



Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum
Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle
Istituto Federale della Proprietà Intellettuale
Swiss Federal Institute of Intellectual Property

Stauffacherstrasse 65/59 g
CH-3003 Bern
T +41 31 377 77 77
info@ipi.ch | www.ige.ch

Bericht der Beobachtungsstelle für technische Massnahmen zum Zugang zu digitalen Inhalten (Portabilitätsbericht)

vom 31.07.2020

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	3
2	Zusammenfassung	3
3	Untersuchung	4
3.1	Auftrag	4
3.2	Inhalt und Abgrenzung der Untersuchung	4
3.3	Aufbau	5
3.4	Vorgehen	5
4	Audiovisuelle Inhalte und Internet	6
5	Was verstehen wir unter Geoblocking?	6
6	Sind Konsumentinnen und Konsumenten aus der Schweiz vom Geoblocking betroffen?	7
7	Hintergrund des Geoblockings	7
7.1	Rechtlicher Rahmen	8
7.2	Geoblocking aus Sicht der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber	10
7.3	Geoblocking aus Sicht der Online-Inhaltedienste	12
7.4	Fazit	13
8	Geoblocking in der EU und in der Schweiz	13
8.1	Situation in der EU	13
8.1.1	Ausgangslage und Ziel der EU-Regelungen	13
8.1.2	Die europäische Portabilitätsverordnung	14
8.1.3	Die Richtlinie über Fernseh- und Hörfunkprogramme im Netz	15
8.2	Situation in der Schweiz	16
8.3	Fazit	16
9	Die Situation für Online-Inhaltedienste mit Kundinnen und Kunden aus der Schweiz	17
9.1	Grenzüberschreitendes Zugänglichmachen von geschützten Online-Inhalten	17
9.2	Vertragsrechtliche Verpflichtung zum Geoblocking	17
10	Situation für Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten	18
10.1	Ausgangslage	18
10.2	Das Geoblocking als technische Massnahme und deren Umgehung	18
10.2.1	Technische Massnahmen zum Schutz von Werken und Leistungen	19
10.2.2	Wirksamkeit der technischen Massnahme und deren Umgehung	19
10.2.3	Schutz	20
10.2.4	Verhältnis zu den Schrankenbestimmungen	20
10.3	Vertragsrechtliche Aspekte	21
10.4	Fazit	21
11	Schlussbetrachtung	22

1 Einleitung

Der technische Wandel und die damit einhergehende Digitalisierung haben den Alltag verändert. Während man sich früher zu einer bestimmten Zeit gemeinsam vor dem Fernseher versammelt hat, um auf einem der wenigen erhältlichen Sender die neuste Folge des wöchentlichen Abendkrimis oder die Spätnachrichten zu schauen, sieht man sich heute die jeweiligen Lieblingssendungen an, wo und wann man Lust dazu hat. Digitalisierte Programme und mobile Geräte wie Laptops, Tablets und Smartphones machen es möglich.

Das Konsumverhalten ist also im Wandel. Inhalte wie Musik, Filme und Serien speichert man in einer Cloud ab oder man streamt sie. Einerseits abonniert man Online-Inhaltedienste¹, wie beispielsweise Netflix, Amazon Prime Video, Swisscom TV oder Zattoo. Andererseits nutzt man auch ohne Abonnement verfügbare Programme auf den Webseiten der Online-Inhaltedienste, wie zum Beispiel des Schweizer Fernsehens. Auf diese Weise stellt man sich sein Programm nach den eigenen Interessen und Wünschen zusammen.

Auf diesen Komfort will man nicht mehr verzichten. Man möchte auch in den Ferien oder auf Geschäftsreise im Ausland auf sein Wunschprogramm zugreifen können. Das ist technisch zwar machbar, in der Praxis sieht es jedoch etwas anders aus. Bei Aufenthalten im Ausland hat man oft gar keinen oder nur einen begrenzten Zugang zu den gewohnten (abonnierten) Inhalten. Häufig poppt eine Meldung auf, dass der gewählte Inhalt im betreffenden Land nicht verfügbar ist. Grund dafür ist das sogenannte private Geoblocking², mit dem Online-Inhaltedienste den Zugang zu ihren Inhalten geografisch abgrenzen können. Wird im Heimatstaat ein Abonnement für Filme oder Musik erworben, kann dieses deshalb unter Umständen bereits im angrenzenden Ausland nicht genutzt werden. Die Inhalte sind folglich nicht portabel; im Internet werden faktisch «Landesgrenzen» gesetzt.

Diese Sachlage wird bisweilen als unbefriedigend erachtet. So traf bspw. die EU-Kommission punktuell Massnahmen zur Gewährung der Portabilität. Auch in der Schweiz wünschen sich Konsumentinnen und Konsumenten grenzüberschreitenden Zugang zu Online-Inhalten. Die vorliegende Untersuchung setzt deshalb folgende Schwerpunkte:

- Analysieren der aktuellen Situation betreffend Portabilität in der Schweiz; und
- Prüfen, inwiefern dem Wunsch nach Portabilität von Online-Inhalten Rechnung getragen werden kann.

2 Zusammenfassung

- Mobile Endgeräte erlauben grundsätzlich einen ortsungebundenen Zugriff auf Inhalte. Trotz mobiler Endgeräte und Internet können Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten jedoch nicht immer auf ihre gewohnten audiovisuellen Inhalte zugreifen, wenn sie sich vorübergehend im Ausland befinden. Einige Inhalte sind zwar grenzüberschreitend portabel, aber nicht alle.
- Der Grund dafür liegt im sogenannten privaten Geoblocking, mit dem Online-Inhaltedienste den Zugang zu ihren Inhalten geografisch abgrenzen.
- Die Beobachtungsstelle für technische Massnahmen (BTM) hat mit Blick auf audiovisuelle Inhalte, wie zum Beispiel Filme oder Sportschauen, die Thematik des Geoblockings untersucht. Grundlage für diese Untersuchung ist der im «Aktionsplan Digitale Schweiz» festgehaltene Auftrag, sich für eine grenzüberschreitende Portabilität von rechtmässig erworbenen Inhalten für Nutzerinnen und Nutzer im Verhältnis Schweiz – Europäische Union (EU) einzusetzen.
- Die Gründe für privates Geoblocking im audiovisuellen Bereich sind unterschiedlicher Natur. Nicht nur stützt das private Geoblocking die zur Sicherung der Filmfinanzierung wichtigen Verwertungsstrukturen der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber. Es ermöglicht den Online-Inhaltediensten auch Lizenzen einzuholen, welche auf die wesentlichen Bedürfnisse ihrer Kundinnen und Kunden beschränkt sind. Dadurch können sie gleichzeitig vermeiden, dass die Kosten für die Abonnemente erhöht werden müssen.
- Um das Funktionieren des gemeinsamen Binnenmarktes zu stärken und in bestimmten Fällen die Portabilität von Online-Inhalten zu ermöglichen, hat die EU eine Verordnung und eine Richtlinie erlassen. Die EU gewährt jedoch weder inhaltlich noch geografisch einen umfassenden Zugang zu Online-Inhalten. Sie hat

¹ Der Begriff «Online-Inhaltedienst» steht im Folgenden zwecks Vereinfachung stellvertretend für unterschiedlichste Anbieter von Online-Inhalten wie z. B. Video-on-Demand-Dienst, TV-Streaminganbieter sowie Media-Streamingdienst und kann auch Sendeunternehmen oder Weiterverbreiter erfassen. Wesentlich ist, dass deren Inhalte online verfügbar sind.

² Ist im Bericht nachfolgend von Geoblocking die Rede, ist stets privates Geoblocking gemeint. Dies in Abgrenzung zu staatlich angeordneten Geoblockingmassnahmen, wie sie zum Beispiel im Geldspielbereich existieren.

sich inhaltlich unter Berücksichtigung verschiedener Interessen für spezifische punktuelle Massnahmen entschieden. Diese beschränken sich auf den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Die Schweiz ist nicht Teil des EWR und deshalb weder von der Portabilitätsverordnung noch von der Online-SatCab-Richtlinie erfasst.

- Die EU hat regulatorische Massnahmen ergriffen, da diese eine hohe Rechtssicherheit aufweisen; den betroffenen Parteien eine autonome Anpassung ihrer Lizenzverträge zu überlassen, erschien ihr im Hinblick auf den gemeinsamen Binnenmarkt als ungangbarer Weg.
- Aufgrund des sogenannten Territorialitätsprinzips ist es nicht zielführend, in der Schweiz einseitig Massnahmen zu erlassen, um Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten die Portabilität von Online-Inhalten zu ermöglichen. Dies würde bi- oder multilaterale Verhandlungen erfordern, die – unter Einbezug einer Gesamtbetrachtung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU – im Einklang mit der europapolitischen Strategie des Bundesrats stehen müssten.
- Anders als in der EU, ist in der Schweiz eine lizenzvertragliche Gewährung der Portabilität möglich. Ein bi- oder multilaterales Abkommen ist dazu nicht zwingend erforderlich.

3 Untersuchung

3.1 Auftrag

Die Digitalisierung ist aus unserem Alltag nicht mehr wegzudenken. Um nur ein Beispiel zu nennen; kaum jemand begibt sich heute noch ohne Mobiltelefon aus dem Haus. Es liegt grosses Potenzial in der Digitalisierung, das nicht verpuffen sollte. Der Bundesrat hat dies frühzeitig erkannt und will, dass die Schweiz die Chancen der Digitalisierung optimal nutzt. Deshalb hat er im September 2018 seine Strategie «Digitale Schweiz»³ vorgestellt. Der Bundesrat definiert darin die Leitlinien und Ziele für eine «digitale» Schweiz. Der vom Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) herausgegebene Bericht «Aktionsplan Digitale Schweiz»⁴ ist Teil dieser Strategie und beinhaltet die konkreten Massnahmen zur Erreichung der strategischen Ziele.

Gemäss Massnahme 7.6 des Aktionsplans hat das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE):

- die Rechtsetzungsvorschläge in der EU zur Harmonisierung der nationalen Urheberrechtssysteme zu verfolgen; und
- sich für eine grenzüberschreitende Portabilität von rechtmässig erworbenen Inhalten für Nutzerinnen und Nutzer im Verhältnis Schweiz/EU einzusetzen.

Die ins IGE integrierte Beobachtungsstelle für technische Massnahmen (BTM) hat diesen Auftrag übernommen. Die BTM ist die Fachstelle des Bundes für die Beurteilung der Auswirkungen von technischen Massnahmen auf die Verwendung von urheberrechtlich geschützten Inhalten. Technische Massnahmen können Zugangskontrollen oder Kopiersperren sein. Eine Kopiersperre verhindert das Abspeichern zum Beispiel eines Hörbuchs auf einem MP3-Player. Wie einleitend erwähnt, können Online-Inhaltendienste den Zugang zu ihren Angeboten mittels Geoblocking abgrenzen. Beim Geoblocking könnte es sich um eine sogenannte technische Massnahme handeln. Deshalb ist es die BTM, welche die Entwicklungen im Bereich der Portabilität auf schweizerischer und europäischer Ebene verfolgt.

3.2 Inhalt und Abgrenzung der Untersuchung

Geoblocking wird nicht nur zur Einschränkung der Portabilität von Online-Inhalten eingesetzt, sondern unter anderem auch im Bereich des Online-Handels. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich im Lichte des Auftrags des Aktionsplans Digitale Schweiz auf die Thematik der Portabilität von Online-Inhalten.

Unter den Begriff «Online-Inhalte» fallen zum Beispiel Musik, Filme oder E-Bücher, welche sich auf dem Internet befinden. Nachdem erste Abklärungen den Schluss zuließen, dass das Bedürfnis der Konsumentinnen und Konsumenten nach grenzüberschreitender Portabilität im audiovisuellen Bereich am stärksten ist, entschied die BTM, sich vorliegend auf die Portabilität von audiovisuellen Inhalten zu fokussieren. Eine erste kurze Prüfung zeigte

³ BAKOM (Hrsg.) (2018): Strategie Digitale Schweiz. Biel/Bienne. Kann abgerufen werden unter: www.bakom.admin.ch > Digitale Schweiz und Internet > Digitale Schweiz (Stand: 27.2.2020).

⁴ BAKOM (Hrsg.) (2018): Aktionsplan Digitale Schweiz, Stand 5. Sept. 2018. Biel/Bienne. Kann abgerufen werden unter: www.bakom.admin.ch > Digitale Schweiz und Internet > Digitale Schweiz (Stand: 27.2.2020).

zudem, dass beispielsweise im Musikbereich – wie in der EU – offenbar keine nennenswerten Portabilitätsprobleme bestehen.

Im Onlinebereich wird Musik von der Verwertungsgesellschaft der Urheber und Verleger von Musik (SUISA) verwertet. Die SUISA kann dabei die Musik von Künstlerinnen und Künstlern, mit denen sie direkt einen Vertrag hat, weltweit lizenzieren. Zudem gründete die SUISA zusammen mit der amerikanischen Society of European Stage Authors and Composers (SESAC) das Joint Venture «Mint Digital Services». Dessen Lizenzeinheiten (SUISA Digital und SESAC Digital) haben ihren Sitz im Fürstentum Liechtenstein. Dies ermöglicht es der SUISA Digital, Mehrgebietslizenzen nach europäischen Standards zu vergeben. Die etablierte Vergabe von Mehrgebietslizenzen führt dazu, dass Schweizerinnen und Schweizer ihre Musik-Online Dienste in aller Regel ohne Probleme grenzüberschreitend nutzen können.

