C. Aktion: Werbeblocker & ähnlich invasive Geschäftsmodelle

Auf Grundlage des oben beschriebenen Werbemarkts im Internet, der zur Frage des „Ob" von Werbung keine speziellen Rechtsnormen vorsieht und zudem nur selten Gegenstand von Gerichtsentscheidungen war, entwickelten sich Werbeblocker vom Nischenprodukt zu einem der meist verbreiteten kostenlosen Softwareangeboten im Internet. Eine Bewertung von Werbung als unzumutbare Belästigung der Internetnutzer ist für viele Fälle zu verneinen. Nur in Ausnahmefällen kommt die Anwendung von § 7 UWG in Betracht. Vor dem Hintergrund, dass ein spezialgesetzliches Verbot wegen der Intensität des hoheitlichen Eingriffs und der rechtfertigungsbedürftigen Einschränkung von Grundrechten der Werbenden bzw. Webseitenbetreiber nicht existiert und auch nur die intensivsten Fälle erfassen könnte, bleiben viele „zumutbare" Belästigungen sowie unter der Schwelle einer Belästigung liegende Störungen oder Unannehmlichkeiten im Bereich des Legalen. Es verwundert deshalb kaum, dass sich einige Nutzer dieser Unannehmlichkeiten erwehren wollten.

Internetwerbeblocker konnten sich im Vakuum fehlender staatlicher Regulierung entwickeln, das zuvor auch die Internetwerbung erst zum oben ausführlich beschriebenen Dickicht aus diversen Werbeformen hat wuchern lassen. Nicht nur die Werbung im Internet war außerhalb des Radars der staatlichen Gewalten, sondern auch die Gegenbewegung dazu. Ganz zu Beginn dieser Bearbeitung wurde bereits eine Anleihe bei der Biologie genommen und die Frage aufgeworfen, ob Werbeblocker Parasit oder Symbiont der Internetwerbung sind. So oder so konnte sich der Markt der Werbeblocker auf dem florierenden Internetwerbemarkt prächtig ausbreiten.

Auch entwickelten sich Werbeblocker parallel zur und abhängig von der technischen Evolution des Werbemarktes. So entwickelten sich gerade aus der Einbindung von Adservern, also dritten Stellen in den Kommunikationsvorgang zum Abruf von Webseiten, neue Möglichkeiten zum Aussperren der so eingefügten Werbung. Auf der anderen Seiten führten die zunächst oft unbekannten Methoden des Trackings dazu, dass Nutzer nach Aufklärung über diese Machenschaften umso mehr nach Schutz vor der Ausspähung ihres Verhaltens suchten.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diese Entwicklung führte dazu, dass einige sehr erfolgreiche Wirtschaftsunternehmen nach jahrelangem, beinahe ungebremstem Wachstum ihrer Umsatz- und Gewinnzahlen in der Sparte Internetwerbung durch das Werbeblocken erstmals Rückschläge hinnehmen mussten. Mit dem Aufstieg des Werbeblockens weg vom Spleen einiger „Techies" zum wirtschaftlich messbaren Faktor begann auch die juristische Mühle zu rattern. Betroffene Unternehmen riefen Gerichte in der gesamten Bundesrepublik an. Die Literatur brachte sich ebenfalls mit einer beachtlichen Anzahl von Auseinandersetzungen in Stellung. Dabei war schon früh klar, dass das letzte Wort in dieser Angelegenheit in Karlsruhe gesprochen wird – zivilrechtlich beim BGH und mit Blick auf Grundrechte beim BVerfG.

Neben dem Rechtsweg aktivierten die Betroffenen zudem ihre Kanäle in die Politik. Dies führte dazu, dass ein potentielles Verbot von Werbeblockern im Jahr 2017 zumindest im Ausschuss für Kultur und Medien des Deutschen Bundestags mit Sachverständigen diskutiert wurde. Das Thema Adblocker, das vor allem der sog. Vierten Gewalt ein Ärgernis ist, lag also zumindest bei zwei der drei klassischen staatlichen Gewalten mit dem Ziel eines nachhaltigen Verbots auf dem Tisch.

Diese Zusammenhänge sind Grund genug, das Thema Internetwerbeblocker einer vertieften Analyse zu unterziehen (siehe dazu Ziffer I.). Mit den somit gewonnenen Ergebnissen wird eine Antwort auf die Frage gegeben, ob Werbeblocker als Parasit oder Nützling anzusehen sind (siehe Ziffer II.)

I. Internetwerbeblocker

Bei näherer Beobachtung der Rechtsprechung und der sie begleitenden Literatur fällt schnell auf, dass nur ein Teilausschnitt aus dem Gesamtkomplex Internetwerbeblocker behandelt wird. Bei der Rechtsprechung ist dies zwingend, weil wegen des Dispositionsgrundsatzes nur das zu bescheiden ist, was die Parteien zum Gegenstand gemacht haben. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des I. Zivilsenats des BGH zum Streitgegenstand[470] stellt die korrekte Formulierung von Unterlassungsanträgen im Gewerblichen Rechtsschutz eine nicht zu unterschätzende Herausforderung dar. Auch ist die Formulierung von abstrahierten Unterlassungsanträgen wegen der Gefahr, auch erlaubtes Verhalten zu erfassen und insoweit

470 Vgl. BGH, Hinweisbeschluss vom 24. 3. 2011 – I ZR 108/09, GRUR 2011, 521 – *TÜV*; Urteil vom 13.9.2012 – I ZR 230/11, GRUR 2013, 401 – *Biomineralwasser.*

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Rechtsstreit teilweise zu unterliegen, eine komplexe Angelegenheit. Es wundert deshalb nicht, dass die Parteien in den veröffentlichten Entscheidungen die konkrete Verletzungsform des Werbeblockers Adblock Plus angegriffen haben. Damit kann aus der vorhandenen Rechtsprechung jedoch zwingend nur diese konkrete Verletzungsform beurteilt werden. Verändert sich das Werbeblockerprodukt, können ggf. andere Bewertungen angebracht sein.

Im Rahmen dieser Bearbeitung soll deshalb gerade nicht nur auf eine konkrete Software abgestellt werden, sondern soweit möglich Lösungen für alle am Markt verfügbaren Werbeblocker im Internet gesucht werden. Zunächst soll ein historischer Überblick über das Werbeblocken insgesamt zeigen, wie sich das Thema Werbeblocken über die Jahrzehnte entwickelt hat und wie Adblocker im Internet die aktuelle Prominenz erlangen konnten (siehe dazu Ziffer 1.). Außerdem ist es unerlässlich vor der rechtlichen Bewertung zunächst die Hintergründe des Adblockens in tatsächlicher Hinsicht aufzuklären. Dies beinhaltet sowohl wirtschaftliche als auch technische Umstände im Zusammenhang mit verschiedenen Formen von Werbeblockern im Internet (siehe dazu Ziffer 2.).

Auf dieser Grundlage kann sodann die Literatur und die ergangene Rechtsprechung dargestellt werden (siehe dazu Ziffer 3.), wobei eine Zuordnung zu bestimmten Werbeblockern am Markt möglich ist. Zugleich lässt sich feststellen, welche Fälle die Rechtsprechung konkret erfasst und welche Fälle bislang keine konkrete juristische Beurteilung erhalten haben. Danach wird eine Stellungnahme zur Rechtslage abgegeben und das federführende Urteil des BGH sowie die ergangene Instanzrechtsprechung rechtlich gewürdigt (siehe dazu Ziffer 4.).

Soweit am Markt Werbeblockerformen vertreten sind oder vor dem Markteintritt stehen, die anders als die Filterlisten-Blocker funktionieren, drängt sich die Frage auf, ob die Rechtsprechung auch auf diese nicht konkret entschiedenen Konstellationen übertragbar ist. Dieser Frage wird bei der rechtlichen Beurteilung der besonderen Werbeblockerformen nachgegangen (siehe dazu Ziffer 5.)

In einem Exkurs wird zudem das Phänomen des „Overblocking" analysiert (siehe dazu Ziffer 6.). Bei diesem „Overblocking" schießt der Werbeblocker sozusagen über sein Ziel hinaus und blockiert mehr als nur Werbung, nämlich auch Teile einer Webseite, die zum Content gehören. Hierzu ist ebenfalls Rechtsprechung verfügbar, sodass eine rechtliche Analyse geboten ist.

Diesen Abschnitt abschließend folgt die Darstellung der Regulierungstendenzen in der deutschen Politik (siehe dazu Ziffer 7.). Ein mögliches

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verbot von Internetwerbeblockern war bereits soweit gediehen, dass im Ausschuss für Kultur und Medien des Bundestags das Für und Wider diskutiert wurde. Zu einem Gesetzesvorschlag kam es darauf folgend in der entsprechenden Legislaturperiode nicht. Vor dem Hintergrund von Lobbyarbeit könnte das Thema eines Verbots auch in Zukunft nochmals auf den Tisch der Volksvertreter kommen.

1. Geschichte des Werbeblockens

Betrachtet man die Geschichte der Werbung im großen Rahmen so steht dem offensiven Kommunikationsvorgang des Angebots von Waren und Dienstleistungen schon immer die defensive Abwehrhandlung einiger Adressaten entgegen. Einfachstes und von jedem Leser wahrscheinlich schon selbst erlebtes Beispiel ist die Ansprache im öffentlichen Raum. Der Handzettelverteiler in der Fußgängerzone muss auf seine werbenden Aktionen häufig Ablehnung erfahren. Wenn er versucht Blickkontakt aufzunehmen, wenden viele Adressaten den Blick ab. Auf eine direkte Ansprache wird nicht geantwortet oder der Gesprächskontakt sofort beendet. Ein dem Passanten dargereichter Handzettel wird oft gar nicht erst angenommen.

Genauso wie in dieser Werbesituation ohne Zuhilfenahme technischer Mittel, steht der Werbung auf jeder Ebene und in jedem Medium ein Abwehrverhalten entgegen. Deshalb verwundert es auch nicht, dass sich die Geschichte mit jedem neuen technischen Medium, das Werbung ermöglicht, mehr oder weniger wiederholt. Nachfolgend werden zunächst die Vorläufer der Internetwerbeblocker dargestellt, bevor nachfolgend die Entwicklung im Internet näher dargestellt wird.

a) Briefkastenwerbung und „Keine Werbung"-Aufkleber

Klassisches Beispiel für eine Blockade von Werbung in der Fernkommunikation zwischen Werbendem und Adressaten ist der „Keine Werbung"-Aufkleber auf dem Briefkasten.

Schon im Jahr 1988 hat der BGH aus dem Eigentums- bzw. Besitzrecht an einer Wohnung sowie dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht gefolgert, dass gegen Postwurfwerbungen, die trotz eines eindeutig erkennbaren werbeverbietenden Aufklebers auf dem Briefkasten eingeworfen werden,

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ein Unterlassungsanspruch nach §§ 1004, 903 und/oder 862 BGB folgt[471]. In diesem Zusammenhang erwähnenswert ist auch die heutzutage nostalgisch anmutende Entscheidung des VG Stuttgart[472], wonach der damals noch staatlichen Post im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs untersagt wurde, Postwurfwerbungen trotz eines eindeutigen Aufklebers einzuwerfen. Diese Entscheidung wurde allerdings vom VGH Mannheim aufgehoben mit dem Argument, ein Empfänger könne nicht durch einen Aufkleber nur einen Teil von Postsendungen durch die Post ausfiltern lassen. Der Empfänger könne nur nach dem „Alles-oder-Nichts"-Prinzip Postsendungen verweigern[473]. Das BVerwG musste nachgehend im Erledigungsrechtsstreit nur noch über die Kosten entscheiden und hob sie gegeneinander auf, ohne selbst eine ausführliche Entscheidung in der Sache zu treffen[474].

Hintergrund der verwaltungsrechtlichen Verfahren war, dass es höchst umstritten war, ob nach der damals noch geltenden Postordnung (PostO) die Annahmeverweigerung einer Sendung durch einen Aufkleber möglich sein sollte. Dies führte faktisch dazu, dass beim Einsatz von privaten Zustellern die Sperrvermerke zu beachten waren[475], bei Versendung mit der staatlichen Post die Sperrvermerke jedoch mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht beachtet wurden[476]. Damit wurde die Zustellung durch die staatliche Post logischerweise attraktiv für Werbende. Im Laufe der oben genannten verwaltungsgerichtlichen Verfahren wurde die PostO allerdings derart geändert, dass fortan eine selektive Werbeverweigerung gesetzlich möglich wurde.

Interessanterweise ähneln die Entscheidungen von VG Stuttgart und VGH Mannheim den aktuellen Entscheidungen zu Adblock Plus, weil auch sie auf einer ausführlichen Interessenabwägung beruhen. Abzuwägen war damals die Effektivität des Postwesens, damals noch eine Aufgabe der staatlichen Daseinsvorsorge, gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Bürgers in seiner speziellen Ausgestaltung als Recht, von Werbung verschont zu bleiben. Allerdings konnte sich insbesondere der VGH Mannheim zuletzt darauf zurückziehen, dass die PostO mit Gesetzesrang ausgestattet war und somit eine verhältnismäßige Beschränkung des Grund-

471 BGH, Urteil vom 20.12.1988 – VI ZR 182/88, NJW 1989, 902.
472 Urteil vom 11.1.1989 – 3 K 795/88, NJW 1989, 1050.
473 Urteil vom 24.4.1990 – 10 S 560/89, NJW 1990, 2145.
474 Beschluss vom 1.8.1991 – 7 C 27/90, NJW 1991, 2920.
475 BGH, Urteil vom 20.12.1988 – VI ZR 182/88, NJW 1989, 902.
476 Kaiser, NJW 1991, 2870.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechts aus Art. 2 Abs. 1 GG darstellte, das vor dem Gesetzesvorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung bestehe. Eine Verfassungswidrigkeit der alten Vorschrift der PostO lehnte es ab.

Diese Problematik führte die Briefkastenvignetten zudem vor den I. Zivilsenat des BGH, der die Unlauterkeit des Wettbewerbsverhaltens eines Unternehmens zu bescheiden hatte, das in Kenntnis und Ausnutzung der gerade skizzierten alten gesetzlichen Regelung Postwurfwerbungen veranlasste. Der BGH lehnte die Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG a.F. jedoch ab[477]. Hauptargument war, dass die Vertriebsmethode, Werbung über die Post sozusagen „blockadesicher" auszuliefern, nicht offensichtlich rechtswidrig gewesen sei. Vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung sowie der widerstreitenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen war die Auslieferung von Postwurfwerbungen, die unter Umständen auch vereinzelte Werbeverweigerer erreichten, ein marktkonformes Verhalten. Deshalb konnte eine Interessenabwägung nicht zu Lasten des Unternehmens gehen, das ein geschütztes Interesse an der Werbung für das eigene Unternehmen hat.

Nach der Änderung der PostO entspannte sich diese spezifische Problematik und wurde mit der Privatisierung der Post im Jahr 1995[478] obsolet. Ab diesem Zeitpunkt war auch die Post ein privater Zusteller, sodass keine Diskrepanz mehr zu anderen privaten Zustellern bestand. Neben den oben dargestellten Verfahren kam es zu einer Vielzahl von Urteilen mit vergleichbarem Streitgegenstand, teils sogar mit dem Ergebnis eines Verbots für werbende Unternehmen[479].

Deutsche Gerichte hatten sich im Zusammenhang mit Briefkastenwerbung im Übrigen auch mit anderen Streitgegenständen zu befassen. So hat das LG Bonn Ansprüche eines Abonnenten einer Zeitschrift auf Unterlassung von Beilagenwerbung in den Zeitschriften abgelehnt[480]. Das OLG Karlsruhe hat geurteilt, dass ein Aufkleber, der nur Werbung verbietet, nicht auch Anzeigenblätter mit redaktionellem Teil erfasse[481]. Dies alles zeigt, dass das Problem des Werbeblockens deutsche Gerichte schon weit über 30 Jahre beschäftigt.

---

477 BGH, Urteil vom 5.12.1991 – I ZR 53/90, NJW 1992, 1109.

478 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Postordnung, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

479 Vgl. für weitere Nachweise aus der Rechtsprechung: Kaiser, NJW 1991, 2870.

480 LG Bonn, Urteil vom 9.1.1992 – 15 O 341/91, NJW 1992, 1112.

481 OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.7.1991, 18a U 46/91, GRUR 1991, 940. Ebenso OLG Stuttgart, Urteil vom 12.11.1993 – 2 U 117/93, NJW-RR 1994, 502.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) TV-Werbung und die „Fernsehfee"

Nachdem die Situation bei der Briefkastenwerbung durch Richterspruch und Gesetzesänderung geklärt war, wanderte das Schreckgespenst einige Jahre später zum nächsten Medium über. Nun war TV-Werbung betroffen, die in Konflikt mit der „Fernsehfee" geriet. Die Fernsehfee war – und ist noch heute in aktualisierter Form – eine Hardware, die jedermann mit seinem Fernsehgerät verbinden kann und automatisch bei Beginn von Werbeblöcken das Programm wechselt sowie zum Ende der Werbeunterbrechung zurückschaltet. Somit muss der Zuschauer keine Werbung sehen und dafür nicht einmal manuell die Sender wechseln.

Die Fernsehfee wurde im Jahr 1994 entwickelt und von den Erfindern patentiert. Auf dem deutschen Markt ist die Fernsehfee seit 1999 vertreten. Ursprünglich war das Gerät funkgesteuert, sodass im Studio der Betreiberfirma Mitarbeiter anwesend waren und manuell die Funksignale absetzten[482]. Zur Zeit der Entwicklung war dies bei der überschaubaren Anzahl der TV-Sender noch praktikabel, zumal neben dem Anschaffungspreis für damals 299,- bis 399,- DM noch ein Abonnementpreis von 48 DM jährlich kam, um diese Mitarbeiter zu finanzieren[483]. Die aktuellen Geräte hingegen sind vollautomatisch und verfügen über eine Vielzahl ergänzender Funktionen[484].

Vor dem Hintergrund der ursprünglich manuellen Steuerung erinnert eine Anekdote beinahe an einen Spielfilm: im Frühjahr 1999 wurde im Koblenzer Studio der Betreiberfirma eingebrochen. Dabei wurden rund 30 TV-Geräte demoliert und die Antennenkabel zerschnitten. Zudem wurden der Chefin des Unternehmens die Reifen an ihrem Sportwagen aufgeschlitzt. Die Polizei konnte die Täter niemals ermitteln. Nach dem Vorfall wurde das Studio an einen geheim gehaltenen Ort verlegt[485].

In den Gerichtssälen der Republik wurde kurz nach Markteintritt der Fernsehfee ebenfalls, jedoch mit Argumenten, gekämpft. Im einstweiligen Verfügungsverfahren verfolgten namhafte TV-Sendeanstalten ein Verbot der Fernsehfee. Während dieses Begehren bei den befassten Richtern des

482 Vgl. http://www.spiegel.de/wirtschaft/stichwort-fernsehfee-a-48917.html sowie https://www.focus.de/kultur/medien/fernsehen-zoff-um-die-zapping-kiste_aid_179179.html, beide zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

483 Vgl. die Ausführungen im Tatbestand des LG Berlin, Urteil vom 7.12.1999, 15 O 352/99, ZUM-RD 2000, 144.

484 Vgl. http://www.fernsehfee.de/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

485 https://www.focus.de/kultur/medien/fernsehen-zoff-um-die-zapping-kiste_aid_179179.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

LG Frankfurt sowie des OLG Frankfurt auf taube Ohren stieß[486], konnte am Landgericht Berlin zunächst ein Erfolg für die TV-Sender errungen werden. Laut Leitsatz des Urteils im Verfügungsverfahren sollte der Hersteller der Fernsehfee mit der Funktion, Werbung automatisch auszublenden, in die Rundfunkfreiheit eines Fernsehsenders gem. Art. 5 GG eingreifen, da dessen wirtschaftliche Lebensgrundlage gefährdet werde. Dies widerspräche dem Leitbild des Leistungswettbewerbs, indem das eigene wirtschaftliche Fortkommen des Herstellers durch den Eingriff in Grundrechte Dritter erreicht werde[487]. Diese Einschätzung teilte das Kammergericht allerdings nicht und hob die einstweilige Verfügung sowie das Urteil des Landgerichts auf. Unter Verweis auf das OLG Frankfurt fällte das KG eine Interessenabwägung zu Gunsten der Fernsehfee, da es die eigene freie Entscheidung der Zuschauer sei, das Wegschalten bei Werbung nicht manuell vorzunehmen, sondern automatisch bewerkstelligen zu lassen. Auch der Eingriff in die Rundfunkfreiheit sei nicht schädlich, da keine greifbaren Nachteile durch den antragstellenden TV-Sender glaubhaft gemacht worden sind[488].

Im Rahmen des Hauptsacheverfahrens zeigte sich das Landgericht Berlin renitent und verurteilte die Betreiber der Fernsehfee erneut zur Unterlassung. Der Vertrieb eines Zusatzgeräts für Fernsehapparate, das die automatische Ausblendung von Werbung aus dem Programm ermöglicht und die Werbung hierfür sollten nach Ansicht der Berliner Richter gegen § 1 UWG a.F. verstoßen. Bejaht wurden ein unmittelbarer Eingriff in das Grundrecht der privaten Fernsehveranstalter auf Rundfunkfreiheit und eine daraus folgende sittenwidrige Behinderung. Außerdem sollte das Angebot der Fernsehfee einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß § 823 Abs. 1 Abs. 1 BGB darstellen[489]. Wieder kassierte das Kammergericht die Entscheidung und attestierte der Fernsehfee Legalität. Der TV-Werbeblocker sei weder wettbewerbsrechtlich noch urheberrechtlich zu beanstanden[490].

Diese Ansicht fand sodann auch Zustimmung des BGH im noch heute oft zitierten Grundsatzurteil „*Werbeblocker*“[491]. Grund für die verbreitete Zitierung ist dabei in erster Linie, dass der BGH die Grenzen für das kon-

---

486 LG Frankfurt a. M., Urteil vom 8.4.1999 – 2/03 O 97/99, MMR 1999, 613 und OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 23.09.199 – 6 U 74/99, NJW 2000, 2029.
487 LG Berlin, Urteil vom 28.5.1999 – 15 O 123/99, MMR 1999, 640.
488 KG, Urteil vom 22.10.1999 – 5 U 5806/99, ZUM-RD 2000, 17.
489 LG Berlin, Urteil vom 7.12.1999, 15 O 352/99, ZUM-RD 2000, 144.
490 KG, Urteil vom 24.07.201 – 5 U 1112/00, MMR 2002, 483.
491 BGH, Urteil vom 24.6.2004 – I ZR 26/02, GRUR 2004, 877 – *Werbeblocker I.*

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

krete Wettbewerbsverhältnis sehr weit gezogen hat. So sind auch solche Unternehmen als Mitbewerber anzusehen, die sich „wenn auch mit umgekehrter Zielrichtung" an dieselben Abnehmerkreise wenden. Im konkreten Fall waren dies die Fernsehsender, die mit ihrer Werbung genauso wie der Anbieter der Fernsehfee die Fernsehkonsumenten ansprechen. Der Umstand, dass die Fernsehfee mit ihrem Erfolg unmittelbar die Attraktivität der Werbeplätze bei den Fernsehsendern beeinflusse, genügte deshalb für die Mitbewerbereigenschaft.

Im Rahmen der Generalklausel von § 1 UWG a.F. lehnte der BGH eine individuelle Behinderung sowie eine allgemeine Marktbehinderung. Hauptargument im Rahmen der individuellen Interessenabwägung war, dass die geringere Verbreitung der Werbung nur diejenigen Fernsehzuschauer betrifft, die sich bewusst dafür entschieden haben, keine Werbung sehen zu wollen. Im Übrigen hat der BGH den TV-Sendern und Werbenden aufgegeben, „sich den Herausforderungen des Marktes stellen, der von der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und von der Kraft der Innovation lebt". Ganz konkret meint das höchste Zivilgericht damit, dass die TV-Sender sich nicht auf die Rundfunkfreiheit im Sinne einer Bestandsgarantie berufen können. Vielmehr sollen sie in Zusammenarbeit mit der werbetreibenden Wirtschaft das Interesse des Zuschauers am Werbeprogramm wecken und wach halten. Bei der allgemeinen Marktbehinderung reichte es aus, dass die TV-Sender nicht existentiell bedroht waren.

Die zweite Welle der Werbeblocker in der Rechtsprechung war demnach ein voller Triumph für die Blocker – und ein Sieg für die TV-Zuschauer. Die Blocker durften sich freuen, dass ihr Geschäftsmodell höchstrichterlich als legal eingestuft worden ist. Zu Gunsten der Zuschauer wurde festgestellt, was eigentlich selbstverständlich ist. Sie sind frei, die Werbeinseln im TV nicht zu rezipieren – und für die eigene Bequemlichkeit technische Hilfsmittel einzusetzen.

Am Ende haben sich aber die Horrorszenarien der TV-Sender bekanntlich nicht realisiert. Die Fernsehfee ist vor allem Wettbewerbsrechtlern, nicht aber Verbrauchern ein Begriff. Fernsehwerbung existiert nach wie vor und wirft Gewinne ab. Ironischerweise war nicht der TV-Werbeblocker der Grund für den relativen Rückschritt der Werbeeinnahmen im Rundfunk im Vergleich zum übrigen Werbemarkt, sondern der Aufstieg und Siegeszug des Internets, das das Fernsehen als beliebtestes (Werbe-)Medium verdrängt hat. Denn den Appell des BGH, für das Publikum ansprechende Werbung zu senden, haben einige TV-Sender nicht nur ignoriert, sondern noch ins Gegenteil verkehrt. Bedauerlicherweise nahm oft auch die Qualität des Programms an sich ab. Dies zeigt wiederum, dass

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

es im Wettbewerb regelmäßig wichtiger ist, die eigene Leistung am Markt zu optimieren, als externe Angriffe auf das eigene Geschäftsmodell mit zu viel Eifer zu verfolgen.

c) Aktuelle Entwicklungen des Werbeblockens außerhalb des Internets

Bei den beiden vorgenannten Medien, die nicht vom Internet abhängig sind und deshalb gemeinsam mit anderen analogen Werbemethoden wie Telefon- und physischer Außenwerbung auch „Nonline-Werbung" genannt werden könnten, haben sich also die Blockmethoden juristisch behauptet. Bei Betrachtung der tatsächlichen Verbreitung hat sich der TV-Werbeblocker nicht durchsetzen können. Die „Keine Werbung"-Aufkleber hingegen sind durchaus weit verbreitet. Dies wahrscheinlich auch schlicht vor dem Hintergrund, dass diese Sticker leicht und günstig zu beziehen und anzubringen sind.

Die beiden vorgenannten Rechtsprechungswellen ergingen allesamt zur alten Fassung des UWG, das noch die „große" Generalklausel in § 1 UWG enthielt. Kurz nach der BGH-Entscheidung in Sachen „Werbeblocker" im Jahr 2004 wurde das UWG reformiert und erhielt eine Kodifizierung verschiedener Fallgruppen, die zuvor über die Generalklausel gelöst wurden. Dabei wurde im Zuge der Umsetzung europäischer Richtlinien § 7 UWG, weitestgehend in seiner zur Zeit der Bearbeitung noch gültigen Struktur, inkorporiert. Im Rahmen der Prüfung der unzumutbaren Belästigung war und ist zwischen den Fallgruppen zu unterscheiden, die eine aktive Einwilligung („Opt-in") benötigen, und solchen, die einen Widerspruch ermöglichen bzw. sogar auf die Erkennbarkeit des Wunsches, nicht angesprochen zu werden, abstellen. Bei den letztgenannten Fallgruppen ist folglich die Möglichkeit, Werbung zu blocken integraler Bestandteil der gesetzlichen Regelung. Die Äußerung des „Nichtwunsches", Werbung zu erhalten, begründet regelmäßig eine unzumutbare Belästigung. Da die Art und Weise dieser Äußerung nicht festgelegt ist, ist eine Vielzahl technischer wie untechnischer Werbeblockmaßnahmen denkbar.

Durch diese Systematik haben sich gewisse Institute herausgearbeitet, die aktuell eine werbeblockende Wirkung haben. Zuvörderst ist hier auf zentral geführte Listen zu verweisen. Berühmtestes Beispiel ist die Robinson Liste, eine seit 1971 vom Deutschen Dialogmarketing Verband (DDV)

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geführte Liste, auf der sich jedermann eintragen kann[492]. Ihren Namen verdankt die Liste übrigens der geläufigen Romanfigur *Robinson Crusoe*[493]. Trotz der Suggestion, dass sich der Eintragende damit auf eine einsame Insel begibt, umfasste die Liste des DDV im Juni 2016 rund 899.000 Einträge[494]. Daneben bestehen weitere zentral oder bei einzelnen Unternehmen geführte Robinson Listen, die die Werbenden vor den Risiken von Abmahnungen durch Verbraucher schützen sollen.

Die Relevanz der allgemeinen Robinson Listen beim Prüfungspunkt der Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens eines Verbrauchers, Werbung zu erhalten, wird in der Literatur überwiegend bejaht. Wegen der leichten Verfügbarkeit der Listen, im Fall der DDV-Liste auch für Nichtmitglieder des Verbands wird gefolgert, dass die Listen mit zumutbarem Aufwand beschafft und konsultiert werden und damit die Erkennbarkeit der Werbeablehnung für den Werbenden begründen könnten[495]. Nicht ausreichend ist eine Eintragung jedoch für die Annahme eines ausdrücklichen Widerspruchs bzw. Opt-outs, weil ein solcher als rechtsgeschäftsähnliche Handlung beim Empfänger zugehen muss[496].

Der Versuch, die Idee der Robinson Liste zu einem Geschäftsmodell zu entwickeln, sorgte im Jahr 2017 zu mehreren Rechtsstreitigkeiten. Stein des Anstoßes war dabei das Portal „*werbestopper.de*“, auf dem sich Verbraucher in eine Art Robinson Liste einschreiben konnten. Jedoch ging der Betreiber des Portals noch einen Schritt weiter und leitete die Information über den Werbewiderspruch aktiv an ausgewählte werbende Unternehmen – nach eigener Ansicht als Erklärungsbote – weiter[497]. Als weiteren Service bot das Portal an, bei Erhalt von Werbung durch die betroffenen Unternehmen u.a. über eine Smartphone App eine „Verstoßmeldung“ ans Portal absetzen können. Das Portal vermittelte dann den Kontakt zu

492 Vgl. Leible, in: MüKo Lauterkeitsrecht, § 7, Rn. 90. Siehe auch www.ichhabediewahl.de, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
493 https://de.wikipedia.org/wiki/Robinsonliste, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
494 www.ichhabediewahl.de, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
495 Leible, in: MüKo Lauterkeitsrecht, § 7, Rn. 90; Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 7, Rn. 115, Ohly/Sosnitza, § 7, Rn. 33.
496 Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 7, Rn. 206.
497 Vgl. die AGB des Portals in Ziff. 2.d., https://werbestopper.de/landing-pages/homepage/css/ws/landing-mobile/legal/agb.html?data-goto=1, abgerufen am 24.3.2018.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einem Rechtsanwalt, der eine Abmahnung veranlassen kann. Zur Zeit der Abgabe dieser Ausarbeitung war der Dienst nicht mehr aktiv[498].

Das Geschäftsmodell war dabei scheinbar primär auf die Generierung von Anwaltskosten gerichtet[499], zumal der regelmäßig beauftragte Rechtsanwalt selbst Teilhaber der Betreibergesellschaft war[500]. Wie jeder gewerbliche Herausforderer der Werbewirtschaft hat auch dieses Geschäftsmodell zu gerichtlicher Überprüfung an mehreren Fronten geführt. Zunächst hat die Betreibergesellschaft von „*werbestopper.de*" in ersten Testverfahren die vermeintlichen Ansprüche eigener Mitarbeiter, die auf den an die Beklagte versandten Abmahnlisten standen, aus abgetretenem Recht durch Klage verfolgt. In einem dieser Musterverfahren hat das AG Nürnberg die Klage abgewiesen und Unterlassungsansprüche wegen Rechtsmissbrauchs abgelehnt[501]. Es hat zudem den Standpunkt des Portals entkräftet, wonach dieses nur Erklärungsbote für die Verbraucher sei. Vielmehr handele es sich um eine Stellvertretung gegen die beim (regelmäßigen) Fehlen einer Vollmacht die sofortige Zurückweisung nach § 174 S. 1 BGB statthaft sei. Im Übrigen sah sich das Portal auch mehreren Abmahnungen und Verfahren wegen Irreführung nach §§ 5, 5a UWG ausgesetzt, weil der konkrete Internetauftritt zu viel versprach und Kostenrisiken für die Teilnehmer nicht ausreichend erklärte[502].

Die Episode „*werbestopper.de*" zeigt wiederum, dass selbst der eigentlich schon längst höchstgerichtlich abgesteckte Rahmen für Briefkastenwerbung noch Potential für Streit birgt. Die Rechtsstreitigkeiten wurden in diesen Fällen jedoch nicht durch die um Umsätze fürchtende Werbewirtschaft, sondern durch das aggressive und fragwürdige Verhalten der Portalbetreiber und des beteiligten Rechtsanwalts selbst heraufbeschworen.

---

498 Der Dienst wurde gerichtlich als unzulässige Anwaltswerbung bewertet: erstinstanzlich LG Köln, Urteil vom 7.11.2017 – 31 O 76/17, und in der Berufung OLG Köln, Urteil vom 29.6.2018 – 6 U 179/17, WRP 2018, 1119.

499 So ausdrücklich AG Nürnberg, Urteil vom 30.6.2017 – 22 C 235/17, juris, Rn. 44.

500 Vgl. LG Köln, Urteil vom 7.11.2017 – 31 O 76/17 und zum Hintergrund: https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2017/11/streit-unter-kanzleien-jonas-erzielt-vor-lg-koeln-erfolg-gegen-duesseldorfer-rechtsanwalt, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

501 AG Nürnberg, Urteil vom 30.6.2017 – 22 C 235/17; noch anhängig: LG Nürnberg-Fürth, Az. 19 O 1765/17, zum Hintergrund: https://www.wettbewerbszentrale.de/de/_pressemitteilungen/?id=299, zuletzt abgerufen am 16.5.2019.

502 Vgl. https://www.haerting.de/de/neuigkeit/werbewidersprueche-ueber-werbestopperde-faq-fuer-betroffene-unternehmen, mit weiteren unveröffentlichten Rechtsprechungsnachweisen, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dass das Geschäftsmodell im konkreten Fall Angriffsfläche bot, heißt indes nicht, dass sich bei ausgeklügelter Modellierung der Prozesse nicht neuartige Werbeblockervorgänge am Markt etablieren können. Die Werbemärkte bleiben deshalb auch langfristig ein potentielles Ziel, um auf dieser Grundlage eigenes Geschäft zu generieren.

d) Situation bei E-Mail Werbung

Bevor auf die Internetwerbeblocker, die auf Webseiten wirken, eingegangen wird, soll zur Vollständigkeit noch kurz die Lage bei E-Mail Werbung skizziert werden. Bei E-Mail Werbung gelten im Grundsatz ähnliche Regeln wie bei Briefkastenwerbung.

Während einerseits die gesetzlichen Regelungen in § 7 UWG geeignete Mechanismen zur grundsätzlichen Verhinderung von Werbemails enthalten, haben die meisten E-Mail Nutzer automatische Spamfilter, die werbende Mails im Bereich des Empfängers aussortieren. Mit den Mitteln des Werbewiderspruchs sowie der Registrierung auf Robinson Listen für E-Mail Adressen kann bei Missachtung eine unzumutbare Belästigung begründet werden.

Der Spamfilter hingegen entspricht seiner Funktion nach einem „Keine Werbung"-Aufkleber. Zwar geht die unerwünschte Werbemail im Postfach zu – anders als bei Briefkastenwerbung. Durch die Sortierung in einer separaten Spamliste muss der Nutzer diese Mail aber nicht zur Kenntnis nehmen. Je nach Einstellung wird die Spammail auch sofort gelöscht. Im Ergebnis wird der Empfänger also nicht von der Mail belästigt, da er sie nicht zur Kenntnis nimmt. Die Zulässigkeit der Spamfilterung durch den Nutzer selbst wird nicht angezweifelt. Probleme können sich allenfalls ergeben, wenn die Spamfilter oder Löschung von Spammails durch Provider oder Netzwerkbetreiber ohne Einwilligung der Nutzer erfolgen[503]. Dies betrifft indes nicht die grundsätzliche Erlaubnis für Nutzer, sich vor unerwünschten Werbemails zu schützen bzw. diese aus der eigenen Wahrnehmung zu verbannen. Bei der Blockade von E-Mail Werbung durch Spamfilter kam es dementsprechend nie zu einer Klagewelle wie bei den anderen Medien.

503 Vgl. Hoeren, NJW 2004, 3513.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

e) Erfindung und Lehrjahre der Internetwerbeblocker

Die Geschichte der Internetwerbeblocker für Display Werbung ist eng verbunden mit den Programmierern des Quellcodes der Programme. Sie ist auch recht gut dokumentiert im World Wide Web, zum Teil durch die Protagonisten selbst[504]. Laut den verfügbaren Quellen hat das, was seinen vorläufigen Höhepunkt 2018 beim BGH in Karlsruhe gefunden hat, im Jahre 2002 begonnen. Ein Informatikstudent aus Kopenhagen namens Henrik Aasted Sørensen hat nach einhelligen Angaben den Quellcode für Adblock geschrieben[505].

Seinen eigenen Angaben zufolge war dies das Ergebnis von kreativer Prokrastination. Statt für eine Klausur zu lernen, entwickelte Sørensen eine Erweiterung für den Vorgänger des Firefox-Browsers, um Werbeanzeigen von den Webseiten zu verbannen. Es bestand zu diesem Zeitpunkt bereits ein Vorläufer, der zum Werbeblocken eingesetzt werden konnte. Dieser beruhte jedoch auf der Detektion großer Bilddateien, wie sie für Banner oft benutzt wurden. Dies war nachvollziehbarer Weise nicht sehr zuverlässig. Sørensens neuer Ansatz beruhte auf der Filterung von Werbung, die von bestimmten Adressen stammen. Damit war die Idee des Blacklist-Werbeblockers geboren. Den Code veröffentlichte Sørensen ohne Gewinnerzielungsabsicht in der Open Source Community. An der weiteren Entwicklung von Adblock beteiligte er sich allerdings nicht[506].

Zur Zeit dieser Erfindung war „das Internet" noch ein ganz anderer virtueller Ort als im Jahr 2018. Die Szene wurde maßgeblich von den Providern wie AOL, MSN oder in Deutschland durch T-Online beherrscht[507], die den ca. 569 Mio. Internetnutzern über 56k-Modems den Zugang zum Netz der Netze vermittelten. Mit 95% Verbreitung war Microsofts Internet Explorer quasi Monopolist unter den Browsern mit dem ca. 3 Mio. Webseiten angesteuert werden konnten. Zum Vergleich: zehn Jahre später im Jahr 2012 waren 2,27 Milliarden Menschen online und konnten auf

504 Vgl. etwa einen Beitrag auf der Webseite von Adblock Plus von Wladimir Palant, https://adblockplus.org/blog/the-semi-authoritative-semi-complete-history-of-the-adblock-plus-project, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

505 Vgl. http://web.archive.org/web/20100822080628/http:/adblockplus.org/en/history und http://www.businessinsider.com/interview-with-the-inventor-of-the-ad-blocker-henrik-aasted-srensen-2015-7?IR=T, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

506 http://www.businessinsider.com/interview-with-the-inventor-of-the-ad-blocker-henrik-aasted-srensen-2015-7?IR=T, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

507 Vgl. http://www.spiegel.de/netzwelt/web/online-werbung-der-harmlose-kreuzzug-der-pop-up-hasser-a-210293.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ca. 555 Mio. Webseiten surfen [508]. Nach einer Hochphase in den Jahren 2000/2001 musste sich Napster 2002 nach dem Verlust von Rechtsstreiten in den USA bankrott erklären[509], was aber nicht zum Ende der Peer-to-Peer-Tauschbörsen führte[510]. Google war noch ein junger Aufsteiger, das 1998 gegründet wurde, und bei den Klickzahlen noch relativ weit hinter Yahoo und MSN zurücklag[511]. Facebook existierte noch nicht einmal. Das Projekt startete an der Harvard University erst 2004[512].

Mit Blick auf Internetwerbung erreichte die Verbreitung klassischer Pop-Ups in 2002 ihren Höhepunkt, der dazu führte, dass Provider wie die heute weitestgehend vergessenen Earth Link oder MSN die Einfügung von standardmäßigen Pop-Up Blockern in ihren Zugangssoftwares vornahmen[513]. Selbst der Marktführer AOL zog kurz darauf nach, kündigte eine Reduzierung von Pop-Up Werbung auf eigenen Seiten an und bot eine entsprechende Software für die Nutzer an [514]. Während sich der Mainstream allein auf Pop-Ups konzentrierte, betraf Adblock bereits zu diesem Zeitpunkt weitaus mehr Werbeformen. Es setzte ganz grundlegend an der Wurzel an und war damit seiner Zeit weit voraus.

Ein Jahr später im Jahr 2003 stieg ein weiterer Programmierer ein, der bis heute eine Schlüsselrolle spielt: Wladimir Palant, der Gründer und Geschäftsführer der Eyeo GmbH, der Betreibergesellschaft von Adblock Plus. Die auf Sørensens Entwicklung basierende Browsererweiterung Adblock war zu diesem Zeitpunkt in Version 0.3 und führte dazu, dass Werbeanzeigen auf Webseiten nicht angezeigt worden sind, ohne dabei den Downlaod der Daten für die Anzeigen zu unterbinden. An dieser Stelle setzte Palant an und programmierte eine Anwendung, die auch die „requests" zur Übertragung der Werbedatenpakete unterband. Im Austausch mit dem pseudonymen Team von Adblock, dem Sørensen zu dieser Zeit schon nicht mehr angehörte, konnte sich Palant allerdings nicht ent-

508 Vgl. https://venturebeat.com/2012/08/14/the-internet-2002-2012-infographic/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
509 https://en.wikipedia.org/wiki/Napster#History, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
510 Vgl. nur BGH, Urteil vom 8.1.2014 – I ZR 169/12, GRUR 2014, 657 – *BearShare*, dessen Verletzung aus dem Jahr 2007 datierte.
511 Vgl. https://searchengineland.com/yes-steve-scalise-google-2002-211892, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
512 Vgl. https://en.wikipedia.org/wiki/Facebook, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
513 Vgl. http://www.spiegel.de/netzwelt/web/online-werbung-der-harmlose-kreuzzug-der-pop-up-hasser-a-210293.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
514 https://www.geek.com/news/aol-unveils-pop-up-ad-blocker-553247/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

scheidend durchsetzen und entschied sich dazu seine Entwicklung selbst zu veröffentlichen – unter einem anderen Namen: Adblock Plus. Dies geschah im Januar 2006 und blockte nunmehr auf Basis einer Blacklist den gesamten Vorgang des Abrufs der Werbeanzeigen. Im November 2006 wurde Adblock Plus das meist heruntergeladene Add-on für den Mozilla Firefox Browser. Das Ausgangsprojekt Adblock hingegen wurde von Mozilla wegen technischer Probleme von ihrer Webseite entfernt[515].

Auf der einen Seite stand die Software Adblock Plus an sich, auf der anderen Seite die Filterlisten. Ohne Filterlisten war und ist Adblock Plus wertlos. Die Filterlisten wurden seit jeher von der „Adblock Community" gepflegt. Mit steigenden Downloadzahlen benötigten die Filterlisten ebenfalls ein Zuhause. Wieder stieg Palant ein, dieses Mal als Host für das „EasyList"-Projekt, die schnell die beliebtesten Filterlisten im Internet zur Verfügung stellten. Alle beliebten Filterlistenhosts hatten jedoch das Problem, dass sie selbst Gast waren und über kurz oder lang große Teile des Traffics bei Ihren Serverhosts beanspruchten. Letztendlich benötigte das gesamte Projekt eine professionelle Organisation.

Neben dem Erfolg bei technikaffinen Nutzern erlebte Adblock Plus einen ersten Schritt in Richtung Mainstream im Sommer 2007. Ein US-amerikanischer Blogger namens Danny Carlton begab sich auf Kriegsfuß mit dem zu dieser Zeit stark in den Vordergrund preschenden Browser Mozilla Firefox. Er sperrte den Zugang zu seinem Blog für Firefox Nutzer und leitete sie stattdessen auf eine andere Seite weiter. Auf dieser Informationsseite mit der Domain „*whyfirefoxisblocked.com*", die heute nicht mehr erreichtbar ist, wurden die Hintergründe des Protests erläutert: Werbeblocken sei Diebstahl; wahrer Grund des Protests sei die Weigerung von Mozilla, den Webseitenbetreibern die Möglichkeit zu geben, Adblock Plus Nutzer auszusperren[516]. Grund für diesen radikalen Schritt war, dass Mozilla zu dieser Zeit der maßgebliche Browser war, auf dem werbeblockende Erweiterungen ohne größeren Programmieraufwand zu installieren waren. Der Blogger fürchtete um seine Refinanzierungsgrundlage, die Adblock Plus zu zerstören drohte. Da weder Palant noch die Verantwortlichen bei Mozilla Einsicht mit seiner Situation zeigten, baute er seine

515 https://adblockplus.org/blog/the-semi-authoritative-semi-complete-history-of-the-adblock-plus-project, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

516 Zitiert nach https://www.theguardian.com/technology/blog/2007/aug/19/adblockingis, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sperre auf[517]. Der Ausschluss aller Firefox Nutzer hatte dabei wohl zwei Gründe: einerseits war dies medienwirksamer, da Adblock Plus noch nicht bekannt genug war, um die Medien aufzuwecken. Mozilla als Shooting Star unter den Browsern war bekannt genug und taugte als Sündenbock, der die „bösen" Add-ons tolerierte. Andererseits war es wegen des Informationsaustauschs bei der HTTP-Verbindung zwischen Server und Client einfach möglich den Nutzer eines Browsers zu identifizieren. Die Möglichkeit nur die Nutzung eines Add-ons innerhalb eines Browsers zu identifizieren hätte stattdessen besonderer Detektionsmaßnahmen bedurft, die Carlton wohl kaum bewerkstelligen konnte.

Jedenfalls erreichte Carlton sein Ziel der Medienwirksamkeit, weil unter anderem die New York Times[518], das britische Portal der Zeitung „The Guardian"[519] und der Stern[520] über den Zwist und damit auch erstmals im größeren Forum über den Programmierer Palant aus Köln und sein Adblock Plus berichteten. Die New York Times berichtete auch über die Ignoranz der Internetriesen des Jahres 2007 und deren Unwillen, gegen Adblock Plus vorzugehen. Dabei sah insbesondere Palant das Projekt Adblock Plus in dieser Zeit noch nicht gewappnet, einem Rechtsstreit – gleich ob berechtigt oder unberechtigt – Stand zu halten[521]. Ergebnis des PR-Stunts war eine kostenlose Kampagne für Adblock Plus, die ironischerweise im Content eben jener Online-Medien verbreitet wurde, an deren Geschäftsmodell der Werbebblocker die Axt ansetzte.

Gleichsam war die Episode um Carlton, dem kleinen Blogger, der für seine Schreibleistungen nun nur noch sehr viel weniger Werbeeinnahmen generieren konnte, vielleicht einer von vielen Umständen, die Palant zu dem Gedanken brachten, dass der Weg des absoluten Blockens nicht zukunftsverträglich für die Vielfalt im Internet abseits der Mainstreammedien sein könnte. Im Mai 2009 veröffentlichte Palant jedenfalls ein Pamphlet

517 Vgl. https://techcrunch.com/2007/08/23/why-darwin-beats-danny-carlton/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

518 https://www.nytimes.com/2007/09/03/technology/03link.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

519 https://www.theguardian.com/technology/blog/2007/aug/19/adblockingis, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

520 https://www.stern.de/digital/online/onlinewerbung-blocken-oder-nicht-blocken–3264652.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

521 https://adblockplus.org/blog/the-semi-authoritative-semi-complete-history-of-the-adblock-plus-project, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu seinem Konzept für faires Adblocken[522]. Dies mündete sodann in die Acceptable Ads Kriterien und das Whitelisting-Konzept, die im nachfolgenden Abschnitt näher beschrieben werden.

Abseits von Palants Adblock Plus gab der Markt der Werbeblocker im Internet in der zweiten Hälfte des ersten Jahrzehnts im 21. Jahrhundert praktisch keine Alternativen. Erst im Dezember 2009 wurde in Anknüpfung an Sørensens Adblock die auch heute noch verfügbare Alternative namens AdBlock veröffentlicht. Diese Veröffentlichung stand im engen Zusammenhang mit der Öffnung des Google Chrome Browsers für Addons wie es bei Firefox schon lange möglich war und einer der Hauptgründe für den Aufstieg des Browsers an die Spitze der Nutzerzahlen war. Adblock Plus war zunächst nicht für Google Chrome verfügbar, sodass neue Programmierer das Vakuum füllten. Neben AdBlock war auch ein Add-on namens Adthwart eine in diesem Zeitraum erfolgreiche Erweiterung für den Chrome Browser, die allerdings zur Zeit der Bearbeitung schon nicht mehr verfügbar war. Beide Programme funktionierten weitestgehend gleich und stammten von US-amerikanischen Programmierern[523]. Erst Ende Dezember 2010 entschloss sich Palant auch Adblock Plus für Chrome anzubieten[524]. Mit Einstieg in diesem Browser errang sich Adblock Plus auch für diesen Browser schnell eine führende Stellung bei den Downloadzahlen.

f) Die Kommerzialisierung der Adblocker

Etwa zeitgleich mit den Gedanken an faires Adblocken begann zudem die Kommerzialisierung der Adblocker. Während sie zuvor als extrem schnell gewachsene Open Source Projekte mit Filterlisten angesehen werden konnten, die absolut von der sie pflegenden Community abhängig waren, stand das zweite Jahrzehnt des aktuellen Jahrtausends unter dem Stern der Kapitalisierung. Palant bekam in dieser Zeit nämlich Hilfe von außerhalb durch Tim Schumacher und Till Faida, die beide einen wirtschaftlichen Hintergrund in Online Marketing und Internetgeschäftsmo-

522 https://adblockplus.org/blog/an-approach-to-fair-ad-blocking, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

523 Vgl. https://www.nytimes.com/2010/01/04/business/media/04link.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

524 https://adblockplus.org/blog/adblock-plus-for-google-chrome-to-be-released-soon, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dellen hatten[525]. Durch diese Allianz wurde die Eyeo GmbH gegründet, die fortan das Projekt Adblock Plus weitestgehend im Rahmen eines Unternehmens führt. Palant konnte sich dadurch voll und ganz auf die Programmierung und Weiterentwicklung konzentrieren, während sein neues Unternehmen das Rückgrat für einen rasanten wirtschaftlichen Aufstieg schaffte[526].

Unter der Ägide der Eyeo GmbH wurde im Dezember 2011 das Acceptable Ads Programm gestartet. Dies beinhaltete die Einführung der Whitelist-Funktion als Standardeinstellung bei Neuinstallation des Add-ons. Zugleich wurden die Kriterien für Werbeanzeigen festgelegt, die nach Ansicht von Palant, Eyeo und einiger Nutzer von Adblock Plus vorliegen müssen, damit die Anzeigen nicht unbedingt geblockt werden müssen. Nur Webseiten, die ausschließlich solche Werbung implementieren, die diesen Kriterien entsprechen, haben die Chance auf die Whitelist zu kommen. Die Whitelist ist sozusagen der Passierschein, der den Weg durch die Adblock Schleuse ermöglicht. Nach Palants eigener Beschreibung war die erste Zeit des Acceptable Ads Programms nicht ganz optimal wegen unvorhergesehener Probleme und einiger Kritik von Nutzern und Publishern[527].

Dieser Kritik zum Trotze wuchs Eyeo bzw. Adblock Plus weiter. Zum einen im eigenen Unternehmen, das neben den Gründern mehr und mehr Entwickler, Programmierer aber auch Marketingspezialisten und sonstige Mitarbeiter für die Aufgaben eines millionenschweren Unternehmens einstellte. Zur Zeit der Bearbeitung zählt das Team von Eyeo GmbH weit über 100 Personen[528]. Zum anderen in der Akzeptanz der Internetnutzer. Zwischen dem 17.1.2006 und dem 13.2.2008 zählte Mozilla für Firefox insgesamt etwas unter 14 Mio. Downloads von Adblock Plus mit durchschnittlichen täglichen Downloadzahlen von ca. 60.000. Unter dem Zählpunkt „Active Daily Users" zählte Mozilla am 13.2.2008 3.033.440 Nutzer[529]. In den Jahren 2016 und 2017 zählte Mozilla hingegen regelmäßig über 23 Mio. tägliche Benutzer von Adblock Plus. Bis März 2018 konnten

525 Schumacher war u.a. Mitgründer von sedo.com, einem Marktplatz für Domains, vgl. https://www.schumacher.me/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

526 S.o. Fn. 20; https://adblockplus.org/blog/the-semi-authoritative-semi-complete-history-of-the-adblock-plus-project, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

527 https://adblockplus.org/blog/the-semi-authoritative-semi-complete-history-of-the-adblock-plus-project, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

528 Vgl. https://eyeo.com/en/team, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

529 https://adblockplus.org/blog/statistics-statistics-statistics, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

insgesamt alleine für Firefox über 474 Mio. Downloads der Erweiterung registriert werden[530]. Für die übrigen Browser stehen keine öffentlich zugänglichen, belastbaren Zahlen zur Verfügung. Gleichsam zeigen die Entwicklungen der Zahlen der Downloads sowie der täglichen Nutzer den enormen Sprung, den Adblock Plus nach Gründung von Eyeo gemacht hat.

Ein Grund für den Anstieg der „Performance"-Werte waren auch immer wieder Geschehnisse mit hohem Medienecho. Dies war schon 2007 bei der wirkungslos gebliebenen Firefox Blockade durch Danny Carlton der Fall. Eine vergleichbare Episode ereignete sich 2013 als der Techblogger Sascha Pallenberg mit mehreren Beiträgen in der Serie „#adblockgate" Enthüllungen über die Hintergünde von Adblock Plus postulierte. Pallenberg äußerte harsche Kritik an den Personen und dem Geschätfsmodell, berichtete von Vetternwirtschaft, geheimen Geldgebern und Ignoranz gegenüber der „Community". Das Acceptable Ads-Programm titulierte er als Mafiamethode, das Schutzgeld erpresse[531]. Die Medien griffen die emotional geprägte und teils auf persönlicher Ebene geführte Diskussion auf[532], die es sogar bis zur ARD ins TV schaffte[533]. Wie die Nutzerzahlen für Mozilla Firefox zeigen, haben die Enthüllungen am Ende jedoch mehr zur Bekanntheit der Werbeblockersoftware beigetragen, denn deren Ruf bei den Nutzern zu beeinträchtigen.

Auch die im Laufe der Jahre 2014 und 2015 eingereichten Klagen durch Medienhäuser konnten dem Erfolg von Adblock Plus nicht schaden. Dass der Großteil der Verfahren in den Instanzgerichten zudem ein Erfolg für Eyeo war, stellte dabei zudem eine ausnahmsweise sehr positive Berichterstattung für das Unternehmen und die Software dar. Insgesamt lässt sich beobachten, dass jede neue Berichterstattung über Adblock Plus in den nicht technikspezifischen Medien nichts an den sowieso schon verhärteten Fronten geändert hat. Adblock-Gegner brauchten keine weiteren Beweise für ihre ablehnende Haltung, Befürworter ließen sich nur kaum durch

530 https://addons.mozilla.org/DE/firefox/addon/adblock-plus/statistics/?last=365, abgerufen am 27.3.2018.

531 https://www.mobilegeeks.de/adblock-plus-undercover-einblicke-in-ein-mafioeses-werbenetzwerk/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

532 Eine gute Zusammenfassung des Streits mit weiteren Nachweisen findet sich unter https://www.gruenderszene.de/allgemein/adblock-plus-kritik, sowie unter https://www.mobilegeeks.de/adblock-plus-adblockgate-eyo-gmbh/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

533 https://www.youtube.com/watch?v=5RGKy34K3xE, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schlechte Presse zur Abkehr vom im Alltag gut funktionierenden Adblock Plus bewegen. Bislang unbedarfte Beobachter konnten aber durch die Berichterstattung potentiell als neue Nutzer von Werbeblockern gewonnen werden, die ohne die Berichterstattung wohl nicht von sich aus auf die Existenz der Werbeblockersoftware aufmerksam geworden wären.

Ein neuer Meilenstein in dem kontroversen Kommerzialisierungsprozess von Eyeo wurde 2016 erreicht. Da das System des Whitelisting nicht nur zu Protesten von Webseitenbetreibern (siehe #adblockgate) und gut ein halbes Dutzend Gerichtsverfahren geführt hat, sondern offensichtlich auch bei den Nutzern der Whitelisting-Freischaltung als intransparent und aufwändig angesehen wurde, hat Eyeo eine vollautomatische Ad-tech Plattform zum Whitelisting eingeführt. Diese Plattform wurde aus naheliegenden Gründen „Acceptable Ads Platform" getauft. Innerhalb dieser Plattform soll nach Angaben von Eyeo zudem ein Nutzer-Feedback basiertes „Real-Time-Bidding" stattfinden, d.h. eine Auktion der Werbeplätze erfolgt nicht auf Grundlage trackingbasierter Algorithmen. Wenn Nutzer „gewhitelistete" Anzeigen aus welchen Gründen auch immer monieren, haben die Anbieter bei der nächsten Auktion schlechte bis gar keine Chancen[534]. Die Medien indes nennen im Zusammenhang mit dieser Neueinführung das Kind beim Namen: Adblock Plus verkauft selbst Werbung. Die Acceptable Ads Platform ist im Ergebnis nichts anderes als ein Werbenetzwerk, jedoch ein spezielles Netzwerk für Adblock Plus Nutzer[535].

Dieses neueste Projekt wird mit Hilfe des Unternehmens Combotag, einem Anbieter von Tools zur Werbeoptimierung im Internet, gestemmt. Diese verteidigen das paradoxe Verkaufen von Werbeplätzen durch Werbeblocker als Fortschritt, weil auf massives Tracking und Targeting zum Wohle der Nutzer verzichtet werde[536]. Interessant in diesem Zusammenhang ist auch, dass diese Werbeausspielung allein bei Nutzern mit aktiviertem Adblocker und Whitelistingfunktion abläuft. Bei Nutzern ohne Adblock Plus werden die üblichen Werbungen ausgespielt[537]. Faktisch entstehen also zwei getrennte Werbemärkte: auf der einen Seite das ungeblockte Netz, auf der anderen Seite das Netz der Werbeblockernutzer.

---

534 https://adblockplus.org/blog/new-acceptable-ads-platform-launches-bringing-feedback-to-rtb-and-help-to-small-websites, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

535 Vgl. https://www.forbes.com/sites/johnkoetsier/2016/09/13/adblock-plus-is-now-an-ad-network/#fd2a0ba5db08, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

536 Vgl. https://www.brandeins.de/magazine/brand-eins-wirtschaftsmagazin/2017/marketing/sehnsucht-nach-dem-paradies, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

537 Vgl. https://www.golem.de/news/neue-plattform-gestartet-adblock-plus-verkauft-selbst-werbeanzeigen-1609-123238.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auch bei dem bis dato einzigen anderen namhaften Werbeblocker auf Basis von Filterlisten zeigte sich der Trend zur Kommerzialisierung. Das ursprünglich für Chrome entwickelte AdBlock wurde vom Entwickler Michael Gundlach 2015 an einen anonymen Käufer verkauft. Im Zuge des Verkaufs trat diese eigentliche Konkurrenzsoftware von Adblock Plus dem Acceptable Ads-Programm bei[538], das eigentlich die Besonderheit des Marktführers war. Die gesamten Hintergründe des Verkaufs und der Einfügung der Whitelist-Funktion wurden nicht veröffentlicht. Es steht nur fest, dass der Käufer nicht Eyeo war. Es gilt allerdings zu erwarten, dass vor dem Hintergrund des Kaufs von AdBlock sowie der Refinanzierung dieser Transaktion finanzielle Gründe nicht ganz bedeutungslos waren. Faktisch unterscheiden sich demnach Adblock Plus und AdBlock nur noch in Nuancen.

Im Übrigen entwickelte sich eine weitere Alternative zu den Whitelist-Blockern, die weiterhin allein auf Blacklisting setzt, d.h. Werbung absolut blockiert. Dabei handelt es sich um die zur Zeit der Bearbeitung unter „uBlock" und „uBlock origin" firmierenden Browser-Add-ons. Zunächst wurde 2014 „µBlock" veröffentlicht, das technisch auf der Software HTTP Switchboard basiert. Auf dieser Grundlage spalteten sich 2015 die zwei Wege „uBlock origin", das vom ursprünglichen Programmierer von „µBlock" weiterentwickelt wurde, sowie „uBlock" das von einem anderen Programmierer gepflegt wird ab. Beide Browsererweiterungen stellen durch den Verzicht auf Whitelisting als Kommerzialisierungsinstrument das Gegenkonzept zu Adblock Plus und AdBlock dar. Beide Projekte finanzieren sich maßgeblich durch Spenden[539]. Diese Erweiterungen stellen also eine nicht kommerzialisierte Alternative zu Adblock Plus dar.

g) Wie du mir, so ich dir – oder das Wettrüsten

Der Aufstieg der Internetwerbeblocker erfuhr nicht nur medialen Gegenwind. Da Worte im Kampf gegen Adblock Plus & Co nie nachhaltig fruchteten, entwickelte sich auf Seiten den Webseitenbetreiber und Werbenden ein neuer Plan. Den technischen Eingriffe in das eigene Geschäftsmodell sollte ebenfalls mit technischen Mitteln begegnet werden. Ein frühes Beispiel für eine solche Gegenmaßnahme war die Firefox-Blockade

538 https://www.pcwelt.de/news/Adblock-wurde-verkauft-und-setzt-auf-Akzeptable-Werbung-Safari-Extension-9821882.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

539 https://en.wikipedia.org/wiki/UBlock_Origin, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Blogger um Danny Carlton im Jahr 2007. Diese haben, weil sie noch nicht über die Möglichkeiten verfügten, spezifisch Nutzer mit aktiviertem Adblocker zu erkennen, nur solche Nutzer ausgesperrt, die den Browser Firefox nutzen[540]. Die Nutzung eines bestimmten Browsers war problemlos erkennbar, weil in der HTTP-Verbindung diese Information sowieso übertragen wird. Auf einen entsprechenden Request konnte der Server, durch leichte Programmbefehle gesteuert, die eigentlich angeforderten Daten nicht senden, sondern stattdessen andere Daten ausliefern. Die erste Adblockersperre existierte also schon weit bevor Bild.de im Jahre 2015 zu diesem drastischen Schritt überging[541].

Die Gegenbewegung zum Blocken von Display-Werbung ist das Anti-Adblocking. Als eines der hauptsächlichen Gegengewichte zu Adblock Plus tat sich dabei das 2002 gegründete irische Unternehmen PageFair hervor. Während PageFair zunächst vor allem die Auswirkungen des Adblockens im Internet maß und visualisierte[542], bot das Unternehmen schon schnell technische Maßnahmen zur Erkennung von Adblockern, zur blockersicheren Ausspielung von Werbung sowie ein eigenes Werbenetzwerk an[543]. Bekannt ist das Unternehmen zudem durch die jährlichen Reports mit denen das Unternehmen zur Bewerbung der eigenen Dienste die Verbreitungszahlen von Adblockern und deren ökonomische Folgen veröffentlicht.

Ein weiterer prominenter Gegenspieler ist das Hamburger Unternehmen AdDefend, das 2015 gegründet worden ist. Es verspricht so gut wie jeden Adblocker umgehen zu können und damit die Reichweite für Webseitenbetreiber wiederherzustellen[544]. Weitere namhafte Anbieter sind

540 Vgl. https://techcrunch.com/2007/08/23/why-darwin-beats-danny-carlton/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.; https://www.nytimes.com/2007/09/03/technology/03link.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.; https://www.theguardian.com/technology/blog/2007/aug/19/adblockingis, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.; https://www.stern.de/digital/online/onlinewerbung-blocken-oder-nicht-blocken–3264652.html, zuletzt abge-rufen am 30.5.2019.

541 S.o. den Screenshot unter Ziffer A. III..

542 Vgl. https://www.theguardian.com/technology/2014/mar/27/page-fair-anti-adblock-startup-funding, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

543 https://pagefair.com/about-us/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

544 https://www.addefend.com/de/about/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ooyala[545], Sourcepoint[546], Secret Media[547] oder Admiral[548]. Allein diese Auswahl zeigt, dass am Markt der Anti-Adblock Maßnahmen eine Vielzahl verschiedener Angebote erhältlich sind. Dies ist auch naheliegend. Potentielle Kunden gibt es zuhauf, da Internetwerbeblocker praktische jede Webseite betreffen.

Mit spezialisierten Programmierern und finanzkräftigen Partnern auf beiden Seiten hat sich also ein Wettrüsten entwickelt. Auf Blocker folgen Anti-Blockmaßnahmen. Daraufhin ziehen Blocker wieder nach und versuchen diese Maßnahmen zu umgehen, was wiederum eine Reaktion bezweckt. Am Ende stellen sich großen Webseitenbetreibern drei Optionen, die allesamt mit nicht unerheblichen Kosten verbunden sind: erstens, sie ignorieren Werbeblocker und nehmen geringere Werbeausspielungsraten hin. Zweitens, sie zahlen die Whitelisting-Gebühr von Adblock Plus. Drittens, sie nehmen die Dienste der Anti-Adblocker in Anspruch. So oder so werden Webseitenbetreiber nie mehr die ungestörte Einnahmesituation ohne gegenüberstehende Ausgaben vorfinden wie sie in den frühen Internetjahren herrschte.

h) Letzte Entwicklungen

Der Markt entwickelt sich weiter. Während der Browser Opera schon seit 2016 mit einem eingebauten Adblocker aufwartet[549] und auch Eyeo auf dem mobilen Markt mit einem Adblock Browser versucht Marktanteile zu gewinnen, verkündete Google, seinen Browser Chrome ab Februar 2018 mit einem integrierten Adblocker auszurüsten[550]. Google macht damit den manuellen Download einer Browsererweiterung wie Adblock Plus überflüssig. Dies kann wegen der Verbreitung von Chrome auf dem Markt als direkter Angriff auf die Erweiterungsanbieter angesehen werden, da potentiell „Noch-nicht- Werbeblocker"-Nutzer oder Nutzer, die neue Geräte einrichten, vom Neudownload der Add-ons abgehalten werden. Außerdem

545 http://community.ooyala.com/t5/Ooyala-Player-Knowledge-Base/Adblock-is-Blocking-the-Ooyala-Player/ta-p/8533, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
546 https://www.sourcepoint.com/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
547 http://www.secretmedia.com/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
548 https://getadmiral.com/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
549 https://blogs.opera.com/news/2016/05/ad-blocker-integrated-opera-for-android-windows-mac-opera-mini/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
550 http://www.sueddeutsche.de/digital/google-chrome-adblocker-1.3868742, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verfolgt auch Google eine Art Acceptable Ads-Initiative. Google nennt dies „Coalition for Better Ads“ und mimt die aus der Programmierer- und Tech-Szene entsprungende Acceptable Ads Initiative von Wladimir Palant, Eyeo und Co. Google koaliert dabei unter anderem mit Facebook, Microsoft oder Axel Springer, also mit den Schwergewichten am Markt. Entwickelt hat sich dadurch eine Blacklist, die Google zunächst mit einer Aufforderung zur Änderung der Werbung an Webseitenbetreiber und ultimativ mit Blockade durchsetzt. Großer Unterschied dieser Blacklists ist aber, dass Google und seine Koalitionäre gewisse Werbeformen wie Pre-Roll bzw. Interstitials als akzeptabel ansehen, was bei den klassischen Blacklistblockern undenkbar ist[551].

Wiederum andere Akteure erdenken und entwickeln neue Formen des Werbeblockens. Forscher der Universitäten Princeton und Stanford haben etwa einen „wahrnehmenden“ Werbeblocker entwickelt, der sich die Werbekennzeichnung zu Nutze macht und auf Grundlage der Signalworte wie „Anzeige“ oder „gesponsert“ an den üblichen Stellen Anzeigen erkennt und damit blockbar macht[552].

Weiterhin machen sich Werbeblockerbetreiber neueste Technologien zunutze, um im Wettrüsten am Online-Werbemarkt weiterhin mitmischen zu können. So wurde berichtet, dass Eyeo auf künstliche Intelligenz setzen möchte, um das Werbeblocken zu verbessern. Diese Lösung soll nach dem Prinzip des zuvor dargestellten „wahrnehmenden“ Werbeblockers auf visueller Grundlage beruhen und durch die Vorzüge von „Machine Learning“ zuverlässig funktionieren[553]. Es verwundert jedoch kaum, dass auch auf Seiten der Anti-Adblocker Methoden der sog. künstlichen Intelligenz eingesetzt werden können, um Werbung dynamisch zu verschleiern und damit die Effektivität der neuesten Art des Werbeblockers zu untergraben[554].

Die Entwicklung auf dem Markt der Internetwerbung sowie der abhängig nachgelagerten Märkte der Adblocker und der Anti-Adblocker ist mithin noch immer im Fluss und mäandriert gewaltig. Wohin diese Reise am

551 http://www.sueddeutsche.de/digital/google-chrome-adblocker-1.3868742, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

552 https://motherboard.vice.com/en_us/article/9a4yny/princetons-ad-blocking-superweapon-may-put-an-end-to-the-ad-blocking-arms-race, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

553 https://t3n.de/news/werbeblocker-vs-facebook-ki-1091758/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

554 https://floriantramer.com/docs/slides/pan19adblock.pdf, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ende geht, ist schlicht nicht prognostizierbar. Vielleicht sind die aktuell großen Werbeblocker bis zum Jahr 2030 vergessen. Vielleicht sind aber auch die großen Werbenetzwerke bis zu diesem Zeitpunkt nicht mehr so einflussreich wie zur Zeit der Bearbeitung. Die Wahl treffen schlussendlich die Nutzer, deren Aufmerksamkeit, Daten und potentielles Konsumverhalten Grundlage der wirtschaftlichen Entwicklung ist.

i) Fazit

Die Beispiele in den verschiedenen Medien zeigen deutlich, dass Werbeblocken ein integraler Teil des Kommunikationsvorgangs Werbung ist. Der aktive Werbevorgang fordert regelmäßig eine ablehnende Reaktion heraus. Die neuere Geschichte der Werbung zeichnet sich durch die starke Technisierung aus. Aktueller Stand der Technik ist die im Internet durch Tracking und Targeting geprägte gezielte Werbeausspielung. Dass auch die Reaktionen der Nutzer eine entsprechende technische Evolution durchliefen, ist deshalb kaum verwunderlich.

Maßgeblich verändert hat sich indes, dass der durchschnittliche Werbeadressat mit zunehmender Technisierung Werbung nicht mehr allein durch eigenes Tun aus seiner Wahrnehmung verbannen kann. Bis zum Aufkommen der Internet-Adtechs konnte der Adressat abwimmeln, auflegen, umblättern, entsorgen oder umschalten. Auf Webseiten ist dies je nach Werbeform nicht möglich.

Während die erste Welle von Rechtsstreiten rund um Werbeblocker, die die Briefkästen betraf, von den Adressaten ausging, die ihre Persönlichkeitsrechte schützen wollten, rollte die zweite Welle von TV-Sendern auf den Anbieter der Fernsehfee zu. Die Fernsehfee war aber in erster Linie ein Werkzeug zur Erleichterung eines Vorgangs, den der Nutzer selbst auch bewerkstelligen konnte.

Die Internetwerbeblockerwelle geht ebenfalls von den Medienanbietern aus und attackiert Anbieter von Werbeblockerinstrumenten. Diese Werbeblocker ermöglichen dem Nutzer aber praktisch etwas, was er alleine nur bei enormen Sonderkenntnissen bewerkstelligen könnte: Das Entfernen von Werbeanzeigen aus Webseiten. Hier erlangt der Nutzer also im Gegensatz zu den früheren Werbeblockermethoden ein „Mehr“. Beim Blocken des Empfangs von Postwurfsendungen oder dem automatischen Umschalten eines TV-Programms erhält der Adressat anders als bei Internetwerbeblockern kein von Werbung bereinigtes Ergebnis. Adblock Plus und Co. können einzelne Teile einer Webseite ausschneiden und damit

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ein anderes Produkt herstellen, dass sich von der intendierten Form des Herausgebers unterscheidet.

Internetwerbeblocker unterscheiden sich also maßgeblich in zweierlei Hinsicht von anderen geblockten Medien: der Nutzer braucht die Expertise von Dritten und erhält dadurch ein „Aliud" zum eigentlichen Medienangebot.

Eine zweite Folgerung aus der Werbeblockergeschichte ist, dass ein radikales Blocken, das den Werbevorgang derart verhindert, dass er gar nicht erst initiiert wird, nur durch gesetzliche Regelungen möglich ist. Nur wo ein Opt-in notwendig oder ein Opt-out möglich ist, wird eine Werbeansprache vor dem Druck von rechtlich angeordneten Konsequenzen unterbleiben. Alle anderen Methoden sind vor allem Filter, die einen bereits begonnenen Werbevorgang in der Sphäre des Adressaten abfangen und diesem eine Wahrnehmung ersparen. Hier gleichen sich sowohl „Keine-Werbung"-Aufkleber, die Fernsehfee und Adblock Plus.

2. Wirtschaftliche und technische Hintergründe

In diesem Abschnitt werden die wirtschaftlichen Zusammenhänge und technischen Grundlagen geordnet nach den verschiedenen Werbeblockerformen dargestellt. Die nachfolgend näher zu beschreibenden Formen von Werbeblockern sind zunächst undifferenziert wirkende Werbeblocker, die über einen beim Nutzer installierten Filter jede als solche erkennbare Werbung ausblenden (hier genannt: „Reine Blacklist-Blocker", siehe dazu lit. a.). Eine Weiterentwicklung dazu sind die differenzierenden Werbeblocker, die zunächst über den oben beschriebenen Blacklist-Filter Werbung erkennen und diese dann über eine zweite Freigabeliste, die Whitelist, unter Umständen wieder freigeben (im Weiteren als „Whitelist-Blocker" bezeichnet, siehe dazu lit. b.). Kurz wird auch auf Browser mit integrierten Werbeblockern eingegangen, siehe dazu lit c.). Daneben haben auch andere Softwares oder Browsererweiterungen als beiläufige Folge des Hauptzwecks eine werbeblockierende Wirkung. Dies kann zum Teil auch durch im Browser verfügbare Einstellungen oder Einstellungen am Betriebssystem bewerkstelligt werden (siehe dazu lit d.). Sodann ist auf neue Entwicklungen auf dem Markt der Internetwerbeblocker einzugehen, die Werbung unabhängig von Filterlisten oder Browsereinstellungen zu blockieren vermögen (siehe dazu lit. e.).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Reine Blacklist-Blocker

Bei den reinen Blacklist-Blockern handelt es sich um die bereits in der historischen Beschreibung genannten Browsererweiterungen, die auf dem 2002 entwickelten ursprünglichen Adblock beruhen. Aktuell sind unter diese Kategorie Adblock Plus und AdBlock zu fassen, wenn dort die Whitelisting-Funktion ausgeschaltet wird, sowie uBlock und uBlock origin. Hinzu kommt eine Vielzahl von kleineren Werbeblocker Anbietern, die zum Browser oder auf ein mobiles Gerät geladen werden können. Eine Aufzählung ist wegen der Unübersichtlichkeit nicht möglich, zumal viele Angebote kommen und gehen. Deshalb konzentriert sich die nachfolgende Beschreibung auf die im deutschen Markt konstant vertretenen Anbieter.

aa) Technische Grundlagen

Das Konzept dieser Blocker ist simpel und das wirtschaftliche Ausmaß der Folgen enorm. Auf Grundlage einer selbst erstellten oder aus dem Netz geladenen Filterliste, der Blacklist, erkennt die Blockersoftware die Werbeelemente, verhindert deren Download und veranlasst den Browser, die Webseite ohne die Anzeigen aber trotzdem stimmig anzuzeigen. Auf diese Weise werden keine Anzeigen ausgespielt, sodass weder eine Abrechnung auf Grundlage der „Views", noch weitergehende abrechnungsrelevante Transaktionen oder Kontaktaufnahmen erfolgen. Diese Form des Werbeblockens entzieht den jeweiligen Nutzer komplett aus dem wirtschaftlichen Geflecht der Internetwerbung, das aber auf Downloads und Klicks durch Nutzer beruht.

Konkret funktioniert Werbeblocken über eine Blacklist über die Modifizierung des üblichen Programmablaufs des Browsers. Beim Parsen des HTML-Dokuments, das zur Erstellung des DOM-Knotenbaums führt[555], wird jedes zu ladende Element der Webseite auf einen Eintrag in der verknüpften Blacklist kontrolliert. Jedes Element durchgeht also eine Ja/Nein-Abfrage des Browsers[556]. Bei Eintrag auf der Blacklist lautet der Befehl an den Browser, das Element nicht zu laden. Andernfalls wird das Element geladen und gerendert.

Laut der eigenen Beschreibung von Adblock Plus setzt die Blockersoftware beim Browser Mozilla Firefox an dessen Rendering Modul namens

555 S.o. Ziffer B. III. 2. a).
556 Vgl. Nink, CR 2017, 103, 104.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Gecko“ an. Gecko liest die geparsten HTML-Dateien, Style Sheets sowie weitere Ressourcen wie Mediadaten ein und sorgt für die Darstellung im Nutzergerät[557]. Bei Gecko wird durch die Installation von Adblock Plus eine „Content Policy“ eingefügt. Also wird der eigentliche Code von Gecko derart geändert, dass neben originären Content Policies, etwa einer möglichen Standardeinstellung im Browser, wonach dieser keine Bilddateien laden soll, zusätzlich die Adblock Plus Content Policy ablaufen lässt. Dies ist dann der Abgleich mit der Filterliste bevor ein Element geladen wird. Adblock Plus nennt dies „shouldLoad"[558]. Auf der ersten Stufe ist Adblock Plus also vor allem die bloße Einfügung eines Befehls im Rendering Modul des Browsers. Deshalb erklärt sich auch der Umstand, dass Adblock Plus alleine, d.h. ohne eine Filterliste, keine Wirkung entfaltet. Der Browser prüft ohne verknüpfte Liste trotzdem die Content Policy ab, d.h. er fragt: darf ich das Element laden? Die Antwort auf diese Frage ist mangels Angaben von zu blockenden Elementen allerdings logischerweise immer Ja.

Also löst erst die Kombination zwischen Blockersoftware und Filterliste Wirkungen aus. Auch die Filterliste allein kann keine Werbeblockade erzielen. Denn diese ist konzeptionell eine reine Textliste. Diese Liste wird bei der shouldLoad-Anfrage ausgelesen. Hier lauert bei zu langen oder zu vielen Listen natürlich die Gefahr, dass der Browser zu langsam arbeitet. Man vergleiche nur einmal wie lange es dauert, in einem umfangreichen PDF-Dokument im Adobe Acrobat Reader einen Begriff über das Textsuche-Tool zu suchen. Diese Möglichkeit der Verlangsamung des Internetsurfens führt also dazu, dass es in der Regel keine absoluten Filterlisten für das gesamte Internet gibt, sondern regelmäßig auf bestimmte Länder oder Sprachen optimierte Listen[559].

Ein einfacher Filter in der Blacklist kann zum Beispiel lauten: *|http://ad.**. In diesem Fall werden Elemente, die diese Adresse enthalten, blockiert. Die Kunst eines gut funktionierenden Adblockers ist folglich die möglichst schnelle Abgleichung mit den Filterregeln. Hierzu bedient sich etwa Adblock Plus besonderer Techniken, die die Filter effizient finden und anwenden[560].

557 https://de.wikipedia.org/wiki/Gecko_(Software), zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
558 https://adblockplus.org/de/faq_internal, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
559 Vgl. https://easylist.to/index.html und https://forums.lanik.us/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
560 https://adblockplus.org/de/faq_internal, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das ursprüngliche Konkurrenzprodukt AdBlock funktioniert zum größten Teil gleich. Wesentlicher Unterschied zwischen Adblock Plus und AdBlock ist an sich ein historischer. Adblock Plus wurde ursprünglich für Mozilla Firefox entwickelt und später für andere Browser „flott gemacht". Bei AdBlock war die Grundlage Google Chrome und wurde von dort auf andere Browsercodes portiert. Alle Filterlisten sind für beide Blocker nutzbar, da beide dieselbe Filtersyntax nutzen[561]. Durch das Herrühren von einem anderen Browser musste AdBlock an einem anderen Rendering Engine anknüpfen – bei Google Chrome war dies zunächst „Webkit" und später „Blink", eine Eigenentwicklung von Google[562]. Durch einzelne Unterschiede in der Programmierung bei den Browsern und deren Rendering Modulen muss auch eine Werbeblockererweiterung für jeden Browser besonders programmiert werden, was kleinere technische Besonderheiten erfordert. In der Nutzung durch den Nutzer ergeben sich aber regelmäßig keine spürbaren Unterschiede.

Da diese Filterung aufgrund von vordefinierten Adressen und Merkmalen allein regelmäßig nicht ausreicht, um eine erschöpfende Werbeblockade zu erreichen, wird eine zweite Stufe durch die Werbeblocker gezündet: das sog. Element Hiding. Hier werden durch den Filter gerutschte Inhalte, die trotzdem von der Software als Werbung erkannt werden, nach dem Laden versteckt. Dadurch wird erreicht, dass der Nutzer die Werbung nicht angezeigt erhält[563]. Element Hiding beruht technisch auf Cascading Style Sheets (CSS)[564]. Diese sind – wie bereits weiter oben[565] beschrieben – für die Formatierung, die Farben und Positionierung von Text- und Bildelementen zuständig. Praktisch werden CSS-Anweisungen oft als externes Stylesheet neben der HTML-Datei heruntergeladen, um so Inhalt und Darstellung von Webseiten zu trennen[566]. Der Browser setzt dann während des Renderns die Webseite in der für den Nutzer günstigsten Form zusammen. Adblock Plus benutzt eigene CSS-Anweisungen, um eine lückenhafte Darstellung nach Nichtladen von Elementen zu verhindern. Hinzu kommen auch CSS-Anweisungen, um die durch die Blacklists gerutschten Elemente, die aber trotzdem geblockt werden sollen auszublenden.

561 Vgl. https://en.wikipedia.org/wiki/AdBlock, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
562 https://www.golem.de/news/blink-statt-webkit-google-entwickelt-eigene-rendering-engine-fuer-chrome-1304-98514.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
563 Nink, CR 2017, 103, 104.
564 https://adblockplus.org/de/faq_internal, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
565 S.o. Ziffer B. II. 2. b).
566 https://de.wikipedia.org/wiki/Cascading_Style_Sheets, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Geringfügig anders funktionieren die „uBlocker". Diese basieren auf der Software HTTP Switchboard[567], welche einen eigenen Matrixfilter beinhaltet. Dieser Matrixfilter beruht auf eigenen Filterregeln des Programmierers und unter Umständen des Nutzers, mit der bestimmte Arten von Elementen ausgeschlossen werden können. Erst nach dieser Matrix erfolgt eine Filtrierung aufgrund der allgemein verfügbaren Blacklist, z.B. der Easylist[568]. Hier zeigen sich dann wenige Unterschiede zu Adblock Plus. Wegen der vorangestellten Matrix bezeichnet etwa der Programmierer von uBlock Origin die Software als „Weitspektrumblocker", der beiläufigerweise auch Werbung blocken kann[569]. Ein weiterer Unterschied zu AdBlock Plus liegt zum Beispiel darin, dass uBlock Origin die Blockade ganzer Webseiten, also die Primärressource, zulässt (sog. „strict blocking"). Adblock Plus hingegen blockiert lediglich Sekundärressourcen, also niemals die angesteuerte Webseite selbst. Dies hat den Sicherheitsvorteil, dass Webseiten, die selbst wegen Risiken in ihren eigenen Ressourcen auf einer Filterliste aufgenommen worden sind, erst gar nicht geladen werden[570]. Was bei Adblock Plus als Element Hiding bezeichnet wird, ist bei uBlock (Origin) ein „kosmetischer Filter". Kosmetische Filter verhindern nicht das Laden der Elemente, sondern streichen sie schlicht beim Rendern aus dem Document Object Model (DOM). Hier unterscheidet sich uBlock (Origin) dadurch, dass nur spezifische kosmetische Filter eingesetzt werden, was zu einer schnelleren Anzeige führt[571]. Technisch basieren aber beide Methoden auf CSS-Anweisungen.

Diese technische Funktionsweise zeigt, dass im Gerät des Nutzers durch den Browser und dessen Erweiterungen nach Download des ursprünglichen HTML-Dokuments vom Server der Webseitenbetreiber eine Vielzahl an Vorgängen abläuft. Praktisch bietet der Webseitenbetreiber durch seine HTML-Dokumente nur einen Vorschlag an, wie er seine Webseite gerne angezeigt haben möchte. Was zum Schluss der Internetkommunikation auf dem Gerät des Nutzers angezeigt wird kann jedoch sehr anders sein. Dies ist der enormen technischen Komplexität der Internetkommunikati-

567 https://en.wikipedia.org/wiki/UBlock_Origin, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
568 https://github.com/gorhill/httpswitchboard/wiki/Net-request-filtering:-overview, zuletzt abgerufen am 30.5.2019..
569 https://github.com/gorhill/uBlock/wiki/Blocking-mode, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
570 https://github.com/gorhill/uBlock/wiki/Strict-blocking, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
571 https://github.com/gorhill/uBlock/wiki/Does-uBlock-block-ads-or-just-hide-them%3F, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

on geschuldet. Mit vielen neuen technischen Raffinessen auf Seiten der Webseitenbetreiber, öffneten sich Tore für Nutzer, deren Browser die Anweisungen notgedrungen ausführen müssen, eigene Befehle einzufügen. Dies zeigt sich deutlich an zwei Beispielen. Erstens bei der Einbindung von Sekundärressourcen, die durch Filterlisten regelmäßig und verhältnismäßig einfach blockiert werden können. Zweitens bei dynamischen Gestaltungen durch CSS, die Adblockern nicht nur die Möglichkeit geben, Werbung auszuschneiden, sondern danach auch ein ansehnliches Bild der Webseite abzuliefern. Im Umkehrschluss sind Werbeblocker in ihrer Standardeinstellungen oft gerade dort wenig effektiv, wo Elemente von der primären Ressource, also dem Webseitenserver selbst, und in einer starren Darstellung ausgeliefert werden sollen.

