B. Grundlage: Werbung im Internet

Internetwerbeblocker bauen auf bestehenden Strukturen auf. Ohne diese Strukturen gäbe es sie überhaupt nicht. Sie wären nie erfunden worden, weil kein Bedürfnis für sie bestünde. Sie sind deshalb in jeder Hinsicht den bestehenden Strukturen nachgelagert. Ein typisches Beispiel einer hoch spezialisierten Gesellschaft und Wirtschaftsordnung.

Diese Strukturen lassen sich schon aus dem Wortlaut gut erkennen. Die Blocker brauchen das Internet und den Werbemarkt – und zwar kumulativ. Fällt eine der beiden Strukturen aus, so ist dies das Ende der Internetwerbeblocker. Andersherum benötigen die Strukturen die Blocker nicht. Der Werbemarkt hat lange Zeit gut ohne das Internet existiert und könnte es auch in Zukunft wieder. Das Internet (nicht im technischen Sinne, sondern als „Content"-transportierendes Medium) hingegen ist zwar praktisch schon immer mit (finanzierender) Werbung verbunden. Es könnte aber theoretisch auch ohne Werbung existieren. Werbung und Internet im vorbeschriebenen Sinne stehen insoweit in einer symbiotischen Beziehung – beide nützen einander und haben das gegenseitige Fortkommen ohne Zweifel begünstigt. Ein treffliches Beispiel aus der Biologie ist die Symbiose im Sinne des Mutualismus zwischen Eiche und Eichelhäher[50] – beide sind nicht lebensnotwendig voneinander abhängig, doch sorgt die Werbung wie der Eichelhäher dafür, dass das Internet wie eine Eiche auch in neuen Gebieten Ableger säen und Wurzeln schlagen konnte. Werbung ist einer der Mulitplikatoren des World Wide Webs und maßgeblich an der Entwicklung zum heutigen Standard beteiligt.

Für die Nutzung des Internets bedarf es im Übrigen notwendigerweise einiger Hard- und Software. Ohne an dieser Stelle auszuschweifen, sind dies zumindest ein internetfähiges Gerät und ein Browser, der den Content wahrnehmbar macht. Man kann die Internetwerbeblocker insoweit als Sekundärsoftware ansehen, weil sie in der Regel an ein primäres Programm (v.a. Browser) angebunden sind. Sie sind regelmäßig als sog. „Add-Ons" verfügbar[51]. Das heißt, dass diese Programme kleine Erweiterungen von Browsern darstellen. Dies kann freilich auch anders gestaltet

50 Vgl. Smith/Smith, Ökologie, S. 425.

51 Etwa für den Browser Mozilla Firefox, vgl. https://addons.mozilla.org/de/firefox/addon/adblock-plus/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sein. Manche Anwendungen wie Adguard sind etwa eigenständige Apps[52]. Auch gibt es mittlerweile einige Browser mit integriertem Werbeblocker, was im weiteren Verlauf mehrfach behandelt wird. An der Funktionsweise des Werbeblockers ändert sich dabei aber praktisch nichts.

Negativ zugespitzt formuliert: Internetwerbeblocker könnten als „parasitäre Lebensform" angesehen werden, die einen Wirt zum Überleben brauchen. Sie benötigen den Browser als Wirt. Der Browser hingegen ist lediglich Werkzeug zur Rezeption des Internetangebots, welches in der oben genannten Verbindung zur Werbung steht. Um im biologischen Bild zu bleiben: der Browser ist die Eichel, die vom Internetwerbeblocker befallen wird.

Schlussendlich geht es auch um die Frage, ob die Internetwerbeblocker wirklich Parasit oder vielleicht doch (dritter) Teilnehmer der Symbiose sind. Um diese Frage aber zu beantworten, sind zunächst die Strukturen des Werbemarktes und des Internets darzulegen und zu verstehen. Nur bei Betrachtung der Entwicklung und des status quo dieser Strukturen ist verständlich, wieso Internetwerbeblocker entwickelt worden und aktuell überaus erfolgreich sind.

Dabei soll zunächst auf die Arten von Werbung im Internet eingegangen werden (siehe dazu Ausführungen unter Ziffer I.). Sodann ist die wirtschaftliche Bedeutung dieser Werbung sowie die Struktur des Werbemarktes im Internet zu darzustellen (siehe dazu Ausführungen unter Ziffer II.). Auch die technische Ausgestaltung bedarf der ausführlicheren Darlegung. Dabei ist auch ein besonderes Augenmerk auf die mit der Werbung im Internet einhergehende Belastung der Nutzer mit Tracking-Software zu werfen (siehe dazu Ausführungen unter Ziffer III.). Diese tatsächlichen und unjuristischen Feststellungen sind für das korrekte Verständnis der sich anschließenden rechtlichen Fragestellungen unabdingbar.

Zuletzt erfolgt eine ausführliche rechtliche Analyse der gebräuchlichen Werbeformen und Phänomene und wirtschaftlichen Verflechtungen (siehe dazu Ausführungen unter Ziffer IV.). Ziel der Arbeit ist an dieser Stelle eine kohärente Bewertung des Internetwerbemarktes. Abschließend werden zusammenfassende Thesen zum Werbemarkt formuliert (sieh dazu Ziffer V.).

52 Vgl. https://adguard.com/de/welcome.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Arten von internetbasierter Werbung

Bevor auf die einzelnen Formen von Werbung im und mit dem Internet eingegangen wird, bedarf der Begriff der Werbung einer Definition. Von dieser Definition ausgehend gilt es, die hier bedeutsamen Werbeformen systematisch abzugrenzen und zu ordnen.

1. Begriff der Werbung

Im allgemeinen Wortsinn versteht man unter Werbung die Verbreitung von Informationen in der Öffentlichkeit (= an eine unbestimmte Vielzahl von Adressaten) oder an ausgesuchte Zielgruppen, zwecks Bekanntmachung, Verkaufsförderung oder Imagepflege von Unternehmen bzw. deren Produkten und Dienstleistungen, gleich ob diese entgeltlich sind[53].

Davon ausgehend sind vier Elemente prägend für eine Werbung:

- ein Werbender,
- mindestens ein Adressat,
- eine Information und
- die werbliche Zwecksetzung dieser Information (d.h. Bekanntmachung, Verkaufsförderung oder Imagepflege).

In spezifisch rechtlicher Hinsicht enthält Art. 2 lit. a) der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung (sog. „Werberichtlinie“) eine Definition des Begriffes der Werbung für den Anwendungsbereich der Richtlinie. Diese Definition lautet:

> „Werbung“ (ist) jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern.

Anzumerken ist dabei, dass der Anwendungsbereich der vorgenannten Richtlinie sich auf das Verhältnis von Gewerbetreibenden zueinander (B2B-Bereich) beschränkt, weil für das Verhältnis von Gewerbetreibenden zu Verbrauchern (B2C-Bereich) die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) gilt. Die UGP-Richtlinie enthält jedoch keine Definition des Begriffes der Werbung. Auch das deutsche Recht, allen voran das UWG, in welchen die vorgenannten Richtlinien

53 Vgl. die Definition bei Wikipedia, https://de.wikipedia.org/wiki/Werbung, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

umgesetzt worden sind, enthält sich einer ausdrücklichen Definition des Begriffs der Werbung[54].

Dementsprechend obliegt die Begriffsbestimmung im B2C-Bereich der Rechtsprechung. Die ständige Rechtsprechung des BGH zum Begriff der Werbung lautet wie folgt:

> „Nach der Rechtsprechung des Senats umfasst der Begriff der Werbung, der weder im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb noch in der Richtlinie 2002/58/EG über den Datenschutz in der elektronischen Kommunikation definiert ist, schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch alle Maßnahmen eines Unternehmens, die auf die Förderung des Absatzes seiner Produkte oder Dienstleistungen gerichtet sind. Damit ist außer der unmittelbar produktbezogenen Werbung auch die mittelbare Absatzförderung – beispielsweise in Form der Imagewerbung oder des Sponsoring – erfasst. Werbung ist deshalb in Übereinstimmung mit Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern.
>
> Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union erfasst die in Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung niedergelegte besonders weite Definition sehr unterschiedliche Formen von Werbung. Der Begriff der Werbung ist daher in keiner Weise auf die Formen klassischer Werbung beschränkt (EuGH, Urteil vom 11. Juli 2013 – C-657/11, GRUR 2013, 1049 Rn. 35 – Belgian Electronic Sorting Technology NV/Peelaers u.a.).“[55]

Nach dem BGH wird damit die Legaldefinition in Art. 2 lit. a) der Werberichtlinie 2006/114/EG mitsamt der dazu ergangenen, auslegenden Rechtsprechung des EuGH auch für den Begriff der Werbung im B2C-Bereich herangezogen. Widersprüche zwischen der Rechtsprechung des BGH und des EuGH bestehen nicht.

---

54 Eine Definition ist im Rundfunkstaatsvertrag in § 2 Abs. 2 Nr. 7 enthalten, diese bezieht sich aber auf die Sendung im Rundfunk und betrifft damit einen speziellen Bereich der Medien.

55 BGH, Urteil vom 14. 01 2016 – I ZR 65/14, GRUR 2016, 946 – *Freunde finden*, (juris, Rn. 27f.); BGH, Urteil vom 20.5.2009 – I ZR 218/07, GRUR 2009, 980 – *E-Mail-Werbung II*, (juris, Rn. 27f.); Urteil vom 12.9.2013 – I ZR 208/12, GRUR 2013, 1259 – *Empfehlungs-E-Mail* (juris, Rn. 17f.).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nach dem derart festgelegten rechtlichen Werbungsbegriff sind folgende Elemente für eine Werbung notwendig:

- ein Werbender,
- mindestens ein Adressat,
- eine Äußerung und
- die werbliche Zwecksetzung dieser Äußerung (d.h. Ziel der zumindest mittelbaren Absatzförderung bzw. Förderung der Dienstleistungserbringung).

Abgesehen von kleineren semantischen Feinheiten besteht damit kein relevanter Unterschied zwischen dem Begriff der Werbung im allgemeinen Sprachgebrauch und im rechtlichen Sinne. Die Elemente der Information bzw. der Äußerung können insoweit als Synonyme betrachtet werden. Im Rahmen der Zwecksetzung entspricht der Begriff der mittelbaren Absatzförderung den indirekten Werbeansprachen der Bekanntmachung und der Imagepflege.

Im weiteren Verlauf der Bearbeitung bedarf es insoweit keiner begrifflichen und sinnlogischen Unterscheidung. Der Begriff der Werbung wird damit sowohl im eigentlichen Wortsinne als auch im Sinne eines rechtlichen *terminus technicus* genutzt.

2. Systematik der Werbeformen

Nicht zu den oben herausgearbeiteten Wesenselementen einer Werbung und deshalb für die Qualifikation als solche unerheblich ist hingegen das Verbreitungsmedium. Nach dem genutzten Medium zum Transport der Werbung lassen sich vielmehr die verschiedenen Werbeformen systematisieren.

Als erste Weichenstellung lassen sich dabei analoge und technische Werbemedien abgrenzen. Unter analogen Werbemedien sind dabei vor allem Printmedien, Außenwerbung oder Direktwerbung durch Postsendungen oder Personeneinsatz zu verstehen[56]. Hier sind also alle Werbeträger einzuordnen, bei denen die Werbebotschaft ohne Einsatz eines technischen Gerätes allein mit den menschlichen Sinnen möglich ist. Um solche analoge Werbemedien soll es hier nicht weiter gehen.

56 Vgl. die Aufzählung von Werbeträgern bei Gabler Wirtschaftslexikon, http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/werbetraeger.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Umkehrschluss sind technische Werbemedien im hiesigen Verständnis alle solchen Werbeträger, die unter Einsatz eines technischen Gerätes die werbende Information zum Adressaten transportieren. Dies ist etwa der Fall bei Rundfunk- und Online Werbung. Auch sind hier Werbebotschaften in Computerspielen zu verorten. Ob es sich dabei in technischer Hinsicht um ein analoges Rundfunksignal (etwa das UKW-Radiosignal oder noch vereinzeltes analoges TV-Signal) ist bei dieser Einteilung unerheblich. Es kommt vielmehr auf die Vermittlung der Information durch ein technisches Gerät wie ein Radio- oder TV-Gerät an. Entgegen der umgangssprachlichen Benutzung des Wortes „digital" als Gegenteil von analog, wird hier bewusst dieser Begriff vermieden. Der Begriff „digital" ist bei genauer Betrachtung ambivalent, insbesondere in technischer Hinsicht. Zur Vermeidung von Ungenauigkeiten wird deshalb nur von technischen Werbemedien als Oberbegriff geschrieben.

Um diese technischen Werbemedien wird es in dieser Bearbeitung schwerpunktmäßig gehen. Allerdings nicht um diese technischen Medien in Ihrer Gesamtheit. Denn über den Einsatz eines vermittelnden technischen Gerätes bedarf es mit Blick auf die später zu behandelnden Internetwerbeblocker einer weiteren Abgrenzung. Diese Abgrenzung erfolgt sinnigerweise über das eingesetzte technische Gerät und das sie speisende Signal.

Als wesensverschiedene technische Geräte werden hier angesehen: Radios, Fernseher, Telefone und Computer. Die beiden erstgenannten werden dabei mit den jeweiligen Radio- bzw. TV-Signalen gespeist. Bei Telefonen wird eine Punkt-zu-Punkt Telekommunikationsverbindung hergestellt, bei der die Gespräche selbstverständlich auch werbenden Charakter haben können[57]. Computer hingegen werden beinahe ausnahmslos durch das Internetsignal gespeist. Für die hiesige Betrachtung nicht von Belang sind die Rundfunkmedien, also Radios und Fernseher[58], und die Telefonie, sodass allein näher auf die internetverbundenen Computer einzugehen sein wird.

Der Begriff des Computers wird dabei für hiesige Zwecke weit aufgefasst. Hierzu zählen nicht nur die im Volksmund „Computer" genannten Rechner wie Desktop-PCs oder Laptops bzw. Notebooks (im Weiteren: PCs), sondern auch mobile Geräte wie Smartphones oder Tablets. Im

57 Holland, Dialogmarketing, S. 69ff.

58 Zur Problematik von Fernsehwerbeblockern vgl. BGH, Urteil vom 24.6.2004 – I ZR 26/02, GRUR 2004, 877 – *Werbeblocker I*, sowie Lempe, Der Konflikt zwischen dem Vertrieb von Werbeblockern und der Werbefinanzierung elektronischer Medien.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rahmen der jüngeren technischen Evolution sind hier auch Smart-TVs (also Fernsehgeräte mit Internetzugang und der Möglichkeit über Apps Internetangebote zu nutzen) und Smart-Home-Lautsprecher (z.B. Amazon Echo bzw. „Alexa" oder Google Home) einzuordnen. Im Rahmen der neueren technischen Innovationswelle des „Internet of Things" („IoT") sind auch andere internetfähige Haushaltsgeräte hier anzuführen. So können mittlerweile selbst Küchengeräte oder Waschmaschinen mit Internetzugang informationstechnische Funktionen bewältigen. Wirtschaftlich wichtig wird dies zudem bei vernetzten Fahrzeugen, insbesondere wenn die aktuellen Entwicklungen im Bereich des autonomen Fahrens Marktreife erlangen. Alle diese Arten von Computern sind potentiell in der Lage Werbung zu übertragen.

Zusammenfassend ist die vorstehende Systematik dargestellt als **Abbildung 1**:

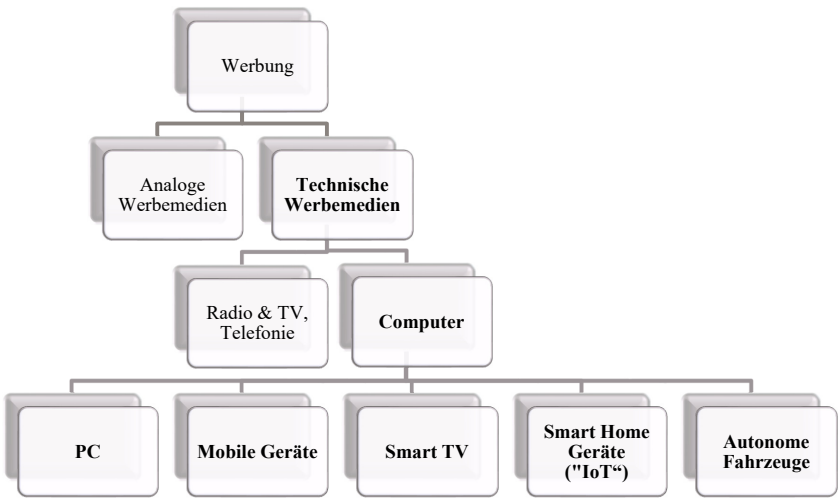


Abbildung 1: Systematik der Werbemedien

3. Darstellung der maßgeblichen Werbeformen

Im Rahmen der für diese Bearbeitung maßgeblichen internetverbundenen Computer bestehen selbstverständlich erhebliche Unterschiede bei der Werbeausspielung. Die Werbeausspielung hängt ganz maßgeblich von der dem Gerät inhärenten Informationsübermittlung ab. Im Weiteren werden

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die gebräuchlichen Werbeformen der verschiedenen Computer, geordnet nach den oben herausgearbeiteten Kategorien dargestellt.

a) Werbeformen bei PCs

Die Werbeformen bei PCs lassen sich auf einer ersten Ebene in drei Kategorien ordnen: E-Mail-Werbung, Werbung auf Internetseiten und Werbung in sonstigen Programmen. Diese Unterscheidung beruht hauptsächlich auf den unterschiedlichen Softwareanforderungen, die diese Werbeformen stellen. Während bei E-Mails ein einfacher E-Mail-Client (etwa Microsoft Outlook) ausreicht, bedarf es bei Webseitenwerbung eines Internetbrowsers. Bei der letztgenannten sonstigen Werbung bedarf es spezieller Softwareprogramme. Dass hier im Alltag auch Überschneidungen vorkommen, etwa wenn über den Browser auf der Internetseite des Mailanbieters E-Mails abgerufen werden, ändert an der Zweckmäßigkeit dieser Einteilung nichts. Dies kann sogar zur Verknüpfung der Werbeformen führen[59]. Im Einzelnen bestehen maßgebliche Unterschiede zwischen den Werbeformen, die nachfolgend dargestellt werden.

aa) E-Mail Werbung

Die Werbung mit E-Mails stellt die Übertragung der althergebrachten Postwurfwerbung in den digitalen Bereich dar. Abgesehen von der dahinterstehenden Technik lässt sich der Versand von E-Mails strukturell ohne Weiteres mit der analogen Werbeform des per Post versendeten Anschreibens vergleichen. Vorteile bietet die E-Mail jedoch darin, dass hier keine besonderen Portokosten anfallen, die Übertragungszeit minimal ist und mit Leichtigkeit Informationen an eine Vielzahl von Adressaten verschickt werden können. Die Folgen kennt jeder Internetnutzer nur zu gut – E-Mail-Postfächer werden täglich mit Werbemails überflutet. Der Grat zwischen nützlicher Werbung und Spam ist sehr schmal.

---

59 Vgl. dazu OLG Nürnberg, Urteil vom 15.1.2019, 3 U 724/18, K& R 2019, 200, in welchem eine Displaywerbung zwischen E-Mails im Posteingang eine T-Online-Accounts bewertet worden sind. Das OLG Nürnberg lehnte eine unzumutbare Belästigung der Nutzer nach § 7 UWG ab. Der BGH hat auf die Revision hin den EuGH auf Grundlage von Art. 267 AEUV angerufen, Beschluss vom 30.1.2020 – I ZR 25/19, GRUR 2020, 420 – *Inbox-Werbung*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die E-Mail als Werbeform mag einmalig (sog. Stand Alone Mail) oder wiederkehrend in Form eines Newsletters sein. Dazwischen stehen Transaktions-Mails, mit denen eine zuvor abgeschlossene (Internet-)Transaktion – etwa eine Bestellung in einem Online Shop – bestätigt oder ein Kauf abgewickelt wird, sowie Trigger-Mails, die anlassbezogen etwa zum Geburtstag oder anlässlich eines Events werbliche Informationen kundtun[60].

Im Rahmen der Gestaltung sind nach dem aktuellen Stand der Technik kaum Grenzen gesetzt. Mails können sowohl nur Text enthalten, aber auch aufwändig gestaltet sein wie HTML-Webseiten[61].

Die Werbeform E-Mail ist dadurch gekennzeichnet, dass sie im Grundsatz ein aktives Abrufen der Nachricht aus dem E-Mail-Postfach erfordert. Wenn der Empfänger seine Mails allerdings nicht liest, kann die Werbeform nicht zum Erfolg führen.

bb) Werbung auf Webseiten

Wie eingangs bereits dargestellt ist es bei PCs notwendig, bestimmte Software zu installieren, um mit Hilfe des Internets wahrnehmbare Informationen zu rezipieren. Dafür werden zur Darstellung von Webseiten im „World Wide Web" Internetbrowser benötigt[62]. Diese Programme sind jedem Internetnutzer bestens vertraut. Die bekanntesten und verbreitetsten Browser in Deutschland sind Google Chrome, Mozilla Firefox, Apple Safari, Microsoft Internet Explorer und Opera[63].

Auf den von Nutzern angezielten und im Browser dargestellten Webseiten findet sich standardmäßig Werbung. Als Oberbegriff für solche Werbung wird zum Teil der Begriff des „Display-Marketings"[64] oder „Display-Advertisings"[65] genutzt.

Diese Werbung kann dem Adressaten in vielen verschiedenen Ausgestaltungen entgegen treten. Zur Vereinheitlichung der wiederkehrenden Werbeformen und Standardisierung zwischen Werbemarktteilnehmern existieren von der Wirtschaft formulierte Richtlinien, in denen die Hauptwerbeformen zusammengefasst sind. Eine solche Richtlinie wird etwa

60 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 201ff..
61 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 210.
62 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 29.
63 Vgl. https://www.browser-statistik.de, abgerufen am: 16.8.2017. Der Dienst wurde mittlerweile eingestellt.
64 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 216f..
65 Kammerzelt/Wimmer, Online Marketing, S. 26f., 78ff..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für den deutschen Werbemarkt vom Online-Vermarkterkreis (OVK), einem zentralen Gremium der deutschen Online-Vermarkter unter dem Dach des Bundesverbands Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V.[66], herausgegeben. So gliedert der OVK die Werbeformen auf Internetseiten – wie aus der nachfolgenden Übersicht in **Abbildung 2**[67] zu erkennen – im Wesentlichen nach den Oberbegriffen „In-Stream" (betrifft Video- und Audio-Werbung), „In-Page" (betrifft „Anzeigen zum Lesen") und Kombinationsformen. Innerhalb dieser Kategorien wird noch spezifisch weiter unterteilt, worauf später noch zurückzukommen ist.

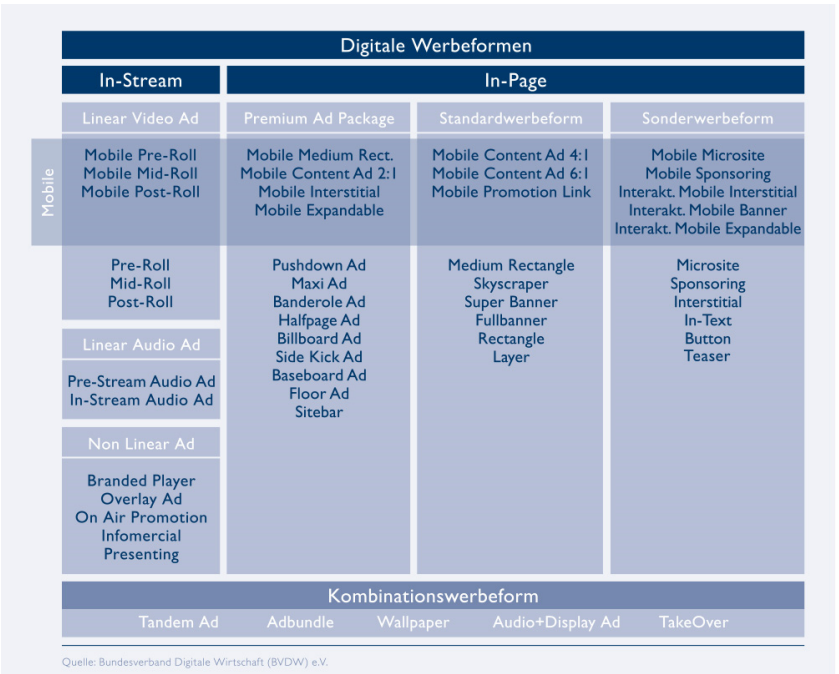


Abbildung 2: Übersicht digitaler Werbeformen im Internet des BVDW e.V.

66 Vgl. http://www.ovk.de/ovk/ovk-de/der-ovk.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

67 Vgl. http://www.ovk.de//fileadmin/medien/ovk/werbeformen2014/digitale_werbeformen_2014.jpg, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Während diese Gliederung sicherlich den Bedürfnissen des Marktes entspricht, wird für die Zwecke dieser Untersuchung hingegen eine schlagwortbasierte Darstellung vorgezogen. Ausgehend von der Standardsituation des Konsums von Internetseiten sollen die Formen näher beleuchtet werden, die dem Nutzer regelmäßig vor die Augen kommen: klassische Anzeigen, Pop-Ups, Interstitials, In-Text, Video & Audio, Kombinationen und Content-Werbung.

Im Einzelnen:

(i) Klassische Anzeigen

Unter dem Oberbegriff der klassischen Anzeigen (oder „neudeutsch" Ads[68]) wird Werbung verstanden, die vergleichbar mit Anzeigen in Printmedien, auf bestimmten, vom redaktionellen Inhalt abgetrennten Flächen einer Webseite geschaltet werden. Sie sind in der Regel optisch auffällig. Bei Klick auf die Anzeige wird der Nutzer regelmäßig auf die Webseite des Werbenden geleitet[69]. Im Volksmund wird die Gesamtheit dieser Werbeformen vereinfachend als Bannerwerbung bezeichnet, was zum Teil auch Wiederhall in juristischen Auseinandersetzungen gefunden hat[70].

Unter diese Kategorie von Werbung fallen die vom OVK in Abbildung 2 als „In-Page" klassifizierten Standardwerbeformen: Medium Rectangle, Skyscraper, Super Banner, Fullbanner und Rectangle. Diese Werbeformen sind „Standard", weil Ihnen eine festgelegte Größe zugewiesen ist, die am Markt akzeptiert ist (so hat etwa ein Medium Rectangle die Größe von 300x250 Pixel, ein Skyscraper 120x600 Pixel[71]). Solche Standardwerbeformen lassen sich nach dem Baukastenprinzip ohne Mühe in Internetseiten einfügen.

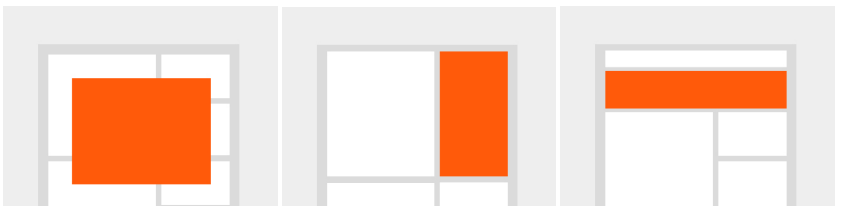
Banner sind standardisierte Werbeflächen, die oft am oberen Rand einer Webseite positioniert sind[72]. Sie stehen dann über dem redaktionellen Inhalt der Internetseite und sind typischerweise die Anzeigen, die dem Besucher zuerst ins Auge springen. Sie können aber auch im Content oder am unteren Rand der Webseite positioniert werden. Verwandt damit sind

68 Kurz für Advertisements.
69 Vgl. Solmecke/Kocatepe, Recht im Online-Marketing, S. 403 – dort wird statt Anzeige der Oberbegriff Banner genutzt.
70 Vgl. Eckhardt, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, § 25, Rn. 33.
71 Vgl. die Werbeformenliste des BVDW und OVK, verfügbar unter http://www.werbeformen.org, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.
72 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 222.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Skyscraper, einziger Unterschied ist das Format – Banner sind im Querformat gehalten, Skyscraper im Hochformat. Rectangles sind rechteckige Werbeflächen innerhalb des redaktionellen Bereichs, die regelmäßig an drei Seiten von Text umgeben sind, damit sie im Lesefluss „mitgelesen" werden[73].

Daneben gibt es einige besondere Formen: etwa die Maxi Ad, die mit einer Größe von 640x480 Pixeln zentral positioniert ist. Mit dieser Anzeige können vor allem animierte GIFs[74] oder Videosequenzen in einer Internetseite eingebunden werden. Durch ihre zentrale Positionierung kann sie vom Nutzer praktisch nicht ignoriert werden. Vergleichbar dazu ist die Halfpage Ad, mit einer Größe von 300x600 Pixeln und Positionierung im redaktionellen Teil. Weiteres Pendant ist die Billboard Ad, die ein überdimensioniertes Banner in der Größe von 800x250 Pixeln darstellt[75].



Beispiele von der Internetseite stroeer.de: von links nach rechts – Maxi Ad, Halfpage Ad, Billboard Ad

Anzeigen mit erweiterten Funktionen sind durch eine Dynamik der Webseite gekennzeichnet, die den Content verschiebt oder überlagert. So ist eine Pushdown Ad laut der BVDW Werbeformenliste[76] eine Anzeige, die den Seitencontent nach unten schiebt. Dies kann durch den Nutzer manuell erfolgen oder optional automatisch Öffnen, wobei dann das Werbemittel nach maximal 7 Sekunden wieder auf seine Ursprungsgröße minimiert wird. Ähnlich ist die Banderole Ad, die sich im Querformat über den Content legt und sich nach maximal 15 Sekunden oder Klick auf den

73 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 222.

74 GIF = Graphics Interchange Format, mit der animierte Bilderfolgen dargestellt werden können, vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Graphics_Interchange_Format , zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

75 Vgl. die Werbeformenliste des BVDW und OVK, verfügbar unter http://www.werbeformen.org, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

76 Vgl. die Werbeformenliste des BVDW und OVK, verfügbar unter http://www.werbeformen.org, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

obligatorischen Schließen Button auf einen „Reminder“ reduziert sowie sich nach Klick auf diesen „Reminder“ wieder maximiert[77]. Hierhin gehört auch die Sidekick Ad, die im Ausgangspunkt ein herkömmliches Rectangle ist, das nach dem Öffnen durch Klick oder Mouseover[78] die Webseite verkleinert und nach links verschiebt, während rechts eine großflächige Werbung expandiert.

Eine weitere erweitert funktionale Anzeige ist die Baseboard Ad. Damit ist eine am unteren Rand des angezeigten Ausschnitts fest positionierte, schmale Anzeige gemeint, die den redaktionellen Teil geringfügig überlappt. Diese ist in der Regel „sticky“, d.h. sie bleibt beim Scrollen in voller Größer sichtbar. Deshalb soll ein „Schließen“-Button obligatorisch sein. Damit eng verwandt ist die Floor Ad, die ebenfalls am unteren Rand positioniert und „sticky“ ist, dabei aber entweder per se größer oder expandierend ist, sodass hier Animationen bzw. Videos eingefügt werden können.

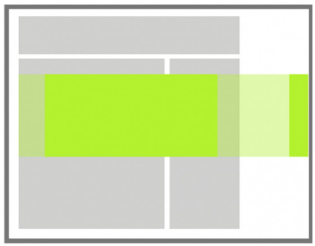
Beispiel[79] *für eine Pushdown Ad in den verschiedenen Anzeigestufen – A = Standardbanner, B = expandiertes Banner*

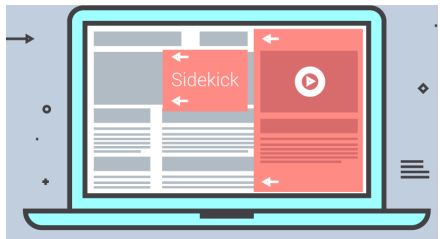
77 Vgl. die Werbeformenliste des BVDW und OVK, verfügbar unter http://www.werbeformen.org, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

78 Mouseover (oder auch Rollover) ist ein Gestaltungselement auf Webseiten. Ein in den HTML -Code integriertes JavaScript -Element bewirkt, dass sich ein bestimmtes Element auf einer Webseite (meistens grafisch) verändert, falls der Benutzer mit der Maus über das Objekt fährt, vgl. https://www.e-teaching.org/materialien/glossar/mouseover, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

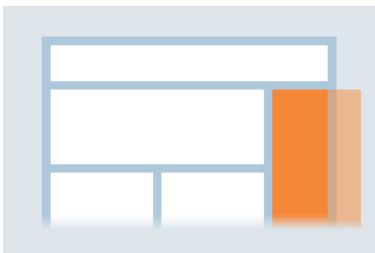
79 Quelle: https://support.google.com/richmedia/answer/7026299?hl=en, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

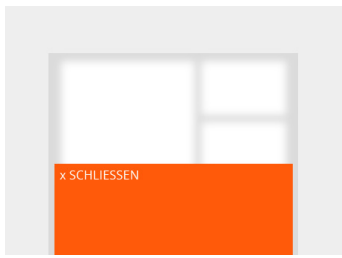
https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb





Beispiele für eine Banderole Ad[80] *mit „Reminder" am rechten Rand, linke Abbildung, und für eine Sidekick Ad*[81] *im expandierten Zustand, rechts*





Beispiele für eine Sitebar Ad[82] *mit angedeuteter Expansion, links, und eine Floor Ad*[83] *mit obligatorischem „Schliessen"-Button, rechts*

80 Quelle: http://www.urban-media.com/werbemittel/banderole-ad.html, abgerufen am: 16.8.2017.
81 Quelle: https://www.bannersnack.com/blog/iab-display-rising-star-ads/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.
82 Quelle: http://www.adtargeting.de/formate/, abgerufen am: 16.8.2017.
83 Quelle: https://www.stroeer.de/digitale-werbung/kreation/werbeformen/online/floor-ad.html, abgerufen am: 16.8.2017.

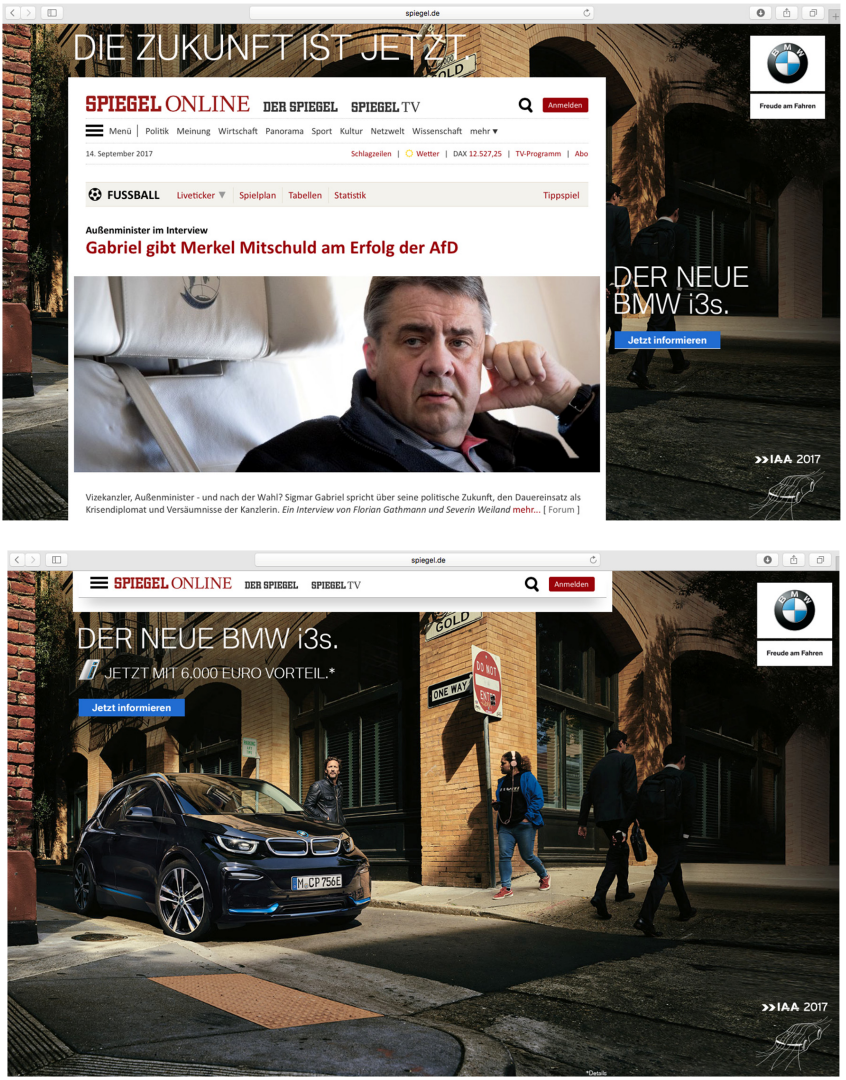
https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beispiel einer optisch ausgefallenen Baseboard Ad[84] *für Leibniz Butterkekse auf wetter.com*

Es bestehen daneben noch weitere anbieterspezifische Anzeigenformen, die an dieser Stelle mangels Übersichtlichkeit nicht dargestellt werden können. Aufgrund der Multimedialität und Programmierungsmöglichkeiten ist der Fantasie der Webseitengestalter im Grunde genommen keine Grenze gesetzt.

84 Abrufbar unter http://www.markuskroetz.de/portfolio/projects/advertising/baseboard_bahlsen/, abgerufen am: 16.8.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

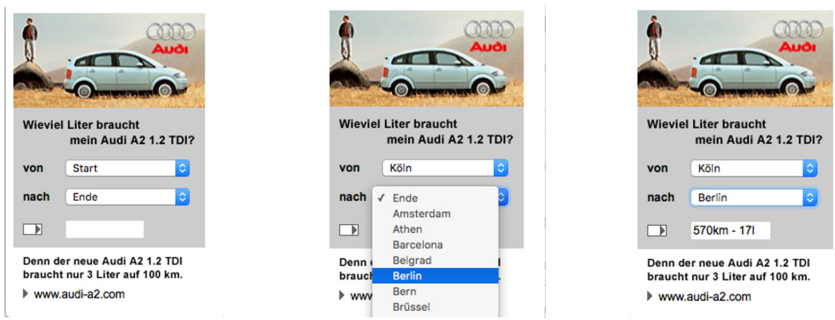


Beispiel einer Werbung[85] *für den BMW i3s bei Spiegel Online bei dem zunächst der gesamte Content in die Anzeige eingebettet ist, siehe oben, und bei Herunterscrollen zeitweise der gesamte Bildschirm für die Werbung genutzt wird, siehe unten*

85 Abgerufen am 14.9.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Rahmen der konkreten Ausgestaltung dieser Anzeigenformen lassen sich zuletzt statische, animierte und interaktive Anzeigen unterscheiden. Hierzu lassen sich auch sog. Rich Media Anzeigen und Nanosite Ads zählen[86]. Unter Rich Media versteht man dabei die Einbindung von Video-, Audio- und Animationselementen in ein und derselben Anzeige, die früher regelmäßig durch die Software Adobe Flash ermöglicht wurde[87]. Nanosite Ads sind kleine selbständige Webseiten, die in der Anzeigenform integriert sind – mit dem Vorteil, dass der Nutzer nicht erst durch Anklicken der Anzeige eine neue Internetseite aufrufen muss, sondern in der aktuellen Seite interagieren kann[88].



Beispiel für eine Nanosite[89] zur Verbrauchsberechnung des Audi A2: links die Ausgangsanzeige, in der Mitte die Möglichkeit der Eingabe durch den Nutzer, rechts das interaktive Ergebnis

Allen klassischen Anzeigen ist gemein, dass sie zumindest in minimierter Form bei der vom Webseitenprogrammierer intendierten Fassung ohne weiteres Zutun des Nutzers angezeigt werden. Es bedarf also keiner aktiven Handlung des Nutzers, damit diese Werbung zumindest teilweise in seine Wahrnehmung gelangt. Vielmehr ist es bei vielen, vor allem automatisch expandierenden Anzeigenformen so, dass der Nutzer die invasive Werbeform aktiv schließen oder minimieren muss, wenn er nicht den

86 Vgl. die Aufzählung bei https://www.teialehrbuch.de/Kostenlose-Kurse/Marketing/15318-Formen-der-Internetwerbung.html, abgerufen am: 16.8.2017.
87 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Rich_Media, abgerufen am: 16.8.2017.
88 Vgl. http://www.itwissen.info/Nanosite-nanosite.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.
89 Abgerufen von https://www.mediensprache.net/de/werbesprache/internet/formen/banner.aspx, am: 16.8.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ablauf einer bestimmten Zeitspanne abwartet. Diese Formen gehören zu den im weiteren Verlauf als dynamische Werbeformen bezeichneten Werbeanzeigen.

Jedenfalls kann sich der Nutzer nicht ohne aktives Zutun der Werbung ganz entziehen. Ihm bleibt bei „normalem" Genuss der Webseite nur die eher theoretische Möglichkeit die Werbung nicht anzusehen, sondern den Blick auf andere Elemente zu richten. Jedoch wird eine grafisch auffällige Werbeanzeige immer – mindestens unbewusst[90] – vom Internetnutzer wahrgenommen. Daraus erklärt sich zum einen eine hohe Effektivität der Anzeigen, gleichsam aber auch eine starke Gefahr, dass sie als belästigend aufgefasst werden.

(ii) Pop-Ups und Layer Ads

Unter Pop-Up Werbung versteht man das automatische Öffnen eines neuen Fensters bei Aufruf einer Internetseite, das den Blick auf die eigentlich angesteuerte Internetseite versperrt und damit die ungeteilte Aufmerksamkeit beansprucht[91]. Diese Fenster waren klassischerweise neue Browserfenster, die sich in den Vordergrund drängten. Mittlerweile können auch innerhalb der geöffneten Webseite überlagernde Fenster geöffnet werden – ähnlich der oben dargestellten Banderole Ad. Dies wird auch als Layer Ad (oder schlicht als Layer) bezeichnet und ist in der oben eingeblendeten OVK-Liste als Standardwerbeform enthalten[92]. Die Pop-Ups oder Layer Ads können dabei in beliebiger Größe ausgeliefert werden – sie können den gesamten Bildschirm einnehmen oder nur einen geringfügigen Seitenbereich.

Eine Abwandlung stellt die Pop-Under Werbung dar. Dabei wird ein neues Browserfenster geöffnet, das allerdings nur im Hintergrund geöffnet wird. Erst bei Schließen des/der Hauptfenster kommt das Pop-Under Fenster in den Blick und muss dann auch geschlossen werden. Ziel dieser Werbung ist es, dass der Nutzer beim eigentlichen Internetkonsum nicht gestört wird, aber im Nachgang die Werbung in sein Bewusstsein tritt und

90 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 217.
91 Solmecke/Kocatepe, Recht im Online-Marketing, S. 406.
92 Layer werden auch in der BVDW Werbeformenliste beschrieben mit den Worten: „legt sich über den Content, ein Schließen Button ist obligatorisch".

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

er sich dadurch unter Umständen noch die Zeit nimmt, die Werbung mit erhöhter Aufmerksamkeit zu rezipieren[93].

Der Gestaltung sind auch hier kaum Grenzen gesetzt. Die Pop-Ups & Co. können auch zur Eigenwerbung eingesetzt werden, indem besondere Produkte oder Seitenbestandteile angepriesen werden. Regelmäßig wird aber Fremdwerbung transportiert[94]. Wollte man einen Vergleich zu den analogen Printmedien ziehen, wären diese Werbeformen am ehesten mit Werbeeinlagen oder Booklets zu vergleichen, die dem Leser beim Blättern in die Hand geraten und so Aufmerksamkeit beanspruchen. Da ein besserer Vergleich nicht erkennbar ist, handelt es sich bei Pop-Up Werbung um ein Spezifikum des Internetwerbemarkts.

Wie bei den klassischen Anzeigen im Internet ist auch bei Pop-Ups und Layern der Nutzer der Werbeausspielung ausgeliefert. Er muss bei Ausspielung dieser Werbeformen oft aktiv werden und diese aktiv schließen, um die Internetseite in Gänze wahrnehmen zu können. Wenn er nicht selbst die Anzeige schließen muss, muss regelmäßig eine gewisse Zeit abgewartet werden, bis die Anzeige verschwindet.

Aufgrund dieser Aggressivität der Aufmerksamkeitserregung werden Pop-Ups und Co. von vielen Internetnutzern als störend empfunden. In einer öffentlich zugänglichen Umfrage aus dem Jahr 2009 empfanden 60% der Befragten Pop-Ups und Layer als „extrem störend", 15% als „sehr störend" und 10% als „etwas störend"[95]. Diese Werbeformen sind deshalb mehrheitlich negativ konnotiert.

(iii) Interstitial und Prestitials

Unter einem Interstitial versteht man nach der BVDW Werbeformenliste eine vollflächige Werbeunterbrechung zwischen zwei Landingpages einer Website[96]. Das bedeutet, dass während des Surfens auf einer Webseite nach Klick auf einen Link zu einer Unterseite eine Werbung zwischengeschaltet wird. Als praktisches Beispiel stelle man sich vor, dass man auf der Startseite eines Nachrichtenportals einen interessanten Beitrag findet und nach

93 Solmecke/Kocatepe, Recht im Online-Marketing, S. 409.
94 Vgl. Solmecke/Kocatepe, Recht im Online-Marketing, S. 405.
95 https://de.statista.com/statistik/daten/studie/72486/umfrage/akzeptanz-von-pop-up-werbung-und-layer-werbung-in-2009/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.
96 Vgl. die Werbeformenliste des BVDW und OVK, verfügbar unter http://www.werbeformen.org, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Klick auf die Überschrift des Beitrages der gesamte Bildschirm für einige Sekunden von Werbung in Beschlag genommen wird, bevor man endlich zum gewünschten Beitrag weitergeleitet wird. Dies ist im weitesten Sinne vergleichbar mit einer „1-Spot-Werbeeinblendung" im TV.

Eine ähnliche Werbeform ist das Prestitial. Einziger Unterschied ist die zeitliche Abfolge der Werbung. Beim Prestitial erfolgt die Werbung vor Anzeige der Startseite. Für diese Werbeformen gilt hinsichtlich Gestaltung und Nutzeraktivität dasselbe wie bei den vorgenannten Werbeformen.

(iv) In-Text

Bei In-Text Werbung erfolgt eine Markierung von bestimmten Schlüsselworten im Text einer Webseite. Bei Mouseover öffnet sich dann ein Layer, das sich entweder bei Verlassen des Worts oder Layers mit dem Cursor automatisch schließt oder manuell geschlossen werden muss[97].

In-Text Werbung gehört deshalb im weitesten Sinne zu den Pop-Up Werbungen, auf die insoweit verwiesen wird. Die Schlüsselworte an sich haben meist noch keine Werbewirkung, sondern sind nur vom Text deutlich gestalterisch abgesetzt.

97 Vgl. die Werbeformenliste des BVDW und OVK, verfügbar unter http://www.werbeformen.org, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beispiel für eine In-Text Werbung[98] *mit aktivierten Schlüsselworten, oben, und geöffnetem Layer nach Mouseover über eines der Schlüsselworte, unten*

Mit dieser Werbeform lässt sich im Idealfall eine kontextbasierte Werbung erreichen, indem man gewisse Schlüsselworte mit dazu passenden Werbeanzeigen verknüpft. Gerade wenn aber – wie im obigen Beispiel – kein automatisches Schließen des Layers vorgesehen ist, hat diese Werbeform eine erhebliche Belästigungstendenz. Dies liegt daran, dass erfahrungemäß viele Nutzer mit dem Cursor „mitlesen". Dann unterbricht das sich öffnende Layer aber erheblich den Lesefluss, weil es dann regelmäßig den weiteren Text verbirgt.

Die In-Text Werbung unterscheidet sich von den vorgenannten Pop-Ups im engeren Sinne im Grundsatz dadurch, dass hier die Werbung nicht automatisch ausgespielt wird. Hier ist vielmehr eine aktive Handlung des Nutzers notwendig. Wenn er an diese Werbeform gewohnt ist und ein

98 Abgerufen unter http://www.cash4webmaster.de/intext-werbung.php, am: 17.8.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Mouseover vermeidet, kann er auch bei programmierter Werbung eine Ausspielung verhindern. Damit nimmt die In-Text Werbung eine gewisse Sonderstellung innerhalb der browserbasierten Werbeformen ein.

(v) Video- und Audiowerbung im Stream

Nicht mehr wegzudenken aus dem Internet ist Werbung durch Videos. Spätestens mit dem Aufstieg von YouTube und der einfachen Integration von Videos in Webseiten sind kurze Clips allgegenwärtig. Videos können Gestaltungsinhalt der oben genannten Werbeformen sein. Der Internetnutzer begegnet beizeiten auch Audio-Sequenzen beim Surfen. Dies kann dann von einigem Erschrecken begleitet sein, wenn diese Sequenz automatisch beginnt und dann ein stiller Raum plötzlich mit einer Werbebotschaft beschallt wird. Dasselbe gilt natürlich für automatisch startende Videos.

An dieser Stelle soll aber nicht auf diese Ausgestaltungen von „In-Page"-Werbeformen eingegangen werden, sondern auf die Werbeformen beim Streamen von Videos und Audio-Sequenzen. Der OVK unterscheidet hierbei nach linearer und nicht linearer Werbung. Linearität bedeutet dabei, dass – ausgehend von einer linearen Zeitleiste – die Werbung an bestimmten Stellen anstatt des eigentlich gewollten Inhalts abgespielt wird. Die Linearität fehlt demnach, wenn Werbung parallel zum eigentlichen Content sichtbar ist[99].

Innerhalb der linearen Werbung unterscheidet der OVK nach Pre-Roll, Mid-Roll und Post-Roll, je nachdem ob die Werbung vor dem Abspielen, in der Mitte oder danach platziert ist. Am geläufigsten ist dabei wohl die Pre-Roll Werbung, bei der regelmäßig vor dem Abspielen des gewünschten Videos ein Werbespot platziert wird. Dieser wird oft nach einer kürzeren Zeit mit der Möglichkeit zum Überspringen versehen. Mid-Roll kann bei mehreren kürzeren Videos ein zwischengeschalteter Werbespot sein oder bei längeren Videos eine Werbeunterbrechung wie beim Fernsehen. Bei einer Post-Roll Werbung dürfte in der Regel davon auszugehen sein, dass hier die Aufmerksamkeit des Nutzers nicht mehr groß ist und er den Stream abbricht. Post-Roll Werbung entspricht also dem Abspann eines Films. Lineare Werbung ist bei YouTube und beinahe allen für den Nutzer kostenfreien Multimediaportalen Standard. Auch bei Musikstreamingdiensten wie Spotify ist dies im Rahmen der kostenfreien

99 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 220.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nutzung üblich. Im Folgenden werden diese Formen auch im Weitesten Sinne mit Pre- und Interstitials gleichgesetzt, weil sie ebenfalls Vorspann- bzw. Unterbrechungswerbung darstellen, wenn auch regelmäßig auf den Videoframe begrenzt.

Als nicht lineare Werbung stuft der OVK zuvörderst Branded Player und Overlay Ads ein. Dabei stellt ein Branded Player sozusagen einen Bilderrahmen dar, in den das gestreamte Video eingebettet ist. Praktisch ist dies eine Sonderform der klassischen Anzeige. Eine Overlay Ad hingegen ist ein Banner oder Layer, das im Bereich des Videos positioniert ist.

Als weitere nicht lineare Formen nennt der OVK noch die „On-Air-Promotion", das „Infomercial" und das „Presenting". Bei diesen Formen wird die Werbung in den redaktionellen oder dramaturgischen Ablauf des Video bzw. der Audio-Sequenz eingebaut. Hier bestehen keine Unterschiede zu den entsprechenden Werbeformen im Rundfunk. Als Teil des Contents sind diese Werbeformen in einer besonders festen Beziehung zum Inhalt und sind vor allem statisch, d.h. sie können nicht ausgewechselt werden. Die davor genannten In-Stream Werbeformen hingegen sind dynamisch und können jederzeit geändert oder ausgetauscht werden.

Auch bei dieser In-Stream Werbung mit Videos und Audio-Sequenzen befindet sich der Nutzer in der Situation, dass ihm gegenüber die Werbung ohne sein Zutun ausgespielt wird. Er muss insbesondere lineare Werbung oft zumindest teilweise wahrnehmen, wenn er das Streamingangebot wahrnehmen möchte. Bei nicht linearen Werbeformen kann der Nutzer nur bei Overlay Ads aktiv die Anzeige durch Schließen unterbinden, was er regelmäßig tun wird, um den gesamten Videobereich ohne Einschränkung zu sehen. Die übrigen nicht linearen Werbeformen sind hingegen regelmäßig fester Bestandteil der Streamingangebote.

(vi) Werbender Content

Eine weitere Werbeform ist die werbliche Ausgestaltung des Contents. Hierhin gehören im Prinzip alle Internetseiten, die ein Unternehmen selbst erstellt oder pflegt, um damit auf die eigenen Produkte und Dienstleistungen hinzuweisen. Auch dazu gehören solche redaktionellen Inhalte, die auf Drittseiten die Produkte eines Unternehmens anpreisen. Dies können Nachrichtenseiten oder Blogs sein, die positiv berichten.

Vor allen Dingen kommen hier Internetportale in Betracht. Bei Bewertungsportalen etwa bestehen einerseits Möglichkeiten besonders herausgehobene Stellungen oder Empfehlungen beim Portalbetreiber gegen Zah-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lung zu erlangen. Andererseits können Bewertungen manipuliert werden, indem etwa „Fake-Bewertungen" gefördert werden. Bei sonstigen themengebundenen Portalen kann sich der Werbende zudem als normales Mitglied anmelden und dort unter seinem Unternehmenskennzeichen bzw. seiner Marke Beiträge einpflegen, z.B. das Bereitstellen von Rezeptideen durch einen Nahrungsmittelproduzenten auf Rezeptportalen[100].

Die Besonderheit an diesem Content-Marketing ist, dass die Werbung zentrales Merkmal des Contents ist. Dies entspricht also in der analogen Welt den klassischen Produktkatalogen oder Marketingmaterialien. Der Internetnutzer weiß genau bei Besuch der eigenen Seiten eines Unternehmens, dass hier eine werbliche Zwecksetzung vorliegt. Andererseits entsprechen die vorgenannten Portale etwa Fachzeitschriften. So ist dem Leser der „Auto Motor und Sport" bekannt, dass hier über bestimmte Autos berichtet wird und die Automobilhersteller dafür regelmäßig Probewagen zur Verfügung stellen. Bei den Portalen steht auch der Informationscharakter bzw. die Unterhaltungswirkung im Vordergrund, wobei regelmäßig mit der Beeinflussung durch die Anbieter auf die eine oder andere Art zu rechnen ist.

Der Nutzer muss diese Werbeseiten aber wiederum aktiv ansteuern. Das unterscheidet werbenden Content ganz entscheidend von den oben genannten aktiven Werbemitteln.

(vii) Sonderfall: Suchmaschinenmarketing

Suchmaschinen sind außergewöhnliche Webseiten, die sozusagen das Tor zur weiten Welt des Internets darstellen. Selbstredend wird auch auf diesen Webseiten Marketing betrieben. Suchmaschinenmarketing ist dabei der Oberbegriff für die Instrumente Suchmaschinenwerbung (SEA = search engine advertising) und Suchmaschinenoptimierung (SEO = search engine optimization)[101]. Besondere Bedeutung hat das Suchmaschinenmarketing, weil Suchmaschinen wie Google oder Bing regelmäßig als Startseiten in Browsern vorinstalliert sind und deshalb sowie aus Praktikabilitätsgründen in so gut wie jeder Internetsitzung benutzt werden. Schließlich wird bei der Suche nach Informationen nur äußerst selten die korrekte URL von Webseiten im Browserfeld angegeben. Vielmehr hat

100 Vgl. Beispiel: Hochland auf chefkoch.de bei Solmecke/Kocatepe, Recht im Online-Marketing, S. 45.

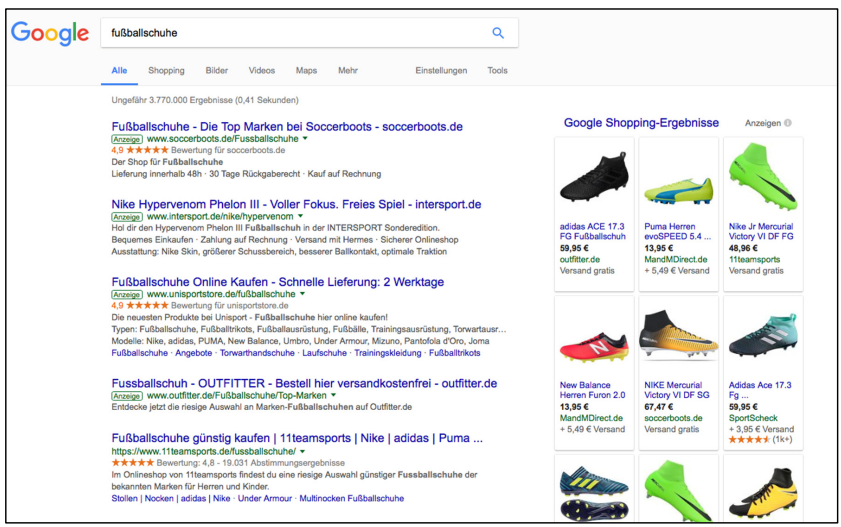
101 Kammerzelt/Wimmer, Online-Marketing, S. 97.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich das schlagwortartige Durchsuchen des Internets mittels Google o.Ä. praktisch zur Methode des Internetsurfens entwickelt.

Aus dieser enorm wichtigen Bedeutung der Suchmaschinen folgt ein überragend hohes Besucheraufkommen. Deshalb sind zwei Möglichkeiten gegeben, sich diesem breiten Publikum zu präsentieren. Einerseits kann in klassischer Weise Fläche für die Werbung gekauft werden. Dies ist Suchmaschinenwerbung. Andererseits kann das Ziel verfolgt werden, bei der nutzerseitigen Eingabe von bestimmten Begriffen in die Suchmaschine eine möglichst hohe Platzierung in den Ergebnissen zu erreichen. Dafür dient Suchmaschinenoptimierung.

Suchmaschinenwerbung, teils auch Keyword Advertising genannt, stellt die Einblendung bezahlter Ergebnisse in Abhängigkeit eines vom Nutzer eingegebenen Suchbegriffs dar[102]. Für SEA über Google stellt das Unternehmen unter anderem das Werbetool „AdWords" zur Verfügung.



<u>Beispiel</u> einer Google-Suchanfrage[103] für „Fußballschuhe" – die ersten vier Ergebnisse sind Anzeigen, erst an fünfter Stelle erscheint ein Suchergebnis im engeren Sinne; am rechten Rand sind „Google Shopping-Ergebnisse", ebenfalls zum Teil Anzeigen

102 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 268.
103 Abgerufen am 23.8.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Solche SEA-Einblendungen werden als „Anzeige" deklariert, damit der Nutzer diese auch als bezahlte Werbung identifizieren kann. In gestalterischer Hinsicht ist hier allein eine Textwerbung möglich – bestehend aus Überschrift und kurzem Erläuterungstext. Diese Werbung wird dann bestimmten Keywords zugeordnet. Die konkrete Ausspielung der Werbung wird durch einen Algorithmus des Suchmaschinenanbieters gelenkt[104].

Nach demselben Prinzip funktionieren die „Product-Listing-Ads", also Text-Bild-Anzeigen mit direkter Verlinkung auf einen Webshop[105]. Weiterhin sind Erweiterungen der Textwerbung um bestimmte Elemente möglich.

Suchmaschinenwerbung stellt damit eine klassische Anzeige dar, die für das Layout von Suchmaschinen angepasst und optimiert wurde. SEA ist damit im Ausgangspunkt mit klassischen Anzeigen auf Webseiten gleichzustellen.

Im Unterschied dazu ist Suchmaschinenoptimierung keine Anzeigenwerbung, sondern vielmehr eine Methode zur Verbesserung des eigenen Contents, sodass er vom Algorithmus der Suchmaschine bei bestimmten Suchwörtern bevorzugt dargestellt wird. Hier wird auch keine Zahlung an Google als Werbeplatzanbieter geleistet. Vielmehr kann jeder Webseitenbetreiber selbst oder durch spezialisierte Dienstleister versuchen, bestimmte Kriterien zu erfüllen, die ein Algorithmus regelmäßig prüft und bei deren Vorliegen eine höhere Platzierung erfolgt. Dafür bilden neben anderen Kriterien ganz maßgeblich „Keywords" die Grundlage. Hinzu kommen die Domainnamen, Verlinkungen mit anderen Seiten („Backlinks") und die Besucherzahlen[106].

SEO stellt somit eine „verlängerte" Content-Werbung dar, der sich der Nutzer nicht entziehen kann, wenn er nicht auf die Suchmaschine verzichten möchte. Andererseits wird ihm durch die „Keyword"-basierte Optimierung diese Art der Content-Förderung nur selten auffallen, weil er ja gerade nach bestimmten Begriffen sucht. Die Anzeige von suchmaschinenoptimierten Inhalten setzt deshalb wiederum ein aktives Handeln des Nutzers voraus.

---

104 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 271.

105 Kammerzelt/Wimmer, Online-Marketing, S. 97; https://www.ranksider.de/talk/google-shopping-nicht-mehr-kostenlos-doch-noch-immer-effektiv, zuletzt abgerufen am: abgerufen; im oberen zu Fn. 99 dargestellten Screenshot als Google Shopping-Ergebnisse gelistet.

106 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 273ff..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(viii) Sonderfall: Soziale Netzwerke, v.a. Facebook

Soziale Netzwerke wie Facebook, Twitter, Instagram & Co. sind zum integralen Bestandteil des Internetkonsums von vielen Menschen geworden. Der regelmäßige Besuch von mindestens einem der Social-Network-Channels ist für viele Menschen eine Selbstverständlichkeit. Obwohl hier eine starke Verbreitung der Nutzung über mobile Geräte und die dazu passenden Apps zu beobachten ist, halten die sozialen Netzwerke ganz überwiegend auch „normale" Internetseiten vor, die in Browsern geöffnet werden.

Soziale Netzwerke gehören zu dem Überbegriff der sozialen Medien und sind solche, bei denen eine vielseitige Interaktion von einer Vielzahl von Menschen gleichzeitig möglich ist[107]. Das besondere Merkmal von sozialen Netzwerken im hier verstandenen Sinne ist ein Newsfeed oder ein „Stream", der dem Nutzer aufgrund der eigenen Abonnements oder persönlichen Verbindungen Beiträge anzeigt.

Soziale Medien, die über keinen Newsfeed verfügen, sind dazu in Abgrenzung lediglich als moderne Kommunikationsformen anzusehen. Sie sind sozusagen die aktuellste Evolutionsstufe der menschlichen Punkt-zu-Punkt Kommunikation – ausgehend vom klassischen Gespräch, über Telefonie hin zu Messenger Diensten wie WhatsApp oder Snapchat. Diese sozialen Medien werden weitestgehend auf mobilen Endgeräten (wiederum etwa WhatsApp oder Snapchat) oder auf PCs in besonderer Software genutzt (etwa Skype). Deshalb wird an der entsprechenden Stelle näher auf solche soziale Medien eingegangen. Soweit unter die sozialen Medien auch Webseiten wie Blogs, Foren, Wikis oder Bewertungsportale gefasst werden[108], so ergibt sich kein Unterschied zu den oben dargestellten „normalen" Webseiten.

Beispielhaft wird zunächst auf das soziale Netzwerk Facebook näher eingegangen. Facebook ist als eines der meist frequentierten sozialen Medien[109] zum Mikrokosmos des Internetwerbemarkts geworden. Auf dieser Plattform ist nämlich einerseits eigenes Content-Marketing über Facebook-Seiten möglich, also sozusagen eine Mini-Homepage im sozialen

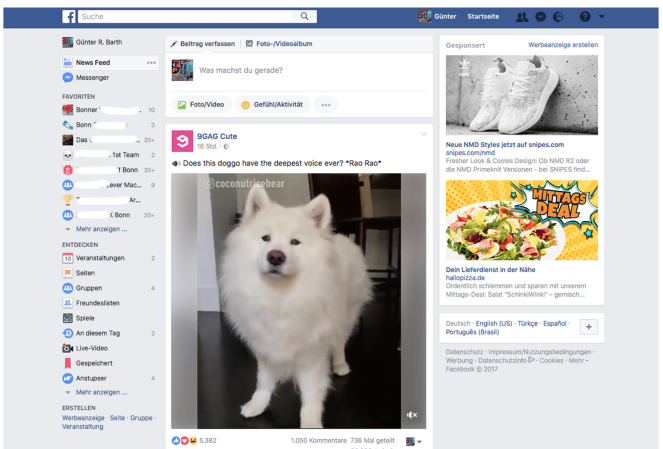
107 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 249f..

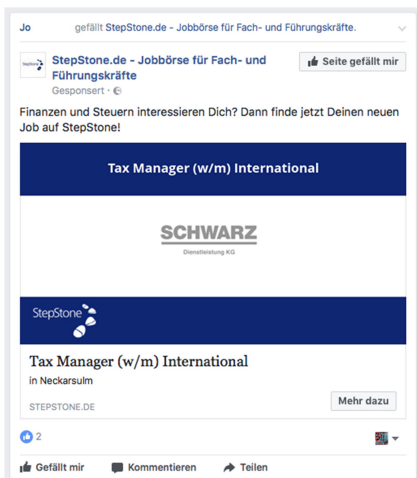
108 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 250f..

109 Laut einer öffentlich zugänglichen Studie hatte Facebook im April 2019 2,375 Mrd. monatlich aktive Nutzer, https://allfacebook.de/toll/state-of-facebook, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019; davon 32 Mio. aus Deutschland, https://allfacebook.de/zahlen_fakten/offiziell-facebook-nutzerzahlen-deutschland, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Netzwerk. Andererseits ist auch aktive Werbung möglich, indem entweder an bestimmten Stellen klassische Anzeigen geschaltet werden oder durch bezahlte Werbung eine Anzeige im Newsfeed des Nutzers positioniert wird. Dabei wird Werbung bei Facebook als „gesponsert" deklariert.





Beispiele aus dem Facebook Feed des Autoren[110]*: „gesponserte" klassische Anzeigen am oberen rechten Rand der Seite, Screenshot oben, und „gesponserter" Content im Newsfeed, Ausschnitt unten*

110 Abgerufen am 18.8.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Für die Werbeformen des Content-Marketings und der klassischen Anzeigen (sog. „rechte Spalte“[111]) gelten auf Facebook keine Besonderheiten zum übrigen Werbemarkt im Internet. Während die Konfrontation mit Content von Werbenden auch hier irgendeine aktive Handlung des Nutzers (z.B. Aufrufen von Seiten oder Drücken des „Gefällt mir“-Button mit Abofunktion) bedarf, wird die rechtsseitige Anzeige ohne weiteres Zutun geschaltet.

