



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Kartellrechtliche Bewertung von Geoblocking“

verfasst von / submitted by

Mag. Johannes Kropej

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2021 / Vienna 2021

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it
appears on the student record sheet:

UA 992 942

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears
on the student record sheet:

Informations- und Medienrecht

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Forgó

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	8
2. Was ist Geoblocking	9
2.1. Definition	9
2.2. Technische Grundlagen	11
2.2.1. Geoblocking durch Content Provider	14
2.2.1.1. Geoblocking durch Client-Server-Modell	14
2.2.1.2. Geoblocking durch Content-Delivery-Networks (CDN)	14
2.2.2. Geoblocking durch den Internet Service Provider	14
2.3. Umgehungsmöglichkeiten	15
2.3.1. Proxys	15
2.3.2. Anonymisierer	16
2.3.3. VPN (Virtuelles Privates Netzwerk)	16
2.3.4. Schlussbemerkungen	17
3. Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel und Mystery-Shopping Studie	18
4. Rechtsrahmen von Geoblocking hinsichtlich kartellrechtlicher Bewertung	21
4.1. Geoblocking-Maßnahmen durch vertraglich vereinbarte Gebietsbeschränkungen	24
4.2. Freistellung	32
4.2.1. Vertikal-GVO	32
4.2.1.1. aktive und passive Verkaufsbeschränkungen	34
4.3. Beispiel Guess - Entscheidung der Kommission (Case AT.40428)	37
4.3.1. Sachverhalt	38
4.3.2. Rechtliche Ausführungen	39
4.3.3. Zusammenarbeit mit Guess und die Verhängung von Geldbußen	40
4.4. Beispiel Valve-Entscheidung der Kommission	41
4.4.1. Sachverhalt	41
4.4.2. Rechtliche Ausführungen	42
4.4.3. Zusammenarbeit mit Valve/Verlagen und die Verhängung von Geldbußen	43
4.5. Einzelfreistellung Art 101 Abs 3 AEUV	43
5. Geoblocking-Maßnahmen durch einseitige Entscheidungen	45
5.1. Marktbeherrschende Stellung	47
5.2. Missbräuchliche Ausnutzung	49
6. Verhältnis Urheberrecht und Geoblocking	49
6.1. Murphy Entscheidung	51

6.1.1. Kartellrechtliche Bewertung	52
6.1.2. Übertragung der Rs Murphy auf Geoblocking	52
6.2. Beurteilung von Geoblocking-Klauseln in Lizenzverträgen hinsichtlich Online-Inhalten	56
7. Behördenzuständigkeit	59
8. Literaturverzeichnis	60
9. Zusammenfassung / Abstract.....	65

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art	Artikel
BEV	Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen
z.B.	zum Beispiel
BWB	Bundeswettbewerbsbehörde
bzw	beziehungsweise
CDN	Content Delivery Network
CPC	Consumer Protection Cooperation
DNS	Domain Name System
EG	Europäische Gemeinschaft
EG-Vertrag	Vertrag zu Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ErwGr	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäische Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWK	Europäische Wirtschaftsraum
FAPL	Football Association Premier League
ff	fortfolgend
F2F	Friend to Friend
Gem	gemäß
Geoblocking-VO	Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts

und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004
und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG

GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
Hrsg	Herausgeber
IANA	Internet Assigned Numbers Authority
idR	in der Regel
InfoSoc-RL	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
IP-Adresse	Internetprotokoll-Adresse
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
IPv4	Internet Protokoll Version 4
IPv6	Internet Protokoll Version 6
iSd	im Sinne der/des
ISP	Internet Service Provider
IT	Informationstechnologie
iVm	in Verbindung mit
lat	lateinisch
LIR	Local Internet Registry
Mio	Millionen
NIR	National Internet Registry
Nr	Nummer
OGH	Oberste Gerichtshof
RIPE	NCC Réseaux IP Européens Network Coordination Centre
RIR	Regional Internet Registry
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
Rz	Randziffer
S	Satz

Satelliten-RL	Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung
sog	sogenannt
TCP	Transmission Control Protocol
ua	unter anderem
UrhG	Urhebergesetz (BGBl 1936/111)
VBKG	Verbraucherbehördenkooperationsgesetz
Vertikal-GVO	(EU) 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Art 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen
Vertikal-LL	Leitlinien für vertikale Beschränkungen
Vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VPN	Virtuell Privates Netzwerk

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: IPv4 und IPv6	12
Abbildung 2: Zwecke der Sammlung von Standortdaten für Geoblocking	19
Abbildung 3: Vereinbarung zwischen Valve und 5 Spieleverlagen über Geoblocking	42

1. Einleitung

Die Europäische Union verfolgt das Ziel eines Binnenmarkts und das damit verbundene Prinzip des freien grenzüberschreitenden Wettbewerbs. Das ist die Verwirklichung eines Raumes ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist. Die Realisierung eines schrankenlosen Marktes bezieht sich sowohl auf den physischen Verkauf als auch auf den elektronischen Verkehr. Der vermeintlich schrankenlose elektronische Verkehr ist jedoch in vielerlei Hinsicht von gewissen virtuellen Grenzen geprägt. Eine dieser Barrieren stellt das so genannte Geoblocking (Definition siehe unter Kapitel 2.1) dar, welches eine Form der Diskriminierung ist, da Online-Kunden der Zugang zu Waren/Dienstleistungen über Webseiten von Anbietern, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, verwehrt wird. Es handelt sich bei Geoblocking um einen Mechanismus, bei dem der Zugriff anhand des von der IP-Adresse ermittelten geografischen Standortes blockiert wird. Zur Verhinderung von Handelshemmnissen als Folge von Geoblocking trat am 23.03.2018 die Verordnung (EU) 2018/302¹ in Kraft, bekannt unter der Geoblocking-Verordnung, welche eine ungerechtfertigte Diskriminierung bei Online-Käufen auf der Grundlage der Staatsangehörigkeit, des Wohnortes oder des Ortes der Niederlassung innerhalb des Binnenmarkts beenden soll. Diskriminierungen können in Form von Lieferoptionen, Preisdiskriminierungen, Vertrags- und Zugriffsverweigerungen bestehen.² Dadurch sollen Meldung wie: „Dieser Inhalt ist in Ihrem Land nicht verfügbar“ verhindert und ein uneingeschränkter Handel ermöglicht werden. Geoblocking-Maßnahmen sind ein weit verbreitetes Phänomen, welches in autoritären Ländern wie Saudi-Arabien oder China in Form von Internetzensur betrieben wird. Hierbei erfolgt Geoblocking meist in Folge von Sperrgesetzen über den Internet Service Provider, der ganze Seiten sperrt und den Zugang ohne Verwendung von Umgehungstools (z.B.: VPN oder Proxys) dadurch unmöglich macht. Meist haben staatliche Geoblocking-Maßnahmen die Verhinderung bzw. Beseitigung von

¹ VO (EU) 302/2018 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts, ABl L 2018/60I.

² *Safron*, Die Geoblocking-Verordnung: Neue Diskriminierungsverbote für den grenzüberschreitenden Handel, VbR 2019/51, 84 (84).

urheberrechtlichen Verstößen (z.B.: Hadopi-Gesetz) oder Terrorismus/Kinderpornographie³ zum Ziel. Neben staatlichen Internetsperren behandelt diese Arbeit jedoch ausschließlich Geoblocking durch Unternehmen in der Europäischen Union. Es steht grundsätzlich im europäischen Binnenmarkt jedem Unternehmen zu, seine Produkte auf ein bestimmtes Land auszurichten. Jedoch kann es zu Wettbewerbsbeschränkungen kommen, wenn Unternehmen einseitige Entscheidungen oder untereinander Vereinbarungen treffen, welche den freien Wirtschaftsverkehr innerhalb der EU gefährden. Vereinbarungen zwischen Unternehmen über territoriale Beschränkungen durch Geoblocking, können unter gewissen Umständen eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung iSd Art 101 AEUV darstellen. Hinsichtlich einseitigen Entscheidungen kommt eine Verletzung des Verbotes der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung iSd Art 102 AEUV in Frage. Ersichtlich durch den Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel⁴ der Europäischen Kommission steht unbezweifelbar fest, dass der Einsatz von Geoblocking im Online Handel zur Realität geworden ist.

2. Was ist Geoblocking

2.1. Definition

Zunächst ist die Begrifflichkeit des „Geoblocking“ zu klären. Das Wort stammt aus dem Englischen und setzt sich aus dem Wort „geo“, welches für geographical steht, und aus dem Wort „blocking“, also blockieren, zusammen. Hierbei geht es dementsprechend um ein technisches Verfahren, welches eine geographische Abgrenzung bzw. Blockierung von Daten sowohl im Internet als auch im Rundfunk zum Ziel hat. Da das Internet als Medium mit den darin enthaltenen Inhalten nicht regional begrenzt ist und der Abruf von Internetseiten weltweit zu Verfügung steht, erfolgt im Rahmen von Geoblocking-Maßnahmen eine gezielte Steuerung des Zugriffs auf Internetinhalte, Waren und Dienstleistungen⁵ aufgrund von herkunftsbezogenen technischen Merkmalen des Kunden. In der deutschsprachigen Literatur ist weiters die Bezeichnung der „Geo-Sperre“ gebräuchlich. Hierbei handelt es sich

³ Mitteilung der Europäischen Kommission, Ein zeitgemäßes europäisches Urheberrecht für das Digitalzeitalter – FRAGEN UND ANWORTEN, COM (2016) 10.

⁴ Die Sektoruntersuchung wurde gemäß Artikel 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Kartellverfahrensordnung) eingeleitet.

⁵ *Achleitner*, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 15.

um das idente technische Konstrukt, welches eine Territorialisierung des Internetinhalts⁶ bewirken soll.

Voraussetzung für die gezielte Setzung von Blocking-Werkzeugen, ist die Kenntnis des Aufenthaltsortes des Nutzers, dessen Zugriff zu bestimmten Inhalten aus lizenzrechtlichen Gründen oder zur geographischen Aufteilung von gewissen Märkten beschränkt werden soll. Grundsätzlich kann Geoblocking in zwei Untergruppen unterteilt werden: Geoblocking im engeren Sinn und Geoblocking im weiteren Sinn. Als Geoblocking im engeren Sinn werden jene Geschäftspraktiken bezeichnet, bei denen Online-Anbieter ihren Benutzern den grenzüberschreitenden Zugriff oder Verkauf der angebotenen Konsumgüter sowie digitaler Inhaltsdienste verhindern.⁷ Die soeben erwähnte Unterscheidung spielt in der Praxis eine wesentliche Rolle.

Im Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung der Europäischen Kommission an den Rat und das Europäische Parlament⁸ hat sie folgende Maßnahmen als Geoblocking bezeichnet:

- Blockierung des Zugangs zu Websites
- Weiterleiten des Kunden auf Websites, welche auf andere Mitgliedstaaten abzielen (sog. Re-routing)

z.B.: beim Eingeben der Website www.autohilfe.de wird man automatisch auf die Website www.autohilfe.at weitergeleitet

- Verweigerung der grenzüberschreitenden Lieferung/Zahlung

Jede dieser Maßnahmen kann von einem Einzelhändler entweder einseitig oder als Folge einer Vereinbarung mit seinem Lieferanten durchgeführt werden.⁹ Sowohl die Verhinderung eines Kaufes auf Grund der IP-Adresse als auch auf Grund der Lieferadresse stellen Geoblocking dar und sind hinsichtlich der Geoblocking-VO auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen.

⁶ Wiebe, Geoblocking im Lichte von europäischem Recht und europäischer Rechtsprechung, ZUM 2015, 932 (932).

⁷ Europäische Kommission, Commission Staff Working Document – Geo-blocking practices in e-commerce, SWD (2016) Rz 32.

⁸ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 45.

⁹ Europäische Kommission, Commission Staff Working Document – Geo-blocking practices in e-commerce, SWD (2016) Rz 68.

Geoblocking kann laut dem Europäischen Verbraucherzentrum Österreich¹⁰ in verschiedenen Stadien des Verkaufsprozesses stattfinden:

- Verwehrung der notwendigen Registrierung im Webshop
- Verwehrung der Lieferung an eine Adresse in einem anderen Mitgliedstaat
- Verwehrung der Eingabe der Bankdaten bzw. die Zahlung mit dem verwendeten Zahlungsmittel

Davon zu unterscheiden ist das Geoblocking im weiteren Sinn, das sogenannte “Geo-Filtering”, bei welchem grundsätzlich der grenzüberschreitende Bezug von Waren oder Dienstleistungen durch den Verbraucher ermöglicht wird, jedoch zu anderen Konditionen.¹¹ Dabei handelt es sich meistens um nachteilige Bedingungen, welche durch erhöhte Kaufpreise ersichtlich sind.

2.2. Technische Grundlagen

Da Geoblocking territoriale Zugangsbeschränkungen als Ziel hat, muss im ersten Schritt der Ort des Internetnutzers bestimmt werden. Die dabei eingesetzte Methode der Geolokalisation kann auf verschiedene Weisen erfolgen. Die übliche Vorgehensweise ist die Auswertung von Informationen zur IP-Adresse.¹² Darüber hinaus kann der Standort aus der Domainbezeichnung sich ergebender Routerinformationen als auch aus der Information zur Route des Datenpakets herausgefunden werden.¹³ Um im Internet kommunizieren zu können, kommt es zum Einsatz einer Gruppe von Netzwerkprotokollen, der sogenannten TCP/IP Protokoll-Familie (Transmission Control Protocol/Internet Protocol). Da eine eindeutige Identifizierbarkeit im Internet notwendig ist, wird jedem Internetnutzer bzw. Computer eine individuelle Adresse, die IP-Adresse (Adresse des Internet Protokolls) zugeordnet.¹⁴ Das bedeutet, dass jedes Gerät, welches durch einen Browser Zugriff auf das Internet hat, eine weltweit einmalige IP-Adresse hat, bestehend aus Netzwerkanteil und

¹⁰ <https://europakonsument.at/de/page/studie-viele-webshops-betreiben-geoblocking> (abgefragt am 23.04.2021).

¹¹ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 45.

¹² Wang/Ray/Feng/Rajarajan, Cyberspace Safety and Security (2013) 151.

¹³ Wiebe, ZUM 2015, 932 (932).

¹⁴ Sonntag in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht⁴ (2020) 34.

Hostanteil (bzw. Präfix und Interface Identifier). Jedoch gibt es hierbei bestimmte Sonderfälle (siehe unten).

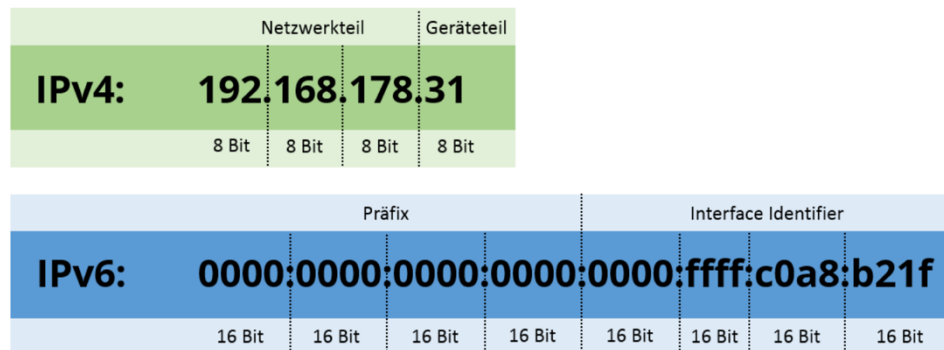


Abbildung 1: IPv4 und IPv6 ¹⁵

Es bestehen 2 Formen von IP-Adressen: IPv4- Adressen (Internet Protokoll Version 4) und IPv6-Adressen (Internet Protokoll Version 6). Bei IPv4-Adressen (oder auch 32 Bit-IP-Adressen) handelt es sich um 4 Zahlen im Bereich zwischen 0 und 255, die durch 4 Punkte getrennt werden.¹⁶ Ein Beispiel einer gültigen Adresse wäre zum Beispiel 230.15.210.38. Jedoch kam es zu einer Erweiterung auf IPv6, welches 340 Sextillionen Adressen bereitstellt (im Gegensatz dazu sind es bei IPv4: 4 Milliarden Zahlencodes), wodurch sich deutlich mehr Geräte mit dem Internet verbinden können.¹⁷ IP-Adressen bilden die Grundlage dafür, dass Datenpakete vom Absender zum Zielgerät gelangen, indem Geräte die Quell-IP mit der Ziel-IP abgleichen. Nun stellt sich die Frage, woher Computer ihre IP-Adressen erhalten. Aus technischer Sicht liegt die Verantwortung hinsichtlich der Vergabe von IP-Adressen bei der IANA (Internet Assigned Numbers Authority), die ihrerseits ihre Verantwortung, abhängig vom geografischen Standort, auf fünf regionale Internetregister (RIR: Regional Internet Registry) überträgt, welche wiederum kleinere Adressbereiche verschiedenen lokalen Internetregister (LIR: Local Internet Registries), nationalen Internetregister (NIR: National Internet Registries) sowie Internetdiensteanbietern (ISP: Internet Service Providers)

¹⁵ <https://www.ionos.at/digitalguide/server/knowhow/was-ist-eine-ip-adresse/> (abgefragt am 13.04.2021).

¹⁶ <https://de.ryte.com/wiki/IP-Adresse> (abgefragt am 13.04.2021).

¹⁷ <https://www.ionos.at/digitalguide/server/knowhow/was-ist-eine-ip-adresse/> (abgefragt am 13.04.2021).

zuweisen.¹⁸ RIPE NCC (Réseaux IP Européens Network Coordination Centre) ist zum Beispiel für die IP-Adressen Vergabe in Zentralasien, Europa und im Nahen Osten zuständig.¹⁹ Interessant ist hierbei, dass grundsätzlich keine Verpflichtung zur Veröffentlichung von geographischen Verteilungen der IP-Adressen besteht.²⁰

Wie oben bereits angemerkt, können jedoch auf Grund der Knappheit der IPv4-Adressen nicht alle Endnutzer eine eindeutige und permanente Adresse erhalten, weshalb viele Geräte eine „private“ IP- Adresse zugeordnet bekommen und nur mit Hilfe weiterer Rechner Dienste nutzen können.²¹ Davon zu unterscheiden sind die dynamischen und statischen IP-Adressen. Dynamische IP-Adressen werden nach einer gewissen Zeit (idR 12 Stunden) bzw. mit Inbetriebnahme neu vergeben, wogegen statische IP-Adressen dauerhaft zugewiesen werden.²² Die Lösung dieses Problems liegt in der Verwendung von IPv6-Adressen. Beim Zugriff auf eine Website wird im Hintergrund, die vom Internet Provider zugewiesene IP-Adresse mitgeschickt. Durch Abgleichen der IP-Adresse mit Geo-IP Datenbanken kann der Aufenthalt des Internetnutzers bestimmt werden.²³ Dabei ist zu beachten, dass dafür die Zuordnung des geographischen Gebiets zur IP-Adresse durch den jeweiligen ISP Voraussetzung ist und diese Information auch richtig sein muss. *„But according to Pease et al. such datasets are providing correct geographic locations at country level in 96% to 98% of the cases, at least in terms of IPv4“*.²⁴

Geo-IP Datenbanken können über Nachfrage die geografische Position der Internetbenutzer erteilen, welche wiederum für Werbungen hinsichtlich bestimmter Zielgruppen oder Location Based Services eingesetzt werden kann.²⁵ Grundsätzlich ist das Geoblocking durch den Content Provider von dem Geoblocking durch den ISP zu unterscheiden. Eine Filterung des Internetzugangs kann durch ISPs (im Inland) oder durch Internet Backbone

¹⁸ Wang/Ray/Feng/Rajarajan, Cyberspace Safety and Security (2013) 152.