Der Prozess der Selbstoptimierung der Webseiten mit immer aufwendigeren Gestaltungen hat demnach zu zwei Folgen geführt: auf der einen Seite haben Sie viele Nutzer verdrossen, auf der anderen Seite haben sie ihr Geschäftsmodell durch technische Gegenmaßnahmen wie Werbeblocker anfällig gemacht.

bb) Wirtschaftliche Bedeutung

In wirtschaftlicher Hinsicht sorgt Werbeblocken auf Grundlage von Blacklists für einen einschneidenden Eingriff in die Abrechnungsmodelle der modernen Online-Werbung. Die beiden maßgeblichen Abrechnungsparameter sind Pay-Per-View (oder besser: pro Download vom Server) und Bezahlung pro Klick, Lead oder sonstige (Trans-) Aktionen. Werden die Werbeelemente erst gar nicht geladen, weil sie über Blacklists schlicht ignoriert werden, fallen jedenfalls keine Umsätze nach Pay-Per-View an. Schafft es die Werbung durch die Blacklist, kann sie aber immer noch durch Element Hiding oder kosmetische Filter ausgeblendet sein. Dann mag zwar ein Download zählbar sein, erfolgsabhängige Vergütungen für Klicks, Leads, Käufe oder Ähnliches jedoch unmöglich. Infolge dieses Umstandes wird außerdem der Wert der Pay-Per-View Umsätze erheblich geschmälert, weil der Werbekunde schlussendlich nicht sicher sein kann, dass die gezählten Downloads auch tatsächlich angezeigt worden sind. Soweit die abstrakte Logik hinter den disruptiven Werbeblockern.

Konkret nennt PageFair, der Anbieter von Anti-Adblock-Maßnahmen, regelmäßig Zahlen im Zusammenhang mit dem Einsatz von Werbeblockern auf dem Online-Werbemarkt. Im Jahr 2015 bezifferte der „Ad Blocking Report“ die Kosten der Adblocker auf Umsatzausfälle in den USA für das

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Jahr 2014 in Höhe von geschätzten 5,8 Milliarden US-Dollar. Dies wurde in Verhältnis gesetzt zum gesamten Volumen des Online-Werbemarktes in den USA von 49,5 Milliarden US-Dollar. Für den weltweiten Online-Werbemarkt wurden die Umsatzausfälle auf 11,7 Milliarden US-Dollar geschätzt[572]. Zahlen speziell für Deutschland waren dabei nicht enthalten.

Ein anderer Bericht von PageFair berichtet über die Ergebnisse einer dreijährigen Beobachtung von Traffic auf Webseiten. Dabei wurde beobachtet, dass gerade kleinere und mittlere Webseiten unter Adblockern leiden. Zunächst erhöhte sich zwar oft der Traffic. Durch ausbleibende Werbeeinnahmen stagnierte der Traffic sodann und fiel später. Als Grund wurde ausgemacht, dass ohne Werbeeinnahmen auf Dauer kein interessanter Content mehr ausgeliefert werden konnte. Große Portale indes seien von diesem Phänomen verschont geblieben[573]. Diese Informationen sind durch die Stellung von PageFair am Markt natürlich immer mit Vorsicht zu genießen. Sie machen die Effekte der Werbeblocker jedoch teilweise greifbar. Insbesondere zeigen sie, dass Werbeblocker einen ganz enormen Einfluss auf einen etablierten Wirtschaftszweig haben.

Für den deutschen Werbemarkt sind keine solchen „Schadensschätzungen" verfügbar, allerdings erhebt der OVK im BVDW regelmäßig die Adblockerrate, sprich die Verbreitung von Adblockern auf Endgeräten der deutschen Nutzer. Diese bewegte sich zwischen 2015 und 2017 konstant in einem Korridor zwischen 17 und 22 Prozent[574]. Im Jahr 2018 bewegte sie sich zwischen 23,4 und 24,45 %[575]. Nach der Logik von PageFair ließe sich aus dieser Verbreitungsrate in Verbindung mit dem Gesamtumsatz des Onlinewerbemarktes, etwa im Jahr 2018 2.065.000.000 €[576], ein Schaden von ca. 500 Mio. € errechnen. Dies geht natürlich von der optimistischen Prognose aus, dass jeder Adblockernutzer dann abrechenbare Views und Aktionen getätigt hätte wie ein durchschnittlicher Nutzer, der

572 https://pagefair.com/downloads/2016/05/2015_report-the_cost_of_ad_blocking.pdf, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

573 https://pagefair.com/downloads/2017/04/White-paper-on-the-hidden-cost-of-adblock.pdf, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

574 https://www.bvdw.org/presse/detail/artikel/bvdw-messung-adblocker-rate-bleibt-stabil/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

575 https://www.bvdw.org/der-bvdw/news/detail/kein-signifikanter-anstieg-abblocker-rate-steigt-um-024-prozentpunkte/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

576 OVK-Report für digitale Display-Werbung 2019/01, https://www.bvdw.org/fileadmin/bvdw/upload/publikationen/ovk/bvdw_ovk_report_2019_01_final.pdf0, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keinen Adblocker einsetzt. Ob dies faktisch zutreffend ist, mag man mit guten Gründen anzweifeln. Gleichsam zeigt sich, dass Adblocker alleine in Deutschland mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Umsatzverlust für den Werbemarkt im dreistelligen Millionenbereich begründen.

Vor diesem wirtschaftlichen Hintergrund wundert es kaum, dass die Größen in diesem Markt den Kampf aufgenommen haben, sowohl vor Gerichten als auch durch Lobbyarbeit. Ob aber die vom Interessenverband OVK herausgegebene und von beinahe jedem Publisher nachgebetete Warnung zutrifft, dass die Nutzung von Adblockern die Finanzierung kostenfrei zugänglicher Inhalte im Internet sowie den Zugang aller Bevölkerungsschichten zu hochwertigen journalistischen Inhalten gefährde, ist in dieser Ultimativität zweifelhaft. Auch die weiter befürchteten Konsequenzen wie Verlust von Meinungsvielfalt bis hin zur Möglichkeit der Gefährdung von Arbeitsplätzen, ist dramatisch überspitzt[577]. Denn gerade PageFair zeigt mit ihrer Beobachtung, dass kleine und mittlere Webseitenbetreiber unter Adblockern leiden. Diese hingegen sind selten große Arbeitgeber. Bei dem heiklen Thema Arbeitsplätze sei trotz der tragischen sozialen Folgen eines Jobverlustes mit Blick aufs große Ganze der Gedanke erlaubt, dass durch die rasanten Anstiege der Werbeeinnahmen im Internet teilweise Jobs geschaffen wurden, die auf dieser „Blase" beruhten. Wenn solche Jobs nunmehr wegfallen ist dies eine nicht ausschließbare Folge des Wettbewerbs. Mit Blick auf die Meinungsvielfalt darf nicht vergessen werden, dass Publisher nicht unbedingt auf eigene Webseiten angewiesen sind, sondern auch die sozialen Medien mit geringerer Kostenbelastung nutzen können. Die Meinungsvielfalt wird nach hier vertretener Ansicht auch durch ein weniger an Webseiten nicht gefährdet, da seit dem Aufkommen von Facebook, Twitter & Co. sogar jede Einzelperson ihre Meinung spürbar kundgeben kann. Die These, Meinungsvielfalt beruhe auf Werbeeinnahmen, ist deshalb eine äußerst Streitbare.

b) Whitelisting-Blocker

Die nächste Evolutionsstufe des Werbeblockens im Internet ist das Blocken mit Whitelists. Während die Möglichkeit, vom Nutzer selbst definierte Ausnahmen zur Blacklist zu speichern, soweit ersichtlich in jedem am Markt erfolgreichen Blacklist-Blocker enthalten ist, gehen

577 https://www.bvdw.org/presse/detail/artikel/bvdw-messung-adblocker-rate-bleibt-stabil/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die hier als „Whitelisting-Blocker“ bezeichneten Softwares noch einen Schritt weiter. Diese Blocker sind standardmäßig mit einer Whitelist verknüpft, die von einem darauf spezialisierten Unternehmen – teils in Personaleinheit mit dem Softwareanbieter des Werbeblockers – gepflegt wird. Dabei bestimmen diese pflegenden Unternehmen nach eigenen Kriterien, welche Webseiten und/oder Werbeelemente trotz aktivierter Adblockersoftware in die Wahrnehmungssphäre des Nutzers durchgeleitet werden. Berühmtestes Beispiel ist Adblock Plus bzw. die Eyeo GmbH und ihre Acceptable Ads-Kampagne, auf welche bereits in der Darstellung der historischen Entwicklung eigegangen wurde. Diesem Konzept sind auch die Konkurrenzangebote AdBlock[578] und Crystal[579] gefolgt, die standardmäßig Eyeos Whitelist verknüpfen. Auch Google stützt sich nach Einführung eines Werbeblockers in seinen Browser Chrome mit ihrer „Coalition for Better Ads“ auf dieses Prinzip[580].

Während bei der undifferenzierten, möglichst undurchlässigen Blockade über Blacklists die Interessenlage eindeutig und nicht interpretationsbedürftig ist, scheiden sich am Whitelisting die Geister. Wie die #adblockgate-Saga[581] und die Rechtsstreite in Deutschland anschaulich zeigen, verschwimmt die Grenze zwischen Gut und Böse auf beiden Seiten der Auseinandersetzung.

Nachfolgend wird auch hier zunächst der technische Rahmen und sodann die wirtschaftliche Bedeutung dieser Werbeblockerform dargestellt.

aa) Technische Funktionsweise

In technischer Hinsicht funktioniert ein Werbeblocker mit Whitelist von der Grundidee her gleich wie ein Blacklist-Blocker. Während der Browser das HTML-Dokument parst, gleicht er für jedes Element die mit der Software verknüpften Listen ab. Ist ein Eintrag auf der Whitelist enthalten, dann wird das Element geladen. In technischer Hinsicht macht es dabei

578 https://www.pcwelt.de/news/Adblock-wurde-verkauft-und-setzt-auf-Akzeptable-Werbung-Safari-Extension-9821882.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

579 Crystal ist Add-on für die Browser auf mobilen Apple- und Samsung-Geräte wie Smartphones und Tablets; es nutzt ebenfalls Whitelisting auf Grundlage von Eyeos Whitelists, vgl. http://crystalapp.co/faq/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

580 http://www.sueddeutsche.de/digital/google-chrome-adblocker-1.3868742, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

581 https://www.mobilegeeks.de/adblock-plus-undercover-einblicke-in-ein-mafioeses-werbenetzwerk/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sinn, dass die Whitelist hierarchisch vor der Blacklist geprüft wird. Denn somit kann der Browser positiv nach einer Erlaubnis suchen, statt zunächst nach einem Verbot des Downloads und dann nach einer Rückausnahme zu suchen[582]. Die umgekehrte Reihenfolge, also erst Black- dann Whitelist würde zu langsamerem Laden von Webseiten und der höheren Inanspruchnahme von Arbeitsspeicher führen, was die Werbeblockersoftware zu einem gewissen Grade unattraktiv machen würde. Wie beim Blacklisting fragt der Browser die über den Werbeblocker verknüpften Filterlisten auf eine Ja/Nein-Entscheidung ab. In logischer Hinsicht stellt sich der Ablauf eines abgelehnten oder zugelassenen Requests für ein Webseitenelement wie ein Banner schematisch wie folgt in **Abbildung 9** dar:

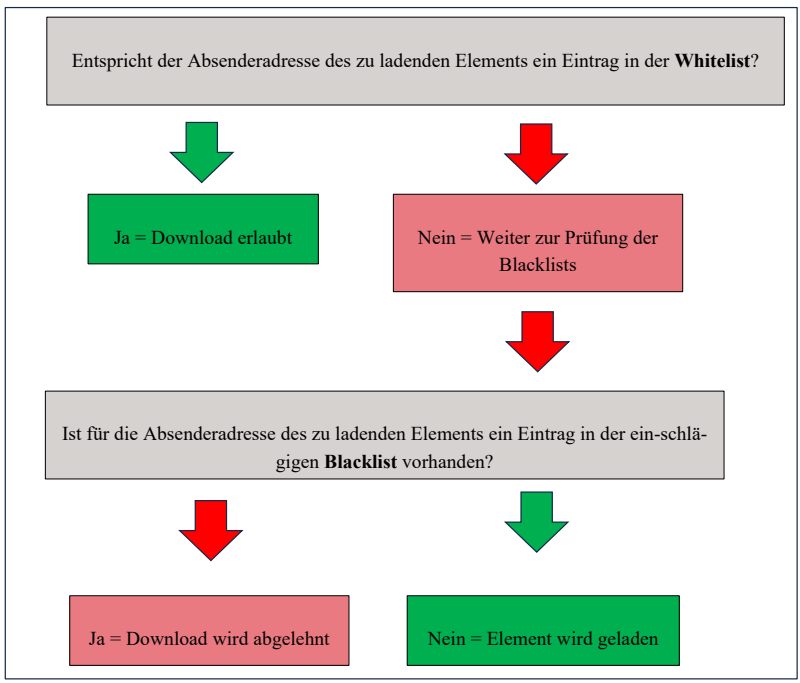


Abbildung 9: Funktionsweise von Whitelist-Blockern

582 So funktioniert jedenfalls uBlock, in deren Matrixfilter ebenfalls nutzereigene Ausnahmen zu einer Art Whitelist gesammelt werden können, https://github.com/gorhill/uBlock/wiki/Does-uBlock-block-ads-or-just-hide-them%3F, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.; an dieser Stelle finden sich von Adblock Plus selbst keine Informationen zur Funktionsweise.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Whitelist-Blocker sehen durchgehend die Möglichkeit vor, vom Nutzer zu einem Blacklist-Blocker umgewandelt zu werden. Die Whitelist ist als Standardeinstellung, vor allem nach erstem Download, vorgesehen. Durch einfache Menüführung bereitet es aber den durchschnittlich begabten Nutzern aber keine Schwierigkeiten, diese Einstellung zu ändern. Betrachtet man die technische Wirkweise, die bei beiden Arten von Blockern durch die Abarbeitung von Listen geprägt ist, unterscheiden sie sich praktisch nicht. Die Funktionalität der Blockersoftware wird durch die Erlaubnis- und Blockierlisten gewährleistet. Insoweit sind auch verschiedene Ausführungen denkbar. So muss eine Whitelist nicht zwingend separat erstellt und vorangestellt werden. Wenn die entsprechenden „gewhitelisteten" Ausnahmen schlicht aus der Blacklist gestrichen würden, würde auch ein reiner Blacklist-Blocker zu identischen Ergebnissen wie ein Whitelist-Blocker führen. Einen praktischen Unterschied würde der Nutzer nicht bemerken.

Aus technischer Sicht findet sich, wenn man allein die Funktionsweise der Blockersoftware betrachtet, kein Unterschied zwischen einem Blacklist- und einem Whitelist-Blocker. Erst die Verknüpfung der Software mit verschiedenen Zwecken dienenden Listen führt zu andersartigen Wirkungen.

bb) Wirtschaftliche Bedeutung

In wirtschaftlicher Hinsicht ist die Hierarchie der Listen allerdings umgekehrt. Erst durch Existenz und Effektivität der Blacklist entfaltet die Whitelist ihr ökonomisches Potential. Die Blacklist führt erst die Lage herbei, dass sich Webseitenbetreiber oder Werbeanbieter ernstlich mit dem Angebot des Werbeblockeranbieters bzw. des Whitelistpflegers auseinandersetzen, gegen Einhaltung bestimmter Bedingungen auf die weiße Liste aufgenommen zu werden. Aus diesem Umstand folgen deshalb die zahlreichen Vergleiche, nach denen Adblock Plus Wegelagerei betreibe. Diese Vergleiche gehen indes ebenfalls von einer technisch nicht haltbaren Vorstellung aus. Wegelagerei impliziert, dass der Weg für Werbung für jedermann frei sein muss. Technisch stellt sich die Sachlage aber vielmehr so dar, dass der Weg für die Werbung derart blockiert wird, dass sie an der Haustür abgewiesen wird. Denn es ist der Browser im Nutzergerät, der die Anzeige von Werbung verhindert. Wegelagerei läge höchstens vor, wenn die Internetinfrastruktur für Werbeelemente blockiert würde. Dies können Filterblocker wie Adblock Plus aber nicht bewerkstelligen.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zur Zeit der Bearbeitung sind zwei wirtschaftliche Konzepte des Whitelisting erkennbar. Auf der einen Seite steht Adblock Plus mit der Acceptable Ads Initiative. Das andere Konzept ist Googles „Coalition for Better Ads". Beide sollen nachfolgend in ihrer ökonomischen Wirkweise näher vorgestellt werden:

(i) Die Acceptable Ads Initiative von Eyeo

Die „Mutter aller Whitelists" wurde von Eyeo in Adblock Plus zur Standardeinstellung gemacht und begründete damit den Beginn der Kommerzialisierung der Werbeblocker. Die Acceptable Ads Initiative zeichnet sich durch zwei Aspekte aus: erstens die Formulierung von Kriterien, die akzeptable Werbung erfüllen müssen, und zweitens der Abschluss eines in bestimmten Fällen kostenpflichtigen Whitelisting-Vertrags. Eben dieses Konzept stand in den deutschen Gerichtsverfahren auf dem Prüfstand, weil sich Betroffene der Kostenpflicht gegen dieses Verhalten der Whitelist-Pflegerin Eyeo GmbH wehrten. Aus den den unstreitigen Sachverhaltsdarstellungen in den Tatbeständen der Urteile lässt sich der Ablauf und die Abwicklung des Whitelistings durch Eyeo bzw. Adblock Plus sehr gut nachvollziehen.

Zunächst bilden die Acceptable Ads Kriterien die Stütze des Geschäftsmodells. Bereits ganz zu Beginn dieser Bearbeitung wurden diese Kriterien bereits angerissen[583]. Ganz konkret forderte Eyeo zur Zeit der Klageerhebung von Werbung, die als akzeptabel angesehen wird, folgendes Anforderungsprofil:

- Sie dürfen nicht nerven,
- Sie dürfen nicht den Seiteninhalt unterbrechen oder deformieren, der vom Nutzer gerade gelesen wird,
- Sie müssen transparent gekennzeichnet sein,
- Sie müssen effektiv sein, ohne Nutzer „anzuschreien" und
- Sie müssen für die jeweiligen Seite, auf der sie erscheinen, angemessen sein[584].

Diese weitestgehend als Maximen zu bezeichnenden Generalformulierungen taugen jedoch nur schlecht zur konkreten Bewertung, da abgesehen von Kennzeichnungsanforderungen und dem Verbot der Content-Unter-

583 https://adblockplus.org/de/acceptable-ads, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
584 https://acceptableads.com/en/about/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

brechung nur wenige objektive Kriterien genannt sind. In Konkretisierung gelten die folgenden Regeln[585]:

- **Platzierung:** Werbeelemente dürfen nur am oberen, unteren oder seitlichen Rand positioniert werden. Verboten sind Elemente wie Banner oder Billboard Ads, die zwischen Contentbestandteilen angeordnet sind. Zum Beispiel ist demnach eine rechteckige Anzeige zwischen zwei Textabsätzen eines journalistischen Artikels im Internet inakzeptabel platziert.
- **Kennzeichnung:** Die Nutzung anderer Kennzeichnungsbegriffe als „Advertisment" bzw. „Anzeige" oder deren Äquivalente ist nicht akzeptabel. Hiermit wiederholen die Kriterien praktisch nur das in Deutschland und vielen anderen Jurisdiktionen geltende Recht.
- **Größe:** Hinsichtlich der Größe bestehen prozentuale und absolute Anforderungen. So sehen die Kriterien in relativer Hinsicht eine Höchstgrenze von 15% bzw. 25% Raum im sichtbaren Bereich einer Webseite für Werbeelemente insgesamt vor. Der geringere Prozentsatz gilt für den Bereich der Webseite, der beim Aufruf der Seite sofort sichtbar ist („above the fold"). Im Bereich der Webseite, der nach Herunterscrollen durch den Nutzer sichtbar wird, sind die Kriterien etwas großzügiger und erlauben ein Viertel Werberaum.

Soweit absolute Größen angegeben sind, hängen diese von der Position des Werbeelements ab. Sind die Anzeigen über dem Content beträgt die maximale Höhe 200 Pixel, sind sie darunter maximal 400 Pixel. Bei Positionierung an der Seite ist die maximale Breite auf 350 Pixel festgelegt.

- **Textanzeigen:** Grundsätzlich sind Textanzeigen erlaubt. Reine Textanzeigen dürfen aber keinen exzessiven Gebrauch von Farben und/oder anderen Elementen machen, die die Aufmerksamkeit der Nutzer an sich ziehen.
- **Bildanzeigen:** Grundsätzlich sind Bildanzeigen kritisch. Sie können als akzeptabel gelten, wenn es sich um statische Bilder handelt und sie ohne besonders aufzufallen in die Seite integriert sind.
- **Newsfeed-Anzeigen:** sind erlaubt, wenn sie sich im Rahmen der anderen Elemente im Newsfeed bewegen.
- **Suchmaschinen-Anzeigen:** An dieser Stelle sind die Kriterien nicht ganz eindeutig. Diese Anzeigen dürfen „größer sein und zusätzlichen Raum auf dem Bildschirm einnehmen". Unklar bleibt, woran dieser Komparativ anknüpft – dürfen sie größer als die übrigen Suchergebnisse sein? Oder dürfen sie größer als übliche Anzeigen sein?

585 https://acceptableads.com/en/about/criteria, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

- **Schwarze Liste der Werbeformate:** Jedenfalls als inakzeptabel angesehen werden hingegen gut ein Dutzend Anzeigenformate. So fallen darunter Anzeigen, die erkennbar neu laden, obwohl die Webseite an sich nicht geändert wird. Zudem „schwebende" Anzeigen („hovering ads"), die nicht vom Nutzer geöffnet wurden. Hinzu kommen animierte Anzeigen, automatisch startende Video-/Audioanzeigen, expandierende Anzeigen sowie übergroße Bildanzeigen. Kein Pardon gibt es zudem für Pop-Ups, Pop-Unders sowie Layer Ads. Dasselbe gilt für Pre-Rolls und Interstitials, vor allem in Videos. Zuletzt sind Rich Media Anzeigen unerwünscht.

Praktisch verbieten die Kriterien alle Arten von Anzeigen, die mit der höheren Leistungsfähigkeit der Endgeräte beim Nutzer Einzug gehalten haben, insbesondere also Animationen, Interaktionen und Videos. Die Kriterien stellen die Uhr sozusagen zurück auf Anfang der 2000er Jahre. Werbung darf demnach nur ein statischer Teil einer Webseite sein, der nicht im Vordergrund, sondern im Hintergrund zu sein hat. Selbsterklärend ist dabei, dass gerade die „verbotenen" Anzeigen für die Werbenden besonders interessant sind, weil diese durch die höhere Aufmerksamkeitserregung regelmäßig bessere Klickzahlen aufweisen. So fühlen sich vor allem Webseitenanbieter ungerecht behandelt, die kaum die Möglichkeit haben, native Werbung auszuspielen. Während Google und Facebook durch ihre Suchmaschinen- und Newsfeedanzeigen regelmäßig zur Whitelist zugelassen werden, werden Nachrichtenportale mit den auf ihren Seiten verbreiteten großen, animierten und effektreichen Anzeigen ausgeschlossen. Auch Portale, die auf Pre-Roll oder Interstitials angewiesen sind, haben keine Chance zur Whitelist aufgenommen zu werden.

Den Bedarf für eine Werbeblockerlösung, die nicht undifferenziert blockiert, sondern bestimmte, nicht störende Inhalte zulässt, folgerte der Entwickler von Adblock Plus, Wladimir Palant, bereits im Jahr 2009[586], ca. zwei Jahre bevor mit der Gründung der Eyeo GmbH die Whitelist-Funktion im großen Stil ausgerollt wurde. Weiter beruft sich Eyeo für das „Ob" des Whitelistings auf Nutzerbefragungen, die ergaben, dass die wenigsten Nutzer jede Art von Werbung ablehnen. Auf die Frage, ob sich die befragten Nutzer vorstellen könnten, einige unauffällige Werbung zu erlauben, um kostenfreie Webseiten zu unterstützen, stimmten 32,5% uneingeschränkt und weitere 38,4% eingeschränkt zu. Nur 21% lehnten dies kategorisch ab. Dies deckte sich auch weitestgehend mit der Gegenfra-

586 https://adblockplus.org/blog/an-approach-to-fair-ad-blocking, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ge, ob alle Webseiten ihre Inhalte umsonst und ohne Werbung anbieten sollen. Hier antworteten nur 23,5% uneingeschränkt mit Ja. 33,2% hingegen lehnten dies ab. Zu dieser Nutzerbefragung durch Adblock Plus ist allerdings hinzuzufügen, dass sie nur auf 1559 Antworten beruht[587]. Von einer flächendeckenden Befragung kann hier selbstverständlich keine Rede sein. Sie entspricht auch keiner gerichtsfesten demografischen Befragung. Zudem lässt sich hierauf wohl kaum eine quasi-demokratische Legitimation der Whitelist-Funktion stützen. Gleichwohl ist der Kreis der Befragten groß genug, um hieraus gewisse Trends in der Meinung der Nutzer zu erkennen. Sie zeigt jedenfalls, dass es nur eine Minderheit unter den Nutzern gibt, die Werbung im Internet radikal ablehnen und die Mehrheit für gewisse, maßvolle Werbung offen sind.

Auch der Umstand, dass trotz den in der Software vorhandenen Hinweisen zur Abschaltung der standardmäßigen Whitelist-Funktion, die Mehrheit aller Nutzer bei der Grundeinstellung blieben, spreche laut Eyeo für die Akzeptanz der Nutzer[588]. In einem der Gerichtsverfahren war es unstreitig geblieben, dass ca. 75% der Nutzer von Adblock Plus die Whitelist-Funktion beibehalten[589].

Während die Whitelist-Aspiranten, d.h. Webseitenbetreiber oder Werbende mit ihren konkreten Werbeformen, ursprünglich vor Eintragung in ein öffentlich zugängliches Forum eingestellt worden sind und dort aktive Nutzer des Forums ihre Meinung dazu abgeben konnte[590], existiert seit 2017 ein Komitee zur Wahrung und Weiterentwicklung der Kriterien. Dieses Komitee besteht aus elf Mitgliedern aus drei Bereichen: Vertreter der Nutzer, der Werbenden und Webseitenbetreiber gemeinsam sowie Experten[591]. Konkrete Mitglieder des Komitees waren bei der ersten Besetzung als Werbetreibender das Computer-Unternehmen Dell, diverse Adtech-Dienstleister, etwa das Affiliate- und Display-Werbenetzwerk Rakuten Marketing, Werbeagenturen sowie Publisher wie der renommierte Condé Nast Verlag[592].

---

587 https://adblockplus.org/blog/adblock-plus-user-survey-results-part-3, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
588 https://acceptableads.com/en/users, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
589 LG Hamburg, Urteil vom 25.11.2016 – 315 O 293/15, MMR 2017, 351.
590 Vgl. u.a. LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.
591 https://acceptableads.com/en/committee/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
592 https://www.adzine.de/2017/03/eyeo-gibt-acceptable-ads-committee-bekannt/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Um die Kriterien auch effektiv durchzusetzen, bedarf es eines wirkungsvollen Hebels. In tatsächlicher Hinsicht ist dies zunächst die Existenz der Blacklist und deren Effektivität. Denn so eröffnet die Whitelist für Werbende einen Weg, ansonsten verlorene Nutzer zumindest teilweise wieder mit Werbung zu erreichen. Im Verhältnis zwischen Werbendem bzw. Webseitenbetreiber und Whitelistpfleger bedarf es zudem eines rechtlichen Hebels, der die dauerhafte Einhaltung der Kriterien sichert. Dazu verlangt Eyeo den Abschluss eines Whitelist-Vertrages, in denen gegenseitige Rechte und Pflichten geregelt werden. Unter Umständen gehört dazu auch eine Gegenleistung. Im Einzelnen stellte sich das Zustandekommen eines Whitelist-Dauerschuldverhältnisses im maßgeblichen Zeitraum der konkreten Verletzungsformen der deutschen Gerichtsverfahren, d.h. zwischen 2014 und 2015, wie folgt dar:

- Entscheidet sich ein Webseitenbetreiber oder ein Werbenetzwerk (nicht aber ein Werbetreibender)[593] dazu, seine Webseite bzw. die auszuliefernden Werbeelemente auf die Whitelist eintragen zu lassen, nimmt der Whitelist-Aspirant Kontakt zur Eyeo GmbH auf. Regelmäßig wird dazu ein Formular im Internet ausgefüllt[594].
- Daraufhin prüft Eyeo im konkreten Fall, ob die Aceeptable Ads Kriterien eingehalten werden[595]. Außerdem wird ein Testlauf durchgeführt, um einzuschätzen, welche finanziellen Auswirkungen die Freischaltung der zuvor blockierten Werbeelemente über die Whitelist für das Unternehmen hat[596]. Konkret werden sog. „Ad Impressions" gezählt, die ausschließlich bei Adblock Plus Nutzern mit aktivierter Whitelist-Funktion erscheinen. Auf dieser Grundlage wird das Anfallen und die Höhe der Vergütung bemessen.
- Besteht demnach weiterhin das Einverständnis der Parteien, eine Vereinbarung abzuschließen, folgt eine Veröffentlichung exemplarischer Werbebeispiele in einem öffentlich zugänglichen Forum der Eyeo GmbH. Dort werden sie für einen Zeitraum von einer Woche zur Diskussion gestellt und Nutzer können durchgreifende Bedenken vorbringen[597]. Eine Abstimmung über die Vorschläge findet hingegen

593 OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147.
594 LG Hamburg, Urteil vom 25.11.2016 – 315 O 293/15, MMR 2017, 351; vgl. auch das Formular unter https://acceptableads.com/en/get-whitelisted/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
595 LG Hamburg, Urteil vom 25.11.2016 – 315 O 293/15, MMR 2017, 351.
596 OLG Köln, Urteil vom 24.6.2016 – 6 U 149/15, GRUR 2016, 1082.
597 OLG Köln, Urteil vom 24.6.2016 – 6 U 149/15, GRUR 2016, 1082.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht statt[598]. Auch muss die im Forum aktive „Community" nicht ausdrücklich zustimmen[599].

- Sind keine durchgreifenden Bedenken aus dem Forum vorgebracht worden, die Eyeo zum Widerruf der Freischaltung drängen, wird die Whitelist-Vereinbarung verbindlich. Wann genau die Whitelist-Vereinbarung geschlossen wird, also erst nach der Veröffentlichung im Forum oder bereits davor (dann jedoch mit einer Loslösungsmöglichkeit für Eyeo bei berechtigten Bedenken der Nutzer) unterlag im maßgeblichen Zeitraum Änderungen[600]. Fest steht aber, dass ein schriftlicher Vertrag geschlossen wird. Diese sieht auf Seiten von Eyeo die Hauptpflicht vor, während der Laufzeit des Vertrages Ausnahme-Filterregeln in ihre Whitelist aufzunehmen. Diese Filterregeln betreffen URLs oder sonstige Pfadnamen, die durch Adblock Plus nicht blockiert werden. Eine weitere Pflicht von Eyeo in diesen Vereinbarungen ist, dass die Software so ausgeliefert wird, dass die Whitelist-Funktion als Standardeinstellung beim Nutzer vorgesehen ist[601].
- Hauptpflicht der Whitelist-Nachfrager ist unter Umständen die Zahlung einer Gegenleistung. Diese wird nicht von kleinen oder mittleren Webseiten erhoben, weil in diesen Fällen der Verwaltungsaufwand für Monitoring und Rechnungsstellung in keinem Verhältnis zu den Einnahmen stünde[602]. Bei größeren Webseiten wird regelmäßig ein erfolgsbezogenes Vergütungsmodell eingesetzt, indem Eyeo an den Mehreinnahmen durch die Whitelist beteiligt wird. Eine Webseite gilt als groß, wenn durch das Whitelisting 10 Mio. zusätzliche Ad Impressions pro Monat generiert werden. Ob dies der Fall ist wurde in der oben skizzierten Testphase bereits vorab festgestellt. Eyeo verlangt bei solch großen Webseiten dann ein Entgelt in Höhe von 30% der durch die Freischaltung generierten Werbeumsätze. Dies beinhaltet nicht Werbeeinnahmen, die durch Nutzer ohne aktivierten Werbeblocker bzw. bei Nutzung selbst konfigurierter Ausnahmefilter anfallen[603].

Dies zeigt, dass Werbeblocker mit Whitelist-Funktion zudem über ausgeklügelte Zählinstrumente verfügen müssen, um bei Nutzern mit aktivierter Whitelist-Funktion und Verknüpfung mit Eyeos Whitelist jede ausge-

598 LG München, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.
599 LG Hamburg, Urteil vom 25.11.2016 – 315 O 293/15, MMR 2017, 351.
600 OLG Köln, Urteil vom 24.6.2016 – 6 U 149/15, GRUR 2016, 1082.
601 OLG Köln, Urteil vom 24.6.2016 – 6 U 149/15, GRUR 2016, 1082.
602 LG München, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927.
603 LG Hamburg, Urteil vom 25.11.2016 – 315 O 293/15, MMR 2017, 351.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

spielte Werbung aufzuzeichnen und die Information an Eyeo zu senden. Dort muss dann aufgrund der gesammelten Daten und der vom Whitelist-Kunden anzugebenen Einnahmen die Vergütung berechnet werden.

Füllt man die oben genannte Formel mit Zahlen zeigt sich, dass die Einnahmen der Eyeo GmbH nicht in jedem Fall horrende Summen erreichen. So ist bei einem Tausender-Kontakt-Preis (TKP) für Ad Impression zu zwei Euro[604] beim Schwellenwert der Kostenpflicht von 10 Mio. Ad Impressions von einem Werbeumsatz von 20.000 € auszugehen. Davon berechnet Eyeo 30%, sprich 6.000 € pro Monat. Die übrigen 14.000 € stellen aber einen Mehrwert für den Whitelisting-Kunden dar, weil er bei reiner Blacklist keinen dieser Adressaten erreicht hätte.

Teilweise rechnet Eyeo auch pauschal ab. Die insoweit in den Tatbeständen der Urteile unstreitig gebliebenen Pauschalzahlungen von Internetriesen wie Google[605] stellen scheinbar jedoch Ausreißer dar, die kaum repräsentativ zu sein scheinen. Einerseits ist Google durch seine schiere Größe nicht mit einem großen nationalen Webseitenbetreiber vergleichbar. Andererseits dürfte bei Google die Anknüpfung an Werbeumsätze schwierig sein, weil Google selbst sowohl als Provider der Suchmaschine oder vieler weiterer Dienste als auch als Werbenetzwerk tätig ist.

- Zuletzt finden sich in den Tatbeständen der Urteile weitere Inhalte der Whitelisting-Verträge, die eine Erwähnung verdienen. So verlangt Eyeo von den Whitelist-Kunden nicht, in Zukunft immer und auf allen Wegen akzeptable Werbung auszuspielen[606]. Sondern das Unternehmen fordert dies nur für seinen eigenen Einflussbereich, also für die Nutzer von Adblock Plus bzw. mittlerweile auch anderen Whitelist-Blockern. Man kann also vom „geblockten Netz" sprechen. Was außerhalb dessen, sozusagen im „ungeblockten Netz" geschieht, bleibt von der Whitelisting Vereinbarung unberührt.

Dies äußert sich auch in der „Fall-back"-Lösung. Dies ermöglicht es den Webseitenbetreibern zwischen Besuchern mit und ohne aktiviertem Adblock Plus zu unterscheiden. Wer Adblock Plus mit Whitelist aktiviert hat,

604 Vgl. für den TKP und die Variablen die dabei mit einspielen https://www.internetworld.de/onlinemarketing/online-werbung/kosten-online-werbung-teure-technische-helferlein-1062268.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

605 OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147, nennt Google namentlich. LG München, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927, beziffert den Pauschalbetrag auf 25 Mio US Dollar, wobei unklar bleibt für welchen Zeitraum diese Zahlung gilt.

606 OLG Köln, Urteil vom 24.6.2016 – 6 U 149/15, GRUR 2016, 1082.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der erhält eine akzeptable Werbeform; wer keinen Werbeblocker einsetzt, erhält hingegen eine herkömmliche Werbeanzeige ausgespielt[607].

- Im Jahr 2016 waren ca. 3.500 Webseiten durch die Whitelist freigeschaltet[608]. Das Geschäftsmodell hat sich folglich am Markt etabliert.

Sind Webseitenbetreiber oder Werbenetzwerke nicht bereit, einen Whitelisting-Vertrag mit Eyeo abzuschließen, werden sie von den Whitelist-Blockern blockiert, selbst wenn sie die Acceptable Ads Kriterien erfüllen[609]. Demnach bilden Einhaltung der Kriterien und Abschluss einer Vereinbarung eine Einheit, die kumulativ vorliegen muss. Dies führt gleichwohl dazu, dass Werbetreibende mit einer nach Eyeos Kriterien akzeptablen Werbeform nicht über jede Webseite bzw. jedes Werbenetzwerk den Adressaten erreichen. Im Konkurrenzverhältnis von Webseiten bzw. Werbenetzwerken untereinander ist der Umstand, auf der Whitelist zu sein, ein maßgeblicher Umstand.

Wie unter anderem die Einführung der „*Acceptable Ads Platform*“, dem eigenen Werbenetzwerk von Eyeo[610], zeigt, ist die weitgehende Sicherheit, die werbeblockenden Nutzer mit Werbung zu erreichen durchaus marktfähig. Die Existenz dieser Plattform zeigt aber vor allem auch eine Weiterentwicklung des oben dargestellten zähen und aufwändigen Prozesses. Durch die Einfügung bereits freigeschalteter Element stellen sich für Webseitenbetreiber keine eigenen Anforderungen mehr, sich selbst der Freischaltungsprozedur zu unterziehen. Der vormals teils händische Vorgang wird so ebenfalls weitestgehend rationalisiert und automatisiert.

(ii) Die „Coalition for Better Ads“ von Google

Das andere Konzept auf dem Whitelisting-Markt ist die „Coalition for Better Ads“ (im Weiteren teilweise abgekürzt als „CBA“) unter Federführung von Google. In dieser Koalition hat der Internetriese knapp vierzig Mitglieder vereint, darunter Hochkaräter aus dem Internetsektor wie Facebook und Microsoft, große Publisher wie Axel Springer, Thomson Reuters und The Washington Post sowie Schwergewichte der Werbetreibenden wie Unilever und Procter & Gamble. Hinzu kommen noch diverse Werbenetzwerke und Adtech-Dienstleister. Komplettiert wird die Koalition durch

607 LG München, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927.
608 LG Hamburg, Urteil vom 25.11.2016 – 315 O 293/15, MMR 2017, 351.
609 LG München, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.
610 S.o. Ziffer C. I. 1. f).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Branchenverbände wie die bereits in dieser Bearbeitung genannten BVDW und IAB[611].

Die Koalition definiert ebenfalls feste Regeln für bessere Werbung im Internet. Nach eigenen Angaben beruhen diese Regeln auf einer Umfrage unter 25.000 Verbrauchern in Nordamerika und Europa. Ergebnis dieser Umfragen war, dass die folgenden Werbeformen in der Akzeptanz bei den Nutzern unter einem gewissen Schwellenwert liegen[612]:

- Pop-Ups (sowohl auf Desktop Computern als auch auf mobilen Geräten),
- Automatisch abspielende Videoanzeigen mit Ton (sowohl auf Desktop Computern als auch auf mobilen Geräten),
- Prestitials mit Countdown bis zum möglichen Überspringen (auf Desktop Computern), wobei damit nicht Pre-Roll-Werbespots etwa bei YouTube gemeint sind,
- Große „sticky" Anzeigen[613] (sowohl auf Desktop Computern als auch auf mobilen Geräten),
- Jegliches Prestitial im mobilen Bereich, wiederum jedoch nicht Pre-Roll-Werbespots,
- Poststital mit Countdown (im mobilen Bereich),
- Gesamtvolumen einzelner Anzeigen auf einem mobilen Screen von über 30%,
- "Full Screen Scrollover Ads" auf mobilen Geräten, d.h. Anzeigen, die auf dem Bildschirm erscheinen und durch Weiterscrollen erst aus dem Sichtfeld verschwinden (entsprechen praktisch einem Pre- oder Interstitial),
- Aufblitzende, animierte Anzeigen auf mobilen Geräten.

Ein wichtiger Schritt hin zur Durchsetzung dieser Regeln im unregulierten World Wide Web war die Einführung eines integrierten Werbeblockers in den Browser Google Chrome in Nordamerika und Europa zum 15.2.2018. Dieser Blocker musste also nicht durch den Nutzer erst aktiv installiert werden, sondern wurde durch automatisches Softwareupdate ohne Zutun des Nutzers installiert und standardmäßig scharf gestellt. In technischer Hinsicht beruht auch dieser Blocker auf Filterlisten und nutzt

611 https://www.betterads.org/members/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
612 https://www.betterads.org/standards/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
613 Vgl. etwa Beispiele oben unter Ziffer B. I. 3. a), bb) unter dem Schlagwort „klassische Anzeigen".

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Filtersyntax der öffentlichen Easylist[614]. Zur Zeit dieser Änderung am Browser verfügte Google Chrome über ca. 40% Marktanteil bei Browser auf Desktop-PCs[615] sowie von ca. 50% auf mobilen Endgeräten[616]. Google hat somit auf einen Schlag etwa doppelt so viele Personen in Deutschland zum Nutzer eines Whitelist-Blockers gemacht, als es alle erfolgreichen Erweiterungsblocker gemeinsam durch eigene Anstrengungen in ca. 15 Jahren bewerkstelligen konnten.

Nach eigenen Angaben verfolgt die Koalition zur konkreten Durchsetzung ihrer Standards ihr sog. „Better Ads Experience Program". Mission sei es, die Nutzererfahrungen mit Online-Werbung zu verbessern und die Durchsetzung der „Better Ads"-Kriterien zu fördern. Als ersten Schritt erlaube die Koalition freiwillig teilnehmenden Webseitenbetreibern, sich auf die Einhaltung der Kriterien zu verpflichten. Dazu hat sich der Webseitenbetreiber zu registrieren und ausreichende Informationen zur Kontrolle durch die Koalition preiszugeben. Diese Registrierung ist zunächst kostenfrei, eine zukünftige jährliche Zahlungspflicht wird allerdings explizit in Aussicht gestellt[617]. Auf welcher Grundlage diese Zahlungspflicht beruht, also pauschale Zahlung als Mitgliedsbeitrag oder erfolgsabhängige Abrechnung ist nicht genau bekannt. Einer Meldung zufolge zahlen Mitglieder pauschale Summen zwischen 20.000 und 100.000 USD[618].

Den zur Zeit der Bearbeitung öffentlich verfügbaren Informationen zu Folge fordert Google praktisch die Mitgliedschaft in der Koalition, um nicht der Blacklist anheim zu fallen. So wird das Prozedere rund um die Einführung des integrierten Werbeblockers wie folgt beschrieben: Google informiert Webseitenbetreiber über „schlechte Werbung" in ihrem Einflussbereich und setzt eine Frist zur Beendigung dieser Werbung innerhalb von 30 Tagen. Läuft die Frist fruchtlos ab, wird der entsprechende Webseitenbetreiber mit dem Status „nicht bestanden" gekennzeichnet und

614 https://blog.chromium.org/2018/02/how-chromes-ad-filtering-works.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019. Ab Juli 2019 soll der Chrome Werbeblocker auch in allen anderen Ländern der Welt ausgerollt werden, https://www.express.co.uk/life-style/science-technology/1070863/Google-Chrome-update-browser-change-2019, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

615 http://gs.statcounter.com/browser-market-share/desktop/germany/#monthly-201801-201803-bar, abgerufen am 23.4.2018.

616 http://gs.statcounter.com/browser-market-share/mobile/germany/#monthly-201801-201803-bar, abgerufen am 23.4.2018.

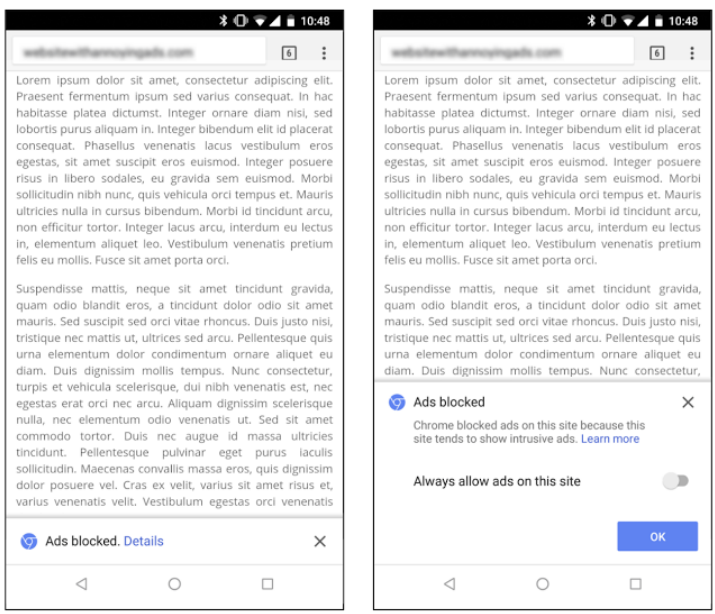
617 https://www.betterads.org/program/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

618 https://digiday.com/mobile/coalition-better-ads-experiences-european-growing-pains/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Blacklist zugeordnet. In diesem Fall werden aber nicht nur die „bad ads“ blockiert, sondern alle Werbemittel. Genau wie bei Eyeo/Adblock Plus und deren Forderung zum Abschluss einer Vereinbarung wird also ein gewisser Druck zur Kollaboration aufgebaut. Dies hat scheinbar bereits Wirkung gezeigt, da wenige Tage vor Scharfstellung des Adblockers in Chrome von 100.000 durch Google untersuchten Webseiten nur noch 0,8 % mit „schlechter“ Werbung versehen waren[619]. Von den ermahnten Webseitenbetreibern sollen 42 % die „schlechte“ Werbung abgestellt haben[620].

Optisch macht sich der Chrome-Werbeblocker ebenfalls erkennbar, indem ein Informationsfeld öffnet, das über den Block informiert:



Screenshot[621] des Chrome Blockers in Aktion

619 https://www.adzine.de/2018/02/coalition-for-better-ads-google-chrome-filtert-nervige-werbemittel-raus/ und https://support.google.com/webtools/answer/7308033, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

620 https://betanews.com/2018/02/14/google-chrome-ad-filtering/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

621 https://mashable.com/2018/02/14/chrome-ad-blocking/#E54ntQ673aqz, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nicht ganz zu Unrecht wurde deshalb bereits angemerkt, dass Google praktisch anstatt einer aufdringlichen Werbung eine Art Pop-Up anzeigt. Dies muss wiederum durch Klick geschlossen werden, was einen ähnlichen Effekt wie eine entsprechende Werbung hat[622].

Wie der Screenshot zudem zeigt, erlaubt Chrome dem Nutzer den integrierten Werbeblocker auszuschalten und Werbung zu erlauben. Auch verhindert Google nicht die hergebrachten Browsererweiterungen zu nutzen oder gar neu zu installieren. Als Plattform verhält sich Google demnach liberal und schließt die nunmehr als Konkurrenz zu bezeichnenden Erweiterungen nicht aus.

Wenig erstaunlich ist, dass Kritik an Googles Vorgehen laut wurde. So wurde öffentlich in Frage gestellt, ob Google noch glaubwürdig sein könne in seiner Rolle als Richter, Jury und Vollstreckungsorgan der Online-Werbung. Dies umso mehr, als Google selbst über diese Wirtschaftssparte Umsätze in Höhe von ca. 40 Milliarden US-Dollar generiert und neben der bedenkliche „Ämterkonzentration" zudem noch befangen im Rechtssinne sein dürfte. Erste Beispiele für fehlende Parteilichkeit sind etwa die Zulassung von Pre-Roll-Werbung zu den „Better Ads", eine Ausnahme hauptsächlich zugunsten von YouTube oder Facebook, die selbst startende Videowerbung zeigen dürfen[623]. Zu den Hintergründen dieses Vorgehens von Google wurde dem entsprechend gemutmaßt, dass die Einführung eines groben Filters, der nur die gröbsten Schmutzpartikel des Werbemarktes ausfiltert, den Bedarf für feinere Filtersoftware wie Adblock Plus oder reine Blacklist-Blocker wie uBlock origin abschwächt und somit den Werbemarkt strukturell stärkt[624].

Harschere Kritik kommt von Nutzerseite. So wird bemängelt, dass in der Coalition for Better Ads keine Sitze für Nutzer und Gruppierungen, die digitale Rechte verfechten, vorgesehen sind. Die Koalition sei also praktisch ein Lobbyistentreff. Zudem sorge der Chrome-Blocker für keinerlei Besserstellung der Nutzer in Fragen des Datenschutzes, des Schutzes vor Malware und der Einsparung von Bandbreite oder Datenvolumen[625].

---

622 http://www.gq.com.au/entertainment/tech/googlers+new+ad+blocker+changed+the+web,53829, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

623 Vgl. https://www.theguardian.com/technology/2018/feb/15/google-chrome-adblocking-online-ads, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

624 Vgl. https://www.nytimes.com/2018/02/18/business/media/google-chrome-ad-block.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

625 https://www.eff.org/deeplinks/2018/02/chromes-ad-filter-much-ado-about-nothing, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das zweite Whitelisting-Konzept steckt also noch in den Kinderschuhen. Unter Aufsicht der mächtigsten Unternehmen des kontemporären Internets ist die Prognose für das „Better Ads"-Programm jedoch positiv, sodass es wahrscheinlich in nächster Zeit nicht beendet wird.

(iii) Stellungnahme zum wirtschaftlichen Hintergrund des Whitelistings

Die Einführung der Whitelist in Adblock Plus, zumal einhergehend mit einer Zahlungspflicht für einige potente Webseitenbeteiber und Werbenetzwerke, sorgte für mannigfaltige Anfeindungen. Vor allem aus dem Bereich der Webseitenbetreiber war diese Kritik harsch und teils unsachlich. Dies gilt nicht nur, aber vornehmlich für die zur Zahlung verpflichteten Unternehmen.

Auf der anderen Seite ist die Acceptable Ads-Whitelist nicht das reine Samariterwerk, wie es von der Betreibergesellschaft teilweise angepriesen wird. Mit diesem Instrument wird am Markt, allen herausgestellten Vorteilen für kleinere und mittlere Webseitenbetreiber zum Trotz, harte Kante gefahren. Denn alleine die Einhaltung der Acceptable Ads-Kriterien hilft den Webseitenbetreibern nicht weiter. Sie müssen als kumulative Voraussetzung der Aufnahme in die Whitelist einen ggf. kostenpflichtigen Vertrag mit Eyeo abschließen.

Betrachtet man dieses Geschäftsmodell aus einer objektiven Sicht, erscheint das kommerzielle Whitelisting als ein weiteres Beispiel erfolgreicher Internetgeschäftsmodelle. Dabei darf nicht vergessen werden, dass Werbeblocker als für den Nutzer kostenloses Produkt strikt von der Akzeptanz bei eben diesen Nutzern abhängig ist. Hier ähnelt es Angeboten wie Facebook, tausenden kostenloser Apps für Smartphones oder diversen kostenlosen Angeboten von Google. Solche Produkte müssen im Ausgangspunkt nicht besonders überzeugen, weil sie gerade keine Anschaffungskosten beim Nutzer entstehen lassen. Auf der anderen Seite ist ein Nutzer bei einem kostenlosen Angebot auch schneller bereit, sich von ihm zu verabschieden und es zu deinstallieren. Im digitalen Zeitalter bedarf dies zudem nur weniger Klicks. Der Markt für kostenfreie digitale Angebote ist also generell durch eine hohe Dynamik und Schnelllebigkeit geprägt.

Auch bei Adblock Plus lässt sich außerdem in gewisser Weise das „Metcalfe'sche Gesetz" beobachten. Nach dieser Faustregel steigt der Nutzen eines Kommunikationssystems proportional zur Anzahl der möglichen

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verbindungen zwischen den Teilnehmern[626]. Ein klassisches Beispiel zur Veranschaulichung ist die Verbreitung von Telefonen. Das erste Telefon hatte noch keinen Wert, weil man damit niemanden anrufen konnte. Mit zwei Telefonen konnten nur zwei Personen miteinander kommunizieren. Haben aber zehn Personen Telefone können alle zehn Personen sich gegenseitig anrufen. In den letzten Jahren hat sich die Wirkung des „Metcalfe'schen Gesetzes" vor allem bei Facebook gezeigt. Am Anfang nur eines von vielen sozialen Netzwerken hat es sich durch die weltweit starke Verbreitung zum quasi-Monopolisten entwickelt[627]. Diese starke Verbreitung hat das Netzwerk attraktiv für noch mehr Neuzugänge gemacht, denn irgendwann ist eine Person ausgeschlossen, die sich nicht beteiligt. Auf dieser Grundlage konnte Facebook zu einem der wertvollsten Werbeplattformen werden. Und auch hier ist darauf hinzuweisen, dass Facebook in der frühen Zeit kostenlos und werbefrei war. Planmäßige Werbung wurde erst 2007 in die Plattform integriert[628].

Ähnlich die Lage bei Adblock Plus, bei dem es sich jedoch nicht um einen Kommunikationsdienst im engeren Sinne handelt. Hier wirkt das „Metcalfe'sche Gesetz" sozusagen umgekehrt. Je mehr Nutzer den Werbeblocker verwenden, desto höher ist der Schaden für die Werbewirtschaft. Bei einem einzigen Werbeblockernutzer ist der Schaden mikroskopisch, bei 1.000 Werbeblockernutzern ist er immer noch kaum merklich. Wenn aber 100 Mio. Nutzer Werbeblocker einsetzen, sind die Folgen drastisch. Auf der anderen Seite hat diese Verbreitung einen neuen Werbeplatz hervorgebracht: das geblockte Netz. Wie viele Umfragen sowie die Akzeptanz der Nutzer für die Whitelist-Funktion zeigen ist auch hier im beschränkten Umfang Werbung möglich. Dieses künstliche und wahrscheinlich ursprünglich nicht einmal geplante Forum wird durch Whitelisting genauso kommerzialisiert wie Facebook es mit ihrem sozialen Netzwerk getan hat. Dies stellt eine nachvollziehbare kommerzielle Nutzung einer als vermarktbar erkannten Plattform dar. Wer also Eyeo für das Whitelisting verteufelt, muss dieselbe Ablehnung auch Facebook entgegen bringen,

626 https://de.wikipedia.org/wiki/Metcalfesches_Gesetz, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

627 Vgl. Baumgärtel, http://www.zeit.de/digital/2018-04/soziale-netzwerke-facebook-mark-zuckerberg-algorithmus-metcalfesches-gesetz, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

628 https://en.wikipedia.org/wiki/Timeline_of_Facebook, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das ihre Macht über eine Plattform mit ca. zwei Milliarden Nutzern weltweit[629] zur profanen Umsatzgenerierung ausnutzt.

Kostenpflichtiges Whitelisting sollte also nicht generell als Teufelswerk angesehen werden. Ein Teil der Kritik an dem Geschäftsmodell rührt wohl auch aus enttäuschtem Idealismus her. Denn Adblocker verkörpern ein im Grundsatz rebellisches Weltbild, nach welchem die von „oben" vorgegebene Struktur nicht befolgt zu werden braucht. Sie stehen auch für den Widerstand der Nutzer dagegen, als bloßes Abrechnungssubstrat der Werbeindustrie angesehen zu werden, dieimmer mehr und immer aufdringlichere Werbung schaltet. Für solche Nutzer muss die Erkenntnis, dass der Helfer zur Befreiung solcher „kapitalistischer" Bevormundung, selbst kapitalistische Motive verfolgt, eine herbe Enttäuschung darstellen. Dahingegen ist die Kritik aus dem Lager der Webseitenbetreiber, Werbenetzwerke und Werbetreibenden vornehmlich auf Sorge um die eigenen Umsätze getrieben.

Dabei ist das Argument von Eyeo durchaus valide, dass das Angebot zum kostenpflichtigen Whitelisting schlussendlich niemanden schadet, sondern vielmehr auf beiden Seiten des Whitelisting-Vertrags zu Umsätzen führt. Denn den Webseitenbetreibern wird eben nicht durch Adblocker zunächst etwas weggenommen und dies dann gegen Schutzgeld wieder herausgegeben. Praktisch ist es so, dass selbst bei einem Verbot oder einer Aufgabe der Whitelisting-Funktion das geblockte Netz weiterhin bestehen wird. Dies bedeutet, dass die Einnahmenverluste durch Blacklist-Blocker sowieso bestehen. Vor dieser Prämisse stellt das Whitelisting-Angebot, bestimmte Werbung gegen 30% der Mehreinnahmen freizuschalten, ein für Webseitenbetreiber risikoloses Vorgehen dar. Im schlimmsten Fall fällt keine erfolgsbezogene Vergütung an. Dagegen sind potentiell hohe Zusatzeinnahmen möglich.

Schlussendlich wird der Nutzer wiederum zum Abrechnungssubstrat von Unternehmen. Wer aber dies nicht hinnehmen möchte, kann sich jederzeit der reinen Blacklist-Funktion bedienen. Schlussendlich entwickeln sich so drei verschiedene Werbemärkte im Internet: das ungeblockte Netz, das strikt geblockte Netz und in der Mitte das Netz der akzeptablen Werbung. Der Nutzer hat jederzeit die Wahl, welchem dieser Märkte er sich anschließt.

Whitelisting in der konkreten Form bei Adblock Plus ist nach alledem ein ordentlicher Kompromiss für alle Beteiligten.

---

629 https://allfacebook.de/toll/state-of-facebook, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hingegen erscheint die Coalition for Better Ads mit ihrem weitaus wirtschaftsfreundlicheren Konkurrenzprogramm wie der Preußische Monarch, der dem untertänigen Volk durch stückweises Entgegenkommen und dem Aufoktroyieren einer obrigkeitsfreundlichen Verfassung das Gefühl gibt, dem Zeitgeist zu entsprechen[630]. Berechtigt ist die Kritik an diesem Programm vor allem aus einem Grund. So stellt es eine bedenkliche Machtdemonstration von Google dar, wenn Nutzer des Browsers ohne eigenen Antrieb zu Werbeblockern werden. Dies erscheint im Vergleich zum oft stark kritisierten Standardeinstellungsmodell von Adblock Plus sogar noch gravierender. Wird bei Adblock Plus zumindest der Grundentschluss pro Werbeblocken gefordert, sieht Chrome nur noch einen Opt-out vor.

Als positiv ist hingegen zu bewerten, dass gewissen Werbeformen praktisch der Garaus gemacht wurde. Auch wenn es mehr eine Selbstregulierung der mächtigen Marktteilnehmer darstellt, handelt es sich aus Nutzersicht um Fortschritt. Die Kritik an fehlender Datenschutzfunktionalität des Chrome-Blockers ist hingegen verfehlt, weil der Browser dafür sonstige isoliert steuerbare Einstellungen vorhält, was zuletzt auch durch den neuen europäischen Rechtsrahmen erforderlich ist.

Schlussendlich beackert die Koalition aber nicht das geblockte Netz, sondern widmet sich dem ungeblockten Netz. Durch das faktische Verbot einiger weniger Werbeformen wird das ungeblockte Netz aufgehübscht und flott gemacht, um den heute noch in ihm verweilenden Nutzer zu binden. Erstmals besteht also eine Art Konkurrenzsituation zwischen dem Internet, wie es Werbeblockeranbieter geschaffen haben, und dem Internet, das dem Wechselspiel des Marktes frei ausgesetzt ist. Diese Konkurrenz, die für die Werbenden enorme wirtschaftliche Bedeutung hat, kann schlussendlich also dem Nutzer eher nutzen, denn schaden.

(iv) Exkurs: Vergleich der Verbotskataloge mit dem in dieser Arbeit gefundenen Ergebnis zur unzumutbaren Belästigung von Werbeformen

Die beiden vorgenannten Werberegelwerke der Acceptable Ads Initiative und der Coalition for Better Ads nennen konkret Werbeformen, die die Verantwortlichen aus dem Web tilgen wollen. Beide Regelwerke berufen

630 Vgl. zum geschichtlichen Hintergrund im 19. Jahrhundert https://de.wikipedia.org/wiki/Preu%C3%9Fische_Verfassung_(1848/1850), zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich dabei auf die sich unterscheidende Nutzerakzeptanz bei diversen Werbeformen. Die weiter oben vorgenommene Prüfung verschiedener Werbeformen auf ihre Konformität mit § 7 UWG hat hingegen einen anderen Maßstab. Dabei kommt es auf eine unzumutbare Belästigung an. Schon rein semantisch ist die fehlende Akzeptanz eine erheblich geringere Eskalationsstufe als die gesetzlich verbotene unzumutbare Belästigung. Es ist deshalb logisch, dass mehr Werbeformen die Schwelle zur fehlenden Akzeptanz überschreiten, denn jene zur unzumutbaren Belästigung. Im Jargon der deutschen Juristen betreffen die Verbotskataloge der Whitelist-Pfleger demnach Belästigungen, gleich ob diese (un-)zumutbar sind. Die Frage der Zumutbarkeit ist eine Rechtsfrage, die im Rahmen der gesetzlichen Zuständigkeiten durch einen Richter zu beurteilen ist.

Gleichwohl hat die aus dem Markt entwickelte Klassifizierung von Werbeformen als inakzeptabel erheblich schwerere praktische Folgen. Wie bereits aufgezeigt führte unter anderem der massenhafte Einsatz der als inakzeptabel identifizierten Werbeformen zum Erstarken von Werbeblockersoftware. Wenn die Betreiber von weit verbreiteten Werbeblockern dann aber nicht nur undifferenziert blocken, sondern über Whitelists die Tür zum Nutzer wieder einen Spalt weit öffnen, werden sinnigerweise nur solche Anzeigen erlaubt, die den Nutzer minimal invasiv begegnen. Würde die Whitelist hier auf den Maßstab der unzumutbaren Belästigung abstellen, hätte die Blockersoftware oder zumindest die Whitelist-Funktion keine Zukunft. Die Whitelist – ohne Bewertung einer etwaigen Kostenpflicht im Verhältnis der Whitelisting-Partner – ist demnach ein guter Kompromiss zwischen den Interessen den Nutzern und der werbenden Seite.

Vergleicht man nun die Whitelist-Kriterien von Eyeo und Google mit dem weiter oben[631] gefundenen Ergebnis zur Unzumutbarkeit bestimmter Werbeformen, zeigen sich folgende Unterschiede:

- Klassische Anzeigen sind unter § 7 UWG als zulässig anzusehen, gleich wie viel Platz sie einnehmen. Wenn sie Content überdecken handelt es sich nicht mehr um eine klassische Anzeige, sondern um ein Pop-Up oder Interstitial und unterliegt anderen Abwägungsregeln. Denn wenn neben klassischen Anzeigen der Content in der üblichen Größe zur Verfügung steht, kann der Nutzer sich dem Content zuwenden und muss nicht aktiv werden, um Content aufzudecken. Die Whitelist-Kataloge sind hier strenger. Während die CBA eine zu hohe Werbedichte nur im mobilen Bereich ausschließt, sind die ursprünglichen Accepta-

631 S.o. Ziffer B. IV. 1. a), cc).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ble Ads sehr streng und erlauben nur 15- 25% des sichtbaren Bereichs für Werbung.

- Ob innerhalb einer klassischen Anzeige, Elemente animiert bzw. besonders auffällig sind oder automatisch Audio- bzw. Videosequenzen starten, kann nach hier vertretener Ansicht nicht zu einer unzumutbaren Belästigung im Sinne von § 7 UWG führen. Die Whitelist-Kataloge sind hier hingegen sehr streng. Die nicht zu verleugnende und von einer nicht unerheblichen Anzahl von Nutzern empfundene Überraschungswirkung solcher Anzeigen genügt den jeweiligen Whitelist-Pflegern, um sie als inakzeptabel zu klassifizieren. Die Acceptable Ads Kriterien sind hier wiederum rigoroser als die Kriterien der CBA, weil bei ersteren schon der exzessive Gebrauch von Farben oder der Einsatz von Rich Media ausreicht, um auf dem „Index" zu landen.
- Pop-Ups sind bei beiden Whitelist-Katalogen strikt ausgeschlossen. Unter dem Regime von § 7 UWG sind sie nicht generell verboten, sondern nur, wenn sie nicht sofort geschlossen werden können. Für Pre- und Interstitials als Anzeige gilt dasselbe.
- Bei Pre-Roll-Werbung stellt sich die Sachlage ähnlich wie bei klassischen Anzeigen dar. Eyeo verbietet sie strikt, die CBA erlauben sie jedoch. Von einer unzumutbaren Belästigung im Sinne von § 7 UWG kann nur dann in Betracht kommen, wenn die Pre-Roll-Werbung einen Nutzer mehr als fünf Sekunden zwangsweise festhält und danach keine Möglichkeit zum Überspringen bietet[632]. In diesem Fall sind erstaunlicherweise die CBA die liberalste Regelung und würden Werbung erlauben, wo der Nutzer unter Umständen ein Abwehrrecht aus dem Gesetz hat.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die aus dem Werbeblockermarkt stammenden Acceptable Ads Kriterien, die maßgeblich aus dem Bereich technikaffiner Personen herrühren, die strengste Regelung darstellen. Die Kriterien der CBA, die aus dem Lager der Werbewirtschaft stammt, sind in vielen Bereichen offener und verbieten weniger Werbeformen. Nicht unerwartet ist das Gesetz der am wenigesten strenge Maßstab. Dies gilt nur in einer bestimmten Ausnahme nicht, nämlich bei Pre-Roll-Werbung. Hier sind potentiell als unzumutbare Belästigung anzusehene Werbungen Teil der zugelassenen Werbeformen.

632 Vgl. LG Berlin, Urteil vom 14.9.2010 – 103 O 43/10, GRUR-RR 2011, 332.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Browser mit integrierten Adblockern

Neben dem oben bereits dargestellten Werbefilter in Google Chrome haben auch andere Browser integrierte Werbeblocker. Dies zeigt sich überwiegend im nicht europäischen Ausland und im mobilen Bereich.

Das Konzept der Browser mit integrierten Adblockern ist schlicht. Die Werbeblockerfunktion ist eine von vielen vorprogrammierten Einstellungen und eine zusätzliche Installation einer Erweiterung ist nicht erforderlich. Die Angebote unterscheiden sich im Außenauftritt danach, ob sich der Browser hauptsächlich über die Adblock-Funktion definiert, so etwa beim Adblock Browser der Eyeo GmbH[633], oder aber diese Funktion nur ein Charakteristikum von mehreren ist, so etwa beim Opera Browser[634]. Ein Beispiel für einen ausgesprochen erfolgreichen Browser mit integriertem Werbeblocker ist der UC Browser, der zum chinesischen Internetgiganten Alibaba Group gehört. Dieser Browser ist vor allem auf Mobilgeräten in China, Indien, Vietnam, Russland und Indonesien stark verbreitet, im Jahr 2016 errechnet PageFair alleine auf diesen Märkten insgesamt 237,8 Mio. Nutzer von Adblocker-Browsern. In Nordamerika und Westeuropa hingegen war die Verbreitung solcher Browser zu diesem Zeitpunkt mit unter 2% jedoch sehr gering[635].

Zum Teil sind diese Browser bereits auf dem Gerät vorinstalliert. Dies ist insbesondere bei Smartphones der Fall, die das Android Betriebssystem haben. Hier ist in der Regel Google Chrome vorinstalliert. Schon länger sehen andere Hersteller wie etwa ASUS in den vorinstallierten Browsern integrierte Werbeblocker vor[636]. Abgesehen davon wird aber in der Regel ein aktiver Download durch den Nutzer erforderlich sein, bei dem eine etwaig vorhandene Werbeblockerfunktion des Browsers Entscheidungskriterium sein kann.

633 https://adblockbrowser.org/de/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
634 https://www.opera.com/de/computer/features/ad-blocker, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
635 https://pagefair.com/downloads/2016/05/Adblocking-Goes-Mobile.pdf, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
636 https://www.heise.de/newsticker/meldung/Asus-Android-Browser-mit-vorinstalliertem-AdBlock-Plus-3056167.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Software und Einstellungen mit (beiläufiger) Blockierfunktion

Neben den Werbeblockerprogrammen, deren Hauptzweck in der Verhinderung bzw. differenzierten Filterung von Display-Werbung liegt, gibt es auch andere Möglichkeiten Werbeelemente faktisch zu blockieren. Nachfolgend werden drei Beispiele vorgestellt, die stellvertretend für drei Möglichkeiten stehen sollen, mit denen die Anzeige von Werbeelementen im Browser des Nutzers beschränkt werden kann. Dabei handelt es sich zum einen um Browsererweiterungen, die eigentlich einen anderen Zweck haben, als Werbung zu blocken. Weiter sehen manche Browser besondere Anzeigenmodi vor, um Werbung auszublenden. Zuletzt kann auch das Betriebssystem des Nutzer-PCs dahingehend eingestellt werden, dass von bestimmten Quellen keine Daten heruntergeladen werden.

Im ersten Komplex sind hauptsächlich Tracking- oder Scriptblocker gemeint. Dies sind ebenso wie Werbeblocker Browsererweiterungen, die vom Nutzer aktiv installiert werden müssen. Ähnlich wie Werbeblocker modifizieren auch diese Erweiterungen die Kommunikation zwischen Clientrechner und Server und zwar mit dem Hauptzweck, keine Trackingskripte ablaufen zu lassen und Fingerprinting zu vermeiden[637]. Entsprechende Angebote sind unter anderem Ghostery, No Script für Firefox, Disconnect oder Scriptsafe. Auch die meisten Werbeblocker wie Adblock Plus und uBlock origin bieten Trackingschutz. Praktisch bestehen erhebliche Überschneidungen zwischen Tracking- und Werbeblockern. So bietet Ghostery auch eine Funktion zum Blocken von Anzeigen an.

Wird bei einem Trackingblocker allerdings eine etwaig vorhandene Werbeblockerfunktion ausgeschaltet oder ist diese gar nicht vorhanden, kann es trotzdem dazu kommen, dass Werbeelemente blockiert werden. Dies beruht auf der starken Verknüpfung von Werbung mit den genutzten Trackingmethoden. Teils führt die Blockade des zugrunde liegenden Trackingvorgangs dazu, dass ebenfalls der Download des Werbeelements unterbleibt. Diese Verknüpfung von Tracking und Werbung macht aus Werbesicht viel Sinn, denn der Trackingblocker verhindert regelmäßig die Zählung des Abrufs, der aber für die Abrechnung wichtig ist. Während ein reiner Werbeblocker bei Ausfilterung den Download verhindert und damit weder eine Anzeige noch eine zählbare Abrechnung erlaubt, kann es bei reinen Trackingblockern zu einem noch unerwünschteren Ergebnis kommen. Die Werbung wird ausgeliefert, aber jegliches abrechnungsrele-

637 Vgl. etwa https://www.ghostery.com/de/blog/ghostery-news/cookies-fingerprinting-co-tracking-methods-clearly-explained/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vante Tracking wird unterbunden. Der Webseitenbetreiber bzw. das Werbenetzwerk „arbeitet" sozusagen umsonst. Für den Werbekunden ist diese Gestaltung vorteilhaft. Für Nutzer, die nichts gegen die Anzeige von Werbung, sehr wohl aber gegen die unsichtbaren Trackingvorgänge haben, ist diese Ausgestaltung ebenfalls hinnehmbar.

Für die zweite Gruppe lässt sich als Beispiel der „Reading Modus" im mobilen Safari-Browser von Apple nennen. Dieser sorgt dafür, dass bei Webseiten nur noch der Textinhalt angezeigt wird, dieser aber dann optimiert für den kleinen iPhone-Bildschirm.

Der Reading Modus ist technisch eine anders gerenderte Ansicht einer Webseite. Er wirkt technisch also gleich wie das „Element Hiding" bei Adblock Plus. Der wesentliche Unterschied zu den Werbeblockern liegt aber darin, dass kein Download der Werbeelemente unterbunden wird. Das HTML-Dokument wird insgesamt abgearbeitet und dann in zwei verschiedenen Möglichkeiten gerendert. Dies führt zu dem Ergebnis, dass der abrechnungsrelevante Download des Werbeelements erfolgt und getrackt werden kann. Ob das Element schlussendlich angezeigt wird oder lediglich im Verborgenen bleibt ist für die Abrechnung egal. Die Webseitenbetreiber und Werbenetzwerke kann diese Option freudig stimmen, für die Werbetreibenden ist dieser Modus hingegen ungünstig. Sie zahlen für nicht wahrgenommene Werbung. Der Nutzer muss in diesem Modus auch die Bandbreite bzw. das Datenvolumen für den Download der Werbeelemente aufbringen. Der Reading Modus ist für ihn lediglich eine optische Verbesserung.

Zuletzt ist auch ohne jegliche Zusatzsoftware oder besondere Funktion Werbeblocken möglich. Dafür müssen Einstellungen an der Host-Datei im Betriebssystem, etwa Windows, vorgenommen werden. In der Host-Datei kann explizit festgelegt werden, welcher Domainname auf welche IP-Adresse im Netz zugreift. Es hat also denselben Zweck wie der DNS-Server und stellt sozusagen ein eigenes Adressbuch des Nutzer-PCs dar. Als der DNS-Service im Internet noch nicht verbreitet war, wurde die Auflösung der Internetadressen standardmäßig von der Host-Datei erledigt. Diese Datei arbeitet, im Gegensatz zum Domain Name System, nicht von einem Server aus, sondern liegt lokal auf jedem Computer. Diese Host-Datei kann der Nutzer bei ausreichenden Computerkenntnissen selbst modifizieren, indem er bestimmte IP-Adressen sowie die dazugehörigen Domainnamen in Textform listet und damit die Kommunikation mit dem entsprechenden Server unterbindet. Der Client sucht im Ergebnis die Webseite bzw. das bestimmte Element an einer Stelle, wo sie nicht hinterlegt ist. Logischerweise führt dies zur nicht ausführbaren Kommunikation, sprich

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Webseite oder ein einzelnes Element wird nicht geladen. Entsprechende Host-Dateien sind schon für das Werbeblocken fertig gelistet im Internet verfügbar und können sozusagen als Blacklist genutzt werden[638]. In diesem Fall wird schlicht das Betriebssystem als Werbeblocker genutzt. Im Gegensatz zu spezieller Werbeblockersoftware wirkt die Blockade über Host-Dateien dann undifferenziert in allen Browsern, weil sich alle Browser an die hierarchisch höher stehende Host-Datei halten. Nicht erfasst ist jedoch das Rendering im Browser, sodass bei dieser Alternative sichtbare Lücken bleiben. Gleichsam ist die Blockade über die Host-Datei für puristische Nutzer eine Möglichkeit selbst Adblockersperren oder Ersatzmeldungen an Stelle der ausgefilterten Werbung zu verhindern.

Zuletzt kann eine Blacklist auch auf heimischen Netzwerkroutern hinterlegt werden. In diesem Fall wird sogar der Router als Werbeblocker genutzt. Einige heimische Netzwerkrouter, etwa eine Fritzbox, sehen die Anlage einer Blacklist durch Einfügung von Domainnamen vor. Somit kann ein Heimnetzwerk bereits am Knotenpunkt zum Internet vor Werbung und Tracking abgeschirmt werden[639].

Dies alles zeigt, dass die Komplexität der Internetkommunikation an vielen Stellen die Möglichkeit bietet, Werbung zu blockieren. Dies hat vor allem dann eine Bedeutung, wenn über die Reichweite der bislang ergangenen Entscheidungen oder ein mögliches gesetzliches Verbot von Werbeblockern diskutiert wird. Die konkrete Ausgestaltung von Adblock Plus stellt also nur eine – sehr elaborierte – Lösung zur Werbeblockade dar. Der Themenkomplex betrifft hingegen noch sehr viele andere Ausgestaltungen, die ebenfalls bedacht werden müssen.

e) Abweichende Formen von Internetwerbeblockern

Abschließend soll noch auf gänzlich andere Internetwerbeblocker eingegangen werden. Die vorstehend behandelten weit verbreiten Werbeblocker beruhen allesamt auf Filterlisten, die in den Browserablauf integriert werden. Es sind allerdings auch andere Formen von zweckmäßigen Werbeblockern zu beobachten. So kann einerseits bereits auf Infrastrukturebe-

638 https://blog.botfrei.de/2013/02/wie-kann-ich-bose-webseiten-blockieren/ und http://www.pcgameshardware.de/Internet-Thema-34041/Tipps/Webseiten-mit-der-Hosts-Datei-sperren-1077336/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

639 http://cpu.de/werbung-blocken-im-ganzen-netzwerk-anleitung-am-beispiel-der-fritzbox, zuletzt abgerufen am 25.4.2018.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ne durch die Netzbetreiber bzw. Service Provider Werbeblockade betrieben werden. Andererseits lässt sich beobachten, dass auch Werbeblocker ohne Filterlisten auskommen können, wenn sie anhand besonderer Stichworte Werbung erkennen und ausblenden können.

Eine Lösung zur Werbeblockade auf Netzwerkebene wurde zwischen 2015 und 2017 unter dem Namen „Shine" angeboten. Adressat waren hier nicht die Endnutzer, sondern die Netzwerkbetreiber von mobilen Netzen, etwa Unternehmen wie die deutsche Telekom. Das potentielle Interesse solcher Unternehmen an Werbeblockade ließe sich vor dem Hintergrund erklären, dass viele Unternehmen enorme Umsätze mit Werbung über das Internet erzielen, die Inhaber der grundlegenden Infrastruktur davon aber keinen Anteil erhalten. Mit der Werbeblockade wäre ein wirtschaftlicher Hebel der Netzwerkbetreiber vorhanden und eine monetäre Beteiligung an den Umsätzen durchsetzbar. Mit so durchgesetzten Zahlungen hätte ein Teil der Investitionen in neue Infrastruktur wie etwa für die 5G-Technologie refinanziert werden können[640]. Probleme hatte dieser Ansatz jedoch vor allem mit dem Prinzip der Netzneutralität[641]. Auch würde bei der Blockade auf Netzwerkebene aus technischer Sicht das gegen Adblock Plus vorgebrachte Argument der Wegelagerei und Schutzgelderpressung zutreffen. Die rechtliche Bewertung zu Filterwerbeblockern ist also nicht ohne weiteres übertragbar. Dies führte wohl dazu, dass mit Ausnahme eines jamaikanischen Netzbetreibers kein einziger Kunde von Shine öffentlich bekannt wurde. Im Jahr 2017 benannte sich Shine dann in „Rainbow" um und verfolgte fortan ein neues Geschäftsmodell. Weiterhin auf Netzwerkebene unterwegs soll nunmehr eine differenzierte Blockade a la kommerzielles Whitelisting zum Erfolg verhelfen. Filter auf Netzwerkebene sollen dann nur überwunden werden, wenn die Webseitenbetreiber sich kostenlos bei Rainbow zertifizieren lassen[642]. Als Kriterien werden die LEAN-Richtlinien des IAB herangezogen[643]. Ob dieses Konzept vor den weiterhin fortbestehenden Bedenken Erfolg haben wird, ist eher unwahrscheinlich.

Ein anderes Konzept verfolgt eine browserbasierte Werbeblocker-Technologie, die allerdings noch nicht als Werbeblocker-Software in Konkur-

640 https://omr.com/de/shine-adblocker-interview/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
641 https://www.bvdw.org/der-bvdw/news/detail/artikel/bvdw-stellungnahme-netzneutralitaet-sichert-freien-informationszugang-3/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
642 https://www.heise.de/newsticker/meldung/Adblocker-Shine-Vom-Werbefeind-zum-Werbefreund-3634344.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
643 Vgl. https://www.iab.com/iab-tech-lab-solutions/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

renz zu den durchgesetzten Anbietern tritt. Verfügbar ist hingegen bislang nur eine Browsererweiterung, die deutlich macht, was alles geblockt werden könnte[644]. Diese Technologie, die von Informatikern der Universitäten Princeton und Stanford entwickelt worden ist, basiert auf einer stichwortbasierten Aufspürung von Werbeelementen. Dies macht sich die gesetzlichen Vorschriften zum Transparenzgebot zu Nutze. Verfügt eine Anzeige über die zwingend vorgesehene Kennzeichnung mit Worten wie „Anzeige", „gesponsert" oder „Ad" erkennt die Software dies und kann eine Blockade herbeiführen. Diese Lösung ist nicht auf pflegebedürftige Listen angewiesen und kann auch nicht durch technische Schutzmaßnahmen der Webseitenbetreiber wie den ständigen Wechsel von URLs der Werbeelemente oder Anti-Adblocksoftware beeinträchtigt werden. Hinzu kommt, dass zur Ausschaltung von Anti-Adblockern Skripten in die Software implementiert wurden, die die Aufspürung durch Adblock-Detektoren verhindern. Dadurch soll diese Lösung „unblockbar" sein[645].

Nach dem aktuellen Stand dieser Technologie wird die Werbung zunächst komplett geladen und dann in Sekundenbruchteilen als Anzeige gekennzeichnet. Es erfolgt also grundsätzlich ein Download des Elements. Demnach beeinträchtigt diese Technik nicht die abrechnungsrelevanten Downloads, was zum Nachteil der Werbenden ginge, die für den erfolgten Download zahlen müssten. Für die Nutzer negativ ist, dass durch den Download kein Anfall von Datenvolumen und kein Tracking verhindert sowie kein Schutz vor etwaig verbundener Malware bewerkstelligt wird. „Perceptual Ad Blocking" hat also nur visuelle Effekte und entspricht damit im Wesentlichen dem „Element Hiding" in Adblock Plus. Es bleibt abzuwarten, ob diese Technologie weiter entwickelt und letztendlich „scharf gestellt" wird.

3. Rechtliche Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur

Die juristische Literatur beschäftigen Internetwerbeblocker seit 2013, die ersten Gerichte wurden wenig später angerufen. Nachfolgend soll in

644 Siehe die Erweiterung für den Browser Chrome namens „Perceptual Ad Highlighter", zuletzt im Chrome Store aufgesucht am 25.4.2018.

645 https://motherboard.vice.com/en_us/article/9a4yny/princetons-ad-blocking-superweapon-may-put-an-end-to-the-ad-blocking-arms-race, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weitestgehend chronologischer Reihenfolge die rechtliche Auseinandersetzung mit dem Thema Internetwerbeblocker dargestellt werden.

a) Erste Bewertungen in der Literatur

Schon nach dem Urteil des BGH zum TV-Werbeblocker „Fernsehfee" wurde auf die bereits damals existenten Internetwerbeblocker geblickt und ein Ausblick über die rechtliche Zulässigkeit gegeben. Die konkrete Ausgestaltung, vor allem mit Blick auf Whitelisting, wurde allerdings erst ab 2013 durch Beiträge renommierter Kommentatoren wie *Hoeren* und *Köhler* bewertet. An dieser Stelle werden die Stellungnahmen zur rechtlichen Zulässigkeit von Internetwerbeblockern vor Erscheinen der ersten Gerichtsurteile skizziert.

aa) Ausblicke nach der Fernsehfee-Entscheidung des BGH

Bereits nach der Entscheidung des BGH zur „Fernsehfee", dem TV-Werbeblocker, im Jahr 2004 waren Stimmen im Schrifttum erkennbar, die auf Grundlage des Urteils auch eine Zulässigkeit von Internetwerbeblockern vorhersagten. *Fritzsche* wies insoweit auf die Bedeutung der Entscheidung weit über den konkreten Fall hin und nannte auch Werbeblocker-Programme für Internetbrowser als zulässiges Wettbewerbshandeln. Dies folgerte er daraus, dass wegen der Nutzerhoheit über das Ein- und Ausschalten sowie einzelner Konfigurationen der Werbeblocker die Möglichkeit einer individuellen Behinderung noch unwahrscheinlicher sei als bei der ferngesteuerten Wirksweise der Fernsehfee. Auch eine allgemeine Marktbehinderung sah er nicht, da bereits zur Zeit der Stellungnahme ein Trend hin zu immer mehr Internetwerbung zu beobachten war, den Werbeblocker nicht maßgeblich umdrehen konnten[646]. Kurz und knapp setzte auch *Hoeren* Internetwerbeblocker – in seinem Beitrag als „Webwasher" bezeichnet – auf dieselbe Stufe wie TV-Werbeblocker und hielt diese für zulässig[647].

646 Fritzsche, LMK 2004, Heft 10, 192, 193f..
647 Hoeren, EWiR 2004, 1193, 1194.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Lauterkeitsrechtliche Beurteilung durch Hoeren

Der Aufsatz von *Hoeren*[648] beruht auf einem Rechtsgutachten, welches für die Betreibergesellschaft von Adblock Plus erstellt wurde, bevor die Klageverfahren anhängig gemacht worden sind. Es stellt die erste veröffentlichte Beurteilung im deutschen juristischen Schrifttum dar. Inhaltlich beschränkt sich der Beitrag auf die lauterkeitsrechtliche Beurteilung einer gezielten Behinderung von Mitbewerbern nach § 4 Nr. 10 UWG a.F. im Verhältnis der Betreiber von Internetseiten und des Werbeblockers. Zur Frage des Vorliegens eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen diesen beiden Parteien kommt *Hoeren* unter Rückgriff auf die TV-Werbeblocker Entscheidung des BGH zu einem klaren Ergebnis – da keine hohen Anforderungen zu stellen sind, liege regelmäßig, so auch hier, ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vor.