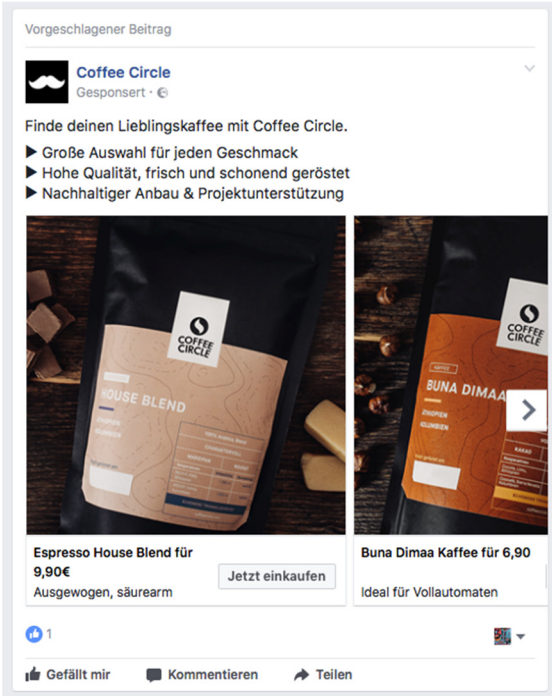
Eine Besonderheit stellt dagegen Werbung im Newsfeed dar. Der Newsfeed wird durch Content von anderen Mitgliedern oder Facebook-Seiten mit Hilfe eines bestimmten Algorithmus gespeist[112]. Dabei wird regelmäßig ein „gesponserter“ Beitrag eingespeist, der nichts anderes als eine Werbeanzeige ist. Diese gesponserten Beiträge kommen in zwei Ausgestaltungen vor: zum einen wird dem Nutzer einleitend mitgeteilt, dass einem „Facebook-Freund“ eine bestimmte Seite gefällt und deshalb dem Nutzer jetzt gerade ein Beitrag von dieser Seite angezeigt wird[113]; zum anderen gibt es Beiträge im Newsfeed, die als „vorgeschlagener Beitrag“ bezeichnet sind – wie die nachfolgend eingeblendete Anzeige.

111 Vgl. Palme, Facebook-Marketing, S. 183.

112 Zu den Hintergründen des Algorithmus vgl. http://t3n.de/news/facebook-newsfeed-algorithmus-2-577027/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

113 Vgl. Screenshot oben, Fn. 106.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb



Beispiel aus dem Facebook Feed des Autoren[114]

Die zweite Alternative stellt dabei eine eindeutigere Werbung dar. Bei der erstgenannten Ausgestaltung lehnt sich Facebook hingegen an einen von einem „Facebook-Freund" geteilten, kommentierten oder ihm gefallenden Beitrag an. Denn regelmäßig werden solche dem sozialen Medium spezifischen Interaktionen im Newsfeed anderer Nutzer angezeigt. Deshalb legt die erste Alternative eine solche Interaktion des Freundes nahe, womit potentiell ein höheres Vertrauen in den Werbenden geweckt wird. Diese Werbeform der „gesponserten Beiträge" ist eine neue Spielform der klassischen Anzeige, die allerdings als Content-Marketing getarnt ist.

Zuletzt kann Werbung auch durch bei Facebook verbundene Personen oder Seiten (und damit nicht aktiv durch Facebook) in den Newsfeed gespeist werden. Dies ist der Fall wenn die verbundenen Personen bzw. Seiten bestimmte (werbende) Beiträge teilen oder sonstige spezifische In-

114 Abgerufen am 18.8.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

teraktionen vornehmen. Dies stellt dann aber wiederum reines Content-Marketing dar, weil hier der Nutzer durch die Verbindung mit der Seite oder der Person auch eine solche werbliche Interaktion billigt.

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Anzeigen bestehen diverse Handlungsmöglichkeiten, die aber durch die Gestaltungsformen von Facebook-Posts begrenzt werden. Hinzu kommen von Facebook aufgestellte Werberichtlinien, die vor Freischaltung einer Werbekampagne angewendet werden. Diese enthalten unter anderem thematische Verbote und gestalterische Anforderungen an Text-Bild-Kombinationen[115].

Weitere in der europäisch und amerikanisch geprägten Kultur stark frequentierte soziale Netzwerke, sind Twitter, LinkedIn, Tumblr, Pinterest und Instagram[116]. Soweit ein solcher Stream verwendet wird, kommen in gleicher Weise wie bei Facebook drei Alternativen für Werbung in Frage: Content, klassische Anzeige und Newsfeed Anzeige.

(ix) Fazit: Klassifizierung der browserbasierten Internetwerbung

Nach alledem lässt sich Werbung auf Webseiten aller Art in zwei große Gruppen trennen. Einerseits handelt es sich um Content-Werbung, andererseits um Anzeigen.

Content-Werbung zeichnet sich dadurch aus, dass sie auf eigenen oder fremden Webseiten und Kanälen vom Werbenden aktiv eingestellt wird, dem Nutzer aber nur dann entgegentritt, wenn er selbst zuvor auf irgendeine Weise aktiv geworden ist. Der Nutzer muss hier also willentlich eine Webseite oder auf einer Drittseite wie sozialen Netzwerken, Suchmaschinen oder Portalen eine untergeordnete Seite aufrufen, auf der die werbenden Content-Informationen dargestellt werden. Diese zweistufige und doppelpolige Aktivität ist insbesondere für die rechtliche Beurteilung dieser Art von Werbung von Bedeutung (siehe unten Ziffer IV.).

Anzeigenwerbung hingegen zeichnet sich dadurch aus, dass auf eigenen oder fremden Webseiten und Kanälen dem Nutzer andere Inhalte angezeigt werden, die er nicht willentlich und gezielt aufgerufen hat. Dabei ist der Nutzer mit isoliertem Blick auf die Anzeigen passiv, der Werbende hingegen wird (oftmals unter Einbindung Dritter) aktiv. Anzeigen zeichnen sich also durch eine einseitige Aktivität des Werbenden aus. Im Rah-

115 Vgl. Palme, Facebook-Marketing, S. 205f..

116 Siehe https://www.kontor4.de/beitrag/aktuelle-social-media-nutzerzahlen.html, zuletzt abgerufen am 30.5.2019 für Nutzerzahlen in Deutschland.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

men dieser einseitigen Aktivität haben sich diverse wirtschaftliche (siehe unten Ziffer II.) und technische (siehe unten Ziffer III.). Besonderheiten entwickelt. In rechtlicher Hinsicht bestehen Regularien, die je nach Fokus auf das „Ob" oder das „Wie" von Werbung unterschiedlich stark differenziert sind (siehe unten Ziffer IV.).

Zusammenfassend werden die Anzeigen in folgender Grafik als **Abbildung 3** nochmals dargestellt:

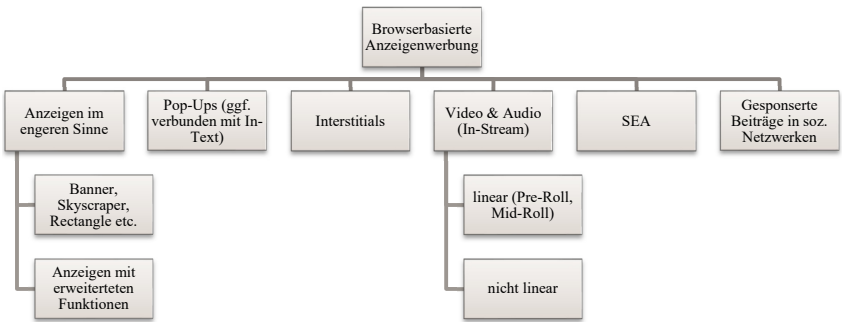


Abbildung 3: Schema browserbasierter Werbeformen

cc) Werbung in sonstigen Programmen auf PCs

Sonstige Programme auf PCs können zu allen denkbaren Zwecken eingesetzt werden. Als häufige Softwareprogramme (außer Internetbrowser und Mailprogramme) kommen dabei in nicht abschließender Aufzählung Textverarbeitungs-, Antiviren-, Kommunikations-[117], Streaming-[118] und sonstige Dienstprogramme[119] sowie Computerspiele in Betracht. Bei allen solchen Programmen ist es möglich, Werbung zu integrieren. Dies kann insbesondere durch die Implementierung von Werbeflächen ähnlich der browserbasierten Anzeigenformate erfolgen. Andererseits können Werbebotschaften auch fest mit dem Programmablauf verbunden werden und damit der Content-Werbung entsprechen.

117 Z.B. Skype.
118 Z.B. Spotify oder sonstige Musikstreamingdienste.
119 Z.B. Adobe Acrobat Reader zur Anzeige von PDF-Dateien oder ähnliche Programme zur Anzeige bestimmter Dateiformate; Bildbearbeitung wie Adobe Photoshop; Musik- oder Fotobibliotheken wie iTunes u.v.m..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aus den vorgenannten Softwaregruppen sollen zur Verdeutlichung zwei Beispiele dienen – zunächst Streamingsoftware und sodann Computerspiele.

Bei kostenlosen Streamingprogrammen, die ohne kostenpflichtiges Abonnement genutzt werden, wird regelmäßig In-Stream-Werbung in Form von Pre-Roll und Mid-Roll Werbeclips eingesetzt. Hinzu kommt die Möglichkeit der Einbindung von Bannern etc. in die Programmoberfläche, die ähnlich wie Webseiten wirken. Es bestehen in diesem Fall keine ersichtlichen Unterschiede zu Werbung auf Webseiten.

Bei Computerspielen dagegen wird Werbung mitunter fest mit der Spielhandlung verbunden. Diese statische In-Game-Werbung entspricht in manchen Fällen einer absichtlichen Produktplatzierung in Spielfilmen, ist teils aber auch schlichte Ausprägung der möglichst realitätsnahen Simulation (etwa bei Sportspielen, die möglichst originalgetreu auch die Werbung von Trikots, Rennwagen etc. nachbilden). In diesen Fällen gehört die Werbung zur Spielidee, sozusagen zum Content des Spiels. Jedoch ist auch bei (Online) Computerspielen mittlerweile eine Inklusion aktueller Werbung möglich[120]. Dies etwa durch Schaltung aktueller Werbung auf im Spielfluss eingeblendeten Werbetafeln.

120 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/In-Game-Werbung, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beispiel[121] *einer aus aktuellem Anlass eingefügten In-Game-Werbung für die Blu-Ray eines Spielfilms innerhalb des Computerspiels „Battlefield 2124"*

Diese Werbung entspricht wiederum einer klassischen Anzeige. Sie kann zeitlich und räumlich ausgewechselt werden und ist nicht fest mit der Spielprogrammierung verbunden. Ein Unterschied zu Werbung auf Internetseiten besteht aber darin, dass hier der Nutzer aktiv das Spiel begonnen hat und unter Umständen sogar aktiv die Spielsituation mit der Werbung herbeigeführt hat – unabhängig, ob die Werbung jetzt statisch oder aktuell eingebunden wird. Für Computerspiel-Werbung kann also nicht dieselbe Abgrenzung hinsichtlich der Aktivität von Werbendem und Nutzer gelten wie bei Webseiten.

Eine Unterscheidung zwischen Anzeigen und Programmidee (bzw. Content) muss bei Computerspielen im Konkreten und PC-Software im Generellen deshalb danach vorgenommen werden, ob die konkrete Werbung ursprünglich mit dem vorgesehenen Ablauf verbunden war (also statische Werbung) oder nur die Werbefläche fest programmiert und die Inhalte austauschbar sind (also ein Platzhalter für aktuelle Werbung). Da-

121 http://blog.sponsoo.de/ingameadvertising/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit können durchaus Unterschiede in der rechtlichen Beurteilung von Werbung in Softwareprogrammen zu jener auf Webseiten bestehen.

dd) Maßgeblichkeit im Zusammenhang mit Internetwerbeblockern

Bei der PC-basierten Internetwerbung und der Frage des Werbeblockens ist damit vorgreiflich schon jetzt festzustellen, dass nur bestimmte Werbeformen einer Blockade zugänglich sind. Bei E-Mails erfolgt immer ein Zugang im Postfach des Nutzers. Wie sodann innerhalb des Postfachs gefiltert wird ist weniger eine Frage des Blockens, als der Verarbeitung der Werbung durch Sortierung in Listen, z.B. Spam-Listen.

Bei browserbasierter Werbung muss Content-Werbung von der Werbeblockade unberührt bleiben, weil sonst dem Nutzer Informationen vorenthalten werden, die er gerade aufzurufen wünscht[122]. Insoweit muss sich die Werbeblockade innerhalb von Browsern allein auf Anzeigen beziehen.

Zuletzt macht bei sonstigen PC-Programmen nur dort eine Werbeblockade Sinn, wo der gewünschte Inhalt oder Programmablauf nicht gestört wird. Denn eine Leerstelle im Programmablauf oder in der (u.a. bildlichen) Darstellung würde teilweise als störender empfunden als die Werbung selbst. Hinzu kommt, dass Computerprogramme oft zu speziell sind, sodass einheitliche Blockerlösungen, die in einer Vielzahl von Computerprogrammen effektiv wirken, nur schwer vorstellbar sind.

b) Werbeformen bei mobilen Geräten

Mobile Geräte wie Smartphones, Tablets und Handhelds, aber auch E-Book-Reader oder Smartwatches unterscheiden sich von PCs im Wesentlichen durch das Anzeigenformat. Die Anwendungen für solche mobile Geräte werden genau für die Größe des Bildschirms und diese Auflösung optimiert. Dafür werden oft spezielle Apps entwickelt und von den Geräteanwendern genutzt. Diese Apps haben den Vorteil im Vergleich zu im Browser des Geräts angezeigten Webseiten, dass sie benutzerfreundlich sind und die gewünschten Informationen immer in der optimierten Seitengröße ausliefern. Bei klassischen Webseiten kann es bei der Darstellung im Mobilgerät durch eine Umskalierung dazu kommen, dass der Nutzer

122 Vgl. in diesem Kontext auch das Phänomen „Overblocking" das unter Ziffer C. I. 6. behandelt wird.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nur Ausschnitte der großen Seite auf dem kleinen Bildschirm sieht und dann „hin- und her wischen“ muss. Hinzu kommt, dass in Browsern immer die ganze Webseite geladen wird. Bei den Apps steht das Grundgerüst der Seite nach einem Download bereits fest zur Verfügung und nur die konkreten Informationen werden geladen. Dies führt zu einer schnelleren Auslieferung der Information und erspart gerade bei Nutzern, die unterwegs sind, meist kostenpflichtiges Datenvolumen.

Aus diesen Gründen sind auf mobilen Geräten Apps oft die bedeutenderen Softwareprogramme als Internetbrowser. Für die Darstellung der Werbung auf diesen Geräten wird demnach unterschieden nach In-App-Werbung (dazu aa.) und browserbasierter Werbung (dazu bb.). E-Mail-Werbung kann hier vernachlässigt werden, weil sich keine nennenswerten Unterschiede zum Empfang bei PCs ergeben.

aa) In-App-Werbung

Apps für die beiden meist verbreiteten Betriebssysteme für mobile Endgeräte – iOS von Apple und Android von Google – gibt es für alle denkbaren Anwendungszwecke. Im Januar 2015 gab es in Apples Appstore bzw. Googles Play Store ca. 1,4 Mio. mobile Anwendungen zum kostenfreien oder kostenpflichtigen Download[123]. Zu den beliebtesten und meistgenutzten Apps gehören Kommunikationsdienste, soziale Netzwerke bzw. Medien, Spiele, Online Shops, Streamingdienste, Nachrichten- und übrige Informationsportale sowie sonstige nützliche Anwendungen wie QR Scanner, Foto- und Textbearbeitungsprogramme. Wegen der Mannigfaltigkeit der Ausprägungen lässt sich natürlich nicht auf alle Einzelheiten eingehen[124].

Soweit die Apps eine Spiegelung der browserbasierten Webseite sind, wie es insbesondere bei den sozialen Netzwerken oder Suchmaschinen der Fall ist, kann hier auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Auch hier sind bei sozialen Netzwerken die gesponserten Posts zu nennen. Hinzu kommt Content-Werbung. Klassische Anzeigen wie die „rechte Spalte“ gibt es aufgrund der Auflösung der Apps regelmäßig nicht, sodass hier die „als Content getarnten“ Anzeigen die einzige klassische Werbung darstel-

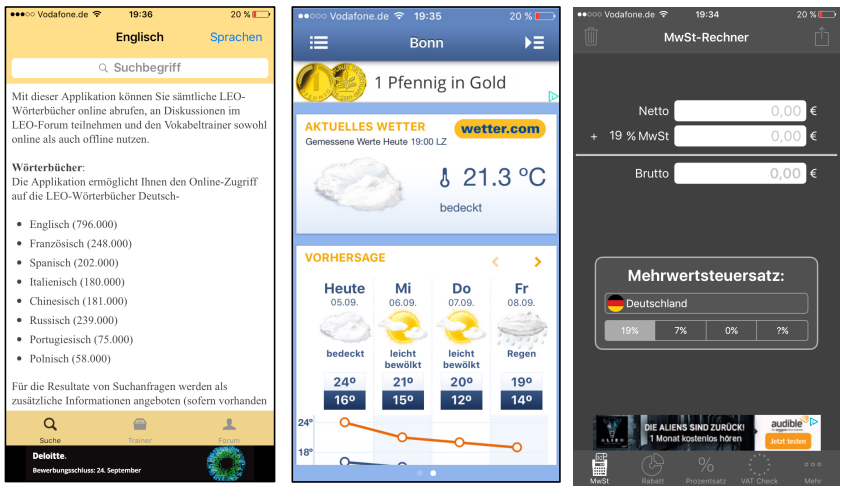
123 Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 851.

124 In diesem Zusammenhang sei auf die Dissertation von Steinmetz, Apps im Lauterkeitsrecht, verwiesen.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

len. Auch bei Suchmaschinen, die eigene Apps anbieten (so etwa Google), gelten die oben dargestellten Möglichkeiten von SEA und SEO.

Bei den übrigen Apps, die einer geräteangepassten Webseite entsprechen oder besondere Dienste erbringen, ist regelmäßig Display-Werbung wie auf Webseiten möglich. Insbesondere Banner sind bei kostenfreien Apps sehr verbreitet. Denkbar sind auch Pop Ups oder Pre-/Interstitials, die vor oder während der Nutzung der App Werbung ausspielen.



Beispiele für Bannerwerbung in den Apps Leo Wörterbuch, Wetter.com und MwSt.-Rechner, von links nach rechts

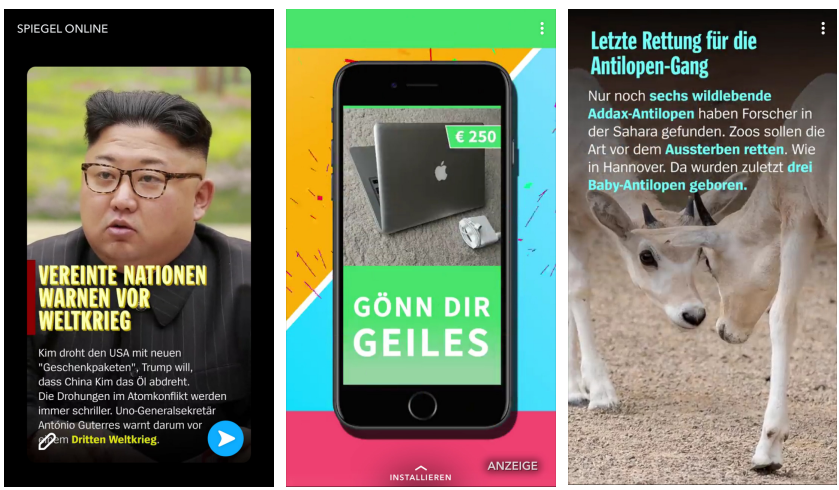
Bei Streaming Apps wie YouTube sind ebenfalls lineare Pre- und Mid-Roll Werbespots und die nicht-lineare Overlay Ads üblich. Auch hier bestehen keine Besonderheiten zur browserbasierten Darstellung. Im Großen und Ganzen sind die Unterschiede zu browserbasierten Webseiten und der dortigen Werbung deshalb marginal.

Eine Besonderheit bei den Apps stellen hingegen die Kommunikationsdienste dar. Während die meisten klassischen Chat-Apps wie WhatsApp, Facebook Messenger und Ähnliche eine bloße Vereinfachung der Punkt-zu-Punkt bzw. Gruppenkommunikation darstellen, zeigen sich in diesem Genre auch innovative Kommunikationsdienste. Besonders hervorzuheben ist dabei Snapchat. Das Prinzip von Snapchat ist, dass die Kommunikationsschnipsel („Snaps“ – also Fotos, Videos oder Texte) nur für eine beschränkte Zeit sichtbar sind. Es werden dabei zwei Modi unterschieden: zum einen die unmittelbare Kommunikation („Chat“) und zum anderen

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der „Story"-Modus[125]. Beim zweitgenannten Modus wird ein „Snap" – hier meist ein kurzes Video – mit dem eigenen Konto verbunden und ist für die im Netzwerk verbundenen Freunde 24 Stunden lang sichtbar.

Dieser „Story"-Modus wird dabei als zusätzlicher Social-Media-Kanal von Publishern und Unternehmen genutzt, um so die besondere Zielgruppe der Nutzer von sozialen Medien zu erreichen. Über diesen Weg wird Content verbreitet, der vom Adressaten aktiv aufgerufen wird. Da die meisten Publisher eine Vielzahl von „Snaps" hinterlegen, durch die sich der Nutzer klicken kann, wird hier zum Teil auch aktive Werbung geschaltet. Diese erfolgt durch werbende „Snaps" innerhalb der „Stories".



Beispiel aus der Snapchat-Story von Spiegel Online[126] mit Content links und rechts sowie einer gekennzeichneten Anzeige für eine Smartphone-App in der Mitte

Damit bettet Snapchat, ähnlich wie Facebook, klassische Werbeanzeigen in die natürliches Bedienung der App ein. Ohne die explizite Kennzeichnung der Werbung würden Anzeigen je nach Ausgestaltung sogar überhaupt nicht auffallen. Diese Anzeigen entsprechen einer Mid-Roll Anzeige bzw. einem Interstitial im In-Stream bzw. In-Page-Advertising.

125 Dieser Story-Modus wurde nach dem Erfolg von Snapchat auch bei Instagram und Facebook eingeführt.
126 Abgerufen am 7.9.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eine weitere Möglichkeit für Unternehmen mit Snapchat zu werben, ist die Erstellung und Einbindung eines Filters oder sonstigen Foto-/Videoeffekts. Ein Umstand für den Erfolg von Snapchat ist die schier unendliche Gestaltungsmöglichkeit von Fotos und Videos durch Filter, Effekte und Einblendungen. Diese Bild- bzw. Videobearbeitungselemente können dabei rein gestalterischer Natur sein. Hier bietet sich aber auch die Möglichkeit Elemente mit Werbebotschaft zur Verfügung zu stellen und damit eine nutzergenerierte Werbekampagne zu initiieren.

Beispiel eines Snapchat-Filters von H&M[127]*, der vom Autor auf ein beliebiges Foto gesetzt wurde*

Hier zeigt sich besonders die Innovation von Snapchat für den Werbemarkt. Diese Werbung erinnert bei rein optischer Betrachtung einer Overlay Ad bei Videostreams. Betrachtet man aber die Ausspielung der Werbung, ist festzustellen, dass hier der „Snapper" eine eigene Nachricht in die Punkt-zu-Punkt-Kommunikation einbringt, was klassischerweise keine Werbung darstellt oder zumindest als vom Nutzer angeforderte Content-

127 Screenshot angefertigt am 7.9.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Werbung zu klassifizieren wäre. Der Empfänger der Nachricht wird dann nichtsahnend mit einer Werbebotschaft konfrontiert, die fest mit der Nachricht des „Snappers" verbunden ist.

Diese Werbeform der Snapchat-Filter ist demnach außergewöhnlich: sie hat zwei zeitlich nacheinander angesprochene Adressaten und wirkt deshalb doppelt. Der erste Adressat ist der „Snapper" der eine Nachricht kreiert und dabei in der natürlichen Bedienung der App mit Werbung konfrontiert wird. Diese Werbung stellt dabei einerseits Content der App dar, weil sie eine natürliche Bedienungsoption ist. Andererseits stellt sie aber auch eine klassische Anzeige dar, weil sie regelmäßig im Auswahlfeld ungefragt erscheint. Der zweite Adressat ist der Empfänger des „Snaps", der auf der einen Seite eine Nachricht eines Kontakts erhält und auf der anderen Seite zeitgleich mit einer klassischen Anzeige konfrontiert wird.

Dies zeigt ganz deutlich, dass durch innovative Apps die Grenze zwischen Content und Werbung im Fließen begriffen ist, wenn sie denn gar noch besteht. Aus Marketingsicht dürfte es kaum etwas Positiveres geben, als die Anwendung von Filtern oder Elementen auf eigene Fotos oder Videos (sog. user generated content). Denn hierbei wird der einzelne App-Nutzer zum Werbeadressaten und Werbemulitplikator gleichermaßen, der die Werbung dabei sogar wegen seiner Kenntnisse vom Empfänger so verbreitet, dass eine (positive) Wahrnehmung beinahe garantiert ist.

Zur In-App-Werbung bleibt damit abschließend festzuhalten, dass trotz der grundsätzlichen Spiegelung der browserbasierten Internetwerbung hier ein Feld der Innovation für den Werbemarkt besteht, von dem noch nicht abzusehen ist, wie es sich fortentwickelt. Die fortschreitende Marketingarbeit von geschickten Unternehmen kann gerade bei den mobilen Geräten, die zu jeder Zeit und in jeder Lebenslage griffbereit sind, dazu führen, dass sich die Grenze von Werbung und Information immer mehr auflöst.

bb) Browserbasierte mobile Werbung

Aufgrund der unterschiedlichen Auflösungen der verschiedenen Mobilgeräte werden bei stark frequentierten Internetauftritten besondere Webseiten programmiert, die auf die Bedürfnisse der Mobilgeräte zugeschnitten sind. Insbesondere das Layout und die funktionalen Elemente wie Sucheingabe und Buttons sind dafür regelmäßig im Gegensatz zur PC-optimierten Webseite zu modifizieren. Solche mobile Webseiten werden teilweise auch responsiv programmiert, d.h. die Darstellung passt sich an das jeweils

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verwendete Mobilgerät an. Vorteil dieser mobilen Webseiten ist, dass sie nicht – wie Apps – auf der Grundlage eines bestimmten Betriebssystems programmiert werden müssen[128].

Auf diesen mobilen Webseiten stehen wie auf den PC-Webseiten regelmäßig Flächen für Werbung bereit. Durch die kleinere Auflösung passen hier selbstredend nicht die standardisierten Größen, die oben ausführlich dargestellt worden sind. Vielmehr wurde auch für die mobile Displaywerbung ein Katalog von Standardwerbeformen erstellt, die vom OVK ebenfalls in der Werbeformenliste aufgenommen worden sind. Dabei stellen die Mobile Content Ads das Pendant zu Bannern dar und sind in verschiedenen Größen implementierbar. Hinzu kommen für die mobile Größe angepasste Rectangles, Interstitials und Expendables (also expandierende Anzeigen, die per Pushdown/Pushup den Content verschieben bzw. als Overlay den Content überdeckt[129]). Selbstverständlich können diese Anzeigen wiederum interaktiv ausgestaltet sein.

c) Werbeformen bei Smart TVs

Smart TVs sind Fernsehgeräte mit Internetzugang und entsprechender Funktionalität. Dabei entspricht der Smart TV in vielen Belangen einem PC. So ist über einen Browser die Ansicht von Webseiten möglich – womit hier kein Unterschied zu browserbasierten Webseiten besteht. Ebenso können über den Smart TV besondere Apps genutzt werden. Hier kann weitestgehend auf die Ausführungen zu app-basierter Werbung auf Mobilgeräten verwiesen werden. Einziger Unterschied ist wiederum die Größe des Bildschirms, die hier erheblich größere Anzeigen ermöglicht.

Häufig wird der Smart TV jedoch dazu benutzt, bestimmte TV-Programme unabhängig von der Sendezeit abzuspielen, was bei einer Internetverbindung häufig über Mediatheken der bekannten TV-Sender, Streamingdienste wie Netflix und Amazon oder über eine besondere „Time-Shift"-Option des Smart TVs erfolgt. Hierbei handelt es sich im Grundsatz jedoch um eine Weiterentwicklung des TV-Angebots, welches in dieser Arbeit nicht behandelt werden soll. Soweit hier ein Internetvideostream erfolgt, gelten die Erwägungen zu In-Stream-Werbung auf browserbasierten Webseiten entsprechend.

---

128 Vgl. Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 845.

129 Vgl. die Werbeformenliste des BVDW und OVK, verfügbar unter http://www.werbeformen.org, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eine besondere Art von Werbung im Rahmen von Smart TVs kann jedoch über die Menüführung und die Zusatzinformationen zu Werbesendungen ausgespielt werden. So hat etwa Samsung in den USA interaktive Werbung in der Menüleiste ausgespielt, nachdem durch ein Softwareupdate entsprechende Werbeflächen implementiert worden sind[130]. Diese Werbung stellte sich dabei zunächst als Menüpunkt neben anderen Standardschaltflächen dar, die sich aber bei (notwendigem) Durchklicken vergrößerte[131]. Sie ähnelt dabei In-Text-Werbung auf Webseiten, die bei Mouseover ein Pop-Up öffnen. Berichten zu Folge ist auch für TV-Geräte der Marke Philips eine solche Werbung geplant[132].

Hinzu kam bei Samsung-Geräten eine über das Betriebssystem des Smart TVs ausgespielte Werbung während auf der Festplatte des Geräts aufgezeichneter Sendungen[133]. Hier wäre denkbar, dass das TV-Betriebssystem die Sendung linear durch eine Pre-Roll-Anzeige verzögert oder durch eine Mid-Roll-Anzeige unterbricht. Zudem wären nicht lineare Werbeanzeige wie Overlay Ads denkbar.

Nach diesem Schema könnten sodann auch Werbeanzeigen in Zusatzinformationen zu (Live-)Sendungen integriert werden. Insbesondere in den EPG (Electronic Program Guide, also der Programmübersicht) oder in mit dem Videotext vergleichbaren Infoboxen könnten vor allem Display Anzeigen eingebettet werden, die damit eine attraktive Werbefläche darstellen. Von solchen Werbeeinblendungen wurde bislang indes noch nicht berichtet.

Die vorbeschriebenen Anzeigen sind potentiell belästigend und könnten auch hier einen Markt für Werbeblocker begründen. Da es sich bislang aber eher um einen Nischenmarkt im Bereich des Internetmarketings handelt, ist noch keine Blockeraktivität zu beobachten. Zudem kontrollieren die Hersteller bislang noch die speziellen Betriebssysteme, was die Programmierung und die Implementierung von neuer Software auf diesen Systemen erschwert.

130 Vgl. https://blog.wdr.de/digitalistan/und-ploetzlich-zeigt-der-fernseher-werbung/, abgerufen am: 12.9.2017.

131 Vgl. http://adage.com/article/digital/samsung-smart-tv-update-forces-ads/307246/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

132 Vgl. http://winfuture.de/news,95926.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

133 Vgl. https://blog.wdr.de/digitalistan/und-ploetzlich-zeigt-der-fernseher-werbung/, abgerufen am: 12.9.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Werbeformen bei Smart Home Geräten

Zuletzt wird auf Smart Home Geräte eingegangen. Damit werden sowohl die zur Zeit der Bearbeitung sich verbreitenden digitalen Assistenten wie Amazon Echo (genannt „Alexa") oder Google Home gemeint, wie auch internetfähige Haushaltsgeräte.

Während bei den Haushaltsgeräten – soweit sie einen Bildschirm haben – grundsätzlich Display-Werbung möglich ist, zeichnen sich digitale Assistenten durch das Fehlen des Displays aus. Stattdessen erfolgt die Steuerung durch Sprechen. Insoweit ist durchaus anzunehmen, dass in Zukunft auch eine Vielzahl von Haushaltsgeräten oder Steuerungseinrichtungen für Licht, Rollläden, Heizungen oder Ähnliches über eine solche interaktive Sprachsteuerung verfügen werden bzw. mit dem digitalen Assistenten verknüpft sind.

Wie die zeitweise sehr präsente TV- und Videowerbung für Amazon Echo zeigt, stellt der digitale Assistent einen elektronischen Butler dar, der mündliche Befehle ausführt und in Sprache antwortet (so schildert der Assistent auf Befehl die Wettervorhersage oder liest Nachrichten vor[134]). Selbsterklärend könnte „Alexa" auch akustische Werbeanzeigen abspielen oder in ihren Antworten werbliche Aussagen einbauen. Während dies bei den „Grundkenntnissen" des Assistenten unüblich sein wird, können dem Assistenten auch zusätzliche „Fähigkeiten" (bei Amazon Echo sog. „Skills") beigebracht werden, die Smartphone Apps entsprechen. Zur Refinanzierung der Entwicklungskosten solcher „Skills" dürfte durchaus ein Interesse an der Ausspielung von Werbung existieren. Deshalb verwundert es kaum, dass schon früh nach Einführung der Geräte der Versuch gestartet wurde, ein Werbenetzwerk für Amazon Echo zu etablieren. Der Plan war dabei, Botschaften von höchstens 15 Sekunden Länge zu Beginn oder am Ende der durch die Skills bereitgestellten Antworten auszuspielen[135]. Diesen Plan vereitelte jedoch Amazon durch eine Änderung ihrer Entwicklerrichtlinien hinsichtlich der „Skills" und verbot aktive Werbung im Sinne einer klassischen Anzeige insgesamt. Zulässig ist vielmehr nur Content-Werbung, die entweder Teil eines abgespielten Inhalts ist (etwa eine Mid-Roll Werbung in einem Musikstream) oder Teil eines konkret

134 Vgl. etwa die Werbung auf https://www.youtube.com/watch?v=X2YpMbx1BAo, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

135 http://www.giga.de/audio/amazon-echo/news/sponsored-messages-in-amazon-echo-bombardiert-uns-alexa-bald-mit-werbung/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werbenden „Skills“ ist (etwa das „Skill“ eines Händlers, bei dem die wöchentlichen Angebote vorgelesen werden)[136].

Bleibt abzuwarten, ob die Anbieter der digitalen Assistenten bei dieser strengen Maßgabe bleiben oder bei ausreichender Marktverbreitung dieses Werbeverbot lockern werden. Aktuell ist bei Smart Home Geräten deshalb kein Bedarf für Werbeblocker auszumachen.

e) Werbung im Internet of Things?

Zur Zeit der Bearbeitung ein brandaktuelles Thema[137] ist das Internet of Things bzw. das sog. M2M[138]-Business, also die automatisierte Bewältigung wirtschaftlicher Vorgänge durch Maschinen. Gerade bei automatisierter Kommunikation zwischen Maschinen, die zur Bedarfsdeckung der Maschineneigentümer automatische Bestellungen vornehmen, könnte die „intelligente Maschine“ Adressat von auf diese Maschinen zugeschnittene Werbung sein. Geläufigstes Beispiel für „intelligente Maschinen“ sind im Bereich der „Industrie 4.0“ Warenlager, die durch maschinelle Aufzeichnung der Ein- und Ausgänge automatisch Nachbestellungen bei Zulieferern vornehmen können. Im privaten Bereich lässt sich analog das Zukunftsbild eines Kühl- oder Aufbewahrungsschranks anführen, der den Bestand von Lebensmitteln aufzeichnet und überwacht, um bei Bedarf automatisiert Produkte nachzubestellen. Denkbar ist dann auch, dass dieser Kühlschrank Adressat von Werbung wird, zum Beispiel für die Wochenangebote von Lebensmittelhändlern. Auf deren Grundlage könnte die Maschine sodann Einkäufe initiieren.

Natürlich lässt sich eine Maschine, die durch Software gesteuert wird und deshalb die vorher programmierten Programmbefehle abarbeitet, nicht wie ein Mensch zu Impulskäufen oder geschäftlichen Entscheidungen aus irrationalen Gründen hinreißen. Gleichwohl könnten im Programmcode schon Freiräume vorgesehen werden, sodass Informationen, die nicht aktiv von der Maschine gezogen, sondern unter Umständen passiv von Dritten in die Sphäre der Maschine „gepusht“ werden, zur geänderten „Kaufentscheidung“ der Maschine führen. Hier könnte sich also ein

136 https://www.golem.de/news/echo-lautsprecher-amazon-verbietet-fast-alle-werbung-in-alexa-skills-1705-127947.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.
137 Instruktiv: Grünwald/Nüßing, MMR 2015, 378.
138 Maschine zu Maschine bzw. in englischer Sprache: machine to machine.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ganz neuer Zweig des Werbemarktes entwickeln, der eher informatischer als gestalterischer Natur ist.

Ob das aktuelle Recht für solche Entwicklungen ausreichende Regelungsmechanismen hat, wird von der Art der Kommunikation der Maschinen abhängen. Die Maschinen sind standardmäßig mit einem Kommunikationsmodul ausgestattet, das per Mobilfunk oder Netzwerk die aggregierten Daten regelmäßig an einen zentralen Rechner (das sog. „M2M-Backend") sendet und im Gegenzug Daten oder Befehle empfängt[139]. Mit weiterer Entwicklung der Technik könnte dieses Backend auch entbehrlich werden, sodass die Geräte für ihren Bereich autark handeln. Insbesondere bei der Mobilfunkalternative stellen sich demnach Probleme aus dem TKG, die hier ausgeklammert werden. Erfolgt die Kommunikation mit der selbsttätigen Maschine analog zur Kommunikation mit einem privaten Rechner bzw. einem mobilen Gerät wie einem Smartphone, kommen zwei Möglichkeiten in Betracht. Entweder wird die Information zum Gerät „gedrückt", womit eine analoge Betrachtung wie bei E-Mail-Werbung notwendig ist. Oder das Gerät zieht sich die Informationen und initiiert den Informationsvorgang selbst. Dann läge bei Lichte betrachtet nichts anderes als Content-Werbung vor.

Noch nicht deutlich ist, ob eine Maschine zwischen diesen beiden Polen zudem, ähnlich der Display-Werbung, sozusagen beiläufig mit Werbung behelligt werden kann. Da eine Maschine, anders als der Nutzer eines internetfähigen Geräts, keine optische Aufbereitung der Rohinformation bedarf, liegt es eigentlich fern, dass eine der Displaywerbung vergleichbare Situation in der M2M-Kommunikation entstehen wird. Es bleibt abzuwarten, ob sich an dieser Stelle bislang nicht bekannte Entwicklungen durchsetzen können und dem Werbemarkt ein neues Spielfeld eröffnen, das einer rechtlichen Regelung bedarf.

4. Methoden der Internetwerbung

Im Rahmen der Internetwerbung begegnen dem unbedarften Beobachter eine Vielzahl von Fachbegriffen, meist Anglizismen, deren Bedeutung naheliegt, aber meist nicht ganz eindeutig ist. Solche Begriffe, die häufig benutzt werden, sollen an dieser Stelle erklärt und die Bedeutung für die Werbung im Internet näher dargelegt werden. Meist handelt es sich dabei um Methoden zur Erreichung einer besonderen Werbewirkung.

139 Vgl. Grünwald/Nüßing, MMR 2015, 378, 379.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

So wird der Leser bestimmt den Begriff Targeting, viellaucht auch die Begriffe Native Advertising, Guerilla Marketing oder Influencer-Marketing schon einmal gehört oder gelesen haben, ohne sich näher damit auseinander gesetzt zu haben. Nicht an dieser Stelle der Bearbeitung wird allerdings das ebenso häufig genannte Tracking behandelt, das erst im Rahmen der technischen Hintergründe (siehe unten Ziffer III.) näher beschrieben wird. Gleiches gilt für den Begriff des Affiliate Marketings, das bei den wirtschaftlichen Hintergründen (siehe unten Ziffer II.) erklärt wird.

a) Targeting

Targeting wird abgeleitet vom englischen Wort „target", zu deutsch „Ziel"[140], und bezeichnet die gezielte und möglichst zielgenaue Werbeansprache. Targeting ist demnach die Methode zur Bereitstellung zielgruppenspezifischer Werbeinhalte[141]. Durch Targeting sollen Streuverluste minimiert werden und damit die Erfolgswerte verbessert werden. Dies führt zu effektiveren und kosteneffizienteren Werbekampagnen. Auch kann Targeting zu einer höheren Akzeptanz der Adressaten führen, wenn diese eine passgenaue Werbung als sinnvolle Unterstützung des umliegenden Contents auffassen[142].

Targeting ist im Grundsatz keine neue internetspezifische Erscheinung, weil die Auswahl des richtigen Mediums und Umfelds logischerweise den Erfolg einer Werbekampagne schon immer wesentlich bestimmt hat. Dass eine TV-Werbung für Kinderspielzeug während einer Ausstrahlung des Spielfilms „Der König der Löwen" erfolgreicher sein wird, als während eines Actionfilms mit Altersbeschränkung ab 18 Jahren bedarf keiner besonderen Kenntnisse des Werbemarkts.

Das Internet mit seiner technischen Besonderheit als vom Nutzer gesteuertes Medium – im Gegensatz zu den redaktionellen Sende- oder Printmedien – bietet aber noch ganz neue Möglichkeiten des Targetings, mit der Zielgruppen sehr viel genauer formuliert und identifiziert werden können. Während bei den klassischen Medien anhand des Mediums, des Kanals und der jeweiligen Sendung nur ein recht grober Zuschnitt von Gemeinsamkeiten möglich ist (was haben etwa alle Bild-Leser, die einen Klatschartikel lesen, oder alle RTL-Zuschauer, die das „Dschungelcamp"

140 Vgl. http://dict.leo.org/englisch-deutsch/target, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.
141 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 226.
142 Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schauen, gemeinsam?), eröffnet das Internet im Grundsatz die Möglichkeit der Lokalisierung und Benennung gewisser Interessen des Adressaten. Ein solches manuelles Targeting ist eingangs auch bei der Internetwerbung oft nötig, um aus der Vielzahl von Werbeflächen und Anbietern solche zu finden, die für die geplante Werbung erfolgsversprechend sind[143].

Im Nachgang dazu stehen eine Vielzahl von automatisierten Targetingmethoden zur Verfügung, die im Folgenden näher dargestellt werden sollen:

aa) Technik-Targeting

Es besteht die Möglichkeit Werbeanzeigen nur an Nutzer bestimmter Hard- und/oder Software auszuspielen. Insbesondere lässt sich differenzieren, ob PCs oder mobile Geräte genutzt werden oder ob ein Windows oder ein Mac-Betriebssystem installiert ist. In diese Kategorie fällt auch das Targeting anhand von verfügbarer Bandbreite oder Internetgeschwindigkeit des Adressaten[144]. Dies ist vor allem sinnvoll, um mobile Adressaten nicht durch aufwändige Anzeigen mit längeren Ladezeiten und Belastung des begrenzten mobilen Internetvolumens zu plagen.

Durch diese Art von Targeting können bereits viele „untaugliche" Adressaten, vor allem bei techniknaher Werbung, ausgeschlossen werden und so die Streuverluste erheblich minimiert werden. So ist für manche Werbungen wegen der Kompatibilität des beworbenen Produkts für nur bestimmte Betriebssysteme dieses Technik-Targeting ein erster Grobfilter zur Erreichung der gewünschten Zielgruppe.

Im Vergleich zum manuellen Targeting entspricht diese Art der Kundenansprache etwa der Werbung in bestimmten Fachmagazinen, zum Beispiel einer Zeitschrift für Mac-Computer Nutzer wie „MacLife". Der Vorteil wiederum ist, dass der umgebende Content jedoch ein ganz anderer sein kann und damit nicht nur die Leser der Fachzeitschrift, sondern auch weniger fachinteressierte Personen auf weniger spezialisierten Portalen erreicht werden können.

143 Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 46.
144 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 226.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Geo-Targeting

Internetnutzer lassen sich durch die technischen Besonderheiten des Internets relativ leicht lokalisieren. Dazu werden im Zusammenspiel zwischen IP-Adresse und Standort des Nutzers besondere regionale Werbeanzeigen ausgespielt. Bei mobilen Geräten kann die Lokalisierung auch durch Einwahl in bestimmte WLAN-Netze oder Hotspots sowie durch GPS-Daten erfolgen[145].

Durch diese Lokalisierung ist die Schaltung von Anzeigen nur für eine bestimmte Stadt oder Region möglich, was insbesondere für stationäre Gastronomie oder Freizeitangebote sinnvoll ist, für die Kunden regelmäßig keine längeren Wege auf sich nehmen werden.

Dieses Targeting entspricht der Schaltung einer Anzeige bei der klassischen Regionalzeitung, die nur in einem begrenzten Gebiet verfügbar ist. Der Vorteil ist wiederum, dass der umgebende Content gerade nicht regional und allgemein sein muss, sondern auch weltweite und spezialisierte Ausprägung haben kann.

cc) Semantisches Targeting

Durch semantisches Targeting soll eine thematische Verknüpfung zwischen Content und Anzeigen hergestellt werden. Dazu wird der Text einer Internetseite analysiert und der Schwerpunkt herausgearbeitet. Zu diesem Schwerpunkt werden dann passende Werbeanzeigen ausgespielt. Ein häufiges Beispiel hierfür sind Reiseberichte als Inhalt einer Webseite mit passenden Werbeeinblendungen zur Buchung einer Reise oder Hotels zu gerade diesem Ort[146].

Diese Methode stellt die Übersetzung der klassischen Medien- und Kanalauswahl in die Internetumgebung dar. Großer Vorteil ist hier die Automatisierung der Platzierung, sodass kein Austausch mit Redaktionen nötig ist, um die eigene Werbung möglichst nah an bestimmte Inhalte zu binden.

145 Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 48; Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 226.

146 Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 49; Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 227.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dd) Keyword-Targeting

Diese Methode ist ebenfalls ein semantisches Targeting. Der Begriff wird in der multidisziplinären Literatur doppeldeutig benutzt. Einerseits bezeichnet Keyword-Targeting eine weniger komplexe Art des semantisches Targetings, bei dem nicht der ganze Text, sondern nur einzelne Worte auf einer bestimmten Webseite zum Anlass genommen werden, die entsprechende Werbeanzeige einzublenden[147]. Dies wird in der folgenden Bearbeitung als Kontext-Targeting bezeichnet.

Andererseits – und auch im weiteren Verlauf in dieser Bearbeitung – wird der Begriff für die spezifische Schaltung von Werbung in Suchmaschinen nach der Eingabe von Suchworten, also „Keywords", genutzt. Gibt der Nutzer einen bestimmten Werbebegriff ein, können ihm gegenüber bestimmte Anzeigen ausgespielt werden, sofern der Werbende vorab das oder die Suchwörter als „Keywords" angegeben hat[148]. Bekanntestes Beispiel ist das Werbeprogramm der Suchmaschine Google namens AdWords.

ee) Kontext-Targeting

Diese gerne auch „contextual targeting" genannte Methode ist ebenfalls eine Ausprägung des semantischen Targetings. Hier wird aber nicht genau an den Text der Webseite angeknüpft, sondern an bestimmte „Keywords", die in den Metadaten der Webseite gespeichert werden. Da diese Metadaten oft im Rahmen der Suchmaschinenoptimierung (SEO) gepflegt werden, kann die Werbung im Kontext dieser Schlüsselworte platziert werden. Ein häufiges Beispiel hierfür ist die Schaltung von Werbung für PKW auf einer Motorsportseite[149]. Wie bereits erwähnt ist dies eine weniger gut ausgeprägte Form des semantischen Targetings. Anders als die erschöpfende Analyse von Texten beim semantischen Targeting reichen beim Kontext-Targeting nur einzelne Worte aus. Dies birgt die Gefahr, dass Doppeldeutigkeit oder die vorsätzliche Unterbringung bestimmter

147 Ulmer, in: Ulmer-Eilfort/Obergfell, Verlagsrecht, Kapitel F, Rn. 213; Hass/Willbrandt, Medienwirtschaft 2011, 12, 14.

148 Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 49; Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 226.

149 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 227; Hass/Willbrandt, Medienwirtschaft 2011, 12, 14.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schlüsselworte im Text trotz fehlender kontextualer Umgebung das Targeting im Ergebnis ins Leere laufen lassen.

ff) Soziales Targeting

Mit dieser Methode wird aufgrund verfügbarer Information über den Nutzer versucht, möglichst individuelle Werbung zu platzieren. Dies ist regelmäßig bei sozialen Netzwerken möglich, bei denen Nutzer freiwillig unmittelbar ihre Daten wie Geschlecht, Alter und Interessen einpflegen oder mittelbar durch Klicken des „gefällt mir"-Buttons auf bestimmten Seiten preisgeben[150]. Werbekampagnen bei Facebook können etwa so durch Eingabe mehrerer Determinanten extrem zielgenau geschaltet werden. So kann durch kumulative Angabe eines Standorts, des Alters, der Sprache und bestimmter Interessen der Adressaten ein genaues Bild des Wunschkunden gezeichnet werden. Hinzu kommt die Möglichkeit der Beschränkung auf Nutzer, die direkte oder vermittelnde Verbindungen zur eigenen Facebookseite haben, oder eben der Ausschluss dieser Personen, um nur neue Kunden zu gewinnen[151].

Facebook geht sogar so weit, dass Werbekunden bestehende Kundendatenbanken bestehend aus E-Mail-Adressen oder Telefonnummern einreichen können und daraus dann eine bestimmte fixe Zielgruppe angelegt wird, denen dann bestimmte Werbung ausgespielt wird (sog. Costumer Audience). Ausgehend von einer solchen Liste kann Facebook zudem weitere Nutzer mit ähnlichen Attributen und Interessen finden und dann eine parallele Zielgruppe erstellen (sog. Lookalike Audience)[152].

Auf die Informationen bei Facebook kann aber auch zur Schaltung von Display Werbung auf anderen Webseiten zurückgegriffen werden. Denn Facebook sammelt und nutzt die Daten der Nutzer auch, wenn sie auf einem Gerät eingeloggt sind und währenddessen andere Seiten als die Netzwerkseite aufrufen. Besucht ein Facebook Nutzer dann eine fremde Webseite, die über das Facebook-Werbenetzwerk „Atlas" Werbung einpflegt, wird die konkrete Werbung anhand der Informationen aus dem sozialen Netzwerk ausgewählt und damit erheblich personalisiert[153].

150 Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 49.
151 Lammenett, Praxiswissen Online Marketing, S. 315.
152 Lammenett, Praxiswissen Online Marketing, S. 319ff..
153 Lammenett, Praxiswissen Online Marketing, S. 321ff..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

So ist soziales Targeting eine fortschrittliche Form der Kundenansprache, die im klassischen Bereich bei Betrachtung der Individualisierung wohl mit der Empfehlungswerbung durch Bekannte oder Freunde verglichen werden kann. Gleichwohl stellt die Werbung eine eigene Aussage des Werbenden dar und wird nicht wie bei Empfehlungswerbung in der „realen Welt" nach dem „Stille Post"-Prinzip verfälscht.

gg) Verhalten-Targeting

Diese häufig mit dem englischen Begriff „(predictive) bahavioral targeting" bezeichnete Methode zeichnet sich dadurch aus, dass aufgrund von früherem Nutzerverhalten, insbesondere durch den Einsatz und das Auswerten von Cookies sowie anderer Trackingmethoden, ein Nutzerprofil angelegt wird, das die Werbeausspielung steuert[154]. Dadurch soll ähnlich wie bei dem sozialen Targeting eine möglichst zielgenaue Werbeeinblendung bezweckt werden. Auf Grundlage der Informationen aus den Cookies u.a. werden bestimmte Interessen des Nutzers erkannt und mit soziodemografischen Daten aus verschiedenen Quellen abgeglichen. Durch statistische Modelle und Algorithmen wird dann das Verhaltensmuster vorhergesagt und die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Zielgruppe definiert[155].

Diese Art von Targeting kann etwa recht plump erfolgen, wie etwa die Anzeige von Werbung eines bestimmten Online Shops, nachdem dieser besucht worden ist (sog. Re-Targeting)[156]. Dieses Re-Targeting ist sehr häufig und insbesondere dann nicht nur positiv, wenn tatsächlich in dem Shop etwas bestellt worden ist oder eine Bestellung bewusst abgebrochen worden ist. Allerdings kann gerade bei abgeschlossenen Bestellungen auch auf ähnliche Produkte im selben Shop hingewiesen werden und damit ein baldiger nächster Besuch des Online Shops bezweckt werden. Dies insbesondere, wenn das Re-Targeting auf mehrere Tage und Wochen angelegt ist.

Andererseits kann außerhalb des Re-Targetings bei einer geschickten Anlage des Nutzerprofils durch Verhalten-Targeting in subtiler Weise eine passgenaue Werbung ausgespielt werden. So liegt etwa bei wiederholtem Besuch von Sportseiten das Interesse an Live-Sportübertragungen nahe.

154 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 227.
155 Vgl. Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 50.
156 Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 50f.; Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 227.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dann kann hier passend für Angebote wie Sky oder DAZN geworben werden, selbst wenn der Nutzer aktuell nicht auf Sportseiten surft und auch die Seiten der werbenden Anbieter noch nie aufgerufen hat.

hh) Fazit

Durch die Vielzahl an vorgenannten Targetingmethoden steht Werbetreibenden im Internet eine nie dagewesene Auswahl an Möglichkeiten zur Ansprache der potentiellen Kunden zur Verfügung. Gleichwohl ist diese Vielzahl an Targetingoptionen ein schmaler Grat. Während einige Nutzer bei zu starker persönlicher Ansprache belästigt werden könnten, sprechen andere Nutzer gerade auf diese Art von Werbung besonders an. Hinzu kommt auch ein Einfluss auf den Ruf des Werbetreibenden. Bei zu stark personalisierter, insbesondere bei auf Cookies beruhender Werbung könnte sich der Nutzer verfolgt und ausspioniert vorkommen, was dann auch negative Rückschlüsse auf den Werbenden zur Folge haben kann.

In technischer Hinsicht ist Targeting, vor allem das Verhalten-Targeting, mit Tracking verbunden. Targeting ist dann der letzte Schritt in einem mehrstufigen Datenverarbeitungsprozess, der mit der Erhebung von Daten beim Nutzer beginnt und nach der Speicherung und Auswertung von Nutzungsprofilen die notwendige Richtung für das Targeting ausgeben kann[157].

b) Native Advertising

Ein weiterer Begriff, der häufig im Kontext von Online-Werbung fällt, ist Native Advertising. Zu deutsch sinngemäß: natürliches Werben. Ziel des Native Advertising ist es, Werbung so zu gestalten, dass sie optisch und thematisch gut in die Content-Umgebung passt. Von den oben dargestellten Werbeformen stellen vor allem die gesponserten Posts in den sozialen Netzwerken und die Suchmaschinenwerbung (SEA) ein Beispiel für natürlich in die Umgebung eingepasste Werbung dar, die bei Aussparung der obligatorischen Kennzeichnung als Anzeige gar nicht als Werbung wahrnehmbar wäre[158].

157 Vgl. die schematische Darstellung bei Schleipfer, ZD 2017, 460, 462.
158 Vgl. Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 628.

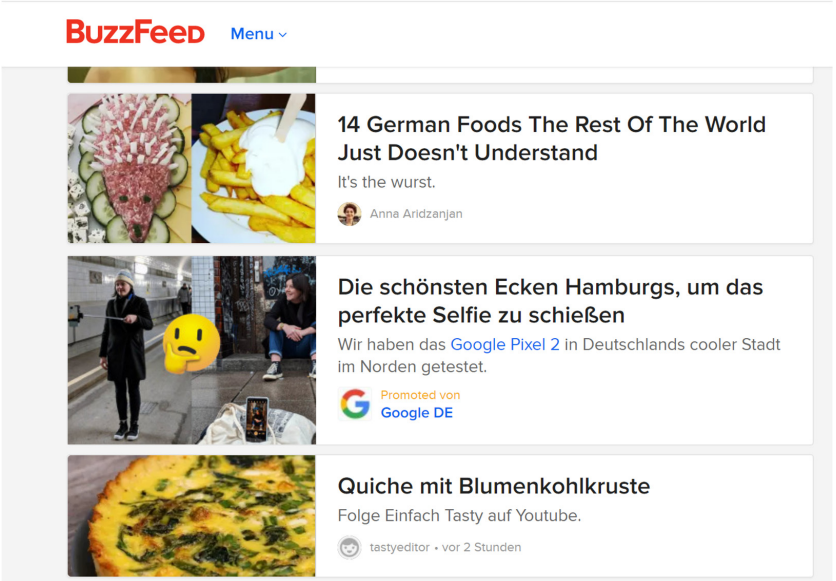
https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Native Advertising ist im Fall von Anzeigenwerbung eine solche, die sich als Content tarnt – sozusagen der Wolf im Schafspelz. Vorteil dieser Gestaltungsart von Werbung ist eine höhere Akzeptanz von Werbung, die zu guten Klickraten und geringer „Bannerblindheit" führen soll[159]. Deshalb gehen auch klassische Publisher abseits der Suchmaschinen und sozialen Netzwerke nunmehr teils dazu über, auf stark den Inhalt kontrastierende Display-Werbeformen zu verzichten und auf ihren Werbeflächen Anzeigen zu schalten, die dem Layout der Seite insgesamt angepasst sind.

Eines der Kernelemente von Native Advertising ist es, dass der Lesefluss des Nutzers einer Webseite nicht unterbrochen wird[160]. Diese Methode setzt also weniger auf das Prinzip der Störung und stellt ein Gegenkonzept zu Pop-Ups oder Interstitials dar, bei denen gerade auf erzwungene Aufmerksamkeit gesetzt wird. Die Idee des Native Advertising lässt sich auch abseits der Anzeigenwerbung auf Content-Werbung übertragen. Dies betrifft die Gestaltung von Seiteninhalten, die ihren werbenden Charakter nicht durch die äußere Gestaltung bereits eindeutig macht und teils erst am Ende durch Links oder Produktvorschläge den werblichen Zweck offenbart. Als Beispiel für natives Contentmarketing wird vor allem das Portal Buzzfeed genannt[161], aber auch sonstige thematisch spezialisierte Portale wie die Rezeptdatenbank Chefkoch.de dienen als Beispiel.

159 Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 628.
160 Vgl. Wiebe/Kreutz, WRP 2015, 1053, 1055.
161 Vgl. Wiebe/Kreutz, WRP 2015, 1053, 1055f.; Hoene, IPRB 2016, 59.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb



Beispiel[162] *eines von Google Deutschland bereitgestellten Beitrages bei Buzzfeed, der auf der Startseite als einer von mehreren Artikeln aufrufbar ist*

162 Abgerufen am 27.1.2018.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

BuzzFeed Menu

Die schönsten Ecken Hamburgs, um das perfekte Selfie zu schießen

Wir haben das Google Pixel 2 in Deutschlands cooler Stadt im Norden getestet.

Gepostet am 22. Januar 2018, 12:26 Uhr

Google DE
Brand Publisher

Hamburg: Das Tor zur Welt und die meistunterschätzte Stadt Europas.

Hier gibt es nicht nur Docks und Lagerhäuser – die Sehenswürdigkeiten der Hansestadt sind der perfekte Hintergrund für irre Selfies. Was gut für mich ist, weil meine Erfolgsquote bei Selfies normalerweise im Bereich von amateurhaften 1:20 pendelt. Doch mit einem Google

BuzzFeed Menu

Willkommen im Alten Elbtunnel auf St. Pauli, auch bekannt als der Himmel für Ambiente-Selfies. Vielleicht ist es auch die Hölle, da man in einer 106 Jahre alten Röhre steckt, die 24 Meter unterhalb eines enormen Gewässers verläuft? So oder so – leg die Filter drauf und warte auf die Likes. (Ein Selfie-Stick eignet sich hier prima...)

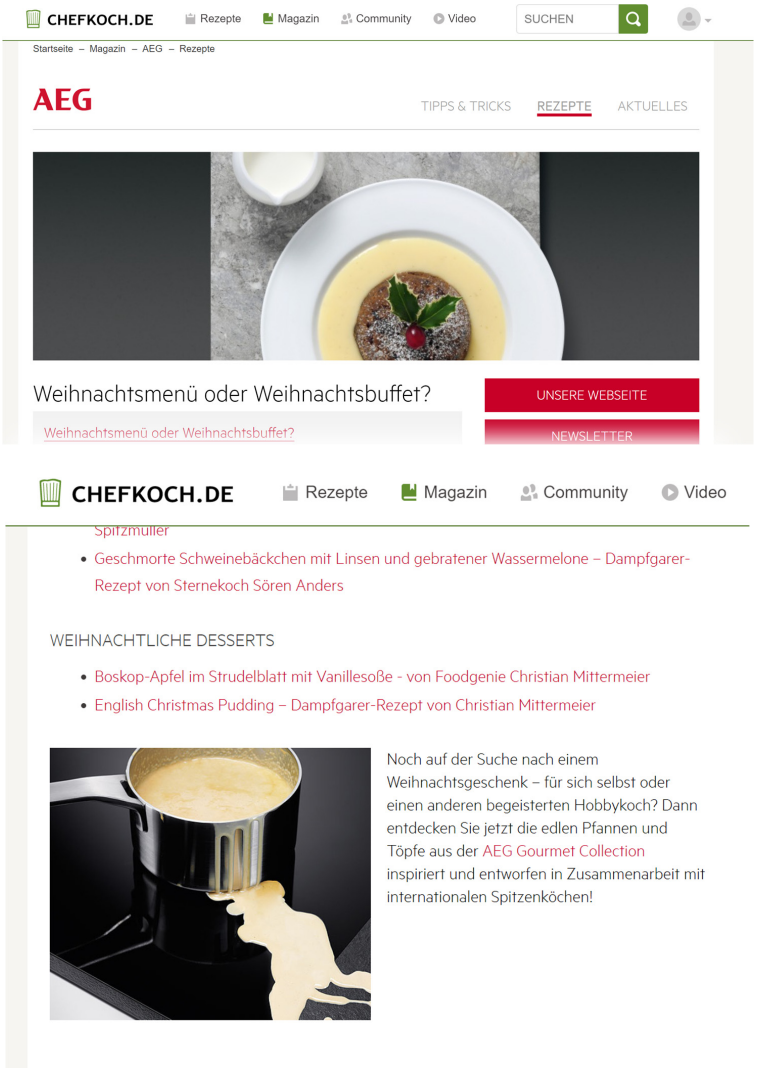
Bring deine Selfies auf ein neues Level – mit dem Google Pixel 2. Probier es noch heute mit deinem Gesicht aus!

Alle Fotos aufgenommen mit dem Google Pixel 2.

Beispiel[163] *des aufbereiteten Beitrages von Google Deutschland auf Buzzfeed mit eindeutiger Werbung für das Produkt „Google Pixel 2" mit Verlinkung zu Beginn und zum Abschluss des Beitrages*

163 Abgerufen am 27.1.2018.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb



Weiteres Beispiel[164] *eines von AEG bei Chefkoch.de platzierten werbenden Beitrages mit Anbringung des Markenzeichens zu Beginn und expliziten Werbeappell zum Abschluss*

164 Abgerufen am 27.1.2018.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Native Content Advertising sieht also nach redaktionellen Beiträgen aus und vermittelt auch durchaus Informationen außerhalb der Produktbeschreibung. Dies kann aber nicht davon ablenken, dass es sich um Werbung im eigentlichen Sinne handelt. Die dargestellten Beispiele erinnern an eine Dauerwerbesendung im Fernsehen, die ebenfalls unterhaltend sein kann, jedoch den werbenden Charakter nicht ausschließt.

c) Guerilla Marketing

Das martialisch klingende Guerilla Marketing ist ein loser Überbegriff für unkonventionelle Werbekampagnen. Andere Begriffe in diesem Kontext sind „Ambush Marketing" oder virales Marketing. Im Internet sind solche Aktionen denkbar und üblich. Vor allem auf Seiten, die eine Upload- oder Kommentarfunktion haben, wie YouTube, Nachrichtenportale, Foren, Blogs oder soziale Netzwerke, können werbliche Botschaften hinterlassen werden. Damit lässt sich Werbung in fremde Umgebungen platzieren, die aus Nutzersicht streng genommen Content der aufgesuchten Seite darstellt. Sie wirken auf den Nutzer dann aber wie „native Ads". Als Beispiel sind virale Videoclips zu nennen. Auch denkbar ist, dass sich ein Werbetreibender auf häufig besuchten unspezifischen Seiten wie gutefrage.net oder wer-weiss-was.de als Antwortgeber profiliert. Der Kreativität der Werbenden sind keine Grenzen gesetzt.

Nachteile solcher Aktionen können sein, dass gegen Richtlinien der Seitenbetreiber verstoßen wird und ultimativ ein Ausschluss von der Seite folgt. Auch besteht ein gewisses Risiko, dass Nutzer die Aktionen negativ auffassen[165].

Hinter dem Begriff des Guerilla Marketing steckt also eine Methode zur unkonventionellen Kundenansprache, die sich aber weniger im Bereich klassischer Anzeigenwerbung abspielt, denn vielmehr im Contentbereich von Internetportalen.

d) Influencer-Marketing

Zuletzt hat sich auch der Begriff des „Influencers" verbreitet. Dies ist „jemand, der die Werte und Ziele und damit auch das Kaufverhalten seiner

165 Vgl. Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 803f..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

überwiegend jungen Anhängerschaft beeinflussen kann“[166]. Dies sind in der Regel Prominente, die sich im Internet auf sozialen Medien darstellen, oder sogar Personen, die durch die eigene Darstellung in den sozialen Netzwerken prominent geworden sind. Influencer haben meist „Follower“ im sechs- oder siebenstelligen Bereich. So erreicht die Videobloggerin „Dagi Bee“ mit 4,9 Millionen Instagram-AbonnentInnen, 3.586.418 YouTube-AbonnentInnen und 1.505.098 Personen, denen ihre Facebookseite gefällt (Stand: September 2017)[167] mit jedem einzelnen Beitrag in den sozialen Netzen mehr Menschen als die Bild-Zeitung mit einer täglichen Ausgabe (1.621.531 verkaufte Exemplare im ersten Quartal 2017[168]).

Influencer-Marketing funktioniert dabei in der Regel so, dass der Influencer das beworbene Produkt in seinen Beiträgen unterbringt. Es ist also im Grunde nichts anderes als die althergebrachte Produktplatzierung – neu aufgelegt im Facebook-Zeitalter. Es hat aber einen grundlegenden Vorteil: das Feedback auf die Produkte kann durch die Kommentare der Internetnutzer in Echtzeit gemessen werden. So kann auf der ersten Stufe schon ermittelt werden, wie viele Personen diese Werbung erreicht hat. Auf der nächsten Stufe kann durch die Bewertungsfunktionen wie „Likes“ gemessen werden, ob der Beitrag gut ankam. Hier spielen auch die Kommentare eine Rolle – wenn die Werbung nicht gut ankommt, kann sich schon einmal der zuletzt sehr häufig anzutreffende „Shitstorm“ zusammenbrauen. Zuletzt kann im Nachgang beobachtet werden, ob sich die Nutzer mit Feedback zu dem Produkt in den Kommentaren an den Influencer oder die anderen Follower wenden. Hiermit erhält der Werbende weitaus mehr Informationen über den Erfolg der Kampagne und kann die tatsächlichen Erfahrungen der Produktnutzer für die zukünftige Produktentwicklung fruchtbar machen.