¹⁹ Meinel/Sack, Internetworking (2011) 17.

²⁰ Meinel/Sack, Internetworking (2011) 20.

²¹ Sonntag in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht⁴ (2020) 35.

²² Sonntag in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht⁴ (2020) 35.

²³ Schmidt/Korn/Heitkämper/Schwarzenberg/Zaborowski, Digitale Inhalte Grenzüberschreitend Nutzen? <https://www.verbraucherzentrale.de/sites/default/files/2019-11/marktwaechter-untersuchung-geoblocking-portabilitaet.pdf> (Stand Mai 2017) 11.

²⁴ Wang/Ray/Feng/Rajarajan, Cyberspace Safety and Security (2013) 160.

²⁵ Wirz, Media-Streaming und Geoblocking (2019) 40.

(international) unter dem Einsatz von DNS-Sperren, IP-Sperren oder proxybasierten Sperren erfolgen.²⁶

2.2.1. Geoblocking durch Content Provider

2.2.1.1. Geoblocking durch Client-Server-Modell

Möchte ein Client auf eine Website (Server z.B.: www.manz.at) zugreifen, schickt der Router des Client die Anfrage über den ISP an das DNS (Domain Name System), welcher die Anfrage in die zugehörige IP-Adresse umwandelt und an den Client zurückschickt, welcher nun wegen der Kenntnis der IP-Adresse auf die Website gelangt. Jedoch kann der Content Provider (www.manz.at) durch Abgleichen mit der Geo-IP Datenbank entscheiden, ob Nutzer aus einem bestimmten Land keinen Zugriff auf den Websiteinhalt haben.

2.2.1.2. Geoblocking durch Content-Delivery-Networks (CDN)

Im Unterschied zum Client-Server-Modell, wird der Websiteinhalt nicht direkt vom Content Provider (www.manz.at) bereitgestellt, sondern auf anderen Servern, dessen IP-Adressen der Content-Provider dem Client zurückschickt.²⁷ Geoblocking kann hier durch den Content-Provider oder den CDN-Server erfolgen.

2.2.2. Geoblocking durch den Internet Service Provider

Will der ISP aus irgendeinem Grund den Dienst in einem bestimmten Gebiet nicht erbringen, besteht einerseits die Möglichkeit nach Zuordnung der Ziel IP-Adresse durch das DNS den Webinhalt zu blockieren oder andererseits direkt den Zugriff auf Inhalte bei der DNS-Anfrage (sog. DNS-Sperre) zusperrern.²⁸ Das signifikante Problem dabei ist, dass der Content-Provider keinen Einfluss auf das Geoblocking und dadurch auf den Zugang seiner Website hat.

²⁶ Wirz, Media-Streaming und Geoblocking (2019) 40.

²⁷ Federrath, Geoblocking und die Möglichkeiten der Technik, ZUM 2015, 929 (930).

²⁸ Federrath, ZUM 2015, 929 (930).

2.3. Umgehungsmöglichkeiten

Das Blockieren von Internetinhalten durch Content Provider oder Internet Service Provider stößt oft auf Unmut bei Internetnutzern. Unzufriedenheit herrscht vor allem bei Konsumenten, die monatlich bei Streaming Plattformen für Abonnements zahlen, jedoch deren Dienste im Ausland nicht nützen können. Veranlasst durch die Verwendung von Geoblocking-Maßnahmen bestehen hingegen eine Vielzahl an Umgehungstools. Geeignet hierbei sind sogenannte Proxys, Anonymisierer und Virtuelle Private Netze (VPN), welche den Zweck haben den DNS- bzw. den Content-Request zu tunneln und das Geoblocking zu unterbinden.²⁹ Diese Tools haben in der Regel alle denselben Ablauf. Im ersten Schritt wird auf dem Endgerät ein Browser-Add-on oder eine Applikation installiert, wodurch der DNS-Request an einen alternativen DNS-Server (z.B.: Google DNS: 8.8.8.8) geschickt wird, weshalb im zweiten Schritt der Content Provider zu einem VPN-, Proxy- oder Anonymisierung-Server geleitet wird, der in einer nicht gesperrten Region aufhältig ist, sodass dadurch nur der über die IP-Adresse mitgesendete Standort verwendet wird und nicht der Standort des Zielrechners.³⁰ Ein Beispiel für ein bekanntes Add-on ist ProxMate.

2.3.1. Proxys

Ein Proxy (englisch: proxy representative³¹ für Stellvertreter) agiert als Vermittler bzw. Kommunikationsschnittstelle, der zwischengeschaltet wird. Will ein Client nun auf eine Seite zugreifen, schickt er die Anfrage an den Proxy Server, der mit seiner eigenen IP-Adresse eine Verbindung zur angefragten Seite herstellt. Da der Content Provider nur die IP-Adresse des Proxy Server erhält, schafft dieser Prozess ein gewisses Maß an Anonymität für den Client.³² Die Stellung des Proxy-Servers als Stellvertreter hat aber auch Auswirkungen auf die sensiblen Daten eines Client, da dieser verschlüsselte Daten analysieren, anschauen, abändern und auch entschlüsseln kann.³³ Oft erscheint die Vertrauenswürdigkeit vieler (vor allem kostenloser/offener) Proxyserver gering, da eine gänzliche Anonymisierung nicht

²⁹ Schmidt/Korn/Heitkämper/Schwarzenberg/Zaborowski, Digitale Inhalte Grenzüberschreitend Nutzen? <https://www.verbraucherzentrale.de/sites/default/files/2019-11/marktwaechter-untersuchung-geoblocking-portabilitaet.pdf> (Stand Mai 2017) 11.

³⁰ Federrath, ZUM 2015, 929 (931).

³¹ [https://de.wikipedia.org/wiki/Proxy_\(Rechnernetz\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Proxy_(Rechnernetz)) (abgefragt am 16.4.2021).

³² Wirz, Media-Streaming und Geoblocking (2019) 48.

³³ Wirz, Media-Streaming und Geoblocking (2019) 48.

möglich ist und die Möglichkeit eines Missbrauchs oder einer Datenveränderung dauerhaft besteht. Hierbei können Konzepte wie F2F (Friend to Friend) helfen, welche ausschließlich private und geprüfte Verbindungen verwenden.³⁴

2.3.2. Anonymisierer

Wie der Name bereits vermuten lässt, handelt es sich bei Anonymisierer um Dienste, welche das Internetverhalten privat halten sollen. Nun soll die Privatsphäre nicht dadurch geschützt werden, dass der Intern-User nicht direkt auf eine Website zugreifen kann und auch nicht wie bei VPN ein gesicherter Tunnel konstruiert wird, sondern die verschlüsselten Daten über mehrere Server geleitet werden, welche wiederum im ständigen Wechsel sind und ein Tracking unmöglich machen.³⁵ Der bekannteste Anonymisierer ist Tor, bei welchem es zur Entfernung der Identitätsangaben kommt, die Daten in Ebenen verschlüsselt werden und verschiedene Server (insgesamt 5000 Server) diese weiterleiten. Es kommt auf einer der Ebenen zur Entschlüsselung der Daten, die danach weitergeleitet werden, wodurch am Vorgangsende die Ermittlung des Ursprungs und des physischen Standorts nicht mehr möglich ist.³⁶

2.3.3. VPN (Virtuelles Privates Netzwerk)

Bei einem VPN handelt es sich um ein in sich geschlossenes, bereits bestehendes lokales Netzwerk, welches als Transportmedium verwendet werden kann.³⁷ Das VPN ist ein privates Netzwerk, welches sich in einem öffentlichen Netzwerk (z.B.: Internet) befindet und dieses zur Kommunikation verwendet.³⁸ Die Kommunikation im Internet erfolgt dabei aber nur über die IP-Adresse des VPN-Gateways, wobei die Verbindung zur Unterbindung von öffentlichen Zugriffen bzw. Angriffen verschlüsselt wird (Datenintegrität), um eine vertrauliche Datenübertragung zu ermöglichen.³⁹ Die Funktionsweise eines VPN kann mit der eines sicheren Tunnels verglichen werden, der eine Kommunikation zwischen Client und Access Point getrennt von den Gefahren des Internets schafft. Aus diesem Grund ist in der

³⁴ [https://de.wikipedia.org/wiki/Proxy_\(Rechnernetz\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Proxy_(Rechnernetz)) (abgefragt am 16.4.2021).

³⁵ <https://www.sonntagmorgen.com/vpn-tor-oder-proxy/> (abgefragt am 27.4.2021).

³⁶ <https://www.avast.com/de-de/c-vpn-proxy-tor-which-is-best> (abgefragt am 27.04.2021).

³⁷ Wirz, Media-Streaming und Geoblocking (2019) 48.

³⁸ Schmidl, Terminaldienste über VPN's (2007).

³⁹ Kreutz, Online Angebot und Werbeblockersoftware (2017) 117.

Computersprache auch von Tunneling die Rede. Neben der Datenvertraulichkeit haben VPN des Weiteren folgende Aufgaben: die Verschlüsselung, die Authentifizierung und das Schlüsselmanagement.⁴⁰ Es gibt je nach Anwendungsfall drei verschiedene VPN: Branch-Office-VPN (verbindet unterschiedliche Standorte), Extranet-VPN (verbindet ein Unternehmen mit unternehmensfremden Betrieben z.B.: Lieferanten) und Remote-Access-VPN (Verbindung eines Mitarbeiters zum Unternehmensnetz).⁴¹

VPN ermöglichen die Verhinderung von Geoblocking dadurch, dass nicht die IP-Adresse des Internetnutzers beim Content Provider erscheint, sondern die des jeweiligen VPN, weshalb ausschließlich der Standort des VPN-Servers auch in den Geo-IP Datenbanken ersichtlich wird. Oft genutzte VPN genießen Bekanntheit, weshalb Unternehmen mit Geoblocking-Maßnahmen die IP-Adressen von VPN Anbietern gezielt sperren. Nun erscheint der Sicherheitsfaktor im Internet beim täglichen Internetsurfing nicht von enormer Bedeutung, doch kann ein Datenleck in Zusammenhang mit einem Unternehmen große finanzielle Schwierigkeiten und Reputationsverluste zur Folge haben. Aus diesem Grund werden VPN-Tunnel bei Unternehmen (z.B.: auch bei Unternehmensreisen am Flughafen) verwendet, nämlich um auf das Firmennetzwerk bedenkenlos zuzugreifen und Daten sicher zu transferieren.

2.3.4. Schlussbemerkungen

Da Geo-IP Datenbanken auch viele IP-Adressen der VPN und Proxys kennen, besteht die Möglichkeit, dass Content-Provider diesen den Zugriff auf deren Webinhalt verwehren, wenn die Verwendung auf den Zweck der Umgehung der Geosperre schließen lässt, weshalb für jene Dienste eine große Anzahl an verschiedenen IP-Adressen zur Verschleierung der geografischen Herkunft wesentlich ist.⁴² Dadurch entfachte zwischen Geo-IP Datenbanken und VPN/Proxys/Anonymisierer ein indirekter Wettbewerb hinsichtlich Standortbestimmungen. Im Unterschied zu den meist kostenlosen Proxys, gibt es eine Vielzahl an verschiedenen kostenpflichtigen VPN Anbietern, die jedoch eine Mindestbandbreite benötigen.

⁴⁰ Schmidl, Terminaldienste über VPN's (2007).

⁴¹ Schmidl, Terminaldienste über VPN's (2007).

⁴² Wirz, Media-Streaming und Geoblocking (2019) 49.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass bei der Umgehung von Geoblocking durch VPN/Proxys/Anonymisierer immer die Vertrauenswürdigkeit des Anbieters zu hinterfragen ist und die Wahl nicht zu Lasten des Datenschutzes ausfallen sollte.

3. Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel und Mystery-Shopping Studie

Die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel der Europäischen Kommission brachte wichtige Erkenntnisse hinsichtlich der Geoblocking-Praxis von Unternehmen. Generell werden Sektoruntersuchungen nicht ausschließlich auf Grund eines möglichen Zuwiderhandelns von Unternehmen durchgeführt, sondern um Kenntnisse über einen Wirtschaftszweig zu erhalten.⁴³ Untersuchungsgegenstand sind mögliche Verstöße gegen Wettbewerbsregeln, wie etwa wettbewerbsschädliche Preisabsprachen oder Praktiken.⁴⁴ Hierbei ist aber ein Anfangsverdacht über wettbewerbsrechtlich unerwünschte Zustände in einem bestimmten Bereich notwendig.⁴⁵

Da sich das Internet neben Kabel- und Satellitenrundfunk wohl als wichtigstes Verbreitungsmedium für urheberrechtlich geschützte Inhalte etablieren konnte und das World Wide Web eine weltweite Abrufbarkeit ermöglicht, ergeben sich Schwierigkeiten hinsichtlich der eingeschränkten Abrufbarkeit von Inhalten in bestimmten räumlichen Gebieten.⁴⁶ Oft haben Lizenznehmer Verwertungsrechte ausschließlich für ein einziges Land und müssen die Verbreitung mittels Geoblocking unterbinden. 68 Prozent der befragten Anbieter von digitalen Inhalten gaben an, dass sie ihre Online-Dienste für Nutzer aus anderen Mitgliedstaaten beschränken, wobei 59 Prozent eine vertragliche Beschränkung mit den Rechteinhabern vereinbart haben.⁴⁷ Vereinbarungen über Geoblocking-Maßnahmen bestehen überwiegend in TV-Serien (74 Prozent), gefolgt von Filmen (66 Prozent) und Sportereignissen (63 Prozent).⁴⁸ Das Ergebnis der Sektoruntersuchung zum elektrischen

⁴³ Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 81.

⁴⁴ <https://louven.legal/2020/07/28/was-ist-eine-sektoruntersuchung/> (abgefragt am 02.05.2021).

⁴⁵ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) 806.

⁴⁶ Peck, Goodbye Geoblocking? – Eine Analyse der Verordnung zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online - Inholdediensten im Binnenmarkt (2021) 24.

⁴⁷ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 66.

⁴⁸ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 66.

Handel hat gezeigt, dass 38 Prozent der Einzelhändler Standortinformationen ihrer Kunden sammeln, welche in weiterer Folge für Geoblocking-Maßnahmen verwendet werden.⁴⁹ Dabei ist die Verweigerung der Lieferung an einen Kunden die am häufigste Form von Geoblocking, gefolgt von der Annahmeverweigerung der Zahlung.⁵⁰ Einseitige Entscheidungen von Einzelhändlern Geoblocking-Maßnahmen einzusetzen stellt die üblichste Form dar.⁵¹ Lediglich ein geringer Prozentsatz von 11 Prozent der Einzelhändler gab an, dass sie Teil von vertraglichen Gebietsbeschränkungen sind, die aber Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken sind.⁵² In Abbildung 2 kann man deutlich erkennen, dass die gesammelten Standortdaten vorwiegend (27 Prozent) für die Geoblocking-Maßnahme der Lieferungsverweigerung und kurz danach (22 Prozent) für Re-routing (Weiterleiten des Kunden auf Websites, welche auf andere Mitgliedstaaten abzielen) verwendet wird.

Figure 11 – Respondents that gather location information for each geo-blocking purpose – EU 28⁵³

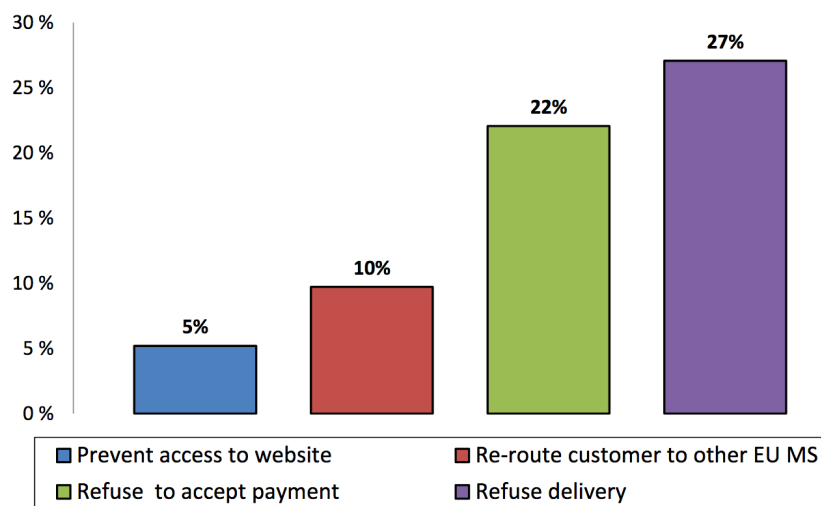


Abbildung 2: Zwecke der Sammlung von Standortdaten für Geoblocking⁵³

⁴⁹ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 47.

⁵⁰ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 47.

⁵¹ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 49.

⁵² Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 49.

⁵³ Europäische Kommission, Commission Staff Working Document – Geo-blocking practices in e-commerce, SWD (2016) 30.

Des Weiteren ist die Erkenntnis der Kommission, dass nur 16 Prozent der befragten Unternehmer die IP-Adresse als Referenz für Geoblocking verwenden, jedoch 29 Prozent auf der simplen Post-Anschrift beruhen, dahingehend interessant, dass die Lokalisierung auf Grund der IP-Adresse im Einzelhandel weniger Relevanz hat.⁵⁴

Im Jahr 2016 untersuchte die Europäische Kommission in einer Studie⁵⁵ den Europäischen Binnenmarkt auf territoriale Beschränkungen und Geoblocking-Maßnahmen. Dabei wurden 10.537 E-Commerce Webseiten in 143 Länderpaaren und 8 Sektoren von Waren/Dienstleistungen untersucht wie z.B.: elektronische Geräte & Computerhardware. Die Studie zeigte eindeutig, dass der Abschluss eines Kaufvertrages durch die Mehrheit der Webseiten verhindert wurde. 63 Prozent der untersuchten Webseiten verwendeten Geoblocking um den grenzüberschreitenden Verkauf zu unterbinden. Folglich war es nur jedem Dritten Mystery-Shopper (37 Prozent) möglich zur letzten Stufe des Kaufprozesses zu gelangen und diesen abzuschließen. Die Studie zeigte weiters den Zeitpunkt der Geoblocking-Maßnahme auf:

- 26 Prozent beim Aussuchen der Zahlungsmethode
- 32 Prozent beim Aussuchen der Versandoption
- 27 Prozent beim Registrieren

Litauen, Bulgarien und Ungarn sind mit 90-100 Prozent die Länder mit den meisten Händlern, die sich einer Geoblocking-Maßnahme bedienen, gefolgt von Estland, Finnland, Slowenien, Slowakei und Rumänien mit 80-89 Prozent.⁵⁶ Darüber hinaus sind Konsumenten mit Wohnsitz aus folgenden Ländern beim grenzüberschreitenden Kauf besonders durch Geoblocking betroffen⁵⁷:

- Bulgarien, Lettland und Slowakei (90-100 Prozent)

⁵⁴ Europäische Kommission, Commission Staff Working Document – Geo-blocking practices in e-commerce, SWD (2016) 31.

⁵⁵ Europäische Kommission, Mystery shopping survey on territorial restrictions and geo-blocking in the European Single Market, 2016, Final report.

⁵⁶ <https://europakonsument.at/de/page/studie-viele-webshops-betreiben-geoblocking> (abgefragt am 12.05.2021).

⁵⁷ <https://europakonsument.at/de/page/studie-viele-webshops-betreiben-geoblocking> (abgefragt am 12.05.2021).

- Tschechien, Estland, Polen, Litauen Rumänien, Slowenien und Kroatien (80-89 Prozent)

4. Rechtsrahmen von Geoblocking hinsichtlich kartellrechtlicher Bewertung

Das nationale und europäische Kartellrecht erlangt auf Grund des Schutzes des Wettbewerbs vor Beschränkungen⁵⁸ und der Gefahr vor Wettbewerbsverfälschung eine immer größere Bedeutung. Ziel ist die Verwirklichung eines freien, redlichen, unverfälschten und vor allem wirksamen Wettbewerbs.⁵⁹ Durch das in Art 101 ff AEUV ausgestaltete System des unverfälschten Wettbewerbs soll jedem Wirtschaftsteilnehmer des Binnenmarkts eine Chancengleichheit ermöglicht werden.⁶⁰ Voraussetzung dafür ist die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer, welche Ausdruck von Selbstständigkeit und Unabhängigkeit ist. Innerhalb des gemeinsamen Binnenmarkts soll eine Leistungssteigerung des Wettbewerbs durch eine freie Entfaltung erreicht werden, wodurch Unternehmer zu einem ständigen wirtschaftlichen und technischen Fortschritt angetrieben werden, der wiederum in Form von verbesserten Waren und Dienstleistungen positive Auswirkungen auf die Verbraucher hat.⁶¹ Die europäischen kartellrechtlichen Vorschriften wirken durch das Ziel einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb zu erhalten einer Marktabstottung entgegen, weshalb sowohl niedrigere Konsumentenpreise als auch eine sinnvolle Ressourcenallokation die Folge sind.⁶² Das primärrechtliche Grundgerüst des europäischen Binnenmarkts bilden jedoch die vier Grundfreiheiten, in welchen die Mitgliedstaaten übereingekommen sind, dass der Abbau der wirtschaftlichen Hindernisse die Grundlage des

⁵⁸ Art 3 Abs 3 AEUV.

⁵⁹ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) 161; Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 83.

⁶⁰ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) 3.

⁶¹ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) 9.

⁶² Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 83.

Unter Ressourcenallokation versteht man die **Verteilung von knappen Ressourcen** wie Arbeit, Kapital und Boden zur Herstellung von Gütern und Dienstleistungen <https://studyflix.de/wirtschaft/allokation-1770> (abgefragt am 14.05.2021).

freien Binnenmarkts darstellt, weshalb Zölle und Handelsbeschränkungen untersagt sein müssen.⁶³

Der freie Binnenmarkt kann, wie oben bereits erwähnt, durch Wettbewerbsbeschränkungen gefährdet werden. Geoblocking, also die geographische Abgrenzung bzw. Blockierung von Daten im Internet auf Grund des Standortes, kann Folge einer einseitig unternehmerischen Entscheidung sein oder einer Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Unternehmern. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit solcher im Online-Bereich getätigten einseitigen Entscheidungen bzw. Vereinbarungen sind die materiell-rechtlichen Wettbewerbsbestimmungen der Europäischen Union gem. Art 101 AEUV bis Art 106 AEUV heranzuziehen. Zum einen können unternehmerische Vereinbarung über Geoblocking-Maßnahmen unter gewissen Voraussetzungen eine verbotene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung (Art 101 AEUV) darstellen.⁶⁴ Darüber hinaus können einseitige Entscheidungen eines Unternehmers, Waren/Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedsstaat nicht zu erbringen, eine verbotene missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Art 102 AEUV) sein.

Art 101 und Art 102 AEUV unterscheiden sich allein schon dadurch, dass die beiden Regelungen unterschiedliche Teilnehmerstrukturen aufweisen. Art 101 AEUV sieht das Zusammenwirken von mehreren Unternehmern vor, hingegen Art 102 AEUV nur die Durchsetzungshandlung eines Unternehmens.⁶⁵ Beide haben das gemeinsame Ziel, nämlich einen wirksamen Wettbewerb zu erreichen, und stehen ohne bestimmtes Verhältnis (Subsidiarität) nebeneinander.⁶⁶ Da die beiden Bestimmungen einander nicht ausschließen, sondern vielmehr überschneidende Tatbestandsmerkmale haben, besteht untereinander eine Idealkonkurrenz.⁶⁷ Folglich kann ein Wettbewerbsverfahren sowohl nach Art 101 AEUV als auch nach Art 102 AEUV eröffnet werden bzw. beide nebeneinander herangezogen werden.⁶⁸ Ein Beispiel dafür wäre eine unter Art 101 Abs 1 AEUV fallende verbotene

⁶³ Ausnahmen bestehen in Sonderfällen z.B.: in Fällen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit; *Schmidt/Korn/Heitkamp/Schwarzenberg/Zaborowski*, Digitale Inhalte Grenzüberschreitend Nutzen? 18.

⁶⁴ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 48.

⁶⁵ *Frenz*, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 504.

⁶⁶ *Frenz*, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 504.

⁶⁷ *Kling/Thomas*, Kartellrecht² (2016) 48.

⁶⁸ *Frenz*, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 504.

Vereinbarung, wobei gleichzeitig eine missbräuchliche Stellung ausgenutzt wird. Nun enthält das österreichische Kartellgesetz das Kartellverbot in § 1 Abs 1, nämlich das Verbot aller Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle).

Das EU-Kartellrecht hat grundsätzlich Anwendungsvorrang vor den nationalen Kartellgesetzen der jeweiligen Mitgliedstaaten (Art 3 Abs 2 Satz 1 VO 1/2003⁶⁹).⁷⁰ Ob die europäischen Kartellrechtsbestimmungen Art 101 AEUV und 102 AEUV auf Geoblocking-Maßnahmen Anwendung finden, hängt von der Erfüllung des Kriteriums der Zwischenstaatlichkeit („Zwischenstaatlichkeitsklausel“) ab.⁷¹

Die Voraussetzung der Zwischenstaatlichkeit ergibt sich aus dem Gesetzestext. In Art 101 AEUV und Art 102 AEUV ist geregelt: *„den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet“* (*“may affect trade between Member States”*). Somit findet nationales Recht dann keine Anwendung, wenn es eine Eignung gibt, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtigt wird.

Geoblocking-Maßnahmen sind auf Grund ihres Zweckes, nämlich des Verwehrens der Lieferung von Waren bzw. Erbringung von Dienstleistungen für Kunden auf Grund ihrer geografischen Lage, unter Umständen geeignet den grenzüberschreitenden Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Durch die Zwischenstaatlichkeitsklausel sollen nur jene Praktiken und Kartelle von Art 101 erfasst werden, *„[...] die geeignet sind, die Freiheit des Handels zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten nachteilig sein kann“*⁷². Das Kriterium der Zwischenstaatlichkeit verfolgt dadurch den Zweck, den Geltungsbereich des europäischen Kartellrechts von dem des innerstaatlichen Rechts abzugrenzen.⁷³ Neben Art 101 und Art 102 AEUV, also den primärrechtlichen Bestimmungen, existiert eine große Anzahl an Verordnungen, also sekundärrechtlichen

⁶⁹ VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 2003/1.

⁷⁰ Traxlmayr in Burgstaller/Lettner (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014) 540.

⁷¹ RIS-Justiz RS0122076.

⁷² EuGH 31. 5. 1979, 22/78, Hugin/Kommission Rn 17.

⁷³ OGH 27. 4. 1999, 4 Ob 86/99x.

Vorschriften. Hinsichtlich Geoblocking ist vor allem die VO (EU) Nr. 330/2010 der Kommission, auch bekannt unter der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (Vertikal-GVO⁷⁴), zu nennen.

4.1. Geoblocking-Maßnahmen durch vertraglich vereinbarte Gebietsbeschränkungen

Auf der einen Seite können Geoblocking-Maßnahmen gegen das in Art 101 AEUV geregelte Verbot von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen verstoßen. Vom Verbot sind nur jene wettbewerbsbeschränkenden Absprachen betroffen, die geeignet sind den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken. In Art 101 Abs 2 AEUV ist geregelt, dass Absprachen nach Art 101 Abs 1 AEUV, auch jene über Geoblocking-Maßnahmen, zu einer Nichtigkeit führen. In Art 101 Abs 3 AEUV sind Befreiungstatbestände für wettbewerbsbeeinträchtigende Verhaltensweisen nach Abs 1 festgelegt⁷⁵, weshalb ein Regel-Ausnahme-Grundsatz eingeführt wurde. Es besteht nach der Regelung in Abs 3 die Möglichkeit das Kartellverbot unter bestimmten Voraussetzungen für nicht anwendbar zu erklären.⁷⁶ Es kann zu einer Freistellung kommen, wenn die Voraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung vorliegen oder, wenn keine GVO einschlägig ist, eine Einzelfreistellung möglich ist, also die vier Voraussetzungen des Abs 3 (Effizienzgewinn, angemessene Beteiligung der Verbraucher, keine Ausschaltung des Wettbewerbs und Unerlässlichkeit der Einschränkung) kumulativ erfüllt werden.⁷⁷ Die Erklärung einer Einzelfreistellung durch die nationalen Behörden oder die Kommission ist nicht mehr vorgesehen, weshalb ein derartiger Antrag zurückzuweisen wäre.⁷⁸ Somit ist die Beurteilung, ob das jeweilige Verhalten eines Unternehmers den Kartelltatbestand erfüllt bzw. das Verhalten nicht verboten ist, selbst zu beurteilen und folglich die Selbsteinschätzung notwendig geworden. Gerade die Einschätzung der Kartelltatbestandserfüllung kann sich als schwierig erweisen, da jene Auswirkungen (für die Bewirkung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung) in Bezug auf den gesamten Markt

⁷⁴ VO (EU) 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl L 2010/102.

⁷⁵ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 554.

⁷⁶ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 573.

⁷⁷ Traxlmayr in Burgstaller/Lettner (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014) 536.

⁷⁸ OGH 20. 12. 2004, 16 Ok 17/04; Traxlmayr in Burgstaller/Lettner (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014) 537.

betrachtet werden müssen, weshalb auch die Stellung anderer Unternehmer miteinbezogen gehören.⁷⁹ Es besteht aber die Möglichkeit die Kommission zum Verfassen eines Beratungsschreiben zu ersuchen, falls „[...] *die Rechtslage nicht anhand des Rechtsrahmens einschließlich der feststehenden Rechtsprechung durch die Unionsgerichte oder allgemein verfügbarer Orientierungshilfen wie Leitlinien und Kommissionsentscheidungen geklärt ist*“.⁸⁰ Zusammenfassend kann man sagen, dass die unternehmerische Selbstbeurteilung, ob Vereinbarungen über Geoblocking-Maßnahmen von der Freistellung gem. Art 101 Abs 3 AEUV bzw. von der Gruppenfreistellungsverordnung erfasst sind, sich oft auf Grund der einfließenden Parameter als schwierig erweist.

Das Kartellverbot nach Art 101 AEUV schützt den unverfälschten Wettbewerb durch das Verbot bestimmter Verhaltensweisen, weshalb als erster Schritt die Prüfung der Geoblocking-Vereinbarung auf Erfüllung des Anwendungsbereiches erforderlich ist. Der Anwendungsbereich setzt sich aus dem persönlichen, räumlichen und sachlichen Kriterium zusammen sowie benötigt es darüber hinaus eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs.⁸¹ Art 101 Abs 1 AEUV verpflichtet ausschließlich Unternehmen und Unternehmensvereinigungen (Zusammenschlüsse von Unternehmen z.B.: Wirtschaftsverbände oder Arbeitgeberverbände), weshalb Verhaltensweisen von Verbrauchern aber auch die Ausübung von hoheitlicher Gewalt durch den Staat vorab ausgenommen sind.⁸² Somit können private Verbraucher und Staaten in Ausübung von hoheitlicher Gewalt bei der Setzung von Geoblocking-Maßnahmen nicht den Tatbestand des Art 101 AEUV erfüllen. Allgemein handelt es sich um einen funktionellen Unternehmensbegriff, der eine Einheit mit wirtschaftlicher Tätigkeit⁸³ voraussetzt (Waren und Dienstleistungen angeboten oder nachgefragt werden).⁸⁴ Dabei kommt es weder auf die Gewinnerzielungsabsicht⁸⁵ an, noch

⁷⁹ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 1160.

⁸⁰ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 1162.

⁸¹ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 554.

⁸² *Bien*, Europäisches und deutsches Kartellrecht I (Grundlagen, Kartellverbot, Rechtsfolgen) https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02140600/2020/Skriptum_Kartellrecht_I_24.01.2020.pdf (Stand 24.01.2020) 29ff.

⁸³ EuGH 23. 4. 1991, C-41/90, *Höfner/Elser/Macrotron GmbH*.

⁸⁴ *Bien*, Europäisches und deutsches Kartellrecht I (Grundlagen, Kartellverbot, Rechtsfolgen) https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02140600/2020/Skriptum_Kartellrecht_I_24.01.2020.pdf (Stand 24.01.2020) 29ff.

⁸⁵ Nach dem Urteil des EuGH 10. 1. 2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze* Rz 123 *“muss die Bankstiftung, ungeachtet der Tatsache, dass sie Güter oder Dienstleistungen ohne die Absicht der Gewinnerzielung anbietet, aufgrund der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit als „Unternehmen“*

auf die Rechtsfähigkeit⁸⁶, jedoch auf die Erbringung einer Leistung gegen Entgelt.⁸⁷

Der räumliche Anwendungsbereich als nächstes Kriterium, welcher mit dem personellen Anwendungsbereich eng verbunden ist, bestimmt die Anwendung des Art 101 AEUV innerhalb des Unionsgebietes. In diesem Zusammenhang kann sich das Problem ergeben, dass Unternehmen mit Sitzen in Drittstaaten, die auf dem Binnenmarkt agieren oder diesen mit dem gesetzten Verhalten negativ beeinflussen⁸⁸, Geoblocking-Vereinbarungen treffen bzw. aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen begehen und dadurch eine Beeinträchtigung erzielen. Hierbei kommt die Frage auf, welche Rechtsordnung in derartigen Situationen Anwendung findet. Im ersten Fall (Agieren auf dem Binnenmarkt) gilt das Territorialitätsprinzip, weshalb das Recht jenes Staates ausschlaggebend ist, in welchem das Verhalten gesetzt wird.⁸⁹ Im zweiten Fall (negative Auswirkungen) wird an das Auswirkungsprinzip angeknüpft, wonach grundsätzlich das Kartellrecht auf alle Verhaltensweisen Anwendung findet, welche sich im Inland auswirken - unabhängig davon, wo sich der Sitz des Verursachers befindet.⁹⁰ In der Rechtssache Intel⁹¹ erkannte der Europäische Gerichtshof das „Kriterium der qualifizierten Auswirkung“ an, welches zur Zuständigkeit der Kommission und der Anwendung des Unionskartellrecht führte.⁹² Dadurch können völkerrechtliche Probleme entstehen, wobei die extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts überwiegend völkerrechtliche Anerkennung findet.⁹³

Aus den oben genannten Gründen ist auf Geoblocking-Vereinbarungen bzw. aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen auch das Unionsrecht insbesondere Art 101 AEUV

angesehen werden, werden, da ihr Angebot mit dem von Wirtschaftsteilnehmern konkurriert, die den gleichen Zweck verfolgen.“.

⁸⁶ *Bien*, Europäisches und deutsches Kartellrecht I (Grundlagen, Kartellverbot, Rechtsfolgen) https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02140600/2020/Skriptum_Kartellrecht_I_24.01.2020.pdf (Stand 24.01.2020) 29ff.

⁸⁷ *Achleitner*, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 86.

⁸⁸ *Frenz*, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 560.

⁸⁹ *Frenz*, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 560.

⁹⁰ *Klar*, Auswirkungen der VO (EG) Nr. 1/2003 auf das Kartellverfahren für multinationale Konzerne <https://www.grin.com/document/211213> (Stand 2011).

⁹¹ EuGH 6. 9. 2017, C-413/14 P, *Intel/Kommission* Rz 40ff.

⁹² *Bien*, Europäisches und deutsches Kartellrecht I (Grundlagen, Kartellverbot, Rechtsfolgen) https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02140600/2020/Skriptum_Kartellrecht_I_24.01.2020.pdf (Stand 24.01.2020) 20.

⁹³ *Bien*, Europäisches und deutsches Kartellrecht I (Grundlagen, Kartellverbot, Rechtsfolgen) https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02140600/2020/Skriptum_Kartellrecht_I_24.01.2020.pdf (Stand 24.01.2020) 19.

anwendbar, wenn die Unternehmen zwar nicht im Binnengebiet tätig sind, aber das Verhalten negative Auswirkungen auf den unverfälschten Wettbewerb hat.

Des Weiteren muss eine der drei in Art 101 AEUV geregelten Kartellrechtsformen vorliegen: Vereinbarungen zwischen Unternehmen, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen. Im Abschlussbericht der Europäischen Kommission wurde festgehalten, dass Geoblocking-Maßnahmen, die auf Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Unternehmen beruhen, unter Umständen in den Anwendungsbereich des Art 101 AEUV fallen können.⁹⁴ Dabei fällt auf, dass die Europäische Kommission lediglich auf die ersten beiden Formen eingeht und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen nicht erwähnt. Es handelt sich bei den drei Kartellrechtsformen um eine beispielhafte Aufzählung, welche die Kernbeschränkungen darstellen und dadurch außerordentlich verpönt sind.⁹⁵ Eine zwischen Unternehmen getroffene Vereinbarung muss nicht nach einer nationalen Rechtsordnung wirksam zustande gekommen sein und auch keine bestimmten Formvorschriften einhalten.⁹⁶ Dementsprechend kann es sich bei einem Gentlemen's Agreement, einem informellen Vertrag, um eine Vereinbarung iSd Art 101 AEUV handeln.⁹⁷ Ein Vereinbarungskartell kann durch einen mündlichen Vertrag oder eine mündliche Absprache entstehen und setzt eine Willenserklärung voraus, die ausdrücklich und stillschweigend möglich ist.⁹⁸

Grundsätzlich sind zwei Arten von Vereinbarungen zu unterscheiden. Einerseits gibt es horizontale Vereinbarungen, die zwischen Unternehmen auf derselben Ebene der Handelskette abgeschlossen werden, und andererseits vertikale Vereinbarungen, die zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Ebenen der Produktions- oder Vertriebskette zustande kommen (z.B.: Preisempfehlung oder Preisobergrenze zwischen Hersteller und

⁹⁴ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 48.

⁹⁵ Lettner in Burgstaller/Lettner (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014) 10.

⁹⁶ Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 87.

⁹⁷ Hartung/Regula/Schaeuffelen, Rechtsfragen in der Automobil- und Zulieferindustrie http://www.bpv-huegel.com/wp-content/uploads/2017/12/hartung_-kapitel-10.pdf (abgefragt am 12.05.2021) 193.

Der Begriff der Vereinbarung wird allgemein durch den EuGH sehr weit ausgelegt (Vgl. EuGH 13. 7. 2006, C-74/04 P, *Kommission/Volkswagen.*).

⁹⁸ Könen, Wettbewerbsrecht (2015) 11.

Händler).⁹⁹ Durch horizontale Vereinbarungen sollen Preise gezielt hochgehalten werden oder Märkte zwischen den Konkurrenten aufgeteilt werden.

Wie das Ergebnis der Sektoruntersuchung der Europäischen Kommission zeigt, handelt es sich bei Geoblocking-Vereinbarung meist um vertikale Vereinbarungen.¹⁰⁰ Die Definition von vertikalen Vereinbarungen ist in Art 1 Abs 1 lit a Vertikal-GVO geregelt: „*Vertikale Vereinbarung*“ ist eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise, die zwischen zwei oder mehr Unternehmen, von denen jedes für die Zwecke der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise auf einer anderen Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig ist, geschlossen wird und die die Bedingungen betrifft, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen.“

Liegt im konkreten Fall keine Geoblocking-Vereinbarung vor, können abgestimmte Verhaltensweise zwischen Unternehmen als Auffangtatbestand den Art 101 AEUV erfüllen. Eine abgestimmte Verhaltensweise ist dann gegeben, wenn ein Verhalten, vor Abschluss eines Vertrages im engeren Sinn, durch Informationsaustausch oder Kontaktaufnahme willentlich koordiniert wird¹⁰¹ und konkretes Verhalten tatsächlich gesetzt wird.¹⁰² Folglich sind all jene Geoblocking-Maßnahmen unzulässig: „[...] [Jede unmittelbare oder mittelbare] *Fühlungnahme zwischen Unternehmen [...], die geeignet ist, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potenziellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen*“.¹⁰³

Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen können aber nur dann mit dem Binnenmarkt iSd Art 101 AEUV unvereinbar bzw. verboten sein, wenn diese geeignet sind den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Darüber hinaus müssen sie

⁹⁹ *Hartung/Regula/Schaeuffelen*, Rechtsfragen in der Automobil- und Zulieferindustrie http://www.bpv-huegel.com/wp-content/uploads/2017/12/hartung_-kapitel-10.pdf (abgefragt am 12.05.2021) 194.

¹⁰⁰ *Achleitner*, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 90.

¹⁰¹ *Bien*, Europäisches und deutsches Kartellrecht I (Grundlagen, Kartellverbot, Rechtsfolgen) https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02140600/2020/Skriptum_Kartellrecht_I_24.01.2020.pdf (Stand 24.01.2020) 32.

¹⁰² *Achleitner*, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 87; Vgl. EuGH 14. 7. 1972, 48/69, *Imperial Chemical Industries/Kommission* Rz 64/67.

¹⁰³ EuGH 19. 3. 2015, C-286/13 P, *Dole/Kommission* Rz 120.

bezwecken oder bewirken, dass der Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts verhindert, eingeschränkt oder verfälscht wird.

Der Zweck oder die Wirkung der Maßnahme muss die Wettbewerbsbeschränkung sein. Grundsätzlich genügt daher für die Anwendung des Art 101 AEUV bereits die Feststellung eines wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmenzweckes, weshalb in weiterer Folge die Auswirkung der Maßnahme nicht mehr von Bedeutung ist.¹⁰⁴ Hierbei ist unter dem Zweck die wettbewerbsbeschränkende Zielsetzung oder Tendenz der Maßnahme zu verstehen und nicht die Absicht der Beteiligten.¹⁰⁵ Der wettbewerbsbeschränkende Maßnahmenzweck ist mit der Auswirkung gleichberechtigt.

Die Unterbindung einer Wettbewerbsbeschränkung soll durch das Verbot der Verhinderung, Einschränkung und Verfälschung des Wettbewerbs erreicht werden. Unter der Verhinderung ist das vollständige Ausschalten bzw. die Beseitigung des Wettbewerbs auf einem relevanten Markt zu verstehen. Hingegen ist mit der Einschränkung die Verminderung des Wettbewerbs gemeint.¹⁰⁶ Strittig ist die Auslegung der Verfälschung des Wettbewerbs, wobei genereller Konsens darüber herrscht, dass sie im Sinne der EU-Harmonisierung zu verstehen ist.¹⁰⁷ Grundsätzlich setzt eine Wettbewerbsbeschränkung eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit und eine nachteilige Veränderung der Marktverhältnisse voraus.¹⁰⁸ Der EuGH definierte die Wettbewerbsbeschränkung wie folgt: Es handelt sich dabei um die Entstehung von Wettbewerbsbedingungen „[...], die im Hinblick auf die Art der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang

¹⁰⁴ Schindele, Kartellrecht - Wettbewerbsbeschränkung, Bezwecken oder Bewirken der Wettbewerbsbeschränkung https://www.brennecke-rechtsanwaelte.de/Kartellrecht-Eine-Einfuehrung-Teil-07-Wettbewerbsbeschraenkung-Bezwecken-oder-Bewirken-der-Wettbewerbsbeschraenkung_222214 (abgefragt am 05.06.2021).

¹⁰⁵ Schindele, Kartellrecht - Wettbewerbsbeschränkung, Bezwecken oder Bewirken der Wettbewerbsbeschränkung https://www.brennecke-rechtsanwaelte.de/Kartellrecht-Eine-Einfuehrung-Teil-07-Wettbewerbsbeschraenkung-Bezwecken-oder-Bewirken-der-Wettbewerbsbeschraenkung_222214 (abgefragt am 05.06.2021).

¹⁰⁶ Könen, Wettbewerbsrecht (2015) 21.

¹⁰⁷ Könen, Wettbewerbsrecht (2015) 21.

¹⁰⁸ Bien, Europäisches und deutsches Kartellrecht I (Grundlagen, Kartellverbot, Rechtsfolgen) https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02140600/2020/Skriptum_Kartellrecht_I_24.01.2020.pdf (Stand 24.01.2020) 33.

des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen."¹⁰⁹

Als ungeschriebenes aber notwendiges Tatbestandsmerkmal des Art 101 AEUV entwickelte der EuGH eine Spürbarkeitsgrenze, welche eine Unterteilung in spürbare und nicht-spürbare Wettbewerbsbeschränkungen vornimmt. Dabei ist das eben genannte Kriterium nicht mit dem Erfordernis der spürbaren Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten zu verwechseln. Die Europäische Kommission erließ zur Konkretisierung und Auslegung eine sogenannte de-minimis Bekanntmachung¹¹⁰, die für Gerichte und nationale Wettbewerbsbehörden unverbindlich ist und bei der Bewertung der Spürbarkeit auf die Marktanteile abstellt.¹¹¹ Was unter einer sogenannten spürbaren Auswirkung eines Kartells auf den zwischenstaatlichen Handel zu verstehen ist, wird in der Bekanntmachung nicht definiert. Die Europäische Kommission unterscheidet bei der Spürbarkeitsschwelle zwischen Horizontal- und Vertikalvereinbarungen. Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Wettbewerbern (Horizontalvereinbarungen) sind ab einem gemeinsamen Marktanteil von 10 Prozent spürbar sowie zwischen Nichtwettbewerbern (Vertikalvereinbarungen) ab einem gemeinsamen Marktanteil von 15 Prozent.

Eine 10 Prozent Spürbarkeitsschwelle ist anwendbar, wenn bei der Einstufung, ob es sich um eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern oder Nichtwettbewerbern handelt, Schwierigkeiten auftreten. Im Zweifel ist von einer Vereinbarung zwischen Wettbewerbern auszugehen.

Horizontal- und Vertikalvereinbarungen zwischen Unternehmen, deren gemeinsamer Marktanteil unter der Spürbarkeitsgrenze liegen, fallen in den Safe-Harbour Bereich und sind dadurch als Wettbewerbsbeschränkung nicht spürbar.

¹⁰⁹ EuGH 28. 5. 1998, C-7/95 P, *Deere/Kommission*.

¹¹⁰ Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl 2014 C 291/1.

¹¹¹ De-minimis-Bekanntmachung Rz 5.

Beispiel

Ein Schmuckhersteller mit einem Marktanteil von 15 Prozent verpflichtet einen Schmuckhändler, der einen Marktanteil von 4 Prozent hat, dazu ausschließlich den von ihm hergestellten Schmuck über das Internet zu verkaufen. Bei der Vereinbarung zwischen dem Schmuckhersteller und dem Schmuckhändler handelt es sich um eine vertikale Vereinbarung, weil sich die beiden Unternehmen auf unterschiedlichen Ebenen der Handelskette befinden. Der gemeinsame Marktanteil des Schmuckherstellers und des Schmuckhändlers (im Schmuckbereich) beträgt 19 Prozent, weshalb die 15-prozentige Spürbarkeitsgrenze überschritten ist. Dadurch fällt die Vereinbarung nicht unter die De-minimis Ausnahme und die wettbewerbsbeschränkende Wirkung hat nach den allgemeinen Grundsätzen zu erfolgen.

Der EuGH stellte in der Entscheidung C-226/11 Expedia¹¹² klar, dass das Kartellverbot auch bei Unterschreitung der Marktanteilsschwelle zur Anwendung kommt. Das ist bei sogenannten bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen¹¹³ der Fall. Es handelt sich dabei um unternehmerische Verhaltensweisen, die auf Grund ihrer Natur schon geeignet sind den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Beispiele für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen sind die Vorgabe von Preisen sowie die Gebiets- und Kundenbeschränkung (wenn sie die GVO nicht erfüllen).¹¹⁴

Spinnt man das Beispiel weiter, indem der Händler ausschließlich den vom Schmuckhersteller hergestellten Schmuck innerhalb Italiens über das Internet verkaufen darf und der Schmuckhändler dies durch Geoblocking-Maßnahmen auf der Website realisiert, gelangt man zum Ergebnis, dass die Geoblocking-Maßnahmen eine Gebietsbeschränkung darstellen, auf welche die in der De-minimis Bekanntmachung genannten Grundsätze auf Grund der Natur nicht anzuwenden sind.

¹¹² EuGH 13. 12. 2012, C-226/11, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence*.

¹¹³ Generell kann man sagen, dass es sich bei den bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen um die Kernbeschränkungen handelt und deshalb die De-minimis-Regelung keine Anwendung findet.

¹¹⁴ *Hartung/Regula/Schaeffelen*, Rechtsfragen in der Automobil- und Zulieferindustrie http://www.bpv-huegel.com/wp-content/uploads/2017/12/hartung_-kapitel-10.pdf (abgefragt am 12.05.2021) 196.

4.2. Freistellung

Gebietsbeschränkungen in Form von Geoblocking-Vereinbarungen können den Tatbestand des Art 101 AEUV erfüllen, wenn sie geeignet sind den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken. Hierbei ist anzumerken, dass Art 101 AEUV nicht zwischen Horizontal- und Vertikalvereinbarungen unterscheidet, weshalb das Verbot der Wettbewerbsbeschränkung nach Art 101 AEUV beide Formen umfasst. Neben der in Art 101 Abs 3 AEUV genannten Einzelfreistellung, kann eine vertikale Geoblocking-Vereinbarung auch durch die Vertikal-GVO freigestellt werden.

4.2.1. Vertikal-GVO

Die Vertikal-GVO legt fest, wie eine vertikale Vereinbarung zwischen mindestens zwei Unternehmen gestaltet sein muss, um die Kriterien der Ausnahme vom Kartellverbot nach Art 101 Abs 3 AEUV zu erfüllen. Die Vertikal-GVO hat die Stellung eines sicheren Hafens, deren Erfüllung der Unternehmer aber selbst einstufen muss.¹¹⁵ Bei der Vertikal-GVO handelt es sich um eine von mehreren GVO, die für Art 101 Abs 3 AEUV erlassen wurde, jedoch den weitersten Anwendungsbereich aufweist.¹¹⁶ Sie nennt Freistellungsmöglichkeiten, regelt Marktanteilsschwellen, deren Überschreitung eine Freistellung ausschließt, und listet bestimmte Verhaltensweisen auf, die eine Freistellung verhindern.¹¹⁷

Unter die Vertikal-GVO fallen alle Liefer- und Bezugsvereinbarungen - ausgenommen sind Lizenzvereinbarungen über Rechte des geistigen Eigentums (gewerbliche Schutzrechte, Know-how, Urheberrechte und verwandte Schutzrechte), wenn sie Hauptgegenstand der Vereinbarung sind.

Die Verordnung stellt Vereinbarungen zwischen jenen Unternehmern frei, deren jeweilige Anteile am relevanten Markt die Grenze von 30 Prozent nicht überschreiten. Es darf sich

¹¹⁵ Lettner in Burgstaller/Lettner (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014) 31.

¹¹⁶ Bien, Europäisches und deutsches Kartellrecht I (Grundlagen, Kartellverbot, Rechtsfolgen) https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02140600/2020/Skriptum_Kartellrecht_I_24.01.2020.pdf (Stand 24.01.2020) 50.

¹¹⁷ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 1233.

dabei aber um keine Vereinbarung mit Kernbeschränkung handeln. Fallen Vereinbarungen in die Kategorie Kernbeschränkung ("hardcore restrictions") iSd Art 4 lit a-e Vertikal-GVO kann es zu keiner Freistellung kommen, da vermutet wird, dass der Kartelltatbestand des Art 101 AEUV erfüllt ist.¹¹⁸ Darüber hinaus erscheint die Erfüllung der Einzelfreistellung gem. Art 101 Abs 3 AEUV als unwahrscheinlich. Bei einer Überschreitung der Marktanteilsschwelle von 30 Prozent (hinsichtlich Abnehmer und Lieferanten) kann es zu keiner Anwendung der Vertikal-GVO kommen, jedoch zu einer Einzelfreistellung gem. Art 101 Abs 3 AEUV.

Unter die Kernbeschränkungen fallen unter anderem die Festsetzung von Verkaufspreisen (Art 4 lit a Vertikal-GVO), die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher in einem selektiven Vertriebssystem (Art 4 lit c Vertikal-GVO) sowie Beschränkung von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems (Art 4 lit d Vertikal-GVO). Die für Geoblocking-Maßnahmen interessanteste Kernbeschränkung ist jedoch die in Art 4 lit b Vertikal-GVO genannte Gebietsbeschränkung.¹¹⁹ Dabei unterliegt ein Händler der verpönten Verpflichtung, seine Produkte nicht in einem bestimmten Gebiet verkaufen zu dürfen. Im Zuge dessen können Bestellungen an „zuständige“ Händler weitergeleitet werden, Nachlässe wegfallen sowie die Liefermenge beschränkt werden.¹²⁰ Das Ziel und Hauptmotiv der Verpflichtung der Händler zum Einsatz von Geoblocking-Maßnahmen ist die Verhinderung des Angleichens der unterschiedlichen Preisniveaus in den Mitgliedstaaten.¹²¹ Dadurch sollen in gewissen Mitgliedstaaten höhere Preise und in anderen niedrigere Preise gehalten werden. Art 4 lit b Vertikal-GVO soll dem Abnehmer der Ware ermöglichen, den Ort seiner Warenlieferung/Dienstleistungserbringung frei zu wählen und in weiterer Folge eine direkte und indirekte Gebietsbeschränkung zu verhindern.¹²² Die Europäische Kommission hat für vertikale Beschränkungen Leitlinien¹²³ (Vertikale-LL) erlassen, welche für die Beurteilung von

¹¹⁸ Lettner in Burgstaller/Lettner (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014) 35.

¹¹⁹ Vgl. Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 51.

¹²⁰ Lettner in Burgstaller/Lettner (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014) 38.

¹²¹ Wendelin, Verpflichtung der Händler zum Geo-Blocking als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen <https://www.vertriebsrecht-vermessen.at/2016/07/28/verpflichtung-der-haendler-zum-geo-blocking-als-bezweckte-wettbewerbsbeschraenkung/> (Stand 28. 07. 2016).

¹²² Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 92.

¹²³ Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl 2012 C 130/1.

vertikalen Vereinbarungen iSd Art 101 AEUV Grundsätze enthalten. Dabei beinhalten die Leitlinien vor allem in Bezug auf den Internetvertrieb wesentliche Erläuterungen, die wiederum Aufschluss über die Beurteilung von Geoblocking-Maßnahmen und Freistellungsmöglichkeiten geben. Da die Vertikal-GVO keine Regelungen für den Online-Bereich aufweist, besteht dahingehend für die Vertikalen-LL eine relevante Stellung.¹²⁴ Sowohl eine direkte Verpflichtung, wie zum Beispiel an Kunden in einem bestimmten Gebiet nicht zu verkaufen, als auch eine indirekte Verpflichtung, wie zum Beispiel die Beendigung der Belieferung oder die Androhung der Vertragskündigung, führen zur Marktaufteilung und zu einer Gebietsbeschränkung.¹²⁵ Nach Auffassung der Kommission stellt die Funktion auf einer Website, die das Unterbrechen einer Transaktion auf Grund des Wohnortes außerhalb des Verkaufsgebiets des Händlers vorsieht, eine unzulässige Beschränkung iSd Art 4 lit b Vertikal-GVO dar.¹²⁶

In diesem Zusammenhang ist die in der Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen getroffene Unterteilung in aktive und passive Verkaufsbeschränkungen essentiell.¹²⁷

4.2.1.1. aktive und passive Verkaufsbeschränkungen

Die Kommission definierte den aktiven Verkauf wie folgt: es handelt sich dabei um „[...] *die aktive Ansprache einzelner Kunden, z. B. 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, die sich gezielt an die betreffende Kundengruppe oder gezielt an die Kunden in dem betreffenden Gebiet richten.*“¹²⁸ Hingegen wird als passiver Verkauf jener Verkauf verstanden, der durch eine unaufgeforderte Kundenanfrage oder Kundenbestellung erfolgt.

¹²⁴ Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 94.

¹²⁵ Vertikal-LL Rz 50.

¹²⁶ Vertikal-LL Rz 52 lit b.

¹²⁷ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 52.

¹²⁸ Vertikal-LL Rz 51.

Wie oben bereits erwähnt, befasste sich die Europäische Kommission auch mit der Beurteilung von Verkaufsbeschränkung im Zusammenhang mit der Internetnutzung. Jedem Händler steht es offen, das Internet für den Verkauf seiner Produkte zu verwenden. Die Kommission stufte das Aufrufen der Händler-Website durch den Kunden, die anschließende Kontaktaufnahme sowie den Abschluss des Vertrages als passiven Verkauf ein, da es sich lediglich um ein angemessenes Mittel handelt, um mit dem Händler in Kontakt zu treten. Das gleiche gilt, wenn ein Kunde (automatisch) Informationen durch den Händler erhält und es in weiterer Folge zu einem Verkauf kommt.

Weiters kann man aus dem Umstand, dass eine Händler-Website auch außerhalb des eigenen Gebiets bzw. der eigenen Kundengruppe abrufbar ist, keinen aktiven Charakter des Online-Handels ableiten, sondern ist viel mehr der technischen Entwicklung geschuldet.

Zur Veranschaulichung führte die Kommission in den Vertikal-LL vier konkrete Beispiele für eine Kernbeschränkung des passiven Verkaufes an:

1. Vereinbarung mit dem Verbot, dass Kunden eines anderen Gebiets/Alleinvertriebsgebietes in die Händler-Website einsehen können bzw. die Vereinbarung über die automatische Weiterleitung auf die Website des Herstellers/ eines anderen Händlers
2. Vereinbarung darüber, dass Internettransaktionen von Kunden, die außerhalb des eigenen Gebiets aufhältig sind und deren Aufenthalt mittels Kreditkartenadresse ermittelt wird, unterbrochen werden
3. Vereinbarung über eine Obergrenze der Online-Verkäufe
4. Vereinbarung zwischen dem Händler und dem Lieferanten, dass der Online-Preis höher ist, im Vergleich zum Offline-Preis

Die Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Verkauf ist vor allem für die in Art 4 lit c Vertikal-GVO geregelte Kernbeschränkung, für die Gegen Ausnahme gem. Art 4 lit b Ziff i Vertikal-GVO und generell für Geoblocking-Maßnahmen von Bedeutung, da die Kommission in diesen Artikeln gezielt diese Begriffe einsetzt. Die in Art 4 lit b Vertikal-GVO geregelte Kernbeschränkung verhindert grundsätzlich eine Freistellung nach Art 2 Vertikal-GVO. Jedoch sieht Art 4 lit b Vertikal-GVO vier taxativ aufgezählte Ausnahmen (i - iv) vor, die trotz Kernbeschränkung eine Freistellung möglich machen. In Bezug auf Geoblocking-

Maßnahmen ist die Ausnahme nach Art 4 lit b Ziff i Vertikal-GVO von Bedeutung, welche im Abschlussbericht der Kommission zur Sektoruntersuchung¹²⁹ erwähnt wird und eine Beschränkung des aktiven Verkaufes an Kundengruppen bzw. in Gebiete vorsieht, die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Abnehmer zugewiesen hat. Die Ausnahme hat aber die Voraussetzung, dass die Vereinbarung keine Verkaufsbeschränkungen für den Kunden bewirken darf. Auf Grund dieser Bestimmung ist es einem Anbieter erlaubt, den aktiven Verkauf in einem der Exklusivität unterliegenden Gebiet bzw. unterliegenden Kunden zu verbieten.¹³⁰ Was unter einem exklusiven bzw. einem ausschließlich zugewiesenen Gebiet oder Kundengruppe zu verstehen ist, erläuterte die Kommission in Rz 51 der Leitlinien für vertikale Vereinbarungen. Die Exklusivzuweisung setzt die Verpflichtung voraus, dass der Lieferant seine Produkte nur an einen ausgewählten Händler zum Vertrieb in einem bestimmten Gebiet/an eine bestimmte Personengruppe liefert, und der nunmehr Alleinvertriebshändler vor dem aktiven Verkauf durch andere Händler in seinem Gebiet/an seine Personengruppe geschützt wird.

Unter den oben genannten Voraussetzungen ist die Zuweisung der Exklusivität eine erlaubte Beschränkung des Gebietes und einer Kundengruppe, welche eine Freistellung nach Art 2 Vertikal-GVO nicht ausschließt. Der sich dadurch ergebene Schutz des Alleinvertriebs in den zugewiesenen Gebieten oder an die zugewiesenen Kundengruppen darf jedoch nur zur Beschränkung des aktiven Verkaufes in diesen Gebieten oder an diese Kunden führen. Vertikale Vereinbarungen über passive Verkaufsbeschränkungen sind weiterhin als Kernbeschränkung unzulässig.¹³¹

Wie dem "Commission Staff Working Document" über "Geo-blocking practices in e-commerce"¹³² zu entnehmen ist, scheinen gewisse Hersteller oder Lieferanten sowohl den aktiven Verkauf als auch den passiven Verkauf in Gebieten zu beschränken, welche anderen Händlern zugewiesen oder vorbehalten wurden. Zusätzlich erscheint die Beschränkung des aktiven Verkaufes außerhalb eines bestimmten Gebietes durch gewisse Hersteller oder

¹²⁹ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 52.

¹³⁰ Lettner/Gaderer in Burgstaller/Lettner (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014) 213.

¹³¹ Vgl. Vertikal-LL Rz 51.

¹³² Europäische Kommission, Commission Staff Working Document – Geo-blocking practices in e-commerce, SWD (2016) Rz 106.

Lieferanten unabhängig davon, ob andere Gebiete einem anderen Händler zugewiesen wurden, eine gängige Praxis zu sein.¹³³

Art 4 lit c Vertikal-GVO regelt das Verbot der Beschränkung von aktiven und passiven Verkäufen an Endverbraucher durch Einzelhändler in einem selektiven Vertriebssystem. Diese Regelung betrifft im Unterschied zu Art 4 lit b Ziff i Vertikal-GVO die Beschränkung auf der Einzelhandelsebene, weshalb die Großhandelsstufe nicht erfasst ist und daher eine speziellere Norm bildet.¹³⁴ Hierbei legt der Abschlussbericht der Europäischen Kommission dar, dass die Beschränkung des Verkaufes von Einzelhändlern veranlasst durch die Anbieter als Betreiber eines selektiven Vertriebssystems der Realität entspricht.¹³⁵

Die Vertikal-GVO stellt klar, dass es hinsichtlich einer Vereinbarung über Geoblocking-Maßnahmen gegenüber Endverbraucher im Rahmen eines Selektivvertriebssystems zu keiner Freistellung kommen kann.

Die Beschränkung von passiven Verkäufen bildet idR eine Kernbeschränkung iSd Vertikal-GVO, die eine Nichtigkeit gem. Art 101 Abs 2 AEUV bewirkt. Eine Übereinstimmung lässt sich hinsichtlich Art 6 Abs 2 Geoblocking-VO finden, welcher Verpflichtungen im Zusammenhang mit passiven Verkäufen iSd Vertikal-GVO, die gegen die Verbote der Artikel 3, 4 und 5 Geoblocking-VO verstoßen, automatisch für nichtig erklärt. Da die Kommission und der EuGH jedoch Ausnahmen für Einzelfallentscheidungen vorsehen, beispielsweise für Vereinbarungen im Falle eines Markteintritts einer neuen Marke, die keine Nichtigkeit nach Art 101 Abs 2 AEUV nach sich ziehen, jedoch ungeachtet der Nichterfüllung von Art 101 AEUV ein Verstoß gegen Artikel 3, 4 und 5 Geoblocking-VO trotzdem zur Nichtigkeit führt, beinhaltet die Geoblocking-VO strengere Standards als das Kartellrecht.¹³⁶

4.3. Beispiel Guess - Entscheidung der Kommission (Case AT.40428)

Die Europäische Kommission befasste sich im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang nach Erlass der Geoblocking-VO und der Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel in

¹³³ Europäische Kommission, Commission Staff Working Document – Geo-blocking practices in e-commerce, SWD (2016) Rz 105.

¹³⁴ Lettner/Gaderer in Burgstaller/Lettner (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014) 244.

¹³⁵ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 53.

¹³⁶ Safron, Die Geoblocking-Verordnung: Neue Diskriminierungsverbote für den grenzüberschreitenden Handel, VbR 2019/51, 84.

einem kartellrechtlichen Verfahren gegen das Modeunternehmen Guess mit Verkaufsbeschränkungen im selektiven Vertriebssystem. Durch die Verpflichtung der Beschränkung des Verkaufs über das Internet zwang Guess seine Händler zu Geoblocking-Maßnahmen.

In der so genannten Guess-Entscheidung¹³⁷ (Case AT.40428) beurteilte die Kommission am 17.12.2018 die vertragliche Untersagung des Online-Warenverkaufes von Händlern außerhalb des ihnen zugewiesenen Gebietes durch das Modeunternehmen Guess (Guess?, Inc., Guess? Europe, B.V. and Guess Europe Sagl).

Die EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager erklärte hierzu: *"Guess' distribution agreements tried to prevent EU consumers from shopping in other Member States by blocking retailers from advertising and selling cross-border. This allowed the company to maintain artificially high retail prices, in particular in Central and Eastern European countries."*¹³⁸

Tatsächlich konnte Guess dadurch in Mittel- und Osteuropa künstlich höhere Endkundenpreise erzielen, die im Vergleich zu westeuropäischen Preisen um 5 bis 10 Prozent über dem Durchschnitt lagen.¹³⁹ Die Guess-Entscheidung ergänzt die am 03.12.2018 in Kraft getretene Geoblocking-Verordnung, da sowohl die Guess-Entscheidung als auch die Geoblocking-Verordnung Verkaufsbeschränkungen regeln, die mit dem europäischen Binnenmarkt unvereinbar sind.¹⁴⁰

4.3.1. Sachverhalt

Der Kleidungshersteller Guess vertreibt seine Produkte innerhalb des europäischen Binnenmarkts sowohl über eigene Niederlassungen als auch über unabhängige Händler im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems gem. Art 1 Abs 1 lit e Vertikal-GVO. Im Beschluss beschäftigte sich die Europäische Kommission mit den von Guess gegenüber seinen Groß-

¹³⁷ Europäische Kommission 17. 12 . 2018, AT 40428 *Guess*.

¹³⁸ Mitteilung der Europäische Kommission, Kartellrecht: Kommission verhängt gegen Guess Geldbuße in Höhe von 40 Mio. EUR wegen wettbewerbswidriger Vereinbarungen zur Unterbindung grenzüberschreitender Verkäufe, COM (2018).

¹³⁹ Europäische Kommission 17. 12 . 2018, AT 40428 *Guess* Rz 88.

¹⁴⁰ Mitteilung der Europäische Kommission, Kartellrecht: Kommission verhängt gegen Guess Geldbuße in Höhe von 40 Mio. EUR wegen wettbewerbswidriger Vereinbarungen zur Unterbindung grenzüberschreitender Verkäufe, COM (2018).

und Einzelhändlern angewandten vertikalen Beschränkungen. Als Teil der Unternehmensstrategie und Ziel der von Guess verwendeten Praktiken war es die Online-Verkäufe von Guess-Produkten auf die Guess-Website zu verlagern und infolge dessen den zwischen den zugelassenen Händlern herrschenden marktinternen Wettbewerb zu beschränken.

Guess setzte im Rahmen des Vertriebssystems in Bezug auf die Händler folgende wesentliche Beschränkungen:

- a. die Verwendung der Guess-Marken und -Warenzeichen für Online-Suchmaschinenwerbung
- b. der Verkauf über das Internet ohne vorherige ausdrückliche Genehmigung durch Guess
- c. der Verkauf an Endverbraucher außerhalb des zugewiesenen Gebietes eines Händlers
- d. die freie Festsetzung ihrer Weiterverkaufspreise
- e. der Querverkauf ("cross-selling") zwischen zugelassenen Großhändlern und Einzelhändlern

4.3.2. Rechtliche Ausführungen

Die Kommission entschied, dass Guess auf Grund der wettbewerbsbeschränkenden Praktiken durch die Beschränkung des grenzüberschreitenden Handels (unter anderem wegen Geoblocking-Maßnahmen) die Tatbestandsmerkmale des Kartellverstoßes nach Art 101 AEUV erfüllte. Die Verträge zwischen Guess und seinen Händlern ermöglichten die Abschottung der europäischen Märkte.

Die Europäische Kommission beschloss im konkreten Fall, dass die Vertikal-GVO keine Anwendung findet. Grund dafür war, dass Guess mit der Beschränkung der Online-Suchmaschinenwerbung (siehe oben unter a.) den Verkauf insbesondere außerhalb des Vertragsgebietes sowie die Bewerbung der Produkte seitens der Einzelhändler zu beschränken abzielte. Hierdurch wurde der Markt geteilt und die Einzelhändler am aktiven und passiven Verkauf gehindert. Die Beschränkung des aktiven und passiven Verkaufes stellte eine Kernbeschränkung nach Art 4 lit c Vertikal-GVO dar und schloss eine Freistellung

aus. Ziel der Beschränkung des Online Verkaufes und des Verkaufes an Endverbraucher außerhalb des zugewiesenen Gebietes (siehe oben unter b. und c) war die Aufteilung des Marktes durch Beschränkung des aktiven und passiven Verkaufes. Dies erfolgte indem Guess ihre Fähigkeit einschränkte, die Produkte effektiv online auf ihren Websites zu verkaufen.

Guess untersagte vertraglich den selektiven Vertriebshändlern (Einzel- und Großhändlern) Produkte von anderen Mitgliedern des selektiven Vertriebssystems zu kaufen bzw. zu verkaufen, weshalb die Kernbeschränkung gem. Art 4 lit d Vertikal-GVO erfüllt war und es eine Freistellung unmöglich machte.

Die Europäische Kommission prüfte überdies eine Freistellung nach Art 101 Abs 3 AEUV und stellte fest, dass die Praktiken des Modeunternehmens weder zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung der Guess Produkte führte, noch eine Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts bewirkte. Außerdem sah die Kommission keine Anhaltspunkte für ein unverzichtbares Verhalten z.B.: zum Schutz der Guess-Marke.

4.3.3. Zusammenarbeit mit Guess und die Verhängung von Geldbußen

Die Kommission wandte in ihrem Beschluss die Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen¹⁴¹ an und berücksichtigte den Jahresumsatz des Geschäftsjahres 2017 (31.01.2016 bis 28.01.2017), welches das letzte Geschäftsjahr war, in welchem die wettbewerbsbeschränkenden Praktiken angewendet wurden. Die Kommission bedachte bei der Festsetzung der Geldbuße zwar, dass jede einzelne Beschränkung eine Verletzung von Art 101 Abs 1 AEUV darstellte, jedoch vertikale Vereinbarungen nicht dieselbe verpönte und beeinträchtigende Wirkung verursachten wie horizontale Vereinbarungen. Bei der Berechnung der Geldbuße berücksichtigte die Kommission die oben genannten Faktoren, die Dauer und Schwere des Verstoßes sowie die Tatsache, dass Guess während des Verfahrens sogar über die rechtlichen Verpflichtungen hinaus mit der Kommission zusammenarbeitete. Die Bekanntgabe der Beschränkung des Wettbewerbs (seitens von Guess) durch das Verbot der Verwendung von Guess-Marken und -Warenzeichen für die

¹⁴¹ Europäische Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABI 2006 C 210/2.

Zwecke der Online-Suchmaschinenwerbung stellte damals einen für die Kommission noch unbekannten Wettbewerbsverstoß dar.

Letzten Endes gewährte die Kommission eine Ermäßigung der Geldbuße in Höhe von 50 Prozent und setzte auf der Grundlage von Art 23 Abs 2 lit a der Kartellverfahrensverordnung (EG) Nr. 1/2003¹⁴² eine Geldbuße in Höhe von 7 Prozent des Jahresumsatzes von 2017 fest, was einen Gesamtbetrag von 39.821.000 EUR ausmachte.

4.4. Beispiel Valve-Entscheidung der Kommission¹⁴³

Die Europäische Kommission leitete am 02.02.2017 ein kartellrechtliches Verfahren gegen das US-amerikanische Softwareunternehmen Valve Corporation, welches Eigentümer der Online-PC-Spieleplattform Steam ist, und fünf weitere Spielverlage (ZeniMax, Capcom, Focus Home, Koch Media und Bandai Namco) ein. Das Verfahren betraf die grenzüberschreitende Beschränkung des Verkaufes von PC-Videospielen durch Geoblocking-Maßnahmen an Endnutzer, deren Aufenthalt im Europäischen Wirtschaftsraum war, und griff dabei Problemstellungen der Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel auf.

4.4.1. Sachverhalt

Bei der Videospieleplattform Steam handelt es sich um eine Online-Plattform mit einer Anzahl von 35.000 Spielen, die heruntergeladen oder gestreamt werden können, wobei auch die Möglichkeit besteht, dass in Geschäften oder auf anderen Websites gekaufte Videospiele durch einen von Valve bereitgestellten Aktivierungsschlüssel auf Steam aktiviert und in weiterer Folge gespielt werden können.

Die Zuweisung der Aktivierungsschlüssel erfolgte durch die Verlage, sodass Drittanbieter die Videospiele samt Aktivierungsschlüssel im Europäischen Wirtschaftsraum verkaufen konnten. Der von Valve bereitgestellte Aktivierungsschlüssel bot darüber hinaus eine Geoblocking-Funktion an, die eine geographische Beschränkung auf Grund des Standortes der Videospielenutzer ermöglichte.

¹⁴² VO (EG) 1/2003 ABI L 2003/1.

¹⁴³ Mitteilung der Europäischen Kommission, Kartellrecht: Kommission verhängt gegen Valve und fünf PC-Videospieleverlage Geldbußen von 7.8 Mio. EUR wegen Geoblocking-Praktiken, COM (2021).

Valve erhielt das weltweite nicht-ausschließliche Verwertungsrecht an ausgewählten Videospielen und die Spielverlage erhielten im Gegenzug dazu die Lizenz zur Nutzung der Aktivierungsschlüssel außerhalb der Steam-Plattform. Die jeweiligen Aktivierungsschlüssel ermöglichten die Spielverlage-Nutzer an der Inbetriebnahme des Spieles außerhalb des zugeordneten Gebietes zu hindern.

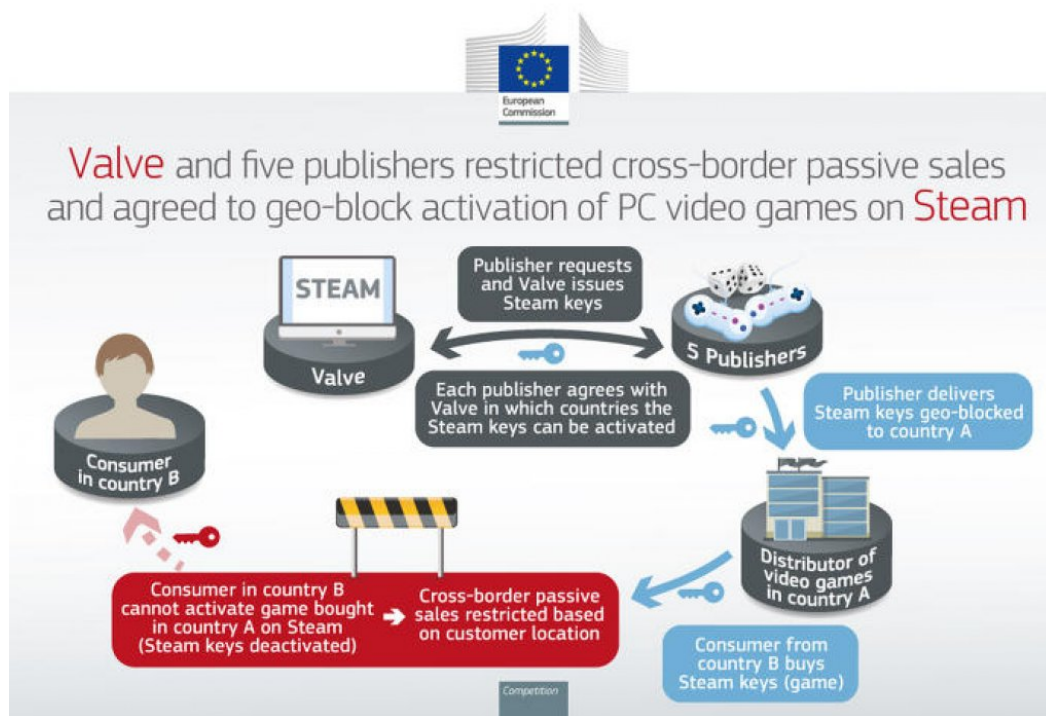


Abbildung 3: Vereinbarung zwischen Valve und 5 Spielverlagen über Geoblocking ¹⁴⁴

4.4.2. Rechtliche Ausführungen

Die Europäische Kommission kam in ihrem Beschluss zum Ergebnis, dass die Geoblocking Vereinbarungen bzw. die abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Valve und den 5 Spielverlagen eine Abschottung der Märkte und dadurch eine Zuwiderhandlung gegen das EU-Kartellrecht darstellte. Die insgesamt fünf Jahre andauernden Geoblocking-Praktiken beschränkten den passiven Verkauf indem Kaufanfragen sowie Bestellungen durch den Aktivierungsschlüssel nicht ermöglicht wurden. Darüber hinaus entschied die Kommission, dass die zwischen 4 Verlagen und einigen Spieleanbietern (hierbei war Valve jedoch nicht

¹⁴⁴ Mitteilung der Europäischen Kommission, Kartellrecht: Kommission verhängt gegen Valve und fünf PC-Videospielverlage Geldbußen von 7.8 Mio. EUR wegen Geoblocking-Praktiken, COM (2021).

inkludiert) getroffenen Lizenzen und Vertriebsvereinbarungen über Geoblocking-Maßnahmen den grenzüberschreitenden Verkauf in Mittel- und Osteuropa beschränkten und zwar über einen Zeitraum von 3 bis 11 Jahren. Durch die Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels wurde den europäischen Verbrauchern die Wahl, das beste Angebot auszusuchen verwehrt.

4.4.3. Zusammenarbeit mit Valve/Verlagen und die Verhängung von Geldbußen

Das Softwareunternehmen Valve Corporation entschied sich gegen die Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission und erhielt neben dem Verbotsbeschluss eine Geldbuße in Höhe von 1.624.000 EUR.

Die 5 Verlage kamen jedoch auf Grund der außerordentlichen Zusammenarbeit in Genuss einer Geldbußenermäßigung in der Höhe von 10 Prozent bzw. 15 Prozent und mussten eine Geldbuße von 340.000 Euro bis 2.888.000 EUR zahlen.

4.5. Einzelfreistellung Art 101 Abs 3 AEUV

Wie bereits in der Guess - Entscheidung der Europäischen Kommission angemerkt wurde, besteht neben der Gruppenfreistellung im Sinne einer GVO auf Grundlage von Art 101 AEUV, auch die Möglichkeit einer Einzelfreistellung gem. Art 101 Abs 3 AEUV von Wettbewerbsbeschränkungen gem. Art 101 Abs 1 AEUV. Die Einzelfreistellung ist hierbei aber zweitrangig und wird durch die Anwendung einer GVO gesperrt.¹⁴⁵ Da der Tatbestand des Art 101 Abs 1 AEUV keine Unterscheidung zwischen vertikalen und horizontalen Vereinbarungen trifft, findet auch die Einzelfreistellung auf beide Formen Anwendung. Das Unternehmen trägt die Beweislast dafür, dass alle Voraussetzungen erfüllt sind, jedoch gilt allgemein die Vermutung und dadurch der Vorteil, dass vertikale Beschränkungen mit weniger Wettbewerbsnachteilen verbunden sind und erhebliche Effizienzgewinne möglich sein können.¹⁴⁶ Grundsätzlich gilt für die Anwendung der Einzelfreistellung gem. Art 101 Abs 3 die Grundregel: umso größer die Wettbewerbsbeschränkung ist, desto größer muss der Effizienzgewinn sein sowie seine Weitergabe an den Verbraucher.¹⁴⁷ Dabei werden die

¹⁴⁵ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 1206.

¹⁴⁶ Lettner in Burgstaller/Lettner (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014) 22.

¹⁴⁷ Lettner in Burgstaller/Lettner (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014) 21.

positiven und negativen Auswirkungen bestimmt und je nachdem, welche Auswirkungen überwiegen, die Entscheidung getroffen. Es benötigt allerdings die kumulative Erfüllung aller Voraussetzungen, allenfalls ist eine Anwendung unmöglich (einzelne Unterpunkte sind mit einem „oder“ getrennt und dementsprechend alternativ).¹⁴⁸ Die Freistellung vom unionsrechtlichen Kartellverbot setzt einen bestimmten positiven Effekt voraus, der in einer Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung und in der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts bestehen kann. Liegt einer der Freistellungsgründe vor, müssen darüber hinaus die Verbraucher an dem für diesen entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden. Verbraucher sollen ein reichhaltiges Leistungsangebot und günstigere Preise erhalten und im Falle einer Kartellbildung, zumindest an dem durch die Beschränkung entstehenden Vorteil beteiligt werden.¹⁴⁹ Art 101 Abs 3 AEUV setzt jedoch voraus, dass die Wettbewerbsbeschränkung in Bezug auf die beeinträchtigten Unternehmen in einem unerlässlichen Umfang sein muss, weshalb das Kriterium der Verhältnismäßigkeit eine Rolle spielt und die Verfälschung des Wettbewerbs im Hinblick auf die verfolgten Ziele erforderlich sein muss.¹⁵⁰ Art 101 Abs 3 lit b AEUV beinhaltet weiters die Voraussetzung, dass der Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Leistung erhalten bleiben muss und infolge dessen, das gänzliche Ausschalten eine Anwendung der Einzelfreistellung nach Art 101 AEUV verhindern würde. Durch das Inkrafttreten der Kartellverfahrensverordnung VO (EG) Nr. 1/2003, welche die bis dahin geltende VO (EWG) Nr. 17/62 ablöste und nun als neue Durchführungsverordnung in Bezug auf Art 101 AEUV und Art 102 AEUV gilt, kam es zu wesentlichen Erneuerungen auf nationaler und europäischer Ebene.¹⁵¹ Eine wesentliche Änderung war der Wechsel von einem Genehmigungssystem zu einem System der Legalausnahme, wodurch die Überprüfung der Vereinbarkeit einer unternehmerischen Vereinbarung bzw. abgestimmte Verhaltensweisen mit Art 101 AEUV und Art 102 AEUV sowie einer Einzelfreistellung gem. Art 101 Abs 3 AEUV nicht mehr durch die Kommission erfolgt, sondern die Unternehmen dies selbst einschätzen müssen.¹⁵² Grund dafür war die Aufnahme von zehn weiteren Mitgliedstaaten in die

¹⁴⁸ EUGH 17. 1. 1984 43 u. 63/82, *VBVB, VBBB/Kommission* Rz 61.

¹⁴⁹ *Frenz*, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 1210.

¹⁵⁰ *Frenz*, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 211.

¹⁵¹ *Klar*, Auswirkungen der VO (EG) Nr. 1/2003 auf das Kartellverfahren für multinationale Konzerne <https://www.grin.com/document/211213> (Stand 2011).

¹⁵² *Klar*, Auswirkungen der VO (EG) Nr. 1/2003 auf das Kartellverfahren für multinationale Konzerne <https://www.grin.com/document/211213> (Stand 2011).

Europäische Union, was die Bearbeitung von zahlreichen Anmeldungen sowie die Verfolgung von schwerwiegenden Verstößen unmöglich machte.¹⁵³ Die negative Seite der selbstständigen Beurteilung besteht vor allem in der dadurch entstandenen Rechtsunsicherheit.¹⁵⁴ Geht ein Unternehmer hierbei gutgläubig von einer Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen aus, führt das dementsprechend auch zu einer geringeren Geldbuße. Lehnt man jedoch „[...] mit dem EUGH einen Verbotsirrtum ab,¹⁰⁷ kann immer noch eine fahrlässige Begehung einen mildernden Umstand bilden.“¹⁵⁵

5. Geoblocking-Maßnahmen durch einseitige Entscheidungen

Art 102 AEUV regelt die Unvereinbarkeit und das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt (oder auf einem wesentlichen Teil desselben), die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann. Die Relevanz von einseitigen Entscheidungen im Hinblick auf Gebietsbeschränkungen im Online-Bereich zeigt sich dadurch, dass laut dem Abschlussbericht der Europäischen Kommission die meisten Geoblocking-Maßnahmen hinsichtlich Verbrauchsgütern auf einseitigen Entscheidungen seitens der Einzelhändler beruhen.¹⁵⁶

Diese Annahme bestätigte die Europäische Kommission wie folgend: „*These findings were confirmed by the fact that only a small proportion of retailers reported that they collect data on the user location fully or partly because of a request by suppliers to do so.*“¹⁵⁷

Der Grund für Gebietsbeschränkungen in Form von einseitigen Entscheidungen sind die mit den grenzüberschreitenden Verkäufen miteinhergehenden zusätzlichen Kosten. Das europäische Kartellverbot gem. Art 101 AEUV und das Missbrauchsverbot gem. Art 102 AEUV ergänzen einander und haben das gemeinsame Ziel, die Wettbewerbsfreiheit und Chancengleichheit zu erhalten sowie den Verbraucher vor überhöhten Preisen zu

¹⁵³ ErwGr 2 und 3 VO (EG) 1/2003 ABI L 2003/1.

¹⁵⁴ Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 101.

¹⁵⁵ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 1213; Europäische Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABI 2006 C 210/2 Rz 29.

¹⁵⁶ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 49.

¹⁵⁷ Europäische Kommission, Commission Staff Working Document – Geo-blocking practices in e-commerce, SWD (2016) Rz 112.

schützen.¹⁵⁸ Art 102 AEUV gilt unmittelbar und ipso iure¹⁵⁹, sodass es keine vorherige Entscheidung bedarf.¹⁶⁰ Darüber hinaus regelt Art 102 AEUV keine Freistellungsmöglichkeit und auch eine Einzelfreistellung nach Art 101 Abs 3 AEUV führt nicht zu einem Ausschluss der Rechtsfolgen nach Art 102 AEUV.¹⁶¹ Jedoch steht die Ausnahmeklausel des Art 106 Abs 2 AEUV für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, offen.¹⁶²

Die Besonderheit des Missbrauchsverbotes liegt in der Anknüpfung an die wirtschaftliche Machtstellung. Hierbei kommt aber das Missbrauchselement hinzu, wodurch das Handeln eines beherrschenden Unternehmens im normalen Wettbewerb vom wettbewerbsausschaltenden oder -behinderten Agieren zu unterscheiden ist.¹⁶³ Je dominanter ein Unternehmen auf einem relevanten Markt ist, umso geringer ist der Wettbewerb. Die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung kann gleichermaßen wie eine Kartellbildung den Wettbewerb gefährden und die Reduktion von Konkurrenz zwischen den Unternehmen bewirken. Ein Markt ohne Konkurrenz würde dazu führen, dass Unternehmen keine Intention hätten, ihre Leistungsfähigkeit zu steigern bzw. kostensenkende Maßnahmen zu ergreifen.

Grundsätzlich stellt Art 102 AEUV eine Generalklausel dar, die eine allgemeine Formulierung der Tatbestandsvoraussetzungen enthält. Zugleich enthält die Bestimmung im zweiten Satz aufgelistete Praktiken (S. 2 lit a)-d) AEUV), die ein missbräuchliches Verhalten darstellen und gerade nicht im Sinne eines redlichen Wettbewerbs sind.

Damit eine Geoblocking-Maßnahme Art 102 AEUV erfüllt, muss der Anwendungsbereich eröffnet sein. Dieser besteht einerseits aus dem persönlichen Anwendungsbereich und setzt ein Verhalten eines oder mehrerer Unternehmen voraus. Andererseits verlangt der räumliche Anwendungsbereich eine Wirkung der missbräuchlichen Ausnutzung innerhalb der Europäischen Union.

¹⁵⁸ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 1805.

¹⁵⁹ Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 101.

¹⁶⁰ Vgl. Art 1 Abs 3 VO (EG) 1/2003 ABl L 2003/1.

¹⁶¹ Bien, Europäisches und deutsches Kartellrecht I (Grundlagen, Kartellverbot, Rechtsfolgen) https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02140600/2020/Skriptum_Kartellrecht_I_24.01.2020.pdf (Stand 24.01.2020) 44; EuG 10. 7. 1990, T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA/Kommission*.

¹⁶² Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 1864.

¹⁶³ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) Rz 1814.

Im Mittelpunkt des Art 102 AEUV stehen vor allem 2 Tatbestandsvoraussetzungen:

- a. marktbeherrschenden Stellung und
- b. missbräuchliche Ausnutzung

5.1. Marktbeherrschende Stellung

Da Art 102 AEUV nicht regelt, wann ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat, blieb es der Rechtsprechung überlassen, Beurteilungskriterien festzulegen. Jedoch kann aus den in Art 102 AEUV aufgezählten Beispielen bereits die Voraussetzung abgeleitet werden, dass ein Unternehmen über eine gewisse Fähigkeit verfügen muss um z.B.: unangemessene Geschäftsbedingungen zwanghaft durchsetzen zu können. Auch hinsichtlich Art 101 AEUV kann ein Vergleich gezogen werden, der eine gewisse Fähigkeit voraussetzt und zwar die Möglichkeit den Binnenmarkt zu beeinflussen bzw. zu beeinträchtigen. Die Beeinflussung des Binnenmarkts durch ein beherrschendes Unternehmen ist dann denkbar, wenn sich dieses Unternehmen gegenüber anderen Marktteilnehmer unabhängig verhalten kann.¹⁶⁴ Dementsprechend muss ein beherrschendes Unternehmen eine bestimmte Marktmacht haben.

Der EuGH und die Kommission definierten eine marktbeherrschende Stellung wie folgt:

*„[...] [eine wirtschaftliche Machtstellung], die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“*¹⁶⁵

Bei der Feststellung, ob ein Unternehmen sich unabhängig verhalten und einen wirksamen Wettbewerb verhindern kann, also eine marktbeherrschende Stellung hat, ist eine Einzelprüfung unter Einbindung der Marktstruktur und der Stellung des Unternehmens vorzunehmen.¹⁶⁶ Des Weiteren werden das Marktverhalten und die Marktergebnisse mitberücksichtigt.¹⁶⁷ Neben den unternehmerischen Beteiligungen und personellen Verflechtungen sowie der Finanzkraft eines Unternehmens, ist der Marktanteil am

¹⁶⁴ Lettner in Burgstaller/Lettner (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014) 69.

¹⁶⁵ EuGH 9. 11. 1983, 322/81, *Michelin/Kommission* Rz 30.

¹⁶⁶ EuGH 14. 2. 1978, 27/76, *United Brands Company, United Brands Continentaal BV/Kommission* Rz 67/68.

¹⁶⁷ *Achleitner*, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 104.

relevanten Markt ein maßgeblicher Faktor für die Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung.¹⁶⁸

Es gilt die Annahme, dass umso größer der Marktanteil eines Unternehmens ist, desto höher die Wahrscheinlichkeit eines unabhängigen Verhaltens ist. Je geringer der Marktanteil, umso mehr Kriterien müssen herangezogen werden, wobei der Abstand zum nächstgrößeren Konkurrenten relevant ist.¹⁶⁹ Liegt in einem konkreten Fall eine Monopolstellung vor, die grundsätzlich bei einem Marktanteil von über 75 Prozent¹⁷⁰ angenommen wird, sind keine weiteren Beweise für eine marktbeherrschende Stellung zu erbringen.¹⁷¹ Die ständige Rechtsprechung sieht Marktanteile zwischen 40 Prozent und 75 Prozent als starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung, die allerdings eine Heranziehung von weiteren Kriterien erfordert.¹⁷² Marktanteile unter 40 Prozent machen eine marktbeherrschende Stellung eher unwahrscheinlich¹⁷³, während ein Marktanteil unter 25 Prozent gänzlich dagegenspricht.¹⁷⁴

Darüber hinaus vertritt die Kommission die Meinung, dass jedes Unternehmen, welches seine Preise über dem Wettbewerbspreis mit Gewinn über eine längere Zeit erhöhen kann, als marktbeherrschend betrachtet werden kann.¹⁷⁵ Weitere Faktoren für eine derartige Stellung sind:¹⁷⁶

- a. Wettbewerbsdruck auf Grund des Markteintrittes und der Expansion von potenziellen Wettbewerbern
- b. Wettbewerbsdruck durch die Verhandlungsmacht der Abnehmer

¹⁶⁸ <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/europaeisches-kartellrecht-33606> (abgefragt am 25.05.2021).

¹⁶⁹ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) 632.

¹⁷⁰ EuG nimmt schon bei mehr als 70 % ein Monopol an; Vgl. EuG 12. 12. 1991, T-30/89, *Hilti AG gegen Kommission* Rz 92.

¹⁷¹ Frenz, Handbuch Europarecht II² (2015) 1958.

¹⁷² Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 104.

¹⁷³ Mitteilung der Europäischen Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, COM (2009) Rz 14.

¹⁷⁴ Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 105.

¹⁷⁵ Mitteilung der Europäischen Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, COM (2009) Rz 14.

¹⁷⁶ Mitteilung der Europäischen Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, COM (2009) Rz 12.

Fraglich ist jedoch die Häufigkeit einer marktbeherrschenden Stellung eines im Onlinehandel tätigen Einzelhändlers, weshalb die Geoblocking-VO in jenen Bereichen Abhilfe leisten soll, wo die praktische Relevanz des Wettbewerbsrechts mangels Anwendbarkeit gering ist.¹⁷⁷

5.2. Missbräuchliche Ausnutzung

Durch die zweite wesentliche Tatbestandsvoraussetzung ist das Missbrauchsverbot gem. Art 102 AEUV nur dann erfüllt, wenn eine beherrschende Stellung nicht nur vorliegt, sondern diese Stellung auch in einer missbräuchlichen Art und Weise ausgenutzt wird. Jedoch ist die Bestimmung sehr ungenau und bietet keine genauere Bedingung für die Erfüllung einer missbräuchlichen Ausnutzung. Fakt ist, dass ein Verschuldensnachweis nicht erforderlich ist.

Es gilt zu hinterfragen, worauf der Missbrauchstatbestand abzielt und welches Verhalten dieser tatsächlich verhindern will. Der gesamte Tatbestand ist auf die Verwirklichung eines unverfälschten und freien Wettbewerbes nach Art 3 Abs 3 EUV iVm dem Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb sowie nach Art 119 Abs 1, 120 AEUV ausgerichtet.¹⁷⁸ Ein missbräuchliches Verhalten liegt daher dann vor, wenn das gesetzte Verhalten objektiv im Widerspruch zu den Zielen des Binnenmarkts steht, also eine Abschottung oder Wettbewerbsbeschränkung erzielen will.¹⁷⁹

6. Verhältnis Urheberrecht und Geoblocking

Die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel untersuchte vor allem den Online-Verkauf von Musik und audiovisuellen Produkten. Diese kam zum Ergebnis, dass technische Geoblocking-Maßnahmen in Bezug auf digitale, urheberrechtlich geschützte Online-Inhalte hauptsächlich vertraglich vorgeschrieben werden. Der Grund liegt darin, dass Rechteinhaber durch immer komplexere Lizenzierungspraktiken versuchen, ihre Rechte bestmöglich zu verwerten und sicherzustellen. Gem. § 14 Abs 1 UrhG hat der Urheber das ausschließliche Recht, das Werk auf die ihm durch die folgenden Vorschriften vorbehaltenen Arten zu verwerten. Der Urheber hat dementsprechend das sogenannten Verwertungsrecht an

¹⁷⁷ *Safron*, Die neue Verordnung gegen Geoblocking - Eine verpasste Chance?, wbl 2016, 417 (418).

¹⁷⁸ *Frenz*, Handbuch Europarecht II² (2015) 1990.

¹⁷⁹ <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/europaeisches-kartellrecht-33606> (abgefragt am 25.05.2021).

seinem Werk. Er kann darüber hinaus anderen Personen die Nutzung bewilligen (Werknutzungsbewilligung) bzw. das ausschließliche Recht einräumen (Werknutzungsrecht)¹⁸⁰ sowie von der Nutzung seines Werkes ausschließen. Erwähnenswert im Zusammenhang mit der Murphy Entscheidung¹⁸¹ (siehe Kapitel 6.1.) sind auch Senderecht (§ 17 UrhG) und Zurverfügungstellungsrecht (§ 18 a UrhG) des Urhebers.

Die Problematik bei urheberrechtlich geschützten Werken besteht darin, dass in den meisten Lizenzverträgen eingeschränkte Nutzungsrechte vereinbart werden. Die Einräumung von Urheberrechten kann räumlich und zeitlich beschränkt werden. Es besteht weiters die Möglichkeit, dass nur bestimmte Verwertungsrechte in den Lizenzvertrag aufgenommen werden. Oft werden Verwertungsrechte nur für ein bestimmtes Gebiet eingeräumt. Um eine Urheberrechts- bzw. Vertragsverletzung infolge unbeschränkter Abrufbarkeit von Webinhalten zu verhindern, wird häufig auf Geoblocking-Maßnahmen zurückgegriffen. Jedoch besteht zwischen dem Ziel einen schrankenlosen europäischen (digitalen) Binnenmarkt zu schaffen und dem Schutz des geistigen Eigentums ein Spannungsverhältnis. Besonders die Einräumung von Werknutzungsbewilligungen, die sich auf ein räumliches Gebiet beschränken, bewirken eine gewisse Marktaufteilung und können dem Kartellverbot nach Art 101 AEUV zuwiderlaufen. Jedoch wäre als Folge davon, die gängige Praxis der territorial begrenzten Vergabe von Nutzungsrechten unzulässig. Außerdem müssten Lizenzen dadurch europaweit vergeben werden.

Mit dem Konflikt zwischen dem Primärrecht und dem Urheberschutz befasste sich der EuGH in den Entscheidungen „Coditel I“¹⁸² und „Coditel II“¹⁸³ und bejahte eine territoriale Rechteverwertung. Die „FAPL/Murphy“¹⁸⁴ Entscheidung war vor allem für die Beurteilung der Verwertung von territorial eingeräumten Lizenzen und deren Beschränkung durch Geoblocking von Bedeutung.

¹⁸⁰ § 24 Abs 1 UrhG.

¹⁸¹ EuGH 4. 10. 2011, C-403/08, *Football Association Premier League Ltd ua/QC Leisure*; EuGH 4. 10. 2011, C-429/08, *Karen Murphy/Media Protection Services Ltd.*

¹⁸² EuGH 18. 3. 1980, 62/79, *Coditel/Ciné Vog Films*.

¹⁸³ EuGH 6. 10. 1982, 262/81, *Coditel/Ciné Vog Films*.

¹⁸⁴ EuGH 4. 10. 2011, C-403/08, *Football Association Premier League Ltd ua/QC Leisure*; EuGH 4. 10. 2011, C-429/08, *Karen Murphy/Media Protection Services Ltd.*

6.1. Murphy Entscheidung ¹⁸⁵

In der so genannten Murphy Entscheidung wurde die Rechtsache C-403/08 und die Rechtssache C-429/08 miteinander verbunden.

Die FAPL (Football Association Premier League) ist Betreiber der Premier League und dahingehend auch für die Vergabe von ausschließlichen Rechten für Live-Spiele nach Gebieten zuständig. Die Vergabe erfolgt durch offene Ausschreibungen.

Die Rundfunkveranstalter erhielten die Rechte nur für bestimmte Spiele und nur für ein bestimmtes Gebiet, welches meistens einem Mitgliedstaat entsprach, weshalb Personen mit Aufenthalt in diesem Gebiet nur die in diesem Gebiet ausgestrahlten Spiele anschauen konnten. Damit die Spiele auch nur in dem zugewiesenen Gebiet empfangen werden konnten, wurde im Lizenzvertrag zwischen FAPL und den Lizenznehmer, ein Verbot von Decoderkarten und die Verpflichtung einer Verschlüsselung des Satellitensignals vereinbart. Weiters existierte eine englische Regelung, welche die Einfuhr, den Verkauf und die Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen verbot. Durch Decoderkarten hätten Spiele außerhalb des Mitgliedstaates übertragen werden können. In der Entscheidung FAPL/Murphy ging es um Umgehungsversuche der Exklusivität. Durch die Verwendung von ausländischen Satellitendecodern und Zugangsberechtigungskarten wurde das Empfangen von anderen Spielen als in dem zugeordneten Gebiet mittels eines griechischen Pay-TV Senders ermöglicht. Da an den Spielen der Premier League in England größeres Interesse bestand als in Griechenland und sich dies auch in den Abonnementspreisen widerspiegelte, schlossen daraufhin Gaststättenbetreiber das billigere Abonnement des griechischen Anbieters ab und verwendeten deren Decoderkarten und Decoderboxen.

Die Rs C-403/08 betraf eine von FAPL eingebrachte Klage einerseits gegen Gastwirte, die durch Anwendung von Decoderkarten eines griechischen Anbieters Premier League Spiele zeigten und andererseits gegen die Händler, welche für die Lieferung der verwendeten Decoderkarten zuständig waren.

¹⁸⁵ EuGH 4. 10. 2011, C-403/08, *Football Association Premier League Ltd ua/QC Leisure*; EuGH 4. 10. 2011, C-429/08, *Karen Murphy/Media Protection Services Ltd*.

In der Rs C-429/08 ging es um ein strafrechtliches Verfahren gegen die Pub-Inhaberin Karen Murphy, die unter Verwendung von griechischen Decoderkarten Premier League Spiele zeigte.

6.1.1. Kartellrechtliche Bewertung

Der Umstand, dass in einem Lizenzvertrag ein ausschließliches Recht eingeräumt wird und in weiterer Folge die Ausstrahlung durch Dritte verboten wird, bewirkt laut dem EuGH grundsätzlich noch keinen wettbewerbswidrigen Zweck einer Vereinbarung. Gleichzeitig besteht bei der Untersagung und Einschränkung der grenzüberschreitenden Erbringung von Rundfunkdiensten eine Vermutung der Wettbewerbsbeschränkung. Es wird klargestellt, dass Vereinbarungen die auf eine Abschottung von nationalen Märkten abzielen eine Beschränkung des Wettbewerbs iSd Art 101 AEUV verursachen. Der EuGH entschied in der Rs FAPL/Murphy, dass das zwischen den Rechteinhabern und Sendeunternehmen vertraglich vereinbarte Verbot, nämlich des Verkaufes von Decodierungsvorrichtungen zur Anwendung in Gebieten außerhalb des Lizenzvertrages, gegen Art 101 AEUV verstößt. Denn Klauseln, die das Verbot von grenzüberschreitenden Diensten (Fußballübertragungen) durch Rundfunkanstalten beinhalten, sodass jede Rundfunkanstalt eine absolute gebietsabhängige Exklusivität eingeräumt bekommt, schalten den Wettbewerb zwischen den verschiedenen Rundfunkanstalten aus und bewirken eine Abschottung der nationalen Märkte.

Zusammenfassend hat der EuGH entschieden, dass eine territoriale Exklusivitätsvereinbarung noch nicht gegen das europäische Wettbewerbsrecht verstößt, solange dadurch keine Abschottung von nationalen Märkten entsteht. Jedoch verstößt das vereinbarte Verbot, Satellitendecodern und Zugangsberechtigungskarten außerhalb des zugeteilten Gebietes zu verkaufen, gegen Art 101 AEUV, weil es jegliche grenzüberschreitende Dienstleistungshilfe verhindert.

6.1.2. Übertragung der Rs Murphy auf Geoblocking

Inwiefern der Sachverhalt der Rs Murphy, welcher ausschließlich Satellitenrundfunk behandelt, auf das Internet zu übertragen ist, wird in der Literatur stark diskutiert. Der EuGH schließt die Übertragung grundsätzlich nicht explizit aus, jedoch stellt er klar, dass die „[...]

*Rechtssachen nur die öffentliche Ausstrahlung von Sendungen mit Spielen der „Premier League“ durch Sendeunternehmen [...] über Satellitenrundfunk zum Gegenstand haben.“*¹⁸⁶

Insbesondere stellt sich die Frage, ob die Entscheidung des EuGH auch auf andere Übertragungswege anwendbar ist.¹⁸⁷

Eine Übertragung auf die neuen Formen der Massenkommunikation wie zum Beispiel das (Live) Streaming ist nicht möglich, weil dieses unter das Senderecht (§ 17 UrhG) fällt und keine Satellitensendung darstellt.¹⁸⁸ Gleiches gilt für On-Demand Dienste, die unter das Zurverfügungstellungsrecht gem. § 18 a UrhG fallen.

Die Rs Murphy betraf Satellitensendungen (Satellitenrundfunk), weshalb auf die urheberrechtlichen Verwertungshandlungen das Sendelandprinzip (früher Ursprungslandprinzip) anzuwenden ist.¹⁸⁹ Nach diesem Prinzip ist grundsätzlich das nationale Urheberrecht jenes Staates anwendbar, in welchem der Sendeakt auch tatsächlich gesetzt wurde.¹⁹⁰ Darüber hinaus müssen bei einer grenzüberschreitenden Satellitensendung die erforderlichen Nutzungsrechte auch nur im Ausstrahlungsland erworben werden.¹⁹¹ Das Sendelandprinzip wurde durch die Satelliten-RL in § 17 b UrhG umgesetzt.¹⁹² Im Gegensatz dazu, besagt das Empfangslandprinzip, dass hinsichtlich einer Sendung einerseits das Recht des Sendelandes und andererseits auch das Recht des Empfangslandes Anwendung findet und daher in beiden Staaten auch die entsprechenden Rechte erworben werden müssen.¹⁹³ Jedoch interpretiert der OGH das Empfangslandprinzip wie folgt: nationale Nutzungsrechte müssen nur für intendierte Verbreitungsländer

¹⁸⁶ EuGH 4. 10. 2011, C-403/08, *Football Association Premier League Ltd ua/QC Leisure*; EuGH 4. 10. 2011, C-429/08, *Karen Murphy/Media Protection Services Ltd* Rz 57.

¹⁸⁷ *Achleitner*, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 118.

¹⁸⁸ *Peck*, Goodbye Geoblocking? – Eine Analyse der Verordnung zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online - Inholdediensten im Binnenmarkt (2021) 38; *Korn*, Urheberrecht & Elektronische Medien (2017) 49.

¹⁸⁹ *Peck*, Goodbye Geoblocking? – Eine Analyse der Verordnung zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online - Inholdediensten im Binnenmarkt (2021) 38; *Korn*, Urheberrecht & Elektronische Medien (2017) 49.

¹⁹⁰ Vgl. *Neumayr* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB⁵ (2017) §34 IPRG Rz 3.

¹⁹¹ *Wiebe*, ZUM 2015, 932 (934).

¹⁹² *Heigl*, Lizenzverträge - Vertragsgestaltung unter Europarechtlichen Einfluss <https://epub.jku.at/obvulihs/download/pdf/4945208?originalFilename=true> (Stand April 2020).

¹⁹³ *Peck*, Goodbye Geoblocking? – Eine Analyse der Verordnung zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online - Inholdediensten im Binnenmarkt (2021) 38; *Korn*, Urheberrecht & Elektronische Medien (2017) 38.

erworben werden, weshalb für Länder, in welchen aus technischen Gründen der Empfang nicht eingeschränkt werden kann, keine Rechteeinräumung notwendig ist.¹⁹⁴ Es stellt sich nun die Frage der Übertragbarkeit der Entscheidung des EuGH in der Rs Murphy auf andere Übertragungswege, insbesondere Geoblocking-Maßnahmen. Grundsätzlich wird die Problemstellung hinsichtlich der Rs Murphy und Geoblocking als vergleichbar angesehen, denn sowohl die Verbreitung von Inhalten im Internet, als auch Satellitensignale sind ohne Zuhilfenahme bestimmter technischer Maßnahmen nicht auf ein bestimmtes Gebiet beschränkbar. Die Verschlüsselung von Satellitensignalen und das Blockieren von Einkäufen auf Grund des Standortes weisen durchaus Parallelen auf.

Auf der anderen Seite sprechen einige Argumente gegen die Übertragbarkeit. Die Entscheidung betraf durch die Anwendung der Satellitenrundfunkrichtlinie¹⁹⁵ eine äußerst spezielle Regelungsmaterie.¹⁹⁶ Hierbei könnte man allerdings die allgemeine Formulierung des EuGH und die Begründung, welche nicht schwerpunktmäßig auf der Satellitenrundfunkrichtlinie aufbaut, entgegen halten.¹⁹⁷ Des Weiteren spricht die Ausnahme vom Bestimmungslandprinzip durch die Anwendung des Sendelandprinzips, welches für alle anderen Verwertungsarten nicht gilt, für eine spezifische Einzelfallentscheidung.

Wie oben bereits erwähnt, existierte eine englische Regelung, die die Einfuhr, den Verkauf und die Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen verbot. Die Kommission kam zur Entscheidung, dass es sich bei dieser Regelung um einen ungerechtfertigten Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit handelte.¹⁹⁸ Eine Rechtfertigung wäre nur bei zwingenden Gründen des Allgemeininteresses in Form des Schutzes von Rechten des geistigen Eigentums vorgelegen und diese hätten geeignet sowie erforderlich zur Erreichung des Ziels sein müssen.¹⁹⁹ Somit ist der Schutz des Urheberrechtes grundsätzlich ein Rechtfertigungsgrund.

¹⁹⁴ Mitterer, Rechteerwerb beim grenzüberschreitenden Streaming Bild und Ton im Datenstrom, iPCompetence 2014, 56 (64).

¹⁹⁵ RL 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl L 1993/248.

¹⁹⁶ Wiebe, ZUM 2015, 932 (934).

¹⁹⁷ Wiebe, ZUM 2015, 932 (935).

¹⁹⁸ EuGH 4. 10. 2011, C-403/08, *Football Association Premier League Ltd ua/QC Leisure* Rz 57; EuGH 4. 10. 2011, C-429/08, *Karen Murphy/Media Protection Services Ltd* Rz 57.

¹⁹⁹ EuGH 4. 10. 2011, C-403/08, *Football Association Premier League Ltd ua/QC Leisure* Rz 93; EuGH 4. 10. 2011, C-429/08, *Karen Murphy/Media Protection Services Ltd* Rz 93.

Jedoch ist dem betroffenen Rechteinhaber nicht die höchstmögliche Vergütung garantiert, sondern nur eine angemessene Vergütung.²⁰⁰ Im vorliegenden Fall wurde aber ein Aufschlag zur Sicherung einer absoluten gebietsabhängigen Exklusivität gezahlt, die einen künstlichen Preisunterschied bewirkte und zu einer Abschottung der nationalen Märkte führte.²⁰¹ Die Kommission entschied daher, dass es sich hierbei um keine angemessene Vergütung handelte und mit dem Ziel, der Verwirklichung eines Binnenmarkts nicht vereinbar war.²⁰²

Durch das Sendelandprinzip müssen die Verwertungsrechte grundsätzlich nur im Sendeland erworben werden, weshalb weitere Vergütungen nicht möglich sind und daher eine territoriale Beschränkung unzulässig ist.²⁰³ Die Zusicherung einer bloß angemessenen Vergütung durch den EuGH erlaubt die Meinung, dass auch eine Rechtfertigung durch das Urheberrecht und eine generelle Übertragbarkeit des Falles auf andere Verwertungsarten auf Grund der Spezialität unmöglich ist.²⁰⁴

Die beiden Sachverhalte sind auch insofern vergleichbar, als dass sowohl die vertragliche Verpflichtung Geoblocking-Maßnahmen einzusetzen als auch das Verbot Decoderkarten ins Ausland zu verkaufen eine schuldrechtliche Vereinbarung darstellt.²⁰⁵ Bei Satellitensendungen ist eine dingliche Sendelizenzbeschränkung unmöglich, da sie dem Sendelandprinzip gem. § 17b UrhG unterliegen. Bildet man jedoch einen Vergleich zum Media-Streaming (Art 3 InfoSoc-RL²⁰⁶ und § 18a UrhG), dessen Lizenzen mittels dinglicher Wirkung räumlich beschränkt werden können, versteht man, weshalb die Literatur oftmals von verschiedenen Sachverhalten spricht und eine Übertragbarkeit verneint.²⁰⁷ Durch die

²⁰⁰ ErwGr 10 Satelliten- und Kabel RL 93/83/EWG Abl L 1993/248.

²⁰¹ EuGH 4. 10. 2011, C-403/08, *Football Association Premier League Ltd ua/QC Leisure* Rz 115; EuGH 4. 10. 2011, C-429/08, *Karen Murphy/Media Protection Services Ltd* Rz 115.

²⁰² EuGH 4. 10. 2011, C-403/08, *Football Association Premier League Ltd ua/QC Leisure* Rz 116; EuGH 4. 10. 2011, C-429/08, *Karen Murphy/Media Protection Services Ltd* Rz 116.

²⁰³ Wiebe, ZUM 2015, 932 (935).

²⁰⁴ Wiebe, ZUM 2015, 932 (935).

²⁰⁵ Wirz, Media-Streaming und Geoblocking (2019) 177.

²⁰⁶ RL 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, ABl L 2001/167.

²⁰⁷ Wirz, Media-Streaming und Geoblocking (2019) 177.

dingliche Wirkung wirkt die Verpflichtung absolut und dadurch auch gegenüber Dritten, wenngleich eine schuldrechtliche Wirkung nur zwischen den Parteien wirkt.²⁰⁸

6.2. Beurteilung von Geoblocking-Klauseln in Lizenzverträgen hinsichtlich Online-Inhalten

Die territoriale Übertragung von Werknutzungsrechten für Online-Inhalte ist nach herrschender Meinung und auch nach der Ansicht des EuGH grundsätzlich mit dem Kartellrecht vereinbar.²⁰⁹ Wie bereits im Kapitel 6.1. (Rs Murphy) erwähnt sowie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof zu entnehmen, ist der Umstand hinsichtlich Lizenzverträgen über Rechte des geistigen Eigentums „[...] *allein, dass der Rechtsinhaber einem einzigen Lizenznehmer das ausschließliche Recht eingeräumt hat, einen Schutzgegenstand von einem Mitgliedstaat aus über Rundfunk auszustrahlen und somit dessen Ausstrahlung durch Dritte in einem bestimmten Zeitraum zu verbieten, nicht für die Feststellung [...] [ausreichend], dass eine solche Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck hat.*“²¹⁰ Der EuGH stellte aber klar, dass exklusive Lizenzen zwar erlaubt sind, jedoch niemals ungerechte und künstliche Hindernisse herbeiführen dürfen. Vereinbarungen über exklusive Lizenzen sind auch durch das Verbot des Art 101 AEUV beschränkt, weshalb diese verboten sind, wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Vereinbarungen über die Einräumung von exklusiven Lizenzen sowie Vereinbarungen über Geoblocking-Maßnahmen in Lizenzverträgen müssen auf ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext überprüft werden.²¹¹ Der EuGH vertritt die generelle Meinung, dass die vertragliche Einräumung einer ausschließlichen Vorführungslicenz für einen Film durch den Urheber und dadurch das Recht die Verbreitung durch Dritte zu verbieten, noch nicht zu einer verbotenen Kartellabsprache führt.²¹² Die Begründung des EuGH bezieht sich aber konkret auf die europäische

²⁰⁸ Peck, Goodbye Geoblocking? – Eine Analyse der Verordnung zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online - Inholdediensten im Binnenmarkt (2021) 38; Korn, Urheberrecht & Elektronische Medien (2017) 28.

²⁰⁹ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017) Rz 59.

²¹⁰ EuGH 4. 10. 2011, C-403/08, *Football Association Premier League Ltd ua/QC Leisure* Rz 137; EuGH 4. 10. 2011, C-429/08, *Karen Murphy/Media Protection Services Ltd* Rz 137.

²¹¹ Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 123.

²¹² EuGH 6. 10. 1982, 262/81, *Coditel/Ciné Vog Films* Rz 15.

Filmindustrie und Filmmärkte samt Finanzierungssystem sowie auf Sendemöglichkeiten, weswegen eine ausschließliche Vorführungslicenz in diesem Bereich nicht geeignet ist den Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen. Aus diesem Grund ist eine Verallgemeinerung grundsätzlich mit Vorsicht vorzunehmen und auf die gegebenen Umstände abzustellen. Allgemein kann man aber sagen, dass Geoblocking ein Instrument zum Schutz eines Werkes gem. § 1 UrhG (eine eigentümliche geistige Schöpfung auf den Gebieten der Literatur, der Tonkunst, der bildenden Künste und der Filmkunst) darstellt und ein Urheber dadurch auf eine angemessene Vergütung seines Werkes vertrauen darf.²¹³ Grundsätzlich kann Geoblocking zwar als Schutzinstrument agieren, jedoch zur Marktabschottung beitragen und generell aktive und passive Verkäufe verhindern.²¹⁴

Denn vertraglich vereinbartes Geoblocking könnte als absoluter Gebietsschutz angesehen werden, weil auch der unaufgeforderte Verkauf bzw. die Verfügbarkeit im Online-Bereich unterbunden wird.²¹⁵ Die leichten Umgehungsmöglichkeiten (Proxys, VPN und Anonymisierer - siehe Kapitel 2.3.) ändern auch daran nichts. Jedoch ist die Übertragbarkeit der Differenzierung zwischen aktiven und passiven Verkauf, welche für physische Warenlieferungen entwickelt wurde, auf das interaktive Medium Internet fraglich.²¹⁶ Schließlich stellt die Differenzierung aus kartellrechtlicher Sicht allerdings eine Ausnahmemöglichkeit dar. Ein Teil der Literatur vertritt die Meinung, dass Geoblocking nur der Absicherung des Urheberrechts dient und eine angemessene Vergütung des Urhebers bezwecken soll.²¹⁷

Zusammenfassend ist zu sagen, dass Geoblocking zum urheberrechtlichen Schutz erlaubt sein kann, die Beschränkungen zur Sicherung des Urheberrechts aber erforderlich sein muss bzw. Umstände aus dem wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext gegeben sein müssen.

In diesem Zusammenhang ist es notwendig, die im Jahr 2017 in Kraft getretene Portabilitäts-Verordnung²¹⁸ zu erwähnen, welche die grenzüberschreitende Nutzung und das Zugreifen während eines vorübergehenden Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat auf Online-

²¹³ Wirz, Media-Streaming und Geoblocking (2019) 178.

²¹⁴ Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 124.

²¹⁵ Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020) 125.

²¹⁶ Wiebe, ZUM 2015, 932 (939).

²¹⁷ Wirz, Media-Streaming und Geoblocking 178.

²¹⁸ VO (EU) 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt, ABl L 2017/167.

Inhaltedienste, die im Wohnsitzmitgliedstaat rechtmäßig bereitgestellt werden, ermöglicht. Angesichts dessen, dass Geoblocking territoriale Zugangsbeschränkungen schafft, betrifft die Portabilität die Kehrseite davon.²¹⁹ Das Wort Portabilität ist auf das Wort *portabel* (lat. *portare* für tragen) zurückzuführen, welches transportierbar oder tragbar bedeutet und die Übertragungsfähigkeit von Software beschreibt. Da es sich bei der Verordnung (EU) 2017/1128 um Sekundärrecht handelt, ist diese gegenüber europäischen Primärrecht nachrangig. Das gilt auch gegenüber den europäischen Wettbewerbsvorschriften Art 101 AEUV und Art 102 AEUV, da die oben genannte VO nicht darauf abzielt, „[...] *den Wettbewerb in einer gegen den AEUV verstoßenden Weise einzuschränken*“.²²⁰ Auf der einen Seite soll die Portabilitäts-Verordnung den ortsunabhängigen und mobilen Zugriff auf den abonnierten Inhalt ermöglichen und auf der anderen Seite sollen Rechteinhaber nicht um ihre Rechte gebracht werden bzw. auch das vorherrschende Lizenzierungsmodell erhalten bleiben.²²¹ Die Portabilitäts-Verordnung bedient sich dabei einer Fiktion und zwar gilt die Bereitstellung, der Zugriff sowie die Nutzung von Online-Inhaltediensten als aus dem eigenen Wohnsitzmitgliedstaat des Abonnenten erfolgt.²²² Dadurch erfolgen die relevanten Verwertungshandlungen (Vervielfältigung, öffentliche Wiedergabe und öffentliche Zugänglichmachung von Werken) nicht im Ausland sondern in dem Mitgliedstaat, in dem der Abonnent seinen Wohnsitz hat.²²³ Das Hinzufügen von zusätzlichen Inhalten, die im Wohnsitzmitgliedstaat des Abonnenten nicht verfügbar sind, ist möglich,²²⁴ jedoch eine Beschränkung des Inhaltes durch Vertragsklauseln nicht durchsetzbar.²²⁵ Eine Möglichkeit des Anbieters die grenzüberschreitende Portabilität zu umgehen, wäre eine Kostenerhöhung des Abonnements im Falle eines Auslandsaufenthaltes. Art 3 Abs 2 Portabilitäts-Verordnung regelt hingegen das Verbot etwaige Zusatzkosten zu verlangen und Art 3 Abs 1 Portabilitäts-Verordnung bestimmt, dass der Anbieter des Onlinedienstes den gleichen Funktionsumfang und dieselbe abrufbare Qualität ermöglichen muss.

²¹⁹ Wiebe, ZUM 2015, 932 (940).

²²⁰ ErwGr 33 PortabilitätsVO (EU) 1128/2017 ABI L 2017/167.

²²¹ Peck, Goodbye Geoblocking? – Eine Analyse der Verordnung zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online - Inhaltediensten im Binnenmarkt (2021) 38.

²²² ErwGr 23 PortabilitätsVO (EU) 1128/2017 ABI L 2017/167.

²²³ ErwGr 24 PortabilitätsVO (EU) 1128/2017 ABI L 2017/167.

²²⁴ ErwGr 23 PortabilitätsVO (EU) 1128/2017 ABI L 2017/167.

²²⁵ Peck, Goodbye Geoblocking? – Eine Analyse der Verordnung zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online - Inhaltediensten im Binnenmarkt (2021) 46.

7. Behördenzuständigkeit

Am 26.03.2021 trat die Novelle zum Verbraucherbehördenkooperationsgesetz (VBKG) in Kraft und brachte Erneuerungen hinsichtlich der Zuständigkeit für Geoblocking-Maßnahmen. Mit Inkrafttreten wurde das Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen (BEV) Teil des Netzwerkes der Verbraucherbehörden der Europäischen Union. Davor war die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) insgesamt 13 Jahre lang die dafür zuständige Behörde.

Die Verbraucherbehördenkooperation (Consumer Protection Cooperation - CPC) hat sich als Netzwerk die Bekämpfung von grenzüberschreitenden Verstößen gegen europäische und nationale Verbraucherrechte zum Ziel gesetzt.²²⁶ Die Verordnung (EU) 2017/2394 (Verbraucherbehördenkooperationsverordnung)²²⁷ vom 12.12.2017 ist die rechtliche Grundlage des Netzwerkes.

Das BEV ist unter anderem für unlautere (irreführende und aggressive) Geschäftspraktiken, Preisauszeichnungen allgemein (und Preise für Flugreisen) sowie die Kontrolle des Verbotes von Geoblocking gem. § 3 Abs 1 Z. 3 iVm Z. 3 lit h des Anhangs VBKG zuständig.

²²⁶https://www.bwb.gv.at/news/detail/news/good_bye_verbraucherbehoerdenkooperation_die_bwb_zieht_bilanz_interessen_der_konsumenten_und_ko/ (abgefragt am 26.05.2021)

²²⁷ VO (EU) 2394/2017 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABl L 345/1.

8. Literaturverzeichnis

1. Literatur

- *Achleitner*, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt (2020).
- *Bien*, Europäisches und deutsches Kartellrecht I (Grundlagen, Kartellverbot, Rechtsfolgen), https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02140600/2020/Skriptum_Kartellrecht_I_24.01.2020.pdf (Stand 24.01.2020).
- *Federrath*, Geoblocking und die Möglichkeiten der Technik, ZUM 2015, 929.
- *Frenz*, Handbuch Europarecht II² (2015).
- *Hartung/Regula/Schaeuffelen*, Rechtsfragen in der Automobil- und Zulieferindustrie http://www.bpv-huegel.com/wp-content/uploads/2017/12/hartung_-kapitel-10.pdf (abgefragt am 12.05.2021).
- *Heigl*, Lizenzverträge - Vertragsgestaltung unter Europarechtlichen Einfluss <https://epub.jku.at/obvulihs/download/pdf/4945208?originalFilename=true> (Stand April 2020).
- *Klar*, Auswirkungen der VO (EG) Nr. 1/2003 auf das Kartellverfahren für multinationale Konzerne <https://www.grin.com/document/211213> (Stand 2011).
- *Kling/Thomas*, Kartellrecht² (2016).
- *Korn*, Urheberrecht & Elektronische Medien (2017).
- *Kreutz*, Online Angebot und Werblockersoftware (2017).
- *Könen*, Wettbewerbsrecht (2015).
- *Köstermenke*, Grundfragen des internationalen Kartellrechts unter Berücksichtigung des Europarechts (2003).
- *Lettner* in *Burgstaller/Lettner* (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014).
- *Lettner/Gaderer* in *Burgstaller/Lettner* (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014).
- *Meinel/Sack*, Internetworking (2011).
- *Mitterer*, Rechteerwerb beim grenzüberschreitenden Streaming Bild und Ton im Datenstrom, iPCompetence 2014.
- *Neumayr* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*(Hrsg), ABGB⁵ (2017).

- *Peck*, Goodbye Geoblocking? – Eine Analyse der Verordnung zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online - Inholdediensten im Binnenmarkt (2021).
- *Safron*, Die Geoblocking-Verordnung: Neue Diskriminierungsverbote für den grenzüberschreitenden Handel, VbR 2019/51.
- *Safron*, Die neue Verordnung gegen Geoblocking - Eine verpasste Chance?, wbl 2016, 417.
- *Schindele*, Kartellrecht - Wettbewerbsbeschränkung, Bezwecken oder Bewirken der Wettbewerbsbeschränkung https://www.brennecke-rechtsanwaelte.de/Kartellrecht-Eine-Einfuehrung-Teil-07-Wettbewerbsbeschraenkung-Bezwecken-oder-Bewirken-der-Wettbewerbsbeschraenkung_222214 (abgefragt am 05.06.2021).
- *Schmidl*, Terminaldienste über VPN's (2007).
- *Schmidt/Korn/Heitkämper/Schwarzenberg/Zaborowski*, Digitale Inhalte Grenzüberschreitend Nutzen? <https://www.verbraucherzentrale.de/sites/default/files/2019-11/marktwaechter-untersuchung-geoblocking-portabilitaet.pdf> (Stand Mai 2017).
- *Sonntag* in *Jahnel/Mader/Staudegger*, IT-Recht⁴ (2020).
- *Traxlmayr* in *Burgstaller/Lettner* (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014).
- *Wang/Ray/Feng/Rajarajan*, Cyberspace Safety and Security (2013).
- *Wendelin*, Verpflichtung der Händler zum Geo-Blocking als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen <https://www.vertriebsrecht-vermessen.at/2016/07/28/verpflichtung-der-haendler-zum-geo-blocking-als-bezweckte-wettbewerbsbeschraenkung/> (Stand 28. 07. 2016).
- *Wiebe*, Geoblocking im Lichte von europäischem Recht und europäischer Rechtsprechung, ZUM 2015, 932.
- *Wirz*, Media-Streaming und Geoblocking (2019).

Webseiten

- <https://www.ionos.at/digitalguide/server/knowhow/was-ist-eine-ip-adresse/> (abgefragt am 13.04.2021).

- <https://de.ryte.com/wiki/IP-Adresse> (abgefragt am 13.04.2021).
- <https://europakonsument.at/de/page/studie-viele-webshops-betreiben-geoblocking> (abgefragt am 23.04.2021).
- [https://de.wikipedia.org/wiki/Proxy_\(Rechnernetz\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Proxy_(Rechnernetz)) (abgefragt am 16.4.2021).
- <https://www.sonntagmorgen.com/vpn-tor-oder-proxy/> (abgefragt am 27.4.2021).
- <https://www.avast.com/de-de/c-vpn-proxy-tor-which-is-best> (abgefragt am 27.04.2021).
- <https://louven.legal/2020/07/28/was-ist-eine-sektoruntersuchung/> (abgefragt am 02.05.2021).
- <https://studyflix.de/wirtschaft/allokation-1770> (abgefragt am 14.05.2021).
- <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/europaeisches-kartellrecht-33606> (abgefragt am 25.05.2021).
- https://www.bwb.gv.at/news/detail/news/good_bye_verbraucherbehoerdenkooperation_die_bwb_zieht_bilanz_interessen_der_konsumenten_und_ko/ (abgefragt am 26.05.2021).

2.Rechtsvorschriften

- VO (EU) 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl L 2010/102.
- VO (EU) 302/2018 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts, ABl L 2018/60I.
- VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 2003/1.
- VO (EU) 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltendiensten im Binnenmarkt, ABl L 2017/167.
- RL 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl L 1993/248.

- RL 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, ABl L 2001/167.
- VO (EU) 2394/2017 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABl L 345/1.

3. Kommissionsdokumente

- Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM (2017).
- Europäische Kommission, Mystery shopping survey on territorial restrictions and geo-blocking in the European Single Market, 2016, Final report.
- Europäische Kommission, Staff Working Document, SWD (2017).
- Europäische Kommission, Commission Staff Working Document – Geo-blocking practices in e-commerce, SWD (2016).
- Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl 2014 C 291/1.
- Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl 2012 C 130/1.
- Europäische Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl 2006 C 210/2.
- Mitteilung der Europäischen Kommission, Kartellrecht: Kommission verhängt gegen Guess Geldbuße in Höhe von 40 Mio. EUR wegen wettbewerbswidriger Vereinbarungen zur Unterbindung grenzüberschreitender Verkäufe, COM (2018).
- Mitteilung der Europäischen Kommission, Kartellrecht: Kommission verhängt gegen Valve und fünf PC-Videospielerverlage Geldbußen von 7.8 Mio. EUR wegen Geoblocking-Praktiken, COM (2021).
- Mitteilung der Europäischen Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, COM (2009).

- Mitteilung der Europäischen Kommission, Ein zeitgemäßes europäisches Urheberrecht für das Digitalzeitalter – FRAGEN UND ANWORTEN, COM (2016).

4. Entscheidungen

- RIS-Justiz RS0122076.
- EuGH 14. 7. 1972, 48/69, *Imperial Chemical Industries/Kommission*.
- EuGH 14. 2. 1978, 27/76, *United Brands Company, United Brands Continentaal BV/Kommission*.
- EuGH 31. 5. 1979, 22/78, *Hugin/Kommission*.
- EuGH 18. 3. 1980, 62/79, *Coditel/Ciné Vog Films*.
- EuGH 6. 10. 1982, 262/81, *Coditel/Ciné Vog Films*.
- EuGH 9. 11. 1983, 322/81, *Michelin/Kommission*.
- EUGH 17. 1. 1984, 43 u. 63/82 *VBVB, VBBB/Kommission*.
- EuGH 23. 4. 1991, C-41/90, *Höfner, Elsner/Macrotron GmbH*.
- EuGH 28. 5. 1998, C-7/95 P, *Deere/Kommission*.
- OGH 27. 4. 1999, 4 Ob 86/99x.
- EuGH 10. 1. 2006, C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*.
- EuGH 13. 7. 2006, C-74/04 P, *Kommission/Volkswagen*.
- EuGH 4. 10. 2011, C- 403/08, *Football Association Premier League Ltd ua/QC Leisure*.
- EuGH 4. 10. 2011, C- 429/08, *Karen Murphy/Media Protection Services Ltd*.
- EuGH 13. 12. 2012, C-226/11, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence*.
- EuGH 19. 3. 2015, C-286/13 P, *Dole/Kommission*.
- EuGH 6. 9. 2017, C-413/14 P, *Intel/Kommission*.
- EuG 10. 7. 1990, T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA/Kommission*.
- EuG 12. 12. 1991, T-30/89, *Hilti AG gegen Kommission*.
- Europäische Kommission 17. 12 . 2018, AT 40428 *Guess*.
- OGH 20. 12. 2004, 16 Ok 17/04.

9. Zusammenfassung / Abstract

Zusammenfassung der Master Thesis „Kartellrechtliche Bewertung von Geoblocking“. Die Master Thesis beschäftigt sich zu Beginn mit den technischen Grundlagen von Geoblocking und mit den Umgehungsmöglichkeiten mittels VPN, Anonymisierer oder Proxy Einsätzen. Geoblocking als Mechanismus, bei dem der Zugriff anhand des von der IP-Adresse ermittelten geografischen Standortes blockiert wird, verhindert die Schaffung bzw. Erhaltung eines freien grenzüberschreitenden Wettbewerbes innerhalb der Binnengrenzen. Hauptaugenmerk ist die Untersuchung, ob und unter welchen Voraussetzungen eine unternehmerische Vereinbarung über Geoblocking-Maßnahmen, eine verbotene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung (Art 101 AEUV) darstellt. In diesem Zusammenhang stellt die kritische Auseinandersetzung mit der Möglichkeit einer Freistellung bzw. einer Kernbeschränkung hinsichtlich vertikaler Geoblocking-Maßnahmen nach der Vertikal-GVO einen wesentlichen Teil der Arbeit dar. Durch die Aufbereitung der aktuellen Zahlen kann ein erster Eindruck über die Verbreitung und Anwendung des Einsatzes von Geoblocking gewonnen werden.

Darüber hinaus beschäftigt sich die Master Thesis damit, inwiefern einseitige unternehmerische Entscheidungen, nämlich Waren oder Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedsstaat nicht zu erbringen, unter die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Art 102 AEUV) fallen. Neben den relevanten Entscheidungen der Europäischen Kommission sowie des Europäischen Gerichtshofes, wird in der Arbeit die Beurteilung von Geoblocking-Klauseln in Lizenzverträgen thematisiert und hierbei auf die im Jahr 2017 in Kraft getretene Portabilitäts-Verordnung eingegangen.

Summary of the Master Thesis "An Antitrust Assessment of Geoblocking". The master's thesis starts with an introduction to technical basics of geoblocking and the possibilities of circumventing it by using VPN, anonymizers or proxies. Geoblocking as a mechanism, in which access is blocked on the basis of the geographical location determined by the IP address, prevents the creation or preservation of free cross-border competition within internal borders. The main focus is to examine whether and under which conditions a

business agreement on geoblocking measures constitutes a prohibited restrictive agreement (Art 101 TFEU).

In this context, the critical examination of the possibility of an exemption or a hardcore restriction with regard to vertical geoblocking measures under the Vertical Block Exemption Regulation constitutes an essential part of the work. By processing the current figures, a first impression of the prevalence and application of the use of geoblocking can be gained.

Furthermore, the master thesis deals with the question, to which extent unilateral business decisions, namely not to provide goods or services in another member state, are covered under the abuse of a dominant market position (Art 102 TFEU). In addition to the relevant decisions of the European Commission and the European Court of Justice, the master thesis discusses the assessment of geo-blocking clauses in licensing agreements and deals with the Portability-Regulation, which came into force in 2017.