Im Rahmen der Prüfung einer gezielten Behinderung wird zunächst eine produktbezogene Behinderung geprüft bevor auf die Fallgruppe der Werbebehinderung eingegangen wird. Eine produktbezogene Beeinträchtigung in unmittelbarer Hinsicht liege schon deshalb nicht vor, weil die Werbeblocker-Software nicht in die Webseite an sich eingreife, sondern lediglich den Download der Werbeelemente unterbinde. Dies geschehe auf Wunsch des Nutzers, der die Software installiert habe. Eine mittelbare produktbezogene Behinderung scheide ebenfalls aus, weil kein wettbewerbsfremdes Mittel eingesetzt werde. Das Angebot der eigenen Software sei ein wettbewerbsimmanentes Verhalten. Daran ändere auch die besondere Finanzierung durch das Whitelisting nichts.

Die in der Rechtsprechung anerkannte Fallgruppe der Werbebehinderung hält *Hoeren* ebenfalls nicht für einschlägig. Dabei wird unterschieden zwischen einem absoluten Werbeblocker (hier als reiner Blacklist-Blocker bezeichnet) und dem differenzierenden Whitelist-Blocker. Die reine Blacklist-Blockersoftware sei dabei keine Werbebehinderung, weil die Entfernung der Werbung aus der Wahrnehmung des Internetnutzers gerade auf dessen willentlichen Entschluss fußt, den Werbeblocker zu installieren und zu benutzen. Im Rahmen des differenzierenden Werbeblockers stelle sich die Frage, ob der Nutzer immer noch die Entscheidungshoheit habe. Aufgrund der verschiedenen Wahlmöglichkeiten der Nutzer innerhalb von Adblock Plus sei dies nach *Hoeren* immer noch der Fall, womit auch diese Form des Werbeblockers keine unlautere Werbebehinde-rung darstelle.

---

648 Hoeren, K&R 2013, 757.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Weiteren werden noch eine Irreführung nach §§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 5a Abs. 2 UWG und eine allgemeine Marktbehinderung als Ausprägung der Generalklausel in § 3 UWG a.F. geprüft, jedoch im Ergebnis ebenfalls abgelehnt. Es liege nämlich ausreichende Information über die Funktionsweise der Software vor. Auch eine spürbare Auswirkung auf den Werbemarkt sei anhand der positiven finanziellen Ergebnisse der Internetwerbebranche nicht zu erkennen.

cc) Lauterkeits- und kartellrechtliche Beurteilung durch Köhler

Der Aufsatz von *Köhler*[649] ebnete sodann den Weg zu den ersten Gerichtsentscheidungen zu den Internetwerbeblockern. In rechtlicher Hinsicht differenziert er Werbeblocker mit Filterfunktionalität, die eine kostenlose Freischaltung anbieten, und solche, die die Freischaltung von einem Entgelt abhängig machen.

Bei der erstgenannten Alternative, also einer kostenlosen Freischaltung, kommt *Köhler* zu dem Ergebnis, dass eine Rechtsverletzung auf Grundlage des UWG schon am Fehlen einer geschäftlichen Handlung scheitere. Im Übrigen sollen auch keine Verstöße gegen Urheberrecht, bürgerliches Deliktsrecht (v.a. §§ 823, 826 BGB) oder Kartellrecht bestehen.

Anders stelle sich die Rechtslage jedoch bei der entgeltlichen Freischaltung dar, wie sie etwa bei Adblock Plus eingesetzt wird. Hier nahm *Köhler* das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung an. Dies jedoch mit der Einschränkung, dass die geschäftliche Handlung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern erfolge. Eine geschäftliche Handlung gegen Mitbewerber liege nicht vor, weil kein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen den Betreibern von Webseiten und Werbeblocker bestehe. Dies folge daraus, dass weder ein Substitutions- noch ein Behinderungswettbewerb vorliege. Vielmehr gehe es dem Betreiber des Werbeblockers mit dem Angebot der Freischaltung um die Ermöglichung des Absatzes einer bestimmten Werbedienstleistung. Webseitenbetreiber sind Nachfrager dieser besonderen Werbedienstleistung. Daran ändere auch nichts, dass der Bedarf durch eine vorherige Blockade erst geschaffen werde.

Mangels Vorliegens eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses ist nach Auffassung Köhlers bereits zwangsläufig kein Raum für die Prüfung einer gezielten Behinderung im Sinne von § 4 Nr. 4 UWG n.F. Gleichwohl vertritt *Köhler* die Auffassung, dass eine gezielte Behinderung schon allein

649 WRP 2014, 1017.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aufgrund fehlender technischer Schutzmaßnahmen durch die Webseitenbetreiber ausscheiden müsse. Eine Interessenabwägung gehe zu Lasten der Webseitenbetreiber. Sie seien zudem bei Möglichkeit der Freischaltung besser gestellt als bei (zulässiger) vollständiger Blockade ohne Freischaltungsoption.

Ein Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG a.F. (nunmehr § 4a Abs. 1 UWG n.F.) scheide wegen des Vorrangs des Kartellrechts aus. Für eine Irreführung sah *Köhler* keine Hinweise. Ebenso wenig liege ein Verstoß gegen allgemeines bürgerliches Recht vor.

Bei seiner kartellrechtlichen Würdigung vertritt Köhler, dass zur Marktabgrenzung im Rahmen der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung auf alle Internetnutzer abgestellt werden müsse, die von Werbung angesprochen werden können. Also sei ein Abstellen allein auf den Markt der Werbeblocker fehlerhaft. Einen Missbrauch einer etwaig bestehenden marktbeherrschenden Stellung gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 GWB hält *Köhler* für denkbar, je nachdem wie die Tatsachenfeststellungen im Einzelfall ausfallen.

dd) Lauterkeitsrechtliche Beurteilung durch Herrmann und Lauotoumai

Ebenfalls vor einer ersten Entscheidung durch die Instanzgerichte haben sich *Herrmann* und *Lauotoumai*[650] mit dem Problem der Internetwerbeblocker beschäftigt. Ihr Beitrag fokussiert sich auf die Darlegung der Interessen der Beteiligten, welche im Rahmen einer Abwägung bei § 4 Nr. 10 UWG a.F. bzw. § 4 Nr. 4 UWG n.F. zu ermitteln und zu gewichten sind. Dabei werden die allgemeinen Nutzerinteressen besonders hervorgehoben. Dazu gehöre zuvörderst das Interesse, beim Internetkonsum nicht durch störende Werbung beeinträchtigt zu werden. Hinzu komme noch das Interesse an der Sicherung des eigenen Computers vor mit Werbung ggf. einhergehender Schadsoftware und das Interesse an einer Kontrolle des kindlichen Internetkonsums. Gerade Kinder, die noch nicht über eine ausgeprägte Erfahrung beim Surfen im Internet und mit den Aufmerksamkeit erhaschenden Werbeformen haben, könnten bei Nutzung eines Werbeblockers behutsam an die verantwortliche Mediennutzung herangeführt werden. Im Ergebnis halten die Autoren diese Interessen auch für höherwertig gegenüber den Interessen von Webseitenbetreibern und Werbetreibenden. Hauptargument ist dabei die selbständige Entscheidung der

650 IPRB 2014, 272.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nutzer pro Werbeblocker. Eine gezielte Behinderung scheide demnach aus.

In einer eher oberflächlichen Auseinandersetzung mit § 4 Nr. 1 UWG a.F. kommen die Autoren zudem zum Ergebnis, dass keine unangemessene unsachliche Beeinflussung der Nutzer festzustellen sei.

b) Rechtsprechung und Literatur bis zum Urteil des OLG Köln

Nach diesen ersten Stimmen im Schrifttum, die – vorbehaltlich kartellrechtlicher Marktmacht – die Konformität mit geltendem Recht befürworteten, ergingen zwischen April 2015 und Mai 2016 mehrere erstinstanzliche Urteile. Die Urteile betrafen zum Teil die konkrete Verletzungsform durch Adblock Plus, zum Teil aber auch andere Blockersoftware. Die Entscheidungen, ob das jeweilige Angebot erlaubt sei oder aber durch einen Unterlassungsanspruch verhindert werden könne, variierten im Ergebnis. In der gebotenen Kürze sollen deshalb die ergangenen Entscheidungen kurz nach betroffenem Werbeblockerangebot und maßgeblicher rechtlicher Begründung beschrieben werden. Sodann erfolgt eine zusammenfassende Darstellung der in den Urteilen angeführten Interessen, die bei den im Ergebnis entscheidenden Abwägungen angeführt worden sind. Im Anschluss erfolgt eine Darstellung der Stimmen in der Literatur in dem vorgenannten Zeitraum.

aa) Erstinstanzliche Entscheidungen

Das erste veröffentlichte Urteil erging im April 2015 durch das LG Hamburg[651] und betraf ein Verfahren zwischen den Betreibern von Zeit Online sowie der Onlinepräsenz des Handelsblatts als Kläger und Eyeo mit ihrem

651 Urteil vom 21.4.2015, 416 HKO 159/14, CR 2016, 122; noch vor diesem Urteil war ein anderer Spruchkörper des LG Hamburg bereits in einem einstweiligen Verfügungsverfahren (Az. 312 O 341/13) mit dem Streitgegenstand befasst, als die ProSieben Sat1 Media Gruppe versuchte im Eilrechtsschutz Adblock Plus untersagen zu lassen. Nach geäußerten Bedenken in der mündlichen Verhandlung nahm die Antragstellerin ihren Antrag jedoch zurück, vgl. https://www.cmshs-bloggt.de/cms/prosiebensat1-nimmt-verfuegungsantrag-gegen-adblock-plus-zurueck/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Angebot Adblock Plus als Beklagte[652]. Der Streitgegenstand umfasste im Hauptantrag das abstrakte Verbot eines reinen Blacklist-Blockers, war also auf das generelle Verbot von Adblocken im Internet gerichtet. Im Hilfsantrag war die Klage in abstrakter Weise darauf gerichtet, dass das Gericht untersage, einen Werbeblocker mit Whitelist-Funktion anzubieten, die mit einer kostenpflichtigen Aufnahme auf die Whitelist verknüpft ist. Die Klage wurde in beiden Anträgen abgewiesen. In diesem Verfahren wurden alleine Vorschriften des UWG geprüft. Den Hauptantrag lehnte die befasste Kammer für Handelssachen am LG Hamburg dabei bereits mit dem Argument ab, es liege keine geschäftliche Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vor, weil die Software Adblock Plus unentgeltlich zur Verfügung gestellt werde. Im Hilfsantrag prüfte das Gericht eine gezielte Mitbewerberbehinderung nach § 4 Nr. 10 UWG a.F., lehnte sie jedoch nach einer ausführlichen Interessenabwägung ab (siehe für die Einzelheiten nachfolgenden Abschnitt in lit. bb.). Die weiterhin geprüfte unlautere Beeinträchtigung der Kläger nach § 4 Nr. 1 UWG a.F. wurde unter Hinweis auf eine echte Wahlmöglichkeit der Webseitenbetreiber zwischen kostenpflichtiger Aufnahme in die Whitelist und anderen Optionen wie Errichtung einer Zugangssperre, einer Paywall oder technischer Schutzmaßnahmen abgelehnt. Die zuletzt angeprüfte allgemeine Marktbehinderung wurde mangels tatsächlicher Hinweise auf die Gefahr des Ausscheidens der Kläger aus dem Markt abgelehnt.

Etwa einen Monat später im Mai 2015 folgte ein Doppelschlag durch das LG München I, das in zwei Verfahren urteilte[653]. In beiden Verfahren war die Beklagte die Eyeo GmbH als Betreiberin von Adblock Plus. Kläger waren in einem Verfahren ein Unternehmen der ProSieben Sat1 Media Gruppe, im anderen Verfahren ein Unternehmen aus der RTL Mediengruppe[654]. Während die Streitgegenstände durch Anknüpfung an die konkrete Verletzungsform der Software Adblock Plus gekennzeichnet war, unterschieden sich die Anträge, sodass teilweise verschiedene rechtliche Gesichtspunkte geprüft wurden. Allen verschiedenen Angriffspunkten zum Trotz wurden beide Klagen vollumfänglich abgewiesen. Beide Urteile waren durch eine Vielzahl von Haupt- und Hilfsanträgen gekennzeichnet, die

652 http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gerichtsurteil-adblock-plus-weiter-erlaubt-13552676.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

653 Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927; Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.

654 http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/adblock-plus-gewinnt-gegen-prosiebensat-1-rtl-vor-gericht-13616367.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu einem enormen Umfang geführt haben. Deshalb wird an dieser Stelle nur grob skizziert, womit sich die 37. Zivilkammer des LG München I befasst war. Im Verfahren mit dem Aktenzeichen 37 O 11673/14 waren sowohl Ansprüche aus dem UWG, dem allgemeinen Deliktsrecht, nach dem Urheberrechtsgesetz sowie aus dem Kartellrecht gegenständlich (siehe für die einzelnen Anspruchsgrundlagen die diesem Abschnitt angefügte tabellarische Auflistung). Das andere Verfahren mit dem Aktenzeichen 37 O 11843/14 betraf Ansprüche nach dem UWG, dem allgemeinen Deliktsrecht und dem Kartellrecht. Hierbei wurden sogar Anträge gestellt, die das Gericht zur Prüfung einer unzumutbaren Belästigung (§ 7 UWG) und einer Irreführung von Internetnutzern (§ 5 UWG) durch Adblock Plus veranlassten. Im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Ansprüche beruhten die Entscheidungen maßgeblich auf einer sehr umfassenden Interessenabwägung. Im Rahmen des Kartellrechts erkannte die Kammer weder eine marktbeherrschende Stellung von Adblock Plus noch eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung durch die Whitelist-Vereinbarungen. Urheberrechtliche Ansprüche scheiterten am Fehlen einer Verletzung durch den Adblocker-Betreiber, die weder selbst unmittelbar noch als Gehilfe der Nutzer handelten, da die Nutzer ihrerseits keine Verletzungshandlung begingen.

Im September 2015 legte sodann das LG Köln[655] sein Urteil im Rechtsstreit zwischen der Axel Springer Gruppe und Eyeo wegen Adblock Plus vor[656]. Dieses Urteil beschränkt sich wie bereits das erste Urteil aus Hamburg auf die Prüfung von Ansprüchen aus dem UWG. Bemerkenswert ist dieses Urteil vor allem aus zwei Gründen. Zunächst machte das Landgericht im Laufe des Verfahrens zunächst in einem Hinweisbeschluss deutlich, es wolle eine gezielte Behinderung nach § 4 Nr. 10 UWG a.F. bejahen, weil die Whitelisting-Funktion für Webseitenbetreiber „keinen irgendwie gearteten Mehrwert" darstelle, sondern diese allein dafür zahlen sollten, dass sie sich weiterhin an Nutzer wenden könnten[657]. Im Urteil hingegen positionierte sich das Landgericht Köln anders und nahm in seinen Entscheidungsgründen schlicht Bezug auf die Entscheidungen des LG München. Ohne eigene ausformulierte Entscheidungsgründe wies es die Klage ab und zwar im Hauptantrag, der auf das Verbot von Adblock

655 Urteil vom 29.9.2015 – 33 O 132/14, MMR 2016, 264.

656 https://www.heise.de/newsticker/meldung/Adblock-Plus-gewinnt-vor-Landgericht-Koeln-gegen-Axel-Springer-2833813.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

657 So die Zitierung aus dem Hinweisbeschluss des LG Köln im Urteil des LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Plus insgesamt als Verbindung von Black- und Whitelist gerichtet war, sowie im Hilfsantrag, der nur auf ein Verbot des kostenpflichtigen Whitelist-Geschäftsmodells hinauslief.

Während Adblock Plus demnach in vier Verfahren unbesiegt geblieben ist, folgten in den Monaten November und Dezember 2015 insgesamt vier Verfahren gegen andere Werbeblocker mit teils anderem Ausgang. Den Beginn machte dabei eine Beschlussverfügung, die Axel Springer bzw. Welt.de beim LG Frankfurt a.M. erwirken konnte. Antragsgegnerin war die Betreiberin des Werbeblockers „AdShield", die öffentlicher Berichterstattung zu Folge die einstweilige Verfügung hat rechtskräftig werden lassen und ihr Angebot sodann eingestellt hat[658]. Da Beschlussverfügungen wegen §§ 936, 922 Abs. 1 S. 2 ZPO nicht begründet werden müssen[659], liegt keine Begründung vor, sodass die rechtliche Würdigung des LG Frankfurt nicht überprüft werden kann. Die Software „AdShield" ist jedenfalls nach hiesigen Recherchen nicht mehr in den jeweiligen Stores der gängigen Browser verfügbar.

In einem weiteren Verfahren beim LG Frankfurt erwirkte Axel Springer bzw. Welt.de am 26.11.2015 wiederum eine einstweilige Verfügung, dieses Mal gegen das Unternehmen Betafish wegen der Software „AdBlock"[660], einem damaligen Konkurrenten von Adblock Plus, der ab Oktober 2015 ebenfalls nach den Acceptable Ads-Kriterein eine Whitelist-Funktion einführte. In dieser Angelegenheit ist ein knapp begründeter Beschluss veröffentlicht worden[661]. Demnach liege eine gezielte Behinderung des Webseitenbetreibers durch die Adblock-Software vor, was mit der gezielten Ausschaltung fremder Werbung begründet worden ist. In der Verhinderung des Anzeigens von Werbung, die zum medialen Gesamtprodukt eines Webportals gehöre, liege eine gezielte, unmittelbare Vereitelung der Werbung. Eine Interessenabwägung im Übrigen erfolgte nicht. Scheinbar wurde diese einstweilige Verfügung jedoch nie vollzogen oder der Antrag wurde seitens der Antragstellerin im weiteren Verlauf des Verfahrens zurückgenommen, weil der Werbeblocker AdBlock bis zum Abschluss dieser Arbeit noch verfügbar ist und auch im Übrigen nie von den Down-

658 LG Frankfurt a.M., Beschluss vom 26.11.2015 – 3-6 O 105/15, K&R 2016, 134 sowie https://www.mobilegeeks.de/news/axelspringer-juristische-erfolge-gegen-werbeblocker/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

659 Musielak/Voit, ZPO, § 922, Rn. 4.

660 LG Frankfurt a.M., Beschluss vom 26.11.2015 – 3-6 O 105/15, K&R 2016, 134; https://www.heise.de/newsticker/meldung/Adblock-Plus-gewinnt-vor-Landgericht-Koeln-gegen-Axel-Springer-2833813.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

661 LG Frankfurt a.M., Beschluss vom 26.11.2015 – 3-6 O 105/15, K&R 2016, 134.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

loadplattformen zurückgezogen worden ist. Auch ist weder ein Urteil durch das LG Frankfurt nach einem etwaigen Widerspruch gegen die Beschlussverfügung, noch ein Urteil in einem bei Vollziehung dann wohl unausweichlichen Hauptverfahren ergangen. Vor dem Hintergrund der weitaus ausführlicheren Urteile aus Hamburg und München konnte auch nur kaum davon ausgegangen werden, dass die knappe Begründung nach ausführlichem schriftsätzlichen Vortrag durch die Antragsgegnerin vom Gericht bestätigt worden wäre.

Kurze Zeit später wurde ein Urteil des LG Berlin in einem einstweiligen Verfügungsverfahren veröffentlicht, mit dem ein Unterlassungsanspruch gegen eine Adblocker-Software stattgegeben worden ist[662]. Als Parteien des Verfahrens war auf Aktivseite wiederum Axel Springer über Welt.de vertreten sowie auf Passivseite die Betreiber des „Adblock Browsers"[663]. Bei diesem Adblock-Browser handelte es sich laut Tatbestand des Urteils um einen für Apple Mobilgeräte verfügbaren Browser mit integriertem Werbeblocker, der zum Preis von 3,99 € im AppStore verfügbar war. Von einer Whitelist-Funktion berichtet der Tatbestand nicht, sodass es sich bei diesem Browser nicht um den gleichgenannten mobilen Browser der Adblock Plus Betreiberin Eyeo handelte. Auch das LG Berlin erkannte eine gezielte Behinderung nach § 4 Nr. 10 UWG a.F. durch die Software. Zur Begründung führte es aus, dass durch den Werbeblocker ein unmittelbarer Substanzeingriff in das Produkt des Webseitenbetreibers erfolge. Es führt zunächst aus, dass in der Verbindung von redaktionellem Inhalt und Werbeelementen eine tatsächliche und wirtschaftliche Einheit bestehe. Dies mag zwar technisch nicht der Fall sein, was aber vor dem wirtschaftlichen Hintergrund der Refinanzierung des kostenlosen Angebots durch Werbung zurückzutreten habe. Ein weiteres Argument war, dass der Nutzer – anders als etwa beim TV-Werbeblocker „Fernsehfee" – die Werbeblockade nicht durch eigene Handlungen ohne Weiteres bewerkstelligen könne. Die Programmierung eines Internetwerbeblockers, der einzelne Teile herausfiltert, sei etwas maßgeblich anderes als ein bloßes Umschalten am Fernseher. Deshalb sei eine Abweichung von der BGH-Entscheidung zum TV-Werbeblocker gerechtfertigt. Werbeblocker beschädigten nur fremde Produkte, ohne zugleich etwas Eigenes zu schaffen. Zumutbare Mittel, den Werbeblocker entgegen zu wirken, stünden dem Webseitenbetreiber ebenfalls nicht zur Verfügung. Dieses Judiz des LG Berlin stellt die einzige

662 LG Berlin, Urteil vom 8.12.2015 – 16 O 449/15, K&R 2016, 360.

663 http://meedia.de/2015/12/15/doppelte-attacke-springers-zwei-fronten-strategie-im-kampf-gegen-ad-blocker/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ausführlich begründete Entscheidung zu Ungunsten eines Werbeblockerbetreibers dar. Berufung gegen dieses Urteil wurde nicht eingelegt. Ebenso wenig wurde ein Hauptsacheverfahren durchgeführt.

Wiederum nur wenige Tage später erging ein Urteil durch das LG Stuttgart in einem einstweiligen Verfügungsverfahren[664]. Antragstellerin war auch hier die Axel Springer Gruppe durch Welt.de, die in diesem Fall gegen die für mobile Apple-Geräte aufgelegte Werbeblocker-Software „Blockr" vorging[665]. Die Richter aus dem Südwesten der Bundesrepublik prüften eine gezielte Mitbewerberbehinderung nach § 4 Nr. 10 UWG a.F., lehnten diese jedoch nach einer Interessenabwägung ab. Wie bereits die Landgerichte in München und Hamburg stellte die Kammer aus Stuttgart auf die eigenständige Entscheidung des Nutzers zur Installation der Werbeblockersoftware ab. Eine Einheit des Angebots des Webseitenbetreibers konnte die Kammer vor dem technischen Hintergrund der Einspeisung von Werbeelementen durch Adserver ebenfalls nicht erkennen. Im Ergebnis gleicht dieses Urteil den Fällen, in welchen Adblock Plus Beklagte war. Axel Springer legte gegen diese Entscheidung zunächst Berufung ein, nahm diese aber nach Hinweis des OLG Stuttgart auf die fehlende Erfolgsaussicht der Berufung zurück[666]. Das Blatt, das sich durch die Entscheidungen aus Frankfurt und Berlin kurze Zeit in Richtung Verbot von Werbeblockern zu drehen schien, war nun wieder in der alten Position.

In den nächsten drei veröffentlichten Gerichtsentscheidungen divergierten erneut die Ansichten verschiedener Spruchkörper. So schlossen sich in den letzten beiden erstinstanzlichen Hauptsacheentscheidungen zu Internetwerbeblockern die Landgerichte München und Hamburg (allerdings jeweils durch andere Spruchkörper als in den oben genannten Urteilen) der herrschenden Rechtsprechung an. Ein dazwischen ergangenes Urteil des LG Hamburg im einstweiligen Verfügungsverfahren erkannte indes eine unlautere gezielte Behinderung.

Der Reihe nach: Im März 2016 legte das LG München I sein Urteil im Rechtsstreit zwischen der Süddeutschen Zeitung und Adblock Plus-Betrei-

664 LG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2015 – 11 O 238/15, K&R 2016, 362.

665 https://www.mobilegeeks.de/news/axelspringer-juristische-erfolge-gegen-werbeblocker/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

666 http://www.heise.de/newsticker/meldung/Adblocker-Axel-Springer-zieht-Klage-gegen-Blockr-zurueck-3240983.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019, der Verfügungsantrag wurde zurückgenommen.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

berin Eyeo vor[667]. Anders als in den ersten beiden Münchener Urteilen war in diesem Verfahren wiederum nur ein Unterlassungsanspruch aus dem UWG streitgegenständlich. Geprüft wurde eine gezielte Mitbewerberbehinderung nunmehr nach § 4 Nr. 4 UWG n.F. und eine allgemeine Marktbehinderung. Beide Aspekte wurden jedoch abgelehnt. Einen Fokus setzte die 33. Zivilkammer dabei auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Webseitenbetreiber aus Art. 5 und 12 GG. Dieser rechtfertige aber keine überwiegende Schutzwürdigkeit der Webseitenbetreiber gegen Werbeblocker, die ein Verbot zu tragen vermag.

Im Mai 2016 erging durch die 8. Zivilkammer des LG Hamburg ein sehr ausführlich begründetes Urteil in einem einstweiligen Verfügungsverfahren der Axel Springer Gruppe gegen den für Apple Mobilgeräte im AppStore vertriebenen Werbeblocker „Admop“[668]. Bei Admop handelte es sich laut Tatbestand des Urteils um einen kostenpflichtigen Whitelist-Blocker, dessen Whitelist allerdings vom Nutzer erst proaktiv scharf gestellt werden musste. In diesem Verfahren stützte sich Axel Springer primär auf einen urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch, welchem das LG Hamburg jedoch nicht stattgab. Stattdessen stelle das Angebot der Werbeblockersoftware eine gezielte Behinderung gemäß § 4 Nr. 4 UWG dar. Im urheberrechtlichen Teil erkannte die Kammer keinen Substanzeingriff in ein Computerprogramm, weshalb keine Umarbeitung im Sinne von § 69c Nr. 2 UrhG vorliege. Eine Teilnahme des Werbeblocker-Betreibers an einer unerlaubten Vervielfältigung des Computerprogramms der Webseitenbetreiber scheide aus, da Letztere die Vervielfältigung durch kosten- und einschränkungslose Zurverfügungstellung im Netz gestatten. Im Übrigen verneinte die Kammer die Schutzfähigkeit der konkreten Webseiten als Datenbank- oder Multimediawerk. Im lauterkeitsrechtlichen Teil hielt das LG Hamburg eine produktbezogene Absatzbehinderung für verwirklicht, was zu Unterlassungsansprüchen gemäß §§ 8, 3, 4 Nr. 4 UWG führte. Es sah keinen Unterscheid zu physischen Presseprodukten und sprach Webseitenbetreibern eine „Verfügungsmacht“ über die bereitgestellten Werbeflächen zu. Als Anzeichen für die Unlauterkeit zog es zudem heran, dass auch Eigenwerbung der Webseitenbetreiber blockiert werde. Es bestehe

667 Urteil vom 22.3.2016 – 33 O 5017/15, MMR 2016, 406; https://www.golem.de/news/adblock-plus-sueddeutsche-zeitung-verliert-klage-gegen-eyeo-1603-120031.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

668 Urteil vom 3.5.2016 – 308 O 46/16, CR 2016, 782; https://www.heise.de/newsticker/meldung/Adblocker-Admop-geht-vor-Axel-Springer-in-die-Knie-3946476.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

insoweit eine Integrität des Produktes „werbefinanzierte Webseite". Die Kammer meinte auch, dass der Werbeblockerbetreiber eine Verdrängungsabsicht mit Blick auf das Angebot der werbefinanzierten Verbreitung redaktioneller Inhalte im Internet objektiv zeige. Der Werbeblocker sei gerade dazu bestimmt, die Integrität der Webseiten zu beeinträchtigen. In einer weiterhin noch vorgenommenen Interessenabwägung wog das LG Hamburg das aus der Pressefreiheit folgende Interesse der Webseitenbetreiber an der Integrität ihrer Produkte höher als die Interessen der Betreiber und Nutzer von Werbeblockersoftware. Sehr ausführlich begründet die Kammer die besondere Bedeutung der Pressefreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Die negative Informationsfreiheit der werbeblockenden Nutzer hielt sie hingegen für geringwertiger, weil bei den in Streit stehenden Webseiten keine aufgedrängte Form von Werbung zu erkennen sei. Auch könne der Nutzer nicht einerseits die Inhalte rezipieren, andererseits aber die das Angebot finanzierende Werbung ausblenden. Bezahlmodelle seien kurzfristig gesehen keine tragbare Alternative zur Finanzierung und deshalb den Webseitenbetreibern nicht zumutbar.

Im November 2016 urteilte dann die 15. Zivilkammer des LG Hamburg im Rechtsstreit zwischen Spiegel Online und Eyeo und wies die Klage gegen den Vertrieb von Adblock Plus ab[669]. Da dieses Urteil erst nach dem nachfolgend näher darzustellenden Urteil des OLG Köln erging, wird hierauf nicht an dieser Stelle, sondern erst in Ziffer C. I. 3. lit. e) eingegangen. Mit diesem letzten erstinstanzlichen Urteil konnte Eyeo in den Eingangsinstanzen eine weiße Weste bewahren und blieb insgesamt in sechs Hauptsacheverfahren unbesiegt.

Zur Veranschaulichung der Reichweite der gerichtlichen Überprüfung der Zulässigkeit von Werbeblockern in Form von reinen Blacklist-Blockern sowie als Whitelist-Blocker wird nachfolgend eine Übersicht über die von den erstinstanzlichen Gerichten im Einzelnen geprüften Anspruchsgründe eingeblendet:

669 Urteil vom 25.11.2016, 315 O 293/15, MMR 2017, 351; https://www.heise.de/newsticker/meldung/Landgericht-Hamburg-Adblock-Plus-gewinnt-gegen-Spiegel-Online-3538870.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gericht	Aktenzeichen & Parteien	UWG (inkl. BGB-Deliktsrecht)	Urheberrecht	Kartellrecht
LG Hamburg	416 HKO 159/14 (Zeit Online/ Handelsblatt vs. Adblock Plus)	• Gezielte Behinderung § 4 Nr. 10 a.F. – abgelehnt • § 4 Nr. 1 a.F. – abgelehnt • Allg. Marktbehinderung – abgelehnt	Nicht streitgegenständlich	Nicht streitgegenständlich
LG München I	37 O 11673/14 (ProSieben Sat1 Media vs. Adblock Plus)	• Gezielte Behinderung § 4 Nr. 10 a.F. – abgelehnt • Verleiten zur Verletzung des virtuellen Hausrechts – abgelehnt • Unlauterer Boykottaufruf – abgelehnt • Allg. Marktbehinderung – abgelehnt • Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb § 823 Abs. 1 BGB – abgelehnt	Verletzung von Rechten an einer/m • Datenbank (§ 87b) – abgelehnt • Datenbankwerk – abgelehnt • Multimediawerk – abgelehnt • Computerprogramm – abgelehnt	• Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung (§ 1 GWB/ Art. 101 AEUV) – abgelehnt • Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 33 Abs. 1 iVm §§ 18, 19 GWB) – abgelehnt • § 33 Abs. 1 iVm § 21 Abs. 2, 3 Nr. 3 GWB – abgelehnt

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gericht	Aktenzeichen & Parteien	UWG (inkl. BGB-Deliktsrecht)	Urheberrecht	Kartellrecht
LG München I	37 O 11843/14 (RTL Gruppe vs. Adblock Plus)	• Gezielte Behinderung § 4 Nr. 10 a.F. – abgelehnt • Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb § 823 Abs. 1 BGB – abgelehnt • § 4 Nr. 1 a.F. – abgelehnt • Unlauterer Boykottaufruf oder „parasitäres Ausnutzen" – abgelehnt • § 7 Abs. 1 – abgelehnt • § 5 Abs. 1 Nr. 1 – abgelehnt	Nicht streitgegenständlich	• Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 33 Abs. 1 iVm §§ 18, 19 GWB) – abgelehnt • Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung (§ 1 GWB/ Art. 101 AEUV) – abgelehnt •
LG Köln	33 O 132/14 (Axel Springer vs. Adblock Plus)	• Gezielte Behinderung § 4 Nr. 10 a.F. – abgelehnt • Allg. Marktbehinderung – abgelehnt	Nicht streitgegenständlich	Nicht streitgegenständlich
LG Frankfurt	3-6O 105/15 (Axel Springer vs. Ad-Block)	Gezielte Behinderung § 4 Nr. 10 a.F. – **stattgegeben**	Nicht streitgegenständlich	Nicht streitgegenständlich
LG Berlin	16 O 449/15 (Axel Springer vs. Adblock Browser)	Gezielte Behinderung § 4 Nr. 10 a.F. – **stattgegeben**	Nicht streitgegenständlich	Nicht streitgegenständlich
LG Stuttgart	11 O 238/15 (Axel Springer vs. Blockr)	Gezielte Behinderung § 4 Nr. 10 a.F. – abgelehnt	Nicht streitgegenständlich	Nicht streitgegenständlich

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gericht	Aktenzeichen & Parteien	UWG (inkl. BGB-Deliktsrecht)	Urheberrecht	Kartellrecht
LG München I	33 O 5017/15 (Süddeutsche Zeitung vs. Adblock Plus)	• Gezielte Behinderung § 4 Nr. 4 n.F. – abgelehnt • Allg. Marktbehinderung – abgelehnt	Nicht streitgegenständlich	Nicht streitgegenständlich
LG Hamburg	308 O 46/16 (Axel Springer vs. Admop)	Gezielte Behinderung § 4 Nr. 4 n.F. – **stattgegeben**	Verletzung von Rechten an einem • Computerprogramm – abgelehnt • Datenbankwerk – abgelehnt • Multimediawerk – abgelehnt	Nicht streitgegenständlich
LG Hamburg	315 O 293/15 (Spiegel Online vs. Adblock Plus)	• Gezielte Behinderung § 4 Nr. 4 n.F. – abgelehnt • § 4a n.F. –abgelehnt • Allg. Marktbehinderung – abgelehnt • Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb § 823 Abs. 1 BGB – abgelehnt	Nicht streitgegenständlich	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 33 Abs. 1 iVm §§ 18, 19 GWB) – abgelehnt

bb) Abzuwägende Interessen der Beteiligten, Betroffenen und der Allgemeinheit

Wie die vorstehende Übersicht zeigt wurde in jedem einzelnen Verfahren das Vorliegen einer gezielten Mitbewerberbehinderung nach § 4 Nr. 10 UWG a.F. bzw. § 4 Nr. 4 UWG n.F. geprüft. Nahezu jedes dieser Urteile beruht im Rahmen der Prüfung dieses lauterkeitsrechtlichen Tatbestands auf einer Interessenabwägung. Diese Abwägung nimmt nicht nur die Interessen der konkreten Streitparteien, sondern auch die Interessen der konkret betroffenen Internetnutzer sowie der Allgemeinheit in den Blick.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Interessenlage all dieser Personen(-gruppen) ähnelt sich durch die Gleichförmigkeit der Streitgegenstände in allen Verfahren. Nachfolgend wird zusammengefasst dargestellt, welche Interessen die Gerichte für die verschiedenen Lager herangezogen haben.

Mit Blick auf die Streitparteien ist die Interessenlage bei der eigentlich im Mittelpunkt stehenden Beklagten, also der jeweiligen Betreiberin eines Werbeblockerprogramms, recht überschaubar. Den Betreibern von Adblock-Software wird schlicht die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG zugebilligt, wonach sie ein schutzwürdiges Interesse an ihrem Geschäftsmodell haben[670]. Den Klägern, die durchweg Webseitenbetreiber von stark frequentierten Nachrichten- oder Entertainmentportalen waren, billigten die Gerichte dagegen das spiegelbildliche Interesse an der Erzielung von Werbeeinnahmen auf ihren Webseiten aus Art. 12 GG zu[671]. Auch die Webseitenbetreiber haben ein schutzwürdiges Interesse an ihren Geschäftsmodellen, konkret der Refinanzierung kostenfreier Inhalte durch von dritter Seite bezahlter Werbung. Hinzu kommt bei den Webseitenbetreibern allerdings noch die weitere grundrechtliche Position der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG[672]. In der Gemengelage dieser Positionen erkannten befasste Gerichte den Webseitenbetreibern auch ein schutzwürdiges Interesse an der Schaltung aufmerksamkeitserregender Werbung, da insoweit eine Umsatzsteigerung möglich ist[673]. Singulär wurde dabei auch ein Interesse an der wirtschaftlichen Einheit von redaktionellem und werbendem Inhalt erkannt[674].

Außerhalb dieser bipolaren Verbindung wurden mehrfach auch die Interessen der Internetnutzer, der Werbetreibenden und der Allgemeinheit in die Abwägung eingestellt. Interessen von Intermediären auf der Werbeseite wie etwa Werbenetzwerke spielten in dieser Phase noch keine erkennbare Rolle. Auch bei den Werbetreibenden erschöpfte sich die ein-

670 So etwa bei LG Hamburg, Urteil vom 21.4.2015 – 416 HKO 159/14, CR 2016, 122; Urteil vom 3.5.2016 – 308 O 46/16, CR 2016, 782, und LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927; Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.

671 LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927; Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.

672 LG Hamburg, Urteil vom 21.4.2015 – 416 HKO 159/14, CR 2016, 122; Urteil vom 3.5.2016 – 308 O 46/16, CR 2016, 782, und LG München I, Urteil vom 22.3.2016 – 33 O 5017/15, MMR 2016, 406.

673 LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927; Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.

674 LG Berlin, Urteil vom 8.12.2015 – 16 O 449/15, K&R 2016, 360.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zige ausdrückliche Nennung darin, dass sie ein Interesse an der Schaltung aufmerksamkeitserregender Werbung haben[675].

Sehr ausführlich wurde in mehreren Urteilen jedoch die Interessenlage bei den Internetnutzern, insbesondere den Nutzern von Werbeblockersoftware, dargestellt und abgewogen. Schon in der ersten Entscheidung sah das LG Hamburg in der Nutzung eines Werbeblockers die Möglichkeit, personalisierte Werbung zu unterdrücken, Tracking zu verhindern und durch den Download von Werbeanzeigen die Übertragung von Malware zu verhindern. Dies stelle unter Geltung der freien Entscheidung darüber, welche eigene Daten Nutzer beim Internetsurfen preisgeben wollen, eine Ausprägung des grundrechtlich geschützten informationellen Selbstbestimmungsrechts dar und sei in die Gesamtabwägung einzustellen[676]. Dieses Recht auf Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 GG wurde zudem mit der negativen Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verknüpft, wonach es die schutzwürdige eigenständige Entscheidung Nutzers einer Werbeblocker-Software sei, ob und in welchem Ausmaß Werbung sichtbar ist[677]. Insbesondere bei aufdringlichen oder sogar datenschutzrechtlich problematischen Werbeformen sei ein anerkennenswertes Interesse des Internetnutzers, von Werbung verschont zu bleiben, anzunehmen[678]. Zudem sind positive Aspekte wie Jugendschutz und Schutz vor Bandbreitenverlust angeführt worden[679].

Die Interessen der Internetnutzer, die keinen Gebrauch von Werbeblocker-Software machen, finden sich nur selten, da regelmäßig allein die Sicht der Nutzer von Werbeblockern angeführt wurde. An einzelner Stelle klang an, dass nicht werbeblockende Nutzer jedoch auch ein Interesse daran haben, weiterhin kostenfreie Inhalte bereitgestellt zu erhalten[680]. Sozusagen ist dies ein Interesse daran, dass alles so bleibt wie es vor dem starken Zuwachs der Adblockerraten war. Diese Sicht entspricht den im Übrigen als Interesse der Allgemeinheit genannten Umstand, dass die

675 LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927; Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.
676 LG Hamburg, Urteil vom 21.4.2015 – 416 HKO 159/14, CR 2016, 122.
677 LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927; Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660; dies relativierend LG Hamburg, Urteil vom 3.5.2016 – 308 O 46/16 (juris, Rn. 50f.).
678 LG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2015 – 11 O 238/15, K&R 2016, 362.
679 LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927; Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.
680 LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927; Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Existenz von Internetwerbeblockern die Gefahr der Verminderung oder des Verschwindens kostenfreier Inhalte im Web begründe. Zu dieser Allgemeinheit gehören wiederum auch die Nutzer von Werbeblockern, weil auch diese von einem Verschwinden des „kostenlosen Internets" tangiert wären.

Als Argument der vereinzelt gebliebenen Gerichtsentscheidungen, die einen Unterlassungsanspruch bejahten oder zumindest in Erwägung zogen, sticht Folgendes heraus: Für den Markt bestehe kein Mehrwert durch Werbeblocken. Das Geschäftsmodell sei vielmehr allein auf Zerstörung gerichtet[681]. Das Geschäftsmodell der Webseitenbetreiber sei hingegen vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG besonders schutzwürdig[682].

Abgesehen davon entpuppten sich aus der oben dargestellten Interessenlage jedoch vor allem drei Argumente, die die meisten Gericht pro Zulässigkeit von Werbeblockern entscheiden ließen. Zum ersten bestehe kein Bestandsschutz für Geschäftsmodelle wie dem im Internet stark verbreiteten Modell, kostenlose Inhalte gegen den Preis der Rezeption von Werbung anzubieten, zumal dieses Modell nicht vertragsrechtlich fixiert wird[683]. Zum zweiten stehen den Webseitenbetreibern Handlungsalternativen zur Verfügung, die von technischen Schutzmaßnahmen verbunden mit der Aussperrung von Werbeblocker-Nutzern oder der Einschränkung des Angebots an diese Nutzer hin zu Einführung von Bezahlschranken oder Registrierungserfordernissen reichen[684]. Zum dritten und ganz maßgeblich für die meisten Urteile ist das Argument, dass die Installation einer Werbeblocker-Software auf der freiwilligen und bewussten Entscheidung der Nutzer basiert. Kein Nutzer werde gezwungen, einen Werbeblocker zu installieren und zu nutzen, sondern dies bedarf bei Browsererweiterungen oder besonderen Browsern eines aktiven Handelns. Wegen dieser Nutzer-

681 Vor allem LG Berlin, Urteil vom 8.12.2015 – 16 O 449/15, K&R 2016, 360; als Randnotiz in LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927.

682 LG Hamburg, Urteil vom 3.5.2016 – 308 O 46/16, CR 2016, 782.

683 LG Hamburg, Urteil vom 21.4.2015 – 416 HKO 159/14, CR 2016, 122 und LG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2015 – 11 O 238/15, K&R 2016, 362.

684 LG Hamburg, Urteil vom 21.4.2015 – 416 HKO 159/14, CR 2016, 122 und LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927; Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660; LG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2015 – 11 O 238/15, K&R 2016, 362.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

autonomie verdienen die Interessen eben der Nutzer, die Werbeblocker willentlich nutzen, ein besonders hohes Gewicht in der Abwägung[685].

cc) Beiträge in der Literatur

Diese Salve an erstinstanzlichen Entscheidungen führte reflexartig zu einer gleichsam hohen Menge an Beiträgen in der Literatur. Einige dieser Beiträge erschöpfen sich in der Aufbereitung zum schnellen Verständnis ohne eigene Stellungnahme[686]. Die im Gegenteil dazu die Sachlage bewertenden Stimmen werden nachfolgend so dargestellt, dass erkennbar wird, wer die herrschende Meinung der Gerichte befürwortet, also pro Zulässigkeit von Internetwerbeblockern argumentiert, und wer im Gegenteil für ein Verbot solcher Software plädiert. Differenzierende oder neue Gedanken einbringende Beiträge werden sodann mit besonderem Augenmerk behandelt.

Zu den Befürwortern der Zulässigkeit von Werbeblockern, selbst in Form der Whitelist-Blocker, gesellte sich *Luckhaus*, der in zwei Beiträgen die Linie der Landgerichte Hamburg, München und Stuttgart befürwortete und das Urteil aus Berlin kritisierte[687]. Seine maßgeblichen Kritikpunkte an der Berliner Entscheidung sind, dass verkannt worden sei, dass ein Internetwerbeblocker nur die Anzeige von Elementen von dritten Adservern verhindere und damit keine Substanzverletzung der Webseite an sich erfolge. Auch die vom LG Berlin vertretene Annahme einer wirtschaftlichen Einheit von Werbung und Inhalt sei nicht ausreichend, weil gerade eine rechtliche Einheit für ein Verbot der Werbeblocker erforderlich wäre. Die Ansicht des LG Berlin, technische Gegenmaßnahmen seien den Webseitenbetreibern nicht zumutbar, überzeugt den Autor ebenfalls nicht. Die andere Linie in der Rechtsprechung hält *Luckhaus* hingegen für zutreffend. Hier sei der technische Hintergrund der Wirkweise eines Werbeblockers korrekt erfasst worden. Auch sei die Einschätzung richtig, dass eine unmittelbare Werbebehinderung nicht vorliege und deshalb eine Interessenabwägung notwendig ist. Hierbei sei auch zutreffend davon ausgegangen

685 LG Hamburg, Urteil vom 21.4.2015 – 416 HKO 159/14, CR 2016, 122 und LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927; Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660; Urteil vom 22.3.2016 – 33 O 5017/15, MMR 2016, 406; LG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2015 – 11 O 238/15, K&R 2016, 362.

686 Herrmann/Schwarz K&R 2015, 622; Ullmann, jurisPR-WettbR 11/2015 Anm. 4; Müllejans GWR 2015, 281; Zenker GWR 2016, 81.

687 IPRB 2016, 103; K&R 2016, 313.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

worden, dass Gegenmaßnahmen der Webseitenbetreiber gegen die Wirkweise von Werbeblockern möglich seien.

Mit diesen Ausführungen reiht sich *Luckhaus* in die schon vor Erlass der erstinstanzlichen Urteile publizierten Stellungnahmen von *Hoeren* und *Köhler* ein. Gemeinsam mit der Vielzahl von Werbeblocker billigenden Urteilen ist diese Ansicht als herrschende Meinung zu bezeichnen.

Die Gegenansicht wurde neben den Entscheidungen der Landgerichte aus Frankfurt und Berlin insbesondere von zwei Beiträgen in der Literatur vertreten. Zum einen kritisieren *Hoche* und *Polly* die herrschende Meinung[688]. Insbesondere die Ablehnung einer gezielten Mitbewerberbehinderung halten sie für nicht überzeugend. Sie sind der Auffassung, dass die Nutzerautonomie nur ein vorgeschobenes Argument sei. Dies folge aus einer Intransparenz für die Nutzer. Der Nutzer könne nicht wirklich beurteilen, wie sich die Sachlage darstellt, weil die genauen Konditionen für die großen, zur Kasse gebetenen Seitenbetreiber unbekannt seien und generell dem Umstand der Zahlungspflicht zu wenig Aufmerksamkeit zukomme. Auch könne der Nutzer in Wahrheit nicht in vollem Umfang selbständig über das Blocken von Werbung entscheiden. Denn der Umstand, dass nicht zahlungswillige Seitenbetreiber auch bei Einhaltung der Acceptable-Ads-Kriterien von einer möglichen Kenntnisnahme durch den Nutzer abgeschnitten werden, stelle eine erhebliche Einschränkung der Autonomie der Nutzer dar. Auch ziehen die Autorinnen den Schluss, dass sich mit der einseitigen Herausstellung der Nutzerautonomie sich bei konsequenter Fortführung dieser Rechtsprechung jede behindernde Software mit dem Argument der freien Nutzerentscheidung rechtfertigen lasse. Zuletzt nehmen die Autorinnen Anstoß an dem Umstand, dass die verlangte Vergütung des Werbeblockers sich nicht an der eigenen Leistung, sondern an der Höhe des Werbeumsatzes der Webseite bemisst.

Einen weiteren kritischen Beitrag fügte *Engels* der Diskussion bei[689]. Dieser Beitrag ist allerdings vor dem Hintergrund der Mandatierung des Verfassers durch die ProSieben Sat 1 Media Gruppe und die Vertretung dieser Mandantin im Rechtstreit gegen Eyeo vor dem LG München I zu bewerten. Bekanntlich unterlag ProSieben Sat1 in diesem Verfahren. Der Beitrag ist insoweit eine Art Veröffentlichung der schriftsätzlich vorgebrachten Argumente, die das Gericht nicht überzeugen konnten. Konkret vertritt *Engels*, dass eine gezielte Behinderung von Webseitenbetreibern beim Whitelisting vorliege, weil diese sich von einer gezielten Blockade

688 IPRB 2015, 231.
689 GRURPrax 2015, 338.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

freikaufen müssten. Zudem sieht er in der bloßen Verhinderung bzw. Unterdrückung von Elementen aus dem Quellcode (gemeint ist wohl das HTML-Dokument) einen Eingriff in den technischen Ablauf, der eine Substanzbeeinträchtigung begründe. Auch hierin sei ein Grund für die Bejahung von § 4 Nr. 10 UWG a.F. zu sehen. Als weiteres Argument wird genannt, dass Werbeblocker den freien Zugang zu einer in Wahrheit nicht kostenlosen Leistung ermöglichen. Der Umstand, dass der Nutzer zwar nicht monetär zahlen müsse, mache die Zurverfügungstellung nicht kostenlos. Vielmehr sei die Gegenleistung die Duldung von Werbung. Zuletzt liege in diesem Zusammenhang eine gezielte Ausschaltung fremder Werbung vor. Die zwischengelagerte Entscheidung des Nutzers will *Engels* nicht gelten lassen, weil dieser bewusst vom Werbeblocker-Anbieter dazu verleitet werde, das „Austauschverhältnis" mit dem Webseitenbetreiber zu brechen. Im Weiteren befürwortet der Verfasser des Beitrags auch urheber- und kartellrechtliche Ansprüche, ohne hier über die bloße Negierung der Argumentation des LG München I hinauszugehen.

Zuletzt äußerte sich *Deutsch* vorsichtig kritisch gegenüber den Urteilen der Landgerichte Hamburg und München[690]. Er hält es für bemerkenswert, dass die Gerichte sich vielmehr mit technischen Alternativen denn mit den Bedingungen und der Kostenpflicht für die Aufnahme in die Whitelist auseinander gesetzt haben. Er hält die Ansicht, dass die Grenze zur Unlauterkeit überschritten sein könnte, zumindest für denkbar.

Zwischen diesen beiden Extremen findet sich mit dem Beitrag von *Becker* und *Becker* eine differenzierende Ansicht[691]. Isoliert von lauterkeitsrechtlichen Tatbeständen vertreten die Autoren zunächst, dass der Einfluss der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) bei einem absoluten Blacklist-Blocker höher sei, als dies bei differenzierenden Whitelist-Blockern der Fall ist. Denn durch die gesamte Blockade wird die Finanzierungsgrundlage der Presse stärker eingeschränkt als bei differenzierenden Blockern, die zumindest einen Teil von Werbung mitsamt Umsatzchancen erlaubt. Eine urheberrechtliche Schutzfähigkeit der Verbindung von Display-Werbeelementen mit dem Inhalt der Webseite halten die Autoren aufgrund der Individualisierung der Werbung durch Tracking und der damit einhergehenden Austauschbarkeit für ausgeschlossen. Im Rahmen des UWG wird eine gezielte Behinderung für reine Blacklist-Blocker als fernliegend angesehen, weil es den Nutzern nicht auf die Schädigung der Webseitenbetreiber, sondern auf die Erhöhung des eigenen Nutzungskomforts an-

690 GRURPrax 2015, 357.
691 GRURPrax 2015, 245.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

komme. Bei Whitelist-Blockern wird eine gezielte Behinderung wegen der nur „akzidentellen Behinderung" der Webseitenbetreiber verneint. Der drohende oder erpresserische Charakter der kostenpflichtigen Whitelist sei nicht unter die Mitbewerberbehinderung, sondern andere Tatbestände zu fassen. Im Rahmen der Prüfung der anderen Tatbestände scheide aber eine Anwendung des § 4 Nr. 1 UWG a.F. ebenfalls aus, weil die Webseitenbetreiber Mitbewerber seien und der Anwendungsbereich mithin gesperrt sei. Wegen eines offensichtlich bei den Verfassern bestehenden Störgefühls durch das „erpresserische Element" bei der kostenpflichtigen Whitelist sehen sie jedoch einen ungeregelten Fall unlauteren Verhaltens auf Grundlage der Generalklausel von § 3 Abs. 1 UWG als gegeben an. Der Unwert liege in der Instrumentalisierung der Blockade durch die Blacklist zur Erzielung von Gewinnen durch den Verkauf von Whitelistplätzen. Die Autoren folgern daraus jedoch kein zwingendes Verbot von Werbeblockersoftware, sondern lediglich die Pflicht zur kostenfreien Aufnahme in die Whitelist. Bei reinen Blacklist-Blockern wird überdies vor dem bereits angesprochene Einfluss der Rundfunkfreiheit ein Verstoß gegen den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für möglich gehalten, womit den betroffenen Webseitenbetreibern Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB (ggf. iVm § 1004 BGB analog) zustehen würden. Auch hier sei ein Totalverbot jeglicher Werbeblocker jedoch unverhältnismäßig. Zusammenfassend plädieren *Becker* und *Becker* also für eine Restriktion des Adblocker-Markts auf Whitelist-Blocker, wobei jeder Webseitenbetreiber, der die entsprechenden Kriterien einhält, kostenfrei auf die Whitelist aufzunehmen sein soll.

Eine neue Wendung erhielt die Auseinandersetzung um die Adblocker zu Beginn des Jahres 2016 durch einen Beitrag von *Peifer*[692]. Bei der Frage der gezielten Behinderung geht er grundsätzlich konform mit den bis dato ergangenen Urteilen der Landgerichte München, Hamburg und Köln. Neu ist allerdings, dass *Peifer* erstmals § 4a Abs. 1 UWG n.F. für die Fallgestaltung ins Spiel bringt. Zwar war die Vorgängervorschrift des § 4 Nr. 1 UWG a.F. in richtlinienkonformer Auslegung bereits Prüfungsgegenstand beim LG Hamburg und dem LG München und wurde mit knappen Begründungen abgelehnt. Die im Rahmen der letzten UWG-Reform aus 2015 nunmehr der UGP-Richtlinie erschöpfend angepasste Nachfolgevorschrift des § 4 Nr. 1 UWG a.F. stellt nicht mehr auf eine unangemessene unsachliche Beeinflussung ab, sondern auf eine aggressive geschäftliche Handlung, die gemäß § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG n.F. insbesondere dann

692 AfP 2016, 5.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aggressiv ist, wenn eine unzulässige Beeinflussung vorliegt. Diese ist sodann in § 4a Abs. 1 S. 3 UWG n.F. definiert als Ausnutzung einer Machtposition zur Ausübung von Druck. *Peifer* meint deshalb, dass sich die Argumentation in diesem Tatbestand noch ändern könne. Dieser unscheinbare Hinweis, der nicht durch eine konkrete Prüfung der Norm gestützt wird, stellt sich im Nachhinein als erster Fingerzeig zum kontroversen Urteil des OLG Köln dar, das im nachgehenden Abschnitt schwerpunktmäßig erläutert wird. *Peifer* war nämlich zur Zeit der Befassung Mitglied des 6. Zivilsenats des OLG Köln, dem die Berufung im Verfahren zwischen Axel Springer und Eyeo zur Entscheidung vorlag[693].

c) Das Urteil des OLG Köln in Sachen Axel Springer./. Eyeo wegen Adblock Plus (inklusive Zwangsvollstreckungsverfahren)

Besondere Bedeutung für die Entwicklung des Streitstandes zum Thema Adblocker kommt dem Urteil des OLG Köln vom 24.6.2016[694] nicht nur deshalb zu, weil es das erste Berufungsurteil war. Die besondere Bedeutung rührt vor allem daher, dass es das erste (und einzige) Urteil war, das Adblock Plus in seiner konkreten Gestaltung zumindest teilweise untersagte.

Ausgehend vom Streitgegenstand in der Vorinstanz waren lediglich Ansprüche nach dem UWG zu prüfen, wobei die Antragstellung der Klägerin eine gerichtliche Prüfung zunächst des Adblockers als Blacklist-Blocker und sodann hilfsweise der reinen Whitelist-Funktion erzwang.

Im Hauptantrag, d.h. dem Verbotsantrag bezogen auf das Angebot eines auf Filterlisten beruhenden Werbeblockers im Allgemeinen, erkannte der 6. Zivilsenat des OLG Köln keine Grundlage für einen Unterlassungsanspruch. Die Erfordernisse einer Mitbewerberstellung sowie einer geschäftlichen Handlung bejahte das Gericht knapp. Mitbewerber seien die Parteien, weil Adblock Plus das Absatz- und Werbeverhalten von Webseitenbetreibern beeinträchtige und dies ein konkurrentenbezogenes Handeln darstelle. Die Kostenfreiheit für den Nutzer schließe im Übrigen nicht das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung aus, weil es sich bei Adblock Plus um ein einheitliches Geschäftsmodell handele, das nicht künstlich in Blacklist- und Whitelist-Funktionen getrennt werden dürfe. Der Um-

693 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Karl-Nikolaus_Peifer, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

694 OLG Köln, Urteil vom 24.6.2016 – 6 U 149/15, GRUR 2016, 1082.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stand, dass durch Whitelist-Vereinbarungen Umsätze generiert werden, schlage also auch auf die reine Blacklist-Funktion durch. Eine gezielte Behinderung nach § 4 Nr. 10 UWG a.F. scheide hingegen aus, weil weder eine Schädigungsabsicht vorliege, noch das Angebot der Software geeignet sei, die wettbewerbliche Entfaltung von Webseitenbetreibern übermäßig zu beeinträchtigen. Die Einwirkung auf Werbeumsätze genüge dafür jedenfalls nicht. Der durch Adblock Plus generierte Konkurrenzdruck sei vielmehr wettbewerbsimmanent. Ferner erkennt der Senat in technischer Hinsicht zutreffend, dass der Datenstrom nicht von einem einheitlichen Server stammt. Korrekterweise stammt Werbung von Adservern, die in der Regel nicht mit den Content-Servern der Webseitenbetreiber identisch sind. Selbst bei Eigenwerbung auf dem eigenen Server könne jedoch nicht von einer Integrität der Webseite ausgegangen werden, weil auch hier Daten von erkennbar verschiedenen Adressen geladen werden. Ein Eingriff in die Kommunikation erfolgt technisch also erst im Bereich des Endgeräts des Nutzers, was keinem unlauteren physischen Eingriff in das Angebot oder die Werbung von Webseitenbetreibern gleichstehe. Zudem stellt das OLG Köln auch darauf ab, dass es der Nutzer sei, der sich aktiv für die Installation eines Adblockers entscheidet. Dieses Ergebnis hält laut OLG Köln auch einer Gegenprüfung vor dem Hintergrund des besonderen Schutzes von Webseitenbetreibern durch die Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG stand. Denn die Pressefreiheit dürfe nicht im Ergebnis dazu führen, dass dem Nutzer gewisse Inhalte aufgedrängt werden, die er nicht wünsche. Dies gebiete schon die negative Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S 1 GG.

Eine allgemeine Marktbehinderung als Fallgruppe der Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG sei ebenfalls nicht verwirklicht. Diese Fallgruppe erforderte nämlich, dass bestimmte Angebotsformen vom Markt verdrängt werden. Dies sei vor dem Hintergrund von Reaktionsmöglichkeiten der Webseitenbetreiber, etwa der Aussperrung von Adblocker-Nutzern, nicht ersichtlich.

Allerdings gab der Senat dem Hilfsantrag statt. Zwar liege hier aus denselben Gründen wie im Hauptantrag keine gezielte Behinderung des Webseitenbetreibers vor, jedoch sei eine aggressive Geschäftspraktik im Sinne von § 4a UWG n.F. verwirklicht. Besonderheit im Vergleich zu den erstinstanzlichen Auseinandersetzungen mit § 4 Nr. 1 UWG a.F. ist, dass laut OLG Köln Adressat der aggressiven geschäftlichen Handlung nicht nur die Webseitenbetreiber sein sollen, sondern auch die „Abnehmer, die auch von der Klägerin (sprich: Axel Springer) potentiell Werbeleistungen entgegennehmen“. Der Senat nimmt also Werbekunden als Opfer des

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Werbeblockens in den Blick, die als sonstige Marktteilnehmer ebenfalls im Schutzbereich des § 4a UWG n.F. liegen. Diesen Weg zur Bewertung des Sachverhaltes hatte bis dato weder ein Gericht, noch ein Kommentator in der Literatur gewählt. Bis zum Urteil des OLG Köln wurden die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche lediglich auf das direkte Verhältnis zwischen klagenden Webseitenbetreibern als Verletzten und Adblocker-Anbietern als Täter gestützt, wobei in der Interessenabwägung die Wirkung auf die Internetnutzer entscheidend war. Das OLG Köln hingegen fasst die Wirkungen der Software auf Dritte als anspruchsbegründend auf und betrachtet den Fall in einem Dreiecksverhältnis, wie es sonst regelmäßig in Irreführungsfällen nach § 5 UWG erfolgt. Der klagende Webseitenbetreiber macht demnach nicht als unmittelbar verletzter Wettbewerber Ansprüche gegen den Adblocker-Anbieter geltend, sondern als nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 UWG aktivlegitimierte Stelle, die die nicht aktivlegitimierten sonstigen Marktteilnehmer als unmittelbar Verletzte sozusagen „vertritt".

Diese Änderung der Perspektive führte dazu, dass nicht die Wirkungen auf die Webseitenbetreiber in den Blick genommen wurden, sondern die Konsequenzen für die Werbekunden. Problematisch ist bei diesem Vorgehen jedoch, dass die tatsächlichen Feststellungen sowohl des vorbefassten Landgerichts als auch des OLG Köln praktisch keine Hinweise auf die Wirkung bei den Werbekunden aufwiesen.

In der konkreten Prüfung von § 4a UWG n.F. nahm das OLG Köln dann eine unzulässige Beeinflussung nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 an. Dieser wiederum in § 4a Abs. 1 S. 3 UWG n.F. legaldefinierte Begriff setzt voraus, dass eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck in einer Weise ausgenutzt wird, die die Fähigkeit des Betroffenen zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt. Im Rahmen der Voraussetzung der Machtposition vertritt der Senat die Ansicht, dass diese Machtposition nicht dasselbe meint wie die Marktbeherrschung im Sinne des kartellrechtlichen Missbrauchsverbot aus §§ 18ff. GWB. Eine Machtposition könne auch strukturell oder situationsbedingt begründet sein. Als diese Machtposition sieht das OLG Köln dabei die durch die Blacklist hervorgerufene Stellung des Adblocker-Betreibers, entscheiden zu können, welche Werbeelemente trotz der Blacklist-Blockade ausgeliefert werden. Konkret bezeichnet das Kölner Urteil die Blacklist als eine technisch wirkende Schranke, die auf technischem Wege durch die Whitelist wieder beseitigt wird. In dieser Situation scheint der Senat zudem die erforderliche Druckausübung zu erkennen. Die Aggressivität dieses Vorgangs wird unter Rückgriff auf die in § 4a Abs. 2 UWG n.F. genannten Auslegungskriterien hergeleitet, weil ein

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hindernis nichtvertraglicher Art sowie ein Hindernis für die Ausübung von vertraglichen Regeln nach Nr. 4 vorliege. Der Adblocker-Betreiber hindere nämlich die vertragsgemäße Auslieferung von Werbung, die ein Werbekunde bei einem Webseitenbetreiber gebucht hat, indem er sich in diesen Prozess hineinbegebe und dort die vertragsgemäße Ausspielung von der eigenen technischen Freischaltung abhängig mache.

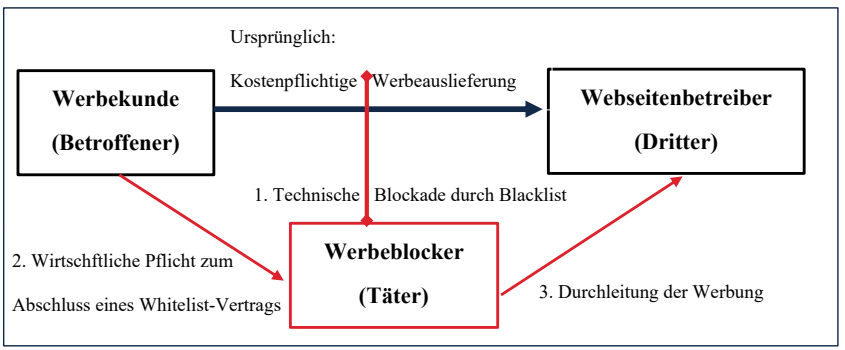


Abbildung 10: Schema der unlauteren aggressiven Praktik der Betreiber von kostenpflichtigen Whitelist-Blockern nach Ansicht des OLG Köln

Die Handlungsalternativen sowie die Nutzerautonomie über den Einsatz von Werbeblockern sah das OLG Köln in dieser Konstellation nicht als erheblich an. Denn für die Werbekunden bestünden solche Alternativen gerade nicht. Auf die Nutzer komme es bei dieser Betrachtung auch nicht an, weil bei Gesamtbetrachtung der Wirkweise eines Whitelist-Blockers die vorgehende Blockade durch den Betreiber der Software unlauter ausgenutzt werde. Bei § 4a Abs. 1 S. 2 Nr 3 UWG komme es gerade nicht auf eine Interessenabwägung an, sondern auf das Vorliegen freier Marktentscheidungen bzw. wirtschaftlicher Entscheidungsfreiheit. Im Fall von Adblock Plus sei die Sachlage jedoch so, dass werbewillige Unternehmen sich aus einer Blockadesituation herauskaufen müssten.

Dies wiederum führe zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Werbekunden. Sie würden dazu gezwungen eine Dienstleistung – gemeint ist die kostenpflichtige Freischaltung zur Whitelist – in Anspruch zu nehmen, die sie ohne Blockade gar nicht benötigen würden. Als Beispiele solch zahlender Unternehmen nennt der Senat große Internetunternehmen, etwa Google.

Das OLG Köln untersagte der Eyeo GmbH mit dieser Begründung das Angebot von Adblock Plus „wenn und soweit Werbung nur nach von den

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beklagten vorgegebenen Kriterien und gegen Zahlung eines Entgelts der Klägerin nicht unterdrückt wird". Dieser Tenor führte in der Folge dazu, dass sich die Parteien im Rahmen der Zwangsvollstreckung des vorläufig vollstreckbaren Urteils darüber stritten, ob die kostenfreie Aufnahme auf die Whitelist ausreiche, um dem Verbot nachzukommen. Diesen nachgelagerten Streit um die tatsächlichen Folgen des Urteils entschied wiederum das OLG Köln durch Beschluss vom 21.12.2017, indem es eine sofortige Beschwerde von Axel Springer zurückwies[695]. Zuvor hatte das LG Köln einen Ordnungsmittelantrag gegen Eyeo bereits zurückgewiesen. Was war geschehen? Nach dem Urteil des OLG Köln hatte Eyeo an Axel Springer ein Angebot geschickt, kostenfrei auf der Whitelist aufgenommen zu werden. Jedoch baten sie in diesem Angebot um die Mitwirkung von Axel Springer durch die Beantwortung dreier Fragen, nämlich welche Webseiten der Gruppe alle aufgenommen werden sollen, wer genauer Domaininhaber sei und welche Werbemittel genau freigeschaltet werden sollen, was für die Prüfung der Acceptable Ads Kriterien notwendig sei. Axel Springer hat dieses Angebot nicht angenommen, sondern stattdessen einen Antrag nach § 890 Abs. 1 ZPO gestellt.

Unter Rückgriff auf den eindeutigen Tenor konnte Axel Springer hiermit aber keinen Erfolg haben. Der Tenor des Urteils des OLG Köln, der wortgleich mit dem von der Klägerin gestellten Hilfsantrag übereinstimmt, fordert das kumulative Vorliegen von Anwendung der Whitelist-Kriterien und Zahlungspflicht des Webseitenbetreibers. Eyeo verzichtete auf die Zahlungspflicht, was das Verhalten des Werbeblockeranbieters aus dem Kernbereich der Unterlassungsverpflichtung führte. Der Senat erläuterte, dass sich aus der Begründung eindeutig ergebe, dass die Whitelist-Funktion alleine keine Unlauterkeit begründet habe, sondern erst die hinzukommende Zahlungspflicht die Unlauterkeit begründe. Weiterhein habe Axel Springer keine „und/oder" Verknüpfung von Kriterien und Zahlungspflicht im Antrag gewählt, sondern selbst die Voraussetzung des kumulativen Vorliegens beider Umstände heraufbeschworen. Dass Axel Springer trotz des zugesprochenen Unterlassungsanspruchs mitwirken müsse, indem es sich dem Whitelisting-Prozess bei Eyeo unterwerfe, sei ihr nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zumutbar.

Die Weigerung von Axel Springer das kostenfreie Whitelisting-Angebot anzunehmen, führte im Ergebnis dazu, dass das an sich „verlorene" Verfahren vor dem OLG Köln für Eyeo niemals zu einer praktischen Einschränkung des eigenen Betriebs geführt hat. So mag das Urteil des

695 OLG Köln, Beschluss vom 21.12.2017, 6 W 28/17, BeckRS 2017, 143862.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

OLG Köln zwar eine herausragende Bedeutung im Gesamtbild der Rechtsstreitigkeiten haben, praktische Auswirkungen hat es jedoch nicht hervorgebracht.

d) Rezeption des Kölner Urteils in der Literatur

Das Urteil des OLG Köln wurde in diversen Beiträgen mehr oder weniger[696] ausführlich kommentiert.

Zuerst hat *Fritzsche* das Urteil besprochen und dabei die Entscheidung kritisiert, soweit sie auf § 4a UWG beruht[697]. Er hält insbesondere die Ausführungen des Kölner Wettbewerbssenats zum Vorliegen der „Machtposition" für unzutreffend. Bei den vom Senat hervorgehobenen Werbekunden bleibe schon unklar, welche Unternehmen hier genau gemeint sein sollen. Soweit Werbenetzwerke gemeint sein sollen, seien diese selbst Mitbewerber und nicht von § 4a UWG geschützt. Dasselbe gelte, wenn ein werbendes Unternehmen Werbeelemente auf eigenen Servern bereithalte und bei Webseitenbetreibern einstelle.

Im Weiteren sei eine Ausnutzung dieser Machtposition durch das Gericht nicht begründet worden, womit ein Tatbestandsmerkmal des § 4a Abs. 1 S. 3 UWG insgesamt unbeachtet geblieben sei. Der Senat setze vielmehr die Existenz einer Machtposition mit deren Ausnutzung gleich, was angesichts des Wortlauts der Norm nur schwer vertretbar sei. Die Ausübung von Druck auf Grund der Machtposition könne aber in der bloßen Einräumung der Möglichkeit die Blacklist-Blockade zu lockern gesehen werden. Hier hätte sodann aber genauer geprüft werden müssen, warum eine solche Druckausübung unzulässig sei. Dies liege im Streitfall umso ferner, da der Senat die Blacklist-Blockade zuvor als zulässig bezeichnet habe.

§ 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UWG, der hier zur Begründung der nun doch unzulässigen Blacklist-Blockade herangezogen wurde, genauer das vom OLG Köln aus dieser Norm extrahierte „Hindernis nichtvertraglicher Art", passe überdies nicht zur vorhergehenden Prüfung. Denn dieses Hindernis betreffe vertragliche Rechte des Betroffenen zum Aggressor, sprich Werbeblocker-Anbieter, und nicht zu Dritten, also die Webseitenbetreiber.

696 Stellungnahmen ohne eigene Stellungnahme oder mit nur knapper eigener Meinungskundgabe sind Hansen, GRUR-Prax 2016, 338, und Schippel, AfP 2017, 185.

697 WRP 2016, 1036.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zudem schlössen im Tatbestandsmerkmal der „wesentlichen Einschränkung der Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung" – hier der Werbekunden – existierende Handlungsoptionen der Betroffenen die Annahme einer notwendigen praktischen Alternativlosigkeit aus. Hier sei nämlich auf den Durchschnittsadressaten, d.h. eines durchschnittlichen sonstigen Marktteilnehmers (§ 3 Abs. 4 UWG analog) abzustellen. Bei den betroffenen Unternehmen als Handelsunternehmen sei abstrakt von einer starken Entscheidungsfähigkeit auszugehen. Hinzu komme, dass konkret durch die Whitelist-Option eine weitere Handlungsoption eröffnet werde und damit die Einschränkung der Entscheidungsfähigkeit erst recht ausscheide – die Werbekunden würden gerade deshalb umso mehr zu einer informierten Entscheidung gezwungen. Zuletzt arbeitet *Fritzsche* im Merkmal der Eignung der aggressiven Handlung zur Beeinflussung des Geschäftsverhaltens heraus, dass es nicht nachvollziehbar sei, wenn zunächst die reine Blacklist-Funktion für zulässig erachtet wird, um sie sodann als Grund anzuführen, der die Whitelist-Funktion unzulässig mache.

Neben dieser harschen Kritik hat außerdem *Alexander* eine Anmerkung zum Urteil verfasst[698]. Auch er kritisiert die Entscheidung, soweit das OLG Köln § 4a UWG angewendet hat. Neben der Kritik an der Aussage, dass sich durch die UWG-Novelle keine Unterschiede zwischen § 4 Nr. 1 UWG a.F. und § 4a UWG n.F. ergäben, zweifelt er die gerichtliche Auslegung der Tatbestandsmerkmale „Machtposition" und „Ausnutzung zur wesentlichen Einschränkung der Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung" an. Zum Erstgenannten mahnt er die fehlende Abstimmung zu kartellrechtlichen Wertungen an, die unterlaufen zu werden drohen. Die vom Gericht propagierte Koexistenz von kartellrechtlichem Missbrauchsverbot und unzulässiger Beeinflussung lässt er mit der abgegebenen knappen Begründung nicht gelten. Das zweitgenannte Merkmal liege mit Rücksicht auf den Beurteilungsmaßstab – gemeint ist ein geschäftserfahrener Durchschnittsmarktteilnehmer – nach der einschlägigen BGH-Rechtsprechung nicht vor, da die Rationalität seiner Entscheidung im konkreten Fall nicht vollständig in den Hintergrund trete. Im Übrigen habe das OLG Köln § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UWG trotz fehlender Anwendungsvoraussetzungen herangezogen, denn dafür müssten Vertragspartner der Beklagten, sprich des Werbeblocker-Betreibers, behindert werden. Zuletzt sei nicht nachzuvollziehen, warum im Rahmen des § 4a UWG vom Gericht keine umfassende Interessenabwägung vorgenommen worden sei, obschon das Gesetz eine Beurteilung im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstän-

698 GRUR 2016, 1089.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

de verlange. An dieser Stelle hätte wiederum das Interesse der Nutzer angeführt werden müssen, die vollkommene Ausblendung an dieser Stelle sei angesichts der überragenden Bedeutung im Rahmen der gezielten Mitbewerberbehinderung nicht nachvollziehbar.

Weitere Kritik an der Entscheidung folgte in einem Beitrag von *Nink*[699]. Während sie die Entscheidung im Rahmen von § 4 Nr. 4 UWG noch befürwortet, hält sie die Annahme einer aggressiven Praktik gemäß § 4a UWG für abwegig. Das Angebot des Whitelistings anstelle der sonst durchgeführten Komplettblockade durch die Blacklist stelle einen wirtschaftlichen Anreiz für Webseitenbetreiber dar. Darin könne keine unzulässige Ausübung von Druck zu erkennen sein, zumal das Blacklisting zuvor als zulässig bezeichnet worden sei. Dies wiederum stehe im Widerspruch zu § 4a Abs. 2 Nr. 5 UWG, der eine aggressive Handlung nahelegt, wenn Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen erfolgen. *Nink* möchte scheinbar im Umkehrschluss die fehlende Aggressivität herleiten, da bei Adblock Plus mit einer rechtlich zulässigen Handlung operiert werde. In diesem Zusammenhang weist sie zudem daraufhin, dass die Ausnutzung einer Machtposition stets eine Verschlechterung der Lage für den Betroffenen darstellen müsse. Dies sei indes durch das Whitelisting nicht der Fall, da im Gegenteil ein Mehr an Einnahmen im Vergleich zur Blacklist-Blockade erzielbar sei. Mithin verbessere die Whitelist-Funktion die wirtschaftliche Lage. Zuletzt stellt sie auf die zur Verfügung stehenden Ausweichmöglichkeiten der Webseitenbetreiber hin. Auffällig ist bei diesem Kommentar jedoch, dass die Verfasserin nicht wie das OLG Köln im Verhältnis Werbeblocker-Anbieter zum Werbekunden, sondern im Verhältnis zum Webseitenbetreiber argumentiert. Dies trifft zwar nicht die Entscheidung des OLG Köln, ist jedoch in sich konsequent, da ihrer Ansicht nach kein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen Webseiten- und Werbeblocker-Betreibern bestehe.

In einem weiteren Beitrag nimmt *Krüger* Stellung zum Urteil des OLG Köln[700]. Er findet Gefallen an der Idee der allgemeinen Marktbehinderung durch Adblock Plus und hält die Begründung des OLG Köln an dieser Stelle für sehr knapp. Für ihn stellt ein Werbeblocker eine Parallele zum massenhaften Verschenken von Ware dar, der den Bestand des Wettbewerbs gefährde. Zum Themenkomplex der unzulässigen Beeinflussung

699 CR 2017, 103. Die Autorin war zur Zeit der Veröffentlichung des Beitrags Syndikusrechtsanwältin und Datenschutzbeauftragte bei der Eyeo GmbH.

700 GRUR-Prax 2016, 322.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach § 4a UWG enthält er sich eines Kommentars, worin sich die relativ oberflächliche Betrachtung des Urteils verdeutlicht.

Des Weiteren referenziert *Gomille* das Urteil des OLG Köln[701], prüft aber im eigenen Gedankengang die lauterkeitsrechtliche Rechtslage für Werbeblockersoftware. Eine gezielte Mitbewerberbehinderung verneint er sowohl vor dem Hintergrund der Störung fremder Vertragsbeziehungen, als auch in der Fallgruppe der unlauteren Werbebehinderung. Den ersten Gedanken lehnt er ab, da nach deutschem Recht allein die Veröffentlichung der Werbung, nicht aber die Kenntnisnahme beim Nutzer geschuldet ist. Mangels von außen provozierter Leistungsstörungen könne keine Behinderung erkannt werden. Bei der Werbebehinderung arbeitet der Verfasser heraus, dass bei mittelbarer Werbeausschaltung strengere Maßstäbe gelten, so auch bei Internetwerbeblockern. Hier sei es der Nutzer, der unmittelbar blockiere. Die Software sei nur sein Werkzeug. Durch die Zwischenschaltung des Nutzers seien aber dessen Interessen im besonderen Maße zu berücksichtigen, insbesondere seine negative Informationsfreiheit. Will der Webseitenbetreiber dies nicht hinnehmen, müsse er die Werbeblocker-Nutzer eben ausschließen. Dieses Ergebnis möchte *Gomille* aber nur für reine Blacklist-Blocker gelten lassen. Er befürwortet die Entscheidung des OLG Köln, soweit es sie auf § 4a UWG stützt. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Tatbestand bleibt er indes schuldig. Als eigenen Gedanken in diesem Zusammenhang nennt der Verfasser noch, dass ein Werbeblocker seine Funktion als Selbsthilfewerkzeug des Nutzers einbüße, wenn die Whitelist seine Wirkung für fremde Zwecke kommerzialisiere. Darüber hinaus sieht *Gomille* beim Whitelisting auch § 4 Nr. 4 UWG als erfüllt an, da dies eine Parallele zum Verteilen von „Bitte keine Werbung"-Aufklebern in der analogen Welt sei, die die Werbematerialien des die Aufkleber verteilenden Unternehmers von dieser Bitte ausnehmen.

Ein Beitrag von *Beater*[702] bezeichnet die Entscheidung des OLG Köln zu § 4a UWG sogar als „auf einem Auge blind", da es die Interessen der Verbraucher vollkommen außer Acht lasse. Das Störgefühl der Entgeltpflicht für die Aufnahme von umsatzstarken Webseiten auf die Whitelist versucht *Beater* dabei wie folgt aufzulösen: der Nutzer könne seine Aufmerksamkeit für Werbung theoretisch gegen Entgelt an Webseitenbetreiber „verkaufen", freilich wird er dies nicht durchsetzen können. Der Whitelist-Anbieter nehme dem Nutzer diese Durchsetzung ab und fordere ein Entgelt für die Aufnahme in die Whitelist von den Webseitenbetreibern. Dieses

701 GRUR 2017, 241.
702 AfP 2017, 277, 281.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Entgelt müsse an sich an die Nutzer ausgezahlt werden. Da aber auch der Whitelist-Anbieter seine Dienste nicht kostenfrei erbringen müsse, finde eine Verrechnung des theoretischen Anspruchs auf Auszahlung des „Aufmerksamkeitsentgelts" mit dem theoretischen Anspruch auf Vergütung für die differenzierende Werbeblockersoftware statt. *Beater* hält demnach die Finanzierung von Adblock Plus für äquivalent zur Finanzierung von kostenfreien Webseiten, weil in beiden Fällen ein Dritter für die Leistung an den Nutzer aufkomme. Beide Modelle seien deshalb nicht wettbewerbswidrig.

Nach der Entscheidung des OLG Köln erschien zudem die erste Monographie zum Thema Werbeblocker im Internet von *Stephanie Raithel*[703]. Die Verfasserin kommt dabei an diversen Stellen zu anderen Ergebnissen als die herrschende Rechtsprechung. So bejaht sie vor allem das Vorliegen einer gezielten Behinderung von Webseitenbetreibern sowie eine allgemeine Marktstörung durch Werbeblocker[704]. Das Vorliegen einer aggressiven Geschäftspraktik nach § 4a UWG lehnt sie gemeinsam mit einer kartellrechtlichen Behinderung ab, wobei sie in beiden Komplexen die Machtposition kongruent prüft[705]. Abschließend hält sie bei dem Angebot eines Werbeblockers eine Anstiftung zu einer Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und zu einer vorsätzlichen, sittenwidrigen Schädigung gem. §§ 823 Abs. 1, 826, 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 1. Alt. BGB für erfüllt[706].

Die Vielzahl von Meinungen im Schrifttum, gemeinsam mit den teils divergierenden Rechtsprechungsfundstellen, führte dazu, dass der Streitstand im Detail sehr unübersichtlich wurde. Diese Unübersichtlichkeit gepaart mit dem technisch enorm komplizierten Sachverhalt stellte für eine gewisse Zeit eine starke Unsicherheit über die Zukunft von Werbeblockern im Internet her. Allenthalben war jedoch eindeutig, dass eine verbindliche Entscheidung erst durch den BGH erfolgen würde. Durch den zeitlichen Vorsprung des in Köln eingeleiteten Verfahrens Axel Springer versus Eyeo, das bereits im Jahr 2016 durch Einlegung der Revision nach Karlsruhe gelangte, gerieten die übrigen Verfahren dadurch etwas in den Hintergrund. Denn jede lauterkeitsrechtliche Entscheidung eines Oberlandesgerichts konnte nur als vorläufig anzusehen sein, bis der BGH sein Urteil zu Internetwerbeblockern fällen sollte.

703 Diese Monographie beruht auf der Masterarbeit der Verfasserin.
704 Raithel, Werbeblocker im Internet, S. 172, 186.
705 Raithel, Werbeblocker im Internet, S. 192, 201f.
706 Raithel, Werbeblocker im Internet, S. 210.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

e) Instanzrechtsprechung nach dem Urteil des OLG Köln

Gleichwohl ist die Instanzrechtsprechung nach dem Urteil des OLG Köln keineswegs als uninteressant zu bezeichnen. Denn Eyeo hatte vor allem Argumentationsbedarf, um die weiterhin befassten Gericht davon abzuhalten, ebenfalls § 4a UWG anzuwenden und damit das Whitelisting-Geschäftsmodell zu gefährden. Und tatsächlich hatte Eyeo in allen weiteren Verfahren Erfolg.

Die erste gerichtliche Entscheidung nach dem OLG Köln stammt vom LG Hamburg und stellt damit noch eine erstinstanzliche Entscheidung dar. Im November 2016 urteilte das LG Hamburg im Rechtsstreit zwischen Spiegel Online und Eyeo und wies die Klage gegen den Vertrieb von Adblock Plus ab[707]. Mit der herrschenden Rechtsprechung und in Abgrenzung zum Urteil einer anderen Kammer des LG Hamburg im Mai 2016 lehnte die 15. Zivilkammer das Vorliegen einer gezielten Behinderung nach § 4 Nr. 4 UWG ab. Insoweit liege weder eine erkennbare Verdrängungsabsicht vor, noch könne von einer produktbezogenen Behinderung ausgegangen werden. Letzteres scheide schon mangels körperlicher Einwirkung auf ein fremdes Produkt aus. Aufgrund der Eigenheiten der Internetkommunikation wirke der Werbeblocker nur in der Sphäre des Nutzers, indem bestimmte Befehle zum Laden von Seitenelemente unterblieben. Daraus folge, dass eine aus redaktionellem Inhalt und Werbeelementen bestehende Webseite keine integrale Datei sei. Der klagende Webseitenbetreiber ergreife keine technischen Schutzmaßnahmen, die umgangen würden. Hinzu komme, dass es die eigenständige Entscheidung des Nutzers sei, einen Adblocker zu installieren und damit eigene schutzwürdige Interessen an der Abwehr unerwünschter Werbung, Schutz vor Malware und Kontrolle der eigenen Daten durchzusetzen. Die durch die Pressefreiheit gestützten Interessen der Webseitenbetreiber müssten dahinter zurücktreten.

Im Übrigen grenzte sich das LG Hamburg gegenüber dem OLG Köln ab und lehnte die Anwendung von § 4a UWG auf den Fall Adblock Plus ab. Die Kammer ließ dabei im Rahmen der Prüfung einer unzulässigen Beeinflussung nach § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG offen, ob eine Machtposition der Betreiber von Adblock Plus bestehe. Es betrachtete bei der Prüfung nicht das Verhältnis zwischen Werbeblocker-Betreiber und Werbetreibenden, sondern prüfte die Ausnutzung einer Machtposition mit Blick auf den klagenden Webseitenbetreiber. Dies lehnte das LG Hamburg aber

707 LG Hamburg, Urteil vom 25.11.2016, 315 O 293/15, MMR 2017, 351.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ab, weil durch das Whitelisting-Angebot der Webseitenbetreiber weder zu einem irrationalen Verhalten verleitet, noch in seinem Urteilsvermögen beeinträchtigt werde. Die Nichtannahme des Angebots mache dies deutlich. Zudem stünden dem Webseitenbetreiber Reaktionsmöglichkeiten wie der Ausschluss der werbeblockenden Nutzer zu. Im Endeffekt stelle der Werbeblocker-Betreiber den Webseitenbetreibern eine weitere Möglichkeit zur Verbreitung von Werbung mit der Möglichkeit zur Erzielung von Mehreinnahmen zur Verfügung, was eine unzulässige Beeinflussung ausschließe.

Abschließend lehnte das LG Hamburg eine allgemeine Marktstörung nach § 3 Abs. 1 UWG und einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach §§ 33, 18, 19 GWB ab. Im letzteren enthielt sich die Kammer einer Marktabgrenzung und lehnte auf nächster Stufe das Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens ab.

Nach einer Dauer von ca. einem dreiviertel Jahr, in der keine neuen Gerichtsentscheidungen im Themenkomplex Internetwerbeblocker öffentlich bekannt wurden, verkündete das OLG München im August 2017 auf einen Schlag drei Berufungsurteile[708] für alle anhängigen Münchener Verfahren, die allesamt als Beklagte die Eyeo GmbH auswiesen. Wie bereits in erster Instanz unterschied sich das Prüfungsprogramm in allen drei Verfahren, sodass in einem Verfahren lediglich UWG-Ansprüche[709], in einem weiteren Verfahren UWG- und kartellrechtlichen Ansprüche[710] und im letzten Verfahren neben den beiden vorgenannten Anspruchsnormen noch eine urheberrechtliche Prüfung hinzukam[711].

In lauterkeitsrechtlicher Hinsicht lehnte das OLG München in allen drei Verfahren mit gleicher Begründung das Vorliegen einer gezielten Mitbewerberbehinderung und einer aggressiven Geschäftspraktik ab. Eine Besonderheit bei der Bewertung der gezielten Behinderung stellt dar, dass das OLG München die Anträge teils als zu weit gefasst ansah, weil die jeweiligen Kläger eine Untersagung jeglicher Art des Whitelistings begehrten. Dies hingegen könnten sie unter keinem Umstand fordern, da ein rein kostenpflichtiges Whitelisting schon keine geschäftliche Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstelle. Ein kostenloses Whitelisting hin-

708 OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2184/15 Kart, WRP 2017, 1365; Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147; Urteil vom 17.8.2017, 29 U 1917/16, WRP 2017, 1377.

709 Im Fall Süddeutsche./. Eyeo, Az. 29 U 1917/16, WRP 2017, 1377.

710 Im Fall RTL./. Eyeo, Az. U 2184/15 Kart, WRP 2017, 1365.

711 Im Fall ProSieben Sat1./. Eyeo, Az. U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gegen stelle keine gezielte Behinderung dar. Das OLG München lehnte das Vorliegen einer Verdrängungsabsicht ab, da die Existenz der Werbeblocker die Existenz der Online-Werbung voraussetze. Im Rahmen der Interessenabwägung war wiederum die Nutzerautonomie das entscheidende Argument für die Zulässigkeit der Software. Die Pressefreiheit der Webseitenbetreiber sah auch der Münchener Kartellsenat nicht als durchgreifendes Argument an, Werbeblocker zu verbieten. Schließlich müssten sich auch Presseunternehmen den Herausforderungen des Marktes stellen. In diesem Zusammenhang wurden außerdem wieder die technischen Schutzmaßnahmen als Alternativen der Webseitenbetreiber aufgezählt.

Im Rahmen des § 4a UWG lehnte auch das OLG München den Kölner Sonderweg ab und verneinte eine unzulässige Beeinflussung gemäß § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG. Dabei wurde auf eine Auseinandersetzung mit dem Merkmal der Machtposition verzichtet, da jedenfalls keine Ausnutzung dieser erkennbar sei. Dies sei schon dem simplen Umstand geschuldet, dass bei fehlender Whitelisting-Funktion nur die noch einschneidender wirkende, aber lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstandende Blacklist-Funktion verbliebe. Auch das OLG München stellte dabei – anders als das OLG Köln – im Vertikalverhältnis auf die Webseitenbetreiber, nicht auf Werbekunden, ab.

Die kartellrechtliche Prüfung endete beim Kartellsenat des OLG München an früher Stelle. Die vom LG München bereits vorgenommene Marktabgrenzung, wonach nicht auf den isolierten Markt der Werbeblocker, sondern auf den gesamten Internetwerbemarkt abzustellen sei, wurde bestätigt. Es komme also auf die Verbreitung von Adblock Plus unter allen deutschen Internetnutzern an. Selbst eine Verbreitung unter den Werbeblockerprogrammen von 90% verhelfe Adblock Plus bei einer Adblockerrate von ca. 20% nicht zur marktbeherrschenden Stellung. Das OLG München wählte dabei eine Analogie zu einem Lebensmitteldiscounter, der bestimmte Stammkunden haben mag, aber alleine aufgrund der treuen Stammkunden noch lange keine marktbeherrschende Stellung auf dem Gesamtmarkt der Lebensmittelhändler habe. Zudem erkannte der Senat keine kartellrechtswidrigen Vereinbarungen nach § 33 Abs. 1 GWB iVm § 1 GWB, Art. 101 AEUV.

Schließlich hatten auch urheberrechtliche Ansprüche keinen Erfolg. Bei der Prüfung eines Eingriffs in das ausschließliche Recht an einem Computerprogramm nach §§ 69a, 69c UrhG ließ der Senat die Schutzfähigkeit der Webseite offen, da es weder einen rechtswidrigen Eingriff des Werbeblocker-Betreibers selbst noch der Internetnutzer erkannte. Für letzteres führte das OLG München eine Einwilligung zur Vervielfältigung im Ar-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beitsspeicher der Nutzer durch den Webseitenbetreiber an. Argument an dieser Stelle war die fehlende Einrichtung technischer Schutzmaßnahmen. Nach demselben Muster schloss es eine Verletzung eines Datenbankrechts gem. § 87b UrhG aus, auch hier mangele es an einer rechtswidrigen Tat. Hier führt der Senat als Argument an, dass eine einzelne aufgerufene Unterseite eines Webportals kein wesentlicher Teil einer Datenbank darstelle. Ergänzend wurde erneut angeführt, dass die freie Zurverfügungstellung ohne technische Barrieren dem klägerischen Unterlassungsbegehren im Wege stehe. Zuletzt liege auch keine unerlaubte Bearbeitung oder Umgestaltung eines Datenbankwerks vor, da auch hier die obigen Ausführungen zur Einwilligung der Webseitenbetreiber Geltung beanspruchten.

Auf Zurückweisung der Berufung erkannte auch das OLG Hamburg ca. ein halbes Jahr später, das allein über lauterkeitsrechtliche Ansprüche zu befinden hatte[712]. Einen ungeschickt formulierten Hauptantrag, der allumfassend Blacklisting-Blocker verbieten sollte, hat das OLG Hamburg bereits am Fehlen einer geschäftlichen Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG scheitern lassen, da eine dann kostenlose Software ohne Refinanzierung durch eine Whitelist schon kein taugliches Makrtverhalten darstelle. Zum Hilfsantrag, der die konkrete Gestaltung von Adblock Plus betraf, wurde wiederum zunächst die gezielte Mitbewerberbehinderung nach § 4 Nr. 4 UWG geprüft. Mit den altbekannten Argumenten der zumutbaren Alternativen für Webseitenbetreiber zum kostenfreien und werbefinanzierten Angebot ihrer Leistungen im Netz, der fehlenden Schutzvorkehrungen sowie der in einer Abwägung nicht überwiegenden Pressefreiheit lehnte der Senat diesen Vorwurf ab. Im Rahmen des § 4a UWG riss das OLG Hamburg zunächst die Frage der Anwendbarkeit an, ohne sie aber im Ergebnis zu entscheiden. Das Gericht liebäugelte mit der Ansicht nach *Köhler*, die Mitbewerber als Adressaten einer aggressiven Handlung ausschließen[713]. Eine Prüfung der Werbetreibenden als Adressaten wie beim OLG Köln komme mangels Klägervortrags nicht in Betracht. Selbst wenn man aber Webseitenbetreiber als Adressaten ansehe, läge kein Verstoß gegen § 4a UWG vor. Hauptargument war, dass letztlich eine Drohung mit einem zulässigen Handeln vorliege. Das zulässige Handeln sei demnach die Nichtaufnahme in die Whitelist, wenn keine Zahlung geleistet wird. Nach § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 UWG sei aber nur eine Drohung mit einem unzulässigen Handeln als Nötigung oder unzulässige Beeinflussung anzusehen. Dafür lagen jedoch laut OLG Hamburg keine Hinweise vor.

712 OLG Hamburg, Urteil vom 15.3.2018 – 5 U 152/15, WRP 2018, 604.
713 Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 4a Rn. 1.27.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abschließend setzte sich der Senat noch in unüblicher Ausführlichkeit mit dem Tatbestand der allgemeinen Marktstörung auseinander, konnte jedoch auch hier keinen Grund für ein Verbot von Adblock Plus finden. Hauptargument des Gerichts war dabei die besondere Dynamik der Geschäftsmodelle im Internet, die ein Ausruhen auf dem status quo nicht erlaubten.

f) Echo der neueren OLG-Urteile im Schrifttum

Auch die zuvor dargestellten Urteile haben zu Reaktionen in der juristischen Literatur geführt. Diverse Autoren kommentierten die Urteile des OLG München. Wie bereits nach dem Urteil des OLG Köln kommentierte zunächst *Alexander* die Adblocker-Urteile[714]. Er begrüßte die lauterkeitsrechtlichen Wertungen, insbesondere die Ablehnung einer aggressiven Geschäftspraktik gemäß § 4a UWG. Dadurch werde der Gesetzeskonkurrenz zwischen Kartell- und Lauterkeitsrecht Rechnung getragen und ersteres drohe nicht durch eine allzu weite Anwendung von § 4a UWG unterlaufen zu werden. Bei der Beurteilung einer Machtposition komme es demgemäß auf § 18 GWB an. Für § 4a UWG bedürfe es eines besonderen Unlauterkeitsvorwurfs. Auch die kartellrechtliche Entscheidung befürwortete *Alexander* uneingeschränkt. Vor allem die Marktabgrenzung des OLG München hält er für zutreffend.

In einer weiteren Anmerkung stimmt *Luckhaus* den Münchener Urteilen zu[715]. Er geht mit den Ausführungen des Gerichts konform, bemängelt allein im Kontext von § 4a UWG, dass die Entscheidung an dieser Stelle etwas knapp begründet sei. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass das OLG Köln zuvor an dieser Stelle den Hebel ansetzte, um einen Unterlassungsanspruch auszuurteilen. In einem Ausblick auf die Revision im Kölner und den Münchener Verfahren prognostiziert er eine Fortführung der BGH-Rechtsprechung aus der „Fernsehfee"-Entscheidung. Zudem ging er von einer Befassung des BVerfG aus, da die grundrechtlichen Fragen im Ergebnis streitentscheidend sein dürften.

Ähnlich positioniert sich *Ziegelmayer*, der die Ansätze der Prüfung des § 4a UWG der OLGe Köln und München gegenüberstellt[716]. Dabei stimmt

714 GRUR 2017, 1156.
715 MMR 2017, 765.
716 CR 2017, 668.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

er der Lösung des OLG München und dessen Argument der fehlenden Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Webseitenbetreiber zu.

Weiterhin stimmt *Raue* dem OLG München in weiten Teilen zu[717]. Insbesondere im Bereich der UWG-Prüfung identifiziert er jedoch noch einige offene Fragen, die vor allem in der knappen Begründung der Ablehnung von § 4a UWG nicht deutlich wurden. Dabei handelt es sich zunächst um die systematische Anwendbarkeit von § 4a UWG neben kartellrechtlichen Normen. Auch sei umstritten, ob Mitbewerber überhaupt in den Schutzbereich von § 4a UWG fallen. *Raue* bejaht dies im Ergebnis. Im Übrigen vollzieht er die Entscheidung des OLG München zum Ausnutzen einer Machtposition nach, merkt jedoch an, dass der Whitelist-Anbieter nach Vertragsschluss tatsächlich keine aufdringliche Werbung mehr zulassen dürfe. Denn sonst würde sich der Anbieter widersprüchlich verhalten und gerade nur dem eigenen Gewinnstreben und nicht der Verbesserung des Internets für Nutzer dienen. In seinem abschließenden Ausblick begrüßt er es, dass durch die Einführung von technischen Zugriffsbeschränkungen für Adblocker-Nutzer zuletzt der Markt – und nicht etwa die Gerichte – entscheidet, was Bestand haben wird.

Im größeren Kontext kommentierte zudem *Thomale* die Urteile aus München[718]. Dieser Kommentator war zur Zeit seiner Beitragsverfassung Syndikus bei Axel Springer und damit Beteiligter in einer Vielzahl der vorgenannten Gerichtsentscheidungen, insbesondere den Kölner Verfahren sowie der Vielzahl von einstweiligen Verfügungsverfahren, die zum Teil zu Unterlassungsansprüchen gegen Werbeblocker-Betreiber führten. Erwartungsgemäß kritisierte er die Münchener Urteile, wobei er lediglich den lauterkeitsrechtlichen Tatbestand der gezielten Behinderung anspricht. Dabei bedauert er eine grundlegende Verkennung der BGH-Entscheidung im Fall des TV-Werbeblocker „Fernsehfee". Er proklamiert ein grundsätzliches Recht der Webseitenbetreiber, ihr Produkt unbeeinträchtigt so anzubieten, wie sie es selbst anbieten wollen. Einen gezielten Eingriff folgert er zudem aus dem Vorliegen eines massiven Eingriffs in die Webseiten-Programmierung, der urheberrechtlich verboten sei. Damit verkennt er jedoch die ausführliche Prüfung des OLG München, das einen Urheberrechtsverstoß gerade nicht erkannte. Abschließend betont er noch die seiner Ansicht nach alles überragende Bedeutung der Pressefreiheit.

717 WRP 2017, 1363.
718 MMR 2017, 789.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einen Kommentar zum Urteil des OLG Hamburg lieferte *Kreutz*[719]. Er stimmte der Entscheidung vollumfänglich zu, insbesondere bei der Begründung der Ablehnung der gezielten Behinderung sowie einer allgemeinen Marktbehinderung. Im Rahmen von § 4a UWG, bei dessen Prüfung das OLG Hamburg einen eigenen Lösungsweg entwickelte, zweifelt *Kreutz* an, dass die Fallgruppen der Nötigung und der unzulässigen Beeinflussung deckungsgleich seien. Er hält eine isolierte und ausdrückliche Prüfung der unzulässigen Beeinflussung für notwendig, weil in diesem Rahmen unter Umständen nicht auf § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 UWG hätte abgestellt werden können. Auch sei dann eine konkrete Auseinandersetzung mit den in den bisherigen Urteilen strittigen Tatbestandsmerkmalen der Machtposition, deren Ausnutzung und der wesentlichen Einschränkung der Fähigkeit des Betroffenen zu einer informierten Entscheidung nötig gewesen. Im Ergebnis sieht aber auch *Kreutz* § 4a UWG nicht als verwirklicht an.

Nach dem Urteil des OLG Hamburg im März 2018 und noch vor dem Urteil des BGH stellte sich der Meinungsstand folglich so dar, dass nur ganz wenige Stimmen eine gezielte Behinderung nach § 4 Nr. 4 UWG durch totale oder differenzierende Werbeblockade im Internet ernsthaft befürworteten. Dasselbe gilt für die allgemeine Marktbehinderung. Bei der Betrachtung des § 4a UWG neigte die herrschende Meinung ebenfalls dazu, den Fall Internetwerbeblocker nicht als Verwirklichung des Verbots anzusehen. Dabei blieb lediglich die korrekte Anwendung der Norm noch umstritten. Neben dem OLG Köln ist keine Fundstelle ersichtlich, die das Vorliegen einer aggressiven Geschäftspraktik annahm. Im urheber- und kartellrechtlichen Bereich stellte sich das Meinungsbild vergleichbar dar, sodass auch hier keine durchgreifenden Bedenken an den Entscheidungen des OLG München erkennbar sind.

g) Dissertationen zum Thema Werbeblocker im Internet

In der Zeit vor Erlass des BGH-Urteils in Sachen Axel Springer gegen Eyeo erschien zudem die erste juristische Dissertation zum Thema Internetwerbeblocker von *Oliver Kreutz* unter dem Titel „Online-Angebote und Werbeblockersoftware“. Diese stellt eine lauterkeits- und zivilrechtliche Untersuchung des Themas dar. Sie verzichtet demnach auf eine Prüfung der urheberrechtlichen und kartellrechtlichen Problematik von Internetwerbeblockern. Im Rahmen der Prüfung der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit

719 WRP 2018, 621.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von Internetwerbeblockern widmet sich Kreutz intensiv dem Tatbestand der gezielten Behinderung gemäß § 4 Nr. 4 UWG. Nachdem er für differenzierende Werbeblocker im Wege einer einheitlichen Betrachtung das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung bejaht[720], votiert er nach ausführlicher Darstellung von Schrifttum und Rechtssprechung auch für das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnis mit Webseitenbetreibern[721]. Die Prüfung der gezielten Behinderung erfolgt zunächst streng an den von der Rechtsprechung aufgezeigten Fallgruppen der kundenbezogenen, produktbezogenen und vertriebsbezogenen Behinderung, welche *Kreutz* aber alle ablehnt[722]. Sodann lehnt er auch die Fallgruppe der Werbebehinderung ab[723], bevor er ausführlich eine gezielte Behinderung aufgrund einer Gesamtabwägung prüft. Seine Gesamtabwägung fällt dabei zugunsten der Zulässigkeit der (differenzierenden) Werbeblocker aus[724]. Die Prüfung des § 4a UWG hingegen erfolgt nicht in selbiger Tiefe. Im Rahmen dieser Prüfung lehnt Kreutz das Bestehen einer Machtposition der Werbeblockerbetreiber ab[725]. Zudem lehnt er die erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Webseitenbetreiber ab[726]. Dasselbe gilt für Werbenetzwerke und Werbetreibende, sodass er insgesamt keine Verletzung von § 4a UWG annimmt[727]. Mangels besonderer Gefahr für die Online-Medienlandschaft komme auch keine allgemeine Marktbehinderung nach § 3 Abs. 1 UWG in Betracht[728]. Bei der allgemein zivilrechtlichen Beurteilung prüft Kreutz nicht nur Deliktsrecht, sondern auch die Möglichkeit eines Vertragsschlusses über die Nutzung einer Webseite. Er erkennt zwar an, dass regelmäßig der Rechtsbindungswille der Nutzer fehlen wird[729], prüft gleichwohl in Frage kommende Vertragstypen, insbesondere für den Fall einer Registrierung durch den Nutzer. Im Ergebnis geht Kreutz von einem typengemischten Vertrag mit miet-, dienst- und werkvertraglichen

720 Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 134. Keine geschäftliche Handlung nimmt er bei rein unentgeltlichen Blacklist-Blockern an, S. 135.
721 Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 173.
722 Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 191, 210, 222.
723 Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 227. Weitere geprüfte Fallgruppen sind Boykott, Betriebsstörung, Diskriminierung und Missbrauch von Nachfragemacht, die aber allesamt abgelehnt werden, S. 227-234.
724 Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 267.
725 Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 289f..
726 Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 297.
727 Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 298.
728 Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 312.
729 Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 350.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Elementen aus[730]. Eine AGB-Klausel, die den Einsatz von Werbeblockern in einem solchen Vertrag verbieten würde, hält *Kreutz* für eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 BGB[731]. Insgesamt ist die sehr ausführliche Dissertation von *Kreutz* ein gelungenes Werk, welche das Thema gut und überzeugend aufbereitet.

Eine weitere Dissertation mit dem Titel „Adblocking im Internet und seine lauterkeitsrechtliche Bewertung" legte *Philipp Kiersch* vor. Wie der Titel schon erahnen lässt beschränkt sich auch diese Bearbeitung auf die Rechtsfragen aus dem UWG. Die Dissertation wurde ebenfalls vor der BGH Entscheidung fertiggestellt. Den Schwerpunkt der Bearbeitung stellt ebenfalls die Prüfung der gezielten Behinderung gemäß § 4 Nr. 4 UWG dar. *Kiersch* lehnt eine gezielte Behinderung im Allgemeinen ab und hält diese nur in zwei Fallkonstellationen für möglich. Einerseits bei nicht ausreichender Aufklärung über die Wirkweise der Blockade, andererseits bei der Umgehung durch von Webseitenbetreibern eingerichteter Schutzmaßnahmen[732]. Nachgelagert prüft *Kiersch* die aggressive geschäftliche Handlung im Sinne von § 4a UWG. Hier kommt er zum Ergebnis, dass eine Verwirklichung des Tatbestands in den bislang gerichtlich entschiedenen Fällen nicht anzunehmen sei, da durchschnittliche Gewerbetreibende dem ausgeübten Druck standzuhalten haben[733]. Diese Dissertation ist von erheblich geringererem Umfang als die Bearbeitung von Kreutz, beschränkt sich dafür auf die brisanten Prüfungen von § 4 Nr. 4 und § 4a UWG.

Zuletzt legte *Christina Julia Brüggemann* eine Dissertation mit dem Titel „Die rechtliche Zulässigkeit von Online Werbeblockern unter besonderer Berücksichtigung der Pressefreiheit" vor. Die Arbeit beschränkt sich ebenfalls auf die Prüfung der lauterkeitsrechtlichen Ansprüche, insbesondere § 4 Nr. 4 UWG und § 4a UWG. Bei der Prüfung der gezielten Behinderung kommt sie ebenfalls zum Ergebnis, dass Werbeblocker weder als Blacklist- noch als Whitelist-Blocker unzulässig sind[734]. Bei § 4a UWG hält sie die Norm mangels geeigneten Schutzsubjekts für nicht anwendbar[735]. Gleichsam prüft sie die übrigen Merkmale der Norm und lehnt insbesondere im Rahmen der Prüfung der unzulässigen Beeinflussung die Machtposition

730 Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 368f..
731 Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 388.
732 Kiersch, S. 148.
733 Kiersch, S. 174.
734 Brüggemann, S. 228f..
735 Brüggemann, S. 235.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Werbeblockeranbieters ab[736]. Im Ergebnis lehnt sie auch eine Unzulässigkeit von Werbeblockern nach § 4a UWG ab[737].

h) Entscheidung des I. Zivilsenats des BGH in Sachen Axel Springer./. Eyeo wegen Adblock Plus

Das lang ersehnte Urteil des Bundesgerichtshofs in der Revision des Kölner Urteils erging am 19.4.2018, unmittelbar im Anschluss an die mündliche Verhandlung und zunächst in mündlicher Form. Im Ergebnis bestätigte der BGH die Entscheidung des OLG Köln und die Ansicht der herrschenden Meinung, wonach weder eine gezielte Behinderung nach § 4 Nr. 4 UWG noch eine allgemeine Marktbehinderung nach § 3 Abs. 1 UWG vorliege. In der vom OLG Köln kreativ gelösten Frage der aggressiven Praktik gemäß § 4a UWG hingegen hob der BGH das Berufungsurteil auf. Im Ergebnis bestätigte der I. Zivilsenat damit die volle lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit der streitgegenständlichen Software Adblock Plus. Über andere Rechtsgebiete hatte der BGH in diesem Fall nicht zu entscheiden.

Als Randnotiz ist zu bemerken, dass diese mündliche Urteilsverkündung als das erste Urteil des BGH überhaupt von den Medien gefilmt worden ist und danach zumindest in Teilen ausgestrahlt sowie in gesamter Länge im Internet verfügbar gemacht wurde. Möglich machte es eine Änderung des § 169 GVG, der durch das Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren vom 8.10.2017, das am 18.4.2018 in Kraft getreten ist[738]. Der I. Zivilsenat hat die Möglichkeit genutzt und Videoaufnahmen der Urteilverkündung auf Grundlage von § 169 Abs. 3 S. 1 GVG erlaubt. Die gesamte mündliche Begründung kann – als YouTube-Clip – im Internet nachvollzogen werden[739].

Aus der mündlichen Begründung ließ sich bereits der grundsätzliche Gedankengang des BGH entnehmen. Im Rahmen der gezielten Mitbewerberbehinderung bejahte der I. Zivilsenat ohne viel Aufhebens die Mitbewerbereigenschaft zwischen Webseitenbetreiber und Werbeblockeranbie-

736 Brüggemann, S. 242.
737 Brüggemann, S. 253f..
738 BGBl. I S. 3546.
739 https://www.youtube.com/watch?v=yry3084J87M, zuletzt abgerufen am 31.5.2019. Von dem politisch fragwürdigen Account und den Kommentaren auf der Seite möchte sich der Verfasser ausdrücklich distanzieren, es ist allerdings die einzige dauerhaft zugängliche Quelle für die Videoaufnahmen.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ter mit der eigenen Entscheidung in Sachen „Fernsehfee“ aus 2004. Bei der Bejahung der geschäftlichen Handlung stützte sich der Senat auf ein einheitliches, nicht in kostenfreies Blacklisting und Umsatz generierendes Whitelisting aufspaltbares Geschäftsmodell, das Adblock Plus zu Grunde liege. Im Tatbestand der gezielten Behinderung an sich verneinte er eine Verdrängungsabsicht des Werbeblockeranbieters, denn die Software sei abhängig von der Existenz des Internetwerbemarktes. Der BGH konnte auch keine unangemessene Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung des Mitbewerbers, sprich des Webeseitenbetreibers, feststellen. Insbesondere sei keine unmittelbare produktbezogene Behinderung gegeben, weil die Änderung der Seitendarstellung nur im Gerät des Nutzers erfolge. Bei einer mittelbaren Produktbehinderung kam es sodann wieder zur Interessenabwägung. Der I. Zivilsenat nannte als entscheidendes Argument gegen die Webseitenbetreiber schlussendlich, dass es den Webseitenbetreibern zumutbar sei, erforderliche technische oder sonstige Schutzmaßnahmen gegen die Nutzung der eigenen Seiten mit Werbeblockern zu ergreifen. Die allgemeine Marktbehinderung lehnte der BGH knapp mit dem Fehlen entsprechender Feststellungen im Tatbestand des OLG Köln ab.

Die Ablehnung einer aggressiven Geschäftspraktik nach § 4a UWG begründete der Senat damit, dass eine Machtposition nicht ausgenutzt werde sowie die Fähigkeit der vom OLG Köln in den Mittelpunkt gerückten Werbekunden zu einer informierten Entscheidung nicht wesentlich eingeschränkt sei. Hierbei war das Hauptargument, dass es bei den Werbekunden als zumeist erfahrenen Kaufleuten bzw. großen Handelsbetrieben fern liege, dass diese durch das Whitelisting-Angebot zu irrationalen Entscheidungen verleitet würden.

Die schriftlichen Entscheidungsgründe wurden sodann im Oktober 2018 vorgelegt und gaben tieferen Einblick in die Argumentation des Senats. Die Besprechung der schriftlichen Urteilsgründe erfolgt an späterer Stelle im Zusammenhang mit der rechtlichen Stellungnahme des Verfassers[740].

i) Urteile des Kartellsenats des BGH

Im Oktober 2019 erging dann im Revisionsverfahren zu einem der Urteile des OLG München das Urteil „Werbeblocker III“ durch den Kartellsenat

740 Ziffer C. I. 4. b).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des BGH[741]. Die Entscheidung betrifft schwerpunktmäßig die kartellrechtlichen Probleme der Thematik.

Nur kurz ging der Kartellsenat auch auf lauterkeitsrechtliche Aspekte ein, zu denen der I. Zivilsenat zuvor noch nicht erschöpfend entschieden hatte: so hatte der Kartellsenat zu entscheiden, ob in dem Angebot von Adblock Plus ein unlauterer „Boykottauftruf" als Fallgruppe des § 4 Nr. 4 UWG oder eine Irreführung der Nutzer nach §§ 5, 5a UWG liege. Beides lehnte der Kartellsenat allerdings ab. Beim Boykottaufruf beruhte diese Entscheidung auf rechtlichen Gründen, weil die einzelnen Webseitenbetreiber als angeblich Verrufene aus der Whitelist nicht erkennbar sind. Die Entscheidung zur Irreführung beruhte auf den tatsächlichen Feststellungen der Instanzgerichte, welche eine Irreführung nach §§ 5, 5a UWG nicht tragen. Insoweit hatten die Münchener Gerichte festgestellt, dass die konkrete Aufmachung von Adblock Plus die interessierten Nutzer hinreichend über das dahinter liegende Geschäftsmodell aufklärt.

Im Bereich des Kartellrechts hingegen hob der Kartellsenat des BGH das Urteil des OLG München (Az. U 2184/15 Kart) wegen Rechtsfehlern auf. Das OLG München hatte kartellrechtliche Ansprüche schon wegen der fehlenden Marktmacht abgelehnt, welche es auf Grundlage einer vom BGH als unvertretbar eingeschätzten Marktabgrenzung feststellte. Nach dem Urteil „Werbeblocker III" habe das Berufungsgericht allerdings nicht das in ständiger Rechtsprechung angewendete Bedarfsmarktkonzept beachtet. Laut Kartellsenat kann es nicht darauf ankommen, welche Verbreitung der Werbeblocker im gesamten Internetwerbemarkt in Deutschland hat, sondern es muss auf die entgeltliche Dienstleistung der Aufnahme in die Whitelist abgestellt werden. Wegen dieser grundsätzlich anderen Ausrichtung schon zu Beginn der kartellrechtlichen Prüfung haben die Münchener Instanzgerichte in tatsächlicher Hinsicht den Sachverhalt nicht ausreichend aufgeklärt. Über diesen Umstand konnte der BGH auch nicht hinwegsehen und selbst entscheiden, weil er einen Missbrauch im Sinne von § 19 Abs. 2 GWB nicht mit Sicherheit ausschließen wollte. Im Ergebnis fehlten dem Kartellsenat auch an dieser Stelle tatsächliche Feststellungen, weil die Münchener Berufungsurteile stark von der lauterkeitsrechtliche Interessenabwägung geprägt sind. Die nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB gebotene Interessenabwägung hätte aber speziell die kartellrechtliche Zielsetzung und besondere Verhaltenspflichten eines marktbeherrschenden Unternehmens mit einbeziehen müssen, was im Rahmen der tatsächlich vorgenommenen Interessenabwägung nach § 4 Nr. 4 UWG unterblieben

741 BGH, Urteil vom 8.10.2019, KZR 73/17, WRP 2019, 1572 – *Werbeblocker III*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist. Der Kartellsenat hat die Sache deshalb an das OLG München zurückverwiesen.

Der BGH hat dabei auch „Segelanweisungen" für die Beurteilung der kartellrechtlichen Prüfung gegeben. Im Rahmen der Frage der Marktbeherrschung durch Adblock Plus sowie einer etwaigen unbilligen Behinderung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB müsse aufgeklärt werden, ob eine ausreichende marktimmanente Kontrolle des Preissetzungsspielraums des Werbeblockerbetreibers aus für Werbseitenebetreibern effektiven Alternativmaßnahmen existiert. Hier kommt es also auf die Durchsetzung von Zugangssperren und Anti-Adblocklösungen an, wobei aber eine Einführung einer reinen Bezahlschranke keine geeignete Alternativmaßnahme ist, weil sie einen Wechsel des Geschäftsmodells von kostenfreien „Content-Providern" darstellen würde. Entscheidend ist also, ob einWe bseitenbetreiber nicht nur die Wahl zwischen Annahme und Ablehnung des Whitelistangebots habe, sondern daneben weitere Handlungsoptionen gegeben sind. Zudem erhält das OLG München den Auftrag, aufzuklären, ob der Werbeblockerbetreiber bloß Gewinne des Werbemarktes abschöpft oder sich neben der Finanzierung der eigenen Produktenwticklung und -pflege einen angemessenen und risikoadäquaten Gewinn zurückhält. Die neuerliche Tatsachenfeststellung wird auch die konkrete Ausgestaltung der Whitelistverträge, die gleichbleibende Anwendung bei allen Kunden des Werbeblockerbetreibers sowie eine Angemessenheitsprüfung der Freischaltungskriterien erfassen.

Nach dem Urteil „Werbeblocker III" wiederholte der Kartellsenat in der anderen anhängigen Revision nach dem OLG München (Az. 2225/15 Kart) seine Ausführungen zum Kartellrecht in seinem Urteil vom 10.12.2019[742]. Neben der bereits oben skizzierten Kritik an der Entscheidung des OLG München ergänzt der Kartellsenat in seinem Urteil vom 10.12.2019 jedoch, dass neben der möglichen Verwirklichung von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB andere kartellrechtliche Verbote zu Recht vom OLG München verworfen worden sind. So ist nicht von einer horizontalen Wettbewerbsbeschränkung und insbesondere nicht von einem koordinierten Bündel vertikaler Verträge im Sinne eines "Sternvertrags" auszugehen. Es fehlt auch an einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung. Auch das Vorliegen von § 21 Abs. 2 sowie Abs. 3 Nr. 3 GWB lehnt der Kartellsenat ab.

Abseits von kartellrechtlichen Ansprüchen führt der Kartellsenat in seinem Urteil vom 10.12.2020 außerdem noch kurz zum von der dortigen Klägerin behaupteten Verstoß gegen ihr „virtuelles Hausrecht" aus. Ohne

742 BGH, Urteil vom 10.12.2019 – KZR 57/19, K&R 2020, 302.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in der Sache zu entscheiden, ob es ein solches Recht überhaupt gebe, lehnt der BGH es unter Hinweis darauf ab, dass die Webseitenbetreiberin jedenfalls nicht erkennbar ein Verbot des Einsatzes von Werbeblockern ausgesprochen oder den Zugang zu ihren Internetseiten technisch oder vertraglich begrenzt hat.

Nach den Urteilen des Kartellsenats des BGH ist der Kampf um die Werbung im Internet noch immer nicht beendet. Gleichwohl werden die kartellrechtlichen Scharmützel aller Voraussicht nicht dazu führen, dass Adblock Plus vom Markt verschwindet. Vielmehr ist zu erwarten, dass Einzelheiten des Geschäftsmodells und des Marktverhaltens auf Seiten des Betreibers der Blockersoftware angepasst werden. Denn die Urteile des Kartellsenats enthalten keine Aussagen, die ein Totalverbot von Werbeblockern begründen können, insoweit lässt der Kartellsenat keinen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des I. Zivilsenats in „Werbeblocker II" aufkommen[743].

j) Fazit: Welche Fälle werden aktuell erfasst, welche nicht?

Tritt man nun einen Schritt zurück von den konkreten Streitgegenständen der oben dargestellten Gerichtsverfahren und der dazu ergangenen Literatur, stellt sich die Frage, was nun konkret von der Rechtsprechung erfasst wird – und welche Fälle nicht unmittelbar entschieden worden sind.

Mit Blick auf die Seite der Werbeblocker betreffen die Urteile, insbesondere alle obergerichtlichen Urteile sowie eingangsinstanzliche Urteile in Hauptsacheverfahren die konkrete Verletzungsform durch Adblock Plus. Damit wird in erster Linie das Angebot eines kombinierten Filterwerbeblockers betroffen, also eine Blockersoftware, die sowohl Blacklists einbezieht als auch eine Whitelist-Funktion zu Öffnung der Sperre enthält. Dabei ist zu beachten, dass in allen Verfahren die wirtschaftliche Komponente der Kostenpflicht der Aufnahme in die Whitelist für große Webseiten hinzukommt. Gegenstand war also immer ein kommerzielles, aber indirekt finanziertes Werbeblocker-Geschäftsmodell. Weiterhin von Bedeutung ist, dass die „Adblock Plus-Urteile" eine Browsererweiterung betreffen, die vom Nutzer aktiv installiert werden muss. Innerhalb dieser Erweiterung hat der Nutzer zudem Entscheidungsmöglichkeiten hinsichtlich der Art der Werbeblockade. Er kann also die reine Blacklist-Blockade,

743 Vgl. insoweit auch die Anmerkung des Verfassers zum Urteil „Werbeblocker III" in WRP 2019, 1578.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die nach den Kriterien der Acceptable Ads Initiative differenzierende Whitelist-Blockade oder eine individualisierte Whitelist-Blockade ggf. mit situativer Abschaltung der Blockadefunktionen wählen und ständig ändern.

Die übrigen von Axel Springer angestrengten einstweiligen Verfügungsverfahren betreffen Adblock Plus ähnliche Filterblocker, die jedoch teilweise leichte Unterschiede aufweisen. So waren das dem LG Stuttgart zur Entscheidung vorliegende Programm „Blockr"[744] und das beim LG Hamburg im Eilverfahren behandelte Programm „Admop"[745] Add-ons für das mobile Betriebssystem von Apples Smartphones und Tablets, die im AppStore kostenpflichtig heruntergeladen werden mussten. Im Gegensatz zu Adblock Plus wurde hier also der Nutzer zur Zahlung eines einmaligen Betrags verpflichtet. Beide Softwares waren in technischer Hinsicht jedoch auch Filterblocker, die standardmäßig als Blacklist-Blocker ausgestaltet waren und bei denen durch den Nutzer Whitelists aktiviert werden konnten, wobei sie nicht mit der Acceptable Ads Initiative verbunden waren. Gegenstand der Rechtsprechung waren folglich auch direkt durch Nutzer finanzierte Werbeblockerprogramme.

Beim LG Berlin war hingegen ein Browser für mobile Geräte mit inkludiertem Adblocker Gegenstand der Entscheidung[746], also nicht lediglich ein Browser-Add-on. Auch dieser Browser war für das mobile Apple Betriebssystem konzipiert und kostete den Nutzer bei Download einen einmaligen Kaufpreis. Auch der hier schon inkludierte Werbeblocker beruhte auf der Filtertechnologie. Über die Möglichkeit einer Whitelist lässt sich dem Tatbestand des Urteils nichts entnehmen. Auch der Umstand eines fest in einem Browser integrierten Werbeblockers war also bereits Gegenstand der Rechtsprechung.

Trotz der nicht unerheblichen Zahl von Gerichtsurteilen ist nicht jede Art von Internetwerbeblocker von der Rechtsprechung explizit behandelt worden. So betreffen die Urteile allesamt die Filtertechnologie im Endgerät des Nutzers. Nicht hingegen entschieden ist der Fall, dass ein Internet Service Provider eine Filtertechnologie einsetzt und Datenpakete in der Internetinfrastruktur blockiert. Bei dieser Konstellation dürften auch kaum Argumente aus den Urteilen übertragbar sein, da es in diesem Fall keinen vermittelnden Nutzer gibt, dessen Interessen zu beachten wären, und auch keine sich spontan aufdrängenden Schutzmechanismen für Webseitenbetreiber erkennbar sind.

744 LG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2015 – 11 O 238/15, K&R 2016, 362.
745 LG Hamburg, Urteil vom 3.5.2016 – 308 O 46/16, CR 2016, 782.
746 LG Berlin, Urteil vom 8.12.2015 – 16 O 449/15, K&R 2016, 360.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ein weiterer nicht behandelter Fall ist das „Perceptual Adblocking", das nicht auf Filterlisten beruht, sondern den Inhalt von Werbeanzeigen in Sekundenbruchteilen scannt und dann ausblendet. Hier wiederum zeigen sich erhebliche Parallelen zu den Filterblockern, weil die Blockade auch hier im Endgerät des Nutzers erfolgt. Ähnliches gilt bei reinen Trackingblockern, die mehr beiläufig Werbung blockieren.

Ein letzter denkbarer und nicht unmittelbar erfasster Fall ist die Bereitstellung von blockenden Host-Dateien, Blacklists für Router oder sonstige außerhalb des Browsers, sondern an Betriebssystem oder Netzwerkroutern ansetzende Blockiermethoden. Da hier keine besondere Software installiert wird, sondern lediglich die Funktionalität sowieso bestehender Soft- oder Hardware genutzt wird, kann nur auf die Bereitstellung entsprechender Listen abgestellt werden. Bei dieser Überlegung schließt sich sodann d er Kreis zu den Filterblockern wie Adblock Plus. Denn kein einziges U rteil musste sich mit der Frage auseinandersetzen, ob die Bereitstellung v on (Black-) Filterlisten an sich ein rechtlich zulässiges Verhalten ist. Dies w urde, wenn überhaupt, nur am Rande behandelt, da es dem Streitgegenstand folgend nur um das Angebot der gesamten Blockiersoftware ging.

Eine Stellungnahme zur Erstreckung der ergangenen Rechtsprechung auf diese Fälle wird unten unter Ziffer C. I. 5 abgegeben.

Mit Blick auf die klagenden Betreiber der Webseiten zeigt sich ebenfalls, dass vornehmlich nur eine bestimmte Art von Webseiten zur Bewertung stand: Online Portale von Zeitungen oder Fernsehsendern. Der Fokus lag damit durchweg auf Webseiten des Online-Journalismus und auf Multimediaplattformen. Nicht konkret geprüft wurde hingegen die Sachlage bei regelmäßig mit Werbung versehenen und gleichsam stark frequentierten Webseiten wie Suchmaschinen oder sozialen Netzwerken. Insgesamt gehen alle Entscheidungen von betroffenen Webseiten ohne Registrierungspflicht oder Notwendigkeit eines Log-ins aus. Wenn man jedoch von solchen Webseiten ausgeht könnte die Argumentation ebenfalls abweichen, insbesondere bei der Frage der Pressefreiheit. Auch hier soll in Ziffer C. I. 6. geprüft werden, ob sich die Rechtslage an dieser Stelle anders darstellt.

4. Rechtliche Analyse und Stellungnahme zur Rechtsprechung

In diesem Abschnitt erfolgt zunächst die rechtliche Analyse der Werbeblocker-Problematik auf Grundlage des „Standardfalls“ Adblock Plus (siehe dazu lit. a.). Diese Analyse betrifft schwerpunktmäßig das Lauterkeits- und Urheberrecht. Die kartellrechtliche Befassung erfolgt im Nachgang. Nach

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Analyse und rechtlichen Bewertung durch den Verfasser wird Stellung zum Urteil Werbeblocker II des BGH genommen (siehe dazu lit. b.). Es folgt ein Ausblick auf die Folgen des vorgenannten BGH-Urteils (siehe dazu lit. c.). Sodann werden Phänomene bewertet, die mit Internetwerbeblockern im weiteren Sinne vergleichbar sind (siehe dazu lit.d.)

a) Stellungnahme zur Rechtslage

Der nachfolgenden Stellungnahme liegt – in Kürze zusammenfasst – der Fall zu Grunde, der auch den meisten Gerichten zur Entscheidung vorlag. Dabei handelt es sich um eine multifunktionale Werbeblocker-Software, die vom Nutzer aktiv installiert werden muss und durch einfach verständliche Steuerung oder als reiner Blacklist-Blocker, als Whitelist-Blocker genutzt werden kann. Bei der Whitelist-Funktion kann auf eine vom Anbieter gestellte und der Refinanzierung der Software dienende Freischaltungsliste zurückgegriffen werden oder eine individuell einstellbare Whitelist erstellt werden. In der reinen Blacklist-Funktion blockt die Software jede Werbung, wobei hier außer Betracht bleiben soll, dass die Blacklists an sich ständiger Pflege bedürfen, um die effektive Werbeblockade zu bewerkstelligen. Bei der Whitelist-Funktion ist – wie bei Adblock Plus – die Kooperation mit dem Whitelist-Pfleger notwendig und kann bei Erreichen einer gewissen, vorab formulierten Schwelle kostenpflichtig sein. Wird nicht kooperiert, erfolgt keine Freischaltung durch die Whitelist, selbst wenn alle anderen zur Aufnahme in die Whitelist erforderlichen Kriterien erfüllt sind. Auf die dritte Funktion der individuell modifizierten Whitelist-Regeln kommt es wegen der weitgehenden Nutzerautonomie nicht an, da die Erwägungen zu den anderen Funktionen erst recht bei dieser Variante gelten. Andere Formen von Werbeblockern werden in Ziffer C. I. 5. behandelt.

aa) Lauterkeitsrecht (einschließlich allgemeines Zivilrecht)

Im Rahmen des Lauterkeitsrechts besteht eine Schwierigkeit der Bewertung darin, dass es sich bei Werbeblockersoftware wie Adblock Plus um ein kombiniertes Produkt aus Blacklist- und Whitelist-Blocker handelt. Deshalb lässt sich bei Betrachtung des konkreten Angebots eine Trennung zwischen reinem Blacklist-Blocker und der Whitelisting-Funktion nicht ohne logische Brüche vornehmen. Die von den Klägern teils durch An-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tragsstellung vorgenommene Trennung zwischen beiden Ausprägungen in einigen Rechtsstreiten beruhte scheinbar auf der Erwägung, dass die absolute Blockade auf Grundlage einer Blacklist als intensivster Eingriff in den gesamten Online-Werbemarkt angesehen wurde. Whitelisting führt hingegen zu einem Weniger an blockierten Werbeelementen. Gleichsam hat diese potentiell geringere Blockierintensität keinen Einfluss auf eine Webseite, deren Betreiber keine Aufnahme auf die Whitelist angefragt hat oder dessen Anfrage mangels Erfüllung sachlicher Werbekriterien abgelehnt worden ist. Für diese Seite wirkt Adblock Plus in beiden Funktionen gleich. Aus der Sicht eines derart vom Adblocking betroffenen Webseitenbetreibers mag das Blacklisting ein allgemeines Phänomen sein, wobei das Whitelisting eine individuelle Behinderung und nach dieser Logik die intensivere Eingriffsstufe darstellt.

Trotz der unterschiedlichen Wirkung der verschiedenen Funktionen ist die Werbeblocker-Software aber als Ganzes zu beurteilen, was vor allem bei Merkmalen wie dem Vorliegen einer geschäftlichen Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG sowie eines konkreten Wettbewerbsverhältnis gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG Bedeutung gewinnt. Die nachfolgende rechtliche Analyse erfolgt demnach nicht getrennt nach reinen Blacklist- und differenzierenden Whitelist-Blockern. Im Rahmen der eingleisigen Prüfung wird jedoch explizit darauf hingewiesen, sollten andere Angebote auf dem Markt der Filterblocker, die unter Umständen ein anderes Geschäftsmodell als Adblock Plus verfolgen, anders zu beurteilen sein.

Die lauterkeitsrechtliche Prüfung beginnt mit einem vorgelagerten Teil, der sich mit dem für alle Verbotstatbestände des UWG notwendigen Vorliegen einer geschäftlichen Handlung befasst (siehe dazu Ziffer (i)). Sodann wird entsprechend der Rechtsprechung das Vorliegen einer gezielten Mitbewerberbehinderung nach § 4 Nr. 4 UWG geprüft (siehe dazu Ziffer ii)), eine Stellungnahme zur allgemeinen Marktbehinderung nach § 3 Abs. 1 UWG abgegeben (siehe Ziffer (iii)) und eine Prüfung einer aggressiven Geschäftspraktik im Sinne von § 4a UWG vorgenommen (siehe Ziffer (iv)).

(i) Vorliegen einer geschäftlichen Handlung

Ausgehend von der Legaldefinition der geschäftlichen Handlung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ergeben sich bei der zu bewertenden Software auf den ersten Blick keine Probleme. Nach der Legaldefinition ist jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss erfasst, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

Das Angebot einer für den Nutzer kostenfreien Software wie Adblock Plus, ist nur vordergründig ein Indiz für das Fehlen einer geschäftlichen Handlung. In dem Anbieten eines kommerziellen Produkts, das dem Endnutzer wegen indirekter Finanzierung durch Dritte kostenfrei angeboten werden kann, ist recht deutlich eine geschäftliche Handlung zu erblicken. Insofern ist das Angebot der Software ein Verhalten des Anbieters zugunsten des eigenen Unternehmens, da im Endeffekt Gewinne erzielt werden sollen. Mit Blick auf die finanzierenden Whitelisting-Verträge ist das Angebot auch ein Verhalten vor einem Geschäftsabschluss – und zwar mit den potentiellen Kunden der Whitelist. Die Förderung des Absatzes der kostenpflichtigen Freischaltungsdienstleistung steht auch unschwer erkennbar im objektiven Zusammenhang mit dem kostenfreien Angebot der Software. Ohne Werbeblocker-Software ist die Freischaltung für den erst durch die Software geschaffenen Markt des „geblockten Netzes“ wertlos.

Eine künstliche Aufspaltung eines kombinierten Produkts wie Adblock Plus ist nicht statthaft. Man darf sich also nicht auf den Standpunkt stellen, dass ein Teil der Software unter Umständen isoliert betrachtet keine geschäftliche Handlung darstellen würde. Der Umstand, dass es möglich ist, Adblock Plus und ähnliche Angebote kostenlos herunterzuladen und sodann in der reinen Blacklist-Funktion oder einer nur individuellen Whitelist zu nutzen, kann nicht zu einer geteilten Bewertung führen. Die Erweiterung des Blacklist-Blockers um die Option, mit der Nutzer die kommerzielle Whitelist verwenden können, führt zur „Alles-oder-Nichts“-Bewertung. Wollte ein Werbeblocker-Anbieter also das Angebot so ausgestallten, dass es nicht als geschäftliche Handlung im Sinne des UWG verstanden wird, müsste er theoretisch eine eigenständige Software ohne die kommerzielle Whitelist-Option anbieten – sozusagen ein „Adblock Light“.

Jedoch bedarf es auch bei reinen Blacklist-Blockern, die ggf. durch individuelle Freischaltbefehle ergänzt werden können, eines genaueren Blicks auf das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung. Das bloße Abstellen auf die fehlende Refinanzierung im Sinne monetärer Leistungen durch Nutzer oder Dritte führt nicht zwingend zum Ausschluss der geschäftlichen Handlung. Zu Recht weist *Alexander* darauf hin, dass auch die Hingabe von Daten durch Nutzer als eine Art Gegenleistung qualifiziert werden könn-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

te[747]. Soweit das Verhalten der Nutzer eines kostenfreien Werbeblockers nämlich von dessen Anbieter getrackt, analysiert und nutzbar gemacht werden, kann bei kommerzieller Nutzung dieser Datensätze ebenfalls eine geschäftliche Handlung vorliegen. Nach demselben Argumentationsmuster wie beim indirekt kostenpflichtigen Whitelisting wäre die Software dann nämlich ein Verhalten vor einem Geschäftsabschluss und in objektivem Zusammenhang mit der Absatzförderung von Dienstleistungen. Diese Dienstleistungen können im datengetriebenen Wirtschaftsumfeld zur Zeit der Bearbeitung mannigfaltig sein, etwa eine Beratung auf Grundlage von Erkenntnissen über Nutzerverhalten oder Bereitstellung von Daten zur Speisung und Verbesserung von Algorithmen. Die pauschale Schlussfolgerung einer fehlenden geschäftlichen Handlung bei Fehlen von monetärer Kompensation durch Nutzer oder Whitelisting-Kunden verkennt, dass in der Internetwirtschaft oft eine „Metaebene" der Finanzierung möglich ist. Daten sind insoweit der Rohstoff für Big Data, die durch Data Mining Prozesse „raffiniert" werden und schlussendlich kommerziellen Wert erhalten. Das Fehlen einer geschäftlichen Handlung kommt einzig dann in Betracht, wenn in altruistischer Weise eine Software angeboten und gepflegt wird, ohne dabei jegliches kommerzielle Interesse zu verfolgen.

Dies wiederum führt dazu, dass ein Unternehmen als Anbieter von Werbeblockern sich praktisch nie auf das Fehlen einer geschäftlichen Handlung berufen können wird. Denn selbst beim oben genannten Beispiel eines „Adblock Light" wird ein Wirtschaftsunternehmen irgendeine Art von Geschäftsförderung bezwecken, sei dies allein ein Hinweis auf ein „Upgrade" zur voll funktionalen, kommerziellen Software. Überall wo eine kostenlose Software Teil eines Geschäftsmodells im Wortsinne ist, ist der Anwendungsbereich des UWG eröffnet. Heraus fallen einzig private Entwickler, wie in den Anfangsjahren der Adblocker noch anzutreffen waren. Im Zuge der Kommerzialisierung sind solche praktisch jedoch nicht mehr anzutreffen.

Unkompliziert ist zuletzt der Fall, dass eine Werbeblocker-Software für den Nutzer gegen Entgelt angeboten wird. Dann ist eine geschäftliche Handlung ohne weiteres anzunehmen.

747 Alexander, GRUR 2017, 1156, 1157.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(ii) Gezielte individuelle Behinderung eines Mitbewerbers, § 4 Nr. 4 UWG

Angesichts der in der herrschenden Rechtsprechung durchgängig abgelehnten Unlauterkeit auf Grundlage von § 4 Nr. 4 UWG und der sehr ausführlichen Auseinandersetzung mit diesem Thema durch *Kreutz*[748] beschränkt sich die Prüfung dieses Tatbestands auf die grundlegenden Merkmale und punktuelle nennenswerte Aspekte. Durch den ausreichenden Fundus an Interessenabwägungen im Schrifttum und Rechtsprechung ist eine weitere ausufernde Stellungnahme an dieser Stelle schlicht überflüssig. Deshalb wird im gebotenen Umfang eine eigene Bewertung der drei maßgeblichen Tatbestandsmerkmale gegeben.

(1) Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses

Anders als beim Merkmal der geschäftlichen Handlung reicht die Legaldefinition der Mitbewerber in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG nicht aus, um den Fall der Werbeblocker angemessen zu lösen. Dies liegt nicht zuletzt an der offenen Formulierung, wonach jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht, als Mitbewerber anzusehen ist. Ohne Zuhilfenahme der Rechtsprechung kann nicht abgesehen werden, ob ein notwendiges konkretes Wettbewerbsverhältnis vorliegt.

Da die Mitbewerberstellung im konkreten Verhältnis zwischen Anspruchsteller und Anspruchsgegner vorliegen muss, wird zunächst ein Webseitenbetreiber als Anspruchsteller herangezogen. Im weiteren Verlauf wird auch auf die Mitbewerberstellung von Werbenetzwerken eingegangen.

Die Rechtsprechung wendet bei der Auslegung des konkreten Wettbewerbsverhältnisses einen weiten Maßstab an. Dies wird mit dem grundsätzlichen Interesse an einem wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutz begründet[749]. Der BGH wendet bei der Prüfung der Mitbewerberstellung folgende essentiell komprimierte Definition an: Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht nicht nur dann, wenn zwei Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucher-

748 Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 173ff.

749 Ständige Rechtsprechung des BGH, aus der jüngeren Rechtsprechung etwa WRP 2017, 1085 – *Wettbewerbsbezug*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kreises abzusetzen suchen. Es besteht vielmehr auch dann, wenn zwischen den Vorteilen, die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann[750]. Daraus lassen sich die zwei Fälle des Substitutions- und des Behinderungswettbewerbs entnehmen[751].

Um einen Fall des Substitutionswettbewerbs handelt es sich offensichtlich nicht. Das Angebot eines Werbeblockers oder auch einer Freischaltungsdienstleistung für eine Whitelist ist weder eine gleiche, noch eine gleichartige Dienstleistung zum Bereitstellen von Werbeplätzen gegen Entgelt (bei Webseitenbetreibern) oder der Zurverfügungstellung von werbenahen Dienstleistungen (bei Werbenetzwerken).

Ein Behinderungswettbewerb ist hingegen zu bejahen. Denn der Vorteil des Werbeblocker-Anbieters durch seine Software liegt in der Schaffung eines Marktes, zu welchem nur der Anbieter selbst einen Zugang einrichten kann. Die Nachteile der Webseitenbetreiber liegen in den nicht nur potentiellen, sondern greifbaren Einschränkungen bei der Vermarktung der eigenen Werbeflächen. Der erhöhte Einsatz von Werbeblockern führt zu geringeren Download-, Klick- und sonstigen „Conversion"-Zahlen, die wiederum zur Abrechnung gegenüber den Werbenden üblich sind. Daraus ergibt sich auch ohne Schwierigkeiten das Vorliegen der geforderten Wechselwirkung der Wettbewerbsförderung der Werbeblocker-Anbieter mit der Beeinträchtigung der Webseitenbetreiber. Ein Einsatz der Software führt zwangsläufig zur Beeinträchtigung der Werbeausspielung und –abrechnung. Auf der Ebene der Subsumtion des geltenden Gesetzeswortlauts einschließlich der durch die Rechtsprechung geformten Definition muss ein konkretes Wettbewerbsverhältnis demnach bei konsequenter Anwendung bejaht werden. Der Werbeblockeranbieter ist damit als Mitbewerber der Webseitenbetreiber anzusehen.

Hinzu kommt, dass der BGH im „Fernsehfee"-Urteil[752] bereits einen im Prüfungspunkt des Wettbewerbsverhältnisses ähnlich gelagerten Fall zu entscheiden hatte – und eine Mitbewerberstellung bejahte. Die wenig technisch, sondern vor allen Dingen wirtschaftlich geprägte Prüfung des konkreten Wettbewerbsverhältnisses beim TV-Werbeblocker weist auch erhebliche Ähnlichkeiten zum aktuellen Online-Werbeblocker auf. In bei-

750 BGH, Urteil vom 10.4.2014 – I ZR 43/13, WRP 2014, 1307 – *nickelfrei.*
751 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 2, Rn. 108a, 109b.
752 BGH, Urteil vom 24.6.2004 – I ZR 26/02, GRUR 2004, 877 – *Werbeblocker I.*

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Fällen steht auf Seiten des Medienanbieters ein werbefinanziertes, für den Nutzer kostenloses Angebot. Ebenso ist in beiden Fällen ein Produkt ersichtlich, das dem Nutzer Hilfe leistet, Werbeelemente aus seiner Wahrnehmung zu bannen. Ein Unterschied liegt jedoch darin, dass der TV-Werbeblocker gegen Entgelt und monatliche Abonnementkosten finanziert worden ist, während ein kombinierter Whitelist-Blocker ein indirektes Finanzierungsmodell anwendet.

Der BGH argumentierte im Fall „Fernsehfee" wie folgt: Der Werbeblocker-Anbieter wandte sich mit seinem Angebot genau wie der Medienanbieter an Konsumenten – wenn auch mit umgekehrter Zielrichtung. Während ein Medienanbieter möglichst viele Zuschauer zu erreichen versucht, um sein Angebot lukrativ zu machen, wendet sich der Anbieter des Blockers an Zuschauer, die statt der Werbung lieber Sendebeiträge eines zu dieser Zeit werbefreien Senders sehen wollten. Schon eine geringere Anzahl von Werbezuschauern mindere laut BGH aus der Sicht der Werbekunden die Attraktivität der vom Medienanbieter angebotenen Werbesendeplätze und könne daher den Absatz eben jener Plätze behindern.

Überträgt man dieses Judiz auf Internetwerbeblocker zeigt sich eine hohe Schnittmenge. Auch hier wird von beiden Seiten um Konsumenten gebuhlt, die entweder die Webseiten mit Werbung betrachten oder umgekehrt die Software nutzen. Ebenfalls mindert eine geringere Anzahl von Besuchern einer Webseite, welche die dort ohne Software an sich ausgelieferten Werbeanzeigen wegen des Einsatzes eines Werbeblockers nicht mehr wahrnehmen, die Attraktivität der Werbeplätze für die Werbekunden. Dass der Vorteil des TV-Werbeblockeranbieters in einem unmittelbaren Entgelt vom Nutzer liegt, der Vorteil beim kommerziellen Whitelisting dagegen in der Schaffung eines erst nachfolgend zur indirekten Finanzierung genutzten Marktzugangs liegt, rechtfertigt keine andere Bewertung. In beiden Fällen ist der Vorteil im Endeffekt geldwert. Wann dieser monetäre Erfolg eintritt, ist weniger entscheidend, als der Umstand, dass die Attraktivität der Werbeplätze unmittelbar gemindert wird. Eine Mitbewerberstellung zwischen Webseitenbetreiber und Werbeblockeranbieter ist demnach anzunehmen.

Eine Besonderheit wohnt allerdings dem Fall „Adblock Plus" inne, die mit Recht thematisiert worden ist: zur Finanzierung des Werbeblockers wird pikanterweise der Webseitenbetreiber herangezogen. Webseitenbetreiber sind folglich potentielle Abnehmer der Freischaltungsdienst-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

leistung, womit sie auch als sonstige Marktteilnehmer anzusehen sind[753]. Die gleichzeitige Qualifizierung ein und derselben Person als Mitbewerber wie auch als sonstiger Marktteilnehmer bereitete der 37. Zivilkammer des Landgerichts München I wie auch *Köhler* scheinbar ein unüberbrückbares Störgefühl. Den durch die Werbeblockersoftware herbeigeführten Bedarf für die Freischaltungsdienstleistungen sehen beide als kartellrechtlich zu klärende Frage an und entziehen ihn daher dem lauterkeitsrechtlichen Tatbestand der Mitbewerberbehinderung. Die Beeinträchtigung der Webseitenbetreiber müsste dann im Vertikalverhältnis nach § 4 Nr. 1 UWG a.F. bzw. § 4a UWG n.F. geprüft werden. Diese Ansicht geht mit einer hier nicht befürworteten Aufspaltung des Geschäftsmodells des kommerziellen Whitelisting in das Angebot der Software auf erster Stufe und der Freischaltung auf zweiter Stufe einher. Wenn man jedoch eine solche Aufspaltung vornehmen möchte, steht die Qualifikation als Mitbewerber und als sonstiger Marktteilnehmer nicht in einem logischen Konflikt. Denn auf der ersten Stufe – dem isolierten Angebot der Software – kann eine Mitbewerberstellung angenommen werden, ohne dass Webseitenbetreiber sonstige Marktteilnehmer wären. Für eine rein kartellrechtliche Bewertung dieser Frage sprechen keine triftigen Gründe und widersprechen gar dem Grundsatz der Doppelkontrolle[754]. Auf der zweiten Stufe – dem isolierten Freischaltungsangebot an die Webseitenbetreiber – kommt dann aber mangels Substitution oder Behinderung kein konkretes Wettbewerbsverhältnis in Betracht, sondern nur eine Stellung als sonstiger Marktteilnehmer.

Soweit in verwandten Fällen eine Werbeblockersoftware an Nutzer nur gegen Entgelt vertrieben wird, liegt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis nach den obigen Erwägungen erst recht vor. Der im Rahmen der Prüfung der geschäftlichen Handlung angerissene Fall, in welchem ein Werbeblockeranbieter eine Gegenleistung in Form der Datenhingabe begehrt, um diese nachfolgend zu monetarisieren, führt ebenfalls zu einer Mitbewerberstellung. Hier gelten dieselben Regeln wie beim kommerziellen Whitelisting. Es kann nämlich im Sinne eines effektiven Schutzes vor Behinderung keinen Unterschied machen, auf welche Weise ein Behinderungswettbewerb zuletzt in Gewinn gemünzt wird. Ob hierfür der Nutzer direkt, der Webseitenbetreiber indirekt oder gar ein Vierter als Nutznießer zahlt, ändert die Qualität der Beeinträchtigung der Webseitenbetreiber

753 Vgl. LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14, WRP 2015, 927; Köhler, WRP 2014, 1017, 1021.

754 Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4, Rn. 4.18.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch die Beeinflussung der Werbeausspielung und -abrechnung nicht. Ein Fall, in welchem das Angebot einer Werbeblockersoftware zwar eine geschäftliche Handlung darstellt, jedoch kein konkretes Wettbewerbsverhältnis begründet wird, ist nach hiesigem Verständnis nicht möglich.

Stellt man hingegen auf Seiten der Anspruchsteller nicht auf einen Webseitenbetreiber, sondern auf ein Werbenetzwerk ab, verändert sich die Lage. Denn ein Werbenetzwerk wird nicht in originär eigenen Positionen beeinträchtigt. Ein Werbenetzwerk ist ein Intermediär zwischen Webseitenbetreiber und Werbenden, der beiden Enden der Wertschöpfungskette einen Dienst zur Vereinfachung des Werbeprozesses erbringen kann. Es verfügt hingegen nicht über eigene Werbeplätze, die gemäß der BGH-Argumentation im „Fernsehfee"-Fall durch den Werbeblocker in ihrer Attraktivität beeinträchtigt werden können. Das Werbenetzwerk muss den Markt folglich so hinnehmen, wie er sich zu einem gewissen Zeitpunkt präsentiert. Durch die Bündelung von fremden Werbeplätzen und der Schaffung einer bequemen Plattform für Werbende verdient sich ein Werbenetzwerk eine Provision. Ob ein Werbeplatz hingegen einen Abnehmer findet oder besser, ob ein Werbeplatz durch die Nutzung von Werbeblockersoftware nicht mehr vermittelt werden kann, stellt eine mittelbare Folge dar. Im Rahmen des Behinderungswettbewerbs stellt sich hier also die Frage, ob es sich noch um ein wechselwirkendes Verhältnis handelt oder schon eine nicht ausreichende rein reflexartige Beeinträchtigung[755] der Werbenetzwerke vorliegt.

Dies könnte man zugunsten des konkreten Wettbewerbsverhältnisses entscheiden, wenn man als Faktum heranzieht, dass Werbeblocker im ganz maßgeblichen Umfang Filterbefehle für von Adservern bezogene Werbeelemente ausführen und damit in der Sphäre des Werbenetzwerks wirken. Praktisch sind es auch die Werbenetzwerke, die maßgeblichen Einfluss auf die Standardisierung von Werbemitteln haben und für die Ausspielung von „inakzeptabler" Werbung mitverantwortlich sind. Der weitere Umstand, dass sich Werbenetzwerke wie Webseitenbetreiber über die Whitelist freischalten lassen können und es wohl denkbar ist, dass Adserver-URLs von nicht gewhitelisteten Werbenetzwerken blockiert werden, obschon ein Webseitenbetreiber sich selbst hat freischalten lassen, sprechen für ein Wettbewerbsverhältnis. So ist bei Lichte betrachtet auch davon auszugehen, dass das kommerzielle Whitelisting durch seine Wirkungen dazu geeignet ist, ein bestimmtes Werbenetzwerk aus seiner Mittelposition in der Werbeausspielungskette zu verdrängen. Dies alles stellt

755 Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 2, Rn. 109a.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mehr dar als eine bloß reflexartige Beeinträchtigung. Auch Werbenetzwerke sind folglich als Mitbewerber der Werbeblockeranbieter anzusehen.

Dieses Ergebnis kann vor dem Hintergrund neuester Entwicklungen bei der Eyeo GmbH, die über die Acceptable Ads Platform[756] eine Art eigenes Werbenetzwerk aufbaut, mittlerweile sogar über das Argument des Substitutionswettbewerbs gelöst werden. Denn durch diese neue Plattform können adressierte Werbende mittlerweile wählen, ob sie ein klassisches oder eben das Whitelist-Werbenetzwerk mit der Werbeplatzierung beauftragen.

(2) Behinderung

Da bereits im Großteil aller Fallkonstellationen das konkrete Wettbewerbsverhältnis aus dem Gesichtspunkt des Behinderungswettbewerbs gefolgert worden ist, ist es logisch zwingend auch das Merkmal der Behinderung anzunehmen. Unter Behinderung wird nach herrschender Meinung die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Mitbewerbers verstanden[757]. Die Behinderung kann sich dabei auf alle Wettbewerbsparameter des Mitbewerbers wie beispielsweise Absatz, Bezug, Werbung oder Finanzierung beziehen[758]. Die Eignung der geschäftlichen Handlung zur Behinderung genügt, eine solche muss also nicht tatsächlich eingetreten sein[759].

Diese Behinderung ist mit Blick auf Webseitenbetreiber insbesondere mit Blick auf den Absatz ihrer Dienstleistung der Zurverfügungstellung von Werbeplätzen, auf die Platzierung von Eigenwerbung und auf die generelle Finanzierung des eigenen Angebots greifbar. Ähnliches gilt im Verhältnis zu Werbenetzwerken, wobei auch hier auf die bereits beim Wettbewerbsverhältnis angeführten Umstände zu verweisen ist. Als Intermediär sind diese wohl nicht durch die Entwertung eigener Werbeplätzen und im Refinanzierungsinteresse von kostenlosen Angeboten betroffen. Gleichsam ist die teils direkt auf Werbenetzwerke, insbesondere deren Adservern, abstellende Wirkung eine Beeinträchtigung der Entfaltungsmöglichkeiten der Netzwerke. So kann die Blockade aller von einem Adserver ausgelieferten Werbeelemente den Absatz der Vermittlungs- und Abwick-

756 S.o. Ziffer C. I. 1. f).
757 Vgl. etwa BGH, Urteil vom 11.10.2017, I ZR 210/16, GRUR 2018, 317 – *Portierungsauftrag*.
758 BGH, Urteil vom 24.6.2004 – I ZR 26/02, GRUR 2004, 877 – *Werbeblocker I.*
759 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4, Rn. 4.6.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lungsdienstleistungen intensiv stören. Daran ändert sich im Übrigen auch nichts, wenn man Werbenetzwerke und konkret Eyeo als Mitbewerber qua Substituierbarkeit ansieht. Die Behinderungsthematik wird dadurch nicht ausgeschlossen oder abgemildert.

(3) Gezieltheit

Das Merkmal der Behinderung alleine kann jedoch nicht zu einem Verbot einer geschäftlichen Handlung führen. Vielmehr erfordert § 4 Nr. 4 UWG durch das Erfordernis, dass die Behinderung gezielt sein muss, besondere unlautere Merkmale der Behinderung. Ohne auf die dogmatischen Einzelheiten einzugehen, soll an dieser Stelle das grundsätzliche Prüfungsprogramm des BGH kurz skizziert werden, um sodann ein Einschätzung mit Blick auf Webseitenbetreiber und Werbenetzwerke abzugeben.

(a) Prüfungsmaßstab der Rechtsprechung

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH prüft der I. Zivilsenat mit folgendem Definitionssatz[760]:

> "Eine unlautere Behinderung von Mitbewerbern setzt eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Mitbewerber voraus, die über die mit jedem Wettbewerb verbundene Beeinträchtigung hinausgeht und bestimmte Unlauterkeitsmerkmale aufweist. Unlauter ist die Beeinträchtigung im Allgemeinen dann, wenn gezielt der Zweck verfolgt wird, Mitbewerber an ihrer Entfaltung zu hindern und sie dadurch zu verdrängen, oder wenn die Behinderung dazu führt, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, lässt sich nur aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Interessen der Mitbewerber, Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit beurteilen"

760 Zitiert nach BGH, Urteil vom 12.1.2017, I ZR 253/14, GRUR 2017, 397 – *World of Warcraft II*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die erste zu prüfende Frage ist, ob gezielt der Zweck verfolgt wird, Mitbewerber in ihrer Entfaltung zu hindern und sie damit zu verdrängen. Diese Alternative wird regelmäßig als Verdrängungsabsicht bezeichnet, erschöpft sich jedoch nicht in der subjektiven Zielsetzung, sondern bedarf eine konkrete objektive Verwirklichung[761].

Entsprechende Fälle in diesem Kontext sind rar und soweit ersichtlich wurde noch in keiner obergerichtlichen Entscheidung die Verdrängungsabsicht angenommen. Möglich wäre eine Verdrängungsabsicht vor allem im Preiswettbewerb, in welchem ein Mitbewerber ökonomisch schlicht unsinnig günstige Preise aufruft, um Mitbewerber vom Markt zu verdrängen. Hingegen reicht hier keine rein abstrakte Gefahr aus[762]. Der Verdrängung wohnt eine Absolutheit inne, die eine Verdrängung vom konkreten Markt insgesamt erfordert. Liegen lediglich Einschränkungen in gewissen Teilaspekten der wettbewerblichen Entfaltung auf einem bestimmten Markt vor, kann nicht von einer Verdrängung gesprochen werden. Es bedarf also ähnlich dem Kartellrecht einer Marktabgrenzung, um eine Verdrängung von eben diesem Markt feststellen zu können. Beruhen neue Geschäftsmodelle hingegen auf dem (Fort-)Bestehen aktuell vorhandener Angebote am Markt, kann schon logischerweise nicht von einer Verdrängung gesprochen werden[763]. Solche abhängigen oder abgeleiteten Geschäftsmodelle stehen und fallen mit dem „Mutterangebot", sodass kein Interesse an einer Verdrängung bestehen kann.

Die zweite zu prüfende Frage ist, ob die Behinderung dazu führt, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können. Die Auflösung des unbestimmten Gesetzeswortlauts der gezielten Behinderung mit einer weiteren offenen Formulierung führt zum Erfordernis einer Interessenabwägung. Im Rahmen einer dann vorzunehmenden Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Interessen der Mitbewerber, Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit haben die befassten Gerichte verständlicherweise eine hohe Einschätzungsfreiheit. Abstrakte Regeln zur Vornahme der Interessenabwägung bestehen nicht, vielmehr versucht die Kommen-

761 Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4, Rn. 4.9; Büscher, GRUR 2018, 1, 7.

762 BGH, Urteil vom 30.3.2006, I ZR 144/03, GRUR 2006, 596 – *10% billiger*; Urteil vom 2.10.2008, I ZR 48/06, GRUR 2009, 416 – *Küchentiefstpreis-Garantie*.

763 So in den Fallgestaltungen bei BGH, Urteil vom 22.6.2011, WRP 2011, 1469 – *Automobil-Onlinebörse*; Urteil vom 30.4.2014, WRP 2014, 839 – *Flugvermittlung im Internet*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tarliteratur an dieser Stelle eine Bildung von Fallgruppen. Die gezielte Behinderung ist damit eine deutsche Ausprägung des an sich systemfremden „Caselaws". Mangels zwingender Bindungswirkung früherer Entscheidungen kann eine Fallgruppe jedoch immer nur Anhaltspunkte für die Bewertung zukünftiger Fälle geben. Fallgruppen helfen insoweit auch vor allem dort, wo ein Standardfall zu beurteilen ist. Neuartige Fälle, die zwischen diesen weitestgehend anerkannten Fallgruppen liegen, müssen jedoch aufgrund konkreter und sorgfältiger Ermittlung und Abwägung der Interessen entschieden werden.

(b) Gezielte Behinderung von Webseitenbetreibern

Der zweistufigen Prüfung des BGH folgend gilt für die gezielte Behinderung eines Webseitenbetreibers Folgendes.

(aa) Verdrängungsabsicht

Bei der Frage nach der Verdrängungsabsicht muss beachtet werden, dass ein Internetwerbeblocker ein abhängiges Produkt ist. Egal welche kommerzielle Strategie der Werbeblockerbetreiber beim Vertrieb der Software verfolgt, die Software ist nur dann für den Nutzer interessant, wenn die Medienumgebung Anlass zur Blockade bietet. Im Extremfall eines werbefreien Mediums könnte ein Werbeblocker logischerweise nicht existieren. Im Übrigen gilt: je mehr Werbung dem Nutzer ausgespielt wird, desto eher wird er sich gestört fühlen und ein Bedürfnis für einen Werbeblocker haben. Werbeblocker bedienen unter anderem das Bedürfnis nach Eindämmung fremdbestimmter Kommunikationsaufforderung. Sie geben dem Adressaten ein Werkzeug zur Vermeidung von unerwünschter Werbung mitsamt allen daran hängenden Prozessen wie Tracking oder Virengefahr. Bei der Frage der Verdrängung macht es aber im Ergebnis keinen Unterschied, ob die Software dem Nutzer gegen Entgelt überlassen wird oder aber indirekt finanziert wird. In beiden Fällen liegt keine Verdrängungsabsicht vor, weil weder objektive Hinweise auf die absolute Verdrängung vorliegen, noch nachvollziehbare Motive für eine Absicht der Verdrängung im Rechtssinne erkennbar sind.

Bei einer für den Nutzer kostenpflichtigen Software kann nicht darauf geschlossen werden, dass es dem Anbieter nur auf den eigenen Absatz ankommt. Die Argumentation, dass der Anbieter bei Forderung einer

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einmaligen Zahlung nur im Hier und Jetzt agiert und die absolute Verdrängung von kostenfreien Medien im Internet bezweckt, greift zu kurz. Denn ein Anbieter einer Software hat selbst ein Interesse möglichst lange am Markt verfügbar zu sein und damit immer neue zahlende Kundschaft zu generieren. Eine Verdrängungsabsicht wäre nur dann denkbar, wenn in einem Schwung nahezu jeder Internetnutzer die Software „kaufen" würde und dann das werbefinanzierte Internet einen raschen Todeskampf verliert. Der Softwareanbieter hätte seinen einmaligen Umsatz gemacht und müsste sodann seinen Betrieb einstellen, weil es kein Bedürfnis mehr für das Produkt gibt. Ein solches Szenario ist jedoch nicht realistisch, weil ein kostenpflichtiges Angebot im konkreten Markt nicht ausreichend attraktiv ist.

Im Internet kann die oben genannte Fallgruppe der unlauteren Preisunterbietung wegen der oft zitierten „Umsonst-Kultur" (jedenfalls aktuell) generell nicht funktionieren. Eine Preisüberbietung kann aber schon logischerweise nicht zur Verdrängungsabsicht führen. Preise können zudem im Verhältnis der hier maßgeblichen Mitbewerber kein wichtiger Umstand sein, weil die Leistungen nicht substituierbar sind und kein Preisvergleich möglich ist. Der strategische Ansatz eines einmaligen Kaufpreises zeugt insgesamt aber mehr davon, dass nicht die Masse der Internetnutzer angesprochen wird, sondern ein bewusst agierender und zahlungsbereiter Nutzer. Dies ist eine Nische, die faktisch keine Verdrängung herbeiführt. Jeder Rückschluss auf eine Verdrängungsabsicht ist deshalb verfehlt.

Doch auch bei einem indirekten Finanzierungsmodell a la Adblock Plus kann keine absolute Verdrängung erkannt werden. Konkret fordert Eyeo etwa eine erfolgsabhängige Vergütung von Webseitenbetreibern oder Werbenetzwerken. Das bedeutet gleichzeitig, dass ohne Erfolg gar keine Vergütung anfällt. Allein deshalb ist das Geschäftsmodell von dem Fortbestehen des aktuellen status quo abhängig und eine Verdrängung der werbefinanzierten Medien aus dem Web widersinnig. Der Erfolg des Geschäftsmodells erfordert eine besondere Balance an Verbreitung der Software. Denn eine zu hohe Verbreitung der Werbeblockersoftware würde den Bedarf für die Software beim Nutzer auf lange Sicht negieren. Bei einer nahezu allumfassenden Ausstattung von Nutzern mit Werbeblockern würden werbefinanzierte Webseiten nicht mehr existieren können. Wenn aber das etablierte Modell der Werbefinanzierung aufhören würde zu existieren, gäbe es weder einen Bedarf für Werbeblocker, noch für die finanzierende Freischaltung von Werbung. Der Betreiber eines Whitelist-Geschäftsmodells wird also ein Interesse daran haben, dass ein beachtlicher Teil der Nutzer noch als „Nährgrundlage" des werbefinanzierten Internets existiert.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Rahmen strategischen Vorgehens könnte dies sogar soweit führen, dass ab einer gewissen Verbreitung eine Art Downloadstopp vorgenommen werden sollte, um ein gewisses Maß der Verbreitung nicht zu überschreiten. Auf der anderen Seite ist eine zu geringe Verbreitung der Software hinderlich, weil dadurch die Freischaltungsdienstleistung nicht attraktiv ist. Die Adblockerrate sollte deshalb (schätzungsweise) nicht höher als 50% betragen.

Ein weiteres Argument gegen die Annahme einer Verdrängungsabsicht ist die technische Wirkweise von Filterblockern. Diese können nur gewisse Arten von Werbung blockieren, die durch die URL oder besondere Merkmale erkannt werden. Daraus folgt im Umkehrschluss eine gewisse Zahl von Werbeelementen, die unblockierbar sind oder auf diese Weise ausgestaltet werden. Demnach betrifft die Verdrängung nur einen gewissen Teil der Markttätigkeit und eben nicht die absolute Verdrängung von werbefinanzierten Webseitenbetreibern.

(bb) Beeinträchtigung der Fähigkeit des Mitbewerbers, eigene Leistungen in angemessener Weise zur Geltung zu bringen

Auf der zweiten Stufe der Lauterkeitsprüfung geht es darum, ob Webseitenbetreiber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung noch in angemessener Weise zur Geltung bringen können. Hier ist die im Ergebnis alles entscheidende Interessenabwägung vorzunehmen. Diese fällt nach hier vertretener Ansicht – in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur – im Ergebnis zugunsten der Werbeblockerbetreiber aus. Webseitenbetreiber, auch (Qualitäts-) Medienanbieter, sind nicht derart in der eigenen Marktentfaltung beschränkt, dass das technische und gesellschaftliche Phänomen des Werbeblockens verboten werden könnte.

Aufgrund der vielen ausführlichen Auseinandersetzungen in Rechtsprechung und Literatur beschränkt sich diese Bearbeitung auf die folgenden grundlegenden Argumente, die den Ausschlag zugunsten der Werbeblocker geben:

(aaa) Nutzerautonomie

Das überragende Argument für die Zulässigkeit von Internetwerbeblockern ist nach hiesigem Dafürhalten die Nutzerautonomie beim Einsatz

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Blocker. Diese Autonomie besteht von Beginn an und bleibt auch zu jeder Zeit der Nutzung der Blockersoftware vorhanden. Es liegt jederzeit am Nutzer, ob er sich dem werbefinanzierten Web als „Substrat" zur Verfügung stellt oder aber er sich dieser Monetarisierung seiner Aufmerksamkeit entzieht. Schon der Download erfolgt eigenverantwortlich. Gerade bei den Browsererweiterungen wie Adblock Plus ist der Download eine aktive Tat. Auch bleibt zu jeder Zeit die Blockersoftware derart programmierbar, dass sie insgesamt oder partiell für einzelne Seiten deaktiviert werden kann. Die Möglichkeit zur Erstellung persönlicher Filterlisten bildet ebenfalls die individuellen Wünsche des Nutzers ab. Vollfunktionale Filterlistenblocker ermöglichen dem Nutzer also eigenen Willen im Netz durchzusetzen und nicht bloß Empfänger von Daten und Informationen zu sein. Werbeblocker sind technisch fundamental in die Internetkommunikation eingebunden, welche eine mehrpolige Interaktion und keine Einbahnstraße ist. Der Werbeblocker übersetzt sozusagen den Nutzerwillen zu keiner oder weniger Werbung im Web in die Sprache des HTTP-/TCP-/IP-Protokolls.

Alle Versuche, diese Nutzerautonomie zu widerlegen, setzen an der unbestreitbar hohen Beteiligung des Werbeblockerbetreibers bzw. mit ihm verbundener Personen an. So wird versucht herbei zu argumentieren, dass der Nutzer praktisch gar nicht die Macht über den Blockiervorgang habe. Es ist zwar richtig, dass ohne gut gepflegte Blacklists keine effektive Blockade von Display-Werbung möglich ist. Da diese Blacklists aber nicht von den Nutzern selbst stammen, so könnte argumentiert werden, stellen sie nicht den vorbehaltlosen Willen der Nutzer dar. Dieser Gedanke ist falsch. Denn ein Werbeblockernutzer wünscht im Ausgangspunkt eine effektive Blockade von Werbeelementen. Welche Elemente genau in einer Blacklist enthalten sind, ist ihm egal. Wenn die effektive Blockade errichtet ist, liegt es wiederum am Nutzer eigene Ausnahmefilter zu setzen. Etwas anders liegt der Fall bei vorgefertigten Whitelists. Aber auch hier kann man nicht maßgeblich in Zweifel ziehen, dass der Nutzer die Einbindung der fremden Liste jederzeit modifizieren oder beenden kann. Zur Freiheit der Nutzer gehört insoweit nun mal auch, dass man sich die Mühen von anderen zu Eigen machen darf.

Um die alles überragende Nutzerautonomie führt auch nicht der Gedanke herum, dass Anknüpfungspunkt der Unlauterkeit die Zurverfügungstellung eines Werkzeugs für den Nutzer ist, sodass sich der Anbieter nicht hinter dem Endnutzer verstecken könne. Denn natürlich dürfen keine Werkzeuge zu eindeutig verbotenen Tätigkeiten vertrieben werden. Aber ob das Ausblenden von Werbung für sich gesehen ein verbotenes Tun

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

darstellt, ist gerade nicht eindeutig, sondern höchst kompliziert und von mannigfaltigen Interessen abhängig, auf die im Weiteren noch eingegangen wird. Ein Werbeblocker kann allein deshalb nicht mit dem Vertrieb von offensichtlich rechtswidrigen „Piraten"-Karten für Pay-TV Dekoder verglichen werden[764]. Hinzu kommt, dass diese „Piraten"-Karten einen Zugang durch eine „Paywall" hindurch ermöglichen. Webangebote sind aber gerade kostenlos im monetären Sinne, sodass hier keine Bezahlschranke umgangen wird.

(bbb) Selbstschutz des Nutzers

Beim Nutzer ist ein erhebliches Interesse zum Selbstschutz vor Werbung und ihren verborgenen Begleitprozessen anzuerkennen. Der Medienmarkt im Internet, der von den 1990er Jahren an durch einige alteingesessene Unternehmen aus den klassischen Medien wie Print und Rundfunk mitgeprägt worden ist, zeigte eine für Nutzer spürbare Entwicklung hin zu intensiveren Werbeformen. Aus dem eigenen Internetkonsum wird der Leser sicherlich kennen, dass Pop-Ups oder Prestitials faktisch zur Wahrnehmung zwingen. Die Implementierung solcher Werbeformen folgte scheinbar dem Selbstbild der Medienanbieter, die auf „ihren" Seiten ausspielen dürfen, was sie wünschen – nicht was der Nutzer wünscht. Denn es liegt ja auch bei den hergebrachten Medien allein in der Hand der Anbieter, welche Werbung in „ihrer" Zeitung oder in „ihrem" Programm erscheint. Ein Selbstschutz des Adressaten vor Werbung war bei einer Print Ausgabe nur im Umblättern oder gesamten Fernbleiben der Ausgabe möglich. Beim TV/Radio konnte der Nutzer umschalten, was dann auch legaler Weise ein „Werbeblocker", besser ein „Umschaltassistent", bewerkstelligen konnte. Feedback an die Anbieter konnte nur über Verkaufszahlen oder Einschaltquoten erreicht werden, die andererseits auslegungsbedürftig waren, weil die Rezipienten schließlich auch bloß das Programm nicht gutheißen könnten. Im Internet hingegen besteht durch die dargestellte Funktionsweise zum ersten Mal eine konkrete Handhabe gegen ausgespielte Werbung. Der Nutzer muss technisch nicht alles laden, was der Anbieter im wörtlichen Sinne anbietet. Er kann in seinem Bereich bestimmen, was er angezeigt erhalten möchte.

Selbstschutz bedeutet in diesem Zusammenhang jedoch nicht Schutz gegen illegale Einwirkungen, die der Nutzer rechtlich nicht zu dulden

764 Dahingehend Engels, GRURPrax 2015, 338.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hätte. Denn die meiste geläufige Display-Werbung ist auch nach hier vertretener Ansicht nicht lauterkeitsrechtlich unzulässig[765]. Gleichsam kann nicht aus der Legalität eines Verhaltens auf eine korrespondierende Pflicht zur Duldung dieses Verhaltens im interpersonellen Kontakt geschlossen werden. Nur weil es legal ist, fremde Menschen in der Öffentlichkeit anzusprechen und ihnen Werbebotschaften zu vermitteln, folgt noch keine Pflicht des Passanten die werbliche Ansprache zu dulden. Selbstschutz, etwa durch das Wechseln der Straßenseite, abwehrende Gesten und schlichter Ignoranz, ist selbstredend erlaubt. Nichts anderes darf aber in der Internetkommunikation gelten, die anders als Print und Rundfunk, aber parallel zur artikulierten Ansprache beide Teilnehmer der Interaktion befähigt die Kommunikation zu prägen. Die Einstellung des Nutzers in seinem Browser, wonach Werbung nicht zu laden ist, entspricht insoweit im Internetkommunikationsvorgang dem Wechsel der Straßenseite, mithin der Selbstentzug aus der Reichweite der Werbung. Dieses Vorgehen des Einzelnen muss respektiert werden.

Dies umso mehr, als nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Individuum im Zeitalter der Informationstechnologie unantastbare Rechte verbleiben[766]. Ob das Interesse des Einzelnen von störender (nicht: unzumutbar belästigender) Werbung innerhalb von Medienangeboten betroffen zu werden in den Kanon des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme passt, bedarf zwar noch einer Klärung durch das BVerfG, steht aber nicht der Heranziehung in einer Interessenabwägung entgegen.

Denn der Selbstschutzgedanke ist nicht nur auf den sichtbaren Teil der Werbung zu beschränken. Es ist nicht nur die Spitze des Eisberges, die Nutzer zur Blockade von Werbung motiviert, sondern auch die Vorgänge unter der (grafischen Benutzer-) Oberfläche sind bedeutsam. Tracking und Targeting, die mit moderner Ad-Technologie zwingend verknüpft sind, sind datenschutzrechtlich kritisch zu betrachten. An dieser Stelle ist der Selbstschutzgedanke werthaltig, weil ein Werbeblocker (oder auch ein besonderer Trackingblocker) oftmals die einzige effektive Abwehr der entsprechenden Vorgänge bewerkstelligen kann[767]. Ähnliches gilt für die

765 Vgl. oben Ziffer B. IV. 1. a).

766 Vgl. BVerfG, Urteil vom 27.2.2008, 1 BvR 370, 595/07, BVerfGE 120, 274.

767 Insbesondere wenn sich der Anbieter auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen aus Art. 6 lit. f) DSGVO beruft und der Nutzer praktisch kein sofortiges

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

latente Gefahr von Malware oder Viren, die durch die Einbindung von einer Vielzahl von Servern in den Kommunikationsvorgang begründet wird. An dieser Stelle vermag das Interesse auf Selbstschutz wohl ohne große Hürdensprünge unter die „IT-Grundrechte" und das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Nutzer subsumiert werden.

(ccc) Handlungsalternativen der Webseitenbetreiber

Wendet man weiterhin den Blick weg vom Nutzer und hin zu Medienanbietern im Internet wiegt ebenfalls schwer, dass sowohl in technischer als auch wirtschaftlicher Sicht Alternativen zur Verfügung stehen. Ein sehr starkes Argument ist, dass Werbeanzeigen im Netz für Filterblocker unblockierbar ausgestaltet werden kann. Dies kann auf verschiedene Arten bewerkstelligt werden, etwa die nicht spaltbare Verbindung von Anzeige mit Content auf dem Anbieterserver oder den Einsatz von Verschleierungstaktiken[768]. In wirtschaftlicher Hinsicht lässt sich auch ohne die allseits unbeliebte Bezahlschranke ein Registrierungsmodell wählen, das im Rahmen von Allgemeinen Nutzungsbedingungen die Wahrnehmung von Werbung als Pflicht der Nutzer ausgestaltet.

Insoweit gilt schlicht: wer sich selbst nicht vor der Wirkweise von innovativen Anwendungen im Internet schützt, der ist selbst nicht schutzwürdig.

In diesem Kontext ist das Verhalten klagender Medienanbieter vielfach auch mit der Verteidigung der aufgebauten Prozesse der Einbindung von Adservern und automatisierten Prozessen in den Werbeprozess zu erklären. Das Werbesystem im Internet zeichnet sich durch eine starke Dezentralisierung aus, das durch die Einbindung verschiedener Intermediäre in den Ausspielungsprozess für Webseitenbetreiber interessant ist, weil kaum eigene technische und organisatorische Kapazitäten notwendig sind. Die Umsetzung von technischen Alternativen erfordert entweder die Bildung eigener Kapazitäten, um Werbung selbst und auf eigenen Servern abzuwickeln, oder den Einsatz weiterer zu vergütender Dienstleister, die Werbung unblockierbar machen. So oder so sinkt die Marge der Webseitenbetreiber.

Durchsetzungsmittel seines Widerspruchsrechts aus Art. 21 Abs. 1 DSGVO hat, weil gerichtliche oder behördliche Sanktionen nicht zeitnah und effektiv greifen.

768 Zur rechtlichen Bewertung solcher Taktiken, siehe Ziffer D. II..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Allerdings sind solche Preisfragen kein Grund ein anderes Geschäftsmodell zu verbieten. Vielmehr muss sich derjenige, der Vorteile von dezentralisierten Prozessen genießt, auch damit abfinden, wenn diese Vorteile in Nachteile umschwenken. Im Falle der Adserver eröffnet die Einbindung von dritten Servern in den Werbevorgang eine Flanke, die Werbeblocker nutzen, um Werbung zu erkennen und deren Download zu unterbinden. Da diese Unterbindung auf Grundlage der technischen Rahmenbedingungen geschieht und zudem auf dem Willen des Nutzers beruht, ist nicht nachvollziehbar, wieso Webseitenbetreiber an dieser Stelle überwiegende Interessen zugestanden werden sollen.

(ddd) Medienfreiheit

Das Ass im Ärmel der medialen Content bereitstellenden Webseitenbetreiber war zuletzt die grundgesetzlich geschützte Medienfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Allerdings entpuppt sich das Ass bei näherem Hinsehen als Bube und dieser sticht nicht. Denn die Medienfreiheit kann nicht – wie von den klagenden Medienanbietern propagiert – dahingehend ausgelegt werden, dass sie einen Wahrnehmungszwang von Werbung beim Nutzer und folglich einen Schutz eines willkürlich gewählten Geschäftsmodells zementiert. Dies lässt sich weder aus einer Institutionsgarantie der freien „Online-Presse“ noch aus einer Einbeziehung von Werbeelementen in den Schutzbereich der Freiheiten folgern. Denn wie bereits im Rahmen der Verdrängungsabsicht angesprochen, sind Medienanbieter nicht gehindert weiterhin ihr bisheriges Modell der werbefinanzierten Inhalte zu verfolgen. Einzig ihr Publikum schwindet. Ein Verbot von Werbeblockern würde deshalb nicht zur Festigung der Freiheit, sondern zur Festigung der wirtschaftlichen Wertigkeit des Produkts der Webseitenanbieter führen. Dies ist aber nicht die Aufgabe von Grund- und Freiheitsrechten.

(eee) Spiegelbildliche Freiheiten

Ein offenbar noch nicht genannter Gedanke in diesem Zusammenhang ist, dass die Werbebranche bei der Frage des „Ob“ von Werbung nur sehr wenigen zwingenden Regeln unterliegt. Wie oben herausgearbeitet ist eine gesetzliche Schranke der Möglichkeiten von Werbung im Internet praktisch nur in dem offenen Tatbestand des § 7 UWG zu erblicken. Bei Anwendung dieser Norm kann aber nur im Ausnahmefall eine unzumut-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bare Belästigung bejaht werden. Nun lässt sich argumentieren, dass die Kehrseite dieser Freiheit beim aktiven Werbevorgang eine erhöhte Duldungspflicht von Reaktionen der Adressaten sein muss. Denn wenn Webseitenbetreiber und Werbende auf der einen Seite kaum Restriktionen unterliegen, ist es schlicht ungerecht dem Adressaten eine Beschränkung der (technischen) Freiheit für Abwehrmaßnahmen aufzuerlegen. Die liberale Ausgestaltung der Werbemöglichkeiten führt demnach logisch zwingend zu einer liberalen Betrachtung der Reaktionen.

Wollte man den Nutzern diese Freiheit zur Reaktion auf unerwünschte und störende Werbung absprechen, müsste der Gesetzgeber umgekehrt zum Schutz der Nutzer schärfere Regeln zur Zulässigkeit und technischen Ausgestaltung von Werbung im Internet verabschieden. Denn der Kommunikationsvorgang im Internet erfordert eine Balance, die entweder durch beidseitige Freiheit oder gleichsam geltende Beschränkungen hergestellt werden kann. Allerdings ist die aktuelle Lage mit einer offenen Betrachtung auf Grundlage von technologieneutralen Generalklauseln vorzugswürdig. Es ist kaum vorstellbar, dass der Gesetzgeber mit dem technischen Fortschritt mithalten könnte.

(fff) Intensität des Eingriffs in den Werbemarkt

Zuletzt ist speziell mit Blick auf die Whitelist zu konstatieren, dass – gleich welche Meinung man zum Geschäftsgebaren der Whitelistanbieter haben mag – die selektive Blockade auf transparenten Kriterien ein weniger einschneidender Engriff in den Werbemarkt darstellt als die Komplettblockade. Das treffendste Beispiel hierfür ist wohl die geschlossene Tür, die ein Stück weit geöffnet wird. Während die Blacklist die geschlossene Tür darstellt, öffnet die Whitelist diese Tür wieder ein Stück breit. Die geöffnete Tür stellt wiederum eine Option für Webseitenbetreiber dar. Der Umstand, dass sich gewisse Anbieter nicht derart schlank machen wollen, sodass sie durch die Tür passen, kann aber im Endeffekt nur zu Lasten eben dieser Anbieter führen.

(ggg) Fallgruppen der gezielten Mitbewerberbehinderung

Traditionell werden bei der Prüfung der lauterkeitsrechtlichen Mitbewerberbehinderung Fallgruppen herangezogen. Nach Ansicht des Verfassers benötigt man diese Fallgruppen nicht unbedingt zur Lösung von Fällen

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der gezielten Mitbewerberbehinderung. Aus diesem Grunde wurde in dieser Arbeit – wie im Übrigen auch in dem Urteil Werbeblocker II des BGH[769] – auf die Prüfung anhand von mehr oder minder gefestigten Fallgruppen verzichtet. Gleichwohl werden in der Rechtsprechung und Literatur immer wieder gewissen Fallgruppen erwähnt.

Der Vollständigkeit halber soll nachfolgend kurz auf eine häufig genannte Fallgruppe eingegangen werden: der Boykottaufruf. Dieser Rechtsgedanke kann allerdings nicht zu einem Verbot von Werbeblockern herangezogen werden. Eine gezielte Behinderung durch Boykott erfordert (i) eine entsprechende Aufforderung eines Marktteilnehmers, (ii) die Bestimmtheit der Adressaten und der vom Boykott betroffenen Personen sowie (iii) die Zwecksetzung eine Liefer- oder Bezugssperre herbeizuführen[770]. Insofern ist unter einer Aufforderung zum Boykott der Versuch zu verstehen, einen anderen dahin zu beeinflussen, bestimmte Liefer- oder Bezugsbeziehungen nicht einzugehen oder nicht aufrechtzuerhalten[771]. Es fällt bereits schwer, in dem Angebot eines Werbeblockers eine solche Aufforderung zu erkennen. Denn der Werbeblocker fordert ja gerade nicht dazu auf, den Besuch bestimmter Webseiten zu boykottieren. Er ist vielmehr ein Mittel, um einzelne Bestandteile von Webseiten optisch zu entfernen. Somit wäre der Boykottaufruf jedenfalls nur isoliert auf die Werbeelemente gerichtet. Wenn dies ausreichen würde, müsste spiegelbildlich der Bezug von Werbeelementen durch Internetnutzer für sich alleine gesehen eine für die Webseitenbetreiber schützenswerte Lieferbeziehung sein. Dies liegt bei praktischer Betrachtung der Interessenlage indes fern. Folglich scheitert die Fallgruppe des Boykottaufrufs bereits am Fehlen einer entsprechenden Aufforderung. Hinzu kommt, dass die vom Boykott betroffenen Unternehmen nicht hinreichend bestimmt sind. Denn der Boykott betrifft bei der Totalblockade via Blacklist alle Webseiten mit Werbung gleichermaßen. Ein Boykott gegen „jedermann" ist aber nicht unter § 4 Nr. 4 UWG zu fassen, weil die Norm ihrem Zweck nach nur Individualbeziehungen betrifft[772]. Bei der Whitelist beträfe ein Boykott alle Unternehmen, die nicht auf diese Liste aufgenommen worden sind. Auch hier ist zu beachten, dass damit im Ausgangspunkt eine Vielzahl von Unternehmen „boykottiert" werden. Durch die Beschränkung auf sozusagen unwillige Mitbewerber, ist hier aber abstrakt eine Eingrenzung möglich und eine

769 BGH, Urteil vom 19.4.2018 – I ZR 154/16, WRP 2018, 1322 – *Werbeblocker II*.
770 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4, Rn. 4.119 ff..
771 BGH GRUR 1999, 1031, 1033 – *Sitzender Krankentransport*.
772 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4, Rn. 4.2.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Individualisierbarkeit denkbar. Diese ist aber in der praktischen Ausgestaltung der Whitelist nicht gegeben. Denn diese Liste ist zuvörderst eine technische Anweisung für das Computerprogramm und enthält textliche Filterbefehle[773]. Hieraus lässt sich also nicht positiv ein Name eines Unternehmens entnehmen, das „boykottiert" werden soll. Folglich sind die vom angeblichen Boykott betroffenen Unternehmen nicht bestimmbar[774].

(c) Gezielte Behinderung von Werbenetzwerken

An dieser Stelle soll auch ein kurzer Blick auf die Behinderung von Werbenetzwerken geworfen werden, die in den Gerichtsverfahren nicht bewertet worden sind. Die Sach- und Interessenlage unterscheidet sich in beachtlichem Maße, sodass eine Prüfung geboten ist.

Auch hier ist der zweistufige Maßstab der Rechtsprechung anzuwenden. Im Rahmen der primär zu prüfenden Verdrängungsabsicht kommt es deshalb wiederum darauf an, ob Werbeblocker eine Verdrängung von Werbenetzwerken bezwecken. Werbenetzwerke unterscheiden sich von Webseitenbetreibern dadurch, dass sie als Intermediär zwischen Werbendem und Werbeplatzanbieter fungieren und damit absolut vom Bestehen der Internetwerbung abhängig sind. Während Webseiten andere Finanzierungswege suchen können, sind Werbenetzwerke bei Wegfall von Display-Werbung weitestgehend obsolet. Dies wiederum stellt eine Ähnlichkeit zum Werbeblocker selbst dar. Wenn also den Werbeblockern eine Verdrängungsabsicht mit Blick auf die Online-Werbung insgesamt nicht zugesprochen wird, weil sie sich damit selbst den Ast absägen würden, auf dem sie sitzen, schlägt dies auch auf die Werbenetzwerke durch. Vielmehr profitieren Werbeblocker gerade von der Existenz der Werbenetzwerke und ihrer Adserver. Denn würden alle Webseitenbetreiber auf Eigenvermarktung setzen, wäre die technische und wirtschaftliche Funktionsweise von kommerziellen Werbeblockern sehr eingeschränkt.

Auf der anderen Seite sind Werbenetzwerke nicht insgesamt im Visier der Werbeblocker, sondern vielmehr deren technische Hilfestellung mit Adservern und der Einbindung von Tracking und Targeting. Dass Werbenetzwerke ihre Vermittlungsdienstleistung auch innerhalb der technischen Kapazitäten der Webseitenbetreiber erbringen könnten, dürfte nicht aus-

773 Siehe dazu oben Ziffer C. I. 2. a) und b).

774 So im Ergebnis auch: BGH, Urteil vom 8.10.2019, KZR 73/17, WRP 2019, 1572 – *Werbeblocker III*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zuschließen sein. Demnach liegt auch hier lediglich eine Einschränkung der wettbewerblichen Entfaltung in einem Teilaspekt vor. Es ist hingegen nicht ersichtlich, dass Werbeblocker insgesamt Maklertätigkeiten oder ähnliche Dienste mit Bezug zu Internetwerbung vom Markt auslöschen wollen.

Im Rahmen der Prüfung, ob Webseitenbetreiber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung noch in angemessener Weise zur Geltung bringen können, sind wiederum Interessen abzuwägen. In dieser Konstellation besonders zu beachten ist, dass Werbenetzwerke selbst abhängig von einem dynamischen Markt sind. Da sie selbst keinen originären Beitrag zur Werbung beitragen, sondern vielmehr die Abwicklung optimieren, haben sie auch keinen gesicherten Stand am Markt. Vor diesem Hintergrund bereitet es schon Probleme eine gefestigte und schutzwürdige Stellung der Werbenetzwerke am Markt zu erkennen. Ihre Tätigkeit am Markt kann durch viele Faktoren beeinflusst werden, etwa durch das Verhalten der Werbenden, der Webseitenbetreiber oder eben der Nutzer. Vorliegend schlägt die autonome Entscheidung der Nutzer für einen Werbeblocker wiederum durch und zwingt Werbenetzwerke zum Angebot angepasster Lösungen. Eine Unlauterkeit könnte allenfalls angenommen werden, wenn man der Leistung von Werbenetzwerken, über Adserver und mit bestimmten technischen Vorgängen eine optimierte Werbeausspielung zu bewerkstelligen, einen über die reine Abwicklung hinausgehenden Wert zuerkennen möchte. Dies fällt jedoch schwer, da die Technologie derart spezialisiert ist, dass eine anderweitige Nutzung nicht denkbar ist. Eine Dienstleistung läuft indes immer Gefahr durch geänderte Marktumstände obsolet zu werden. Dass das Marktverhalten der Werbeblocker maßgeblich zu diesen geänderten Verhältnissen geführt hat, ist unbedenklich. Beide Seiten, also Werbeblocker und Werbenetzwerke bieten Dienste in einem sekundären Werbemarkt an und sind somit gleichrangig und gleichwertig. Die gegenseitige Verzahnung im komplexen Internetwerbeprozess ist lauterkeitsrechtlich als erwünschter Wettbewerb anzusehen. Im Übrigen gelten auch hier die oben bereits genannten Argumente der Nutzerhoheit und des Selbschutzes.

Insgesamt wäre also auch eine Klage eines Werbenetzwerks auf Grundlage von § 4 Nr. 4 UWG nicht aussichtsreich. Das Angebot kommerzialisierter Werbeblocker stellt auch in diesem Verhältnis keine gezielte Behinderung dar.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(iii) Allgemeine Marktbehinderung

Eine in den lauterkeitsrechtlichen Urteilen durchgehend angesprochene Fallgruppe ist die Allgemeine Marktbehinderung als weitere Eskalationsstufe zur Individualbehinderung. Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine allgemeine Marktbehinderung anzunehmen, wenn ein für sich genommen noch nicht unlauteres, aber doch „bedenkliches" Wettbewerbsverhalten allein oder in Verbindung mit gleichartigen Maßnahmen von Mitbewerbern die „ernstliche" Gefahr begründet, den auf der unternehmerischen Leistung beruhenden Wettbewerb in erheblichem Maße einzuschränken[775]. Im Ergebnis ist dieser ungeschriebene Unlauterkeitstatbestand zu Recht abgelehnt worden. Neben dogmatischen Zweifeln an der Notwendigkeit dieser Fallgruppe ist sie insbesondere im Streitfall „Adblock Plus" nicht verwirklicht.

In jüngster Zeit mehren sich die Stimmen, die die Fallgruppe der allgemeinen Marktstörung für obsolet halten[776]. Dieser Ansicht stimmt der Bearbeiter vollumfänglich zu. Die allgemeine Marktbehinderung passt nicht in das System des Lauterkeits- und Kartellrechts und ist zudem nicht notwendig, um das mit ihr zum Ausdruck gebrachte Unwertsurteil zu erreichen. Denn allgemeine Einflüsse auf den Markt, die Wettbewerb beschränken, sind über das Kartellrecht zu lösen. Die Schwelle der im Kartellrecht regelmäßig notwendigen Marktmacht sowie die kartellrechtlichen Sondertatbestände dürfen nicht unterlaufen werden, indem jeder Mitbewerber eine Marktstrukturkontrolle in die Hände von nicht unbedingt mit Kartellsachen vertrauten Gerichte legen darf. Unterhalb der Marktmachtsgrenze ist eine allgemeine Marktstörung überdies nur selten widerspruchsfrei begründbar. Denn es bedarf einiger Überlegung einen Fall zu konstruieren, in welchem ein „kleiner Fisch", der in seinem abgegrenzten Markt keine beherrschende Stellung hat, ohne das Vorliegen einer Individualbehinderung seinen Markt derart unlauter in seinen Grundfesten erschüttert, dass eine allgemeine Marktbehinderung zu bejahen wäre. Dieses Potential kann höchstens eine bahnbrechende Innovation in einem bestimmten Markt haben. Dann wiederum ist weder das Wettbewerbsrecht im Sinne von Lauterkeits- noch von Kartellrecht anwendbar.

Neben diesen vom Fall losgelösten Erwägungen bereitet die Anwendung auch im konkreten Fall unauflösbare Probleme. Zunächst müsste

775 BGH, Urteil vom 20.11.2003, GRUR 2004, 602, 606 – *20 Minuten Köln*; Urteil vom 29.10.2009, GRUR 2010, 455 – *Stumme Verkäufer II*.

776 Sosnitza GRUR 2018, 255, 261, m.w.N. in der dortigen Fn. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der einschlägige Markt abgegrenzt werden. Es ist aber sehr fraglich, welcher Markt hier überhaupt durch Werbeblocker gestört wird. Der „gesamte Werbemarkt im Internet" ist zu undifferenziert, um eine qualifizierte Aussage über den für die Marktstörung notwendigen außerordentlich drastischen Eingriff zu treffen. Jede Argumentation in diese Richtung würde auf eine Festschreibung von nicht existierenden Regeln der Internetwirtschaft hinauslaufen, die einem aktuellen status quo Bestandsschutz verleihen würden. Stellte man auf das Angebot kostenloser Inhalte im Internet ab, muss man wie im Rahmen der Individualbehinderung konstatieren, dass diese Marktbetätigung noch möglich ist, wenn auch unter Anwendung von Schutzvorkehrungen. Ähnlich verhält es sich, wenn man generell darauf abstellt, dass Werbung im Internet ausgespielt werden darf. Dies ist zum einen bei Anwendung verschiedener blocksicherer Methoden noch möglich. Zum anderen kann der Markt nicht dadurch in lauterkeitsrechtlich relevanter Weise tangiert sein, wenn die Adressaten von Werbung freiwillig die Wahrnehmung eben jener verweigern. Insofern ist der Ansicht von *Krüger* zu widersprechen, der eine allgemeine Marktbehinderung mit dem Argument vertritt, dass Werbeblocker der massenhaften Verteilung von Gratisware gleich stehe, die den jeweiligen Markt gefährde[777]. Denn grundsätzlich trifft der Vorwurf, Gratisware zu verteilen, die Webseitenbetreiber. Dass nun Nutzer diese Gratisware nicht so annehmen wollen, wie es der Schenkende wünscht, kann nur schwerlich ein Grund zum Verbot sein.

Deshalb bleibt konkret nur das Abstellen auf die Ausspielung von Werbung, die an kostenlose Inhalte gekoppelt ist. Dies stellt aber nur eine Refinanzierungsmethode auf dem Markt und keinen eigenen Markt dar. Dies kann nicht durch einen ungeschriebenen und auf der Generalklausel beruhenden Tatbestand geschützt werden.

Demnach ist gleichgültig, ob man die allgemeine Marktstörung aus dogmatischen Gründen oder im konkreten Fall ablehnt. So oder so kann ein Verbot von Werbeblockern nicht auf diese Grundlage gestellt werden.

(iv) Aggressive Geschäftspraktik, § 4a UWG

Die bislang ergangene Rechtsprechung und erschienene Literatur zum Tatbestand des § 4a UWG zeigt, dass die Handhabung dieser – für das Lauterkeitsrecht eigentlich unüblichen – sehr ausführlich kodifizierten

777 Krüger, GRUR-Prax 2016, 322.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und gleichsam sehr sperrigen Vorschrift noch in Entwicklung begriffen ist. Deshalb soll dieser Tatbestand ein Schwerpunkt der vorliegenden Auseinandersetzung sein.

Eine Besonderheit des § 4a UWG ist, dass er eine europäische Regelung mit Grundlage in Art. 8, 9 UGP-Richtlinie darstellt und somit von seiner Entstehungsgeschichte und Formulierung her auf den Schutz von Verbrauchern zugeschnitten ist. Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, auch sonstige Marktteilnehmer in den Schutzbereich des Verbots aggressiver Geschätfspraktiken einzubeziehen, stellt dabei einen nationalen Sonderweg dar. Dieser Weg erschließt wiederum einen Bereich, der nicht zwingend richtlinienkonform auszulegen ist[778] und folglich keiner Kontrolle durch den EuGH unterliegt. Stattdessen ist der Schutz sonstiger Marktteilnehmer einer freien Rechtsfortbildung nach hergebrachten deutschen Auslegungsmethoden zugänglich und steht unter der exklusiven Aufsicht des BGH.

Im Rahmen dieser rein nationalen Ausgestaltung ist denkbar, den Schutz von sonstigen Marktteilnehmern streng parallel zum Verbraucherschutz auszugestalten oder eine abweichende Auslegung bestimmter Tatbestandsmerkmale vorzunehmen, womit § 4a UWG praktisch zweigeteilt würde. Innerhalb dieses Spektrums liegt es an der deutschen Rechtsprechung die Anwendung der Norm im Bereich des Schutzes sonstiger Marktteilnehmer zu gestalten. Insoweit stellen die Adblock Plus-Fälle den ersten Themenkomplex nach der UWG Reform von Dezember 2015 dar, der unter die „neue" Tatbestandsfassung zu subsumieren war. Mangels vorhandener früherer Fundstellen in der Instanzrechtsprechung, geschweige denn des BGH, betrat insbesondere das OLG Köln in seiner Entscheidung rechtliches Neuland. Zwar war zuvor schon der § 4 Nr. 1 UWG a.F. in richtlinienkonformer Auslegung anhand der Art. 8, 9 UGP-Richtlinie auszulegen, dies betraf indes nur den Bereich des Verbraucherschutzes zwingend. Der Schutz von sonstigen Marktteilnehmern über § 4 Nr. 1 UWG a.F. erforderte nach dem Gesetzeswortlaut die Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfreiheit durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder – praktisch relevanter – durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss. Dabei kam die Norm ohne die Nennung spezieller Definitionen oder Beurteilungskriterien – wie nunmehr in § 4a Abs. 1 S. 3, Abs. 2 UWG enthalten – aus. Die bereits in Art. 8, 9 UGP-Richtlinie enthaltenen Definitionen und Kriterien wurden im B2B-Bereich auch nicht herangezogen.

778 Vgl. Scherer, WRP 2015, 148, 152, Rn. 30 mit der treffenden Bezeichnung als „richtlinienfrei".

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

So hat der BGH in seiner Entscheidung *Brillenversorgung II*[779] gerade nicht Art. 8, 9 UGP-Richtlinie referenziert, sondern autonom einen unangemessenen unsachlichen Einfluss geprüft. Insofern gebieten die Unterschiede zwischen dem „sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss" und der unzulässigen Beeinflussung gem. § 4a Abs. 1 S. 3 UWG eine kritische Betrachtung alter Fallgruppen des § 4 Nr. 1 UWG a.F. unter der neuen Rechtslage[780] sowie eine originäre Beurteilung neuer Fallkonstellationen.

Doch ist der Tatbestand des § 4a UWG vom Gesetzgeber einheitlich zum Schutz für die gesamte Marktgegenseite ausgestaltet worden, sodass eine einheitliche Auslegung der Norm naheliegt, um grundlegende und schwer begründbare Unterscheidungen in der Anwendung der Norm zu vermeiden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Beurteilung aggressiver geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern und Unternehmern im Einzelfall stets gleich ausfallen muss. Es folgt aus § 3 Abs. 4 UWG, aus dem sich für Verbraucher unmittelbar und für sonstige Marktteilnehmer analog ergibt, dass stets der Durchschnittsadressat maßgeblich ist. Daraus können sich Unterschiede im Bewertungsmaßstab ergeben. Bei Maßnahmen nur gegenüber Unternehmern, wie im hiesigen Fall, kommt es nur auf die Sicht des durchschnittlichen Marktteilnehmers an.

Die Anwendung des § 4a UWG im hier maßgeblichen Fall des Angebots von Werbeblockern hat deshalb besondere Bedeutung und ist eine Blaupause für zukünftige Fälle des Schutzes von sonstigen Marktteilnehmern vor aggressiven geschäftlichen Handlungen im B2B-Vertikalverhältnis. Im Folgenden wird deshalb ein Beitrag zur vorzugswürdigen Anwendung von § 4a UWG in diesem B2B-Verhältnis gegeben.

(1) Festlegung der Betroffenen

Vor Anwendung der rechtlichen Norm muss allerdings zunächst geklärt werden, welche Unternehmen überhaupt von der potentiell aggressiven geschäftlichen Handlung des Werbeblockens betroffen werden. Dies ist insbesondere deshalb bedeutsam, weil das OLG Köln sowie der BGH in der darauffolgenden Revision die „Werbekunden" als Betroffene identifiziert und geprüft haben, während beim OLG München und OLG Hamburg nur die klagenden Webseitenbetreiber als potentielle Opfer geprüft worden sind.

779 BGH, Urteil vom 24.6.2010 – I ZR 182/08, GRUR 2010, 850, Rn. 14ff..
780 Vgl. Fritzsche, WRP 2016, 1, 4, Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Lässt man Fragen der persönlichen Anwendbarkeit der Norm zunächst außer Acht, kommt als Betroffener potentiell jedes Unternehmen im Prozess der Online-Werbung in Betracht. Begonnen von einem Werbenden, der eine Anzeige schalten möchte[781], über die diversen Intermediäre wie unter anderem Werbenetzwerke, hin zu den Webseitenbetreibern. Denn es ist bei allen diesen Unternehmen, die versuchen über Online-Werbung Vorteile zu erreichen, zumindest denkbar, dass sie durch die Werbeblockade in ihrer nach § 4a UWG maßgeblichen Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt werden.

Allerdings unterscheiden sich die Umstände bei jedem dieser potentiell betroffenen Unternehmen beachtlich. Eine pauschale Antwort, die für alle drei genannten Gruppen von Betroffenen zutreffen würde, ist nicht möglich. Deshalb ist auf einer ersten Stufe zu prüfen, wer von diesen Betroffenen überhaupt dem Anwendungsbereich der Norm unterfällt. Soweit diese Hürde genommen ist, wird in der folgenden Stellungnahme zwischen den Betroffenen unterschieden.

(2) Anwendbarkeit von § 4a UWG – Konkurrenz innerhalb des UWG und zum Kartellrecht

Ein vorrangig zu klärender Aspekt ist, ob der Anwendung des § 4a UWG im konkreten Fall aus systematischen Gründen eine Sperrwirkung durch vorrangige Rechtsnormen entgegen steht.

In diesem Zusammenhang ist vor allem das Verhältnis zu zwei Normen bzw. Normenkomplexen klärungsbedürftig. Innerhalb des UWG ist das Verhältnis zu § 4 Nr. 4 UWG erörterungswürdig, insbesondere wenn der Betroffene zugleich Mitbewerber des Werbeblockeranbieters ist. Wie bereits *Köhler* in seiner frühen Bewertung zu Internetwerbeblockern andeutete[782], ist die zeitgleiche Bewertung ein und derselben (juristischen) Person als Mitbewerber und sonstiger Marktteilnehmer bei Betrachtung derselben geschäftlichen Handlung gewissermaßen schizophren und sollte kritisch hinterfragt werden. Im Verhältnis zu Normen außerhalb des UWG sind die kartellrechtlichen Normen der §§ 18 ff. GWB zu beachten, wo bei unabgestimmter Anwendung der Normen Wertungswidersprüche drohen[783].

781 Oder im Wortlaut des OLG Köln der „Werbekunde".
782 Köhler, WRP 2014 1017, 1021.
783 Scherer, GRUR 2016 233, 235f..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(a) Verhältnis zu § 4 Nr. 4

Zunächst soll auf die „intra-UWG"-Konkurrenz eingegangen werden. Im Grundsatz ist zu konstatieren, dass die Verbote der gezielten Mitbewerberbehinderung nach § 4 Nr. 4 UWG und der aggressiven Geschäftspraxis in § 4a UWG unterschiedliche Schutzzwecke verfolgen und deshalb nebeneinander anzuwenden sind[784]. Der § 4 Nr. 4 UWG schützt nämlich nicht die Entscheidungsfreiheit von Marktteilnehmern im Vertikalverhältnis, sondern allein Mitbewerber im Horizontalverhältnis[785].

Kein Bedarf zu einer Auseinandersetzung besteht, wenn der Betroffene der potentiell aggressiven geschäftlichen Handlung kein Mitbewerber ist, weil in diesem Fall nur § 4a UWG anzuwenden ist. § 4 Nr. 4 UWG hingegen ist mangels konkreten Wettbewerbsverhältnisses mit Leichtigkeit bei einer der Eingangsvoraussetzungen der Prüfung abzulehnen. Auf den hier maßgeblichen konkreten Fall bezogen ist dies der Fall, wenn „Werbekunden" in ihrer geschäftlichen Entscheidung, auf welcher Plattform sie Werbung schalten möchten, betroffen sind. Diese Werbenden sind nämlich keine Mitbewerber des Werbeblockeranbieters. Dieser Abgrenzung folgend hat das OLG Köln die gezielte Mitbewerberbehinderung im Verhältnis Webseitenbetreiber zum Werbeblockeranbieter und die aggressive Geschäftspraxis im Verhältnis der Werbekunden zum Werbeblockeranbieter geprüft.

Bei Webseitenbetreibern und Werbenetzwerken stellt sich die Lage jedoch anders dar. Wie oben ausführlich dargelegt bejaht die herrschende Meinung zu Recht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen diesen Akteuren und dem Anbieter eines Werbeblockers. Jedoch stehen diese Mitbewerber nicht ausschließlich im Horizontalverhältnis zum Werbeblockeranbieter, sondern sie sind auch zur Handlung animierte Betroffene des Werbeblockens und potentielle Abnehmer von Freischaltungsdienstleistungen im Vertikalverhältnis. Damit sind sie zugleich sonstige Marktteilnehmer. Dieses Phänomen ist im Grundsystem des UWG nicht vorgesehen und bedarf einer argumentativen Bewältigung, möchte man den Akteur vor einer einheitlichen geschäftlichen Handlung sowohl nach § 4 Nr. 4 UWG als auch über § 4a UWG schützen.

Insoweit ist zu klären, ob der Wortlaut des § 4a UWG, der auf Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer als Betroffene abstellt, in der Weise

784 Scherer, GRUR 2016 233, 235; Scherer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, § 4a, Rn. 68; apodiktisch Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 4a, Rn. 1.12.

785 Ohly/Sosnitza, UWG, § 4, Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auszulegen ist, dass letztere nicht zugleich Mitbewerber sein dürfen[786] – oder ob die gleichzeitige Einordnung als Mitbewerber und sonstiger Marktteilnehmer unschädlich ist[787]. Dabei kommen drei Argumente in Betracht, um eine parallele Anwendung beider Normen bei Betroffenheit nur einer einzigen Person als sonstiger Marktteilnehmer und Mitbewerber zu begründen.

Erstens, ließe sich die Rechtsfigur der doppelrelevanten Handlung bemühen[788]. In dieser Konstellation wäre eine doppelrelevante Handlung dann gegeben, wenn durch ein und dieselbe geschäftliche Handlung Interessen von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern unmittelbar geschädigt werden. In diesen Fällen gilt das Prinzip der Doppelkontrolle, also der gleichzeitigen Anwendung von Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer schützenden Normen[789]. Im Allgemeinen setzt eine doppelrelevante Handlung aber Personenverschiedenheit zwischen den betroffenen Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern (bzw. Verbrauchern) voraus. Als Beispiel für eine doppelrelevante Handlung wird insoweit regelmäßig das Verleiten zum Vertragsbruch eines (gewerblichen) Abnehmers eines Mitbewerbers angeführt, das zugleich eine Verwirklichung von § 4 Nr. 4 UWG im Verhältnis zum Mitbewerber als auch von § 4a UWG im Verhältnis zum Abnehmer darstelle[790]. Dass aber gerade der behinderte Mitbewerber zeitgleich auch der aggressiv behandelte Abnehmer ist, ist unüblich. Eine Erweiterung der Doppelrelevanz auf die Personalunion des betroffenen Marktteilnehmers und Mitbewerbers liegt zudem nicht derart nahe, dass sie als Anwendungsbegründung herangezogen werden könnte. Denn bei genauem Hinsehen handelt es sich tatsächlich um keine Doppelrelevanz, sondern eine Singularrelevanz für eine Person, die allein zwei rechtliche Konzepte verwirklicht. Dies sollte nicht ausreichen. Demnach lässt sich das hergebrachte Prinzip der Doppelkontrolle von doppelrelevanten Handlungen nicht auf die hier behandelte Sachlage übertragen.

Zweitens, ließe sich eine gleichzeitige Anwendung der Normen durch die Aufspaltung der geschäftlichen Handlung des Werbeblockens in zwei

786 In diese Richtung lässt sich Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4a, Rn. 1.27 verstehen. Ebenfalls diesem Ergebnis zuneigend OLG Hamburg, Urteil vom 15.3.2018 – 5 U 152/15, WRP 2018, 604.

787 Vgl. Raue, WRP 2017, 1363, 1364, Rn. 12.

788 Vgl. zur doppelrelevanten Handlung im UWG: Köhler WRP 2015, 275, 280; Scherer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, § 4a, Rn. 69.

789 Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4, Rn. 0.5.

790 Köhler WRP 2015, 275, 280; Scherer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, § 4a, Rn. 69.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

getrennt zu betrachtende Handlungen begründen. Bei der einen Handlung müsste der Betroffene allein als Mitbewerber betroffen sein, bei der anderen hingegen nur als sonstiger Mitbewerber. Genau dies wurde oben bereits bei der Stellungnahme im Rahmen der Prüfung des konkreten Wettbewerbsverhältnisses innerhalb von § 4 Nr. 4 UWG angedeutet. Auf der ersten Stufe des isolierten Angebots der Software kommt keine Qualifizierung der Webseitenbetreiber oder Werbenetzwerke als sonstige Marktteilnehmer in Betracht, weil diese allein behindert werden, nicht aber als Abnehmer in Betracht kommen. Auf der zweiten Stufe des isolierten Freischaltungsangebots an die Webseitenbetreiber und Werbenetzwerke kommt dann aber ein konkretes Wettbewerbsverhältnis weder wegen Substitution noch Behinderung in Betracht, sehr wohl aber eine Stellung als sonstiger Marktteilnehmer. Diese Aufspaltung der geschäftlichen Handlung führt dann zwangsläufig dazu, dass nur das (ggf. kostenpflichtige) Angebot auf Freischaltung nach § 4a UWG zu bewerten ist, nicht aber das vorgelagerte Faktum der Blockade. Dieser Befund ist für Betroffene unbefriedigend, weil das Angebot der Freischaltung stark mit der Blockade verknüpft ist, aber über § 4a UWG nur das Angebot selbst untersagt werden könnte. Eine Aufspaltung des Geschäftsmodells „Whitelisting" ist demnach praktisch nicht tauglich, um unter Anwendung von § 4a UWG einen effektiven Rechtsschutz gegen kommerzielles Werbeblocken zu etablieren. Es wurde im Übrigen bereits weiter oben abgelent, weil eine einheitliche Software wie Adblock Plus nicht zur genehmeren rechtlichen Handhabung künstlich zerteilt werden darf.

Drittens, lässt sich die Anwendung für § 4a UWG auf im Vertikalverhältnis betroffene Mitbewerber darauf stützen, dass dies eine „Spätfolge" aus der Erweiterung des Mitbewerberbegriffs auf den Behinderungswettbewerb ist. Denn wenn sich das konkrete Wettbewerbsverhältnis nur auf den Substitutionswettbewerb beschränken würde, könnte die geschäftliche Handlung des Werbeblockens nicht nach § 4 Nr. 4 UWG überprüft werden. In diesem hypothetischen Fall würde § 4a UWG anwendbar sein, jedenfalls um effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Wenn nun aber der Anwendungsbereich des § 4 Nr. 4 UWG in extensiver Weise ausgeweitet wird, sollte darunter nicht der Anwendungsbereich des § 4a UWG spiegelbildlich eingeschränkt werden. Die Situation, dass ein Marktakteur durch dieselbe geschäftliche Handlung als Mitbewerber und sonstiger Marktteilnehmer betroffen ist, mag zwar im ursprünglichen System des UWG nicht vorgesehen sein, wird aber durch die aktuell anwendbare Definition des konkreten Wettbewerbs laut der Rechtsprechung sowie neue invasive Geschäftsmodelle in Zukunft erneut auftreten können. Die Anwendung

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beider Normenkomplexe mit ihren verschiedenen Tatbestandsvoraussetzungen gewährleistet eine möglichst umfassende lauterkeitsrechtliche Prüfung solcher Geschäftsmodelle. Außerdem würde eine Beschränkung der Anwendung von § 4a UWG auf „auch-Mitbewerber" einen nicht im Gesetz vorgesehenen Vorrang des Mitbewerberschutzes vor dem Schutz sonstiger Marktteilnehmer etablieren.

Mithin sind die Tatbestände des § 4a UWG und § 4 Nr. 4 UWG auch in der vorliegenden Konstellation nebeneinander anzuwenden. Der § 4a UWG bedarf keine seinen Anwendungsbereich einschränkende Auslegung in dem Sinne, dass nur „reine" sonstige Marktteilnehmer erfasst wären. Trotz allem ist bei der Anwendung zu beachten, dass ein logisch konsequenter Gleichlauf in gewissen Tatbestandsmerkmal notwendig ist. So darf insbesondere nicht das Beurteilungskriterium für die Aggressivität einer Handlung in § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 UWG, wonach Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen für eine Aggressivität sprechen, mit einer lauterkeitsrechtlichen Unzulässigkeit bejaht werden, wenn weder § 4 Nr. 4 UWG noch andere UWG Tatbestände eine solche Unzulässigkeit ergeben.

(b) Verhältnis zu §§ 18 ff. GWB

Die Aufnahme von sonstigen Marktteilnehmern in den Schutzbereich des § 4a UWG macht die Norm zu einer Art „Kartellrecht light", die zwingend unter Beachtung der einschlägigen kartellrechtlichen Normen zu bewerten ist. Denn durch die semantische Ähnlichkeit der Tatbestände in § 4a UWG („Ausnutzen einer Machtposition") und § 19 Abs. 1 GWB („Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung") bzw. Art. 102 AEUV („Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt") stellt sich die Frage, ob Verbote auf Grundlage von § 4a UWG nicht das bestehende Schutzkonzept des Kartellrechts im Kontext von Marktmacht aushebeln und damit im Gesamtkomplex zu widersprüchlichen Ergebnissen führen können. So könnte gerade im Fall eines Handelnden, der nicht die Voraussetzungen von § 18 GWB erfüllt, eine Unterlassung gegen kartellrechtlich erlaubtes Verhalten begehrt werden – und zwar mit ähnlichen Argumenten, die an sich nur gegen marktbeherrschende Unternehmen statthaft wären. Aus diesem Grunde bedarf es einer Prüfung, ob die Verbotsnormen der §§ 19, 20 GWB/Art. 102 AEUV nicht als *leges speciales* die Anwendung des § 4a UWG in der vorliegenden Konstellation insge-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

samt ausschließen[791]. Andererseits könnten die Normen nebeneinander angewendet werden, aber das Tatbestandsmerkmal der Ausnutzung einer Machtposition in § 4a UWG in Konkordanz mit den kartellrechtlichen Vorschriften ausgelegt werden[792].

Die zunächst genannte Ansicht, die kartellrechtlichen Normen seien vorrangige Sonderregeln, befürwortet vor allem *Scherer*. Sie schränkt den Anwendungsvorrang des Kartellrechts aber insoweit ein, dass im Falle fehlender Marktmacht eine Unlauterkeit nach § 4a UWG bejaht werden könne, wenn sonstige – also nicht in den §§ 19-21 GWB enthaltene – unlauterkeitsbegründende Umstände hinzutreten[793]. Gleichermaßen argumentiert *Köhler* für eine Sperrwirkung der kartellrechtlichen Normen, wenn vom Marktpartner eine geschäftliche Entscheidung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG verlangt wird[794]. Im Adblock Plus Fall wären demnach alle Umstände, die auf eine generelle Ungleichbehandlung des Betroffenen (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 GWB), eine ungleiche Entgeltgestaltung gegenüber dem Betroffenen (§ 18 Abs. 2 Nr. 3 GWB), den verweigerten Zugang des Betroffenen zum „geblockten Netz" (§ 18 Abs. 2 Nr. 4 GWB) und das Fordern von Zahlungen für den Zugang zum „geblockten Netz" (§ 18 Abs. 2 Nr. 5 GWB) gesperrt. Dies gilt sowohl für Webseitenbetreiber als auch für Werbetreibende, soweit Letztgenannte überhaupt Adressat des Angebots der Werbeblocker sind. Was dann allerdings übrig bliebe wäre schlicht die isolierte Prüfung der Werbeblockade, die bereits als nicht unzulässig behindernd im Sinne von § 4 Nr. 4 UWG festgestellt wurde und bei der mangels Angebots durch den Betreiber keine Qualifizierung der Betroffenen als sonstiger Marktteilnehmer möglich ist. Die Ansicht *Scherers* würde folglich dazu führen, dass § 4a UWG keinen verbleibenden Anwendungsspielraum mehr im Fall der Werbeblocker (sowie in einer Vielzahl von sonstigen B2B-Fällen) hätte. Bei strenger Anwendung dürfte somit erst gar nicht mit der Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 4a UWG begonnen werden.

Solch eine weitgehende Sperrwirkung hat insbesondere das OLG Köln in seinem Urteil nicht anerkannt und § 4a UWG ohne Auseinandersetzung mit der systematischen Anwendbarkeit der Norm herangezogen und

791 So angedacht durch Fritzsche in WRP 2014, 1392, 1396, Rn 38 und vorgeschlagen durch Scherer in WRP 2015, 148, 152, Rn. 33.

792 So wiederum alternativ vorgeschlagen durch Scherer in WRP 2015, 148, 152, Rn. 34.

793 GRUR 2016, 233, 236.

794 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4a, Rn. 1.16.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Ergebnis auch bejaht. Eine denkbar kurze Auseinandersetzung mit der Konkurrenz zum Kartellrecht erfolgte am Tatbestandsmerkmal der „Machtposition"[795]. Im Umkehrschluss lässt sich hieraus folgern, dass keine systematische Sperrwirkung des Kartellrechts angenommen wurde. Ähnlich sind auch Beiträge von *Fritzsche* und *Alexander* zu verstehen. *Fritzsche* behandelt die Konkurrenz zum Kartellrecht in seinem Aufsatz nach Inkrafttreten des § 4a UWG nicht als Anwendbarkeitsproblem, sondern als Problem bei der Auslegung des Merkmals der Ausnutzung einer Machtposition. Dies insbesondere, weil neben § 20 GWB Schutzlücken durch § 4a UWG geschlossen werden könnten. Gleichfalls seien die Wertungen von § 18 GWB zu beachten[796]. *Alexander* erklärte in seiner Anmerkung zum Urteil des OLG München in Sachen Adblock Plus, dass die speziellen Tatbestände des Kartellrechts als Beurteilungsmaßstäbe bei der Interpretation der Machtposition heranzuziehen seien[797].

In der Literatur besteht insoweit Einigkeit darin, dass die §§ 18 ff. GWB jedenfalls nicht ignoriert werden dürfen, wie es das OLG Köln bei seiner rein lauterkeitsrechtlichen Beurteilung getan hat. Ob hieraus nun eine systematische Sperrwirkung oder eine restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Machtposition zu erkennen ist, ist eine dogmatische Feinheit, die praktisch keinen Unterschied macht, denn so oder so würde ein Unterlassungsanspruch nach § 4a UWG daran scheitern, dass das Verhalten in den kartellrechtlichen Normen ausdrücklich angelegt ist.

Nach hier vertretener Ansicht ist jedoch keine systematische Sperrwirkung durch die §§ 18 ff. GWB, sondern eine kartellrechtsfreundliche Auslegung der „Machtposition" im Sinne von § 4a UWG vorzugswürdig. Eine die Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale ausschließende Sperrwirkung der kartellrechtlichen Vorschriften birgt das Risiko, dass sich die Praxis allzu pauschal auf diese Sperrwirkung beruft und die Besonderheiten des Einzelfalles nicht weiter berücksichtigt. Da es sich bei § 4a UWG im Verhältnis von Unternehmen zueinander um „richtlinienfreien Raum" handelt, ist hier durchaus eine Rechtsfortbildung denkbar, die neben den kartellrechtlichen Marktbeherrschungskriterien einen Bereich unlauter ausnutzbarer Machtpositionen zu Tage fördert. Diese Rechtsentwicklung sollte nicht durch pauschale Anwendbarkeitssperren ausgehebelt werden. Vielmehr sind auf Sachverhaltsebene die konkreten geschäftlichen Handlungen genau zu analysieren und inzident mit den §§ 18 ff. GWB

795 OLG Köln, Urteil vom 24.6.2016 – 6 U 149/15, GRUR 2016, 1082.
796 Fritzsche, WRP 2016, 1, 4.
797 Alexander, GRUR 2017, 1147, 1157.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

abzugleichen. Sind demnach Umstände wie Ungleichbehandlung oder Zugangsbeschränkungen das vom Betroffenen angegriffene Unlauterkeitsmerkmal, sperrt das Kartellrecht. In Fällen von Autoritätsausnutzung[798] hingegen ist das Kartellrecht nicht anwendbar und entfaltet keine Sperrwirkung. Gerade beim Zusammentreffen von kartellrechtlich relevanten Umständen und weiteren Umständen, die allein über das Lauterkeitsrecht zu lösen sind, würde eine pauschale Annahme einer Sperrwirkung hemmend für die Rechtsfortbildung wirken.

Demnach ist auch im hier beurteilten Fall keine Sperrung des § 4a UWG anzunehmen. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale sind demnach sorgsam zu prüfen.

(3) Der Tatbestand des § 4a UWG

Da die Anwendbarkeit der Norm somit geklärt ist, ist der konkrete Tatbestand des § 4a UWG in den Blick zu nehmen. Wäre der § 4a UWG nur auf seinen ersten Satz im ersten Absatz beschränkt, würde die Vorschrift trefflich in das tradierte System des deutschen UWG passen. Die Norm weist (neben dem personellen Anwendungsbereich) im Wesentlichen drei Tatbestandsmerkmale auf und zwar erstens das Erfordernis einer geschäftlichen Handlung, zweitens die Eignung zur Beeinträchtigung der geschäftlichen Entscheidungsfreiheit des Betroffenen (die sog. „geschäftliche Relevanz"[799]) und drittens die Aggressivität der Handlung.

Traditionell läge es von dieser Warte aus an der Rechtsprechung die beiden letztgenannten Merkmale mit Leben zu füllen. Allerdings setzt insbesondere beim letzten Merkmal – der Aggressivität – der europarechtliche Einschlag der Norm an. So wird in Satz 2 des ersten Absatzes eine Legaldefinition gegeben, wonach die Aggressivität aus einer Belästigung, Nötigung oder unzulässigen Beeinflussung folgt. Satz 3 wiederum definiert die unzulässige Beeinflussung.

Absatz 2 der Norm liefert sodann eine Art „Bedienungsanleitung" zur Bewertung der Aggresivität, indem bestimmte Umstände zu bedenken sind. Zum größten Teil erfolgt an dieser Stelle bereits eine intendierte Auslegung. Mit Ausnahme von § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UWG spricht die Feststellung der aufgezählten Umstände sehr stark für eine Aggressivität, so

798 Vgl. Hintergrund und Fallmaterial bei Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4a, Rn. 1.67ff..

799 Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 2, Rn. 148.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bei drohenden oder beleidigenden Formulierungen und Verhaltensweisen gem. Nr. 2, Ausnutzen von Unglückssituationen gem. Nr. 3, belastenden oder unverhältnismäßigen Hindernissen nichtvertralicher Art gem. Nr. 4 und rechtlich unzulässigen Handlungen gem. Nr. 5. Es ist zwar nur schwer denkbar wie beim Vorliegen dieser Umstände noch eine Aggressivität ausgeschlossen werden soll. § 4a Abs. 2 UWG nennt sie aber nur als zu berücksichtigende Kriterien. Dies bedeutet, dass sich der Handelnde trotz Verwirklichung dieser Umstände weiterhin auf eine fehlende Aggression berufen kann. Freilich wird er hierfür dann in besonderer tatsächlicher Darlegungs- und rechtlicher Argumentationsnot sein.

Bemerkenswert ist bei diesem Aufbau, dass nahezu in jedem Tatbestandsmerkmal und auch innerhalb dieser Merkmale in den einzelnen Definitionen unbestimmte Rechtsbegriffe und relativierende Erheblichkeitsschwellen eingebaut sind, die bei strenger Anwendung an beinahe jeder Stelle eine Differenzierung erfordern. Somit erweist sich die ausführliche Kodifizierung zuletzt als gedanklicher Umweg, der zuletzt wieder den Gerichten den Ball zuspielt. So muss sowohl in § 4a Abs. 1 S. 1 als auch in § 4a Abs. 1 S. 2 UWG die Eignung der Handlung zur Beeinflussung der Entscheidungsfindung bzw. zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit festgestellt werden. Beim letzteren sogar „im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände". Bei der Definition der unzulässigen Beeinflussung in § 4a Abs. 1 S. 3 UWG ist zudem die Wesentlichkeit des Eingriffs in die Fähigkeit zur informierten Entscheidung zu prüfen.

Bei dieser Komplexität der Norm, die neben den Erheblichkeitsschwellen auch zwischen der Veranlassung zu einer geschäflichen Entscheidung in Abs. 1 S. 1, der Entscheidungsfreiheit in Abs. 1 S. 2 und der Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung in Abs. 1 S. 3 unterscheidet ohne dabei dasselbe zu meinen, verwundert es kaum, dass bei dem wenigen einschlägigen Fallmaterial noch viele Fragen in der Anwendung offen bleiben. Diese Stellungnahme soll einen Beitrag zur Etablierung einer konsistenten Anwendung des § 4a UWG geben.

(a) Geschäftliche Handlung

Keine Probleme bereitet das erste Tatbestandsmerkmal der geschäftlichen Handlung. Hier gilt die allgemeine Definition aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Für das Angebot von Werbeblockern gilt hier das bereits oben im Kontext

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der gezielten Behinderung Ausgeführte entsprechend[800]. Das Angebot eines Werbeblockers ist demnach als einheitliche geschäftliche Handlung anzusehen.

Vorsicht ist allein geboten, dass das simple Merkmal der geschäftlichen Handlung nicht mit der geschäftlichen Entscheidung verwechselt wird, auf die es im Weiteren an entscheidender Stelle ankommen wird.

(b) Geschäftliche Relevanz

Zentrales Schutzsubstrat des § 4a UWG ist die geschäftliche Entscheidungsfreiheit des – für hiesigen Fall allein maßgeblichen – sonstigen Marktteilnehmers. Der Begriff der geschäftlichen Entscheidung ist ebenfalls im Definitionsparagrafen des UWG enthalten. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG beinhaltet er jede Entscheidung eines sonstigen Marktteilnehmers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen, eine Zahlung leisten, eine Ware oder Dienstleistung behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben will, unabhängig davon, ob der sonstige Marktteilnehmer sich entschließt, tätig zu werden.

Die Eignung zur Entscheidungsveranlassung wird dabei auf Grundlage einer objektiven Wahrscheinlichkeit der Reaktion eines durchschnittlichen sonstigen Marktteilnehmers geprüft[801]. Diese Wahrscheinlichkeit ist durch eine ex ante-Betrachtung zu bewerten[802]. Im Rahmen des Werbeblockens ist es nicht fernliegend anzunehmen, dass ein durchschnittlicher Webseitenbetreiber durch die schiere Existenz einer Werbeblockersoftware und dem generellen Angebot deren Betreibers, dafür zu sorgen, einen Teil der blockenden Nutzer gleichwohl zu erreichen, den Abschluss eines Vertrags erwägt. Damit ist die geschäftliche Relevanz bei Erfüllung der sonstigen Tatbestandsmerkmale kein ernsthaftes Problem.

800 Vgl. oben Ziffer C. I. 4. a) aa) (1).
801 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4a, Rn. 1.32.
802 Scherer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, § 4a, Rn. 102.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(c) Belästigung und Nötigung als Mittel als Aggressionsmittel

Eine geschäftliche Handlung ist nach § 4a Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 und 2 UWG u.a. dann aggressiv, wenn die Entscheidungsfreiheit des sonstigen Marktteilnehmers durch Belästigung oder Nötigung beeinträchtigt[803].

Diese beiden Varianten der Aggressionsmittel werden zum Teil als zur unzulässigen Beeinflussung nach § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG spezielle und vorrangig anwendbare Ausprägungen qualifiziert[804]. So soll immer wenn eine Belästigung oder Nötigung vorliegt, auch eine unzulässige Beeinflussung gegeben sein, weil bei der Belästigung Druck aufgebaut und bei der Nötigung ein solcher Druck ausgeübt werde.

Diese Ansicht überzeugt nicht vollends, da vor allem eine Belästigung auch ohne die für eine unzulässige Beeinflussung notwendige Machtposition möglich ist. So ist gut denkbar, dass auch ein untergeordneter Marktteilnehmer durch Belästigungen eine geschäftliche Entscheidung des Adressaten herbeiführt. Insbesondere bei hartnäckigem Verhalten, dem der Adressat irgendwann schlicht zur Entledigung der Belästigung stattgibt, mag § 4a UWG erfüllt sein[805].

Hingegen ähneln sich Nötigung und unzulässige Beeinflussung schon eher. Aber auch im Rahmen der Nötigung ist gerade im B2B-Verhältnis nicht zwingend eine Machtposition notwendig[806]. In diesem Verhältnis kommt praktisch allein die Anwendung psychischen Zwangs in Frage. Dies mag am ehesten durch Drohungen allgemein oder mit rechtlich unzulässigen Handlungen im Sinne von § 4a Abs. 2 S. 1 Nrn. 2 und 5 UWG bewerkstelligt werden. Drohungen können hingegen auch ohne übergordente Machtposition etwa aufgrund von Wissen um geheime Umstände zur gewünschten geschäftlichen Entscheidung führen.

Insgesamt stehen die Aggressionsmittel in § 4a Abs. 1 S. 2 UWG deshalb in keinem besonderen Rangverhältnis[807]. In dieser Bearbeitung werden die

803 Laut Gesetz einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt, was allerdings für die hiesige Fallkonstellation außer Acht bleiben kann. Jegliche Einwirkungen finden allein auf virtueller Ebene statt.

804 Scherer, GRUR 2016, 233, 236.

805 Überschneidungen zu § 7 UWG sind dabei nicht ausgeschlossen, wobei die Begriffe in beiden Normen nicht kongruent sind. Für eine tiefere Auseinandersetzung mit den verschiedenen Bedeutungen der Belästigung im UWG, vgl. Scherer, WRP 2017, 891.

806 Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4a, Rn. 1.49.

807 So auch Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4a, Rn. 1.29.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beiden Mittel allein deshalb gemeinsam dargestellt, weil ihre Bedeutung für den Werbeblocker-Fall beschränkt ist.

So wird zum einen von keiner Stimme in Rechtsprechung oder Literatur das Vorliegen einer Belästigung durch die Werbeblockade angenommen oder nur erwogen. Zum anderen fehlt dem allgemein wirkenden Verhalten der Werbeblockeranbieter ein adressatenspezifisches Belästigungsmoment. So wird Belästigung im Ausgangspunkt definiert als eine geschäftliche Handlung, die dem Adressaten aufgedrängt wird und die bereits wegen ihrer Art und Weise als störend empfunden wird[808]. Ferner soll der Handlung ein „Bedrängungspotential" innewohnen[809]. Dies kann bei der undifferenzierten Errichtung einer Blacklist-Werbeblockade hingegen weder gegenüber Webseitenbetreibern, Werbenetzwerken noch Werbenden angenommen werden. Keiner dieser Marktteilnehmer wird spezifisch bedrängt, vielmehr müssen sie alle gleichsam die Blockade zunächst hinnehmen. Auch die generelle Eröffnung der Möglichkeit einer Aufnahme in die Whitelist hat kein Bedrängungspotential in dem Sinne, dass hier belästigt würde. Dies könnte anders zu betrachten sein, wenn die Werbeblockeranbieter in regelmäßigen Abständen aktiv einem Marktteilnehmer die Freischaltung unter Hinweis auf die Nachteile der Blockade anbieten würden. Die Belästigung ist demnach vor allen Dingen durch ein direktes kommunikatives Element geprägt, das bei generell wirkenden Vorgängen wie der Werbeblockade nicht passt. Die unzulässige Beeinflussung ist geeigneter um solche Vorgänge zu erfassen.

Die Nötigung wurde bislang nur durch das OLG Hamburg in Erwägung gezogen. Das OLG Hamburg vertrat dabei aber die Ansicht, dass die Nötigung nach § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG wegen der Fixierung auf die Druckausübung im Ergebnis deckungsgleich mit der unzulässigen Beeinflussung nach § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG sei[810]. Dementsprechend differenzierte der Senat auch nicht weiter zwischen beiden Merkmalen. Im Wege der Auslegung ließ das OLG Hamburg im Übrigen verlauten, dass der Begriff der Nötigung aus § 240 StGB hier nicht anwendbar sei, da § 4a UWG richtlinienkonform auszulegen sei. Vielmehr sei der Begriff der Nötigung anhand des § 4a Abs. 2 S. 1 UWG mit Leben zu füllen. In diesem Katalog sah der Senat zudem mangels einer „insbesondere"-Einschränkung eine abschließende enumerative Aufzählung von möglichen Anhaltspunkten. Daraus folgert er sodann, dass nicht alle Drohungen

808 Ohly/Sosnitza, UWG, § 4a, Rn. 11.
809 Scherer, WRP 2017, 891, 894.
810 OLG Hamburg, Urteil vom 15.3.2018 – 5 U 152/15, WRP 2018, 604.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach § 4a UWG verboten seien, sondern allein solche mit rechtlich unzulässigen Handlungen. Gerade eine solche rechtlich unzulässige Handlung konnte das OLG Hamburg aber in der Nichtaufnahme in die Whitelist ohne Zahlung durch den klagenden Webseitenbetreiber nicht erkennen. Wettbewerbsrechtliche Gründe mochte es per se nicht gelten lassen, weil sonst ein Zirkelschluss drohe. Dies gelte insbesondere für die Intensität des Drucks durch die Werbeblockade. Als mögliche rechtlich unzulässige Handlung nannte es die Umgehung von technischen Schutzvorkehrungen gem. § 95a UrhG, die aber im Streitfall nicht vorlag.

Obschon dem Ergebnis des OLG Hamburg beizupflichten ist, dass keine Nötigung der Webseitenbetreiber durch die kostenpflichtige Freischaltungsmöglichkeit seitens der Werbeblockeranbieter vorliegt, mag die Herleitung nicht insgesamt zu überzeugen. Die Gleichstellung von Nötigung und unzulässiger Beeinflussung ist jedenfalls sehr kühn. Wenn man dies schon entgegen dem eindeutig differenzierenden Gesetzeswortlaut vertreten möchte, dann müssten aber jedenfalls die besonderen Tatbestandsmerkmale der unzulässigen Beeinflussung in § 4a Abs. 1 S. 3 UWG herangezogen werden. Insbesondere müsste dann eine Machtposition sowie die Ausnutzung eben dieser im Rahmen der Nötigung positiv festgestellt werden. Zu derlei Problemen enthält sich das OLG Hamburg voll und ganz.

Ebenfalls problematisch ist die Annahme des Hamburger Senats, dass die Kriterien in § 4a Abs. 2 S. 1 UWG eine abschließende Aufzählung relevanter Umstände für eine Nötigung darstellen sollen[811]. Diese Interpretation ist durchaus vom Wortlaut der Norm („*Bei der Feststellung, ob eine geschäftliche Handlung aggressiv […] ist, ist abzustellen auf […]*“) gedeckt, mag aber bei historischer und systematisch-teleologischer Auslegung auch anders bewertet werden. Denn wie *Köhler* unter Verweis auf die fremdsprachigen Fassungen der UGP-Richtlinie herausarbeitet, ist der deutsche Wortlaut historisch betrachtet eher unglücklich geraten. Eine Interpretation des Begriffes des Abstellens hin zur Bedeutung, dass die Kriterien lediglich zu berücksichtigen seien, würde dazu führen, dass in § 4a Abs. 2 S. 1 UWG keine abschließende Aufzählung zu erkennen wäre[812]. Dem wiederum ließe sich entgegnen, dass im hier maßgeblichen B2B-Verhältnis gerade nicht zwingend auf die UGP-Richtlinie rekurriert werden muss. Betrachtet man im Übrigen systematische und teleologische Gründe innerhalb des § 4a UWG insgesamt, so ist auch die Nötigung wegen der

811 Ebenfalls eine abschließende Aufzählung befürwortet Scherer, GRUR 2016, 233, 239.

812 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4a, Rn. 1.83.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ausdrücklichen Anordnung in § 4a Abs. 1 S. 2 UWG *„im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände"* zu ermitteln. Ersichtlich steht die Wendung *„alle Umstände"* im nicht auflösbaren logischen Konflikt mit einer abschließenden Wirkung von § 4a Abs. 2 S. 1 UWG. Hinzu kommt die enorm offene Formulierung der Kriterien in § 4a Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 und 2 UWG, die einen Bereich ungeschriebener Kriterien und Verhaltensweisen geradezu erzwingt.

Demnach ist der Begriff der Nötigung entgegen der Ansicht des OLG Hamburg gerade nicht im Umkehrschluss zu § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 UWG auf einen Bereich der Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen zu fixieren. Der Begriff geht darüber hinaus. Er kann indes nicht dasselbe meinen wie die Nötigung im Sinne von § 240 StGB – da ist dem OLG Hamburg beizupflichten. Denn es besteht kein Bedarf in § 4a UWG einen deckungsgleichen Nötigungsbegriff einzufügen, insoweit ist die Durchsetzung des § 240 StGB durch einen Betroffenen im Zivilrecht mit den allgemeinen systematischen Mitteln *de iure* ausreichend sichergestellt. Die Schwierigkeit bei der Auslegung des Nötigungsbegriffs liegt also darin, einen eigenen Anwendungsbereich zu finden, der spezifisch den Schutzgegenstand des § 4a UWG betrifft. Dies kann nach hier vertretener Ansicht allerdings nur darin liegen, dass ein sonstiger Marktteilnehmer durch vorsätzlichen bilateralen psychischen Zwang[813] zu geschäftlichen Entscheidungen genötigt wird, die er sonst nicht hätte treffen wollen.

So liegt allerdings der Fall bei Werbeblockern nicht. Hier agiert der Werbeblockeranbieter multilateral. Wenn er also durch die Werbeblockade implizit droht, bestehende Geschäftsmodelle zu beeinträchtigen und zugleich der Allgemeinheit der Betroffenen einen Weg durch die Blockade weist, fehlt diesem Handeln der nötige bewusst und konkret auf eine bestimmte juristische Person gerichtete psychische Zwang. Eine Drohung an die Allgemeinheit als Nötigung im Sinne von § 4a UWG anzunehmen, verlässt die natürliche Bedeutung des Begriffs der Nötigung und würde uferlos wirken.

Demnach sind weder eine Belästigung noch eine Nötigung durch den Werbeblockeranbieter anzunehmen. Dies gilt im Verhältnis zu allen potentiell betroffenen Marktteilnehmern, also Webseitenbetreibern, Werbenetzwerken und Werbenden.

---

813 Körperlich wirkender Zwang ist im Verhältnis zweier Unternehmen zueinander nur schwer vorstellbar und wird deshalb ausgeklammert.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(d) Die unzulässige Beeinflussung als Aggressionsmittel

Das gemeinhin erörterte Aggressionsmittel im Kontext der Werbeblocker ist die unzulässige Beeinflussung gemäß § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass das OLG Köln eben jene unzulässige Beeinflussung bejahte und damit einen Unterlassungsanspruch gegen das kostenpflichtige Anbieten der Freischaltungsdienstleistungen durch den Adblock Plus Betreiber annahm.

Bei der Prüfung der unzulässigen Beeinflussung ist zum einen die Legaldefinition in § 4a Abs. 1 S. 3 UWG korrekt anzuwenden und zum anderen sind die Beurteilungskriterien in § 4a Abs. 2 UWG, soweit für die unzulässige Beeinflussung einschlägig[814], zu beachten.

Aus der Legaldefinition ergeben sich maßgeblich drei Tatbestandsmerkmale. Zunächst ist das Vorliegen einer Machtposition das zentrale Merkmal der unzulässigen Beeinflussung (siehe dazu (aaa)). Diese Machtposition muss zudem ausgenutzt werden. Doch reicht nicht jedes Ausnutzen aus, sondern erforderlich ist ein Ausnutzen zur Ausübung von Druck (siehe dazu (bbb)). Aus alledem muss eine wesentliche Einschränkung der Fähigkeit des Adressaten zu einer geschäftlichen Entscheidung folgen (siehe dazu (ccc)).

(aa) Machtposition

Wie bereits zuvor angedeutet sind bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Machtposition im horizontalen Verhältnis von Unternehmen die Wertungen des Kartellrechts zu beachten, um Widersprüche in der Gesetzesanwendung zu vermeiden. Was allerdings abstrakt unter einer Machtposition zu verstehen und wie dieser Begriff zu definieren ist, bleibt bis zum Zeitpunkt dieser Bearbeitung weitestgehend unklar. Nach dem Wortsinne erforderlich ist jedenfalls eine Überlegenheit der einen Partei, die mit einer Unterlegenheit der anderen Partei korrespondiert[815]. Daneben gibt der Wortsinn keine weiteren Anhaltspunkte zur Auslegung, sodass diese vornehmlich nach systematischen und teleologischen Gesichtspunkten zu erfolgen hat.

814 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4a, Rn. 1.84 differenziert bei den Kriterien und hält nur § 4a Abs. 2 S. 1 Nrn. 1, 3 und 4 für anwendbar bei der Prüfung der unzulässigen Beeinflussung.

815 Scherer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, § 4a, Rn. 130.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aus Literatur und Rechtsprechung lassen sich nur ansatzweise Hinweise auf die Bedeutung des Begriffs der Machtposition folgern. Insbesondere vor dem Hintergrund der Konkurrenz mit den kartellrechtlichen Begriffen der Marktbeherrschung und Marktmacht wird versucht, den Begriff negativ abzugrenzen. Insoweit wird regelmäßig behauptet, dass die Machtposition im Sinne des § 4a UWG nicht dasselbe meint wie die hergebrachten Begriffe aus dem GWB. Insbesondere seien nicht die im Kartellrecht gefordertern Kriterien und Schwellenwerte maßgeblich[816]. In diesem Sinne umschiffte das OLG Köln in seinem Adblock Plus Urteil die Konkurrenz mit dem Kartellrecht eher non-chalant, indem es aus der relativen Neuheit des § 4a UWG und dem bis dato nicht bekannten Begriff der Machtposition folgert, dass mit diesem Merkmal eben keine kartellrechtliche Marktbeherrschung oder Marktmacht gemeint sein könne. Die Machtposition könne sich stattdessen auch aus strukturellen oder situationsbedingten Umständen ergeben[817]. Darin erschöpfen sich allerdings auch die abstrakten Ausführungen des OLG Köln zum Begriff der Machtposition. Was mit der angesprochenen strukturellen oder situationsbedingten Machtposition gemeint sein soll, bleibt trotz Bejahung durch das Gericht offen. Denn das Vorliegen der unzulässigen Beeinflussung begründet der Senat in freier Argumentation abseits einzelner Markmale der Legaldefinition durch Annahme eines „*Gesamtverhalten[s], das über die Blacklist die Whitelist mit Durchsetzungskraft verbindet und hernach auf technischem Wege dafür sorgt, dass allein der Anbieter dieser Whitelist die Bedingungen für den Zugang zu den Inhalteangeboten wieder herstellen kann*“[818].

Der vom OLG Köln geäußerte Gedanke der strukturellen oder situationsbedingten Machtposition klingt auch an anderen Stellen in der Literatur an. Er findet sich bei *Scherer*[819] und *Köhler*[820]. *Scherer* bleibt jedoch – ähnlich wie das OLG Köln – recht vage in ihren Ausführungen. Die strukturelle oder situationsbedingte Machtposition stellt sie als „*sonstige Überlegenheit*“ neben wirtschaftlicher Überlegenheit dar, enthält sich aber genauerer Beschreibungen. Tiefer dringt *Köhler* in die potentielle Bedeutung der strukturellen oder situationsbedingten Machtposition ein, ohne allerdings diese Machtposition explizit auf den B2B-Bereich anzuwenden.

816 Vgl. Seichter, in: jurisPK-UWG, § 4a, Rn. 38.1 unter Verweis auf OLG Köln, Urteil vom 24.6.2016 – 6 U 149/15, GRUR 2016, 1082.
817 OLG Köln, Urteil vom 24.6.2016 – 6 U 149/15, GRUR 2016, 1082.
818 OLG Köln, Urteil vom 24.6.2016 – 6 U 149/15, GRUR 2016, 1082, 1088, Rn. 58.
819 Scherer, GRUR 2016, 233, 238.
820 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4a, Rn. 1.58.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Denn *Köhler* vertritt – wie oben bereits dargestellt – die Vorrangthese, wonach das Kartellrecht als lex specialis die Anwendung für weite Teile des B2B-Verhältnisses sperrt. Eine strukturelle Überlegenheit könne im nicht gesperrten persönlichen Anwendungsbereich demnach rechtlich, wirtschaftlich, sozial, beruflich, intellektuell, religiös, weltanschaulich oder psychisch bedingt sein. Eine situationsbedingte Überlegenheit komme bei konkreten Unglückssituationen und in den Fällen des Ansprechens am Unfallort oder des Ansprechens von trauernden Angehörigen kurz nach einem Todesfall in Betracht. Ersichtlich sind die meisten dieser Kriterien auf das B2C-Verhältnis bzw. das Verhältnis großer Unternehmen zu Kleinunternehmern zugeschnitten. Im hiesigen Fall, wo sich auf beiden Seiten wirtschaftlich starke, rechtlich beratene und intellektuell ebenbürtige Parteien gegenüberstehen, kommt es auf Kriterien wie soziale, religiöse, weltanschauliche oder psychische Gründe jedoch nicht an. Ebenso sind die aufgezählten situativen Machtpositionen nicht einschlägig, weil sie auf Ausnahmesitutionen beruhen, die nur natürliche Personen betreffen können.

Neben diesen Erwägungen bleibt auch bei näherer Betrachtung kein Raum für die Anwendung einer strukturellen oder situationsbedingten Machtposition zwischen Werbeblockeranbietern und Betroffenen der Blockade. Bei der situationsbedingten Machtposition ist dies auch abseits der oben genannten Fallbeispiele abstrakt zu begründen. Denn eine situationsbedingte Machtposition muss nach hier vertretener Ansicht spontan und temporär sein. Sobald sich die Situation ändert, löst sich die konkrete Überlegenheit auf. Da Werbeblocker allerdings über die Blacklist eine dauerhafte Blockade errichten und aufrechterhalten, ist die Situation keineswegs spontan oder temporär, sondern andauernd.

Bei der strukturellen Machtposition ist zu beachten, dass das Verhältnis von organisierten Unternehmen zueinander nur dann eine ausreichend korrespondierende Über- bzw. Unterlegenheit zeitigt, wenn diese in der Marktstruktur begründet ist. Denn im Ausgangspunkt stehen sich Unternehmen am Markt ebenbürtig gegenüber. Mit „strukturell" darf hingegen nicht abseits von konkreten Märkten die Struktur von Unternehmen betrachtet werden, sodass etwa international tätige „mega corporations" durch ihre enormen Mitarbeiterzahlen und finanziellen Möglichkeiten immer überlegen wären zu in dieser Hinsicht strukturell weniger gut ausgestatteten national tätigen Unternehmen. Eine solche marktunabhängige Strukturbetrachtung wäre uferlos und würde das Merkmal der Machtposition entwerten.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eine strukturelle Machtposition kann also nur daraus folgern, dass ein Unternehmen auf seinem konkreten Markt eine Schlüsselrolle innehat. Damit ist jedoch zugleich der thematische Anwendungsbereich des GWB eröffnet. Denn überlegene Unternehmen können ihre starke Position zu Wettbewerbsbeschränkungen ausnutzen, was (nur) in den im GWB und dem AEUV bestimmten gesetzlich geregelten Fällen verboten ist. Damit ist aber entgegen der oben geschilderten, pauschalen Negativabgrenzung zum Kartellrecht sehr wohl der Begriff der Marktbeherrschung aus § 18 GWB bedeutsam. Die von der Literatur und dem OLG Köln postulierte Existenz einer strukturellen Machtposition ist bei genauem Hinsehen kein Fall, der eine vom Kartellrecht abweichende, spezifisch lauterkeitsrechtliche Beurteilung erfordert. Nähme man insoweit eine rein lauterkeitsrechtlich begründete strukturelle Machtposition eines Unternehmens an[821], das jedoch nicht die Anforderungen des § 18 GWB erfüllt, könnte kartellrechtlich erlaubtes Verhalten untersagt werden. Dieses Verbot könnte sogar unter Meidung der spezialisierten Kartellkammern und –senate bei den angerufenen Gerichten erwirkt werden, womit auch das hergebrachte funktionale Zuständigkeitssystem in der deutschen Zivilgerichtsbarkeit tangiert wäre. Maßgeblich ist jedoch, dass eine lauterkeitsrechtliche Annahme einer Machtposition zu dem grotesken Ergebnis führen würde, dass marktmächtigen Unternehmen im Sinne des Kartellrechts weitgehendere Freiheiten zu wettbewerbsbeeinträchtigen Handlungen zustehen würden als jungen, innovativen Unternehmen oder Start-ups, die durch Technologie oder sonstige innovative Ideen eine Schlüsselrolle einnehmen. Eine solche Auslegung würde folglich ein konkretes Innovationshindernis bedeuten und reaktionäres Verhalten durch bestehende Eliten heraufbeschwören, mit dem junge Unternehmen durch Unterlassungsansprüche schon im Aufbau gehindert werden könnten. Es darf deshalb strukturelle Machtpositionen im B2B-Verhältnis nur dort geben, wo eine dem B2C-Verhältnis ähnliche Sachlage besteht, also vor allem dort wo großen Unternehmen kleine Gewerbetreibende ohne ernsthafte Struktur gegenüberstehen. Dies dürfte also vorranging bei Einzelunternehmen im Gewerbe und bei kleineren Handwerks- und Familienbetrieben in Betracht kommen.

Eine bloße wirtschaftliche Überlegenheit, die regelmäßig mit einer strukturellen Überlegenheit zusammenfällt, jedoch theoretisch auch unabhängig davon vorliegen könnte, taugt ebenfalls nicht zu einer Machtposition im Sinne von § 4a Abs. 1 S. 3 UWG. Der bloße Umstand, dass gewisse

821 Diese Machtposition würde dann maßgeblich auf gesetzlich nicht in bestimmte Bahnen geleiteten Billigkeitserwägungen beruhen.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wirtschaftlich starke Unternehmen – man denke an Apple, Amazon oder Google – hart verhandeln und für sich möglichst positive Konditionen erreichen wollen, genügt nicht für eine rechtlich maßgebliche Überlegenheit[822]. Wenn der vermeintlich unterlegene Marktteilnehmer gerne einen Branchenriesen als Referenzkunden gewinnen oder im Verhältnis zu solchen Kunden selbst Know-how generieren möchte und deshalb zu starken Kompromissen bereit ist, sind dies für das Lauterkeitsrecht unbeachtliche Motive. Solange an dieser Stelle die kartellrechtlichen Vorschriften nicht einschlägig sind, bedarf es auch keines weiteren lauterkeitsrechtlichen Schutzes.

Es lässt sich somit festhalten, dass der Begriff der Machtposition eines Unternehmens gegenüber sonstigen Marktteilnehmern in weiten Teilen schnittgleich zur Marktbeherrschung bzw. Marktmacht im Sinne der §§ 18 ff. GWB ist. Insbesondere kann im Verhältnis von strukturierten Unternehmen untereinander keine lauterkeitsrechtlich isoliert zu betrachtende strukturelle oder wirtschaftliche Überlegenheit ausreichen ohne die Wirkung der kartellrechtlichen Vorschriften zu untergraben. Eine situationsbedingte Machtposition mag konstruierbar sein, wenn etwa ein Unternehmen in akuten Notsituationen ist. Insoweit könnte man an Cyberangriffe, Datenleaks oder Streiks durch die Belegschaft denken. Diese Fälle dürften aber praktisch nur begrenzte Relevanz haben und sind für den hier maßgeblichen Fall schlicht irrelevant.

Zuletzt bleibt noch zu prüfen, inwieweit der vom OLG Köln herangezogene Umstand der technischen Überlegenheit geeignet ist, eine Machtposition zu begründen, die neben dem Kartellrecht Bestand haben kann. Hier ist zum einen bereits fraglich, ob im konkreten Fall überhaupt von einer technischen Überlegenheit der Werbeblocker gesprochen werden kann. Denn die Blockade durch die Blacklist nutzt bei genauem Hinsehen schlicht die grundsätzliche Funktionsweise der Internetkommunikation aus und könnte durch technische Schutzmaßnahmen der Webseitenbetreiber umgangen werden. Insoweit ist die Werbeblockade schon deshalb nur schlecht als Überlegenheit oder Machtposition geeignet, weil sie von einem Teil der angeblich Unterlegenen – den Webseitenbetreibern – zugelassen und aktiv geduldet wird. Auch die anderen betroffenen Marktteilnehmer – Werbenetzwerke und Werbende – haben es zumindest mittelbar in der Hand, sich der Werbeblockade zu entziehen, indem sie ausschließlich unblockbare Werbung bei den Webseitenbetreibern nachfragen oder durch Vertrags- und Vergütungsgestaltung zu einer vor der Wirkung von

822 Vgl. Fritzsche, WRP 2016, 1, 4.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Werbeblockern sicheren Ausspielung auffordern. Von einer mit der „Überlegenheit" der Werbeblocker korrespondierenden Unterlegenheit dieser Marktteilnehmer kann deshalb nicht gesprochen werden. In Wirklichkeit bewegen sich alle Betroffenen auf Augenhöhe mit den Werbeblockeranbietern.

Doch selbst wenn man von einer technischen Überlegenheit ausgehen würde, wäre diese wiederum strukturell bedingt und müsste sich der Konkurrenz zum Kartellrecht stellen. Wenn technische Überlegenheit in einem Unternehmen konzentriert wäre, ließe sich regelmäßig auch eine Marktbeherrschung nach § 18 GWB oder relative Marktmacht nach § 20 GWB annehmen. Unterhalb dieser Schwelle muss es Unternehmen erlaubt sein, einen technischen Vorsprung oder eine technische Schlüsselstellung auch zum eigenen Vorteil auszunutzen. Gerade dies macht den freien Wettbewerb aus.

Nach alledem sollte eine abstrakte Definition der Machtposition im B2B-Verhältnis wie folgt lauten: Machtposition ist die Überlegenheit eines Unternehmens gegenüber einem oder mehreren sonstigen Marktteilnehmer, die mit einer nicht ohne Weiteres behebbaren Unterlegenheit korrespondiert, wobei diese Unterlegenheit darauf beruht, dass (i) der sonstige Marktteilnehmer ein Kleingewerbetreibender oder ähnlicher Betrieb ohne markttypische Struktur ist oder (ii) ein ausreichend strukturierter Marktteilnehmer in einer für das Gesamtunternehmen außergewöhnlichen und besonders fordernden Situationen angetroffen wird. Eine Machtposition kann nicht dort angenommen werden, wo sich strukturell (annähernd) ebenbürtige Unternehmen gegenüberstehen, weil in diesem Verhältnis die Vorschriften des Kartellrechts Vorrang genießen.

Auf dieser abstrakten Grundlage ist für eine Machtposition im (Filter-)Werbeblockerfall regelmäßig kein Raum und zwar weder gegenüber größeren Webseitenbetreibern, noch gegenüber Werbenetzwerken, noch gegenüber Werbetreibenden. Bezüglich der beiden Erstgenannten ist nämlich von einer ausreichenden Struktur der betroffenen Unternehmen auszugehen. Kleinere Webseitenbetreiber, insbesondere Blogger oder kleine Publisher mit eigenen Webseiten, können bei Adblock Plus zwar kostenfrei zur Whitelist zugelassen werden, eine Machtposition der Werbeblockeranbieter ließe sich jedoch darauf gründen, dass der Werbeblockeranbieter die Begrenzung auf bestimmte Acceptable Ads zur Bedingung macht. Dadurch könnten von kleinen Webseitenbetreibern nur noch geringere Werbeumsätze generiert werden, weil erfahrungsgemäß besonders Aufmerksamkeit erhaschende Werbeanzeigen zu mehr abrechenbaren Klicks führen. Hier wird man eine strukturelle Machtposition anneh-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

men können, die auch unterhalb der Marktbeherrschungs- bzw. relativen Marktmachtsschwelle eine Existenzberechtigung hat. Denn einzelne Blogger oder Publisher stehen Verbrauchern in vielen Fällen gleich, obwohl allein der Einsatz von Display-Werbung zur Generierung von Einnahmen sie bereits aus der Verbrauchereigenschaft heraus führen dürfte. Eine ausreichende unternehmerische Struktur liegt jedoch in der Regel nicht vor. In diesem Fall ist eine Unterlegenheit dieser Publisher anzunehmen, wenn der überlegene Werbeblocker mit dem Angebot auf Freischaltung aufwartet.