Nicht von der Untersuchung erfasst ist das Geoblocking, soweit es im Online-Handel eingesetzt wird. Damit können Onlinehändler ausländische Kundinnen und Kunden von Angeboten ausschliessen (z. B. aufgrund unterschiedlicher Verbraucherschutzregeln). Diese Thematik behandelt der Bundesrat in seiner Botschaft vom 29. Mai 2019 zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes)⁵. Der Bundesrat macht darin auch punktuelle Ausführungen zur Portabilität von Online-Inhalten. Er stellt allgemein klar, dass ein nationales Verbot von (privatem) Geoblocking aufgrund von Durchsetzungsschwierigkeiten (im Ausland) keine wirksame Anwendung finden könnte.⁶

Ebenfalls nicht Teil der vorliegenden Untersuchung sind wettbewerbsrechtliche Aspekte des Geoblockings. Es liegt nicht in der Kompetenz der BTM zu beurteilen, welchen Einfluss Geoblocking auf den Wettbewerb in der Schweiz hat.

Die BTM untersucht die Thematik unter schweizerischen oder allenfalls europäischen Gesichtspunkten. Sie entschied sich aufgrund der geografischen Lage der Schweiz zu dieser Begrenzung.

3.3 Aufbau

Die BTM informiert zunächst allgemein über den Konsum audiovisueller Inhalte via Internet und über das Geoblocking. Sie prüft anschliessend, ob Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten vom Geoblocking betroffen sind. Zudem sucht sie nach möglichen Gründen, weshalb Geoblocking eingesetzt wird. Danach prüft sie den Status quo in der EU und in der Schweiz. Daraus ergeben sich Erkenntnisse hinsichtlich der Situation:

- für Online-Inhaltedienste mit Schweizer Kundinnen und Kunden; sowie
- für Konsumentinnen und Konsumenten aus der Schweiz (wobei hier auch die Frage nach der Umgehung technischer Massnahmen eine wesentliche Rolle spielt).

Abschliessend fasst die BTM ihre Erkenntnisse zusammen.

3.4 Vorgehen

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung hat die BTM mit Vertreterinnen und Vertretern verschiedener betroffener Kreise Kontakt aufgenommen.⁷ Sie wollte erfahren, wie sich die Situation in der Schweiz aus Sicht der Betroffenen darstellt.

⁵ BBI 2019 4877

⁶ BBI 2019 4877, hier 4925

⁷ Seitens des Konsumentenschutzes stand die BTM in Kontakt mit der SKS (Stiftung für Konsumentenschutz), der FRC (Fédération romande des consommateurs) und der ACSI (Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana). Das Kf (Schweizerisches Konsumentenforum) äusserte sich nicht. Seitens der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber nahm die BTM Kontakt auf mit AudioVision Schweiz (Vereinigung der offiziellen Vertriebspartner von audiovisuellen Produkten in der Schweiz), ifpi Schweiz (Branchenverband der Musiklabels der Schweiz), der SSA (Genossenschaft von Urheberinnen und Urhebern der Sparten Dramatik, Musikdramatik, Choreografie, Audiovision und Multimedia), der SUISA (Schweizer Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik) und Suissimage (Schweizerische Genossenschaft für Urheberrechte an audiovisuellen Werken). Des Weiteren war die BTM im Austausch mit verschiedenen Streamingdiensten und Fernmeldediensteanbieterinnen (Apple Distribution, Netflix Corporate Escalations, Sky Switzerland SA, Sunrise Communications AG, Swisscom Schweiz AG, UPC Schweiz GmbH, Wilmaa, Zattoo – keine Rückmeldung erhielt die BTM vom Dienst Amazon Video Limited). Zudem stand die BTM im Austausch mit der SRG SSR (Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft).

Des Weiteren stand die BTM in Kontakt mit dem Bundesamt für Justiz (BJ), dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) und dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO).

Schliesslich prüfte die BTM selber Gratis- und Bezahlangebote im audiovisuellen Bereich. Darunter waren sowohl Online-Inhaltedienste, die Filme und Serien «on demand» anbieten, als auch Dienste, die im Bereich der Sendung und Weitersendung des täglichen Live-Fernsehprogramms tätig sind.

4 Audiovisuelle Inhalte und Internet

In vielen Haushalten steht nach wie vor ein Fernseher. Doch längst nicht mehr alle Leute sehen sich Filme, Nachrichten- oder Sportsendungen via Kabel-, Antennen- oder Satellitenfernsehen an. Vielmehr findet eine Verschiebung des Konsums statt; vom klassischen TV zum Streaming⁸ audiovisueller Inhalte über das Internet.⁹

Im Zuge dieser Entwicklung entstanden unterschiedlichste Streaming-Angebote für audiovisuelle Inhalte. Beim Streaming unterscheidet man allgemein zwischen On-Demand-Streaming und Live-Streaming. Beim On-Demand-Streaming können die Konsumentinnen und Konsumenten meist individuell, zu einem von ihnen gewählten Zeitpunkt auf den audiovisuellen Inhalt zugreifen. Sie können die Wiedergabe des Inhalts unterbrechen oder spulen. Der audiovisuelle Inhalt wird auf dem Rechner der Konsumentinnen und Konsumenten entweder zwischengespeichert (True-On-Demand) oder nach und nach heruntergeladen, bis er vollständig auf dem Rechner gespeichert ist (Progressive Download). Die Speicherung kann temporär oder dauerhaft sein. Beim Live-Streaming wird der audiovisuelle Inhalt gleichzeitig an beliebig viele Konsumentinnen und Konsumenten übertragen. Diese können weder den Zeitpunkt der Übertragung wählen, noch können sie die Wiedergabe vor- oder zurückspulen.¹⁰ Die Angebote sind dabei sehr vielfältig und unterschiedlich ausgestaltet. Online-Inhaltedienste können Spielfilme oder Serien im Rahmen eines Abonnements oder auf Einzelabruf zur Verfügung stellen (als Video-On-Demand, VoD). Sie können aber auch Web-TV anbieten, entweder gratis oder gegen Entgelt. Die Inhalte können unter Umständen für eine gewisse Zeit gemietet oder aber dauerhaft heruntergeladen werden. Es gibt Angebote mit siebentägiger Rückschau-Funktion (Catch-Up) und vieles mehr. Die verschiedenen Inhalte sind jeweils über einen internetfähigen Fernseher oder über mobile Endgeräte wie Laptops, Tablets oder Smartphones abrufbar.

5 Was ist Geoblocking?

Geoblocking ist ein technisches Verfahren, das den Zugriff auf Internetinhalte regional einschränkt. Beispiel: Jemand schaut zu Hause regelmässig über einen Online-Inhaltedienst seine Lieblingsserie. Darauf möchte die Person auch in den Ferien im Ausland nicht verzichten. Sie startet deshalb auch im Ausland ihren jeweiligen Online-Inhaltedienst, bedauerlicherweise ist die Serie in Ihrem Aufenthaltsland aber nicht verfügbar.

Das Geoblocking ist eine Art Türsteher, der bei Internetabfragen entscheidet, ob die Inhalte zugelassen werden oder nicht.¹¹ Der «Türsteher» weiss aufgrund der Internet-Protokoll-Adresse (IP-Adresse), aus welchem Land eine Internetnutzerin oder ein Internetnutzer ihre bzw. seine Abfrage startet. Die IP-Adresse ist – vereinfacht gesagt – eine Nummer, die jedem Computer beim Einwählen ins Internet zugeordnet wird. Je nach Aufenthaltsort unterscheiden sich die IP-Adressen. Sogenannte Geo-IP-Datenbanken ermöglichen, anhand der IP-Adresse das Aufenthaltsland der Internetnutzerin oder des Internetnutzers herauszufinden. Ein Provider kann nun mittels Geoblocking steuern, aus welchen Ländern (bzw. für welche IP-Adressen) er den Zugriff auf seine Inhalte zulässt oder nicht. Sobald jemand mit der «falschen» IP-Adresse einen Abruf startet, tritt der «Türsteher» in Aktion und blockiert den Zugriff.

⁸ Kontinuierliche Übertragung von Daten in einem Netzwerk.

⁹ Beispielhaft für Deutschland: Beisch, Natalie / Koch, Wolfgang / Schäfer, Carmen (2019): ARD/ZDF-Onlinestudie 2019: Mediale Internetnutzung und Video-on-Demand gewinnen weiter an Bedeutung. In: Media Perspektiven 9/2019, S. 378.

¹⁰ Schulte zu Sundern, Friederike (2020): Onlineangebot von Sendeunternehmen. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, S. 254–256.

¹¹ Verbraucherzentrale Rheinland-Pfalz e.V. (Hrsg.) (2017): Geoblocking – Digitale Inhalte grenzüberschreitend nutzen? Eine Untersuchung der Verbraucherzentralen – Mai 2017. Mainz, S. 11. Kann abgerufen werden unter: <https://www.marktwaechter.de/sites/default/files/downloads/marktwaechter-untersuchung-geoblocking-portabilitaet.pdf> (Stand: 11.5.2020).

6 Sind Konsumentinnen und Konsumenten aus der Schweiz vom Geoblocking betroffen?

Die BTM testete – anhand einer beispielhaften Auswahl an Online-Inhaltediensten – die Portabilität von audiovisuellen Inhalten in Frankreich und Deutschland. Dazu schloss sie einerseits Probeabonnemente verschiedener Bezahldienste ab und nutzte andererseits Gratisdienste. Das Log-in auf die jeweilige App oder Internetseite der Online-Inhaltedienste fand im Ausland statt; der Zugriff erfolgte über eine ausländische Internetverbindung.

Die BTM stellte fest, dass die Online-Inhaltedienste die Verfügbarkeit ihres Angebots im Ausland unterschiedlich handhaben:

- Wer über einen Online-Inhaltedienst das TV-Programm als Livestream abrufen möchte, wird in aller Regel enttäuscht. Die Abfrage wird blockiert und die Sendung kann live nicht angeschaut werden. Bei einigen Online-Inhaltediensten ist es allerdings möglich, entweder das gesamte TV-Programm oder einzelne Inhalte zeitversetzt anzuschauen. Soweit ersichtlich, können auch aufgenommene oder heruntergeladene Inhalte im Ausland genutzt werden.
- Online-Inhaltedienste, die sich auf das VoD-Streaming von Filmen oder Serien spezialisiert haben, sind im Ausland nicht immer verfügbar. Einige Online-Inhaltedienste sind zwar zugänglich, stellen im Ausland aber ein anderes Angebot zur Verfügung als in der Schweiz; dieses ist in der Regel an das jeweilige Aufenthaltsland angepasst. Als Konsumentin oder Konsument kann zwar nicht auf das gewohnte Programm zugegriffen werden, es ist aber möglich, das ausländische Angebot des abonnierten Online-Inhaltedienstes zu nutzen. Zudem sind viele in der Schweiz heruntergeladene Inhalte im Offline-Modus auch im Ausland verfügbar. Erst wenn eine ausländische Internetverbindung genutzt wird, kann unter Umständen auch die Verfügbarkeit von heruntergeladenen Inhalten erschwert sein.

Es zeigt sich, dass Online-Inhaltedienste auf unterschiedliche Weise versuchen, ihr Angebot den Konsumentinnen und Konsumenten auch im Ausland zur Verfügung zu stellen. Insgesamt ist aber festzuhalten, dass die Portabilität von Online-Inhalten nicht umfassend gewährleistet ist. Besonders auffällig ist die fehlende Portabilität beim Live-Programm des frei empfangbaren Fernsehens (Free-TV), inklusive der öffentlich-rechtlichen Service Public Sender. Diese Inhalte sind meist erst zeitversetzt erhältlich. Die Auswirkungen des Geoblockings sind also vor allem für jene Konsumentinnen und Konsumenten spürbar, die zu einer bestimmten Zeit bestimmte Inhalte sehen wollen.

Von den Konsumentenschutz-Organisationen erhielt die BTM folgende Rückmeldungen:

- *Stiftung für Konsumentenschutz (SKS)*
Die SKS beurteilt die Thematik der Portabilität bzw. des Geoblockings als interessant und wichtig. Sie führte aus, dass dazu allerdings wenig Kritik bei ihr geäussert werde. Sie gehe davon aus, dass viele Konsumentinnen und Konsumenten ihren Ärger herunter schlucken würden. Die jüngere Generation suche zudem eher Rat in Internetforen, als dass sie sich bei ihnen beklagen würden.
- *Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana (ACSI)*
Bei der ACSI gingen keine Meldungen ein. Sie beurteilt das Thema aber ebenfalls als interessant.
- *Fédération romande des consommateurs (FRC)*
Die FRC erachtet das Geoblocking, welches Konsumentinnen und Konsumenten am Zugriff auf ihre abonnierten Dienste hindert, als ungerechtfertigt. Sie erhielt vor allem Meldungen, dass Konsumentinnen und Konsumenten im Heimatland heruntergeladene Filme später im Ausland teilweise nicht anschauen konnten. Dies sei für sie unverständlich. Einige würden das Problem jedoch mit dem Einsatz von «Virtual Private Networks» (VPN)¹² umgehen.

Alle genannten Konsumentenschutz-Organisationen würden es begrüßen, wenn die Schweiz Massnahmen gegen das Geoblocking treffen würde.

7 Hintergrund des Geoblockings

Als Konsumentin bzw. Konsument mag man sich die Frage stellen, wieso im audiovisuellen Bereich nicht einfach alle Online-Inhalte überall verfügbar sind. Der Grund dafür liegt mitunter in den komplexen Lizenzierungs-, Finanzierungs- und Vermarktungsmodellen der jeweiligen Inhalte.

¹² Mehr hierzu nachfolgend unter Ziff. 10.2.2.

7.1 Rechtlicher Rahmen

An audiovisuellen Werken (wie z. B. Filmen) bestehen Urheber- und Leistungsschutzrechte. An Sendungen, zu denen beispielsweise Sportübertragungen gehören, bestehen ebenfalls Leistungsschutzrechte. Die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber können bestimmen, was mit ihren Werken und geschützten Leistungen gemacht werden darf. Sie haben es in der Hand, die Verwendung ihrer audiovisuellen Werke zu erlauben (lizenzieren). Dies gilt an und für sich auch für Unternehmen mit Service-public-Auftrag. So kann die SRG selber Rechteinhaberin sein oder sie lässt sich aus einem Geflecht von individuellen Vereinbarungen mit den Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern sowie Tarifen und Verträgen mit den Verwertungsgesellschaften die entsprechenden Rechte lizenzieren. Bei der Ausübung der Rechte hat sich auch die SRG an ihre vertraglichen Verpflichtungen (bspw. Gebietsbeschränkungen) sowie an die urheberrechtlichen Vorgaben zu halten.

Das Urheberrecht ist geprägt vom Territorialitätsprinzip. Dieses besagt ganz allgemein, dass ein Staat nur auf seinem eigenen Staatsgebiet für die Rechtsetzung und Rechtsanwendung zuständig ist. Das bedeutet gleichzeitig, dass in jedem Staat die jeweils nationale Urheberrechtsordnung Anwendung findet. Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber besitzen somit nicht ein weltweit einheitliches Urheber- oder Leistungsschutzrecht. Sie haben vielmehr ein Bündel an parallelen, jeweils nationalen Urheber- und Leistungsschutzrechten. Die Portabilität von Online-Inhalten ist aber ein grenzüberschreitendes Thema, bei dem in der Regel verschiedene Rechtsordnungen betroffen sind.

Beispiel: Französische Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber lizenzieren ihre neue Serie einem Schweizer Online-Inhaltedienst. Die Schweizer Kundin oder der Schweizer Kunde des Online-Inhaltedienstes geht nun eine Woche nach Italien in die Ferien und möchte dort weiterhin diese Serie schauen.

Welche Rechte die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber in solchen Fällen besitzen und welche Ansprüche sie geltend machen können, wenn diese Rechte verletzt werden, hängt davon ab, welche nationale Rechtsordnung Anwendung findet. Hier kommt das sogenannte Schutzlandprinzip zum Tragen. Demnach ist das Recht desjenigen Staates anzuwenden, in dem die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber um Schutz ihrer Rechte ersuchen.¹³ Audiovisuelle Inhalte sind über das Internet grundsätzlich weltweit abrufbar. Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber können somit in allen möglichen Ländern versuchen, Urheberrechtsschutz zu beanspruchen. Letztlich werden sie aber nur in den Ländern Schutz erhalten, die von einer bestimmten Handlung überhaupt betroffen sind und die ihnen entsprechende Urheberrechte auch tatsächlich garantieren. Wesentlich ist damit für Internet-Sachverhalte, in welchen Ländern eine urheberrechtlich relevante Handlung stattfindet. Bei einer Übertragung via Internet liegt eine relevante Handlung sowohl in demjenigen Land vor, in dem das geschützte Werk ins Internet gestellt wird, als auch in allen Ländern, in denen auf das Werk zugegriffen werden kann.¹⁴ Da im Zusammenhang mit der Portabilität die Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten regelmässig im Ausland auf einen Inhalt zugreifen, werden Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber deshalb in der Regel im Ausland um Schutz ihrer Rechte ersuchen. Die verschiedenen Vorgänge sind aufgrund dessen meist nicht nach schweizerischem Recht zu beurteilen. Vielmehr kommt vorliegend wohl primär EU-Recht bzw. das Recht der jeweiligen Mitgliedstaaten zur Anwendung. Welche konkreten Rechte die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber geltend machen und damit auch lizenzieren können, bestimmt sich somit nach diesen Rechtsordnungen. Da es den Rahmen der Untersuchung sprengen würde, wenn die BTM die sich stellenden Fragen für jeden EU-Mitgliedstaat gesondert untersuchen müsste, orientiert sie sich für die Prüfung des rechtlichen Rahmens an den einschlägigen «übergeordneten» Rechtsakten der EU. In allen Mitgliedstaaten Anwendung finden Rechtsakte wie Verordnungen und Richtlinien. Während Verordnungen für die einzelnen Mitgliedstaaten unmittelbar gelten, müssen Richtlinien innerhalb einer vorgegebenen Frist ins nationale Recht umgesetzt werden.

Für die Feststellung, welche Rechte die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber auf europäischer Ebene haben, ist vorliegend die Richtlinie 2001/29/EG (InfoSoc-Richtlinie)¹⁵ einschlägig. Gemäss dieser Richtlinie verfügen sie unter anderem über das Recht auf Vervielfältigung (Art. 2) und auf öffentliche Wiedergabe bzw. auf öffentliches Zugänglichmachen (Art. 3).

Eine Vervielfältigung kann nicht nur in analoger, sondern auch in digitaler Form erfolgen. Beim Streaming ist das Recht auf Vervielfältigung in verschiedener Hinsicht betroffen. Der Online-Inhaltedienst lädt in den meisten

¹³ Vgl. dazu beispielhaft Art. 110 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.12.1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291.

¹⁴ Schulte zu Sondern, Friederike (2020): Onlineangebot von Sendeunternehmen. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, S. 309.

¹⁵ 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, Abl. L 167 vom 22.6.2001, S. 10.

Fällen eine digitale Kopie des audiovisuellen Werks auf seinen Server, um es den Konsumentinnen und Konsumenten anzubieten. Diese Kopie ist urheberrechtlich relevant und bedarf der Einwilligung der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber (Art. 2).

Erfolgt danach ein Abruf des Werks, werden in der Regel Teile davon zumindest vorübergehend auf dem Endgerät der Konsumentinnen und Konsumenten zwischengespeichert (und damit ebenfalls vervielfältigt). Diese Vervielfältigungen sind als vorübergehend im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 InfoSoc-Richtlinie anzusehen, wenn sie integraler Bestandteil eines technischen Verfahrens, von lediglich flüchtiger Natur und ohne eigenständige wirtschaftliche Bedeutung sind. Sie ermöglichen in der Regel eine effiziente Übertragung eines Werks zwischen den Online-Inhaltediensten sowie den Konsumentinnen und Konsumenten.¹⁶ Für solche Vervielfältigungen ist keine Einwilligung der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber erforderlich.

Die Vervielfältigungen können aber auch dauerhafter Natur sein. Je nach technischer Ausgestaltung des Streaming-Angebots wird eine Kopie des audiovisuellen Werks längerfristig auf der Festplatte oder im Arbeitsspeicher des Endgerätes gespeichert. Solche Vervielfältigungen bedürfen der Einwilligung durch die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber, es sei denn, sie fallen unter eine Schrankenbestimmung. Dadurch, dass die Kopien dem eigenen Gebrauch der Konsumentinnen und Konsumenten dienen, kommt allenfalls die Schranke des Privatgebrauches in Frage (Art. 5 Abs. 2 Bst. b InfoSoc-Richtlinie). Je nach landesspezifischer Ausgestaltung der Privatgebrauchsschranke bräuchte es dann unter Umständen keine Erlaubnis von den Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern für die Herstellung einer solchen Kopie. Die Erlaubnis und allfällige Vergütungspflichten würden sich aus dem jeweils nationalen Gesetz ergeben. Sieht das Gesetz jedoch keine entsprechende Schranke oder vergleichbare Massnahme vor, bedürfen die Vervielfältigungen der Einwilligung durch die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber.

Das Recht auf öffentliche Wiedergabe und auf öffentliches Zugänglichmachen ist betroffen, wenn Online-Inhaltedienste den Konsumentinnen und Konsumenten Zugriff auf die geschützten Inhalte gewähren; das ist sowohl beim Live-Streaming als auch beim On-Demand-Streaming der Fall. Die InfoSoc-Richtlinie äussert sich nicht detailliert zu der Frage, wann eine öffentliche Wiedergabe vorliegt. Deshalb musste sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit dem Recht zur öffentlichen Wiedergabe schon öfters befassen.¹⁷

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH müssen für eine öffentliche Wiedergabe zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Erstens muss eine Handlung der Wiedergabe vorliegen und zweitens muss die Wiedergabe öffentlich sein.¹⁸ Das erste Kriterium ist weit auszulegen; es ist bereits erfüllt, «[...] wenn ein Werk einer Öffentlichkeit in der Weise zugänglich gemacht wird, dass deren Mitglieder dazu Zugang haben, ohne dass es darauf ankommt, ob sie diese Möglichkeit nutzen oder nicht.»¹⁹ Sowohl beim On-Demand-Streaming als auch beim Live-Streaming geben Online-Inhaltedienste den Konsumentinnen und Konsumenten Zugang zu einem Werk; demnach liegt eine Handlung der Wiedergabe vor. Hinsichtlich des zweiten Kriteriums hat der EuGH entschieden, dass Öffentlichkeit «[...] eine unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten umfasst und zudem eine ziemlich grosse Zahl von Personen impliziert.»²⁰ Eine Verbreitung von Werken über Online-Inhaltedienste erfüllt nach Ansicht der BTM dieses Kriterium grundsätzlich. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung weitere Kriterien hinsichtlich der öffentlichen Wiedergabe aufgestellt, wie zum Beispiel die Frage nach dem verwendeten technischen Verfahren, dem Erwerbzweck oder dem neuen Publikum; diese wendet er jedoch flexibel und mit Blick auf den konkreten Fall an. Hinsichtlich des Geoblockings ist insbesondere das Kriterium des neuen Publikums wesentlich. Demnach liegt eine (einwilligungspflichtige) öffentliche Wiedergabe vor, wenn sie sich an ein neues Publikum richtet; das heisst, an ein Publikum, an das die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber nicht gedacht haben, als sie die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe erlaubten.²¹ Sind Online-Inhaltedienste im Besitz einer Lizenz für eine öffentliche Wiedergabe an das sich in der Schweiz befindliche Publikum, würde jede Wiedergabe an ein darüber hinausgehendes Publikum wiederum die Einwilligung der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber voraussetzen. Liegt unter Berücksichtigung aller Kriterien eine (erneute) öffentliche Wiedergabe vor, greifen die Online-Inhaltedienste mit ihrem Angebot in die Rechte der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber ein. Der EuGH hat aber stets betont, dass die Beurteilung jeweils vom konkreten Einzelfall abhängig sei.²² Ob

¹⁶ InfoSoc-Richtlinie E. 33 S. 12–13. Vgl. auch das Urteil des EuGH C-360/13 vom 5. Juni 2014.

¹⁷ Vgl. u. a. Urteil des EuGH C-527/15 vom 26. April 2017, Urteil des EuGH C-160/15 vom 8. September 2016 und die darin aufgeführte Rechtsprechung.

¹⁸ Vgl. Urteil des EuGH C-607/11 vom 7. März 2013, Rz. 21 und 31

¹⁹ Urteil des EuGH C-306/05 vom 7. Dezember 2006, Rz. 43

²⁰ Urteil des EuGH C-607/11 vom 7. März 2013, Rz. 32

²¹ Vgl. u. a. Urteil des EuGH C-306/05 vom 7. Dezember 2006, Urteil des EuGH C-607/11 vom 7. März 2013 und Urteil des EuGH C-466/12 vom 13. Februar 2014.

²² Vgl. dazu beispielhaft das Urteil des EuGH C-527/15 vom 26. April 2017, Rz. 28.

eine öffentliche Wiedergabe vorliegt und ein Online-Inhaltedienst eine Lizenz von den Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern benötigt, muss somit grundsätzlich von Fall zu Fall entschieden werden.²³ Wichtig ist, dass die Mitgliedstaaten die vom EuGH entwickelten Beurteilungskriterien beachten müssen, weshalb ein europaweit einheitliches Verständnis einer öffentlichen Wiedergabe besteht.²⁴

Da bei den verschiedenen Streaming-Angeboten somit bereits auf europäischer Ebene verschiedene Rechte der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber betroffen sind, benötigen Online-Inhaltedienste eine Lizenz der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber, wenn sie den Konsumentinnen und Konsumenten geschützte Inhalte bereitstellen wollen. Aufgrund der jeweils nationalen Geltung des Urheberrechts und den Überlegungen aus dem Schutzlandprinzip bräuchten sie grundsätzlich²⁵ für jedes Land eine Lizenz, in dem sie die audiovisuellen Inhalte bereitstellen bzw. eine urheberrechtlich relevante Handlung vornehmen.

Der Schluss liegt nahe, dass die urheberrechtliche Notwendigkeit, Lizenzen einzuholen, und das Territorialitätsprinzip eine Aufteilung des Lizenzmarkts nach Ländern fördern und damit wesentliche Faktoren für das Geoblocking sind. Das Urheberrecht ist jedoch nur ein Element unter vielen. Es gibt bekanntlich kein übergeordnetes Verbot, Urheber- und Leistungsschutzrechte in verschiedenen Ländern oder gar europaweit an gleichzeitig mehrere Lizenznehmerinnen und Lizenznehmer zu lizenzieren. Den Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern wäre es somit möglich, ihre Inhalte allen interessierten Online-Inhaltediensten zur Verfügung zu stellen und ihnen Lizenzen für alle Länder einzuräumen. Auch aus Sicht der Online-Inhaltedienste gibt es keinen urheberrechtlichen Grund, nicht europaweite Lizenzen einzuholen. Auf diese Weise könnten Konsumentinnen und Konsumenten innerhalb Europas ihren (abonnierten) Dienst ohne Weiteres grenzenlos nutzen – das Geoblocking wäre hinfällig. Weshalb dies in der Praxis nicht so gehandhabt wird, soll nachfolgend erläutert werden.

7.2 Geoblocking aus Sicht der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber

Aufgrund der Urheber- und Leistungsschutzrechte können die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber bestimmen, wer welche Rechte zur Nutzung der Werke und Leistungen erhält bzw. wie die Verwertung ausgestaltet sein soll. Verschiedene strukturelle Gegebenheiten und darauf basierende Überlegungen der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber führen zu komplexen Verwertungsstrategien von audiovisuellen Produktionen.

Erstens haben Filmproduktionen enorme Fixkosten. Das durchschnittliche Budget eines europäischen Kinofilms betrug bereits 2016 rund 3.17 Mio. EUR.²⁶ Bei amerikanischen Produktionen sieht es ähnlich aus, wenngleich diese teilweise noch deutlich höhere Produktionskosten zu verzeichnen haben. So kostet eine amerikanische Spielfilmproduktion je nach Filmgenre durchaus zwischen durchschnittlich 10 bis 70 Mio. USD, worin die Marketingkosten noch nicht eingerechnet sind.²⁷ Für die Amortisation der Produktion ist es wichtig, dass der Film sein volles Potenzial ausschöpfen kann. Dafür haben sich im audiovisuellen Bereich über Jahrzehnte hinweg spezifische Verwertungsmodelle etabliert.²⁸ Ein Film wird in der Regel zuerst im Kino gezeigt. Danach ist er auf DVD, Blu-ray oder als Stream (VoD) erhältlich, bevor er schliesslich im linearen Fernsehen (Pay-TV und Free-TV) gezeigt wird. Diese sogenannte Verwertungskaskade kann zeitlich, örtlich und nach Sprachen gestaffelt sein.²⁹ Ein Film ist in Frankreich unter Umständen bereits auf DVD erhältlich, während er in der Schweiz erst in die Kinos kommt. Wenn überhaupt, gelangen Filme oft erst nach der Kinoauswertung in die Gewinnzone.³⁰ Aus Sicht der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber ist es deshalb wichtig, dass die einzelnen Verwertungsstufen, insbesondere die Kinoauswertung, nicht gefährdet werden.³¹

²³ Mehr hierzu nachfolgend unter Ziff. 9.1.

²⁴ Schulte zu Sundern, Friederike (2020): Onlineangebot von Sendeunternehmen. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, S. 147.

²⁵ Zu einzelnen Erleichterungen auf EU-Ebene vgl. nachfolgend Ziff. 8.1.

²⁶ European Audiovisual Observatory (Hrsg.) (2018): Fiction film financing in Europe: A sample analysis of films released in 2016. Strasbourg, S. 35. Kann abgerufen werden unter: <https://rm.coe.int/fiction-film-financing-in-europe-2018/1680902fd9> (Stand: 14.5.2020).

²⁷ Wirz, Anna-Lena (2019): Media-Streaming und Geoblocking. Eine urheberrechtliche Analyse der Werkverwertung durch On-Demand-Dienste. 1. Aufl. Wiesbaden: Springer Fachmedien, S. 107; <https://stephenfollows.com/> > Research > How much does the average movie cost to make? (Stand 17.9.2020).

²⁸ Schwarz, Mathias (2011): Die Praxis der segmentierten Rechtevergabe im Bereich Film. In: ZUM 10/2011, S. 700.

²⁹ Schwarz, Mathias (2011): Die Praxis der segmentierten Rechtevergabe im Bereich Film. In: ZUM 10/2011, S. 700.

³⁰ Schlussbericht AGUR12 vom 28. November 2013, S. 12. Kann abgerufen werden unter: https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/recht/national/d/urheberrecht/Schlussbericht_der_AGUR12_vom_28_11_2013_DE.pdf (Stand: 14.5.2020).

³¹ Vgl. auch Ohly, Ansgar (2015): Geoblocking zwischen Wirtschafts-, Kultur-, Verbraucher- und Europapolitik. In: ZUM 12/2015, S. 945.

Zweitens sind nicht alle Studios in der Lage, die hohen Produktionskosten eines Films alleine zu tragen. Oft schliessen sich deshalb mehrere Produzierende für eine Co-Produktion zusammen. Dabei teilen sie regelmässig die an dem Filmwerk entstehenden Rechte untereinander auf. Die Aufteilung erfolgt meist länderspezifisch und im Verhältnis zur jeweiligen Beteiligung am Budget. Die Produzierenden lizenzieren den Film anschliessend an die nationalen Verleiher in «ihren» Ländern.³²

Drittens ist wichtig, welches Potenzial ein Film voraussichtlich entfalten kann. Die Erstaufführung einer europäischen Produktion erfolgt in der Regel über den nationalen Verleiher im Land des Produzierenden (Herkunftsland). In den anderen europäischen Ländern wird der Filmstart später durch dort ansässige Verleiher organisiert. Für diese stellt ein (zeitgleiches) Herausbringen des Films in ihrem Land – ohne Kenntnis des Potenzials des Films in seinem Herkunftsland – ein grosses wirtschaftliches Risiko dar. Deshalb kommt es oft erst dann zur Vergabe der Kino- oder zumindest TV- und VoD-Rechte in andere europäische Länder, wenn der Film in seinem Herkunftsland ein Erfolg geworden ist.³³

Viertens sind auch nationale Kriterien wichtig, wie zum Beispiel die Notwendigkeit von Untertiteln oder synchronisierten Filmfassungen. Auch nationale Filmförderbestimmungen können unter Umständen in verschiedenen Ländern zu zeitverschobenen Kinostarts führen.³⁴

Unter Einbezug all dieser Faktoren sind die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber bestrebt, dass eine Produktion (in allen Ländern) ihr volles (wirtschaftliches) Potenzial ausschöpfen kann. Wäre ein Film, der in Frankreich über einen VoD-Dienst vertrieben wird, gleichzeitig für Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten erhältlich, würde möglicherweise kaum mehr jemand in die heimischen Kinos gehen, um sich den Film anzuschauen. Für die Schweizer Filmverleiher ist es deshalb wichtig, dass der von ihm in die Kinos gebrachte Film nicht bereits anderweitig zugänglich ist. Andernfalls bricht die Verwertungskaskade zusammen und der Film entfaltet in der Schweiz sehr wahrscheinlich nicht sein volles Potenzial. Der schweizerische Gesetzgeber ist sich der Relevanz der Verwertungskaskade bewusst. So findet sich bspw. in Artikel 12 Absatz 1^{bis} URG eine Norm, welche die Kinoauswertung schützen soll.

Damit sich die verschiedenen Lizenznehmerinnen und Lizenznehmer nicht «ins Gehege kommen», ist die Möglichkeit zur Vergabe exklusiver Lizenzen wichtig; sei es für einzelne Verwertungsarten oder für gesamte Rechtepakete oder bestimmte Territorien.³⁵ Die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber berufen sich deshalb auf ihre Vertragsfreiheit und versuchen, mittels Geoblocking die bestehenden Verwertungsstrukturen zu erhalten.³⁶

Anders kann die Verwertung von Produktionen aussehen, wenn diese primär den Online-Bereich im Fokus hat und die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber gleichzeitig Betreiberinnen bzw. Betreiber von Online-Inhaltediensten sind. In diesen Fällen nehmen die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber die Online-Verwertung in aller Regel gleich selber vor (man denke an Eigenproduktionen der Online-Inhaltedienste wie z. B. Amazon Originals oder Netflix Originals). An Eigenproduktionen sind viele Personen beteiligt, die Rechte an der Produktion geltend machen können (Regisseure, Drehbuchautorinnen usw.). Charakteristisch für die Eigenproduktion ist, dass die beteiligten Personen häufig ihre Rechte an das produzierende Unternehmen lizenzieren. Eigenproduktionen von Online-Inhaltediensten sind deshalb oftmals in den meisten Ländern zugänglich, in denen diese tätig sind. Konsumentinnen und Konsumenten sind dann häufig nicht von einem Geoblocking betroffen. Geoblocking kann aber selbst bei Eigenproduktionen eine Rolle spielen. Dies zum Beispiel dann, wenn die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber die Streamingrechte an Eigenproduktionen in spezifischen Ländern an Dritte vergeben.

³² Stellungnahme der Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V. – (Transparenzregisternummer 54716776916-18) zum Grünbuch der Europäischen Kommission über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken (KOM (2011) 427/3). Kann abgerufen werden unter: https://www.produzentenallianz.de/wp-content/uploads/2018/11/Stellungnahme_der_Allianz_Deutscher_Produzenten_zum_Gruenbuch_ueber_den_Onlinevertrieb_audiovisueller_Werke_18112011-1.pdf (Stand: 14.5.2020).

³³ Schwarz, Mathias (2011): Die Praxis der segmentierten Rechtevergabe im Bereich Film. In: ZUM 10/2011, S. 701.

³⁴ Schwarz, Mathias (2011): Die Praxis der segmentierten Rechtevergabe im Bereich Film. In: ZUM 10/2011, S. 700–701.

³⁵ Stellungnahme der Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V. – (Transparenzregisternummer 54716776916-18) zum Grünbuch der Europäischen Kommission über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken (KOM (2011) 427/3). Kann abgerufen werden unter: https://www.produzentenallianz.de/wp-content/uploads/2018/11/Stellungnahme_der_Allianz_Deutscher_Produzenten_zum_Gruenbuch_ueber_den_Onlinevertrieb_audiovisueller_Werke_18112011-1.pdf (Stand: 14.5.2020).

³⁶ Verbraucherzentrale Rheinland-Pfalz e.V. (Hrsg.) (2017): Geoblocking – Digitale Inhalte grenzüberschreitend nutzen? Eine Untersuchung der Verbraucherzentralen – Mai 2017. Mainz, S. 14. Kann abgerufen werden unter: <https://www.marktwaechter.de/sites/default/files/downloads/marktwaechter-untersuchung-geoblocking-portabilitaet.pdf> (Stand: 11.5.2020).

Auch kommt es vor, dass ein Online-Inhaltedienst erst nach und nach in verschiedenen Ländern tätig wird. Ältere Eigenproduktionen sind dann oft nur in Ländern erhältlich, in denen die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber ihren Online-Inhaltedienst zum Zeitpunkt des Rechteerwerbs betrieben haben.

Sofern Werke oder Leistungen im Dienst der SRG entstehen, lässt sich die SRG von ihren Angestellten grundsätzlich die Rechte für eine weltweite Verwendung abtreten. Sofern Werke oder Leistungen im Auftrag der SRG entstehen, lässt sie sich ebenfalls möglichst sämtliche Rechte für eine weltweite Verwendung abtreten. Solche Dienst- und Auftragswerke können Inhalte von Dritten enthalten, für die die SRG die Rechte immer nur für die Schweiz erwirbt, da die entsprechenden Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber territoriale Lizenzen vergeben. Nicht nur beim Film, sondern beispielsweise auch im Sportbereich erfolgt die Lizenzierung der Spielübertragungen durch die nationalen und internationalen Sportverbände territorial, das heisst länderspezifisch. Oft werden dabei nationale oder internationale Lizenzpakete vergeben. Eine Besonderheit bei Sportrechten ist, dass diese nur kurzfristig verwertbar sind (z. B. bei Live-Übertragungen). Ein Fussballspiel vom Vortag interessiert in der Regel niemanden mehr. Zudem sind Sportrechte ein relativ knappes Gut, da sie in den Händen einzelner grosser Sportverbände liegen. Um auch hier das volle Potenzial ausschöpfen zu können, will jede und jeder potenzielle Lizenznehmende möglichst konkurrenzlos die sie bzw. ihn interessierenden Rechte erwerben. In den Verträgen über Sportrechte spielt deshalb (zeitliche oder örtliche) Exklusivität eine zentrale Rolle. Aus Sicht der Sportverbände bzw. der Veranstalterinnen und Veranstalter führt die exklusive Vergabe von Sportrechten zu einer Verknappung des Angebots und damit in der Regel zu steigenden Preisen bzw. höheren Gewinnen. Letztlich erhält unter Umständen nur eine oder einer von vielen möglichen Lizenznehmenden die nationalen Übertragungsrechte an einem spezifischen Sportereignis. Um die territoriale Exklusivität zu garantieren, müssen sich alle Lizenznehmenden bereiterklären, die Möglichkeit des Empfangs der Sportsendung ausserhalb ihres Territoriums zu verhindern. Denn im Ausland gibt es in der Regel ebenfalls jeweils eine Lizenznehmerin oder einen Lizenznehmer, die oder der sich darauf verlässt, in ihrem bzw. seinem Gebiet exklusiv tätig zu sein.³⁷ Selbst nationale Sportereignisse von auch primär nationalem Interesse unterliegen diesen Mechanismen. So vergeben beispielsweise viele Schweizer Sportverbände ebenfalls nationale oder internationale Lizenzpakete an ihren Sportereignissen. Wer die Live-Übertragungen ausserhalb der Schweiz zeigen will, ist deshalb auf das internationale Lizenzpaket angewiesen. Das gilt auch für Unternehmen mit Service-public-Auftrag wie die SRG. Für die Produktion und die Verwertung von Sportübertragungen schliesst sie mit den nationalen (oder internationalen) Sportverbänden Verträge ab. Dabei erwirbt sie in aller Regel die Rechte für die Schweiz (vgl. nachfolgend). Online erfolgt die Einhaltung der erworbenen Lizenzpakete, wie beim Film auch, mittels Geoblocking.

7.3 Geoblocking aus Sicht der Online-Inhaltedienste

Eine länderspezifische Lizenzierung ist unter Umständen auch für die Online-Inhaltedienste von Vorteil. Dadurch können sie sich entscheiden, nur in bestimmten Märkten tätig zu werden oder zumindest einzelne Inhalte nur für spezifische Märkte zu erwerben. Die Online-Inhaltedienste bringen gegenüber der BTM vor, dass der Erwerb von weltweiten Lizenzen zu erheblichen Mehrkosten führen würde, die sie möglicherweise nicht tragen könnten. Im Übrigen seien ihre Inhalte nicht für alle Konsumentinnen und Konsumenten aus allen Ländern gleich interessant. Sind Online-Inhaltedienste gleichzeitig die Rechteinhaber der Inhalte, so machen sie diese Eigenproduktionen häufig und soweit ihnen möglich in allen Ländern zugänglich, in denen sie tätig sind. Die Inhalte sind insoweit portabel.

Gerade im Sportbereich können Exklusivlizenzen zu Wettbewerbsvorteilen führen. Wer einen Sportanlass exklusiv zeigen kann, hebt sich von seinen Konkurrentinnen und Konkurrenten ab. Die getätigten Investitionen lassen sich durch den Verkauf von Werbeblöcken – und möglicherweise auch durch steigende Zuschauerzahlen – wieder einbringen.³⁸ Ein Online-Inhaltedienst wird in aller Regel prüfen, ob er nationale oder internationale Lizenzpakete erwerben will oder kann. Nicht immer wird der Erwerb eines internationalen Lizenzpaketes möglich sein. Denn auch der Sportmarkt funktioniert nach dem Prinzip der territorialen Lizenzvergabe. So verfolgen Schweizer Ligen und Veranstalter in der Regel das Interesse, dass die Rechte im Ausland separat verwertet werden. Dafür vergeben sie eigene internationale Lizenzen, die mit einer Lizenzgebühr abgegolten werden und mit Verwertungspflichten im Ausland verbunden sind. Einem Unternehmen mit Service-public-Auftrag wie der

³⁷ Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.) (2016): Audiovisuelle Sportrechte zwischen Exklusivität und dem Recht auf Information. Strassburg, S. 25. Kann abgerufen werden unter: <https://rm.coe.int/iris-plus-2016-2-sport-rights-de/168078835c> (Stand 14.5.2020).

³⁸ Europäische Audiovisuelle Informationsstelle (Hrsg.) (2016): Audiovisuelle Sportrechte zwischen Exklusivität und dem Recht auf Information. Strassburg, S. 25. Kann abgerufen werden unter: <https://rm.coe.int/iris-plus-2016-2-sport-rights-de/168078835c> (Stand 14.5.2020).

SRG ist ein solcher Erwerb deshalb oft nicht möglich. Die SRG erwirbt deshalb in aller Regel das nationale Lizenzpaket für die Schweiz.

Erhalten Online-Inhaltedienste regional beschränkte Lizenzen für die von ihnen angebotenen Inhalte, müssen sie sicherstellen, dass sie diese Inhalte nur in den ihnen lizenzierten Gebieten zur Verfügung stellen. Ansonsten verstossen sie unter Umständen gegen Urheberrechte oder Lizenzverträge.³⁹ Mit dem Einsatz von Geoblocking können sie dem entgegenwirken. Wie bereits erwähnt, ermöglicht das Geoblocking, Personen aus einem bestimmten geografischen Gebiet von der Nutzung bestimmter Inhalte auszuschliessen.

7.4 Fazit

Die territoriale Geltung des Urheberrechts kann zwar ein Grund für die Marktaufteilung und das damit einhergehende Geoblocking im audiovisuellen Sektor sein. In der Praxis sind dafür jedoch andere, möglicherweise gewichtigere Gründe ausschlaggebend.

Wichtig scheinen insbesondere finanzielle Überlegungen zu sein; bei gewissen Filmproduktionen beispielsweise die Praxis, die Verwertungskaskade (von der Kino- bis zu Fernsehauswertung) möglichst lange aufrechtzuerhalten, um so die Produktion amortisieren zu können. Sobald die Verwertung anders ausgestaltet ist (beispielsweise primär online über eigene Kanäle), verliert auch das Geoblocking zunehmend an Bedeutung. Verwerten Online-Inhaltedienste ihre Eigenproduktionen über ihre Dienste, so machen sie diese häufig und soweit ihnen möglich in allen Ländern zugänglich, in denen sie tätig sind. Diese Produktionen sind deshalb oft (aber nicht immer) grenzüberschreitend verfügbar.

Das Geoblocking kann in gewissen Fällen auch dazu dienen, dass die Lizenznehmerinnen und Lizenznehmer in ihrem jeweiligen Land die erworbenen Rechte konkurrenzlos ausüben und so ihre dafür getätigten Ausgaben einholen können.

Im Sportbereich ist das Auswertungsfenster kürzer als im Filmbereich, da in der Regel vor allem Live-Übertragungen von Sportanlässen interessant sind. Sowohl die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber als auch die Online-Inhaltedienste müssen innerhalb einer kurzen Zeitspanne ihre Verwertung vornehmen. Hier hat sich eine territoriale Verwertung (nach Vorbild der internationalen Sportverbände) auch bei den schweizerischen Sportverbänden durchgesetzt. Um nationale Sportereignisse im Ausland zeigen zu können, braucht es deshalb entsprechende Lizenzen.

Für Online-Inhaltedienste sind beim Erwerb der Lizenzen Überlegungen in Bezug auf die Lizenzkosten und das relevante Publikum massgebend.

Das Geoblocking bietet die Möglichkeit, die gewählten Verwertungsmodelle und die dahinterstehenden Interessen im Internet abzusichern. Es ist damit nicht urheberrechtlicher Selbstzweck, sondern dient der Sicherung der Interessen der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber sowie der Online-Inhaltedienste.

8 Geoblocking in der EU und in der Schweiz

8.1 Situation in der EU

8.1.1 Ausgangslage und Ziel der EU-Regelungen

Im Jahr 2015 stellte die Europäische Kommission ihre Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa⁴⁰ vor. Mit der Strategie verfolgt sie das Ziel, den Entwicklungen der Informations- und Kommunikationstechnologie gerecht zu werden. Kernelement ist die Schaffung eines digitalen Binnenmarktes, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Bestehende Barrieren und fragmentierte

³⁹ Mehr hierzu vorangehend unter Ziff. 7.1 und nachfolgend unter Ziff. 9.

⁴⁰ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 6.5.2015: Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final.

Märkte werden als Bremse des digitalen Binnenmarktes identifiziert.⁴¹ Die Strategie will dem entgegenwirken und beruht auf drei Pfeilern⁴²:

1. Besserer Online-Zugang für Verbraucherinnen und Verbraucher sowie Unternehmen zu Waren und Dienstleistungen in ganz Europa.
2. Schaffung der richtigen Bedingungen für florierende digitale Netze und Dienste.
3. Bestmögliche Ausschöpfung des Wachstumspotenzials der europäischen digitalen Wirtschaft.

Unter dem Blickwinkel des verbesserten Zugangs zu digitalen Inhalten nimmt sich die Strategie unter anderem dem europäischen Urheberrecht und der darin enthaltenen Portabilitätsthematik an.⁴³

Bis vor einiger Zeit waren Konsumentinnen und Konsumenten aus der EU damit konfrontiert, dass Online-Inhalte über die Landesgrenze ihres Wohnsitzstaates hinaus nicht portabel waren. Dies stand im Widerspruch zu einem reibungslos funktionierenden digitalen Binnenmarkt, wie ihn die Europäische Kommission vorsah. Sie hat deshalb im Nachgang zur Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa mit verschiedenen rechtlichen Instrumenten auf die Schwierigkeiten bei der Portabilität von Online-Inhalten reagiert. Diese Instrumente nehmen das Ziel der Strategie auf und betonen die Wichtigkeit des reibungslos funktionierenden Binnenmarktes unter Berücksichtigung bestehender Finanzierungsmechanismen und Systemen der Lizenzvergabe.

8.1.2 Die europäische Portabilitätsverordnung

In der EU⁴⁴ gilt seit dem 1. April 2018 die Verordnung (EU) 2017/1128 (Portabilitätsverordnung)⁴⁵. Diese hält in Erwägung 1 fest, dass für einen reibungslos funktionierenden Binnenmarkt und die effektive Durchsetzung der Grundsätze der Freizügigkeit und des freien Dienstleistungsverkehrs der unionsweite ungehinderte Zugriff auf Online-Inhaltedienste, die Abonentinnen und Abonnenten in ihrem Wohnsitzmitgliedstaat rechtmässig bereitgestellt werden, wichtig ist. Deshalb sollen sie ihre Online-Inhaltedienste nicht nur zu Hause nutzen können, sondern auch dann, wenn sie sich vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten. Zur Veranschaulichung der Problematik nennt die EU-Kommission unter anderem folgende Beispiele⁴⁶:

- Eine Person aus Nordeuropa, die während des Urlaubs in Italien über ihr Home-Box-Office-Abonnement Filme anschauen möchte, erhält die Nachricht, dass der Dienst nur in Schweden, Norwegen, Dänemark und Finnland verfügbar ist.
- Eine französische Nutzerin oder ein französischer Nutzer von MyTF1 kann keine neuen Filme mieten, wenn sie bzw. er sich auf Geschäftsreise in Grossbritannien befindet.

Die Portabilitätsverordnung schafft die Rahmenbedingungen dafür, dass in diesen Fällen die Freizügigkeit und der freie Dienstleistungsverkehr gewahrt bleiben. Dies tut sie mit einer Fiktion in Bezug auf den Zugriffsort auf die Online-Inhaltedienste (vgl. Art. 4): «Die Bereitstellung eines Online-Inhaltedienstes nach dieser Verordnung für einen Abonnenten, der sich vorübergehend in einem Mitgliedstaat aufhält, sowie der Zugriff auf diesen Dienst und seine Nutzung durch den Abonnenten gelten als ausschliesslich im Wohnsitzmitgliedstaat des Abonnenten erfolgt.» Reisen EU-Bürgerinnen und -Bürger vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat, nehmen sie somit ihren Wohnsitz mit und sie werden behandelt, als ob sie von zu Hause aus auf den abonnierten Online-Inhaltedienst zugreifen würden. Diese Regelung stellt sicher, dass die Online-Inhaltedienste keine fremden Urheberrechte verletzen, wenn sie ihren Abonentinnen und Abonnenten Werke ausserhalb des von ihnen lizenzierten Gebiets zugänglich machen. Für die erweiterte Nutzungsmöglichkeit dürfen den Abonentinnen und

⁴¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 6.5.2015: Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final, S. 3.

⁴² Vgl. im Detail Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 6.5.2015: Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final, S. 4.

⁴³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 6.5.2015: Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final, S. 7–8.

⁴⁴ Bzw. EWR: <https://www.efta.int/> > EEA-Lex > 32017R1128 (Stand: 9.6.2020).

⁴⁵ Verordnung (EU) Nr. 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt, ABl. L 168 vom 30.6.2017, S. 1.

⁴⁶ Europäische Kommission (2017): Factsheet: Digitaler Binnenmarkt – Portabilität von Online-Inhaltediensten, Frage 5. Kann abgerufen werden unter: https://ec.europa.eu/info/index_de > Presseraum > Digitaler Binnenmarkt (Stand: 19.5.2020).

Abonnenten keine zusätzlichen Gebühren in Rechnung gestellt werden. Die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber müssen dulden, dass die Online-Inhaltedienste ihren Kundinnen und Kunden die Inhalte vorübergehend in Gebieten zur Verfügung stellen, in denen sie keine Lizenz haben. Vertragsklauseln, welche die grenzüberschreitende Portabilität untersagen oder beschränken, sind nicht durchsetzbar. Bestehende Lizenzierungsmodelle, etwa das System der Gebietslizenzvergabe, sollen jedoch weder geändert, noch die bestehenden Finanzierungsmechanismen beeinträchtigt werden. Die EU erläutert, dass auch das in der Union garantierte hohe Schutzniveau des Urheberrechtes und der verwandten Schutzrechte nicht abgesenkt werden soll.⁴⁷

Das Ermöglichen der grenzüberschreitenden Portabilität ist innerhalb des europäischen Binnenmarktes nur für Anbieterinnen und Anbieter entgeltlicher Online-Inhaltedienste zwingend. Kostenlosen Online-Inhaltsdiensten steht die Entscheidung frei, ob sie ihr Angebot ihren Nutzerinnen und Nutzern während eines vorübergehenden Auslandsaufenthaltes zur Verfügung stellen. Gleiches gilt für öffentlich-rechtliche Sendeunternehmen (bzw. öffentliche Rundfunkdienste). Auch sie fallen nicht automatisch in den Anwendungsbereich der Portabilitätsverordnung.

Alle Online-Inhaltedienste müssen – sobald sie in den Anwendungsbereich der Portabilitätsverordnung fallen – verschiedene Pflichten erfüllen; beispielsweise müssen sie prüfen, aus welchem Wohnsitzland die jeweiligen Abonnentinnen und Abonnenten stammen. Damit wird sichergestellt, dass nur denjenigen Abonnierenden der grenzüberschreitende Zugriff auf den Dienst gewährt wird, die aus einem EU-Mitgliedstaat kommen. Für alle anderen (z. B. Schweizerinnen und Schweizer) bleibt das Geoblocking in Kraft. Diese Prüfung können die Anbieterinnen und Anbieter von Online-Inhaltediensten anhand bestimmter Informationen vornehmen, wie zum Beispiel Zahlungsangaben gemäss Bankkonto oder Kreditkarte, bestehende Internetanschlussverträge oder IP-Adressprüfung. Dabei müssen sie sich an die Datenschutzvorschriften der EU halten.⁴⁸

Verschiedene Online-Inhaltedienste – wie zum Beispiel Maxdome und Apple – haben nach Inkrafttreten der Portabilitätsverordnung ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen angepasst. Demgegenüber informieren beispielsweise Amazon Prime Video und Netflix über ihren Kundendienst oder das Helpcenter über die Portabilität ihres Angebots (Stand: Dezember 2019). Damit haben die Online-Inhaltedienste auf die Portabilitätsverordnung reagiert. Gemäss einer Umfrage der Verbraucherzentrale Rheinland-Pfalz vom Oktober 2018 funktionierte dennoch bei jeder zweiten Nutzerin bzw. bei jedem zweiten Nutzer der Online-Inhaltedienst nicht so wie zu Hause. Dabei gaben rund ein Viertel der Befragten an, dass ihre Streaming-Inhalte im EU-Ausland nicht oder nicht immer erhältlich waren; dies selbst dann nicht, wenn sie die Inhalte in ihrem Wohnsitzmitgliedstaat heruntergeladen hatten.⁴⁹

Die Portabilitätsverordnung gilt lediglich innerhalb des europäischen Binnenmarktes (bzw. des EWR). Reist ein EU-Bürger vorübergehend in die Schweiz oder in die USA, wird er in aller Regel weiterhin am Zugriff auf seinen abonnierten Online-Inhaltedienst gehindert.

8.1.3 Die Richtlinie über Fernseh- und Hörfunkprogramme im Netz

Am 6. Juni 2019 ist die Richtlinie (EU) 2019/789⁵⁰ (im Folgenden: Online-SatCab-Richtlinie) in Kraft getreten. Sie ergänzt die bestehende Richtlinie 93/83/EWG⁵¹ (Satelliten- und Kabelrichtlinie) der EU.

Die Online-SatCab-Richtlinie soll das ordnungsgemässe Funktionieren des europäischen Binnenmarktes fördern. Dafür soll die Lizenzierung von Rechten an Fernseh- und Hörfunkprogrammen erleichtert werden, die Sendeunternehmen über ihre eigenen Online-Inhaltedienste zur Verfügung stellen wollen.⁵² Die Sender können neu also bestimmte Programme in allen EU-Ländern anbieten. Unter genau festgelegten Bedingungen sind auch Weiterverbreitungsdienste erfasst, die über das Internet erbracht werden.

⁴⁷ Portabilitätsverordnung E. 12 S. 3 und E. 31 S. 7

⁴⁸ Portabilitätsverordnung E. 26 S. 5.

⁴⁹ Kann abgerufen werden unter: <https://www.marktwaechter.de> > Pressemeldung > Geoblocking: Weiterhin Probleme beim Streaming im EU-Ausland (Stand: 20.5.2020).

⁵⁰ Richtlinie (EU) 2019/789 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 mit Vorschriften für die Ausübung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Sendeunternehmen und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen und zur Änderung der Richtlinie 93/83/EWG des Rates, ABl. L 130 vom 17.5.2019, S. 82.

⁵¹ Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27.9.1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. L 248 vom 6.10.1993, S. 15.

⁵² Online-SatCab-Richtlinie E. 1 S. 82

Ursprünglich wollte die Richtlinie im Bereich der Fernseh- und Hörfunkprogramme umfassend das Herkunftslandprinzip (auch Ursprungsland- oder Sendelandprinzip) einführen. Danach hätten Fernseh- und Radiosender die nötigen Rechte für ihre gesamten Online-Programminhalte einzig im Mitgliedstaat ihres Sitzes (ihrer Hauptniederlassung) erwerben müssen. Sie hätten ohne weitere Rechteeinholung die Inhalte in allen EU-Mitgliedstaaten online zugänglich machen dürfen. Dagegen gab es massiven Widerstand seitens der Filmbranche.⁵³ Deshalb sollte eine Kompromisslösung gefunden werden, die sowohl dem Schutz des geistigen Eigentums als auch den Grundfreiheiten der EU angemessen Rechnung trägt.

Folglich wurde der Anwendungsbereich der Online-SatCab-Richtlinie im Vergleich zum ursprünglichen Vorhaben stark eingeschränkt. Indem sie nur noch ausgewählte Programminhalte erfasst, trägt die Richtlinie den Besonderheiten im Finanzierungs- und Lizenzierungsverfahren bestimmter audiovisueller Werke Rechnung. Sie bezieht sich im Bereich des Fernsehens einzig auf Nachrichtensendungen, Sendungen zum aktuellen Geschehen und von den Sendeunternehmen vollständig finanzierte Eigenproduktionen.⁵⁴ Sportübertragungen beispielsweise sind ausdrücklich nicht von der Richtlinie erfasst.⁵⁵

Die Online-SatCab-Richtlinie gilt innerhalb des europäischen Binnenmarktes (bzw. künftig im gesamten EWR).⁵⁶ Sie findet allerdings keine direkte Anwendung in den Mitgliedstaaten. Diese müssen die Vorgaben der Richtlinie bis zum 7. Juni 2021 in nationales Recht umsetzen. Bei der Wahl der Form und der Mittel sind sie weitgehend frei, weshalb es im Einzelnen zwischen den Mitgliedstaaten Unterschiede in der Umsetzung geben kann. Die Beurteilung, ob die Regelungen korrekt umgesetzt worden sind, erfolgt jedoch nach gemeinschaftsrechtlichen Kriterien.⁵⁷

8.2 Situation in der Schweiz

Die Schweiz ist nicht Teil des europäischen Binnenmarktes und auch nicht Teil des EWR. Sie unterliegt deshalb grundsätzlich nicht dem europäischen Recht. Das heisst, sie wird von der Portabilitätsverordnung und der Online-SatCab-Richtlinie nicht erfasst. Vielmehr wendet die Schweiz ihr Landesrecht an, einschliesslich der internationalen Abkommen, die sie abgeschlossen hat. Mit der EU pflegt die Schweiz verschiedene sektorielle Abkommen. Aufgrund dieser Abkommen hat sich die Schweiz verpflichtet, in bestimmten Bereichen dem EU-Recht gleichwertige Bestimmungen zu erlassen oder bestehendes EU-Recht zu übernehmen. Die Portabilität wird davon nicht erfasst.

8.3 Fazit

Die EU hat sich nicht grundsätzlich gegen exklusive Gebietslizenzen, Territorialität und Vertragsfreiheit ausgesprochen. Unter Berücksichtigung des geistigen Eigentums und spezifischer Finanzierungsmodelle im audiovisuellen Bereich, hat sie aber punktuelle Massnahmen ergriffen, um die Portabilität von Online-Inhalten zu erleichtern bzw. zu ermöglichen.

Insbesondere kostenpflichtige Online-Inhaltedienste haben – unter Einhaltung bestimmter Vorgaben – ihren Kundinnen und Kunden mit Wohnsitz in der EU innerhalb des europäischen Binnenmarktes Zugriff auf deren rechtmässig erworbene Inhalte zu gewähren.

Für Sendeunternehmen und Weiterverbreiter wurde das Herkunftslandprinzip in eingeschränktem Masse auf den Onlinesektor übertragen. Dies ermöglicht die grenzüberschreitende Online-Erhältlichkeit von ausgewählten Programminhalten wie beispielsweise Nachrichtensendungen. Sportübertragungen sind davon nicht erfasst.

Wesentlich ist, dass die Massnahmen der EU spezifisch auf den gemeinsamen Binnenmarkt ausgerichtet sind. Länder wie die Schweiz sind von den Massnahmen nicht erfasst. Somit gewährt die EU sowohl inhaltlich als auch geografisch keine umfassende Portabilität. Das Vorgehen der EU wäre – übertragen auf die Schweiz – in etwa vergleichbar mit der Einführung einer kantonsübergreifenden Regelung zur Sicherung des einheitlichen Schweizer Marktes.

⁵³ <https://urheber.info> > Aktuelles > Freitag, 29.3.2019: Europaparlament beschliesst Reform der SatCab-Richtlinie (Stand: 9.6.2020); <https://spio-fsk.de> > Aktuelles > Archiv > 28.3.2019: Kein «Buy one, get 27 free»: EU-Parlament sichert Territorialitätsprinzip für die europäische Filmwirtschaft (Stand: 9.6.2020).

⁵⁴ Online-SatCab-Richtlinie E. 10 S. 84

⁵⁵ Art. 3 Ziff. 1 Online-SatCab-Richtlinie

⁵⁶ <https://www.efta.int> > EEA-Lex > 32019L0789 (Stand: 9.6.2020).

⁵⁷ Borchardt, Klaus-Dieter (2006): Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 3. Aufl., Heidelberg 2006, Rz. 448 S. 180–181.

Da die Schweiz keine mit der EU vergleichbaren Massnahmen getroffen hat, ist zu prüfen, welche Auswirkungen dies auf Online-Inhaltedienste und auf Konsumentinnen und Konsumenten hat.

9 Die Situation für Online-Inhaltedienste mit Kundinnen und Kunden aus der Schweiz

9.1 Grenzüberschreitendes Zugänglichmachen von geschützten Online-Inhalten

Wenn Online-Inhaltedienste kein Geoblocking anwenden, dann ermöglichen sie ihren Schweizer Kundinnen und Kunden den Zugriff auf die bereitgestellten Inhalte auch ausserhalb der Schweiz. Wie bereits erwähnt, benötigt ein Online-Inhaltedienst grundsätzlich für jedes Land, in dem er eine urheberrechtlich relevante Handlung vornimmt, eine Lizenz.⁵⁸ Es stellt sich die Frage, ob hierfür die Online-SatCab-Richtlinie und die Portabilitätsverordnung relevant sein können.

Die Online-SatCab-Richtlinie gilt soweit ersichtlich für alle Sendeunternehmen und Weiterverbreiter, die ihre Hauptniederlassung in einem EU-Mitgliedstaat haben.⁵⁹ Sie dürfen auch Schweizerinnen und Schweizern Zugriff auf bestimmte Programminhalte gewähren, solange dieser Zugriff in der EU stattfindet (z. B. während eines Auslandsaufenthalts). Hingegen können sich Schweizer Sendeunternehmen und Weiterverbreiter nicht auf die Online-SatCab-Richtlinie stützen.

Ein Online-Inhaltedienst, der Schweizer Kundinnen und Kunden seine Inhalte grenzüberschreitend in der EU zur Verfügung stellt, kann sich auch nicht auf die Portabilitätsverordnung berufen. Gemäss Artikel 1 in Verbindung mit Artikel 2 gilt die Verordnung nur in Bezug auf Abonentinnen und Abonenten mit Wohnsitz in einem EU-Mitgliedstaat.

Daraus folgt, dass ein Online-Inhaltedienst grundsätzlich eine Lizenz von den Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern benötigt, wenn er sein Angebot grenzüberschreitend zugänglich machen will. Eine andere Beurteilung könnte sich dann ergeben, wenn der Online-Inhaltedienst darauf bedacht ist, im Ausland nicht in die Rechte der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber einzugreifen. Mit Blick auf das Recht der öffentlichen Wiedergabe wäre unter Umständen relevant, ob der Online-Inhaltedienst sein Angebot einem neuen Publikum zugänglich macht oder nicht. Es ist denkbar, dass ein Online-Inhaltedienst von den Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern eine Lizenz für die Schweiz erhalten hat und damit das in der Schweiz wohnhafte Publikum ansprechen darf. Macht der Online-Inhaltedienst sein Angebot diesem Publikum auch während vorübergehender Auslandsaufenthalte zugänglich, wird dadurch wohl kein neues Publikum im Sinne der Rechtsprechung des EuGH angesprochen. Eine (einwilligungspflichtige) erneute öffentliche Wiedergabe in der EU läge dann nicht vor. Da der EuGH jedoch betont hat, dass für die Beurteilung der öffentlichen Wiedergabe der Einzelfall wesentlich ist, können solche Konstellationen nicht pauschal beurteilt werden. Der Online-Inhaltedienst müsste zudem auch darauf achten, dass er keine Vervielfältigungshandlungen vornimmt, für die eine Einwilligung der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber notwendig wäre.⁶⁰ Erst wenn der Online-Inhaltedienst gemäss EU-Recht weder eine öffentliche Wiedergabe vornimmt, noch relevante Vervielfältigungen erstellt, bräuchte er für die grenzüberschreitende Zurverfügungstellung der Inhalte keine (erneute) Einwilligung der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber.

9.2 Vertragsrechtliche Verpflichtung zum Geoblocking

Laut den Rückmeldungen der Online-Inhaltedienste an die BTM, ist der Einsatz von Geoblocking oft Teil ihrer Lizenzverträge mit den Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern. Verzichten sie entgegen einer entsprechenden vertraglichen Verpflichtung auf den Einsatz von Geoblocking, können die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber die Online-Inhaltedienste aufgrund einer Vertragsverletzung verklagen. Dies kann verschiedene rechtliche Folgen haben. Diese sind jedoch sehr vom konkreten Einzelfall abhängig. So wird es darauf ankommen, wo eine Klage einzureichen ist und nach welchem anwendbaren Recht diese beurteilt wird. Denkbare Folgen sind – neben den urheberrechtlichen Konsequenzen – zum Beispiel Schadenersatzansprüche oder Kündigung der Lizenz.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob eine vertragliche Verpflichtung zum Geoblocking überhaupt zulässig ist oder nicht. Für die Beurteilung dieser Frage spielen nicht nur urheberrechtliche Überlegungen eine

⁵⁸ Mehr hierzu vorangehend unter Ziff. 7.1.

⁵⁹ Online-SatCab-Richtlinie E. 12 S. 84; Art. 3 Ziff. 1.

⁶⁰ Mehr zum ganzen Thema vorangehend unter Ziff. 7.

Rolle, sondern auch wettbewerbsrechtliche Aspekte, die hier aber nicht behandelt werden. Soweit es um das Geoblocking zum Schutz von Urheberrechten geht, ist man in der Lehre der Meinung, dass Geoblocking nicht im Widerspruch zu geltendem Recht steht.⁶¹ Dies schliesst allerdings nicht aus, dass in einer konkreten Situation aufgrund rechtlicher Vorgaben auf den Einsatz von Geoblocking verzichtet werden muss (z. B. aufgrund der Portabilitätsverordnung).

Die Missachtung einer vertraglichen Verpflichtung zum Geoblocking kann schliesslich sogar längerfristig negative Folgen für den Online-Inhaltedienst haben. So ist denkbar, dass verschiedene Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber keine Verträge mit einem Online-Inhaltedienst abschliessen werden, bei dem sie nicht sicher sein können, dass er ihre Lizenzbedingungen einhält.

10 Situation für Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten

10.1 Ausgangslage

Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten sind vom Geoblocking betroffen. Befinden sie sich ausserhalb der Schweiz, können sie in der Regel nicht vollständig auf ihre Online-Inhalte zugreifen.⁶² Sie haben nun die Wahl: Entweder sie akzeptieren die Blockade und damit das eingeschränkte Programm oder versuchen, diese zu umgehen. In letzterem Fall stellt sich die Frage, ob diese Umgehung rechtliche Konsequenzen für die Konsumentinnen und Konsumenten hat. Konsequenzen könnten sich einerseits aus einer Klage ergeben, die von den Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern wegen einer allfälligen Verletzung ihrer Rechte eingereicht wird. Da die Konsumentinnen und Konsumenten das Geoblocking nicht in der Schweiz, sondern im Ausland umgehen, prüft die BTM diese Sachlage (im Sinne des Schutzlandprinzips) nach dem europäischen Recht. Ein höchststrichterlicher europäischer Entscheid zur Beurteilung der Umgehungshandlung liegt nach Kenntnis der BTM nicht vor, weshalb die nachfolgende Beurteilung lediglich Anhaltspunkte geben kann. Andererseits könnten sich Konsequenzen auch dann ergeben, wenn die Konsumentinnen und Konsumenten mit der Umgehung des Geoblockings eine vertragliche Verpflichtung gegenüber den Online-Inhaltediensten verletzen. Welches Recht für diese Beurteilung zur Anwendung kommt, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab.

10.2 Das Geoblocking als technische Massnahme und deren Umgehung

Mittels heutiger Technologien ist es einfach, urheberrechtlich geschützte Werke und Leistungen auch ohne Einverständnis der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber zu verwenden. Filme werden in das Internet hoch- bzw. aus dem Internet heruntergeladen, zwischen Nutzerinnen und Nutzern auf Sharing-Plattformen ausgetauscht usw. Um Werke und Leistungen vor dieser unkontrollierten Verwendung zu schützen, gibt es technische Massnahmen. Sie verhindern bzw. schränken die unerlaubte Verwendung von urheberrechtlich geschützten Werken und Leistungen ein. Beispiele technischer Massnahmen sind: Zugangs- und Kopierkontrollen oder Verschlüsselungsmechanismen.

Technische Massnahmen können aber manchmal auch umgangen werden. In diesen Fällen sind die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber nicht mehr vor der unkontrollierten Verwendung ihrer Werke geschützt. Deshalb sehen der WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT)⁶³ und der WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WPPT)⁶⁴ vor, dass die Vertragsstaaten technische Massnahmen vor Umgehungen schützen müssen. Es ist dabei den Vertragsstaaten überlassen, wie sie den Schutz in den nationalen Gesetzen ausgestalten.

Artikel 6 Ziffer 1 InfoSoc-Richtlinie verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten, die wirksamen technischen Massnahmen angemessen zu schützen und ihre Umgehung zu untersagen. Wie alle Richtlinien gilt sie in den Mitgliedstaaten nicht unmittelbar. Sie stellt aber die Grundlage dar für die jeweils nationale Gesetzgebung zu den technischen Massnahmen. Die BTM prüft deshalb im Lichte dieser Richtlinie, ob das Geoblocking in der EU eine vor Umgehung geschützte technische Massnahme ist.

⁶¹ Wirz, Anna-Lena (2019): Media-Streaming und Geoblocking. Eine urheberrechtliche Analyse der Werkverwertung durch On-Demand-Dienste. 1. Aufl. Wiesbaden: Springer Fachmedien, S. 180 (mit weiteren Hinweisen).

⁶² Mehr hierzu vorangehend unter Ziff. 6.

⁶³ SR 0.231.151

⁶⁴ SR 0.231.171.1

10.2.1 Technische Massnahmen zum Schutz von Werken und Leistungen

Artikel 6 Ziffer 3 InfoSoc-Richtlinie bezeichnet als technische Massnahme «[...] alle Technologien, Vorrichtungen oder Bestandteile, die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, Werke oder sonstige Schutzgegenstände betreffende Handlungen zu verhindern oder einzuschränken, die nicht von der Person genehmigt worden sind, die Inhaber der Urheberrechte oder der dem Urheberrecht verwandten gesetzlich geschützten Schutzrechte [...] ist».

Unter die Begriffe «Technologien», «Vorrichtungen» und «Bestandteile» fallen sowohl Soft- als auch Hardware(-komponenten).⁶⁵ Die technische Massnahme muss dazu bestimmt sein, Werke oder sonstige Schutzgegenstände zu schützen. Der Schutz kann über Zugangs- oder Nutzungskontrollen erfolgen.⁶⁶ Wenden Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber technische Massnahmen an, weil sie ihre Werke oder sonstigen Schutzgegenstände schützen wollen, ist der Bestimmungszweck gegeben.⁶⁷ Wenden sie das Geoblocking hingegen an, um ihr Geschäftsmodell zu schützen, ist der Bestimmungszweck verfehlt.

Die InfoSoc-Richtlinie lässt offen, ob nur technische Massnahmen geschützt sind, welche direkt die Urheberrechte der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber betreffen (wie z. B. das Recht, Vervielfältigungen oder öffentliche Wiedergaben zu erlauben oder zu verbieten), oder auch solche, die urheberrechtlich nicht relevante Handlungen betreffen (wie z. B. der reine Werkgenuss). Die EU-Mitgliedstaaten haben unterschiedliche Umsetzungswege gewählt.⁶⁸

In der Regel sind die Online-Inhaltedienste in ihrer Funktion als Lizenznehmer Anwender des Geoblockings. Im Sinne der Richtlinie sind auch Lizenznehmerinnen und Lizenznehmer als Rechteinhabende anzusehen; sie können sich also ebenfalls auf den Schutz technischer Massnahmen berufen. Wie bereits erläutert, gibt es für den Einsatz von Geoblocking verschiedene Gründe:⁶⁹

- Schützen des eigenen Geschäftsmodells (wie z. B. Tätigkeit nur in deutschsprachigen Ländern).
- Schützen des Geschäftsmodells der Urheberinnen und Urheber (wie beispielsweise Finanzierungsmodelle oder die Verwertungskaskade).
- Schützen von Werken und anderen Schutzobjekten vor unerlaubten Verwendungen (z. B. ausserhalb lizenzierter Gebiete).

Soweit Online-Inhaltedienste Geoblocking zumindest auch dafür einsetzen, um Werke und andere Schutzobjekte vor unerlaubten Verwendungen zu schützen, handelt es sich somit um eine technische Massnahme im Sinne der InfoSoc-Richtlinie.

10.2.2 Wirksamkeit der technischen Massnahme und deren Umgehung

Vor einer Umgehung geschützt sind nur wirksame technische Massnahmen. Artikel 6 Ziffer 3 InfoSoc-Richtlinie liefert eine weitgefasste Beschreibung, wann eine technische Massnahme als wirksam anzusehen ist. Zentral ist insbesondere, dass die technische Massnahme «[...] die Erreichung des Schutzziels sicherstell[t] [...]». Das heisst, die technische Massnahme muss Werke und andere Schutzobjekte vor unerlaubten Verwendungen schützen. Eine vollkommene Sicherstellung, also die Unmöglichkeit eine technische Massnahme zu umgehen, ist aber nicht verlangt.⁷⁰ Können jedoch durchschnittlich versierte Nutzerinnen und Nutzer die Massnahme umgehen, dann ist das Schutzziel nicht erfüllt und die Massnahme damit nicht wirksam.

Die BTM hat festgestellt, dass das Geoblocking mittels verschiedener Massnahmen umgangen werden kann. Erfolgreich scheint insbesondere der Einsatz von «Virtual Private Networks» (VPN) zu sein.⁷¹ Ein VPN ist eine Art Tunnel; damit können Nutzerinnen und Nutzer aus dem Ausland einen Tunnel zu ihrem Internetzugang zu

⁶⁵ Walter, Michel / von Lewinski, Silke (2010): European Copyright Law, A Commentary. Oxford: OUP, Rz. 11.6.3.

⁶⁶ Art. 6 Ziff. 3 InfoSoc-Richtlinie

⁶⁷ Walter, Michel / von Lewinski, Silke (2010): European Copyright Law, A Commentary. Oxford: OUP, Rz. 11.6.3.

⁶⁸ Girsberger, Michael (2007): Schutz von technischen Massnahmen im Urheberrecht. Bern: Stämpfli Verlag, S. 150–156 (inkl. Erwähnung der Umsetzungsmodelle in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten).

⁶⁹ Mehr hierzu vorangehend unter Ziff. 7.

⁷⁰ Walter, Michel / von Lewinski, Silke (2010): European Copyright Law, A Commentary. Oxford: OUP, Rz. 11.6.5.

⁷¹ Es gibt aber auch andere Umgehungsmöglichkeiten, wie z. B. Proxy. Vgl. dazu Theiss, Carlo (2016): Geoblocking. Die territoriale Begrenzung audiovisueller Inhalte im Internet. 1. Aufl. München: GRIN Publishing, S. 24–25; Wirz, Anna-Lena (2019): Media-Streaming und Geoblocking. Eine urheberrechtliche Analyse der Werkverwertung durch On-Demand-Dienste. 1. Aufl. Wiesbaden: Springer Fachmedien, S. 48–49.

Hause «bauen». Dies bewirkt, dass der Datenverkehr aus dem Ausland durch diesen Tunnel an die Heimnetzwerke der Nutzerinnen und Nutzer geleitet wird. Diese senden den Datenverkehr anschliessend zum jeweiligen Online-Inhaltedienst. Für den Online-Inhaltedienst entsteht der Eindruck, die Nutzerinnen und Nutzer würden von zu Hause aus mit einer schweizerischen IP-Adresse im Internet surfen; es gibt für ihn deshalb keinen Grund, den Zugriff auf die Inhalte zu blockieren – das Geoblocking wird umgangen. Mittels entsprechender Apps lassen sich VPNs auf Geräten wie Tablets oder Mobiltelefonen verwenden. Da bei der Wirksamkeit einer technischen Massnahme von Durchschnittsnutzerinnen und Durchschnittsnutzern auszugehen ist, stellt sich die Frage, ob Umgehungsmöglichkeiten wie VPN von durchschnittlich versierten Nutzerinnen und Nutzern installiert bzw. verwendet werden können.

Im Internet sind zwar zahlreiche Anleitungen zur Umgehung von Geoblocking zu finden. Ob es Durchschnittsnutzerinnen und Durchschnittsnutzer mithilfe dieser Anleitungen umgehen können, ist jedoch nicht sicher. Es ist schwierig, im Online-Bereich überhaupt eine Durchschnittsnutzerin oder einen Durchschnittsnutzer zu definieren, da sich im Internet Personengruppen mit unterschiedlichem technischem Wissen bewegen.⁷² Dies führt dazu, dass die Meinungen über die Wirksamkeit des Geoblockings auseinandergehen.⁷³ Wird Geoblocking als nicht wirksame technische Massnahme qualifiziert, ist es auch nicht vor einer Umgehung geschützt. Eine Umgehung hat somit keine urheberrechtlichen Konsequenzen. Möglicherweise drohen jedoch vertragsrechtliche Folgen.⁷⁴ Wird Geoblocking hingegen als wirksame technische Massnahme qualifiziert, stellt sich die Frage, welche urheberrechtlichen Folgen sich für Konsumentinnen und Konsumenten ergeben, die das Geoblocking umgehen.

10.2.3 Schutz

Gemäss Artikel 6 Ziffer 1 InfoSoc-Richtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, einen angemessenen Rechtsschutz gegen die Umgehung wirksamer technischer Massnahmen vorzusehen. Dieser Umgehungsschutz ist absolut. Das heisst, alle Massnahmen sind geschützt, die eine Nutzung verhindern, welche die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber nicht ausdrücklich erlaubt haben.⁷⁵ Der Rechtsschutz richtet sich gegen diejenigen Personen, denen bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss, dass sie eine technische Massnahme umgehen (vgl. Art. 6 Ziff. 1 InfoSoc-Richtlinie). Die angedrohten Sanktionen sollen zwar abschreckend wirken; der Rechtsschutz soll aber dennoch verhältnismässig bleiben.⁷⁶ Er kann strafrechtlicher, zivilrechtlicher oder auch verwaltungsrechtlicher Natur sein.⁷⁷

Wer aktiv Massnahmen gegen das Geoblocking umgeht, weiss in der Regel, was er oder sie tut. Unter Umständen erfolgt die Installation eines VPNs nämlich bewusst zur Umgehung des Geoblockings. Der Einsatz eines VPNs kann auch andere Gründe haben; zum Beispiel kann damit sicherer im Internet gesurft werden. Liegt in einem konkreten Fall aber eine bewusste Umgehung des Geoblockings vor, kann dies rechtliche Konsequenzen haben. Die konkret drohenden Sanktionen können unterschiedlich sein; je nachdem, in welchem Mitgliedstaat der EU die Umgehung begangen wurde.

10.2.4 Verhältnis zu den Schrankenbestimmungen

Das Urheberrecht gilt nicht uneingeschränkt; das Gesetz erlaubt bestimmte Verwendungen, welche in die Stellung der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber eingreifen (sog. Schutzschranken). Demzufolge könnte der absolute Umgehungsschutz der technischen Massnahmen auch Handlungen verunmöglichen, die aufgrund der Schutzschranken zulässig wären. Es stellt sich also die Frage, ob die technischen Schutzmassnahmen auch

⁷² Theiss, Carlo (2016): Geoblocking. Die territoriale Begrenzung audiovisueller Inhalte im Internet. 1. Aufl. München: GRIN Publishing, S. 36.

⁷³ Pro Wirksamkeit: vgl. z. B. Wirz, Anna-Lena (2019): Media-Streaming und Geoblocking. Eine urheberrechtliche Analyse der Werkverwertung durch On-Demand-Dienste. 1. Aufl. Wiesbaden: Springer Fachmedien, S. 188–189 (trotz des Hinweises, dass der Einsatz der Umgehungsmassnahmen für Laien problemlos sei). Kontra Wirksamkeit: vgl. z. B. Theiss, Carlo (2016): Geoblocking. Die territoriale Begrenzung audiovisueller Inhalte im Internet. 1. Aufl. München: GRIN Publishing, S. 38.

⁷⁴ Mehr hierzu nachfolgend unter Ziff. 10.3.

⁷⁵ Girsberger, Michael (2007): Schutz von technischen Massnahmen im Urheberrecht. Bern: Stämpfli Verlag, S. 150.

⁷⁶ Art. 8 Ziff. 1 InfoSoc-Richtlinie

⁷⁷ InfoSoc-Richtlinie E. 48 S. 14

dann greifen, und ihre Umgehung mit Sanktionen bedroht werden soll, wenn eine bestimmte Nutzung im Rahmen einer solchen Schutzschranke stattfindet.⁷⁸

Artikel 6 Ziffer 4 InfoSoc-Richtlinie sieht vor, dass von bestimmten Schutzschranken auch im Zusammenhang mit technischen Massnahmen Gebrauch gemacht werden kann.⁷⁹ Allerdings sollen die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber von den Mitgliedstaaten zunächst ermuntert werden, im Bereich der Schutzschranken freiwillig auf die Verwendung technischer Massnahmen zu verzichten oder sich mit den Berechtigten auf «freiwillige Massnahmen» zu einigen. Zum Inhalt dieser Massnahmen äussert sich die Richtlinie nicht. Wenn die freiwilligen Massnahmen ausbleiben, sollen die Mitgliedstaaten lenkend eingreifen.⁸⁰

Bei den diesem Bericht zugrundeliegenden Sachverhalten könnte die Erlaubnis zur Privatkopie (Privatkopieschranke) betroffen sein. Das heisst, die Erlaubnis, zum Beispiel einen Film für sich zu kopieren, um sich diesen dann anzuschauen. Die Privatkopieschranke gehört aber nicht zu den in Artikel 6 Ziffer 4 InfoSoc-Richtlinie erwähnten Schutzschranken. Die Mitgliedstaaten sind deshalb nicht verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, welche die Privatkopie ermöglichen. Es ist auch nicht sicher, ob aus der Erlaubnis zur Privatkopie überhaupt ein Anspruch auf Zugang zu einem Werk abgeleitet werden kann; unter Umständen haben Nutzerinnen und Nutzer zwar das Recht, einen Film zu kopieren, aber keinen Anspruch auf freien Zugang zu ebendiesem Film, um ihn kopieren zu können. Schliesslich nimmt Artikel 6 Ziffer 4 InfoSoc-Richtlinie den Online-Bereich von den lenkenden Massnahmen aus. So gehen beispielsweise bei On-Demand-Angeboten die vertraglichen Vereinbarungen den Schrankenbestimmungen vor.⁸¹

Konsumentinnen und Konsumenten von Online-Inhaltediensten dürfen technische Massnahmen also unter Umständen auch dann nicht umgehen, wenn sie sich auf die Erlaubnis zur Privatkopie berufen könnten. Vielmehr sind sie darauf angewiesen, dass die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber freiwillige Massnahmen ergreifen, um ihnen die Privatkopie zu ermöglichen.

10.3 Vertragsrechtliche Aspekte

Ob Online-Inhaltedienste bei einer Umgehung des Geoblockings durch ihre Kundinnen und Kunden vertragsrechtliche Ansprüche geltend machen können, hängt vom Nutzungsvertrag ab. Die Online-Inhaltedienste verbieten ihren Kundinnen und Kunden regelmässig die Umgehung von technischen Massnahmen, die Verschleierung ihres effektiven Standorts oder die Nutzung des Diensts ausserhalb des Vertragsgebiets. Solche Verbote finden sich meistens in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder den Nutzungsbedingungen der Online-Inhaltedienste.⁸² Verstossen Kundinnen und Kunden gegen solche Vereinbarungen, drohen auch hier rechtliche Folgen.⁸³ Diese hängen im Einzelnen von den konkreten Vereinbarungen ab. So ist für eine Beurteilung relevant, ob in den jeweiligen Vereinbarungen eine Rechtswahl getroffen wurde.⁸⁴ Fehlt eine solche Wahl, so ergibt es sich aus den Regeln des internationalen Privatrechtes, welches Landesrecht auf den konkreten Fall Anwendung findet. Je nach Landesrecht können die Konsequenzen der Vertragsverletzung unterschiedlich sein. Denkbar sind unter Umständen Schadenersatzforderungen. Viele Online-Inhaltedienste sehen bei Verstössen zudem eine sofortige Kündigung des Vertrages vor.

10.4 Fazit

Umgehen Konsumentinnen und Konsumenten Geoblocking-Massnahmen, um auch im Ausland auf ihre Online-Inhaltedienste zugreifen zu können, begeben sie sich in eine rechtliche Grauzone (eine höchstrichterliche Entscheidung, ob eine Umgehung zulässig ist oder nicht, liegt nicht vor). Die BTM kann zwar nicht abschliessend beurteilen, ob das Geoblocking eine wirksame und damit geschützte technische Massnahme ist. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass die Umgehung des Geoblockings als Verstoss gegen das Urheberrecht angesehen werden kann. Eine Beurteilung im Einzelfall erfolgt in der Regel nach ausländischem Recht, da die Umgehung

⁷⁸ Von Lewinski, Silke / Walter, Michel (2001), in: Walter, Michel (Hrsg.): Europäisches Urheberrecht. Kommentar. Wien: Springer, S. 1104.

⁷⁹ Girsberger, Michael (2007): Schutz von technischen Massnahmen im Urheberrecht. Bern: Stämpfli Verlag, S. 158.

⁸⁰ Vgl. InfoSoc-Richtlinie E. 51 S. 14; Girsberger, Michael (2007): Schutz von technischen Massnahmen im Urheberrecht. Bern: Stämpfli Verlag, S. 159.

⁸¹ Girsberger, Michael (2007): Schutz von technischen Massnahmen im Urheberrecht. Bern: Stämpfli Verlag, S. 163.

⁸² Beispielhaft bei den Nutzungsbedingungen von Amazon Prime Video (Ziff. 3 und Ziff. 4 Bst. k) sowie Netflix Schweiz (Ziff. 4.6) und den AGB von Sky Switzerland SA (Ziff. 3.3) und Zattoo (Ziff. 4.2).

⁸³ Wirz, Anna-Lena (2019): Media-Streaming und Geoblocking. Eine urheberrechtliche Analyse der Werkverwertung durch On-Demand-Dienste. 1. Aufl. Wiesbaden: Springer Fachmedien, S. 217–218.

⁸⁴ Beispielhaft die Wahl des niederländischen Rechts gemäss den Nutzungsbedingungen von Netflix Schweiz (Ziff. 6.1).

im Ausland stattfindet. In der EU ist eine konkrete Beurteilung grundsätzlich vom Recht des jeweiligen Mitgliedstaates abhängig, in dem die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber um Schutz ersuchen. Auch die allenfalls drohenden Sanktionen hängen vom jeweiligen Landesrecht ab.

Gleichzeitig stellt die Umgehung des Geoblockings häufig ein Verstoss gegen vertragliche Vereinbarungen mit den Online-Inhaltendiensten dar. Die konkreten rechtlichen Folgen sind abhängig vom Vertrag und von dem darauf anwendbaren Recht.

Generell kann also festgehalten werden, dass die Umgehung von Geoblocking-Massnahmen rechtliche Konsequenzen für Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten haben kann.

11 Schlussbetrachtung

Die BTM hat in ihrer Untersuchung festgestellt, dass der Einsatz von Geoblocking aus der Sicht der Rechteinhaberinnen, der Rechteinhaber und der Online-Inhaltendienste gerechtfertigt sein kann. Die Vergabe exklusiver Gebietslizenzen in der Filmbranche ermöglicht nicht nur die Finanzierung von Filmproduktionen, sondern auch, dass die Online-Inhaltendienste ihr Geschäftsmodell auf die Bedürfnisse ihrer Kundinnen und Kunden ausrichten können. Eine Abschaffung bzw. Aufweichung des Geoblockings und die damit einhergehenden Änderungen bei den Lizenzmodellen hätten voraussichtlich negative Folgen für die Filmbranche; weil es schwieriger werden würde, Filme zu finanzieren oder die Produktionskosten einzuholen. Gleichzeitig dürften die Änderungen bei den Lizenzmodellen zu einem Preisanstieg führen, der voraussichtlich auf die Konsumentinnen und Konsumenten überwälzt würde. Die Vergabe exklusiver Lizenzen ist mit Blick auf die kurzzeitige Verwertbarkeit der Rechte und das relativ knappe Angebot auch im Sportbereich bedeutend. Für die Lizenznehmenden ist es wesentlich, in ihrem Tätigkeitsgebiet die erworbenen Übertragungsrechte an Sportereignissen tatsächlich exklusiv ausüben zu können, um so die getätigten Investitionen wieder einholen zu können. Hier können die Kosten der Exklusivlizenzen jedoch zu tendenziell höheren Angebotspreisen führen.

In der EU befassen sich die Portabilitätsverordnung und die Online-SatCab-Richtlinie mit den Auswirkungen von Gebietslizenzen und des Schutzes dieser Lizenzen durch Geoblocking auf den Binnenmarkt. Die Ausgestaltung dieser Instrumente zeigt eine sorgsame Abwägung zwischen den berechtigten, mit den Gebietslizenzen verfolgten Anliegen und den Grundfreiheiten der EU im Personen- und Dienstleistungsverkehr. Die EU gewährt deshalb weder inhaltlich noch geografisch einen umfassenden Zugang: Die Online-SatCab-Richtlinie gilt ausschliesslich für Nachrichtensendungen und Sendungen zum aktuellen Geschehen sowie für von Sendunternehmen vollständig finanzierte Eigenproduktionen; die Portabilitätsverordnung ist nur für diejenigen Angebote der Online-Inhaltendienste verpflichtend, die sie gegen Bezahlung zur Verfügung stellen.

Es ist davon auszugehen, dass auch Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten auf ihre gewohnten Filme, Serien, Nachrichtensendungen oder Sportspiele zugreifen möchten, wenn sie sich im Ausland aufhalten. Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten profitieren jedoch nicht von den Massnahmen der EU, da letztere der Verwirklichung des EU-Binnenmarktes dienen. Wenn Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten ins europäische Ausland reisen, sind sie deshalb vom Geoblocking betroffen. Es hat sich jedoch gezeigt, dass nur einzelne Konsumentinnen und Konsumenten mit Portabilitätsthemen an die Konsumentenschutz-Organisationen treten. Ein Grund dafür dürfte darin liegen, dass die Online-Inhaltendienste in der Regel versuchen, auf die Bedürfnisse der Konsumentinnen und Konsumenten einzugehen, indem sie ihnen Downloadfunktionen, Aufnahmefunktionen oder regionale Angebote zur Verfügung stellen. Zudem sind viele (wenn auch nicht alle) Eigenproduktionen der Online-Inhaltendienste grenzüberschreitend verfügbar.

Die Schweiz kann keine mit der EU vergleichbaren Massnahmen treffen. Schliesslich führt der Erlass einseitiger, also rein schweizerischer Massnahmen auch nicht zum gewünschten Ziel. Aufgrund des Territorialitätsprinzips kann die Schweiz lediglich die rechtliche Situation auf ihrem eigenen Hoheitsgebiet regeln. Auch beim Bestehen einer (rein) schweizerischen Regelung könnten Online-Inhaltendienste deshalb nach wie vor aufgrund von Verletzungen des Geoblocking nach ausländischen Regeln belangt werden. Eine reine Schweizer Regelung würde damit keine Rechtssicherheit bieten. Eine mit der Portabilitätsverordnung vergleichbare Regelung bedürfte deshalb bi- oder multilateraler Verhandlungen. Das Interesse der Schweiz an solchen Verhandlungen wäre vorgängig zu prüfen, auch im Kontext der allgemeinen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU und der europapolitischen Strategie des Bundesrats.

Bei der Portabilitätsverordnung hat die EU zu einem Kniff gegriffen: Sie definierte, dass die urheberrechtlich relevante Handlung bei einer Nutzung durch Abonnentinnen und Abonnenten, die sich vorübergehend in einem anderen EU-Mitgliedstaat aufhalten, als in ihrem Wohnsitzmitgliedstaat erfolgt gilt. Dieser Sachverhalt könnte

zwar auch vertraglich geregelt werden. Die EU erachtete es aber unter anderem zugunsten der Rechtssicherheit als notwendig, «[...] zu garantieren, dass die Vorschriften über die grenzüberschreitende Portabilität in allen Mitgliedstaaten einheitlich angewandt werden und für alle Online-Inhaltedienste gleichzeitig in Kraft treten. [...]».⁸⁵ Sie hielt deshalb den Erlass einer übergeordneten (in den Mitgliedstaaten direkt anwendbaren) Verordnung für angebracht.

Die Schweiz ist dieser Gefahr einer Rechtsunsicherheit durch Rechtszersplitterung nicht ausgesetzt. Allfällige Gesetzesanpassungen hätten einzig nationale Wirkung, da die Schweiz nur in ihrem eigenen Hoheitsgebiet Recht setzt. Innerhalb der Schweiz selber ist die Portabilität von Online-Inhalten bereits gewährleistet. Es bedarf deshalb keiner übergeordneten Vereinheitlichung; die Lösung der Portabilitätsproblematik auf vertraglicher Ebene dürfte möglich sein.

Das Schweizer Recht würde einer vertraglichen Lösung zwischen den Rechteinhaberinnen bzw. Rechteinhabern und den Online-Inhaltediensten, die einen vorübergehenden grenzüberschreitenden Zugang zu Online-Inhalten gewährt, jedenfalls nicht entgegenstehen. Dies würde eine Lockerung des Geoblockings erlauben und den Interessen der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber, der Online-Inhaltedienste und der Konsumentinnen und Konsumenten gleichermaßen Rechnung tragen.

⁸⁵ Portabilitätsverordnung E. 35 S. 7