Influencer kann man mittlerweile über spezialisierte Agenturen buchen, damit sie Produkte in ihre Beiträge einfügen. Damit haben sich die Akteure innerhalb der sozialen Medien zum eigenständigen Werbedienstleister entwickelt. Das Privileg, kostenpflichtige Werbung zu schalten, steht damit nicht mehr nur dem Portalbetreiber zu, sondern auch denjenigen,

166 Dornis/Slavik, Influencer, die neue Marketing-Macht, http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/influencer-influencer-die-neue-marketing-macht-1.3658317, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

167 https://www.styleranking.de/galerie/masha-caro-toni-das-sind-die-derzeit-12-wichtigsten-influencer-aus-deutschland/4, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

168 http://meedia.de/2017/04/24/ivw-blitz-analyse-tages-und-wochenzeitungen-bild-bams-und-wams-verlieren-mehr-als-10-gewinne-fuer-die-junge-freiheit-und-den-freitag/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die eigentlich nur Content liefern sollen. Und hier besteht auch die Besonderheit der Influencer-Werbung. Sie ist aus Nutzersicht reiner Content, den sie bewusst aufrufen – ebenso wie Spielfilme oder Serien im TV oder über Streamingportale. Dass im konkreten Beitrag aktiv Werbung für ein Produkt gemacht wird, muss der Nutzer hinnehmen oder das Abonnement beenden. Und kaum ein Nutzer wird bei Werbung innerhalb eines Beitrags sofort die Anhängerschaft aufkündigen. Vielmehr sind solche Werbungen oft erst der Grund für die Popularität von Influencern.

Influencer-Marketing beschäftigte die Rechtsprechung in der Zeit vor Fertigstellung dieser Arbeit regelmäßig. Es ist ein Trend der Werbeausspielung im Internet, der eine differenzierte rechtliche Beurteilung erfordert.

II. Wirtschaftliche Bedeutung

Der Internetwerbemarkt hat – parallel zur Etablierung des Internets als fester Bestandteil im Leben vieler Menschen – eine enorme wirtschaftliche Bedeutung erlangt. In Zahlen ausgedrückt bedeutet dies, dass im Jahr 2018 auf dem deutschen Werbemarkt allein für digitale Display-Werbung ein Nettovolumen von 2.065.000.000 € (in Worten: zwei Milliarden fünfundsechzig Millionen) festgestellt worden ist[169]. Damit sind noch nicht die Kosten für Suchmaschinen-, Content-Marketing und andere Internetwerbeformen wie Influencer-Marketing erfasst.

Im Jahr 2016 hatte die Internetwerbung in Deutschland (an dieser Stelle Display- und Suchmaschinenwerbung gemeinsam) erstmals den größten Anteil am medienübergreifenden Werbevolumen insgesamt für sich beanspruchen können und damit das Fernsehen als umsatzstärkstes Medium an der Spitze abgelöst. Mit 29,9 % des Werbevolumens geht beinahe ein Drittel der Werbeausgaben in den Bereich der Online-Werbung[170]. Die Prognosen lauten dabei weiterhin auf Wachstum, sodass von einer Erhö-

169 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. Erfolgreichste Werbeform war dabei die Pre-Roll Werbung mit 417,4 Mio. € Brutto-Werbeinvestition, gefolgt vom „Ad Bundle" (253,4 Mio. €), der Billboard Ad (218,6 Mio. €), dem Sitebar (132,8 Mio. €) sowie mobiler Pre-Roll Werbung (114,7 Mio. €).

170 OVK-Report für digitale Display-Werbung 2017/02, http://www.bvdw.org/medien/ovk-report-fuer-digitale-werbung-2017-02?media=8880, abgerufen am: 19.9.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hung der absoluten Zahlen wie auch des relativen Verhältnisses im Medienvergleich auszugehen ist.

Europaweit betrug 2016 das Volumen des Display-Marketings sogar 16,19 Milliarden € in 27 gemessenen Ländern des Kontinents. Suchmaschinenwerbung kommt zusätzlich dazu auf 19,1 Milliarden. Auch auf europäischer Ebene wurde bei Beachtung aller Online-Marketingaktivitäten das Fernsehen als werbestärkstes Medium überholt[171].

An dieser Stelle sollen in Kürze die Wirtschaftsakteure, Marktgegebenheiten und Abrechnungsmodelle dargestellt und erklärt werden. Selbstverständlich kann jeder Inhaber einer Internetseite auf seiner eigenen Webseite Eigen- oder Fremdwerbung schalten bzw. veröffentlichen. Die Seitenbetreiber, oft auch Publisher genannt, sind diejenigen Akteure, die Werbeflächen als konkrete Dienstleistung anbieten. In der analogen Welt finden sie ihre Entsprechung in den Eigentümern von Plakatwänden oder Litfaßsäulen.

Die Komplexität des Internets mit seinen Myriaden an Seiten und Unterseiten erlaubt es aber regelmäßig nicht, dass die Vermarktung von Werbeflächen im Internet im direkten „Käufer-Verkäufer-Kontakt" erfolgt. Nur selten wird der Werbetreibende, teils Merchant genannt, unmittelbaren Kontakt zum Seitenbetreiber pflegen. Vielmehr sind regelmäßig Vermittler zwischengeschaltet, die Werbung planmäßig distribuieren und steuern. Als zentrales Glied zwischen Anbietern und Nachfragern von Online-Werbeflächen haben sich deshalb Werbenetzwerke oder Online-Vermarkter etabliert (im Weiteren gemeinsam als [Werbe-]Netzwerke bezeichnet). Diese Netzwerke bündeln einerseits Werbeflächen verschiedenster Seitenbetreiber und sind andererseits Sammelstelle für Anzeigen von einer Vielzahl Werbetreibender. Das Netzwerk nimmt dann die konkrete Platzierung der Anzeigen (u.a. nach Targeting-Präferenzen des Werbenden) auf den Werbeflächen vor[172].

171 Zahlen laut IAB Europe, https://www.iabeurope.eu/wp-content/uploads/2017/05/IAB-Europe-AdEx-Benchmark-2016-Study-FINAL-1.pdf, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

172 Vgl. Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 233.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abbildung 4: einfache schematische Darstellung der üblichen Wertschöpfungskette bei Online-Werbung

Diese Werbenetzwerke können verschiedener Art sein. Sie können wie das Google Display-Netzwerk unternehmensspezifische Online-Vermarkter sein, die alle Seiten eines bestimmten Konzerns (z.B. bei Google: YouTube, GMail etc.) als Werbeflächen bündeln und anbieten sowie für alle Werbetreibenden gegen Vergütung offen stehen[173]. Weitere bekannte Online-Vermarkter sind United Internet Media (gehört zu 1&1 und betreibt u.a. E-Mail-Hoster wie web.de und gmx.de), SevenOne Media (gehört zum ProSieben und Sat1 Medienkonzern) oder IP Deutschland (gehört zur RTL Gruppe)[174].

Die Netzwerke können auch als offener Online-Marktplatz konzipiert sein, bei dem Werbeflächen von Seitenbetreibern eingestellt und für Fixpreise oder im Rahmen einer Auktion verkauft werden – so etwa Ströer SSP, vormals AdScale[175]. Abgerechnet wird bei Festpreisen in der Regel nach sog. Ad Impressions, die nach dem Tausender-Kontakt-Preis (TKP) berechnet werden[176].

Praktisch laufen in diesem Kontext alle Prozesse automatisch und über spezialisierte Software und Computer ab. Man bezeichnet die beteiligten spezialisierten Unternehmen auch als „Adtechs“[177]. Den Vorgang der au-

173 Vgl. Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 291.
174 Lammenett, Praxiswissen Online Marketing, S. 287f..
175 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Online-Werbemarktplatz, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019; https://www.stroeer.de/konvergenz-konzepte/daten-technologien/stroeer-ssp.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.
176 Lammenett, Praxiswissen Online Marketing, S. 282.
177 https://www.unternehmer.de/lexikon/online-marketing-lexikon/adtech, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tomatischen Werbeausspielung nach bestimmten vorab definierten Kriterien nennt man „Programmatic Advertising“[178]. Man unterscheidet dabei nach „Demand Side Platforms“ und „Supply Side Platforms“. Die Erstgenannten sind Dienstleister, die Werbetreibenden die Möglichkeit geben an zentraler Steller Werbeplätze auf verschiedensten Webseiten zu erwerben. Die Zweitgenannten sind das Äquivalent auf Seite der Webseitenbetreiber oder Publisher. Diese können bei der „Supply Side Platform“ an einer zentralen Stelle ihre Werbeplätze anbieten und damit eine Vielzahl von potentiellen Kunden erreichen[179]. Auf Grundlage dieser technischen Plattformen ist das sog. „Real Time Bidding“ möglich. Hierbei wird im Moment des Aufrufs einer Webseite durch einen Nutzer in Echtzeit ein Prozess gestartet, an dessen Ende die Ausspielung einer bestimmten Werbeanzeige steht. Dieser Prozess ist bei Darstellung einer durch einen Nutzer aufgerufenen Webseite bereits abgeschlossen. Dafür können Werbekunden bestimmte Höchstgebote oder Targetingeinstellungen bei der „Demand Side Platform“ einstellen. Auf Grundlage der von jedem Nutzer im Internet automatisch Preis gegebenen Informationen wird ein „Bid Request“ generiert, der über die „Supply Side Platforms“ die Gebote der „Demand Side Platform“ abprüft. Automatisch wird nun nach dem Prinzip von Angebot und Nachfrage das höchste Gebot für den konkreten Aufruf ausgewählt und damit der Preis für die Werbeausspielung festgelegt[180].

Verbreitet sind aber auch die sogenannten Affiliate-Netzwerke. Affiliates, zu deutsch: (Geschäfts-)Partner[181], unterstützen sich hier unabhängig von einer übergeordneten gesellschaftsrechtlichen Verbindung. So stellen hier Seitenbetreiber jeglicher Couleur Werbeflächen zur Verfügung. Werbetreibende können ihre Anzeigen dann auf einer Vielzahl von Affiliate-Seiten ausliefern lassen. Wiederum nimmt das Werbenetzwerk die Vermittlung und ggf. die Platzierung vor. Besonderheit bei Affiliate-Netzwerken ist jedoch, dass diese regelmäßig eine „geschlossene Gesellschaft“ darstellen. Ein Beitritt muss oft durch hohe Einrichtungsgebühren erkauft oder durch geeignete Bewerbung erreicht werden[182]. Bekannte und reich-

178 Sahni, The Ultimate Guide To Mobile Programmatic Media Buying, S. 8.
179 Sahni, The Ultimate Guide To Mobile Programmatic Media Buying, S. 10.
180 Sahni, The Ultimate Guide To Mobile Programmatic Media Buying, S. 12ff.
181 Siehe https://dict.leo.org/german-english/affiliate, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.
182 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 241.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weitenstarke Affiliate-Netzwerke sind Awin, vormals zanox[183], oder affilinet[184].

Die Vergütung der Seitenbetreiber erfolgt bei solchen Netzwerken in der Regel erfolgsabhängig auf Provisionsbasis. Im Idealfall erfolgt die Schaltung von Werbung dann wie folgt:

- die Anzeige wird auf der freien Werbefläche des Seitenbetreibers eingeblendet,
- der Besucher nimmt die Anzeige wahr und klickt sie an,
- der Besucher wird auf die Seite des Werbetreibenden weitergeleitet und macht dort eine Bestellung oder nimmt Kontakt auf,
- dadurch entsteht ein Anspruch auf Vergütung des Seitenbetreibers gegen den Werbetreibenden (ggf. zuzüglich Provisionen für das Netzwerk)[185].

Die Vergütung beim erfolgsbasierten Affiliate-Marketing wird regelmäßig nach folgenden anerkannten Abrechnungsmodellen vereinbart:

- *Pay-per-Sale* (Provision nach Kauf beim Werbenden, abhängig von der Branche des Werbenden ab 2,5% in der Reisebranche bis zu 22% bei Softwareherstellern),
- *Pay-per-Click* (Provision nach Klick auf die Anzeige und Weiterleitung auf die Seite des Werbenden, fixe Geldbeträge zwischen 0,03-0,25 €),
- *Pay-per-Lead* (Provision nach Kontaktaufnahme mit dem Werbenden, v.a. bei Waren oder Dienstleistungen, die nicht unmittelbar im Internet bestellt werden; fixe Geldbeträge von wenigen €-Cent bei Newsletteranmeldung bis zu 240 € bei Abschluss eines Telefonvertrages),
- *Pay-per-View* (Preis für die bloße Ausspielung der Anzeige), regelmäßig nach dem oben schon genannten Tausender-Kontakt-Preis,
- *Pay-per-Install* (Provision nach Installation einer beworbenen Software des Werbenden),
- *Lifetime-Provision* (für Dauerschuldverhältnisse oder regelmäßige Folgekäufe) oder
- Mischformen der vorgenannten Modelle[186].

183 http://www.affiliateblog.de/zanox-heisst-jetzt-awin/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.
184 Vgl. Lammenett, Praxiswissen Online Marketing, S. 62, 75ff..
185 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 234.
186 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 237f.; Lammenett, Praxiswissen Online Marketing, S. 68ff., 282.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ob eine Provision angefallen ist wird dabei durch Trackingmethoden nachgehalten. Auf das Tracking wird vertieft bei der technischen Ausgestaltung (siehe unten Ziffer B. III. 4. b.) eingegangen.

Innerhalb der Werbenetzwerke und den vorhandenen technischen Möglichkeiten ist zudem eine der Internetwerbung eigentümliche Erfolgskontrolle der geschalteten Anzeigen und Werbekampagnen möglich. Diese Erfolgskontrolle erfolgt regelmäßig nach folgenden Statistiken:

- *Page* bzw. *Ad Impressions* (Anzahl der Einblendungen auf der Internetseite des Werbeplatzanbieters bzw. Affiliates),
- *Klickrate* (Anzahl von Klicks auf eine Anzeige)
- *Conversion-Rate* (Anzahl von Klicks auf die Anzeige, die tatsächlich zu einem Kauf oder einer Kontaktaufnahme beim Werbenden führen),
- *Earnings per click* (durchschnittliche Provisionshöhe für jeden Klick auf eine bestimmte Anzeige)[187].

Unter Umständen drängen sich noch weitere Akteure in die klassische Dreierkette von Werbenden, Werbenetzwerk und Seitenbetreiber. Dies können Meta-Netzwerke sein, die sich zwischen das Werbenetzwerk und den Seitenbetreiber einfügen. Insbesondere in Affiliate-Netzwerken haben sich Meta-Netzwerke eingebürgert, die den Seitenbetreibern die Anmeldung bei einer Vielzahl verschiedener Affiliate-Netzwerke abnimmt. Seitenbetreiber melden sich nur beim Meta-Netzwerk an und können durch doppelte Vermittlung eine noch höhere Anzahl von Werbetreibenden erreichen. Dies erfolgt natürlich zum Preis einer weiteren Provision[188]. Auch häufig anzutreffen sind Mediaagenturen, die vor allem bei fehlender eigener PR-Abteilung beim Werbenden die Gestaltung und Umsetzung, den Kontakt zu Netzwerken sowie das Controlling übernehmen[189].

187 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 247, Lammenett, Praxiswissen Online Marketing, S. 284.
188 Lammenett, Praxiswissen Online Marketing, S. 78f..
189 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 233.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abbildung 5: schematische Darstellung der erweiterten Wertschöpfungskette bei Online-Werbung

Der Internet-Werbemarkt ist nach alledem im Vergleich zu anderen Medien ein Markt mit einigen Besonderheiten. Statistisch gesehen ist er ein Wachstumsmarkt, der auf absehbare Zeit nicht stagnieren wird.

III. Technische Ausgestaltung

Wie bereits festgestellt eröffnet das Internet eine Vielzahl von Möglichkeiten, die auf den technischen Besonderheiten dieses Mediums beruhen. Um die teils sehr spezialisierten Begriffe und Anwendungen richtig zu verstehen, ist es unabdingbar einen Überblick über die Funktionsweise des Internets zu erhalten. Für viele Menschen ist das Internet ein fester Bestandteil im Alltag. Wie genau das Internet funktioniert, ist den meisten „Nicht-IT'lern" aber unbekannt. Deshalb werden in gebotener Länge die Infrastruktur und die Funktionsweise des Internets dargestellt sowie die Protokolle und Standards des Internets beschrieben (siehe Ziffer 1.). Sodann wird der Blick vom großen Ganzen auf die Kommunikationsteilnehmer im Einzelnen gelenkt. Hier wird erklärt wie beim adressierten Internetnutzer die gewünschte Information als Ergebnis der Datenübertragung im Endgerät angezeigt wird. Dafür wird auf die Funktionsweise von Webbrowsern und anderen Softwareprogrammen, die Daten wahrnehmbar darstellen, eingegangen. Auf der anderen Seite wird die Technik hinter einer Webseite erläutert, mit der Informationen aufbereitet und zur Verfügung gestellt werden. Diese Webseiten bestehen regelmäßig aus vielen verschiedenen Elementen, die dargestellt und erklärt werden sollen (siehe Ziffer 2.). Daraus werden dann Schlussfolgerungen gezogen für die technische Abgrenzung des Internets von anderen Werbemedien (siehe Ziffer 3.). Abschließend wird auf die werbespezifischen Besonderheiten im Internet eingegangen. Hier geht es hauptsächlich um den Einsatz von besonderen Adservern und das für die wirtschaftliche Abwicklung der

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Internetwerbung integrale Tracking (siehe Ziffer 4.). Am Ende dieses Abschnitts soll der Leser das technische Verständnis erlangt haben, um die nachfolgenden rechtlichen Beurteilungen auf Basis hinlänglicher Faktenkenntnis nachvollziehen zu können.

1. Eine kleine Einführung in die Technik des Internets

Das Internet ist, wie der Name bei genauem Hinsehen schon verrät, das Netz der Netze. Eine Vielzahl von Einzelnetzwerken wird durch das Internet zu einem großen Netz zusammengeschlossen[190]. Damit in diesem umfassenden Netzwerk Daten übertragen werden können und die uns gewohnte Kommunikation stattfinden kann, bedarf es einer ausreichenden Infrastruktur (siehe dazu a.) und einer zielführenden Datenübertragungstechnik (siehe dazu b.).

a) Infrastruktur des Internets

Einzelnetzwerke bestehen aus einer Vielzahl von Computern und sind durch Kabel oder über Funksignale verbunden. Dabei kann das Einzelnetzwerk wie bei größeren Arbeitgebern oder Universitäten ein stattliches Ausmaß annehmen und nach außen abgeschlossen sein. Über eine Kabelverbindung oder einen WLAN-Router kann auch die Vielzahl von internetfähigen Geräten, die in einem durchschnittlichen Haushalt regelmäßig anzutreffen sind, ein eigenes abgeschlossenes Netzwerk bilden.

Solche privaten Netze sind wiederum Teil des Netzwerks des Internet Service Providers, der den Internetzugang bereitstellt. Zu diesem Netzwerk kann auch das große Firmen- oder Universitätsnetzwerk gehören, wenn es beim gleichen Provider einen Internetzugang unterhält. Der Zugang zum Netzwerk des Providers erfolgt jeweils über ein sich einwählendes Modem, das physisch über Glasfaserkabel verbunden ist[191]. Zwischen Heimnetzwerk und Internet existieren also noch ein oder mehrere „Zwischennetzwerke".

---

190 Vgl. Lauterschlag, Wie funktioniert das Internet? – http://www.webschmoeker.de/grundlagen/wie-funktioniert-das-internet/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

191 Vgl. Tyson, How Internet Infrastructure Works – http://computer.howstuffworks.com/internet/basics/internet-infrastructure1.htm, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dieses Netzwerk des Internet Service Providers wiederum wählt sich per Glasfaserkabel über einen Netzwerkzugangspunkt (bzw. network acces point, NAP) in ein höherrangiges Netz ein[192]. Dieses Netzwerk wird betrieben durch den Netzbetreiber (oder englisch: Carrier), der mit anderen Netzbetreibern über Knotenpunkte verbunden ist[193].

An den Verbindungsstellen von Carrier-Netzen untereinander sowie an den Netzwerkzugangspunkten der Providernetze befinden sich **Router**. Diese Infrastruktur-Router sind nicht zu verwechseln mit dem heimischen DSL- bzw. WLAN-Router. Router sind spezielle Computer, die Daten im Netzwerk zum Zielpunkt leiten. Sie haben zwei Aufgaben: sie führen die Information zum intendierten Ziel und halten sie fern von Verbindungen, die nicht zum Transport notwendig sind. Dadurch finden die Daten das richtige Ziel und „verstopfen" keine Verbindungen, die nicht notwendigerweise gebraucht werden[194].

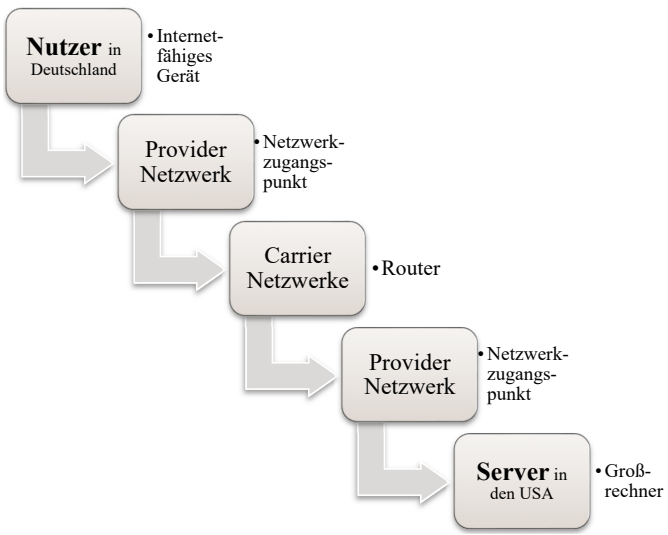


Abbildung 6: schematische Darstellung des Datenweges vom Nutzer zum Server

192 Vgl. http://www.itwissen.info/Netzwerkzugangspunkt-network-access-point-NAP.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

193 http://www.itwissen.info/Netzbetreiber-NB-carrier.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

194 Vgl. Tyson, How Internet Infrastructure Works – http://computer.howstuffworks.com/internet/basics/internet-infrastructure3.htm, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Infrastruktur besteht demzufolge aus diversen Endgeräten, Glasfaserkabeln, die auch durch Satelliten oder Richtfunkstrecken substituiert werden können[195], und Routern.

b) Datenübertragungstechnik

Damit diese Geräte miteinander kommunizieren (oder genauer: Daten austauschen) können, bedarf es einer „gemeinsamen Sprache", also einer einheitlichen Technik, der sich alle Geräte unterordnen. Diese Funktion übernimmt im Wesentlichen das Internetprotokoll (IP)[196]. Alleine das Internetprotokoll würde aber noch nicht das Internet in seiner gewohnten Form ermöglichen, dafür bedarf es weiterer darzustellender Protokolle.

aa) Internet Protokoll (IP)

Durch das standardisierte Internetprotokoll macht es für die Kommunikation keinen Unterschied welche Hard- oder Software bei den Endgeräten vorhanden ist. Daten werden über das Internet vielmehr plattformunabhängig versendet. Erforderlich für das IP ist eine eindeutige Adresse des Endgeräts, die allseits bekannte IP-Adresse. Sie stellt sozusagen die Postanschrift des Endgerätes dar, an welche die Daten geliefert werden[197]. Sie kann je nach verwendeter Version des IP (IPv4 oder IPv6) unterschiedlich ausgestaltet sein, etwa bei Version 4 die geläufige Vier-Zahlen-Adresse (z.B. 192.0.2.42) oder bei Version 6 eine hexadezimale Adresse (z.B. 2001:0db8:85a3:0000:0000:8a2e:0370:7344). In informatischer Hinsicht wird dieser Code wiederum in eine binäre Zahl, d.h. einem nur aus Nullen und Einsen bestehenden Code, übersetzt[198].

---

195 Vgl. Lauterschlag, Wie funktioniert das Internet? – http://www.webschmoeker.de/grundlagen/wie-funktioniert-das-internet/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

196 Vgl. Lauterschlag, Wie funktioniert das Internet? – http://www.webschmoeker.de/grundlagen/wie-funktioniert-das-internet/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019; Tyson, How Internet Infrastructure Works – http://computer.howstuffworks.com/internet/basics/internet-infrastructure1.htm, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

197 Vgl. Lauterschlag, Wie funktioniert das Internet? – http://www.webschmoeker.de/grundlagen/wie-funktioniert-das-internet/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019; Tyson, How Internet Infrastructure Works – http://computer.howstuffworks.com/internet/basics/internet-infrastructure1.htm, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

198 https://de.wikipedia.org/wiki/IP-Adresse#IPv6, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bei einer Datenübertragung im Internet werden die teils sehr großen Datenmengen für eine einzelne Internetaktion aufgeteilt in Datenpakete, die IP-Pakete. Diese Pakete bestehen aus einem Kopf- und einem Nutzdatenbereich. Im Kopfbereich sind hauptsächlich die IP-Adressen des Absenders und des Empfängers enthalten[199]. Hier kommen wieder die Router der Internetinfrastruktur ins Spiel. Die Router lesen allein die Kopfdaten des IP-Datenpakets und vermitteln dieses damit über andere Router zum gewünschten Ziel[200]. Das IP benötigt keine direkte Verbindung zwischen den Kommunikationsteilnehmern und ist deshalb ein sog. verbindungsloses Protokoll.

Nicht durch das IP gewährleistet wird, dass alle fragmentierten Datenpakete tatsächlich beim Adressaten ankommen. Ebenso wenig wird durch das IP gesichert, dass die korrekte Reihenfolge der Datenpakete beibehalten wird. Dies übernehmen andere Protokolle im Rahmen der Nutzdaten[201].

In den Nutzdaten sind die gewünschten Inhalte verortet, die ihrerseits in anderen Protokollen verpackt sind. Im Rahmen dieser sog. Datenkapselung verfügt ein IP-Datenpaket über mehrere Schichten von Protokollen. Während das IP an oberster Stelle steht (bzw. nach dem OSI Modell, das noch die physikalische Ebene und die Infrastruktur mitzählt in der Schicht 3), folgen die Transportschicht (Schicht 4) und die Sitzungs-, Darstellungs- bzw. Anwendungsschicht (Schichten 5-7)[202].

bb) Transportschichtprotokolle

In der Transportschicht ist das geläufigste Protokoll das *Transmission Control Protocol* (**TCP**). Es ist für die Erkennung und Behebung von Datenverlusten, die Sortierung und die Wiederzusammensetzung der per IP

199 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/IP-Paket, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

200 Vgl. Lauterschlag, Wie funktioniert das Internet? – http://www.webschmoeker.de/grundlagen/wie-funktioniert-das-internet/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019; Tyson, How Internet Infrastructure Works – http://computer.howstuffworks.com/internet/basics/internet-infrastructure1.htm, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

201 Vgl. Lauterschlag, Wie funktioniert das Internet? – http://www.webschmoeker.de/grundlagen/internet-protocol/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

202 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/OSI-Modell, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verschickten Pakete verantwortlich[203]. Beim TCP wird eine direkte Verbindung zwischen zwei Endpunkten aufgebaut, bevor Daten übertragen werden können (sog. Ende-zu-Ende-Verbindung). Eingängigstes Beispiel dafür dürfte der Abruf einer Webseite mit einem PC von einem Webserver sein. In diesem Fall muss zunächst die Verbindung zwischen anfragendem Rechner und auslieferndem Rechner[204] hergestellt werden. Das TCP hat wiederum einen eigenen Header mit notwendigen Angaben zum Verbindungsaufbau. So arbeiten IP und TCP zusammen und bewerkstelligen sowohl die Verbindung zwischen zwei Rechnern im Internet, als auch den Transport der Daten über eine Vielzahl weiterer Rechner, den Routern.

Im Einzelnen erfolgt der Verbindungsaufbau über TCP dreistufig: zunächst sendet der Client ein TCP-Segment an den Server mit der Bitte um Synchronisation („SYN"-Flag im Header) ohne Nutzdaten. Dann antwortet der Server mit einem TCP-Segment, das den Empfang des „Anfragesegments" („ACK"-Flag als Abkürzungfür *acknowledge*) und die Synchronisation (wieder „SYN"-Flag) bestätigt. Im dritten Schritt bestätigt wiederum der Client mit dem „ACK"-Flag, womit die Verbindung aufgebaut ist.

Nun können die Datenpakete mit einer logischen Nummerierung in den TCP Headern und Angabe der IP-Adressen in den IP Headern übertragen werden. Dabei wird wiederum der Erhalt jedes Datenfragments durch den Client bestätigt. Erfolgt keine Bestätigung, wird das Fragment durch den Server erneut verschickt. So wird die Vollständigkeit der Datenübertragung gewährleistet. Durch die Nummerierung kann die Software des Clients die Fragmente wieder in die richtige Reihenfolge setzen. Zum Verbindungsabbau werden wiederum TCP-Segmente ausgetauscht, die auf der einen Seite das Ende anzeigen und auf der anderen Seite bestätigen[205].

Das TCP ist das „Dachprotokoll" für die auf den nachfolgenden Schichten weiter genutzten Protokolle HTTP, SMTP und FTP (siehe unten)[206].

---

203 Vgl. Lauterschlag, Wie funktioniert das Internet? – http://www.webschmoeker.de/grundlagen/internetstandards/#transmission_control_protocol_tcp, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

204 Der anfragende Rechner wird im Weiteren TCP-untypisch, aber für das Webseitenbeispiel passend, „Client" genannt, der ausliefernde Rechner wird „Server" genannt. Diese Begriffe sind eher beim nachgelagerten HTTP im WWW üblich, beim TCP hingegen kommunizieren beide Enden der Verbindung grundsätzlich gleichberechtigt, sodass die Begriffe Client und Server in anderen TCP-Konstellationen unpassend wären.

205 Vgl. Lauterschlag, Wie funktioniert das Internet? – http://www.webschmoeker.de/grundlagen/tcp-transmission-control-protocol/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

206 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/OSI-Modell, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Neben TCP ist auf der Transportschicht noch das User Datagramm Protocol (UDP) verbreitet, das für die Übertragung von Audio- und Videomaterial eingesetzt wird. Bei UDP findet anders als bei TCP keine feste Verbindungskommunikation zwischen den Rechnern und keine Kontrolle statt, ob die Daten korrekt beim Empfänger angekommen sind, sodass Daten verloren gehen, vertauscht oder doppelt ankommen können. Vorteil ist die schnellere Datenübertragung, da keine Bestätigungen abgewartet werden müssen[207]. Ein Protokoll, das durch das Erfordernis einer Verbindung mehr dem TCP ähnelt, aber für Streaming geeigneter ist, ist das Stream Control Transmission Protocol (SCTP)[208].

cc) Darstellungs- bzw. Anwendungsschichtprotokolle

Für die Übertragung von Webinhalten auf Grundlage von IP und den vorgenannten Transportprotokollen werden im Rahmen der Datenkapselung der Nutzdaten eine Vielzahl weiterer Protokolle genutzt. Zur Wahrung der Übersichtlichkeit sollen im Weiteren nur das Hypertext Transfer Protocol (HTTP) und das File Transfer Protocol (FTP) näher dargestellt werden. Speziell für E-Mails wird oft das Simple Mail Transfer Protocol (SMTP) genutzt, wobei E-Mails regelmäßig auf dem Server des E-Mail-Anbieters gespeichert sind und nur bei Bedarf vom Nutzer über E-Mailprogramme wie Outlook über weitere Protokolle wie IMAP oder POP abgerufen werden[209]. Mangels Bedeutung für die nachfolgende Bearbeitung wird auf eine nähere Erläuterung verzichtet.

Ein weiteres nennenswertes Protokoll ist das Domain Name System (DNS), das zur Namensauflösung, d.h. zur Übersetzung einer sprachlichen Domain (z.B. fc.de) in eine IP-Adresse, benötigt wird. Es stellt sozusagen das Telefonbuch des Internets dar, das erforderlich ist, weil Menschen sich Namen und Wörter besser merken können als Nummern[210]. In hierarchischer Sicht unterliegt DNS dem UDP Transportprotokoll. Der Ablauf der

207 Vgl. Lauterschlag, Wie funktioniert das Internet? – http://www.webschmoeker.de/grundlagen/udp-user-datagram-protocol/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019; https://www.elektronik-kompendium.de/sites/net/0812281.htm, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

208 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Stream_Control_Transmission_Protocol, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

209 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/OSI-Modell, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

210 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/OSI-Modell, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nutzung von DNS wird unten im Zusammenhang mit der Funktionsweise von Browsern näher dargestellt.

Das weitaus wichtigste Protokoll im World Wide Web, also dem weltweiten Fundus von Webseiten, ist hingegen das HTTP. Diese Abkürzung dürfte vielen Internetnutzern bereits begegnet sein, weil in der Adresszeile eines Browsers bei kompletter Anzeige der URL regelmäßig der Anfang auf „http://“ lautet. Heute gebräuchlicher ist dabei HTTPS, das Hypertext Transfer Protocol Secure, das um eine Transportverschlüsselung ergänzt ist[211].

Bei HTTP(S) unterscheidet man grundsätzlich den Client und den Server. Der Client begehrt eine Dienstleistung vom Server, indem er eine Anfrage („Request“) stellt. Diese Anfrage wird vom Server beantwortet („Response“). Während eine TCP-Verbindung läuft, die IP-Datenpakete von einem Ende zum anderen Ende austauscht, enthält jedes Datenpaket neben den IP- und TCP-Headern nun wieder HTTP-Header und -Nutzdaten. Dabei übermittelt der Client im Rahmen des Requests im HTTP-Header die URL, was für *Uniform Resource Locator* steht. Die URL besteht aus dem Protokoll („https:// “), der optionalen Serverbezeichnung („www.“), dem Domainnamen („uni-regensburg“), der Top-Level-Domain („.de“), des Pfades („/rechtswissenschaft“) und ggf. des Dateinamens („/index.html“). Neben der URL werden die Art der „Request-Methode“ und eine Reihe von weiteren Informationen übermittelt. In den, hier optionalen, HTTP-Nutzdaten sind bei einem Request etwa Daten eines online ausgefüllten Formulars untergebracht[212].

Ein Beispiel für einen HTTP-Header eines Requests sähe wie folgt aus:

```
1 GET /grundlagen/das-internet/ HTTP/1.1
2 Host: www.webschmoeker.de
3 User-Agent: Mozilla/5.0 (Windows NT 6.1; WOW64; rv:39.0) Gecko/20100101 Firefox/39.0 PTST/2
4 Accept: text/html,application/xhtml+xml,application/xml;q=0.9,*/*;q=0.8
5 Accept-Language: en-US,en;q=0.5
6 Accept-Encoding: gzip, deflate
7 Connection: keep-alive
```

Wobei der Befehl „GET“ in Zeile 1 die Requestmethode zum Abruf einer Datei bedeutet und von dem Pfad sowie der HTTP-Version („HTTP/1.1“)

211 https://de.wikipedia.org/wiki/Hypertext_Transfer_Protocol_Secure, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

212 Vgl. Lauterschlag, Wie funktioniert das Internet? – http://www.webschmoeker.de/grundlagen/http-hypertext-transfer-protocol/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019. Die nachfolgenden Beispiele sind ebenfalls dieser Webseite entnommen.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gefolgt wird. Sodann folgt die Angabe des Webservers durch die Domain. Nach Ziffer 3 folgen Informationen zum Client-Rechner, hier Browser („Mozilla Firefox“), Betriebssystem („Windows NT“) und ggf. weitere Features des Browsers („Gecko“). Die folgenden Zeilen beginnend mit „Accept“ weisen auf Funktionen bzw. Einstellungen des Browsers hin. Abschließend wird eine Aussage zur Verbindung getroffen („keep-alive“)[213]. Es sind neben diesen Beispielen noch viele weitere Eintragungen im Header denkbar, auf die hier nicht näher eingegangen wird[214].

Die Antwort des Servers ist wiederum in HTTP-Header und –Nutzdaten unterteilt. Ein Beispiel des HTTP-Headers eines Server-Responses sähe beispielhaft wie folgt aus:

```
1  HTTP/1.1 200 OK
2  Date: Wed, 29 Jul 2015 15:40:23 GMT
3  Server: Apache
4  X-Powered-By: PHP/5.4.42-nmm1
5  Vary: Accept-Encoding,Cookie
6  Cache-Control: max-age=3, must-revalidate, max-age=21600
7  WP-Super-Cache: Served supercache file from PHP
8  Content-Encoding: gzip
9  Content-Length: 11519
10 Expires: Wed, 29 Jul 2015 21:40:23 GMT
11 Connection: close
12 Content-Type: text/html; charset=UTF-8
```

Zeile 1 ist die „Status-Line“, die wiederum die HTTP-Version („HTTP/1.1“) wiederspiegelt, den Status Code („200“) und die textliche Erklärung zu diesem Code („OK“). Die übrigen Header-Informationen bestehen aus Datum der Antwort, Art des Servers („Apache“), Basis der Webapplikation („X-Powered-By: PHP/5.4.42-nmm1“), Anweisungen für folgende Zugriffe („Vary:...“), Einstellungen für den Zwischenspeicher („Cache control:...“), Informationen zur Codierung, Größe und Format des Inhalts („Content-Encoding“, „Content-Length“ & „Content-Type“), ab wann die Datei als veraltet anzusehen ist („Expires:...“) und einem Befehl zur Verbindung („close“)[215].

213 Screenshot und Beschreibung nach http://www.webschmoeker.de/grundlagen/http-hypertext-transfer-protocol/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

214 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_HTTP-Headerfelder, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

215 Screenshot und ein Teil der Beschreibung nach http://www.webschmoeker.de/grundlagen/http-hypertext-transfer-protocol/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

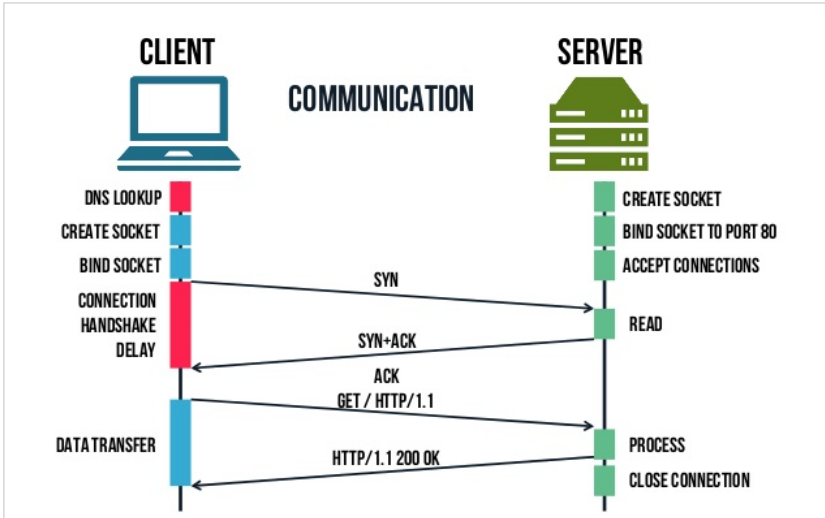


Abbildung 7: [216]Schematische Darstellung der Client-Server Kommunikation beim Abruf einer Webseite mit DNS, TCP und HTTP

Hinzu kommen die HTTP-Nutzdaten, in diesem Fall die konkrete Webseite. An dieser Stelle werden demzufolge das erste Mal im gesamten IP-Datenfragment die vom Nutzer gewünschten Inhalte transportiert.

In einer stark vereinfachten Allegorie lässt sich der Datentransfer also mit der Kurierzustellung eines Pakets darstellen: das IP ist dabei der Kurier, der Luftwege, Autobahnen und Regionalstraßen – die Internetinfrastruktur – nutzt, um in einem konkreten Transportwagen – dem TCP – eine bestimmte Ware – die HTTP Nutzdaten – zuzustellen. Der HTTP Header stellt dabei eine Mischung aus Zustellinformation und Bedienungsanleitung für die Ware dar.

Während HTTP sozusagen den „Kundenbesuchsverkehr" auf den Internetseiten betrifft, steht das File Transfer Protocol (FTP) für den Upload auf einen Server, den Download von einem Server und ggf. dem Austausch von Dateien zwischen zwei Servern zur Verfügung. Hiermit kann also eine Art „Abwicklung" komplizierterer Dateien erfolgen, also der Download größerer Dateien, die nicht im Browser dargestellt werden müssen. FTP-Software ist in den meisten geläufigen Browsern enthalten (zu erkennen

216 Quelle: https://www.slideshare.net/origamiaddict/http-40249449, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

an der „Downloadleiste“). Der Weg hin zu FTP kann deshalb auch häufig über optisch einfache Textlinkseiten erfolgen, wobei die Textlinkseite über HTTP übertragen, die verlinkten Dateien aber über FTP[217].

2. Webbrowser und Webseiten

Auf Grundlage der dargestellten technischen Hintergründe des Internets soll im Weiteren speziell auf die Darstellung von Internetseiten eingegangen werden. Dabei soll zunächst auf die technischen Schritte eingegangen werden, die ein Webbrowser tätigt, um eine Webseite auf dem Gerät des Internetnutzers anzuzeigen (siehe dazu a.). Im Anschluss wird dazu ergänzend auf verschieden programmierte Elemente von Webseiten eingegangen (siehe dazu b.).

a) Arbeitsweise des Browsers

Browser sind jedem Internetnutzer bekannt. Durch die Eingabe von „Internetadressen“, also einer URL, in das Adressfeld des Browsers wird die Anzeige der gewünschten Webseite veranlasst. Auf dieser Webseite kann der Nutzer dann wieder auf eine Vielzahl von Links klicken und damit neue Seiten aufrufen. Dazu kommt der „zurück“- und „vor“-Button, um auf bereits besuchte Seiten zurückzukehren. Mit diesen drei einfachen Elementen kann jeder Nutzer mit Leichtigkeit durch das World Wide Web stöbern, woher auch der Name „Browser“ stammt[218]. Hinter der benutzerfreundlichen Oberfläche laufen jedoch eine Vielzahl technisch komplexer Vorgänge ab.

Die Funktionsweise eines Webbrowsers ist stark verknüpft mit der Datenübertragung im Hypertext Transmission Protocol (HTTP), das oben bereits beschrieben worden ist. Der Ablauf nach Eingabe einer URL in die Adresszeile oder Klick auf einen Link einer bereits geöffneten Webseite läuft demnach wie folgt ab:

- Falls eine Seite besucht wird, die der Rechner noch nie oder länger nicht besucht hat und deshalb im internen Speicher keine entsprechende Information hinterlegt ist, führt der Browser eine Anfrage beim

217 Z.B. http://ftp.fernuni-hagen.de/ftp-dir/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

218 Aus dem Englischen: to browse = stöbern, durchblättern; vgl. https://dict.leo.org/englisch-deutsch/browse, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

DNS-Server durch. Dieser DNS-Server übersetzt die eingegebene oder verlinkte URL in die IP-Adresse des Servers. Deshalb kommt dem DNS-Server die Funktion als Telefonbuch des World Wide Webs zu. Jeder Rechner ist im Grundsatz einem speziellen „Nameserver" zugeordnet. Hat dieser Server keine Information zur gewünschten URL, konsultiert er wiederum einen übergeordneten „Root-Server" und bekommt so die aufgelöste IP-Adresse vermittelt und leitet dies dem Client weiter[219].

- Auf Grundlage dieser Information wird eine TCP-Verbindung zwischen Clientrechner und Server hergestellt. Einzelheiten wurden weiter oben bereits beschrieben.
- Bei einer einfachen Webseite sendet der Server dann an den Clientrechner in den HTTP-Nutzdaten ein **HTML-Dokument**[220]. HTML steht für Hypertext Markup Language. Dies ist eine Textauszeichnungssprache, die zur Strukturierung digitaler Dokumente dient. Durch HTML wird in codierter Form (sog. „Quellcode") die Anordnung von Überschriften, Text, Hyperlinks und Bildern festgelegt. Ein HTML-Dokument ist eine bloße Textdatei, die einer gewissen Logik und einem anerkannten Aufbau folgt. Sie kann mit einem normalen Text-Editor oder mit speziellen HTML-Editoren erstellt werden[221].
- Der Browser speichert dieses HTML-Dokument im Zwischenspeicher („Cache") des Geräts. Dies hat den Vorteil, dass mehrfach verwendete Seiten nicht ständig neu geladen werden müssen. Dies beschleunigt vor allem das Vor- und Zurückblättern im Browser[222].
- Das abgespeicherte HTML-Dokument wird sodann vom Browser, genauer von seinem Rendering Modul, ausgelesen und interpretiert (sog. „parsen"[223]). Diese Interpretation erfolgt von „oben nach unten", sodass jede Zeile des HTML-Dokuments vom Browser abgearbeitet wird. So wandelt der Browser das HTML-Dokument in einen DOM-Knoten-

219 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Domain_Name_System und https://de.wikipedia.org/wiki/Root-Nameserver, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

220 Vgl. http://www.webschmoeker.de/grundlagen/was-ist-ein-browser/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

221 https://de.wikipedia.org/wiki/Hypertext_Markup_Language, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

222 Vgl. Eggeling – Unter der Haube: So funktionieren Browser, https://mobil.pcwelt.de/ratgeber/Unter_der_Haube__So_funktionieren_Browser-Grundlagen-8536316.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

223 Aus dem Englischen *to parse* = analysieren; https://dict.leo.org/englisch-deutsch/parse, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

baum um. DOM steht für Document Object Model und wandelt den Text des HTML-Dokuments in Befehle um, die der Rechner dann schrittweise abarbeitet. Sieht ein HTML-Dokument etwa die Darstellung eines Texts und eines Bildes vor, liegen im DOM-Knotenbaum in der Reihenfolge der späteren Darstellung zwei separate Befehle vor, einer für die Anzeige von Text, einer für die Anzeige des Bildes. Über die DOM-Struktur besteht zudem die Möglichkeit moderne Elemente von Webseiten wie JavaScript einzubinden, weshalb von DOM-Knoten gesprochen wird[224].

Nicht schon im HTML-Dokument vorhandene Daten wie Bilder oder Videos werden aufgrund der entsprechenden Befehle noch beim Server abgerufen. Diese werden ebenfalls im Cache des Nutzergeräts abgespeichert.

- Ergebnis dieser Interpretation und des weiteren Downloads ist eine weitere Datenstruktur, die der Browser dann visuell umsetzt (sog. „rendern"[225]). Diese Rendering-Baumstruktur enthält die visuellen Elemente bereits in der Reihenfolge der späteren Anzeige. Hier sind auch geometrische Informationen wie Breite, Höhe und Position der einzelnen Elemente enthalten. Der Unterschied zur DOM-Struktur ist, dass hier nur darstellbare Elemente enthalten sind[226]. Zuletzt wird die Webseite wie vom Programmierer intendiert auf dem Gerät des Nutzers angezeigt[227].

Dieser Ablauf kann zudem durch bestimmte Einstellungen im Browser modifiziert werden. Bekannte Einstellungen sind dabei etwa das Unterbinden der Anzeige von Bildern oder das Blocken von Pop-Up-Fenstern. In solchen Fällen wird beim Parsen der Befehl zum Laden und Anzeigen des Bildes bzw. zur Öffnen eines Pop-Ups nicht ausgeführt. Weiter kann eingestellt werden, ob JavaScript erlaubt wird, was ebenfalls Einfluss auf die DOM-Struktur und das Rendering hat.

---

224 https://www.html5rocks.com/de/tutorials/internals/howbrowserswork/#DOM, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

225 Aus dem Englischen *to render* = ausführen, wiedergeben; https://dict.leo.org/englisch-deutsch/render, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

226 https://www.html5rocks.com/de/tutorials/internals/howbrowserswork/#DOM, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

227 Vgl. http://www.webschmoeker.de/grundlagen/was-ist-ein-browser/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019; Eggeling – Unter der Haube: So funktionieren Browser, https://mobil.pcwelt.de/ratgeber/Unter_der_Haube__So_funktionieren_Browser-Grundlagen-8536316.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Weiteren Einfluss auf die Arbeitsweise des Browsers können auch Plug-Ins haben. Plug-Ins sind externe Programme und enthalten Funktionen, die ein Browser ursprünglich nicht aufweist. Solche Plug-Ins sind etwa Flash, Java oder Adobe Acrobat Reader[228].

Durch die Einstellungen von Browsern können Internetnutzer demnach aktiv steuern, wie Webseiten auf ihrem Gerät dargestellt werden. Diese Darstellung kann also der ursprünglichen Intention des Gestalters teilweise widersprechen. Es ist deutlich zu unterscheiden zwischen dem vom Webseitenanbieter entworfenen HTML-Dokument und dem erst im Gerät des Nutzers generierten DOM-Knotenbaum. Die Übersetzung von HTML-Dokument in die DOM-Befehle stellt die Grenzüberschreitung von der Sphäre des Webseitengestalters hinein in die Sphäre des Nutzers dar, in welcher der Nutzer Macht über die Darstellung hat. Diese Grenzüberschreitung hat für die rechtliche Bewertung eine überragend wichtige Bedeutung.

b) Programmierelemente von Webseiten

Wie bereits zuvor bei der Browserfunktionalität dargestellt ist die Grundlage der meisten Webseiten ein HTML-Dokument. Ebenfalls genannt wurde bereits JavaScript. Hinzu kommen noch weitere Elemente.

Das HTML-Dokument stellt den Quellcode der Webseite dar und ist maßgeblich für die logische Struktur der Seite. Ergänzt wird HTML durch Cascading Style Sheets (CSS), die maßgeblich für die Formatierung, die Farben und Positionierung von Text- und Bildelementen ist[229]. CSS sind regelmäßig mit dem HTML-Code verbunden und werden vom Browser geparst. Durch CSS ist auch die Anpassung der Darstellung an verschiedene Gerätetypen mit unterschiedlichem Bildschirmformat möglich[230].

JavaScript hingegen macht dynamische Anzeigen möglich. So wird vermieden, dass für jeden Klick die gesamte Seite neu dargestellt werden muss. Vielmehr ermöglich JavaScript die Änderung von HTML- und CSS-

228 Eggeling – Unter der Haube: So funktionieren Browser, https://mobil.pcwelt.de/ratgeber/Unter_der_Haube__So_funktionieren_Browser-Grundlagen-8536316.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

229 Eggeling – Unter der Haube: So funktionieren Browser, https://mobil.pcwelt.de/ratgeber/Unter_der_Haube__So_funktionieren_Browser-Grundlagen-8536316.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

230 https://de.wikipedia.org/wiki/Cascading_Style_Sheets, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Elementen, nachdem der Browser diese bereits dargestellt hat[231]. JavaScript ist also für die Anzeige vieler moderner Webseiten unerlässlich. Typische Anwendungsgebiete sind Dialogfenster, dynamische Suchbegriffeingaben oder dynamische Werbebanner. JavaScript ist auch für die dynamische Einfügung von „personalisierter" Werbung zuständig[232].

Hinzu können noch Java-Applikationen kommen, die in Webseiten eingebunden sind und im Browser dargestellt werden. Ein Beispiel für eine in der Java Programmiersprache entwickelte Webseite ist etwa das soziale Netzwerk Twitter[233]. Bei multimedialen Webseiten kann zudem Adobe Flash zum Einsatz kommen. Flash ermöglicht die Darstellung und Animation von Vektor- und Rastergrafiken sowie Videoclips. Deshalb war es sehr beliebt für animierte und Rich-Media Werbebanner[234]. Allerdings sind die Tage sowohl von Java-Applets[235] als auch Flash als weit verbreitete Website-Elemente gezählt. Oracle, die Betreiberin des Java-Plug-Ins, hat die Unterstützung des Plug-Ins bereits eingestellt. Adobe hat die Einstellung des Flash-Plug-Ins für 2020 angekündigt[236]. Multimediale und animierte Webseitenelemente werden durch das 2014 eingeführte HTML5, also die fünfte Version der grundlegenden Textauszeichnungssprache, anders als in der Vorversion auch ohne die vorgenannten Plug-Ins darstellbar sein[237].

Ganz konkret verfügt eine Webseite, die eine Werbefläche – etwa ein Banner – vorsieht, also im HTML-Dokument entweder über eine ganz konkrete Werbung, die auf demselben Server wie die Seiteninhalte gespeichert ist, oder über einen Platzhalter, der durch JavaScript oder HTML5 dynamisch auf Grundlage bestimmter Informationen aus Nutzungsprofilen ausgefüllt wird. Die eingeblendete Werbung selbst kann dann wiede-

231 Eggeling – Unter der Haube: So funktionieren Browser, https://mobil.pcwelt.de/ratgeber/Unter_der_Haube__So_funktionieren_Browser-Grundlagen-8536316.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

232 https://de.wikipedia.org/wiki/JavaScript, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

233 https://de.wikipedia.org/wiki/Java_(Programmiersprache)#Anwendungsarten, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

234 https://de.wikipedia.org/wiki/Adobe_Flash#cite_note-3, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

235 Das sind dynamische Elemente von Webseiten, die vor allem um die Jahrhundertwende verbreitet waren und heute nicht mehr dem Stand der Technik entsprechen.

236 http://winfuture.de/news,90809.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019; https://www.heise.de/newsticker/meldung/Adobe-verabschiedet-sich-von-Flash-2020-ist-Schluss-3783264.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

237 https://de.wikipedia.org/wiki/HTML5, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rum von dynamischer Gestaltung sein oder auch während des Besuchs ausgetauscht werden.

3. Abgrenzung des Internets von anderen Medien

Diese technischen Gegebenheiten zeigen also vor allem eine grundlegende Besonderheit des Internets im Vergleich zu anderen Medien – der Nutzer hat den Informationsfluss weitgehend in seiner Hand. Schon der Beginn einer Internet-Session ist ohne zielgebende Eingabe einer URL durch den Nutzer nicht denkbar. Denn ein Browser – gesetzt keine besondere Startseite ist eingestellt – sendet keine Informationen wie bei Rundfunkmedien, sondern zieht bestimmte Einzelseiten von Servern. Im weiteren Verlauf erfolgt im Internet auch kein zentral von einer Redaktion gesteuerter linearer Informationsfluss. Solange der Nutzer keine Hyperlinks klickt oder andere URLs eingibt, wird nur der zuvor angeforderte Kommunikationsschnipsel angezeigt.

Aus diesem Grund wird das World Wide Web auch als Pull-Medium bezeichnet, während Rundfunk wie TV und Radio Push-Medien sind[238]. Im ersten Medium zieht der Nutzer aktiv die Information, bei den zweitgenannten Medien werden Information zum Nutzer gedrückt.

Dazwischen sind auch einige Mischformen zu finden. Eine Vermengung von Pull- und Push-Elementen erfolgt etwa bei Smart TVs, die Fernsehen mit Internetfunktionen ergänzt. Andererseits kann die Internetstruktur auch als Push-Medium genutzt werden, etwa bei Online-Radio oder –TV. Auch werbende E-Mails sind durch das Eindrücken von Information in den Bereich des Adressaten als Push-Medium anzusehen.

Der Unterschied zwischen dem World Wide Web und anderen Medien besteht aber nicht nur in der grundsätzlichen Entscheidungsgewalt des Nutzers, welche Seiten aufgerufen werden. Noch größer wird der Unterschied, wenn man die Individualisierungsoptionen innerhalb der Browser hinzuzieht. Durch die Möglichkeit mit bestimmten Einstellungen die intendierte Darstellung der Webseite im eigenen Rechner zu variieren, zeigt sich der Unterschied zwischen den Medien erst wirklich. Denn allein die Funktion „keine Bilder anzeigen“ in einem Browser stellt ein Unikum in der Medienlandschaft dar. Weder beim TV kann man einzelne Elemente

238 https://de.wikipedia.org/wiki/Pull-Medien, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019; https://de.wikipedia.org/wiki/Push-Medien, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Sendung durch Einstellungen im TV-Gerät bzw. Receiver herausfiltern, noch bei einer Zeitung die Anzeige von Bildern abbestellen.

Deshalb ist das World Wide Web im Gegensatz zu anderen Medien nicht hierarchisch oder vertikal, sondern vielmehr horizontal strukturiert. Die Kommunikationsteilnehmer begegnen sich technisch auf Augenhöhe. Das HTML-Dokument einer Webseite ist in technischer Hinsicht weniger eine strikte Regieanweisung als eine unverbindliche Bitte, eine bestimmte Darstellung vorzunehmen. So können Browser theoretisch eine Vielzahl denkbarer Änderungen an der in einem HTML-Dokument vorgesehenen Darstellung vornehmen – etwa können Befehle in den Parsing-Prozess eingepflegt werden, wonach bestimmte Textwörter per se nicht angezeigt werden oder eine bestimmte Farbe immer durch eine andere Farbe ersetzt wird.

Dies führt ohne größere Anstrengung zur Frage, ob eine Integrität eines HTML-Quellcodes besteht. In technischer Hinsicht ist die Frage zu verneinen, weil ein Browser – wie ausführlich aufgezeigt – Änderungen aller Art vornehmen oder Befehle auslassen kann. Die Frage der Integrität ist aber auch eine rechtliche Frage, die eine zentrale Rolle in der weiteren Bearbeitung einnimmt.

4. Online-Werbung Spezifika

Vor der rechtlichen Analyse dieser und weiterer Fragen, sollen aber abschließend noch zwei weitere spezifische Besonderheiten des Internets und besonders der Online-Werbung näher erläutert werden. Zum einen der Einsatz besonderer Adserver (siehe dazu a.) und zum anderen das Phänomen namens Tracking (siehe dazu b.).

a) Adserver

Wie mehrfach herausgearbeitet ist ein besonderer Vorteil von Online-Werbung die effektive Möglichkeit der individuellen Werbeansprache durch diverse Targetingmethoden. Um dies technisch zu bewerkstelligen, werden besondere Adserver eingesetzt. Unter dem Begriff Adserver wird sowohl die Hardware, also ein separater Serverrechner für Werbeelemente, als auch die Software, die für die konkrete Werbungseinspeisung verant-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wortlich ist, verstanden[239]. Durch den Einsatz von Adservern wird die Ausspielung von Werbung auf Webseiten dynamisiert, sodass nicht bereits im HTML-Dokument eine festgelegte Werbung vorgesehen werden muss. Auch muss bei der Änderung einer Werbeanzeige oder des Werbeplatzes der HTML-Code nicht umgeschrieben werden. Diese Technologie ist damit das Fundament des Programmatic Advertising und des Real Time Bidding.

Während bei den obigen technischen Ausführungen im Grundsatz davon ausgegangen worden ist, dass ein Client bei einem bestimmten Server eine Webseite abruft, ist die praktische Realität eine Andere. Denn bei der Ausspielung einer Webseite kann eine Vielzahl von Servern beteiligt sein. Zur besseren Verständlichkeit wird im Folgenden davon ausgegangen, dass neben dem Content-Server, der die Webseitendaten enthält, nur ein Werbeelement von einem AdServer zusätzlich geladen wird. In diesem Fall wird zunächst nach Eingabe der URL durch den Nutzer wieder das HTML-Dokument der Webseite angefordert, im Cache gespeichert und vom Browser geparst. Bei dieser Interpretation des Quellcodes wird der Browser an einer bestimmten Stelle auf ein „AdTag" stoßen. Dieses „AdTag" fungiert als Platzhalter für Werbemittel, die von einem AdServer extern angefordert werden. Es ist meist ein Java-Script-Code, kann aber auch ein HTML5-Befehl sein. Durch das Script initiiert der Browser nun neben der bereits bestehenden IP/TCP-Verbindung zum Content-Server auch eine IP/TCP-Verbindung zum im „AdTag" angegebenen Adserver und schickt einen HTTP-Request (sog. „Ad-Request"). In diesem Request sind, wie bereits oben bei HTTP gezeigt, eine Vielzahl von Informationen über den Empfänger der Webseite enthalten. Auf dieser Grundlage kann die Adserver-Software eine geeignete Werbung auswählen und über HTTP an den Empfänger senden. Diese Daten werden wiederum vom Browser gerendert und schließlich auf dem Gerät des Nutzers angezeigt[240].

Auf Seiten des Adservers erfolgt gleichzeitig bereits eine Aufzeichnung von wirtschaftlich verwertbaren Informationen. So wird bereits beim Ad-Request und der Auslieferung einer bestimmten Werbeanzeige statistisch erfasst, welche Anzeige genau an welchen Empfänger, d.h. an welche (ggf. anonymisierte) IP-Adresse, ausgeliefert wurde. Diese Daten bilden die Grundlage für die Abrechnung nach „AdImpressions", die regelmäßig

239 Kammerzelt/Wimmer, Online-Marketing, S. 50; Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 227.

240 Vgl. Kammerzelt/Wimmer, Online-Marketing, S. 51ff.; Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 639.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach dem Tausender-Kontakt-Preis (TKP) vergütet werden[241]. Ferner wird der Adserver eingebunden, wenn der Nutzer auf die Anzeige, zum Beispiel ein Werbebanner, klickt. Der Link führt in diesem Fall regelmäßig nicht direkt auf die Webseite des Werbetreibenden, sondern vermittelnd auf eine Zählseite des AdServers, wo eine Protokollierung der Nutzeraktion stattfindet[242]. Diese Protokollierung kann auch ohne Zwischenbesuch einer Zählseite durch ein in der Seite des Werbetreibenden integriertes Zählpixel, ein meist unsichtbares HTML-Element, bewerkstelligt werden[243]. Durch diese Daten können der Erfolg eines Werbemittels gemessen und eine leistungsbezogene Abrechnung wie Pay-Per-Click durchgeführt werden.

Bei jedem neuen Aufruf der Webseite, auch innerhalb einer einzigen Session, wird die Werbefläche neu ausgefüllt. Damit wird eine abwechselnde Ausspielung von verschiedenen Werbeanzeigen erreicht, die zudem zu einer Verteilung von AdImpressions auf mehrere Anzeigen führt. Dies ist auch einer von wenigen visuellen Hinweisen für Internetnutzer auf die Einbindung eines AdServers in den Kommunikationsvorgang. Sonst ist für den Nutzer wegen der verzögerungslosen Einspeisung von Werbeelementen die Datenverbindung zu weiteren Servern neben dem Content-Server kaum wahrnehmbar[244].

Moderne Adserver können im Rahmen der Werbemittelauswahl sehr spezifisch gesteuert werden. Neben den oben bereits skizzierten Targetingmethoden[245] stehen zum Teil weitere Optionen zur Verfügung wie etwa „Frequency Capping“, womit verhindert werden soll, dass einem Nutzer ein und dieselbe Anzeige zu oft angezeigt wird[246]. Diese Impressionshöchstgrenze kann negative Gefühle beim Nutzer verhindern. Der Nutzer könnte sich etwa verfolgt fühlen, wenn er im Rahmen des Re-Targeting nach einem unabgeschlossenen Online Shop Besuch den gesamten Tag Werbung des Shops oder zu dem bestimmten Produkt angezeigt erhält. Auch ist durch die statistische Auswertung der Werbung die vorzugsweise Darstellung der erfolgreicheren Elemente möglich.

Spezifisch für Webseiten mit dynamischer Werbung unter Einbindung von Adservern ist also die Kommunikation eines Clients mit mehreren

241 Vgl. Kammerzelt/Wimmer, Online-Marketing, S. 52.
242 Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 227.
243 Vgl. Frosch-Wilke/Raith, Marketing-Kommunikation im Internet, S. 66.
244 Vgl. Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 639.
245 Siehe Ziffer B. I. 4. a).
246 Vgl. Keßler/Rabsch/Mandic, Erfolgreiche Websites, S. 642.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Servern. Dadurch ist der Abruf von Webseiten weniger vergleichbar mit einer Kommunikation zwischen zwei Personen. Vielmehr ist er ähnlich einem Gespräch des Internetnutzers auf der einen Seite mit einer Vielzahl von Gesprächspartnern auf der anderen Seite. Diese Gesprächspartner verfolgen einerseits verschiedene Interessen, weisen gleichwohl aber eine wirtschaftliche Verflechtung auf. Durch den Einsatz von AdServern erhält das Surfen im Internet eine erheblich höhere Kommerzialisierung, weil der Nutzer nicht mehr darauf vertrauen kann, dass die Werbung auf einer bestimmten Webseite vom jeweiligen Betreiber willentlich und vertrauensvoll ausgesucht worden ist. Vielmehr erfolgt die Werbeeinspeisung maßgeblich nach dem Willen der Werbenden, während dem Webseitenbetreiber eher die Frage des „Ob", als des „Wie" oder „Was" verbleibt. Um beim Bild des Gesprächs zwischen zwei Personen zu bleiben: der Einsatz eines Adservers ist wie eine offenstehende Tür, über die beliebige Werbevertreter sich in das Gespräch einmischen können und der Person, die an sich eine spezifische Information wünscht, sachfremde Informationen unterschieben. Deshalb ist es auch verständlich, wieso Online-Werbevermarkter, die zumeist die Adserver betreiben, ein Interesse daran haben, den Werbevertreter so freundlich und situationsadäquat wie möglich zu gestalten.

Dies gelingt indes nicht immer – manchmal auch zum Nachteil des Werbenden. Ein Beispiel ist etwa die Platzierung einer Werbeanzeige von Daimler-Benz auf YouTube im Kontext eines Propaganda-Videos des „Islamischen Staates"[247]. Der Einsatz von Adservern ist mit vielen Möglichkeiten verbunden, birgt aber noch immer ein Belästigungspotential an den jeweiligen Enden der Marketingkommunikationskette sowie das Risiko eines Renommeeverlustes der werbevermittelnden Webseite.

b) Tracking

Verbunden mit dem Einsatz von Adservern ist das Tracking. Durch Medienberichterstattung, insbesondere im Zusammenhang mit Datenerhebung großer Internetkonzerne, ist der Begriff des Trackings vorwiegend negativ gefärbt. Daneben ist Tracking aber auch eine Notwendigkeit des Affiliate-Marketings, um die Entstehung und Abrechnung von Provisionen nachzuhalten. Auch für Werbenetzwerke, die eine Vielzahl von Webseiten

247 Vgl. http://www.zeit.de/2017/14/google-werbung-youtube-extremisten-finanziert-einschraenkung, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bedienen und dafür aus einem reichen Fundus an potentiellen Anzeigen schöpfen, ist Tracking notwendig, um zielgerichtet Werbung auszuliefern.

Zum Tracking stehen diverse technische Möglichkeiten zur Verfügung[248]:

aa) URL-Tracking

Beim URL-Tracking wird der Nutzer nach Klick auf den Link auf eine Unterseite des Werbenden geleitet, was eindeutig an der URL zu sehen ist. Schematisch erfolgt also eine Weiterleitung von Webseite x auf die Webseite des Werbenden y, wobei nicht auf die Startseite (z.B. www.y.de), sondern auf eine die Besuche von x zählende Unterseite (z.B. www.y.de/x) geleitet wird.

Diese Art des Trackings ist nur zielführend, wenn die gewünschte und provisionsbewährte Handlung direkt vorgenommen wird. Kommt der Nutzer später erst wieder auf die Webseite y ohne auf den Link von x zu klicken, wird nicht gezählt und keine Provision ausgelöst. Damit ist diese Art des Trackings für den Nutzer die am wenigsten intensive, weil hier lediglich der Besuch einer bestimmten Webseite protokolliert wird. Für Webseitenbetreiber ist sie hingegen eher uninteressant, da sie eine Provision nur selten verdienen, nämlich nur bei sofortigen Transaktionen. Überlegt der Nutzer erst, wie regelmäßig bei hochpreisigen Gütern zu erwarten, ist die Vermittlung des Webseitenbetreibers wertlos.

bb) Cookie-Tracking

Cookie-Tracking ist die wohl bekannteste Art des Trackings, nicht zuletzt durch die zur Zeit der Bearbeitung auf nahezu jeder Internetseite vorhandenen Informationsbalken mit Zustimmungsbutton zur Cookie-Nutzung[249].

In technischer Hinsicht ist ein Cookie eine kleine Textdatei, die beim ersten Besuch einer Webseite vom Server an den Client-Rechner geschickt

248 Alle nachfolgenden Beschreibungen, soweit nicht anders gekennzeichnet, auf Grundlage von: Lammenett, Praxiswissen Online Marketing, S. 58ff.; Jacob, Integriertes Online-Marketing, S. 238ff..

249 Wobei nicht alle Cookies zum Tracking genutzt werden, sondern Cookies auch viele andere Funktionen haben können.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wird. Bei einem erneuten Besuch der Webseite sendet der Client-Rechner die Informationen aus dem Cookie mit dem Request an den Server und erhält sodann schon eine auf die individuellen Bedürfnisse angepasste Antwort des Servers, etwa im Hinblick auf Sprache, Schriftgröße oder Ähnliches. Die Notwendigkeit von Cookies folgt daraus, dass über HTTP bei jeder Verbindung die Daten von neuem ohne etwaige Einstellungen aus früheren Besuchen lädt. Eine Erinnerungsfunktion sieht das Protokoll nicht vor. Cookies dienen also als das „Gedächtnis von HTTP" und stellen eine Erweiterung dieses Protokolls dar. Die Cookies haben dabei regelmäßig ein Verfallsdatum, nach welcher sie vom Rechner des Clients gelöscht werden. Nur durch Cookies können etwa bei Online Shops die bei einem Besuch gefüllten Einkaufskörbe auch bei einem späteren Besuch angezeigt werden[250].

Tracking mit Cookies nutzt diese grundsätzliche Vorteilhaftigkeit der Technologie für die Interessen Dritter. Im Fall von Affiliate-Werbung wird bei Klick auf ein Werbebanner auf Webseite x und Weiterleitung an eine bestimmte Webseite des Werbenden y ein Cookie auf dem Client-Rechner gespeichert, dass der Nutzer über Webseite x zu Webseite y geleitet worden ist. Selbst wenn der Nutzer nun nicht direkt kauft, sondern innerhalb der „Lebenszeit" des Cookies wieder auf die Webseite y zurückkehrt und einen Kauf vollendet, wird dem Betreiber von x die Vermittlung gutgeschrieben und eine Provision fällt an.

Durch diese Ausgestaltung ist Cookie-Tracking für Webseitenbetreiber äußerst attraktiv. Internetnutzer müssen dafür hinnehmen, dass auf ihrem Rechner eine Datei gespeichert wird, die zwar im Normalfall keinen nennenswerten Speicherplatz auf Festplatte und im Arbeitsspeicher verbraucht und auch für die Schnelligkeit der Datenübertragung nicht ins Gewicht fällt, aber bei zukünftigen Besuchen der Webseite y gewisse Informationen über das eigene Verhalten Preis gibt. So kann über die Cookie-Auswertung nicht nur analysiert werden, ob der durch seine IP-Adresse bestimmte Nutzer auf die Werbung hin eine gewisse Aktion vorgenommen hat, sondern auch der Zeitraum für diese Entscheidung festgestellt werden.

Trotzdem ist an dieser grundsätzlichen Cookie-Tracking-Gestaltung wohl noch kaum Verwerfliches zu finden, da dies eine gerechte Abrechnung im Verhältnis des Werbenden und des Webseitenbetreibers ermög-

250 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/HTTP-Cookie, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019; https://de.wikipedia.org/wiki/Cookie, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

licht. Auch zu beachten ist, dass der Internetnutzer in seinem Browser das Speichern bzw. Senden von Cookies ausschalten kann.

Bedenklich wird Cookie-Tracking erst dort, wo Cookies bereits dann gesetzt werden, wenn der Internetnutzer ein Werbebanner bloß angezeigt bekommt und nicht einmal anklickt. Noch kritischer sind Fälle, in denen Cookies für andere Zwecke als zur Abrechnung von Werbekosten eingesetzt werden, etwa zur grundsätzlichen Verhaltenskontrolle von Internetnutzern. Die Art von Information, die ein Cookie an einen Tracker übertragen kann, ist nicht auf obige Beispiele beschränkt, sondern eröffnet vielfältige Möglichkeiten die Erinnerung des Nutzergeräts anzuzapfen.

cc) Pixel-Tracking

Stark verbunden mit Cookie-Tracking ist das Pixel-Tracking. Schon im Zusammenhang mit Adservern wurde kurz auf das Zählpixel eingegangen. Dieses Zählpixel stellt den Informationsaustausch zwischen verschiedenen Servern sicher. Denn ein Cookie ist ein Stück Information, das nur zwischen Client-Rechner und konkretem Webserver innerhalb der aktuellen HTTP-Verbindung ausgetauscht wird. Wenn nun mehrere Server bei der Ausspielung von Werbung eingebunden sind bedarf es einer Brücke für den konkret nicht beteiligten Server. Diese Brücke ist regelmäßig das Zählpixel, das bei Online Shops oder Kontaktformularen zumeist auf der „Danke-Seite“ unsichtbar eingebettet ist. Das Zählpixel ist somit das Äquivalent zur Adserver-Werbeanzeige, also ein Inhalt, der von einem Drittserver angefordert wird und diesem im Rahmen der HTTP-Kommunikation Informationen zur Transaktion, etwa den Kaufpreis übermittelt.

Für den Nutzer bedeutet dies, dass ein dritter Server „mitliest“ und die Informationen damit für ihn intransparent an Unternehmen oder Personen gelangen können, mit denen er diese Information nicht unbedingt teilen möchte.

dd) Tracking Skripte

Neben Cookies und Pixeln bestehen weitere komplexe Methoden zur Datengewinnung auf dem Gerät des Nutzers. Mit Tracking Skripten werden im weiteren Verlauf dieser Bearbeitung kleine selbständige Programme oder Abläufe innerhalb eines übergeordneten Programms wie etwa Browsern gemeint, die in der Übermittlung von Daten des Nutzers an einen

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Tracker münden. Aktuelle Beispiele für solche Tracking Skripte aus der Zeit der Bearbeitung sind etwa das Ausnutzen der Autofill-Funktion von Browsern zur Übermittlung von E-Mail-Adressen und ggf. sogar Passwörtern[251] oder die Speicherung und Übermittlung von Texteingaben über das sog. „Session-Replay“[252]. Diese Skripte wirken auf dem Endgerät des Nutzers, indem sie Informationen von dem Gerät abschöpfen. Teils, insbesondere beim oben genannten „Session-Replay“, erfolgt eine Datenübermittlung sogar dann, wenn der Nutzer eigentlich keine Daten abschickt. So konnte nachgewiesen werden, dass über „Session Replay“ sogar nur kurz in entsprechende Felder auf Webseiten eingegebene Texte, die danach ohne Abschicken wieder gelöscht wurden, von Trackern abgegriffen worden sind. Dies zeigt die mögliche Intensität von Tracking Skripten, die also beinah die Ausmaße eines Cyberangriffs annehmen können.

Da solche Skripte im Verborgenen ablaufen, kann sich der Nutzer nur schwer dagegen schützen. Eine Möglichkeit ist die Installation von Anti-Tracking Programmen, z.B. Ghostery, eine andere Möglichkeit der Einsatz von Werbeblockern, die das Laden von Werbung von Drittservern verhindert. Denn oft nutzen Tracker Werbung als Vehikel auf dem Weg zum Endgerät des Nutzers. Zum Teil lässt sich auch durch die bewusste Option zur Ablehnung von JavaScript ein Schutz vor Trackingskripten erreichen, weil JavaScript die geläufige Programmiersprache für entsprechende Skripte ist.

Auch zu den Trackingskripten lassen sich Adblocker-Detektoren zählen, auf die an späterer Stelle dieser Arbeit eingegangen wird[253]. Mit diesen Detektoren lässt sich ermitteln, ob ein Nutzer einen Werbeblocker oder ähnlich wirkende Funktionen oder Vorrichtungen nutzt.

ee) Session-Tracking

Session-Tracking ist eine Methode ohne den Einsatz von Cookies, die vielmehr auf die Session Informationen innerhalb des Browsers zugreift. Eine Session endet dabei immer mit dem Schließen des Browsers. Sessi-

---

251 Vgl. https://www.heise.de/security/meldung/Tracking-Skripte-klauen-E-Mail-Adressen-aus-Web-Browsern-3931772.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

252 Vgl. https://www.heise.de/newsticker/meldung/Session-Replay-Viele-beliebte-Webseiten-zeichnen-jegliche-Texteingabe-auf-3896475.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

253 Siehe unten Ziffer D. I. 1..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

on-Tracking erweitert den Zeitraum zur Registrierung einer provisionsfähigen Aktion im Gegensatz zum URL-Tracking, erreicht aber nicht die zeitlichen Möglichkeiten des Cookie-Trackings. Dafür werden hier auch Nutzer erreicht, die Cookies generell nicht akzeptieren. Der Nutzer hingegen kann auch eine solche Informationsübermittlung an Webserver regelmäßig in den Browsereinstellungen verhindern.

ff) Fingerprint-Tracking

Auch beim Fingerprint werden keine Cookies im Endgerät des Nutzers gesetzt. Bei dieser Methode wertet der Server bestimmte Informationen über das Gerät des Nutzers aus wie unter anderem die Art der Hardware, des Browsers und welche Einstellungen dort genutzt werden, die Installation bestimmter Plug-Ins oder die Unterstützung bestimmter Schriftarten[254]. Durch diese besondere Kombination können bei einem späteren Zugriff desselben Nutzers bzw. mit dessen Gerät, der alte gespeicherte Fingerprint und der beim neuerlichen Besuch erstellte „Fingerabdruck" verglichen werden. Bei Übereinstimmung kann entsprechend dem Fingerprint zugeordneten Themen eine individualisierte Werbung ausgespielt werden[255]. Vorteil ist, dass der Nutzer nicht allein durch Browsereinstellungen das Tracking verhindern kann. Vielmehr werden gerade solche Browsereinstellungen genutzt, um den Nutzer zu individualisieren. Äußerst bedenklich an dieser Methode ist offensichtlich, dass nicht transparent ist, welche Informationen erhoben werden.

gg) Datenbank-Tracking

Bei der Methode des Datenbank-Trackings werden Informationen aus den oben beschriebenen, temporären Trackingmethoden in eine Datenbank eingepflegt, aus der sich auch über einen langen Zeitraum eine Zuordnung bestimmter IP-Adressen zu bestimmten Nutzern schließen lässt. Dies stellt im Prinzip eine nachrangige Nutzung der zuvor erlangten Daten dar. Für den Nutzer stellt sich dieselbe Problematik wie oben dar. Für Websei-

254 Unter http://uniquemachine.org/ kann jeder Nutzer seinen eigenen Fingerprint bestimmen lassen und nachvollziehen, welche Informationen ohne weiteres zur Verfügung gestellt werden.

255 Vgl. Schirmbacher, Online Marketing und Social Media Recht, S. 349f..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tenbetreiber ist dies interessant, weil so auch späte Entscheidungen oder Folgekäufe zuverlässig provisioniert werden können. Nachteilig ist indes, dass die Datenbank statisch sein kann, also nur der erstmalige Werbende in der Datenbank vermerkt ist und jede Provision einheimst, während spätere Werbeübermittler leer ausgehen.

hh) Fazit

Tracking für Werbezwecke im Internet, gleich über welche der vorstehenden Methoden, ist ein mehrstufiger Vorgang. Mitnichten erschöpft sich das Tracking nur in dem Setzen von Cookies oder Auslesen von Informationen. Dies stellt nur die erste Stufe der Datenerhebung dar. Diese Daten, die auf dem Gerät des Nutzers bzw. während der unmittelbaren Kommunikation zwischen Server und Client erhoben werden, müssen dann zum Tracker übertragen werden. Dort werden sie gespeichert. Dies erfolgt regelmäßig und gerade bei dem Einsatz für Verhalten-Targeting in Nutzungsprofilen, die einem bestimmten Nutzer(-gerät) zugeordnet sind. Diese Nutzungsprofile werden ausgewertet und liefern dann die für das Targeting notwendigen Informationen der ermittelten Vorlieben der Nutzer[256]

Diese gezeigten Methoden des Trackings bergen verständlicherweise eine hohe Gefahr des Missbrauchs. Erschwerend kommt hinzu, dass diese Vorgänge im normalen Surfverhalten des Nutzers unsichtbar sind und dieser erst bestimmte Browserfenster öffnen muss oder sogar Zusatzprogramme installieren muss, um eine Transparenz über Cookies, Skripte, Fingerprints etc. herzustellen. Hinzu kommt ferner, dass gerade bei dem Einsatz von Cookies und Zählpixeln zum einen Informationen auf den Client-Rechnern platziert werden können, die von den meisten Personen nicht entschlüsselt werden, und zum anderen Informationen über eine Vielzahl von Servern weitergegeben werden. Wie das Datenbank-Tracking bzw. die Anlage von Nutzungsprofilen beim Tracker zeigt, ist eine nachrangige Nutzung der so erhobenen Daten verbreitet. Transparenz über die konkrete Nutzung besteht faktisch nicht, was mit Blick auf das Datenschutzrecht und die Persönlichkeitsrechte der Nutzer äußerst problematisch ist.

256 Vgl. Schleipfer, VD 2017, 460, 461f. und die Darstellung zu Targeting oben unter Ziffer B. I. 4. a).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Daten zur Verbreitung von Tracking wurden im Juli 2017 in der Studie „*Tracking the Trackers: Analysing the global tracking landscape with GhostRank*“[257] veröffentlicht. Dabei wurden Daten von 850.000 Personen und 440 Millionen Seitenaufrufen ausgewertet, was der bis dato größte Datensatz zu diesem Thema war. Von den beobachteten Seitenaufrufen waren nur 23% ohne jegliches Tracking. Diese Zahl ist aber vor dem Hintergrund zu lesen, dass von diesem Wert 15% aller Seitenaufrufe auf Eigenseiten von Google und 6% auf solche von Facebook führten, bei denen kein Tracking notwendig ist. Auf eigenen Seiten können diese Konzerne schließlich aus erster Hand die Daten erfassen. Die übrigen 77% der Seitenaufrufe wurden in Kategorien für die Anzahl von Trackinginstrumenten zwischen einem und „mehr als zehn“ eingeordnet. Unter diesen Kategorien war „ein Tracker“ relativ am stärksten vertreten (ca. 17 %), gefolgt von „mehr als zehn Tracker“ (ca. 15%). Die Unternehmen, die dabei die meisten Trackingaktivitäten verursachten, waren erwartungsgemäß Google und Facebook. Weiterhin kommen noch Twitter und Amazon sowie lokale Anbieter auf beachtliche Werte. Zudem zeigte die Studie, dass in Deutschland verhältnismäßig weniger getrackt wird als etwa in den USA und Russland. Insgesamt zeigen die Werte aber die enorme Bedeutung von Tracking im Internet zur Zeit der Bearbeitung.

Wo dieses Tracking für legale Zwecke genutzt wird, liegt auch eine Nutzung für weniger lautere Ziele leider nahe. Nicht zuletzt Angriffe mit Malware oder Viren über Skripte zeigen die Gefahr für Nutzer. Die Spionageaffäre rund um die NSA und Edward Snowden belegt überdies, dass nicht nur Kriminelle ein Interesse an einer Spionage von Internetnutzern haben können. Dies alles hat zu dem negativen Ruf von Tracking und vor allem Cookies beigetragen und ist zudem ein nicht ganz unwichtiger Grund für den Aufstieg von Internetwerbeblockern.

IV. Rechtliche Beurteilung ausgewählter Aspekte

Den gesamten Online-Werbemarkt einer intensiven rechtlichen Analyse zu unterziehen, würde den Rahmen dieser Ausarbeitung sprengen. Auch würde dies nicht der Lösung der eingangs herausgearbeiteten Probleme dienen. Insbesondere soll hier nicht auf solche Themen im Kontext

257 https://www.ghostery.com/wp-content/themes/ghostery/images/campaigns/tracker-study/Ghostery_Study_-_Tracking_the_Trackers.pdf, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit Online-Werbung wie die Nutzung bestimmter Begriffe als Domains, Keywords oder Meta-Tags eingegangen werden. Diese vorwiegend kennzeichenrechtlichen Themen sind zum einen weitestgehend erschöpfend kommentiert[258] und zum anderen unbedeutend für das Thema Internetwerbeblocker. Auch nicht näher eingegangen wird auf kollisionsrechtliche Fragestellungen von Internetwerbung, die bereits andernorts ausführlich begutachtet worden sind[259]. Soweit keine Quervergleiche nötig sind, wird auch nicht die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung, gleich ob in Form von „Stand-Alone"-Mails oder Newslettern, untersucht. Hierfür bietet vor allem die Kommentarliteratur eine ergiebige Quelle[260].

Vielmehr sollen nun ausgewählte Aspekte, die im vorangegangenen Teil lediglich in tatsächlicher Hinsicht beschrieben worden sind, aus einem juristischen Blickwinkel näher beleuchtet werden. Von Bedeutung sind dabei zum einen solche Aspekte, die für die weitere Beurteilung der Werbeblocker wesentlich sind. Dies sind insbesondere solche Ausprägungen des Online-Werbemarktes, die den Internetnutzer zum Einsatz von Internetwerbeblockern motivieren können. Insoweit kommen die Art und Weise von Display-Werbung (siehe dazu Ziffer 1.) sowie die Zulässigkeit von Tracking und Targeting (siehe dazu Ziffer 2.) in den Fokus. Außerdem wird ein Blick auf zur Zeit der Bearbeitung aktuelle Probleme des modernen Online-Marketings geworfen, namentlich auf Native Advertising, Guerilla und Influencer Marketing (siehe dazu Ziffer 3.).

1. Gesetzliche Grenzen der Display-Werbung

Für die Beurteilung von Display-Werbung im Internet, also vor allem „Bannerwerbung" in allen denkbaren Ausgestaltungen, existieren im Wesentlichen dieselben gesetzlichen Grenzen wie für jede andere Art der Werbung auch. Zwar sind Webseiten, die Display-Werbung veröffentlichen, als Anwendungsfall der Legaldefinition von „Telemedien" dem Telemediengesetz (TMG) unterstellt, vgl. § 1 Abs. 1 TMG. Dieses Gesetz statuiert aber praktisch keine Begrenzungen der Werbung im Internet.

---

258 Vgl. Weingarten, Werbeformen im Internet; eine wettbewerbsrechtliche Analyse, S. 51ff.; Witte, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, § 7, Rn. 32ff.; Schöttle/Eckhardt, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, § 25, Rn. 41ff.; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 15 Rn. 29ff., 188ff..

259 Vgl. etwa Bettinger/Leistner, Werbung und Vertrieb im Internet, Teil 1 A, Rn. 69ff..

260 Vgl. statt aller: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 7, Rn. 196ff..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das TMG ist im breiten Publikum vor allem wegen der Impressumspflicht in § 5 Abs. 1 bekannt. Dies ist ein beliebter Abmahngrund im Wettbewerb, hat aber für die Beurteilung von Werbung keine Bedeutung. Ebenfalls prominent sind die Vorschriften in §§ 7-10 TMG zur Verantwortlichkeit für Inhalte auf Webseiten. Diese können auch bei der Schaltung von Werbung Bedeutung erlangen. Im Normalfall einer nicht rechtsverletzenden Werbeanzeige ergeben sich aus diesen Normen aber auch keine Begrenzungen der Werbemöglichkeiten.

In § 6 Abs. 1 enthält das TMG jedoch vier Mindestvoraussetzungen für die kommerzielle Kommunikation, die ihrerseits in § 2 Nr. 5 TMG legaldefiniert wird. Kommerzielle Kommunikation umfasst problemlos jede Werbung, insbesondere Display-Werbung auf Internetseiten, was besonders augenfällig wird, wenn man die Legaldefinition in § 2 Nr. 5 TMG neben die Definition von Werbung aus Art. 2 lit. a) der Werberichtlinie 2006/114/EG stellt, auf die sich auch der BGH in ständiger Rechtsprechung bezieht[261]. Insbesondere sind in beiden Definitionen sowohl Absatzwerbung als auch Imagewerbung erfasst. Die Besonderheit von § 2 Nr. 5 TMG besteht allein in der ausdrücklichen Herausnahme bestimmter Elemente aus dem Begriff der kommerziellen Kommunikation und zwar Domainnamen, E-Mail-Adressen (beide in lit. a.) und Informationsdienste über Drittprodukte, die unabhängig und ohne finanzielle Gegenleistung betrieben werden (lit. b.). Unter die letztgenannten Dienste sind vor allem unabhängige Warentester wie Stiftung Warentest oder Öko-Test zu fassen. Hierher gehören aber auch andere private Bewertungs- und Preisvergleichsportale, solange sie unabhängig und unentgeltlich arbeiten[262]. Dies macht den Begriff der kommerziellen Kommunikation enger als den Begriff der Werbung. Grenzfälle sind demnach Einträge oder Bewertungen in solchen Portalen, die möglicherweise gegen Bezahlung vorgenommen werden. Dies betrifft indes allein Content-Werbung und nicht Display-Werbung, die unter keine der Ausnahmen fällt.

Die Mindestvoraussetzungen von § 6 Abs. 1 TMG sind im Einzelnen die klare Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation (Nr. 1), die klare Identifizierbarkeit des Werbenden (Nr. 2), die klare Erkennbarkeit von Verkaufsförderungsangeboten und Gewinnspielen sowie die leichte Zugänglichmachung und klare Angabe der dazugehörigen Bedingungen (Nrn. 3 und 4). Diese Regeln sind indes weitestgehend redundant und

261 Vgl. etwa BGH, Urteil vom 14. 01 2016 – I ZR 65/14, GRUR 2016, 946 – *Freunde finden*.

262 Vgl. BeckOK InfoMedienR/Martini, TMG, § 2 Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ergeben sich grundlegend schon aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht. Das Trennungsgebot aus § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG ergibt sich etwa bereits aus § 5a Abs. 6 UWG und Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG[263]. Die Identität des Werbenden (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 TMG) muss ebenfalls bereits nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 UWG ohne Irreführung angegeben werden. Die weiteren Transparenzpflichten aus § 6 Abs. 1 Nrn. 3, 4 TMG lassen sich zudem zwanglos aus §§ 5, 5a UWG folgern. § 6 Abs. 1 TMG hat damit vor allem redaktionelle und klarstellende Bedeutung, indem sich Telemedienanbieter auch ohne besondere Kenntnisse des Wettbewerbsrechts schnell mit den Mindestanforderungen vertraut machen können.

Über § 1 Abs. 4 TMG gilt für die Inhalte von Telemedien zudem der Rundfunkstaatsvertrag (RfStV). Dessen §§ 54-61 befassen sich mit Telemedien. Soweit Werbung betroffen ist, wird wiederum eine klare Erkennbarkeit von Werbung und die eindeutige Trennung vom Inhalt in § 58 Abs. 1 RfStV zur Pflicht erklärt. Zudem werden in § 58 Abs. 4 RfStV für Gewinnspiele die gleichen Regeln wie bei Rundfunkanstalten (§ 8a RfStV) für anwendbar erklärt, was im Kern jedoch keine Änderung zu den bereits genannten Regelungen bringt. Eine Begrenzung der Werbung im Internet erfolgt demnach auch im Rundfunkstaatsvertrag nicht.

Zuletzt leitet das TMG in § 6 Abs. 3 auf das allgemeine Wettbewerbsrecht über, indem es die Vorschriften des UWG für unberührt erklärt. Damit hat sich Display-Werbung wie jede andere Werbung auch am Maßstab des UWG zu messen und zwar, soweit es um das „*Ob*" der Werbung geht, zuvörderst an § 7 Abs. 1 UWG (siehe dazu lit. a.). Im Rahmen des „*Wie*" von Display-Werbung kommen hingegen diverse Tatbestände des UWG ins Spiel, die regelmäßig über § 3 Abs. 1 UWG zur Unlauterkeit führen können (siehe dazu lit. b.).

a) Zulässigkeit der Auslieferung von Display-Werbeanzeigen beim Nutzer

Die Preisfrage bei der Zulässigkeit der Anzeige von Werbung auf Webseiten ist folglich, ob der Internetnutzer durch diese in unzumutbarer Weise belästigt wird. Wie § 7 Abs. 1 S. 2 UWG zu entnehmen ist, ist diese unzumutbare Belästigung insbesondere anzunehmen bei Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht.

263 Vgl. Schirmbacher, Online Marketing und Social Media Recht, S. 97.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Neben dieser Generalklausel mit Regelbeispiel in § 7 Abs. 1 UWG, enthält § 7 Abs. 2 UWG die Spezialfälle stets unzumutbarer Belästigungen. Dieser Absatz enthält vorrangig anwendbare Per-se-Verbote, die auf europäischen Richtlinien beruhen, Nummer 1 auf der *UGP-Richtlinie* (2005/29/EG) und Nummern 2-4 auf der *E-Privacy-Richtlinie* (2002/58/EG)[264]. Einschlägig für Display-Werbung kann dabei vor allem die Nummer 1 sein. Eine Anwendung bei Nummern 2 und 3 scheidet wegen der eindeutigen Medienbezeichnung schon aus. Nummer 4 hingegen ist offener formuliert und bedarf einer differenzierten Betrachtung.

Im Weiteren werden die einzelnen einschlägigen Fälle von § 7 UWG näher beleuchtet:

aa) Hartnäckige Ansprache, § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG gilt für Display-Werbung, weil das Internet ein für den Fernabsatz geeignetes Mittel der kommerziellen Kommunikation und nicht ein bereits in Nummern 2 und 3 der Norm speziell geregeltes Medium darstellt[265]. Eine unzumutbare Belästigung ist dabei aber nur dann möglich, wenn ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht. Hartnäckig bedeutet dabei eine wiederholte, d.h. mindestens zweimalige, Kontaktaufnahme[266].

Aus dieser Voraussetzung der hartnäckigen Ansprache wird zum Teil gefolgert, dass Telemedien, sprich Webseiten, schon ihrer Natur nach als taugliches Medium von § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG ausscheiden sollen, weil eine hartnäckige Ansprache überhaupt nicht möglich sei[267]. Dem ist jedoch aus zwei Gründen zu widersprechen. Zum einen werden Fern-

264 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 7, Rn. 1-6b. Durch die geplante Einführung der E-Privacy Verordnung ändert sich nichts an der deutschen Rechtslage. Jedoch wird nach Einführung der Verordnung Normenkonkurrenz zum UWG bestehen.

265 Vgl. BGH, Beschluss vom 30.1.2020 – I ZR 25/19, GRUR 2020, 420, Rn. 50ff. – *Inbox-Werbung*.

266 Pahlow, in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, § 7, Rn. 128; OLG Hamm, Beschluss vom 25.11.2014 – I-9 U 225/12 (juris, Rn. 2).

267 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 7, Rn. 104; darauf Bezug nehmend: OLG Nürnberg, Urteil vom 15.1.2019, 3 U 724/18, K& R 2019, 200. Anders sieht dies auch der BGH in seinem Beschluss vom 30.1.2020 – I ZR 25/19, GRUR 2020, 420 – *Inbox-Werbung*. Der BGH führt insoweit aus, dass die Auslegung denkbar ist, dass ein Verbraucher durch Inbox-Werbung in seiner Privatsphäre betroffen ist und in stärkerem Maße belästigt wird als durch her-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kommunikationsmittel in § 312c Abs. 2 BGB legaldefiniert und erfassen ausdrücklich Telemedien[268]. Zum anderen ist bei technischer Betrachtung der Werbeauslieferung sehr wohl eine wiederholte werbliche Ansprache möglich. Dies ist etwa der Fall, wenn der Internetnutzer seinen Browser – durch Internetwerbeblocker oder durch sonstige Einstellungen – den Abruf der ursprünglich im HTML-Dokument intendierten Werbung nicht durchführen lässt und der Server sodann im Rahmen der Ende-zu-Ende Kommunikation einen Ersatzbefehl schickt, der den Nutzerbefehl umgeht und somit trotzdem die Ausspielung von Werbung bewerkstelligt[269]. In einem solchen Fall erfolgt die erste, nicht zu beanstandende Werbeansprache bereits mit Hinterlegung des Werbeplatzhalters im HTML-Dokument auf dem Server. Durch die Feststellung der Nichtausspielung von Werbung nimmt der Server, sprich der Werbende, faktisch zur Kenntnis, dass der konkrete Internetnutzer keine Werbung wünscht. Die Ausspielung einer Ersatzwerbung kann sodann eine wiederholte, ergo hartnäckige Werbeansprache darstellen, die auch entgegen des zu Tage getretenen Wunsches des Verbrauchers erfolgt. Somit steht die Natur der Telemedien einer hartnäckigen Ansprache gerade nicht entgegen. Die oben geäußerte Ansicht ist wegen der technischen Gegebenheiten nicht zutreffend. Telemedien sind folglich als taugliches Medium im Rahmen von § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG anzusehen[270]. Ob diese Ersatzwerbeansprache im Ergebnis als unzulässig anzusehen ist, wird an späterer Stelle ausführlich dargestellt[271].

Aus dem Vorstehenden ergibt sich aber auch, dass der einfache Abruf einer Webseite ohne besondere Einstellungen im Browser des Internetnutzers nie einen Fall von § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG darstellen kann. Es fehlt dann an der Hartnäckigkeit und an dem erkennbar entgegenstehenden Willen des Nutzers.

Ein Sonderfall sind Webseiten, die einen Log-in bedürfen und bei denen der Nutzer über ein eigenes Nutzerprofil verfügt. Hier liegt der Fall anders als bei üblicher Display-Werbung auf offenen Webseiten mit freiem Publikumsverkehr. Zutrittsgeschützte Webseiten, wie etwa soziale Netzwerke,

---

kömmliche Bannerwerbung in den dafür normalerweise vorgesehenen, keinen Individualbezug aufweisenden Bereichen einer Internetseite.

268 Schöler, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 7, Rn. 181.

269 Zur eingehenderen Problematik der Umgehung von Werbeblockern, siehe unten Ziffer D. I..

270 Die Möglichkeit § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG auch auf Display-Werbung anzuwenden hält sich ohne tiefere Auseinandersetzung auch Schirmbacher offen, siehe K&R 2019, 229, 230.

271 Siehe unten Ziffer D. II..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zeichnen sich durch eine engere Verbindung zwischen Webseitenbetreiber und Nutzer aus. Diese (ggf. vertragliche) Verbindung führt dazu, dass der Webseitenbetreiber den Nutzer zu jeder Zeit durch sein Profil identifizieren kann. Der Webseitenbetreiber kann dabei im Rahmen der Anmeldung durch den Nutzer vertraglich regeln, dass der Nutzer zur Duldung von Werbung verpflichtet ist, was regelmäßig durch Allgemeine Geschäftsbedingungen erfolgen wird. Wird allerdings nichts geregelt, erklärt der Nutzer auch kein ausdrückliches Einverständnis mit der Einblendung von Werbung. Ob in der Anmeldung bei einem Webportal eine konkludente Einwilligung zu erkennen sein mag, kann je nach Einzelfall sehr kontrovers diskutiert werden.

In diesem Zusammenhang ist denkbar, dass der Nutzer dem Webseitenbetreiber gegenüber erklärt, dass er auf der Webseite keine Werbung oder zumindest eine bestimmte Art von Werbung nicht mehr sehen möchte. Damit kann der Nutzer erkennbar machen, dass er Display-Werbung nicht wünscht. Bei strenger Anwendung von § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG hat der Webseitenbetreiber diesen Wunsch sodann grundsätzlich zu beachten[272]. Spielt er gleichwohl nach der Erklärung des Nutzers die unerwünschte Werbung aus, liegt schon ab der zweiten ausgespielten Werbeanzeige eine per se unzulässige Werbeansprache vor. Raum für eine Interessenabwägung bleibt nicht. Der Nutzer hat demnach bei für ihn günstiger Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen einen mächtigen Hebel, um den Webseitenbetreiber in seinem wirtschaftlichen Handeln zu beschränken.

Dieses Ergebnis mag auf den ersten Blick überraschen. Die Anwendung des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG auf Telemedien ist aber, wie oben dargestellt, gesetzessystematisch geboten. Hier begeben sich Webseitenbetreiber folglich in ein erhebliches Risiko, wenn sie kein vertragliches Einverständnis in die Ausspielung von Werbung in den Nutzungsbedingungen vorsehen. Wenn dieses Einverständnis auch nicht konkludent hergeleitet werden kann, hat jeder registrierte und angemeldete Nutzer, der seinen fehlenden Willen zur Werbung bekundet hat, einen gesetzlichen Anspruch auf Unterlassung von Display-Werbung.

Dies könnte im Einzelnen zu ernsthaften Problemen bei Webseitenbetreibern führen. Denn sollte eine entsprechende Unterlassungsverpflichtung oder ein solcher Titel bestehen, müssten HTML-Dokumente oder Algorithmen angepasst werden, was mit teils nicht unerheblichem Aufwand und Kosten verbunden sein dürfte. Freilich relativiert sich dieses

272 Vgl. insoweit BGH, Beschluss vom 30.1.2020 – I ZR 25/19, GRUR 2020, 420, Rn. 50ff. – *Inbox-Werbung*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Problem dadurch, dass die betroffenen Webseitenbetreiber ihre Nutzungsbedingungen ändern können. Zumindest für eine Übergangszeit hat das oben dargestellte Ergebnis aber das Potential zu einer „Abmahnwelle", die ganz unüblich von Nutzern zu Unternehmen schwemmen könnte.

Eine unzumutbare Belästigung durch Display-Werbung nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG ist deshalb ein in der Praxis noch nicht beachtetes Problem. Mangels Anspruchsgeltendmachung gab es auch noch kein Bedürfnis zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung. Es bleibt allerdings abzuwarten, ob es bei dieser Untätigkeit der Betroffenen bleibt.

bb) Werbung mit einer Nachricht, § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG

§ 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG betrifft Werbung mit einer Nachricht. Der Begriff der Nachricht ist in § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG legaldefiniert und fordert als maßgebliche Elemente den Austausch oder die Weiterleitung einer Information zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten innerhalb eines öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes. Rundfunkdienste sind dabei ausgenommen.

Mit dieser Definition ist Display-Werbung nur in bestimmten Fällen in Einklang zu bringen, da es im Normalfall des Besuchs einer öffentlich zugänglichen Webseite an einer endlichen Zahl von Beteiligten fehlt. Mit der Hinterlegung eines HTML-Dokuments mit vorgesehener Werbeanzeige auf einem Server ist gerade der Zugriff durch eine unbegrenzte Anzahl von Internetnutzern möglich und bezweckt. Es mangelt insoweit an einem bestimmbaren Adressatenkreis[273].

Etwas anderes kann aber auch hier gelten, wenn der Zugriff einer Webseite eine Registrierung erfordert oder passwortgeschützt ist. Dann ist die Webseite nur für eine endliche Zahl von Beteiligten erreichbar[274]. Werbeanzeigen auf zugangsbeschränkten Webseiten erfüllen damit im Grundsatz alle Elemente der Definition. Der Austausch von Information erfolgt durch eine IP/TCP-Verbindung, die einen Informationsaustausch in einem öffentlich zugänglichen und elektronischen Kommunikationsdienst darstellt. Betrachtet man allein den Aspekt der Begrenztheit der Teilnehmer, unterscheidet sich die Übermittlung der Werbeanzeige im geschützten Bereich nicht wesentlich von einer E-Mail im Rahmen eines Newsletters an einen potentiell tausende von Empfängern enthaltenden Verteiler.

273 Vgl. Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 2, Rn. 161.
274 Bähr, in: MüKo Lauterkeitsrecht, § 2, Rn. 277.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Allerdings beruht § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG – wie oben bereits dargestellt und anders als § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG – auf der E-Privacy-Richtlinie. Die Definition von „Nachricht" ist dabei wortgleich Art. 2 S. 2 lit. d) der E-Privacy-Richtlinie entnommen. Der Tatbestand von § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG beruht auf Art. 13 Abs. 4 der E-Privacy-Richtlinie, der lediglich das „Versenden elektronischer Nachrichten" regelt. § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG hingegen betrifft jede Nachricht.

Betreffend die Definition von Nachricht wird auf Grundlage der E-Privacy-Richtlinie zumindest für das Streaming von Rundfunkinhalten eine teleologische Reduktion der Definition der Nachricht erwogen, wonach bei Streams trotz einer direkten Kommunikationsverbindung über IP/TCP oder ähnliche Protokolle (vgl. technische Einzelheiten oben) und der daraus folgenden Erkennbarkeit der IP-Adresse keine Schutzbedürftigkeit bestehe[275]. Für Display-Werbung hat diese Einschränkung keine besondere Bedeutung, weil sie lediglich lineare TV-Werbung betrifft, die über das Internet anstatt über klassische TV-Signale gesendet wird.

Außerdem wird eine richtlinienkonforme Auslegung des § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG auf elektronische Post in Form von E-Mail, SMS und ähnliche Ausprägungen vorgeschlagen[276]. Display-Werbung wäre damit nicht in Einklang zu bringen.

Beide Einschränkungen sind zutreffend und begegnen keinen Bedenken. Die teleologische Reduktion des Nachrichtenbegriffs bei der Verlagerung von Rundfunkangeboten ins Internet ist zutreffend, weil die bloße Technik der Übertragung nichts an dem Charakter der Werbung als Fernsehwerbung ändert. Von dieser Einschränkung sind indes nicht solche Streamingdienste erfasst, die eigene Inhalte auf Abruf und unabhängig von einer linearen TV-Sendung bereitstellen. Dortige Pre-Roll-Werbeclips oder Ähnliches wären gleichwohl Nachrichten, wenn sie im zugangsbeschränkten Bereich erfolgen.

Wichtiger ist die richtlinienkonforme Einschränkung auf elektronische Post. Denn damit fällt Display-Werbung insgesamt aus dem Anwendungsbereich von § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG heraus. Dies ist angesichts der Wirkweise von Display-Werbung aber auch gerechtfertigt. Betrachtet man näher die drei Fälle in lit. a)-c) von § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG, die sinngleich in

275 Vgl. Bähr, in: MüKo Lauterkeitsrecht, § 2, Rn. 286; Fezer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG § 2 E Rn. 8; Erdmann, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 36, Rn. 14.

276 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 2, Rn. 112, § 7, Rn. 209; Ohly/Sosnitza, UWG, § 7, Rn. 70; Fritzsche, in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, § 2 Rn. 519.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 13 Abs. 4 der E-Privacy-Richtlinie enthalten sind, besteht nämlich kein Bedürfnis Display-Werbung unter diese Norm zu fassen[277].

An dieser Beurteilung wird mit hoher Wahrscheinlichkeit auch die geplante E-Privacy-Verordnung nichts ändern, die die E-Privacy-Richtlinie ablösen wird. Mit der Verordnung wird in diesem Zusammenhang nicht bloß ein von den Mitgliedsstaaten umzusetzendes, sondern ein mit Gesetzeswirkung versehenes Regelwerk gelten. In Kapitel III des E-Privacy-Verordnungsentwurfs vom 19.10.2019 („EPVO-E")[278], also in den Artikeln 12 – 16, sind Regeln für die elektronische Kommunikation enthalten. Die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG ist dabei in Art. 16 Abs. 6 der EPVO-E sinngemäß gespiegelt. Art. 16 Abs. 6 der EPVO-E betrifft dabei nicht eine „Werbung mit einer Nachricht", sondern „Direktwerbung mittels elektronischer Kommunikationsdienste". Mit dieser Formulierung wird deutlich, was die Verbotsnorm wirklich betrifft. Display-Werbung im Internet gehört wegen der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 3 lit. f) sowie der ausdrücklichen Klarstellung in Erwägungsgrund 32 der EPVO-E nicht dazu. Sowohl die deutsche als auch die europäische Norm haben mangels geänderten Willens des europäischen Verordnungsgebers einen parallelen Anwendungsbereich. Demnach wird Display-Werbung in keiner der beiden Normen erfasst.

Demnach scheidet § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG als Grundlage für eine unzumutbare Belästigung von Internetnutzern durch Display-Werbung aus.

cc) Generalklausel, § 7 Abs. 1 UWG

Die Generalklausel in § 7 Abs. 1 UWG lässt im Gegensatz zu den Per-se-Verboten in Absatz 2 der Vorschrift viel Raum für Einzelfallbetrachtungen und richterliche Rechtsfortbildung. Das einzige Regelbeispiel in § 7 Abs. 1 S. 2 UWG stellt auf die Erkennbarkeit der Unerwünschtheit von Werbung beim Adressaten ab. Es gilt aber auch bei Feststellung eben dieses Umstandes nicht absolut, sondern muss im Rahmen einer Gesamtabwägung der Interessen aller Beteiligten positiv bejaht werden[279].

277 Im Ergebnis ebenso, aber ohne tiefergehende Auseinandersetzung: OLG Nürnberg,, Urteil vom 15.1.2019, 3 U 724/18, K& R 2019, 200.

278 Abrufbar unter: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13256-2018-INIT/en/pdf, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

279 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 7, Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die bloße Erwartung eines Werbetreibenden im Internet, der Display-Werbung auf Webseiten bucht, oder des Webseitenbetreibers, der Display-Werbung auf seinen Seiten einbettet, der Internetnutzer werde die konkrete Anzeige nicht wünschen, reicht regelmäßig nicht für eine Unzulässigkeit nach § 7 Abs. 1 UWG aus. Denn das Gesetz verhindert nicht jede einfache Störung von Marktteilnehmern, sondern nur unzumutbare Belästigungen. Maßstab ist der durchschnittlich empfindliche Adressat der Werbung[280]. Kriterium für die Beurteilung der Unzumutbarkeit sind dabei neben dem subjektiven Empfinden des Durchschnittsadressaten auch die Folgen eines Verbots auf den Wettbewerb, die Allgemeinheit und etwaig interessierte Adressaten. Dabei ist auch zu beachten, ob die Belästigung bezweckt und notwendig oder ungewollter und nur gelegentlicher Reflex ist. Auch spielt eine Rolle, welcher Aufwand für den Adressaten erforderlich ist, sich der Werbung zu entziehen[281].

Deshalb ist kein Pauschalurteil möglich, wann einzelne Display-Werbeformen (un)zumutbar sind. Anhand der oben dargestellten Werbeformen soll im Fortgang die Grenzlinie gezogen werden, ab wann von einer Unzumutbarkeit auszugehen ist.

(i) Fixierte Anzeigen

Einfache fixierte Anzeigen auf Webseiten wie Werbebanner, Skyscraper und Rectangles sind für sich betrachtet nicht unzumutbar belästigend. Ein durchschnittlich empfindlicher Internetnutzer wird durch die bloße Einblendung solcher Anzeigen auf Webseiten nicht sonderlich gestört. Dies folgt schon daraus, dass Werbebanner etc. die digitalisierte Form der Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften sind und das Publikum daran seit jeher gewöhnt ist. Der Allgemeinheit ist auch regelmäßig bekannt, dass im Print- wie im Onlinebereich Anzeigen zur Finanzierung genutzt werden[282]. Im Internetbereich kommt dabei noch hinzu, dass die meisten Angebote kostenfrei sind und deshalb der Refinanzierungsgedanke umso ausgeprägter ist.

Auf der anderen Seite sind auch die Interessen der Werbenden und Webseitenbetreiber zu beachten. Hier ist zu beachten, dass die zur Refi-

280 Vgl. BGH, Urteil vom 22.4.2010 – I ZR 29/09, GRUR 2010, 1113, Rn. 15 – *Grabmalwerbung*.
281 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 7, Rn. 20.
282 Vgl. Solmecke/Kocatepe, Recht im Online-Marketing, S. 404.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nanzierung dienende Werbung für Webseitenbetreiber von der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG erfasst wird und damit besonderen Rang hat. Für Werbende gehört Werbung für ihre Unternehmen oder Produkte ebenfalls zu den Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 GG sowie zur freien Berufsausübung im Sinne von Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG[283]. Die nachteiligen Folgen für die Werbenden und Webseitenbetreiber bei der Annahme einer unzumutbaren Belästigung einfacher fixierter Anzeigen übersteigen offensichtlich die Vorteile für Internetnutzer. Auch die Allgemeinheit würde durch etwaige Diversitätsverluste im Internetangebot nachteilig beeinflusst. An Werbung interessierte Nutzer würden zudem eine gewohnte Art der Information über neue Produkte einbüßen.

Es spricht also rein gar nichts dafür, fixierte Werbebanner usw. unter § 7 Abs. 1 UWG zu fassen. Das Regelbeispiel in § 7 Abs. 1 S. 2 UWG hilft auch nicht weiter. Denn § 7 Abs. 1 S. 2 UWG gilt nur für Individualwerbung, nicht aber für Allgemeinwerbung wie Display-Anzeigen im Internet[284]. Deshalb kann auch nicht etwa auf Grundlage des Regelbeispiels die Unzumutbarkeit von Werbeanzeigen gefolgert werden, wenn Internetnutzer, die mit installiertem Werbeblocker im Netz surfen, (technisch) erkennbar keine Werbung wünschen. Auf den Einsatz von Werbeblockern kommt es auf dieser Stufe vielmehr nicht an.

Die Grenze des Einsatzes von fixierten Anzeigen zur Unzumutbarkeit kann allenfalls dort gezogen werden, wo ein Webseitenbetreiber derart viele Werbeplätze einsetzt, dass berechtigte Informationsbedürfnisse des Nutzers nicht mehr befriedigt werden. Dieser Fall ist jedoch schon aus Eigeninteresse von Webseitenbetreibern realitätsfern. Im Übrigen gilt bei jedem Fall von (zu) viel Werbung auf einer Webseite, dass der Nutzer sich durch wenige Klicks der Werbeflut entziehen kann, indem er die Webseite verlässt. Da es nur überaus selten sein wird, dass bestimmte Informationen nur auf einer einzigen Webseite zu finden sind, hat der Internetnutzer regelmäßig auch Ausweichmöglichkeiten.

(ii) Dynamische Anzeigen, Pop-Ups & Co.

Bei dynamischen Anzeigen, die den Content verschieben oder überlagern wie Pushdown Ads, Banderole Ads, Sidekicks und Sitebars, sowie Pop-Ups, die sich im Fenster selbst oder als neues Browserfenster öffnen, gilt

283 Vgl. di Fabio, MMR-Beilage 2016, 1, 7f.; Kuhlmann, AfP 2016, 318, 319.
284 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 7, Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für die Bewertung der Interessen im Grundsatz dasselbe wie bei den fixierten Anzeigen. Das Regelbeispiel aus § 7 Abs. 1 S. 2 UWG kann nicht gelten, weil es sich um Allgemeinwerbung handelt. Im Rahmen der Generalklausel ist wiederum eine Interessenabwägung nötig. Auch hier können sich Werbetreibende und Webseitenbetreiber auf ihre grundgesetzlichen Positionen berufen. Doch auch der Internetnutzer hat die Verfassung auf seiner Seite, da für ihn die allgemeine Handlungsfreiheit, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das allgemeine Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 (iVm Art. 1 Abs. 1) GG streitet[285].

Im Gegensatz zu einfachen fixierten Anzeigen, sind dynamische Anzeigen und Pop-Ups jedoch potentiell geeignet, diese Rechte der Internetnutzer in erheblicher Weise zu tangieren. Denn die Dynamik der Anzeigen ist ein Spezifikum des Internets. In Printmedien sind diese nicht möglich. Am ehesten vergleichbar wären sie mit aufklappbaren Seiten in Zeitschriften. Doch besteht dann der Unterschied, dass der Leser die Seiten selbst aufklappen muss. Bei dynamischen Anzeigen und Pop-Ups im Internet geschieht der Aufklappeffekt automatisch und muss zum Teil aktiv vom Nutzer geschlossen werden. In solchen Fällen stellt sich die Interessenlage anders dar als bei fixierten Bannern. Denn hier können sich Werbende und Webseitenbetreiber nicht darauf berufen, gerade diese Art von Anzeige sei nötig, um die Refinanzierung von Inhalten bzw. die Bewerbung von Produkten sicherzustellen. Dies mag auch mit den unbedenklichen fixierten Anzeigen bewerkstelligt werden. Dynamische Anzeigen dienen der Aufmerksamkeitssteigerung beim an fixierte Werbeanzeigen gewöhnten Nutzer. Im Nebeneffekt sind gerade technisch komplexere Werbeformen für Webseitenbetreiber oder Agenturen interessanter, weil sie mehr Kosten produzieren und teuerer verkauft werden können. Sowohl für den Werbeplatz als auch für die Gestaltung und Programmierung werden höhere Entgelte fällig. Die Folgen einer Bejahung der unzumutbaren Belästigung einer dynamischen Anzeigenform wären für Werbende und Webseitenbetreiber nicht so erheblich wie bei den fixierten Bannern, weil die fixierten Banner als Rückfalloption noch zur Verfügung stünden und Werbung damit grundsätzlich möglich bliebe.

Bei diesen dynamischen Anzeigenformen & Pop-Ups kommt es also im Rahmen der Ermittlung der Unzumutbarkeit mehr auf die subjektive Sicht des Internetnutzers, denn auf die Interessen der Werbenden an. Der durchschnittliche Adressat von Internetwerbung wird dabei von den sich aufdrängenden Werbeinhalten durchaus gestört. Ob und wann diese

285 Vgl. di Fabio, MMR-Beilage 2016, 1; Kuhlmann, AfP 2016, 318, 321.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Störung aber zur Belästigung wird, die gar unzumutbar ist, ist jedoch oft nicht eindeutig. Probleme bereitet schon die Ermittlung des durchschnittlichen Adressaten, weil durchaus viele Nutzer die moderne Internetwerbung schätzen. Eine entsprechende Studie weist mit Blick auf die relativ undifferenzierte Frage nach einer „Störung durch Online Werbung" zustimmende Raten von 68% auf[286]. Dies bedeutet aber auch, dass 32% der Nutzer sich von Online Werbung nicht sonderlich gestört fühlen. Dieses Ergebnis würde im Einzelnen je nach zu begutachtender Anzeigenform mit Sicherheit variieren. In diesem Sinne zeigt eine nach Werbeformen differenzierende Studie des Interactive Advertising Bureau („IAB", ein internationaler Branchenverband der Werbewirtschaft) das erhebliche Störungspotential der sich in den Vordergrund drängenden Werbung. Bei der Studie mit US-Bürgern wurden die hier maßgeblichen dynamischen Anzeigenformen auf einer Skala von 1 (nicht störend) bis 5 (extrem störend) regelmäßig zwischen 4 und 5 bewertet[287].

Dies sind nur zwei Beispiele aus einer enormen Zahl von Studien über ein kompliziertes Thema, die neben der hier behandelten juristischen Tragweite auch für Sozialwissenschaften und die Betriebswirtschaftslehre wichtige Ergebnisse liefern. Da die Fragen solcher Studien aber oft generell gehalten sind und je nach Formulierung andere Antworten heraufbeschwören können, lassen sich durch Studien nur bedingt verallgemeinerungsfähige Wahrheiten extrahieren. Schlussendlich wird es deshalb im Bereich des Rechts am Ende des Tages immer auf die Ansicht der Richter ankommen, die einen Streitfall zu entscheiden haben.

Im Weiteren soll deshalb die Frage der Unzumutbarkeit auf Grundlage der ergangenen Rechtsprechung und der einschlägigen Meinungen im Schrifttum untersucht werden.

286 So eine Studie des Softwareherstellers Adobe aus Oktober 2012, http://www.adobe.com/aboutadobe/pressroom/pdfs/Adobe_State_of_Online_Advertising.pdf, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

287 https://www.iab.com/wp-content/uploads/2016/07/IAB-Ad-Blocking-2016-Who-Blocks-Ads-Why-and-How-to-Win-Them-Back.pdf, Seite 25, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Ergangene Rechtsprechung

Veröffentlichte Rechtsprechung im Kontext von Pop-Ups und dynamischen Werbeformen ist sehr rar. Nur drei Entscheidungen beziehen ausdrücklich Stellung zu solch dynamischer Internetwerbung.

In einem eindeutigen Fall einer unzumutbaren Belästigung ging es um „Exit Pop-Ups". Dies ist eine Ausprägung des Pop-Ups, das bei Schließen eines bereits geöffneten Pop-Up-Fensters mindestens ein neues Pop-Up-Fenster öffnet. In einem solchen Fall hat das LG Düsseldorf noch unter Geltung des UWG in der Fassung vor der Reform von 2004 einen Verstoß gegen die guten Sitten nach § 1 UWG a.F. erkannt, weil der Nutzer gezwungen wird, gegen seinen Willen die Werbung zur Kenntnis zu nehmen. Dies stelle eine nicht hinnehmbare Belästigung des Nutzers dar[288]. Im konkreten Fall kam erschwerend hinzu, dass das Exit-Pop-Up im Kontext pornografischer Internetseiten und Werbung für solche eingesetzt wurde, beim Schließen des ersten Fensters sechs bis acht neue Fenster geöffnet wurden und dieser Vorgang nur durch das Beenden des Browser-Programms gestoppt werden konnte.

Ein solcher Fall dürfte nach aktueller Gesetzesfassung – auch ohne die erschwerenden Sachverhaltsumstände und bei Öffnen nur eines einzigen neuen Fensters – nicht nur die allgemeine Generalklausel des § 7 Abs. 1 UWG erfüllen. Sondern er wird auch ohne weiteres die Anwendung des spezielleren Per-se-Verbots von § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG begründen, weil durch das Schließen des Pop-Up-Fensters erkennbar wird, dass der Nutzer diese Werbung nicht wünscht und jede weitere Ansprache das Merkmal der Hartnäckigkeit erfüllt. Exit Pop-Ups sind folgerichtig aus dem Internet verschwunden.

Die zweite Entscheidung betrifft die dynamische Werbeform der Banderole Ad. Das Kammergericht hatte den Fall zu entscheiden, in dem eine sich von rechts nach links über den Inhalt schiebende Banderole auf einer Internetseite mit kindlicher Zielgruppe eingesetzt worden ist. Ob die Banderole automatisch wieder aufrollte – und wenn ja – nach welcher Zeit, wurde dabei nicht von der beweisbelasteten klägerischen Partei dargelegt. Das Gericht ging deshalb nach Beweislastgrundsätzen davon aus, dass eine Minimierung der Anzeige „alsbald" erfolgte. Auf dieser Tatsachengrundlage lehnte das KG – wie zuvor auch das Landgericht Berlin – eine unzumutbare Belästigung ab[289]. Zur Begründung führte das Gericht

288 LG Düsseldorf, Urteil vom 26.3.2003 – 2a O 186/02, MMR 2003, 486.
289 KG, Urteil vom 18.10.2013 – 5 U 138/12, MMR 2014, 44.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus, dass zwar eine Belästigung vorliege, aber diese nicht unzumutbar sei. Die Belästigung folge daraus, dass dem Internetnutzer die geschäftliche Handlung der Werbung aufgedrängt werde und er dies als störend empfinde. Unzumutbarkeit sei aber erst dann gegeben, wenn ein großer Teil der durchschnittlichen Verbraucher die Werbung als unerträglich empfinde. Dies war hier nicht der Fall, weil davon auszugehen war, dass die Anzeige innerhalb kurzer Zeit weggeklickt werden konnte bzw. alsbald von selbst verschwand. Als erheblichen Umstand sah das Gericht auch an, dass ein Internetnutzer eine Webseite eigeninitiativ und zum Freizeitvergnügen aufsucht. Dass die Werbung im Endeffekt die aufgesuchten Inhalte finanziere und sie nur deshalb kostenfrei zur Verfügung gestellt werden, zog das Gericht ebenfalls zur Verneinung der Unzumutbarkeit heran. Zuletzt konnte auch die fallspezifische Besonderheit eines kindlichen Publikums nichts an dieser Entscheidung ändern.

In einem dritten Urteil positionierte sich das OLG Nürnberg eindeutig, obwohl es gar nicht über eine dynamische Werbeform zu entscheiden hatte. In einem Fall, in welchem das Gericht über Display-Werbung in einem E-Mail-Postfach zu befinden hatte, äußerte sich der Senat im Stile eines obiter dictums wie folgt: „*Dass Werbemittel, die beim Surfen auf dem Bildschirm erscheinen, eine unzumutbare Belästigung darstellen, ist die Ausnahme. Grundsätzlich sind Werbemittel als Informationsquelle und Mittel zur Finanzierung der besuchten Website hinzunehmen. Insbesondere Pop-Ups, Layer-Ads, Video-Ads und Interstitials sind dem Nutzer zumutbar. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Werbemittel ohne Weiteres sofort oder nach einer kurzen Zeit, die der Dauer eines Werbespots im Fernsehen entsprechen kann, wegklicken lassen. […]*“[290]. Für die zu bescheidende Art von Display-Werbung kam das OLG Nürnberg zum Ergebnis, dass keine unzumutbare Belästigung vorliege.

Im Streitfall wird ein Einzelrichter oder ein Kollegialgericht wegen Angehörigkeit zum angesprochenen Adressatenkreis regelmäßig nach eigenem Störungsempfinden entscheiden. Wünschenswert wäre allerdings – trotz der vorgehend angemahnten Vorsicht gegenüber Studien – bei geeigneten Sachverhalten eine gerichtlich angeordnete Beweiserhebung in Form einer demoskopischen Untersuchung, um eine repräsentative Einschätzung für den konkreten Streitgegenstand zu erlangen. Dies gilt umso mehr, wenn man mit dem Kammergericht für die Unzumutbarkeit

290 OLG Nürnberg, Urteil vom 15.1.2019, 3 U 724/18, K& R 2019, 200 (juris, Rz. 113). Im Revisionsverfahren hat der BGH den EuGH nach Art. 267 AEUV angerufen, siehe Beschluss vom 30.1.2020 – I ZR 25/19, GRUR 2020, 420 – *Inbox-Werbung*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fordern möchte, dass ein großer Teil der durchschnittlichen Verbraucher die Werbung als unerträglich empfinde. Ob wirklich ein großer Teil der Internetnutzer wie die Richter empfindet, kann nämlich nicht als reine Rechtsfrage angesehen werden, sondern hat tatsächliche Grundlagen, die durchaus einer sachverständige Aufklärung zugängig ist.

(2) Meinungsstand in der Literatur

Das Kammergericht stellte in seinem Urteil den Meinungsstand in der lauterkeitsrechtlichen Literatur zur Unzumutbarkeit von dynamischer Internetwerbung bzw. Pop-Up-Werbung dar und schloss sich der „herrschenden Meinung" an. Nach dieser Ansicht können Werbeanzeigen im Internet, die nach kurzer Zeit weggeklickt oder sich automatisch verkleinern bzw. schließen, keine Unzumutbarkeit begründen[291]. Im Wesentlichen berufen sich die Anhänger dieser Ansicht auf die oben bereits dargestellten Argumente aus dem Urteil des Kammergerichts. Ergänzend wird vorgetragen, dass der Internetnutzer keinen Anspruch auf die kostenfreie Leistung habe[292] und er zudem eine Ausweichmöglichkeit habe, indem er den Besuch der Webseite beendet[293].

Dieser „herrschenden Meinung" stehen indes auch einige widerstreitende Stimmen entgegen. Vor allem *Mankowski* hat sich der Frage der unzumutbaren Belästigung durch Pop-Ups und ähnliche Internetwerbeformen ausführlich gewidmet[294]. Er kritisiert die vorstehende Entscheidung des Kammergerichts und die Stimmen aus der „herrschenden Meinung" dezidiert. Im Gegensatz zu den genannten Stimmen hält er nicht nur eine

291 Das KG verwies auf Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 7, Rn. 93; Ohly/Sosnitza, UWG, § 7, Rn. 95; Schöler, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 7, Rn. 131; Schulte-Beckhausen, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 62, Rn. 50; Koch, in: jurisPK-UWG, § 7, Rn. 123; Bornkamm/Seichter, CR 2005, 747, 752f.Im Übrigen gehören zu diesem „Lager" Czernik, MMR 2014, 45; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 591; Boemke, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 11, Rn. 80; Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, § 7 UWG, Rn. 19ff.; Leible, in: MüKo Lauterkeitsrecht, § 7, Rn. 280; Bettinger/Leistner, Werbung und Vertrieb im Internet, Teil 1 A, Rn. 44; Leible, in FS Köhler, 403, 408f.; Härting, Internetrecht, Rn. 2146; jüngst: Schirmbacher, K&R 2019, 229, 231; Steinmetz, Apps im Lauterkeitsrecht, S. 266ff..

292 Czernik, MMR 2014, 45.

293 Bornkamm/Seichter, CR 2005, 747, 752f..

294 Mankowski, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, S 12, Rn. 149ff..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Belästigung, sondern auch eine Unzumutbarkeit eben dieser für gegeben. Speziell für Pop-Ups folge dies schon daraus, dass verdeckt wird, was der Internetnutzer eigentlich sehen wolle. Dynamische Werbeformen, die den Content nicht verdecken, sondern bloß verschieben, verhindern ebenfalls zeitweise den Blick auf die Gesamtheit der eigentlich gewünschten Information oder Unterhaltung. Dies bringe unvermeidlichen Zeitverlust für den Internetnutzer mit sich.

In der Folge versucht *Mankowski* die Differenzierungskriterien der herrschenden Meinung zu entkräften. So soll die Größe einer Anzeige kein entscheidendes Kriterium sein, weil auch kleine Pop-Ups Informationen verdecken bzw. das Wegklicken Zeit in Anspruch nimmt. Je größer die Anzeige aber sei, desto höher sei auch das Belästigungspotential durch die erhöhte Verdeckung von Information. Die Möglichkeit des Blockens durch Pop-up-Blocker oder Werbeblocker sei hier schon deswegen unbeachtlich, weil es nicht Obliegenheit des Opfers der Belästigung sei, einen Angriff abzuwehren, sondern Sache des Angreifers, den Angriff zu unterlassen. Auch die Dauer der Einblendung sei kein sachgerechtes Kriterium zur Ermittlung der Unzumutbarkeit. Jede ungewollt vertane Zeit sei aber beachtlich, weil der Nutzer seine Zeit tatsächlich anderweitig investieren möchte als in Werbewahrnehmung. Reguläre Möglichkeiten zur Vermeidung der Werbung – wie etwa das Umschalten beim Fernsehen – stünden im Internet nicht zur Verfügung. Den von der „herrschenden Meinung" angewandten Zeitfaktor kritisiert *Mankowski* insbesondere vor dem Hintergrund der Beweislastverteilung. Dies führe dazu, dass der Belästigte in der Pflicht sei, die Überschreitung etwaiger Zeitgrenzen nachzuweisen und er die Nachteile fehlender Beweismöglichkeiten zu tragen habe – wie im Fall des Kammergerichts. Im Zusammenhang mit dem Schließen von Pop-Ups oder dem Verkleinern dynamischer Anzeigen weist er auf die Vielzahl verschiedener Buttons hin, die teils an verschiedenen Stellen zu finden sind. Teils muss der Internetnutzer erst nach diesem Button suchen, was ebenfalls Zeit in Anspruch nehmen kann.

Eine Anknüpfung an den Inhalt der Webseite danach, ob der Inhalt essentielle Informationen enthalte oder nur bloß der Unterhaltung diene, sei ebenfalls nicht überzeugend, weil dies nichts am Unwert der Belästigung ändere und der Nutzer hier wie dort eigeninitiativ die Webseite aufsuche.

Besonders kritisiert *Mankowski* das Refinanzierungsargument. Unbestritten lässt er die Tatsache der Refinanzierungsfunktion von dynamischen Werbemitteln, weil fixierte Anzeigen vergleichsweise geringeren Gewinn generieren. Dass aber ein Internetnutzer aggressive Werbung dulden müsse, weil sonst das angesteuerte Angebot in Zukunft nur noch einge-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schränkt oder gar nicht mehr zur Verfügung stehen wird, sei eine falsche Verlagerung des Profitabilitätsrisikos von Internetangeboten. Denn Refinanzierung und etwaiger Gewinn seien allein Sache der Werbenden bzw. Webseitenbetreiber. Das Refinanzierungsargument führe sich zudem selbst ad absurdum, wenn es beinhalte, dass der Nutzer, der sich belästigt fühle, die Webseite in Zukunft nicht aufsuchen müsse. Die unzumutbare Belästigung mit dem freiwilligen Besuch der Webseite zu verknüpfen, führe im Endeffekt dazu, dass Werbung aggressiver werde, Nutzer ausbleiben und dann die Attraktivität der Webseite als Werbeplatz schwinde. In diesem Zusammenhang sei auch irrelevant, dass der Internetnutzer keinen Anspruch auf die kostenlose Information oder Unterhaltung habe. Denn so soll das kostenfreie Zurverfügungstellen von Inhalten noch nicht das Recht geben, die Nutzer dieser Inhalte nach eigenem Gutdünken zu belästigen. Die Möglichkeit, das gesamte Angebot zurückzuziehen, könne nicht zu dem Erst-recht-Schluss führen, nach welchem die belästigende Werbung zumutbar und mithin erlaubt sein müsse. Denn das Beenden des Angebots der kostenfreien Inhalte stelle selbst keine Belästigung der Internetnutzer dar. Sie könne deshalb rechtlich auch nicht als höhere Eskalationsstufe zur aggressiven Werbung angesehen werden.

Zuletzt hält *Mankowski* auch eine Differenzierung nach Inhalt der Werbeanzeige und nach Zeitpunkt des Öffnens der dynamischen Werbeform für nicht gangbar. Er kommt somit konsequenterweise zur Prüfung einer möglichen rechtfertigenden Einwilligung des Internetnutzers. Insoweit vertritt er einen vermittelnden Ansatz. Eine Einwilligung für Werbung wie fixierte Anzeigen bestehe vor dem Hintergrund der Kenntnis der Refinanzierungsbedürfnisse. Nicht aber für aggressive, dynamische Werbeformen, die aktiver Handlung bedürfen, um sie zu beenden oder zu minimieren. Hier komme hinzu, dass der Nutzer vor Besuch der Webseite oder vor Öffnen der dynamischen Werbeform schon gar nicht genau wisse, was auf ihn zukomme. Es mangele insoweit schon an der notwendigen Sachkenntnis zur Einwilligung.

Eine weitere eingehende Auseinandersetzung mit der Problematik, die im Ergebnis für eine unzumutbare Belästigung argumentiert, stammt von *Burmeister*[295] aus dem Jahr 2006. Er schlägt vor, Pop-Ups im Grundsatz als unzumutbare Belästigung anzusehen, weil das Interesse des Einzelnen bestimmen zu können, ob und inwieweit er sich mit Werbung auseinandersetzen will oder nicht, beeinträchtigt werde. Zudem werde die Werbung auf Kosten der Internetnutzer betrieben. Folglich werden die von

295 Burmeister, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 97ff..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 7 UWG geschützte Individualsphäre und die ebenfalls geschützten Ressourcen der Internetnutzer beeinträchtigt. Allein Bagatellfällen solle die Unzumutbarkeit im Einzelfall abgesprochen werden können.

Burmeister stellt dabei vorwiegend auf eine Summenwirkung mehrerer Pop-Up-Fenster während einer „Internet-Session" ab, da ein Internetnutzer auf eine Vielzahl von Pop-Ups von diversen Webseitenbetreibern treffen wird. Diese Summenwirkung sei hier ein beachtliches Argument, da es auch in anderen Fällen des § 7 UWG wie der E-Mail-Werbung ohne vorheriges Einverständnis und der gezielten Werbeansprache von Passanten in der Öffentlichkeit vom BGH genutzt wurde. Hier wie dort werde die Unzumutbarkeit gerade aus der Gefahr hergeleitet, dass sich zahlreiche Anbieter dieser Werbemethode bedienen würden. Eine einzelne Pop-Up-Werbung mag noch wenig belästigend sein, eine ständige Konfrontation hingegen überschreite die Zumutbarkeitsschwelle. Im Zusammenhang mit der Existenz von Pop-Up-Blockern argumentiert *Burmeister*, dass die Existenz solcher Blocker für die Frage der Unzumutbarkeit der Werbeform unbeachtlich sei. Denn diese Blocker könnten einerseits umgangen werden und andererseits führten sie beim Nutzer teilweise zu Einschränkungen bei regulären Internetfunktionen, bei denen der Browser ein zusätzliches Fenster öffnen muss. Daraus folge auch beim Einsatz von Blockerprogrammen ein zeitlicher Aufwand bzw. ein Störpotential. Im Übrigen sei auch die bewusste Umgehung eines Blockers kein geeignetes Differenzierungskriterium, da zum einen keine Pflicht der Nutzer zum Einsatz bestehe und zum anderen dem Nutzer der Nachweis einer Umgehung kaum möglich sein werde.

Ergänzend stellt *Burmeister* auf die Beeinträchtigung der Ressourcen der Nutzer ab, namentlich Internetgebühren und Rechnerkapazitäten. Zuletzt stellt er heraus, dass Internetnutzer sich keineswegs freiwillig Pop-Up-Werbung aussetzen, weil diese gerade keine unmittelbare Verknüpfung zur Webseite wie klassische Anzeigen aufweisen. Nutzer hätten keine echte Wahlmöglichkeit, da im Falle flächendeckender Pop-Up-Werbung die Nutzung des Internets insgesamt eingestellt werden müsste.

Der Ansicht von *Mankowski* und *Burmeister* trat im Schrifttum ohne weitere Vertiefung der Argumentation noch *Menebröcker* hinzu[296]. Diese drei Stimmen stellen demnach den Gegenpol zur vom KG identifizierten „herrschenden Meinung" dar.

296 Menebröcker, in: Götting/Nordemann, UWG, § 7, Rn. 181ff.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(3) Stellungnahme

Beide Seiten können sich auf gewichtige Argumente stützen. Im Ergebnis verbietet sich aber eine pauschale Lösung für dynamische Werbeformen und Pop-Ups wie sie vor allem *Mankowski* postuliert. Die denkbaren Ausgestaltungen dieser Werbeformen sind zu mannigfaltig, um sie generell als unzumutbare Belästigung zu qualifizieren. Gleichfalls können diese aggressiven Werbeformen nicht per se als erlaubte, mithin zumutbare Belästigungen oder gar als nicht belästigend angesehen werden. Eine Entscheidung kann, wie bei § 7 Abs. 1 UWG üblich, nur auf Grundlage des konkreten Einzelfalls unter Berücksichtigung aller Sachverhaltsumstände getroffen werden. Anstatt einer der polarisierenden Meinungen den Vorzug zu geben, ist es zweckmäßiger klare Grenzen abzustecken, wann eine dynamische Werbeform zumutbar ist bzw. wann sie die Schwelle zur Unzumutbarkeit überschreitet. Ein dabei nicht zu vermeidender Graubereich ist ebenfalls zu identifizieren. Wichtig ist vor allem die Differenzierung der verschiedenen, sich in geringfügigen aber erheblichen Umständen unterscheidenden Werbeformen.

(a) Anzeigen, die aktiv geschlossen werden müssen

Auf erster Stufe ist zu differenzieren, ob sich die dynamische Anzeige oder das Pop-Up automatisch schließt oder aber ein aktives Schließen durch den Nutzer notwendig ist. Im Grundsatz kritisch zu hinterfragen sind Werbeanzeigen, die eine aktive Handlung des Internetnutzers erfordern. Dies betrifft also klassische Pop-Ups, die sich in neuen Fenstern öffnen, oder neuartigere Pop-Ups, die sich innerhalb des Fensters über dem Content öffnen, sowie dynamische Anzeigen, die aufklappen oder sonst expandieren, ohne sich wieder automatisch zu minimieren. Zu solchen Anzeigenformen verhält sich die oben dargestellte Rechtsprechung nicht. Im Fall des LG Düsseldorf[297] wurde die Unzumutbarkeit (bzw. Sittenwidrigkeit) der dem Schließen eines Fensters nachfolgenden Pop-Ups festgestellt. Eine Aussage zur Zulässigkeit des ersten Pop-Ups ist damit jedoch nicht verbunden. Das Kammergericht hat für seine Zwecke aus Beweislastgründen ein automatisches Schließen angenommen.

Die „herrschende Meinung" stellt in den Fällen des obligatorischen aktiven Schließens durch den Nutzer darauf ab, ob die Anzeige nach

297 LG Düsseldorf, Urteil vom 26.3.2003 – 2a O 186/02, MMR 2003, 486.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kurzer Zeit weggeklickt werden kann. Erfahrungsgemäß ist dies bei Pop-Ups in der Vielzahl der Fälle von der ersten Sekunde an möglich. Auch dynamische Anzeigen enthalten oft von Beginn an eine Schaltfläche zum Minimieren. Nach allen Ansichten ist deshalb ein Pop-Up oder eine dynamische Anzeige, das bzw. die sich nicht nach kurzer Zeit schließen oder minimieren lässt, eine unzumutbare Belästigung. Als Folgeproblem schließt sich innerhalb der „herrschenden Meinung" dann jedoch die Frage an, welche Dauer noch als kurz angesehen werden kann. In Abgrenzung zu Interstitials, die weiter unten näher beleuchtet werden und sich dadurch auszeichnen, dass sie eine gewollte Unterbrechung des Surfens bewerkstelligen, muss bei Pop-Ups oder dynamischen Anzeigen, die lediglich während des Surfens einen Teil des Contents verdecken, ein strengerer Maßstab angelegt werden. Zur Wahrnehmung einer sich in den Vordergrund drängenden Anzeige sowie der Erfassung der maßgeblichen Werbebotschaft werden regelmäßig wenige Sekunden ausreichen. Sollte der Button zum Schließen oder Minimieren nicht *innerhalb von drei Sekunden* zur Verfügung stehen, ist eine unzumutbare Belästigung anzunehmen. Dabei ändert es auch nichts, wenn die zu beurteilende Anzeige multimedial ausgestattet ist und deshalb die Werbebotschaft längere Zeit benötigt, um wahrgenommen zu werden. Dieses Risiko geht der Werbende selbst durch die Wahl des konkreten Werbeinhalts ein.

Umstritten ist hingegen, ob Werbeformen, die zwar aggressiv in den Vordergrund preschen und eine Aktivität des Nutzers erfordern, aber sofort[298] durch einen Klick geschlossen oder minimiert werden können, eine unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 UWG begründen können. Im Ergebnis wird auf Grundlage des grundsätzlich marktliberalen UWG[299] keine absolute und generelle Unzulässigkeit solcher Werbeformen vertretbar sein. Es sind aber durchaus Fälle denkbar, die trotz sofortiger Schließfunktion den Bereich der Zumutbarkeit überschreiten. Ein solcher Fall kommt etwa bei dem exzessiven Einsatz von dynamischer Werbung auf ein und demselben Webportal in Betracht. Insoweit wird hier eine vermittelnde Ansicht vorgeschlagen, die sich auf die nachfolgenden Differenzierungskriterien stützt.

298 D.h. in Übereinstimmung mit der zuvor genannten „kurzen Dauer" zwischen 0,1 und 3 Sekunden.

299 Vgl. die Erwägungen zum Wettbewerbsleitbild bei Podszun, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 1, Rn. 76ff..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(aa) Gültige Differenzierungskriterien

Gültige Kriterien bei der Beurteilung der Zumutbarkeit von Pop-Up Werbung und dynamischen Werbeformen sind das Zeitmoment, zu einem gewissen Grad der Refinanzierungsgedanke und die Summenwirkung dieser Werbeformen.

Mit Zeitmoment ist jeder durch die Anzeige der Werbeformen im Gerät des Nutzers einhergehende Zeitverlust gemeint. Der „herrschenden Meinung" in Schrifttum und Rechtsprechung ist insoweit zuzustimmen, dass die Schließmöglichkeit nach kurzer Zeit das am nächsten liegende Kriterium ist, um eine Belästigung des Nutzers zu kategorisieren. Dies folgt schon daraus, dass Werbung in jedem Medium die Aufmerksamkeit des Adressaten erregt, was mit einem gewissen Zeitaufwand einhergeht – sei es nur der Bruchteil einer Sekunde wie bei einer nur überflogenen Zeitungsanzeige, sei es eine Dauer von mehreren Minuten wie bei TV-Werbeblöcken. Anknüpfungspunkt des Zeitmoments ist dabei die Dauer zwischen Beginn der erzwungenen Wahrnehmung der Werbung und erstmaliger Möglichkeit, sich der Werbung zu entziehen. Bei einer Zeitungsanzeige oder einer fixierten Online-Anzeige genügt das Wegschauen oder Fokussieren auf andere Elemente der betrachteten Seite, was nur eine verschwindend kurze Zeit dauert. Beim Extremfall in Printmedien, bei dem eine gesamte Seite oder Doppelseite von Werbung eingenommen ist, bedarf es des Umblätterns, also einer aktiven Handlung, die eine gewisse Zeit beansprucht. Gleichzeitig ist dieser Zeitraum noch sehr gering und kann in Sekundenschnelle bewerkstelligt werden. Es ist keine Stimme ersichtlich, die vertreten würde, eine solche Werbung sei eine unzumutbare Belästigung. Ähnlich stellt sich dies bei TV- oder Radiowerbung dar, der sich der Adressat durch einen Klick auf die Fernbedienung oder das Gerät mit Leichtigkeit und schnell entziehen kann, wenngleich auch dies eine Aktivität fordert. Trotz der gravierenden technischen Unterschiede der Medien passt der aktive Klick auf einen Schließbutton in diese medienevolutionäre Reihe, da er in Sekundenschnelle möglich ist und die Werbung aus der Wahrnehmung verbannt. Rechtlich bedeutsam ist im Rahmen der Bewertung des Zeitmoments, ob der Zeitverlust durch den Werbenden maßgeblich beherrscht wird oder aber der Nutzer die Hoheit über die Dauer dieses Zeitverlustes behält. Im letzteren Fall liegt eine unzumutbare Belästigung fern. Wird dem Adressaten aber die Freiheit zum jederzeitigen Schließen bewusst genommen, wird man von einer unzumutbaren Belästigung ausgehen müssen.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wenn *Mankowski* jede Art von Zeitverlust für den Nutzer für maßgeblich hält und deshalb das Aufscheinen von Pop-Ups bereits für eine unzumutbare Belästigung ausreichen lässt[300], kann dies nicht überzeugen. Selbstverständlich möchte der Nutzer seine Zeit anders nutzen, als sie mit dem Betrachten von ihn nicht interessierender Werbung zu verschwenden. Gleichwohl ist Werbung fest verankerter Bestandteil der Medienlandschaft und als solcher auch durchaus akzeptiert. Deshalb ist die Möglichkeit, sich der Werbung schnell und effektiv zu entziehen, ein wichtiger Aspekt. Diese Möglichkeit stellt den grundsätzlichen Interessenausgleich zwischen Werbewirtschaft und Nutzerinteressen dar. Dadurch behält der Nutzer jederzeit die Hoheit über seine Werbewahrnehmung. Dass ein Pop-Up oder eine expandierende Anzeige das verdecke, was der Nutzer an sich sehen möchte, ist ebenfalls kein Umstand, der eine Unzumutbarkeit zu tragen vermag. Zwar ist bei diesem Gedanken keine grundlegende Analogie zu Printmedien und Rundfunk möglich, weil diese beiden Mediengattungen durch eine gewisse Linearität gekennzeichnet sind, die eine Überlappung meist ausschließen. Vergleichbar sind aber in TV-Programme eingeblendete Werbeelemente. Solche Werbeformen können nach dem Rundfunkstaatsvertrag[301] sowohl die Teilbelegung des ausgestrahlten Bildes mit Werbung gemäß § 7 Abs. 4 als auch die Einfügung virtueller Werbung in Sendungen gemäß § 7 Abs. 6 sein. Beide Formen sind unter Wahrung der Trennung und Werbekennzeichnung (so in § 7 Abs. 4 RfStV) bzw. unter dem Vorbehalt des vorherigen Hinweises und der sonst sowieso schon anderweitig bestehenden Werbung am Übertragungsort (so in § 7 Abs. 6 RfStV) erlaubt. Dies zeigt, dass auch das Verdecken gewisser Inhalte dem deutschen Werberecht nicht per se fremd ist. Hier wie dort möchte der Adressat vor allem die Sendung möglichst störungsfrei genießen. Während aber bei paralleler TV-Werbung weitere Voraussetzungen zur Zulässigkeit nötig sind, ist dies bei Pop-Ups und expandierenden Werbeformen im Internet nicht nötig. Grund ist, dass im Internet der Nutzer durch einen Klick die Werbung ausblenden kann. Beim Fernsehen ist dies nicht möglich. Wiederum zeigt sich, dass das Vorhandensein eines Schließbuttons – und zwar von Beginn an – unerlässliche Voraussetzung für die Zulässigkeit von Pop-Ups und expandierenden Ads ist.

Verbreitet wird das Zeitmoment jedoch dann als Kriterium für eine Unzumutbarkeit vorgebracht, wenn besonders lange Ladezeiten mit dem

300 Mankowski, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, S 12, Rn. 149ff..

301 Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien vom 31.8.1991, zuletzt geändert durch den 20. Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 08. bis 16.12.2016.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Pop-Up oder der dynamischen Werbeform einhergehen[302]. Unter dem Aspekt des Zeitaufwandes kann dies allerdings nur Bedeutung erlangen, wenn die Möglichkeit zum Schließen oder Minimieren an das vollständige Laden der Anzeige gekoppelt ist. Dies betrifft also nicht den Fall, wenn die Anzeige in einem neuen Fenster geöffnet wird, da dieses Fenster in aller Regel durch die Betriebssystemfunktionalität auch ohne vollständiges Laden der erforderlichen Daten geschlossen werden kann. Wird die Anzeige dynamisch innerhalb des Fensters geöffnet, ergeben sich keine Besonderheiten zum oben Dargestellten, wenn der Schließbutton sofort zur Verfügung steht. In beiden Fällen kann der Nutzer sich sofort der den Content verdeckenden Anzeige durch einen Klick entledigen. Nur wenn der Schließbutton erst bei vollständigem Laden der Anzeige zur Verfügung steht, etwa wenn der Schließbutton den Schlusspunkt des Ladevorgangs darstellt, kann die Ladezeit Bedeutung erlangen. Problematisch ist in diesem Fall aber, dass Ladezeit eine höchst individuelle und von einigen Parametern abhängige Variable ist. Die Ladezeiten hängen vor allem von der Internetverbindung und der Hardware beim Nutzer ab. Deshalb nimmt der Werbende, der die Möglichkeit zum Schließen erst mit vollständiger Ladung der Daten eröffnet, mutwillig in Kauf, dass das Anzeigen von Werbung bei manchen Nutzern eine Dauer von mehreren Sekunden in Anspruch nehmen wird. Damit entzieht er diesem Nutzer die Hoheit über sein Surfverhalten im oben dargestellten Sinne. Eine solche Ausprägung überschreitet deshalb die Grenze zur Unzumutbarkeit. Um Folgeprobleme wie die Bestimmung maßgeblicher Datenmengen oder der Quantität möglicherweise betroffener Internetnutzer zu vermeiden, sind Anzeigen mit Schließmöglichkeit erst nach vollständigem Laden der Daten generell unzulässig, selbst wenn bei einer Vielzahl der Nutzer der Button wegen optimaler Bedingungen sofort angezeigt wird.

Ergänzend sind auch das Refinanzierungsinteresse der Webseitenbetreiber und das Werbeinteresse von Unternehmen heranzuziehen. Diese Interessen sind aber bei aggressiven Werbeformen wie Pop-Ups oder expandierenden Anzeigen nur in vermindertem Maße zu bewerten, weil den Werbenden eine weniger aggressive und zugleich zweifelsfrei zulässige Alternative in Form der klassischen Anzeigen zur Verfügung steht. Allein dieser Umstand kann aber nicht dazu führen, dass Webseitenbetreiber und Werbende nicht mehr ihre grundgesetzlich geschützten Interessen

302 Vgl. Bettinger/Leistner, Werbung und Vertrieb im Internet, Teil 1 A, Rn. 44; Schöler, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 7, Rn. 131; Ohly/Sosnitza, UWG, § 7, Rn. 95.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf möglichst hohe Werbeumsätze und hohe Werbereichweiten verfolgen dürften. Die Werbenden können sich in ihrem Interesse auf Art. 5 und 12 GG stützen. Mangels gesetzlicher Einschränkung ist ein gerechter Ausgleich mit den Individualinteressen der Nutzer aus Art. 2 Abs. 1 GG zu erzielen. Dieser Ausgleich wäre nicht gerecht, wenn den Werbenden absolut die Möglichkeit zum Einsatz von Pop-Ups und dynamischen, expandierenden Werbeformen verwehrt würde. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die hier betrachteten Werbeformen erheblich höhere Reichweiten und Folgetransaktionen erreichen[303].

Besonders virulent wird die Frage der Refinanzierung bei aufwändig gestalteten und dabei kostenfreien Angeboten im Internet. Gerade in diesem Zusammenhang wird teilweise vertreten[304], dass der Nutzer durch die Duldung von Werbung, die zu Werbeeinnahmen beim Webseitenbetreiber führt, das kostenlose Angebot mittelbar finanziere. Dem zufolge seien die Angebote im Internet zwar kostenfrei, aber nicht umsonst. Dies wird sogar soweit ausgedehnt, dass aufwändigere Werbung zu höheren Einnahmen, ergo zu aufwändigeren Angeboten führe[305]. Dem tritt wiederum *Mankowski* vehement entgegen, wobei ihm teilweise Recht zu geben ist. Zutreffend verweist er darauf, dass es nicht Sache des Nutzers sein kann, wie ein Unternehmen sein Angebot refinanziert. Ob der Webseitenbetreiber als Unternehmer seine „Ware" kostenlos zur Verfügung stellt oder ein Entgelt verlangt, ist allein seiner Sphäre zuzuordnen. Mit diesem Sphärenmodell lässt sich auch das teilweise erhobene Argument entkräften, Webseitenbetreiber könnten bei der vorherrschenden „Umsonst-Kultur" im Internet (vor allem in Deutschland) de facto kein Entgelt fordern, weil kaum Nutzer bereit wären, eine monetäre Gegenleistung zu zahlen[306]. Auch dies ist allein Sache des Unternehmers. Ob ein Absatzmarkt eine ausreichende Finanzierung ermöglicht, ist ureigenes Risiko des Unternehmers in einer Marktwirtschaft. Der Nutzer, seine Aufmerksamkeit und seine Daten dürfen dabei nicht als Ersatzwährung instrumentalisiert werden. Auch zutreffend ist *Mankowskis* Erwägung, wonach das Faktum, dass ein

303 Vgl. etwa zu Layer Ads https://conversionboosting.com/article/layer-ads-einfach-nur-furchtbar_15413/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

304 KG, Urteil vom 18.10.2013 – 5 U 138/12, MMR 2014, 44 mit zustimmender Anmerkung von Czernik; iÜ Leible, in FS Köhler, 403, 408.

305 Bornkamm/Seichter, CR 2005, 747, 753.

306 Vgl. etwa https://www.internetworld.de/onlinemarketing/medien/paid-ansaetze-umsonst-kultur-so-weit-entwickelt-1185089.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019. Hier wird auch auf die Konkurrenz durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk hingewiesen, was den Markt in Deutschland noch schwerer mache.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unternehmen ein kostenloses Angebot im Internet vorhält, keine Rechtfertigung für eine Belästigung des Nutzers nach eigenem Belieben des Anbieters und unabhängig von Recht und Gesetz darstellt. Die Entscheidung, ob eine Werbeform belästigt oder nicht, trifft nicht der Webseitenbetreiber, sondern ein Gericht. Zuletzt überzeugt auch die Überlegung, dass kein Erst-recht-Schluss tunlich ist, wonach Pop-Up Werbung zulässig sein müsse, weil der Unternehmer die Angebote insgesamt zurückziehen oder sperren könne. Vollkommen zu Recht erklärt *Mankowski* dazu, dass das Beenden des kostenfreien Angebots von Webinhalten keine Belästigung im Rechtssinne darstellt und damit in keiner rechtlichen Beziehung zu belästigender Werbung stehen kann.

Gleichwohl ist die Schlussfolgerung, das Refinanzierungsargument sei insgesamt zu verwerfen, nicht überzeugend. Denn selbst wenn Betreiber kostenloser, werbefinanzierter Webseiten keine Finanzierung im üblichen bipolaren Verhältnis mit dem Nutzer, sondern ein Geschäftsmodell im Dreieck „Werbender – Webseitenbetreiber – Nutzer" vorziehen, ist dies nicht verwerflich oder gar unzulässig. Dieses Geschäftsmodell ist vielmehr von den Grundrechten der Webseitenbetreiber ebenso erfasst wie das Interesse an Profitsteigerung. Ähnlich ist die Lage für Werbende, die aggressiv werben und entsprechende Anzeigen bei den Webseitenbetreibern lancieren. Auch deren Interesse an Profitsteigerung durch Aufmerksamkeit erhaschende Werbung ist grundrechtlich soweit geschützt, bis sie derart in die Freiheitsrechte der Nutzer eingreift, dass von einer unzumutbaren Belästigung auszugehen ist. Eine solche Belästigung folgt aber nicht aus dem bloßen Umstand, dass der Werbende an den Webseitenbetreiber Zahlungen leistet, die schlussendlich die Webseite finanzieren. Diese grundrechtliche Unterfütterung der Interessen von Webseitenbetreibern und Werbenden lässt *Mankowski* vollkommen außer Acht.

Anders herum darf aber auch das Refinanzierungsargument nicht, wie von *Bornkamm* und *Seichter* – wohl mit anderer Intention – beschrieben, derart angewendet werden, dass die Refinanzierung zur Rechtfertigung immer aggressiverer Werbeformen führt, weil diese mehr Profit bringen und damit – vermeintlich – noch mehr oder bessere Angebote ermöglichen. Hier zeigt sich die eingeschränkte Wirkung des Refinanzierungsarguments. Es mag zwar die Existenz von Pop-Ups und neuartigen dynamischen und expandierenden Werbeformen legitimieren. Es kann aber nicht etwa das oben beschriebene Zeitmoment neutralisieren. Wenn dem Nutzer die Hoheit über seine Wahrnehmung entzogen wird, kann dies niemals dadurch gerechtfertigt werden, dass dies notwendig zur Finanzierung der Webseite sei. Denn dem ist zu entgegnen, dass die Profitabilität

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einer Webseite das Risiko des Anbieters ist. Ebenso ist dem denkbaren Argument eines Werbenden, ein Produkt könne anders als durch aggressive, nicht wegklickbare Werbung nicht ausreichend beworben und vermarktet werden, entgegenzuhalten, dass dies niemandes Problem ist außer sein Eigenes.

Schließlich ist das Argument der Summenwirkung in einer bestimmten Spielform erheblich. Und zwar in einer Webseiten-spezifischen, nicht in einer das gesamte Internet betreffenden Betrachtung. Nicht valide ist das von *Burmeister* vorgebrachte Argument, dass eine Summenwirkung frei nach dem Motto „ein Pop-Up allein ist nicht schlimm, aber wenn es jeder macht, wird es schlimm" für eine unzumutbare Belästigung spreche. Damit stellt er die Pop-Up-Werbung in eine Reihe mit E-Mail-Werbung und die gezielte werbliche Ansprache in der Öffentlichkeit, bei denen der BGH die Unzumutbarkeit der Belästigung unter anderem mit einer Nachahmungsgefahr und einer Summenwirkung begründet[307]. Der Vergleich zur E-Mail-Werbung ist dabei ohne Weiteres als nicht statthaft zu bewerten, weil dafür § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG eine Spezialregelung trifft, die einer anderen europarechtlichen Grundlage entstammt und daher eine andere Interpretation erfordert als Fälle der Generalklausel[308]. Auch stützt sich *Burmeister* auf ein BGH-Urteil vor der UWG-Reform von 2004, bei dem die E-Mail-Werbung noch auf der Sittenwidrigkeits-Generalklausel in § 1 UWG a.F. gestützt wurde. Interessanter ist schon der Vergleich zum Ansprechen in der Öffentlichkeit. Bei dieser Fallgruppe darf aber nicht die Nachahmungsgefahr losgelöst vom eigentlichen Unzumutbarkeitsfaktor betrachtet werden. Schon das Ansprechen in der Öffentlichkeit unter fehlender Erkennbarkeit der Werbeintention stellt eine unzumutbare Belästigung dar, weil diese unerbetene Kontaktaufnahme nicht nur das Bedürfnis des Passanten beeinträchtigt, im öffentlichen Raum möglichst ungestört zu bleiben, sondern auch die übliche Höflichkeit fremden Personen gegenüber zur Erregung von Aufmerksamkeit ausnutze. Die Nachahmungsgefahr kam hier nur erschwerend hinzu[309]. Allein ist die

307 Burmeister, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 97, 100f. mit Verweis auf BGH, Urteil vom 11.3.2004. I ZR 81/01, GRUR 2004, 517 – *E-Mail-Werbung* und Urteil vom 9.9.2004 – I ZR 93/02, NJW 2005, 1050 – *Ansprechen in der Öffentlichkeit II*.

308 Im Ergebnis genauso aber mit anderer Begründung: Bornkamm/Seichter, CR 2005, 747, 752. Dort wird auf die Freiwilligkeit des Besuchs einer Webseite abgestellt, was bei der Zusendung von E-Mails nicht zu erkennen sei.

309 BGH, Urteil vom 9.9.2004 – I ZR 93/02, NJW 2005, 1050 – *Ansprechen in der Öffentlichkeit II*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nachahmungsgefahr kein Umstand, der eine Unzumutbarkeit im Sinne der Summenwirkung zu begründen vermag. Dies ist auch sinnvoll, weil sonst nach dem Prinzip der Gruppenstrafe immer auch Marktteilnehmer dafür büßen müssten, dass einige wenige Konkurrenten übertriebenen Gebrauch von einer Werbemaßnahme machen. Auf Pop-Ups und Co. bezogen würde also durch die übermäßige Nutzung der Werbeformen auf einigen Webseiten insgesamt ein Verbot folgen, dass anderen Betreibern, die unter Umständen nur bei besonderen Anlässen diese Formen nutzen, die Möglichkeit solcher Werbung entzieht. Dies ist keinesfalls als gerechter Ausgleich der Interessen zwischen der Gesamtheit der Verbraucher und Webseitenbetreiber anzuerkennen. Die Folgen der Maßlosigkeit einzelner müssen diese speziell treffen und nicht die gesamte Branche in Verruf bringen.

Nicht zu verleugnen ist eine Summenwirkung aber, wenn beim Surfen innerhalb einer Webseite im Sinne eines Portals unter einer bestimmten Domain nach jedem Klick und darauf folgenden Öffnen einer Unterseite ein neues Pop-Up oder eine expandierende Anzeige erscheint, die jedes Mal weggeklickt werden muss. In diesem Fall hat es nämlich der Webseitenbetreiber in der Hand, wie oft der Nutzer behelligt wird. Dies kann einerseits darauf gestützt werden, dass durch die Aneinanderreihung der jeweils kurzen Zeitverluste sich schlussendlich ein erheblicher und unzumutbarer Zeitverlust kumuliert. Dann wäre die Summenwirkung nur eine Spielform des oben genannten Zeitmoments. Zum anderen kann dies aber auch auf das natürliche Belästigungsempfinden des Durchschnittsadressaten gestützt werden. Selbst bei hoher Toleranz für Online-Werbung dürfte ab einer gewissen Zahl von Pop-Ups o.Ä. die Grenze erreicht sein, ab denen die aggressiven Anzeigen schlicht „nerven“. Beide Gedanken führen aber wiederum zur Folgefrage, wie viele solcher Anzeigen denn pro Sitzung auf einem bestimmten Portal eingeblendet werden dürfen. Da dies Tatfrage im Einzelfall ist, ließe sich nicht vorhersagen, ob bereits ein zweites Pop-Up ausreicht oder erst ab dem „x-ten“ Pop-up die Grenze zur Unzumutbarkeit überschritten ist[310].

Deshalb erscheint es für diesen Fall überaus sinnvoll, den Begriff der Hartnäckigkeit aus § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG zu borgen und für die Zwecke der Generalklausel in § 7 Abs. 1 UWG zu nutzen. Direkt kann § 7 Abs. 2

310 Einen ähnlichen Gedanken äußert Steinmetz, der es für unzumutbar belästigend hält, wenn nach Ende einer Anzeige, die der Nutzer beendet hat, unmittelbar eine zweite Anzeige öffnet, siehe Steinmetz, Apps im Lauterkeitsrecht, S. 270.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nr. 1 UWG nicht gelten, weil das bloße Wegklicken eines ersten Pop-Ups (außer im Fall des Exit Pop-Ups beim LG Düsseldorf[311]) noch nicht die Unerwünschtheit weiterer Werbeansprache mit anderen Anzeigen erkennbar macht. Selbst wenn ein Server – was technisch möglich sein dürfte – die Verweildauer eines Pop-Up-Fensters im Vordergrund bzw. einer integrierten Layer Ad im Vordergrund des Contents oder die Zeit des expandierten Zustandes bei entsprechenden Werbeformen messen und ein sofortiges Schließen erkennen würde, macht dies noch keine generell ablehnende Haltung zweifelsfrei erkennbar. Deshalb sollte die Idee der Hartnäckigkeit zwar in die Generalklausel übertragen werden, aber nicht in der strengen Definition wie in § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG. Ein bereits zweimaliges Auftreten eines Pop-Ups könnte zwar – etwa beim unmittelbar nächsten Klick nach Schließen des ersten Pop-Ups – schon „nervig" sein. Insbesondere bei etwas längerem Intervall – etwa bei einem zweiten Pop-Up nach dem Aufruf von mehr als 10 Unterseiten seit Schließen des ersten Pop-Ups – ist die Anwendung der Definition von Hartnäckigkeit aber zu streng, weil die Generalklausel insoweit strenger als der Spezialtatbestand wäre. Deshalb sollte eine Fallgruppe der „hartnäckigen Pop-Up-Werbung" eine unzumutbare Belästigung begründen bei dem Einblenden von drei Pop-Ups oder vergleichbarer expandierender Werbeformen innerhalb einer Sitzung auf einem bestimmten Webportal.

Ein weiteres Beispiel für diese Fallgruppe sind auch Webseiten, die exzessiven Gebrauch von In-Text-Werbung machen, bei denen der Nutzer durch „Mouse-over" über bestimmte Links Layer Ads öffnen. Auch hier kann die exzessive Nutzung von mit Werbung verlinkten Begriffen zu einer Summenwirkung führen, die eine ursprünglich noch akzeptable Form der Internetwerbung zu einem unzumutbaren Ärgernis für Internetnutzer macht. Wenn Nutzer nämlich durch unbedachte Bewegungen mit der Maus in ihrem Lesefluss eines Artikels mehrfach gestört werden und sich öffnende Anzeigen beseitigen müssen, nimmt der Webseitenbetreiber eine Belästigung zumindest billigend in Kauf. Dies wiederum hat ab der dritten Unterbrechung während eines Artikels mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Folge, dass der Nutzer über den zumutbaren Rahmen hinaus behelligt wird.

311 LG Düsseldorf, Urteil vom 26.3.2003 – 2a O 186/02, MMR 2003, 486.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(bb) Ungültige Kriterien

Im Übrigen werden in Rechtsprechung und Literatur einige insgesamt ungültige Kriterien zur Bewertung einer unzumutbaren Belästigung durch Pop-Up-Werbung und expandierende Werbeformen vorgebracht.

Nicht von Bedeutung ist, welchen Inhalt die Webseite hat, deren Besuch zum Öffnen des Pop-Ups oder Expandieren der dynamischen Anzeige führt. Eine Abgrenzung, ob essenziell wichtige Informationen oder „nur" Informationen zur Freizeitbeschäftigung aufgesucht werden, ist im Internet unerheblich[312]. Zur Begründung kann darauf verwiesen werden, dass im Internet keine staatlich garantierte Institution vorgesehen ist wie etwa der öffentlich-rechtliche Rundfunk. Um ein Mindestmaß an essenziell wichtigen, die Allgemeinheit betreffenden Informationen zu erhalten, steht zu jeder Zeit Radio oder TV zur Verfügung. Andere wichtige, nicht mediale Informationen sind regelmäßig über telefonische Ansprache zu erhalten. Es ist auch äußerst schwer zu bestimmen, welche Informationen überhaupt essenziell wichtig sein sollen. Insofern sollte dieser Gedanke schlicht verworfen werden.

Der Inhalt der Anzeige vermag unter Umständen zu einer Unzulässigkeit der Werbung führen. Die grundsätzliche Unzulässigkeit der Werbeform vermag jedoch kein noch so belästigender Inhalt zu begründen[313].

Auch der Umstand, dass der Nutzer eine Webseite eigeninitiativ aufsucht und er die Webseite jederzeit verlassen und dann fernbleiben könne, ist entgegen der „herrschenden Meinung" unbeachtlich. Insbesondere *Bornkamm* und *Seichter* meinen, dass Webseitenbetreiber eine grundsätzliche Gestaltungsfreiheit für ihren virtuellen Bereich haben. Durch den freiwilligen Besuch der Seite durch die Nutzer werde diese Gestaltungsfreiheit nicht eingeschränkt, solange der Nutzer jederzeit die Webseite verlassen kann[314]. Gegen diese Argumentation wird zu Recht heftige Kritik geäußert. Denn richtigerweise ist der Besuch einer Webseite nicht die automatische Erlaubnis jeglicher Belästigung durch Werbung auf oder im Zusammenhang mit der Webseite[315]. Das öffentliche Zugänglichmachen von Inhalten würde dann de facto wie ein Haftungsausschluss für vorsätzliches

312 So aber KG, Urteil vom 18.10.2013 – 5 U 138/12, MMR 2014, 44; gleiche Ansicht aber ohne Begründung bei Mankowski, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, S 12, Rn. 149e.

313 Ebenso Mankowski, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, S 12, Rn. 156.

314 Bornkamm/Seichter, CR 2005, 747, 752f..

315 Mankowski, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, S 12, Rn. 156.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verhalten wirken. Abgesehen von schuldrechtlichen Problemen, etwa ob der Besuch einer Webseite einen Vertrag begründen kann, ist ein solcher Haftungserlass schon vor dem Hintergrund von § 276 Abs. 3 BGB nicht vertretbar. Hierhin passt auch der Gedanke, wonach der Internetnutzer keinen Anspruch auf die Nutzung des Inhalts der angesteuerten Webseite und deshalb schon gar keinen Anspruch auf werbefreie Inhalte hat[316]. Dieser ist ebenfalls zu verwerfen, denn der fehlende rechtliche Anspruch wird jedenfalls durch die faktische Zurverfügungstellung überholt und der Nutzer erhält eine (ggf. werthaltige) Leistung ohne sich einer Kostenpflicht auszusetzen. Hier darf aber wiederum der Webseitenbetreiber dem Nutzer nicht „durch die Hintertür" eine Gegenleistung abzwingen. Dies stellt dann unter den bereits dargestellten Umständen eine unzumutbare Belästigung dar. In diesem Kontext wird auch der fehlende unmittelbare Zusammenhang zwischen einem neuen Pop-Up-Fenster und der angesteuerten Webseite als Argument für eine unzumutbare Belästigung angeführt[317]. Denn bei genauer Betrachtung steuert der Nutzer gerade diese in einem neuen Fenster automatisch geöffnete Webseite nicht eigeninitiativ an. Bei dieser Betrachtung greift das Argument der Eingeninitiative schon gar nicht ein.

Als weiteres Argument wurde die Beeinträchtigung der Ressourcen des Nutzers vor allem in älteren Auseinandersetzungen gerne angeführt[318]. Dieses Kriterium stellt auf die Beanspruchung von Rechnerkapazitäten und die erhöhte Datenmenge ab. Natürlich ist richtig, dass eine dynamische Werbeanzeige beide Ressourcen anzapft. Jedoch ist dieses Kriterium ungeeignet, weil an dieser Stelle sich die Rahmenbedingungen schnell und beständig verändern. Im Gegensatz zu der Situation vor 10 oder 15 Jahren verfügen die meisten Nutzer zur Zeit der Bearbeitung über Datenflatrates, sodass keine Mehrkosten anfallen. Ebenso verfügen die meisten Nutzer über leistungsstarke Computer, die keine Probleme mit der Bewältigung von multimedialen Anzeigen haben. Vor diesem Hintergrund ist schon heute nicht davon auszugehen, dass noch in nennenswertem Umfang Ressourcen des Nutzers beansprucht werden[319]. Da die Digitalisierung mittlerweile den Rang eines Staatsziels erreicht hat, wird die Entwicklung wohl zu noch stärkeren Rechnern und noch günstigeren Internettarifen führen. Anstatt sich also auf unbeständige Faktoren zu stützen, ist das

316 Czernik, MMR 2014, 45.
317 Burmeister, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 97, 103.
318 Vgl. nur Burmeister, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 97, 102.
319 Ähnlich für In-Game-Werbung: Lober, MMR 2006, 643, 645.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zeitmoment vorzugswürdig, da sich dessen Anknüpfungspunkt nicht ändert. Im Rahmen der Ressourcennutzung maßgebliche Gedanken können bei der beachtlichen Summenwirkung verwertet werden. Denn wenn eine exzessive Nutzung von Pop-Ups und Co. etwa zu einer Überforderung der Rechnerkapazitäten führen sollte, geht dies zwingend mit summiertem Zeitverlust einher.

Zuletzt ist auch die Existenz von Werbe- und Pop-Up-Blockern kein Grund, eine absolute Zumutbarkeit von Pop-Ups zu begründen[320]. Mit Pop-Up-Blockern sind hier nur solche Browser Add-Ons oder integrierte Funktionalitäten gemeint, die das Öffnen neuer Browserfenster verhindern. Für integrierte Werbeanzeigen wäre einer der später ausführlich darzustellenden Werbeblocker nötig. Aber weder die Existenz der Pop-Up-, noch der Werbeblocker im engeren Sinne kann zur generellen Zulässigkeit von aggressiven Werbeformen führen. Ganz zutreffend verweist *Mankowski* darauf, dass es keine Obliegenheit des Nutzers gibt, sich gegen Angriffe zu rüsten, sondern der Angreifer zuvörderst den Angriff auf die Individualsphäre des Nutzers zu unterlassen hat. Wo solche Angriffe aber stattfinden, ist es nur berechtigter präventiver Selbstschutz des Nutzers, Blockerprogramme einzusetzen[321]. *Burmeister* verweist zudem auf die fehlende Zuverlässigkeit von Blockerprogrammen, die umgangen werden können sowie auf die aus der Nutzung dieser Programme folgenden Funktionseinschränkungen bestimmter Seiten wie etwa beim Öffnen besonderer Online Banking oder Log-In-Fenster. Der Nutzer kann deshalb wohl praktisch nur aus mehreren Alternativen wählen, die Zeit beanspruchen. Entweder er duldet die Werbung mit der Folge, dass er Fenster oder Layer schließen muss oder er muss bei gewissen Funktionen die Wirkung des Blockerprogramms durch andere Klicks für diese spezielle Seite deaktivieren. Der Zeitverlust dürfte im zweiten Fall sogar höher ausfallen, was dem Webseitenbetreiber dann auch mittelbar zuzurechnen ist. Neben diesen zutreffenden Erwägungen ist aber entscheidend für die Ungültigkeit des Arguments der Existenz von Werbeblockern für die Zumutbarkeit von aggressiven Werbeformen, dass schon in logischer Hinsicht eine Verteidigungsmaßnahme niemals den Angriff rechtfertigen oder gar aus der Tatbestandsmäßigkeit führen kann. Überspitzt verglichen würde eine solche Logik im Strafrecht dazu führen, dass der tätliche Angreifer im Falle

320 So auch Mankowski, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, S 12, Rn. 149 und Burmeister, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 97, 101; a.A. Leible, in FS Köhler, 403, 409.

321 Gomille, GRUR 2017, 241, 245.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Notwehr des Angegriffenen keine tatbestandsmäßige Körperverletzung begehen könnte oder er wiederum gerechtfertigt wäre. Dass dies nicht richtig sein kann, ist offensichtlich. Es ist vielmehr anders herum: die Verteidigung zeigt eindeutig, dass der Angriff nicht geduldet wird und damit subjektiv in jedem Fall als unzumutbar belästigend empfunden wird. Sonst wird der Nutzer wohl kaum derart aktiv werden, dass er eine Zusatzfunktionalität installiert, die ihn vor zukünftigen Angriffen schützen soll. Eine Judikatur, die hauptsächlich die Sicht des Adressaten einer Werbemaßnahme in die Interessenabwägung einstellen muss, kann sich dabei dieser faktischen Gewissheit über das Störungsempfinden nicht verwehren.

(b) Sich automatisch schließende Werbeformen

Ein etwas anderer Fall sind dynamische Werbeformen oder Layer Ads, die sich automatisch schließen oder minimieren. Sie sind von der Funktionsweise her den weiter unten fokussierten Interstitials ähnlich, die grundsätzlich automatisch enden. Sie unterscheiden sich von den oben genannten Werbeformen dadurch, dass nicht unbedingt ein aktives Schließen nötig ist. Die Abgrenzung zu Interstitials lässt sich am ehesten über die Größe erreichen. Während Interstitials als Unterbrecherwerbung den gesamten Content zeitweise verdrängen, überlagern die sich automatisch schließenden dynamischen Werbeformen nur gewisse Teile des Contents.

Dieser Fall war aufgrund der Beweislastentscheidung Gegenstand des oben beschriebenen Urteils des Kammergerichts[322]. Kriterium des Gerichts war dabei das automatische Verschwinden „alsbald". Der Leitsatz der Redaktion aus der Zeitschriftenfundstelle übersetzt dies nonchalant in „nach wenigen Sekunden". Pendant dazu ist die oben bereits näher in den Blick genommene Formulierung „innerhalb kurzer Zeit wegklickbar" für den Fall, dass neben dem automatischem Verschwinden eine zusätzliche Funktionalität vorgesehen ist. Bei den sich automatisch schließenden Werbeformen muss also weiter unterschieden werden zwischen solchen Anzeigen, die nur automatisch schließen und keine Funktion zum Minimieren oder Schließen haben (siehe dazu unten (aa)) und Anzeigen, die bei Ablauf der programmierten Zeit automatisch schließen, aber bereits zuvor eine Option zum Schließen oder Minimieren anbieten (siehe dazu unten (bb)).

322 KG, Urteil vom 18.10.2013 – 5 U 138/12, MMR 2014, 44.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(aa) Keine Möglichkeit vorzeitiger Beseitigung

Anzeigen mit fester Bindung des Nutzers für eine vom Webseitenbetreiber und/oder Werbenden festgelegte Zeit ohne Abbruchfunktion[323] begegnen vor dem Hintergrund des oben als Hauptkriterium herausgearbeiteten Zeitmoments erheblichen Bedenken. Denn in einer solchen Ausgestaltung wird dem Nutzer ganz eindeutig die Hoheit über seine Wahrnehmung entzogen. Diese Hoheit liegt dann beim Webseitenbetreiber, was nach oben beschriebener Logik zur unzumutbaren Belästigung führen kann.

Nicht geeignet ist hingegen die vom Kammergericht genutzte zeitliche Komponente „alsbald". Zwar wendet das Gericht das Zeitmoment im weitesten Sinne an. Die Formulierung „alsbald" ist jedoch schlicht zu unbestimmt und vieldeutig. „Alsbald" enthält schon in der Alltagssprache keinerlei hinreichende Bestimmung einer bestimmbaren Dauer, sondern eher einer Abfolge – „alsbald" als dringlichere Form von „bald". Ob „alsbald" aber „nach wenigen Sekunden" bedeutet – wie es die Redaktion der MMR übersetzt – oder „innerhalb einer halben Minute" oder „nach wenigen Minuten", bleibt völlig offen. In anderen Nutzungskonstellationen des Wortes „alsbald" kann nämlich auch die Bezugshandlung erst nach Tagen erfolgen. Ins Gegenteil verkehrt kann „alsbald" aber auch mit dem Synonym „sogleich", „augenblicklich" oder „unverzüglich" ausgetauscht werden[324]. Deshalb wäre rein linguistisch auch der Schluss erlaubt, nach welchem die Anzeige sofort wieder schließen muss. Dies macht freilich in logischer Hinsicht keinen Sinn, weil damit die Werbeform zwar Öffnen dürfte, aber sofort wieder schließen müsste. Gerade dies möchte das Kammergericht aber nicht ausdrücken.

Betrachtet man dieses Judiz in Verbindung mit der Beweislastentscheidung, von einem automatischen Schließen innerhalb kurzer Zeit auszugehen, bleibt lediglich zu konstatieren, dass das Kammergericht es sich sehr einfach gemacht hat. Es hat im Prinzip keinen echten Fall entschieden, sondern einen Fall (prozessrechtlich zulässig) konstruiert und eine dazu passende Rechtsmeinung kundgetan. Denn es hat weder in tatsächlicher,

323 Sei es das Schließen oder Minimieren der Anzeige, sei es das Herunterscrollen oder seien es andere Möglichkeiten zum Verbannen der konkreten Werbung aus der Wahrnehmung ohne den gesamten Browser zu schließen bzw. PC zu beenden.

324 Vgl. https://www.duden.de/rechtschreibung/alsbald, zuletzt abgerufen am: 27.11.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

noch in rechtlicher Hinsicht einen belastbaren Zeitraum festgestellt oder genannt, der für die praktische Rechtsanwendung verwertbar wäre.

Deshalb ist das oben ausführlich dargestellte Zeitmoment auch hier konkret mit Blick auf die Hoheit über die Wahrnehmung beim Nutzer auszulegen. Da bei einer fixierten Anzeigedauer die Hoheit de facto nicht beim Nutzer liegt, sind Werbeformen ohne Abbruchfunktion generell als unzumutbare Belästigung anzusehen. Wenn man diese unbedingt zulassen möchte, wäre eine Bagatellgrenze im Rahmen einer Unzumutbarkeitsabwägung allenfalls im Bereich ganz weniger Sekunden vertretbar. Aus Gründen der Konsistenz zum oben genannten Fall der Wegklickbarkeit nach „kurzer Zeit" sollte auch hier die Bagatellgrenze bei drei Sekunden liegen. Nach diesen drei Sekunden müsste die Anzeige automatisch wieder verschwunden sein, um keine unzumutbare Belästigung darzustellen[325]. Alles andere ist eine unzulässige geschäftliche Handlung im Sinne von § 7 Abs. 1 UWG.

(bb) Vorzeitige Schließmöglichkeit

Nur unwesentlich anders als die oben behandelten Pop-Ups und expandierenden Werbeformen, sind sodann solche Werbeformen zu beurteilen, die zwar automatisch schließen, aber eine vorzeitige Abbruchfunktion ermöglichen. Hier kann die automatische Schließfunktion – wenn sie erst nach drei Sekunden wirkt, mit anderen Worten bei allen Anzeigen, die länger als drei Sekunden eingeblendet bleiben – schlicht als irrelevant bezeichnet werden. Es kommt nur auf die Verfügbarkeit des Schließbuttons oder der ähnlichen Abbruchfunktion an. Wenn diese nicht sofort[326] zur Verfügung steht, ist sie genauso eine unzumutbare Übernahme der Hoheit der Wahrnehmungsfreiheit des Nutzers wie eine Anzeige, die aktiv durch Klick geschlossen werden muss.

Interessant bei der Auslegung der Entscheidung des Kammergerichts zur Anwendung in der Praxis wäre allenfalls die zeitliche Abfolge von Schließmöglichkeit nach „kurzer Zeit" und dem automatischen Schließen „alsbald". Schon logischerweise muss die Schließmöglichkeit nach „kurzer Zeit" früher liegen als das automatische Schließen. Dann kann „alsbald" aber auch mehrere Minuten umfassen. Die Problematik der Zeit,

325 Steinmetz hält 10 Sekunden für die Grenze und alles darunter für zulässig, siehe Steinmetz, Apps im Lauterkeitsrecht, S. 269.

326 Im oben beschriebenen Sinne von 0,1 bis 3 Sekunden.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ab welcher der Durchschnittsadressat belästigt wird, wird dann schlicht auf das ebenso aussageschwache Attribut „kurze Zeit“ verlagert. Diese Übertragung auf den praktischen Fall zeigt ebenfalls, dass das Urteil des Kammergerichts nicht zu dem Grundsatzurteil taugt, zu dem es in der Kommentarliteratur gemacht wird. Denn solange die Abbruchmöglichkeit besteht, muss sich eine Anzeige schon gar nicht alsbald schließen. Wenn die Abbruchfunktion aber nicht nach kurzer Zeit zur Verfügung steht, macht auch ein automatisches Schließen „alsbald“ die Anzeige nicht zulässig. Zum Beispiel wäre eine Anzeige, die nach zehn Sekunden geschlossen werden kann und nach fünfzehn Sekunden automatisch schließt nach hier vertretener Ansicht unzumutbar belästigend. Mit dem Kammergericht könnte aber argumentiert werden, dass diese Anzeige zulässig sei.

Es sollte also nur eine zeitliche Grenze gelten, die unabhängig davon ist, ob die Anzeige aktiv geschlossen wird oder automatisch schließt, solange der Nutzer es in der Hand hat, dass er nach spätestens drei Sekunden die Anzeige „aus den Augen“ bekommt[327].

(c) Pop-Under Werbung

Eine weitere Unterscheidung, die in der Literatur anzutreffen ist, wird zwischen Pop-Up und Pop-Under-Werbung vorgenommen. Dabei wird von *Köhler* vertreten, dass Pop-Under-Werbung, also das Öffnen eines neuen Browserfensters, das sich im Hintergrund öffnet und erst in die Wahrnehmung gerät, nachdem das Hauptbrowserfenster geschlossen wird, eine unzulässige Belästigung darstellen soll. Dies wird mit den Schwierigkeiten begründet, die ursprünglich angewählte Seite zu verlassen[328]. Eine Differenzierung nimmt Köhler damit anhand des Kriteriums des Wahrnehmungszeitpunkts der Anzeige vor. Pop-Ups werden dabei mit der „herrschenden Meinung“ für zulässig erachtet, wenn sie nach kurzer Zeit geschlossen werden können. Bei Pop-Unders hingegen komme es laut *Köhler* darauf nicht an, weil der Nutzer ja bereits seinen Willen zum Verlassen der Webseite gezeigt habe. Damit steckt er Pop-Under-Werbung in dieselbe Schublade wie Exit-Pop-Ups.

Dies überzeugt allerdings nicht. Der Fall „Pop-Under“ unterscheidet sich vom Exit-Pop-Up schon dadurch, dass im letzteren Fall ein neues

327 Geringfügig toleranter ist hier Steinmetz, der 5 Sekunden für die Grenze hält, siehe Steinmetz, Apps im Lauterkeitsrecht, S. 269.

328 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 7, Rn. 93.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Pop-Up nach dem Schließen eines ersten Pop-Ups geöffnet wird. Das Pop-Under öffnet aber wie ein „normales" Pop-Up schon bei Aufrufen der adressierten Webseite. Gegen eine Vergleichbarkeit mit dem Exit-Pop-Up spricht zudem, dass zwischen Schließen der Hauptseite, etwa durch Anwählen einer anderen Webseite, und Schließen des Browserfensters durchaus eine erhebliche Zeit liegen kann. Das Pop-Under „schlummert" im Hintergrund und hat insoweit zunächst überhaupt keine belästigende Wirkung. Beim Exit-Pop-Up hingegen folgt auf einen Klick, der das einzige Ziel verfolgt, diese konkrete Werbeform aus der Wahrnehmung zu verbannen, die Einblendung eines formgleichen Werbemittels. Dies zeitigt sofort und entgegen dem Willen des Nutzers eine belästigende Wirkung. Das Pop-Under hingegen erreicht die Wahrnehmung des Nutzers erst, wenn er insgesamt den Beschluss gefasst hat, seine Internet-Session zu beenden. Insoweit kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass ein Pop-Under unzulässig sein soll, weil es Schwierigkeiten bereite, die aufgerufene Seite zu verlassen. Dies ist faktisch unzutreffend, weil das Pop-Under allenfalls Schwierigkeiten bereitet, das Browserprogramm zu schließen. Das Verlassen der Internetseite, die das Pop-Under initiiert, wird überhaupt nicht beeinflusst.

Insgesamt führt das Pop-Under schlicht dazu, dass der Nutzer das Browserprogramm nicht mit einem Klick, sondern mit zwei Klicks – erst das Hauptfenster, dann das Pop-Under-Fenster – beenden muss. Bei Lichte betrachtet erfordert das Pop-Under damit keine andere Reaktion des Nutzers als ein übliches Pop-Up, weil es eines aktiven Schließens eines Fensters bedarf. Bei der Beurteilung muss deshalb auch hier wieder auf das Zeitmoment abgestellt werden. Kann sich der Nutzer dieser Anzeige sofort durch einen Klick entledigen, ist diese Form noch als zumutbar zu werten. Da Pop-Under-Werbung technisch wohl nur sinnvoll durch neue Browserfenster funktioniert[329], ist eine browserimmanente Schließmöglichkeit immer gegeben. Gegen die Zulässigkeit von einzelnen Pop-Under Anzeigen spricht insoweit nichts[330].

---

329 Eine im Fenster geöffnete Werbung, die unter dem Content und von diesem veredeckt liegen würde, ist sinnlos. Eine Werbung, die im Fenster erst beim Verlassen der Webseite erscheinen würde wäre eher im Bereich der Insterstitials zu verordnen, sozusagen ein „Poststitial". Beide Formen sind allerdings praktisch nicht gebräuchlich.

330 Ebenso Leible, in FS Köhler, 403, 409, der argumentiert, dass allein der Überraschungseffekt beim Schließen des Hauptfensters keine unzumutbare Belästigung begründen könne. Dem ist zuzustimmen und allenfalls hinzuzufügen,

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Freilich wird auch hier wieder die Summenwirkung zu einer Unzulässigkeit führen können[331]. Sollte der Nutzer erst eine Vielzahl von Klicks vornehmen müssen, um das Browserprogramm ganz zu schließen, summiert sich die zeitliche Bindung des Nutzers wieder in den Bereich der unzulässigen Belästigung. Hierbei stellt sich aber im Vergleich zu Pop-Ups ein der Werbeform innewohnendes Problem. Gerade bei längeren Internetsitzungen wird der Nutzer oft keine sichere Zuordnung mehr vornehmen können, von welcher Webseite das Pop-Under stammt[332]. Insoweit ist eine wie bei Pop-Ups vorgeschlagene Betreiberbetrachtung praktisch schwieriger, weil nicht auf den ersten Blick klar wird, welche Internetseite wie viele Pop-Unders initiiert. Gleichwohl gelten auch hier die obigen Erwägungen, wonach ein Webseitenbetreiber nur für eigenes, aber nicht für sonstiges Wettbewerberhandeln einstehen muss. Es ist deshalb wohl auch hier vorzugswürdig, jedem Webseitenbetreiber zumindest ein Pop-Under zuzugestehen. Durch die summierende Wirkung am Ende einer Internetsitzung muss aber schon ein theoretisch zweites Pop-Under einer bestimmten Webseite ein unzulässiges Verhalten nach § 7 Abs. 1 UWG sein. Für diese vermittelnde Lösung spricht, dass zur etwaigen Beweissicherung die Herkunft des Pop-Unders von einem bestimmten Server durchaus ermittelt werden kann und bei einem übermäßigen Gebrauch dieser Werbeform Unterlassungsansprüche geltend gemacht werden könnten. Eine theoretische Anhäufung von Pop-Unders wird zudem von der Länge der Internetsitzung abhängen und liegt damit in der Sphäre des Nutzers. Beim Schalten eines einzigen Pop-Unders greift der einzelne Werbende bzw. Seitenbetreiber noch nicht wesentlich in die Sphäre des Nutzers ein.

Zusammenfassend sind auch Pop-Unders dann zulässig, wenn sie sofort weggeklickt werden können und nicht übermäßig eingesetzt werden.

---

dass sich der Überraschungseffekt auch abschwächt bei wiederholtem Antreffen durch den Nutzer.

331 Nach Burmeister, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 97, 100, soll auch hier die Summenwirkung im Sinne der Nachahmungsgefahr durch die anderen Marktteilnehmer ausreichen.

332 Mankowski, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, S 12, Rn. 157, der Pop-Unders als „Exit-Pop-Ups" bezeichnet, will aus diesem Umstand folgern, dass Webseitenbetreiber geneigt sein könnten, diese Werbeform freizügiger einzusetzen, weil kein direkter Rückschluss des Nutzers auf die schaltende Webseite erfolge. Dies ist jedoch durch nichts belegt und vor allem eine Vermutung, die sich durch den praktischen Einsatz dieser Werbeform bislang nicht bewahrheitet hat.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(d) Einsatz auf mobilen Endgeräten

Zuletzt ist eine weitere Differenzierung denkbar. Dies betrifft den Einsatz der Pop-Up-Werbung im mobilen Bereich. Da Webseiten oder Apps in der Regel auf das jeweilige Format des Mobilgeräts optimiert sind, haben sich auch die Werbeformen entsprechend spezialisiert. Wie oben technisch beschrieben, werden die Informationen über das benutzte Mobilgerät und dessen Bildschirmgröße in der Kommunikation zwischen Server und Client ausgetauscht und der Server spielt dementsprechend passende Werbung aus. Jedoch ist „passen" in diesem Kontext doppeldeutig. Denn einerseits mag ein Pop-Up im mobilen Gerät optimiert angezeigt werden. Um eine sinnvolle Werbebotschaft zu überbringen, wird aber regelmäßig gerade bei kleinen Geräten wie Smartphones – ganz zu schweigen von „Wearables" wie Smart Watches – der gesamte Bildschirm von einem Pop-Up in Beschlag genommen. Insoweit besteht faktisch kein Unterschied zwischen Interstitials und Pop-Ups, weshalb hier die Größe oft kein Kriterium zur unterschiedlichen Einordnung von Werbeformen sein kann und deshalb auch keine differenzierende rechtliche Bewertung möglich ist.

Im Übrigen wird auch im mobilen Bereich das Zeitmoment unterstützt durch den Summeneffekt maßgeblich sein. Auf die obigen Ausführungen wird dabei verwiesen. Einen weiteren Gedanken wert ist im mobilen Bereich mit rein mobilem Datenzugriff über Mobilfunknetze noch das teilweise für erheblich gehaltene Argument der Ressourcennutzung durch die Werbenden. Zum Zeitpunkt der Bearbeitung ist es nämlich üblich, dass mobiler Internetzugriff nur in beschränktem Maße von Mobilfunkverträgen gewährleistet wird. Nach Verbrauch einer definierten Datenmenge wird regelmäßig die Datentransfergeschwindigkeit gedrosselt oder ein weiteres Datenpaket muss gegen Mehrkosten erstanden werden. Vor diesem Hintergrund ist der Gedanke, dass Werbung, die in diese beschränkte Menge durch hohen zur Anzeige benötigten Datenbedarf eingreift, eine unzumutbare, da mittelbar kostenpflichtige Belästigung darstellt, nicht ganz von der Hand zu weisen. Allerdings ist dies eine reine Momentaufnahme. Gerade Deutschland sticht durch relativ hohe Kosten und ungünstige Tarifbedingungen im internationalen Vergleich auf[333]. Es ist wohl zu

333 https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article141320502/Deutsche-zahlen-gewaltig-fuer-winziges-Datenvolumen.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019. Demnach schnitt Deutschland bei einem EU-weiten Vergleich im Jahr 2017 in der Schlussgruppe ab, im Durchschnitt erhiellt der Nutzer bei einem monatlichen Zahlungsbetrag von 35 € lediglich 1GB schnelles Datenvolumen. In anderen

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erwarten, dass sich die Kosten und Tarifbedingungen für mobiles Internet auf lange Sicht soweit verringern, dass schon bald wie beim heimischen DSL-Anschluss die Kosten nur noch ein unwesentlicher Faktor sein werden. Für eine nachhaltige Lösung der Problematik ist also das Kosten- und Ressourcenargument eher ungünstig. Die Belästigung durch Verursachung von Zusatzkosten für weitere Datenmengen sollte zudem zweckmäßigerweise im bipolaren Verhältnis zwischen betroffenem Nutzer und Werbenden geklärt werden, in dem der Nutzer auch etwaigen Schadensersatz geltend machen könnte. Für eine prozessuale Gestaltung wie bei § 7 UWG üblich, bei der ein nach § 8 Abs. 3 UWG aktivlegitimierter Verband oder ähnliche Stellen Verbraucherrechte quasi in Prozessstandschaft verfolgen, eignet sich dieses Argument, das immer Produkt der aktuellen Tarifinfrastruktur ist, nur sehr eingeschränkt. So könnte ein Judiz auf dieser Grundlage schon innerhalb weniger Jahre überholt sein. Gerade dies dient wenig der Rechtssicherheit, was aber für den Bereich des Internets wünschenswert wäre.

(e) Möglichkeit der Einwilligung durch Nutzer

Soweit nach dem Vorstehenden durchaus Fälle unzumutbarer Belästigungen auf Tatbestandsebene in Betracht kommen, ist für diese Fälle ein Blick auf die Rechtswidrigkeitsebene zu werfen. In diesem Zusammenhang wird die rechtfertigende Einwilligung durch den Internetnutzer, der eine werbefinanzierte Webseite freiwillig aufsucht, diskutiert[334].

Unstreitig dürfte eine ausdrücklich erklärte Einwilligung eines einzelnen Nutzers zur Rechtfertigung jeder für den Durchschnittsadressaten unzumutbaren Belästigung taugen. Diese wird freilich so gut wie nie vorliegen. Webseitenbetreiber werden die Werbeauslieferung schon aus Selbstschutz nicht von einem vor dem Besuch positiv erklärten Willen des Nutzers zur Werbewahrnehmung abhängig machen. Ein solcher ausdrücklicher Opt-In ist theoretisch eine Möglichkeit zur absoluten Legitimierung der Anzeigenausspielung. Dies wird aber praktisch niemals Realität, weil Webseitenbetreiber verständlicherweise nicht die Hoheit über die wirtschaftlich wertvollen Seiteninhalte aus der Hand geben wollen.

Ländern wie Finnland, Estland oder Frankreich sind für diesen Betrag zwischen 20 und 50 GB erhältlich.

334 Vor allem Gomille, GRUR 2017, 241, 243f.; iÜ Mankowski, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, S 12, Rn. 159f..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Interessant ist in diesem Kontext die Frage, wie ein etwaiger Opt-In ausgestaltet sein müsste. Denkbar ist dabei, dass beim (für den Server) erstmaligen Besuch der Seite durch einen durch seine IP-Adresse bestimmten Nutzer ein Informationsfeld eingeblendet wird, in dem eine kurze Information über die Schaltung von Werbung gegeben wird und dann der Nutzer einen Button zur Zustimmung klicken kann. In dieser Art werden in jüngerer Zeit auf beinahe allen Webseiten Cookie-Informationen gegeben und Opt-Ins erlangt. Diese „Cookie-Boxen" beruhen auf den datenschutzrechtlichen Bestimmungen und sind insbesondere im Vorlauf zum Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO, VO (EU) 2016/679) vermehrt implementiert worden. Dabei ist diesen Boxen regelmäßig gemein, dass sie keine direkte Wahl ermöglichen, sondern allein den Hinweis und die Möglichkeit zur Zustimmung geben, worauf die Box verschwindet. Allenfalls ist ein Link oder Drop-Down-Menü zu „weiteren Informationen" erhältlich. Der Nutzer muss also selbst aktiv tätig werden und seine Browsereinstellungen modifizieren oder schlicht die Nutzung der Seite unterlassen, wenn er den Einsatz von Cookies auf seinem Rechner vermeiden will.

Überträgt man diese Informationsboxen auf Displaywerbung im Internet, stellt sich die Frage, ob auf diese Art ein Opt-In mit rechtfertigender Wirkung erreicht werden kann. Im Allgemeinen definiert der BGH in Zivilsachen die Einwilligung im Rahmen von deliktischem Handeln als die „im Augenblick der Tat vorhandene, freiwillige, ernstliche und sittengemäße zustimmende Willensrichtung des betroffenen Rechtsgutträgers zu einer bestimmten Rechtsgutverletzung"[335]. Daraus folgt, dass die Voraussetzungen einer Einwilligung ein disponibles Rechtsgut, die Kenntnis der konkreten Rechtsgutsverletzung und die Freiwilligkeit des Willensentschlusses umfassen[336]. Die erste dieser Voraussetzungen sowie die noch nicht genannte Voraussetzung der Sittengemäßheit werfen hier keine Probleme auf. Die Unverletzlichkeit der Privatsphäre bzw. genauer das Recht im Internet nicht übermäßig durch Werbung zeitlich eingeschränkt zu werden ist disponibel. Sittenwidrigkeit liegt bei Tatbeständen, die „gerade so" die Unzumutbarkeitsschwelle überschreiten fern. Interessant sind vielmehr die Voraussetzungen der Kenntnis sowie der Freiwilligkeit des Nutzers.

Die Kenntnis des Nutzers von der bevorstehenden Werbeansprache kann durch eine ausreichend transparent formulierte Erklärung in einer

335 BGH, Urteil vom 2.12.1963 – III ZR 222/62, NJW 1964, 1177.
336 Vgl. Förster, in: BeckOK BGB, § 823, Rn. 33ff..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Opt-In-Box bewerkstelligt werden. Dabei wird aber eindeutig zwischen generell zulässiger unaufdringlicher Display-Werbung und den aggressiven Werbeformen mit expandierender Wirkung bzw. Pop-ups unterschieden werden. Die zuletzt genannten müssen dabei in für den Durchschnittsadressaten ausreichend verständlicher Form beschrieben werden. Anders herum, wenn eine solche Aufklärung schon nicht oder nur in pauschaler Form erfolgt, ist die hinreichende Kenntnis wohl zu verneinen, womit die Annahme einer Einwilligung ausscheidet.