Im Verhältnis zu Werbetreibenden kommt allerdings keine Machtposition in Betracht. Denn der Werbeblocker bietet den Werbenden überhaupt keine Leistungen an. Einzelne Werbende können sich nicht freischalten lassen, es sei denn sie sind zugleich Webseitenbetreiber oder Werbenetzwerke und haben damit eigene Server oder Webseiten, auf denen sie ihre Werbung platzieren. Die bloße mittelbare Betroffenheit der Webseitenbetreiber in dem Sinne, dass sich die Marktgegebenheiten geändert haben, führt zu keiner Unterlegenheit der Werbenden gegenüber dem Werbeblockeranbieter. Werbende müssen vielmehr den Markt, der sich aus den freien Kräften von Angebot und Nachfrage und Resonanz beim Publikum ergibt, so annehmen, wie er sich zur jeweiligen Zeit darstellt. Dazu gehört auch die Beschränkung auf bestimmte Werbeformen und gewisse Preise für die Erreichung verschiedener Adressaten. Das OLG Köln stellte also zu Unrecht die Betroffenheit von Werbekunden von einer Machtposition des Werbeblockeranbieters fest.

Da insoweit eine Machtposition – zwar nur – für einen sehr beschränkten Personenbereich festgestellt worden ist, ist die Prüfung der weiteren Tatbestandsmerkmale geboten. Dies ist trotz Ablehnung der Machtposition in den meisten Fällen des Online-Werbemarktes auch deshalb interessant, um für zukünftiges Fallmaterial Denkanstöße zu geben, falls eine Machtposition aus hier nicht vorhergesehenen Gründen zu bejahen ist.

(bb) Ausnutzung der Machtposition zur Ausübung von Druck

Die Machtposition allein führt noch nicht zur unzulässigen Beeinflussung. Vielmehr muss die Machposition ausgenutzt werden und zwar zur Ausübung von Druck auf den Adressaten. Diesem Erfordernis kann entnommen werden, dass die Machtposition im Zeitpunkt des Ausnutzens zur Druckausübung schon bestehen muss und nicht etwa erst durch

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Druckausübung entsteht[823]. Jedoch besteht kein Erfordernis, dass die Machtposition schon für längere Zeit for der Druckausübung besteht, weil sonst keine situativen Machtpositionen zu einer unzulässigen Beeinflussung führen könnten. Die Machtposition muss demnach nur für einen logischen Moment vorbestehen, damit der Aggressor den Betroffenen sodann unter Druck setzen kann. Zirkelschlüssig wäre allerdings eine durch eigene Druckausübung erschaffene Machtposition, die dann weiterhin zur Druckausübung ausgenutzt wird. Für einen solchen Fall müssen andere Tatbestandsvarianten des § 4a UWG, vor allem die Nötigung, oder andere Normen des Zivilrechts Vorrang haben.

Im Merkmal des Ausnutzens stellt sich zudem die Frage, ob mit diesem Erfordernis ein subjektives Tatbestandsmerkmal etabliert wird[824]. *Scherer* lehnt dies ab, weil es potentiell den Schutz der Betroffenen erheblich reduzieren könnte[825]. *Köhler* vertritt an dieser Stelle, dass sich der Aggressor der Ausnutzung der Machtposition und der damit verbundenen Druckausübung bewusst sein muss, eine Absicht sei aber nicht erforderlich[826]. Abseits der für den harmonisierten B2C-Bereich aus dem Wortlaut der UGP-Richtlinie gefolgerten Argumente, spricht für die Annahme eines Bewusstseins beim Aggressor der Wortsinn des auch im deutschen Gesetzeswortlaut genutzten Begriffs des „Ausnutzens". Die Ausnutzung einer Situation ist nur dann möglich, wenn die Sachlage bekannt ist. Erfolgt etwa das Verhalten eines „Aggressors" am Markt über eine gewisse Dauer unverändert und wird erst im Laufe dieser unveränderten Verhaltensweise die Qualifikation einer Machtposition rechtlich möglich, kann nicht von einem Ausnutzen gesprochen werden. Auch hier wird die zeitliche Komponente der vorbestehenden Machtposition deutlich. Eine Schutzverringerung für von einer Druckausübung betroffene sonstige Marktteilnehmer ist entgegen *Scherers* Argumentation jedoch nicht zu befürchten. Denn dort wo eine Machtposition schon vorbesteht und der Aggressor sein Verhalten hin zu einer Druckausübung der Betroffenen ändert, wird wohl eine tatsächliche Vermutung zugunsten des Ausnutzens anzunehmen sein. Dann muss nämlich der Aggressor darlegen und beweisen, warum seine Verhaltensweise gerade kein Ausnutzen der Machtposition sein soll.

---

823 Fritzsche, WRP 2016, 1, 4.
824 Scherer, GRUR 2016, 233, 239.
825 Scherer, GRUR 2016, 233, 239; Scherer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, § 4a, Rn. 143ff..
826 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4a, Rn. 1.59.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ein weiterer Aspekt, der am Tatbestandsmerkmal der Druckausübung herausgestellt wird, ist die Notwendigkeit einer Verschlechterung der Sach- und Rechtslage für den Betroffenen, sollte er dem Druck nicht nachgeben. Dies bedeutet zugleich, dass eine Verbesserung der Sach- oder Rechtslage für den Adressaten der potentiell aggressiven Handlung niemals einen notwendigen Druck begründet. Ein solches dem Adressaten sozusagen „dienendes" Verhalten ist nicht von der Schutzkonzeption des § 4a UWG umfasst, das vor einer Verschlechterung schützen soll[827].

Überträgt man diese abstrakten Erwägungen auf den noch verbleibenden Bereich, in welchem eine Machtposition anzunehmen ist – also im Verhältnis des Werbeblockerbetreibers zu kleinen Publishern bzw. Webseitenbetreibern – lässt sich zunächst festhalten, dass die Machtposition des Adblockers schon vor dem Angebot der Freischaltung besteht. Das Angebot zur Freischaltung ist sodann eine bewusste Handlung zum Ausnutzen der Machtposition. Somit lässt sich das Bewusstsein für die Ausnutzung der Machtposition ebenfalls bejahen. Maßgebliche Gründe, mit denen sich der Werbeblockeranbieter hier „exkulpieren" könnte, sind nicht ersichtlich.

Allerdings stellt sich die Frage, ob überhaupt von einer Druckausübung gesprochen werden kann, weil die Freischaltung den Webseitenbetreibern überwiegend Vorteile bringen könnte. Denn durch die Freischaltung erreicht der Publisher auf den ersten Blick Internetnutzer, die ohne Freischaltung für seine Werbung unerreichbar wären. Dann würde er mit diesen Nutzern keinen Werbeumsatz realisieren können und allein im Bereich des ungeblockten Netzes eine Refinanzierungsmöglichkeit haben. Die Freischaltung erweitert also den Adressatenkreis für die Werbung. Gegenleistung dieser Freischaltung ist bei kleineren Webseitenbetreibern, die keine Provisionszahlungen an den Whitelist-pflegenden Werbeblockeranbieter leisten müssen, allein die Einhaltung der Acceptable Ads-Kriterien. Aus dieser objektiven Perspektive ist kein durchgreifender Nachteil für den kleinen Publisher ersichtlich, sondern vor allem ein ökonomisch greifbarer Vorteil. Diese Betrachtung nimmt allerdings die vor dem Freischaltungsangebot liegende Werbeblockade aus der Beurteilung insgesamt aus.

Nimmt man die Perspektive der Webseitenbetreiber an und sieht die Freischaltung untrennbar mit dem Angebot der Werbeblockersoftware und der dadurch bewerkstelligten Blackade mittels Blacklist, könnte sich

827 Scherer, GRUR 2016, 233, 238f.; Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4a, Rn. 1.60; Nink, CR 2017, 103, 109.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dies anders darstellen. So könnte man annehmen, dass implizit in Aussicht gestellt wird, dass die Werbeblockade aufrechterhalten und der Adressat nicht mit seiner „inakzeptablen" Werbung durchgelassen wird. Der Vorteil der Erreichung von Nutzern, die sich von Werbung an sich abgewendet hatten, wäre demnach nur ein Minus dazu, dass nur durch die aufrechterhaltene Blockade diese Nutzer erst gar nicht erreicht werden. Bei dieser Sichtweise zeigt sich jedoch die Überschneidung zu § 4 Nr. 4 UWG. Denn es muss hier wertungsmäßig ein Einklang gebracht werden, dass die Werbeblockade keine unzulässige Mitbewerberbehinderung ist und auch im Übrigen nicht als rechtswidrig anzusehen ist. Mit der vorgenannten Betrachtungsweise des impliziten Nachteils würde diese Wertung konterkariert und durch die Hintertür eine Unlauterkeit der Werbeblockade errichtet. Dies ist so nicht statthaft. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass die Werbeblockade zulässig ist und im Rahmen des § 4a UWG nur die Druckausübung durch die Freischaltungsangebote einen eigenen Unlauterkeitsgehalt aufweisen können. Mangels objektiv zu erkennender Nachteile für die Webseitenbetreiber, besteht jedoch keine Druckausübung.

Dieser Gedankengang lässt sich auch auf größere Webseitenbetreiber übertragen, wenn man doch von einer Machtposition in deren Verhältnis zum Werbeblockeranbieter ausgehen wollte. Denn auch bei der im konkreten Fall angeboteten Kostenregelung, wonach die Publisher nicht pauschale Summen zur Freischaltung zahlen sollen, sondern ein gewisser Prozentsatz an Provision für im Rahmen der Freischaltung erfolgter Werbeauslieferung anfällt, kommt objektiv nur ein Vorteil in Betracht. Die Werbeblockade als solche ist kein Nachteil, der an dieser Stelle zu beachten wäre.

Es lässt sich folglich festhalten, dass kein Ausnutzen einer Machtposition zur Druckausübung erkennbar ist. Und zwar gegenüber keinem der potentiell Betroffenen. Spätestens an dieser Stelle müsste somit schon jede Prüfung des § 4a UWG im Werbeblockerfall enden.

(cc) Wesentliche Einschränkung der Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung

Gleichwohl wird aus Gründen der gesamtheitlichen Betrachtung noch kurz auf das weitere Merkmal der wesentlichen Einschränkung der informierten Entscheidungsfreiheit eingegangen.

Die Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung wird laut *Köhler* dann eingeschränkt, wenn das Verhalten des Unternehmers die Möglichkeiten

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des sonstigen Marktteilnehmers, entscheidungsrelevante Informationen zu erlangen und/oder zu nutzen und damit seine Entscheidung auf rationalkritische Erwägungen zu stützen, einschränkt. In wesentlichem Maße ist diese Fähigkeit eingeschränkt, wenn die geschäftliche Handlung das Urteilsvermögen des sonstigen Marktteilnehmers, also seine Fähigkeit, die Vor- und Nachteile einer geschäftlichen Entscheidung zu erkennen und gegeneinander abzuwägen, beeinträchtigt[828].

Im Fall Adblock Plus kann schon die bloße Einschränkung der Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung nicht erkannt werden. Denn das Angebot einer Freischaltung auf der Whitelist mit Folge der Durchbrechung der Werbeblockade erlaubt es den Adressaten durchaus, die Annahme kritisch zu hinterfragen. Dies gilt dabei für große Webseitenbetreiber, die unter Umständen auch Provisionszahlungen leisten müssten, noch mehr als für kleinere Publisher. Denn alle potentiellen Leistungsnehmer der Freischaltung können zu jederzeit anhand öffentlich zugänglicher Quellen analysieren, ob das „ungeblockte" Netz noch eine ausreichende Adressatenschaft für die eigenen Werbebemühungen und Refinanzierungshoffnungen darstellt. In keinem der Streitfälle wurde laut den Tatbeständen der Urteile aktenkundig, dass der Werbeblockeranbieter entscheidungsrelevante Informationen zurückhält oder unterdrückt. Das Angebot zur Freischaltung erfolgt vielmehr ausreichend transparent, sodass größere Werbeseitenbetreiber betriebswirtschaftlich kalkulieren können, ob die Freischaltung unter Provisionszahlung noch profitabel sein kann. Ähnlich zeigt sich die Sachlage bei Werbenetzwerken, die ebenfalls eine ökonomische Entscheidung treffen können. Kleinere Publisher ohne Provisionspflicht können zudem kritisch hinterfragen, ob sie die Einschränkung ihrer Gestaltungsfreiheit in Werbeformen auf der eigenen Seite hinnehmen wollen oder nicht. Alle diese Betroffenen können vor dem Hintergrund der Dauerhaftigkeit der Blockade und der fehlenden zeitlichen Befristung des Freischaltungsangebots informiert entscheiden. Sie können von einem Vertragsschluss mit dem Werbeblockeranbieter absehen oder sogar Werbeblockergegenmaßnahmen ergreifen, der ihnen den Zugang zur Wahrnehmung der Nutzer eröffnen kann[829].

Da schon auf erster Stufe keine Einschränkung feststellbar ist, muss nicht mehr weiter auf die Wesentlichkeit eingegangen werden. Dass hier allerdings die Urteilsfähigkeit der Adressaten angegriffen würde, ließe sich (bei gedachter Bejahung aller vorhergehenden Tatbestandsmerkmale) nur

828 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4a, Rn. 1.65f..
829 Vgl. auch Fritzsche, WRP 2016, 1, 5.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit Blick auf den „Angriff" durch die vorgehende Blacklist-Blockade bejahen. Diese darf aber – wie oben bereits dargestellt – wegen der Wahrung der Wertung aus § 4 Nr. 4 UWG hier nicht als rechtswidriges oder auch nur bedenkliches Handeln in die Bewertung einfließen.

(e) Erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit als Ergebnis der Aggression

Zuletzt sind noch abschließende Worte zum Merkmal der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit abzugeben. Da bereits keine Aggression festgestellt werden konnte, ist offensichtlich, dass im Ergebnis keine Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit feststellbar ist.

Die vorhandene Rechtsprechung mit Blick auf Verbraucher zeigt bereits, dass der BGH relativ zurückhaltend in der Bejahung einer erheblichen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit ist[830]. Diese Schwelle wird bei sonstigen Marktteilnehmern generell noch erhöht sein, wobei große Unternehmen nur in äußerst extremen Situationen erheblich beeinträchtigt sein können. Ein solcher Fall ist nur schwer denkbar. Deshalb wird die Anwendung des § 4a UWG im B2B-Verhältnis wohl auch in Zukunft keine größere Relevanz erhalten.

(v) Stellungnahme zum Urteil Werbeblocker II des BGH und zu divergierender Instanzrechtsprechung

Ausgehend von der obigen Stellungnahme des Rechtslage soll nun das Urteil *Werbeblocker II*[831] des BGH bewertet werden. Das Revisionsurteil zum Kölner Rechtsstreit beschränkt sich auf Ansprüche aus dem Lauterkeitsrecht. Ausführlich setzte sich der I. Zivilsenat mit der Mitbewerberbehinderung nach § 4 Nr. 4 UWG auseinander. Etwas weniger Aufmerksamkeit erhalten die allgemeine Marktbehinderung sowie die Prüfung des § 4a UWG.

830 BGH, Urteil vom 29.10.2009 – I ZR 180/07, GRUR 2010, 455 – *Stumme Verkäufer II*; Urteil vom 24.6.2010 – I ZR 182/08, GRUR 2010, 850 – *Brillenversorgung II*; Urteil vom 3.3.2011 – I ZR 167/09, GRUR 2011, 747 – *Kreditkartenübersendung*.

831 BGH, Urteil vom 19.4.2018 – I ZR 154/16, WRP 2018, 1322 – *Werbeblocker II*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Rahmen der Prüfung des § 4 Nr. 4 UWG bestätigt der BGH die bislang von allen mit der Software Adblock Plus befassten Gerichten eingenommene Ansicht, dass der Internetwerbeblocker keine gezielte Behinderung eines Mitbewerbers darstelle. Die Instanzgerichte hatten sich dabei unter anderem auf die erste *Werbeblocker*-Entscheidung des BGH gestützt[832]. In Fortführung dessen enthält das Urteil *Werbeblocker II* die folgenden bemerkenswerten Aussagen.

(1) Konkretes Wettbewerbsverhältnis und geschäftliche Handlung

Bei der Frage des konkreten Wettbewerbsverhältnisses gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG stellt der I. Zivilsenat auf den für ausreichend angesehenen Behinderungswettbewerb ab. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung. Im Rahmen der Mitbewerbereigenschaft erklärt der Senat ausdrücklich, dass die gleichzeitige Qualifizierung eines Unternehmens als Mitbewerber und sonstiger Marktteilnehmer jedenfalls im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG unschädlich ist (vgl. Rn. 18 des Urteils). In ausdrücklicher Abgrenzung einer von *Köhler*[833] geäußerten Ansicht soll die Qualifizierung als sonstiger Marktteilnehmer die Mitbewerberstellung nicht „aufheben". Dies wirkt wie eine konsequente Fortführung der Rechtsprechung zum konkreten Wettbewerbsverhältnis durch Behinderungswettbewerb. Weiterhin stellt der BGH klar, dass das Geschäftsmodell von Adblock Plus einheitlich bewertet werden müsse und nicht zergliedert werden dürfe in eine erste Behinderungsstufe und eine zweite Angebotsstufe. Das ist nach hier vertretener Ansicht richtig[834]: Wenn man auf der Behinderungsebene – Werbeblockierung – die Mitbewerberstellung qua Beeinträchtigung annimmt, knüpft die „Nachfragerstellung" der Medienunternehmen hinsichtlich des „Freikaufs" in das Whitelisting gerade an die Behinderung an. Auch wenn die Medienunternehmen also keine Mitbewerber des Adblock-Anbieters beim „Angebot zum Freikauf" sind, sind sie es auf der notwendigen vorgelagerten Stufe[835].

832 BGH, Urteil vom 24.6.2004, I ZR 26/02 – *Werbeblocker I*.

833 Köhler/Bornkamm/Feddersen, (36. Auflage!), UWG, § 2, Rn. 111 – in der 37. Auflage wurde diese Ansicht fallengelassen; näher Köhler, WRP 2014, 1017 Rn. 28 ff., 32.

834 Vgl. oben Ziffer C. I. 4. a) aa) (1).

835 Vgl. auch die obigen Ausführungen zur Aufspaltung des Geschäftsmodells und den (fehlenden) Auswirkungen auf die Bewertung des konkreten Wettbewerbsverhältnisses, Ziffer C. I. 4. a) aa) (2) (i).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auf Grundlage der zuvor geschilderten einheitlichen Betrachtung des Geschäftsmodells nimmt der BGH eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG an (vgl. Rn. 21 des Urteils). Da das streitgegenständliche Whitelisting entgeltlich erfolgt, kann der BGH der Frage ausweichen, ob eine geschäftliche Handlung eine Entgeltlichkeit voraussetzt, und diese offenlassen[836].

(2) Gezielte Behinderung

Bei der gezielten Behinderung zeigt sich der BGH marktliberal. Im Rahmen der Einzelfallabwägung unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten gibt der I. Zivilsenat dem Interesse des Werbeblockerbetreibers am Vertrieb der Software den Vorzug. Dies vor allem unter Heranziehung der Interessen der Werbeblockersoftware, inklusive der negativen Informationsfreiheit der Nutzer. Im Detail unterscheidet das Urteil zwischen dem Interesse der Nutzer, von aufgedrängter Werbung – sprich Werbung entgegen § 7 UWG – verschont zu bleiben, und dem Interesse, nicht mit aufdringlicher (aber erlaubter) Werbung konfrontiert zu werden. Nur das erstgenannte Interesse unterfalle der grundrechtlich geschützten negativen Informationsfreiheit. Aufgedrängte Werbung im Sinne einer unzumutbaren Belästigung erkennt der Senat im Streitfall jedoch nicht[837]. Gleichsam stellt er auch das (nicht grundrechtlich geschützte) Interesse der Internetnutzer in seine Abwägung ein[838]. Dem „reaktionären" Ansinnen der Verlage, neue Technologien vor dem Hintergrund der Bewahrung alter Strukturen zu verbieten, wird insgesamt eine Absage erteilt. Auch Medi-

836 Vgl. zur Bewertung der geschäftlichen Handlung durch unentgeltliche Werbeblocker oben Ziffer C. I. 4. a) aa) (1).

837 Vgl. zu Fällen, in welchen Displaywerbung durchaus eine aufgedrängte Werbung sein kann oben Ziffer B. IV. 1. a).

838 Im Kontext der grundrechtlichen Bewertung der verschiedenen Interessen erhob die Klägerin im Nachgang zum Urteil eine Anhörungsrüge zum BGH, die allerdings zurückgewiesen worden ist – BGH, Beschluss vom 21.11.2018 – I ZR 154/16, juris. Die Klägerin rügte demnach u.a. vergeblich, dass der Senat sich mit dem Vortrag der Klägerin zum Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht auseinandergesetzt habe. Dieses letzte zivilprozessuale Mittel zeigt, dass alle Mittel ausgeschöpft werden, damit der Weg der Verfassungsbeschwerde zum BVerfG zulässig wird. Vgl. dazu auch https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-hamburg-werbeblocker-adblocker-axel-springer-eyeo-urheberrecht-verletzung/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

enunternehmen müssen sich den Herausforderungen des Marktes stellen (vgl. Rn. 24 ff. des Urteils).

Dem von den Webseitenbetreibern vorgebrachten Argument, es liege eine Einwirkung auf fremde Werbung vor, schiebt der I. Zivilsenat einen Riegel vor. Jedenfalls bei der Abwägung in § 4 Nr. 4 UWG sei zu berücksichtigen, dass hier ein Dritter eine autonome Entscheidung treffe, ohne die der Behindernde den Mitbewerber nicht in seiner Entfaltung beeinträchtigen könnte[839]. Dieses aus der analogen Welt bewährte Judiz reichert der Senat sodann mit einem sehr technologiefreundlichen Argument an. Selbst wenn das vom Werbeblocker herbeigeführte Ergebnis über das hinausgeht, was der Nutzer ohne besondere Fähigkeiten selbst bewerkstelligen könnte, ändere dies nichts an der Autonomie der Nutzerentscheidung. Auch „technisch anspruchsvolle Produkte" müssen erst vom Nutzer eingesetzt werden, um ihre Wirkung zu entfalten (vgl. Rn. 30 des Urteils).

Ferner verweist der Senat auf einen weiteren Ansatz in seiner Rechtsprechung zu § 4 Nr. 4 UWG, der nun endgültig als gefestigte Rechtsprechung anzusehen ist. Unter Hinweis auf die Entscheidungen *Automobilbörse Online*[840], *Flugvermittlung im Internet*[841] und *World of Warcraft II*[842] betont das oberste Zivilgericht erneut, dass eine unlautere Einwirkung auf fremde digitale Produkte nur vorliegt, wenn eine Schutzvorkehrung unterlaufen werde (vgl. Rn. 31 des Urteils). Wer seine Angebote schutzlos am Markt platziert, wird durch externe Einwirkungen nicht gezielt behindert. Ein Schutz gegen Einwirkungen anderer Marktteilnehmer, insbesondere Mitbewerber, setzt voraus, dass die Leistung durch vertragliche oder technische Schutzmaßnahmen sozusagen mit einem „Burggraben" versehen wird. Daran fehlte es im Streitfall.

Diese Ausführungen des BGH sind insgesamt zu begrüßen[843]. Es fällt jedoch auf, dass der BGH nicht auf die Frage eingeht, ob in der Beurteilung zwischen dem zulässigen allgemeinen Blacklisting und dem darauf aufbauenden kommerziellen Whitelisting unterschieden werden könnte. Natürlich kann man die beiden Aspekte nicht trennen, weil beides eine

839 Unter Verweis auf BGH, Urteil vom 23.06.16 – I ZR 137/15, WRP 2017, 46 – *Fremdcoupon-Einlösung*.

840 BGH, Urteil vom 22.06.11 – I ZR 159/10, WRP 2011, 1469 – *Automobil-Onlinebörse*.

841 BGH, Urteil vom 30.04.14 – I ZR 224/12, WRP 2014, 839 – *Flugvermittlung im Internet*.

842 BGH, Urteil vom 12.01.17 – I ZR 253/14, WRP 2017, 434 – *World of Warcraft II*.

843 Vgl. insoweit die hiesigen Ausführungen zur gezielten Behinderung in Ziffer C. I. 4. a) aa) (3).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einheitliche geschäftliche Handlung darstellt. Aber auch wenn man davon ausgeht, dass ein (insbesondere für den Nutzer unentgeltliches) Blacklisting zulässig ist, muss damit nicht zwingend einhergehen, dass ein Whitelisting gegen Entgelt zulässig sein muss. Denn man könnte durchaus in Erwägung ziehen, dass die Behinderung durch die Werbeblockierung an sich nach Abwägung der Interessen der behinderten Medien- und Werbeindustrie einerseits und des Adblock Plus-Herstellers andererseits nicht zuletzt wegen der Interessen der Nutzer, die Werbung in legitimer Weise vermeiden wollen, zulässig ist. Daraus muss nicht unbedingt folgen, dass die Etablierung eines abhängigen Geschäftsmodells auf dieser Grundlage auch noch zulässig sein muss. Allerdings bietet dieses Geschäftsmodell den behinderten Unternehmen immerhin die Möglichkeit, der Werbeblockade in gewissen Grenzen zu entkommen, sofern der Nutzer dies nicht durch Änderung der Einstellung verhindert. Vor diesem Hintergrund wäre für die Medien- und Werbeindustrie durch ein Verbot des Whitelistings nichts gewonnen[844].

(3) Allgemeine Marktbehinderung

Eine allgemeine Marktbehinderung auf Grundlage der Generalklausel in § 3 UWG lehnt der BGH klar und deutlich ab. Es sei nämlich nicht die *„Aufgabe des Behinderungstatbestands oder des Lauterkeitsrechts allgemein, bestehende wettbewerbliche Strukturen zu bewahren und wirtschaftlichen Entwicklungen entgegenzusteuern, in denen die bisherigen Marktteilnehmer eine Bedrohung ihres Kundenstammes erblicken“*[845].

Unabhängig davon, dass der BGH an dem dogmatisch fragwürdigen Tatbestand[846] wie selbstverständlich festhält, ist dieser zutreffenden Aussage nichts hinzuzufügen.

844 Vgl. dazu auch das Beispiel einer geschlossenen Tür, die ein Stück weit geöffnet wird. Während die Blacklist die geschlossene Tür darstellt, öffnet die Whitelist diese Tür wieder ein Stück breit. S.o. Ziffer C. I. 4. a) aa) (3) (b) a.E..

845 BGH, Urteil vom 19.4.2018 – I ZR 154/16, WRP 2018, 1322, Rn. 45 – *Werbeblocker II*.

846 Vgl. insoweit obige Ausführungen in Ziffer C. I. 4. a) aa) (3).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(4) Aggressive geschäftliche Handlung

Bleibt noch das Verbot einer aggressiven geschäftlichen Handlung nach § 4a UWG. Hier postuliert der I. Zivilsenat, dass es keine gespaltene Auslegung des § 4a UWG mit Blick auf die Schutzsubjekte der Norm, also einerseits Verbraucher und andererseits sonstige Marktteilnehmer, geben dürfe (vgl. Rn. 54 des Urteils). Dies ist keine völlige Selbstverständlichkeit, weil im B2B-Verhältnis zumindest theoretisch ein Bereich gegeben ist, der nicht richtlinienkonform auszulegen ist[847].

Die Prüfung konzentrierte sich auf die vom OLG Köln festgestellte unzulässige Beeinflussung der Werbekunden gemäß § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3, S. 3 UWG. Leider hatte der BGH dabei keine direkte Veranlassung, die im B2B-Verhältnis noch ungeklärte Konkurrenz zum Kartellrecht auszuloten[848], weil es den Anspruch über den Prüfungspunkt der „Ausnutzung der Machtposition zur Einschränkung der Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung" ausscheiden ließ. Insoweit stellte der I. Zivilsenat maßgeblich darauf ab, dass ein werbewilliges Unternehmen seine kommerzielle Entscheidungsfähigkeit nicht generell einbüße und nicht zu irrationalen Handlungen verleitet werde (vgl. Rn. 67 ff. des Urteils).

Hier ist dem BGH uneingeschränkt zuzustimmen, wenn er ausführt, dass ein Unternehmen die zur Verfügung stehenden Optionen kaufmännisch betrachten und abwägen werde. Bei der Schaltung von Werbung wird das werbewillige Unternehmen überlegen, welches Medium, welches Werbeformat, welche Zielgruppe etc. zu wählen sind. Dass ein bestimmtes Medium und Werbeformat dabei durch die Existenz von Werbeblockern nur eine geringere Zielgruppe erreicht, ist ein berechenbarer Faktor, der in der Praxis Berücksichtigung finden wird. Entwertet die Existenz der Werbeblocker die gewünschte Werbung allzu sehr, wird das Unternehmen eine kaufmännische Entscheidung zu treffen haben. Sie wird allerdings wegen der überragenden Bedeutung des Internets auch in seiner mobilen Variante bzw. in dem Sonderbereich der sozialen Netzwerke kaum dahingehen, auf diesen Werbekanal ganz zu verzichten, sondern eher zur Folge haben, dass das Entgelt, dass man zu zahlen bereit ist, sinkt. Ferner könnte man in Erwägung ziehen, auf die Dienste leicht blockierbarer Adserver zu verzichten[849].

847 Vgl. oben Ziffer C. I. 4. a) aa) (4).
848 Siehe für die hier vertretene Ansicht zur Abgrenzung oben Ziffer C. I. 4. a) aa) (4) (ii) (b).
849 Vgl. auch oben Ziffer C. I. 4. a) aa) (4) (c) (dd) (ccc).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In aller Deutlichkeit weist der BGH zudem daraufhin, dass die Annahme des OLG Köln, dass im vorliegenden Sachverhalt § 4a Abs. 2 Nr. 4 UWG die Aggressivität belege, nicht zutrifft. Denn die aggressive Handlung muss nach dieser Norm in derselben Rechtsbeziehung erfolgen wie die Hindernisbereitung (vgl. Rn. 63 ff. des Urteils). Das OLG Köln nahm hingegen eine Aggressivität im Verhältnis Werbeblocker zu Werbekunde an, die Hindernisbereitung aber im Verhältnis Werbekunde zu Webseitenbetreiber. Diese Anwendung entsprach nicht der gesetzlichen Regelung des § 4a UWG. Andere Auslegungskriterien des § 4a Abs. 2 UWG waren nicht einschlägig und konnten demnach keinen Hinweis für eine Aggression geben.

Nicht vollends überzeugen die Ausführungen zum Prüfungspunkt der Machtposition (vgl. Rn. 59 ff. des Urteils). Die Definition der Machtposition bezieht sich auf eine situativ oder strukturell begründete überlegene Stellung. Im B2B-Verhältnis ist diese Definition allerdings relativ schwach[850]. Eine situative Machtposition ist denkbar, müsste aber spontan und temporär sein. Die Werbeblockerproblematik ist hingegen dauerhaft und nicht nur Ausdruck einer besonderen Situation. Demnach wäre nur eine strukturelle Machtposition möglich. Woraus sich laut BGH aber im konkreten Fall eine strukturelle Überlegenheit ergeben soll, bleibt leider unklar.

Die Ausführungen zu § 4a UWG sind vor dem Hintergrund der überraschenderweise an dieser Stelle stattgebenden Entscheidung des OLG Köln ziemlich knapp geraten, sodass dem Urteil über den konkreten Fall hinaus kaum allgemeingültige Thesen zu entnehmen sind.

(5) Verhältnis zu OLG Köln

Der BGH hob mit seinem Urteil das vom OLG Köln tenorierte Verbot auf, den Betreiber von Webseiten wie unter anderem Bild.de nur unter Einhaltung der Acceptable Ads Kriterien und gegen Entgelt auf die Whitelist aufzunehmen[851]. Diese Aufhebung war im Streitfall zwingend geboten und faktisch wie rechtlich zutreffend. Denn es fehlten im Tatbestand des Urteils maßgebliche Feststellungen, um im Vertikalverhältnis zwischen dem Werbeblockerbetreiber und einem Werbekunden eine aggressive geschäftliche Handlung anzunehmen.

850 Siehe dazu oben Ziffer C. I. 4. a) aa) (4) (c) (dd) (aaa).
851 Siehe oben D. I. 3. c).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dabei war der Ansatz des Kölner Senats, den Streitfall aus etwas mehr Abstand und unter Heranziehung der Folgen für andere Marktteilnehmer als den Webseitenbetreibern, dem Werbeblockeranbieter und deren Nutzern zu betrachten, durchaus spitzfindig. Allerdings ist die konkrete Annahme in den Entscheidungsgründen, dass „werbewillige Unternehmen […], die zunächst in eine Blockadesituation geraten, aus der sie sich sodann freikaufen“[852] müssen, faktisch nicht tragbar. Denn es sind in der klassischen Dreierkette der Werbeausspielung „Werbekunde-Webseitenbetreiber-Nutzer“[853] nicht die Werbekunden, die ein Entgelt zur Freischaltung zahlen müssten. Dies sind vielmehr die Webseitenbetreiber. Das „Freikauf“-Argument wäre nur dann denkbar, wenn höhere Werbepreise für die Ausspielung von Werbeanzeigen festgestellt worden wären. Dazu verhält sich der Tatbestand allerdings nicht. Es ist auch nicht offenkundig, dass es zu einem solchen Anstieg gekommen ist.

In diesem Fall einer mittelbaren Belastung durch höhere Werbepreise für gewöhnliche Displayanzeigen, z.B. Banner oder In-Stream Videos, kann sodann aber auch nicht per se eine unzulässige Beeinflussung gem. § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG erkannt werden. Wie der BGH richtigerweise erkannte, können Werbekunden immer noch frei und kaufmännisch entscheiden, ob Sie weiterhin Werbung schalten wollen oder nicht. Auch wird man nicht auf hohe Kosten für solche Werbung abstellen, die als Acceptable Ads über die Whitelist an Werbeblockernutzer durchgeleitet wird. Denn diese Werbung gibt gerade die Möglichkeit einen neuen Markt zu erreichen – und zwar „das geblockte Netz“. Dass dieser Markt erst neu entstanden ist, und früher Teil des allgemeinen Onlinewerbemarkts war, schadet nicht. Denn wie der BGH ebenfalls zurecht urteilte, ist zu beachten, dass sich Märkte ändern können. Ein Schutz vor diesen Veränderungen des Markts kann nicht über das UWG erreicht werden.

Anders könnte die Sachlage höchstens bei Hybriden wie Google, Facebook oder Amazon sein. Diese Unternehmen betreiben insofern selbst die Webseiten, sind aber auch als Werbenetzwerk oder sogar als Werbender selbst betroffen. Ohne hier formal auf verschiedene Rechtspersonen innerhalb der Multikonzerne abzustellen, würde der Werbeblocker stark in die konzerninternen Prozesse wie Eigenwerbung eingreifen. Hier wird man aber in der Mitbewerberbehinderung wie auch in der aggressiven geschäftlichen Handlung den Ausweg aus einer potentiellen Unlauterkeit

852 OLG Köln, Urteil vom 24.6.2016 – 6 U 149/15, GRUR 2016, 1082.

853 Praktisch oft mindestens als Viererkette mit einem Werbenetzwerk zwischen Werbekunden und Webseitenbetreiber.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

über das Erfordernis der technischen oder rechtlichen Schutzmaßnahmen finden. Diese führen zur Interessenabwägung zugunsten der Werbeblocker in § 4 Nr. 4 UWG und zum Ausschluss einer Machtposition der Werbeblocker in § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3, S. 3 UWG. Interessanterweise waren es aber gerade nicht die Tech-Riesen, die den Rechtsweg gegen Adblock Plus suchten. Diese wählten vielmehr den Weg der Kooperation mit dem Werbeblockerbetreiber. Der Bearbeiter vermutet, dass dies wohl weniger einer extensiven rechtlichen Prüfung als einer generellen Philosophie in der digitalisierten Welt geschuldet ist.

(vi) Allgemeines Zivilrecht

Soweit man nach der Ablehnung der speziellen Tatbestände im UWG noch auf Grundlage des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auf § 823 Abs. 1 BGB eingehen möchte, lässt sich die Prüfung sehr kurz halten. Denn alle oben genannten Erwägungen sind im Rahmen der Interessenabwägung zu übertragen. Demnach besteht kein Raum für Unterlassungsansprüche auf Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 1004 BGB.

bb) Urheberrecht

Neben dem Lauterkeitsrecht ist zudem denkbar, Werbeblockersoftware auf urheberrechtlicher Grundlage zu bekämpfen. Das Urheberrecht kennt insoweit gleich effektive Unterlassungsansprüche bei Verletzungen schutzwürdiger Rechtspositionen wie das Lauterkeitsrecht. Als solche schutzwürdige Rechtsposition sind für Webseitenbetreiber ein Urheberrecht oder Leistungsschutzrecht an der „Webseite in ihrer Gesamtheit“ denkbar. Die Entfernung von Werbelementen aus dieser Gesamtheit müsste bei – nachfolgend zu überprüfender – Schutzfähigkeit eine ausreichende Verletzungshandlung sein. Hier darf wiederum nicht außer Acht bleiben, dass der Nutzer einen Werbeblocker in seinem Endgerät bewusst installiert und anwendet. Zuletzt dürfen auch keine Schranken oder Rechtfertigungsgründe einschlägig sein, die bei der Internetkommunikation regelmäßig Bedeutung erlangen.

Wegen dieser komplexen rechtlichen Ausgangslage widem sich nur wenige Abhandlungen über das Thema Werbeblocker der urheberrechtlichen

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bewertung der Thematik[854]. In der Rechtsprechung waren bislang nur das LG München I[855], das LG Hamburg[856] sowie das OLG München[857] mit Unterlassungsansprüchen aus dem UrhG befasst. Die Urteile fielen dabei dadurch auf, dass an vielen Stellen die eher komplizierten Fragen nach der Schutzfähigkeit offengelassen worden sind, weil die Verletzungshandlung mit weniger Begründungsaufwand abgelehnt werden konnte.

An dieser Stelle soll deshalb eine für möglicherweise zukünftige Fälle im Kontext von Webseiten und dort platzierter Werbung interessante Prüfung der Schutzfähigkeit erfolgen[858]. Im Weiteren erfolgt eine knappe Beleuchtung der Entscheidung zu Verletzungshandlungen durch die Betreiber von Werbeblockern als Täter oder Teilnehmer. Zuletzt soll auf Schranken des Urheberrechts und einschlägige Rechtfertigungsgründe eingegangen werden.

(i) Schutzfähigkeit von Webseiten

Die Schutzfähigkeit von komplexen Webseiten, die nicht bloß aus banalen HTML-Befehlen bestehen und als einfache Textseiten beim Nutzer erscheinen, sondern mit optisch aufbereiteter und bewusst gegliederter Darbietung von Inhalten aufwarten, wurde bislang hauptsächlich auf die folgenden Werktypen und Leistungsschutzrechte gestützt: Computerprogramm, Datenbankwerk, Recht an einer Datenbank und Multmediawerk. In dieser Reihenfolge wird nachfolgend die Schutzfähigkeit von Webseiten wie jene der klagenden Medienhäuser – etwa bild.de, zeit.de oder prosieben.de – bewertet. Zudem wird im Anschluss betrachtet, ob diese Webseiten oder Elemente davon noch vor dem Hintergrund anderer Werktypen oder Leistungsschutzrechte gesetzliche Schutzfähigkeit beanspruchen kann, die gegenüber Werbeblockern Wirkung entfalten könnte.

854 Engels, GRURPrax 2015, 338; Kreutzer, MMR 2018, 639.
855 LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.
856 LG Hamburg, Urteil vom 3.5.2016 – 308 O 46/16, CR 2016, 782.
857 OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147.
858 Vgl. https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-hamburg-werbeblocker-adblocker-axel-springer-eyeo-urheberrecht-verletzung/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Computerprogramm, §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 69a UrhG

Vor dem Hintergrund der technischen Vorgänge die mit dem Abruf von Webseiten durch den Nutzer verbunden sind, liegt es nahe vornehmlich einen Schutz der Webseiten als Computerprogramm zu prüfen. Nach den unionsrechtlich geprägten Vorschriften über Computerprogramme in den § 69a ff. UrhG sind Programme in jeder Gestalt geschützt. Der gewährte Schutz gilt für alle Ausdrucksformen eines Computerprogramms, jedoch sind Ideen und Grundsätze nicht schutzfähig (§ 69a Abs. 2 UrhG). Auch Computerprogramme müssen personliche geistige Schöpfungen ihrer Urheber sein (§ 69a Abs. 3 UrhG).

Mit diesen gesetzlichen Formulierungen sind allerdings nur ganz grob die Eckpunkte abgesteckt. Einer handhabbaren Definition des Computerprogramms enthält sich der Gesetzgeber bewusst und überlässt dies der Rechtsprechung[859]. Eine frühe Definition des BGH aus dem Jahr 1985 lautet etwa: „*Das fertige Computerprogramm wird als eine Folge von Befehlen definiert, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, daß eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt*"[860].

Der EuGH enthält sich bislang einer konkreten Definition des Begriffs des Computerprogramms, der in der alten Richtlinie 91/250/EWG sowie der aktuellen Richtlinie 2009/24/EG („Software-Richtlinie") verwendet wird. Im Urteil *SAS Institute* hat der Gerichtshof vielmehr eine negative Abgrenzung vorgenommen und dargestellt, was nicht zum Schutzgegenstand eines Computerprogramms gehöre: weder die Funktionalität eines Computerprogramms, noch die Programmiersprache, noch das Dateiformat, die im Rahmen eines Computerprogramms verwendet werden[861]. Daraus wurde gefolgert, dass das Computerprogramm als solches keine reine Datenbeschreibung sein dürfe, sondern eine Datenverarbeitung im eigentlichen Sinne ermöglicht werden müsse[862]. Vorab hatte der EuGH

859 Vgl. Kotthoff in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, UrhG, § 69a, Rn. 4f.; Marly, GRUR 2012, 773, 774.

860 BGH, Urteil vom 9.5.1985, I ZR 52/83, GRUR 1985, 1041, unter Rückgriff auf die Definition, die in § 1 (i) der WIPO-Mustervorschriften aus 1977 enthalten ist.

861 EuGH, Urteil vom 2.5.2012 – C-406/10, GRUR 2012, 814, Rn. 39.

862 Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 69a, Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bereits entschieden, dass die grafische Benutzeroberfläche eines Computerprogramms nicht am Schutz eines eben solchen teilhabe[863].

In diesem Spannungsfeld von Schutz des Quell- und Objektcodes von Computerprogrammen, aber der Nichterfassung von freihaltebedürftigen Funktionalitäten, Programmsprachen und Dateiformaten sowie bloßem Output wie Benutzeroberflächen ist eine Einordnung von Webseiten vorzunehmen. Eine solche Beurteilung kann freilich nicht ohne technische Beurteilung erfolgen. Vor dieser anspruchsvollen technischen Beurteilung bewahrten sich die mit urheberrechtlichen Fragen befassten Gerichte weitestgehend. Allein das LG Hamburg führte insoweit aus:

> "Es dürfte es sich bei der von der Antragstellerin für den Aufbau ihrer Webseite verwendeten Software um ein Computerprogramm im Sinne des § 69a UrhG handeln. […] Es liegt nahe, dass es sich bei der dynamischen html-Programmierung unter Verwendung von JavaScripts, die den bei jedem Abruf individuell erstellten Aufbau der Webseite der Antragstellerin bestimmen, um ablauffähige und interpretierbare Steuerbefehle handelt, die auch hinreichend komplex sind und insofern die nach § 69a Abs. 3 UrhG erforderliche Individualität erreichen (BGH GRUR 2013, 509 Rn. 24 – UniBasic-IDOS). Dies kann jedoch vorliegend dahinstehen."[864]

Mit dem Verweis auf die HTML-Programmierung der im Streitfall maßgeblichen Webseite stellen sich bei genauem Hinsehen jedoch eine Reihe komplexer Fragen, die das LG Hamburg nicht beantwortet.

Das LG Hamburg nennt die Begriffe „dynamische HTML-Programmierung" und „JavaScripts", sodass zunächst in einem ersten Schritt kurz erläutert werden muss, was hier überhaupt Gegenstand der Diskussion ist. Hierbei ist auf HTML-Programmierungen, deren Erscheinungsformen als statisch oder dynamisch und JavaScript sowie weiteren Skriptsprachen bzw. Hilfsmitteln beim Webseitendesign einzugehen.

Zu HTML, der standardisierten Auszeichnungssprache für das World Wide Web, enthält diese Arbeit bereits weiter oben Erklärungen zum technischen Hintergrund[865]. Der HTML-Code einer Webseite ist – stark

---

863 EuGH, Urteil vom 22.12.2010 – C-393/09, GRUR 2011, 220 – *BSA/Kulturministerium.*

864 LG Hamburg, Urteil vom 3.5.2016 – 308 O 46/16, CR 2016, 782. Ähnlich Engels, GRURPrax 2015, 338, der aus der Komplexität der Befehlskette im HTML-Dokument einen Schutz als Computerprogramm folgert.

865 Siehe vor allem Abschnitt C. III..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vereinfacht ausgedrückt – die Arbeitsanweisung an den Browser, wo und wie bestimmte Inhalte zu laden, anzuordnen und visuell darzustellen sind. Traditionell sieht die allgemeine Ansicht im urheberrechtlichen Schrifttum und der Rechtsprechung in „HTML-Programmierungen" kein Computerprogramm. Zur Begründung wird ausgeführt, dass es sich bei HTML sowie anderen „markup languages"[866] um Beschreibungssprachen handelt, die keine Steuerung eines Programmablaufs bewirken, sondern stattdessen nur bewirken, dass die enthaltenen multimedialen Elemente angezeigt werden[867]. Der HTML-Code an sich bewirkt keine Datenverarbeitung[868].

Dies alles gilt uneingeschänkt für das statische Webdesign, bei dem der Nutzer als Client vom Server eine starre Anleitung von Inhalten erhält, die der Browser in eine sichtbare Webseite verwandelt. Jedoch ist zur Zeit der Bearbeitung das dynamische Webdesign sehr viel verbreiteter, da auf diese Weise in Echtzeit auf aktuelle Informationen zugegriffen werden kann. Bei dieser Art von Webseite werden zwischen Anfrage des Client beim Server und der endgültigen Anzeige noch diverse Zwischenschritte durchlaufen, etwa der Abruf von Daten aus einer Datenbank oder die Einblendung von für den Nutzer besonders relevanten Inhalten. Hier wird das HTML-Dokument, das der Server an das Nutzergerät sendet dynamisch und computerbasiert generiert[869]. So erklärt sich auch, warum beim mehrfachen Aufruf einer Webseite innerhalb kurzer Zeit häufig unterschiedliche Werbeanzeigen oder auch Contentinhalte angezeigt werden. In der Regel ist dabei die grundsätzliche Formatierung der Webseite statisch gehalten und nur die Inhalte werden dynamisch bei Abruf eingefügt. Dies ist v.a. bei Webseiten wie Google oder auch Facebook leicht zu beobachten[870].

Innerhalb der dynamischen Webseiten ist zudem noch zu unterscheiden, ob die Dynamik auf Seiten des Servers oder des Clients bewerkstelligt wird. Beim oben beschriebenen Abruf von Daten aus einer Datenbank

866 Beispiele sind XML, XHTML oder HTML5.

867 OLG Rostock, Beschluss vom 27.6.2007 – 2 W 12/07, GRUR-RR 2008, 1; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 22.3.2005, 11 U 64/04, GRUR-RR 2005, 299; Wiebe, in: Spindler/Schuster, § 69a UrhG, Rn. 6 mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur; Schöttle, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, § 25, Rn. 11.

868 Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 69a, Rn. 18.

869 Vgl. https://webanwendungen.at/webdesign/statische-dynamische-websites.html , zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

870 Vgl. https://www.netgenerator.de/de/webdesign-begriffslexikon/webdesign-begriffe-dynamische-webseiten.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

handelt es sich in der Regel um serverseitige dynamische Webseiten[871]. Aus Sicht des Clients wird hier praktisch wie beim statischen Webdesign ein fertiges, ausführbares HTML-Dokument geladen. Bei clientseitigen dynamischen Webseiten werden in der Regel JavaScript-Programme verwendet, die im HTML-Dokument integriert sind. Das in diesem Dokument enthaltene Programm wird dann vom Browser ablaufen gelassen[872]. JavaScript-Progamme dienen zum Beispiel zur Validierung von Nutzereingaben in entsprechende Eingabefelder vor einem Datenaustausch mit dem Server. Sie werden zudem eingesetzt für die auf der Webseite selbst ohne neues Laden durchzuführende Handlungen wie ein-/ausklappbare Texte oder Abschnitte, Kalender zum Auswählen von Daten für Eingabefelder und für Layer Ads, die „modernen Pop-Ups"[873].

Nach diesen technischen Hintergünden lässt sich die Aussage des LG Hamburg also so verstehen, dass es bei einer clientseitigen dynamischen Webseite davon ausgeht, dass es sich um ein Computerprogramm handele. Auf der anderen Seite beschreibt das LG Hamburg einen *„bei jedem Abruf individuell erstellten Aufbau der Webseite"*. Dies spricht für eine zudem serverseitig dynamische Webseite. Jedenfalls erkennt die Kammer *„ablauffähige und interpretierbare Steuerbefehle handelt, die auch hinreichend komplex sind"*. Diese Aussage stimmt im Kern zu, die gezogene Konsequenz allerdings nicht.

Denn aus dem Vorliegen von einzelnen ablauffähigen Steuerbefehlen, die bei der vom LG Hamburg betrachteten Seite sowohl serverseitig als auch cleintseitig existieren, kann nicht gefolgert werden, dass die gesamte Webseite ein Computerprogramm darstellt, geschweige denn, dass die Anzeige der Webseite auf dem Gerät des Nutzers an dem Schutz eines etwaigen Computerprogramms Teil hat. So kann der HTML-Code in Teilen als Computerprogramm geschützt sein, wenn er solche Computerprogramme enthält[874]. Der Schutz des Computerprogramms erstreckt sich also nur auf die konkreten JavaScript-Programme im HTML-Code. Jedoch kann das Integrieren einzelner Computerprogrammfragmente in einen zusammengesetzten HTML-Code diesen nicht mit der Schutzfähigkeit als Computerprogramm insgesamt „infizieren". Soweit der HTML-Code weiterhin

871 Dies ist in der Regel dadurch zu erkennen, dass die Programmiersprachen PHP, Ruby oder Perl sowie das Datenbankprogramm MySQL verwendet werden.

872 Vgl. http://www.jgiesen.de/javascript/JavaScript/JSBeispiele/start.htm, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

873 Vgl. Beispiele in https://www.youtube.com/watch?v=hN1gW8xayLM, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

874 Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 69a, Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:33
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bloße Information zur Auszeichnung und Anordnung der Inhalte ist, gilt der allgemeine Grundsatz, dass kein Computerprogramm vorliegen kann. Daran ändert auch der Umstand nicht, dass das HTML-Dokument auf dem Server durch ein Computerprogramm dynamisch generiert worden ist. Denn der Schutz als Computerprogramm bezieht sich hier nur auf das auf dem Server ablaufende Computerprogramm, nicht aber auf das Arbeitsergebnis dieses Computerprogramms[875].

Insgesamt sind die meisten Publikumswebseiten zur Zeit der Bearbeitung ein Konglomerat von verschiedenen Elementen, die für sich gesehen urheberrechtlich geschützt sind (z.B. Bilder, Texte oder eben kleine Computerprogramme), und somit als „hybrides Produkt" einzuordnen sind. Bei dieser komplexen Sammlung von an sich schutzfähigen Werken, kann ein übergeordneter Schutz nach dem Urheberrecht aus dem Gesichtspunkt des Sammel- oder Multimediawerks folgen. Ein Schutz als Computerprogramm scheidet aber wegen der zuvor dargestellten rechtlichen Umstände zwingend aus[876].

Somit kann dem LG Hamburg nicht zugestimmt werden. Vielmehr verbietet es sich, für die urheberrechtliche Betrachtung des Eingriffs durch Werbeblocker in die Anzeige einer Webseite auf den Schutz für Computerprogramme abzustellen.

(2) Sammel- bzw. Datenbankwerk, § 4 UrhG

Sammelwerke vermitteln Schutz für eine Auswahl und besondere Anordnung von einzelnen Werken, wenn gerade die Sammlung eine persönliche geistige Schöpfung darstellt[877]. Ein Unterfall des Sammelwerks ist dabei das Datenbankwerk, bei welchem nach § 4 Abs. 2 UrhG die Elemente systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sein müssen.

875 Vgl. in diesem Zusammenhang auch LG Köln, MMR 2009, 640 zu einem behaupteten Urheberrechtsverstoß betreffend einen PHP-Quellcode, der allein auf dem Server der Antragstellerin, nicht aber öffentlich verfügbar war. Eine ähnliche Webseitengestaltung wurde deshalb nicht als Urheberrechtsverletzung erkannt.

876 Vgl. auch Kreutzer, MMR 2018, 639, 640, unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 6.2.2013, MMR 2013, 671 – *Videospiel-Konsolen* und EuGH, Urteil vom 23.1.2014, MMR 2014, 401 – *Nintendo*.

877 Dreier/Schulze, UrhG, § 4, Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eine Webseite, vor allem die besucherstarken Publikumswebseiten der Zeitungen oder sonstigen Medienunternehmen, sind in jedem Falle eine Sammlung diverser Einzelwerke. Allerdings ist genau zu überprüfen, ob die Schutzvoraussetzung der persönlichen geistigen Schöpfung im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG erfüllt ist. In diesem Zusammenhang existiert Rechtsprechung, die die Grenzen abstecken, wann die Schwelle zur Schutzfähigkeit in diesem Kontext überschritten ist. Das OLG Düsseldorf führte bereits 1999 aus, dass Datenbankwerke ein gewisses, aus der Alltäglichkeit herausragendes Maß an Individualität und Originalität aufweisen müssen, damit ihnen Werkqualität zukommen kann. Qualitative oder ästhetische Anforderungen seien jedoch nicht zu fordern. Die individuell-schöpferische Auswahl der aufzunehmenden Daten, etwa durch eine konkrete Entscheidung welche Elemente aufzunehmen sind, kann dabei die ausreichende Schöpfungshöhe statuieren. Diese sei aber nicht gegeben, wenn die Webseite eine Zusammenstellung von Elementen oder Daten ist, die allein zu Informations- oder Werbezwecken dienen und bei denen die Auswahl diesen Zwecken zwingend folgt[878]. Obschon bei Sammel- und Datenbankwerken die „kleine Münze" geschützt ist[879], werden viele auf Aktualität getrimmte Webseiten diese Schutzvoraussetzung nicht erfüllen. Denn bei Pressewebseiten ist die Themenauswahl und deren Gliederung maßgeblich vom aktuellen Zeitgeschehen oder von tradierten Ressorts abhängig[880]. Die Schutzfähigkeit kann hier eher bei spezialisierten Webseiten anzunehmen sein, bei denen die Inhalte besonders thematisch ausgesucht und aufbereitet werden[881]. Das LG München I hat in seiner Entscheidung zu Adblock Plus gegen einen der Fernseh- und Multimediaunternehmen ebenfalls den Schutz als Datenbankwerk am Feheln der Schutzhöhe scheitern lassen. In diesem Fall sollte allein die thematische Gliederung nach Sendungen nicht die ausreichende Schöpfungshöhe belegen[882]. Auch bei sozialen Netzwerken wie Facebook oder Twitter und weiteren Webseiten, die Newsfeeds oder Streams verwenden, wird es an der persönlich-geistigen Schöpfung fehlen, wenn die Auswahl der einzelnen Elemente Ergeb-

878 OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.6.1999, 20 U 85/98, MMR 1999, 729; ebenfalls in diese Richtung argumentiert OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 22.3.2005, 11 U 64/04, GRUR-RR 2005, 299.

879 Marquardt, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 4, Rn. 5.

880 Vgl. Kreutzer, MMR 2018, 639, 641.

881 So beispielsweise bei einer Webseite mit einer Sammlung von Rezepten für spezielle Küchenutensilien, vgl. LG Frankfurt a.M., Urteil vom 28.3.2012, 2-06 O 387/11, ZUM 2013, 151.

882 LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nis eines Algorhitmus ist. Denn hier fehlt es bei der rein computerbasierten Ausführung von Steuerbefehlen an der menschlichen Schöpfung.

Insgesamt ist der Bereich an Webseiten, die einen Schutz als Sammel- bzw. Datenbankwerk nach § 4 UrhG beanspruchen können, beschränkt[883]. Der Großteil der populären und stark frequentierten Webseiten wird auf dieser Grundlage keine Ausschließlichkeitsrechte herleiten können.

(3) Recht an einer Datenbank, § 87a UrhG

Jedoch wird vielen Betreibern dieser populären Webseiten im Grundsatz ein sui generis-Recht an einer Datenbank zustehen. Im Schrifttum werden maßgeblich zwei Meinungen zum Datenbankschutzrecht an Webseiten vertreten[884]. Auf der einen Seite wird vertreten, dass die in HTML-Dokumenten enthaltenen Strukturinformationen eine systematische Sammlung von unabhängigen Elementen im Sinne des § 87a UrhG darstellen soll[885]. Auf der anderen Seite sollen Webseiten mangels Unabhängigkeit der Elemente und aufgrund der fehlenden Indexierungs- und Katalogisierungsfunktion des HTML-Codes nicht als Datenbank qualifiziert werden[886]. Ohne an dieser Stelle zu tief in diese spezielle Materie einzudringen, ist der erstgenannten Ansicht zu folgen, da wegen der zugrundeliegenden europäischen Richtlinie eine weite Auslegung des Datenbankbegriffs notwendig ist[887]. Daneben ist bei der Auslegung des Begriffs der Datenbank auch teleologisch keine Einschränkung notwendig. Eine solche Einschränkung folgt beim sui-generis Recht über das Investitionskriterium und wird beim zuvor genannten Datenbankwerk über die Schöpfungshöhe wirksam.

Bei den oben genannten Ansichten fällt auf, dass allein auf das zur Darstellung der Webseite dienende HTML-Dokument abgestellt wird. Allerdings wurde oben bereits dargestellt, dass kontemporäre Webseiten in der Regel dynamisch gestaltet sind. Bei der serverseitigen HTML-Dokumentengenerierung zur Einfügung aktueller oder nutzerrelevanter Beiträge wird also in der Regel eine von der einzelnen anzuzeigenden Webseite zu unterscheidende Datenbank konsultiert. Bei manchen Webseiten wür-

883 So im Ergebnis auch Grünig, S. 63.
884 Vgl. die Zusammenfassung bei Thum/Hermes, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 87a, Rn. 94.
885 Im Ergebnis offenlassend: OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 22.3.2005, 11 U 64/04, GRUR-RR 2005, 299 mit Verweis auf Köhler, ZUM 1999, 548, 551.
886 Kotthoff in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, UrhG, § 87a, Rn. 18.
887 Eingehend dazu Köhler, ZUM 1999, 548, 551.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

de ohne diese Datenbankabfrage im Nutzergerät nur ein leeres Gerüst ohne Inhalte angezeigt[888]. Insoweit ist bei geordneten Sammlungen unabhängiger Elemente im Internet, die durch den Nutzer über ein Eingabefeld durchsucht werden können, das Vorliegen einer Datenbank zu bejahen[889]. Allerdings betrifft diese Datenbank nicht das konkrete HTML-Dokument (wie es beim Nutzer durch den Browser zu einer sichtbaren Webseite verarbeitet wird), sondern nur die abgefragte Datenbank an sich. So ist zum Beispiel die Internetenzyklopädie Wikipedia eine Datenbank von Millionen verschiedener Erklärungstexte, die von Nutzern einzeln abrufbar sind. Eine konkret dargestellte Webseite von Wikipedia mit einem Erklärungstext ist aber eine Ausdrucksform des HTML-Codes, jedoch maßgeblich bestimmt durch die Datenbank, die andernfalls nicht wahrnehmbar wäre. Bei der gebotenen weiten Auslegung des Datenbankbegriffs stellt deshalb auch diese Webseite bzw. das HTML-Dokument einen Teil der Datenbank im Sinne von § 87a UrhG dar, die aus einer Mehrzahl von einzelnen Daten besteht.

Somit kommt es bei der Prüfung der Schutzfähigkeiten von Webseiten im Einzelnen und einer zugrundeliegenden Datenbank auf die Vornahme wesentlicher Investitionen durch den Webseitenbetreiber an[890]. Diese Investition wird bei den Content-Datenbanken in der selbst vorgenommenen Schaffung und Ordnung der Daten liegen oder bei „user-generated content" (wie bei Wikipedia oder Facebook) in dem Zurverfügungstellen der Plattform und Ausspielen von Inhalten. Denn diese Plattformgestaltung geht regelmäßig mit erheblichen Programmierungs- oder Lizenzierungskosten sowie erheblichen Erhaltungskosten, z.B. für die notwendigen Server und für deren Betrieb notwendiger Software, einher[891].

Nicht ganz so eindeutig ist die Bewertung der wesentlichen Investition für eine einzelne Webseite bzw. das vom Server ausgelieferte HTML-Dokument. Hier wird man im Einzelfall zwischen einfachen Webseiten, die mit wenig personellem oder finanziellem Aufwand geschaffen werden, und komplexen Webseiten unterscheiden müssen. Wenn etwa ein Webseitenbetreiber einen günstigen Dienstleister von Homepage-Baukästen[892] für einen geringen jährlichen Betrag nutzt, um seine Webseiten auszuspielen,

888 Man denke etwa an einen Facebook-Newsfeed ohne Nutzerbeiträge.
889 BGH, Urteil vom 22.6.2011, WRP 2011, 1469 – *Automobil-Onlinebörse*; Beispiele gibt Thum/Hermes, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 87a, Rn. 95.
890 Vgl. Auch Grünig, S. 63, 82f..
891 Vgl. Thum/Hermes, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 87a, Rn. 95.
892 Etwa die Anbieter Jimdo oder 1&1.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wird er keine schützenswerte Investition getätigt haben. Wird jedoch, wie bei großen Webseitenbetreibern üblich, ein komplexes Content Management System eingesetzt, das zur Integration und Pflege erhebliche Kosten auslöst, kann auch bei einzelnen HTML-Dokumenten von einer wesentlichen Investition ausgegangen werden.

Neben diesen grundsätzlichen Erwägungen stellte das LG München I in einem seiner Adblock-Plus Urteile bei der Behandlung der Schutzfähigkeit von Webseiten als Datenbank eine ergänzende Frage: Gehören Werbeelemente überhaupt zur Datenbank des Webseitenbetreibers?[893] Obwohl es diese Frage letztendlich offen ließ, äußerte die Kammer ihre Meinung, dass dies wohl nicht der Fall sei. Grund dafür sei, dass Werbeelemente nicht einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind. Weiterhin machte die Kammer deutlich, dass Werbeelemente, v.a. Vorschaltwerbung, nicht einzeln oder getrennt vom nachfolgenden Video bzw. Inhalt abrufbar sei. Diese Begründung ist auf den ersten Blick sinnvoll. Bei einem genaueren Blick auf die technischen und rechtlichen Grundlagen, stellt sich die Lage abseits von durchsuchbaren Contentdatenbanken jedoch komplexer dar. Stellt man nämlich bei der Prüfung der Schutzfähigkeit einer einzelnen Webseite als Datenbank – wie nach den oben skizzierten Ansichten im Schrifttum – allein auf das HTML-Dokument ab, wird man die Werbeelemente zur Datenbank hinzuzählen müssen. Denn bei statischen und serverseitig dynamisch generierten Webseiten enthält das vom Browser auszuführende HTML-Dokument auch das Werbeelement bzw. zumindest einen entsprechenden Platzhalter in Verbindung mit enem Skript zur Auswahl des Werbeelements. Bei clientseitig dynamischen Webseiten werden nach hiesigem Verständnis bereits im HTML-Code vorgesehene Elemente visuell angepasst oder auf Ressourcen des Clients zugegriffen, nicht aber neue Werbeanzeigen von Servern geladen[894]. Somit sind die Werbeelemente als Datei oder als URL im HTML-Dokument vorgesehen und müssen wegen der oben beschriebenen weiten Auslegung zur Datenbank hinzugerechnet werden.

Allerdings stellt sich wiederum die Frage nach der schutzbegründenden Investition durch den Webseitenbetreiber. Denn die Einfügung von Werbeelementen – gleich ob Eigen- oder Fremdwerbung – wird nur selten einen solch hohen Aufwand bereiten, dass hierfür eine schutzwürdige Investition notwendig ist. In vielen Fällen werden hier Platzhalter

893 LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.

894 Vgl. insoweit https://www.edv-lehrgang.de/serverseitige-clientseitige-programmierung/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für Adserver der Werbenetzwerke im Webdesign vorgesehen, die dann beim Zugriff durch den Nutzer serverseitig ausgefüllt werden. Hierfür ist keine Investition des Webseitenbetreibers notwendig. Vielmehr nutzt er in der Regel kommerzielle Angebote und erhält die ihm zustehende Entlohnung für das Zurverfügungstellen des Werbeplatzes abzüglich der Vermittlungskosten der Werbeintermediäre. Nur unwesentlich anders ist die Lage bei Eigenwerbung. Auch wenn hier eine gewisse Eigenleistung für Gestaltung und Upload der Anzeigen auf dem Server bzw. Integration in die Webseitengestaltung anfällt, ist hier bei einer Gesamtbetrachtung der Kosten für eine Webpräsenz kaum ein erheblicher personeller oder finanzieller Aufwand zu erkennen. Die Verknüpfung von Werbeelementen mit HTML-Dokumenten erfordert mithin keine wesentliche Investition im Sinne von § 87a UrhG. Jedoch würde eine getrennte Betrachtung von Inhalten und Werbung zur Zergliederung eines einheitlichen HTML-Dokuments in zwei Teile führen. Dies wäre eine rechtliche Bewertung, die dem technischen Sachverhalt nicht entspricht. Ein HTML-Dokument ist deshalb einheitlich zu behandeln.

Folge dieses Befunds ist zum einen, dass eine ohnehin nicht als Datenbank schutzfähige Webseite nicht durch Beifügung von Werbeelementen Schutz erlangen kann. Wenn aber zum anderen eine Webseite bzw. das entsprechende HTML-Dokument als Datenbank bereits schutzfähig ist, ändert die Verknüpfung mit Werbeelementen nichts an der Schutzfähigkeit. Im letzteren Fall stellt sich dann die vom LG München I aufgeworfene Frage, ob die Werbeelemente dann vom Schutz einer an sich schutzfähigen Datenbank ausgenommen werden können. Das Argument der Kammer, dass die Werbeelemente nicht einzeln zugänglich bzw. abrufbar seien, ist bei technischer Betrachtung kritisch, weil die Elemente im HTML-Quellcode durchaus einzeln identifizierbar und zugänglich sind – schließlich schafft es ein Internetwerbeblocker gerade die Werbeelemente zu erkennen und zu blockieren. Der Ansicht des LG München I kann also nicht gefolgt werden. Soweit das Investitionserfordernis mit Blick auf einzelne HTML-Webseiten also bejaht werden kann, genießt das gesamte Dokument (mit Ausnahme der wegen § 4 Abs. 2 S. 2 UrhG nicht erfassten Computerprogramme[895]) Schutz. Eine Herausnahme der werblichen Elemente aus dem Schutzbereich einer nach § 87a UrhG geschützten HTML-Datenbank ist nicht angezeigt.

895 Die Einschränkung von § 4 Abs. 2 S. 2 UrhG gilt auch für § 87a UrhG: Dreier/Schulze, UrhG, § 87a, Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(4) Multimediawerk, § 2 UrhG

Ein weiterer Aspekt, unter dem Webseitenbetreiber versucht haben, eine urheberrechtlich schutzfähige Rechtsposition herbei zu argumentieren, ist das Multimediawerk[896]. Ähnlich wie beim Sammel- und Datenbankwerk ergibt sich die Schutzfähigkeit des Multimediawerks daraus, dass eigenständig schutzfähige Elemente zu einer Einheit verschmolzen werden. Jedoch muss die Bearbeitung, Anordnung, Abfolge und Zusammenstellung der einzelnen Elemente eine persönliche geistige Schöpfung nach § 2 Abs. 2 UrhG darstellen[897].

Im Streitfall des LG Hamburg konnte die erkennende Kammer keine solche Schöpfungshöhe bei der Webseite „*welt.de*" erkennen. Die Kammer konnte insoweit der Webseite keine „*über [eine] handwerklich gut aufbereitete Art der Informationsvermittlung hinaus gehende schöpferische Gestaltung entnehmen*"[898]. Dem ist zuzustimmen. Die meisten multimedial gestalteten Webseiten, die aus Bildern, Videos, Text und ggf. Computerprogrammen bestehen, haben einen bestimmten zweckmäßigen Aufbau. Dieser Aufbau besteht aus einem Header, einer Navigationsleiste, dem Bereich des eigentlichen Contents und standardisierten Werbeflächen. Für schöpferische Gestaltungen bleibt dabei selten Raum[899]. Abgesehen von außergewöhnlich individuell gestalteten – und damit wohl nicht vornehmlich kommerziellen Interessen dienenden – Webseiten, kommt keine Schutzfähigkeit als Multimediawerk in Betracht.

(5) Schutzrechtsfähigkeit einzelner Teile von Webseiten

Da der urheberrechtliche Schutz demnach in der Regel nur einzelne Elemente von Webseiten betrifft, soll nun kurz überprüft werden, ob einzelne schutzfähige Elemente unmittelbar bei der Werbeausspielung involviert und von der Werbeblockade betroffen sind. Dies gilt insbesondere für Computerprogramme, die bei dynamischen Webseiten im HTML-Dokument vorgesehen sind.

---

896 LG Hamburg, Urteil vom 3.5.2016 – 308 O 46/16, CR 2016, 782.
897 Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 2, Rn. 152.
898 LG Hamburg, Urteil vom 3.5.2016 – 308 O 46/16, CR 2016, 782.
899 Vgl. im Ergebnis auch Kreutzer, MMR 2018, 639, 641, und OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 29.2.2012 – 5 U 10/10, MMR 2012, 832.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bei Computerprogrammen kann nach § 69c Nr. 1 UrhG schon die bloß vorübergehende Vervielfältigung eine zustimmungspflichtige Handlung darstellen. Deshalb wird an dieser Stelle kurz überprüft, welche Rechte Webseitenbetreibern an den üblicherweise bei dynamischen Webseiten eingesetzten Computerprogrammen zustehen.

Bei serverseitig dynamischen Webseiten werden Computerprogramme zur Konsultation von Datenbanken eingesetzt. Diese sind also in einem Schritt vor Generierung des konkreten zur Seitendarstellung notwendigen HTML-Dokuments involviert. Die dynamisch generierten Inhalte der Webseite sind mithin Arbeitsergebnis des Computerprogramms, nicht aber das Programm an sich. Damit haben diese Arbeitsergebnisse ebenso wie die folgende Darstellung der Webseite bzw. deren Elemente im Nutzergerät wegen der EuGH Rechtsprechung in *SAS Institute*[900] nicht Teil am Schutz des Computerprogramms. Mit dem Ablauf des Computerprogramms auf dem Server hat der im Clientrechner installierte Werbeblocker indes nichts zu tun. Insoweit kommt selbst beim Einsatz einer selbst entwickelten Serversoftware zur Generierung von Werbeelementen kein Schutz für Webseitenbetreiber in Betracht, in dessen Umfang die Funktionsweise des Werbeblocker eingreifen würde.

Bei clientseitig dynamischen Webseiten sind im HTML-Dokument Computerprogramme vorgesehen, die vom Browser sodann nur auf dem Nutzergerät ausgeführt werden. Hier kommen JavaScript-Programme in Betracht. Zum Beispiel kann somit bei Mouseover über bestimmte Bereiche der Webseite ein Layer Ad geöffnet werden. In diesem Fall ist es denkbar, dass ein Computerprogramm durch den Werbeblocker betroffen ist. Allerdings ist hier zu beachten, dass die entsprechenden Anzeigen mit den dazugehörigen JavaScript-Befehlen ohne Werbeblockereinsatz bereits beim Zugriff durch den Client mitgeladen werden. Das JavaScript-Programm führt dann je nach eingestelltem Befehl zur Ausspielung der Werbeanzeige, z.B. bei Mouseover, nach Klick auf bestimmte Links oder nach einer gewissen Verweildauer auf einer Webseite. Wird ein Werbeblocker eingesetzt, werden in der Regel die Werbeanzeigen und das dazugehörende JavaScript-Programm nicht geladen. Wird nur die Werbeanzeige blockiert, das JavaScript aber geladen, dann wird das JavaScript nicht vom Browser ausgeführt, da die verknüpfte Anzeige nicht verfügbar ist. Es ergeben sich also zwei für Werbeblocker relevante Alternativen: das Computerprogramm wird gar nicht geladen oder es wird ohne Ausführungssubstrat geladen. Der erste Fall ist nicht vom Schutzumfang erfasst. Das Nichtladen

900 EuGH, Urteil vom 2.5.2012 – C-406/10, GRUR 2012, 814.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eines Werks ist rechtlich nicht zu beanstanden. Beim zweiten Fall stellt sich die Frage, ob die verknüpfte Anzeige zum Schutzumfang des Computerprogramms gehören kann. Dies muss aber wiederum verneint werden, weil die Anzeige gerade nicht an der Abfolge von Steuerbefehlen beteiligt ist, sondern sich die Steuerbefehle vielmehr darin erschöpfen mit der Anzeige visuelle Effekte herbeizuführen. Demnach kann der Schutz eines im HTML-Dokument vorgesehenen Scriptprogramms nicht auch die Anzeige umfassen[901]. Folglich lässt sich auch aus dem urheberrechtlichen Schutz einzelner Webseitenelemente kein überschießender Schutz von Werbung vor Blockade folgern.

(ii) Verletzungshandlungen durch Werbeblocker oder deren Nutzer

Durch das zuvor gefundene Ergebnis zur Schutzfähigkeit für Webseiten und einzelner Elemente bedarf es für diese Bearbeitung keiner ausufernden Prüfung der Verletzungshandlungen mehr. Da die Webseiten weder als Computerprogramme, noch als Sammel-, Datenbank- oder Multimediawerk anzusehen sind, erübrigt sich in diesem Zusammenhang streng genommen die Verletzungsfrage. Allein mit Blick auf das sui generis Recht an einer Datenbank muss die Verletzung durch Werbeblockersoftware noch geklärt werden.

Da die Rechtsprechung, die sich mit urheberrechtlichen Fragen bei Adblocker-Fällen auseinanderzusetzen hatte, sich jedoch nicht in die Tiefen der Prüfung der Schutzrechtsfähigkeit begeben wollte, löste sie die Fälle über die Verletzungshandlungen. Insoweit sollen die Hauptthesen der Rechtsprechung an dieser Stelle kurz wiedergegeben und bewertet werden.

(1) Fragen der Täterschaft

Vorab muss dabei klargestellt werden, dass es nicht der beklagte Anbieter des Werbeblockers war, der eine Verletzungshandlung selbst vorgenommen hatte. Das Bereitstellen der Software bzw. von Filterlisten führt für

901 Dieses Ergebnis lässt sich auch mit einer Analogie begründen: Ein Programm zum Abspielen von Musikdateien, z.B. MP3-Dateien, schützt nur den Vorgang der Musikwiedergabe, nicht aber das wiedergegebene Musikstück oder die entsprechende Datei.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich gesehen noch nicht zu einer Verletzungshandlung. Vielmehr muss bei der Prüfung der Täterschaft beachtet werden, dass es der einzelne Nutzer ist, der die Werbeblockersoftware einsetzt und damit zum unmittelbaren Täter würde, wenn eines Verletzungshandlng anzunehmen wäre. Eine mittelbare Täterschaft scheidet ebenfalls aus, da einerseits keine Kontrolle des Softwareanbieters über die Nutzer besteht und andererseits die Nutzer selbst unmittelbare Täter wären. Der Werbeblockeranbieter haftet allenfalls als Teilnehmer oder Störer. Auf die Prüfung, ob die Voraussetzung der Teilnehmer- oder Störerhaftung vorliegen, verzichteten die befassten Gericht, da sie schon keinen rechtswidrige Haupttat des einzelnen Nutzers feststellten[902]. Ohne auf die Frage näher eingehen zu wollen, liegt eine Teilnehmerhaftung nahe, weil Werbeblockersoftware das Werkzeug für eine potentielle Urheberrechtsverletzung darstellt. Da gerade beim kommerziellen Whitelisting auch ein eigenes Interesse des Softwareanbieters erkennbar ist, scheint die Teilnehmerhaftung vorzugswürdig zur Störerhaftung. Letztere scheint jedoch auch nicht ausgeschlossen zu sein, wollte man die Qualfikation als Teilnehmer ablehnen.

(2) Umarbeitung eines Computerprogramms, § 69c Nr. 2 UrhG

Bei der Prüfung der Verletzung eines (gedachten) Rechts an einem Computerprogramm wurde maßgeblich geprüft, ob durch den Werbeblocker eine Umarbeitung im Sinne von § 69c Nr. 2 UrhG erfolgt. Das LG München I und das LG Hamburg prüften in diesem Zusammenhang ausführlich, ob eine Änderung des Ablaufs einer (unterstellt) geschützten Software dadurch vorliege, dass für die Ausspielung von Werbeanzeigen verantwortliche Programmcodes durch die Adblock-Software unterdrückt werden. Dabei ging die Münchener Kammer auch auf den Streit in der Literatur ein, ob ein Substanzeingriff in den Programmcode vorliegen müsse. Unter Ablehnung der Ansicht, wonach ein solcher Substanzeingriff entbehrlich sei und jeglicher Eingriff in den Programmablauf durch externe Befehle ausreiche[903], folgt die Kammer der strengeren, eine Quellcodeveränderung

902 Vgl. stellvertretend für alle befassten Gerichte: OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147.

903 Zitiert wurde insoweit OLG Hamburg, Urteil vom 13.4.2012, 5 U 11/11, GRUR-RR 2013, 13 – *Replay PSP*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fordernden Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung[904]. Als Grund führt sie an, dass der gesetzlich vorgesehene, weitgehende Schutz, der bereits die Herstellung einer Umarbeitung erfasst, nur bei einem solchen Substanzeingriff Sinn mache. Auch die Hamburger Kammer kommt zu diesem Ergebnis. Sie stellt darauf ab, dass die bloße Funktion eines Programms als Idee nach dem Wortlaut des § 69a Abs. 2 UrhG außerhalb des Urheberrechtsschutzes stehe. Weiter begründet das LG Hamburg, dass bei strenger Anwendung der „Mindermeinung" die Weiterentwicklung von Programmen auf der Grundlage von offenen Schnittstellen, die keinen Eingriff in die Programmsubstanz erfordern, unmöglich würde, was dem in der Software-Richtlinie niedergelegten Ziel der Interoperabilität widerspräche[905].

Dem ist voll und ganz zuzustimmen, insbesondere mit Blick auf die Entscheidung des Meinungsstreits. In vielen Fällen, v.a. bei serverseitig dynamisch generierten Webseiten, scheidet eine Umarbeitung zudem deshalb aus, weil auf das geschützte Computerprogramm (also nicht die Webseite als solche, sondern Inhalte generierende Programme) gar kein Zugriff auf den Quellcode mit dem Nutzergerät möglich ist. Dann ist schon faktisch kein Substanzeingriff möglich.

Für Computerprogramme, die auf dem Nutzergerät zur Verfügung stehen, wobei damit nicht die Webseite als solche gemeint ist, sondern allenfalls einzelne Computerprogramm-Elemente gilt ergänzend: Wenn ein Computerprogramm in einer Umgebung abläuft, die grundsätzlich Einstellungen im Nutzergerät zulässt, kann nicht die Ausübung der Freiheit zu eben diesen Einstellungen ein zustimmungspflichtiges Handeln darstellen. Webseiten wären dafür ein gutes Beispiel – wenn sie denn Computerprogramme darstellten. Denn es ist jedem Webdesigner bekannt, dass im standardisierten Web Modifikationsmöglichkeiten durch Browser gegeben sind. Sich in diesem Wissen auf eine Exklusivität zu berufen, die auch die Vornahme von seit jeher möglichen Nutzereinstellungen mit umfasst, ist rechtlich nicht erklärbar. Es handelt sich bloß um einseitige Erwartungen oder Wünsche, dass sich das Programm wie intendiert visuell manifestiert.

---

904 LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660 mit Verweis auf Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 69c, Rn. 20, und KG, Urteil vom 6.9.2010, 24 U 71/10, ZUM-RD 2011, 544.

905 LG Hamburg, Urteil vom 3.5.2016 – 308 O 46/16, CR 2016, 782. Die Kammer lässt die Verletzung dann aufgrund fehlender Glaubhaftmachung scheitern, schließt die grundsätzliche Möglichkeit eines Substanzeingriffs durch Werbeblocker jedoch nicht aus. Dem kann aus den oben zur Schutzfähigkeit getätigten Erklärungen nicht gefolgt werden.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Erst wenn der Programmcode durch aktiven Eingriff geändert wird, der nicht durch die Umgebung ohne Weiteres möglich ist, kann ein Verbietungsrecht des Rechteinhabers eingreifen. Dies wird indes praktisch nie der Fall sein, weil Computerprogramm-Elemente entweder gar nicht erst geladen werden, deren Ablauf unterbunden wird oder der Ablauf mangels verknüpftem Element nicht funktioniert. Alle drei Varianten haben nichts mit einer Urheberrechtsverletzung zu tun.

(3) Vervielfältigung eines Werks

Bei der Frage der Verletzung durch Vervielfältigung eines Computerprogramms, eines Datenbank- oder Multimediawerks im Zwischenspeicher des Nutzers verweisen die befassten Gerichte beinahe ausschließlich auf die nachfolgend noch darzustellenden Schranken und Rechtfertigungsgründe. Dies ist auch zutreffend, weil eine zumindest vorübergehende Vervielfältigung des HTML-Dokuments sowie darin enthaltener oder wegen darin vorgesehener Nachladebefehle nachfolgend geladener Elemente im Arbeitsspeicher des Nutzergeräts technisch zwingend nötig ist.

Allein das LG München I prüfte einen Gedanken im Rahmen der Verletzungshandlung von Datenbankwerken: Die Vervielfältigung einer Webseite ohne die Werbeelemente könnte eine einwilligungspflichtige Bearbeitung im Sinne von § 23 S. 2 UrhG sein. Denn bei Datenbankwerken bedarf qua gesetzlicher Anordnung bereits das Herstellen – und nicht erst das Veröffentlichen oder Verwerten – der Bearbeitung oder Umgestaltung eine Einwilligung. Zutreffend erkennt das LG München I hierbei, dass sich diese Bearbeitung auf die Struktur eines Datenbankwerks beziehen muss, der Inhalt der Datenbank hingegen frei veränderlich ist[906]. Die Wirkweise des Werbeblockers führt aber gerade nicht zu einer Bearbeitung der Struktur, sondern lediglich zum Nichtladen bzw. Ausblenden bestimmter Inhalte.

906 LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660. Die Kammer lehnte außerdem in Kürze eine Entstellung nach § 14 UrhG ab, da bei Werbung keine urheberpersönlichkeitsrechtlichen, sondern finanzielle Interessen im Vordergrund stünden. Dem ist beizupflichten.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(4) Verletzung eines Datenbankrechts, § 87b UrhG

Bei der Prüfung der Verletzung eines denkbaren Datenbankrechts muss der eingeschränkte Schutzumfang des § 87b UrhG beachtet werden. Denn das ausschließliche Recht des Datenbankherstellers beschränkt sich nach Satz 1 darauf, die Datenbank insgesamt oder einen nach Art oder Umfang wesentlichen Teil der Datenbank zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben, sowie nach Satz 2 die wiederholte und systematische Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe von nach Art und Umfang unwesentlichen Teilen der Datenbank, sofern diese Handlungen einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen.

Mit Blick auf § 87b S. 1 UrhG können anhand des Wortlauts bereits einige Varianten verworfen werden. Die Verbreitung und öffentliche Wiedergabe durch einen Internetnutzer liegen im normalen Betrieb eines Webbrowsers mit installiertem Werbeblocker nicht vor. Bleibt folglich nur noch die Vervielfältigung als Tathandlung. Bezugsobjekt dazu ist die Datenbank insgesamt oder zumindest ein wesentlicher Teil davon. Unter Rückgriff auf die notwendige Unterscheidung zwischen der der Webseite zugrunde liegenden Datenbank (vgl. das Beispiel Wikipedia) und dem einzelnen HTML-Dokument, das zur Darstellung einer Webseite führt, ist zu differenzieren. Im Verhältnis zur gesamten Content-Datenbank kann eine einzelne Webseite weder die gesamte, noch einen wesentlichen Teil der Datenbank ausmachen[907]. Auf ein HTML-Dokument bezogen erfolgt eine Zwischenspeicherung des gesamten HTML-Dokuments und nach Wirkung des Werbeblockers jedenfalls eines wesentlichen Teils der darin vorgesehenen Elemente im Gerät des Nutzers. Mithin ist eine Vervielfältigung einer Datenbank (soweit schutzfähig) zu bejahen. Für diese Vervielfältigung wird auf einen später noch zu besprechenden Rechtfertigungsgrund zurückzugreifen sein.

Bei den ferner zu prüfenden Varianten des § 87b S. 2 UrhG können wiederum die Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe außer Acht gelassen werden. Die wiederholte und systematische Vervielfältigung von unwesentlichen Teilen der Datenbank, die einer normalen Auswertung zuwiderlaufen oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers

907 So auch OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147, unter dem Oberbegriff „quantitative Wesentlichkeit“ und LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unzumutbar beeinträchtigen, kommt hingegen nur im Verhältnis zur Content-Datenbank in Betracht. Die Zwischenspeicherung einer einzelnen HTML-Webseite ist nicht hierunter zu fassen, da sie unter § 87b S. 1 UrhG fällt und das Merkmal der Widerholtheit und Systematik in diesem Kontext schlicht nicht passt. Mit Blick auf die Content-Datenbank stellt selbst das regelmäßige Besuchen von Webseiten durch Internetnutzer keine Verletzung dar. Das OLG München beschrieb insoweit auf Grundlage der europäischen Richtlinie, dass verboten sei, dass durch die kumulative Wirkung der wiederholten Entnahme aus der Datenbank die Investition des Datenbankherstellers schwerwiegend beeinträchtigt wird. Durch die vielen Entnahmen unwesentlicher Teile erwächst sozusagen eine wesentliche Entnahme. Dies könne allerdings nicht durch den Besuch von Webseiten mit Werbeblockern geschehen, weil der Besuch nicht auf eine Erstellung einer wesentlich gleichen Datenbank gerichtet sei[908]. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Der Besuch einer Webseite – mit oder ohne Werbeblocker – ist auf den Konsum der Inhalte gerichtet. Die entsprechenden Daten werden zudem nur zwischengespeichert und nicht archiviert. Der intendierte Schutz wird also nicht tangiert.

Deshalb kommt es erst gar nicht auf die nachgelagerten Voraussetzungen des Zuwiderlaufens gegen eine normale Auswertung oder die unzumutbare Beeinträchtigung der Interessen der Datenbankhersteller an. Soweit man hierauf eingehen möchte, lässt sich jedoch für die allgemeinklauselartigen Formulierungen eine Lösung parallel zum Lauterkeitsrecht finden. Die (technisch und rechlich) schutzlose Zurverfügunstellung von Inhalten kann demnach weder einer „normalen" Auswertung entgegenstehen, noch die Webseitenbetreiber unzumutbar beeinträchtigen. Denn andernfalls hätten sie gar nicht erst die Situation entstehen lassen, dass ihre Inhalte ohne Werbung rezipiert werden können[909]. Effektive Gegenmaßnahmen gibt es insoweit bereits seit Beginn der ersten Rechtsstreitigkeiten in Deutschland[910].

908 OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147, das mit „Webseite" die Gesamtheit der Webseiten der Betreiber meint. Dies entspricht der hier als Content-Datenbank bezeichneten Datenbank.

909 Ähnlich OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147.

910 Vgl. dazu unten Teil D.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(iii) Schranken des Urheberrechts und Rechtfertigung

Die Funktion von Computern und die Internetkommunikation bauen auf dem Zwischenspeichern von Daten auf. Dieses Zwischenspeichern stellt bei Computerprogrammen, Datenbank- und Multimediawerken sowie Datenbanken tatbestandlich eine Vervielfältigung dar. Deshalb ist noch zu prüfen, ob diese Vervielfältigungen wegen des Eingreifens von urheberrechtlichen Schrankenregelungen oder wegen Rechtfertigungsgründen erlaubt sind.

(1) Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, § 44a UrhG

Zulässig sind vorübergehende, d.h. flüchtige oder begleitende Vervielfältigungshandlungen. Sie müssen einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen. Außerdem muss der alleinige Zweck sein, dass entweder eine Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder eine rechtmäßige Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstands ermöglicht wird. Zuletzt darf die vorübergehende Vervielfältigung keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben. Dies sind die Voraussetzungen der gesetzlichen Schranke des § 44a UrhG.

Einen Hauptanwendungsbereich hat § 44a UrhG in internetbasierten Fallgestaltungen, dabei vor allem bei Webseiten, die in den Arbeitsspeicher (RAM) des Nutzergeräts gespeichert werden[911]. Diese Zwischenspeicherung im „Cache" ist notwendig, um die Daten im nächsten Schritt auf dem Gerät sichtbar zu machen. Eine Speicherung im Hauptspeicher des Nutzergeräts erfolgt im Grundsatz nicht. Für das Zwischenspeichern von Daten durch Browser zur Anzeige von Webseiten gilt § 44a UrhG standardmäßig[912]. Die Streaming-Problematik[913] soll an dieser Stelle nicht weiter behandelt werden, weil beim Streamen von Videos oder Sendungen ein linearer und zusammenhängender Datenfluss stattfindet, der vom digitalen Werbeblocken unangetastet bleibt.

Von den mit Adblocker-Rechtsstreiten befassten Gerichten bestätigten das LG München I und das LG Hamburg die Anwendung von § 44a UrhG

911 Vgl. v. Welser, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 44a, Rn. 2f.
912 Vgl. zur europäischen Grundlage EuGH, Urteil vom 5.6.2014 – C-360/13, GRUR 2014, 654.
913 Vgl. die Zusammenfassung bei Dreier/Schulze, UrhG, § 44a, Rn. 4ff.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf die Darstellung von Webseiten. Die Münchener Kammer bejahte dabei die Voraussetzung der rechtmäßigen Nutzung mit dem Argument, dass durch das Zwischenspeichern der private Werkgenuss ermöglicht werden. Dieser wiederum sei nach den Grundsätzen des Urheberrechts stets zulässig[914]. Die Hamburger Kammer grenzte die Schranke des § 44a UrhG noch gegen § 62 Abs. 1 UrhG ab, der ein Änderungsverbot für allein über Schrankenregelungen gestatteter Nutzung statuiert. Sie lehnte dabei eine Änderung mit dem Argument ab, dass Werbung nicht am Schutz eines etwaigen Sammelwerkes teilhabe, weil die Werbung in den überwiegenden Fällen von dritten Stellen bezogen würde[915].

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Es ist unbestritten, dass § 44a UrhG bei der Server-Client-Internetkommunikation eingreift. Der einzige aus dem Wortlaut folgende Anhaltspunkt für ein Nichteingreifen der Schranke, wäre es, wenn die Zwischenspeicherung eine unrechtmäßige Nutzung bezwecken würde. Zu Recht wird an dieser Stelle an den rechtmäßigen Werkgenuss angeknüpft[916]. Allein das technisch notwendige Zwischenspeichern im Rahmen des technischen Fortschritts hin zu digitalisierten Daten ändert daran nichts. Dies gilt umso mehr, als durch das digitalisierte Umfeld auch ganz neue Möglichkeiten der Verhinderung einer Werkrezeption durch ungewollte Personen ergeben, insbesondere durch Zugangsbeschränkungen. Auch zu beachten ist, dass die Rechtmäßigkeit sich bei privaten Nutzern zudem aus § 53 Abs. 1 UrhG, d.h. dem Recht zur Privatkopie, ergeben kann[917].

Das vom LG Hamburg systematisch zu Recht genannte Änderungsverbot in § 62 UrhG ist nicht anwendbar. Anders als bei § 44a UrhG muss dabei nicht auf die Gestalt des angezeigten Werks, sondern auf das Vervielfältigungsstück abgestellt werden. Dieses Vervielfältigungsstück, etwa das einer Webseite zugrunde liegende HTML-Dokument, liegt aber regelmäßig unverändert im Zwischenspeicher. Die Änderungen an der Anzeige der Webseite sind vielmehr daran anknüpfenden Befehlen des Browsers geschuldet. Das Nichtausführen von HTML-Befehlen ist jedoch keine Änderung des Werks.

---

914 LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660.

915 LG Hamburg, Urteil vom 3.5.2016 – 308 O 46/16, CR 2016, 782.

916 Vgl. auch Marly, EuZW 2014, 616: Beispiele des reinen Werkgenusses sind etwa das Benutzen eines Computerprogramms, des Lesen eines Buchs, des Anhören einer Musik-CD oder Schallplatte oder des Betrachtens eines Kunstwerks oder eines Videofilms. Im Werbeblocker Zusammenhang passend ist das Lesen einer Zeitung oder eines Magazins.

917 Schulz, in: BeckOK UrhR, § 44a, Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wollte man dies anders sehen, stünde im Übrigen § 62 Abs. 1 UrhG unter dem Vorbehalt des § 39 UrhG. Nach § 39 Abs. 2 UrhG wären dann aber Änderungen möglich, wenn der Urheber seine Einwilligung in die Änderung des Werks nach Treu und Glauben nicht versagen kann. Die insoweit notwendige Interessenabwägung könnte wegen der auf finanzielle Interessen beschränkten Lage der Webseitenbetreiber durchaus parallel zu den lauterkeitsrechtlichen Abwägungen ausfallen. Der Nutzerautonomie wäre dann in Abwesenheit technischer und rechtlicher Schutzmaßnahmen der Vorzug einzuräumen.

Dort wo also ein schutzfähiges Werk vorliegen sollte und auch eine Verletzungshandlung nicht schon ausscheidet, führt § 44a UrhG zur Ablehnung einer Urheberrechtsverletzung durch den Nutzer. Dies gilt jedoch nur innerhalb der Anwendbarkeit von § 44a UrhG. Die Norm wird als *lex generalis* zu spezielleren Schrankenregelungen aus der Software-Richtlinie und der Datenbankrichtlinie angesehen[918]. Diese Richtlinien führten zu den *leges speciales* in §§ 55a und 69d UrhG. Problematisch ist jedoch die Anwendung des § 44a UrhG auf das Datenbankrecht gem. § 87a UrhG. Auch § 87c UrhG sieht Schrankenregelungen als *lex specialis* zu § 44a UrhG vor, enthält allerdings keinen Passus zu vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen. Deshalb ist im Grundsatz auch die nur vorübergehende Vervielfältigung einer geschützten Datenbank bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 87b UrhG dem Datenbankhersteller vorbehalten. Eine analoge Anwendung von §§ 44a, 55a und 69d UrhG soll insoweit ausscheiden. Der Nutzer ist vielmehr auf das Vorliegen einer Rechtfertigung zur entsprechenden Nutzung der wesentlichen Datenbankteile, etwa durch schlichte Einwilligung oder konkludente Lizenz angewiesen[919].

(2) Gesetzlich erlaubte Benutzung eines Datenbankwerkes, § 55a UrhG

Würde man entgegen dem oben gefundenen Ergebnis in Webseiten ein schutzfähiges Datenbankwerk erkennen, würde § 55a UrhG im Regelfall als gesetzliche Schranke in den Blick geraten. Zulässig ist nach dieser Vorschrift u.a. die Vervielfältigung eines Datenbankwerkes durch denjenigen, dem ein Datenbankwerk aufgrund eines mit dem Urheber oder eines mit dessen Zustimmung mit einem Dritten geschlossenen Vertrags zugänglich

---

918 v. Welser, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 44a, Rn. 23.

919 Vogel, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, § 87b, Rn. 40f.; Thum/Hermes, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 87c, Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gemacht wird, wenn und soweit die Bearbeitung oder Vervielfältigung für den Zugang zu den Elementen des Datenbankwerkes und für dessen übliche Benutzung erforderlich ist.

Der Wortlaut scheint nicht unmittelbar zu passen, da gerade bei einer Webseite kein Vertrag mit dem Urheber oder einem von diesem autorisierten Dritten geschlossen wird. Soweit das Datenbankwerk im Internet aber zum freien Download bereitgestellt wird, ist von einer konkludent erteilten vertraglichen Berechtigung auszugehen[920]. Demnach würde die kurzfristige Zwischenspeicherung beim Browsing einer kostenlosen Webseite gesetzlich erlaubt sein. Dieses Ergebnis der konkludenten Lizenz ist vor dem Hintergrund des Übertragungszweckgedankens in § 31 Abs. 5 UrhG jedoch sehr zweifelhaft. Tendenziell passt § 55a UrhG deshalb nicht auf die Zwischenspeicherung von Webseiten. Für diesen Fall sollte besser auf Rechtfertigungsgründe zurückgegriffen werden.

(3) Notwendigkeit zur bestimmungsgemäßen Benutzung, § 69d Nr. 1 UrhG

Anders ist die Lage, wenn die Schutzfähigkeit einer Webseite als Computerprogramm anzunehmen wäre. § 69d Abs. 1 UrhG nimmt die vorübergehende Vervielfältigung gemäß § 69c Nr. 1 UrhG ausdrücklich vom Umfang des Ausschließlichkeitsrechts aus, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung notwendig ist. Wozu ein Programm benutzt werden soll, ergibt sich aus der Art des Programms und seiner Ausgestaltung[921]. Unterstellt man, eine Webseite wäre ein Computerprogramm, so würde die Benutzung bestimmungsgemäß zum bloßen Werkgenuss führen. Die Zwischenspeicherung wäre dafür technisch notwendig. Die gesetzliche Schranke würde eingreifen.

(4) Schlichte Einwilligung

Wenn trotz Prüfung der gesetzlichen Schranken noch immer eine Urheberrechts- bzw. Leistungsschutzrechtsverletzung möglich ist, muss diese Verletzung zudem rechtswidrig sein. Dies ist sie nicht, wenn ein Rechtfer-

920 Lüft, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 55a, Rn. 4; Dreier/Schulze, UrhG, § 55a, Rn. 5.

921 Loewenheim/Spindler, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, § 69d, Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tigungsgrund eingreift. Als solcher Rechtfertigunggrund wird in Internetsachverhalten häufig die schlichte Einwilligung herangezogen. Eine solche schlichte Einwilligung setzt – anders als eine Lizenz – keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung voraus. Hierfür reicht es aus, wenn dem schlüssigen Verhalten des Berechtigten die objektive Erklärung entnommen werden kann, er sei mit der Nutzung seiner Werke einverstanden. Davon ist nach der herrschenden Rechtsprechung auszuegehen, wenn geschützte Inhalte ohne technische Beschränkungen öffentlich zugänglich sind[922].

Genauso hat es das OLG München auch für den Fall gesehen, in welchem ein Nutzer mit aktiviertem Adblock Plus eine Webseite aufsucht. Der Verzicht auf eine vorherige Anmeldung, Registrierung und Bezahlschranken führt laut dem Senat zur objektiv erkennbaren Einwilligung der Nutzung der Webseite. Damit rechtfertigt der Senat sodann (unter Aussparung aller an sich vorher anstehender Prüfungspunkten) die Vervielfältigung und Umarbeitung eines Computerprogramms gemäß § 69c Nrn. 1 & 2 UrhG. An diesem Ergebnis änderte auch der in den Nutzungsbedingungen befindliche Passus der streitgegenständlichen Webseite nichts, wonach die Webseiten ohne Zustimmung der Klägerin nicht verändert werden dürften. Die unstreitig einseitig gebliebenen Nutzungsbedingungen entfalteten laut OLG München keine Wirkung. Auch eine im Footer der Webseite geäußerte Bitte, keinen Werbeblocker zu nutzen, sah der Senat als unverbindlich an. Denn die Bitte könne vor dem Hintergrund des weiterhin gewährten Zugriffs auch für Werbeblockernutzer nichts an der Einwilligung ändern. Die Wirkung der schlichten Einwilligung könne also erst durch das Scharfstellen technischer Zugriffshindernisse bekämpft werden[923].

Diese Lösung verdient Zustimmung. Die vom BGH in seinen *Vorschaubilder*-Urteilen erarbeitete Lösung der schlichten Einwilligung beim bewussten Verzicht auch technisches Schutzmaßnahmen für eigenen Content ist zweckmäßig und führt zu gerechten Ergebnissen. Es ist auch richtig, dass einseitige kommunikative Handlungen ohne wirksame technische oder rechtliche Konsequenzen diese Einwilligungswirkung nicht ausräumen. Wenn ein Contentanbieter also seinen (nach eigener Ansicht rechtlich oder wirtschaftlich) schutzwürdigen Content vor dem beliebigen Zugriff im Web schützen will, muss er selbst dafür die Grundlage legen. Ein freies Anbieten des Contents unter rein plakativen Hinweisen, dass

922 OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147; BGH, Urteil vom 19.10.2011 – I ZR 140/10, GRUR 2012, 602 – *Vorschaubilder II*.

923 Vgl. OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keine Werbeblocker genutzt werden sollen, ist demnach eine rechtlich nicht relevante moralische Ansprache oder sogar ein *venire contra factum proprium*. Dies gilt umso mehr, weil technische oder rechtliche Schutzmaßnahmen bei Betroffenen bekannt sind und mit nicht unzumutbarem Aufwand implementiert werden können.

Nach dieser Argumentation muss auch die in hiesiger Prüfung allein noch mögliche Verletzung eines Datenbankrechts aus § 87b UrhG durch Vervielfältigung des HTML-Dokuments gerechtfertigt sein, wenn keine technischen oder rechtlichen Schutzmaßnahmen auf der Webseite erkennbar sind. Wenn hingegen solche Maßnahmen existieren, wird bei technischem Zugriffsschutz bereits die Verletzungshandlung unterbunden.

(5) Konkludente Lizenz

Neben der schlichten Einwilligung könnte zudem noch an eine konkludente Lizenzgewährung gedacht werden. Auf diese wird es angesichts der einfacheren Möglichkeit der schlichten Einwilligung jedoch kaum noch ankommen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass bei der konkludenten Lizenzgewährung der strenge Übertragungszweckgedanke des § 31 Abs. 5 UrhG gilt und nur im geringsten Maße Rechte eingeräumt werden sollen[924]. Eine konkludente Lizenzgewährung sollte deshalb nur sehr vorsichtig angenommen werden. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass beim Abruf einer Webseite durch einen Nutzer gerade kein Vertragsverhältnis entstehen soll. Es wäre dann nicht erklärbar, bei urheberrechtlicher Betrachtung eine rechtsgeschäftliche Nutzungserlaubnis anzunehmen.

(iv) Fazit

Für die Nutzung von Webseiten, die frei und ohne technische Schutzvorkehrungen im Web erreichbar sind, besteht kein Grund für die Annahme einer Urheberrechtsverletzung. Mit Ausnahme eines potentiellen Schutzes als sui generis Datenbank besteht schon keine Schutzfähigkeit für Webseiten an sich. Spätestens durch die Anwendung von Schrankenregelungen oder des Rechtfertigungsgrundes der schlichten Einwilligung endet die Prüfung einer Urheberrechtsverletzung.

924 BGH, Urteil vom 29.4.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 – *Vorschaubilder I*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Kartellrecht

Als drittes und verbleibendes Rechtsgebiet ist das Kartellrecht in den Blick zu nehmen. Über kartellrechtliche Ansprüche entschieden das LG München I, das LG Hamburg sowie das OLG München – und lehnten alle in Frage kommenden Anprüch ab[925]. Erst der Kartellsenat des BGH hielt eine unbillige Behinderung durch den Betreiber von Adblock Plus für möglich, sah sich aber mangels Tatsachenfeststellungen nicht zu einer eigenen Entscheidung in der Lage[926].

Maßgeblich prüften die Gericht dabei einen Unterlassungsanspruch gemäß § 33 Abs. 1 GWB iVm §§ 18, 19 GWB wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Die Münchener Gerichte ließen den Anpruch dabei bereits am Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung der Werbeblockerbetreiberin scheitern[927]. Das LG Hamburg ließ seinerseits dieses Merkmal offen und lehnte das Vorliegen der verschiedenen in § 19 GWB genannten Missbrauchsvarianten ab[928]. Der BGH wiederum hält eine marktbeherrschende Stellung für möglich, da es den Markt anders als das OLG München abgrenzte[929].

Die Münchener Rechtsprechung grenzte zunächst den sachlichen und räumlichen Markt nach § 18 Abs. 1 GWB ab und zog dafür „den Markt des Zugangs zu Internetnutzern in Deutschland" heran. Dies erfolgte in Ablehnung der Heranziehung eines von Klagerseite befürworteten engeren Marktes der Werbeblocker oder Marktes der Freischaltung von Onlinewerbung. Dem Begehren der Klägerinnen und dem Bedarfsmarktkonzept folgend lehnt die Rechtsprechung den Markt der Werbeblocker als sachlich relevanten Markt ab, weil die klagenden Webseitenbetreiber jedenfalls kein Interesse an der Vermittlung der Nutzung von Werbeblockern habe. Da im konkreten Fall auch kein Klagenatrag gestellt wurde – noch die Bereitschaft gezeigt wurde – die klägerischen Webseiten bei der Werbeblo-

925 LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11843/14 (juris, Rn. 204ff., 289ff.); Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14 (juris, Rn. 293ff.) sowie nachfolgende Berufungen beim OLG München, Urteile vom 17.8.2017, U 2184/15 Kart, (juris Rn. 149ff.); 559; U 2225/15 Kart, (juris Rn. 126ff.); LG Hamburg, Urteil vom 25.11.2016, 315 O 293/15 (juris, Rn. 52ff.).

926 BGH, Urteil vom 8.10.2019, KZR 73/17, WRP 2019, 1572 – *Werbeblocker III*.

927 Exemplarisch OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147.

928 LG Hamburg, Urteil vom 25.11.2016, 315 O 293/15.

929 BGH, Urteil vom 8.10.2019, KZR 73/17, WRP 2019, 1572 – *Werbeblocker III*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ckerbetreiberin zu „whitelisten"[930], konnte es aus demselben Grund nicht auf den Markt der Werbefreischaltung oder des „kommerziellen Whitelistings" ankommen. Die Klägerinnen begehrten vielmehr ihre Inhalte mitsamt Werbung möglichst vielen Internetnutzern bereitzustellen und dabei nicht durch die Wirkweise von Adblock Plus beeinträchtigt zu werden. Als maßgeblich sah das OLG München deshalb an, welchen Anteil die Kunden des Werbeblockerbetreiber an der Gesamtheit der Internetnutzer in Deutschland darstellen[931].

Die fehlende Beherrschung dieses Marktes folgerten die Münchener Gerichte dann aus den unstreitigen Werbeblockerraten von 20% (+/- weniger Prozentile), die auf OVK-Messungen aus den Jahren 2015 und 2016 beruhten. Damit wurde nicht die in § 18 Abs. 4 GWB genannte Quote von 40% erreicht, ab welcher eine Marktbeherrschung zu vermuten ist. Eine Marktbeherrschung folgerten die Gerichte auch nicht aus anderen in § 18 Abs. 3, 3a GWB niedergelegten Umständen[932].

Dem ist der Kartellsenat des BGH entgegen getreten und machte klar, dass bei korrekter Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts auf den Markt der entgeltlichen Werbefreischaltung für Werbeblocker abzustellen ist[933].

Die Missbrauchsvarianten des § 19 Abs. 2 GWB lehnte das LG Hamburg sodann ab, da es keine unbilligen Verhaltensweisen der Werbeblockerbetreiber im „kommerziellen Whitelisting" durch die gelebte Praxis der „Acceptable Ads-Kriterien"[934] erkannte. Wegen des grundsätzlich rechtlich zulässigen Vertriebs eines Werbeblockers, nahm die Hamburger Kammer keine unbillige Behinderung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB an. Weder die variable Vergütung des Whitelistings noch die Privilegierung von Betreibern kleinerer Webseiten stelle eine Diskriminierung im Sinne

930 Was bei entsprechender Anfrage der klagenden Webseitenbetreiber von Eyeo wohl auch nicht verweigert worden wäre, soweit die Acceptable Ads Kriterien und die Zahlungspflicht akzeptiert worden wären.

931 Exemplarisch OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147.

932 OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147: der Senat setzte sich nicht tiefergehend mit anderen Umständen als dem Marktanteil auseinander. LG München I, Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660: die Kammer prüfte zumindest eine Marktbeherrschung durch besondere Finanzkraft, Zersplitterung des Marktes und Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite an.

933 BGH, Urteil vom 8.10.2019, KZR 73/17, WRP 2019, 1572 – *Werbeblocker III*; siehe die Zusammenfassung unter Ziffer C. I. 3. i).

934 Vgl. die Beschreibung der wirtschaftlichen Grundlagen unter Ziffer. C. I. 2. b) bb) (i).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB dar. Insoweit liege keine Gleichartigkeit zwischen den Betreibern von Deutschlands erfolgreichsten Webseiten und kleiner Anbieter. Außerdem wäre eine unterschiedliche Behandlung durch den unterschiedlichen Aufwand der Freischaltungs und den unterschiedlichen Ertrag der kommerziellen Werbeblockeranbieters gerechtfertigt. Zudem lehnte es einen Ausbeutungsmissbrauch im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ab, da die erfolgsbasierte Zahlung von 30% der Mehreinnahmen nicht objektiv überhöht sei[935].

Ferner prüfte die Münchener Rechtsprechung das Vorliegen einer kartellrechtswidrig wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung iSv § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV. Einen Unterlassungsanspruch nach § 33 Abs. 1 GWB lehnten aber alle Gerichte ab. Die Zulassung von Onlinewerbung nach Abschluss von Whitelistverträgen und auf Grundlage der Acceptable Ads Kriterien sei zwar eine Wettbewerbsbeschränkung, da hierdurch eine Einschränkung und Kontrolle des Absatzes von Onlinewerbung bewirkt werde. Die Freischaltungsverträge seien jedoch als Vertikalvereinbarung gemäß § 2 Abs. 2 GWB iVm Art. 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 („VertikalGVO“) freigestellt. Im Rahmen der Frage nach einer horizontalen oder sternförmigen Vereinbarung, wurde weder von einem Eigeninteresse der Webseitenbetreiber an der Beschränkung auf bestimmte „akzeptable“ Werbeformen, noch von einer Koordinierung der Webseitenbetreiber untereinander ausgegangen. Vielmehr beugten sich die kooperierenden Webseitenbetreiber den einseitig bestimmten Acceptable Ads Kriterien, um zumindest einen Teil der erhofften Werbeeinnahmen mit „Werbeverweigerern“ zu erzielen und so die wirtschaftlichen Einbußen zu verringern. Es bleibe also bei der Freistellung der Vereinbarungen[936].

Zuletzt wurden in den Münchener Urteilen Unterlassungsansprüche nach § 33 Abs. 1 GWB iVm § 21 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 3 GWB abgelehnt. Das Verbot der Druckausübung aus § 21 Abs. 2 GWB sei schon nicht tangiert, da der Abschluss einer Whitelisting-Vereinbarung – wie gerade dargestellt – nicht kartellrechtswidrig sei. Einen in § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB verbotenen Druck auf andere Unternehmen, sich im Markt gleichförmig zu verhal-

935 LG Hamburg, Urteil vom 25.11.2016, 315 O 293/15. Das LG München I ließ es sich trotz Ablehnung der marktbeherrschenden Stellung und unter ausdrücklicher Offenlassung nicht nehmen, einige wenige Gedanken zur unbilligen Behinderung in ihre Urteile zu schreiben, vgl. Urteil vom 27.5.2015 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660. Dieses „obiter dictum“ legt nahe, dass das LG München I auch hier den Unterlassungsanspruch hätte scheitern lassen.

936 OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten, sahen die Münchener Richter ebenfalls nicht, da hinreichende und zumutbare Handlungsalternativen der betroffenen Webseitenbetreiber zur Verfügung stünden[937].

Der Kartellsenat des BGH hält eine unbillige Behinderung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB für möglich[938]. Die übrigen von der Münchener Instanzrechtsprechung geprüften kartellrechtlichen Verbote lehnte der Kartellsenat des BGH allerdings ab[939].

Den Ergebnissen der Instanzrechtsprechung ist entgegen der Zweifel des Kartellsenats des BGH zuzustimmen[940]. Insbesondere den ausführlich auf beinahe jedes klägerische Argument eingehenden Urteilen des LG München I lässt sich entnehmen, mit welcher Salve an Argumenten die Webseitenbetreiber gegen das Geschäftsmodell des kommerziellen Whitelistings geschossen haben. So scheinte es, dass wegen der durchaus bestehenden Beherrschung des Marktes der Werbeblocker (belegt durch die beeindruckenden Downloadzahlen) und des Marktes der Werbefreischaltung (als logische Konsequenz der Beherrschung des vorgelagerten Werbeblockermarkts) im Einklang mit den einseitig gesetzten, wettbewerbsbeschränkenden Freischaltungsbedingungen sowie der nur selektiven Kostenpflicht, doch „irgendein" kartellrechtliches Verbot getroffen werden musste. Es ist hier ebenso wie in den anderen beiden Rechtsgebieten ein Verdienst der (Instanz-) Gerichte – und der rechtlichen Vertreter der Werbeblocker – das Augemerk auf die tatsächlichen Strukturen gelenkt zu haben. Dies zeigt die Marktabgrenzung der Münchener Kartellrechtsprechung eindringlich. Während das LG Hamburg sich gar nicht erst an die „heikle" Marktabgrenzung wagte, entlarvten die Münchener Richter den Knackpunkt der klägerischen Argumentation. Das eigene Begehren führte zur zwingenden Annahme des sachlichen Markts. Aber schon nach eigenem Vortrag konnte keine höhere Werbeblockerrate in Deutschland als ca. 20% dargelegt werden. Das bedeutet, dass potentiell immer noch ca. 80% der deutschen Internetnutzer auf die mit Werbung versehenen Webseiten deutscher Publisher zugreifen. Es blieben also trotz aller Hysterie noch genügend Adressaten, die Werbung rezipierten. Zwar neigen technikaffine Nutzer zum Einsatz von Werbeblockern, diese Nutzer machen aber in Deutschland seit geraumer Zeit eine eher konstante Anzahl

937 OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, GRUR 2017, 1147.
938 BGH, Urteil vom 8.10.2019, KZR 73/17, WRP 2019, 1572 – *Werbeblocker III*; siehe die Zusammenfassung unter Ziffer C. I. 3. i).
939 BGH, Urteil vom 10.12.2019, KZR 57/19, K&R 2020, 302.
940 Ebenso: Alexander, GRUR 2017, 1147, 1157.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus. Dies entspricht auch statistischen Zahlen, die für Onlinewerbung generell und Displaywerbung speziell von den Jahren 2013 an Wachstumsraten ausweisen[941]. Bei Lichte betrachtet nimmt „kommerzielles Whitelisting" dem Onlinewerbemarkt also kein Geschäft weg, sondern hemmt allenfalls das Wachstum. Vor dem Hintergrund der klaren gesetzlichen Formulierung der 40%-Grenze in § 18 Abs. 4 GWB[942] hätte es daher oblegen, klare Umstände für eine Marktbeherrschung unterhalb dieser Marktanteilsschwelle vorzubringen. Einzig, diese Hinweise gab der Fall nicht her. Weder ist der Werbeblockerbetreiber auf dem gesamten deutschen Onlinemarkt beherrschend finanzkräftig (§ 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB), noch sind bedenkliche Verflechtungen mit anderen Unternehmen (§ 18 Abs. 3 Nr. 4 GWB) erkennbar. Auf letzteres schien, unter anderem, die mehrfach geäußerte Kritik der Webseitenbetreiber an der Kooperation mit Google hinauszulaufen. Den Zugang zu einem Markt (§ 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB) kontrolliert Adblock Plus nur mit Blick auf den nachgelagerten Markt der Ausspielung von Werbung an Werbeblockernutzer. Eine notwendige Gesamtschau der Merkmale in § 18 Abs. 3 GWB[943] führt also in keinem Fall zu einer marktbeherrschenden Stellung auf dem gesamten deutschen Onlinewerbemarkt.

Die Entscheidung des BGH in seinem Urteil „Werbeblocker III" hingegen verdient nur eingeschränkte Unterstützung. Das soll natürlich in keiner Weise bedeuten, dass die Auslegung des Kartellsenats auf Grundlage des in ständiger Rechtsprechung angewendeten Bedarfsmarktkonzeptes rechtlich falsch wäre. Der BGH und die übrigen Gerichte verweisen durchgehend darauf, dass Adblock Plus als differenzierender kommerzieller Whitelistblocker einen zweiseitigen Markt bedient, der auf der einen Seite die Internetnutzer als Abnehmer der Software und auf der anderen Seite Webseitenbetreiber als Kunden für die Freischaltung anspricht. Während die Münchener Rechtsprechung scheinbar im Wege eines „entweder-oder"-Schlusses für die Marktabgrenzung nur die eine Seite der Medaille, d.h. über die Nutzerperspektive den gesamten Werbemarkt in Deutschland in den Blick nahm, zieht der BGH auch die andere Seite beachtliches

941 Vgl. die Zahlen von PwC, Ovum und BVDK, vlg. https://www.pwc.de/de/technologie-medien-und-telekommunikation/gemo-2018.pdf#page=136, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

942 Zur Rechtsnatur der Vermutung vgl. Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 18, Rn. 162ff..

943 Vgl. Bechtold/Bosch, GWB, § 18, Rn. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kriterium heran. Auf dem somit beachtlichen Markt der Whitelist-Freischaltung ist die Eyeo GmbH faktisch Monopolist.

Diesem Judiz kann rechtlich nichts Substanzielles entgegnet werden, bei Betrachtung der faktischen Umstände ist diese Entscheidung aber bedenklich. Denn die Kläger der entsprechenden Verfahren haben den öffentlichen Quellen und gerichtlichen Feststellungen zufolge nie eine Freischaltung bei Adblock Plus ernsthaft gewünscht – sie begehrten vielmehr das Totalverbot des Internetwerbeblockers. Der BGH eröffnet mit seiner Marktabgrenzung nun eine Detailprüfung des Whitelist-Geschäftsmodells, welches die Kläger an sich nicht wollten.

Das Urteil „Werbeblocker III" fördert die Auseinandersetzung um die Internetwerbeblocker jedoch enorm, weil der Kartellsenat für die neue Verhandlung beim OLG München bereits ausführliche „Segelanweisungen" gab. So wird das OLG München Feststellungen zur Existenz und Effektivität von Ausweichmöglichkeiten gegen Werbeblocker treffen müssen. Außerdem erwartet der BGH Feststellungen zur tatsächlichen Geschäfts- und Vertragspraxis im Zusammenhang mit dem kommerziellen Whitelisting durch Eyeo. Bislang war hier das Verhältnis des Werbeblockerbetreibers zu zahlenden Kunden praktisch als Geschäftsgeheimnis behandelt worden. Außerdem wird es eine gerichtliche Einschätzung zur Angemessenheit der Acceptable Ads-Kriterien und zur Angemessenheit der 30%igen Beteiligung an Werbeerlösen geben.

Die Marktabgrenzung entsprechend dem Urteil „Werbeblocker III" des BGH und die maßgeblich vom Marktanteil bestimmte Marktmacht auf dem relevanten Markt führt dazu, dass die Fälle aus Sicht der Instanzrechtsprechung kartellrechtlich neu zu bewerten sind – nicht nur, aber vor allem sobald eine Werbeblockerrate von 40% (bzw. 30 % wegen § 3 VertikalGVO) dauerhaft überschritten wird[944]. Zwingende Gründe für eine Ablehnung der Missbrauchsvarianten des § 19 GWB liefert insbesondere das LG Hamburg in seinem Urteil nicht. An dieser Stelle besteht wohl das größte Risiko für eine fortdauernde Zulässigkeit des Angebots von Werbeblockern mit dem Geschäftsmodell des kommerziellen Whitelisting. Im Rahmen der unbilligen Behinderung (§ 19 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GWB) wird man jedoch im Einklang mit § 4 Nr. 4 auf Grundlage einer weitestgehend gleichlaufenden Interessenabwägung ebenfalls zum Ergebnis der Zulässigkeit sowohl der Black- als auch der Whitelistblocker kommen

944 Dies wäre auch bei der Marktabgrenzung entsprechend den Urteilen des OLG München bei entsprechender Verbreitung unter den Nutzern möglich.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

müssen[945]. Für eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen (§ 19 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GWB) mögen bis zum Zeitpunkt der Beurteilung keine Hinweise vorliegen. Denkbar wären jedoch Fallgestaltungen, in welchen diese Art des Missbrauchs zu bejahen wäre. In Zeiten großer digitaler Plattformen könnte Whitelisting ein Wettbewerbsvorteil sein und so zum Beispiel die Ablehnung gleichartiger freischaltungswilliger Plattformbetreiber wegen bestehender Exklusivitätsvereinbarungen einen Marktmissbrauch darstellen.

§ 19 Abs. 2 GWB lag als Anknüpfungspunkt eines Angriffes besonders nahe, weil Adblock Plus mit seiner Whitelist als „first mover" sozusagen einziger Anbieter des kommerziellen Whitelistings war und seine Preise selbst bestimmte. Mittlerweile scheint sich jedoch Wettbewerb auch auf dem Markt der Freischaltung zu entwickeln. Eine Änderung von Entgelten oder Kriterien für die Freischaltung könnte bei Erreichung von Marktmacht jedoch kartellrechtlich kritisch sein. Das LG Hamburg sah die geforderten 30% der Mehreinnahmen durch das Whitelisting als nicht überhöht an. Dies kann man aus der Perspektive der Webseitenbetreiber natürlich anders sehen. Dies ist schließlich das altbekannte „Freikauf"-Argument der Verlagshäuser. Bei nüchterner Betrachtung sollte auch hier nicht von einem Freikauf „weggenommener" Werbeaufmerksamkeit, sondern von einer Hemmung des Wachstums des Onlinewerbemarkts ausgegangen werden. Denn eine Position, die man noch nicht inne hat (hier: Aufmerksamkeit von „Werbehassern"), kann man nicht freikaufen. Betrachtet man das Whitelisting-Angebot als Angebot zur Generierung von Wachstum ist eine 30%ige Beteiligung an diesem Wachstum auch nach hier vertretener Ansicht nicht zu hoch angesetzt. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass tatsächlich ein gewisser technischer Aufwand für den kommerziellen Werbeblockerbetreiber zu bewältigen ist. Der erneute Einwand, dieser technische Aufwand entstehe ja erst durch die vorangegangene Blockade, muss dann damit entkräftet werden, dass diese Blockade von einer breiten Masse der Internetnutzer gewollt ist. Anders wäre die Frage des Ausbeutungswettbewerbs wohl zu bewerten, wenn der Werbeblockerbetreiber nicht am neu generierten Geschäft mit der Werberezeption partizipieren

945 Dass der Kartellsenat des BGH in „Werbeblocker III" diesen Gleichlauf von lauterkeits- und kartellrechtlicher Interessenabwägung ausdrücklich moniert hat, dürfte eher eine Formulierungsfrage, denn ein wahres Hindernis sein. Denn auch bei Beachtung kartellrechtlicher Besonderheiten sind die Interessen der Internetnutzer an der Existenz von Werbeblockern die Hochwertigsten. Wie die Abwägung mit Blick auf die Details des Geschäftsmodells ausfällt, ist hingegen eine andere Frage, die hier nicht im Einzelnen behandelt wird.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

würde, sondern Anteile am sonstigen Geschäft oder überhöhte pauschale Aufwandsentschädigungen forderte.

Wenn kommerzielles Whitelisting nicht nur zur Marktbeherrschung aufsteigen würde, sondern sogar zum absoluten Standard im Web würde, könnte die Sachlage mit den zur Zeit der Bearbeitung im Patentrecht virulenten „SEP“[946] und „FRAND“[947] Streitigkeiten vergleichbar werden. Aktuell ist die Interessenlage freilich eine andere. Die Webseitenbetreiber denken nicht daran, sich über die Whitelist freischalten zu lassen. Und der Werbeblockerbetreiber lässt jeden zu, der sich freischalten lassen will. Auch mittelfristig ist die Interessenlage immer noch nicht vergleichbar. Webseitenbetreiber können sich selbst mit technischen Schutzmaßnahmen behelfen. Vergleichbar würde es erst, wenn die Nutzer sich in absoluter Mehrheit zur Nutzung von Werbeblockern à la Adblock Plus entschließen und gleichsam Werbeblockersperren zum ausnahmslosen Nichtbesuch der entsprechend zugangsgeschützten Webseiten führte. Zeitgleich müsste der – vom OLG Köln sogenannte – „Gatekeeper“ das Tor zur Freischaltung schließen und nur noch wohlgesonnene Unternehmen durchlassen. Etwa solche, die in der Vergangenheit nicht gegen ihn geklagt hatten. In dieser eher fernliegenden Zukunftsvision würde die Stellung des kommerziellen Whitelistblockers durchaus an die Stellung der technologischen Marktzutrittskontrolleure etwa im Mobilfunksektor heranreichen. Dann könnte auch hier ein kartellrechtlicher Kontrahierungszwang eingreifen. Die heutigen Whitelist-Voraussetzungen der Einhaltung von Acceptable Ads und Zahlung einer Beteiligung am generierten Geschäft scheinen jedoch bereits gerecht, vernünftig und nicht diskriminierend zu sein, sodass sich ein Kontrahierungszwang am aktuellen status quo orientieren könnte.

In einer Pressemitteilung des Bundeskartellamt, in welcher über die Einstellung eines anhängiges Kartellverwaltungsverfahren gegen Google und Eyeo wegen vertraglicher Beschränkungen im Zusammenhang mit einer Whitelisting-Vereinbarung informiert wurde, ließ sich Andreas Mundt, Präsident des Bundeskartellamtes wie folgt zitieren: „*Adblocker sind legale*

946 SEP ist das durchgesetzte Akronym für standardessentielle Patente, also solche, die durch Standardisierungsstellen oder durch Marktdurchsetzung der Standard für gewisse Technologien darstellen und praktisch genutzt werden müssen, vgl. Hauck, NJW 2015, 2767.

947 FRAND ist die Abkürzung für „fair, reasonable and non-discriminatory“ und betrifft die Lizenzbedingungen für SEPs. Diese Einordnung ist vor allem bei der Bewältigung des kartellrechtichen Zwangslizenzeinwands von nutzungswilligen Unternehmen entscheidend. Für die Anwendung im Patentprozess vgl. Kellenter/Verhauwen, GRUR 2018, 761.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Instrumente, wie auch der Bundesgerichtshof kürzlich festgestellt hat. Es ist nachvollziehbar, dass Verbraucher ein Interesse daran haben, die Art und die Menge der Online-Werbung zu kontrollieren, die sie zu sehen bekommen. Die Verbreitung von Adblockern ist Teil des Wettbewerbsprozesses bei Dienstleistungen der Online-Werbung. Vertragsregelungen, die auf die Beschränkung der Verbreitung von Adblockern zielen, können daher wettbewerblich nicht hingenommen werden"[948]. Der Umstand, dass sich das Bundeskartellamt also bereits offiziell mit dem Thema „kommerzielles Whitelisting" auseinandergesetzt hat, und kein Verfahren gegen Eyeo wegen dieses Verhaltens eröffnet hat, scheint das oben gefundende Ergebnis zu bekräftigen.

Nach alledem gilt: Kartellrechtliche Ansprüche sind zur Zeit der Bearbeitung und mittelfristig danach nicht erfolgsversprechend, um ein Totalbverbot der Werbeblocker zu erreichen. Nach den Urteilen des Kartellsenat könnte es aber durchaus Aspekte des Geschäftsmodells des kommerziellen Whitelistings geben, die kartellrechtlich verboten sind. Ein Totalverbot von Werbeblockern oder des kommerziellen Whitelistings generell wird nach hiesigem Verständnis allerdings auch dann nicht im Raum stehen.

dd) Zusammenfassung der Ergebnisse

Zusammenfassend lassen sich also folgende Ergebnisse festhalten:

(i) Lauterkeitsrecht

- Im Rahmen der geschäftlichen Handlung (§ 2 Nr. 1 UWG) ist zu beachten, dass keine Aufspaltung von multifunktionalen Blockern in eine Blacklist- und eine Whitelist-Funktion zulässig ist. Die Kostenfreiheit für Nutzer ist unbeachtlich. Bei Adblock Plus ist dies etwa nur eine Vorbereitung für das Whitelist-Geschäft. Bei reinen Blacklist-Blockern reicht schon eine Nutzung von Daten im Rahmen sekundärer Geschäftsmodelle für die Annahme einer geschäftlichen Handlung. Demnach ist praktisch jedes Angebot einer Adblocker Software, die von profitorientierten Unternehmen betrieben wird, eine geschäftliche Handlung. Eine Ausnahme kann allenfalls beim Angebot durch Privatpersonen eingreifen, was aber praktisch nicht zu beobachten ist.

948 https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/21_01_2019_Eyeo_Google.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

- Bei der Prüfung von § 4 Nr. 4 UWG ist ein konkretes Wettbewerbsverhältnis auf Grundlage der ständigen Rechtsprechung des BGH zum Behinderungswettbewerb zu bejahen. Die Werbeblockade blockiert in praktisch jedem Fall abrechnungsrelevante Parameter im Verhältnis zu Werbekunden bzw. Intermediären. Damit ist eine Wechselwirkung zwischen den Vorteilen der Werbeblockade für den Anbieter und den Nachteilen der Blockade für die Betroffenen zu bejahen. Dies gilt für die Webseitebentreiber als unmittelbar Betroffene wie auch für Werbenetzwerke oder sonstige Intermediäre.
- Herzstück der Prüfung von § 4 Nr. 4 UWG ist die Abwägung der Interessen der Parteien, der sonstigen Betroffenen und der Allgemeinheit. Da Werbeblocker vom Bestehen des Werbemarkts abhängig sind, kann keine Verdrängungsabsicht angenommen werden. Bei der Bewertung der Frage, ob Webseitenbetreiber ihre eigene Leistung am Markt nicht mehr durch eigene Anstrengung frei vermarkten können und deshalb gezielt behindert werden, führen folgende Umstände zum Ergebnis der Zulässigkeit der Werbeblocker. Die Hoheit über den Einsatz von Werbeblockern haben in aller Regel die Nutzer. Wenn sich der Nutzer zum Einsatz eines Add-ons oder eines bestimmten Blockers mit Werbeblockerfunktion bedient, ist das in den meisten Fällen eine autonome Entscheidung[949]. Diese Nutzerautonomie ist das überragende Argument für die Zulässigkeit von Werbeblockern. Flankiert wird dies durch das erhebliche Interesse der Nutzer an einem Schutz vor mit Werbung verbundenen Begleitprozessen wie Tracking oder Risiken der Infizierung mit Schadsoftware. Hinzu kommt außerdem, dass Webseitenbetreibern Handlungsalternativen zur Verfügung stehen, die die Wirksweise von Werbeblockern ausschließen, insbesondere die Zugangsblockade für Adblocker-Nutzer. Daran ändern auch die Grundrechte der Webseitenbetreiber, insbesondere die Medienfreiheit bei redaktionellen Angeboten, nichts. Diese können nicht zu einem Wahrnehmungszwang der Nutzer führen. Außerdem ist es nicht Aufgabe von Grundrechte altgediente Geschäftsmodelle zu zementieren. Mit besonderem Blick auf kommerzielles Whitelisting ist zu beachten, dass diese Methode der Blockade abstrakt weniger einschneidend für den Werbemarkt ist als eine Komplettblockade via Blacklist. Zum selben Ergebnis kommt man, wenn man Werbenetzwerke als Betroffene des Werbeblockens

949 Dies ist wohl nicht bei Google Chrome der Fall, der nunmehr standardmäßig eine Werbeblockerfunktion enthält. Hier besteht die Entscheidungshoheit über den Einsatz wohl beim Anbieter des bereits weit verbreiteten Browsers.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

heranzieht. Neben den zuvor genannten Argumenten der Nutzerautonomie und des Selbstschutzes, sind die Intermediäre des Adtech-Zeitalters nicht gleichermaßen schutzbedürftig wie Webseitenbetreiber und müssen sich dem dynamischen Wettbewerb deshalb umso mehr stellen.

- Eine Allgemeine Marktbehinderung ist nach hier vertretener Ansicht aus dogmatischen Gründen bereits als Fallgruppe der Generalklausel abzulehnen. Wenn man diese Fallgruppe anwenden möchte, würde sie gleichwohl kein Verbot rechtfertigen, weil hier der betroffene Markt – wie man ihn auch konkret definieren möchte – nicht grundlegend in seinem Bestand gefährdet wird.
- Bei der Prüfung des § 4a UWG sind mehrere Aspekte besonders herauszustellen:
  - Zunächst ist zu bedenken, dass die Streitigkeiten zwischen Betroffenen der Werbeblockade und den Anbietern der entsprechenden Software das B2B-Vertikalverhältnis betreffen und damit zumindest im Ausgangspunkt keine richtlinienkonforme Auslegung des § 4a UWG zwingend ist.
  - Zudem ist eine Besonderheit, dass eine Webseitenbetreiber im Verhältnis zu einem Anbieter eines kommerziellen Whitelisting-Blocker (z.B. Adblock Plus) sowohl als Mitbewerber als auch als sonstiger Marktteilnehmer betroffen ist. Gleichwohl sind § 4 Nr. 4 UWG und § 4a UWG nebeneinander anzuwenden. Dies kann man als Folge der extensiven Auslegung des Mitbewerberbegriffs durch den BGH begreifen, der den Anwendungsbereich des § 4a UWG nicht beschneiden kann.
  - Im Verhältnis zwischen § 4a UWG und den kartellrechtlichen Vorschriften der §§ 18 ff. GWB gilt nach hier vertretener Ansicht, dass keine generelle Sperrwirkung des Kartellrechts eingreift. Vielmehr ist eine kartellrechtsfreundliche Auslegung des Begriffs der Machtposition in § 4a Abs. 1 S. 3 UWG geboten.
  - Im Rahmen der Prüfung der enumerierten Aggressionsmittel in § 4a Abs. 1 S. 2 UWG gilt, dass die in Nummer 1 genannte Belästigung und die in Nummer 2 genannte Nötigung in beschiedenen und naheliegenden Fallgestaltungen im Zusammenhang mit Internetwerbeblockern ausscheiden müssen.
  - Bei der Prüfung der regelmäßig streitentscheidenden unzulässigen Beeinflussung gemäß § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3, S. 3 UWG sind zwei Aspekte kritisch. Zum einen das Vorliegen einer Machtposition und

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zum anderen die Ausnutzung dieser Machtposition zur Ausübung von Druck.

Bei der Machtposition ist zu beachten, dass es noch keine gefestigte Auslegung dieses Begriffs im B2B-Verhältnis gibt. Regelmäßig werden im B2C-Verhältnis situationsbedingte oder strukturelle Machtpositionen für ausreichend gehalten. Dies darf allerdings nur mit Bedacht auf das B2B-Verhältnis übertragen werden. Denn in diesem Verhältnis sind situationsbedingte Machtpositionen nur in Ausnahmefällen denkbar. Bei Werbeblockern sind sie mangels spontaner, lediglich temporärer Situation ausgeschlossen. Bei strukturellen Machtpositionen ist ein Gleichlauf mit kartellrechtlichen Vorschriften herzustellen. Sonst würde das Lauterkeitsrecht potentiell strengere Anforderungen stellen als das Kartellrecht. Dies würde v.a. Unternehmen unterhalb der Marktmachtschwelle von § 18 GWB beeinträchtigen. Eine rein lauterkeitsrechtlich begründete strukturelle Machtposition kommt im B2B-Verhältnis nur dort in Betracht, wo einer der Marktteilnehmer sich in einer mit einem Verbraucher vergleichbare Lage befindet, also z.B. wenn ein Kleinunternehmen in Gewerbe oder Handwerk von einem Großkonzern beeinflusst wird. Dies ist bei den in den deutschen Rechtsstreiten aktiven Webseitenbetreibern, bei spezialisierten Werbenetzwerken oder professionell aufgestellten Werbekunden indes nicht der Fall. Eine strukturelle Machtposition von Anbietern des kommerziellen Whitelisting (z.B. Eyeo mit Adblock Plus) könnte allenfalls zu „kleinen" Webseitenbetreibern wie etwa plattformunabhängigen Bloggern bejaht werden, weil diese nicht über eine ausreichende Struktur verfügen, um es mit gut organisierten Unternehmen aufzunehmen. Auch kann es im Streitfall der Filterwerbeblocker keine technische Machtposition geben, weil Betroffene des Werbeblockens unmittelbar oder mittelbar die blockiersichere Ausspielung von Werbung anwenden oder fördern können. Filterwerbeblocker sind insoweit nicht unumgehbar, was eine Machtposition praktisch ausschließt.

Beim Merkmal der Ausnutzung zur Ausübung von Druck ist zu beachten, dass das Freischaltungsangebot im kommerziellen Whitelisting keine Druckausübung darstellt. Denn bei objektiver Betrachtng werden hier Vorteile angeboten. Weil die Werbeblockade als solche zulässig ist, kann nicht argumentiert werden, dass die Aufrechterhaltung der Blockade ein rechtswidrige Druckausübung. Vielmehr weist der Anbieter einen Weg zur (beschränkten) Erreichung von

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Werbeblockerkunden mit Werbeanzeigen, was eine wirtschaftlich betrachtet bessere Situation als die Gesamtblockade darstellt.
Auch das zuletzt in § 4a Abs. 1 S. 3 UWG enthaltene Merkmal der wesentlichen Einschränkung der Fähigkeit des sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung ist regelmäßig nicht erfüllt. Unternehmen können das Angebot zur Freischaltung ausreichend prüfen, das Für und Wider abwägen und demnach das Angebot ablehnen.
Aus diesen Gründen scheidet eine unzulässige Beeinflussung beim kommerziellen Whitelistung aus.

- Zuletzt wird im B2B-Verhältnis praktisch nie das Merkmal der erheblichen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit als Ergebnis der Aggression erfüllt sein. Nur in äußerst extremen Situation ist eine solche Beeinträchtigung von markterfahrenen und ausreichend organisierten Unternehmen denkbar, die dazu führt, dass keine vernünftige Entscheidung mehr möglich ist. Das Angebot der Freischaltung zur Whitelist ist in jedem Falle nicjt eine solche Extremsituation.
- Im Ergebnis scheidet also ein Verbot von kommerziellem Whitelisting auf Grundlage von § 4a UWG aus. Das isolierte Blacklisting bedarf schon gar keiner Auseinandersetzung unter § 4a UWG, weil die Betroffenen nicht zu geschäftlichen Entscheidungen aufgefordert werden.

(ii) Urheberrecht

- Das Urheberrecht war bislang ein weniger beachtetes Thema im Zusammenhang mit Internetwerbeblockern. Allerdings stellen sich klärungsbedürftige Fragen im Rahmen der Schutzfähigkeit von Webseiten, bei Verletzungshandlungen, Schranken und Rechtfertigungsgründen.
- Im Rahmen der Schutzfähigkeit von Webseiten ist zunächst festzustellen, dass diese kein Computerprogramm im Sinne von § 69a UrhG darstellen. HTML-Code kann solche Computerprogramme enthalten, v.a. bei dynamisch serverseitig generierten Webseiten, bei denen JavaScript-Programme für allerlei nützliche Funktionen sorgen. Dies führt aber in keinem Fall dazu, dass eine Webseite insgesamt als Computerprogramm zu qualifizieren wäre. Eine Webseite stellt auch in aller Regel weder ein Sammel- oder Datenbankwerk gemäß § 4 UrhG noch ein Multimediawerk gemäß § 2 UrhG dar, weil sie nicht die notwendige Schöpfungshöhe aufweist. Die Anordnung einzelner Werke folgt

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

regelmäßig Informationszwecken oder Zweckmäßigkeitserwägungen, nicht aber aus schöpferischer Betätigung. Bei rein computergenerierter Auswahl von Inhalten liegt schon keine menschliche Schöpfung vor. Ein Datenbankschutz nach § 87a UrhG ist denkbar, wenn das Investitionserfordernis im Einzelfall zu bejahen ist. Hier stellt sich aber die Folgefrage, ob Werbeelemente an einem solchen Schutz Teil haben. Dies mag zu bejahen sein, wenn eine schutzwürdige Investition gerade in der Erstellung des Werbeinhalte umfassenden HTML-Dokuments zu erblicken ist.

- Abgesehen davon sind einzelne Elemente einer Webseite wie Fotos, Texte oder Videos für sich gesehen natürlich schutzfähig. Differenzierend zu betrachten ist die Einbindung von Computerprogrammen in HTML-Dokumenten. Wenn es sich um Anwendungen wie Browserspiele handelt, die ein Element der Webseite darstellen, ist auch hier ohne Zweifel Schutz gegeben. Andererseits führen Programme zur Konsultation von Datenbanken bei serverseitig dynamisch generierten Webseiten, die auf Servern ablaufen, nicht dazu, dass HTML-Dokumente oder gar die daraus abgeleiteten Webseitendarstellungen nicht Teil am Schutz dieses Computerprogramms. Diese sind vielmehr Arbeitsergebnis (oder Output) des Computerprogramms und müssen isoliert rechtlich bewertet werden. Bei Computerprogrammen in HTML-Dokumenten, die bei clientseitig dynamisch generierten Webseiten ohne Werbeblockernutzung derart wirken, dass gewisse verknüpfte Elemente nachgeladen werden, haben diese verknüpften Elemente nicht Teil am Schutz des Computerprogramms.
- Im Rahmen der Verletzungshandlungen ist zu beachten, dass Täter einer potentiellen Urheberrechtsverletzung der Nutzer der Werbeblockersoftware ist. Der Anbieter dieser Software ist allenfalls Teilnehmer oder Störer. Selbst wenn man eine Schutzfähigkeit als Computerprogramm annehmen wollte, läge keine Umarbeitung vor, weil keine Quellcodeveränderung durch Werbeblockersoftware vorgenommen wird. Eine Vervielfältigung des HTML-Dokuments und diverser darin vorgesehener Elemente im Arbeitsspeicher des Nutzergeräts ist auf Verletzungsebene zu erkennen. Hier kommen aber Schranken und Rechtfertigungsgründe in Betracht.
- Innerhalb dieser Schrankenregelungen kommt § 44a UrhG Bedeutung zu, weil damit technisch notwendige vorübergehende Vervielfältigungen erlaubt sind. Diese Norm gilt aber aus systematischen Gründen nicht für Computerprogramme, Datenbankwerke und sui-generis Datenbankrechte. Während bei einer (hier gedanklich unterstell-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten) Schutzfähigkeit von Datenbankwerken die Spezialnorm des § 55a UrhG nicht auf das Zwischenspeichern angewandt werden könnte, wäre dies beim (ebenfalls gedanklich unterstellten) Schutz als Computerprogramm durch § 69d Nr. 1 UWG legitimiert. Für den sui-generis Datenbankschutz steht keine entsprechende Schranke zur Verfügung und eine analoge Anwendung der vorgenannten Regeln scheidet aus. Insoweit muss also auf Rechtfertigungsgründe zurückgegriffen werden.

- Als wichtigster Rechtfertigungsgrund kommt die schlichte Einwilligung in den Fokus. Dieser Grund rechtfertigt jede urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung, wenn die Webseite ohne technische Schutzmaßnahmen frei erreichbar und nutzbar ist.
- Eine Urheberrechtsverletzung durch Einsatz von Werbeblockersoftware scheidet also spätestens deshalb aus, dass durch Webseitenbetreiber keine technische Schutzmaßnahmen ergriffen werden, sondern der Zugang unbegrenzt ist.

(iii) Kartellrecht

Es kommen nach hier vertrener Ansicht keine kartellrechtlichen Unterlassungsansprüche in Betracht, weil kein Werbeblockeranbieter eine marktbeherrschende Stellung inne hat. Der relevante Markt ist der gesamte deutsche Onlinemarkt oder anders formuliert, die Gesamtheit deutscher Internetnutzer. Dort ist aktuell kein ausreichender Anteil der Nutzer auch zugleich aktiver Adblocker-Nutzer[950]. Der Kartellsenat des BGH hält hingegen den Markt der kommerziellen Werbefreischaltung auf einer Whitelist für maßgeblich und deutet an, dass der Betreiber von Adblock Plus eine marktbeherrschende Stellung haben könnte, wenn keine ausreichend effektiven Ausweichmöglichkeiten für Webseitenbetreiber existieren. Wenn die Marktbeherrschung eines Werbeblockerbetreibers festgestellt wird, ist eine tiefere Auseinandersetzung mit den Varianten des Marktmissbrauchs in § 19 GWB angezeigt. Hieraus könnten sich Unterlassungsansprüche ergeben.

950 Dies gilt nicht für die Werbeblockerfunktionalität in Google Chrome, sondern nur für Anbieter von Add-ons oder speziellen Browsern zum Werbeblocken.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Ausblick nach dem Urteil Werbeblocker II

Übrig bleibt nun die Frage, welche Auswirkungen das Urteil *Werbeblocker II* auf das Lauterkeitsrecht speziell sowie auf Recht und Wirtschaft generell haben wird.

Insgesamt ist die liberale und fortschrittsorientierte Grundeinstellung des I. Zivilsenat des BGH sehr zu begrüßen. Im Kontext weiterer, zukünftig zu erwartender „disruptiver Technologien" wird das UWG anscheinend keinen Innovationshemmer darstellen, solange die durch die Rechtsprechung aufgestellten Regeln beachtet werden.

Bei der Frage der geschäftlichen Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG gilt, dass das Urteil richtungsweisend für die gerichtliche Kontrolle zukünftiger „disruptiver" Technologien sein dürfte. Das Verhältnis von Behinderungswettbewerb und zeitgleichem Angebot von Diensten an die dadurch behinderten Unternehmen ist nunmehr soweit geklärt ist, dass jedenfalls eine Prüfung nach § 4 Nr. 4 UWG möglich ist. Andernfalls könnten sich Anbieter neuer Technologien einer lauterkeitsrechtlichen Kontrolle durch ein „Freikaufangebot" an den Behinderten leicht der lauterkeitsrechtlichen Kontrolle entziehen. Im Einklang mit der Bewertung des konkreten Wettbewerbsverhältnisses auch im Fall gleichzeitiger Bewertung als sonstiger Marktteilnehmer führt dies dazu, dass die Rechtsprechung praktisch jeden Fall „disruptiver Technologieanbieter" über eine Interessenabwägung lösen wird. Dies führt aber nur auf den ersten Blick zum Risiko divergierender Entscheidungen in ähnlichen Fällen. Denn die ständige Rechtsprechung, wonach eine unlautere Einwirkung auf fremde digitale Produkte nur vorliegt, wenn eine Schutzvorkehrung unterlaufen wird[951], bildet eine zuverlässige Trennlinie erlaubten und verbotenen Handelns. Weitere Argumente wie die Nutzerautonomie können das Pendel dabei noch mehr in die eine oder andere Richtung schlagen.

Eine besonders positive Aussage im Urteil *Werbeblocker II* ist, dass bei technisch komplexen Werkzeugen wie Werbeblockern, deren Wirkung der durchschnittliche Nutzer ohne dieses Werkzeug nicht hätte herbeiführen können, keine Sonderbetrachtung geboten ist. Denn selbst wenn das vom Werbeblocker herbeigeführte Ergebnis über das hinausgeht, was der Nutzer ohne besondere Fähigkeiten selbst bewerkstelligen könnte, ändert

951 Vgl. BGH, Urteil vom 22.06.11 – I ZR 159/10, WRP 2011, 1469 – *Automobil-Onlinebörse*; Urteil vom 30.04.14 – I ZR 224/12, WRP 2014, 839 – *Flugvermittlung im Internet*; Urteil vom 12.01.17 – I ZR 253/14, WRP 2017, 434 – *World of Warcraft II*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dies nichts an der Autonomie der Nutzerentscheidung. Auch „technisch anspruchsvolle Produkte“ wirken erst, wenn der Nutzer sie einsetzt. Dies zeigt, dass nicht der Nutzer das Werkzeug der Software ist, sondern andersherum. Beachtlich wird diese Passage insbesondere dann, wenn man sie in ihr Gegenteil verkehrt. Wenn sich der Nutzer nur leichteste Prozesse von einer Software abnehmen lassen dürfte – zum Beispiel den Vorgang des Programmwechsels bei der Fernsehfee –, würde der Einsatz leistungsstarker Computerprogramme zur Lösung neuer Probleme potentiell leichter lauterkeitsrechtlich zu untersagen. Denn wenn die Nutzerautonomie wegfiele, fiele ein starkes Argument in der Interessenabwägung zugunsten der Zulässigkeit einer solchen Software weg. Beeinträchtigende Features wären dann wohl als unmittelbare Behinderung durch den Softwareanbieter anzusehen, womit man argumentativ leichter zu einer Verdrängungsabsicht gelangen könnte. Die Zulässigkeit von Anwendungen auf Grundlage von künstlicher Intelligenz würde damit ernsthaft gefährdet. Denn die angepriesenen Möglichkeiten künstlicher Intelligenz[952] stellen die Disruptivität der Internetwerbeblocker weit in den Schatten. Insoweit ist es gerade Sinn und Zweck von Computerprogrammen und Automation die Handlungsmöglichkeiten von Menschen zu erweitern. *Werbeblocker II* wird zum Glück keine technologiefeindliche Fundstelle, die später einmal zum Kampf gegen Disruptoren aller Art angeführt wird.

Mit Blick auf § 4a UWG ist dem Urteil allerdings mangels Ausführungen zum Verhältnis zu den §§ 18f. GWB sowie mangels überzeugender abstrakter Beschreibung des Merkmals der Machtposition kein Mehrwert zu entnehmen. Dies kann man, unter Ausblendung der prozessualen Belange, aus akademischer Sicht als vertane Chance bezeichnen, dem immer noch recht neuen § 4a UWG im „richtlinienfreien“ B2B-Verhältnis Konturen zu geben.

Da das Urteil keine Aussage zu urheberrechtlichen und kartellrechtlichen Ansprüchen enthält, bleibt in dieser Hinsicht noch ein Fünkchen Hoffnung für die Webseitenbetreiber. Wie in dieser Stellungnahme allerdings ausgeführt, werden auch die Versuche Unterlassungsansprüche mit

952 Vgl. etwa https://www.cmswire.com/information-management/11-industries-being-disrupted-by-ai/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.Man stelle sich nur medizinische Diagnoseroboter vor, die auf das gesamte medizinische Wissen und Millionen von Erfahrungsberichten gleichgelagerter Krankheitssymptome in Sekundenschnelle zugreifen könnten. Dies könnte erhebliche Teile des medizinischen Sektors umwälzen.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem Ziel eines Totalverbots von Werbeblockers aus dem UrhG oder GWB durchzusetzen, zum Scheitern verurteilt sein.

Abseits der rein rechtlichen Sphäre ändert sich nach dem Urteil *Werbeblocker II* auf dem hart umkämpften Werbemarkt zunächst nichts. Die Fronten bleiben verhärtet. Werbeblocker dürfen weiterhin ihre Software vertreiben und ihre Refinanzierung durch kommerzielles Whitelisting sicherstellen. Jeder Webseitenbetreiber kann also das grundsätzlich an die Allgemeinheit abgegebene Whitelisting-Angebot annehmen. Webseitenbetreiber, die es sich leisten können (oder wohl eher wollen), werden wahrscheinlich weiterhin ihre Aussperrungstaktik gegenüber den Nutzern fortführen – wie bei der eingangs erwähnten Bild.de Sperre. Weiterhin werden Lösungen von Anti-Adblocksoftware am Markt gefragt bleiben, dies umso mehr vor dem Hintergrund, dass erst die Umgehung von Schutzmaßnahmen eine Unlauterkeit oder eine Urheberrechtsverletzung begründen kann.

Die Entscheidung fand in der Literatur durchgehend Zustimmung[953]. Einzig *Köhler* kritisiert die Ausführungen zum konkreten Wettbewerbsverhältnis im konkreten Fall und auf dogmatischer Ebene. Er mahnt dabei die Gefahr der Überdehnung dieses Tatbestandsmerkmals an und hätte es vorgezogen, dieses im Streitfall abzulehnen[954]. Diese Kritik richtet sich aber zugleich gegen die ständige Rechtsprechung des I. Zivilsenats des BGH, sodass diese Kritik weniger fallspezifisch als grundlegend dogmatisch zu bezeichnen ist.

c) Ausblick nach dem Urteil Werbeblocker III

Da der Kartellsenat des BGH durch seine Urteile noch einmal Schwung in die an sich beendet geglaubte Diskussion um die Internetwerbeblocker brachte, ist auch hier nach den Folgen der Urteile für Recht und Wirtschaft zu fragen.

Deutlich ist bei *Werbeblocker III*, dass die Entscheidung schon gar nicht mehr das Totalverbot von Werbeblockern thematisiert, sondern spezifisch das Geschäftsmodell des entgeltlichen Whitelistings beleuchtet. Falls im weiteren Verlauf des Verfahrens das Angebot von Adblock Plus in der angegrif-

953 Alexander, NJW 2018, 3620; Kiersch, GRUR-Prax 2018, 487; Glöckner, ZUM 2018, 844; Scherer, WRP 2019, 1; Hoeren/Brandenburg, MMR 2018, 821; Köhler, GRUR 2019, 123.

954 Köhler, GRUR 2019, 123, 126f..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fenen Form verboten wird, wird dies allenfalls Details betreffen. Allerdings ist ein Prozessverlust für den Werbeblockerbetreiber keineswegs eindeutig. So könnte das OLG München angesichts der Segelanweisungen aus Karlsruhe auch zu dem Ergebnis kommen, dass der Markt bereits ausreichend über effektive Zugangsbeschränkungen und Anti-Adblocker-Lösungen verfügt, sodass Webseitenbetreiber bei der Erreichung von Werbeblockernutzern als Adressaten ihrer Werbeanzeigen tatsächlich die Wahl aus einer Vielzahl von Angeboten haben. Nur wenn es gerichtlich festgestellt wird, dass diese Alternativmaßnahmen faktisch untauglich sein sollten, kommt eine marktbeherrschende Stellung des Werbeblockerbetreibers in Betracht. So oder so werden die zu erwartenden Urteile nur das konkret angegriffene Werbeblockergeschäftsmodell betreffen und demnach bei Abweichungen im Geschäftsmodell nicht unbedingt übertragbar sein.

Auch bei der sich ggf. anschließenden Prüfung der unbilligen Behinderung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und der vom BGH geforderten kartellrechtsspezifischen Interessenabwägung ist keinesfalls eindeutig, dass die Interessen des klagenden Webseitenbetreibers bzw. des Wettbewerbs als höherwertig einzuschätzen sind. So dürften die Acceptable Ads Kriterien bei Adblock Plus durchaus von einem Nutzerwunsch gedeckt und die verlangte Vergütung für die Freischaltung nicht bloß als Bereicherung aus der selbst geschaffenen Blockade anzusehen sein. Die Vergütung scheint bei Beachtung der komplexen und dynamischen technischen Materie auch zur Deckung der Kosten für die Produktpflege notwendig zu sein.

Im größeren Kontext ist *Werbeblocker III* als Indiz dafür zu sehen, dass der Kartellsenat des BGH neben dem Bundeskartellamt den Bereich der Digitalwirtschaft mit Argusaugen betrachtet. Während die großen Tech-Plattformen wie Google, Facebook und Amazon jedoch eine mehrere Fachbereiche umfassende Marktmacht für sich beanspruchen können (z.B. Google bei Suchmaschinen, Betriebssystemen für Smartphones, Online-Werbung, Kartendiensten und als Videoplattform) und deshalb zu Recht unter strenger Beobachtung stehen, handelt es sich beim Betreiber von Adblock Plus bei Lichte betrachtet um eine Beherrscher einer Nische. Dass sich der Kartellsenat an dieser Stelle sehr streng zeigt, verkehrt die allgemein wirtschaftliche Bedeutung der Streitparteien in ihr Gegenteil. Denn der Werbeblockerbetreiber ist im Verhältnis zum Axel Springer Konzern, zur RTL Gruppe oder zur ProSiebenSat1-Gruppe eher als „kleiner Fisch" anzusehen. Zugleich nimmt der erst 2019 neu gegründete Kartellsenat[955]

955 Siehe https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/090219_Zivilsenat_BGH.html, zuletzt abgerufen am 27.6.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

seine Pflicht als richterlicher Wettbewerbshüter sehr ernst wie etwa eine Entscheidung zu einer missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook im Bereich des Datenschutzrechtes zeigt[956]. Es wird spannend sein, zu beobachten, ob dieser Kampf gegen Marktmissbrauch im Bereich der Digitalwirtschaft langfristig Erfolge für die Verbraucher und den Markt erzielt.

d) Übersicht und Bewertung von mit Werbeblockern vergleichbaren Phänomenen

Bevor der BGH nunmehr Internetwerbeblocker sowohl in Form reiner Blacklistblocker als auch in Form kommerzieller Whitelistblocker als zulässig ansah, attestierte er schon dem Screen Scraping die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit[957]. Screen Scraping stellt sozusagen die Basis der bekannten Vergleichsportale für Hotels, Flüge und allerlei sonstige Waren und Dienstleistungen dar. Es beruht auf der Auslesung öffentlich verfügbarer (Preis-)Informationen und dient der sich anschließenden besonderen Aufbereitung für den Nutzer. Während der BGH im Lauterkeitsrecht wegen der Zuordnung zum B2B-Bereich die Auslegungshoheit hat, stellen sich im Rahmen des Urheberrechts, insbesondere beim Datenbankerstellerrecht, durchaus Auslegungskonflikte mit der Rechtsprechung des EuGH[958]. Da nach dem Urteil *Flugvermittlung im Internet* jedoch erkennbar keine neuen Versuche von Betroffenen des Screen Scraping in Deutschland unternommen worden sind, die Vergleichsportale gerichtlich zu bekämpfen, besteht wohl keine Zuversicht, dass die deutsche Rechtsprechung sich den EuGH-Urteilen in *Innoweb/Wegener*[959] oder *Ryanair*[960] anschließen wird. Ökonomisch betrachtet ist die Implementierung von CAPTCHAs[961], den wohl jedem Leser bekannten verfremdeten Zeichen-

956 Vgl. BGH Beschluss vom 23.6.2020, KVR 69/19.
957 Vgl. BGH, Urteil vom 22.06.11 – I ZR 159/10, WRP 2011, 1469 – *Automobil-Onlinebörse*; Urteil vom 30.04.14 – I ZR 224/12, WRP 2014, 839 – *Flugvermittlung im Internet.*
958 Vgl. Schapiro/Żdanowiecki, MMR 2015, 497.
959 EuGH, Urteil vom 19.12.2013 – C-202/12, GRUR 2014, 166.
960 EuGH, Urteil vom 15.1.2015 – C-30/14, GRUR 2015, 253.
961 Abkürzung für „completely automated public Turing test to tell computers and humans apart", vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Captcha, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

folgen oder den Bilderrätseln, durchaus sinnvoller, als Prozesse über drei Instanzen zu führen und zu finanzieren.

Auch die urheberrechtlichen Urteile des BGH in *Vorschaubilder I*[962] und *II*[963] lassen sich in die Riege liberaler Entscheidungen in invasiven Internetsachverhalten einreihen. Die Gewährung einer schlichten Einwilligung zugunsten der Nutzer und zulasten der Rechteinhaber beim Fehlen technischer Schutzmaßnahmen trägt ebenfalls die These, dass das Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht nicht der taugliche Weg zur Begrenzung von Geschäftsmodellen im Internet ist, sondern nur in ausnahmsweise vorliegenden Umgehungssachverhalten eingreifen soll. So geschehen etwa in *World of Warcraft II,* wo Botprogramme für das Computerspiel nur unter Verstoß gegen wirksame AGB eingesetzt werden können[964]. Ähnlich ist die Argumentation auch beim urheberrechtlichen Urteil *Session ID*[965]. In diesem Fall bestand die technische Absicherung eines Onlinekartendienstes darin, bei Zugriff auf die Startseite eine zeitlich befristete Session-ID zu speichern. Die Beklagte nutzte auf ihrer externen Webseite ein Skript, das einen an sich nicht vorgesehenen Direktlink zu dem Kartendienst herstellte. Unter Umgehung der Startseite ermöglichte dies dann den Aufruf eines bestimmten Orts im Kartendienst. Der BGH stellt dabei ausdrücklich klar, dass eine technische Schutzmaßnahme nicht wirksam im Sinne von § 95a UrhG sein müsse. Jede Schutzmaßnahme, die im Normalfall funktioniert, ist also ausreichend. Demnach kann der Einsatz bestimmter Skripte in der Internetkommunikation zu einer Täterschaft bzw. Störereigenschaft für eine rechtswidrige öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG führen.

Zur Zeit der Bearbeitung sind zudem weitere digitalen Phänomene verbreitet, die sich an der „Schutzmaßnahmendoktrin" des BGH messen lassen müssen. Eines dieser Phänomene sind Social Bots[966]. Social Bots sind

962 BGH, Urteil vom 29.4.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 – *Vorschaubilder I*.

963 BGH, Urteil vom 19.10.2011 – I ZR 140/10, GRUR 2012, 602 – *Vorschaubilder II*.

964 BGH, Urteil vom 12.1.2017 – I ZR 253/14, WRP 2017, 434 – *World of Warcraft II*. Die Verwendung von Bots, die im Streitfall automatisiert Quests erfüllen und Items sammeln und somit den Nutzeraccount verbessern können, war in den Spielregeln ausdrücklich untersagt. Das BGH sah ein schützenswertes wirtschaftliches Interesse des Spieleherstellers, dass sich alle Spieler an die Spielregeln halten, und hielt die rechtliche Absicherung des Verbots für ausreichend.

965 BGH, Urteil vom 29.4.2010 – I ZR 39/08, GRUR 2011, 56 – *Session ID*.

966 Vgl. zur politischen Debatte um Social Bots, http://www.spiegel.de/netzwelt/web/social-bots-die-elektronische-sau-im-dorf-a-1244141.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von Menschen programmierte Computerprogramme, die eine menschliche Identität vortäuschen und zu manipulativen Zwecken eingesetzt werden, indem sie wie Menschen im Internet kommunizieren[967]. Unternehmen, die Social Bots in sozialen Netzwerken benutzen wollen, müssen zunächst prüfen, ob die Nutzungsbedingungen der Dienste, einen solchen Einsatz erlauben. Twitter untersagt etwa den Zugriff auf die Dienste mit automatisierten Mitteln, die nicht von Twitter verfügbar gemacht oder veröffentlicht worden sind. Zudem dürfen keine veränderten oder irreführenden Informationen unter Angabe falscher Quellen versendet werden. Interessant ist auch das Verbot, durch Skripting Inhalte zu erstellen, die die Dienste ungebührlich beeinträchtigen oder belasten[968]. Damit könnten Bots zumindest in einem gewissen Teil ihres denkbaren Wirkspektrums auf Twitter nicht lauter eingesetzt werden. Bei Facebook darf nicht mittels automatisierter Methoden auf Daten der Facebook Produkte zugegriffen und solche Daten dürfen nicht erfasst werden[969]. Dies steht einer Nutzung von „freundlichen" Social Bots im Grundsatz nicht entgegen. Allerdings sind die Nutzungsbedingung von Facebook ihrem gesamten Duktus nach auf menschliche Nutzer angelegt, sodass die Anlegung und der Betrieb eines reinen Bot-Accounts (etwa für eine Art automatisierten Influencer), hinter dem keine natürliche Person bzw. ein Unternehmen steht, rechtlich kritisch zu bewerten ist. Neben diesen rechtlichen Schutzmaßnahmen sind keine technischen Schutzmaßnahmen gegen Social Bots erkennbar. Ein lauterkeitsrechtlich zulässiger Einsatz von Social Bots zur Unterstützung des eigenen Werbeauftritts in sozialen Medien durch „bot-generated Content" ist also nicht ausgeschlossen.

Ein weitere Software, die lauterkeitsrechtlich relevant werden könnte, ist das im Nachgang des Cambridge Analytica Skandals[970] von Mozilla veröffentlichte Add-On namens „Facebook Container". Mozilla erklärt die Idee dieser Browsererweiterung wie folgt:

---

967 Libertus, ZUM 2018, 20.

968 https://twitter.com/de/tos, abgerufen am: 9.1.2019.

969 https://de-de.facebook.com/legal/terms/, abgerufen am 9.1.2019. Interessanterweise war in der Vorgängerversion der Nutzerbedingungen noch ein Passus enthalten, wonach der Zugriff auf Facebook mithilfe automatisierter Methoden (wie Bots, Roboter, Spider oder Scraper) nur mit vorheriger Genehmigung erlaubt war.

970 Vgl. https://netzpolitik.org/2018/cambridge-analytica-was-wir-ueber-das-groesste-datenleck-in-der-geschichte-von-facebook-wissen/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> „[…] Facebook verfügt daher über ein Netzwerk von Tracking-Tools auf verschiedenen Webseiten. Deren Code verfolgt Sie unsichtbar und es ist dadurch fast unmöglich, nachzuvollziehen, wann die so gesammelten Daten mit anderen geteilt werden.
> Der Facebook Container isoliert Ihre Facebook-Identität vom Rest Ihrer Internetaktivitäten. Nach der Installation können Sie Facebook weiterhin ganz normal nutzen und auch Facebook kann umgekehrt seine Dienste wie gewohnt für Sie bereitstellen und Ihnen Werbung anzeigen. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass es für Facebook deutlich schwieriger wird, Ihre gesammelten Aktivitäten außerhalb von Facebook zu nutzen, um Ihnen Anzeigen und andere personalisierte Nachrichten zu senden.
> Das Add-On bietet eine Lösung, die nicht einfach darin besteht, Nutzern grundsätzlich von einem Service abzuraten, der ihnen einen Mehrwert bietet. Stattdessen gibt es den Usern ein Werkzeug an die Hand, um sich proaktiv vor unerwünschten Nebenwirkungen eben dieser Nutzung zu schützen.“[971]

Dies führt zu einer ähnlichen Interessenlage wie bei den Internetwerbeblockerfällen. Wie die Webseitenbetreiber ein Interesse an der Ausspielung von Werbung haben, hat Facebook ein Interesse daran, möglichst viele Daten zu erlangen. Beweis dafür sind die vielfältigen Möglichkeiten des Verhalten-Targeting für Werbung auf Facebook[972]. Wenn der Nutzer nun über eine Browsererweiterung dieses Sammeln von Daten einseitig beendet und diese Erweiterung auf einen bestimmten Dienst beschränkt ist, liegt die Möglichkeit einer unlauteren Behinderung nicht ganz fern. In einer Interessenabwägung würde auch hier die Umgehung von technischen und rechtlichen Schutzmaßnahmen durch den Facebook Container – hier mit Blick auf die Datensammlung – zu prüfen sein. Soweit die Nutzungsbedingungen nicht ausdrücklich und rechtlich wirksam die Berechtigung zum Sammeln von Daten, etwa als Gegenleistung für die Nutzung der Dienste, beinhalten, läge keine rechtliche Schutzmaßnahme vor. Mangels genauer technischer Beschreibung der Wirkweise der Software kann die Betroffenheit technischer Schutzmaßnahmen nicht verlässlich beurteilt werden. Es liegt allerdings fern, dass das Tracking von Nutzern, das selbst außerhalb der eigenen Plattform über Social Media Buttons und

971 https://blog.mozilla.org/press-de/2018/03/27/mit-unserem-neuen-add-on-facebook-container-surfen-sie-offen-und-vernetzt-nach-ihren-eigenen-regeln/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

972 Siehe oben Ziffer B. I. 4. a).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sonstige Skripten funktioniert, über den Akt der Datengenerierung hinaus einen Schutzmechanismus aufweist. Angereichert mit dem Argument der Nutzerautonomie wird man wohl auch bei Facebook Container zu einer lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit gelangen.

Zuletzt ist noch denkbar, dass sich lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten im Zusammenhang mit cloudbasierten Lösungen, im Bereich des Software-as-a-service („SaaS") und des Application Service Providing („ASP") entwickeln können. Denn bei all diesen Arten von modernen, digitalen Dienstleistungen steht im Vordergrund, dass fremde Server genutzt werden, auf welchem Computerprogramme oder Speicherungsvorgänge ablaufen. Die Nutzer geben also Anfragen und erhalten Arbeitsergebnisse über die Internetkommunikation. Dies eröffnet theoretisch wie beim digitalen Werbeblocken Spielräume zur Modifikation der eigentlich vom Anbieter intendierten Leistung. Die Frage in diesem Bereich ist, ob der Nutzer einer Saas-Lösung auf seinem Clientrechner die vorprogrammierten Abläufe hinnehmen muss oder er bei technischer Möglichkeit filtern, modifizieren oder hinzufügen darf. Dies wird wiederum stark von den vertraglichen Regelungen abhängig sein. Doch das potentielle Hineinbegeben eines Dritten in die Verbindung zwischen Anbieter und Nutzer birgt erhebliches Streitpotential.

e) Leitlinien für zukünftige disruptive Geschäftsmodelle im Internet

Zusammenfassend lassen sich aus dem Urteil *Werbeblocker II* und den einschlägigen Vorgängerurteilen des BGH für den Bereich des Lauterkeitsrechts maßgeblich die folgenden Leitlinien für zukünftige disruptive Geschäftsmodelle im Internet folgern:

- Vertragliche Bedingungen im Verhältnis Nutzer und Leistungsanbieter dürfen durch eigene Leistungen, Anwendungen oder Produkte nicht unterwandert werden. Das Interesse der Unverfälschtheit der primären Leistung wiegt schwer, wenn es Gegenstand einer Vereinbarung ist.
- Technische Schutzmaßnahmen, selbst wenn sie leicht zu umgehen sind, müssen respektiert werden. Die Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen, etwa die Ausschaltung von CAPTCHAs bei Screen Scraping durch Skripte, führt wohl im Regelfall zur Annahme einer gezielten Behinderung. Das Interesse des Leistungsanbieters an der Übertragung der Leistung in einer bestimmten Art und Weise wiegt bei Anwendung von Schutzmaßnahmen schwer.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

- Wenn Leistungen hingegen schutzlos angeboten werden und für jedermann frei verfügbar sind, sind eigene darauf aufbauende wettbewerbliche Leistungen regelmäßig nicht zu beanstanden.
- In Dreipersonenverhältnissen wie bei Werbeblockern kommt der Nutzerautonomie eine herausragende Stellung zu, da ohne den Einsatz durch den Nutzer keine Verletzung eintreten würde. Die Nutzerautonomie wird hingegen nicht die Umgehung von technischen oder vertraglichen Schutzmechanismen rechtfertigen.
- Grundrechte schützen Leistungsanbieter nicht vor innovativem Wettbewerb. Insbesondere können sie nicht den Schutz eines zuvor praktizierten Geschäftsmodells bewirken, wenn keinerlei Anstrengung zum Schutz des Geschäftsmodells durch bekannte technische oder vertragliche Schutzmaßnahmen zu erkennen ist.

Innerhalb dieser Grenzen ist ein gesunder Wettbewerb im Internet gewährleistet. Flankiert werden diese lauterkeitsrechtlichen Grenzen durch das Urheberrecht und das Kartellrecht, in welchen insbesondere auch die Nichtvornahme von Schutzmaßnahmen Bedeutung erlangt.

5. Beurteilung bislang nicht in der Rechtsprechung behandelter Fälle von Werbeblockern

Im Laufe der Darstellung[973] wurden einzelne Fälle von Werbeblockern oder gleichwirkenden Handlungen idnetifiziert. Diese sollen nun vor dem Hintergrund des zu Filterwerbeblockern heraugearbeiteten Ergebnisses bewertet werden.

a) Bereitstellung von Blacklists aller Art

Die Urteile beziehen sich allesamt auf das Angebot der Blockiersoftware. Zumeist wird jedoch im Tatbestand klargestellt, dass Filterwerbeblocker ohne die entsprechenden Filter keine Funktionalität haben. Deshalb liegt es nahe, kurz über die Zulässigkeit der Anfertigung und Pflege von Filterlisten nachzudenken.

Die Filterlisten sind maßgeblicher Teil der Funktionalität der Filterwerbeblocker. Sie sind sozusagen die Munition für die „Waffe Werbeblocker". Aus diesem Grund wird man das Angebot von Filterlisten lauterkeitsrecht-

973 Siehe oben Ziffer C. I. 3. i).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lich genauso wie die Werbeblockersoftware bewerten müssen. Da das Angebot von Filterwerbeblocker aus den oben dargestellten Gründen zulässig ist, gilt dies auch für das Angebot der Blacklists.

Nichts anderes kann für die Bereitstellung von Blacklists für Netzwerkrouter wie einen heimischen W-Lan Router gelten. Es kommt nicht darauf an, ob die Blockade von einer Software im Clientrechner oder von einem in den IP-Kommunikationsvorgang eingebundenen, durch den Nutzer kontrollierten Gerät bewerkstelligt wird. Aus diesem Grund ist auch die Bereitstellung von Host-Dateien für ein Betriebssystem, das derart modifziert ist, dass bestimmte Werbung per se blockiert wird, nicht zu beanstanden. Wiederum kommt es nicht an, ob das Betriebssystem oder eine Applikationssoftware für den Blockiervorgang verantwortlich ist. Eine funktionale Betrachtung ist notwendig und führt zur Gleichbehandlung dieser Fälle.

b) Browser mit integriertem Werbeblocker

Das Angebot von Browsern mit integriertem Werbeblocker ist grundsätzlich nicht anders zu bewerten als das Angebot bloßer Browsererweiterungen. Dies stellt im Ausgangspunkt ein erlaubtes rechtliches Handeln dar. Ein tatsächlicher Unterschied liegt allerdings darin, dass eine Browsererweiterung aktiv installiert werden muss. Beim Browser mit integriertem Blocker ist dieser willentliche Akt des Nutzers nicht so eindeutig. Er kann leicht angenommen werden, wenn ein eigens mit dieser Funktion beworbener Browser gewählt wird. So etwa beim Adblock Browser von Eyeo für mobile Geräte[974] oder den Opera Webbrowser[975], die diese Funktion im Namen nutzt oder eindeutig bewirbt.

Anders könnte sich der Fall aber darstellen, wenn der integrierte Werbeblocker nicht besonders beschrieben oder beworben, sondern eher beiläufig als Funktion des Browsers enthalten ist. Hier verliert das Argument der Nutzerautonomie bedeutend an Gewicht. In diesem Kontext sind durchaus Einzelfälle denkbar, in welchen die Nutzerautonomie gar durch eine Irreführung in ihr Umteil verkehrt werden könnte. Abgesehen von Ansprüchen aus §§ 5, 5a UWG könnte dies auch im Rahmen der Interessenabwägung in der gezielten Behinderung bedeutsam werden. Die komplexe

974 https://adblockbrowser.org/de/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.
975 https://www.opera.com/de/computer/features/ad-blocker, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Interessenlage aus grundrechtlich geschützten Interessen, insbesondere der Medienfreiheiten, würde erheblich anders zu beurteilen sein, wenn die Nutzer nicht bewusst pro Werbeblockade entschieden, sondern diese mehr oder minder bloß akzeptieren würden. Hieran änderte auch nichts, wenn bei dem Browser ebenso wie in den oben skizzierten Fallgestaltungen keine technischen oder rechtlichen Schutzmaßnahmen unterlaufen werden.

Des weiteren dürfte es wohl entscheidend sein, ob mit dem werbeblockenden Browser allein eine Blacklist oder ein kommerzielles Whitelisting verfolgt würde. Ersteres wäre wohl noch eher zu hinzunehmen als ein verstecktes kommerzielles Whitelisting.

c) Sonderfall 1: Coalition for Better Ads

Und dann ist da noch die Coalition for Better Ads. Diese von Google und Facebook federführend regierte Koalition machte mit der Einfügung eines Werbeblockers in den weit verbreiteten Browser Google Chrome auf sich aufmerksam. Dieser Blocker wurde durch automatisches Softwareupdate im Februar 2018 ohne Zutun des Nutzers installiert und standardmäßig scharf gestellt. In technischer Hinsicht ist der Blocker ein Filterwerbeblocker, sodass der Fall sich technisch nur unwesentlich von den Adblock Plus Fällen unterscheidet. Die wirtschaftlichen Rahmenumstände sind aber erheblich verschieden: Zur Zeit der Einführung am Browser verfügte Google Chrome über ca. 40% Marktanteil bei Browser auf Desktop-PCs sowie von ca. 50% auf mobilen Endgeräten. Die Markteinführung wurde von einer Aufforderung an vorab ermittelte Webseitenbetreiber mit „bad ads" begleitet, die „Better Ads"-Kriterien anzuwenden und somit die Totalblockade zu vermeiden. Wenn nur eine einzige nicht den Kriterien entsprechende Werbeanzeige auf der Webseite erkannt wird, erfolgt ein Blockade jeglicher, auch konformer Werbeelemente[976].

Diese wirtschaftlichen Rahmenbedingungen könnten zu einer anderen Beurteilung der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit nach § 4 Nr. 4 UWG und § 4a UWG sowie der kartellrechtlichen Zulässigkeit nach §§ 18 ff. GWB haben.

Bei der Interessenabwägung in der Prüfung einer gezielten Behinderung nach § 4 Nr. 4 UWG wird hier der zuvor genannte Umstand virulent, dass keine nutzerautonome Entscheidung für den Werbeblocker erkennbar ist. Durch das standardmäßige Update und die automatische Scharfstellung

976 Siehe oben Ziffer C. I. 2. b) bb) (ii).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Werbeblockers müsste der Nutzer aktiv den Werbeblocker ausschalten, um seine Wirkung zu verhindern. Nun ist es freilich schwierig zu bewerten, ob ein unterlassener Opt-out auf Nutzerseite eine autonome Entscheidung oder eher Ausdruck von Unkenntnis oder Ignoranz ist. Das in den Adblock Plus Rechtsstreiten jedoch als sehr stark gewertete Argument der autonomen Nutzerentscheidung pro Werbeblocker tritt an dieser Stelle allerdings stark in den Hintergrund, wenn es nicht sogar gesamt zu verwerfen ist. Allerdings ist auf der anderen Seite zu beachten, dass der Kriterienkatalog der Coalition for Better Ads erheblich liberaler ist und deshalb erheblich weniger auf die Einnahmensituation für Webseitenbetreiber einwirkt. So ist beispielsweise Bild.de mit aktiviertem Google Chrome Werbeblocker problemlos aufzurufen und dort findet keine Werbeblockade statt. Das weniger an Nutzerautonomie wird demnach durch den geringer invasiven Einschnitt in die Finanzierungsverflechtungen der Online-Werbung wettgemacht. Technische oder rechtliche Schutzmaßnahmen werden ebenfalls nicht unterlaufen. Da der Chrome-Blocker mithin nur beim Vorliegen enorm unbeliebter Werbeelemente eingreift, ist das Behinderungspotential als gering anzusehen. Allein der Umstand, dass bei Einfügung nur einer einzigen inakzeptablen Werbeform auf einer Webseite eine Totalblockade wirksam wird, ist kritisch zu betrachten. Hier wird man aber den Webseitenbetreibern, die unbedingt solche Werbeanzeigen ausspielen wollen, wie bei den Adblock Plus Fällen zur Selbsthilfe durch technische oder rechtliche Schutzmaßnahmen raten müssen. Dies ist auch in dieser Fallgestaltung zumutbar.

Bei der Prüfung der aggressiven Geschäftspraktik im Vertikalverhältnis von Google zu von einer Totalblockade betroffenen Webseitenbetreibern gelten ebenfalls die gleichen Maßstäbe wie bei Adblock Plus. Bei der Prüfung der unzulässigen Beeinflussung kommt es im Ergebnis wieder darauf an, ob der betroffene Webseitenbetreiber noch informiert und frei entscheiden kann. Es ist nicht ersichtlich, dass dies in dieser Fallgestaltung anders zu bewerten wäre.

Allerdings ist bei der kartellrechtlichen Bewertung ein Unterschied zu erkennen[977]. Denn Google wird durch seinen Browser Chrome und die enorme Marktdurchsetzung von mehr als 40% wohl als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von § 18 Abs. 1, 4 GWB anzusehen sein. Damit sind die in § 19 GWB genannten Verhaltensweisen verboten. Während eine Behinderung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB im Einklang mit

977 Kiersch, GRUR-Prax 2018, 487, deutet ebenfalls kurz in diese Richtung ohne weitergehende Aussagen zu treffen.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Bewertung nach § 4 Nr. 4 UWG wohl noch abzulehnen ist, könnte eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB vorliegen. Allerdings greift die Blockade nach aktuellem Kenntnisstand nur bei Einsatz von Werbeelementen, die gegen die Freigabekriterien verstoßen. Da die Kriterien für alle Webseitenbetreiber gleich gelten, wird wohl nicht diskriminiert. Eine solche Diskriminierung wäre somit allenfalls über die geforderten monetären Entgelte denkbar. An dieser Stelle wird auch § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB bedeutsam. Denn die Coalition for Better Ads schafft anders Adblock Plus mit seinem kommerziellen Whitelisting keinen neuen Markt. Vielmehr hält sie den bestehenden Markt „sauber" und blockiert nur Störer dieser Ordnung. Damit lässt sich die Forderung von Entgelten für die Nichtblockade nicht damit rechtfertigen, dass eine messbare Leistung erbracht wird. Deshalb scheint die Koalition Mitgliedsbeiträge zu fordern[978]. Es ist nicht ersichtlich, dass die Mitgliedschaft in der Koalition zur Abwendung von Werbeblockaden notwendig ist. Sollte dies allerdings der Fall sein oder werden, wird § 19 Abs. 2 S. 2 GWB wohl zumindest diskutabel sein.

Alles in allem ist jedoch von einer Zulässigkeit der Werbeblockeraktionen der Coalition for Better Ads bzw. von Google Chrome auszugehen. Durch die wohl anzunehmende marktbeherrschende Stellung bewegt sich die Koalition jedoch auf erheblich dünnerem Eis als etwa der Betreiber von Adblock Plus.

d) Sonderfall 2: Ersetzung von Werbeelementen

Einen radikalen Sonderweg schlägt der Webbrowser „Brave" ein. Brave wirbt damit, dass der Browser alle Arten von Werbung und Trackern weitestmöglich blockiert. Der Browser tut sich zudem damit hervor, dass er mit einer eigenen Kryptowährung – dem Basic Attention Token („BAT") – ein Micropayment System für Webseitenbetreiber etablieren möchte[979]. Neu ist, dass Brave anstelle der blockierten Werbung andere Werbeelemente aus einem eigenen Netzwerk mit Werbekunden anzeigen möchte. Eine entsprechende Testphase begann im Juni 2018 mit Freiwilligen. Das

978 Zwischen 20.000 und 100.000 USD, vgl. https://digiday.com/mobile/coalition-better-ads-experiences-european-growing-pains/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

979 https://brave.com/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

System soll gemeinsam mit der BAT Kryptowährung einen neuen Schritt in der Vergütung von kleineren Publishern darstellen[980].

Dieses System stellt eine ähnliche Art der Kommerzialisierung wie das kommerzielle Whitelisting bei Adblock Plus dar. Allerdings könnte die Ersetzung von Werbeplätzen mit anderen Werbeelementen rechtlich anders zu beurteilen sein. Im konkreten Fall von Brave scheint die Ersetzung von Werbeelementen streng an der Zustimmung der Nutzer ausgerichtet zu sein, was mit einer transparenten Erklärung einhergeht. In diesem Fall wird der Fall im Ergebnis nicht anders zu bewerten sein wie das kommerzielle Whitelisting. Denn hier wie dort erfolgt jegliche Anpassung der Webseiten im Nutzergerät. Ob der Nutzer in seiner Sphäre nun aber gar keine Werbung, nur Acceptable Ads oder eben nur Werbelemente aus dem Pool eines von ihm ausgewählten Dritten (hier: Brave) angezeigt erhalten möchte, ändert nach hier vertretener Ansicht nichts an der lauterkeitsrechtlichen Bewertung[981].

Etwas anderes sind die sogenannten „Ad Injections"[982], bei denen im Bereich der Intermediäre in der Echtzeitwerbeausspielung manipuliert wird. Durch den mehrstufigen und hoch automatisierten Vorgang der Ausfüllung von Werbeplätzen auf einer Webseite existiert ein hohes Betrugspotential. So können Werbeplätze durch bestimmte Computerprogramme gekapert werden. Diese Computerprogramme können als unerkannte Malware auf den Rechner des Nutzers gelangen und dann neben der Ad Injection auch erhebliche Cybersicherheitsrisiken darstellen[983].

Zu Recht werden Ad Injections als gezielte Behinderung von Webseitenbetreibern angesehen, wenn die Installation des Ad Injectors nicht ausdrücklich auf dem Willen der Nutzer basiert[984]. Dasselbe wird man auch für Werbenetzwerke als Betroffene annehmen müssen. Webseitenbetreiber können durch Ad Injections auch gezielt behindert werden und zwar insbesondere dann, wenn sie trotz der Ersetzung im Nutzergerät im Abrechnungsprozedere der Ausspielung für tatsächlich nicht rezipierte Werbung zahlen müssen.

---

980 https://brave.com/brave-launches-user-trials-for-opt-in-ads/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

981 Urheberrechtliche Probleme sind ebenfalls wie bei Adblock Plus zu bewältigen. Kartellrechtliche Ansprüche liegen wegen der geringen Marktverbreitung von Brave fern.

982 Zimprich/Jeschke, MMR 2016, 300.

983 Zum Beispiel die Malware „Superfish", https://en.wikipedia.org/wiki/Superfish, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

984 Zimprich/Jeschke, MMR 2016, 300.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

e) Werbeblockade auf Ebene der Internet Service Provider

Im Weiteren ist auf die Zulässigkeit der Werbeblockade auf der Infrastrukturebene durch Internet Service Provider einzugehen[985]. Abgesehen von den wiederkehrenden Problemen lauterkeitsrechtlicher, urheberrechtlicher und kartellrechtlicher Art ist hier der Grundsatz der Netzneutralität betroffen. Es lohnt insoweit eine kurze rechtliche Betrachtung dieses Stichworts und ob dies im deutschen Recht ein Verbot von Werbeblockade auf der Infrastrukturebene stützen kann.

Der Grundsatz der Netzneutralität manifestiert sich durch die europäische Verordnung 2015/2120 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet. Der Begriff der Netzneutralität lässt sich weiter in übermittlungsbezogene und zugangsbezogene Netzneutralität trennen. Mit übermittlungsbezogener Netzneutralität ist die Gleichbehandlung aller Datenpakete bei der Einspeisung in das Netz und der Leitung durch das Netz gemeint. Der Begriff der zugangsbezogenen Netzneutralität meint dagegen die den Nutzern gleichermaßen offenstehende Möglichkeit, das Netz für ihre Zwecke zum Empfang und Versenden von Daten ihrer Wahl zu nutzen[986]. Für die Betrachtung einer Werbeblockade durch Internet Service Provider ist die übermittlungsbezogener Netzneutralität von Belang. Die damit einhergehenden Pflichten und erlaubten Verhaltensweisen der Provider werden maßgeblich durch Art. 3 Abs. 3 der VO (EU) 2015/2120 festgelegt. Demnach haben Anbieter von Internetzugangsdiensten den gesamten Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gleich zu behandeln, insbesondere frei von Diskriminierungen persönlicher, inhaltlicher oder technischer Art. Erlaubt sind angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen. Diese müssen aber transparent, nichtdiskriminierend sowie verhältnismäßig sein und dürfen nicht auf kommerziellen Erwägungen beruhen. Insbesondere dürfen sie nicht bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste – oder bestimmte Kategorien von diesen – blockieren, wenn keiner der restriktiven Erlaubnisgründe in Art. 3 Abs. 3 Uabs. 3 lit. a) – c) vorliegt.

Eine Werbeblockade, die wirkungsäquivalent zu Adblock Plus wäre, würde mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Diskriminierung darstellen und nicht als angemessene Verkehrsmanagementmaßnahme einzustufen sein. Dies vor allem, wenn die Blockade zur Durchsetzung von kommerziellen

985 Siehe oben Ziffer C. I. 2. e).
986 Klement, in: Scheurle/Mayen, TKG, EU-NNVO, Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Interessen dienen sollte. Die Erlaubnisgründe würden jedenfalls nicht zur dauerhaften Legitimierung einer Werbeblockade taugen.

Die vorgenannten Regeln werden in Deutschland von der Bundesnetzagentur überwacht[987]. Daneben ist es nicht ganz ausgeschlossen, dass Art. 3 Abs. 3 VO (EU) 2015/2120 als Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG anzusehen wäre. Auf eine ausführliche Prüfung wird an dieser Stelle allerdings verzichtet. Denn so oder so wäre eine Werbeblockade durch einen der deutschen Internet Service Provider nicht lange aufrechtzuerhalten. Aus diesem Grunde ist auch eine ausführliche Prüfung der Lauterkeit nach § 4 Nr. 4 UWG nicht notwendig. Es spricht allerdings an dieser Stelle mangels der Nutzerentscheidung pro Werbeblockade und der wohl erheblich geringeren Möglichkeit von Selbstschutzmaßnahmen der Webseitenbetreiber und Werbedienstleister einiges für eine gezielte Behinderung durch einen werbeblockenden Internet Service Provider. Je nach Marktanteil des Providers spiegelt sich dies auf kartellrechtlicher Ebene.

Eine Werbeblockade durch Internet Service Provider ist demnach in der Europäischen Union nicht legal. Das Angebot entsprechender Software könnte ebenfalls verboten werden.

f) Stichwortbasierte Blocker

Neben der Filterblockertechnologie gibt es auch Werbeblocker, die rein stichwortbasiert und auf visuellen Kriterien beruhend Werbung identifizieren und blockieren können[988]. Da auch hier lediglich im Bereich des Nutzers die Blockade herbeigeführt wird, ändert sich an der in den Adblock Plus Fällen dargestellten rechtlichen Beurteilung auf den ersten Blick nichts. Die nutzerautonome Entscheidung pro Werbeblockade ist grundsätzlich hinzunehmen.

Allerdings könnten sich Unterschiede in der rechtlichen Bewertung daraus ergeben, dass mit dieser Art der Blockertechnologie auch Webseitensperren umgangen werden könnten. Denn wenn die Nichtdarstellung der Werbung nicht durch den Nichtabruf bestimmter Elemente herbeigeführt wird, kann die Sperre oftmals nicht wirksam werden. Die Sperren beruhen regelmäßig darauf, dass nicht ordnungegmäß durchgeführte Requests in der HTTP-Kommunikation erkannt werden. Der stichwortbasierte Blocker würde in den Abruf nicht eingreifen, sondern allein bei der Darstellung

987 Klement, in: Scheurle/Mayen, TKG, EU-NNVO, Rn. 111.
988 Siehe oben Ziffer C. I. 2. e).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Webseite – während des Rendering-Prozesses des Browsers[989]. Auch die Ausspielung unblockierbarer Werbung würde durch diese Technologie stark eingeschränkt. Nicht zuletzt deshalb wird diese Lösung als letzte Eskalationsstufe im Kampf zwischen Werbeindustrie und Werbeblockern bezeichnet[990].

Mangels bisher erkennbarer Nutzung in Verbindung mit Refinanzierungsmodellen wie einer kostenpflichtigen Freischaltung oder einer Werbeersetzung kommt es in rechtlicher Hinsicht vorrangig auf das Vorliegen einer gezielten Behinderung nach § 4 Nr. 4 UWG an. Hier ist freilich zu beachten, dass eine rein kostenfreie, also auch nicht drittfinanzierte oder über Nutzerdatenverwertung kommerzialisiertes Angebot keine geschäftliche Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellt. Soweit eine geschäftliche Handlung bejaht werden kann, sind wiederum die Interessen der Nutzer und der Werbeblockerbetreiber mit den Interessen der Webseitenbetreibern und weiterer Akteure in der Werbeindustrie sowie der Allgemeinheit abzuwägen. Mit der „Schutzmaßnahmendoktrin" des BGH aus *Werbeblocker II* und den anderen vorgenannten Grundsatzentscheidungen lässt sich dieser Fall aber nicht alleine lösen. Denn der stichwortbasierte Blocker kann zwar technische Schutzmaßnahmen gegen die gängigeren Filterwerbeblocker umgehen. Dies ist aber wohl nicht der alleinige Zweck der Software, da hiermit im Ausgangspunkt eine ganzheitliche Ausblendung von Werbung beim Nutzer gewollt ist. Dass Schutzmaßnahmen für andere Werbeblocker gegen diese Technologie nicht wirken, macht diese nicht per se unlauter. Vielmehr wäre zu betrachten, ob es auch gegen diese Technologie wirksame Schutzmaßnahmen gibt. Dies ist in technischer Hinsicht noch nicht erkennbar. In jedem Fall bleibt den Webseitenbetreibern allerdings eine Auswegmöglichkeit zur Refinanzierung ihrer Leistungen – die ungeliebte Zahlschranke. Während in *Werbeblocker II* noch die Zumutbarkeit zum Selbstschutz der Webseitenbetreibern zu prüfen war, indem ihnen zur Abwendung der ganz kostenlosen Hingabe ihrer Inhalte eine Vielzahl von technischen und rechtlichen Auswegmöglichkeiten zur Auswahl standen, reduziert sich diese im hiesigen Fall wohl praktisch auf die Zahlschranke. Deshalb käme es bei der Bewertung dieser Fallgestaltung zum Schwur: Kann das Interesse der Nutzer von Werbung verschont

989 Ähnlich wie das Element Hiding bei Adblock Plus, vgl. oben Ziffer D. I. 2. a) aa).

990 https://motherboard.vice.com/en_us/article/9a4yny/princetons-ad-blocking-superweapon-may-put-an-end-to-the-ad-blocking-arms-race, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bleiben so weit gehen, dass es für Webseitenbetreiber zumutbar ist, Zahlschranken einzuführen? Und würde dies die Interessen der Allgemeinheit, insbesondere der Nutzer, die keinen Werbeblocker nutzen, nicht allzu sehr tangieren?

Ohne Frage stehen die Chancen für ein Verbot unter diesen Vorzeichen höher als bei Adblock Plus. Wenn es eine weitere Befassung von Gerichten mit Internetwerbeblockern geben sollte, könnte dies durchaus in der Nutzung dieser Technologie begründet sein. Allerdings ist nach hier vertretener Ansicht auch an dieser Stelle das Interesse des einzelnen Nutzers, der sich freiverantwortlich und für seinen eigenen Bereich für den Einsatz eines stichwortbasierten Werbeblockers entscheidet, als überragend schützenswert anzusehen. Auf Seiten der Webseitenbetreiber ist zudem die Argumentation aus *Werbeblocker II* weiterhin anwendbar, wonach die kostenfreie Zugänglichmachung von Content im Internet keineswegs Bestandsschutz genießt. Wenn die Publisher ihre Inhalte kostenfrei vorhalten, tragen sie das alleinige Risiko für ihre anderweitige Refinanzierung. Eine Garantie des werbefinanzierten Modells gibt es jedenfalls nicht. Der einfachste und sicherste Weg zur Refinanzierung wäre also eine Zahlung für den Zugang zum Inhalt durch den jeweiligen Nutzer. Würde daraus eine Einschränkung der Medienvielfalt oder des freien Zugang zu Medien folgen, der eine nicht zu tragende Beeinträchtigung der Interessen der Allgemeinheit darstellen würde? Nicht unbedingt. Denn der noch höhere Marktdruck könnte insgesamt sogar zu einer Verbesserung des Niveaus der Medien führen. Wie das? Wenn Medienanbieter, Verlage und sonstige Schöpfer von Inhalten im Web sich übergreifend vereinen würden und gemeinsame Vergütungsplattformen schaffen würden, könnte dies sogar ein Gewinn für die Allgemeinheit sein. So ist es nicht undenkbar, dass eine Art Spotify oder Netflix für Presseerzeugnisse oder sonstigen Content nicht zu einer nachhaltigen Finanzierung führen könnte. Das Problem der Zahlschranke ist nämlich vor allem dann schwerwiegend, wenn jede größere Webseite eine eigene Zahlschranke fordert und sich für Nutzer, die sich aus mehreren Quellen informieren wollen, damit Kosten addieren würden, die nicht mehr attraktiv sind. Das Gegenteil ist bei den vorgenannten Streamingangeboten zu beobachten. Die hohe Zahl der Nutzer von Spotify, Netflix und Co. zeigt, dass ein monatlicher Geldbetrag, den sich der Großteil der Allgemeinheit leisten kann, durchaus am Markt angenommen wird und zudem die Qualität der Medien verbessert. So ist seit dem Erfolg der Musikstreamingplattformen praktisch das Problem der illegalen Downloads von Musik ausgestorben. Netflix hat durch ihren Fokus auf beliebte, teils selbstfinanzierte Serienformate nach hier vertretener

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ansicht erheblich zu einer Qualitätssteigerung im Bewegtbildsegment im Vergleich zu verbreiteten TV-Formaten, z.B. Reality-TV, beigetragen. Freilich gibt es Verlierer dieser Entwicklung, etwa die früher sehr starken privaten Fernsehsender oder Plattenfirmen. Diese Entwicklungen sind dem freien Wettbewerb geschuldet, den das Lauterkeitsrecht ausweislich der klaren liberalen Aussagen des BGH in *Werbeblocker II* nicht einschränken soll. Insgesamt werden die Interessen der Allgemeinheit nach hier vertretener Ansicht also nicht derart durch stichwortbasierte Werbeblocker beeinträchtigt, dass sie den Ausschlag für eine Unlauterkeit geben könnten.

Stichwortbasierte Werbeblocker sind demnach ebenfalls lauterkeitsrechtlich zulässig. Mangels ausreichender Verbreitung erübrigen sich vorerst Ausführungen zu kartellrechtlichen Ansprüche. In urheberrechtlicher Hinsicht unterscheidet sich der Fall nur unwesentlich von Adblock Plus. Dies liegt vor allem an den oben aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Schutzfähigkeit von Webseiten sowie bei der Verletzungsfrage, die unabhängig von der Blockadewirkung durch Nichtladen oder bloßem Nichtanzeigen von Werbeelementen sind.

g) Reine Trackingblocker

Nur kurz soll abschließend noch auf reine Trackingblocker eingegangen werden. Diese sind nicht anders als reine Blacklistblocker zu bewerten. Skripten zum Tracking von Nutzern kann man der Sache nach als Teil des Onlinewerbeprozesses ansehen. Somit kann man deren Zulässigkeit bereits aus dem Urteil *Werbeblocker II* folgern. Wenn die vollständige Blockade von Werbung zulässig ist, muss dies auch für damit verknüpfte Vorfeldhandlungen gelten. Ein Trackingskript zur Sammlung von Daten für Nutzungsprofile zur Ausspielung personalisierter Werbung ist eine solche Vorfeldhandlung.

Auch andere Trackingskripte oder -methoden, die nicht unmittelbar mit Werbung verbunden sind, dürfen indes geblockt werden. Da es sich hier wohl immer um personenbezogene Daten handelt[991], ist der Einsatz spätestens als Selbsthilfe des Nutzers gerechtfertigt, der einen Verstoß gegen Handlungen entgegen Art. 6 DSGVO abwehren möchte. Ein schützenswertes Interesse zur Vornahme nicht nach Art. 6 Abs. 2 DSGVO gerecht-

991 EuGH in Sachen Breyer./.BRD, Urteil vom 19.10.2016, Rs. C-582/14, NJW 2016, 3579.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fertigter Handlungen besteht in keinem Fall, sodass der Handelnde nicht unlauter behindert werden kann.

6. Exkurs: „Overblocking" – Blockieren redaktioneller Drittinhalte

Die Funktionsweise von Filterwerbeblockern und der modulare Aufbau von modernen Webseiten, der Elemente von verschiedenen Servern bezieht, beschwören geradezu herauf, dass der Werbeblocker über sein eigentliches Ziel hinausschießt. Insbesondere wenn Webseiten Techniken wie Frames benutzen, um Videos von außerhalb der unmittelbaren Server-Client Verbindung anzuzeigen, können Filterbefehle dazu führen, dass Inhalte, die zum redaktionellen Content der Webseiten zu zählen sind, nicht korrekt angezeigt werden. Dies ist insbesondere bei in Berichterstattung eingebettten Youtube-Vidoes oder Twitter-Beiträgen denkbar.

Dieses Phänomen, bei dem nicht nur Werbeelemente, sondern auch einzelne redaktionelle Inhalte blockiert werden, kann man mit dem Begriff „Overblocking" bezeichnen. Dieses „Zuvielblocken" wurde in der Literatur bislang nicht ausführlich behandelt[992]. In der Rechtsprechung findet sich in diesem Kontext ein Urteil, das genau diesen Fall betrifft[993]. Ein zum Axel Springer Konzern gehörendes Unternehmen hat dabei gegen die Betreiberin von Adblock Plus zunächst eine einstweilige Verfügung erwirkt, welche sodann bestätigt worden ist. Der Sachverhalt berichtet dabei von einem generellen Filterbefehl in der Blacklist „Easylist Germany", der dazu geführt hat, dass in fünf Fällen auf der Webseite der Klägerin redaktionelle Inhalte beim Besuch mit aktiviertem Adblock Plus nicht ordnungsgemäß abrufbar waren. Bei den blockierten Inhalten handelte es sich um in Frames eingeblendete Youtube-Videos, Memes[994], Quizzes oder Liveticker. Also in allen Fällen Inhalte, die nicht unmittelbar und fest mit dem reinen Text des Beitrags verbunden waren, sondern von anderen Quellen geladen und vom Browser in die fertige Webseite integriert werden.

Das LG Hamburg gab dem Unterlassungsanspruch der Klägerin, diese Blockade von redaktionellen Beiträgen zu unterlassen, auf Grundlage

992 Allein bei Witte, ITRB 2018, 34, findet sich ein Satz zum potentiellen Fall, dass redaktionelle Inhalte blockiert werden.

993 LG Hamburg, Urteil vom 26.9.2016, 308 O 244/16 (unveröffentlicht).

994 Dies sind Bilder von berühmten oder in sozialen Medien berühmt gewordenen Film- oder TV-Szenen oder sonstige Fotos, die mit einem Schriftteil zu einem Witz kombiniert werden.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von § 4 Nr. 4 UWG statt. Einen weiterhin geltend gemachten Anspruch wegen Urheberrechtsverletzung lehnte es insgesamt bereits vor Erlass der einstweiligen Verfügung ab. Zur Begründung des lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs bejahte die Kammer zunächst, dass auch das nicht intendierte – sozusagen „versehentliche" – Blocken von redaktionellen Inhalten an der geschäftlichen Handlung des Geschäftsmodells von Adblock Plus einen Teil der geschäftlichen Handlung darstellt. In diesem Kontext grenzte das LG Hamburg den Fall von der Konstellation in den BGH Urteilen *„Änderung der Voreinstellung I und II"*[995] ab. Dort wurde eine versehentliche Vertragsverletzung nicht als Wettbewerbshandlung im Sinne der früher geltenden Terminologie angesehen[996], wenn denn tatsächlich feststellbar war, dass ein Versehen vorlag[997]. Im Fall eines absolut wirkenden Filterbefehls ließ das LG Hamburg die Verteidigung, es liege nur ein Versehen vor, aber nicht gelten. Denn insoweit sei dem Werbeblockerbetreiber die Gefahr, dass auch redaktionelle Inhalte erfasst werden können, bewusst und sie sei der Funktionsweise inhärent. Wenn sich bei einem solchen „gefahrgeneigten Werkzeug" die an sich nicht gewünschte Unterdrückung redaktioneller Inhalte einstellt, könne nicht von einem ungewollten Versehen ausgegangen werden. Eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG bejahte die Kammer folglich[998]. Die weiterhin notwendige Mitbewerberstellung folgerte das LG Hamburg aus dem Grundsatz des Behinderungswettbewerbs.

Bei der Prüfung der gezielten Behinderung nahm das LG Hamburg vorliegend eine produktbezogene Behinderung an, weil in die Integrität des Produkts „Webseite" eingegriffen werde. Ein solcher Eingriff könne auch bei nichtkörperlichen Veränderungen von digitalen Produkten angenommen werden. Da die überschießende Blockade von redaktionellen Beiträgen nicht von den Nutzern gewünscht sei, müsse auch nicht geprüft werden, ob hier das Vorliegen einer produktbezogenen Behinderung ausscheide – wie es kurz vor der Bescheidung erst das OLG Köln gesehen

995 BGH, Urteil vom 29.3.2007, I ZR 164/04, GRUR 2007, 987 – *Änderung der Voreinstellung I*; Urteil vom 5.2.2009, I ZR 119/06, GRUR 2009, 876 – *Änderung der Voreinstellung II*.

996 BGH, Urteil vom 29.3.2007, I ZR 164/04, GRUR 2007, 987 – *Änderung der Voreinstellung I.*

997 Kein Versehen, sondern bewusstes Handeln wurde in BGH, Urteil vom 5.2.2009, I ZR 119/06, GRUR 2009, 876 – *Änderung der Voreinstellung II,* angenommen.

998 LG Hamburg, Urteil vom 26.9.2016, 308 O 244/16 (unveröffentlicht).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hatte[999]. Die behindernde Wirkung folgerte das LG Hamburg aus dem Umstand, dass Nutzer die Fehlfunktion der Webseite – und nicht etwa dem installierten und aktivierten Werbeblocker – zuschreibe. Folglich drohten Reichweitenverluste im Sinne weniger Page Impressions. Bei der nötigen Interessenabwägung sah das LG Hamburg dann die von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützte Pressefreiheit als überwiegend an, weil der Kern der Pressefreiheit durch Eingriff in das redaktionelle Kernprodukt betroffen sei. Auch könne sich der Werbeblockerbetreiber hier nicht auf die Interessen der Nutzer berufen. Dass das „Overblocking" als mögliche Nebenfolge in Kauf genommen werde, konnte die Kammer nicht erkennen. Das oben bereits verworfene Argument der „versehentlichen Blockade" konnte auch an dieser Stelle nicht für den Werbeblockerbetreiber streiten, da die Kammer es nicht als schützenswertes Interesse ansah, dass bewusst Kollateralschäden am redaktionellen Inhalt von Webseiten hingenommen würden. Schließlich ergebe eine Folgenabwägung, dass die Kontrolle der Filterbefehle durch den Werbeblockerbetreiber weniger einschneidend sei, als die Duldung des Eingriffs in das redaktionelle Angebot der Webseitenbetreiber.

Diese Entscheidung überzeugt in der Bewertung der geschäftlichen Handlung, nicht aber in der Annahme einer gezielten Behinderung. Bei ersterem nimmt die Hamburger Kammer zu Recht an, dass Adblock Plus ein einheitliches Geschäfts- und Wirkungsmodell ist. Nur durch die allgemeine Wirkung der Filterregeln kann die Software so zuverlässig arbeiten, wie von der hohen Nutzerschaft geschätzt. Wenn die Filterregeln aber zu weitgehend sind, ist dies vielleicht eine nicht unmittelbar intendierte Folge. Es handelt sich aber in jedem Fall um eine in Kauf genommene Folge, sodass die Annahme eines Versehens ausfällt. Im Übrigen ist auch sehr unwahrscheinlich, dass die Annahme des BGH in *„Änderung der Voreinstellung I"*, wonach versehentliche Vertragsverletzungen nicht in den Regelungsbereich des Lauterkeitsrechts fallen, in dieser Konstellation außerhalb des Vertragsrechts eingreifen kann. Im hier anwendbaren gesetzlichen bzw. deliktischen Schuldverhältnis ist kein Platz für eine Privilegierung von Versehen. Dies gilt umso mehr für den Bereich der verschuldensunabhängigen Unterlassungshaftung. Schließlich ist auch zu konstatieren, dass auch versehentliches oder unerkannt fehlerhaftes Handeln dem eigenen Unternehmen nützen kann. Damit sind die Voraussetzungen des Wortlauts von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG erfüllt.

---

999 OLG Köln, Urteil vom 24.6.2016 – 6 U 149/15, GRUR 2016, 1082.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bei der Bewertung der gezielten Behinderung muss dem Urteil jedoch widersprochen werden. Die Argumentation erscheint sehr einseitig zugunsten der Webseitenbetreiber und verkennt die wirtschaftlichen Zusammenhänge. Insbesondere die Annahme, der Werbeblockernutzer würde bei Fehlfunktionen der Webseite, dieses Ärgernis der Webseite zumessen und dadurch zur Verringerung von Page Impressions führen, überzeugt nicht. Denn zum einen sind Werbeblockernutzer gerade keine lukrativen Gäste. Durch die Verhinderung der zugriffsbasierten Werbefinanzierungsauslöser macht es praktisch für einen kommerziellen, werbefinanzierten Webseitenbetreiber keinen Unterschied, ob der Nutzer gar nicht auf seiner Seite surft oder mit Werbeblockern. Dies ist die Logik der Zugangssperre – der Seitengenuss mit aktiviertem Werbeblocker dürfte dabei gar noch ungewollter sein, weil hier die Leistung des Seitenbetreibers gerade ohne die erhoffte Gegenleistung der Werbewahrnehmung konsumiert wird. Zum anderen liegt es bei Abstellen auf einen durchschnittlichen Verbraucher – und nicht auf einen technisch absolut unbedarften Nutzer – eher fern, dass Fehlfunktionen bei aktiviertem Werbeblocker auf die Webseite geschoben würden. Es dürfte dem Nutzer, der sich bewusst für den Einsatz eines spürbar wirkenden Tools wie Adblock Plus entscheidet, klar sein, dass auch Elemente, die ähnlich wie Werbung nur auf einer Seite eingebettet sind, nicht immer richtig funktionieren werden. Dies ist auch nicht beispiellos. So führt etwa das Löschen oder Ablehnen von Cookies zu Funktionsproblemen von Elementen im Web. Auch das Fehlen oder die Nutzung bestimmter Tools sowie die Vornahme bestimmter Einstellungen im Browser kann zu Fehlfunktionen führen. Zumal bei Adblock Plus die Abschaltung nur weniger Klicks bedarf und somit die Fehlfunktion nach kurzer Überprüfung unschwer dem Werbeblocker zugeordnet werden kann. Fehlfunktionen werden deshalb wohl eher zu einem Vertrauensverlust in den Blocker führen.

Die Bewertung, dass auch nicht körperliche Veränderungen von digitalen Produkten zu einem Eingriff in die Integrität der Leistung führen können, überzeugt ebenfalls nicht. Bei den falsch blockierten Inhalten handelte es sich ausschließlich um solche Elemente, die auf der Webseite durch Frames eingebunden und von unterschiedlichen Servern geladen worden sind. Dies zeigt bereits, dass sich die Autoren der Webseiten einer besonderen Technik bedient hatten, die gerade keine Integrität der Webseite dergestalt bezweckte, dass alle Elemente von einem Server geladen werden. So ist die Einbettung von Videos von YouTube oder von Tweets, die von den jeweiligen Drittservern angefordert werden, Ausdruck einer dezentralen Kommunikation. Die Fehlfunktion kann in diesem Verhältnis

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auch dadurch folgen, dass die „eingeframten" Inhalte auf den jeweiligen Plattformen gelöscht werden. Auch dann würde eine Fehlfunktion der Webseite eintreten. Auch nicht ganz von der Hand zu weisen ist an dieser Stelle ein geraumes Missbrauchspotential in der Hand der Webseitenbetreiber, denn diese könnten vorsätzlich solche Drittinhalte in das HTML-Dokument einbetten, die von Filterbefehlen erfasst werden. Somit könnten auf der ersten Stufe Verletzungsfälle provoziert werden, die zu Unterlasungsansprüchen führen, und auf der zweiten Stufe weitere Fälle, die eine Vertragsstrafe verwirken oder eine Ordnungsmittel nach § 890 ZPO nach sich ziehen.

Zuletzt verkennt das LG Hamburg eklatant die Reichweite der durch „Overblocking" herbeigeführten Wirkung der als Eingriff in den Kernbereich der Pressefreiheit qualifizierten Behinderung. Zwar erkennt es ausweislich des Urteils, dass die Fehlfunktion nur in den Geräten der Werbeblockernutzer zur Nichtdarstellung redaktioneller Inhalte führt. Es zieht daraus aber nicht den folgerichtigen Schluss. Denn die Funktion bleibt bei jedem Nutzer, der die Webseite ohne Werbeblocker besucht, unangetastet[1000]. Sie zeigt sich bei einer nicht unerheblichen Anzahl von Nutzern. Diese Nutzer haben sich aber für den Werbeblocker entschieden – mit all seinen Vor- und Nachteilen. Der Werbeblocker greift aber außerhalb seiner Nutzerschaft nicht in das redaktionelle Angebot der Webseitenbetreiber ein. Deshalb passt auch das Argument des Eingriffs in den Kernbereichs der Pressefreihit nicht. Wenn der Nutzer in seiner Sphäre ihm technisch mögliche – und nicht durch technische oder rechtliche Schutzmaßnahmen abgeschnittene – Veränderungen an Webseiten vornimmt, ist dies sein gutes Recht. Genauso wenig wie er eine rechtliche Pflicht hat, eine Webseite mit Werbung zu sehen, hat er die Pflicht Webseiten mit allen redaktionellen Inhalten zu sehen. Man denke nur daran, ein Nutzer stellte die Anzeige von Bildern in seinem Browser aus. Dann würden auch erhebliche Teile der redaktionellen Berichterstattung vieler Webseiten nicht angezeigt. Dies kann aber in keinem Fall ein Verhalten sein, dass die Pressefreiheit tangiert oder gar lauterkeitsrechtlich relevant ist.

Nach alledem ist das „Overblocking" also nicht anders zu bewerten als das „normale" Blacklisting. Das Urteil des LG Hamburg stellt – gemeinsam mit einem weiteren Urteil derselben Hamburger Kammer im Kontext der generellen Zulässigkeit einer Werbeblockersoftware[1001] – ein Beispiel

1000 In diese Richtung argumentiert auch Witte, ITRB 2018, 34.
1001 LG Hamburg, Urteil vom 3.5.2016 – 308 O 46/16, CR 2016, 782.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für die kurze Zeit in der Rechtsprechung aufflammende Mindermeinung dar, die durch das BGH Urteil *Werbeblocker II* nunmehr zu Recht als überholt anzusehen ist.

7. Regulierung von Werbeblockern durch den Gesetzgeber?

Nachdem sich schon nach den ersten Urteilen in den Rechtsstreiten um Adblock Plus zeigte, dass der Weg zu einem Verbot von Werbeblockern unter geltendem Recht und auf dem Weg der Judikative schwierig sein würde, lag es für die Feinde des Werbeblockens nahe, eine gesetzliche Regulierung von Werbeblockern zu forcieren. Und tatsächlich sind in der deutschen Politik Versuche gestartet worden, über die Legislative ein Verbot von Werbeblockern herbeizuführen. Auch wenn diese Versuche bis zur Zeit der Fertigstellung dieser Arbeit nicht zum Ziel geführt haben, soll ein kurzer Überblick über die politischen Bestrebungen im Themenfeld Werbeblocker gegeben werden. Außerdem wird eine Stellungnahme zu einem kolportierten Werbeblockerverbot *de lege ferenda* abgegeben.

a) Tendenzen in der 18. Legislaturperiode (2013 bis 2017)

Der Großteil der Instanzrechtsprechung in Werbeblockerfällen erging im Zeitraum von 2013 bis 2017. Dies war die 18. Legislaturperiode des Bundestags, in welchem eine Mehrheit der CDU/CSU und der SPD eine große Koalition bildeten[1002].

In diesem politischen Milieu gab es insbesondere drei nennenswerte Vorgänge im Kontext einer gesetzlichen Regulierung von Werbeblockern. Im Juni 2016 legte die Bund-Länder Kommission für Medienkonvergenz ihren Bericht vor, in welchem sie sich zu diesem Thema äußerte. Im Oktober 2016 erfolgte eine Kleine Anfrage von Abegeordneten der Fraktion DIE LINKE, die noch im selben Monat durch die Bundesregierung beantwortet wurde. Außerdem wurde im Ausschuss für Kultur und Medien im Bundestag am 30.11.2016 ein Fachgespräch mit Experten aus Recht, Wirtschaft und NGOs geführt. Diese Vorgänge erzeugten zudem ein interessantes mediales Echo. Im Einzelnen:

1002 https://de.wikipedia.org/wiki/18._Deutscher_Bundestag, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Die Bund-Länder Kommission für Medienkonvergenz

Laut ihrem Bericht vom Juni 2016[1003] entstand die Bund-Länder Kommission für Medienkonvergenz durch einen Beschluss der Bundeskanzlerin sowie der Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 11.12.2014. Demzufolge sollte eine „gemeinsame Steuerungsgruppe auf politischer Ebene" eingesetzt werden, die Vorschläge für eine der Medienkonvergenz angemessene Medienordnung auf nationaler und internationaler Ebene erarbeiten. Teilnehmer waren Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien, der Bundesministeriem für Wirtschaft und Energie, des Innern, für Verkehr und digitale Infrastruktur und für Familie, Senioren, Frauen und Jugend für den Bund. Auf Länderseite führte den Vorsitz das in der Rundfunkkommission vorsitzende Bundesland Rheinland-Pfalz sowie die Staats- und Senatskanzleien der Länder Berlin, Bayern, Hessen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Baden-Württemberg. Zwischen Mai 2015 und April 2016 fanden dabei mehrere Sitzungen verschiedener Arbeitsgruppen statt. Die Teilnahme an den entsprechenden Sitzungen stand grundsätzlich Vertretungen aus allen Ländern und Bundesressorts offen, wobei auch Sachverständige, Verbände, Institutionen und Unternehmen durch Workshops oder schriftliche Stellungnahmen einbezogen worden sind.

In ihrem Bericht im Juni 2016 legte die Kommission ihre bisherigen Abstimmungen für eine konvergente Medienordnung vor. Dabei hat sich die Arbeitsgruppe Kartellrecht/Vielfaltsicherung unter anderem mit dem Thema Werbeblocker befasst. Ausweislich des Berichts wudes das Thema Werbeblocker erst im Dezember 2015 nach Vorlage eines Zwischenberichts auf die Agenda genommen. Als Begründung zur Aufnahme des Themas wurde ausgeführt, dass das Geschäftsmodell der Werbeblocker als ein unzulässiger Eingriff in eigene werbefinanzierte Geschäftsmodelle der Medienunternehmen angesehen werde. Deshalb würden teilweise, auch unter Hinweis auf längerfristig mögliche Beeinträchtigungen der Medienvielfalt, gesetzgeberische Maßnahmen gefordert.

Bei einem Workshop im März 2016 haben ausweislich des Berichts teilgenommen: Vertretungen der Organisation der Mediaagenturen (OMG e.V.), der Omnicom Media Group Germany GmbH, des Bundesverbands Deutscher Zeitungsverleger (BDZV), des Verbandes Deutscher Zeitschrif-

1003 Abrufbar unter https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/473870/07ba875e860ada4556526641bd9151b6/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk-data.pdf?download=1, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tenverleger (VDZ), des Zentralverbandes der deutschen Werbewirtschaft (ZAW), des Verbands Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT), der ARD, der Geschäftsführer der ZDF Werbefernsehen GmbH, der AG Privater Rundfunk (APR) sowie der Anzeigenchef eines weiteren Verlags. Diese Gespräche sind weitestgehend vertraulich geführten worden.

Die Problematik beschreibt der Bericht wie folgt:

> „Ad-Blocker sind Programme, welche dafür sorgen, dass auf Webseiten enthaltene Werbung dem Betrachter nicht dargestellt wird. Nach Angaben der betroffenen Kreise, greifen sie unmittelbar in die Software der Webseiten der Medienanbieter ein und blockieren die Werbung. Nach Auffassung der Medienanbieter stellen diese ein Gesamtprodukt zur Verfügung, zu welchem bei kostenlosen Angeboten auch Werbung gehöre, um das journalistische Angebot zu refinanzieren. Dieses Gesamtangebot werde durch den Ad-Blocker faktisch entbündelt. Es bestünde aber kein Anspruch auf unentgeltliche Information, weshalb entweder für ein Medienprodukt gezahlt oder die Werbung geduldet werden müsse. Ad-Blocker wurden als existentielle Bedrohung der wirtschaftlichen Basis insbesondere für die digitalen Angebote der Zeitungs- und Zeitschriftenverleger bezeichnet, da derzeit bereits ca. 30 Prozent der Internetnutzerinnen und -nutzer Ad-Blocker verwenden würden, bei technikaffinen Titeln liege die Blockerrate sogar bei über 50 Prozent. Für das Jahr 2016 werde ein hierdurch entstehender Schaden von weltweit ca. 40 Mrd. Euro prognostiziert. **Die Medienunternehmen forderten vor diesem Hintergrund ein generelles gesetzliches Verbot von Ad-Blockern**. Das Abwarten höchstrichterlicher Rechtsprechung zu den insbesondere lauterkeitsrechtlichen Rechtsfragen, die von verschiedenen Gerichten bisher unterschiedlich beurteilt worden seien, wurde von ihnen als nicht zumutbar betrachtet. Sie halten die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die Werbeblocker im Fernsehen für zulässig ansah, als nicht übertragbar. Das Umstellen auf Bezahlangebote oder ein technisches Wettrüsten sei für sie ebenfalls keine tragfähige Alternative.“[1004]

Daraus fasste die Kommission folgende Handlungsempfehlung:

> „In der Anhörung wurden Ad-Blocker als rechtswidrig angesehen. Die vertretenen Stakeholder sahen einen rechts- und medienpolitischen Bedarf für ein gesetzliches Verbot von Ad-Blockern. Eine mögliche

1004 S. 20 des Berichts, siehe Link in Fn. 979.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> Regelungsoption könnte ein Integritätsschutz für journalistisch-redaktionelle digitale Produkte vergleichbar dem Gedanken des Signalschutzes im Rundfunkrecht sein. **Die AG sieht das Geschäftsmodell von Ad-Blockern als rechtlich und mit Blick auf die Refinanzierung journalistisch-redaktioneller Angebote auch medienpolitisch als problematisch an**. Sie hält daher die Prüfung gesetzlicher Regelungen für erforderlich."[1005]

Als weiteres Verfahren sah der Bericht vor:

> „Bei der Thematik Ad-Blocker ist eine zeitnahe Prüfung durch den Bund und die Länder erforderlich, ob im Hinblick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen und damit verbundenen medienpolitischen Risiken ggf. eine gesetzliche Flankierung geboten ist. "[1006]

Was bei diesem Bericht sofort auffällt, ist die enorm einseitige Herangehensweise an das Thema. Bei der Sachverhaltsaufklärung wurden nur Vertreter aus dem Lager der Medienanbieter und Medienintermediäre eingeladen und gehört. Dies spiegelt sich klar in der Problembeschreibung und der Handlungsempfehlung wider. Ein Austausch verschiedener Meinungen fand in diesem Rahmen jedenfalls nicht statt.

Gerade in Anbetracht der ausdifferenzierten Rechtsprechung zum Zeitpunkt der Berichterstattung kann der Bericht als nichts anderes als Ergebnis funktionierender Lobbyarbeit bezeichnet werden. Dieser Vorwurf trifft dabei vor allem die politischen Funktionäre, die es versäumt haben ihre Sachverhaltsaufklärung auf eine pluralistische Grundlage zu stellen und die ökonomisch geprägten Sorgen der Medienanbieter unter dem nichtssagenden Begriff der Medienkonvergenz als gesellschaftliches Problem darzustellen.

Im Nachgang zur Berichtveröffentlichung konnten Journalisten der Webseite netzpolitik.org über eine Anfrage nach dem Informationsfreiheitsgesetz Einsicht in nicht veröffentlichte Dokumente im Zusammenhang mit der Bund-Länder Kommission für Medienkonvergenz erhalten. Diese teilweise stark geschwärzten Dokumente hat die Webseite öffentlich zugänglich gemacht[1007]. Die dort enthaltenen Protokolle und schriftlichen Stellungnahmen der Workshop-Teilnehmer sind überwiegend einseitige Beschwerden über Werbeblocker und entsprechen praktisch dem Kläger-

1005 S. 21 des Berichts, siehe Link in Fn. 979.
1006 S. 22 des Berichts, siehe Link in Fn. 979.
1007 https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2016/08/IFG-Adblocker-Medienkonvergenzkommission.pdf, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vortrag in den Klageverfahren. So wird vom Verband Deutscher Zeitschriftenverleger gefordert den „*Schutz der Integrität redaktionell-journalistischer Produkte in ihrer Einheit aus redaktionellen und werblichen Inhalten mit Wirkung gegenüber jedermann (auch außerhalb von Kartellsachverhalten und Wettbewerbsverhältnissen) gesetzlich klarzustellen*“[1008].

Die in dem Bericht der Kommission geäußerte Ansicht, dass ein gesetzgeberisches Handeln gegen digitale Werbeblocker notwendig sei, teilten allerdings nicht alle Beteiligten. Das Medienreferat der Bayerischen Staatskanzlei äußerte, dass aus bayerischer Sicht aktuell kein konkreter gesetzgeberischer Handlungsbedarf gesehen werde und der Ausgang der Rechtsstreitigkeiten abzuwarten sei[1009].

bb) Die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE und die Antwort der Bundesregierung

Unter Berufung auf den Bericht der Bund-Länder Kommission für Medienkonvergenz stellten Abgeordnete der Fraktion DIE LINKE eine Kleine Anfrage an die Bundesregierung mit 23 Fragen in diesem Kontext[1010]. Interessante Fragen sind dabei vor allem:

> „1. Ist die kritische Sichtweise, die im Bericht der BLKM zu Ad-Blockern zum Ausdruck kommt, auch offizielle Sichtweise der Bundesregierung, und wenn ja, aus welchen Gründen änderte sich die Position der Bundesregierung bezüglich eines Ad-Blocker-Verbotes (s. Vorbemerkung)?
> 2. Aus welchen Gründen erachtet die Bundesregierung ein Ad-Blocker-Verbot als prüfenswert?
> […]
> 8. Welche Bundesministerien oder Bundesbehörden außer den oben genannten beschäftigen sich aktuell oder haben sich in den letzten zwei Jahren mit dem Thema Ad-Blocker beschäftigt?

1008 S. 46 und 49 der Dokumentensammlung, https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2016/08/IFG-Adblocker-Medienkonvergenzkommission.pdf, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

1009 S. 114 der Dokumentensammlung, https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2016/08/IFG-Adblocker-Medienkonvergenzkommission.pdf, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

1010 BT-Drs. 18/9922, abrufbar unter https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/099/1809922.pdf, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> 9. Unterscheidet die Bundesregierung zwischen von Unternehmen (z. B. EYEO GmbH) angebotenen Ad-Blockern und nicht kommerziell betriebenen AdBlockern, und wenn ja, ist die Unterscheidung in dem Angebot von kommerziellen Whitelists oder anderweitig begründet (bitte ausführen)?
> 10. Auf welcher rechtlichen Grundlage könnte ein mögliches Ad-Blocker-Verbot fußen (bitte detailliert aufzeigen)?
> 11. Gibt es infolge oder im Zuge des Ad-Blocker-Verbotes auch Planungen, den Werbeanteil von Webseiten auf ein „maßvolles Gehalt" zu limitieren, um die Anwendung von Ad-Blockern zu minimieren?
> […]
> 15. Wie bewertet die Bundesregierung den Einsatz von Ad-Blockern aus datenschutzrechtlicher Perspektive insbesondere vor dem Hintergrund, dass diese es erlauben, Tracking-Anfragen von Webseiten zu blockieren, und die Onlineangebote der Presseanbieter – wie beispielsweise von Trackography.org visualisiert – intensive Tracking-Praktiken zur Ausforschung der Nutzerinnen und Nutzer ihrer Webseiten betreiben?
> […]
> 18. Ist der Bundesregierung bekannt, dass durch DNS-Filtering auf Nutzerseiten ein mögliches Ad-Blocker-Verbot umgangen werden kann, und wenn ja, welche Schlussfolgerungen zieht die Bundesregierung daraus für ein mögliches Ad-Blocker-Verbot?
> 19. Wie schätzt die Bundesregierung Ad-Blocker-Detektoren ein, die von Verlagswebseiten (z. B. bild.de) eingesetzt werden, um Nutzer mit Ad-Blockern auszusperren, und sieht die Bundesregierung darin eine Verletzung der europäischen ePrivacy-Richtlinie (bitte begründen)?"

Im Übrigen beziehen sich die Fragen auf die Ansicht verschiedener Ministerien oder Bundesbehörden zu diesem Thema, auf Kenntnisse zu tatsächlichen und technischen Hintergründen sowie auf die Hintergründe der Auswahl der Teilnehmer an dem Workshop der Kommission.

Die Antwort der Bundesregierung[1011] fiel in weiten Teilen kurz aus. Vorwiegend verwies sie auf laufende Prüfungen, zu denen noch kein abschließendes Ergebnis vorliege. Hervorzuheben sind allenfalls die folgenden Aussagen: In Beantwortung der oben zitierten Frage in Ziffer 15. verweist die Bundesregierung auf die seinerzeit geltenden datenschutzrechtlichen Regelungen im TMG sowie auf Grundlage der E-Privacy-Richtlinie. Au-

1011 BT-Drs. 18/10115.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ßerdem kommentiert sie die Sachlage mit dem Hinweis: „*Ob vor diesem Hintergrund Ad-Blocker einen Mehrwert haben, erscheint fraglich*“[1012].

Auf die Frage in Ziffer 18. im Kontext der möglichen Umgehung eines Verbots, teilte die Bundesregierung mit, dass dies im Rahmen der Erforderlichkeit eines Gesetzes geprüft werde. Bei den in Ziffer 19. angesprochenen Adblocker-Detektoren sah die Bundesregierung kein datenschutzrechtliches Problem, da nicht notwendigerweise personenbezogene Daten verarbeitet würden.

Die zurückhaltende Antwort der Bundesregierung war vor dem Hintergrund des für die Politik recht neuen Themas nachvollziehbar. Die Kleine Anfrage aus der Mitte des Bundestags lieferte sozusagen die in dem Bericht der Bund-Länder Kommission fehlende kritische Beleuchtung der Sicht der Medienunternehmen nach. Ob diese aber praktisch ein Gesetzesvorhaben aufgehalten haben, mag doch sehr bezweifelt werden. Die in Fragen verpackten Argumente gegen ein Gesetz ließen sich auch der außerparlamentarischen Diskussion leicht entnehmen.

Die Antwort der Bundesregierung und auch die Herangehensweise der Bund-Länder Kommission wurden öffentlich als nutzerfeindlich und das Problem des Malvertising verkennend kritisiert [1013].

cc) Fachgespräch im Ausschuss für Kultur und Medien

Den scheinbaren Höhepunkt der Verbotsbestrebungen auf Bundesebene stellt wohl das Fachgespräch im Ausschuss für Kultur und Medien am 30.11.2016 dar[1014]. Der Ausschuss lud – anders als die Bund-Länder Kommission zuvor – Gesprächsteilnehmer aus verschiedensten Lagern ein. Die sechs Experten waren Vertreter aus der Rechtswissenschaft, von der Verbraucherzentrale, vom Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V., vom Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e.V., dem Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e.V. und vom Chaos Computer Club. Alle Teilnehmer kamen zu Wort und konnten ihre Sicht auf die Werbeblocker Problematik schildern.

1012 BT-Drs. 18/10115, S. 3.

1013 https://netzpolitik.org/2016/moegliches-ad-blocker-verbot-verbraucherperspektive-fuer-bundesregierung-nicht-so-wichtig/#spendenleiste, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

1014 Das Protokoll ist nicht veröffentlich worden. Der Bearbeiter erhielt wegen seines akademischen Interesses eine Kopie zur Verfügung gestellt. Deshalb wird anonymisiert über die Aussagen der Teilnehmer berichtet.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Von Seiten der Werbewirtschaft wurde dabei argumentiert, dass ein grober Eingriff in die Computerprogramme hinter der Ausspielung von Webseiten, inklusive der Werbelemente, vorliege. Dies gebiete ein gesetzliches Verbot. Dem hielt der Vertreter der Rechtswissenschaft entgegen, dass dies der herrschenden rechtlichen Bewertung des Sachverhalts widerspreche. Insbesondere erfolge der Eingriff allein im Nutzergerät. Daraufhin schilderte der Vertreter der Verbraucherzentrale die Sicht vieler Verbraucher auf das Thema. Werbeblocker würden heruntergeladen und eingesetzt, weil die jeweiligen Nutzer sich von aufdringlicher Werbung belästigt fühlten. Hinzu komme, dass ein Werbeblocker ein probates Mittel zur Erhöhung des Datenschutzes und des Schutzes gegen Tracking darstelle. Weitere Gründe seien eine Hilfe beim Jugendschutz und Verringerung von Datenverbrauch.

Auf Seiten der Rundfunkvertreter wurde sodann wieder auf die finanziellen Gefahren hingewiesen, insbesondere beim kommerziellen Whitelisting. Diese Einschränkung der Refinanzierung gefährde die Medien- und Meinungsvielfalt. Außerdem sei das Argument der Nutzerautonomie ein Trugschluss, weil der Nutzer nicht genau wisse, was auf den eingesetzten Listen der Filterwerbeblocker stehe. Außerdem seien die von der Rechtsprechung herausgestellten Gegenmaßnahmen kostenintensiv oder würden, vor allem bei Bezahlschranken, nicht vom Publikum angenommen. Der sodann gehörte Vertreter der Zeitungsverleger bekräftigte diesen Vortrag und wies erneut auf einen urheberrechtlich relevanten Eingriff in die Webseitenausspielung. Auch stellte er auf den Einfluss der Pressefreiheit und den auf die Anzeigenwerbung ausstrahlenden Schutz ab. In Konsequenz dieser Umstände zeichnet er ein Bild, in welchem das Internet wie wir es kennen nicht mehr existieren werde. Schließlich liege die Kostenfreiheit der Inhalte an einer Werbefinanzierung.

Dem widersprach der Vertreter des Chaos Computer Club und beschrieb die Anzahl der Zwischenvermarkter, Tracker und sonstigen unbekannten Intermediären, die in der Ausspielung einer Webseite involviert sind. Deshalb habe eine Webseitenbetreiber selbst praktisch keinen Einfluss auf die eingespielte Werbung. Ausnahmen seien allein grobe Einschränkungen, z.B. Verbote hinsichtlich pornographischer oder Glücksspielwerbung. Deshalb könne bei einer Webseite gerade nicht von einer urheberrechtlich schutzwürdigen Leistung ausgegangen werden. Hinzu komme das Problem von Schadsoftware. Internetwerbung sei dabei nach E-Mail Anhängen die zweithäufigste Ursache für die Infektion von Rechnern. Werbeblocker seien in dieser Hinsicht ein Mittel zur digitalen Selbst-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verteidigung. Trotz dessen äußerte er seine Meinung, dass kommerzielles Whitelisting unethisch sei.

In der Folge konnten die Ausschussmitglieder Fragen stellen, die die Experten beantworteten. Dabei wurde unter anderem aufgeworfen, dass ein Verbot von Werbeblockern auch allerlei andere Phänomene verbieten müsste – etwa reine Lesefunktionen in Browsern oder die Möglichkeit, gewisse Skripte nicht auszuführen. Im Übrigen argumentierten die Interessenvertreter weithin in Vertiefung ihrer oben dargestellten Argumente. Bemerkenswert war indes noch der Abschluss der Sitzung. Der Vertreter des Chaos Computer Club äußerte dabei seine Ansicht, dass ein Verbot von Werbeblockern von den Nutzern nicht akzeptiert würde. Der Download der Software und die Pflege von Filterlisten würde weitergehen. Ein Verbot von Werbeblockern wäre ein „*weiteres Gesetz an das sich keiner hält*".

Der Ausschussvorsitzende musste zum Abschluss also feststellen, dass das Thema eine besondere Dimension aufweise und nicht mit einem „Keine Werbung"-Aufkleber am Briefkasten zu vergleichen sei. Es handele sich um eine zentrale medien- und kulturpolitische Frage.

Im Nachgang zu diesem Fachgespräch kam es offenbar nicht zu weiteren gesetzgeberischen Schritten. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass je ein Gesetzesvorschlag eingebracht worden sei. Das Gespräch zeigte in jedem Fall die Unversöhnlichkeit der Lager der Publisher- und der Nutzervertreter, die sich an allerlei Detailfragen zeigte. Die Freiheit, zu bestimmen, was auf dem Nutzerbildschirm angezeigt wird, reklamieren beide Lager für sich. Der Gesetzgeber hat sich zu Recht auf keine der beiden Seiten geschlagen und die Entscheidung weiterhin der Rechtsprechung überlassen. Die Rechtsprechung hat diese Entscheidung, wie oben aufgezeigt, dem Markt überlassen. Der Markt scheint gut genug zu funktionieren, sodass sowohl die Meinungsvielfalt im Internet als auch die Existenz von Werbeblockern koexistieren können.

dd) Antrag der NRW-Landtagsfraktion der PIRATEN und Reaktionen

Schließlich gab es eine weitere Episode im Streit um ein gesetzliches Vorgehen gegen Werbeblocker im nordrhein-westfälischen Landtag. Am 6.12.2016 stellt die Fraktion der PIRATEN einen Antrag, nach welchem der Landtag gewisse Thesen im Kontext von Werbeblocker feststellen und die Landesregierung auffordern soll, weitere Verbotsbemühungen zu un-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

terlassen[1015]. Konket fordert der Antrag zur Feststellung der folgenden Thesen auf:

> „1. Ein Verbot von Software, die aus dem Internet übertragene Inhalte nach Wunsch des Nutzenden darstellt, wäre eine Maßnahme gegen die prinzipielle Konzeption und den fundamentalen Aufbau der Web-Technologie, die wir heute zur Mediennutzung anwenden.
> 2. Mediennutzende sollen nicht entgegen ihrem Willen ungewünschter Werbung ausgesetzt werden. Internetnutzende dürfen selbst entscheiden, was in ihren Browsern dargestellt wird und was nicht.
> 3. Mediennutzende sollen nicht unüberschaubaren Risiken durch Schadsoftware ausgesetzt werden, daher ist der Einsatz von Software, die vor mögliche Infizierung durch Schadsoftware schützt, zu begrüßen.
> 4. Nutzerautonomie und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sind auch bei der Mediennutzung zu wahren.
> 5. Es ist besser, Innovationen und Neuentwicklungen zu fördern um jenseits des Streits um alte Geschäftsmodelle neue Vertriebswege und Werbekommunikation zu ermöglichen, statt überholte Geschäftsmodelle zu schützen."
> Außerdem lauten die Aufforderungen an die Landesregierung wie folgt:
> „1. auf allen politischen Ebenen darauf hinzuwirken, dass die laufenden Prüfungen und Bemühungen, Ad-Blocker-Software zu verbieten, schnellstmöglich eingestellt werden.
> 2. zu prüfen, inwieweit innovative Entwicklungen im Bereich Onlinewerbung gezielt gefördert und unterstützt werden können."

Zur Begründung verweist der Antrag auf den Bericht der Bund-Länder Kommission sowie auf den Bericht der Landesregierung NRW vom 1.9.2016 zum Abschlussbericht der Kommission. In diesem Bericht heißt es, dass die gemeinsam getroffen Vereinbarungen der Kommission hinter dem Wunsch der Länder zurück geblieben seien. Im Übrigen nennt er die weithin für die Zulässigkeit von Werbeblockern angeführten Argumente wie Nutzerautonomie und Schutz vor Tracking. Außerdem nennt der Antrag eine potentielle gesetzliche Regulierung eine sehr einseitige Bevorzugung von Interessen von Medienkonzernen und der Werbeindustrie.

1015 Drucksache 16/13682, abrufbar unter https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD16-13682.pdf, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dieser Antrag führte zur Behandlung des Themas im Ausschuss für Kultur und Medien des Landtags NRW. Hier wurde insbesondere am 7.3.2017 eine vergleichbare Diskussion wie im entsprechenden Ausschuss des Bundes geführt[1016]. Bereits im Vorfeld wurden schriftliche Stellungnahmen der verschiedenen Interessenvertreter eingereicht. Besonders ist hierbei die Stellungnahme des Zeitungsverleger Verband Nordrhein Westfalen[1017]. Neben den bekannten Argumenten der Verlage enthält diese Stellungnahme sogar einen Vorschlag für den Wortlaut eines Verbotsgesetzes. Dieses Gesetz unterfalle als Gesetz zur Ausgestaltung der Medienordnung der konkurrierenden Gesetzgebung gem. Art. 74 GG. Konkret schlägt die Stellungnahme eine Ergänzung des VI. Abschnitt (Telemedien) des Rundfunkstaatsvertrages vor.

Der Vorschlag lautet wie folgt:

> „Schutz der Integrität von journalistisch-redaktionellen Telemedienangeboten
> Die Herstellung, Verbreitung, Bewerbung sowie die Verwendung von Vorrichtungen, Computerprogrammen oder Dienstleistungen, die die Integrität eines Telemedienangebots mit journalistisch-redaktionellen Inhalten einschließlich Rubrikenanzeigen beeinträchtigen, indem bestimmte Seiteninhalte beim Nutzer nicht geladen oder nicht angezeigt werden, sind ohne Zustimmung des Anbieters unzulässig. Dies gilt nicht für Vorrichtungen, Computerprogramme oder Dienstleistungen, die es einem Nutzer ermöglichen, bestimmte Seiteninhalte auszublenden, nachdem sie geladen wurden und die Möglichkeit zur Kenntnisnahme bestand. Der Verzicht auf technische Maßnahmen im Sinne des § 95a UrhG gilt nicht als Zustimmung des Anbieters."

Der Entwurfstext erfasst durch die Handlung der Verwendung ausdrücklich das Nutzerverhalten. Der Begriff der Integrität eines Telemedienangebots würde gerade jenes Konzept schützen, das nach der herrschenden Rechtsprechung nicht schutzfähig sein soll. Die Ausnahme gälte zuvörderst für reine Lesefunktionen in Browsern. Nach hiesigem Verständnis würde allerdings auch das von den Verlagen ebenfalls als rechtswidrig angesehene „Element Hiding" von Adblock Plus wohl hierunter fallen.

1016 Das Ausschussprotokoll ist abrufbar unter https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMA16-1620.pdf, zuletzt abgerufen am 31.5.2019..

1017 https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST16-4625.pdf, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ebenso würden textbasierte Blocker wohl nicht vom Verbot erfasst. Der Entwurf würde praktisch wohl viele existierende Programme neben Adblock Plus erfassen, so etwa reine Trackingblocker. Das wahre Problem der effektiven Blockade von Werbung würde es aber wegen der Ausnahmen wohl nicht lösen. Zuletzt enthält der Entwurf eine gesetzliche Fiktion, dass der Verzicht auf technische Gegenmaßnahmen gegen das Blockieren nicht als schlichte Einwilligung zu werten sein soll.

Gegen diese Stellungnahme wurde recht harsche Kritik in der IT-Fachpresse laut. Vor allen wurde kritisiert, dass die Zeitungsverleger Werbeblockern die Schuld für in Deutschland weithin unbeliebte und kontroverse Entscheidungen wie die Wahl von Donal Trump zum US-Präsidenten oder für den Austritt Großbritanniens aus der EU. Auch wird zu Recht darauf hingewiesen, dass der Gesetzestext und die dazugehörende Begründung daruf abzielt, dass der bloße Abruf bereits die Vergütung für die Webseitenbetreiber auslöst. Dass die entsprechende Werbung dann aber nicht angezeigt werden muss, würde den finanziellen Schaden praktisch auf die Werbekunden verlagern. Ob dies eine langfristige Lösung sei, wird zu Recht bezweifelt[1018]. Zudem wird kritisiert, dass durch den Gesetzesentwurf Nutzer kriminalisiert würden. Praktisch könnten dann Webseitenbetreiber Nutzer abmahnen, wofür sie davor zudem erst ihre Identität ermitteln müssten[1019].

Der Antrag der PIRATEN wurde übrigens am 21.3.2017 mit den Stimmen der rot-grünen Mehrheit im Ausschuss für Kultur und Medien abgelehnt[1020]. Der Gesetzesentwurf der Zeitungsverleger schaffte es jedoch nicht zur Aufnahme in gesetzgeberische Prozesse.

b) Tendenzen in der 19. Legislaturperiode (ab 2017)

In der sich darauf anschließenden Legislaturperiode des Bundestags mussten die parlamentarischen Anläufe zu einem Verbot von Werbeblockern wegen des Diskontinuitätsgrundsatzes fallengelassen werden. Allerdings konnte nicht beobachtet werden, dass die Atktivitäten aus der 18. Legis-

1018 https://www.golem.de/news/verbot-gefordert-verleger-geben-adblockern-mitschuld-an-trumps-wahlsieg-1703-126579.html, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

1019 https://www.golem.de/news/gesetzliches-verbot-die-schlechte-adblocker-satire-der-verleger-1703-126607.html, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

1020 Siehe S. 15 der Drucksache 16/14678, https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD16-14678.pdf, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

laturperiode wieder aufgenommen worden sind. Es bleibt abzuwarten, ob die Niederlage beim Bundesgerichtshof zu einem neuen Anlauf der Verbotsbefürworter führen wird.

c) Meinungstand und Stellungnahme

Die aufgezeigten parlamentarischen Vorstöße sind vor allem Ausdruck von Verzweiflung auf Seiten der Medienanbieter. Während sie natürlich ein legitimes Mittel zur Interessenverfolgung waren, konnten sie zu Recht keinen Erfolg haben. Es ist auch zu begrüßen, dass es niemals zu einem förmlichen Gesetzgebungsverfahren gekommen ist. Tatsächlich sind die Bestrebungen niemals über die Schwelle der Sachverhalts- und Interessenaufklärung in Fachausschüssen hinaus gekommen.

Was dabei freilich nicht oder nur am Rande diskutiert worden ist, ist die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines Verbotsgesetzes für Werbeblocker. Diese Frage war zum Teil Gegenstand des Auftragsgutachtens von *di Fabio*[1021]. Eine konkrete Frage im Begutachtungsauftrag war es dabei perspektivisch zu beurteilen, „*welche verfassungsrechtlichen Vorgaben der Gesetzgeber zu beachten hat, wenn er die Verwendung oder das Inverkehrbringen von Werbeblockern untersagen oder einschränken wollte*"[1022].

In seiner Begutachtung stellte *di Fabio* einige Thesen[1023] heraus. So wäre angesichts der Globalität des Netzes eine Regelung sinnvollerweise international, zumindest aber auf der Ebene der EU, angezeigt. Ein generelles Verbot des Geschäftsmodells selektiver Werbefilter (sprich: kommerzielles Whitelisting) scheide aus, weil die grundrechtlichen Interessenlagen multipolar und gleichwertig seien. Zudem bestehe keine gesetzliche Schutzpflicht des Gesetzgebers zugunsten von Presseunternehmen, da die Substanz der Pressefreiheit zur Zeit der Gutachtenerstellung nicht bedroht sei. Eine verfassungsrechtliche Grenze einer gesetzlichen Regulierung von Werbeblockern bestehe indes in der Formulierung eines allgemeinen Gesetzes und in der Erforderlichkeit eines solchen Gesetzes. Ein spezielles Verbot für bestimmte Werbeblockerformen, z.B. kommerzielles Whitelisting, würde diese Voraussetzungen wahrscheinlich nicht erfüllen.

1021 MMR-Beilage 2016, 1. Das Gutachten wurde von der Eyeo GmbH beauftragt, vgl. https://www.golem.de/news/gutachten-verbot-von-adblockern-verfassungsrechtlich-bedenklich-1610-123634.html, zuletzt abgerufen am 31.5.2019.

1022 di Fabio, MMR-Beilage 2016, 1, 5.

1023 di Fabio, MMR-Beilage 2016, 1, 12f..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ähnlich argumentiert *Kuhlmann* in einem ähnlich gelagerten Beitrag[1024]. Der Einsatz von Werbeblockern, insbesondere im Fall Adblock Plus, sei kein hinreichend relevanter Eingriff in die Presse-, Rundfunk- und Meinungsfreiheit, der ein Handeln des Gesetzgebers im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Vermittlung werblicher Inhalte verfassungsrechtlich gebiete. Mit Blick auf einen gesetzlichen Schutz der Refinanzierung von Webangeboten durch Werbung sieht Kuhlmann ein legitimes Ziel für eine Regulierung. Der Gesetzgeber könne im Rahmen seines Normsetzungsermessens die Absicherung dieser Finanzierungsform schützen, wenn er sie zur Erhaltung der Existenz der Presse im Internet für notwendig erachte. Aus dieser Möglichkeit folge jedoch keine Handlungspflicht, da keine gesicherten Erkenntnisse vorliegen, dass Vorkehrungen zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Presse notwendig sind. Aktuell bestehe allenfalls eine Beobachtungspflicht des Gesetzgebers. Zuletzt stelle auch das Risiko verminderter Medienvielfalt im Onlinebereich keinen Grund für eine Regulierung dar, da keine Anzeichen für eine maßgebliche Gefährdung des Meinungspluralismus vorlägen. Zuletzt sei ein gesetzliches Verbot von Werbeblockern im Gegenteil sogar verfassungsrechtlich bedenklich, weil damit Einschränkungen für die Nutzer im Hinblick auf das verfassungsrechtlich abgesicherte Interesse am Fortbestand von Abwehrmöglichkeiten gegen unerwünschte Werbung einhergingen.

Den Ausführungen von *di Fabio* und *Kuhlmann* ist ganz überwiegend zuzustimmen. Insbesondere liegen beide Autoren richtig mit der Ansicht, dass Werbeblocker keine dermaßen bedrohliche Lage für Refinanzierung von Medienangeboten und damit für die Medienvielfalt insgesamt schaffen, dass der Gesetzgeber gezwungen wäre zu handeln.

Im Übrigen stellte sich die Frage, in welchem Gesetz ein Verbot gegen Werbeblocker überhaupt unterzubringen wäre. Durch die starke lauterkeitsrechtliche Prägung der Diskussion böte sich das UWG an. Allerdings würde ein solches Spezialverbot schwerlich mit der gesetzlichen Konstellation des UWG als „Gesetz der Generalklauseln" vereinbar sein. Eine Öffnung des UWG für ein spezielles Verbot wäre ein unerwünschter Präzedenzfall, dem praktisch viele weitere Spezialverbote folgen könnten. Denn wenn die Presse einen besonderen Schutz erhält, werden auch viele weitere Wirtschaftsbereich nach gesetzlichem Schutz im Wettbewerbsrecht rufen. Eine Unterbringung im Urheberrecht scheidet maßgeblich aus zwei Gründen aus: Zum einen müsste der Gesetzgeber in einem Vorschritt die „Integrität von Inhalt und Werbung" unter urheberrechtlichen Schutz

1024 Kuhlmann, AfP 2016, 318.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

oder zumindest unter ein neues Leistungsschutzrecht stellen. Zum anderen ist es sehr fragwürdig, ob im stark unionsrechtlich geprägten Urheberrecht[1025] ein solches einseitig in einem Mitgliedsstaat geltendes Verbot zulässig sein kann. Hier wäre es nicht unwahrscheinlich, wenn der EuGH eingreifen würde. Das Kartellrecht verfügt ebenfalls bereits über ausgeklügelte Regeln, in welchen im Rahmen der letzten (9.) GWB-Novelle erst Neuerungen mit Blick auf die Internetökonomie vorgenommen worden sind[1026].

Eine Regulierung im vom Zeitungsverleger Verband Nordrhein Westfalen vorgeschlagenen Rundfunkstaatsvertrag erscheint sehr unglücklich. Hier sind zwar Regeln für Telemedien enthalten, diese binden aber eher die Diensteanbier. Ein an Nutzer und Softwarehersteller gerichtetes Verbot passt aber systematisch nicht so recht in dieses Regelwerk. Es ist zudem offen, ob ein Verbot von Werbeblockern wegen der allgemeinen Wirkung für Bürger und Gewerbetreibende im Bundesgebiet in der für Staatsverträge notwendigen Gesetzgebungskompetenz des Bundesländer liegt. Ein solches Verbot scheint wohl eher dem bürgerlichen Recht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG bzw. des Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen zu sein, die der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz unterliegen. Der Bund hat in diesen Bereich bereits ausreichende Regeln erlassen, sodass die Bundesländer hier nicht ihrerseits ergänzende Spezialverbote in einem Staatsvertrag erlassen könnten.

Zuletzt stünde noch das TMG zur Verfügung. Auch das TMG stellt aber regelungstechnisch eine Regulierung der Telemediendienstleister dar. Ein sie begünstigendes Verbot, das die Handlungsfreiheit einer Vielzahl von Bürgern beschränken würde, wirkte deplatziert.

Somit fehlt es schon an einem passenden Ort für ein Verbotsgesetz gegen Werbeblocker. Ein neues Spezialgesetz nur für ein Werbeblockerverbot – soweit es das verfassungsrechtliche Verbot von Einzelfallgesetzen nicht tangieren würde – wäre wohl kaum politisch tragfähig. Nur allzu deutlich würde die Bevorteilung der Pressewirtschaft gegenüber den Bürgern als Internetnutzern zu Tage treten.

1025 Vgl. auch die Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, die am 17.5.2019 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden ist. Dieses Ergebnis der im Jahr 2019 heftig umstrittenen Urheberrechtsreform verfügt über keinerlei Hinweise darauf, dass Werbeblocker ein urheberrechtlich zu regelndes Thema sind.

1026 Vgl. Podszun/Schwalbe, NZKart 2017, 98.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Damit ist auch der weitere und maßgeblich entscheidende Punkt gegen ein gesetzliches Verbot von Werbeblockern angerissen. Denn wie die zivilrechtlichen Urteile zeigen, handelt es sich um eine komplexe Interessenlage mit vielen Betroffenen. Es geht nicht nur um die Presse, die Webseitenbetreiber, die Werbetreibenden und Werbeblockersoftwarehersteller. Es geht auch um die Allgemeinheit und die Nutzer von Werbeblockern. Es wurde im Rahmen dieser Arbeit auch bereits hinlänglich aufgezeigt, dass sich im Groben zwei Lager bilden lassen, deren Interessen konträr sind. Der Gesetzgeber tut gut daran, diesen Grabenkampf nicht einseitig zugunsten der „Werbeindustrie" zu entscheiden. Denn aktuell wird die Entscheidung über die Werbung im Internet dem Markt überlassen und beide Lager existieren erkennbar fort. Eine Entscheidung würde die Entwicklungen des Marktes künstlich lenken und unnötiges Lenken führt nur selten zum Erfolg.

Erschwerend kommt hinzu, dass die Durchsetzbarkeit eines Werbeblockerverbots ein Schreckensszenario darstellt. Nimmt man ein Verbot wie im obigen „Gesetzesentwurf" der Zeitungsverleger aus NRW, so müsste das Gesetz durch Verweisung oder durch ausdrückliche Regelung flankierende Berechtigungen zur Ermittlung von Nutzern von Werbeblockern sowie zum Schadensersatz vorsehen. Webseitenbetreiber würden also – vergleichbar mit den Filesharing-Fällen von Anfang dieses Jahrtausends – Nutzer identifizieren und gerichtlich verfolgen können mit enormen finanziellen Folgen für Nutzer. Die Folge wäre eine Abmahnwelle gegen „Nichtabschalter", die sich seinerseits zum Geschäftsmodell entwickeln könnte. Doch auch Nutzer, die Werbeblockern abschwören, würden durch ein entsprechendes Gesetz einer weiteren Überwachung neben dem sowieso bestehenden Tracking ausgesetzt.

Es spricht nach hiesiger Ansicht demnach rein gar nichts für ein gesetzliches Verbot von Werbeblockern[1027]. Dies wäre im Gegenteil ein äußerst undemokratisches Einknicken vor einer Lobby, das rechtspolitisch und ethisch nicht akzeptabel ist.

II. Zwischenergebnis: Parasit oder Symbiont?

Nach alledem lässt sich an dieser Stelle ein Zwischenfazit ziehen und eine Antwort auf die eingangs gestellte Frage geben, ob die Internetwer-

1027 Im Ergebnis ähnlich: Kreutz, Online-Angebote und Werbeblocker, S. 407, 410.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beblocker wirklich Parasit oder vielleicht doch (dritter) Teilnehmer der Symbiose sind.[1028]

Im zumindest bei der Frage des „Ob" von Werbung relativ ungeregelten Milieu mögen die Werbeblocker zwar ein Nachzügler sein, die nicht ursprünglich in die Wertschöpfung eingebunden waren. Allerdings sind Werbeblocker eine Ausprägung genau dieses Milieus. Geschaffen wurden sie von Werbeadressaten, ebenso haben diese die Werbeblocker erst zu einem ernstzunehmenden Phänomen gemacht. Der oben dargestellten rechtlichen Analyse zu Folge sind die Werbeblocker demnach auch nicht Parasit, sondern Symbiont. Dieser Ansicht war wohl auch die Politik, die auf Verbotsbestrebungen keinen förmlichen Versuch eines solchen Verbots startete.

Werbeblocker sind deshalb ein nicht mehr wegzudenkender Teilnehmer im Rahmen der Kommunikation im World Wide Web. Dies müssen Webseitenbetreiber und Werbetreibende hinnehmen. Die sie zweifellos treffenden Auswirkungen können sie mit wettbewerbsimmanenten Mitteln abfedern. Seien diese Mittel der Verzicht auf Werbung, die die Adressaten vergrämt, oder Maßnahmen, die die Wirkung von Werbeblockern verhindert. Letzteren widmet sich diese Arbeit sogleich im Anschluss.

1028 Siehe oben die Eingangserwägungen in Abschnitt B.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-249, am 06.09.2024, 08:14:34
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb