsteinschätzung überprüfen muss. Im Falle des Geoblockings kommt eine Einzelfreistellung grundsätzlich jedoch nicht in Betracht, da diese nach Auffassung der Kommission eine Gebietsbeschränkung und damit eine Kernbeschränkung darstellt.<sup>66</sup> Allerdings kann ausnahmsweise ein befristeter Ausschluss sogar des passiven Vertriebs und damit auch des Internetvertriebs zulässig sein, wenn ein neues Produkt eingeführt werden soll und die Maßnahme erforderlich ist, um erhebliche Investitionen für die Markterschließung zu schützen.<sup>67</sup> Allerdings wird der erforderliche Nachweis in der Praxis oft schwer zu erbringen sein, entsprechende Entscheidungen der Kommission oder des Bundeskartellamt sind bislang nicht bekannt geworden. Auch liegt die Beweislast hierfür bei den Unternehmen, die sich auf das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen berufen.<sup>68</sup>

## II. Zulässigkeit von Geoblocking als einseitige Maßnahme

Auch im Anwendungsbereich der Missbrauchskontrolle kann Geoblocking als einseitige Maßnahme eines marktbeherrschenden Unternehmens ausnahmsweise zulässig sein. Ebenso wie bei Vereinbarungen kann dies der Fall sein, wenn das marktbeherrschende Unternehmen gesetzliche Verbote wie beispielsweise zum Jugendschutz einhalten muss. Die vorstehenden Ausführungen zu nationalen Verboten und Beschränkungen gelten insoweit entsprechend.

62 EuGH, Urt. v. 13.10.2011 – Rs. C-439/09, WuW 2012, 93 – Pierre Fabre – Rz. 54; Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130/1 v. 19.5.2010, Rz. 52.

63 Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130/1 v. 19.5.2010, Rz. 52.

64 Die Kommission selbst nennt keine Beispiele, wann der Internetvertrieb bzw. der Betrieb einer eigenen Website nicht als passiver, sondern als aktiver Verkauf gelten soll, sondern nennt vor allem Gründe, die gerade nicht dazu führen, dass der Internetvertrieb als aktiver Verkauf anzusehen wäre (Rz. 52 der Vertikal-GVO).

65 Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130/1 v. 19.5.2010, Rz. 60 ff. Dies betrifft insbesondere den Fall, dass die Anwendung der Vertikal-GVO allein deshalb nicht in Betracht kommt, weil eines der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen die Marktanteilsschwellen nur geringfügig überschreitet.

66 Vgl. Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130/1 v. 19.5.2010, Rz. 47.

67 *Nolte* in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht; 12. Aufl. 2014, Art. 101 AEUV Rz. 787; *Säcker/Möller* in MünchKomm/Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, Art. 101 AEUV Rz. 130.

68 *Wolf* in MünchKomm/Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, Art. 101 AEUV Rz. 862.

Beruft sich ein marktbeherrschendes Unternehmen zur Rechtfertigung von Geoblocking auf Urheberrechte, so ist nach der Stellung des Marktbeherrschers als Lizenzgeber oder Lizenznehmer zu unterscheiden:

- Befindet sich ein Unternehmen als Inhaber eines Urheberrechts in einer marktbeherrschenden Stellung, dann kann es unter bestimmten Voraussetzungen zur Erteilung von Lizenzen gezwungen werden. Dies ist zum einen der Fall, wenn die Verweigerung der Lizenz missbräuchlich wäre, weil zusätzliche außergewöhnliche Umstände vorliegen, die zu einer Gefährdung des Wettbewerbs führen.<sup>69</sup> Zum anderen kann die Erteilung einer Zwangslizenz ein Mittel sein, um eine missbräuchliche Diskriminierung durch den Lizenzgeber zu beenden, wie etwa dann, wenn Lizenzen lediglich an inländische Unternehmen vergeben werden würden.<sup>70</sup> Im Bereich der traditionellen Urheberrechte wie an Büchern, Musik oder Filmen wird das Urheberrecht in aller Regel jedoch schon keine marktbeherrschende Stellung begründen, weil es insofern eine meist unerschöpfliche Zahl von tatsächlichen oder potentiellen Substituten gibt. Anders kann dies hingegen in Bezug auf Urheberrechte an technologischen Erzeugnissen wie Datenbanken oder Software sein, wie das Beispiel des urheberrechtlich geschützten Betriebssystems Windows zeigt.<sup>71</sup>
- Als Lizenznehmer darf auch ein marktbeherrschendes Unternehmen Geoblocking einsetzen, um einen Verstoß gegen das ihm gewährte Verwertungsrecht auszuschließen. Wurde dem betreffenden Unternehmen lediglich eine Lizenz für die Verwertung innerhalb eines bestimmten Mitgliedstaates gewährt, so kann es folglich durch Geoblocking sicherstellen, dass das entsprechende Produkt nicht außerhalb dieses Mitgliedstaates erhältlich ist.

Außerhalb der beschriebenen Fallgruppen wird es marktbeherrschenden Unternehmen in der Regel schwer fallen, hinreichende Gründe für die Rechtfertigung von Geoblocking anzuführen. Zwar verpflichtet die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht marktbeherrschende Unternehmen nicht, von allen Abnehmern identische Preise zu verlangen. Vielmehr ist es auch diesen gestattet, auf unterschiedliche Marktbedingungen, auch auf verschiedenen regionalen Märkten, unterschiedlich zu reagieren.<sup>72</sup> So können unterschiedliche Preise für Abnehmer in einzelnen individuellen Mitgliedstaaten sachlich gerechtfertigt sein, wenn sie Ausdruck der Wettbewerbsverhältnisse in diesen Mitgliedstaaten sind, etwa weil sich Steuern oder Löhne und Gehälter unterscheiden, aber auch bei Unter-

69 In der Entscheidungspraxis des EuGH (u.a. Urt. v. 6.4.1995 – Rs. C-241/91 P, Slg. 1995, I-743 – RTE und ITP/Kommission – Magill; *Wolf* in MünchKomm/Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, Einleitung Band 1 Rz. 1405 m.w.N.) handelt ein marktbeherrschendes Unternehmen missbräuchlich, (1) wenn es den Zugang zu Erzeugnissen oder Dienstleistungen verweigert, die für eine bestimmte Tätigkeit unerlässlich sind, (2) die Weigerung das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindert, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht, (3) sie geeignet ist, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen und (4) die Weigerung nicht gerechtfertigt ist.

70 Sowohl im Fall der außergewöhnlichen Umstände als auch im Fall der Diskriminierung wird das marktbeherrschende Unternehmen allerdings kaum die von der Kommission unter den Begriff des Geoblockings fallenden Maßnahmen anwenden, sondern lediglich entsprechende Lizenzanfragen ablehnen.

71 *Coates*, Competition Law and Regulation of Technology Markets, Oxford 2011, Rz. 5.218.

72 *Eilmannsborg/Bien* in MünchKomm/Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rz. 281; *Westermann* in MünchKomm/Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, § 19 GWB Rz. 68 f.; *Deselaers* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, Art. 102 AEUV Rz. 430 (Lfg. 56 April 2015).

schieden in den Absatzbedingungen und in der Wettbewerbssituation insgesamt.<sup>73</sup>

Allerdings stellt es einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar, (nationale) Märkte innerhalb der EU voneinander abzuschotten und Preisunterschiede zwischen diesen künstlich aufrecht zu erhalten.<sup>74</sup> Geoblocking beschränkt den grenzüberschreitenden Handel zwischen den Mitgliedstaaten mit jeweils unterschiedlichem Preisniveau, wenn Kunden daran gehindert werden, sich diese Preisunterschiede zu Nutzen zu machen. Dies gilt etwa in dem bereits dargestellten Beispiel des deutschen Kunden, der auf der französischen Website nicht einkaufen kann, weil er sogleich aufgrund seiner IP-Adresse auf die deutsche Website des marktbeherrschenden Unternehmens umgeleitet wird.

Eine solche Differenzierung (allein) nach Maßgabe der Nationalität oder des Wohnsitzes des Kunden ist in aller Regel unzulässig.<sup>75</sup> Soweit ein marktbeherrschendes Unternehmen Geoblocking als Mittel einsetzt, um Märkte abzuschotten oder ein unterschiedliches Preisniveau in verschiedenen Mitgliedstaaten gezielt aufrechtzuerhalten, dürfte dies missbräuchlich und damit unzulässig sein.

## E. Fazit und Ausblick

Geoblocking stellt im Grundsatz eine unzulässige Gebietsbeschränkung dar, die ausnahmsweise zulässig ist, wenn nationale Gesetze dies erfordern (wie im Falle des Jugendschutzes) oder erlauben (wie im Falle des räumlich begrenzten Urheberrechts, sofern noch keine Erschöpfung eingetreten ist). Außerhalb des Anwendungsbereichs des Kartellrechts – d.h. dort, wo Geoblocking weder als Teil einer Vereinbarung noch durch ein marktbeherrschendes Unternehmen angewendet wird – muss das Diskriminierungsverbot der Dienstleistungsrichtlinie beachtet werden. Nur sofern weder das Kartellrecht noch die Dienstleistungsrichtlinie eingreifen, unterliegt Geoblocking keiner rechtlichen Kontrolle. Denkbar wäre dies im Falle eines nicht-marktbeherrschenden Unternehmens, welches bestimmte Produkte (wie beispielsweise Kleidung oder Schuhe, nicht jedoch Dienstleistungen) herstellt und diese ausschließlich direkt vertreibt.

Unsicherheiten bei der Bewertung von Geoblocking verbleiben allerdings<sup>76</sup> aus urheberrechtlicher Sicht. Diese bestehen insbesondere bei urheberrechtlich geschützten Produkten, soweit für diese das Eingreifen des Erschöpfungsgrundsatzes bislang nicht abschließend geklärt ist. Dies ist beispielsweise bei Hörbüchern oder E-Books der Fall.

Inwiefern diese Unsicherheiten im Zuge der von der Kommission vorgeschlagenen Reform des Urheberrechts ausgeräumt werden, ist nicht vorhersagbar. Hierzu waren die von der Kommission im Rahmen ihrer Strategie für den digitalen Binnenmarkt benannten Maßnahmen zu unbestimmt. Bislang hat die Kommission lediglich angekündigt, zur Abstellung von

<sup>73</sup> *Deselaers* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, Art. 102 AEUV Rz. 431 (Lfg. 56 April 2015).

<sup>74</sup> *Eilmannsberg/Bien* in MünchKomm/Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV, Rz. 282.

<sup>75</sup> *Deselaers* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, Art. 102 AEUV Rz. 431 (Lfg. 56 April 2015); EuG, Urt. v. 6.10.1994 – Rs. C-83/91, Slg. 1994, II-755 – Tetra Pak – Rz. 163; EuG, Urt. v. 21.10.1997 – Rs. C-229/94, Slg. 1997, II-1689 – Deutsche Bahn – Rz. 91 f.

<sup>76</sup> So auch Europäisches Parlament, Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy, Juli 2015, S. 13.

unberechtigtem Geoblocking im ersten Halbjahr 2016 Rechtsetzungsvorschläge zu unterbreiten, welche eine Änderung des Rechtsrahmens für den elektronischen Geschäftsverkehr (Richtlinie 2000/31/EG) und der auf der Grundlage von Art. 20 der Dienstleistungsrichtlinie erlassenen Vorschriften umfassen könnten.

Die von der Kommission darüber hinaus angekündigte Urheberrechtsreform<sup>77</sup> dient den primärrechtlichen Prinzipien des Wettbewerbs und des Binnenmarktes, ist aber aus kartellrechtlichen Gründen nicht erforderlich, sondern vielmehr durch die unterschiedlichen Interessen der Kreativen und Rechteinhaber bzw. der Verwerter und Nutzer motiviert. Die Kommission muss hier zu einem Interessenausgleich kommen, der in der angekündigten Form schwer realisierbar erscheint. So sollen rechtmäßig erworbene Inhalte EU-weit nutzbar sein (Portabilität) und gleichzeitig die Rechte der Urheber umfänglich geschützt werden. Zudem ist vorgesehen, dass jeder EU-Bürger Zugriff auf Inhalte aus Mitgliedstaaten außerhalb seines Heimatlandes haben soll. Sofern diese umfassende Zugriffsmöglichkeit ebenso wie eine EU-weite Portabilität ermöglicht werden soll, wird dies nur in Form eines EU-weiten Urheberrechts funktionieren, welches dem Urheber – anders als bislang – keine Möglichkeit zur räumlichen Beschränkung innerhalb der EU bietet.

*Nico Just*, LL.M. (Auckland) und *Ingo Alexander Spahr* sind Rechtsanwälte, *Thomas Peter* ist Rechtsreferendar bei *Osborne Clarke* in Köln.

---

<sup>77</sup> Entsprechende Rechtsetzungsvorschläge will die Kommission noch vor Ende 2015 unterbreiten. Im Vorausplanungsprogramm vom 11.6.2015 spricht die Kommission von der Vorlage eines Richtlinienvorschlags im 3. Quartal 2015.