Bei der Freiwilligkeit der Einwilligung stellt sich die Frage, was genau freiwillig sein muss. In Betracht kommt naheliegender Weise die Freiwilligkeit mit Blick auf die konkret auszuspielenden Werbeformen. In diesen Prüfungspunkt lässt sich aber auch das regelmäßig vorgebrachte Argument des freiwilligen Besuchs einer Webseite im Gesamten unterbringen. Da der bloße Besuch jedoch schlüssiges Verhalten darstellt, soll dieses Argument weiter unten im Kontext der konkludent geäußerten Einwilligung weitergehend untersucht werden. Im Rahmen einer ausdrücklichen Erklärung durch eine Opt-In-Box stellt sich eine andere Frage: müsste dem Nutzer an dieser Stelle eine echte Wahl ermöglicht werden? Die Cookie-Boxen ermöglichen diese Wahl regelmäßig nicht, sie haben keinen „Nein"-Button, der zum Stopp serverseits gesetzter Cookies führt. Der Nutzer hat die „unechte" Wahl, die Seite wieder zu verlassen. Bei aggressiver Werbung würde eine solche Ausgestaltung nicht zu einer freiwilligen Einwilligung führen. Denn wie bereits oben im Rahmen der Interessenabwägung im Kontext der Pop-ups vorgebracht, ist der Verweis auf das Verlassen einer Webseite bei Werbung, die der konkrete Adressat als zu aufdringlich einschätzt, kein valides Argument. Auch auf Rechtfertigungsebene gilt dies, denn hier lässt sich genauso hören, dass der Webseitenbetreiber innerhalb seines Redaktionsrechts eben nicht die Freiheit hat, den Nutzer nach eigenem Gutdünken mit Werbung zu behelligen. Ein „Alles-oder-Nichts" wäre dabei auch keine wirklich freiwillige Entscheidung für die konkret zu betrachtende Tathandlung, nämlich Pop-Ups und expandierende Werbeformen. Diese stellen nämlich nur einen Teil des gesamten Werbepakets dar. Wenn die Grundausstattung der Werbeformen tatbestandsmäßig schon nicht von § 7 UWG erfasst wird und somit keinerlei Rechtfertigung bedarf, muss sich die freiwillige Entscheidung auch isoliert auf die tatbestandsmäßige und rechtfertigungsbedürftige Handlung beziehen. Folglich müsste eine Opt-In-Box für aggressive Werbung eine echte Wahlmöglichkeit bieten, die neben einer Zustimmung auch ein „Nein" vorsehen müsste. Diese Entscheidung müsste – was technisch ohne größere Probleme umsetzbar wäre – dazu führen, dass ein Adserver nur die unaufdringliche

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Werbung, nicht aber die aggressiven Anzeigen ausspielt. Wegen dieses Befundes wird diese denkbare Form der Einholung einer Einwilligung wiederum sehr uninteressant für die Werbeindustrie, da auch hier der Nutzer die Hoheit über das „Ob" von lukrativer Werbung erhielte. Mit einer Implementierung ist deshalb nicht zu rechnen.

Dieses Ergebnis wird ansatzweise gestützt durch eine Passage in einem der Adblocker Urteile des OLG München. Dort enthielt der Footer der Webseite eine Bitte, keine Adblocker zu benutzen. Dies wurde vom Senat im Rahmen der urheberrechtlichen Prüfung einer Verletzung von Rechten der Webseitenbetreiber aus § 69c UrhG in die Prüfung eingebracht. Die Angabe im Footer wurde jedoch als lediglich unverbindliche Bitte angesehen, der die Gestattung der Vervielfältigung der Webseite im Arbeitsspeicher des Nutzers nicht derart beschränke, dass keine Werbeblocker eingesetzt werden dürften[337]. Übertragen auf die Einwilligung des Nutzers zu aggressiver Werbung lässt sich deshalb folgern, dass ein bloßer Hinweis auf einer Webseite für die Einwilligung unbeachtlich sein sollte. Generell werden solche einseitigen Hinweise ohne Wahlmöglichkeit und ohne technische Konsequenzen für die Einwilligung in deliktisches Handeln keine besondere Bedeutung erlangen können, sei es zur Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten von Webseitenbetreiber oder zur Einschränkung der Abwehrmöglichkeiten der Nutzer.

Im Übrigen stellt sich die praktisch weitaus relevantere Frage, ob trotz fehlender ausdrücklicher Erklärung eine rechtfertigende Wirkung hergeleitet werden kann. Diese mag aus schlüssigem Verhalten oder aus mutmaßlicher Einwilligung folgen[338].

Eine mutmaßliche Einwilligung ist dabei im Bereich des Internets fernliegend. Zwar ist die mutmaßliche Einwilligung im Rahmen von § 7 UWG grundsätzlich nicht fremd, weil in Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2, der die Telefonwerbung gegenüber Unternehmen regelt, die mutmaßliche Einwilligung grundsätzlich für ausreichend gehalten wird[339]. Dies ist aber eine aus dem Ausgleich diverser Interessen geborene Sonderkonstellation, die nicht verallgemeinerungsfähig ist. Zudem wird der Unternehmer, der in dieser Eigenschaft einen telefonischen Kommunikationskanal eröffnet, nur in sei-

337 OLG München, Urteil vom 17.8.2017, U 2225/15 Kart, (juris, Rn. 128).

338 Vgl. Gomille, GRUR 2017, 241, 243f..

339 Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 7, Rn. 163ff. mit Verweis auf u.a. BGH, Urteil vom 16.11.2006 – I ZR 191/03, GRUR 2007, 607, Tz. 21 – *Telefonwerbung für „Individualverträge"*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ner Sozialsphäre betroffen[340]. Bei der Internetnutzung hingegen ist, jedenfalls beim Surfen für den privaten Zeitvertreib, die Privatsphäre betroffen. Die unterschiedlichen Schutzbedürfnisse dieser Sphären gebieten eine differenzierte Betrachtung und führen zum Ausschluss der Möglichkeit einer mutmaßlichen Einwilligung im privaten Bereich. Doch auch bei einer Internetnutzung durch natürliche Personen in selbständiger Tätigkeit oder als Arbeitnehmer im Interesse eines unternehmerischen oder öffentlichen Arbeitgebers kann nichts anderes gelten. Insoweit wird schon nur ganz selten eine strikte Trennung zwischen privater und „unternehmerischer" Nutzung des Internets praktiziert. Selbst wenn das zu bejahen sein sollte, nutzt „das Internet" durch den teils nicht sichtbaren Informationsfluss vom Nutzer zum Server, insbesondere durch die Vielzahl von Trackingmöglichkeiten, eine Vielzahl persönlicher Informationen, die eine Zuordnung einer solchen Werbung zur Sozialsphäre ausschließen. Denn bei der Fallgruppe der Telefonwerbung gegenüber Unternehmern kann der Werbende anders als im Internet nicht allein durch die technische Nutzung des Mediums schon viele Informationen extrahieren – er kann bloß eine Telefonnummer eines Unternehmens wählen und seine Werbebotschaft anbringen. Im Internet kann er entweder so undifferenziert werben, dass keinesfalls von einer an einen Unternehmer adressierte Werbung ausgegangen werden kann. Oder er kann eine durch Tracking besonders an die Bedürfnisse des Unternehmers angepasste Werbeanzeige einblenden lassen, was aber die Nutzung versteckter Informationen bedarf, die nicht – wie in der Sozialsphäre üblich – für jedermann ohne weiteres erkennbar sind. Eine der mutmaßlichen Einwilligung innewohnende gesetzlich vermutete Nützlichkeit der Werbung ist in beiden Alternativen nicht ersichtlich. Deshalb scheidet die mutmaßliche Einwilligung auch praktisch als Rechtfertigungsgrund aus.

Schwieriger zu beurteilen ist eine mögliche Einwilligung durch schlüssiges Verhalten. Maßgebliches schlüssiges Verhalten ist dabei der bewusst freiwillige Aufruf einer werbefinanzierten Webseite. Während dies oben im Rahmen der Interessenabwägung bei § 7 Abs. 1 UWG als nicht durchgreifendes Argument identifiziert worden ist, stellt sich auf Rechtfertigungsebene die Frage der Erheblichkeit erneut. Auf Tatbestandsebene macht es keinen Unterschied, ob eine Belästigung nur bei freiwilligem Besuch der Webseite stattfindet, weil der Durchschnittsadressat bei einer sozialadäquaten Handlung wie dem Internetsurfen nicht nach Belieben des Betreibers belästigt werden darf und die Frage der Zumutbarkeit nicht

340 Gomille, GRUR 2017, 241, 244.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zur Frage nach dem Vorliegen eines Haftungsverzichts werden soll. So kann auch die unzumutbare Belästigung beim Ansprechen in der Öffentlichkeit[341] nicht deshalb in den Bereich der Zumutbarkeit argumentiert werden, weil der Passant auch zu Hause bleiben oder wenig frequentierte Ausweichstraßen nutzen könnte. Im Rahmen der Rechtfertigung ist die Sachlage aber etwas anders, da hier im Einzelfall das schlüssige Verhalten zu analysieren ist.

Insoweit hält *Gomille* den freiwilligen Besuch für eine ausreichende Einwilligung durch schlüssiges Verhalten. Er geht dabei davon aus, dass der Internetnutzer eine Webseite in Kenntnis und Bewusstsein der Werbefinanziertheit ansteuere. Der Nutzer treffe für sich selbst die Entscheidung, die ihm lästige Werbung hinzunehmen und gerade nicht auf die kostenlosen Inhalte zu verzichten. Auch verweist *Gomille* auf den Rechtsgedanken von § 151 BGB. Dies schließe eine Persönlichkeitsrechtsverletzung jedenfalls insoweit aus, wie sich die Werbung im Rahmen des Üblichen bewege und der Nutzer sich ihr „rasch und mühelos wieder entziehen" könne[342]. Dies erfasst nach seiner Ansicht wohl auch übliche Pop-Ups und aggressive Werbeformen, solange sie wie oben beschrieben sofort weggeklickt werden können.

Anderer Ansicht mit Blick auf Pop-Ups ist wiederum *Mankowski*[343], der eine stillschweigende Einwilligung alleine für klassische Anzeigen, nicht aber für aggressive Werbeformen gelten lassen möchte. Denn das Vorstellungsbild des Nutzers bei Aufruf einer Webseite seien solche Seiten, die lediglich klassische und eher unauffällige Werbeformen einsetzen. Pop-Ups & Co. sollen dieses Vorstellungsbild überschreiten und seien deshalb nicht von einer rechtfertigenden Wirkung erfasst. Da der Nutzer vor Besuch der Seite den Content und nicht die belästigende Werbeform wünsche, könne er auch nicht in die Belästigung einwilligen.

Eine Einwilligung durch schlüssiges Verhalten sollte nach hier vertretener Ansicht nur sehr zurückhaltend bejaht werden. Vor allem sollten Verallgemeinerungen vermieden und der jeweilige Einzelfall in den Blick genommen werden. Durch die erhebliche Vielzahl verschiedener aggressiver Werbeformen kann kein genereller Freibrief erteilt werden wie es *Gomille* vertritt. Wie bereits oben dargestellt ist auf zwei maßgebliche Voraussetzungen für die Einwilligung abzustellen – die Kenntnis bzw. Erkennbar-

341 BGH, Urteil vom 9.9.2004 – I ZR 93/02, NJW 2005, 1050 – *Ansprechen in der Öffentlichkeit II*.
342 Gomille, GRUR 2017, 241, 244.
343 Mankowski, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, S 12, Rn. 149e, 159f..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit der Belästigung sowie die Freiwilligkeit. Eine abstrakte Erkennbarkeit von aggressiver Werbung mag im Internet immer gegeben sein, reicht aber für eine konkrete Einwilligung nicht aus. Die Kenntnis muss sich insoweit manifestieren, dass der Nutzer die Werbung auch als unzumutbare Belästigung im oben dargestellten Sinne erkennt. Da eine Internetwerbung nur im Ausnahmefall eine unzumutbare Belästigung darstellen wird, sind an die Kenntnis des Nutzers hohe Voraussetzungen zu stellen. Diese Kenntnis kann eigentlich nur beim kurzzeitig aufeinanderfolgenden Besuch einer bestimmten Webseite vorliegen, weil dann der Nutzer im ersten Besuch der betreffenden Werbung bereits ausgesetzt war und ihn dies – im Gegensatz zum Durchnittsadressaten – scheinbar nicht weiter gestört hat. Da Werbungen auf Webseiten regelmäßig nach wenigen Stunden bereits ausgetauscht werden, wäre schon der nächste Besuch nach mehreren Stunden normalerweise nicht mehr in Kenntnis der bevorstehenden Belästigung. Dies könnte nur dann anders gesehen werden, wenn eine bestimmte Seite immer die gleiche belästigende Werbeform einsetzt, was eher selten der Fall ist. Die für die Einwilligung notwendige Kenntnis setzt damit eine vorhergehende vollständige Verwirklichung von § 7 Abs. 1 UWG voraus, welche an sich schon zur Unzulässigkeit der Werbeform und zu einem Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG bzw. §§ 1004 BGB analog iVm § 823 Abs. 1 BGB führt. Damit ist die Einwilligung durch schlüssiges Verhalten immer nur für die zweite gleichgelagerte unzumutbare Belästigung möglich. Für die erste Belästigung ist eine ausdrückliche Einwilligung nötig.

Im Rahmen eines Urteils könnte deshalb die Frage der Freiwilligkeit der Einwilligung des Nutzers offenbleiben. Dies wäre auch aus dem Grunde möglich, weil die Freiwilligkeit in logischer Verknüpfung zur Kenntnis steht. Denn nur was der Nutzer kennt, kann er freiwillig tolerieren. Bei fehlender Kenntnis ist der Nutzer unfreiwillig mit der Werbung konfrontiert. Zur erschöpfenden Diskussion der Frage, ob der Besuch einer Webseite bereits eine freiwillige Preisgabe des Schutzes der eigenen Privatsphäre darstellt, soll hier gleichwohl ein Beitrag gegeben werden. In diesem Zusammenhang erscheint es befremdlich, den Zeitpunkt der Freiwilligkeit auf den Zeitpunkt des Besuchs der Webseite vorzuverlegen. Denn die Voraussetzungen für die Einwilligung müssen im Zeitpunkt der sie betreffenden Tat vorliegen. Auch im Übrigen deliktischen Bereich würde nur selten eine schlüssig erklärte Einwilligung anzunehmen sein, wenn das Opfer einer Tat sich vorher freiwillig in eine fremde Einflusssphäre begibt. Als Beispiel könnte der Besuch eines Verkaufsraums gesehen werden, der nicht die generelle Einwilligung in die beliebige Verletzung eigener

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsgüter durch dort tätige Angestellte gibt. Man stelle sich vor, der Verkäufer würde den Besucher direkt bei Besuch und danach wiederkehrend und unterbrechend mit Angeboten Dritter enthaltenden großformatigen Bildern oder mit Werbung aus Lautsprechern oder auf Bildschirmen behelligen. In diesem Fall würde auch niemand argumentieren, dass dies die „Gegenleistung" des Kunden für den Aufenthalt im Waren ausstellenden Verkaufsraum sei. Der Besuch einer Webseite ist auch nicht mit der Fallgruppe des „Handelns auf eigene Gefahr"[344] zu vergleichen. Er stellt eben nicht ein Äquivalent zum Einsteigen in ein von einem Betrunkenen gesteuerten Pkw dar[345].

Wenn ein Nutzer freiwillig eine beliebige Webseite ansteuert ist damit noch nicht zwangsläufig die Ausspielung einer aggressiven Werbung verbunden. Auf den freiwilligen Besuch abzustellen, führt hingegen dazu, dass der Nutzer durch jeden Besuch einer Webseite eine generelle Einwilligung in alle denkbaren Belästigungen abgeben würde. Ein solch weitgehender Verzicht auf eigene Abwehrrechte kann aber einem schlüssigen Verhalten nur kaum entnommen werden. Auch ist es schwierig, aus dem konkludenten Verhalten des Besuchs einer Webseite eine Beschränkung auf nur bestimmte Werbeformen zu folgern. So scheint *Gomille* dem faktischen Besuch einer Webseite im Grundsatz eine rechtfertigende Wirkung beizumessen, es sei denn sie überschreite das übliche Maß. Dies würde dazu führen, dass dem schlüssigen Verhalten ein komplexerer Erklärungsinhalt entnommen wird, als dieser regelmäßig bei ausdrücklichen Erklärungen zu erwarten ist. Dies geht zu weit, zumal kein Anhaltspunkt vorliegt, was das Übliche überschreitet. Die Einwilligung darf nicht zur zweiten Interessenabwägung im Abstrakten werden, sondern muss den konkreten Einzelfall in den Blick nehmen. Der freiwillige erstmalige Besuch einer Webseite ist in erster Linie die Inanspruchnahme einer für den Nutzer kostenfreien Leistung ohne weitere vertragliche Bindung. Demnach lassen sich diesem tatsächlichen Handeln auch keine komplexen „Geschäftsbedingungen" anhängen, die der Nutzer bei wirklicher Wahlmöglichkeit nur selten wählen würde. Auch hier läge erst beim zweiten Besuch derselben Webseite eine deutliche Freiwilligkeit vor.

Die Anwendung einer rechtfertigenden Einwilligung ist deshalb zwar nicht völlig undenkbar. Ihr Anwendungsbereich ist aber sehr einge-

344 Zur dogmatischen Einordnung des BGH des „Handelns auf eigene Gefahr" vgl. Wagner, in: MüKo/BGB, § 823, Rn. 79ff.Im Ergebnis zwar keine Frage der Einwilligung, aber Erzielung ähnlicher Ergebnisse über § 254 BGB.

345 Vgl. den Fall bei BGH, Urteil vom 14.3.1961 – VI ZR 189/59, NJW 1961, 655.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schränkt und praktisch kaum fruchtbar zu machen, es sei denn zur Vermeidung unbilliger Rechtsdurchsetzung.

(4) Sonderfall: Schließen-Buttons

Auf einer nachgelagerten Stufe stellt sich das Problem der Ausgestaltung von Schließen-Buttons. Erörterungswürdige Fälle liegen vor, wenn der Button zum Schließen oder Minimieren nicht an gewohnten Stellen zu finden ist oder unübliche Gestaltungen aufweist. Dies betrifft nur Werbeformen, die kein separates Browserfenster öffnen, da bei solchen Fenstern der Button immer an der betriebssystemtypischen Stelle zu finden ist (bei Windows Browsern immer rechts oben, beim Mac Browser Safari immer links oben).

Dieser Gewohnheit folgend sollten fensterintegrierte Pop-ups oder expandierende Werbeformen die Schaltfläche zum Schließen oder Minimieren möglichst am oberen rechten oder linken Rand der Anzeige aufweisen. Auch großflächigere Buttons am unteren Rand der Anzeige sind noch hinnehmbar. In solchen Fällen kann der Button kein hinzutretender, eine Unzumutbarkeit begründender Umstand sein[346]. Befindet sich der Button hingegen außerhalb der im Vordergrund stehenden Anzeige in einem anderen Bereich des Fensters, ist dies anders zu beurteilen. Dann muss der Internetnutzer nämlich regelmäßig erst nach dem Button suchen. Dies stellt einen Umstand dar, der eine ggf. durch die bloße dynamische Werbeform noch nicht vorliegende Unzumutbarkeit die Grenze zur unzumutbaren Belästigung überschreiten lässt. Einerseits wird in einem solchen Fall eine intensivere Form der Aktivität vom Nutzer abverlangt. Er muss die Anzeige nicht nur aktiv schließen, sondern bevor er dies bewerkstelligen kann, muss er zunächst das gesamte geöffnete Fenster visuell erfassen und den maßgeblichen Bereich identifizieren, in dem der Button sich befindet. Insbesondere bei der Verbindung mit multimedialen Inhalten, bewegten Bildern oder Videos läuft die Suche konträr zu der Aufmerksamkeit erhaschenden Anzeige und erfordert eine Unterbindung der natürlichen

346 So auch LG Berlin, Urteil vom 11.9.2012 – Az. 16 O 619/11, zitiert nach Czernik, MMR 2014, 44, 46f.Dies war die Vorinstanz zum Urteil des KG, a.a.O. Das LG hatte sich mit der Frage der Positionierung und Ausgestaltung des Schließen-Buttons für die Banderole Ad zu befassen. Diese Ausführungen begegneten keinen Bedenken durch das KG, weshalb diese rechtliche Frage im Berufungsurteil keinen Wiederklang fand.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aufmerksamkeitslenkung auf die Bewegung auf dem Bildschirm und die gewollte Suche eines statischen Elements. Andererseits wird die Dauer der Anzeige der dynamischen Werbung, wenn auch teilweise nur geringfügig, verlängert. Dabei nimmt der Nutzer, vor allem bei mit der Anzeige verbundenen Tonelementen, notwendigerweise mehr Informationen von der ihm ungewollten Werbung auf, als dies im Normalfall des gewohnten Platzes des Buttons geschehen würde. Der Nutzer muss also mehr Zeit aufwenden zur Suche und ihm wird in längerer Dauer in zumindest passiver Wahrnehmung Information verabreicht. Damit wird stärker in seine Individualsphäre eingegriffen als bei üblicher Positionierung der Buttons.

Zur Veranschaulichung sollen die folgenden Beispiele dienen:

Beispiel[347] *einer Layer Ad von Real mit Schließen-Button an der unteren rechten Seite innerhalb der Anzeige. Dies stellt nach hier vertretener Ansicht keinen besonderen Umstand im Rahmen der Zumutbarkeitsabwägung dar, weil die Schaltfläche leicht erkennbar ist.*

347 https://www.die-zeitungen.de/media/faq/online-werbeformen.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beispiel[348] *für eine Layer Ad von Starbucks mit „Close"-Button außerhalb der Anzeige, aber an einer gewohnten Stelle am (gedachten) rechten oberen Rand. Dies ist kritischer zu prüfen – im konkreten Einzelfall ist der Button durch die farbliche Gestaltung allerdings relativ leicht zu finden. Eine Unzumutbarkeit liegt eher fern.*

348 http://sugarbunnie-ads.blogspot.de/2009/01/ever-since-augmentation-of-technology.html, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

<u>Beispiel</u>[349] für eine animierte Layer Ad von Nivea mit optisch unauffälligem Schliessen-Button, der zwar am oberen rechten Rand des Contents positioniert ist, aber als eines von vielen Elementen in einem Fenster etwas schwieriger zu finden ist. Solche Werbeformen erfordern die Suche nach dem Button und bleiben dadurch (geringfügig) länger in der zumindest passiven Wahrnehmung des Nutzers. Eine unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 UWG ist in diesem Fall zu erwägen.

Die unzumutbare Belästigung durch unübliche Anordnung des Schließen-Buttons sollte jedoch nur bei Extremfällen angenommen werden. Solche Extremfälle sind erfreulicherweise zur Zeit der Bearbeitung nicht sehr verbreitet.

Neben der Positionierung der Buttons ist auch die Ausgestaltung der Buttons mit Worten oder Symbolen ein näher zu betrachtender Umstand. Insoweit hatte das LG Berlin[350] im Fall einer Banderole Ad entschieden, dass die Zeichen „>>“ bei einer von rechts nach links eingeblendeten Anzeige eine ausreichende Gestaltung des Buttons zum Minimieren darstellt. Dies folge daraus, dass die Zeichen für die Funktion des Buttons selbsterklärend seien. Eines „x“-Symbols entsprechend dem Button bei Windows Fenstern bedürfe es jedenfalls nicht.

349 Screenshot aus einem Video, abrufbar unter https://www.youtube.com/watch?v=0kVlHHos0LY, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

350 KG, Urteil vom 18.10.2013 – 5 U 138/12, MMR 2014, 44, 46f..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diese Entscheidung ist vollkommen zutreffend. Insbesondere muss nicht zwangsläufig ein „x"-Symbol genutzt werden, weil ein „x" schon nicht die einzige gebräuchliche Kennzeichnung von Schließen-Buttons darstellt. So werden solche Buttons bei Mac Fenstern durch einen schwarzen Punkt in einem roten Kreis gekennzeichnet. Für viele Nutzer ist deshalb ein Zeichen wie ein schwarzer Punkt gleichbedeutend mit einem „x". Folglich können auch andere Symbole genutzt werden, wenn diese selbsterklärend sind. Vor allem bei expandierenden Anzeigen ist die Nutzung von Pfeilen oder „>"-Symbolen selbsterklärend für die Minimierung. Wenn keine Symbole benutzt werden sollen, sind allgemein verständliche Worte zu nutzen wie „schließen", „verkleinern" oder auch die geläufigen englischen Worte wie „close" oder „reduce"[351].

Ein Umstand, der zur Unzumutbarkeit führen kann, ist dabei nur denkbar, wenn zwar ein Button vorhanden ist, dieser aber so ausgestaltet ist, dass nicht klar ist, dass er zum Schließen oder Minimieren führt. Ein solcher Fall ist schwer denkbar und praktisch nicht existent. Praktische Bedeutung käme diesem Umstand allein zu, wenn überhaupt kein Button existieren würde, sondern der Klick neben eine Anzeige zum Schließen führen würde. Dann könnte der Nutzer sich auf die Suche nach einem Button begeben und mangels Fundes eines solchen längere Zeit verbringen und die Anzeige zumindest passiv wahrnehmen. Ein Pop-Up oder eine expandierende Anzeige ganz ohne Schließen-/Minimieren-Button dürfte ohne Weiteres zur Unzumutbarkeit führen, gleich ob das Verlassen unmöglich ist oder diese Möglichkeit mangels sichtbarer Schaltfläche nicht wahrnehmbar ist. Der erste Fall ist unproblematisch. Im zweiten Fall ist es dem Nutzer nicht zumutbar, erst einen gewöhnlich zu erwartenden Button zu suchen, ihn nicht zu finden und dann auf „gut Glück" zu klicken[352].

Insgesamt können Buttons damit den entscheidenden Schritt in die Unzumutbarkeit begründen. Dafür müssen aber schon besondere Fälle vorliegen, die den Nutzer zu einer Suche veranlassen und zumindest eine geringfügig längere Anzeige der Werbung herbeiführen.

351 Ebenso: Steinmetz, Apps im Lauterkeitsrecht, S. 271.

352 Vgl. auch die ergänzenden Gedanken zur einfachen Bedienbarkeit, v.a. bei Touchscreens, bei Steinmetz, Apps im Lauterkeitsrecht, S. 271.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(5) Zusammenfassung

Nach alledem sind folgende Anzeigenformen *nach allen im Schrifttum vertretenen Ansichten* als unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 1 UWG anzusehen:

- Anzeigen, die beim Klicken auf einen Button zum Schließen oder Ähnliches eine neue Anzeige öffnen, die wiederum geschlossen werden muss. Dies stellt die Abstrahierung der „Exit Pop-Up" Entscheidung des LG Düsseldorf[353] dar, die allenthalben als zutreffend befürwortet wird. Dieser Fall dürfte sogar unter § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG zu fassen sein.
- Anzeigen, die nicht automatisch schließen und keinen Button zum Schließen oder Minimieren innerhalb kurzer Zeit zur Verfügung stellen. Als kurze Zeit kann dabei nur der Zeitraum anzusehen sein, der dafür erforderlich ist, dass ein durchschnittlicher Internetnutzer eine durchschnittliche Anzeige erfassen und die Werbebotschaft erkennen kann. Dieser Zeitraum wird nach hier vertretener Ansicht auf drei Sekunden geschätzt. Jede längere Bindung an die Anzeige überschreitet die Schwelle zur Unzumutbarkeit.
- Innerhalb eines Fensters geöffnete Pop-Ups oder dynamische, expandierende Werbeformen, die über keinen Button zum Schließen oder Minimieren verfügen, gleich ob ein Klick neben die Anzeige zum Schließen führt.

Umstritten und *nach hier vertretener Ansicht* eine unzumutbare Belästigung sind die folgenden Werbeformen:

- Innerhalb eines Fensters geöffnete Pop-Ups oder dynamische, expandierende Werbeformen, die über einen Button zum Schließen oder Minimieren verfügen, der aber erst nach vollständigem Laden der für die Anzeige der Werbung notwendigen Daten eingeblendet wird.
- Das Einblenden von drei oder mehr Pop-Ups oder anderer dynamischer, expandierender Werbeformen während einer Session, d.h. dem Aufruf mehrerer Unterseiten, auf einem verbundenen und unter einer bestimmten Domain verfügbaren Webportal („hartnäckige Pop-Up-Werbung").
- Seiten mit exzessivem Gebrauch von In-Text-Werbung, d.h. verlinkter Worte im Fließtext, die bei Mouse-over automatisch Pop-Up Fenster oder Layer Ads öffnet. Exzessiver Gebrauch sollte in Konkordanz mit

353 LG Düsseldorf, Urteil vom 26.3.2003 – 2a O 186/02, MMR 2003, 486.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem vorgenannten Fall ab drei verlinkter Worte anzunehmen sein und einen Sonderfall der hartnäckigen Pop-Up-Werbung darstellen.
- Dynamische, in einem Browserfenster integrierte Werbeformen, die sich zwar selbst schließen, dies aber erst nach einer vom Webseitenbetreiber und/oder Werbenden bestimmten Zeit tun, ohne eine Option zum Schließen oder zum sonstigen Wahrnehmungsentzug zu eröffnen. Eine Bagatellgrenze mag bei automatischem Schließen innerhalb von drei Sekunden anzunehmen sein.
- Innerhalb eines Fensters geöffnete Pop-Ups oder dynamische, expandierende Werbeformen, die über einen Button zum Schließen oder Minimieren verfügen, wobei dieser Button an ungewohnter Stelle positioniert wird und den Nutzer deshalb zum Suchen zwingt.

Umstritten, aber *nach hier vertretener Ansicht* noch im Bereich des Zumutbaren, sind hingegen folgende Phänomene:
- Pop-Ups oder dynamische, expandierende Werbeformen, die sofort, d.h. spätestens nach drei Sekunden weggeklickt werden können.
- Pop-Under Werbung, die sofort weggeklickt werden kann, soweit ein Webseitenbetreiber keinen übermäßigen Gebrauch von dieser Werbeform macht. Übermäßiger Gebrauch kann schon ab dem zweiten Pop-Under-Fenster anzunehmen sein.

(iii) Interstitials und Prestitials

Bei Interstitials, also Werbeunterbrechungen beim Surfen auf einer Webseite zwischen zwei Unterseiten bzw. zwei Seitenelementen, und Prestitials, also Vorschaltwerbung vor Anzeige der aufgerufenen Homepage oder eines bestimmten Seiteninhalts, stellt sich im Großen und Ganzen dieselbe Problematik wie bei dynamischen Anzeigen. Sie unterscheiden sich jedoch darin, dass sie das gesamte Fenster oder bei Elementen wie Videoframes zumindest den gesamten für diesen Inhalt vorgesehenen Bereich beanspruchen (Pre-Roll oder Mid-Roll Werbevideos). Zudem enden sie wesensgemäß automatisch und geben den gewünschten Content wieder frei. Deshalb besteht bei dieser Werbeform nicht das zwingende Erfordernis, dass der Nutzer eine aktive Handlung vornimmt. Regelmäßig ist aber möglich, dass der Nutzer nach einer gewissen Zeit durch aktiven Klick die voreingestellte Anzeigezeit verkürzt und vorzeitig zum eigentlichen Ziel weitergeleitet wird. Insofern kommt auch hier dem Zeitfaktor eine enorm hohe Bedeutung zu.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Ergangene Rechtsprechung

Für diese Werbeform stehen zwei Gerichtsentscheidungen zur Verfügung, die die Beurteilung nach § 7 Abs. 1 UWG betreffen. Zunächst hat das LG Berlin im Jahre 2010 geurteilt, dass ein Interstitial, das sich nach fünf Sekunden durch einen Klick vorzeitig beenden lässt, keine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1 UWG darstelle[354]. Der Entscheidung lag ein Interstitial zu Grunde, das nach der Auswahl eines Seiteninhaltes – im konkreten Fall ein Browserspiel auf einer Webseite mit diversen an Kinder adressierten Browserspielen – nach zehn Sekunden automatisch verschwand und nach fünf Sekunden bereits weggeklickt werden konnte. Dies überschreite die Schwelle zur Unzumutbarkeit nicht, da der Nutzer sich der Werbung nach kurzer Zeit entziehen könne. Die Belastungsintensität liege damit „weitgehend in seiner Hand".

Im selben Urteil urteilte die Kammer des LG Berlin aber auch, dass ein Interstitial ohne Beseitigungsmöglichkeit eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1 UWG darstelle[355]. Dies wurde begründet mit dem den Nutzern auferlegten Zwang, die Werbung abzuwarten. Der Nutzer könne sich der Werbung nur durch Schließen des Browserfensters entziehen, was nicht hinnehmbar sei. In diesem Zusammenhang relativierte das LG Berlin auch ausdrücklich das Refinanzierungsinteresse der Webseitenbetreiber. Dieses Interesse sei zwar gerechtfertigt, da aber auch weniger intensive Werbeformen zur Verfügung stünden und von anderen Webseitenbetreibern eingesetzt würden, ohne dass diese ihren Geschäftsbetrieb einstellen mussten, könne es nur im beschränkten Maße fruchtbar gemacht werden. Etwas aus dem Zusammenhang gerissen wirft das LG Berlin zudem die Frage auf, ob eine so intensiv belästigende Werbeform wie ein nicht vorzeitig wegklickbares Interstitial überhaupt eine effektive Werbung darstellen könne. Es lässt diese Frage dann offen.

Das LG Berlin hat damit erstmals eine Leitlinie für Unterbrechungswerbung im Internet gegeben und zwar für die Werbebranche sehr konkret: Interstitials ohne vorzeitige Beseitigungsmöglichkeit sind per se unzulässig und wenn die Beseitigungsmöglichkeit gegeben ist, sind bis zu fünf Sekunden noch im Bereich des Zumutbaren.

Ein weiterer gleichgelagerter Fall über Werbung auf einer Webseite mit Browserspielen für Kinder wurde vom OLG Köln etwas später im Jahr

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

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2013 entschieden[356]. Auch hier war die zu bescheidende Werbeform ein Interstitial, das insgesamt zehn Sekunden Laufzeit hatte und bereits nach fünf Sekunden weggeklickt werden konnte. Der Senat in Köln bestätigte die Entscheidung aus Berlin und lehnte eine unzumutbare Belästigung ab. Zwar liege eine Belästigung durch die Werbeeinblendung vor, da sie teils überraschend, jedenfalls aber störend sei. Die Grenze zur Unzumutbarkeit sei aber nicht überschritten. Durch die vorzeitige Beseitigungsmöglichkeit sei der Zeitverlust als gering anzusehen. In diesem Zusammenhang stützt sich das OLG Köln auf „die ganz überwiegende Ansicht" wonach es für die Zulässigkeit eines Interstitials ausreichend sei, dass es innerhalb kurzer Zeit weggeklickt werden kann oder alsbald von selbst verschwindet. Ergänzend argumentiert der Senat, dass der Besucher eigeninitiativ die Webseite zum Freizeitvergnügen aufsuche. Im Rahmen des Refinanzierungsinteresses widersprechen die Kölner Richter den Kollegen aus Berlin, indem sie es für den Webseitenbetreiber nicht als zumutbar erachten, dass dieser nicht die aggressiven Interstitials, sondern nur weniger attraktive Werbebanner nutzen darf. Denn durch die höhere Refinanzierung erhalte schlussendlich der Nutzer einen Vorteil durch bessere Angebote. Auch die Summenwirkung mehrerer Interstititials auf einem Portal bzw. generell am Markt nennt das OLG Köln als denkbares Argument für eine Unzumutbarkeit. Doch es verwirft diesen Gedanken ohne tiefergehende Auseinandersetzung.

(2) Meinungsstand in der Literatur

Diese beiden Urteile wurden in der Zeitschriftenliteratur kommentiert und in der bereits oben im Zusammenhang mit Pop-Ups dargestellten Literatur rezipiert. Das Urteil des LG Berlin wurde insoweit von *Rauda* dafür kritisiert, dass es ein Interstitial ohne vorzeitige Beseitigungsmöglichkeit als unzumutbare Belästigung angesehen hat[357]. Er sieht darin eine bevormundende Haltung des Gerichts, die den Webseitenbetreibern ein bestimmtes Geschäftsmodell vorschreibe. Dies folgert *Rauda* aus der Argumentation des Landgerichts, die Finanzierung durch aggressive Werbeformen sei nicht schutzwürdig, weil weniger belastende Werbeformen zur Verfügung stünden. Der Kommentator kritisiert vornehmlich, dass das Gericht nicht für die Beurteilung der Effektivität und die ökonomische

356 OLG Köln, Urteil vom 12.4.2013 – 6 U 132/12, MMR 2014, 51.
357 Rauda, GRUR-RR 2011, 332.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sinnhaftigkeit von Internetwerbeformen zuständig sei. Im Übrigen konstatiert *Rauda*, dass der Nutzer nicht schutzwürdig sei. Denn er sei nicht angewiesen auf eine Freizeitbeschäftigung wie ein Browserspiel. Wer eine Wartezeit von 20 Sekunden nicht aufbringen möchte, solle die Webseite verlassen. Der Erfolg der Webseitenhersteller messe sich daran, ob ihr Angebot ausreichend attraktiv ist, dass es Nutzer zur Tolerierung der Werbung animiere. Dies stelle eine Frage des Markts, nicht des Rechts dar. Mit einem Vergleich zum Exit-Pop-Up-Fall des LG Düsseldorf[358] möchte *Rauda* zudem die nur marginale Belästigung des Nutzers herausarbeiten. Insgesamt stellt er also – zuletzt auch unter Vergleich mit Werbeblöcken im TV – das Refinanzierungsinteresse der Medienanbieter über das Zeitmoment der nutzerseitigen Wahrnehmungspflicht. Diese Anmerkung von *Rauda* hat das OLG Köln ausdrücklich aufgegriffen und sich mit seinem Refinanzierungsargument von der Auffassung der Berliner Richter abgegrenzt[359].

Ferner übt *Lüghausen* knappe Kritik an der Entscheidung des LG Berlin über die Unzulässigkeit von Interstitials, indem er auf die Freiwilligkeit des Zugriffs durch den Nutzer und die Einfachheit für ihn, sich der Werbung zu entziehen, verweist[360].

In der übrigen Literatur wird nur selten wesentlich zwischen Pop-Up-Werbung im weiteren Sinne und Interstitials unterschieden. Insbesondere *Mankowski*, der größte Kritiker der Pop-Ups, differenziert in seinen Ausführungen nicht zwischen verdeckenden Werbeformen und Vorschaltwerbung[361]. *Burmeister*[362], *Menebröcker*[363] und *Leible*[364] wenden auf Interstitials in knappen Ausführungen dieselben Argumentationsmuster an und kommen somit zu übereinstimmenden Ergebnissen bei der Zumutbarkeitsabwägung wie bei Pop-Ups. In der Kommentarliteratur werden beide Werbeformen in der Regel im selben Atemzug miteinander genannt[365]. Weitere Beachtung schenkt allein *Leible* der Thematik[366], der Interstitials mit Fernsehwerbung vergleicht und deshalb die Entscheidung des LG

358 LG Düsseldorf, Urteil vom 26.3.2003 – 2a O 186/02, MMR 2003, 486.
359 OLG Köln, Urteil vom 12.4.2013 – 6 U 132/12, MMR 2014, 51.
360 Lüghausen K&R 2011, 458, 460f..
361 Mankowski, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, S 12, Rn. 149ff..
362 Burmeister, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 97, 104.
363 Menebröcker, in: Götting/Nordemann, UWG, § 7, Rn. 184.
364 Leible, in FS Köhler, 403, 410.
365 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 7, Rn. 93; Ohly/Sosnitza, UWG, § 7, Rn. 95; Schöler, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 7, Rn. 131.
366 Leible, in: MüKo Lauterkeitsrecht, § 7, Rn. 280.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Berlin kritisiert, wonach ein 20-sekündiges Interstitial ohne vorzeitige Beseitigungsfunktion unzulässig sei. Dabei argumentiert auch er mit der Freiwilligkeit des Seitenaufrufs sowie der jederzeitigen Möglichkeit des Nutzers, die Seite zu verlassen, und mit dem Refinanzierungsargument.

(3) Stellungnahme

Die fehlende Differenzierung zwischen den Werbeformen ist dabei vordergründig nachvollziehbar. Bei genauem Hinsehen sollte aber sehr wohl zwischen Pop-Ups oder dynamischen, expandierenden Werbeformen und Interstitials unterschieden werden. Denn beide Werbeformen weisen tatsächliche Unterschiede bei der Erscheinung im Browser der Nutzer auf. Wenn Pop-Ups entweder ein neues Browserfenster öffnen und damit insgesamt von der Hauptseite isoliert sind, oder als Layer im Fenster über dem Content liegen, stellen sie eine partielle Verdeckung des gewünschten Inhalts dar. Das gleiche gilt für Werbeformen, die über den Content expandieren. Ein Prestitial hingegen ist eine klassische Vorschaltwerbung, ein Interstitial eine klassische Unterbrechungswerbung. Beide Formen können entweder die gesamte Seite betreffen, was praktisch eher selten zu beobachten ist. Regelmäßig sind Prestitials oder Interstitials als In-Stream-Werbung bei Audio- oder Videostreams zu finden (Pre-Roll- oder Mid-Roll-Werbung). Analog zu dieser In-Stream-Werbung sind auch die Interstitials bei Browserspielen wie bei den Fällen des LG Berlin und OLG Köln, weil auch hier ein besonderes Feature einer Werbeseite mit der Vorschaltwerbung verbunden wurde. In all diesen Fällen wird der meist kostenfreie Konsum des gewünschten Mediums sozusagen mit Werbung vinkuliert.

Um einen Vergleich mit den hergebrachten Medien zu wagen, wäre klassische Anzeigenwerbung durch Werbebanner das digitale Pendant zu Printmedien, Pre- und Interstitials jenes zu Radio- und TV-Werbung. Nur Pop-Ups und sonstige dynamische Werbeformen finden kein passendes Gegenstück in den klassischen Medien. Dies legt nahe, dass eine unterschiedliche Beurteilung von Pop-Ups & Co mit Interstitials durchaus gerechtfertigt ist.

Andererseits ist auch bei Interstitials die technische Ausgangslage internetspezifisch. Denn anders als beim Radio und Fernsehen erfolgt gerade keine lineare Sendung redaktioneller Inhalte. Im Internet als Pull-Medium stellt sich der Nutzer sein „Programm" selbst zusammen. Deshalb sollte ein Vergleich mit Rundfunkwerbung nur zögerlich angewendet werden. Dies sollte zudem im eigenen Interesse der Werbetreibenden in diesem

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bereich sein. Denn wer sich auf die gleichen „Werbefreiheiten" beruft wie sie Rundfunkanbieter haben, der müsste folgerichtig auch Beschränkungen unterliegen wie sie im Rundfunkstaatsvertrag niedergelegt sind. Insbesondere mit Blick auf Gesamtdauer von Werbeeinblendungen gegenüber einem Nutzer während einer Internetsitzung.

Folglich ist auch hier die „Internetbrille" aufzusetzen, wobei sie eine etwas andere Tönung als bei den vorgenannten Werbeformen haben sollte. Dabei ist innerhalb der Pre- und Interstitials zu unterscheiden zwischen den Fällen, in welchen die ganze Webseite durch Vorschalt- oder Unterbrechungswerbung blockiert wird und solchen, in denen nur einzelne besondere Elemente wie Videoframes oder Browserspiele mit der Werbung versehen werden.

Im ersten Fall wird die gesamte Seite für Werbung genutzt und der Zugang zu Informationen kurzzeitig verhindert. Dies ähnelt einer überdimensionierten Pop-Up-Werbung, die den Blick auf den eigentlich gewollten Content verwehrt. Hier spricht sehr vieles dafür, dass für diese aggressive Anzeigenform dasselbe gilt wie für Pop-Ups und expandierende Anzeigen. Ein ganzseitiges Interstitial ist faktisch die größtmögliche Ausgestaltung der aggressiven Display-Werbeformen. Zwar mag es regelmäßig automatisch verschwinden. Es hält den Nutzer trotzdem gezwungenermaßen an Werbung fest. Hier müssen folglich dieselben Grundsätze wie bei Pop-Ups gelten. Jede erzwungene und die Bagatellgrenze überschreitende Wahrnehmungspflicht ist als unzumutbare Belästigung anzusehen.

Der zweite Fall betrifft Pre-Roll- oder Mid-Roll-Werbung, die besonders bei Videostreams dem Großteil der Nutzer bereits begegnet sein dürften. Hier liegt die Sachlage jedoch etwas anders. Denn bei vielen Multimediaportalen, seien es YouTube oder Mediatheken von Fernsehsendern, werden angesteuerte Videos nicht auf der gesamten Größe des Browserfensters eingeblendet (anders bei Apps im Smartphone-Bereich, wo der ganze Bildschirm beansprucht wird). Die vorgeschalteten oder unterbrechenden Werbungen behindern deshalb im Grundsatz nur die Wahrnehmung des besonderen Videos. Dem Nutzer bleibt es regelmäßig möglich seine Aufmerksamkeit im Laufe der Anzeige anderen Seitenteilen zuzuwenden, vor allem dem Index vergleichbarer Videos oder Seitenrubriken. Die Belastung nur eines abgegrenzten Teils der Webseite ist in diesem Fall keine ohne seiteninterne Alternative erzwungene Wahrnehmungspflicht, sondern eher eine sehr nachdrückliche Bitte zur Wahrnehmung. Der Nutzer kann aber auch anderen Seiteninhalten sein Augenmerk zuwenden und Textbeschreibungen, Kommentare oder andere Rubriken innerhalb derselben geöffneten Webseite rezipieren. Damit ist ein solches „Teil-Interstitial"

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit Blick auf die Belästigungsintensität eher mit klassischen Anzeigen vergleichbar, die nur einen Teil der Webseite für Werbung belegen und um Aufmerksamkeit buhlen.

Auch ein nicht ganz von der Hand zu weisender Gedanke ist, dass Pre- oder Interstitials vor besonders aufwändigen und deshalb sehr attraktiven Inhalten wie Videos oder Browserspielen ein erhöhtes Refinanzierungsbedürfnis haben. Bei redaktionell gestalteten Videos oder Spielen können die Erstellungskosten beträchtlich höher liegen als bei Text- und Bildinhalten oder einer Startseite, die im Grunde ein Inhaltsverzeichnis darstellt. Beim Aufruf solcher Videos dürfte auch so gut wie jeder Nutzer erahnen, dass die Produktion kostspielig gewesen sein dürfte. Deshalb ist eine Vinkulierung mit Werbung eher gerecht als bei günstigeren Inhalten. Weniger stark, aber auch gültig ist dieser Gedanke bei Webseiten, die keine eigenen redaktionellen Inhalte anbieten, sondern wie YouTube eine Plattform für Nutzervideos darstellen. Hier besteht die Kostenbelastung in der Investition von enormen Speicher- und Serverkapazitäten, die der Refinanzierung bedürfen.

Die zu Pop-Ups & Co herausgearbeiteten Grundsätze können deshalb nicht schablonenhaft übertragen werden. Vielmehr sind das Zeitmoment auf Seiten des Nutzers und das Refinanzierungsargument der Webseitenbetreiber in ein konkret für die Werbeform ermitteltes, gerechtes Verhältnis zu setzen. Wiederum zu beachten ist die Summenwirkung von mehreren Werbungen bei Abruf mehrerer Videos auf einer Plattform. Dabei stellt die oben dargestellte Entscheidung des LG Berlin bereits eine nutzerfreundliche, aber auch für die Medienanbieter gerechte Lösung dar. Ein Pre- oder Interstitial ist grundsätzlich eine zulässige Werbeform. Die Bindung des Nutzers über 20 Sekunden soll nach dem LG Berlin eine unzumutbare Belästigung darstellen, was aus Nutzersicht absolut *zutreffend* ist. Der erzwungene Zeitverlust von 20 Sekunden überschreitet die Grenze der Zumutbarkeit auch nach hier eingenommenen Standpunkt. Eine sofortige Beseitigungsmöglichkeit fordert das LG Berlin aber nicht, sondern diese kann nach 5 Sekunden eingerichtet werden. Dies ist ein gerechter Ausgleich, weil der Werbende hier einen gewissen Zeitbonus gutgeschrieben erhält. Er hat wenige Sekunden Zeit die freiwillige Aufmerksamkeit zu gewinnen. Schafft er dies nicht, dann hat er auch kein Recht den Nutzer für eine vom Werbenden vorab mutwillig festgesetzte Zeit zu belästigen. Der Zeitraum von 5 Sekunden ist dabei schon großzügig bemessen und durchaus gerecht. Denn in 5 Sekunden erhält der Werbende eine realistische Chance attraktiv seine Werbung einzuführen. Der Nutzer hat genügend Zeit eine eigene Entscheidung zu treffen, ob er die Werbung

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weiter sehen möchte. Nach diesem Zeitpunkt ist die Einschränkung der Wahrnehmungshoheit des Nutzers aber nicht mehr gerechtfertigt.

In diesem Zusammenhang überzeugen weder die Kritik von *Rauda*, noch die Ausführungen des OLG Köln. Beide halten das Refinanzierungsargument nämlich für erheblich wichtiger als die zeitlich fixierte Aufmerksamkeitsusurpation. Dem ist ausdrücklich zu widersprechen. Denn insbesondere *Raudas* Kommentar zeigt eine einseitige Sicht aus Perspektive der Werbeindustrie. Wie bereits im Rahmen der Pop-Ups ausführlich dargestellt kann ein Webseitenbetreiber gerade nicht allein vor dem Hintergrund seiner Refinanzierungs- und Gewinninteressen dem Nutzer eine Wahrnehmungspflicht nach eigenem Gutdünken auferlegen. Argumente wie die Freiwilligkeit des Aufrufs, die fehlende Wichtigkeit der Nutzung oder die viel beschworene Handlungsalternative, die Seite insgesamt zu verlassen, greifen hier ebenso wenig wie bei Pop-Ups. Dem Refinanzierungsargument ist tatsächlich ein etwas höherer Stellenwert einzuräumen. Dieser spiegelt sich aber in der zulässigen 5-Sekunden-Phase bereits wieder. Auf diese Weise lässt sich auch besser erreichen, was *Rauda* als Frage des Markts bezeichnet. Das Lager der Werbenden erhält bei Interstitials sozusagen einen Freistoß aus guter Feldposition. Wenn die Werbenden diesen nicht sinnvoll nutzen können, müssen sie hinnehmen, dass der Nutzer wieder die Kontrolle übernimmt. Es ist gerade keine Frage des Markts mehr, sondern ein Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts, wenn die Werbenden zunächst äußerst attraktive Inhalte in Aussicht stellen und dann den Nutzer zwingen erhebliche Zeit aufzuwenden. Mangels spezieller Regelungen sind die Interessen beider Lager im Rahmen der Generalklausel des § 7 Abs. 1 UWG weitestgehend zur Geltung zu bringen.

Der Gegenleistungsgedanke des OLG Köln, wonach der Nutzer für attraktive Inhalte auch seine Aufmerksamkeit schenken müsse, muss ebenso im gemäßigten Rahmen bleiben. Der Nutzer darf nicht mit vordergründig kostenlosen Inhalten gelockt werden und sodann einen an Wucher grenzenden Gegenwert in Form von Aufmerksamkeit „zahlen". Denn eine erzwungene Werbewahrnehmung von 20 Sekunden, insbesondere im Vergleich zu normalen Wahrnehmungszeiten anderer Werbeformen, entspricht einem erheblichen wirtschaftlichen Wert. Setzt man diesen Wert als Gegenleistung des Nutzers an, so könnte insbesondere für kürzere Videoclips ein erhebliches Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung (sprich: Wucher) schon nach wenigen Sekunden bejaht werden. Um aber das Folgeproblem zu vermeiden, dass Gerichte im Einzelfall die Leistungen wertend einordnen müssen, sollte an der für alle Seiten erträglichen 5-Sekunden-Regel festgehalten werden.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zuletzt ist noch kurz auf die denkbare Summenwirkung von mehreren Pre- oder Interstitials während eines (längeren) Videos bzw. einer Sitzung mit dem Genuss mehrerer Inhalte auf einem Portal einzugehen. Das OLG Köln lehnte dieses Argument als Grund für eine unzumutbare Belästigung ohne weitere Auseinandersetzung ab. Dem kann in dieser Pauschalität nicht zugestimmt werden. Denn der Einsatz von Vorschalt- oder Unterbrechungswerbung vor oder in jedem Video oder Browserspiel auf einer bestimmten Webseite kann durchaus dazu führen, dass eine im Einzelnen noch zumutbare Belästigung die Grenze zur Unzumutbarkeit überschreitet. Dabei ist das tatsächliche Surfverhalten der Nutzer auf Webseiten, die maßgeblich auf multimediale Inhalte setzen, in den Blick zu nehmen. Es ist keine Seltenheit, dass Nutzer durch Mediatheken oder YouTube stöbern und dabei eine Vielzahl von kürzeren Videoclips konsumieren. Wenn nun bei jedem Clip die oben als zulässig erachtete 5-Sekunden-Regel angewandt wird, könnte der Nutzer insgesamt beim Genuss von einem Dutzend kürzerer Clips von wenigen Minuten schon mit Zwangswerbung von einer Minute konfrontiert sein. Setzt man hier die Zeit der Zwangswerbung in Verhältnis zur Gesamtzeit des eigentlichen Inhalts, ergibt sich eine wohl noch hinnehmbare Relation. Dies änderte sich indes beträchtlich, wenn man mit *Rauda* auch längere Pre- und Interstitials zulassen wollte. Hier wäre nicht auszuschließen, dass sogar längere Werbeeinspielungen im Verhältnis zum Inhalt als bei Fernsehwerbung vorkommen könnten. Da das Internet durch seine besonderen Möglichkeiten von Targeting aber viel effektiver Werbung verteilen kann, darf die Dauer von Pre- und Interstitials in keinem Falle die zulässigen Werbezeiten für TV-Sender nach dem Rundfunkstaatsvertrag überschreiten. Diese Rechtsgrundlage ist zwar nicht unmittelbar anwendbar, aber hier zumindest als Argument in die Interessenabwägung einzustellen. Wenn der Konsum kurzer selbst ausgewählter Videoclips die Evolution des Fernsehens darstellt, darf in keinem Fall (noch) mehr Werbung erlaubt sein.

(iv) Animierte und interaktive Anzeigen

Animationen betreffen grundsätzlich die Ausgestaltung bestimmter Werbeformen. Tritt man einen Schritt zurück und fragt nach der Zulässigkeit des Einsatzes von Animationen und Interaktivität in klassischen Anzeigen, Pop-Ups oder anderen Werbeformen gemäß § 7 Abs. 1 UWG lässt sich kein triftiger Grund finden, warum dies für einen Nutzer belästigend sein sollte. Der Nutzer ist an Animationen auf Webseiten gewöhnt und

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wird sie mittlerweile auf gewissen Seiten sogar erwarten. Denkbar wären allenfalls zwei Umstände: einerseits die Beanspruchung von Ressourcen des Nutzers, andererseits der Überraschungseffekt etwa bei automatisch mit Klang einsetzender Werbung. Der erste Gedanke ist aber – wie oben bei Pop-Ups ausführlich dargelegt – zu verwerfen. Der Ressourcengedanke ist zu abhängig von sich wandelnder Infrastruktur, Hardware und Datentariflandschaft.

Der Überraschungseffekt hingegen kann durchaus Belästigungscharakter haben. Denn viele Nutzer dürften bereits die unangenehme Situation erlebt haben, dass sie in einem unpassenden Moment – zum Beispiel im Unterricht, in der Vorlesung, im Arbeitsmeeting oder Ähnliches – im Internet gesurft haben und bei Aufruf einer Seite begann kurzerhand eine Tonspur zu laufen. Diese oft peinliche Situation ist aber regelmäßig mehr dem Vorverhalten des Nutzers geschuldet als der Einbindung von Tonspuren in Werbung. So würde den Nutzer dies in seinem normalen privaten Freizeitumfeld regelmäßig nicht stören. Im Rahmen einer einfachen Sphärenauslegung kann den Werbenden diese Art der Werbung nicht wegen selbst verschuldeten Verhaltens einzelner Nutzer generell verboten werden.

Der Einsatz von Animationen und interaktiven Elementen in Display-Werbeformen ist folglich uneingeschränkt als zulässig zu erachten.

(v) Nicht lineare In-Stream Werbung

Zu den linearen In-Stream-Werbeformen der Pre-Roll und Mid-Roll-Videoclips wurde bereits oben im Rahmen der Interstitials ausführlich herausgearbeitet, dass der Einsatz unter Wahrung der 5-Sekunden-Regel des LG Berlin[367] erlaubt ist. Bei längeren Videos ohne Beseitigungsmöglichkeit hingegen liegt eine unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 UWG regelmäßig nahe.

Ein näherer Blick soll hier auf nicht lineare Werbeformen geworfen werden. Dies sind nach dem OVK ein Branded Player, Overlay Ads sowie Content-integrierte „Infomercials“. Letztere liegen nicht im Anwendungsbereich von § 7 UWG, da sie als Content vom Nutzer immer absichtlich aufgerufen werden. Die anderen beiden Werbeformen hingegen lassen sich wie andere Display-Werbeformen beurteilen. So ist der Branded Player, der Bilderrahmen um das eingebettete Videofeld in der Webseite,

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

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nichts anderes als eine besondere Form der klassischen Anzeige. Hier ist also keine andere Beurteilung statthaft als bei Werbebannern.

Overlay Ads hingegen sind Pop-Ups innerhalb des Videobereichs. Sie können regelmäßig weggeklickt werden. Insoweit kommt keine andere Beurteilung als bei Pop-Ups und vergleichbaren aggressiven Werbeformen in Betracht. Denkbar ist auch, dass eine Overlay Ad an einem bestimmten Bereich im Videofenster fest fixiert ist und sie nicht die maßgeblichen Bereiche verdeckt, vergleichbar etwa mit fest fixierten Senderlogos bei TV-Sendungen. Dann wird sie nicht wie Pop-Ups, sondern ebenfalls wie ein Werbebanner zu beurteilen sein. In jedem Falle ist diese Werbeform grundsätzlich zulässig und kann nur dann die Schwelle zur unzumutbaren Belästigung überschreiten, wenn sie maßgebliche Teile des Videos verdeckt und einen gewissen Zeitaufwand erfordert. Dieser Zeitaufwand kann bei Videos gleich doppelt wirken, weil der Nutzer ggf. sogar das Video zurücksetzen muss, um die gestörte Szene nochmals abzuspielen.

(vi) Suchmaschinenmarketing

An der Zulässigkeit von Suchmaschinenwerbung durch den Betreiber der Suchmaschine bestehen keine Zweifel. Die „gekauften" Suchergebnisse in der Suchmaschine sind funktional vergleichbar mit Werbebannern. Deshalb kann für sie auch nichts anderes gelten als für klassische Anzeigen.

Probleme im Zusammenhang mit Suchmaschinen sind allesamt nachgelagert und betreffen etwa auf Seiten des Suchmaschinenanbieters das Trennungsgebot[368], mithin das „Wie" der Werbungsdarstellung, oder die Nutzung von Metatags und Keywords durch Webseitenbetreiber, um höhere Platzierungen in der Suchmaschine zu erreichen[369]. Hierauf wird im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter eingegangen.

(vii) Soziale Netzwerke

Auch bei sozialen Netzwerken sind Werbeanzeigen, soweit sie einer klassischen Anzeige entsprechen, im Grundsatz unproblematisch. Dies gilt bei

368 Vgl. Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, § 6 TMG, Rn. 37ff..
369 Vgl. Boemke, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 11, Rn. 83ff..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Browseransicht von Facebook uneingeschränkt für die Anzeigen in der „rechten Spalte".

Die Besonderheit bei Facebook, Twitter, Instagram und Co. hingegen stellt die Werbung innerhalb des Newsfeeds dar. Bei dieser Werbeform lohnt sich durchaus eine Prüfung, ob diese Werbeform mit § 7 UWG vereinbar ist. Eine solche Prüfung ist jedoch nur dann statthaft, wenn der Nutzer mit seiner Anmeldung nicht bereits besonderen Bedingungen des Netzwerkbetreibers zugestimmt hat, die ihn zur Wahrnehmung der Werbung verpflichten. Hierin würde eine vertragliche Gestattung liegen, die regelmäßig als rechtfertigende Einwilligung zu werten sein dürfte. Allerdings sehen die (zur Zeit der Bearbeitung geltenden) allgemeinen Nutzungsbedingungen von Facebook[370] keine Klauseln vor, in welchen der Nutzer zur Duldung von Werbung verpflichtet würde. Facebook holt sich nur eine Erlaubnis, dass die Namen, Profilbilder, Inhalte und Informationen für Werbung bei anderen genutzt werden dürfen[371].

Anders Twitter, das in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrücklich formuliert:

> „Dafür, dass Twitter Ihnen den Zugang zu den Diensten und deren Nutzung gewährt, **erklären Sie Ihr Einverständnis, dass Twitter** und seine Drittanbieter und Partner im Rahmen der Dienste oder im Zusammenhang mit den Inhalten oder Informationen, die Sie oder andere im Rahmen der Dienste bereitstellen, **Werbung platzieren** dürfen."[372]

Auch Instagram formulierte in den Nutzungsbedingungen eine vergleichbare Pflicht:

> „Ein Teil des Dienstes wird durch Werbeeinnahmen unterstützt und kann Werbeanzeigen und Promotions anzeigen; **hiermit erklärst du dich damit einverstanden, dass Instagram solche Werbeanzeigen und Promotions auf dem Dienst** bzw. auf, über oder in Zusammenhang mit deinen Inhalten **platzieren kann**. Die Art und Weise sowie

370 https://www.facebook.com/legal/terms und https://www.facebook.com/terms/provisions/german/index.php, zuletzt abgerufen am: 30.12.2017.

371 Vgl. Ziff. 9 der Nutzungsbedingungen. Beispiele für solche Werbungen, s.o. Ziffer B. I. 3.

372 https://twitter.com/de/tos, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> der Umfang solcher Werbeanzeigen und Promotions können jederzeit ohne besondere Mitteilung an dich geändert werden."[373]

Soweit die Betreiber also vertragliche Regelungen eingeführt haben, entziehen Sie die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit von Werbung dem Bereich des wettbewerblichen Deliktsrechts. Vorrangig sind hier die vertraglichen Regelungen anwendbar und haben den entsprechenden Regeln zu folgen. Die Bedingungen unterliegen insbesondere der AGB-Kontrolle nach den §§ 305ff. BGB[374]. Vor dem Hintergrund der hohen Verbreitung von Internetwerbung können solche Klauseln nicht als überraschende Klausel im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB angesehen werden. Mangels Einschlägigkeit der besonderen Klauselverbote in den §§ 308, 309 BGB, wäre allenfalls eine Kontrolle nach der Generalklausel in § 307 Abs. 1, 2 BGB möglich. Hier spricht jedoch angesichts der Formulierung der oben dargestellten Klauseln vordergründig nichts dafür, eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen. Hier kann uneingeschränkt das Gegenleistungsargument zur Anwendung kommen, wonach die Werbungsduldung durch den Nutzer ein gewisses „Entgelt" für die kostenfreie Bereitstellung des sozialen Netzwerks darstellt. Einschränkend gilt aber, dass diese Klauseln nicht jede Form belästigender Werbung erfassen können. Es dürften nur übliche Werbeformen erfasst sein, nicht aber solche Anzeigen, die den Nutzer zeitlich übermäßig stark binden oder zum Abbruch der Nutzung drängen, um sich der Werbung zu entziehen. Diese Auslegung wird durch die Zweifelsregelung von § 305c Abs. 2 BGB gestützt.

Soweit kein vertragliches Einverständnis vorliegt, ist die Konformität der als Content getarnten Feedwerbung mit § 7 UWG zu prüfen. Dabei sind zwei Fälle denkbar, in denen § 7 UWG anwendbar sein könnte. Auf der einen Seite könnte diese Werbeform generell eine unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 UWG darstellen. Auf der anderen Seite ist der hypothetische Fall denkbar, dass der Nutzer Facebook gegenüber unmissverständlich erklärt, dass er keine bzw. eine bestimmte Art von Werbung nicht wünscht.

Der erste Fall wird zugunsten von Facebook ausgehen. Durch die gekonnte Anpassung an den üblichen Nutzercontent im Newsfeed ist schon

---

373 So die früheren Nutzungsbedingungen, die unter https://help.instagram.com/478745558852511 abrufbar waren, abgerufen am: 30.12.2017. Die zur Zeit der Abgabe aktuellen Nutzungsbedingungen sehen eine solche Klausel nicht mehr vor.

374 Vgl. Auch die unten gemachten Ausführungen in diesem Kontext unter Ziffer D. II. 3..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

äußerst fraglich ob für den Durchschnittsadressaten überhaupt eine Belästigung durch die Werbung vorliegt. Im Ergebnis macht es keinen Unterschied, ob der Algorithmus von Facebook einen beliebigen Inhalt von „Facebook-Freunden" bzw. abonnierten Facebookseiten oder aus nicht verbundenen Seiten mit dem hoch entwickelten Targetingsystem auswählt und dem Nutzer anzeigt. Der einzige sichtbare Unterschied liegt in der Kennzeichnung als „gesponsert". Einzig einem aufmerksamen Nutzer könnte auffallen, dass er mit dem beworbenen Inhalt keinerlei Kontakt hatte und dies als negativ empfinden. Dies wird aber mit Rücksicht auf den Durchschnittsadressaten von Werbung nicht als Belästigung anzusehen sein. Selbst wenn man diese Einbindung von eigentlich ungewollten Inhalten in den sonst durch selbst gewählte Verästelungen gefüllten Newsfeed als Belästigung ansehen wollte, ist nur schwerlich von einer Unzumutbarkeit auszugehen. Es ist nicht anzunehmen, dass das Interesse des Nutzers, von Werbung verschont zu bleiben, innerhalb einer Plattform wie Facebook dem Refinanzierungs- und Gewinninteresse des Betreibers überwiegt. Da es sich bei Facebook um ein derart hochwertiges und für den Nutzer kostenfreies „Produkt" handelt, lässt sich hier durchaus eine relativ hohe Duldungspflicht für Werbung annehmen – ähnlich wie bei Browserspielen oder Videos[375]. Im Grundsatz ist diese Werbeform also auch eine zulässige Werbeform und nicht anders zu bewerten als eine klassische Anzeige. Gerade dies ist im Übrigen das Ziel des Native Advertising. Es soll nicht belästigen. Dies ist nach hiesiger Ansicht bei Facebook-Werbung gut gelungen.

Anders stellt sich der Fall dar, wenn der Betreiber zuverlässige Kenntnis von der Unerwünschtheit der Werbung hat. Dann könnte ein Fall der hartnäckigen Werbung nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG gegeben sein. Wie oben im Rahmen des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG bereits dargelegt, könnte dem Nutzer durch eine erkennbare Äußerung, dass ihm Werbung unerwünscht ist, bei nachfolgender Werbeeinblendung ein Unterlassungsanspruch zustehen[376].

Wiederum anders zu beurteilen ist Werbung im Story-Modus, wie sie ursprünglich beim sozialen Netzwerk Snapchat eingeführt und seitdem von Konkurrenten übernommen worden ist. Soweit hier im Story-Modus zwischen zwei Inhalten eine Werbeanzeige geschaltet wird, ist dies nichts anderes als ein Interstitial. Ähnlich wie Interstitials bei Videos sind diese Interstitial-Stories als zulässig zu bewerten. Dabei kommt bei Snapchat

375 S.o. zu Interstitials unter C. IV. 1. a) cc) (iii).
376 S.o. unter C. IV. 1. a) aa).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

konkret hinzu, dass die Werbe-Stories regelmäßig sofort weggeklickt bzw. „weggeswiped" werden können und keine „Zwangsdauer" vorsehen. Vor diesem Hintergrund sind die Interessen der Nutzer gewahrt. Soweit im Übrigen bei Snapchat werbende Filter angeboten werden, ist dies ebenfalls als zulässige Werbung anzusehen. Der Nutzer, der seine „Snaps" mit dem Filter bearbeitet, hat die Möglichkeit durch einfaches Wischen einen anderen Filter auszuwählen. Wenn der Nutzer aber den Filter nutzt, zeugt dies davon, dass die Werbung ihm gut gefallen hat. Der Empfänger des „Snaps" hat zwar nicht eingewilligt, die Nachricht ist für ihn aber eine Individualnachricht des Absenders, der ihm bekannt ist, und nicht des Appbetreibers oder gar des Werbenden. Eine solche Nachricht wirkt im Übrigen nicht anders als würde jemand ein „Selfie" vor einem Plakat machen und dies versenden. Die Betreiber und Werbenden machen sich lediglich die natürliche Kommunikationsfreudigkeit der Nutzer zu Eigen. Damit ist eine solche Werbung nicht im Anwendungsbereich von § 7 UWG. Eine Unzulässigkeit der Filter scheidet also aus.

(viii) Fazit: Allgemeine Regeln

Zusammenfassend lassen sich im Rahmen der Generalklausel drei essentielle Regeln herausarbeiten, die für alle aktuell gebräuchlichen Display-Anzeigen eine interessengerechte Lösung bieten. Wie am Beispiel der sozialen Medien Facebook und Snapchat gezeigt können auch neu erdachte Werbeformen im Internet mit diesen Regeln handhabbar gemacht werden. Auch auf den Bereich des mobilen Marketings lassen sich diese Regeln anwenden.

- **Regel 1**: Einfache Anzeigen, die in die Webseite eingefasst sind und nur einen Teil des Fensters beanspruchen, sind zulässig. Das Interesse des Nutzers, nicht mit Werbung konfrontiert zu werden, wird von den Interessen der Webseitenbetreiber und der Werbenden eindeutig überwogen.
- **Regel 2**: Werbung, die auf das Prinzip Störung setzt, ist grundsätzlich zulässig. Sie wird aber dann zur unzumutbaren Belästigung, sobald die Freiheit des Nutzers, sich der aufgedrängten Werbung zu entziehen, beschränkt wird. Die Interessen der Nutzer sind vor allem vor dem Hintergrund zeitlicher Bindung an aufgedrängte Inhalte zu schützen. Die an sich berechtigte und notwendige Refinanzierung der kostenfreien Inhalte durch die Webseitenbetreiber darf nicht um den Preis des faktischen Zwangs erreicht werden. Auch ist für einzelne Internetpor-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tale eine den Nutzer potentiell unzumutbar belästigende Summenwirkung von Zwangswerbung zu beachten.

- **Regel 3**: Je wertvoller der Content ist, desto höher ist das hehre Refinanzierungsinteresse. Bei der Zurverfügungstellung von Videos, Spielen und besonderen Plattformen ist dem Betreiber spiegelbildlich zu seiner besonderen Leistung, die Schaltung von länger andauernder und im Vordergrund stehender Werbung gestattet. Dies darf aber lediglich dazu führen, dass zeitintensive Werbeformen wie Pre-Roll-Videos nur für eine kurze Zeit verpflichtend sind und dann durch einfachen Klick beendet werden können. In keinem Fall darf der Werbende oder Webseitenbetreiber die zeitliche Bindung einseitig derart festlegen, dass der Nutzer für eine erhebliche Zeit die Werbung rezipieren muss.

b) Zulässige Ausgestaltung von Werbeanzeigen

Mit Blick auf das „Wie" der Werbung existiert eine große Menge von Vorschriften, die Werbende einzuhalten haben. Neben einer beträchtlichen Zahl von speziellen Vorschriften zur Werbung für bestimmte Wirtschaftssparten, gelten allgemein vor allem drei Hauptpflichten: das Trennungsgebot von Werbung und Inhalt, das Irreführungsverbot und die Kennzeichnungspflicht.

aa) Trennungsgebot

Das Trennungsgebot folgt nach der letzten UWG-Novelle nunmehr aus § 5a Abs. 6 UWG, aus Nr. 11 des Anhangs zum UWG sowie aus den beiden gleichlautenden Vorschriften in § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und § 58 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 RfStV[377]. Das eindeutig formulierte Verbot verschleierter Werbung aus § 4 Nr. 3 UWG a.F. wurde durch die letzte UWG-Novelle gestrichen.

Gerichtliche Auseinandersetzungen betreffen Werbung im Internet vor allem dann, wenn sie nicht mit eindeutiger wörtlicher Bezeichnung versehen ist. So haben etwa das LG Berlin[378] und nachfolgend das Kammergericht[379] eine nicht wörtlich gekennzeichnete Bannerwerbung auf einer an Kinder adressierte Webseite als ausreichend getrennt angesehen, weil sie

377 Vgl. hierzu auch Fuchs/Hahn, MMR 2016, 503.
378 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2010 – 103 O 43/10, GRUR-RR 2011, 332.
379 KG, Beschluss vom 24.1.2012 – 5 W 10/12, MMR 2012, 316.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

optisch ausreichend andersartig gestaltet war und selbst Kinder an die Aufteilung von Webseiten in Inhalt und Werbeflächen gewöhnt seien. Weiterer Streitpunkt im Falle der Kennzeichnung kann die konkrete Wortwahl und Gestaltung sein. So ist die Gestaltung von Adwords-Anzeigen bei Google[380] durch das Wort „Anzeige" mit blauer Umrandung ausreichend[381]. Problematischer sind Gestaltungen mit den Worten „sponsored by". Zu dieser Kennzeichnung im Rahmen einer Webseite für Gesundheitsinformationen verhielt sich das LG München I und verbot diese Art der Benennung[382]. Nach Ansicht der Münchener Richter bringe der Hinweis „Sponsored" für den durchschnittlich aufmerksamen Verbraucher nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass es sich nicht mehr um einen redaktionellen Beitrag, sondern um Werbung handele. Im Rahmen der Entscheidung wird auf die im Printbereich erlassene Entscheidung „Good News II"[383] des BGH verwiesen. Die Übertragung dieser – auch landespresserechtlich besonderen Konstellation – auf Onlinewerbung begegnet zu Recht Kritik[384]. Gerade im Internet besteht keine positive Verpflichtung das Wort „Anzeige" zu benutzen. Zudem ist durch prominente Beispiele wie Facebook, die ihre Anzeigen mit dem Wort „gesponsert" kennzeichnen von einer ausreichenden Durchsetzung des Worts oder Wortbestandteils „Sponsor" bei den Nutzern auszugehen. Sobald das Wort „Sponsor" enthalten ist, wird dem Durchschnittsadressaten im Internet auffallen müssen, dass hier zumindest kein rein redaktioneller Inhalt vorliegt. Dies wahrt den Zweck des Trennungsgebotes, eine Irreführung über die unbezahlte Herkunft des Inhalts zu vermeiden. Ein allzu strenger Maßstab sollte deshalb im Internet nicht angesetzt werden.

Aktuell ist dieser thematische Komplex durch das sog. „Influencer-Marketing" wieder etwas mehr in den Fokus geraten. Eine kurze Auseinandersetzung mit diesem Phänomen folgt an späterer Stelle der Bearbeitung unter Ziffer B. IV. 3. c).

380 Vgl. Screenshot oben unter Ziffer B. I. 3. a) bb).
381 Vgl. etwa LG Hamburg, Urteil vom 21.12.2004 – 312 O 950/04, MMR 2005, 629.
382 LG München I, Endurteil vom 31.7.2015 – 4 HK O 21172/14, WRP 2016, 132.
383 BGH, Urteil vom 6.2.2014 – I ZR 2/11, GRUR 2014, 879.
384 Vgl. Fuchs/Hahn, MMR 2016, 503, 506f..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Irreführungsverbot und Kennzeichnungspflichten

Das Irreführungsverbot wird maßgeblich durch die §§ 5, 5a UWG ausgefüllt. Dies stellt für sich betrachtet ein weites Feld dar und wird deshalb in dieser Arbeit nicht weiter vertieft.

Allgemeine Kennzeichnungspflichten folgen vor allem aus der Preisangabenverordnung (PAngV). Darüber hinaus enthält die PAngV spezielle Kennzeichnungspflichten bei Werbung durch bestimmten Sektoren angehörige Unternehmen. Solche speziellen Kennzeichnungspflichten finden sich zudem in Spezialgesetzen wie der allgemeinen Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung (EnVKV) und der Pkw-Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung (Pkw-EnVKV) oder dem Heilmittelwerbegesetz (HWG). Da diese Materien sehr spezifisch sind, eignen sie sich nicht zur tiefergehenden Auseinandersetzung in dieser Bearbeitung. Festzuhalten ist, dass das „Wie" der Werbung (im Internet) erheblich gesetzlich reguliert ist.

2. Zulässigkeit von Tracking und Targeting

Display-Werbung beruht in hohem Maße auf der Erhebung und Verwertung von Nutzungsdaten der Werbeadressaten. Durch Tracking des Nutzerverhaltens wird eine individualisierte Werbeausspielung möglich, das Targeting. Nachdem die Europäische Union zunächst durch die E-Privacy-Richtlinie (ursprünglich Richtlinie 2002/58/EG, geändert durch die Änderungsrichtlinie 2009/136/EG) eine dezentrale Harmonisierung vornahm, die sich in Regelungen des deutschen Gesetzgebers im BDSG und TMG wiederspiegeln[385], gelten ab 25.5.2018 nunmehr unmittelbar anwendbare eurpäische Regeln. Die DSGVO (VO (EU) 2016/679) wurde 2016 mit erheblichem zeitlichen Vorlauf beschlossen und verkündet, sodass sich Markt und Rechtswissenschaft zumindest im Prinzip ausreichend auf die neuen Regeln vorbereiten konnten. Hinzu soll die E-Privacy-Verordnung („EPVO-E") kommen, die die gleichgenannte Richtlinie voraussichtlich ablösen wird. Die EU-Kommission hielt die Übertragung der bisher in einer Richtlinie niedergelegten harmonisierten Vorschriften in eine unmittelbar geltende Verordnung deshalb für notwendig, weil die Richtlinie in

385 Zum mittlerweile obsoleten Streitthema, ob die Richtlinie ausreichend ins deutsche Recht umgesetzt wurde, vgl. Conrad/Hausen, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, § 36, Rn. 10ff..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den verschiedenen Mitgliedsstaaten unterschiedlich umgesetzt und angewendet worden sind[386]. Wegen dieser Änderung des Rechtsrahmens wird nur noch auf die zukünftige Rechtslage abgestellt.

Tracking kann auch andere Zwecke verfolgen als die Ermöglichung von Werbung mit wenig Streuverlust, etwa Webanalyse oder Reichweitenmessung[387]. Wenn es aber zur Werbung genutzt wird, dann ist das Tracking mit dem Targeting in einer logischen Abfolge verbunden. Tracking ist die Grundlage modernen Targetings. Targeting ohne vorhergehendes Tracking ist auch über die thematisch verwandte Schaltung von Werbung möglich[388], etwa die Positionierung von Werbung für Sportartikel auf einer Nachrichtenseite für Sport (eine Art des Kontexttargeting). Dies stellt aber keine internetspezifische Besonderheit dar, sondern ist die ursprüngliche Form strategischer Werbeplatzierung. Sie wird im Printbereich und bei Rundfunkwerbung seit jeher eingesetzt, um die Zielgruppen des Mediums zu erreichen. Diese Art des Targetings ist deshalb rechtlich unbedenklich. Durch den technologischen Fortschritt haben sich aber ausgeklügelte Systeme zur Vermeidung von Streuverlusten der Werbung entwickelt.

Im Fortgang wird darum die datenschutzrechtliche Zulässigkeit des Trackings in seinen häufigsten Erscheinungsformen (siehe dazu a.) sowie der diversen Targetingvarianten (siehe dazu b.) geprüft. Diesen Komplex abschließend werden Tracking und Targeting unter der lauterkeitsrechtlichen Lupe betrachtet (siehe dazu c.).

a) Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Tracking

In datenschutzrechtlicher Hinsicht ist zu unterscheiden zwischen Cookie-Tracking und Methoden, die ohne Cookies auskommen, wie etwa das Fingerprint-Tracking.

Vor die Klammer zu ziehen ist aber zunächst die Anwendbarkeit der datenschutzrechtlichen Regelungen. Die EPVO-E soll gemäß Art. 8 Abs. 1 für jede Verarbeitung von Daten auf dem Gerät des Nutzers gelten, gleich ob es sich um personenbezogene oder nichtpersonenbezogene Daten handelt. Damit sind Cookies und andere Verarbeitungsmethoden, die auf dem Gerät der Nutzer ablaufen, erfasst[389].

386 Vgl. Schleipfer, ZD 2017, 460, 463.
387 Schleipfer, ZD 2017, 460, 461.
388 Vgl. Schirmbacher, Online Marketing und Social Media Recht, S. 384.
389 Schleipfer, ZD 2017, 460, 463f..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anders die Anwendbarkeit der DSGVO. Hier ist das Merkmal des Personenbezugs erforderlich. Nur im Falle von personenbezogenen oder personenbeziehbaren Daten findet das Datenschutzrecht in der DSGVO Anwendung[390]. Im Übrigen ist die Wirkung der DSGVO nicht auf das Gerät des Nutzers beschränkt. Vielmehr regelt die DSGVO gerade die Abläufe außerhalb des Geräts des Nutzers und in den Servern und Datenbanken der Werbenden[391].

Daraus ergibt sich, dass die Zulässigkeit verschiedener Trackingmethoden isoliert betrachtet werden sollte, da je nachdem beide Verordnungen oder nur die DSGVO alleine Anwendung finden können.

aa) Cookie-Tracking

Für Cookie-Tracking als mehrstufigem Vorgang werden auf lange Sicht sowohl die E-Privacy-Verordnung als auch die DSGVO gelten. Die E-Privacy-Verordnung wird für die zeitlich zunächst ablaufende Datenerhebung gelten, weil das Cookie auf dem Gerät des Nutzers gesetzt wird und deshalb dort eine erste Verarbeitung erfolgt. Sobald die Daten außerhalb des Geräts beim Webseitenanbieter oder beim sonstigen Tracker verarbeitet werden, gilt die DSGVO. Bis zum Inkrafttreten der E-Privacy-Verordnung wird allerdings nur die DSGVO maßgeblich sein[392].

(i) Zulässigkeit nach der E-Privacy-Verordnung (Entwurf)

Mit Blick auf das Setzen von Cookies stellt sich die neue Rechtslage wie folgt dar: Art. 8 Abs. 1 der EPVO-E verbietet

390 Schirmbacher, ITRB 2016, 274.

391 Schleipfer, ZD 2017, 460, 464.

392 Aufgrund der Positionsbestimmung der Datenschutzkonferenz (DSK) zur nicht mehr statthaften Anwendbarkeit des TMG nach Inkrafttreten der DSGVO wird in dieser Bearbeitung nicht auf die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des TMG abgestellt, sondern die Rechtslage unter der DSGVO und dem zur Zeit der Bearbeitung zur Verfügung stehenden Entwurf der E-Privacy Verordnung geprüft. Vgl. zum Thema der Anwenbarkeit der §§ 12 – 15 TMG: Gierschmann, ZD 2018, 297, und Jandt, ZD 2018, 405. Siehe in diesem Zusammenhang auch den Vorlagebeschluss des BGH in Sachen I ZR 7/16, GRUR 2018, 96, sowie das darauffolgende Urteil des EuGH vom 1.10.2019 – C-673/17, NJW 2019, 3433.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> „jede vom betreffenden Endnutzer nicht selbst vorgenommene Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktionen von Endeinrichtungen und jede Erhebung von Informationen aus Endeinrichtungen der Endnutzer, auch über deren Software und Hardware“,

es sei denn einer der Ausnahmegründe in Art. 8 Abs. 1 lit. a) – f) ist erfüllt. Diese Ausnahmegründe sind im Einzelnen in lit. a) die Notwendigkeit für den Kommunikationsvorgang, in lit. b) die Einwilligung des Nutzers, in lit. c) die Notwendigkeit für die Bereitstellung des vom Nutzer gewünschten Dienstes, in lit. d) die Notwendigkeit für die Messung des Webpublikums, in lit. da) aus Sicherheitsgründen, in lit. e) unter bestimmten Voraussetzungen für automatische Updates oder in lit. f) für Notfallnachrichten.

Für den Fall der Internetwerbung bleibt damit praktisch allein die Einwilligung des Nutzers, weil die Datenerhebung über Cookies zum Zwecke der personalisierten Werbung offensichtlich nicht notwendig ist für die in lit. a), c) – f) genannten Zwecke. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Werbung vom Anbieter selbst herrührt oder über ein Werbenetzwerk geschaltet wird[393].

Nach Art. 4a Abs. 1 besteht zwischen einer Einwilligung im Sinne der EPVO-E und dem Begriff der Einwilligung in der DSGVO grundsätzlich Gleichlauf, weil dort ausdrücklich auf die entsprechenden Vorschriften in der DSGVO verwiesen wird. Nach der Definition in Art. 4 Nr. 11 DSGVO ist Einwilligung

> „jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist".

Dies stellt indes einen gewissen Wertungswiderspruch dar, weil die EPVO-E gerade nicht auf personenbezogene Daten beschränkt ist[394]. Ein Gleichlauf ist trotzdem zweckmäßig, um eine künstliche Aufspaltung der Einwilligung für verschiedene technische Stufen eines für den Nutzer als zusammengehörig erscheinenden Vorgangs zu verhindern. Nur so kann verhindert werden, dass Datenschutzerklärungen und Cookiebanner wei-

393 Schleipfer, ZD 2017, 460, 464.
394 Schleipfer, ZD 2017, 460, 466.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ter ausufern und der Durchschnittsnutzer diese faktisch nicht (bzw. noch weniger) versteht.

In Art. 4a Abs. 2, 2a der EPVO-E wird sodann die Möglichkeit eröffnet, die Einwilligung nach Art. 8 Abs. 1 lit. b) der EPVO-E durch Browsereinstellungen zu erteilen bzw. die Dienstebetreiber dürfen eine derart erteilte Einwillung auch bei Unmöglichkeit der Identifizierung eines bestimmten Nutzers verwerten. Ein in diesem Zusammenhang in früheren Entwurfsstadien vorgeschlagener Art. 10 Abs. 2 und 3 der EPVO-E, sah vor, dass bei erstmaliger Installation oder beim nächsten Update des Browsers nach Inkrafttreten der Verordnung die Privatsphäre-Einstellungen ausdrücklich abgefragt werden müssen. Die dazugehörigen, aber ebenfalls gestrichenen Erwägungsgründe 23 und 24 der EPVO-E erläuterten, dass Browser eine differenzierte Einstellung der Annahme von Cookies vorsehen sollen, die von „Cookies niemals annehmen" über „nur Cookies von Erstanbietern annehmen" bzw. „Cookies von Drittanbietern zurückweisen" bis hin zur generellen Erlaubnis von Cookies reicht. Auf diese Optionen sollten die Browser den Nutzer nach der Installation ausdrücklich und verständlich hinweisen. Zudem sollte die Möglichkeit von Black- und Whitelists, sowie scheinbar auch Greylists[395], gegeben werden, d.h. für jede Seite könnte spezifisch die Annahme von Cookies geregelt werden. Diese Regelung scheint allerdings dem Druck der Kritiker der E-Privacy-Verordnung zum Opfer gefallen zu sein.

Dies ist bedauerlich, denn mit diesem Regelungskomplex hätte die EPVO-E in rechtlich innovativer Weise eine Zwischenform von ausdrücklicher und konkludenter Einwilligung eingeführt. Durch die standardmäßige Abfrage des Nutzerwunsches hinsichtlich der Annahme von Cookies wäre ein originär ausdrücklicher Wille in eine vom Nutzer – nicht wie sonst üblich vom Softwarebetreiber – festgesetzte Standardeinstellung überführt. Diese Standardeinstellung wäre dann für jeden nachfolgenden Webseitenbesuch die Einwilligung. Dies stellt bei genauer Betrachtung zwar keine ausdrückliche Einwilligung dar, weil der Nutzer nicht für jeden Webseitenaufruf erneut eine ausdrückliche Erklärung abgibt. Es ist aber auch mehr als eine rein konkludente Handlung, da der Wille

395 Während Whitelists die vertrauenswürdigen Webseiten und Blacklists solche Seiten enthalten, von denen rein gar nichts akzeptiert werden soll, können Greylists Webseiten für einen Mittelweg enthalten. Dieser Mittelweg kann wie im Erwägungsgrund dargestellt etwa die Beschränkung auf Cookies vom Erstanbieter enthalten. Es sind aber auch andere Einstellungen für diese Listen denkbar.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ursprünglich einmal geäußert wurde und nun faktisch fortgeführt wird. Bei der klassischen konkludenten Handlung ist gerade nicht bekannt, was der Handelnde tatsächlich denkt oder wünscht, allein aus seinem Verhalten wird auf den wahrscheinlich vorliegenden Willen geschlossen. Mit der ausdrücklichen Standardeinstellungslösung würde jedoch die immer vorhandene Unsicherheit über den wahren Willen bei konkludenten Handlungen erheblich verringert. Zuletzt wäre die Ermöglichung von leichten Browsereinstellungen zur Einordnung von verschiedenen Webseiten in White-, Grey- und Blacklists ein überaus nutzerfreundliches Instrument, um aus dem „Standardeinstellungswillen" wieder eine konkret aktualisierte und ausdrückliche Willensäußerung zu generieren.

Durch die Streichung steht die Einwilligung durch Standardeinstellungen relativ kontextlos im EPVO-E. Dies könnte im schlimmsten Fall dazu führen, dass dem Nutzer durch betreiberseits vorgenommene Standardeinstellungen ein Wille unterstellt wird, der mit dem wahren Willen nichts zu tun haben kann. Damit droht die Einwilligung zu einer Rechtfertigung durch Nichtstun zu werden. Dies ist extrem bedenklich, vor allem wenn keine ausreichende Information zur Möglichkeit des Opt-outs besteht. Auch dogmatisch ist es sehr kritisch zu bewerten, dass eine nicht vorgenommene Änderung einer Standardeinstellung als Enwilligung gewertet wird, anstatt in diesem Fall eine vermutete Zulässigkeit zu unterstellen, die im Einzelfall widerlegt werden kann.

Im Ergebnis ist die Datenerhebung durch Cookies für personalisierte Werbung möglich, soweit eine Einwilligung vorliegt. Diese Einwilligung mag nicht mehr allein in dem Besuch der Webseite bzw. dem Wegklicken eines meist nicht beachteten Cookiebanners gesehen werden, sondern der Nutzer kann diese auch über Standardeinstellungen festlegen und dadurch seinen Willen bekunden. Allerdings droht auch, dass die Nichtänderung von Standardeinstellungen künftig als Einwilligung angesehen werden muss.

(ii) Zulässigkeit nach der DSGVO

Wenn demnach eine zulässige Datenerhebung erfolgt ist und die Daten beim Tracker ankommen, stellt sich für die Verarbeitung durch diesen wiederum die Frage, was mit den Daten in legaler Weise angefangen werden und wie dies geschehen darf.

Im Rahmen der Anwendbarkeit der DSGVO stellt sich die Frage des Personenbezugs, Art. 3 Abs. 1 DSGVO. Die in Art. 4 Nr. 1 DSGVO defi-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nierten personenbezogenen Daten umfassen nach verbreiteter Meinung die IP-Adresse, gleich ob statisch oder dynamisch[396]. Auch Cookies sind nach Erwägungsgrund 30 der DSGVO als Online-Kennung und die dadurch gewonnenen Daten mithin als personenbezogene Daten anzusehen.

Die im Rahmen des Cookie-Trackings regelmäßig verbundene Speicherung in Datenbanken sowie Auswertung dieser Daten kann unter den Begriff des Profilings in Art. 4 Nr. 4 DSGVO gefasst werden. Dieser Begriff findet sich in Art 22 Abs. 1 DSGVO wieder. Allerdings ist Profiling nur dann an strengere Voraussetzungen als üblich geknüpft, wenn dies im Rahmen automatisierter Entscheidungsprozesse mit rechtlicher Wirkung eingesetzt wird bzw. zu einer ähnlichen erheblichen Beeinträchtigung führt. Nach Erwägungsgrund 71 DSGVO hat dies die Fälle von automatisierter Ablehnung von Online-Kreditanträgen oder Online-Einstellungsverfahren im Blick. Die Anzeige von personalisierter Werbung hingegen hat keine solche rechtliche Wirkung und führt auch nicht zu einer vergleichbaren Beeinträchtigung. Eine allein mögliche Belästigung des Nutzers im Sinne des Lauterkeitsrechts genügt hier jedenfalls nicht.

Da keine Spezialregelungen für die hier betrachteten Vorgänge des Trackings zu Werbezwecken bestehen, sind sie nach der Grundstruktur der DSGVO grundsätzlich verboten. Nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO bedarf es deshalb für die Verarbeitung einer der in dieser Norm enumerierten Erlaubnistatbestände. Praktisch in Frage kommen bei der Online-Werbung Art. 6 Abs. 1 lit. a), also die Einwilligung[397], und lit. f), der die Wahrung berechtigter Interessen nennt.

Für die Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO genügt konkludentes Handeln. Nach Erwägungsgrund 32 der DSGVO sind vor allem das „*Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite* […und] *die Auswahl technischer Einstellungen*" ausreichend, sprich Cookiebanner oder Browsereinstellungen. Keine Einwilligung sollen hingegen „*Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit*" darstellen. Im Zusammenspiel

396 Zum grundlegenden Streit zwischen den Theorien des absoluten und relativen Personenbezugs, vgl. Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 271ff. und Härting, Internetrecht, Rn. 12 m.w.N.; dafür, dass die vom EuGH in Sachen Breyer./.BRD, Urteil vom 19.10.2016, Rs. C-582/14, NJW 2016, 3579, für die Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) aufgestellten Grundsätze auch für die DSGVO gelten: u.a. Schirmbacher, ITRB 2016, 274, 275; Schild, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 4 DSGVO, Rn. 19f.; Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 279f.

397 Vgl. zur Vorgängerregelung der DSGVO: EuGH, Urteil vom 1.10.2019 – C-673/17, NJW 2019, 3433.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit der E-Privacy-Verordnung wird jedenfalls bei Einwilligung zum Setzen von Cookies durch Drittanbieter auch die nachfolgende Verarbeitung als gleichsam miteingewilligt anzusehen sein. Im Übrigen wird offenbar ein Cookiebanner im Zweifel noch ausreichen, um alle Zweifel zu verhindern. Noch eindeutiger ist es, wenn bei Webseiten mit der Pflicht für Nutzer zur Registrierung die Einwilligung ausdrücklich im Anmeldeprozedere abgefragt wird.

Mit mehr Unsicherheit verbunden ist der Rechtfertigungstatbestand der Wahrung berechtigter Interessen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO. Dieser mag allerdings mit Rücksicht auf Erwägungsgrund 47 der DSGVO, der die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung als potentiell einem berechtigten Interesse dienend bezeichnet, sowie mit dem Umstand, dass Nutzer ein teilanonymes Tracking vernünftigerweise erwarten werden, bejaht werden. Nicht hierauf gestützt werden kann wohl ein Cross-Device-Tracking, d.h. ein Tracking von Nutzern über mehrere Endgeräte wie PC, Smartphone und ggf. weitere Geräte im Haushalt[398]. Spezifisch für Cookie-Tracking wird aber nur äußerst selten auf Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO zurückgegriffen werden, weil ohne Einwilligung schon keine Cookies gesetzt werden dürfen. Wie oben bereits beschrieben sollte eine Einwilligung hier den gesamten Trackingvorgang, also Datenerhebung und –nutzung beim Tracker erfassen, um eine Ausuferung von Cookiebannern und Datenschutzerklärungen zu verhindern.

Folglich ist auch nach der DSGVO das Cookie-Tracking möglich. Im Vergleich zur E-Privacy-Verordnung sind die Anforderungen an den Tracker sogar prinzipiell weniger streng. Durch die strengen Anforderungen auf der ersten Stufe strahlen diese allerdings praktisch auf die nachfolgende Stufe aus, sodass die Einwilligung für die Verarbeitung beim Tracker oft im Wege eines „Erst-recht"-Schlusses anzunehmen sein dürfte.

bb) Tracking Skripte

Im Grunde folgen Tracking Skripte, die auf dem Endgerät des Nutzers ablaufen, denselben Regeln, denen auch Cookies unterstehen. Für diese ist eine Einwilligung nach Art. 8 Abs. 1 lit. b) EPVO-E erforderlich. Freilich ist im Rahmen der Einwilligung zu beachten, dass Tracking Skripten anders wirken als Cookies. Sie initiieren den Ablauf eines bestimmten Programms auf dem Endgerät des Nutzers. Deshalb ist ein erhöhtes Aufklä-

398 Schirmbacher, ITRB 2016, 274, 278.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rungsniveau zu fordern. Cookies sind den meisten Nutzern durch die Verbreitung seit Jahrzehnten, die Berichterstattung und nicht zuletzt aus den virulenten Cookie-Bannern ein Begriff. Wenn viele Nutzer auch nicht genau wissen, wie Cookies genau funktionieren, ist unter dem Begriff doch bekannt, dass eine Datenweitergabe erfolgt. Bei unbekannteren Tracking Skripten kann von einer solchen Grundkenntnis nicht ausgegangen werden. Der Einsetzende müsste deshalb in den Datenschutzerklärungen im Wesentlichen beschreiben, was die eingesetzten Tracking Skripte auf dem Gerät anstellen. Rein faktisch wird dies bei der Durchleitung von Tracking Skripten durch Dritte eine Hürde darstellen.

Aus diesem Grunde dürfte auch die oben dargestellte Voreinstellungslösung zur Erlangung von Einwilligungen in Art. 4a Abs. 2 EPVO-E für Tracking Skripte aktuell nicht möglich sein. So ist generell bei neuen Trackingmethoden, die auf dem Gerät des Nutzers wirken, ein strenger Maßstab anzulegen, um dem Zweck der E-Privacy-Verordnung gerecht zu werden.

cc) Fingerprint und Session-Tracking

Auch bei Trackingmethoden ohne Cookies sind beide oben genannten Verordnungen auf ihre Anwendbarkeit zu prüfen. Die DSGVO gilt jedenfalls, soweit es sich bei den gesammelten Daten um personenbezogene Daten handelt. Da im Rahmen des Fingerprint-Trackings oder beim Session-Tracking eine Verbindung mit der IP-Adresse im Ausgangspunkt gegeben ist und nur durch ein IP-Masking-Verfahren oder eine gesonderte Speicherung der Fingerprint-Daten ohne IP-Adresse den Bereich der personenbezogenen Daten verlässt, ist die Anwendbarkeit der DSGVO in vielen Fällen gegeben. In diesen Fällen gilt genauso wie beim Cookie-Tracking das Verbotsprinzip von Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Wiederum wäre eine Einwilligung nach den oben genannten Bedingungen möglich. Wichtiger könnte bei diesen Methoden aber die Erlaubnis in Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO sein. Für die praktisch notwendige Interessenabwägung zwischen Nutzer und Tracker spielt auch hier Erwägungsgrund 47 der DSGVO und dessen intendierte Vorzugswürdigkeit der Interessen der Werbeindustrie an Direktwerbung eine wichtige Rolle. Der Begriff Direktwerbung ist nicht in der DSGVO definiert, erfasst aber mangels unmittelbaren Kontakts zwischen

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Werbenden und Adressaten nicht die Display-Werbung im Internet[399]. A maiore ad minus ließe sich deshalb vertreten, dass für Display-Werbung erst recht die Interessenabwägung zu Gunsten der Werbenden ausfallen muss. Anders herum ist eine pseudonyme oder anonyme Datenspeicherung mit der Folge der Unanwendbarkeit von Datenschutzrecht ohne weiteres möglich und eine ausdrückliche Aussage für Display-Werbung in der DSGVO nicht vorhanden, sodass auch eine Interessenabwägung pro Nutzer gut denkbar ist. Im Einzelfall werden alle Umstände einzubeziehen sein, sodass eine generelle Entscheidung an dieser Stelle nicht zielführend ist.

Jedenfalls sind Trackingmethoden ohne Nutzung von Cookies durchaus gesetzlich zulässig, wenn entsprechende „Trackingbanner" – ähnlich den verbreiteten Cookiebannern – gesetzt werden. Wird diese einfache Art der Einholung einer Einwilligung vom Webseitenanbieter bzw. Tracker nicht angewendet, begibt er sich mangels ausreichender Entscheidungspraxis auf der neuen Rechtsgrundlage auf dünnes Eis.

Weiter zu prüfen ist allerdings noch die Anwendung der E-Privacy-Verordnung (Entwurf) mit ihrem strengeren Einwilligungserfordernis auf Fingerprints und Session-Tracking. Dabei gilt, dass keine Einwilligung notwendig ist, wenn sowieso im Rahmen der IP-/TCP-/HTTP-Kommunikation übermittelte Daten zur Bildung eines Fingerprints bzw. einer Session-ID verwendet werden[400]. In diesem Fall erfolgt keine Datenverarbeitung auf dem Gerät des Nutzers nach Art. 8 Abs. 1 der EPVO-E. Werden aber weitere Informationen vom Gerät des Nutzers abgefragt, die nicht für die Internetkommunikation ohnehin notwendig sind, ist eine Einwilligung nach Art. 8 Abs. 1 lit. b) der EPVO-E notwendig[401].

dd) Zulässigkeit der Verbindung von Werbung und Trackingmethoden

Wie bereits dargestellt ist Tracking ein sehr verbreitetes Phänomen im Internet. Werbung ist durch die Einbindung mehrerer Server in die Kom-

399 Vgl. oben Ziffer B. IV. a), bb) sowie Martini, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 21, Rn. 47ff.; iÜ ist der Begriff in Art. 4 Abs. 3 lit. f) EPVO-E definiert sowie im Erwägungsgrund 32 erläutert und erfasst keine Display-Werbung im Internet.

400 Schleipfer, ZD 2017, 460, 464; in diesem Fall wird auch vom passiven Fingerprinting gesprochen, https://hosting.1und 1.de/digitalguide/online-marketing/web-analyse/browser-fingerprinting-tracking-ohne-cookies/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

401 So dann beim aktiven Fingerprinting.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

munikation mit dem Client ein Einfalltor für Trackingmaßnahmen. Werbeanzeigen dienen deshalb oft als Vehikel zur Platzierung von Tracking Skripten oder sonstigen Methoden zur Datenübertragung an den Tracker. Bislang wurde nur isoliert die Zulässigkeit von Tracking beurteilt. Durch die in der Praxis verbreitete Verbindung von Werbung und Tracking stellt sich aber die Frage, ob diese Verbindung ein rechtlich relevanter Umstand ist.

Eindeutig ist, dass ein unzulässiges Tracking allein durch die Verknüpfung mit einer zulässigen Werbeanzeige nicht erlaubt sein kann. An die Zulässigkeit des Trackings sind die oben genannten Voraussetzungen zu stellen, gleich ob es offen oder unter dem Deckmantel von oberflächlichen Werbeanzeigen geschieht.

Andersherum ist die entscheidende Frage, ob eine zulässige Werbung durch die Verbindung mit Trackingmaßnahmen, die auf dem Gerät des Nutzers wirken und für die keine Einwilligung vorliegt, zur Unzulässigkeit der Werbung führt. Die E-Privacy-Verordnung (Entwurf) trifft zu diesem Fall keine Aussage. Bei strenger Anwendung der datenschutzrechtlichen Vorschriften muss man jedoch zu dem Ergebnis kommen, dass Webseitenanbieter, die Werbung ausspielen, entweder alle nötigen Anforderungen erfüllen oder trackingfreie Werbung anbieten müssen. Das bedeutet konkret, dass die einzuholenden Einwilligungen alle vorgenommenen Trackingmethoden abdecken müssen. Dies wird dann faktisch schwierig, wenn eine Webseite – was nicht ganz unüblich ist – eine Vielzahl von Trackingmaßnahmen von Drittparteien enthält. Liegen nicht für alle Trackingaktionen ausreichende Einwilligungen vor, etwa weil nicht ausreichend über Art des Trackings und Identität des Trackers informiert wird, ist der konkrete Gesamtvorgang als unzulässig anzusehen. Dies bedeutet, dass die Werbeausspielung von der Unzulässigkeit erfasst wird.

Im Ergebnis haben Webseitenanbieter, falls sie nicht nachweisen können, ausreichende Einwilligungen für alle verwendeten Trackingmaßnahmen eingeholt zu haben, dafür Sorge zu tragen, dass sie die Möglichkeit trackingfreier Werbung vorhalten. Dies wird schon im Eigeninteresse notwendig sein, weil die Webseitenbetreiber die naheliegenden Verantwortlichen sind. Durch den gewillkürten Einbau von Werbeplätzen bzw. Platzhaltern für Werbung aus Netzwerken, die mit Trackingmaßnahmen versehen sind, sind diese als Verantwortliche im Sinne von Art. 4 Nr. 7 DSGVO anzusehen.

Die Verbindung von Tracking und Werbeanzeigen kann deshalb dazu führen, dass die Ausspielung von lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstandender Werbung durch Missachtung datenschutzrechtlicher Vorschriften

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gesetzwidrig wird. Webseitenanbieter begeben sich also durch den Einsatz von Werbung mit Tracking, das sie nicht kontrollieren oder zumindest nicht transparent darstellen können, unter anderem in die Gefahr von Bußgeldern nach Art. 23 EPVO-E bzw. Art. 83 DSGVO.

ee) Übersicht zum Tracking

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das neue Datenschutzrecht jede noch so intensive Trackingmethode in Verbindung mit Internetwerbung erlaubt, soweit entsprechende Einwilligungen bestehen. Ausdrückliche und absolute Verbote sind dem Recht unbekannt.

Strenge Anforderungen bestehen durch das zwingende Einwilligungserfordernis aus Art. 8 Abs. 1 lit. b) EPVO-E für folgende Formen des Trackings:

- Cookie-Tracking,
- Aktives Fingerprinting, d.h. Anforderung von mehr Informationen als durch die Internetkommunikation notwendig, sowie Bildung des Fingerprints auf dem Gerät des Nutzers,
- Session-Tracking unter Abruf des Sessionbrowserverlaufs,
- Trackingpixel und Trackingskripte[402].

Dies gilt auch, wenn diese Maßnahmen mit zulässigen Werbeanzeigen verbunden sind. Ohne die erforderliche Einwilligung wird die Werbeausspielung unzulässig.

Eine Zulässigkeit durch die milderen Einwilligungsanforderungen im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO bzw. sogar ohne Einwilligung durch Wahrnehmung berechtigter Interessen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit f) DSGVO kommt für folgende Methoden in Betracht:

- Passives Fingerprinting mit personenbezogenen Daten,
- Session-Tracking mit ausschließlichen personenbezogenen Informationen aus der Session-ID.

Generell erlaubt und keiner gesetzlichen Beschränkung unterliegen die beiden zuvor genannten Trackingmethoden, wenn sie nicht personenbezogene Daten betreffen oder anonyme bzw. pseudonyme Daten verarbeitet werden.

402 Schleipfer, ZD 2017, 460, 464.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Targeting

Auch die Zulässigkeit des Targetings ist anhand des neuen datenschutzrechtlichen Rahmens und für die verschiedenen Trackingmethoden gesondert zu prüfen. Mit Targeting ist dabei konkret die letzte Stufe des Datenverarbeitungsprozesses nach Datenerhebung beim Nutzer und ggf. der Speicherung sowie Auswertung von Nutzungsprofilen gemeint[403].

aa) Ein Fall der E-Privacy-Verordnung (Entwurf)?

Im Zusammenspiel zwischen der strengen E-Privacy-Verordnung (Entwurf) und der dazu relativ milderen DSGVO stellt sich zunächst die Frage, ob Targeting im Rahmen gezielter Werbeausspielung überhaupt dem Anwendungsbereich der E-Privacy-Verordnung (Entwurf) unterfällt. Anknüpfungspunkt könnte wiederum Art. 8 Abs. 1 der EPVO-E sein, der – wie oben[404] bereits zitiert – jede nicht vom Endnutzer selbst vorgenommene Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktionen seiner Endeinrichtung unter den Vorbehalt eines Rechtfertigungstatbestands stellt. Bei der Einblendung von Werbung während der Anzeige einer Webseite auf dem Gerät des Nutzers liegt der Gedanke nicht fern, dass hier eine Nutzung der Verarbeitungsfunktionen vorliegen könnte. Auch ist eine Speicherung denkbar, weil die Bild- oder Animationsdateien der Werbung im Cache des Browsers, mithin auf der Festplatte oder dem Arbeitsspeicher des Geräts, zumindest vorübergehend gespeichert werden.

Diese Umstände sind aber nicht spezifisch für das Targeting, sondern betreffen jede Art von Display-Werbung. Deshalb ginge eine Einbeziehung jeglicher Display-Werbung unter Art. 8 Abs. 1 der EPVO-E zu weit und ist auch in keiner Weise vom Verordnungszweck oder dem Willen des Verordnungsgebers gedeckt. Weil diese These aber „vom Ergebnis her" gedacht ist, bedarf es zur Begründung einer Anknüpfung an den Tatbestand der Norm, um Display-Werbung, sei sie durch Targeting individualisiert oder nicht, aus dem Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 der EPVO-E zu streichen. Naheliegender Ansatz ist, dass eine Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktionen des Geräts durch den Endnutzer selbst vorgenommen wird, indem er die Webseite aufruft. Dies wird man uneingeschränkt für solche Werbung vertreten können, die durch den Webseitenbetreiber

403 Siehe auch oben Ziffer B. I. 4. a) und III. 4. b).
404 Ziffer IV. 2. a), aa), (i).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

direkt ausgespielt wird, weil sie Teil des HTML-Codes der Webseite ist. Der Nutzer ruft schließlich die Webseite willentlich und unter Kenntnis von üblicherweise vorhandener Display-Werbung auf.

Kniffliger hingegen ist die Beurteilung von Werbung, die von Werbenetzwerken über Adserver auf der Webseite eingespielt werden. Gerade dies ist das hauptsächliche Anwendungsfeld von Targetingmaßnahmen. Hier hat der Nutzer beim Aufruf der Webseite streng genommen die Nutzung seiner Gerätefunktionen durch den Adserver bzw. das Werbenetzwerk nicht selbst vorgenommen. Der Nutzer hat eine bestimmte Webseite durch Eingabe der Domain oder Klick auf einen Link geöffnet. Er wünscht also den Abruf genau dieser Inhalte von dem durch die Domain gekennzeichneten Server. Dass gleichzeitig dazu von einem ganz anderen Server eine Internetkommunikation aufgebaut wird und somit die Verarbeitung und Speicherung der „fremden" Werbung initiiert, ist nur den wenigsten Nutzern bewusst. Fraglich ist insoweit, ob diese Nutzung durch das Werbenetzwerk gleichsam noch als im rechtlichen Sinne „vom Nutzer selbst vorgenommen" angesehen werden kann. Anknüpfungspunkt dafür ist, dass der Webseitenbetreiber durch Platzhalter im Quellcode der Webseite die Möglichkeit für das Werbenetzwerk geschaffen hat, um die Werbung einzuspeisen. Diese Frage führt aber konsequent weiter gedacht dazu, generell die Gestaltungsfreiheit von Webseitenbetreibern auf ihren eigenen Webseiten in Frage zu stellen. Soweit soll die Regelungswirkung der EPVO-E indes nicht gehen. Wenn der Nutzer eine Webseite aufruft, initiiert er also auch die etwaige Nutzung der Gerätefunktionen durch Dritte. Dem Webseitenbetreiber steht die Freiheit zu, Werbung durch entsprechende Netzwerke einzuspeisen.

Das abstrakte Tatbestandsmerkmal der „nicht vom Nutzer selbst vorgenommenen Nutzung der Geräte" betrifft folglich nicht die Ausspielung von Webseiten oder Teilen davon wie Display-Werbung. Es betrifft vielmehr unerwünschte Verfolgungswerkzeuge wie z. B. Spyware, Webbugs, versteckte Kennungen und Verfolgungs-Cookies (vgl. Erwägungsgrund 20 der EPVO-E). Diese erwartet der Nutzer bei Aufruf einer Webseite gerade nicht und sie werden ganz anders als Display-Werbung versteckt im Gerät untergebracht. Der schon beim Tracking angesprochene Umstand, dass diese Verfolgungswerkzeuge regelmäßig mit Display-Werbeanzeigen über Drittserver erst Einzug auf dem Gerät erhalten, führt nicht dazu, dass Targeting als isolierbarer Endpunkt des Datenverarbeitungsprozesses separat rechtfertigungsbedürftig wird. Vielmehr liegt es an den Werbenden, die Werbung ohne solche Werkzeuge auszuspielen.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Damit bleibt zunächst festzuhalten, dass Targeting durch die E-Privacy-Verordnung (Entwurf) nicht geregelt wird. Mit Blick auf das vorhergehende Tracking verfolgt die EPVO-E ein „Alles-oder-nichts"-Prinzip, d.h. wenn der Nutzer nicht verhindert, dass seine Daten über Trackingmaßnahmen erhoben werden, gibt er sie unwiderruflich aus der Hand. Eine Speicherung, Verarbeitung und Zusammenführung in Nutzungsprofilen ist deshalb nicht von weiteren Einwilligungen abhängig. Diese Maßnahmen sind zudem nicht nachträglich durch einen Widerruf zu verhindern[405]

bb) Beurteilung nach DSGVO

Bei der Prüfung, ob Targeting nach den Vorschriften der DSGVO zulässig ist, sind vor allem zwei Fragen von Bedeutung. Erstens muss ein Personenbezug vorliegen, weil sonst das Datenschutzrecht überhaupt nicht eingreift. Zweitens ist bei vorliegendem Personenbezug zu prüfen, auf welche Weise eine Erlaubnis der Datenverarbeitung hergeleitet werden kann. Hierzu stehen praktisch die Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO und die Wahrnehmung berechtigter Interessen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO zur Verfügung[406]. Im Folgenden werden diese beiden Fragen konkret mit Blick auf die einzelnen Targetingmethoden geprüft.

(i) Techniktargeting

Bei Targeting mit dem Kriterium, welche Hard- oder Software der Nutzer vorhält, handelt es sich um potentiell personenbezogene Daten. Der Umstand, welches Endgerät oder welche Software auf dem jeweiligen Gerät installiert sind, ist ein potentiell schutzfähiges Datum, da die DSGVO keine freien, ungeschützten Daten vorsieht[407]. Ein Teil dieser Information wird bei der Kommunikation zwischen Server und Client sowieso übermittelt. Nur die wenigsten Webseitenbetreiber werden aber über einen Server verfügen, der unmittelbar im Rahmen dieser Punkt-zu-Punkt Kommunikation eine passende Werbung ausspielen könnte. Vielmehr übernimmt diese Aufgabe regelmäßig ein Adserver des Werbenetzwerks. Damit diesem Adserver die notwendigen Infomationen über Hard- und Software

405 Schleipfer, ZD 2017, 460, 465.
406 Vgl. Schirmbacher, ITRB 2016, 274, 279.
407 Vgl. Gola, in: Gola, DSGVO, Art. 4, Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zukommen, kommt eine Weitergabe der Information über den Server des Webseitenbetreibers als „Intermediär" oder eine direkte Kommunikation zwischen Client des Nutzers und Adserver in Betracht. So oder so liegt regelmäßig eine Verbindung mit der – ggf. dynamischen – IP-Adresse des Nutzers vor, sodass ohne besondere Maßnahmen das Vorliegen personenbezogener Daten nicht ausgeschlossen werden kann. Alleine die Übertragung der Daten, die eine Zuordnung zum Nutzer ermöglicht, ermöglicht auch eine Auswertung dieser Daten zur Nutzung im Rahmen der zielgerichteten Werbung. So kann einem Apple Macbook Nutzer eine passende Werbung für Zubehör, für zum jeweiligen Betriebssystem passende Software oder für spezialisierte Reparaturdienstleister eingeblendet werden. Damit sind klassische Streuverluste vermieden, etwa wenn einem Mac Nutzer Werbung für Windows Rechner und Applikationen eingeblendet werden.

Theoretisch einfachster Weg für die Legitimierung dieser Targetingmethode ist die Einwilligung. Diese kann durch Browser-Opt-in bzw. Abfrage analog zu einem Cookiebanner eingeholt werden, soweit die Einwilligung freiwillig erteilt wird (Art. 7 Abs. 4 DSGVO) und eine ausreichende Information gegeben wird (Art. 13 DSGVO)[408].

Bei der Prüfung einer Rechtfertigung über die Wahrung berechtigter Interessen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO läuft es auf eine Interessenabwägung zwischen Nutzer und Werbenden hinaus, bei der es auch auf die vernünftigen Erwartungen der Betroffenen ankommt[409]. Berechtigte Interessen sind alle von der Rechtsordnung gebilligten wirtschaftlichen oder ideellen Interessen an der konkreten Datenverarbeitung[410]. Wenn nach Erwägungsgrund 47 der DSGVO Direktwerbung als berechtigtes Interesse angesehen wird, sollte dies ebenso für gezielte Onlinewerbung auf Grundlage rechtmäßig erhobener Informationen über die technische Umgebung beim Adressaten gelten. Unabhängig von nur schwer ermittelbaren Erwartungen der Nutzer hinsichtlich eines Techniktargetings, sind im Rahmen einer Interessenabwägung keine maßgeblichen Gründe erkennbar, die diese Form der Werbeausspielung für Nutzer unzumutbar machen würde. Der durchschnittliche Nutzer wird auch ein Interesse daran haben, Werbung für Dienstleistungen und Waren zu erhalten, die zum persönlichen Bedarf passen. Es dürfte vielmehr negativ auffallen, wenn die Werbung vollends unnütz für den eigenen Bedarf ist. Folglich ist die Wer-

408 Schirmbacher, ITRB 2016, 274, 276, 279.
409 Schirmbacher, ITRB 2016, 274, 276, 279.
410 Härting, DSGVO, Rn. 429f..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beausspielung durch Techniktargeting regelmäßig auch ohne Einwilligung rechtmäßig.

(ii) Geotargeting

Die Information über den aktuellen Ort einer Person, die mit einem internetfähigen Gerät ausgestattet ist, ist in aller Regel ein personenbezogenes Datum. Die geografische Lokalisierung der Nutzer erfolgt über die IP-Adresse ihres Geräts. Mit dieser Information ist eine Lokalisierung bis zum nächstgelegenen Einwahlknotenpunkt, meist einige hundert Meter genau, möglich. Bei mobilem Internetzugang erfolgt die Lokalisierung über die nächstgelegene Mobilfunkantenne[411]. Damit erfolgt die Datenerhebung in den vorgenannten Fällen nicht im Gerät des Nutzers und entzieht sich dem Anwendungsbereich der E-Privacy-Verordnung (Entwurf)[412]. Die Verknüpfung von Standort und IP-Adresse stellt aber den Personenbezug her. Deshalb ist die DSGVO anwendbar.

Wiederum ist eine Einwilligung das probate Mittel zur Legitimierung. Auf obige Ausführungen zum Techniktargeting wird verwiesen. Sicherster Weg ist, sowohl die Erhebung der Standortdaten als auch die Nutzung zu standortspezifischer Werbung von der Einwilligung legitimieren zu lassen.

Eine Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO kommt auch beim Geotargeting in Betracht. Im Rahmen einer Interessenabwägung ist hier die Sicht der Nutzer jedoch anders zu bewerten als beim Techniktargeting. Dem durchschnittlichen Nutzer könnte bei stark räumlich wirkender Werbung, vor allem auf Reisen, der Verdacht aufkommen, er werde verfolgt. Wenn etwa auf einer üblicherweise genutzten Webseite plötzlich Anzeigen für Restaurants oder Freizeitangebote für genau die Regionen angezeigt werden, in welcher sich der Nutzer gerade erstmalig aufhält, hinterlässt dies eher ein negatives Gefühl. Natürlich hat diese Form der Werbeadressierung auch Vorteile, da die Anzeigen gezielt sind und wiederum einen theoretisch akuten Bedarf betreffen. Das „Ausspionieren" des Standorts ist aber im Vergleich zur Analyse, welche Hardware ein Nutzer vorhält, ein weitaus intensiverer Eingriff in die Privatsphäre. Demnach liegt hier eine Abwägung zugunsten der Interessen der Nutzer nahe.

411 Ulmer, in: Ulmer-Eilfort/Obergfell, Verlagsrecht, Kapitel F., Rn. 211f..

412 Soweit Daten im Endgerät des Nutzers erhoben werden, ist unzweifelhaft das Einwilligungserfordernis nach Art. 8 Abs. 1 EPVO-E erfüllt und die entsprechenden Ausführungen gelten.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Andererseits ist Geotargeting nur schwerlich von der Datenerhebung trennbar. Nach § 28 Abs. 3 BDSG a.F. war die Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke der Werbung einwilligungspflichtig. Dies fällt mit der DSGVO weg, die kein Pendant für diese Norm vorhält. Die E-Privacy-Verordnung (Entwurf) mit ihrem Einwilligungserfordernis wird hingegen nur bei im Gerät des Nutzers erhobenen Daten gelten. Mangels Einwilligungserfordernis für die hier behandelten Geotargetingformen, kommt es maßgeblich auf die vernünftigen Erwartungen der Nutzer an. Diese variieren je nach genutztem Dienst erheblich. Bei der Nutzung einer Suchmaschine wie Google wird der Nutzer, gerade bei der Suche von Dienstleistungen, eine räumliche maßgeschneiderte Antwort erwarten, die auf Grundlage von Standortdaten erfolgt. So auch auf spezialisierten Webseiten wie etwa einer Webseite mit einer Suchfunktion für die nächstgelegene Notfallapotheke[413]. Generell ist Geotargeting also auf Webseiten mit räumlichem Bezug und Suchfunktionen ohne die manuelle Eingabe des Standortes zu erwarten. Dies sollte auf die übrige Display-Werbung auf der Webseite ausstrahlen. Anders liegt der Fall aber bei bundesweit bedeutsamen Webseiten wie Nachrichten- oder Multimediaportalen. Auch bei fremdsprachigen Webseiten mit unter Umständen anderer Top-Level-Domain als „.de“ wird der Nutzer die Abfrage von Standortdaten vernünftigerweise nicht erwarten, sondern die Nutzung solcher Daten als Verfolgung oder gar Spionage auffassen. Gerade im letztgenannten Beispiel käme es einer Vielzahl von Nutzern wohl „spanisch“ vor, wenn auf einer Webseite die über die spanische Fußballiga berichtet, eine Anzeige in deutscher Sprache vom Supermarkt um die Ecke eingeblendet wird.

Das Vorliegen der Gestattung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO sollte deshalb einzelfallbezogen und unter Einbeziehung der Datenerhebung beurteilt werden. Hier lauern kaum kalkulierbare Risiken für die Werbenden, sodass die Einwilligung wohl vorzugswürdig ist. Dies gilt umso mehr, weil die DSGVO für die Erlangung von Einwilligungen im Internet eher wirtschaftsfreundlich ausgestaltet ist. Ohne Einwilligung kann Geotargeting möglich sein, der Bereich denkbarer Fälle ist aber überschaubar.

413 Beispiel nach Schirmbacher, ITRB 2016, 274, 276.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(iii) Semantisches bzw. Keyword Targeting und Kontext-Targeting

Bei den Targetingmethoden, die auf den sprachlichen Bestandteilen einer Webseite basieren, stellen sich keine datenschutzrechtlichen Probleme, weil keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden.

Beim semantischen Targeting werden ganze Webseiten automatisch ausgewertet, indem der Text analysiert wird und Algorithmen den Bedeutungszusammenhang aus Wortkombinationen und Worthäufigkeiten unter Zuhilfenahme einer taxonomischen Datenbank ermitteln[414]. Der Text der Webseite besteht bereits bevor der Nutzer die Webseite aufruft und dies ist Anknüpfungspunkt der Werbung. Der Nutzer aktiviert durch seinen Besuch alleine die Ausspielung. Sie würde aber einem anderen Nutzer, der die Seite aufruft gleichermaßen angezeigt. Genauso das Kontext-Targeting, das bei Lichte betrachtet eine primitivere Form des semantischen Targetings darstellt und deshalb datenschutzrechtlich auch genauso zu behandeln ist.

Beim Keyword Targeting erfolgt die Verknüpfung von Werbung durch die Eingabe eines bestimmten Suchbegriffs durch den Nutzer. Hier ist zwar ein personalisierter Anknüpfungspunkt zu erkennen, schließlich muss der Nutzer erst einen bestimmten Begriff eingeben. Es kommt hierbei aber nicht auf den Nutzer in seiner speziellen Person an. Denn würde ein anderer Nutzer nach demselben Keyword suchen, würde auch ihm dieselbe Werbung angezeigt. Auch hier aktiviert der Nutzer die Werbeausspielung erst durch seine Suchanfrage, wobei der Auslöser für die Ausspielung nicht seine privaten Informationen wie Technik oder Standort sind, sondern das eingegebene Suchwort.

(iv) Verhalten-Targeting

Erhebliche Bedeutung für das Datenschutzrecht hat das Verhalten-Targeting, auch geläufig als „behavioral targeting“. Dies folgt daraus, dass sich diese Form des Targeting nicht damit begnügt, dass der Nutzer gewisse Informationen im Moment des Aufrufs einer Webseite Preis gibt, etwa die technische Ausstattung oder den Standort. Vielmehr ist für das Verhalten-Targeting von Bedeutung, was der Nutzer vor dem Aufruf der Webseite bereits getan hat. Hier wird aus dem Surfverhalten im Internet, also dem Besuch von und der Aktivität auf Webseiten, sowie der Durchführung von

414 Ulmer, in: Ulmer-Eilfort/Obergfell, Verlagsrecht, Kapitel F., Rn. 213.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Transaktionen, ein Bild des Nutzers gezeichnet, das den Algorithmus des Adservers dazu bewegt, eine bestimmte Werbung auszuspielen. Während andere Targetingmethoden in der Gegenwart operieren, kennt Verhalten-Targeting auch die Vergangenheit des Nutzers.

Bestes Beispiel ist das sog. Retargeting, mit dem ein Internetnutzer, der sich in einem Online Shop einen bestimmten Artikel angesehen oder sogar in seinen Warenkorb gelegt hat, in der Folgezeit mit Werbung zu diesem Artikel konfrontiert wird. Dies ist vor allem bei nicht abgeschlossenen Transaktionen verbreitet, führt aber auch manchmal nach einem abgeschlossenen Kauf eines Artikels zur Werbung gerade mit den gekauften Artikeln. In der Folgezeit sieht der Nutzer sehr oft Display-Anzeigen von den besuchten Webshops und den gesuchten Artikeln.

Dieses Phänomen lässt sich noch überbieten durch das „predictive behavioral targeting" (im Weiteren abgekürzt als „PBT"). PBT kennt nicht nur den Weg, den der Nutzer bereits hinter sich hat, es bezieht zudem die Vorhersage ein, wo der Nutzer hin möchte. Aus den vorhandenen historischen Daten wird durch Zusammenführung mit anderen Datensätzen zu dem bestimmten Nutzer oder zu vergleichbaren Nutzern bzw. durch Abgleich mit soziologischen Erkenntnissen, eine Vorhersage für Interessen des Nutzers getroffen[415]. Die Ausspielung der Werbung ist also Ergebnis einer Prognose eines Computerprogramms auf Grundlage ihm zur Verfügung stehender Informationen über die Person des Nutzers.

Verhalten-Targeting bzw. PBT sind somit der Arm der Datenkrake namens „Big Data", der die Internetwerbung im festen Griff hat. Es verwundert nicht, dass gerade an dieser Stelle der datenschutzrechtliche Schuh drückt. Grundlage dieses verhaltensbasierten Targetings sind Nutzungsprofile, in denen allerlei Daten gesammelt werden – also die Vergangenheit des Nutzers. Betrachtet man allein die eigene Aktivität auf alltäglichen Seiten wie Google oder Amazon, verwundert es kaum, dass die Betreiber allein auf Grundlage von Suchbegriffen in der Suchmaschine und aufgesuchten Waren im Online-Kaufhaus ein recht konturiertes Bild der eigenen Person haben. Bei registrierten Nutzern lässt sich dieses Bild direkt mit Klardaten verbinden, im Übrigen ist das Bild allein durch die IP-Adresse verschleiert.

Dieser Befund führt dazu, dass teilweise vertreten wird, dass jedes Datum, das ein Nutzer im Internet hinterlässt, als personenbezogen anzusehen sein soll[416]. Ob dieser radikale Ansatz zutreffend ist, soll an dieser

415 Hass/Willbrandt, Medienwirtschaft 2011, 12, 14ff..
416 Boehme-Neßler, DuD 2016, 419, 420ff..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Stelle offenbleiben. Festzuhalten ist, dass der Personenbezug der Daten in einem bereits angelegten Nutzungsprofil in vielen Fällen zu bejahen ist. Für Werbemaßnahmen im Internet war bis Mai 2018 § 15 Abs. 3 TMG zu beachten, wonach die Bildung von Nutzungsprofilen (nur) bei Verwendung von Pseudonymen für Werbung zulässig war. Diese Vorschrift findet allerdings keine Fortsetzung in der DSGVO[417]. Es gelten die allgemeinen Bestimmungen der DSGVO, das heißt entweder eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO oder die Wahrnehmung berechtigter Interessen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO können zur Zulässigkeit der Anlegung, Unterhaltung und vor allem der Auswertung von Nutzungsprofilen in Form des Verhalten-Targeting bzw. PBT führen. Die DSGVO stellt hier die gleichen Rechtfertigungsanforderungen für pseudonyme und personenbezogene Nutzungsprofile auf[418]. Ein einwilligungspflichtiges Profiling im Sinne von Art. 22 i.V.m. Art. 4 Nr. 4 DSGVO liegt jedenfalls nicht vor[419].

Bei der konkreten Prüfung der Rechtfertigung ist wiederum die Einwilligung in das Verhalten-Targeting bzw. PBT möglich. Praktisch dürfte es aber für die Werbenden schwierig sein, den Informationspflichten aus Art. 13 und den Erwägungsgründen 42, 60 DSGVO nachzukommen. Damit wird die Einholung einer Einwilligung, die nach Erwägungsgrund 30 DSGVO unter anderem in informierter Weise erfolgen soll, zur faktischen Hürde.

Deshalb wird es auch bei dieser Targetingmethode oft auf die Interessenabwägung im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO hinauslaufen. Und wieder werden auf der einen Seite das grundsätzlich schutzwürdige Interesse der Wirtschaft an Werbung und auf der anderen Seite die Interessen der Nutzer am Schutz ihrer Privatsphäre abzuwägen sein, wobei auf die vernünftigen Erwartungen der Nutzer abzustellen ist (vgl. Erwägungsgrund 47 DSGVO).

(1) Meinungsstand in der Literatur

In diesem Zusammenhang werden in der Literatur verschiedene Auffassungen vertreten, ob Verhalten-Targeting bzw. PBT ohne Einwilligung gerechtfertigt sein können. So wird zum Teil eine Rechtfertigung auf

417 Schulz, in: Gola, DSGVO, Art. 6, Rn. 81.
418 Schleipfer, ZD 2017, 460, 463.
419 Siehe oben Ziffer B. IV. 2. a), aa), ii).

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Basis von Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO abgelehnt[420]. Anders herum hält *Schirmbacher* eine Rechtfertigung für möglich, weil insbesondere bei Bannerwerbung seit Jahren in jeder verhaltensbezogen ausgespielten Anzeige eine Aufklärung durch die Werbenetzwerke, etwa durch das Informationsmodul „AdChoices"[421], erfolgt[422]. Vermittelnde Ansichten halten in Festhaltung an die alte nationale Rechtslage, die in § 15 Abs. 3 TMG fixiert war, eine Rechtfertigung dann für möglich, wenn nur pseudonyme Nutzungsprofile genutzt werden, Widerspruchsmöglichkeiten der Betroffenen und technisch-organisatorische Maßnahmen zur Verhinderung einer Zusammenführung von Pseudonym und Klardatum bestehen[423]. Allein diese Meinungsvielfalt zeigt, dass diese Frage mit hoher Wahrscheinlichkeit ultimativ erst vom EuGH geklärt werden wird.

(2) Stellungnahme

Nach hier vertretener Ansicht ist eine Rechtfertigung von Verhalten-Targeting und PBT im engen Rahmen durch die Wahrung berechtigter Interessen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO möglich. Dabei ist, wie von der DSGVO intendiert, ausgehend von den vernünftigen Erwartungen der Nutzer zu argumentieren. Für die Gegenwart der Online-Werbung führt dies dazu, dass eine Prüfung an der Akzeptanz der konkreten Targetingform auf den konkreten Webseiten durch die Nutzer auszurichten ist. Dabei sind maßgeblich zwei Fälle in den Blick zu nehmen. Im ersten Fall erfolgt das Verhalten-Targeting und PBT *innerhalb einer Webseite* bzw. einer *Gruppe offensichtlich verbundener Webseiten*. Der zweite Fall betrifft eben solche Targetingmaßnahmen, die *Webseiten übergreifend* auf diversen Online-Angeboten ohne eindeutig erkennbare organisatorische Verbindung wirken. Während im ersten Fall die Wahrung berechtigter Interessen möglich erscheint, wird der Internetnutzer eine Verfolgung mit gleicher Werbung über viele verschiedene Webseiten vernünftigerweise nicht erwarten und sich zu Recht verfolgt fühlen.

420 Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 666ff. unter Berufung auf die Stellungnahme 06/2014 der Art. 29-Gruppe zur Datenschutzrichtlinie, WP 217 vom 9.4.2014, S. 59f. und 86f..

421 Vgl. http://youradchoices.com/, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

422 Schirmbacher, ITRB 2016, 274, 279.

423 Schulz, in: Gola, DSGVO, Art. 6, Rn. 83f..; Weidert/Klar, BB 2017, 1858, 1862.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ein Beispiel für den ersten Fall dürften dabei Online-Dienstleister wie Google sein, die verschiedene Angebote vorhalten. So betreibt Google neben der Suchmaschine auch den Kartendienst „Google Maps", kostenlose Dienste für E-Mail-Adressen und die Videoplattform YouTube – um nur die berühmtesten Dienste zu nennen. Innerhalb dieses Konglomerats dürfte es für Internetnutzer vernünftigerweise zu erwarten sein, dass Google Nutzerprofile anlegt und diese Erkenntnisse für die Werbeausspielung nutzt. Das Interesse an der Wahrung der eigenen Privatsphäre kann jeder Nutzer dabei auch durch vielfältige Einstellungen wahren[424]. In diesem Rahmen kommt dem berechtigten Interesse an der Ausspielung von Werbung gerade auch vor dem Hintergrund der praktisch wertvollen Dienste der höhere Wert zu und überwiegt das Interesse der Nutzer daran, nicht personalisiert angesprochen zu werden. Das gleiche dürfte auch für Anbieter von einer Vielzahl von Online-Angeboten gelten, seien es Apple, Amazon oder eBay.

Unter der neuen Rechtslage kritischer ist der zweite Fall. Dies betrifft vor allem die zentrale Ausspielung von Werbung über Adserver. Werbeflächen auf Webseiten sind in der Regel nur Platzhalter, die von den Adservern der Werbenetzwerke ausgefüllt werden. Deshalb ist es möglich, dass Informationen aus Nutzungsprofilen, die aus dem Besuch von bestimmten Webseiten gespeist werden, zur Ausfüllung der Leerflächen auf anderen Webseiten genutzt werden. Auch hier kommt wieder Google eine Hauptrolle zu. Das Google-Werbenetzwerk „AdWords", das zu den größten weltweit gehört, kann auf die von Google im Rahmen ihrer Seiten angelegten Nutzungsprofile, die durch eigenständig gesammelte Daten gespeist werden, zugreifen und Verhalten-Targeting bzw. PBT außerhalb der Google Seiten ausführen. Hinzu kommt, dass durch die enorme Verbreitung von Google als Werbedienstleister[425] auch Daten aus Myriaden von drittbetriebenen Webseiten zur Fütterung von Nutzungsprofilen genutzt wird. Dies werden durchschnittliche Nutzer regelmäßig nicht erwarten. Die Zusammenhänge der Werbeindustrie sind nicht derart allgemein bekannt, dass Nutzer vernünftigerweise damit rechnen müssen, von Google auf praktisch jeder externen Webseite verfolgt zu werden.

Insbesondere ist überdies das Interesse der Werbetreibenden an Werbung gegen das Interesse der Nutzer, nicht auf einer beliebigen Webseite

424 Vgl. https://privacy.google.com/take-control.html?categories_activeEl=sign-in, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

425 Vgl. https://t3n.de/news/werbemarkt-online-wachsen-fast-882858/, zuletzt abgerufen am 30.5.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit dem Verhalten auf anderen Webseiten konfrontiert zu werden, abzuwägen. Diese Abwägung geht hier zugunsten der Nutzer aus. Die Konfrontation etwa mit Werbung, die zu kürzlich „gegoogleten" Suchbegriffen oder Produkten passt, auf nicht mit Google unmittelbar verbundenen Webseiten hinterlässt ein Verfolgungsgefühl beim Nutzer. Dies wird umso stärker bei Retargeting von Produkten, die der Nutzer in einem Online-Shop zwar zunächst ausgewählt hat, sich dann aber gegen einen Kauf entschieden hat. Vor allem dann, wenn die Werbung nach Stunden oder Tagen auf Webseiten eingeblendet wird, die offensichtlich thematisch unterschiedlich sind und von anderen Webseitenbetreibern stammen. Man wird diese beiden Arten der Werbeausspielung nicht mit dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO in Einklang bringen können. Berechtigte Interessen können die Zulässigkeit der grundsätzlichen Datennutzung zu Werbezwecken als Geschäftsmodell decken. Nicht erfasst ist aber die Hochleistungsdatennutzung zur absoluten Optimierung von Konzerngewinnen auf dem Rücken teils nichtsahnender Nutzer. Die verbreitete Anwendung von Verhalten-Targeting und PBT durch Werbenetzwerke quer durch das World Wide Web, nicht nur durch Google, sondern auch durch andere Werbenetzwerke, ist demnach unter der Geltung der DSGVO nur mit Einwilligung zulässig. Diese Einwilligung muss auf der Webseite – etwa durch eine Art Cookiebanner – eingeholt werden und dort muss ausdrücklich auf die Einbindung des Werbenetzwerks hingewiesen werden. Auch ist eine hinreichende Aufklärung über die Zusammenhänge notwendig.

Von diesen beiden Fällen zu unterscheiden ist das Cross-Device-Targeting, bei dem die aus den Nutzungsprofilen gewonnenen Erkenntnisse für Werbung auf mehreren Endgeräten genutzt werden. Genauso wie das Cross-Device-Tracking auf der Ebene der Erhebung kritisch zu bewerten ist, ist die identische Ausspielung von Werbung auf mehreren Geräten wie etwa PC und Smartphone nicht von den vernünftigen Erwartungen der Nutzer gedeckt und erweckt den Verdacht hochgradiger Verfolgung. Der darin zu erkennende Eingriff in die Privatsphäre ist so erheblich, dass das Interesse an der Werbung nicht überwiegen kann. Auch hier ist also eine Rechtfertigung nur über eine Einwilligung möglich.

Der ausdrückliche Verweis der DSGVO auf die vernünftigen Erwartungen der Nutzer wirft eine weitere Frage auf: wie ist die Beurteilung der Wahrung berechtigter Interessen auf Grundlage der Nutzererwartungen mit der Weiterentwicklung von Targetingmaßnahmen und einer Änderung der Nutzererwartungen in Einklang zu bringen? Die vernünftigen Erwartungen können immer nur eine Momentaufnahme darstellen. Wenn

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die DSGVO aber die Beurteilung auf eben diese Momentaufnahme stützt, verwehrt sie in konsequenter Anwendung eine Entwicklung der Erwartungen außerhalb der Einholung von Einwilligungen. Wenn aber sowieso eine Einwilligung eingeholt werden muss, ist der Rückgriff auf die Wahrung berechtigter Interessen uninteressant und läuft auf Dauer leer. Eine Änderung der Nutzererwartungen kann faktisch nur durch transparente Aufklärung der Nutzer erfolgen – wie sie im Rahmen von Einwilligungen sowieso notwendig ist. Erst wenn es der großen Mehrheit der Nutzer bewusst ist, dass ihr Verhalten auf bestimmten Webseiten zu personalisierter Werbung auf beliebigen anderen Seiten führt, könnte eine Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO in Betracht kommen. Folglich kann theoretisch nach längerer Zeit der Einholung von Einwilligungen eine Etablierung der Targetingmaßnahmen eintreten, die sodann eine alternative Anwendung der Wahrung berechtigter Interessen möglich macht. Neue Targetingmethoden, die allerdings noch nicht bekannt sind, müssten immer erst eine Phase der Einwilligungspflicht durchlaufen. Die Regelung in der DSGVO ist demnach nicht sehr innovationsfreundlich.

Mit Blick auf die übrigen Stimmen in der Literatur und deren Ansatzpunkte ist etwa *Schirmbacher* zu entgegnen, dass die Aufklärung in den Werbebannern bei den meisten Nutzern unbekannt ist und deshalb nicht zu einer Prägung der vernünftigen Erwartungen führt. Die kleinen Symbole in den Werbebannern und ähnlichen Werbeformen werden nur selten als Möglichkeit zur Steuerung der Werbeausspielung oder profunde Aufklärung identifiziert und genutzt. *Schulz* ist zu entgegnen, dass er die alte deutsche Rechtslage ohne schriftliche Grundlage weiterführen möchte und damit dem Willen des Verordnungsgebers widerspricht, dem die deutsche Regelung im Gesetzgebungsverfahren bekannt war. Der „deutsche Weg" zu Nutzungsprofilen wurde aber gerade nicht gewählt. Deshalb ist der europäische Weg genuin zu beschreiten, was nicht mit der Devise „weiter so wie gehabt" möglich sein wird. Ein im Übrigen vertretener genereller Ausschluss der Möglichkeit des Eingreifens von Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO ist zu pauschal und bei einer Generalklausel nicht vertretbar. Wie aufgezeigt, existieren Situationen, die erlaubt sein sollen. Dies ist auch vom Verordnungsgeber gewollt, sonst wäre keine offene Klausel mit Interessenabwägung in den Rechtfertigungsgrundkatalog von Art. 6 DSGVO eingefügt worden.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(v) Soziales Targeting

Soziales Targeting stellt sozusagen das „All-Inclusive"-Paket der vorgenannten Targetingmethoden dar. Die Verhaltenskomponente kann durch eindeutige „gefällt mir"-Angaben zweifelsfrei analysiert werden. Hinzu kommt eine Prise Geotargeting, was vor allem bei der Nutzung von mobilen Geräten eine genaue Lokalisation ermöglicht. Zuletzt verfügen Anbieter sozialer Netzwerke noch über genaueste Informationen über Alter, Geschlecht und Herkunft der Nutzer, weil diese bei der Anmeldung angegeben wurden. Demnach stellen sich auch bei dieser Targetingform ähnliche Fragen wie beim PBT.

Soziales Targeting hat aber eine Besonderheit im Vergleich zu den vorgenannten Targetingmethoden auf frei zugänglichen Webseiten: der Nutzer hat sich mit seiner Anmeldung bestimmten Nutzungsbedingungen unterworfen. Im Rahmen der Nutzungsbedingungen ist es möglich, eine datenschutzrechtliche Einwilligung für soziales Targeting festzuschreiben. Dies ist sogar nachträglich möglich durch einseitige Änderung der Nutzungsbedingungen, die durch die bloße Weiternutzung anerkannt werden. Doch selbst wenn die Nutzungsbedingungen nicht ausreichend sein sollten[426], können sich Anbieter von sozialen Netzwerken im Rahmen ihrer Plattform ebenso gut auf die Wahrung berechtigter Interessen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO berufen wie Google im Rahmen ihrer nicht unbedingt von einer Anmeldung abhängigen Plattformen.

Probleme bereitet wiederum ein Targeting außerhalb der eigenen Plattform. Auch Facebook hält etwa ein eigenes Werbenetzwerk vor, dass auf die Informationen aus dem Netzwerk zugreift und auf anderen Webseiten Targeting betreibt[427]. Hier existieren dieselben Probleme wie beim Verhalten-Targeting, weshalb auch hier eine Einwilligung zu fordern ist und keine Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO in Betracht kommt.

426 Facebook formulierte in den Nutzungsbedingungen vor der Neufassung im Jahr 2018 insoweit eher schwammig: „Unser Ziel ist es, Werbeanzeigen und andere kommerzielle bzw. gesponserte Inhalte, die für unsere Nutzer und Werbetreibende wertvoll sind, zur Verfügung zu stellen.", vgl. https://www.facebook.com/legal/terms, abgerufen am: 20.1.2018. Die zur Zeit des Abschlusses dieser Arbeit aktuelle Fassung enthält keine Einräumung einer ausdrückliche Einwilligung, vgl. https://www.facebook.com/legal/terms, zuletzt abgerufen am: 30.5.2019.

427 Vgl. Lammenett, Praxiswissen Online Marketing, S. 321ff..

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(vi) Zusammenfassung zum Targeting

Targeting auf Grundlage von personenbezogenen Daten bedarf der Rechtfertigung durch Einwilligung oder durch die Wahrung berechtigter Interessen. Nachfolgend wird zusammengefasst für welche Maßnahmen, welche Rechtfertigungsgründe möglich sind.

Eine Rechtfertigung ohne Einwilligung, sondern nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO, mithin unter einfacheren faktischen Voraussetzungen kommt in Betracht für:

- Techniktargeting,
- Geotargeting auf Webseiten mit räumlichem Bezug und Suchfunktionen ohne die manuelle Eingabe des Standortes,
- Verhalten-Targeting und „predictive behavioral targeting" innerhalb von verbundenen Webangeboten, wenn die Daten vom Betreiber selbst gesammelt werden.

Eine Rechtfertigung allein mit Einwilligung ist für folgende Targetingmethoden erforderlich:

- Geotargeting auf Webseiten ohne lokale Bezüge,
- Verhalten-Targeting und „predictive behavioral targeting" über Werbenetzwerke auf Webseiten, die nicht zur erhebenden Stellen gehören,
- Cross-Device-Targeting.

c) Lauterkeitsrechtliche Aspekte von Tracking und Targeting

Verbunden mit den datenschutzrechtlichen Problemen, die dem Tracking und Targeting anhaften, sind lauterkeitsrechtliche Aspekte, die beim unrechtmäßigen Gebrauch dieser Technologie zu beachten sind. Bei Nichteinhaltung der lauterkeitsrechtlichen Anforderungen sind somit Unterlassungsansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG möglich. Dadurch könnten Webseitenanbieter beim Einsatz von Tracking und Targeting nicht nur vertikal durch die zuständigen staatlichen Stellen im Datenschutzrecht, sondern auch im horizontalen Verhältnis von Mitbewerbern oder Wettbewerbs- und Verbraucherschutzvereinen kontrolliert werden. Die Letztgenannten können sich dabei theoretisch auf drei Tatbestände stützen: Rechtsbruch gemäß § 3a UWG, Irreführung nach § 5 UWG und vergleichende Werbung gemäß § 6 UWG.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Rechtsbruch, § 3a UWG

Kern der Prüfung eines Rechtsbruchs nach § 3a UWG ist, ob eine gesetzliche Vorschrift vorliegt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln (sog. Marktverhaltensregelung). Ob eine Norm eine Marktverhaltensregelung enthält, ist durch Auslegung zu ermitteln. Die Frage ist zu bejahen, wenn die in Frage stehende Norm zumindest auch den Schutz der Interessen der Marktteilnehmer bezweckt, mag sie auch in erster Linie die Interessen der Allgemeinheit im Auge haben[428].

Bei der Prüfung, ob Tracking oder Targeting einen lauterkeitsrechtlichen Rechtsbruch darstellen können, ist demnach auf erster Stufe zu prüfen, ob die einschlägigen Normen überhaupt als Marktverhaltensregelungen anzusehen sind. Sowohl für Tracking als auch für Targeting ist Art. 6 DSGVO zu untersuchen. Für Tracking ist dabei speziell Art. 8 der EPVO-E in den Blick zu nehmen.

(i) Art. 6 DSGVO = Marktverhaltensregelung?

Bei der Frage, ob Art. 6 DSGVO eine Marktverhaltensregelung darstellt, ist nicht nur die punktuelle Norm in den Blick zu nehmen, sondern insgesamt das Verhältnis zwischen Datenschutzrecht und Lauterkeitsrecht zu betrachten. Nach alter Rechtslage unter dem BDSG a.F. war umstritten, ob die Vorschriften des Gesetzes den Schutz der Verbraucher als Marktteilnehmer oder lediglich dem grundrechtlichen Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen dienen[429]. Unter Geltung der DSGVO ist dieser Streit wieder neu entfacht worden. Die DSGVO sieht nämlich in Art. 77 – 84 ein ausdifferenziertes System von Rechtsbehelfen, Haftungsregeln und Sanktionen vor, das nur an einer Stelle eine Abweichungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten enthält. Daraus folgerte *Köhler* bereits vor Inkrafttreten der DSGVO, dass Verstöße gegen die DSGVO nicht über § 3a UWG zu ahnden sind, weil die Vorschriften der DSGVO eine abschließende Regelung darstellen[430].

428 Vgl. OLG Köln, Urteil vom 28.4.2017 – 6 U 152/16, GRUR 2017, 1048, Rn. 33 mit Verweis auf Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a, Rn. 1.61, 1.64.
429 Vgl. Podszun/de Toma, NJW 2016, 2987, 2989ff..
430 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a, Rn. 1.40a-i, 1.74b.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In der Zeit unmittelbar vor und nach Inkrafttreten der DSGVO entbrannte sodann ein veritabler Streit in Rechtsprechung und Literatur darüber, ob DSGVO Verstöße über § 3a UWG zu ahnden sind und deshalb als rechtliche Grundlage für Abmahnungen im Wettbewerb dienen können. Dies lehnten insbesondere der Bearbeiter[431] und *Köhler*[432] ab. Ebenfalls dieser Ansicht schlossen sich das LG Bochum[433], das LG Wiesbaden[434] und *Baumgartner/Sitte*[435] an. Auf der anderen Seite vertreten *Wolff*[436], *Laoutoumai/Hoppe*[437], *Schreiber*[438] und die OLGe Hamburg[439] sowie Naumburg[440], dass DSGVO Vorschriften die Eignung zur Marktverhaltensregelung nicht generell abgesprochen werden könne.

Da die Diskussion das Potential hat, eine endgültige Klärung durch den EuGH herauszufordern und die Diskussion außerhalb dieser Arbeit bereits ausführlich geführt wird, soll an dieser Stelle nur kurz darauf hingewiesen werden, dass im Ergebnis der erstgenannten Ansicht der Vorzug einzuräumen ist. Eine Anwendung des § 3a UWG in Verbindung mit DSGVO Vorschriften scheidet aus. Das ausdrücklich angeordnete systematisch abgeschlossene Rechtsbehelfssystem ist nicht durch deutsches Wettbewerbsrecht zu erweitern. Es besteht kein zwingender Bedarf dafür, die Normen der DSGVO als Marktverhaltensregelungen im Rahmen des § 3a UWG anzusehen. Denn dies würde praktisch vorwiegend dazu führen, dass nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG neben den in § 3 UKlaG genannten Stellen auch Mitbewerber in die Lage versetzt würden, Verstöße gegen Datenschutzrecht im eigenen Namen und ohne Auftrag des Betroffenen geltend zu machen. Dies widerspricht aber der eindeutigen Anordnung in Art. 79, 80 DSGVO.

Verstöße gegen Art. 6 DSGVO können nicht als Verstöße gegen eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG angesehen werden. Eine beschränkte horizontale Kontrolle der Webseitenanbieter, die sich Tracking- und Targetingmaßnahmen bedienen, ist ohne Einbindung von

431 WRP 2018, 790.
432 WRP 2018, 1269; ZD 2018, 337.
433 LG Bochum, Urteil vom 7.8.2018 – I-12 O 85/18, ZD 2019, 39.
434 LG Wiesbaden, Urteil vom 5.11.2018 – 5 O 214/18, K&R 2019, 281.
435 ZD 2018, 555.
436 ZD 2018, 248.
437 K&R 2018, 533.
438 GRUR-Prax 2018, 371.
439 OLG Hamburg, Urteil vom 25.10.2018 – 3 U 66/17, ZD 2019, 33.
440 OLG Naumburg, Urteil vom 7.11.2019 – 9 U 6/19, WRP 2020, 110; Urteil vom 7.11.2019 – 9 U 39/18, WRP 2020, 114.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

staatlichen Stellen nur durch Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht über § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG möglich. So können durch § 3 UKlaG i.V.m. Art. 80 Abs. 2 DSGVO ermächtigte Organisationen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche durchsetzen wie es durch § 5 UKlaG i.V.m. § 12 UWG klargestellt wird.

(ii) Art. 8 E-Privacy-Verordnung (Entwurf) = Marktverhaltensregelung?

Die E-Privacy Verordnung (Entwurf) hingegen unterscheidet sich in ihrer Regelung der Rechtsbehelfe von der DSGVO. Eine dem Art. 80 DSGVO vergleichbare Regelung für die Ermächtigung von Verbänden enthält die EPVO-E nicht. Stattdessen regelt Art. 21 EPVO-E, dass jeder Endnutzer Klage erheben bzw. Antrag auf einstweilige Verfügung stellen kann. Dies wird durch den in Art. 21 Abs. 1 EPVO-E enthaltenen Verweis auf Art. 79 DSGVO deutlich. In Art. 21 Abs. 2 EPVO-E wird zudem natürlichen oder juristischen Personen, die nicht als Endnutzer anzusehen sind, ein Recht gewährt, gerichtlich vorzugehen, wenn sie durch Verstöße gegen die EPVO-E beeinträchtigt werden. Als Beispiel („*einschließlich*“) nennt die Norm die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste, die ihre berechtigten Geschäftsinteressen schützen wollen.

Es stellt sich die Frage, wie Art. 21 Abs. 2 EPVO-E im existierenden deutschen Rechtsschutzsystem einzuordnen ist. Da die Verordnung unmittelbare Wirkung hat, wird man aus Art. 21 Abs. 2 EPVO-E in Verbindung mit den einzelnen Verboten, etwa Art. 8, einen Anspruch von „Nicht-Endnutzern“ auf Unterlassung und Beseitigung folgern müssen. Problematisch ist dabei jedoch, dass die EPVO-E sehr vage bleibt und lediglich von einem gerichtlichen Vorgehen spricht. Darin ist keine dem deutschen Rechtssystem entsprechende ausdrückliche Anspruchsgrundlage zu erkennen, die Umfang und Grenzen des Anspruchs deutlich macht. Ein auf Art. 21 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EPVO-E gestützter Anspruch ist bedenklich unbestimmt.

Eine Möglichkeit zur Aufhebung dieser Unbestimmtheit ist die Anerkennung der Regeln der E-Privacy Verordnung als Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG. Dies wäre auch der deutschen Rechtslage bis Mai 2018 nicht fremd. Denn insbesondere die datenschutzrechtlichen Vorschriften zu Nutzungsprofilen in §§ 12-15 TMG wurden von Gerichten

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

als Marktverhaltensregelungen eingeordnet[441]. Mit dieser Lösung würde Art. 21 Abs. 2 EPVO-E allerdings nur teilweise verwirklicht. Denn wegen § 8 Abs. 3 UWG sind für Ansprüche aus §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 3a UWG nur Mitbewerber und bestimmte Verbände aktivlegitimiert. Damit ist nicht gewährleistet, dass alle natürlichen und juristischen Personen, die nicht Endnutzer sind, eine effektive Möglichkeit zur Klage haben. Gleiches gilt für eine Anwendung von § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG, weil auch hier nur Verbände Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche erhalten.

Nicht alle der von Art. 21 Abs. 2 EPVO-E genannten Personen werden aber die Anforderungen von § 3 UKlaG bzw. § 8 Abs. 3 Nr. 2-4 UWG erfüllen oder als Mitbewerber im Sinne von §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG anzusehen sein. Die Voraussetzung des berechtigten Interesses laut Art. 21 Abs. 2 EPVO-E wird man insoweit nicht mit einem konkreten Wettbewerbsverhältnis gleichsetzen können. Das berechtigte Interesse kann auch andere, ggf. sogar immaterielle oder populare Interessen, erfassen. Die Fälle, die nicht bereits durch UKlaG und UWG abgedeckt werden, können dann dogmatisch über § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB analog gelöst werden. Die notwendige Rechtsgutsverletzung als „sonstiges Recht" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ergäbe sich dabei potentiell aus dem jeweils einschlägigen Verbot sowie Art. 21 Abs. 2 EPVO-E. Bedenken löst bei dieser Lösung jedoch aus, dass hiermit datenschutzrechtliche Regelungen in den Stand der quasi-absoluten Rechte erhoben würden. Diese lassen sich nur dann auflösen, wenn man einen gedanklichen Umweg über das allgemeine Persönlichkeitsrecht, genauer auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, nimmt[442]. Die Regelung in der EPVO-E lässt sich dabei als konkrete Ausgestaltung dieser Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes qualifizieren und verfügt mithin über ausreichende rechtliche Qualität, die eine Anwendung des Deliktsrechts trägt. Im Übrigen ist eine Anwendung über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB analog denkbar. Insoweit wäre Art. 8 EPVO-E ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz. Wenn die Norm nämlich bereits als

441 Vgl. OLG Köln, Urteil vom 11.3.2016 – 6 U 121/15, GRUR-RR 2016, 284; LG Düsseldorf, Urteil vom 9.3.2016 – 12 O 151/15, MMR 2016, 328. Das OLG Düsseldorf hat den Fall des LG Düsseldorf dem EuGH mit der Frage vorgelegt, ob auch gemeinnützige Verbände nach der Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG) klagebefugt sein sollen, vgl. Vorlagebeschluss vom 19.1.2017 – I-20 U 40/16, GRUR 2017, 416. Das Verfahren ist beim EuGH anhängig unter dem Aktenzeichen C-40/17.

442 Mann, in: Spindler/Schuster, § 823 BGB, Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Marktverhaltensregelung anzusehen ist, gilt dies erst recht für die Einordnung als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB.

Demnach sollte Art. 8 EPVO-E, anders als die Vorschriften der DSGVO, als Marktverhaltensregelung angesehen werden, die zu einem Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 3a UWG führen kann.

(iii) Die übrigen Voraussetzungen von § 3a UWG

Im Übrigen muss gegen die festgestellte Marktverhaltensregelung verstoßen worden sein, was im Einzelfall Tatfrage sein wird. Letzte Voraussetzung ist die Eignung des Verstoßes zur spürbaren Beeinträchtigung der Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern. Der Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung indiziert jedoch im Regelfall die Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung[443].

Zu dem letztgenannten Merkmal ist aus aktuellem Anlass noch ein Gedanke anzuführen. Im Rahmen des § 5a UWG, für den nach alter Fassung des UWG bis Dezember 2015 über die Verbindung mit § 3 UWG a.F. die gleichlautende Spürbarkeitsvoraussetzung galt, hat der BGH für den Bereich der Informationspflichten auf unionsrechtlicher Grundlage kürzlich die Geltung dieser tatsächlichen Vermutung ausdrücklich ausgeschlossen. Jedoch verbleibe eine sekundäre Darlegungslast des Verletzers, eine tatsächliche Grundlage für die fehlende Spürbarkeit vorzubringen[444]. Im Bereich des Rechtsbruchtatbestandes von § 3a UWG sollte aber auch weiterhin an der tatsächlichen Vermutung festzuhalten sein. Die Rechtsprechung aus der *Komplettküchen*-Entscheidung sollte keine Anwendung finden, da § 3a UWG anders als § 5a UWG nicht auf der UGP-Richtlinie beruht und die Argumente des BGH maßgeblich auf der Umsetzung eben dieser Richtlinie beruhen.

bb) Irreführung, § 5 UWG

Im Zusammenhang mit Tracking und Targeting ist auch eine Irreführung des durchschnittlichen Internetnutzers möglich. Im Jahr 2016 hat

443 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a, Rn. 1.112.

444 BGH, Urteil vom 2.3.2017 – I ZR 41/16, GRUR 2017, 922, Rn. 31ff. – *Komplettküchen*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der BGH zum Geotargeting entschieden, dass eine Bannerwerbung eines regional tätigen Kabelnetzbetreibers, die auf bundesweit frequentierten Internetportalen ausgespielt wird und über Geotargeting nur Nutzer im Verfügbarkeitsgebiet anzielt, eine unlautere Irreführung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellt, wenn sie bei Nutzern außerhalb dieses Gebiets angezeigt wird und keinen Hinweis auf die räumliche Begrenzung enthält[445]. Die Täuschung der Verbraucher bezog sich dabei auf die räumliche Verfügbarkeit der Dienstleistung, da das Gericht durch die Werbung den Eindruck gewann, die Dienstleistung sei bundesweit verfügbar.

Neben diesem Befund enthält das Urteil zudem drei bemerkenswerte Aussagen zur Werbung im Internet, die auch für zukünftige, anders gelagerte Fälle Bedeutung erlangen können. Erstens, es bestehe ein Unterschied zwischen dem Vorhalten einer bundesweit aufrufbaren Webseite und einer aktiven Werbung auf fremden Webseiten. Während das passive Bereithalten der Webseite nicht geeignet ist, einen Verbraucher irrezuführen[446], kann die Trägerwebseite der Werbung einen immanenten Aussagegehalt zuweisen. So etwa im oben gekennzeichneten Fall die bundesweite Verfügbarkeit auf bundesweit tätigen Portalen wie spiegel.de. Zweitens, eine Ungenauigkeit der Targetingmaßnahme, die zu einer Ausspielung der Werbung an nicht angezielte Nutzer führt, ist relevant, d.h. sie ist geeignet, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Im Streitfall konnte das Gericht eine Fehlerquote der Targetingmaßnahme von 5 % annehmen und hielt dies für ausreichend, um die Marktrelevanz zu bejahen. Um die Fehlerquote in ein Verhältnis zur analogen Welt zu setzen, führte der BGH zudem aus, dass eine relevante Irreführung auch dann vorliege, wenn ein beworbenes Produkt eines Filialbetriebs nur in einer von 100 Filialen dieses Unternehmens nicht verfügbar sei. Hinzu komme, dass im Streitfall diese Fehlerquote schon bei Beauftragung der Werbung bekannt und durch den Werbenden bewusst in Kauf genommen worden sei. Drittens und abschließend, stehe das Aufsuchen einer Webseite mit unmittelbarer Bestellmöglichkeit dem Betreten eines stationären Geschäfts gleich. Deshalb ist schon der Klick auf eine Bannerwerbung von dem Begriff der geschäftlichen Entscheidung im Sinne von § 5 UWG erfasst[447].

---

445 BGH, Urteil vom 28.4.2016 – I ZR 23/15, GRUR 2016, 1073 – *Geo-Targeting*.

446 Vgl. Rehart, MMR 2016, 683, 684.

447 Vgl. EuGH, Urteil vom 19.12.2013, Rs. C-281/12, GRUR 2014, 196 – *Trento Sviluppo*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Urteil wurde in der Literatur mit Zustimmung bedacht[448], wobei eine Auseinandersetzung über den konkreten Fall hinaus nicht erfolgte. Klarzustellen ist, dass die Erhebung von Standortdaten und deren Nutzung zur standortbasierten Werbung als solche nicht unlauter sind. Geotargeting ist vielmehr die Möglichkeit, das Internet auch für räumlich begrenzt verfügbare Waren und Dienstleistungen effektiv werblich zu nutzen. Ohne Geotargeting wäre die Werbung eines rein lokal tätigen Unternehmens auf einer bundesweiten Webseite gegebenenfalls irreführend, weil es den Eindruck bundesweiter Verfügbarkeit erwecken kann. Das Urteil des BGH stellt insoweit jedoch fest, dass der Einsatz von Geotargeting allein nicht einen Hinweis auf die Verfügbarkeit der Dienstleistung in der Werbung selbst entbehrlich macht und zwar wegen der bekannten Ungenauigkeiten und Fehlerquoten. Eine zuverlässigere Ausgestaltung von Geotargeting könnte einen solchen Hinweis zukünftig vielleicht entbehrlich machen. Es lässt sich insgesamt festhalten, dass der Einsatz der (aktuellen) Technik den Werbenden nicht von einer transparenten Anzeigengestaltung befreit. Der Werbende darf sich (noch) nicht allein auf die Technik verlassen.

Interessant ist die Frage, ob aus der *Geo-Targeting*-Entscheidung ein allgemeines Konzept für Targeting entwickelt werden kann. Aufhänger für den Rechtsstreit war die räumliche Verfügbarkeit der beworbenen Ware, welche ein ausdrücklich genanntes Regelbeispiel in § 5 Abs. 1 UWG ist. Aus dieser leicht erkennbaren Situation wurde dann festgestellt, dass bewusst in Kauf genommene Streuverluste einer nicht ausreichend aufklärenden Online-Anzeige durchaus zu einer Irreführung führen können. Eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung zum Geotargeting ist vor allem auf das Techniktargeting denkbar. Im konstruierten Fall einer gezielt ausgespielten Werbung, die als Targetingkriterium das Bestehen bestimmter Hardware beim Nutzer hat, wären hier die Regelbeispiele der Zwecktauglichkeit oder Verwendungsmöglichkeit aus § 5 Abs. 1 UWG als Anknüpfungspunkt der Irreführung heranzuziehen. Wird also die Anzeige für ein spezifisches Produkt, das nur zu der angezielten Hardware passt, an Inhaber anderer Hardware ausgespielt und lockt die Anzeigen diesen falsch ausgewählten Nutzer auf einen entsprechenden Online-Shop, ist streng genommen ebenfalls von einer unlauteren Irreführung auszugehen. Der Werbende müsste also den Hinweis auf die Beschränktheit seiner Ware auf bestimmte Hardware in der Anzeige aufnehmen.

448 Rehart, MMR 2016, 683, 684.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hingegen ist diese Konstellation bei den Formen des semantischen Targetings nicht einschlägig, weil hier anders als beim Standort oder der Hardware kein individualisiertes Targeting erfolgt, sondern lediglich kontextsensitiv geworben wird. Es ist nicht denkbar, dass durch die Positionierung der Werbung eine ausreichende Spezialisierung des Publikums eintritt, die zum Weglassen gewisser Informationen in einer Anzeige berechtigen.

Beim Verhalten-Targeting bzw. PBT kann an eine Vielzahl von Kriterien angeknüpft werden, je nach früherem Verhalten des Nutzers im Netz. Der Möglichkeit, Streuverluste zu vermeiden, steht aber gleichermaßen die Gefahr gegenüber, dass der Algorithmus Anzeigen von Waren oder Dienstleistungen auswählt, die für den konkreten Nutzer nicht interessant oder überhaupt nicht erhältlich sind. Die Konstellation aus dem *Geo-Targeting*-Urteil wäre nur dann übertragbar, wenn eine Anzeige ein gewisses verhaltensbasiertes Merkmal verschweigt, dies aber über die gesteuerte Ausspielung auch nicht mitteilen muss, weil der Adressat dies für selbstverständlich hält. Ein Beispiel könnte Werbung für Medien mit FSK-Freigabe ab 18 Jahren sein, die an Nutzer ausgespielt wird, die zuvor etwa Webseiten mit Rezensionen zu dem beworbenen oder ähnlichen Titeln besucht haben. Hat die Anzeige selbst keinen Hinweis auf die FSK-Freigabe und ist dies auch nicht aus dem Titel selbst ersichtlich – wie etwa bei Pornographie – ist die Anzeige unlauter irreführend nach § 5 UWG, wenn sie auch Nutzer unter 18 Jahren erreicht. Denn ein Nutzungsprofil kann zwar dem auswertenden Algorithmus nahelegen, dass der Nutzer bereits alt genug ist, eine genaue Prüfung ist aber oft nicht möglich. Im derart gezeichneten Fall nähme der Werbende bewusst das Risiko in Kauf, dass die Werbung auch an Minderjährige ausgespielt wird.

Folglich lässt sich die Geo-Targeting-Entscheidung des BGH durchaus verallgemeinern. Targeting führt regelmäßig nicht dazu, dass offenbarungspflichtige Umstände in der Werbung vorenthalten werden dürfen. Dies ist nur dann möglich, wenn die Technik derart zuverlässig ist, dass ein Streuverlust mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Dies wird nach der strengen Rechtsprechung des BGH praktisch nie erfüllt sein.

Abschließend soll nicht unterschlagen werden, dass auch eine Irreführung durch Unterlassen gem. § 5a UWG möglich ist. Als wesentliche Information im Sinne von § 5a Abs. 2, 4 UWG im Sinne der Norm können die Informationspflichten aus Art. 13, 14 DSGVO oder der E-Privacy Verordnung herangezogen werden. Auf dieser Grundlage können Mitbewerber zumindest im beschränkten Umfang Rechtsschutz gegen Konkurrenten

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wegen Datenschutzverstößen ersuchen, falls schlicht überhaupt keine Informationen gegeben werden.

cc) Vergleichende Werbung, § 6 UWG

Außerdem wird im Schrifttum die Möglichkeit einer unlauteren vergleichenden Werbung angesprochen[449]. Als vergleichende Werbung wird dabei die Einblendung von Werbung eines Unternehmens auf Werbeplätzen einer Webseite angesehen, deren Content die Waren oder Dienstleistungen eines Konkurrenten betrifft. Konkrete Beispiele sind etwa die Einblendung von Werbung in sozialen Netzwerken, vor allem Facebook, im Kontext von Seiten eines Mitbewerbers oder die durch Geotargeting gestützte Anzeige von Werbung, wenn sich der Nutzer in der Nähe von konkurrierenden Geschäften befindet. Ferner wird für Verhalten-Targeting auf die Möglichkeit hingewiesen, dass der Werbende als Targetingparameter den Besuch von Webseiten der Konkurrenten oder die Betrachtung von konkurrierenden Produkten in Online Shops angibt und somit eine Ausspielung auf Grundlage des Interesses an den Konkurrentenprodukten herbeiführt. Diese letzte Konstellation erinnert an die Nutzung markenrechtlich geschützter Keywords bei Suchmaschinenwerbung.

Gleichwohl genügt die bloße Nähe von Werbung und Konkurrenzangeboten im Internet nicht für eine Unlauterkeit. Die Unlauterkeit könnte normativ auf § 6 Abs. 2 Nr. 3 und 4 UWG gestützt werden. Während eine Verwechslungsgefahr nach Nr. 3 regelmäßig ausscheiden wird, wenn der Werbende sich tatsächlich unter der eigenen Marke von den in Bezug genommenen Konkurrenten abgrenzen will, sind Rufausnutzung oder Rufbeeinträchtigung nach Nr. 4 durchaus denkbar. Jedoch ist gerade für die Rufausnutzung ein sog. Imagetransfer notwendig[450]. Dies wird bei den beschriebenen Situationen oft nicht erfüllt sein, weil es den Werbenden regelmäßig gerade auf die Abgrenzung zum Konkurrenten ankommen wird. Denn wer in einem fremden Bereich wirbt, den der Nutzer freiwillig und aktiv aufgesucht hat, wird regelmäßig werblich herausstellen müssen, warum seine Waren vorzugswürdig sind. Eine Rufausnutzung kommt also praktisch nur in Betracht, wenn sehr ähnliche Waren oder Dienstleistungen unter Angabe von günstigeren Preisen als beim Konkurrenten beworben werden. Also muss der Nutzer, der sich über ein Produkt infor-

449 Micklitz/Namyslowska, in: Spindler/Schuster, § 6 UWG, Rn. 93ff.
450 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 6, Rn. 153.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

miert und gleichzeitig in einer Online-Anzeige die konkurrierende Information erhält, einfach erkennen, dass er bei Folgen der Werbung etwas Substituierbares für weniger Geld erhalten kann. Die Rufbeeinträchtigung hingegen verlangt eine Herabsetzung oder Verunglimpfung des konkurrierenden Kennzeichens[451]. Dies ist selbstverständlich denkbar, wird aber praktisch nur selten vorkommen.

Somit ist eine Unlauterkeit nach § 6 UWG in diversen Konstellationen durchaus möglich. Die Voraussetzungen für eine Bejahung sind allerdings sehr hoch, praktische Relevanz bei rechtlichen Auseinandersetzungen wird dieser Tatbestand deshalb wohl nicht erlangen.

3. Probleme des modernen Online-Marketing

Wie bereits oben im Abschnitt B. I. 4. lit. b) – d) beschrieben, finden sich im kontemporären Online-Marketing gewisse Phänomene, die die modernen Möglichkeiten der Online-Kommunikation öffentlichkeitswirksam nutzen. Es handelt sich um die Phänomene des Native Advertising, Guerilla-Marketings und die sog. Influencer.

Allerdings müssen sich diese Phänomene ebenfalls dem geltenden Recht anpassen und genießen keine Sonderrechte. Im Folgenden sollen deshalb in Kürze Hinweise zu rechtlichen Fallstricken des modernen Online-Marketings gegeben werden.

a) Zulässigkeit des Native Advertising

Sowohl in der Ausprägung als Anzeigenwerbung als auch bei Content-Werbung stellt sich bei Native Advertising vor allem die Frage der zulässigen Ausgestaltung. Mithin geht es nicht um das „Ob" der natürlichen Werbung, sondern um das „Wie". Bei Anzeigen ist es gerade Zweck dieser Methode keine unzumutbare Belästigung des Nutzers herbeizuführen. Nach den oben entwickelten Kriterien kann eine zurückhaltende Anzeige ohne zeitliche Bindung des Nutzers auch nicht zu einer Unzulässigkeit nach § 7 UWG führen. Demnach kreisen sich die rechtlichen Probleme zuvörderst um das Trennungsgebot und die ausreichende Kennzeichnung als Werbung. Die einschlägigen Normen sind also § 5a Abs. 6 UWG, § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 11 des Anhangs zum UWG sowie die beiden

451 Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 6, Rn. 163.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gleichlautenden Vorschriften in § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und§ 58 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 RfStV, die über § 3a UWG Bedeutung erlangen können [452].

Während sich die rechtliche Problematik bei Anzeigenwerbung auf die bereits angesprochene Frage beschränkt, wie die korrekte wörtliche Bezeichnung des Werbehinweises ausgestaltet sein muss, etwa durch Nutzung des Wortes „Anzeige" oder durch eine Wendung wie „gesponsert", erfordert die Bewertung von Native Content Advertising einen vertieften Blick. Für die rechtliche Beurteilung soll der vorab bereits mit Screenshots illustrierte Fall zu Grunde gelegt werden, dass auf eigenständigen Webportalen bestimmte Unterseiten durch den Werbenden in der auf dem Portal üblichen Form mit Inhalt bestückt werden. Beispiele hierfür sind bezahlte Beiträge auf den Portalen Buzzfeed oder Chefkoch.de[453].

Eine Unzulässigkeit dieser Werbemaßnahme nach § 3 Abs. 3 i.V.m. Nr. 11 des Anhangs UWG wird dabei praktisch nicht vorkommen[454]. Die Finanzierung wird regelmäßig erkennbar sein durch die Abbildung von Markenzeichen der Werbenden, die Verlinkung von Textteilen, in denen die Marken- und Produktnamen hervorgehoben werden und der Angabe einer Wendung wie „promoted von". Diese Merkmale werden den Durchschnittsadressaten dazu bringen, den Beitrag als zumindest nicht ganz redaktionell und unparteiisch anzusehen. Wo im Einzelfall die Grenze zur Unzulässigkeit verläuft ist, wie so oft im Lauterkeitsrecht, Tatfrage. Konkrete Rechtsprechung zum Native Content Advertising im hier verstandenen Sinne steht nicht zur Verfügung, sodass auf anders gelagerte Sachverhalte ergangene Entscheidungen nur mit Vorsicht heranzuziehen sind. Hinzu kommt, dass sich nach hier vertretener Ansicht beim Durchschnittsadressaten die Sensibilität für Werbung und das Verständnis von Content auf Webportalen im Fluss befinden. Urteile zu anders gelagerten Sachverhalten, die zudem viele Jahre alt sind, beruhen deshalb oft auf einer anderen Verkehrsanschauung[455].

Die übrigen Tatbestände des § 5a Abs. 6 UWG sowie § 3a UWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und§ 58 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 RfStV sind im Ergebnis gleich auszulegen und sollten im Normalfall nicht zu einer Unlauterkeit der hier geprüften Werbeform führen. Bei § 5a Abs. 6 UWG sind bei der Betrachtung des kommerziellen Zwecks ausdrücklich auch die Umstände

452 S.o. Ziffer B. IV. 1. b).
453 S.o. Ziffer B. I. 4. b.)
454 Siehe zur sehr ausführlichen Prüfung dieses Tatbestandes Wiebe/Kreutz, WRP 2015, 1053 & WRP 2015, 1179.
455 Ebenfalls eine marktliberale Ansicht hat Hoene, IPRB 2016, 59.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in den Blick zu nehmen. Diese Umstände sind wiederum Markennutzung, Verlinkung, Herausstellung einzelner Produkte und ggf. wörtliche Hinweise, die synonym für das Wort „Anzeige" verstanden werden können. Dasselbe gilt für die klare Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation bzw. Werbung im Sinne von § 6 Abs. 1 TMG und § 58 Abs. 1 RfStV. Hinzu kommt die Spürbarkeitsschwelle in § 3a UWG, die die Voraussetzungen für eine Unzulässigkeit relativ hoch setzen.

b) Zulässigkeit von Guerilla-Marketing

Betrachtet man virales oder Guerilla-Marketing aus der Perspektive des Rechts, stellen sich bekannte Fragen. Auch hier geht es nämlich um das Trennungsgebot und die Kennzeichnung kommerzieller Kommunikation[456]. Ein Fall des OLG Köln betraf etwa die Werbekampagne der Automarke Dacia mit dem Titel „Status Symptome", bei der mit mehreren Videoclips in satirischer Form deutsche Autogewohnheiten aufs Korn genommen wurden. Diese Clips waren auf der Webseite *status-symptome.de* ohne Werbekennzeichnung hochgeladen. Dies hat das OLG Köln für einen Verstoß gegen § 4 Nr. 3 UWG a.F. gehalten[457], was heute auf § 5a Abs. 6 UWG n.F. gestützt werden würde. Das Gericht hat offengelassen, ob zudem ein Verstoß gegen § 3 Abs. 3 i.V.m. Nr. 11 des Anhangs UWG sowie § 3a UWG i.V.m. § 6 Abs. 1 TMG oder § 58 Abs. 1 RfStV verwirklicht war – was aber naheliegt. Sobald die Webseite jedoch mit dem Wort „Anzeige" gekennzeichnet wurde, hat das OLG Köln die Werbung als ausreichend gekennzeichnet angesehen.

Es mag daher für Unternehmen zur Verstärkung des „Guerilla"-Charakters der Werbeaktion ein kalkuliertes Risiko darstellen, keine Kennzeichnung vorzunehmen. Darauf sollte aber nur verzichtet werden, wenn wie im obigen Beispiel von Native Advertising eindeutige Hinweise durch Markenzeichen oder sonstige bekannte Werbeelemente vorhanden sind. Sonst ist eine ausreichende Kennzeichnung bereits zu Beginn zu gewährleisten[458]. Dem ist zuzustimmen, weil – wie das OLG Köln zutreffend ausgeführt hat – gerade beim Teilen in sozialen Netzwerken dem Empfänger der werbliche Charakter nicht immer bekannt sein wird[459]. Es handelt

456 Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, § 6 TMG, Rn. 46ff..
457 OLG Köln, Urteil vom 9.8.2014 – 6 U 3/13, NJW 2014, 795.
458 Lichtnecker, GRUR 2013, 135, 139.
459 OLG Köln, NJW 2014, 795, 796.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich auch hier regelmäßig um Tatfragen, sodass die Zulässigkeit einer Maßnahme regelmäßig auf Grundlage des Einzelfalls zu beurteilen ist.

c) Zulässigkeit von Influencer-Marketing

Zur Zeit der Bearbeitung hoch aktuell ist das Thema „Influencer" auf sozialen Netzwerken, vor allem auf der plastischen und ganz überwiegend auf visuelle Einflüsse abstellenden Plattform Instagram. Das Thema beschäftigte die Zeitschriftenliteratur sowie die Rechtsprechung vor allem ab 2017. In materiell-rechtlicher Hinsicht sind auch hier wieder dieselben Normen einschlägig wie bei den beiden vorbehandelten Phänomenen, vor allem § 5a Abs. 6 UWG. Eine Besonderheit beim Influencer-Marketing ist aber, dass hier nicht nur die werbenden Unternehmen in Anspruch genommen werden, sondern auch die Blogger/innen selbst, teilweise sogar ausschließlich. Dies spiegelt die Besonderheit des Influencer-Marketings. Influencer sind in der Regel Privatpersonen, die originär als solche Privatpersonen die sozialen Netzwerke nutzen. Ihre Berühmtheit folgt nicht selten erst aus ihrer Tätigkeit auf dem sozialen Netzwerk, sodass sie aus ihrer privaten Stellung herauswachsen und ihre Kommunikationstätigkeit gewerbliches Ausmaß erreichen kann. Anders als üblicherweise bei werbenden Beiträgen, wo eine Art Redaktion entweder in der Sphäre des Werbenden selbst – so bei klassischer Anzeigenwerbung – oder durch die werbende Plattform – so bei redaktioneller bzw. Content-Werbung oder bei den oben dargestellten Native Ads – erfolgt, ist der/die Influencer/in relativ frei in der Darbietung. Eine Werbung erfolgt also oft in der folgenden Kette: Werbendes Unternehmen – Influencer – Soziales Netzwerk – Adressat. Influencer fungieren sozusagen als ausgelagerte Einheit von Redaktion und Model, die im eigenen Namen für andere wirbt.

Daraus folgt, dass grundsätzlich drei Personen für die Unterlassung rechtsverstoßender Werbung in Frage kommen, nämlich der Werbende, der Influencer und das soziale Netzwerk. Die bis zur Fertigstellung dieser Arbiet veröffentlichten Entscheidungen in diesem Kontext betrafen auf der Passivseite in aller Regel einen Unterlassungsanspruch gegen die Influencer selbst[460], während eine Entscheidung das werbende Unternehmen

460 LG Hagen, Urteil vom 13.9.2017– 23 O 30/17, GRUR-RR 2017, 510; LG Heilbronn, Urteil vom 8.5.2018 – 21 O 14/18, ZUM-RD 2019, 180; LG Berlin, Urteil vom 24.5.2018 – 52 O 101/18, ZUM-RD 2019, 159; LG Karlsruhe, Urteil vom 21.3.2019 – 13 O 38/18, MMR 2019, 329; LG München I, Endurteil

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

als Beklagte auswies[461]. Eine Inanspruchnahme der Plattformen ist indes noch nicht zu beobachten, obschon diese durchaus als Teilnehmer eines fremden Wettbewerbsverstoßes oder als Störer in Betracht kommen könnten.

Alle Gerichte setzten sich mit einem Verstoß gegen § 5 Abs. 6 UWG bei werbenden Posts auf Instagram auseinander. In Influencer-Fällen wird entweder gar keine oder eine unzureichende Kennzeichnung von werblichen Beiträgen verwendet. Eine unzureichende Kennzeichnung stellte etwa die Verwendung von „#ad" (gesprochen: „Hashtag ad") im Textfeld unter dem Foto dar, das zudem noch in einer Vielzahl von Hashtags versteckt war[462]. Ob „#ad" überhaupt ausreicht, ließ das OLG Celle offen, jedenfalls war die konkrete Verwendung nicht ausreichend. Auch das KG ließ „#ad" nicht ausreichen[463]. Außerdem hielt es „#sponsoredby" in Verbindung mit dem Markennamen nicht für eine ausreichende Kennzeichnung, wobei es sich ausdrücklich auf das *Good-News II*-Urteil des BGH[464] berief.

Bei den nicht gekennzeichneten Beiträgen durch „Instagrammer" selbst, stellt sich als bedeutender Sachverhaltsumstand dar, ob diese für die positive Darstellung der Waren oder Markennamen ein Entgelt oder sonstige Vorteile wie Rabatte oder Zugaben erhalten. Auch die bloße Überlassung von Gegenständen, die für das Werbebild als Modell dienten, soll hierunter fallen. Bei dieser Annahme einer Gegenleistung liegt nämlich eine geschäftliche Handlung vor, die den Anwendungsbereich des UWG eröffnet[465]. Einen anderen Anknüpfungspunkt zur Bejahung der geschäftlichen Handlung wählte das LG Hagen, das die Förderung fremden Wettbewerbs durch die Bloggerin ausreichen ließ[466]. Beide Wege sind gangbar, sodass

---

vom 29.4.2019 – 4 HK O 14312/18, BeckRS 2019, 7496; KG, Beschluss vom 11.10.2017 – 5 W 221/17, WRP 2018, 98; Beschluss vom 17.10.2017 – 5 W 233/17, WRP 2018, 224; Beschluss vom 27.7.2018 – 5 W 149/18, GRUR-RR 2019, 34; Urteil vom 8.1.2019 – 5 U 83/18, MMR 2019, 175;

461 OLG Celle, Urteil vom 8.6.2017 – 13 U 53/17, MMR 2017, 769.

462 OLG Celle, Urteil vom 8.6.2017 – 13 U 53/17, MMR 2017, 769; ähnlich bei LG Heilbronn, Urteil vom 8.5.2018 – 21 O 14/18, ZUM-RD 2019, 180.

463 KG, Beschluss vom 11.10.2017 – 5 W 221/17 WRP 2018, 98.

464 BGH, GRUR 2014, 879; vgl. auch die obigen Ausführungen unter C. IV. 1. b), aa).

465 KG, Beschluss vom 11.10.2017 – 5 W 221/17 WRP 2018, 58.

466 LG Hagen, Urteil vom 13.9.2017– 23 O 30/17, GRUR-RR 2017, 510; LG Berlin, Urteil vom 24.5.2018 – 52 O 101/18, ZUM-RD 2019; LG München I, Endurteil vom 29.4.2019 – 4 HK O 14312/18, BeckRS 2019, 7496.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Influencer leicht ins Haifischbecken des Lauterkeitsrechts geraten[467]. Erfolgt keine Werbekennzeichnung ist eine teure Abmahnung mehr als wahrscheinlich.

In der Literatur sorgte das Thema zu einer Flut an Beiträgen. Dabei werden überwiegend das Phänomen beschrieben und die rechtlichen Grundlagen erläutert[468]. Vor dem Hintergrund der erschöpfenden Betrachtung und der bekannten Rechtsgrundlagen wird an dieser Stelle auf eine weitere vertiefte Stellungnahme verzichtet. Allein bleibt anzumerken, dass gerade bei sozialen Netzwerken immer die genaue Ausprägung der Posts zu betrachten ist. Wenn die sich herauskristallisierende herrschende Meinung also auf eine Erkennbarkeit als Werbung auf den ersten Blick abstellt, muss auch in den Blick genommen werden, ob zur Kennzeichnung nutzbare Textfelder über Fotos und Videos (so bei Facebook und Twitter) oder darunter (so bei Instagram) zu finden sind. Bei letzterem Fall ist es freilich aufwändiger, eine ausreichend klare Kennzeichnung auf den ersten Blick zu erreichen. Was in dieser Diskussion ebenfalls nicht aus den Augen verloren werden darf ist, dass die Anforderungen für Influencer nicht höher sein dürfen als für die Betreiber von sozialen Netzwerken selbst. So weist etwa Twitter selbst nicht zu Beginn, sondern erst zum Ende eines werbenden „Tweets" mit dem Begriff „gesponsert" hin. Facebook und Instagram hingegen haben den „gesponsert"-Hinweis im oberen Bereich eines Posts.

Im Übrigen ist es selbstverständlich, dass sich Influencer, die ihre –wie auch immer erreichte – kommerzialisierbare Position zu ihren finanziellen Gunsten ausnutzen, sich rechtmäßig verhalten müssen. Nur weil viele Influencer jung, unbedarft und – jedenfalls juristisch – oft völlig ohne Problembewusstsein sind, kann dies nicht zu einem Aufweichen werberechtlicher Standards führen. Also muss ein Influencer im Zweifel ebenso wie eine Werbeagentur vor dem Veröffentlichen einer Werbung rechtlichen Rat einholen.

---

467 Vgl. auch Vonau, GRUR-Prax 2017, 541, vor dem Hintergrund, dass die Beklagte im Fall des LG Hagen auch wegen Verstößen gegen Art. 10 Abs. 1 Health Claims VO, und § 11 LFGB i.V.m, Art. 7 EU-Lebensmittel-informationsverordnung zur Unterlassung erklärt worden ist.

468 Vgl. Sobottka/Czernik, MMR 2017, 769; Fuchs/Hahn, MMR 2016, 503; Suwelack, MMR 2017, 661; Lehmann, WRP 2017, 772; Reinholz/Schirmbacher, K&R 2017, 753; Henning-Bodewig, WRP 2017, 1415; Mallick/Weller, WRP 2018, 155; Dahmen/Lauotoumai, K&R 2017, 29; Gerecke, GRUR 2018, 153; Troge, GRUR-Prax 2018, 87; Lettmann, GRUR 2018, 1206; Ahrens, GRUR 2018, 1211, Peifer, GRUR 2018, 1218; Scherer, WRP 2019, 277.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

V. Zusammenfassende Thesen zum Werbemarkt

- Für den rechtlichen Werbungsbegriff sind die folgende vier Elemente prägend: ein Werbender, ein Adressat, eine Äußerung und die werbliche Zwecksetzung dieser Äußerung. Letztgenanntes meint das Ziel der zumindest mittelbaren Absatzförderung bzw. Förderung der Dienstleistungserbringung.
- Werbung im Internet findet hauptsächlich auf PCs und mobilen Endgeräten statt. Hinzu kommen internetbasierte Werbeformen auf Smart TV sowie Smart Home Geräten. Durch das Aufkommen moderner vernetzter Haushaltsgegenstände ist denkbar, dass in Zukunft die Werbung auch den Bereich des Internet of Things erfassen wird. Für die aktuelle Bewertung ist jedoch die Werbung auf Webseiten für PCs die Blaupause, die für die meisten Werbeformen im Internet als Vorbild für die Bewertung dienen sollen.
- Werbung auf Webseiten aller Art lassen sich in zwei Gruppen teilen. Einerseits handelt es sich um Content-Werbung, andererseits um Anzeigen.
  Content-Werbung zeichnet sich dadurch aus, dass sie auf eigenen oder fremden Webseiten und Kanälen vom Werbenden aktiv eingestellt wird, dem Nutzer aber nur dann entgegentritt, wenn er selbst zuvor auf irgendeine Weise aktiv geworden ist. Der Nutzer muss hier also willentlich die Wahrnehmung initiieren.
  Anzeigenwerbung hingegen zeichnet sich dadurch aus, dass auf eigenen oder fremden Webseiten und Kanälen dem Nutzer Inhalte angezeigt werden, die er nicht willentlich und gezielt aufgerufen hat.
- Der Markt für Werbung im Internet ist in Deutschland und Europa im Vergleich zu anderen Medien der volumenstärkste Werbemarkt. Alleine in Deutschland übersteigt das jährliche Volumen zur Zeit der Bearbeitung die Milliardengrenze deutlich.
- Wichtige Akteure am Werbemarkt sind neben den Werbenden und Webseitenanbietern zudem Online Vermarkter bzw. Werbenetzwerke, die durch enorme technische Kapazitäten die Platzierung von Werbung bis in die Tiefen des Internets bewerkstelligen. Hinzu kommen je nach Komplexität noch weitere Meta-Netzwerke und Mediaagenturen. Zur Abrechnung der Werbekosten wurden ausgeklügelte Systeme entwickelt, die eine punktgenaue Bezahlung der Leistung ermöglichen. Dafür ist ein ausgeprägtes Controlling nötig.
- Bei der Darstellung von Webseiten kommt es entscheidend auf das HTML-Dokument der Webseite an, das vom Anbieter programmiert

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und im Wege der IP-/TCP-/HTTPS-Verbindung an den Nutzerrechner übertragen wird. Dort arbeitet sodann der Browser die Befehle des HTML-Dokuments ab, indem es die Befehle in einen DOM-Knotenbaum übersetzt. In diesem DOM-Knotenbaum werden allerdings neben den Befehlen des Webseitenanbieters auch interne Befehle wie Einstellungen der Nutzer beachtet. Somit kann der Nutzer durch eigene Voreinstellungen eine vom ursprünglichen Willen des Webseitenprogrammierers abweichende Darstellung herbeiführen. Folglich lässt sich festhalten, dass in technischer Hinsicht *keine Integrität von Quellcodes* einer Webseite besteht.

- Für das „Ob" der Werbung im Internet ist § 7 UWG der alleinige Prüfungsmaßstab.
- Entgegen vereinzelter Stimmen im Schrifttum[469] ist eine *hartnäckige Ansprache* im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG bei Display-Werbung *im Internet möglich*. Dies kommt in zwei Fallgestaltungen in Betracht: einerseits bei der Ausspielung von Werbung als Umgehungsmaßnahme eines aktivierten Werbeblockers beim Nutzer. Andererseits bei Webseiten, bei denen der Nutzer ein Nutzerprofil hat und sich dafür einloggen muss. Letztgenanntes betrifft auch soziale Netzwerke, insbesondere wenn sie keine Regelung zur Werbeauslieferung in den Nutzungsbedingungen treffen.
- § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG ist hingegen nicht auf Display-Werbung im Internet anwendbar. Dasselbe gilt für Art. 16 Abs. 6 EPVO-E.
- Im Rahmen der Generalklausel in § 7 Abs. 1 UWG ist das Regelbeispiel aus Satz 2 nicht bei Display-Werbung anwendbar. Es kommt deshalb *immer* auf eine *Interessenabwägung* zwischen den Interessen der Werbenden und Webseitenbetreiber sowie den Interessen der Internetnutzer unter Beachtung deren grundgesetzlichen Gewichtung an. Bei gewissen Standardsituation ergibt die Interessenabwägung jedoch häufig dasselbe Ergebnis. Aufgespalten nach Werbeformen gilt deshalb das Folgende:
  - Bei klassischen *fixierten Anzeigen* auf einer Webseite wie Bannerwerbung geht diese Interessenabwägung *zu Gunsten der Werbenden und Webseitenbetreiber*.

469 Insbesondere Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 7, Rn. 104; darauf Bezug nehmend: OLG Nürnberg, Urteil vom 15.1.2019, 3 U 724/18, K& R 2019, 200. Die Frage ist zum Teil Gegenstand eines Vorlageverfahrens zum EuGH, siehe Vorlagefrage 5 bei BGH, Beschluss vom 30.1.2020 – I ZR 25/19, GRUR 2020, 420 – *Inbox-Werbung*.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

- Bei *dynamischen Anzeigen* ist die Sachlage zu differenzieren. Einzelheiten sind umstritten. Nach hier vertretener Ansicht ist auf *erster Stufe* zu differenzieren, ob die Anzeige automatisch schließt oder einen aktiven Klick des Nutzers bedarf. Im Fall des *aktiven Schließens* ist mit der herrschenden Meinung auf die Möglichkeit des Wegklickens nach kurzer Zeit abzustellen. Die Dauer der „kurzen Zeit" ist dabei auf höchstens drei Sekunden festzusetzen. Eine Unzumutbarkeit bei Wegklickbarkeit innerhalb dieser drei Sekunden kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, wenn die Summenwirkung auf einer Webseite eine an sich nicht zu beanstandende Werbeform exzessiv einsetzt.
  Bei sich *automatisch schließenden Anzeigen* kommt es hingegen darauf an, ob eine vorzeitige Möglichkeit zum Abbruch besteht oder nicht. Ist die vorzeitige Beseitigung nicht möglich, darf die Anzeige im Gleichklang wie im obigen Fall nicht länger als drei Sekunden dauern. Wenn eine vorzeitige Beendigung möglich ist, dann muss die Möglichkeit zum Schließen spätestens nach drei Sekunden zur Verfügung stehen.
  Soweit eine unzumutbare Belästigung zu bejahen ist, sollte eine zu prüfende *Einwilligung* aus schlüssigem Verhalten nur sehr zurückhaltend angenommen werden. Wegen des Erfordernisses der konkreten Kenntnis der Tat kommt diese nur bei wiederholten Besuchen durch Nutzer auf ein und derselben Webseite innerhalb eines Zeitraums in Frage, in welchem die Anordnung der Werbeelemente nicht geändert wird.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

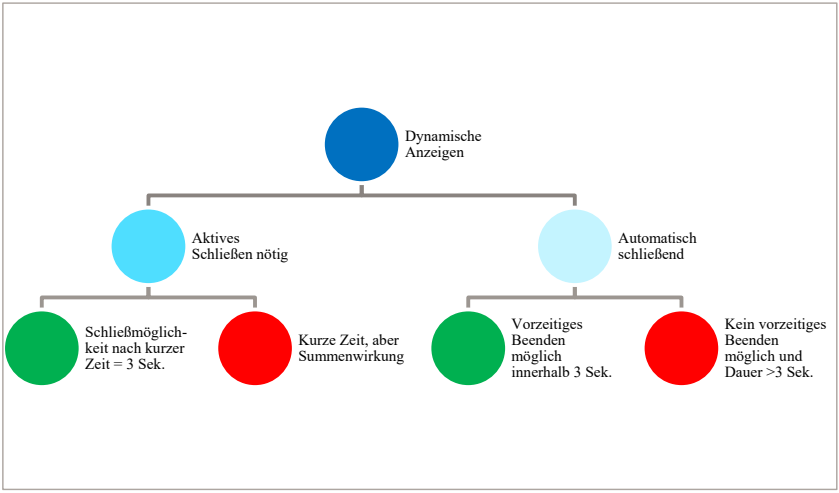


Abbildung 8: Schematische Darstellung der hier vorgeschlagenen Lösung für dynamische Anzeigen

- *Buttons zum Schließen* von dynamischen Anzeigen sollten deutlich sichtbar und an gewohnten Stellen zu finden sein. Werden die Schaltflächen in optisch aufwändigen Anzeigen „versteckt", sodass der Nutzer sie suchen muss, kann dies ein Umstand sein, der ultimativ zur Unzumutbarkeit der eigentlich akzeptablen Werbeform führen.
- Bei *Pre- oder Interstitials bzw. Pre- oder Mid-Roll Werbung* ist zu unterscheiden, ob diese die gesamte Nutzung einer Webseite unterbrechen oder nur ein Teilelement betreffen, etwa einen Videoframe. Im ersten Fall gelten die gleichen Regeln wie bei dynamischen Anzeigen, insbesondere die 3-Sekunden-Regel. Im zweiten Fall ist wegen der Möglichkeit, andere Webseiteninhalte zu rezipieren, und vor allem bei wertvollen Inhalten wie Videos ein geringfügig großzügigerer Maßstab anzusetzen. Die Zeit zumutbar erzwungener Werbebindung kann mit dem LG Berlin auf 5 Sekunden beziffert werden. Danach muss eine Möglichkeit zum Überspringen der Werbung angeboten werden.
- Bei *sozialen Netzwerken* wird oft in Nutzungsbedingungen eine Pflicht des Nutzers zur Duldung von Werbung fixiert. Dies hält einer AGB-Kontrolle stand, wenn Werbung nicht exzessiv betrieben wird. Newsfeedwerbung ist jedoch auch außerhalb einer solchen vertraglichen Vereinbarung als grundsätzlich zumutbar anzusehen. Eine scheinbar unbekannte Stolperfalle für soziale Netzwerke, die keine Duldungspflicht in Nutzungsbedingungen vorsehen, ist ein ausdrücklicher Wi-

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

derspruch der Nutzer zur Werbeausspielung. Dann könnte eine hartnäckige Ansprache nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG vorliegen.

- Für das „Wie" der Werbung gilt eine Vielzahl gesetzlicher Vorschriften. Die wichtigsten Regelungen sind das Trennungsgebot, das Irreführungsverbot und allgemeine oder sektorspezifische Kennzeichnungspflichten. Bei den modernen Phänomenen von Online-Werbung wie Native Advertising oder Content-Werbung in Form von Guerilla oder Influencer Marketing ist regelmäßig das Trennungsgebot von überragender Bedeutung.
- *Tracking* ist vor dem Hintergrund des neuen *Datenschutzrechts* zu bewerten. Regelmäßig wird wegen der starken Verbreitung von Cookies und aktiven Fingerprinting-Methoden die neue E-Privacy-Verordnung (Entwurf) anwendbar sein, weshalb eine *Einwilligung notwendig* sein wird. Im Ausnahmefall von passivem Tracking auf Grundlage sowieso übermittelter Kommunikationsdaten ist eine Zulässigkeit aufgrund der milderen DSGVO denkbar.
- Der Einsatz von *Werbung, die mit Trackingmaßnahmen verbunden ist*, ist unzulässig, wenn für die eingesetzten Trackingaktionen keine *ausreichende Einwilligung* besteht.
- *Targeting* als abschließender Teilaspekt des Datenverarbeitungsprozesses, der mit Tracking beginnt, ist als solches nicht isoliert nach der E-Privacy-Verordnung (Entwurf) zu bewerten. Vielmehr richtet sich die Zulässigkeit nach der DSGVO. Dafür muss ein Rechtfertigungsgrund aus Art. 6 DSGVO gegeben sein. Wenn dies nicht eine ausreichende Einwilligung ist, muss im Rahmen der Interessenabwägung bei der Prüfung der Wahrnehmung berechtigter Interessen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO auf die einzelnen Targetingformen abgestellt werden. Hier sind insbesondere Geotargeting und Verhalten-Targeting komplizierte Fälle, die eine eingehende Fallanalyse bedürfen. Geotargeting ist etwa über die Wahrnehmung berechtigter Interessen rechtfertigungsfähig, wenn es auf Webseiten eingesetzt wird, die wesensgemäß den Standort nutzen müssen wie Kartendienste oder automatisierte Suchfunktionen für Dienstleistungen. Verhalten-Targeting ist bei einzelnen Webportalen oder offensichtlich verbundenen Konzernwebseiten für Aktivitäten in diesem abgeschlossenen Bereich nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO zu rechtfertigen, wenn die Daten vom Betreiber selbst gesammelt und ausgewertet werden. Im Übrigen bleibt nur die Einholung einer Einwilligung als Rechtfertigungsgrund.
- Bei *lauterkeitsrechtlicher Betrachtung von Tracking und Targeting* ist zu beachten, dass Vorschriften der *DSGVO nicht* als *Marktverhaltensnorm* im

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sinne von § 3a UWG angesehen werden können. Die Vorschriften der E-Privacy Verordnung (Entwurf) hingegen werden *als Marktverhaltensnorm zu qualifizieren* sein. Letztere könnten sogar im Rahmen von § 823 Abs. 1, 2 BGB i.V.m. § 1004 BGB analog für das allgemeine Zivilrecht herangezogen werden, um die Anordnung der E-Privacy Verordnung erschöpfend im deutschen Recht zu verwirklichen.
Beim Einsatz von Tracking kann zudem eine Irreführung nach §§ 5, 5a UWG vorliegen. Vor allem dann, wenn in der Werbung offenbarungspflichtige Umstände nicht enthalten sind, weil Targeting die Zielgruppe einschränken soll. Nach der Rechtsprechung des BGH sind in Kauf genommene Streuverluste ausreichend für eine relevante Irreführung.

https://doi.org/10.5771/9783748908227-40, am 30.07.2024, 15:38:11
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb