Schriften zum geistigen Eigentum
und zum Wettbewerbsrecht 126

Jonathan Jung

Werbeblocker im Internet

Eine Beurteilung nach dem Urheber- und Lauterkeitsrecht, zugleich ein Beitrag zum Begriff des Mitbewerbers im Lauterkeitsrecht

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schriften zum geistigen Eigentum
und zum Wettbewerbsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig
Prof. Dr. Horst-Peter Götting, Techn. Universität Dresden

Band 126

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Jonathan Jung

Werbeblocker im Internet

Eine Beurteilung nach dem Urheber- und Lauterkeitsrecht, zugleich ein Beitrag zum Begriff des Mitbewerbers im Lauterkeitsrecht

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Potsdam, Univ., Diss., 2021

1. Auflage 2021

© Jonathan Jung

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-8224-6
ISBN (ePDF): 978-3-7489-2646-7

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748926467

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizensiert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Meiner Familie

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist während meiner Tätigkeit als Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Frau Professorin Dr. Dorothea Assmann entstanden. Im Juni 2020 habe ich das Werk als Dissertation an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam eingereicht. Rechtsprechung und Literatur konnten bis zu diesem Datum berücksichtigt werden.

Ich möchte mich zuerst bei Herrn Professor Dr. Tobias Lettl, LL.M. (EUR), für die gute Betreuung, dass ich mich jederzeit mit Fragen an ihn wenden konnte, und die schnelle Erstellung des Erstgutachtens bedanken. Frau Professorin Dr. Dorothea Assmann gebührt mein Dank – neben dem für die schnelle Zweitbegutachtung – ganz besonders für die Zeit an ihrem Lehrstuhl. Ihr sei insbesondere für die sehr angenehme Zusammenarbeit, die vielen fachlichen Diskussionen und dem Begegnen auf Augenhöhe herzlich gedankt. Ein solcher Dank gilt ebenso meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen, die die Arbeit am Lehrstuhl mit – zumeist – fachlichen Gesprächen, viel gegenseitiger Hilfe und noch mehr Kaffee bereichert haben.

Herzlich sei auch den tapferen Probelesern Adrian Jung, Andreas Jung, Anja Meier-Hoffmann, Denise Herzmann, Elisabeth Meurer, Jan Ole Flindt, Johannes Schroth, Michael Meier, Philippe Klein, Pirmin E. Schreiner, Tim Nordemann und Yannick Diehl gedankt. Außerdem danke ich der Potsdam Graduate School für die großzügige finanzielle Unterstützung bei der Veröffentlichung.

Ganz besonders herzlich sei auch meiner Frau Antonia gedankt, die mich jederzeit bei der Promotion unterstützt hat. Ihr, meinem Bruder Adrian und meinen Eltern gebührt großer Dank, dass ich mich in jeder Lage auf sie verlassen konnte und sie mit ihrer Unterstützung die Arbeit ermöglicht haben. Bedanken möchte ich mich auch bei meinen Freunden, die mich mit gemeinsamen Abenden vom Arbeiten abgehalten und so meine geistige Gesundheit gesichert haben.

Potsdam, im April 2021 *Jonathan Jung*

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis 25

Einleitung 29

1. Teil: Einführung – Werbung im Internet und ihre Blockierung 32

§ 1 Tatsächliche Grundlagen 32

§ 2 Rechtliche Problemstellung und Gang der Untersuchung 63

2. Teil: Rechtliche Beurteilung des Blocklistings 65

§ 3 Urheberrecht 65

§ 4 Lauterkeitsrecht 92

3. Teil: Rechtliche Beurteilung des Allowlistings 308

§ 5 Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings 308

§ 6 Angebot einer Allowlisting-Vereinbarung 337

§ 7 Fortführung des Allowlistings – Ersetzen der Werbung 340

4. Teil: Alternativen der Webseitenbetreiber 350

§ 8 Aussperrung 350

§ 9 Umgehung des Werbeblockers 384

§ 10 Hinweise und andere Eigenwerbung 398

§ 11 Vertragliche Verpflichtung zum Empfang der Werbung 402

§ 12 Zusammenfassung zu den Handlungsalternativen 424

5. Teil: Ergebnisse und Fazit 426

§ 13 Ergebnisse 426

§ 14 Fazit 451

Literaturverzeichnis 455

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 25

Einleitung 29

1. Teil: Einführung – Werbung im Internet und ihre Blockierung 32

§ 1 Tatsächliche Grundlagen 32

A. Interessenlage 33

I. Interessen der Webseitenbetreiber 33

II. Interessen der Werbetreibenden 34

III. Interessen der Nutzer 35

IV. Werbeblockerbetreiber 37

B. Online-Werbung und deren Blockierung 37

I. Vergütungsformen 37

II. Werbeformen 38

1. Größe und Position 38

2. Inhalt der Werbung 39

3. Pop-ups und Pop-under 40

4. In-Text-Werbung 40

5. Im Zusammenhang mit Videos 40

III. Technische Einbindung der Werbung 41

1. Aufruf einer Internetseite 41

2. Einbindung der Werbung 44

3. Inhaltliche Anpassung an den Kunden – Targeting 46

IV. Werbeblocker – reines Blocklisting 48

1. Nichtladen der Werbung 49

2. Element Hiding 50

3. Filterregeln 50

V. Finanzierung von Werbeblocker-Unternehmen 51

1. Klassische Finanzierungsmodelle 52

2. Allowlist-Modell 52

3. Ersetzen der Werbung 54

a) Ad Injections 55

b) Brave 56

VI. Verbreitung und Auswirkungen auf die Webseitenbetreiber 56

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

VII. Gegenmaßnahmen der Webseitenbetreiber 57
1. Erkennung 58
2. Aussperrung 58
3. Hinweis 60
4. Paywall 60
5. Umgehung des Werbeblockers 61
6. Eintragen auf Allowlist 62

§ 2 Rechtliche Problemstellung und Gang der Untersuchung 63

2. Teil: Rechtliche Beurteilung des Blocklistings 65

§ 3 Urheberrecht 65
A. Merkmale einer Webseite mit Werbung 65
B. Verletzungen durch die Nutzer von Werbeblockern 66
I. Schutz der einzelnen Elemente 66
1. Vorliegen eines Schutzgegenstands 66
2. Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des § 16 UrhG 67
a) Vervielfältigung(en) 67
b) Zulässigkeit nach § 44a Nr. 2 UrhG 69
aa) Grundsätzliches 69
bb) Rechtmäßige Nutzung 69
(1) Maßstab für die Bestimmung des Willens des Rechtsinhabers 70
(a) EuGH 71
(b) Deutsches Recht 74
(c) Zusammenfassung und Beurteilung 78
(2) Anwendung auf Werbeblocker 82
c) Ergebnis 84
3. Eingriff in das Bearbeitungsrecht 84
4. Sonstige Schutzobjekte 84
5. Ergebnis 85
II. Schutz der Webseite als Gesamtwerk 86
1. Übernahme der Ausführungen zum Vervielfältigungsrecht 86
2. Schutz der angezeigten Gestaltung 86
a) Kein Vorliegen eines Werkes 87
b) Kein Verstoß gegen ein Verwertungsrecht 88
3. Schutz des zugrunde liegenden HTML-Codes 89
a) Schutz als Computerprogramm 89
b) Datenbank(werk) 90

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Ergebnis 90
C. Verletzungen durch die Anbieter von Werbeblockern 91
D. Ergebnis zum Urheberrecht 92

§ 4 Lauterkeitsrecht 92
A. Geschäftliche Handlung 93
I. Eignung zur Beeinflussung einer geschäftlichen Entscheidung 94
II. Anwendung auf Werbeblocker in der Rechtsprechung und Literatur 98
III. Bewertung 100
1. Infrage kommende Entscheidungen 101
2. Entscheidung der Nutzer in Bezug auf die Verwendung des Werbeblockers 103
a) Unentgeltlichkeit 108
b) Lediglich faktisches Austauschverhältnis 112
c) Hilfsweise: gebotene weite Auslegung 113
3. Ergebnis 115
IV. Ergebnis 115
B. Mitbewerber gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG 116
I. Abstrakte Darstellung der Mitbewerberbegriffe 117
1. Enger Mitbewerberbegriff 118
2. Weiter Mitbewerberbegriff 119
II. Hier zugrunde liegendes Verständnis 123
1. Ausgangspunkt: zwei sich gegenüberstehende geschäftliche Handlungen 123
2. Konsequente Fokussierung auf die geschäftliche Entscheidung 124
3. Anwendung auf den Mitbewerberbegriff 126
a) Enger Mitbewerberbegriff 126
b) Weiter Mitbewerberbegriff 131
aa) Übertragung auf den weiten Mitbewerberbegriff 131
bb) Verhältnis zum engen Mitbewerberbegriff 135
cc) Erläuterung an Fallbeispielen 136
III. Anwendung auf Werbeblocker 140
1. Bisherige Anwendung auf Werbeblocker 140
a) Kostenpflichtige Werbeblocker 140
b) (Allowlistende) Internetwerbeblocker 142
c) Weitere vergleichbare Fälle 144

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Bewertung und eigene Ansicht 144
a) Geschäftliche Handlung des Webseitenbetreibers 145
b) Wettbewerb auf dem Bezugsmarkt 146
c) Wettbewerb auf dem Absatzmarkt 149
aa) Enger Mitbewerberbegriff 149
bb) Weiter Mitbewerbergriff 150
(1) Entscheidung der Nutzer über Bezug der Inhalte 151
(2) Entscheidung der Nutzer über den Absatz der Aufmerksamkeit 151
(3) Entscheidung der Werbetreibenden 152
d) Situation beim kostenlosen Allowlisting gegenüber kleineren Webseiten 152
IV. Ergebnisse 153
1. Mitbewerberbegriff 154
2. Anwendung auf Werbeblocker 155
C. §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG 156
I. These 156
II. Werbeblockersperren sind erlaubt 159
1. Anwendbarkeit der DS-GVO 160
2. Verweis auf die ePrivacy-RL 164
a) Erfassung von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL 165
b) Begründung von Pflichten 167
aa) Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL 167
(1) Kein Erlaubnistatbestand 168
(2) Einwilligung 168
(3) Koppelungsverbot 169
(4) Informationserfordernis 173
(5) Ergebnis zur Vorgabe der Richtlinie 173
bb) Deutsche Umsetzung 174
(1) Pseudonymisierung – § 15 Abs. 3 TMG 174
(2) Keine Pseudonymisierung – § 12 Abs. 1 TMG 176
c) Ergebnis zur Anwendung der ePrivacy-RL 176
3. Anwendung der allgemeinen Regelungen der DS-GVO 177
4. ePrivacy-Verordnung 181
5. Ergebnis 182

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Schutz der Werbeblockersperren 183
1. Funktionsweise einer Sperre 184
2. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, § 19a UrhG 185
a) Verhältnis zum Recht der öffentlichen Wiedergabe 186
b) Grundlegendes Verständnis der öffentlichen Zugänglichmachung 189
aa) Konzeption des EuGH 189
bb) Kritik am Verständnis des EuGH 190
(1) BGH 190
(2) Literatur 191
cc) Hier zugrunde liegendes Verständnis 192
c) Die Handlung der Zugänglichmachung 193
aa) Begriffsbestimmung 193
(1) Verständnis des EuGH 193
(2) Rezeption in Deutschland und Versuche der Konkretisierung 195
(a) Anforderungen an das Verhalten 196
(b) „[I]n voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens“ 196
(3) Hier zugrunde liegendes Verständnis 197
(a) Anforderungen an das Verhalten 197
(b) „[I]n voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens“ 198
(4) Voraussetzungen einer aktiven Rolle 200
(5) Ergebnis der Anforderungen an die Handlung der Zugänglichmachung 203
bb) Anwendung auf Werbeblocker 203
(1) Eröffnen des Zugangs 204
(2) Verhalten – aktive Rolle 205
(a) Eigener, umgehender Code 206
(b) Fremder, automatisch implementierter Code zur Umgehung 206
cc) Ergebnis zur Handlung der Zugänglichmachung 207
d) Öffentlichkeit der Zugänglichmachung 207
aa) Größe des Publikums 208

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Vom Rechtsinhaber intendiertes und neues Publikum 208
(1) Anforderungen an eine technische Beschränkung 209
(a) Umfassende Konditionalisierung möglich 209
(b) Vergleich mit § 95a UrhG 211
(c) Adressat der technischen Beschränkung 214
(d) Maßstäbe für die Auslegung 214
(e) Ergebnis 217
(2) Anwendung auf Werbeblockersperren 217
(a) Vergleich mit dem Deaktivieren von JavaScript 218
(b) Keine Täuschung des Prüfcodes 219
(c) Trennung von Prüfung und Reaktion 220
(d) Zugang zum Quelltext 220
(3) Ergebnis 221
cc) Verletzung von Prüfpflichten 221
(1) Anhaltspunkte für die erforderliche Abwägung zur Bestimmung der Pflichten 223
(2) Pflichten bei umgehenden Werbeblockern 225
e) Auswirkungen der DSM-Richtlinie 227
f) Ergebnis 228
3. Vervielfältigungsrecht 229
a) Vervielfältigung 229
b) Schranke des § 44a UrhG 230
aa) Anwendung auf rechtswidrig zugänglich gemachte Quellen 231
(1) Dreistufentest 232
(2) Bisherige Stimmen zur Einordnung rechtswidriger Quellen 235
(3) Entscheidung 239
(a) Bestehen eines subjektiven Merkmals 239
(b) Konkrete Ausgestaltung des subjektiven Merkmals 242

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(c) Überprüfung mittels Dreistufentest 245
(4) Sonstige Schutzobjekte 249
(5) Ergebnis zur Behandlung des Abrufs rechtswidriger Inhalte 250
bb) Verhältnis zu § 95a UrhG 250
cc) Anwendung auf Werbeblocker 253
c) Schranke des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG 254
d) Ergebnis zum Vervielfältigungsrecht 255
4. Ergebnis Schutz der Werbeblockersperren 255
IV. Maßstäbe für die Übertragung der Wertung 256
1. Verhältnis zwischen Urheberrecht und Lauterkeitsrecht 257
a) Allgemein 257
b) Ergänzender Leistungsschutz, § 4 Nr. 3 UWG 258
c) Unmittelbarer Leistungsschutz, § 3 Abs. 1 UWG 259
d) Gezielte Mitbewerberbehinderung, § 4 Nr. 4 UWG 260
e) Das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets 261
aa) Rechtsprechung 261
bb) Literatur 263
cc) Beurteilung und Abgleich mit dem Urheberrecht 264
f) Ergebnis 266
2. Europäische Implikationen 267
3. Geltung für urheberrechtsfreie Inhalte 268
4. Ergebnis 268
V. Anwendung der Wertung auf Werbeblocker 269
1. Ausgangsüberlegung 269
2. Abgleich mit den in der Debatte genannten Aspekten 270
a) Durch das Urheberrecht abstrakt geregelte Interessen 270
b) Vom Urheberrecht konkret erfasste Aspekte 272
aa) Bereits geregelte Interessen 272
(1) Webseitenbetreiber 273
(a) Pressefreiheit 273
(b) Institutsgarantie der Presse 275
(c) Berufsfreiheit 276
(d) Meinungsfreiheit 277

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(e) Grundrecht des Eigentums 278
(2) Nutzer 278
(a) Nichtkonfrontiertseinwollen mit Werbung 279
(b) Tracking 280
(c) Malvertising 281
(3) Werbetreibende und Werbeblockerbetreiber 282
(4) Zusammenfassung der betroffenen Interessen 282
(5) Erfassung durch das Urheberrecht 283
(6) Ergebnis 286
bb) Urheberrechtlich begründete Argumente 286
(1) Nichtvornahme der Sperren 287
(2) Unternehmerisches Risiko 288
(3) Kein „Deal“ 289
(4) Unfähigkeit der Nutzer zur eigenständigen Blockade 289
(5) Zweck des Blocklistings 290
(a) Kommerzialisierung 290
(b) Allowlisting 291
cc) Ergebnis 291
c) Keine zusätzlichen, unlauterkeitsbegründenden Umstände 292
aa) Verdrängungsabsicht 292
bb) Unmittelbare Beeinträchtigung 294
(1) Keine unmittelbare Einwirkung auf das Produkt 295
(2) Dazwischentreten des Nutzers 296
cc) Berücksichtigung der Belästigung durch Internetwerbung 298
dd) Verschmelzen von Werbung und Inhalten 299
d) Ergebnis 299
VI. Ergebnis 301
D. Weitere Tatbestände des UWG 303
I. Allgemeine Marktbehinderung 303
II. Virtuelles Hausrecht 306
E. Ergebnis 307

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Teil: Rechtliche Beurteilung des Allowlistings 308

§ 5 Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings 308
A. Bestimmung der geschäftlichen Handlung 308
B. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4a Abs. 1 UWG 311
I. Sonstiger Marktteilnehmer 311
1. Angebot an die Werbetreibenden 312
2. Angebot an die Webseitenbetreiber 313
3. Ergebnis 313
II. Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG 313
1. Versuche der Modifikation der Anspruchsberechtigung 314
a) Erweiterung der Anspruchsberechtigung 314
b) Anwendung des engen Mitbewerberbegriffs 316
c) Ergebnis 318
2. Webseitenbetreiber als Mitbewerber – Werbetreibende als Adressaten der geschäftlichen Handlung 318
3. Werbetreibende als Mitbewerber – Webseitenbetreiber als Adressaten der geschäftlichen Handlung 321
4. Ergebnis 322
III. Aggressive Handlung 322
1. Vorüberlegung: Rechtmäßigkeit des Blocklistings 323
2. Unzulässige Beeinflussung (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG) 324
a) Machtposition 325
b) Druckausübung 328
aa) Indiztatbestände des § 4a Abs. 2 UWG 328
bb) Feststellung ohne Indiztatbestand 329
c) Eignung zur Einschränkung der geschäftlichen Entscheidungsfähigkeit 334
IV. Ergebnis 335
C. Weitere Ansprüche 335
D. Ergebnis 336

§ 6 Angebot einer Allowlisting-Vereinbarung 337
A. Geschäftliche Handlung und Mitbewerberstellung 337
B. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4a UWG 338
C. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG 339
D. Ergebnis 340

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 7 Fortführung des Allowlistings – Ersetzen der Werbung 340
A. Urheberrechtliche Ansprüche 341
B. Lauterkeitsrechtliche Ansprüche 342
I. Mitbewerberstellung 342
II. Gezielte Behinderung 343
1. Verdrängungsabsicht 343
a) Ad Injectoren 343
b) Brave 343
2. Unangemessene Beeinträchtigung 344
a) Ad Injectoren 344
b) Brave 347
III. Allgemeine Marktstörung, § 3 Abs. 1 UWG 348
IV. Aggressive geschäftliche Handlung 348
C. Bürgerlich-rechtliche Ansprüche 349
D. Ergebnis 349

4. Teil: Alternativen der Webseitenbetreiber 350

§ 8 Aussperrung 350
A. Ansprüche gegen die Werbeblockerbetreiber 351
I. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG 351
1. Konkurrenzen 352
a) Verhältnis zu § 69f Abs. 2. UrhG 352
b) Verhältnis zum ZKDSG 353
2. Technische Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG 354
a) Verhinderung oder Einschränkung von nicht erlaubten Nutzungshandlungen 354
aa) Vorliegen einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG 355
bb) Auswirkungen der Subjektivierung der Schutzrechte 356
cc) Einschränkung aufgrund des Schutzzwecks des § 95a UrhG 359
b) Wirksamkeit 360
aa) Allgemeine Anforderungen 361
bb) Verhältnis zum Begriff der Umgehung 367
cc) In Bezug auf Werbeblockersperren 368
dd) Verhältnismäßigkeit der technischen Schutzmaßnahme 370

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Verbot nach § 95a Abs. 3 Nr. 2 und 3 UrhG 370
4. Ergebnis 373
II. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG 373
1. Geschäftliche Handlung und Mitbewerberverhältnis 374
2. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG 374
a) Einschlägige Fallgruppe 375
b) Verhältnis zum Urheberrecht 377
c) Anwendung auf urheberrechtsfreie Gegenstände 379
d) Anwendung auf Werbeblocker 380
3. Ergebnis 381
B. Ansprüche gegen die Nutzer 381
C. Schutz der Werbeblockerbetreiber 382
D. Sonderfall Paywall 383
E. Ergebnis 384

§ 9 Umgehung des Werbeblockers 384
A. Methoden des Ausspielens umgehender Werbung 385
B. Schutz der Nutzer vor Umgehung des Werbeblockers 386
I. Haftung des Webseitenbetreibers für Verstöße gegen das Datenschutzrecht 386
II. Verstoß aufgrund der Umgehung des Werbeblockers gegen das UWG 388
1. § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG 388
2. § 7 Abs. 1 S. 2, 1 UWG 389
a) Bisherige Stimmen zur Umgehung 390
b) Stellungnahme 391
aa) Pflicht zur Erkennung 392
bb) Pflicht zur Berücksichtigung 395
c) Ergebnis 395
3. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG 395
III. Ergebnis 396
C. Schutz der Webseitenbetreiber 396
I. Urheberrecht 396
II. Lauterkeitsrecht 397
D. Schutz der Werbeblockerbetreiber 397
E. Ergebnis 397

§ 10 Hinweise und andere Eigenwerbung 398

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 11 Vertragliche Verpflichtung zum Empfang der Werbung 402
A. Anforderungen an die Begründung der Verpflichtung 402
I. Grundannahmen 402
II. Vertragsschluss 403
III. Wirksame Verpflichtung zum Werbeempfang 406
1. Behandlung als allgemeine Geschäftsbedingungen 406
a) § 305c Abs. 1 BGB 407
b) Kontrollfähigkeit bei Ausräumen des Überraschungsmoments 409
c) Ergebnis 413
2. Anwendung der §§ 312 ff. BGB 413
a) Anwendbarkeit – § 312 Abs. 1 BGB 413
b) Pflichtinformationen und Widerrufsrecht 417
c) Anwendung der Button-Lösung 418
3. Ergebnis 418
B. Ansprüche gegen die Nutzer 419
I. Nichtempfang der Werbung 419
II. Umgehen des Vertragsschlusses 421
C. Ansprüche gegen die Werbeblockerbetreiber 421
I. Urheberrechtliche Ansprüche 422
II. Lauterkeitsrechtliche Ansprüche 422
D. Ergebnis 423

§ 12 Zusammenfassung zu den Handlungsalternativen 424

5. Teil: Ergebnisse und Fazit 426

§ 13 Ergebnisse 426
A. Ergebnisse zum 1. Teil § 1: tatsächliche Grundlagen 426
B. Ergebnisse zum 1. Teil § 2: rechtliche Problemstellung und Gang der Untersuchung 428
C. Ergebnisse zum 2. Teil § 3: Urheberrecht 428
D. Ergebnisse zum 2. Teil § 4: Lauterkeitsrecht 430
E. Ergebnisse zum 3. Teil § 5: Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings 442
F. Ergebnisse zum 3. Teil § 6: Angebot einer Allowlisting-Vereinbarung 445
G. Ergebnisse zum 3. Teil § 7: Fortführung des Allowlistings – Ersetzen der Werbung 445
H. Ergebnisse zum 4. Teil § 8: Aussperrung 445
I. Ergebnisse zum 4. Teil § 9: Umgehung des Werbeblockers 448

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

J. Ergebnisse zum 4. Teil § 10: Hinweise und andere Eigenwerbung 449
K. Ergebnisse zum 4. Teil § 11: vertragliche Verpflichtung zum Empfang der Werbung 450
L. Ergebnisse zum 4. Teil § 12: Zusammenfassung zu den Handlungsalternativen 451

§ 14 Fazit 451

Literaturverzeichnis 455

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abkürzungsverzeichnis

a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AnwZert ITR	AnwaltZertifikatOnline – IT-Recht
Art. 29 WP	Art.-29-Datenschutzgruppe
BeckRS	Beck-online Rechtsprechung
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVDW	Bundesverband Digitale Wirtschaft
Computerprogramm-RL	Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (kodifizierte Fassung)
Cookie-RL	Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz
COD	ordentliches Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV
CSS	Cascading Style Sheets
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
DInh-RL	Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen
DS-GVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

DS-RL	Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr
DSK	Datenschutzkonferenz der unabhängigen deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder
DSM-RL	Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 95/9/EG und 2001/29/EG
DSRITB	Tagungsband Herbstakademie der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik
E-Commerce-RL	Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Enforce-RL	Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, geändert durch Berichtigung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums
ePrivacy-RL	Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation)
ePrivacy-VO-E	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation)
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR-RS	Digitale Rechtsprechungssammlung der GRUR
HTTP	Hypertext Transfer Protocol
IAB	Interactive Advertising Bureau

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

InfoSoc-RL	Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft
InTer	Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht
jM	juris – Die Monatszeitschrift
jurisPR-ITR	juris PraxisReport IT-Recht
jurisPR-WettbR	juris PraxisReport Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht
MR-Int	Medien und Recht International
NetzDG	Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken
ÖOGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OVK	Online-Vermarkterkreis
par.	Absatz
RechtsA	Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
RegE	Regierungsentwurf
rev.	Revision
TKP	Tausenderkontakterpreis
TMG	Telemediengesetz
UAbs.	Unterabsatz
UGP-RL	Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken)
UmsG	Umsetzungsgesetz
UrhG-InfG	Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

VR-RL	Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates
W3C	World Wide Web Consortium
Warenkauf-RL	Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG
WCT	WIPO-Urheberrechtsvertrag
Werbe-RL	Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung
WP	Working Paper
WPPT	WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger
ZGE	Zeitschrift für geistiges Eigentum
ZKD-RL	Richtlinie 98/84/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten
ZKDSG	Gesetz über den Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten

Im Übrigen wird auf *Böttcher, Eike*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, begründet von *Hildebert Kirchner*, 8. Aufl., Berlin, Boston, 2015 sowie *Duden, Konrad*, Die deutsche Rechtschreibung, 27. Aufl., Berlin, 2017 verwiesen.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einleitung

Werbeblocker sind kein neues Phänomen, auch wenn die lautstarken Vorwürfe der Medienhäuser und ihrer Anwälte[1] anderes nahelegen.[2] Entsprechend dem Grundgedanken – nur das erhalten, was man wünscht – wurde im Jahr 1991 eine Zeitung von einem ihrer Abonnenten auf Belieferung mit einer werbefreien Ausgabe der Zeitung verklagt.[3] Das Gericht weigerte sich aber – zu Recht – als „Werbeblocker" zu fungieren und wies die Klage ab.[4]

Ende der Neunziger Jahre brachte *Siemens* den *Webwasher* auf den Markt. Dieser blendete die Werbung auf Internetseiten aus und ermöglichte das, was Generationen von Zeitungslesern verwehrt blieb: Es wurden nur die Inhalte ohne Anzeigen gezeigt, sodass man ungestört den Artikel lesen konnte. Anfang des neuen Jahrtausends regten sich dementsprechend die ersten Stimmen, die Werbeblocker – trotz der geringen Nutzungsquote[5] – als Problem für die Webseiten ansahen.[6]

---

1 Personenbezeichnungen in der maskulinen Form schließen stets alle Geschlechter ein.

2 Vgl. z. B. das Klägervorbringen in *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 605 Rn. 12 – *Adblock Plus*: „massive finanzielle Einbußen"; *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1083 – *Adblock Plus*: „globale Bedrohung der freien Internetwirtschaft"; *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 24 – *Whitelisting II*: „Mafia-Modell"; sowie *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 340 (Bewegtbildangebote vor dem Aus), der als Anwalt auf Klägerseite tätig war und *Thomale* MMR 2017, 789, 790 (rechtswidrige Vorzensur), Senior Legal Counsel der *Axel Springer SE*.

3 *OLG Karlsruhe* NJW 1991, 2913.

4 *OLG Karlsruhe* NJW 1991, 2913, 2914.

5 *Saunders,* Consumers Rarely Use Ad Blockers, https://www.clickz.com/clickz/news/1717917/consumers-rarely-use-ad-blockers (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020): Nur ein Prozent der Internetnutzer hatte einen Werbeblocker installiert, 75 % wussten nicht einmal von der Existenz.

6 *Apel*, FS Hertin (2000), S. 337, 359; *Storbeck,* Ein „Webwasher" für das Internet, http://www.welt.de/print-welt/article565358/Ein-Webwasher-fuer-das-Internet.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der juristische Diskurs[7] fokussierte sich jedoch bald auf die *Fernsehfee* und die Prozesse der Fernsehsender[8] gegen das Gerät.[9] Die *Fernsehfee* war ein Vorschaltgerät für den Fernseher. Das Gerät schaltete bei Werbung, durch Radiosignale des Herstellers veranlasst, auf einen zurzeit werbefreien Sender um. Mit der Entscheidung *Werbeblocker I* des *BGH* wurde der Streit im Jahr 2004 zugunsten des Betreibers der *Fernsehfee* entschieden.[10]

Inzwischen liegt der Fokus aber wieder auf dem Internet: Im Zuge der Digitalisierung haben viele Verlage ihr Online-Geschäft gestärkt und nach und nach entsprechende Portale aufgebaut, die durch Werbung finanziert werden. Gleichzeitig wurde die Werbung in Form von riesigen Bannern mit automatisch startenden Videos immer aufdringlicher, um die Einnahmen zu steigern. Dieses Geschäftsmodell wurde dann durch die zunehmende Verbreitung von Werbeblockern infrage gestellt.[11] Im Jahr 2013 brachte die Firma *Eyeo* den sehr erfolgreichen Werbeblocker *Adblock Plus* auf den Markt. Dieser hat den enormen Vorteil, dass im Gegensatz zur teuren *Fernsehfee*[12] die Webseitenbetreiber den Betrieb des Werbeblockers finanzieren: Grundsätzlich wird jede Werbung blockiert, außer der Webseitenbetreiber (oder Werbetreibende) schließt mit der Firma *Eyeo* eine Allowlistingvereinbarung. Diese hat zum Inhalt, dass die Werbung, sofern sie „akzeptabel" im Sinne von *Eyeos* Definition ist, auf die Allowlist gesetzt und damit nicht, wie die Elemente auf der Blocklist, blockiert wird. Für diese Leistung gibt der Webseitenbetreiber einen Anteil an den so generierten Werbeeinnahmen an *Eyeo* ab.

Dass die Verlage dieses Verhalten nicht kampflos hinnehmen, zeigt sich in diversen Prozessen.[13] Dabei gibt es zwei grundsätzliche Ziele,

---

7 *Apel/Steden* WRP 2001, 112 ff.; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 794 f.; *Apel*, FS Hertin (2000), S. 337 ff.; *Lempe,* Werbeblocker und Werbefinanzierung, S. 1 ff.

8 *BGH* NJW 2004, 3032 – *Werbeblocker I*; *OLG Frankfurt* NJW 2000, 2029 – *Fernsehfee II*; *KG* MMR 2002, 483 – *Fernsehfee*; *LG Berlin* ZUM-RD 2000, 144.

9 Vgl. nur *Ernst* ZUM 2004, 751; *Fritzsche* LMK 2004, 192; *Funk/Zeifang* MMR 2004, 665; *Hoeren* EWiR 2004, 1193; *Ladeur* GRUR 2005, 559.

10 *BGH* NJW 2004, 3032 – *Werbeblocker I*.

11 Pagefair and Adobe, The cost of ad blocking, 2015, S. 7 schätzen den weltweiten Umsatzausfall durch Werbeblocker auf 11,7 Milliarden US-Dollar.

12 Nach *Ernst* ZUM 2004, 751, 752 soll das Gerät allein 400 DM gekostet haben, zuzüglich einer monatlichen Gebühr für die Umschaltsignale.

13 *BGH* BeckRS 2019, 24563 – *Werbeblocker III*; GRUR 2018, 1251 – *Werbeblocker II*; *OLG Hamburg* WRP 2018, 604 – *Adblock Plus*; *OLG Köln* GRUR 2018, 863 – *Adblock-Plus Ordnungsgeld*; GRUR 2016, 1082 – *Adblock Plus*; *OLG München* WRP 2017, 1377 – *Whitelisting III*; GRUR-RS 2017, 122817 – *Whitelisting II*; MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*; *LG Berlin* K&R 2016, 360; *LG Hamburg* BeckRS 2016,

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die zumeist durch das Lauterkeitsrecht erreicht werden sollen: vorrangig ein Ende des Blocklistings, also des Blockierens jeglicher Werbung. Das Produkt Webseite – bestehend aus Inhalten und Werbung – dürfe nicht auseinandergerissen werden, davor schütze auch die Pressefreiheit. Bezüglich des zweiten Verbotsziels der Verlage, dem Allowlisting – also dem Nichtblockieren von Anzeigen zahlender Webseitenbetreiber –, wird angeführt, dass es sich um moderne Wegelagerei handele und erpresserische Züge trage. Die vorliegende Arbeit untersucht, inwiefern das Blockieren von Werbung im Internet und vor allem das von *Eyeo* erfundene und kommerziell erfolgreiche Allowlisting nach urheberrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Maßstäben rechtmäßig sind.[14] Ausführungen zum Kartellrecht, das aufgrund der Entscheidung *Werbeblocker III* des *BGH*[15] in den Fokus der Debatte rücken wird, würden den Umfang den Arbeit sprengen und müssen deshalb folgenden Arbeiten vorbehalten bleiben.

127854 – *Tobis Tricks*; GRUR-RS 2016, 20247 – *Adblock Plus*; Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16 (juris); ZUM 2016, 892 – *Adblocker*; MMR 2016, 416 – *Adblocker*; ZUM-RD 2015, 745 – *AdBlock Plus*; *LG Köln* BeckRS 2015, 20248 – *Whitelisting*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816 – *Adblock Plus*; BeckRS 2015, 9563; MMR 2015, 660; *LG Stuttgart* K&R 2016, 362 (Berufung zurückgenommen).

14 Zum Gang der Untersuchung 1. Teil § 2 (S. 63).

15 *BGH* BeckRS 2019, 24563 – *Werbeblocker III*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Teil: Einführung – Werbung im Internet und ihre Blockierung

Um Werbeblocker und das Allowlisting als Geschäftsmodell bewerten zu können, sollen hier zuerst die tatsächlichen Grundlagen des Konflikts dargestellt werden. Daran schließt sich eine Erläuterung der rechtlichen Problemstellung und des Gangs der Untersuchung an.

Das Blockieren von Werbung wird in Rechtsprechung und Wissenschaft fast durchgängig als „Blacklisting" bezeichnet, ist aber besser als „Blocklisting" zu bezeichnen.[16] Gleiches gilt für den Begriff „Whitelisting", der (in diesem Kontext) das Zulassen der Anzeige von ausgewählter Werbung trotz Blocklist beschreibt. Dieser Begriff ist analog dem des „Blacklistings" durch „Allowlisting" zu ersetzen.[17] Zitate werden – außer bei wörtlicher Wiedergabe – entsprechend angepasst, sofern der Inhalt identisch bleibt.

§ 1 Tatsächliche Grundlagen

In diesem Abschnitt sollen die wirtschaftlichen und technischen Hintergründe des Problems dargelegt werden. Ausgehend von den Interessen der Beteiligten wird erklärt, wie Online-Werbung grundsätzlich funktioniert. Hieran schließt sich eine Erläuterung der Funktionsweise vom Blocklisting an und ein Abschnitt zur Finanzierung von Werbeblockern, vor allem dem Allowlisting. Danach werden die Auswirkungen auf die Webseitenbetreiber dargestellt und welche Gegenmaßnahmen ihnen zur Verfügung stehen.

16 Der Standard, Google streicht Begriffe wie „Blacklist" und „Whitelist", https://www.derstandard.de/story/2000117949744/rassismus-google-chrome-streicht-begriffe-wie-blacklist-und-whitelist (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

17 Der Standard, Google streicht Begriffe wie „Blacklist" und „Whitelist", https://www.derstandard.de/story/2000117949744/rassismus-google-chrome-streicht-begriffe-wie-blacklist-und-whitelist (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

A. Interessenlage

Hier sollen kurz die tatsächlichen Interessen der Beteiligten – Webseitenbetreiber, Werbetreibende, Nutzer und Werbeblockerbetreiber – dargestellt werden, um später die Argumente der Parteien nachvollziehen zu können.

I. Interessen der Webseitenbetreiber

> *„Das Kerngeschäft […] ist die Vermarktung von Werbung. Journalistische Inhalte sind das Vehikel, um die Aufmerksamkeit des Publikums für die werblichen Inhalte zu erreichen.“*[18]

Dieser – zugegebenermaßen zugespitzte[19] – Satz der Anwälte der *Springer SE* in einem Verfahren zum Verbot eines Werbeblockers fasst prägnant die wirtschaftliche Bedeutung von Werbung zusammen. Strikt ökonomisch gedacht, geht es bei den meisten kommerziellen und kostenlosen Angeboten im Internet vor allem um den Verkauf von Werbeflächen bzw. die daraus generierten Einnahmen, sofern sich das jeweilige Angebot nicht allein durch Beiträge der Nutzer finanziert.

Dementsprechend ist die Erzielung von Einnahmen und damit die Finanzierung der jeweiligen Webseite Sinn und Zweck der Werbung. Dem gleichen Ziel dient das Schalten von Werbung in eigener Sache, z. B. für ggf. bestehende Printmedien mit ausführlicheren Artikeln oder weitere Dienstleistungen, wie z. B. Bezahlangebote, die dann ohne Werbung auskommen. Neben diese Interessen tritt in der Regel das Ziel, Inhalte – seien es solche journalistischer Art oder schlicht die berühmten Katzenvideos[20] – zu verbreiten bzw. sogar selbst herzustellen.

Damit ist bei fast allen Angeboten Grundbedingung, dass die Werbung die Ausgaben für den Betrieb der Webseite und die Erstellung der Inhalte

---

18 Zitat aus einem Schriftsatz der Anwälte der *Springer SE* im Verfahren vor dem *LG Köln* (vgl. *LG Köln* BeckRS 2015, 20248 – *Whitelisting*), zitiert nach golem.de, Axel Springer sieht Journalismus nur als Vehikel für Werbung, http://www.golem.de/news/adblock-plus-axel-springer-sieht-journalismus-nur-als-vehikel-fuer-werbung-1509-116587.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

19 Vgl. hierzu die Klarstellung seitens Springer nach golem.de, Axel Springer sieht Journalismus nur als Vehikel für Werbung, http://www.golem.de/news/adblock-plus-axel-springer-sieht-journalismus-nur-als-vehikel-fuer-werbung-1509-116587.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

20 Als Beispiel für Inhalte, die lediglich der Unterhaltung dienen.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

abdeckt, wenn nicht sogar Gewinn erzielt wird. Je nach Angebot der Webseite sind dazu unterschiedlich hohe Einnahmen erforderlich. So erfordern Streaming-Portale mit urheberrechtlich geschützten Inhalten wegen der höheren Lizenzgebühren und der erforderlichen Bandbreiten für die Übertragung deutlich höhere (Werbe-)Einnahmen zur Finanzierung als Angebote, die z. B. schlichte Linksammlungen darstellen.

Da Anzeigen wie im Printbereich nach Reichweite bezahlt werden, bringt jeder zusätzliche Nutzer erhöhte Einnahmen. Denn für jede einzelne Anzeige – eine Ad Impression – dank Reichweitenmessung nachvollzogen werden kann, wie häufig diese in einem Browser tatsächlich dargestellt worden ist. Dementsprechend wird Werbung im Internet anhand des Tausenderkontakterpreises (TKP), dem Preis für 1.000 Darstellungen in einem Webbrowser, vergütet.[21]

Dieses Abzielen auf möglichst viele „Kontakte" ist gerade im Online-Bereich teilweise existenziell, denn die sogenannte „Kostenloskultur"[22] führt dazu, dass die meisten Angebote sich allein durch Werbung finanzieren (müssen). So lag z. B. bei den Bezahl-Angeboten des *Springer-Verlags* (*Bild Online* und *welt.de*) der Anteil der zahlenden Abonnenten laut *Springer* sechs Monate nach Markteinführung bei ca. 1 %.[23] Neben der Anzahl an Kontakten ist aber auch das *Wie* der Werbung sehr wichtig. Da Werbung vor allem wahrgenommen werden will, gilt, dass je auffälliger, bunter und auch lauter die Werbung ist, desto besser wird diese vergütet. So sind Overlays beliebt, die sich vor den Inhalt oder vor Teile davon legen und entweder von selbst oder nur nach einem Klick – auf eine häufig sehr kleine – Schaltfläche verschwinden.[24]

II. Interessen der Werbetreibenden

In dieser Arbeit werden unter dem Begriff *Werbetreibende* alle Akteure auf dem Werbemarkt gefasst, die Werbeplätze beim Webseitenbetreiber nachfragen. Das umfasst insbesondere auch die Werbenden, also die Unternehmen, für die die Werbeanzeige geschaltet wird. Dass es sich hierbei mit Blick auf die komplexen Verflechtungen und zahlreichen Akteure auf

21 *Zurstiege,* Medien und Werbung, S. 104 f.; vgl. auch *Apel*, FS Hertin (2000), S. 337, 338.
22 Vgl. *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 471.
23 *LG Köln* BeckRS 2015, 20248 – *Whitelisting.*
24 Vgl. *Kiersch,* Adblocking, S. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem Markt für Online-Werbung um eine grobe Vereinfachung handelt,[25] ist für die Übersichtlichkeit der Arbeit grundsätzlich hinzunehmen.

Die Interessen der Webseitenbetreiber und Werbetreibenden sind grundsätzlich deckungsgleich: Beide Akteure wollen möglichst viele und aufwendige Werbeanzeigen an viele Nutzer ausliefern, denn nur eine tatsächlich angezeigte Werbeanzeige wird auch vergütet.[26]

III. Interessen der Nutzer

Dazu diametral stehen die Interessen der Nutzer.[27] Diese wünschen zuvorderst – für 59 % das ausschlaggebende Motiv[28] – einen störungsfreien Konsum der Inhalte: Je mehr und aufdringlichere Werbung ausgespielt wird, desto unangenehmer wird der Konsum der gewünschten Inhalte empfunden. Darüber hinaus werden Webseiten durch den Nichtabruf von Werbung spürbar schneller geladen, da weniger Elemente darzustellen und weniger Daten zu übertragen sind,[29] was für 28 % der Nutzer mit Werbeblocker relevant ist.[30] Immerhin 46 % wollen irrelevante Werbung und anstößige Anzeigen vermeiden.[31]

Eng mit Werbung ist die Frage des Trackings verbunden. Dieses bezeichnet Techniken, die das Verhalten der Nutzer aufzeichnen und so eine Personalisierung der Werbung auf Webseiten ermöglichen. Je personalisierter und zielgerichteter die Werbung ist, desto besser wird sie vergütet.[32] Etwas weniger als ein Drittel der Nutzer verwendet den Werbeblocker zur Verhinderung dieser Nachverfolgung.[33]

---

25 Vgl. dazu die Grafik in Internet World Business vom 05.04.2014, S. 19 und die Erläuterungen bei *Kiersch,* Adblocking, S. 14 ff.
26 Zur Vergütung 1. Teil § 1. B. I. (S. 37).
27 Vgl. auch mit teilweise anderen Zahlen Pagefair, 2017 Global Adblock Report, S. 12.
28 *Werliin,* Insights 2018, S. 29.
29 *Kiersch,* Adblocking, S. 29 f.
30 *Werliin,* Insights 2018, S. 29.
31 *Werliin,* Insights 2018, S. 29.
32 Dazu 1. Teil § 1. B. I. (S. 37).
33 *Werliin,* Insights 2018, S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Weiterhin wird inzwischen häufiger versucht, mit Schadsoftware präparierte Werbung an Nutzer auszuspielen,[34] das sogenannte Malvertising.[35] Im schlimmsten Fall kann ohne Zutun des Nutzers – das bloße Anzeigen der „infizierten" Werbung reicht – die Kontrolle des Endgeräts übernommen werden (sog. Drive-by-Infektionen). Teilweise leiten die Anzeigen auf entsprechende Webseiten weiter bzw. animieren unter Täuschung zum aktiven Download von Schadsoftware.[36] Da Werbeplätze im Regelfall im Echtzeitverfahren über mehrere Beteiligte vergeben werden und gleichzeitig der (Schad-)Code verschleiert wird, bleiben auch seriöse und gut geschützte[37] Seiten – einschließlich ihrer Nutzer – nicht vom Malvertising verschont.[38] Die typischen Folgen einer solchen „Infektion" des Nutzergeräts reichen von der Einverleibung in ein Bot-Netz[39] über das Ausspionieren von Bankdaten bis hin zum Verschlüsseln wichtiger Dateien und dem Erpressen von Lösegeld für deren Freigabe (sog. Ransomware).[40] So installieren etwa 30 % der US-Nutzer den Werbeblocker aufgrund von Sicherheitsbedenken.[41]

Die Interessen der Nutzer sind hingegen mit denen der Webseitenbetreiber insoweit gleichläufig, dass beide an einer Finanzierung der Inhalte durch Dritte interessiert sind, die Verlage also vergütet werden und die Nutzer nicht zahlen wollen.

---

34 *Meyer/Benzmüller/Simonis* CR 2017, 274 f.: Verzehnfachung im Zeitraum von 2014 bis 2016; so sagt *Schröder* (*Dachwitz,* Interview mit Thorsten Schröder, https://netzpolitik.org/2017/interview-ueber-adblocker-und-das-wohlergehen-der-schadsoftware-branche-das-problem-malvertising-nicht-aussitzen/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020)) voraus, dass infolge von besserem technischen Wissens auf Nutzerseite die Verbreitung von Malware über Werbeanzeigen deutlich zunehmen werde, da diese als Nutzer nur schwer zu vermeiden sei.

35 Eine Mischung aus den Worten Advertising (Werben) und Malware (Schadsoftware).

36 „Ihr PC ist zu langsam, bitte laden Sie folgendes Programm herunter…"; dazu auch *Meyer/Benzmüller/Simonis* CR 2017, 274, 275 f.

37 *Djeffal* MMR 2015, 716: 75 % der Webseiten sind verwundbar, davon 20 % kritisch.

38 *Meyer/Benzmüller/Simonis* CR 2017, 274, 275 nennen z. B. die Webseiten von *Spiegel Online, BBC* und *New York Times*.

39 Botnetze werden meist dazu gebraucht, sogenannte Distributed-Denial-of-Service-Attacken zu verüben. Dazu senden die einzelnen Endgeräte (distributed – verteilt) so lange Anfragen an einen Server, bis dieser unter dem Aufwand der Beantwortung zusammenbricht und nicht mehr erreichbar ist (denial of service – Verweigerung des Dienstes), vgl. *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 195 f.

40 Guter Überblick bei *Meyer/Benzmüller/Simonis* CR 2017, 274, 275.

41 Pagefair, 2017 Global Adblock Report, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Werbeblockerbetreiber

Die Vertreiber von Werbeblockern wollen zumeist mit ihrem Produkt – ähnlich den Webseitenbetreibern – Gewinn machen oder zumindest die Kosten für Entwicklung und Vertrieb decken. Es gibt aber grundsätzlich auch Idealisten, die die Software verschenken.[42]

B. Online-Werbung und deren Blockierung

In diesem Abschnitt soll ein kurzer Überblick über die typische Vergütung von Online-Werbung und Beispiele für unterschiedliche Werbeformate[43] gegeben werden.

I. Vergütungsformen

Im Regelfall erfolgt die Vergütung nach Modellen des Performance-Marketings, also abhängig von den Nutzerzahlen. Klassisch ist die Abrechnung nach dem Tausenderkontakterpreis (TKP)[44], also der Einheit für 1000 Abrufe.[45] Diese schwanken sehr stark nach Größe, Webseite und Auffälligkeit. Es können zwischen 10 € und 100 € für 1000 Kontakte fällig werden.[46] Entscheidend ist jede Ad Impression, also der einzelne Abruf der jeweiligen Werbung.[47] Der TKP hängt darüber hinaus von der Reichweite der jeweiligen Webseite ab.[48]

Daneben gibt es viele verschiedene Formen der erfolgsabhängigen Vergütung. Hierbei wird je nach weiterem Kontakt bezahlt, so z. B. für das Anschauen eines Videos (View) oder das schlichte Anklicken eines Banners (und dem dahinterstehenden Link, Click).[49] Am teuersten (und

42 *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 29.
43 Zu den diversen Möglichkeiten *Lammenett,* Praxiswissen Online-Marketing, S. 349 ff.; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 86 ff.
44 Englisch Cost-per-Mille, CPM.
45 *Kreutzer,* Online-Marketing, S. 218; *Lammenett,* Praxiswissen Online-Marketing, S. 332.
46 *Kreutzer,* Online-Marketing, S. 265.
47 *Kiersch,* Adblocking, S. 9.
48 So zumindest der Klägervortrag in *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 605 Rn. 12 – *Adblock Plus*.
49 *Kiersch,* Adblocking, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zugleich einträglichsten) für den Werbenden wird es, wenn der „Click" zu einem „Lead" (z. B. Angabe der Kundenadresse) oder gar einem „Sale", also einem Vertragsschluss, wird. Hier erfolgt die Vergütung meist anteilig bezogen auf den Produktpreis.[50] Teilweise bemisst sich die Vergütung auch nach der Verweildauer auf der jeweiligen (Ziel-)Webseite.[51] Häufig werden mehrere Vergütungsmodelle miteinander kombiniert.[52]

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Webseitenbetreiber nur bei tatsächlich ausgespielter Werbung für diese vergütet werden bzw. zumindest die Chance auf diese haben[53] und jede blockierte Werbeanzeige – bei einer Vergütung für das bloße Ausspielen – zu einem direkten Einnahmeausfall führt.

II. Werbeformen

Hinter der Bezeichnung Display-Advertising verbirgt sich (auch) die Urform der Online-Werbung: der Banner.[54] Dabei wird leerer Raum auf einer Webseite mit werbenden Bildern aufgefüllt. Während es sich in der Anfangszeit des Internets noch um schlichte Standbilder handelte, gibt es inzwischen eine reichhaltige Bandbreite verschiedener Display-Advertising-Formen,[55] die mehr oder minder erfolgreich um Aufmerksamkeit buhlen. Dieses Werben kann über die Änderung verschiedener Eigenschaften einer Werbeanzeige erleichtert werden.

1. Größe und Position

Banner gibt es in standardisierten Formen und Größen,[56] wobei die Angabe in Bildpunkten (Pixeln) erfolgt.[57] Die Form des Wide Skyscraper mit 200 x 600 Pixeln bezeichnet z. B. eine Anzeige (meist) am rechten Rand

50 Vgl. *Eisinger/Rabe/Thomas,* Performance Marketing, S. 259, 280 f.
51 *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 104.
52 *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 105.
53 *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 19; *Kiersch,* Adblocking, S. 9 f.
54 *Eisinger/Rabe/Thomas,* Performance Marketing, S. 109.
55 *Eisinger/Rabe/Thomas,* Performance Marketing, S. 109.
56 Vgl. *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 97 ff.
57 *Eisinger/Rabe/Thomas,* Performance Marketing, S. 109, 110.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Seite.[58] Das Format Rectangle wird prominent im Text platziert und so relativ gut wahrgenommen.[59] Insbesondere größere Banner können auch als Expandable Ads ausgeliefert werden. Die Werbefläche dehnt sich ausgehend von einem normalen Standard-Banner auf das etwa Dreifache der Größe aus. Dies geschieht entweder bei Kontakt mit der Maus (Mouse-Over) oder automatisch beim Aufruf der Internetseite oder Erreichen des jeweiligen Bildschirmbereichs.[60] Noch aufdringlicher sind Layer Ads. Dabei legt sich ein Banner über die gesamte Webseite, sodass man dieses entweder durch Klick auf ein Kreuz schließen muss (was häufig misslingt und zum Öffnen eines Links führt) oder schlicht eine bestimmte Zeit lang warten muss.[61] Eine andere Form sind Flying-Banner, welche sich auf der Webseite bewegen und so versuchen, Aufmerksamkeit auf sich zu ziehen.[62]

2. Inhalt der Werbung

Dem Inhalt der Banner sind kaum Grenzen gesetzt.[63] Angefangen bei reiner Textwerbung und dem klassischen Standbild,[64] finden sich heute diverse Formen, von animierten Grafiken bis hin zu ganzen Videos – auch mit Ton. Je nach Anbieter starten diese mit oder ohne Ton bzw. erst nach einem Mouse-Over[65] oder Klick.[66] Teilweise werden auch kleinere Spiele als Werbung eingebunden.[67]

---

58 Vgl. mit einem Überblick zu weiteren Formaten *Eisinger/Rabe/Thomas,* Performance Marketing, S. 109, 112 ff.; *Kreutzer,* Online-Marketing, S. 195 f.
59 *Eisinger/Rabe/Thomas,* Performance Marketing, S. 109, 110 f.
60 *Eisinger/Rabe/Thomas,* Performance Marketing, S. 109, 112.
61 *Eisinger/Rabe/Thomas,* Performance Marketing, S. 109, 112; *Kreutzer,* Online-Marketing, S. 200.
62 *Kreutzer,* Online-Marketing, S. 202.
63 United Internet Media - ADGallery, http://www.united-internet-media.de/de/adgallery-showroom/adgallery/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
64 *Raue* WRP 2017, 1363: „Mauerblümchen der Onlinewerbung".
65 Das schlichte Fahren mit dem Mauszeiger über die Anzeige.
66 *Eisinger/Rabe/Thomas,* Performance Marketing, S. 109, 114; vgl. auch *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 186 f.
67 *Kreutzer,* Online-Marketing, S. 202.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Pop-ups und Pop-under

Diese öffnen sich häufig beim Klick auf bestimmte Objekte als neues Browserfenster.[68] Je nach Art geschieht das entweder im Hintergrund (Pop-under) oder im Vordergrund (Pop-up).[69]

4. In-Text-Werbung

Bei In-Text-Werbung werden bestimmte Wörter hervorgehoben und dienen als Anknüpfungspunkt für eine Anzeige. Meist wird dazu das Wort durch eine doppelte Unterstreichung hervorgehoben und unterscheidet sich damit von normalen Links. Das Wort kann darüber hinaus mit einem Mouse-over verbunden werden, sodass sich dann ein Overlay öffnet und die Aufmerksamkeit des Nutzers auf sich zieht.[70] Alternativ oder ergänzend enthalten diese Wörter einen Link, der auf eine Seite zum Kauf weiterleitet, sog. Affiliate-Links, bei denen zumeist eine Vergütung für die Weiterleitung oder einen sich anschließenden Vertragsschluss gezahlt wird.[71]

5. Im Zusammenhang mit Videos

Unter den weit gefassten Begriff des Display-Advertising fallen auch Werbefilme, die vor (Pre-Roll-Ads), während (Mid-Roll-Ads) oder nach (Post-Roll-Ads) Videos geschaltet werden.[72] Vorteil hieran ist, dass man die Aufmerksamkeit des Nutzers während der Wartezeit auf das Video gut binden kann, da die Unterbrechung meist nur ca. 30 Sekunden dauert und sich andere Tätigkeiten – anders als bei der Fernsehwerbung – nicht lohnen. Dementsprechend betrugen die Brutto-Werbeinvestitionen allein in Pre-Roll-Werbung (Desktop und Mobil) im Jahr 2018 über eine halbe Milliarde Euro.[73]

---

68 *Lammenett,* Praxiswissen Online-Marketing, S. 350.
69 *Kreutzer,* Online-Marketing, S. 205.
70 *Kreutzer,* Online-Marketing, S. 201 f.
71 Vgl. *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 218 f.
72 *Eisinger/Rabe/Thomas,* Performance Marketing, S. 109, 114; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 89.
73 BVDW e. V./Online-Vermarkterkreis, OVK-Report 2019/01, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Technische Einbindung der Werbung

In diesem Abschnitt wird erklärt, wie die Werbung den Nutzer erreicht. Dazu wird zuerst der grundsätzliche Aufbau einer Webseite geschildert und welche technischen Abläufe die Webseite auf den Bildschirm bringen. Darauf basierend wird das Einfügen von Werbung geschildert und schließlich wie bestimmt wird, welche Werbung der einzelne Nutzer zu sehen bekommt.

1. Aufruf einer Internetseite

Zum Aufruf einer Internetseite gibt man lediglich die Adresse (z. B. www.wikipedia.de) in das entsprechende Feld des Browsers (Programm zur Darstellung von Webseiten) ein. Das Ziel der Adresse ist der Server (von Wikipedia). Dieser hält die benötigten Daten vor und sendet sie an den Nutzer. Im Internet werden Server mittels der IP-Adresse (für Wikipedia z. B. 91.198.174.192)[74] individualisiert (und damit auch angesprochen), sodass eine „Übersetzung" der vom Nutzer eingegebenen Adresse notwendig ist, welche vom DNS-Server[75] übernommen wird. Der DNS-Server fungiert – stark vereinfacht[76] – als Adressverzeichnis[77] und übersetzt die eingegebene Adresse in die IP-Adresse der begehrten Webseite. Der DNS-Server wird zumeist vom Internet-Anbieter (Access-Provider)[78] betrieben.[79] Der Browser fragt somit vor jedem Seitenaufruf beim DNS-Server die IP-Adresse des Servers der gewünschten Webseite ab.[80]

Nun kann der Browser mit dem Abruf der „Webseite" vom Server der Webseite (Wikipedia) beginnen. Die Webseite befindet sich jedoch nicht vollständig auf dem Server des Anbieters, sondern – so zumindest der Regelfall – besteht aus verschiedenen Elementen, die vom Browser von diversen Servern heruntergeladen werden müssen.

---

74 Die IP-Adresse dient dazu, jedes Gerät im Internet zu individualisieren; zum Begriff Auer-Reinsdorff/Conrad/*Schmidt/Pruß*, § 3 Rn. 34 ff.

75 Ein Server, der nur zur Beantwortung dieser Anfragen betrieben wird; DNS steht für Domain Name System, was sich in etwa als Webseiten-Namens-System übersetzen lässt.

76 *Kiersch,* Adblocking, S. 39.

77 *Kiersch,* Adblocking, S. 38.

78 Access-Provider: Anbieter, der eine Verbindung mit dem Internet ermöglicht.

79 Vgl. *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 67.

80 Ausführlich zu diesem System *Kiersch,* Adblocking, S. 37 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ausgangspunkt für den Abruf bildet der vom Browser angesprochene Server (unter der Adresse 91.198.174.192). Zum Abruf der Daten sendet der Browser den HTTP-GET-Befehl[81] an den Server. Dieser Befehl fordert das HTML-Dokument an, welches den Quellcode und damit das Grundgerüst für die am Ende angezeigte Webseite enthält.[82] HTML bezeichnet dabei die Programmiersprache, in der das Dokument verfasst ist.[83] Das vom Browser empfangene HTML-Dokument enthält die grundlegenden Informationen zum Aufbau der Webseite, an welchem Ort in der Webseite welcher Inhalt und auch in welcher Formatierung darzustellen ist, z. B. Überschrift oder Textblock.[84]

Ein großer Teil der Inhalte – Bilder, komplizierte Menüstrukturen, Videos – ist im HTML-Dokument nur als Verweis enthalten, lediglich die Position (und ggf. weitere Parameter) des Bildes sind im Dokument selbst niedergelegt.[85] Solche Verweise werden als Request („Anfrage") bezeichnet.[86] Sie sind ein Befehl an den Browser, eine Datei (z. B. Bild des Logos) von einem Server (www.wikipedia.de/img/Wikipedia-logo-v2-de.svg)[87] herunterzuladen und den Inhalt an der im HTML-Dokument beschriebenen Stelle anzuzeigen.

Wenn der Browser das HTML-Dokument nun interpretiert – also die dort enthaltenen Befehle umsetzt – werden auch die Requests abgearbeitet, dazu die Inhalte geladen und in die Webseite gem. den Anweisungen des HTML-Dokuments eingefügt. Dieser Vorgang läuft vom Nutzer unbemerkt ab, außer, dass bestimmte Bilder Zehntelsekunden später geladen werden oder – bei Verbindungsproblemen – eine Fehlermeldung angezeigt wird.[88] Die geladenen Inhalte wirken als originärer Teil der Webseite. Dieses Nachladen von Inhalten[89] hat u. a. den Vorteil, dass der ursprünglich angefragte Server nicht sämtliche Daten vorhalten muss und

81 Die Übertragung erfolgt über das Hypertext Transfer Protocol (HTTP), vgl. dazu Auer-Reinsdorff/Conrad/*Schmidt/Pruß*, § 3 Rn. 65.

82 *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242; häufig auch als „Inhaltsverzeichnis" bezeichnet, so z. B. *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 42 – *Adblock Plus*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 36 – *Adblock Plus*.

83 HTML ist kurz für Hypertext Markup Language und ist die Standardsprache für die Codierung des Aufbaus einer Webseite, vgl. auch Auer-Reinsdorff/Conrad/*Schmidt/Pruß*, § 3 Rn. 113.

84 *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 242 f.; vgl. auch *Kühn/Koch* CR 2018, 648, 649.

85 *Kühn/Koch* CR 2018, 648, 649.

86 Vgl. *Recke* K&R-Beilage 2016, 22, 24.

87 Link vom 04.05.2020.

88 Vgl. *Meyer/Benzmüller/Simonis* CR 2017, 274, 278.

89 Vgl. auch die Darstellung bei *Meyer/Benzmüller/Simonis* CR 2017, 274, 277.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

somit nicht überlastet wird. Vor allem aber wird dadurch eine flexible Modifikation von Webseiten ermöglicht, indem nur der Inhalt geändert wird, auf den der Request verweist.

Das Nachladen von Inhalten mittels Request kommt auch beim Framing zum Tragen. Die zugrunde liegende Technik ist die gleiche. Der einzige Unterschied ist, dass der „geframte", also in der Webseite eingebundene, Inhalt nicht vom Webseitenbetreiber, sondern von einem Dritten online gestellt worden ist.[90]

Über die Technik der Requests werden ebenfalls Cascading Style Sheets (CSS) nachgeladen, die im Vergleich zu HTML komplexere Darstellungen sowie detailliertere Anpassungen ermöglichen.[91] So können fast alle Darstellungsparameter, wie z. B. Schriftgröße oder die genaue Position des jeweiligen Inhalts, modifiziert werden,[92] auch zur Anpassung an verschiedene Bildschirmformate.[93] Selbst eine Wiedergabe der Webseite in Brailleschrift (Blindenschrift) ist so möglich.[94] Während diese Stylesheets fast immer von der jeweiligen Webseite vorgegeben werden, kann der Nutzer auch eigene Stylesheets nutzen und damit die vom Webseitenbetreiber vorgegebenen überschreiben.[95]

Zusätzlich enthalten moderne Webseiten JavaScript-Elemente[96]. Diese können entweder direkt im HTML-Dokument als Quellcode vorhanden sein oder per Request nachgeladen werden.[97] JavaScript ermöglicht diverse moderne Funktionen, bei denen die Webseite auf Eingaben des Nutzers direkt reagiert oder nur Teile einer Webseite neu geladen werden, z. B. bei einem sich selbst aktualisierenden Liveticker.[98] Dieser modulare Aufbau von Webseiten – einerseits durch Verteilung der Inhalte mittels Request-Technik, andererseits durch die Cascading Style Sheets – ermöglicht

90 Da es an einer expliziten Zustimmung des Dritten fehlte, war insoweit strittig, ob die Inhalte mittels Framing genutzt werden dürfen, was jedoch durch *EuGH* MMR 2015, 46, 48 Rn. 19 – *Bestwater* zugunsten des Nutzenden entschieden wurde.
91 Vgl. *Kühn/Koch* CR 2018, 648, 649.
92 *Kühn/Koch* CR 2018, 648, 649.
93 *Kiersch,* Adblocking, S. 46.
94 *Kreutzer* MMR 2018, 639, 640; vgl. auch *Nink* CR 2017, 103, 104.
95 *Kreutzer* MMR 2018, 639, 640.
96 JavaScript ist eine Programmiersprache, die dazu dient, die Möglichkeiten von HTML zu erweitern.
97 *Kiersch,* Adblocking, S. 47.
98 *Kiersch,* Adblocking, S. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sehr weitgehende Anpassungen an das jeweilige Endgerät, hinsichtlich Leistungsfähigkeit, Bildschirmgröße und Darstellungsfähigkeiten.[99]

Damit diese Funktionen auf jedem Endgerät in gleicher Weise verfügbar sind, gibt es weltweite und allgemein akzeptierte Standards, vor allem die des *World Wide Web Consortium* (*W3C*).[100] Diese legen u. a. fest, dass HTML-Dokumente vom Endgerät nicht in einer bestimmten Weise dargestellt werden müssen.[101] Gleiches gilt für die Interpretation der Cascading Style Sheets: Auch hier gehen die Bestimmungen des Nutzers vor.[102] Letztlich kann man die Regeln dahingehend zusammenfassen, dass der Betreiber der Webseite dem jeweiligen Endgerät eine bestimmte Darstellung vorschlägt und sie auf jedem Gerät anders aussehen kann.[103]

2. Einbindung der Werbung

Werbung ist aus technischer Sicht nur ein weiterer Inhalt, der mittels Ad-Request[104] nachgeladen wird.[105] Der Ad-Request ordnet nun nicht mehr das Laden z. B. eines Bildes an, sondern verweist auf ein Ziel auf einem Ad-Server, einem Server zur Ausspielung von Werbung.[106] Technisch ist es auch möglich, zumindest Textwerbung in den HTML-Code zu integrieren, diese ist aber nicht so einfach personalisierbar und gleichzeitig in ihren technischen Möglichkeiten stark begrenzt.

Diese Ad-Server werden meist von großen Vermarktern, hier pauschal als Werbetreibende bezeichnet,[107] betrieben, die – vereinfacht gesagt[108] – die Schnittstelle zwischen Werbenden und Webseitenbetreibern sind. Die Vermarkter „mieten" die Werbeplätze auf den Webseiten und füllen sie mit Werbung, für deren Ausspielung sie von den werbenden Unter-

99 *Kreutzer* MMR 2018, 639, 640.
100 *Kreutzer* MMR 2018, 639, 640; kritisch aufgrund mangelnder Legitimation MMR-HdB/*Weber*, Teil 2 Rn. 54 f.
101 W3C, HTML 5.2 Recommendation, https://www.w3.org/TR/html52/rendering.html#rendering-introstruction (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
102 W3C, Cascading Style Sheets Specification, https://www.w3.org/TR/CSS2/cascade.html#cascading-order (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
103 *Kreutzer* MMR 2018, 639, 640.
104 „Ad" ist die Kurzform für advertisement, also Werbung.
105 *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 67.
106 *Kiersch,* Adblocking, S. 50; *Kreutzer,* Online-Marketing, S. 210.
107 Zum hier zugrunde liegenden Verständnis 1. Teil § 1 A. II. (S. 34).
108 Die komplexen Beziehungen darstellend Internet World Business vom 05.04.2014, S. 19; vgl. auch *Nink* CR 2017, 103.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nehmen bezahlt werden.[109] Dabei steuert der Ad-Server anhand bestimmter Parameter, wem welche Werbung angezeigt wird.[110] Zumeist wird über die Einbindung der Werbung auf Grundlage der über den Nutzer vorliegenden Daten (dazu sogleich)[111] im Wege des Real Time Biddings (Auktion in Echtzeit)[112] entschieden. Dabei meldet derjenige, dem der Werbeplatz auf der Webseite gehört, an den Betreiber des Werbemarktplatzes, dass ein Nutzer gerade die Webseite aufruft. Dabei gibt er an, welche Informationen zum jeweiligen Nutzer vorliegen bzw. stellt eine Verbindung zu diesem her, sodass der Betreiber des Werbemarktplatzes den Nutzer identifizieren kann (zu den Möglichkeiten sogleich).

Die auf dem Marktplatz registrierten Kunden haben zuvor festgelegt, bei welchen Stichwörtern ihre Werbung angezeigt werden soll und wie viel ihnen eine solche Anzeige wert wäre.[113] Mittels automatisierter Programme (Bots) wird dann zumeist im Wege einer Vickrey-Auktion (eine spezifische Form der Versteigerung)[114] auf den konkret vorgeschlagenen Werbeplatz geboten, der Gewinner spielt dann die Anzeige aus. Dieser Vorgang läuft innerhalb von Sekundenbruchteilen ab, der Nutzer erfährt davon nichts,[115] er sieht lediglich wenige (Zehntel-)Sekunden nach Aufruf der Webseite, dass sich leere Felder mit Werbung füllen bzw. Banner sich über die Webseite legen.

Um zu überprüfen, ob die Werbung tatsächlich abgerufen und dargestellt wurde, gibt es sogenannte Zählpixel.[116] Das sind kurze Programmbefehle, die an einen Server melden, ob die Werbung auf dem Bildschirm angezeigt wurde und dementsprechend – je nach Abrechnungsmodell – eine Vergütung fällig wird.[117]

---

109 *Nink* CR 2017, 103.
110 *Lammenett*, Praxiswissen Online-Marketing, S. 333.
111 1. Teil § 1 B. III. 3. (S. 46).
112 *Meyer/Benzmüller/Simonis* CR 2017, 274, 275; *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300 f.
113 Vgl. zum ganzen Vorgang *Martin-Jung,* So funktioniert Googles Werbegeschäft, https://www.sueddeutsche.de/digital/online-anzeigen-so-funktioniert-googles-werbegeschaeft-1.3431006 (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
114 Die Bietenden kennen nicht die Gebote der anderen, der Gewinner muss aber nur das Gebot des Zweitplatzierten zahlen, dazu *Martin-Jung,* So funktioniert Googles Werbegeschäft, https://www.sueddeutsche.de/digital/online-anzeigen-so-funktioniert-googles-werbegeschaeft-1.3431006 (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
115 *Meyer/Benzmüller/Simonis* CR 2017, 274, 275.
116 *Kreutzer*, Online-Marketing, S. 259.
117 Vgl. den Tatbestand bei *LG München I* BeckRS 2015, 9563.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Inhaltliche Anpassung an den Kunden – Targeting

Damit die Werbetreibenden die Werbung an die Nutzer wie oben beschrieben anpassen können, brauchen sie die entsprechenden Informationen. Diese gewinnen sie meist über das Tracking, also die Nachverfolgung der Nutzer, und verwerten diese beim Targeting, dem „Zielen" auf den jeweiligen Nutzer. Das Targeting[118] beschreibt die Anpassung der Werbeinhalte an die (vermuteten) Interessen der potenziellen Kunden, denn je mehr diese sich angesprochen fühlen, desto eher reagieren sie auf die Werbung. Dementsprechend wird derart angepasste Werbung höher vergütet[119] und damit mehr und mehr zur Norm.[120] Während früher versucht wurde, aus dem jeweiligen Umfeld des Nutzers auf seine Interessen zu schließen, kann mithilfe des Trackings direkt auf den jeweiligen Nutzer und dessen Nutzungshistorie abgestellt werden.[121] Das minimiert die Streuverluste einer Anzeige, also die Anzahl der Nutzer, die nicht zur Zielgruppe des Werbenden gehören.[122]

Grundlage für ein erfolgreiches Targeting ist eine möglichst genaue Kenntnis der Vorlieben eines Kunden. Solche Informationen können die gerade besuchte Webseite, die Herkunft des Nutzers, der aktuelle Standort oder die zum Aufruf benutzte Hardware (z. B. ein *Windows*-PC) sein.[123] Während der Nutzer diese Informationen zu einem gewissen Grade bewusst an den Betreiber der Webseite und die mit ihm verbundenen Werbevermarkter gibt, ist dies deutlich anders beim Behavioral-Tracking, das das Tracking (Nachverfolgung) der Nutzer auf eine neue Stufe hebt. Grundlage dafür ist eine Identifikation des Nutzers, welche zumeist über Cookies erfolgt. Hierbei handelt es sich um kleine Textdateien mit einer eindeutigen Nutzerkennung. Neben eher profanen Zwecken wie bestimmten Komfortfunktionen, dass der Nutzer beispielsweise trotz Verlassen der Webseite weiterhin angemeldet ist oder sein Warenkorb gespeichert wird, dienen Cookies heutzutage häufig der Bildung von Werbeprofilen. Dazu wird ein Cookie mit einer eindeutigen Nutzerkennung auf dem Gerät

118 Auch Programmatic Advertising genannt, *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300.
119 Auer-Reinsdorff/Conrad/*Conrad/Hausen*, § 36 Rn. 78 f., die zu Recht auf den „Creepiness-Faktor" verweisen, also das Gefühl der Nachverfolgung.
120 ExpressVPN Blog, As users turn to ad blockers, sites start blocking users, https://www.expressvpn.com/blog/sites-start-blocking-ad-blockers/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
121 Vgl. *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300.
122 *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 223 f.
123 *Kreutzer*, Online-Marketing, S. 211 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gespeichert.[124] Der den Cookie Platzierende bietet nun einen Service für Webseiten, dass diese, wenn sie den Nutzer erkennen, ihm weitere Informationen über ihn mitteilen, wie gesuchte Produkte oder die Themen der besuchten Webseiten.[125] So erhält der Cookie-Anbieter umfangreiche Informationen über einen Nutzer und kann diese an Werbetreibende verkaufen. Letztere nutzen die Daten, um beispielsweise Angebote für Artikel anzeigen, die der Nutzer gesucht oder zu denen er eine Rezension gelesen hat.

Neben der Identifikation durch Cookies gibt es noch die Möglichkeit des Device-Fingerprintings. Hierbei errechnet das Endgerät nach einem vom Verwender vorgegebenen Algorithmus aus Informationen, wie Auflösung, Betriebssystem, Browser, Zeitzone, Sprache etc., eine Zeichenkette, die auf den Servern gespeichert und (zumindest in der Theorie) beim nächsten Besuch ebenso wieder errechnet wird.[126] Vorteil hieran ist, dass diese Zeichenkette nicht wie ein Cookie gelöscht werden kann und unabhängig von der – zumeist täglich wechselnden – IP-Adresse besteht.[127]

Grundsätzlich können diese Daten auch zusammengeführt werden und ermöglichen eine Wiedererkennbarkeit, selbst wenn man Cookies regelmäßig löscht.[128] Meldet sich ein Nutzer beispielsweise mit dem gleichen Mail-Konto auf zwei verschiedenen Endgeräten an, weiß der Betreiber des Maildienstes (und die von ihm beauftragten Werbetreibenden), dass diese Endgeräte dem gleichen Nutzer gehören. Nun können die bestehenden Cookies beim jeweiligen Anbieter zusammengeführt werden oder der Fingerabdruck der Browser wird miteinander verknüpft. Damit generieren Nutzungshandlungen auf dem ersten Endgerät auch Daten für die Personalisierung der Werbung auf dem zweiten Endgerät und umgekehrt.

Einerseits ermöglicht dies eine zielgerichtete Ansprache der Nutzer und kann so die Akzeptanz von Online-Werbung erhöhen,[129] andererseits besteht die Gefahr des gläsernen Nutzers durch die Erstellung detaillierter Nutzerprofile. Aus Sicht der Werbetreibenden kommt noch die Gefahr

124 Vgl. Auer-Reinsdorff/Conrad/*Conrad/Hausen*, § 36 Rn. 125 ff.
125 *Kreutzer*, Online-Marketing, S. 213 ff.
126 *Funk*, Anti-Tracking-Dienste, http://www.br.de/puls/themen/netz/anti-tracking-dienste-anonym-surfen-fuer-dummys-100.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020); welt.de, So funktioniert personalisierte Werbung im Internet, https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article160308665/So-funktioniert-personalisierte-Werbung-im-Internet.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
127 *Hanloser* ZD 2018, 213, 214.
128 Vgl. *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 228.
129 So z. B. *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 451.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des „Creepiness-Faktors“ durch die zu offensichtliche Verwertung des Nutzungsverhaltens hinzu, sodass die Akzeptanz der Werbung sinkt.[130]

IV. Werbeblocker – reines Blocklisting

Die Gegenmaßnahme der Nutzer gegen (aufdringliche) Werbung auf Webseiten und das damit zusammenhängende Tracking[131] besteht häufig im Installieren von Werbeblockern.[132] Zumeist werden Werbeblocker als sogenanntes Add-on (Erweiterung) für den Browser installiert. Durch wenige Klicks kann dem Browser der Werbeblocker hinzugefügt werden.[133] Inzwischen haben viele Browser rudimentäre Werbeblocker eingebaut, die zumindest die als besonders nervig empfundenen Pop-ups zu blockieren versuchen.[134] Darüber hinaus gibt es Browser, die einen vollwertigen Werbeblocker eingebaut haben und dementsprechend jegliche Werbung zu blockieren versuchen.[135]

Werbeblocker wirken zumeist auf zwei Weisen.[136] Entweder wird die Werbung nicht geladen[137] oder die geladene Werbung wird mittels Element Hiding („Verstecken“) nicht im Browser angezeigt. Außerdem wird hier kurz auf die Filterregeln eingegangen, mit denen Werbung als solche erkannt wird. Daneben gibt es auf Netzwerkebene wirkende Werbeblocker, diese werden jedoch aufgrund der begrenzten Verbreitung hier nicht behandelt.[138]

130 Auer-Reinsdorff/Conrad/*Conrad/Hausen*, § 36 Rn. 78 Fn. 84.
131 Pagefair and Adobe, The cost of ad blocking, 2015, S. 12: 50 % der Befragten (US-Bürger) würden Werbeblocker zum Schutz ihrer Privatsphäre einsetzen.
132 *Hoeren* K&R 2013, 757.
133 *Kiersch*, Adblocking, S. 59.
134 Vgl. *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 29 f.; *Kiersch*, Adblocking, S. 58.
135 Zum Beispiel *Brave*, dazu in tatsächlicher Hinsicht unten, 1. Teil § 1 B. V. 3. b) (S. 56), zur rechtlichen Bewertung 3. Teil § 7 (S. 340).
136 Vgl. auch die grafische Darstellung bei *Meyer/Benzmüller/Simonis* CR 2017, 274, 279 f.
137 *Rostam* InTer 2017, 146, 153 findet deshalb „Anfragenblocker“ treffender.
138 *Nink* CR 2017, 103, 104; ausführlich *Kiersch*, Adblocking, S. 62 ff.; die in der vorliegenden Arbeit gefundenen Ergebnisse können jedoch auf Werbeblocker auf Netzwerkebene übertragen werden.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Nichtladen der Werbung

Beim Nichtladen von Werbung werden die Requests, die im HTML-Dokument zum Nachladen von Inhalten vorgesehen sind, mit einer Blocklist – Liste von typischen Ad-Requests – abgeglichen und bei Erkennung als Ad-Request[139] gar nicht erst ausgeführt.[140] Darüber hinaus werden die im HTML-Dokument verlinkten Elemente, die Ziele der Requests, anhand der Blocklist auf bestimmte werbetypische Merkmale (heuristische Analyse) geprüft, also z. B. bestimmte Ausdrücke im Pfad- oder Dateinamen, bestimmte Begriffe oder auch Standardformate bei Grafikdateien (sog. CSS-Merkmale[141]).[142] Ähnlich funktioniert das Perceptual Ad Blocking, das sich die (optische) Trennung von Werbung und Inhalten zunutze macht und auf dieser Basis Werbung erkennt.[143] Diese Methode kann jedoch – auch dank Gegenmaßnahmen der Webseitenbetreiber[144] – nicht jede Werbung blockieren, z. B. scheitert sie an textbasierter Werbung, die bereits in der HTML-Datei enthalten ist.[145] Ebenso versagt die Methode, wenn kein Eintrag in der Blocklist vorhanden ist und keine Merkmale auf Werbung hindeuten.

Eine Einwirkung auf die Server erfolgt durch das Unterlassen des Abrufs bestimmter Inhalte gerade nicht.[146] Es wird lediglich die Ausführung des HTML-Dokuments im Vergleich zum intendierten Ablauf verändert und dementsprechend die Ausführung bestimmter Codezeilen (der Ad-Requests) unterlassen.[147]

---

139 Ad-Request: Ein Request, der zum Ausspielen von Werbung dient.
140 *Engels* GRUR-Prax 2015, 338; *Runkel* IPRB 2016, 81.
141 *Kleinz*, Spiegel Online: Textschwund durch Adblocker, https://www.heise.de/newsticker/meldung/Spiegel-Online-Textschwund-durch-Adblocker-3569373.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
142 *LG Köln* BeckRS 2015, 20248 – *Whitelisting* (Tatbestand); detailliert zur technischen Funktionsweise dieses Vorgangs *Recke* K&R-Beilage 2016, 22, 24; *Runkel* IPRB 2016, 81, 82.
143 *Kühl*, Blockst du mich, block ich dich, https://www.zeit.de/digital/internet/2017-04/ad-blocker-gegenwehr-studie-princeton-perceptual-ad-blocking/komplettansicht (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
144 Zu diesen unten, 1. Teil § 1 B. VII. (S. 57).
145 *Nink* CR 2017, 103, 104.
146 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 42 – *Adblock Plus*.
147 Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Bericht, 2016, S. 20: Nach den dortigen Angaben der Medienvertreter erfolgt ein Eingriff „unmittelbar in Software der Webseiten".

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Element Hiding

Unter Umständen müssen bestimmte Elemente einer Webseite geladen werden, beispielsweise weil sie unteilbar mit gewünschten Inhalten verbunden sind. In diesen Fällen wird die Werbung mittels Cascading Style Sheet (CSS)[148] ausgeblendet. Dazu wird ein vom Werbeblocker installiertes CSS vorrangig vor dem ausgeführt, welches der Webseitenbetreiber vorgeschlagen hat. Im Übrigen werden die Vorgaben des Webseitenbetreibers, u. a. in Bezug auf Schriftgröße und -art, umgesetzt. Das CSS des Werbeblockers versucht dabei Werbeelemente anhand bestimmter Stichworte oder typischer Eigenschaften, beispielsweise der Größe des Elements, zu erkennen.[149]

Die Anzeige dieser so erkannten Elemente wird dann durch den Werbeblocker unterbunden, z. B. durch Transparentschalten[150] oder verringern der Anzeigegröße auf null mal null Pixel[151], sodass der Nutzer eine um Werbung bereinigte Version der Webseite angezeigt bekommt. Technisch gesehen stellt sich dies als ein Überschreiben der Stylesheets dar bzw. als partielle Nichtausführung von Code.

3. Filterregeln

Die oben genannte Blocklist, welche die Filterregeln enthält, ist als „Abschussliste“[152] das Kernstück eines jeden Werbeblockers, da diese die jeweiligen zu blockierenden Elemente enthält. Gleichzeitig müssen diese Regeln aktuell und präzise sein, um sogenanntes Overblocking zu verhindern, dass also neben der Werbung keine redaktionellen Inhalte blockiert werden.[153]

Aufgrund des Aktualisierungsaufwands nutzt ein großer Teil der am Markt vertretenen Anbieter die *Easylist* bzw. mit dieser abgeleitete Un-

148 Cascading Style Sheets ermöglichen umfangreiche Modifikationen einer Webseite und sind nach den *W3C*-Standards unverbindlich, dazu jeweils oben, 1. Teil § 1 B. III. 1. (S. 41).

149 Vgl. den Tatbestand zu *OLG München* MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*.

150 *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 79.

151 *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 25.

152 *Kiersch,* Adblocking, S. 54.

153 *Kleinz,* Spiegel Online: Textschwund durch Adblocker, https://www.heise.de/newsticker/meldung/Spiegel-Online-Textschwund-durch-Adblocker-3569373.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

terlisten.[154] Die Listen werden durch den Anbieter des Werbeblockers voreingestellt und für typische Anwendungsfälle ausgewählt. Die Listen selbst sind öffentlich zugänglich, wobei eine unabhängige Community sie aktualisiert und betreut. *Eyeo* als dem Hersteller von *Adblock Plus* werden immer wieder eine Mitarbeit oder zumindest personelle Verflechtungen unterstellt.[155]

Fast alle Werbeblocker bieten eine weitreichende Personalisierung der Filterregeln an. Dies kann entweder durch die Auswahl bestimmter Listen von Filterbefehlen oder auch durch die Erstellung eigener Listen geschehen – entsprechende Kenntnisse des jeweiligen Nutzers vorausgesetzt. Allerdings finden sich im Internet Anleitungen, wie man bestimmte Filterbefehle manuell hinzufügt, die z. B. Sperren gegen Werbeblocker umgehen.[156] Im Regelfall jedoch verändern die Nutzer die eingestellten Listen nicht.[157]

V. Finanzierung von Werbeblocker-Unternehmen

Die Finanzierung von Werbeblockern ist nicht so naheliegend wie bei Webseiten. Wer bereits keine Werbung sehen möchte und auch keines der inzwischen immer häufiger anzutreffenden – meist werbefreien – Bezahlmodelle nutzen will, wird wahrscheinlich ebenso wenig für einen Werbeblocker bezahlen wollen. Trotzdem halten sich (wenige) klassische Finanzierungsmodelle am Markt (1.). Erfolgreicher, aber auch kontroverser diskutiert, ist das Allowlisting, bei dem die Werbeflächen an den Webseitenbetreiber zurückverkauft werden (2.). Andere Unternehmen gehen darüber hinaus und verkaufen die so geleerten Werbeflächen an Dritte (3.).

154 *Kiersch,* Adblocking, S. 57; *Kleinz,* Spiegel Online: Textschwund durch Adblocker, https://www.heise.de/newsticker/meldung/Spiegel-Online-Textschwund-durch-Adblocker-3569373.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

155 Vgl. dazu den Kläger- und Beklagtenvortrag in *LG Köln* BeckRS 2015, 20248 – *Whitelisting*.

156 Vgl. hierzu *LG Hamburg* BeckRS 2016, 127854 – *Tobis Tricks*.

157 Vgl. *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 152 – *Whitelisting II*: 90 % in Bezug auf das Allowlisting; *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 261.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Klassische Finanzierungsmodelle

Trotzdem finanzieren einige wenige Unternehmen Entwicklung und Vertrieb ihres Werbeblockers durch ein Entgelt, das meist einmalig zu entrichten ist. Dies ist vor allem im mobilen Bereich verbreitet.[158] Zwar sind über 90 % der Nutzer bereit, Geld für einen Werbeblocker auszugeben,[159] allerdings zahlen weniger als zehn Prozent für ihren Werbeblocker.[160] Daneben gibt es die rein ideellen Werbeblocker, die kostenlos erhältlich sind. Manche Entwickler nehmen Spenden in Form von Geld an.[161]

2. Allowlist-Modell

Eine Allowlist ist das Gegenstück zur Blocklist. Eine Blocklist enthält alle Inhalte, die blockiert werden sollen. Die Allowlist demgegenüber enthält Elemente, die – trotz Eintrag auf der Blocklist – nicht blockiert werden sollen. Prinzipiell kann jeder Nutzer selbst eine Allowlist erstellen, z. B. indem er einfach eine bestimmte Webseite von der Werbeblockade ausnimmt.[162] Daneben gibt es auch die Möglichkeit, bereits bestehende Allowlists einzubinden.[163]

Ist eine Allowlist voreingestellt, handelt es sich um einen differenzierenden Werbeblocker.[164] Eine Aufnahme in diese erfolgt zumeist nur gegen ein Entgelt, wodurch sich der Werbeblockerbetreiber finanziert. An Nutzer wird der Werbeblocker hingegen kostenlos abgegeben, um so die Anziehungskraft – und Gewinnträchtigkeit – der Allowlist zu erhöhen.

Den Nutzern von *Adblock Plus*, dem insoweit marktmächtigsten Werbeblocker,[165] wird das Vorhandensein der voreingestellten Allowlist bei

158 *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 26; *Kiersch,* Adblocking, S. 69; z. B. *Blockr*, vgl. auch *LG Stuttgart* K&R 2016, 362.
159 Statista, Adblocking, S. 13.
160 Statista, Adblocking, S. 42: 8 %; *Werliin,* Insights 2018, S. 34: 4 %.
161 Vgl. *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 29.
162 *Fritzsche* WRP 2016, 1036; *Hoeren* K&R 2013, 757.
163 *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 80.
164 *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 27.
165 Vgl. zur kartellrechtlichen Frage der Marktbeherrschung *BGH* BeckRS 2019, 24563, Rn. 20 ff. – *Werbeblocker III*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Installation mitgeteilt. Es ist möglich, die Voreinstellung[166] auch im Nachhinein anzupassen,[167] was jedoch nicht einmal zehn Prozent aller Nutzer tun.[168] Damit diese jedoch nicht wegen der eigentlich abgelehnten Einblendung von Werbung den Werbeblocker wechseln, stellt *Eyeo*, der Betreiber des Werbeblockers, bestimmte Anforderungen an die Aufnahme auf die Allowlist. So ist Werbung nur dann „akzeptabel" (bzw. „nicht nervig") im Sinne der Kriterien von *Eyeo*, wenn sie nicht über oder inmitten des Texts platziert, nicht animiert oder mit Geräuschen unterlegt ist. Auch Affiliate-Links[169] dürfen nur begrenzt gesetzt werden.[170]

Diese Anforderungen werden bei *Adblock Plus* wie folgt umgesetzt: Der Betreiber der Webseite (bzw. ein Werbetreibender) schließt eine Vereinbarung mit *Eyeo*, in der er sich verpflichtet, gegenüber Nutzern von *Adblock Plus* nur noch bestimmte, den oben genannten Kriterien entsprechende Werbung zu zeigen. Die vereinbarten Werbeformate werden dann in einem Internetforum[171] vom Betreiber der Filterliste *Easylist* für mehrere Wochen zur Abstimmung gestellt, das nach Anmeldung offen für jeden ist. Daran schließt sich eine Probephase an, in der Allowlist, Werbung und Webseite aneinander angepasst werden. War das erfolgreich und alle Beteiligten zufrieden, kann die Webseite „akzeptable" Werbung an *Adblock-Plus*-Nutzer ausspielen.

Für sämtliche an *Adblock-Plus*-Nutzer ausgelieferte Werbung wird von den Webseitenbetreibern bzw. Werbetreibenden eine anteilige Beteiligung am erzielten Umsatz von in der Regel 30 % fällig.[172] Diese erhebt *Eyeo* als der Betreiber von *Adblock Plus* nur von „größeren Parteien"[173], also solchen, die durch die Freischaltung 10 Mio. zusätzliche Anzeigen ausliefern können[174] und dient nach Auskunft des Unternehmens dazu, den Aufwand der „fortlaufenden Überprüfung und kontinuierlichen Betreu-

166 Vgl. *LG München I* BeckRS 2015, 9563: *Eyeo* hatte nach einem Update – nach eigenem Vortrag aus Versehen – die Standardeinstellung (Anwendung der Allowlist) wiederhergestellt.
167 Ausführlich zum Ablauf der Installation und den Informationen *Hoeren* K&R 2013, 757.
168 *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 152 – *Whitelisting II*; *Glöckner* WRP 2020, 143, 146 Rn. 24; vgl. auch *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 261.
169 Bei Affiliate-Links erhält der Linksetzer eine Vergütung für jede Weiterleitung zu einem Produkt bzw. daraus resultierenden Vertragsschlüssen.
170 *Hoeren* K&R 2013, 757 f.; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 27.
171 Virtueller Platz zum Austausch von Meinungen oder Gedanken.
172 *LG Köln* BeckRS 2015, 20248 – *Whitelisting*; *Engels* GRUR-Prax 2015, 338.
173 *Hoeren* K&R 2013, 757, 758; *Glöckner* WRP 2020, 143, 146 Rn. 24.
174 *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ung“[175] zu finanzieren. Für die Aufnahme in die Allowlist hat nach Presseberichten allein *Google* 25 Mio. USD – einmalig – bezahlt.[176] Darüber hinaus gibt es spezielle Unternehmen, die sich für die Webseitenbetreiber und Werbetreibenden um die Anpassung der Werbung und Kommunikation mit dem Werbeblockerbetreiber kümmern.[177]

Eyeo wird vor allem von den Verlagen Wegelagerei[178] oder Erpressung[179] vorgeworfen, da so ein neuer Markt außerhalb der Wertschöpfungskette geschaffen[180] und kein Mehrwert generiert werde.[181] Außerdem werde so nur zurückhaltende und damit schlecht vergütete Werbung zugelassen.[182] Weiterhin wird bemängelt, dass auch gezahlt werden müsse, wenn bereits vorher nach *Eyeos* Maßstäben „akzeptable“ Werbung den Nutzern angezeigt worden ist.[183] Andere hingegen sehen die Möglichkeit des Allowlistings als Ausgleich zwischen den Interessen der Nutzer und Webseitenbetreiber.[184] Zudem sei das Allowlisting gegenüber dem Blocklisting ein zusätzliches Angebot.[185] Auch werde die Werbemenge auf den jeweiligen Webseiten insgesamt reduziert, sodass die dennoch ausgespielten Anzeigen besser vergütet werden sollten.[186]

3. Ersetzen der Werbung

Während beim Allowlisting noch die Wahl besteht, ob ein Anteil an den Werbeeinahmen geleistet wird oder weiterhin jede Werbung unterdrückt wird, fällt diese Entscheidung des Webseitenbetreibers beim Ersetzen der Werbung weg. Neben klassischen Ad Injections, bei denen der Ad Injector

175 *Hoeren* K&R 2013, 757, 761.
176 Unter Verweis auf Presseberichte *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1083 – *Adblock Plus*; *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245.
177 Blockthrough, Adblock Report 2020, S. 11.
178 Vgl. *Gramespacher* WRP Die erste Seite 2015, 8.
179 *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 339: „freikaufen“; vgl. auch *Zenker* GWR 2016, 81.
180 *Runkel* IPRB 2016, 81, 82.
181 *LG München I* BeckRS 2015, 9563.
182 Inzwischen werden aber Werbeblocker-Nutzer teilweise gezielt angesprochen, vgl. *Kleinz,* Spiegel Online: Textschwund durch Adblocker, https://www.heise.de/newsticker/meldung/Spiegel-Online-Textschwund-durch-Adblocker-3569373.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
183 *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 28.
184 *Nink* CR 2017, 103, 104 f.
185 *Köhler* WRP 2014, 1017, 1018.
186 *Köhler* WRP 2014, 1017, 1018.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Werbeplatz des Webseitenbetreibers leert und auf dem nun freien Platz eigene Werbung anzeigt (a), gibt es mit dem Browser *Brave* einen etwas anderen Ansatz (b). Beiden Modellen ist gemein, dass sie grundsätzlich jede Werbung blockieren, also klassisches Blocklisting betreiben.

a) Ad Injections

Ad Injections setzen, wie jeder Blocker, die Installation eines Add-ons im Browser voraus. Da bei Ad Injections lediglich die Werbung des Webseitenbetreibers durch andere ersetzt wird und die wenigsten Nutzer daran ein ernsthaftes Interesse haben, kommen solche Add-ons häufig im Gefolge von (vermeintlich) kostenfreien Programmen vor und werden vom Nutzer mehr oder minder bewusst installiert. Die Grenze zwischen dem Ausnutzen der Bequemlichkeit der Nutzer („Expressinstallation") und der subtilen Täuschung („Ads may be displayed when you browse the web")[187] ist fließend. Diese Aspekte sollen jedoch ausgeklammert werden. Hier wird davon ausgegangen, dass der Nutzer den Ad Injector freiwillig und in Kenntnis der Funktionsweise installiert hat.

Ist ein solches Programm installiert, funktioniert es prinzipiell wie jeder andere Werbeblocker und blockiert Werbung vollständig. Allerdings bietet der Ad Injector die nun freien Werbeflächen Werbetreibenden selbst an und streicht die Vergütung ein. Dem Nutzer fällt davon im Regelfall nichts auf. Es kann aber sein, dass die Werbung aus eher „dunkleren" Bereichen des Netzes angezeigt wird, da seriöse Marktplätze für Werbung den Anbieter des Ad Injectors aufgrund der Täuschung bei der Installation[188] gesperrt haben.[189] Trotzdem sollen Ad Injectoren auf ca. 5 % der Geräte installiert sein, die ein *Google*-Angebot aufrufen.[190]

187 Beispiel von *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300, 301.

188 Zur Anknüpfung an die Täuschung zur Begründung einer Unlauterkeit unten, 2. Teil § 4 C. V. 2. c) bb) (2) (S. 296) und zur Beurteilung bewusst installierter Ad Injectoren 3. Teil § 7 (S. 340).

189 Vgl. zur Haftung der Marktplatzbetreiber *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300, 303 ff.

190 *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300, 301.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Brave

Der Browser *Brave* blockiert grundsätzlich jede Werbung. Anstatt aber wie ein klassischer Ad Injector Anzeigen zu ersetzen, schaltet der Browser eigene Anzeigen, die als Desktop-Benachrichtigungen (vergleichbar mit denen von E-Mail-Programmen wie *Outlook*) angezeigt werden.[191] Diese selbst geschaltete Werbung wird nicht über den jeweiligen Nutzer personalisiert und soll so Vorteile beim Datenschutz bringen.[192] Die Erlöse aus dieser Werbung werden aufgeteilt. 30 % erhält der Anbieter des Browsers und 70 % gehen an den Nutzer des Browsers. Dieser kann die Erlöse an (bei *Brave* registrierte) Webseiten spenden oder sich auszahlen lassen.[193] Für die Zukunft ist geplant, dass die Webseiten *Brave* – gegen einen Anteil – beauftragen können, die blockierte Werbung auf ihren Webseiten durch *Brave*-konforme Werbung zu ersetzen.[194]

VI. Verbreitung und Auswirkungen auf die Webseitenbetreiber

Im Jahr 2015 wurde (geschätzt) weltweit Werbung im Wert von etwa 21,8 Milliarden USD blockiert.[195] Im 4. Quartal 2018 nutzten nach den Daten des Online-Vermarkterkreises (OVK) in Deutschland rund 24 % aller Internetnutzer einen Werbeblocker, was letztlich auf eine Steigerung von ca. 0,6 % in dem Jahr hinauslief,[196] während nach anderen Zahlen von einer Blockaderate von 33 % ausgegangen wurde.[197] Inzwischen stagniert die Rate von Nutzern mit Werbeblocker.[198] Dabei gilt, dass insbesondere

191 *Finley*, The Brave Browser Will Pay You to Surf the Web, https://www.wired.com/story/brave-browser-will-pay-surf-web/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
192 *Finley*, The Brave Browser Will Pay You to Surf the Web, https://www.wired.com/story/brave-browser-will-pay-surf-web/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
193 *Finley*, The Brave Browser Will Pay You to Surf the Web, https://www.wired.com/story/brave-browser-will-pay-surf-web/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
194 *Finley*, The Brave Browser Will Pay You to Surf the Web, https://www.wired.com/story/brave-browser-will-pay-surf-web/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
195 Pagefair and Adobe, The cost of ad blocking, 2015, S. 7.
196 *Borchers*, „Kein signifikanter Anstieg": Adblocker-Rate steigt um 0,24 Prozentpunkte, https://www.bvdw.org/presse/detail/artikel/kein-signifikanter-anstieg-adblocker-rate-steigt-um-024-prozentpunkte/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
197 *Newman/Fletcher/Kalogeropoulos/Levy/Nielsen*, Digital News Report 2018, S. 81.
198 Blockthrough, Adblock Report 2020, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf Webseiten mit technikaffinem Zielpublikum[199] und Lifestyleseiten[200] die Rate der Nutzer mit Werbeblockern bei über 50 % liegt. Gleichzeitig zeigt sich, dass vor allem die 26- bis 35-Jährigen Internetnutzer zu fast zwei Dritteln (62 %) Werbeblocker einsetzen.[201] Weltweit benutzen ca. 27 % einen Werbeblocker.[202] Während der Anteil von Computern mit installiertem Werbeblocker relativ konstant bleibt, steigt die Zahl der Installationen im Mobilbereich stark an.[203] So verwendeten im Jahr 2018 weltweit 13 % der Nutzer einen Werbeblocker auf ihren Mobilgeräten.[204] Sogar die *Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz* sieht aufgrund der „medienpolitischen Risiken" für Presseseiten den Bedarf, „gesetzliche[…] Regelungen" zu prüfen.[205]

Auch wenn die Zahlen schwanken, ist damit zu rechnen, dass im Mittel etwa 25 % der Besucher keine Werbung konsumieren und damit 20 % bis 25 % der Werbeeinnahmen wegfallen.[206] Zusätzlich stehen gerade die großen Verlage dadurch unter Druck, dass die Einnahmen im Print-Geschäft einbrechen und 90 % der Internetnutzer nicht für Online-Nachrichten zahlen.[207] Dementsprechend sollen die Erlöse für digitale Werbung im Jahr 2019 auf 2,2 Mrd. Euro steigen.[208]

VII. Gegenmaßnahmen der Webseitenbetreiber

Aufgrund der wachsenden Bedeutung des Online-Werbemarktes investieren die Webseitenbetreiber inzwischen massiv in verschiedene Techniken und Strategien, um diese Einnahmeausfälle zu begrenzen bzw. zumindest zu kompensieren. Manchmal werden verschiedene Strategien miteinander kombiniert. Die meisten dieser Techniken setzen die Identifizierung voraus, ob die Nutzer Werbeblocker einsetzen.

---

199 Vgl. Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Bericht, 2016, S. 20.
200 *Saal,* Deutschland ist eine Hochburg der Werbeblocker, http://www.horizont.net/medien/nachrichten/Adblock-Plus-und-Co-Deutschland-ist-eine-Hochburg-der-Werbeblocker-136438 (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
201 *Werliin,* Insights 2018, S. 23.
202 *Newman/Fletcher/Kalogeropoulos/Levy/Nielsen,* Digital News Report 2018, S. 27.
203 Blockthrough, Adblock Report 2020, S. 7; *Werliin,* Insights 2018, S. 36 f.
204 *Newman/Fletcher/Kalogeropoulos/Levy/Nielsen,* Digital News Report 2018, S. 27.
205 Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Bericht, 2016, S. 22.
206 Vgl. *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 42.
207 *Newman/Fletcher/Kalogeropoulos/Nielsen,* Digital News Report 2019, S. 87.
208 BVDW e. V./Online-Vermarkterkreis, OVK-Report 2019/01, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Erkennung

Die Erkennung von Werbeblockern setzt bei ihrer Wirkung an, da es keine Schnittstelle gibt, die die Verwendung eines Werbeblockers signalisiert. Im HTML-Dokument, das den Grundaufbau der Webseite enthält,[209] sind meist wenige Zeilen Programmcode in der Programmiersprache JavaScript enthalten, welche die Befehle zur Überprüfung enthalten. Dazu versucht der Code, während er vom Browser ausgeführt wird, eine Testdatei herunterzuladen, die ein typisches Werbeschlagwort enthält, wie z. B. advertise.js.[210] Schlägt nun der Download fehl, ist dies ein Zeichen, dass ein Werbeblocker verwendet wird. Daraufhin wird eine bestimmte Variable (z. B. adblock=true) geändert, sodass die Webseite, liest sie beim Aufbau die Variable aus, entsprechende Maßnahmen ergreifen kann.[211] Denkbar sind z. B. die Anzeige einer Aufforderung zur Abschaltung des Blockers oder (zusätzlich) die Sperrung der begehrten Inhalte.

Dabei erhält die jeweilige Webseite lediglich die Information, dass der Download der Datei fehlgeschlagen ist. Ob dies aufgrund eines Skript-Blockers, einer schlechten Internetverbindung oder tatsächlich wegen eines Werbeblockers geschieht, kann nicht festgestellt werden, erst recht nicht, welches Programm oder gar welche Version zum Einsatz kommen.[212]

Nachteil an jeder Erkennung ist, dass die Nutzer sie vermeiden möchten und die Werbeblockerbetreiber diesem Wunsch nachkommen.[213] Dass die Werbeblocker mit der Verschleierung erfolgreich sind, zeigen Zahlen, nach denen in Deutschland 16 % mehr Nutzer einen Werbeblocker installiert haben als in Umfragen angegeben.[214] Diese Differenz deutet stark darauf hin, dass die Erkennungsmechanismen oft umgangen werden.

2. Aussperrung

Eine mögliche Folge eines erkannten Werbeblockers – bzw. des Nichtladens der Testwerbung – ist, dass man diesen Nutzern den Zugang zur

---

209 Zum Aufbau einer Webseite bereits oben, 1. Teil § 1 B. III. 1. (S. 41).
210 *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 446.
211 Hierzu detailliert *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 243.
212 *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 446.
213 Vgl. *Kühl,* Blockst du mich, block ich dich, https://www.zeit.de/digital/internet/2017-04/ad-blocker-gegenwehr-studie-princeton-perceptual-ad-blocking/komplettansicht (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
214 *Werliin,* Insights 2018, S. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Webseite versperrt[215] oder zumindest die angebotenen Inhalte in der Qualität verringert. Die Aussperrung empfiehlt beispielsweise das *IAB Tech Lab*, ein Thinktank des *Interactive Advertising Bureau* (*IAB*)[216].[217] Auch *Google* stellt ein Tool zur Aussperrung bereit.[218] Die Variante der vollständigen Aussperrung wird relativ häufig genutzt,[219] und erhöht auch in tatsächlicher Hinsicht die Zahl der Nutzer ohne (aktivierten) Werbeblocker. Beim Online-Auftritt der *Bildzeitung* reduzierte sich beispielsweise die Rate der Nutzer mit Werbeblocker um 90 %,[220] bei *Forbes* entschieden sich 44 % der Nutzer dafür, den Werbeblocker auszuschalten.[221] Andere Webseiten berichten von rund zwei Dritteln der Nutzer, die den Werbeblocker abgeschaltet haben.[222] Nach wiederum anderen Erhebungen haben 30 %[223] bis 40 %[224] der Nutzer mit Werbeblocker Webseiten allowgelistet, die sich mit einem Werbeblocker nicht nutzen ließen.[225] Trotzdem sperrten Ende des Jahres 2019 von den 100 größten Publishern in den USA nur fünf Nutzer mit Werbeblocker aus.

Allerdings ist in diesen Zahlen nicht enthalten, wie viele Nutzer die jeweilige Webseite dauerhaft verlassen und damit die Reichweite sinken

---

215 *LG Hamburg* ZUM-RD 2015, 745 – *AdBlock Plus*; Süddeutsche.de, Aufruf zum Abschalten: Verlage kämpfen gegen Adblocker, https://www.sueddeutsche.de/service/internet-aufruf-zum-abschalten-verlage-kaempfen-gegen-adblocker-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-161116-99-196912 (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

216 Beim *IAB* handelt es sich um einen internationalen Branchenverband von in der Onlinewerbung tätigen Unternehmen.

217 IAB Tech Lab, Publisher Ad Blocking Primer, S. 6.

218 Blockthrough, Adblock Report 2020, S. 10.

219 ExpressVPN Blog, As users turn to ad blockers, sites start blocking users, https://www.expressvpn.com/blog/sites-start-blocking-ad-blockers/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

220 Süddeutsche.de, Aufruf zum Abschalten: Verlage kämpfen gegen Adblocker, https://www.sueddeutsche.de/service/internet-aufruf-zum-abschalten-verlage-kaempfen-gegen-adblocker-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-161116-99-196912 (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

221 *DVorkin*, Inside Forbes: Ad Block Test, http://www.forbes.com/sites/lewisdvorkin/2016/01/14/inside-forbes-our-ad-block-test-stirs-up-emotions-then-brings-learnings-and-new-data-2/#7de2c7972cae (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

222 *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 207 f. m. w. N.

223 *Werliin*, Insights 2018, S. 30 f.: 37 % haben überhaupt Einträge auf der Allowlist und von diesen 74 %, um eine ansonsten blockierte Webseite zu besuchen.

224 Statista, Adblocking, S. 44.

225 Pagefair, 2017 Global Adblock Report, S. 13: 74 % verlassen die Webseite.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lassen,[226] da z. B. diese Nutzer Links zu Artikeln nicht mehr weiterverbreiten und andere Nutzer ohne Werbeblocker auf die Webseite aufmerksam werden. Ein weiteres Problem ist, dass die Werbeblockerbetreiber (meist erfolgreich) an der Umgehung dieser Sperren arbeiten, obwohl die Verlage dagegen u. a. gerichtlich vorgehen.[227]

3. Hinweis

Das harmloseste Mittel ist der bloße Hinweis.[228] Dieser enthält meist die Information, dass die Werbeanzeigen den Betrieb des Mediums und den kostenfreien Abruf erst ermöglichten sowie maßgeblich für die Qualität der Berichterstattung seien.[229] Problematisch ist jedoch, dass dieser Hinweis manche Nutzer erst auf Werbeblocker aufmerksam macht[230] oder sogar selbst durch Werbeblocker blockiert wird und damit wirkungslos ist. In den USA nutzen lediglich sechs der hundert größten Publisher dieses „soft messaging", um Nutzer vom Abschalten zu überzeugen.[231]

4. Paywall

Eine weitere Möglichkeit, die Einnahmeausfälle durch Werbeblocker auszugleichen, ist es, alle oder bestimmte Inhalte hinter einer Paywall zu verbergen, also eine Bezahlung für den einzelnen Aufruf oder ein Abo

---

226 Süddeutsche.de, Aufruf zum Abschalten: Verlage kämpfen gegen Adblocker, https://www.sueddeutsche.de/service/internet-aufruf-zum-abschalten-verlage-kaempfen-gegen-adblocker-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-161116-99-196912 (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

227 Vgl. dazu *LG Hamburg* BeckRS 2016, 127854 – *Tobis Tricks*; ZUM 2016, 892 – *Adblocker*.

228 *LG Hamburg* ZUM-RD 2015, 745 – *AdBlock Plus*; Blockthrough, Adblock Report 2020, S. 11.

229 Z. B. SPIEGEL-ONLINE-Redaktion, In eigener Sache: Schalten Sie bitte den Adblocker ab!, https://www.spiegel.de/dienste/spiegel-online-schalten-sie-den-adblocker-bitte-ab-a-888158.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

230 *Mander*, Ad-blocking jumps by 10 %, https://www.globalwebindex.net/blog/ad-blocking-jumps-by-10 (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020); *Rentz*, Zeit, Spiegel und Co.: Nachrichten-Websites bilden Anti-Adblocker-Initiative, http://www.horizont.net/medien/nachrichten/-Zeit-Spiegel-und-Co.-Nachrichten-Websites-bilden-Anti-Adblocker-Initiative-114550 (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

231 Blockthrough, Adblock Report 2020, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu fordern.[232] Allerdings zahlten im Jahr 2019 (wie im Jahr 2018[233]) nur 8 % der Nutzer in Deutschland für Nachrichten,[234] was bedeutet, dass sich Nutzer mit Paywalls weiterhin schwertun. Dementsprechend kosten Paywalls das Medium Reichweite,[235] stellen aber grundsätzlich eine gangbare Alternative dar.[236] Umgehungshandlungen durch Werbeblocker finden soweit bekannt nicht statt, da sich hier eine Rechtswidrigkeit aufdrängt.[237]

5. Umgehung des Werbeblockers

Möchte man nicht den Reichweitenverlust einer Aussperrung oder gar einer Paywall riskieren, kann man auch technisch gegen Werbeblocker aufrüsten und versuchen, die Werbung derart auszuspielen, dass die Filterregeln sie nicht mehr erkennen und blockieren können. Die Umgehung kann technisch auf verschiedenen Wegen realisiert werden. Werbeblocker erkennen Werbung u. a. an der Verwendung von bestimmten Schlüsselwörtern. Diese werden also vermieden.[238] Zusätzlich werden die Adressen, von denen Werbung bezogen wird, dynamisch generiert bzw. laufend geändert, damit auch diese nicht einfach auf der Blocklist eingetragen werden können.[239] Alternativ kann die Werbung derart in die Webseite eingebunden werden, dass sie – wegen des Trennungsgebots (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG[240]) nur technisch, nicht optisch – wie ein natürlicher Inhalt der Webseite erscheint.[241]

---

232 *Kiersch,* Adblocking, S. 10.
233 *Newman/Fletcher/Kalogeropoulos/Levy/Nielsen,* Digital News Report 2018, S. 81.
234 *Newman/Fletcher/Kalogeropoulos/Nielsen,* Digital News Report 2019, S. 87.
235 *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 195 ff.; *Kiersch,* Adblocking, S. 12.
236 *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 202 mit Zahlen zur Verbreitung; dagegen unter Verweis auf Art. 5 GG und den freien Zugang zu Inhalten *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 50 (juris).
237 Zur Rechtswidrigkeit siehe unten, 4. Teil § 8 D. (S. 383).
238 *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 419; *Kiersch,* Adblocking, S. 67 f.
239 *Kleinz,* Spiegel Online: Textschwund durch Adblocker, https://www.heise.de/newsticker/meldung/Spiegel-Online-Textschwund-durch-Adblocker-3569373.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
240 Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (BGBl. [2007] I S. 179), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 11. Juli 2019 (BGBl. [2019] I S. 1066) geändert worden ist.
241 *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 419.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Weiterhin kann der jeweilige Ad-Request[242] umgeleitet werden, dass dieser also über die Server des jeweiligen Webseitenbetreibers geleitet wird und erst von dort zum jeweiligen Werbenetzwerk weitergesendet wird. Ziel ist es dabei, dass Werbung und Inhalt als solche nicht unterscheidbar sind, sodass, um die Blockade erwünschter Inhalte (sog. Overblocking) zu vermeiden, auch die Werbung zugelassen wird. Teilweise werden für Werbung gedachte Flächen mit einfacherer, aber auch schlechter vergüteter (Text-)Werbung befüllt, um den Platz in jedem Fall zu nutzen.[243] Inzwischen gibt es auch entsprechend spezialisierte Dienstleister, die – gegen Entgelt – die Umgehung von Werbeblockern anbieten.[244] Lediglich vier Prozent der 100 größten US-Publisher versuchen Werbeblocker zu umgehen.[245]

Vorteil der Umgehung ist, dass die Programmierer der Werbeblocker gezwungen sind, zeitnah zu reagieren und so – zumindest bis zur nächsten Anpassung der Filterliste – alle Nutzer die Werbung angezeigt bekommen.[246] Die Gefahr ist vor allem ein Wettrüsten der beiden Seiten[247] und eine Erhöhung der Kosten durch die Umgehungsmaßnahmen. Gleichzeitig begegnet das Umgehen vor dem Hintergrund des § 7 UWG Bedenken.[248]

6. Eintragen auf Allowlist

Neben der Aussperrung und dem danach – hoffentlich – erfolgten Eintrag auf der Allowlist des Nutzers, kommt im Falle von differenzierenden Werbeblockern das kommerzielle Allowlisting gegen Entgelt infrage. Die-

242 Also die Anfrage des Nutzergeräts, einen bestimmten Inhalt, hier Werbung, nachzuladen; zu Requests auch oben, 1. Teil § 1 B. III. 1. (S. 41).
243 Vgl. *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 422.
244 *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 17 – *Whitelisting II*; *Kiersch,* Adblocking, S. 71; Blockthrough, Adblock Report 2020, S. 11; *Kleinz,* Spiegel Online: Textschwund durch Adblocker, https://www.heise.de/newsticker/meldung/Spiegel-Online-Textschwund-durch-Adblocker-3569373.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
245 Blockthrough, Adblock Report 2020, S. 12.
246 Vgl. nur *Kreutz* MMR 2016, 364, 365 ff.; zur rechtlichen Bewertung unten, 4. Teil § 9 (S. 384).
247 *Kiersch,* Adblocking, S. 68; Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Bericht, 2016, S. 21.
248 *Kreutz* MMR 2016, 364, 367 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ses beträgt 30 % der durch das Allowlisting erzielten Umsätze.[249] Dafür entfallen Kosten, um im Wettbewerb mit den Werbeblockerbetreibern technisch auf der Höhe zu bleiben. Beim Abschluss einer Allowlisting-Vereinbarung mit *Eyeo* werden so ca. 60 % der deutschen Nutzer mit Werbeblocker (*Adblock Plus* und *Adblock*) erreicht.[250] Von diesen haben immerhin über 90 % die Standardeinstellung nicht geändert und empfangen so allowgelistete Werbung.[251] In den USA nutzen fast 50 % der großen Publisher die Möglichkeit, sich entgeltpflichtig auf eine Allowlist eintragen zu lassen.[252]

§ 2 Rechtliche Problemstellung und Gang der Untersuchung

In dieser Arbeit soll – vorrangig – untersucht werden, inwiefern das geschilderte Geschäftsmodell von *Eyeo* rechtmäßig ist. Ausgehend von der Interessenlage der Webseitenbetreiber gibt es hierbei zwei Verbotsziele. Das erste Ziel ist das Verbot des Blockierens der Werbung, also des Blocklistings bzw. des Vertriebs an die Nutzer. Die Blockade jedweder Werbung ist das Hauptärgernis, da es die Webseitenbetreiber erst in die Lage bringt, den Abschluss einer Allowlisting-Vereinbarung überhaupt zu erwägen.

Das zweite Verbotsziel ist die Untersagung des (entgeltlichen) Angebots von Allowlisting-Leistungen, also des Hinzufügens von Ausnahmen gegen Entgelt. Zweck dieses Ziels ist ein Austrocknen der Werbeblocker auf der Einnahmenseite, da die entgeltliche Aufnahme in die Allowlist die finanzielle Grundlage des Geschäftsmodells darstellt. Nur durch das kostenlose Verteilen an die Nutzer können Werbeblocker überhaupt eine entsprechende Marktmacht erlangen, dass die Webseitenbetreiber auf das Angebot des Allowlistings eingehen.

Das erste Verbotsziel, die Untersagung des Blocklistings, wird im 2. Teil der Arbeit behandelt. Dieser beginnt mit einer urheberrechtlichen Prüfung des Verhaltens. Für diese ist entscheidend, ob die Webseitenbetreiber bereits in den Abruf der Inhalte mit aktiviertem Werbeblocker eingewilligt haben und inwiefern dieses Ergebnis durch das europäische (Urheber-)Recht beeinflusst bzw. vorgegeben wird. Darüber hinaus wird

249 *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 8 – *Whitelisting II*.
250 Statista, Adblocking, S. 12.
251 *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 152 – *Whitelisting II*; vgl. auch *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 261.
252 Blockthrough, Adblock Report 2020, S. 4, 12.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

thematisiert, inwiefern Webseiten urheberrechtliche Schutzgegenstände darstellen können, besonders mit Blick auf die technisch vorherrschende Einbindung wechselnder Werbung.

An die urheberrechtlichen Ausführungen schließt sich die lauterkeitsrechtliche Beurteilung des Blocklistings an. Diese beginnt mit der Analyse des Begriffs der geschäftlichen Handlung und der Anwendung auf das vorliegende Geschäftsmodell. Mit den dabei gewonnenen Erkenntnissen wird der klassische Mitbewerberbegriff präzisiert, sodass mithilfe dessen eine Begründung der Mitbewerberstellung möglich ist. Zu Beginn der Prüfung der §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG wird basierend auf den urheberrechtlichen Erkenntnissen die These aufgestellt, dass dieser Konflikt bereits weitgehend urheberrechtlich determiniert ist und damit grundsätzlich – vorbehaltlich weiterer unlauterkeitsbegründender Umstände – analog zum urheberrechtlichen Ergebnis zu lösen ist. Zur Verifikation dieser These werden vier Voraussetzungen aufgestellt, die danach umfassend überprüft werden.

Im 3. Teil, der Beurteilung des Allowlistings, richtet sich der Fokus auf die Ansprache der Webseitenbetreiber und Werbetreibenden. Das Verhalten wird anhand des Maßstabs der Normen § 4a und § 4 Nr. 4 UWG (jeweils i. V. m. § 3 Abs. 1 UWG) geprüft. Hierbei ist im Anschluss an die obigen Ergebnisse ein besonderer Schwerpunkt auf die korrekte Bezeichnung der geschäftlichen Handlung und der darauf basierenden Begründung der Mitbewerberstellung zu legen. Ausgangspunkt für die Prüfung der lauterkeitsrechtlichen Tatbestände ist ebenso die angesprochene These. Im Anschluss daran werden mithilfe der gesammelten Erkenntnisse zwei Geschäftsmodelle bewertet, die ähnlich dem Allowlisting auf unterschiedliche Weise die Position ausnutzen, über die auf dem Endgerät des Nutzers dargestellte Werbung entscheiden zu können.

Eine Analyse der weiteren Abwehrmöglichkeiten der Webseitenbetreiber erfolgt im 4. Teil. Diese werden dabei stets aus dem Winkel der drei Beteiligten behandelt, sofern diese davon beeinträchtigt werden. In der Zusammenfassung (5. Teil) werden die Ergebnisse dargestellt und anschließend ein Fazit gezogen.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Teil: Rechtliche Beurteilung des Blocklistings

§ 3 Urheberrecht

Zuerst soll hier deutlich gemacht werden, wie es um die möglichen urheberrechtlichen Verletzungen im Zusammenhang mit Werbeblockern bestellt ist. Nach einer kurzen Beschreibung einer typischen Webseite mit werblichen Elementen (A.) wird auf die möglichen Urheberrechtsverletzungen der Nutzer (B.) eingegangen, um anschließend die infrage kommenden Verletzungen durch die Unternehmen (C.), die Werbeblocker vertreiben, darzustellen. Eine Differenzierung nach den verschiedenen Geschäftsmodellen[253] findet nicht statt, da das Blocklisting – ein Nutzer ruft mit aktiviertem Werbeblocker eine insoweit ungeschützte Webseite auf – unabhängig von den dahinterstehenden Geschäftsmodellen beurteilt werden kann.

A. Merkmale einer Webseite mit Werbung

Wie oben beschrieben,[254] besteht eine Webseite aus verschiedenen Elementen, die in der Regel von unterschiedlichen Quellen geladen werden. Bei einem Seitenaufruf wird zuerst das HTML-Dokument geladen, das den grundsätzlichen Aufbau der Webseite enthält, und vom Browser interpretiert[255] wird. Gleichzeitig werden Befehle zum Nachladen verschiedener Elemente (z. B. Bilder, Schaltflächen, Videos) ausgeführt, wovon ein Werbeblocker diejenigen, die zu werblichen Elementen führen, blockiert. Das hat zur Folge, dass durch das Wegfallen der Werbung entweder weiße Flächen zu sehen sind oder andere (nicht werbliche) Elemente an die Stelle der Werbung treten, so rückt häufig bei in den Text eingeschobenen Bannern der Text einfach nach.

Zur Erzielung höherer Einnahmen wird inzwischen fast jede Webseite mithilfe von Tracking personalisiert und entsprechend an den Besucher

253 Zu diesen 1. Teil § 1 B. V. (S. 51).
254 1. Teil B. III. 1. (S. 41).
255 Die im HTML-Dokument enthaltenen Befehle werden umgesetzt, sodass am Ende die Webseite auf dem Bildschirm dargestellt werden kann.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

angepasst. Dies bedeutet, dass die gleiche Webseite mit unterschiedlicher Werbung bestückt sein kann. Seltener ist, dass zur Webseite bzw. den dort dargestellten Themen thematisch passende Werbung ausgeliefert wird. In jedem Fall wechselt die angezeigte Werbung und wird von dritter Seite bestimmt. Eine direkte Abstimmung zwischen Seitenbetreiber und Werbetreibendem, dass z. B. eine farbliche Abstimmung stattfindet, ist höchst selten und wird in dieser Arbeit nicht betrachtet.

Webseiten ähneln damit technisch gesehen – nicht nur in Bezug auf die Werbung – Collagen, wobei aus technischer Sicht die Unterdrückung fast jedes einzelnen Elements möglich ist.

B. Verletzungen durch die Nutzer von Werbeblockern

Typische Webseiten können in unterschiedlichster Weise Schutz genießen. Es kommt dabei zum einen ein Schutz der einzelnen Elemente (I.) und zum anderen ein Schutz der gesamten Webseite (II.) infrage.

I. Schutz der einzelnen Elemente

Nach einer kurzen Erläuterung des Schutzgegenstands (1.) ist auf den Eingriff in das Vervielfältigungsrecht und dessen Erlaubnis nach § 44a Nr. 2 UrhG einzugehen (2.). Darüber hinaus kommt auch eine Verletzung des Bearbeitungsrechts in Betracht (3). Zuletzt ist die Behandlung von sonstigen Schutzrechten zu klären, auf die § 44a UrhG keine Anwendung findet (4.).

1. Vorliegen eines Schutzgegenstands

Eine typische Webseite besteht aus verschiedenen Elementen und solche können – je nach Einzelfall – jedes für sich nach dem Urheberrechtsgesetz geschützt sein,[256] z. B. der Text als Sprachwerk (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) oder die einzelnen Bilder gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG. Von einem Schutz im Sinne des § 2 UrhG wird im Folgenden ausgegangen.[257] Ebenso kommt

256 *Cichon* ZUM 1998, 897.

257 Fast immer sollten einzelne Elemente z. B. nach §§ 72, 74, 81, 95 UrhG als verwandte Schutzrechte schutzfähig sein.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

je nach Inhalt der Webseite ein Schutz als Datenbank oder -Werk (§ 87a Abs. 1 UrhG bzw. § 4 Abs. 2 UrhG) oder als Computerprogramm (§ 69a UrhG) infrage.

Die Ausführungen unter 2. und 3. beziehen sich auf solche Schutzgegenstände, auf die die §§ 16, 23 S. 1 UrhG und § 44a UrhG als Erlaubnistatbestand Anwendung finden, zu den sonstigen Schutzgegenständen siehe 4.

2. Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des § 16 UrhG

Zuerst ist zu klären, worin die jeweilige Vervielfältigung beim Abruf einer Webseite mit einem Werbeblocker liegt (a), um dann auf die Frage der Erlaubnis nach § 44a Nr. 2 UrhG (b) einzugehen.

a) Vervielfältigung(en)

Eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG ist das Recht, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl. Im Zuge der Anpassung an die vollharmonisierende InfoSoc-RL[258] – konkret Art. 2 InfoSoc-RL – wurde die Norm um den Einschub „gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft" ergänzt. Damit besteht inzwischen Einigkeit, dass auch kürzeste Festlegungen von Schutzgegenständen den Vervielfältigungsbegriff erfüllen.[259] Stellt ein Browser eine Internetseite dar, sind dafür mehrere (vorübergehende) Vervielfältigungen notwendig. Insbesondere finden diverse Zwischenspeicherungen statt,[260] bei denen u. a. Kopien im Arbeitsspeicher[261] oder auch auf der Festplatte im Browser-Cache[262] erstellt werden. Während diejenigen im Arbeitsspeicher spätestens mit dem Abschalten des Computers gelöscht werden, hängt es bei den Kopien im

258 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG L 167 vom 22. Juni 2001, S. 10.

259 Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, UrhG § 16 Rn. 6; Wandtke/Bullinger/*Heerma*, UrhG § 16 Rn. 20 m. w. N.

260 MMR-HdB/*Ernst*, Teil 7.1 Rn. 60.

261 Daneben gibt es z. B. noch den Prozessor-Cache, dazu MMR-HdB/*Ernst*, Teil 7.1 Rn. 58.

262 Der Zwischenspeicher des Browsers.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Browser-Cache von der Einstellung durch den Nutzer ab, typischerweise werden Cache-Dateien regelmäßig automatisiert gelöscht.

In jedem Fall findet eine Vervielfältigung im Zuge der Wiedergabe auf dem Bildschirm statt, wobei im deutschen Recht umstritten ist, worin genau diese besteht. Der *EuGH* hatte entschieden, dass sich das Vervielfältigungsrecht im Sinne des Art. 2 Abs. 1 lit. a InfoSoc-RL (und damit auch das des § 16 UrhG) auf „flüchtige Fragmente der Werke im Speicher eines Satellitendecoders und auf einem Fernsehbildschirm erstreckt".[263] Der *BGH* und andere verstehen das so, dass die *isolierte* Anzeige auf dem Bildschirm keine eigene Vervielfältigungshandlung sei, da die erforderliche vorübergehende Festlegung fehle, allerdings weist er auf die Vervielfältigung im Grafikspeicher (bzw. im Satellitendecoder) hin.[264] Die Vervielfältigung im Frame-Buffer, den der *BGH* mit „Grafikspeicher" meint, ist die Festlegung des endgültigen Bildes in der Form, dass dem Monitor mitgeteilt wird, in welcher Farbe welcher Pixel anzusteuern ist. Diese Kopie ist innerhalb der nächsten Millisekunden auf dem Bildschirm zu sehen,[265] es liegt technisch nur noch die Übertragung per Kabel dazwischen. Da damit jede Anzeige auf einem Bildschirm dieser Festlegung bedarf und es letztlich so gut wie keine Unterschiede gibt,[266] wird mit Blick auf das Urteil des *EuGH*[267] die Vervielfältigung auf dem Bildschirm als eine eigenständige angesehen.

---

263 *EuGH* GRUR 2012, 156, 163 Rn. 159 – *FAPL*; zur Anzeige von Webseiten GRUR 2014, 654, 656 Rn. 30 – *PRCA*: Isoliertes Abstellen auf die Bildschirmkopie; zustimmend *LG Hamburg* ZUM 2016, 892, 897 – *Adblocker*; Dreier/Schulze/*Schulze*, UrhG § 16 Rn. 7.

264 *BGH* GRUR 2017, 266, 269 f. Rn. 38 – *World of Warcraft I*; HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 16 Rn. 9; Spindler/Schuster/*Wiebe*, UrhG § 16 Rn. 5; Wandtke/Bullinger/*Heerma*, UrhG § 16 Rn. 17; *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 244; *Marly* EuZW 2014, 616, 618; allgemein auf den „Arbeitsspeicher" abstellend Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, UrhG § 16 Rn. 19.

265 So fragt ein Monitor mit der weitverbreiteten Bildwiederholrate von 60 Hertz diesen Speicher 60-mal pro Sekunde ab und zeigt dementsprechend etwa alle 16 Millisekunden das dann aktuelle Bild aus dem Frame-Buffer.

266 *Marly* EuZW 2014, 616, 618, zeigt einen, heutzutage eher zu vernachlässigenden, Unterschied zur Ansicht des *EuGH* auf: Nach der Ansicht der (deutschen) herrschenden Meinung sind Projektionen eines Zelluloid-Films auf eine Leinwand mangels „vorübergehender Festlegung" keine Vervielfältigungen, der *EuGH* würde hingegen eine Vervielfältigung im Sinne des Art. 2 InfoSoc-RL annehmen.

267 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 654, 656 Rn. 30 – *PRCA*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Zulässigkeit nach § 44a Nr. 2 UrhG

Die Zulässigkeit all dieser Vervielfältigungen, die beim Abruf mit einem Werbeblocker erstellt werden, kann sich aus § 44a Nr. 2 UrhG ergeben, der Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL in deutsches Recht umsetzt und damit richtlinienkonform auszulegen ist.

aa) Grundsätzliches

Die Norm erlaubt, sofern die Voraussetzungen vorliegen, alle technisch notwendigen Vervielfältigungen, die zur jeweiligen rechtmäßigen Nutzung erforderlich sind. Die Vervielfältigungen beim Abruf einer Webseite mit einem Werbeblocker erfüllen unproblematisch einen Großteil der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL, sind also vorläufig,[268] flüchtig oder begleitend[269] und stellen einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens[270] dar. Auch ist keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung, sofern eine rechtmäßige Nutzung vorliegt, gegeben.[271]

bb) Rechtmäßige Nutzung

Wird die Webseite mit aktiviertem Werbeblocker abgerufen, kann man lediglich am Merkmal der rechtmäßigen Nutzung zweifeln. Eine solche liegt nach Erwägungsgrund 33 InfoSoc-RL vor, wenn diese vom Rechtsinhaber zugelassen bzw. nicht durch Gesetze beschränkt ist.

Gegen eine Zulässigkeit des Abrufs spricht, dass die Webseitenbetreiber im Regelfall keinen Abruf mit aktiviertem Werbeblocker wünschen, da sie zumindest implizit davon ausgehen, dass die Inhalte stets mit Werbung abgerufen werden. Diese Verbindung findet sich auch dahingehend in der Webseite implementiert, dass das HTML-Dokument als Basis der schließlich angezeigten Webseite neben den Verweisungen (Requests)[272] auf die Inhalte auch Verweisungen auf die werblichen Elemente der Webseite ent-

268 *EuGH* GRUR 2014, 654, 655 Rn. 26 – *PRCA*.
269 *EuGH* GRUR 2014, 654, 656 Rn. 46, 50 – *PRCA*.
270 *EuGH* GRUR 2014, 654, 656 Rn. 33, 37 – *PRCA*.
271 Vgl. *EuGH* GRUR 2012, 156, 164 Rn. 174 ff. – *FAPL*.
272 Dazu und zur Funktionsweise einer Webseite oben, 1. Teil § 1 B. III. 1. (S. 41).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hält, sodass insoweit nach dem Willen des Webseitenbetreibers ein Abruf aller Inhalte erfolgen soll. Gleichzeitig kann auch darauf verwiesen werden, dass der Webseitenbetreiber die Webseite insoweit „ungesichert" im Internet bereitgestellt hat und mit dem Abruf mit Werbeblocker grundsätzlich zu rechnen ist.

Deshalb sollen zunächst die Kriterien zur Bestimmung des Willens des Rechtsinhabers geklärt werden und an welchen Akt für diesen anzuknüpfen ist (1). Danach ist dieses Ergebnis auf den Abruf einer Webseite unter Nutzung eines aktivierten Werbeblockers anzuwenden (2).

(1) Maßstab für die Bestimmung des Willens des Rechtsinhabers

Bei § 44a Nr. 2 UrhG bleibt unklar, welcher Vorgang die rechtmäßige Nutzung darstellt, nach der sich letztlich die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Vervielfältigungen richtet. Naheliegend wäre das Abstellen auf die Vervielfältigung auf dem Bildschirm als das Ziel des Nutzers, allerdings sieht der *EuGH* „Bildschirm- und Cachekopien" als solche an, die gem. Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL (also § 44a Nr. 2 UrhG) zu beurteilen sind.[273]

Nach dem *EuGH* ist deshalb auf die vorhergehende öffentliche Wiedergabe (bzw. dem hier zumeist relevanten Unterfall der Zugänglichmachung)[274] nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL (im deutschen Recht in § 15 Abs. 2 bzw. § 19a UrhG umgesetzt[275]) als für die Rechtmäßigkeit der Nutzung entscheidend abzustellen.[276] Danach ist es nicht gerechtfertigt, eine weitere Zustimmung zu „derselben, vom betreffenden Urheberrechtsinhaber bereits genehmigten Wiedergabe" (bzw. Zugänglichmachung) zu verlangen.[277] Die Rechtsinhaber seien vor ungewollten Vervielfältigungen geschützt, indem sie die vorhergehende öffentliche Wiedergabe erlauben müssten.[278] Da eine Wiedergabe auch stets wahrnehmbar sein muss,[279] folgt daraus, dass die Erlaubnis zur Wiedergabe im digitalen Bereich auch

273 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 654, 655, 656 Rn. 37, 51 – *PRCA*.
274 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).
275 Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 15 Rn. 29.
276 *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 57 – *PRCA*.
277 *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 59 – *PRCA*.
278 *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 57 f. – *PRCA*.
279 Der *EuGH* spricht davon, dass die Nutzer „Zugang haben", *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 19 – *Svensson*; GRUR 2007, 225, 227 Rn. 43 – *SGAE*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die dazu stets erforderlichen Vervielfältigungen erfasst. Dies wird durch § 44a Nr. 2 UrhG sichergestellt.

Damit erlaubt § 44a Nr. 2 UrhG letztlich alle Vervielfältigungen, die bei der Nutzung eines rechtmäßig öffentlich wiedergegebenen (bzw. zugänglich gemachten) Schutzgegenstands anfallen. Inwieweit ein Schutzgegenstand rechtmäßig wiedergegeben werden darf, ist Teil des Tatbestandsmerkmals der *Öffentlichkeit* der Wiedergabe und richtet sich nach dem Willen des Rechtsinhabers. Zur Bestimmung dieses werden die Leitlinien des *EuGH* zur Bestimmung des Willens des Rechtsinhabers dargestellt (a), mit den Ansätzen der deutschen Rechtsprechung und Lehre abgeglichen (b) und ein Ergebnis (c) gefunden.

(a) EuGH

Der *EuGH* betont die Herkunft des Begriffs der Öffentlichkeit aus Art. 11bis Abs. 1 Nr. 2 Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ)[280] und Art. 8 WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT)[281]. Die InfoSoc-RL diene gem. Erwägungsgrund 15 dazu, „einigen" dieser völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen.[282] Deshalb benutzt der *EuGH* zur Auslegung der öffentlichen Wiedergabe den (unverbindlichen)[283] WIPO-Leitfaden zur Revidierten Berner Übereinkunft[284].[285] Dort wird das Beispiel gebildet, dass der Urheber, der die Erlaubnis zur Übertragung seines Werks durch den Rundfunk gibt, nur die Wiedergabe im familiären Kreis erlauben möchte und nicht die Wiedergabe z. B. in Cafés oder Restaurants.[286] Diese letztlich pauschalisierte[287] und prinzipiell urheberfreundliche[288] Auslegung des Willens des Urhebers führt der *EuGH* fort und stellt für das Merkmal

280 Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, BGBl. [1973] II S. 1069 ff., zuletzt geändert BGBl. [1985] II S. 81.
281 BGBl. [2003] II S. 754 und ABl. EG L 89 vom 11. April 2000, S. 8.
282 Kritisch *Leistner/Roder* ZfPW 2016, 129, 146.
283 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 15 Rn. 101.
284 WIPO, Guide to the Berne Convention, S. 68 f.
285 *EuGH* GRUR 2007, 225, 227 Rn. 41 – *SGAE*.
286 WIPO, Guide to the Berne Convention, S. 68 f.
287 Vgl. WIPO, Guide to the Berne Convention, S. 69: „thinks of his licence […] as covering only the direct audience […]".
288 Da darauf hingewiesen wird, dass das öffentliche Abspielen sich immer weiter verbreitet und damit erwartbar ist, wäre prinzipiell auch ein anderes Ergebnis im Wege einer konkludenten Auslegung vertretbar gewesen, vgl. WIPO, Guide to the Berne Convention, S. 68: „is becoming more common".

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Öffentlichkeit auf die Reichweite der Erlaubnis des Rechtsinhabers ab. Dazu fragt er zuerst, gegenüber welchem Publikum der Rechtsinhaber die Wiedergabe erlauben wollte. Geht das vom Handelnden angesprochene Publikum darüber hinaus, so liegt ein neues Publikum und damit – vorbehaltlich einer Pflichtverletzung[289] – eine *öffentliche* Wiedergabe vor.[290]

Diesen Grundsatz hat der *EuGH* im Urteil *Svensson* auf das Linking übertragen und bleibt dabei der pauschalisierten[291] Betrachtung treu. Im Online-Stellen der ursprünglichen Webseite habe der Rechtsinhaber an alle potenziellen Besucher der Webseite als Publikum gedacht. Grund hierfür sei, dass „der Zugang zu den Werken […] keiner beschränkenden Maßnahme unterlag […]".[292] In diesem Fall „ist davon auszugehen", dass die Wiedergabe gegenüber allen Nutzern erfolgen sollte.[293] Später hat der *EuGH* dies als „implizite Zustimmung" bezeichnet.[294] Eine Einbettung der Inhalte in eine andere Seite ändere nichts an dieser Beurteilung, denn der Inhalt sei weiterhin frei zugänglich.[295]

Ein neues, also vom Urheber nicht beabsichtigtes Publikum liege hingegen vor, wenn beschränkende Maßnahmen umgangen werden, die die Nutzer insoweit am Zugang hindern sollten.[296] Ebenfalls liege ein neues Publikum vor, wenn dem Rechtsinhaber die (technische)[297] Kontrolle über den Zugang zu seinem Werk entzogen wird, es z. B. auf einem anderen Server zugänglich gemacht wird.[298]

Besonders weit legt der *EuGH* die Zustimmung in Bezug auf das Framing aus. Das Framing nutzt die Technik des Nachladens von Inhal-

289 Ausführlich 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (S. 221).

290 *EuGH* GRUR 2012, 156, 166 Rn. 198 – *FAPL*; GRUR 2007, 225, 227 Rn. 41 – *SGAE*; WIPO, WIPO Glossar, S. 68 f.

291 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 62, 63 Rn. 36 – *Soulier und Doke*.

292 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 26 – *Svensson*.

293 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 42 – *GS Media*; MMR 2015, 46, 48 Rn. 18 – *Bestwater*; ähnlich GRUR 2017, 62, 63 Rn. 36 – *Soulier und Doke*.

294 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 62, 63 Rn. 36 f. – *Soulier und Doke*; unentschieden *Ohly* GRUR 2018, 996, 999, der anstelle einer Zustimmung auch den Gedanken des Allgemeininteresses am Funktionieren des Internets als Begründung in Betracht zieht.

295 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 29 f. – *Svensson*; bestätigt in MMR 2015, 46, 48 Rn. 18 – *Bestwater*.

296 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 31 – *Svensson*.

297 Die bloße Möglichkeit zum „Rückruf" im Sinne einer Aufforderung zur Entfernung des Werks ist nicht ausreichend, *EuGH* GRUR 2018, 911, 913 Rn. 30 f. – *Cordoba*.

298 So im Ergebnis *EuGH* GRUR 2018, 911, 913 Rn. 31 – *Cordoba*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten[299], mit der fast jede Webseite aufgebaut ist. Dabei ist ein Request[300] im HTML-Dokument einer Webseite enthalten und weist den Browser an, einen Inhalt (z. B. Bild oder Video) von einem Server nachzuladen und darzustellen. Beim Framing kopiert nun ein Webseitenbetreiber den Link, der im Request enthalten ist, und erstellt für seine eigene Webseite einen entsprechenden Request. Beim Aufbau der Webseite ruft der Browser des Nutzers den fremden, eingebundenen Inhalt mit Hilfe des in den eigenen Request kopierten Links ab und stellt den Inhalt als Teil der Webseite dar. Der Unterschied besteht also darin, dass dem kopierenden Webseitenbetreiber das Recht zum Veröffentlichen des Inhalts auf *seiner* Webseite nicht explizit eingeräumt worden ist.

Die Rechtmäßigkeit des Framings war lange umstritten, wurde aber vom *EuGH* im Urteil *Bestwater* auf Vorlage des *BGH*[301] nach einem Hinweis auf das Framing im Urteil *Svensson*[302] zugunsten der Rechtmäßigkeit entschieden.[303] Es handele sich um einen Unterfall des nach den Ausführungen in *Svensson*[304] rechtmäßigen Linkings, sodass die dort aufgestellten Grundsätze Anwendung fänden.[305] Der Abruf von Inhalten ist folglich rechtmäßig, sofern diese mit Erlaubnis des Rechtsinhabers unbeschränkt öffentlich wiedergegeben werden, selbst wenn die Wiedergabe im Wege des Framings, also dem Einbinden in eine fremde Webseite, geschieht. Ob der fremde Inhalt als eigener des Webseitenbetreibers oder als fremder erscheint, ist irrelevant.[306] Framing kann damit nur durch eine entsprechende technische Beschränkung unterbunden werden.[307]

Der *EuGH* bestimmt damit im Rahmen der öffentlichen Wiedergabe die Reichweite der Erlaubnis durch den Rechtsinhaber pauschalisiert anhand der technischen Ausgestaltung und sieht nur durch technische Beschränkungen kommunizierte Einschränkungen des Willens als bedeutend an.

---

299 Zu dieser oben, 1. Teil § 1 B. III. (S. 41).

300 Ein Request ist eine Aufforderung an den Browser, etwas von einem bestimmten Ort im Internet zu laden und besteht letztendlich aus einem Link und Anweisungen, wie das geladene Objekt darzustellen ist.

301 *BGH* MMR 2013, 596 – *Die Realität I*.

302 *EuGH* GRUR 2014, 360, 362 Rn. 29 – *Svensson*.

303 Vgl. *EuGH* MMR 2015, 46, 47 Rn. 15, 17 – *Bestwater*.

304 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 28 f. – *Svensson*.

305 Vgl. *EuGH* MMR 2015, 46, 47 Rn. 16 f. – *Bestwater*.

306 *EuGH* MMR 2015, 46, 47 Rn. 17 – *Bestwater* unter Verweis auf GRUR 2014, 360, 361 Rn. 29 f. – *Svensson*.

307 Vgl. *EuGH* MMR 2015, 46, 47 Rn. 16 – *Bestwater*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(b) Deutsches Recht

Im deutschen Recht wird die Frage, inwiefern ein Abruf bzw. die Wiedergabe erlaubt ist, zumeist über die schlichte Einwilligung gelöst. Diese ist in der „Stufenleiter der Gestattungen“[308] auf der niedrigsten Stufe einzuordnen. Die Einwilligung ist Ausdruck der Dispositionsbefugnis des Urhebers,[309] denn er kann umfassend (im Rahmen der Schranken) entscheiden, welche Handlungen er als Verletzung seines Rechts ansieht. Die stets einseitig zu erklärende Einwilligung stellt keine Übertragung eines Nutzungsrechts dar und ist auch keine schuldrechtliche Gestattung;[310] sie ist lediglich die Gestattung einer tatsächlichen Handlung.[311] Aufgrund der freien Widerruflichkeit und der fehlenden Verpflichtung aufseiten des Urhebers verfügt der – ebenso wenig verpflichtete – Empfänger der Einwilligung über keine verlässliche Rechtsposition.[312] Unabhängig von der Einordnung als (einseitiges) Rechtsgeschäft[313] oder als rechtsgeschäftsähnliche Handlung[314] besteht weitgehend Einigkeit, dass die Einwilligung (konkludent) erklärt werden muss und dass im Urheberrecht die Auslegung anhand der §§ 133, 157 BGB (analog) und in Verbindung mit dem Rechtsgedanken des § 31 Abs. 5 UrhG erfolgen muss,[315] dass Nutzungsrechte nur soweit gewährt werden, wie für den Zweck der jeweiligen Nutzung nötig (sog. Übertragungszwecktheorie).[316]

So sah der *BGH* im (ungesicherten) Einstellen einer Internetseite „unter Umständen“ eine konkludente Einwilligung in Vervielfältigungen durch Herunterladen oder Ausdrucken, da der Berechtigte mit solchen Vorgängen rechnen müsse.[317] In Bezug auf die Zugänglichmachung von Vorschaubildern durch eine Suchmaschine wurde angenommen, dass durch das Unterlassen von Gegenmaßnahmen, also dem Verzicht auf einen Ein-

308 *Ohly*, Die Einwilligung, S. 143 f.
309 *Klass* ZUM 2013, 1, 4.
310 *OLG München* MMR 2017, 756, 759 Rn. 95 – *Whitelisting I*; *Klass* ZUM 2013, 1, 4.
311 Schricker/Loewenheim/*Ohly*, UrhG § 29 Rn. 29.
312 Schricker/Loewenheim/*Ohly*, UrhG § 29 Rn. 29; *Klass* ZUM 2013, 1, 4.
313 *Ohly* GRUR 2012, 983, 985.
314 Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Grunert*, UrhG § 31 Rn. 37; *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2009, 369, 370; in diese Richtung, aber ohne Entscheidung *BGH* GRUR 2010, 628, 631 f. Rn. 34 f. – *Vorschaubilder I*.
315 Schricker/Loewenheim/*Ohly*, UrhG § 29 Rn. 30 m. w. N.; wohl ebenso *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2009, 369, 371, zumindest für Einwilligungen im Internet.
316 Allgemein BeckOK UrhR/*Soppe*, UrhG § 31 Rn. 89 ff.
317 *BGH* GRUR 2008, 245, 247 Rn. 27 – *Drucker und Plotter I*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

trag in die robots.txt,[318] eine Einwilligung in die „üblichen Nutzungshandlungen" gegeben sei.[319] Auch ein ausdrücklicher Widerruf gegenüber dem Suchmaschinenbetreiber sei unter dem Gesichtspunkt einer protestatio facto contraria unbeachtlich, denn bei einer Erklärung an die Allgemeinheit müsse diese auf gleiche Weise – also technisch – widerrufen werden.[320] Das wurde im Urteil *Vorschaubilder II* dahingehend – letztlich aber zu weitgehend[321] – fortgeführt, dass Gleiches gelte, wenn Dritte ein Bild urheberrechtswidrig im Internet zugänglich gemacht haben, sofern der Rechtsinhaber überhaupt Lizenzen zur Zugänglichmachung im Internet erteilt habe.[322]

In der sonstigen Rechtsprechung des *BGH* zum Urheberrecht findet sich ebenso der Grundgedanke, dass eine beschränkte Erlaubnis nur technisch erklärt werden könne. Bereits in der Entscheidung *Paperboy* zum Deep-Linking[323] – letztlich die gleiche Konstellation wie im *Svensson*-Urteil[324] – wurde im Zusammenhang mit der Frage der Störereigenschaft darauf hingewiesen, dass der Webseitenbetreiber, der Inhalte ohne technische Schutzmaßnahme online stellt, aufgrund seiner Entscheidung die Nutzungen ermögliche.[325] Dies wurde im Urteil *Session-ID* fortgesetzt: Danach führte das Umgehen technischer Beschränkungen gegen Verlinkungen[326] zu einer Urheberrechtsverletzung (§ 19a UrhG).[327] In Bezug auf die automatisierte Abfrage von Datenbanken durch eine Metasuchmaschine wurde

318 Eine Suchmaschine durchsucht mittels „Crawler", also einem automatisch arbeitenden Programm, das Internet; diesen kann man durch einen Eintrag in der Datei robots.txt die Indexierung der eigenen Webseite verbieten, vgl. *BGH* GRUR 2012, 602, 603 – *Vorschaubilder II*.

319 *BGH* GRUR 2010, 628, 632 Rn. 36 – *Vorschaubilder I*.

320 *BGH* GRUR 2010, 628, 632 Rn. 37 – *Vorschaubilder I*.

321 Zur Kritik an der „alten" Einwilligungslösung z. B. *Klass* ZUM 2013, 1, 5 ff.; *Ohly* GRUR 2018, 187.

322 *BGH* GRUR 2012, 602, 605 Rn. 26 ff. – *Vorschaubilder II*.

323 Verlinken auf Unterseiten unter Umgehung der Startseite der Webpräsenz, wie z. B. auf einzelne Artikel.

324 *EuGH* GRUR 2014, 360 – *Svensson*.

325 *BGH* MMR 2003, 719, 722 – *Paperboy*, Folgen der Verwendung technischer Schutzmaßnahmen aber ausdrücklich offengelassen.

326 Der Webseitenbetreiber wollte ein Deep-Linking, also den direkten Aufruf von Unter-Webseiten seiner Webpräsenz unter Umgehung der Startseite, verbieten und baute eine Sperre ein, dass Unterwebseiten nur dann zugänglich waren, wenn durch den Besuch der Startseite eine Session-ID („Sitzungsnummer") generiert worden war, die bei jedem weiteren Abruf der Webpräsenz abgefragt wurde.

327 *BGH* GRUR 2011, 56, 58 Rn. 27 – *Session-ID*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ebenfalls unter Verweis auf die mangelnde technische Sicherung (bzw. Absicherung durch Nutzungsbedingungen) ein Verstoß gegen den Sui-generis-Schutz der §§ 87a ff. UrhG abgelehnt.[328]

In der Literatur wird der schlichte Abruf von Webseiten (ohne Schutzvorkehrungen) regelmäßig auf die schlichte Einwilligung gestützt.[329] Die konkrete Ausgestaltung ist jedoch umstritten. Mehrere Autoren plädieren für einen „more technological approach".[330] Danach müsse sich das Urheberrecht an der von den technischen Möglichkeiten ausgehenden sozialen Erwartung im Kommunikationsmedium Internet orientieren.[331] Konsequenz für das Urheberrecht sei insoweit, dass Einschränkungen im Zugang (Verlinken, Einbinden) entsprechend der „sozialen, inhärent reziproken Normen"[332] stets durch technische Schranken deutlich gemacht werden müssten. Der Rechtsinhaber müsse sich somit an die „Spielregeln" des von ihm ausgewählten Mediums halten, sodass die Kommunikation insoweit „verobjektiviert" werde:[333] Wer die Vorteile des Internets für sich nutzen wolle, müsse auch die Nachteile in Kauf nehmen.[334] Viele Autoren stimmen deshalb dem Grundgedanken der Einwilligungslösung des *BGH* zu.[335] Ein Widerruf gegenüber Einzelnen ist damit nicht mög-

328 *BGH* GRUR 2011, 1018, 1023 Rn. 64 – *Automobil-Onlinebörse*, anders aber wohl *EuGH* GRUR Int. 2014, 279, 283 Rn. 50 – *Innoweb*, allerdings handelte es sich dort um eine spezialisierte Suchmaschine, die allein diese Datenbank abfragte, sodass der Investitionsschutzgedanke des Datenbankschutzes eine Abweichung rechtfertigt.

329 Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, UrhG § 44a Rn. 12: „häufig"; Wandtke/Bullinger/*Heerma*, UrhG § 16 Rn. 25, 22; *Berberich* MMR 2005, 145, 148; *Hüttner* WRP 2010, 1008, 1012 f.; *Kreutzer* MMR 2018, 639, 643 f.; *Luckhaus* MMR 2017, 765; *Ohly* GRUR 2012, 983, 988; *Raue* WRP 2017, 1363, 1363 Rn. 5; *Rostam* InTer 2017, 146, 150: Erlaubnis; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 795; *Spindler* GRUR 2010, 785, 790 f.; *Telle* AnwZert ITR 13/2015, Anm. 2, 2. B. II.; *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2009, 369, 372; *Wiebe* GRUR 2011, 888, 889.

330 *Grünberger* ZUM 2016, 905, 911; *Raue* ZUM 2018, 517, 518 f.; vgl. auch *Hofmann* ZGE 2016, 482, 502; *Specht* GRUR 2019, 253, 255, aber einschränkend S. 259; siehe auch *Grünberger/Podszun* ZGE 2014, 269 zum Begriff.

331 *Grünberger* ZUM 2016, 905, 911; *Hofmann* ZGE 2016, 482, 502; vgl. auch *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2009, 369, 374; *Specht* GRUR 2019, 253, 255.

332 *Peukert* GRUR-Beilage 2014, 77, 84.

333 *Grünberger* ZUM 2016, 905, 911; ähnlich *Peukert* GRUR-Beilage 2014, 77, 83 f.; vgl. auch *Ohly* GRUR 2012, 983, 987; *Specht* GRUR 2019, 253, 256; *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2009, 369, 374.

334 Vgl. *Raue* WRP 2017, 1363; *Stadler,* Haftung für Informationen, 2005, Rn. 254.

335 *Kreutzer* MMR 2018, 639, 643; *Peukert* GRUR-Beilage 2014, 77, 83 f.; kritisch *Hofmann* ZGE 2016, 482, 503: „Ersatzschranke".

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lich.[336] Dieser Ansatz soll auch dazu dienen, im „Allgemeininteresse" die „Funktionsfähigkeit des Internets" zu erhalten.[337] Dieses Argument wurde vom *BGH* vor allem in lauterkeitsrechtlichen Konstellationen benutzt, in denen urheberrechtliche Ansprüche vorher verneint worden waren.[338] Andere Autoren lassen – anders als die Vertreter des „more technological approach" – aber auch einen Widerruf gegenüber Einzelnen zu,[339] sodass auch ausdrückliche Hinweise auf der Webseite selbst relevant sind.[340]

Teilweise wird die Einwilligungslösung des *BGH* sehr kritisch gesehen[341] und der Ansatz des *EuGH* abgelehnt. So existiere bereits kein Publikum der Internetnutzer, der Rechtsinhaber wollte eine Wiedergabe nicht beliebigen Dritten gegenüber erlauben.[342] Die fingierte Erlaubnis sei reine Fiktion[343] und führe wider Art. 3 Abs. 3 InfoSoc-RL zu einer faktischen Erschöpfung des Rechts.[344] Die Möglichkeit, Beschränkungen durch Sperren durchzusetzen, entspreche einer von Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ nicht vorgesehen Förmlichkeit und schrecke zudem Nutzer ab.[345] Auch wird die Auslegung des Willens des Rechtsinhabers als mit dem deutschen Urhebervertragsrecht nicht vereinbar angesehen.[346] Insbesondere habe der

336 *Hüttner* WRP 2010, 1008, 1013 f.

337 *Grünberger* ZUM 2016, 905, 911; *Peukert* GRUR-Beilage 2014, 77, 83; *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2009, 369, 374; vgl. auch *Hofmann* ZUM 2018, 641, 646; *Ohly* GRUR 2018, 996, 999.

338 Vgl. auch *BGH* GRUR 2014, 785, 788 Rn. 37 f. – *Flugvermittlung im Internet*; GRUR 2011, 1018, 1024 Rn. 69 – *Automobil-Onlinebörse*; zuerst in MMR 2003, 719, 724 – *Paperboy*; dabei zurückgehend auf *OLG Köln* GRUR-RR 2001, 97, 101; vgl. auch im urheberrechtlichen Kontext *BGH* GRUR 2018, 178, 184 Rn. 56 – *Vorschaubilder III*; zu diesem Argument des *BGH* ausführlich unten, 2. Teil § 4 C. IV. 1. e) (S. 261).

339 *Berberich* MMR 2005, 145, 148; *Ohly* GRUR 2012, 983, 990 f.; *Spindler* GRUR 2010, 785, 790 f.; kritisch auch *Wiebe* GRUR 2011, 888, 892 f.; zu § 69c Nr. 2 UrhG *OLG München* MMR 2017, 756, 759 Rn. 95 – *Whitelisting I*.

340 *Lorenz* jurisPR-ITR 3/2011, Anm. 5, D.; *Ohly* GRUR 2012, 983, 991.

341 Z. B. *Lorenz* jurisPR-ITR 3/2011, Anm. 5, C., die keinen Grund für eine Abweichung von den Grundsätzen für außerhalb des Internets veröffentlichte Inhalte sieht, aber trotzdem dem *BGH* folgt.

342 Wandtke/Bullinger/*Heerma*, UrhG § 15 Rn. 32; *Haberstumpf* GRUR 2016, 763, 768.

343 *Höfinger* ZUM 2014, 293, 294.

344 *Haberstumpf* GRUR 2016, 763, 768.

345 Vgl. *Haberstumpf* GRUR 2016, 763, 769; auch *Hüttner* WRP 2010, 1008, 1012 f. sieht bzgl. von Thumbnails eine faktische Opt-out-Lösung, befürwortet diese aber.

346 *Schulze* ZUM 2015, 105, 108; kritisch insoweit auch *Ohly* GRUR 2018, 996, 1000.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsinhaber kein Framing erlauben wollen.[347] Nach diesem Ansatz muss wohl für jeden Fall einzeln die Reichweite der Einwilligung festgestellt werden.

(c) Zusammenfassung und Beurteilung

Die Grundentscheidung in diesem Zusammenhang ist letztlich, wem die Last der Aufklärung über den Rechtsstatus des Werks obliegt: entweder dem Rechtsinhaber durch technische Beschränkung des Zugangs oder dem Nutzer im Nachvollziehen der Reichweite der Erlaubnis.

Maßgeblich ist dabei die Verkehrserwartung,[348] die teilweise – vom *BGH* vor allem im lauterkeitsrechtlichen Kontext – mit dem Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets umschrieben wird. Diese im „more technological approach" formulierte Verkehrserwartung kann auch mit den „sozialen, inhärent reziproken Normen der Zugangskultur"[349] umschrieben werden. Bereits in den technischen Gegebenheiten spiegelt sich der Ursprung als nicht-kommerzielles, freies Kommunikationsmedium[350] wider: Das Internet basiert auf der „Zugangskultur". So wird der Link zur gerade aufgerufenen Website in jedem Browser angezeigt[351] und der Quelltext von Webseiten – inklusive der Adressen von eingebundenen Inhalten –grundsätzlich offen kommuniziert.[352] Gerade in seinen Anfängen wurde das Internet nur schwach reguliert.[353] Gleichzeitig legte die Rechtsprechung der Entwicklung keine Steine in den Weg.[354] Die Prägung durch die Verkehrserwartung zeigt sich auch in der Abwesenheit von Hinweisen, die Referenzierungs- oder Abrufhandlungen erlauben, selbst wenn sie offenkundig erwünscht sind: Der Verkehr setzt schlicht voraus, dass solche Handlungen zustimmungsfrei sind.

---

347 *Schulze* ZUM 2015, 105, 109 f.
348 Vgl. zu dieser *Hacker* ZfPW 2019, 148, 173 ff.
349 *Peukert* GRUR-Beilage 2014, 77, 84; ähnlich *Ensthaler* NJW 2014, 1553, 1556: sozialkongruentes, sozialadäquates Verhalten.
350 Zu dieser *Peukert* GRUR-Beilage 2014, 77, 78 f.
351 *Stadler,* Haftung für Informationen, 2005, Rn. 206.
352 Das *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 42 – *Adblock Plus* spricht insoweit von einem „Inhaltsverzeichnis".
353 Vgl. *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 267, der von „Regulierungsferien" spricht.
354 Vgl. z. B. nur *BGH* GRUR 2010, 628 – *Vorschaubilder I*; MMR 2003, 719 – *Paperboy* (Rechtmäßigkeit des Deep-Linkings); sehr weitgehend GRUR 2012, 602 – *Vorschaubilder II*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kritisch kann allein in begrifflicher Hinsicht angemerkt werden, dass der Verweis auf die Funktionsfähigkeit des Internets und die damit implizierte Nichtfunktion bei abweichender Ansicht etwas übertrieben ist. Auch bei einer konträren Lösung, z. B. einem ausdrücklichen textlichen Zustimmungserfordernis zu Verlinkungen, würde das Internet noch funktionieren, allerdings nicht mehr in der Art, wie der Verkehr es gewohnt ist und sich darauf – mit Geschäftsmodellen und alltäglichem Handeln – eingestellt hat und verlässt.

Deshalb ist es mit Blick auf die Verkehrserwartung geboten, die Kommunikationslast, dass bestimmte Verwertungshandlungen nicht erwünscht sind, dem Online-Stellenden aufzuerlegen, denn dieser begibt sich willentlich in einen Raum mit bestimmten Kommunikationsgrundregeln und akzeptiert diese.[355] Hiermit lässt sich rechtfertigen, dass dem Rechtsinhaber eine gewisse Kooperationsverpflichtung auferlegt wird und dieser trotz Art. 5 RBÜ tätig werden muss.[356]

Konsequenterweise kann diese Kommunikationslast nur durch eine technisch wirkende Beschränkung erfüllt werden, im Folgenden *technische Beschränkung*. Das ergibt sich ebenfalls aus der Verkehrserwartung, konkret dem Gegenpol, der Exklusivitätskultur: Möchte jemand Inhalte nur gegen Entgelt (oder anders bedingt) verfügbar machen, so wird der Zugang ohne Entgeltzahlung demgemäß – technisch – verhindert.[357] Dazu zwingt bereits die Anonymität der Nutzer, denn obwohl technisch eine (gewisse) Zuordnung durch die IP-Adresse möglich ist, scheitert die Zuordnung einer konkreten Person in der Praxis faktisch am hohen Einzelaufwand.[358] Gleichzeitig kommt den Rechtsinhabern entgegen, dass die Anforderungen an technische Maßnahmen zur Beschränkung sehr gering sind.[359] Dementsprechend reicht es bereits aus, dass die Handlung schlicht nicht möglich ist. Eine technische Beschränkung ist für alle Adressaten geeignet, da sie nicht aus Versehen oder absichtlich ignoriert werden kann bzw. textlich geäußerte Verbote aufgrund des modularen Aufbaus von Websei-

355 *V. Ungern-Sternberg* GRUR 2009, 369, 374; vgl. auch *Kreutzer* MMR 2018, 639, 644; *Ohly* GRUR 2012, 983, 987: fehlendes Erklärungsbewusstsein.

356 *Grünberger* ZUM 2016, 905, 911 f.

357 Vgl. *Hacker* ZfPW 2019, 148, 173 f.

358 Vgl. *Hofmann* ZGE 2016, 482, 504: „prohibitiv hohe Transaktionskosten".

359 Vgl. *LG Hamburg* ZUM 2016, 892, 896 – *Adblocker* zu einer nach Auskunft des Sachverständigen „trivialen" Schutzvorrichtung, die nach Auffassung des Gerichts den Tatbestand des § 95a Abs. 2 UrhG erfüllt; die Schwelle einer technischen Beschränkung nach § 19a UrhG liegt tendenziell niedriger, dazu 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209), zu § 95a UrhG siehe 4. Teil § 8 A. I. 2 (S. 354).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten ggf. nicht einmal geladen werden und technisch wirkende Sperren gleichzeitig maschinenlesbar sind, da viele Verknüpfungen im Internet von Maschinen vorgenommen werden.[360]

Die Nutzer erwarten also als Ausdruck dieser allgemeinen Übung Sperren im Sinne einer technischen Verhinderung, wenn eine Handlung nicht möglich sein soll, und gehen dementsprechend von einer Erlaubnis aus, wenn eine Sperre nicht vorhanden ist. Dass andere Lösungen nicht tauglich sind, bestärkt und festigt letztlich nur die Verkehrserwartung, da diese Alternativen entweder aus rechtlicher Unsicherheit oder mangelnder Praktikabilität gar nicht erst eingesetzt werden. Wie bereits angedeutet, scheitern ausdrückliche Hinweise (spätestens) an fehlender Praktikabilität, da eine Verfolgung nicht möglich ist. Gleichzeitig sind diese nicht (sicher) maschinenlesbar und versagen so z. B. gegenüber automatischen Suchdiensten. Aber auch von Nutzern werden ausdrückliche Hinweise nicht oder falsch verstanden, überlesen oder schlicht ignoriert, insbesondere da Nutzer sie für Cookie-Banner[361] oder klassische Werbung halten können. Technische Alternativen, die einen Zugang zulassen, aber trotzdem (eindeutig) ein Verbot kommunizieren, sind nicht in Sicht. Sie müssten sich aber je nach Ausgestaltung den Vorwurf der Treuwidrigkeit gefallen lassen, da eine Sperre einfacher gewesen wäre.

Auf diese Vereinfachung der Kommunikation deutet auch das Cheapest-Cost-Avoider-Argument als einem weiteren Vorteil von Sperren hin: So können präzise und unmissverständlich die Vorstellungen des Rechtsinhabers über den Zugang zu seinen Inhalten festgesetzt werden. Auch aus ökonomischer Perspektive stellen sich Sperren insoweit als Mittel der Wahl dar. Aus der technisch vermittelten Eindeutigkeit über die Zugangsmodalitäten folgt zugleich die rechtliche Reichweite des Erlaubten. Das sichert den Informationsaustausch im Internet und damit letztlich das Grundrecht auf Meinungs- und Informationsfreiheit.[362]

---

360 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 178, 185 f. Rn. 66 – *Vorschaubilder III*: Copyright-Vermerke sind nicht maschinenlesbar und begründen damit keine Kenntnis der fehlenden Zustimmung im Rahmen der neuen Öffentlichkeit; vgl. auch *Peukert* GRUR-Beilage 2014, 77, 84.

361 Cookie-Banner sind Banner, die beim Besuch von Webseiten erscheinen und über die Verwendung von Cookies informieren bzw. zur Zustimmung auffordern, vgl. auch *Rauer/Ettig* ZD 2018, 255, die von lästigen Hindernissen sprechen.

362 Ähnlich *Grünberger* ZUM 2016, 905, 912; vgl. auch *EuGH* GRUR 2018, 911, 914 Rn. 41 – *Cordoba*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die hier vertretene Ansicht stellt zwar einen Eingriff in das Urhebervertragsrecht dar, dieser fällt allerdings sehr gering aus. Es wird lediglich der Akt des Einstellens eines Werkes rechtlich bewertet. Ob der Einstellende vom Urheber dazu berechtigt war, richtet sich weiterhin nach dem deutschen Urhebervertragsrecht,[363] denn fehlt eine solche Berechtigung, so ist der Inhalt insoweit rechtswidrig und die Grundsätze aus *GS Media*[364] gelten.

Anders als behauptet werden weder Unterlizenzen „sinnfrei" noch tritt eine Erschöpfung des Rechts ein. Der Rechtsinhaber hat es weiterhin in der Hand, welche Bedingungen er den Lizenznehmern auferlegt; so kann er z. B. eine technische Beschränkung verlangen, dass der Inhalt nicht im Wege des Framings in andere Webseiten eingebunden werden kann. Soweit auf eine, der Erschöpfung ähnelnden, Wirkung verwiesen wird, verkennen diese Autoren, dass das Werk nicht erschöpft ist, da der Rechtsinhaber – ggf. über Lizenzketten – weiterhin die Kontrolle über die Zugangseröffnung hat[365] und zugleich bewusst sein Werk ohne Zugangsbeschränkungen im Internet zum Abruf bereitgestellt hat. Begrenzte der Rechtsinhaber nun den Zugang zu seinem Werk, würde dies damit alle weiteren Wiedergaben erfassen. Die befürchtete Erschöpfung kann folglich jederzeit rückgängig gemacht werden.

In das deutsche Recht können diese Grundsätze im Anschluss an den *BGH* mit der schlichten Einwilligung richtlinienkonform übertragen werden. Dazu ist bei der Auslegung der Handlung, dem Einstellen ohne Schutzmaßnahme, gem. §§ 133, 157 BGB (analog) die Verkehrssitte[366] im Sinne des „Allgemeininteresses am Funktionieren des Internets" auszulegen. Dies ergibt, dass der Verkehr von einer Freiheit des Referenzierens und Abrufens als typische Handlung im Internet ausgeht[367] und nur technische Beschränkungen beachtenswert sind.[368] Dabei kann offen bleiben, worauf man das Erfordernis einer Sperre stützt: Entweder auf den Gedan-

363 Es kann jedoch sein, dass dieses Verständnis auf die Interpretation von Klauseln zurückwirkt, die pauschal das „Einstellen" des Inhalts im Internet erlauben.

364 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 46 ff. – *GS Media*; zu diesen Grundsätzen unten, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (S. 221).

365 Vgl. *EuGH* GRUR 2018, 911, 913 Rn. 28 ff. – *Cordoba*.

366 So auch *Stadler*, Haftung für Informationen, 2002, Rn. 254, anders aber die Nachauflage, dort keine Erwähnung der Einwilligungslösung, vgl. *Stadler*, Haftung für Informationen, 2005, Rn. 254.

367 Vgl. *BGH* GRUR 2010, 628, 632 Rn. 36 – *Vorschaubilder I*; *Ohly* GRUR 2012, 983, 987: fehlendes Erklärungsbewusstsein.

368 Vgl. *Kreutzer* MMR 2018, 639, 644.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ken des *BGH* aus *Vorschaubilder I*, dass die Erklärung sich an alle richtet und entsprechend zurückgenommen werden muss[369] oder auf die Grundsätze von Treu und Glauben.[370] Damit tritt in jedem Fall eine Verobjektivierung[371] der Erklärung des Webseitenbetreibers ein, die insbesondere nicht im Widerspruch zur deutschen Rechtsgeschäftslehre steht.[372]

Damit kommt es für die Rechtmäßigkeit der vorübergehenden Vervielfältigungen im Sinne des § 44a Nr. 2 UrhG darauf an, ob die Inhalte den Vervielfältigenden gegenüber rechtmäßig öffentlich wiedergegeben werden. Sind Inhalte technisch unbeschränkt mit Erlaubnis des Rechtsinhabers online öffentlich wiedergegeben worden, liegt darin eine schlichte Einwilligung in die öffentliche Wiedergabe, die sich gem. § 44a Nr. 2 UrhG auch auf die dazu erforderlichen Vervielfältigungen erstreckt.

(2) Anwendung auf Werbeblocker

Überträgt man diese Auslegung auf den vorliegenden Fall, erfasst die Erlaubnis des Webseitenbetreibers ebenso die Wiedergabe gegenüber Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker.[373] Nach (bzw. analog) §§ 133, 157 BGB ergibt sich, dass mangels technischer Beschränkung der Verkehr von einer Erlaubnis ausgeht.

Hierfür sprechen – ganz im Sinne des „more technological approach" – die *W3C*-Standards[374].[375] Diese sehen eine sehr freie Interpretation der konkreten Webseite auf dem jeweiligen Endgerät des Nutzers vor. Die Vorgaben des Webseitenbetreibers stellen lediglich Vorschläge für die Gestaltung der endgültigen Webseite dar.[376] Zwar sind diese Standards rechtlich nicht bindend, sind aber allgemein anerkannt und akzeptiert.

369 *BGH* GRUR 2010, 628, 632 Rn. 37 – *Vorschaubilder I*.
370 *Kreutzer* MMR 2018, 639, 644; vgl. auch *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2009, 369, 374.
371 *Grünberger* ZUM 2016, 905, 911.
372 Vgl. *Ohly* GRUR 2018, 996, 1002.
373 Im Ergebnis ebenso *Kreutzer* MMR 2018, 639, 643; *Luckhaus* MMR 2017, 765; *Raue* WRP 2017, 1363, 1363 Rn. 5; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 795; vgl. auch *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 36 – *Adblock Plus*; *Rostam* InTer 2017, 146, 153; kritisch *Witte* ITRB 2018, 34, 37: „überraschend"; dagegen *Apel/Steden* WRP 2001, 112, 116 f.
374 Zu diesen bereits 1. Teil § 1 B. III. 1. (S. 41).
375 *Kreutzer* MMR 2018, 639, 640 f.
376 W3C, HTML 5.2 Recommendation, https://www.w3.org/TR/html52/rendering.html#rendering-introstruction (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020): „User

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auch die Interessenlage spricht für das gefundene Ergebnis, selbst wenn sich eine Webseite allein durch Werbung finanziert. Jeder Webseitenaufruf generiert grundsätzlich Reichweite, die zwar nicht direkt monetarisiert werden kann, aber zumindest indirekt durch weitere Aufrufe (ohne Werbeblocker), die aufgrund von Teilen des Artikels hervorgerufen werden. Weiterhin besteht die Möglichkeit des Webseitenbetreibers, den Nutzer davon zu überzeugen, dass er statt nur eines freien Zugangs zusätzliche bezahlte Angebote bei der Webseite bucht oder zumindest wieder Werbung konsumiert und sei es nur, weil diese den Werbeblocker umgeht[377].

Darüber hinaus bestehen für Webseiten auch relativ einfache Möglichkeiten zum Schutz ihrer Inhalte (z. B. Sperren für Werbeblocker-Nutzer[378]). Das klassische Einbetten von Werbung mittels Request[379] ist keine Schutzvorkehrung. Da es nachvollziehbare Gründe gibt, den Aufruf mit Werbeblocker zu erlauben und gleichzeitig Schutzmaßnahmen, obwohl relativ einfach zu realisieren, nicht ergriffen worden sind, ist von einer Einwilligung auszugehen.[380] Ansonsten wäre der Nutzer jederzeit der Gefahr von Ansprüchen wegen Urheberrechtsverletzungen ausgesetzt.

Ebenso spricht ein Vergleich mit dem Framing für eine Erlaubnis. Indem der *EuGH* die teilweise Wiedergabe von fremden Inhalten in der eigenen Webseite erlaubt hat, muss dies erst recht den weniger invasiven Fall erfassen, dass die Webseite nur teilweise dargestellt wird. In beiden Fällen verliert der Webseitenbetreiber die Möglichkeit, Werbung darzustellen und hat jederzeit die Möglichkeit, die Kontrolle mittels technischer Beschränkung zurückzugewinnen. Diese Erwägungen gelten auch für die zweite Filtermethode (Element Hiding), bei der Inhalte zwar geladen, aber aufgrund bestimmter Merkmale während des Aufbauvorgangs im Browser nicht dargestellt werden.[381] Es macht keinen Unterschied, ob man Inhalte überhaupt nicht lädt, oder sie am Ende nicht darstellt.

Damit erfasst die schlichte Einwilligung durch das Online-Stellen auch die Zugangseröffnung gegenüber Nutzern mit aktiviertem Werbeblo-

---

agents are not required to represent HTML documents in any particular way"; vgl. auch *Kreutzer* MMR 2018, 639, 640, 643.

377 Zur Rechtmäßigkeit hiervon 4. Teil § 9 (S. 384).

378 Zu den Anforderungen an technische Beschränkungen (§ 19a UrhG) 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209) und an wirksame technische Schutzmaßnahmen (§ 95a UrhG) 4. Teil § 8 A. I. 2. (S. 354).

379 Aufforderung zum Nachladen des Inhalts unter Angabe des Speicherorts im Internet, dazu ausführlich oben, 1. Teil § 1 B. III. 1. (S. 41).

380 Vgl. *Ohly* GRUR 2012, 983, 990 zu *Google News.*

381 1. Teil § 1 B. IV. 2. (S. 50).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cker.[382] Es handelt sich damit um eine rechtmäßige Nutzung im Sinne des § 44a Nr. 2 UrhG.[383]

c) Ergebnis

Vervielfältigungen der einzelnen Werke und Schutzgegenstände auf der Webseite sind somit im Falle des Abrufs mit aktiviertem Werbeblocker – soweit anwendbar – gem. § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt.

3. Eingriff in das Bearbeitungsrecht

Eingriffe in das Bearbeitungsrecht gem. § 23 S. 1 UrhG bezüglich der einzelnen Schutzobjekte scheiden aus, da diese selbst nicht bearbeitet werden, sondern nur der Zusammenhang, in dem sie dargestellt werden.[384] Darüber hinaus fehlt es an einer Veröffentlichung.[385]

4. Sonstige Schutzobjekte

Als sonstige Schutzobjekte kommt ein Schutz der einzelnen Elemente der Webseite nach § 69a UrhG oder § 87a UrhG infrage. Beide Rechte kennen sowohl ein Vervielfältigungsrecht (§ 69c Nr. 1 bzw. § 87b Abs. 1 Var. 1 UrhG) als auch ein Recht der öffentlichen Wiedergabe (§ 69c Nr. 4 bzw. § 87b Abs. 1 Var. 3 UrhG).

382 Im Ergebnis ebenso *Kreutzer* MMR 2018, 639, 643; *Luckhaus* MMR 2017, 765; *Raue* WRP 2017, 1363, 1363 Rn. 5; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 795; vgl. auch *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 36 – *Adblock Plus*; *Rostam* InTer 2017, 146, 153; kritisch *Witte* ITRB 2018, 34, 37: „überraschend"; dagegen *Apel/Steden* WRP 2001, 112, 116 f.

383 *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 35 (juris); *Telle* AnwZert ITR 13/2015, Anm. 2, B. II. Daneben käme noch § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG infrage. Dieser enthält zwar grundsätzlich ebenfalls eine Erlaubnis, basiert aber auf einer fakultativen Ausnahmeregel der Richtlinie (Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL), weshalb davon auszugehen ist, dass die Rechtmäßigkeit des Abrufs von Inhalten unionsweit durch Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL geregelt werden sollte, zu § 53 UrhG unten, 2. Teil § 4 C. III. 3. c) (S. 254).

384 *Kreutzer* MMR 2018, 639, 641.

385 Vgl. *Kreutzer* MMR 2018, 639, 641; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 795.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zwar ist es unklar, ob diese Schutzrechte einer Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG offenstehen,[386] allerdings kommt es auf die Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG nicht an. Überträgt man die oben gefundenen Wertungen und nimmt einen einheitlichen Begriff der öffentlichen Wiedergabe an,[387] muss das gerade gefundene Ergebnis hier ebenso gelten. Man kann also aus der Rechtmäßigkeit der öffentlichen Wiedergabe aufgrund der schlichten Einwilligung durch technisch unbeschränktes Einstellen ins Internet auf die Rechtmäßigkeit der Vervielfältigungen schließen.[388] Eine zusätzliche Einwilligung ist sinnlos, weil eine öffentliche Wiedergabe die Zugangsmöglichkeit der Nutzer erfordert[389] und damit vorübergehende Vervielfältigungen im Sinne des § 44a Nr. 2 UrhG ebenso vom Willen des Rechtsinhabers umfasst sein müssen.[390] Ein Webseitenbetreiber kann nicht bei der Erlaubnis der Wiedergabe an ein bestimmtes Publikum „denken"[391] und bei den zur konkreten Wiedergabe erforderlichen Vervielfältigungen diese Erlaubnis wieder einschränken.

Mangels technischer Beschränkung hat der Rechtsinhaber durch das Online-Stellen in den Abruf (bzw. die dazu erforderliche öffentliche Wiedergabe) der Computerprogramme und Datenbanken eingewilligt, auch gegenüber Nutzern von Werbeblockern.

5. Ergebnis

Die Rechte des Webseitenbetreibers an den einzelnen Elementen einer Webseite werden nicht verletzt. Die stattfindenden Vervielfältigungen sind gem. § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt, da eine rechtmäßige Nutzung vorliegt. Die

386 Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, UrhG § 44a Rn. 4 m. w. N. auch zur Gegenansicht; gegen eine Anwendung HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG Vor §§ 44a ff. Rn. 48, 52.

387 Für §§ 69a ff. UrhG Wandtke/Bullinger/*Grützmacher*, UrhG § 69c Rn. 81; für §§ 87a ff. UrhG Wandtke/Bullinger/*Hermes*, UrhG § 87b Rn. 51, 54.

388 Zu §§ 69a ff. UrhG *OLG München* MMR 2017, 756, 758 Rn. 90, 92 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 32 (juris); *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 241 f.; zu §§ 87a ff. UrhG *OLG München* MMR 2017, 756, 759 Rn. 103 ff. – *Whitelisting I*; *Luckhaus* MMR 2017, 765 f.; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 242 f.; dagegen *Apel/Steden* WRP 2001, 112, 116.

389 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 19 – *Svensson*.

390 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 59 – *PRCA*; *OLG München* MMR 2017, 756, 760 Rn. 109 – *Whitelisting I*; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 243; zur Datenbank *EuGH* GRUR Int. 2014, 279, 283 Rn. 46 – *Innoweb*.

391 Vgl. *EuGH* MMR 2015, 46, 48 Rn. 18 – *Bestwater*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtmäßigkeit bestimmt sich nach der Reichweite des vom Rechtsinhaber intendierten Publikums, welches mangels technischer Beschränkung auch Nutzer mit aktiviertem Werbeblocker umfasst. Im nationalen Recht kann das Ergebnis durch eine schlichte Einwilligung erreicht werden. Damit ist für die Reichweite einer urheberrechtlichen Einwilligung das (Nicht-)Vorliegen einer technischen Beschränkung entscheidend.

II. Schutz der Webseite als Gesamtwerk

Neben dem Schutz der einzelnen Elemente für sich kommt prinzipiell ein Schutz der Webseite in ihrer Gesamtheit infrage. Dieser Schutz kann sich entweder auf die auf dem Bildschirm angezeigte Gestaltung, also der Webseite selbst oder auf den zugrunde liegenden (HTML-)Code, verkörpert im HTML-Dokument, beziehen, welcher die Anordnung der einzelnen Elemente bestimmt und dem Browser die Aufbauanweisungen zur Verfügung stellt. Es ist aber zu beachten, dass für die Vervielfältigung der gesamten Webseite die gleichen Grundsätze wie für die einzelnen Elemente gelten.

1. Übernahme der Ausführungen zum Vervielfältigungsrecht

Für das Vervielfältigungsrecht gelten die obigen Ausführungen entsprechend.[392] Ob nur ein Teil einer Webseite oder die gesamte Webseite (mit oder ohne Werbung) vervielfältigt wird, macht keinen Unterschied. In jedem Fall liegt wie oben gezeigt eine schlichte Einwilligung in die öffentliche Zugänglichmachung vor und damit zugleich eine Erlaubnis zu den entsprechenden vorübergehenden Vervielfältigungen, entweder gem. § 44a Nr. 2 UrhG oder durch eine gebotene Erstreckung der schlichten Einwilligung auf diese Handlungen. Damit kommen nur Verstöße gegen Bearbeitungsrechte oder das Entstellungsverbot infrage.

2. Schutz der angezeigten Gestaltung

Die angezeigte Gestaltung kann auf verschiedene Arten und Weisen geschützt werden. Da moderne Webseiten multimedial aufgebaut und nicht

392 2. Teil § 3 B. I. 2. (S. 67).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf eine bestimmte Werkart im Sinne des § 2 UrhG festgelegt sind, ist die Einordnung von Webseiten unklar.

a) Kein Vorliegen eines Werkes

Deshalb kann man entweder die konkrete Webseite der diese prägenden Werkart zuordnen[393] oder mit dem Multimediawerk einen Innominatfall annehmen[394]. In jedem Fall muss jedoch die für ein Werk erforderliche Schöpfungshöhe erreicht werden und u. a. bezüglich der Anordnung, Abfolge und Zusammenstellung der Elemente vorliegen.[395] Selbst wenn man mit dem europäischen Werkbegriff (nur)[396] eine eigene geistige Schöpfung im Sinne einer Originalität fordert[397] und eine Teilhabe an der Originalität des Gesamtwerks genügen lässt,[398] ist dies bei Webseiten in Bezug auf die eingebundene Werbung nicht gegeben.[399] In inhaltlicher Hinsicht findet selten eine Abstimmung mit der Webseite statt, höchstens dahingehend, dass bei Artikeln zu Finanzthemen für entsprechende Produkte geworben wird. Allerdings wechselt auch diese Werbung regelmäßig und kann sich bereits mit dem nächsten Besuch ändern.[400] Eine ausreichend enge Verbindung ergibt sich ebenso wenig durch die besondere An- und Einpassung in die jeweilige Webseite, denn es wird mit bestimmten Standardformaten gearbeitet,[401] welche keine besonderen Anpassungen erfordern.

---

393 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 2 Rn. 309 f.; Spindler/Schuster/*Wiebe*, UrhG § 2 Rn. 11; Hdb-UrhR/*Hoeren*, § 9 Rn. 262; *Piras,* Virtuelles Hausrecht?, S. 122.

394 *LG München I* ZUM-RD 2005, 81, 83; BeckOK UrhR/*Ahlberg*, UrhG § 2 Rn. 48; Fromm/Nordemann/*A. Nordemann*, UrhG § 2 Rn. 231; Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhG § 2 Rn. 152; Hdb-UrhR/*A. Nordemann*, § 9 Rn. 42; *Schack* MMR 2001, 9, 12.

395 Hdb-UrhR/*A. Nordemann*, § 9 Rn. 41; Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhG § 2 Rn. 152; *Schack* MMR 2001, 9, 12.

396 Ausführlich zu diesem Schricker/Loewenheim/*Loewenheim/Leistner*, UrhG § 2 Rn. 4 ff.

397 *EuGH* GRUR 2019, 73, 74 Rn. 36 f. – *Levola/Smilde*; GRUR 2009, 1041, 1044 Rn. 37 f. – *Infopaq I*.

398 *EuGH* GRUR 2009, 1041, 1044 Rn. 38 – *Infopaq I*.

399 *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 36 (juris); *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 246; *Rostam* InTer 2017, 146, 153; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 795; *Witte* ITRB 2018, 34, 38; demgegenüber einen Schutz in Erwägung ziehend Wandtke/Bullinger/*v. Welser*, UrhG § 44a Rn. 12; *Apel/Steden* WRP 2001, 112, 117.

400 *Rostam* InTer 2017, 146, 153.

401 Vgl. zu diesen *Kreutzer,* Online-Marketing, S. 195 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gegen ein optisches Verschmelzen und damit die Annahme eines einheitlichen Werkes spricht außerdem das Trennungsgebot.[402] Dieses ist in § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG geregelt und beruht auf Art. 6 lit. a E-Commerce-RL[403].[404] Danach muss Werbung klar erkennbar sein, d. h. als solche ohne Aufwand wahrnehmbar und von anderen Inhalten abgehoben sein.[405] Hierzu sind je nach Kontext und Werbeanzeige auch optische Maßnahmen erforderlich,[406] wie z. B. eine Umrahmung der gesamten Werbeanzeige. Damit ist kaum ein Fall denkbar, in dem die Werbung derart in die Webseite eingepasst ist, dass sie mit ihr verschmilzt und gleichzeitig das Trennungsgebot beachtet. Ein einheitliches Werk, bestehend aus einer Webseite mit Werbung, ist somit nur in Sonderfällen denkbar.[407]

b) Kein Verstoß gegen ein Verwertungsrecht

Darüber hinaus scheitert ein Eingriff in das Bearbeitungsrecht – sofern man eine Bearbeitung bejaht[408] – an einer insoweit bestehenden Einwilligung.[409] Diese folgt aus den *W3C*-Standards[410], die die Anforderungen an die Funktionsweise von Webseiten vorgeben und insoweit Vorgaben zur Interoperabilität enthalten. Diese gehen davon aus, dass über den konkreten Aufbau der Webseite der Nutzer entscheidet und die Vorgaben des

402 Vgl. *Ladeur* GRUR 2005, 559, 560 (zum rundfunkrechtlichen Trennungsgebot); allgemein *Beater* AfP 2017, 277, 279.

403 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), ABl. EG L 178 vom 17. Juli 2000, S. 1.

404 Spindler/Schuster/*Micklitz/Schirmbacher*, TMG § 6 Rn. 1, 19.

405 Vgl. Spindler/Schuster/*Micklitz/Schirmbacher*, TMG § 6 Rn. 19.

406 Spindler/Schuster/*Micklitz/Schirmbacher*, TMG § 6 Rn. 34.

407 Vgl. *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 36 (juris); *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 246; *Rostam* InTer 2017, 146, 153; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 795; wohl auch *Witte* ITRB 2018, 34, 38; für das Fernsehen *Ladeur* GRUR 2005, 559, 560; a. A. *Apel/Steden* WRP 2001, 112, 117; wohl auch Wandtke/Bullinger/*v. Welser*, UrhG § 44a Rn. 12.

408 Eine Bearbeitung ablehnend Wandtke/Bullinger/*v. Welser*, UrhG § 44a Rn. 12; hingegen für eine solche *Apel/Steden* WRP 2001, 112, 115.

409 Dazu bereits 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82).

410 W3C, HTML 5.2 Recommendation, https://www.w3.org/TR/html52/rendering.html#rendering-introstruction (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020); dazu bereits 1. Teil § 1 B. III. 1. (S. 41).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Erstellers nicht verbindlich sind. Diese Prägung der Verkehrserwartung führt dazu, dass der Abruf mit Werbeblocker und eine damit einhergehende „Bearbeitung" von der Einwilligung umfasst sind. Die Gestaltung des Webseitenbetreibers stellt damit eher einen Vorschlag dar.[411] Macht ein Webseitenbetreiber nun eine Webseite zugänglich, muss er auch mit solchen Umarbeitungen rechnen.[412]

Eine Entstellung des Werks im Sinne des § 14 UrhG kommt nicht in Betracht,[413] da das insoweit geschützte Persönlichkeitsrecht[414] nicht betroffen ist und darüber hinaus das Werk nicht öffentlich gemacht wird.

3. Schutz des zugrunde liegenden HTML-Codes

Der Schutz des HTML-Codes wird zumeist als Computerprogramm, seltener als Datenbank(werk) erwogen.

a) Schutz als Computerprogramm

Nach ganz herrschender Meinung scheidet ein Schutz der Webseite als Computerprogramm aus, weil HTML 4, die Standardsprache für heutige Webseiten, lediglich eine Auszeichnungssprache ist, die nicht die für Computerprogramme typische erforderliche Ein- und Ausgabefähigkeiten besitzt.[415] Aber selbst wenn man einen Schutz der Webseite als Computerprogramm[416] – z. B. wegen der umfassenden Verwendung von HTML 5 – annimmt[417] und zusätzlich eine Bearbeitung eines Computerprogramms

411 *Kreutzer* MMR 2018, 639, 640.
412 Dagegen *Apel/Steden* WRP 2001, 112, 116 f.
413 Anders Wandtke/Bullinger/*v. Welser*, UrhG § 44a Rn. 12.
414 Dreier/Schulze/*Schulze*, UrhG § 14 Rn. 3, 16 ff.
415 Wandtke/Bullinger/*Grützmacher*, UrhG § 69a Rn. 19 m. w. N.
416 *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 26 (juris); *Cichon* ZUM 1998, 897, 899; *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 340; *Thomale* MMR 2017, 789, 790; *Piras*, Virtuelles Hausrecht?, S. 119.
417 Fromm/Nordemann/*Czychowski*, UrhG § 69a Rn. 8; Wandtke/Bullinger/*Grützmacher*, UrhG § 69a Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bejaht,[418] würde ein Schutz nach § 69c Nr. 2 UrhG wegen einer schlichten Einwilligung ausscheiden.[419]

b) Datenbank(werk)

Ein Schutz als Datenbankwerk[420] scheitert ähnlich dem Schutz der angezeigten Gestaltung daran, dass die Einfügung der standardisierten Werbung keine schöpferische Leistung darstellt[421] und darüber hinaus eine Einwilligung in die (zweifelhafte) Bearbeitung vorliegt.[422] Für eine Datenbank im Sinne des § 87a Abs. 1 UrhG ist eine solche Leistung zwar nicht erforderlich,[423] allerdings besteht – unabhängig von der (abzulehnenden) Datenbankeigenschaft – kein Bearbeitungsrecht, vgl. § 87b UrhG.

III. Ergebnis

Nutzer begehen im Aufruf einer Webseite mit aktiviertem Werbeblocker keine Urheberrechtsverletzung. Grundlage hierfür ist die nur technisch beschränkbare Erlaubnis zur öffentlichen Wiedergabe (bzw. Zugänglichmachung) gegenüber Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker, die aufgrund von § 44a Nr. 2 UrhG auch die Vervielfältigungen erfasst. Dieses Ergebnis muss unabhängig von der Anwendbarkeit des § 44a Nr. 2 UrhG gelten, da insoweit die Erlaubnis zur öffentlichen Wiedergabe auch die Abrufhand-

418 *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 340; *Thomale* MMR 2017, 789, 790: massiver Eingriff in Webseiten-Programmierung; eine Bearbeitung ablehnend *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 29 (juris); *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1408; *Nink* CR 2017, 103, 109; *Rostam* InTer 2017, 146, 153; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 242.

419 *OLG München* MMR 2017, 756, 759 Rn. 94 f. – *Whitelisting I*; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 242; vgl. auch *Nink* CR 2017, 103, 109; dazu 2. Teil § 3 B. II. 2. b) (S. 88).

420 Erwogen von *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 340; allgemein Wandtke/Bullinger/*Marquardt*, UrhG § 4 Rn. 15 f.

421 *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 33 (juris); vgl. auch *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 246; *Kühn/Koch* CR 2018, 648, 651; *Kreutzer* MMR 2018, 639, 641; *Rostam* InTer 2017, 146, 153; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 242.

422 *OLG München* BeckRS 2017, 122821, Rn. 112 – *Whitelisting I*, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*.

423 Vgl. Wandtke/Bullinger/*Marquardt*, UrhG § 4 Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lungen erfasst. Im deutschen Recht ist Anknüpfungspunkt die schlichte Einwilligung in die öffentliche Wiedergabe, die entweder gem. § 44a Nr. 2 UrhG oder aufgrund einer entsprechenden Auslegung der Einwilligung die zur Wiedergabe gegenüber dem einzelnen Nutzer erforderlichen Vervielfältigungen erfasst. Eine Beschränkung ist allein durch technische Maßnahmen möglich.

C. Verletzungen durch die Anbieter von Werbeblockern

Damit kommt eine Haftung der Werbeblockerbetreiber als Teilnehmer bzw. Störer mangels Urheberrechtsverletzung durch die Nutzer nicht infrage.

In Bezug auf eine täterschaftliche Verletzung des Urheberrechts der Webseitenbetreiber durch die Werbeblockerbetreiber könnte man einen Vergleich von Werbeblockern zum Fall des *Filmspelers* ziehen. Dieser ist ein Zusatzgerät für den Fernseher, der es ermöglicht, bereits gegen den Willen des Rechtsinhabers öffentlich zugängliche Werke besonders einfach wiederzugeben.[424] Der *EuGH* bejahte insoweit eine öffentliche Wiedergabe.[425] Für eine solche kommt es – neben weiteren Merkmalen – darauf an, ob ein Publikum erreicht wird, an das die Rechtsinhaber bei ursprünglicher Wiedergabe nicht gedacht haben.[426] Wie oben gezeigt, ist die Erlaubnis der Rechtsinhaber mangels technischer Beschränkungen dahingehend auszulegen, dass sie auch an diejenigen Nutzer gedacht haben, die die Webseite ohne Werbung abrufen.[427] Eine (erneute) öffentliche Wiedergabe durch den Vertrieb des Werbeblockers scheidet somit mangels neuen Publikums und damit einer fehlenden Öffentlichkeit der Wiedergabe aus.

424 *EuGH* MMR 2017, 460 – *Filmspeler*; hierzu unten ausführlich auf 2. Teil § 4 C. III. 2. (S. 185).
425 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 ff. – *Filmspeler*.
426 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 33 – *Filmspeler*.
427 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 26 f. – *Svensson*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

D. Ergebnis zum Urheberrecht

Damit verletzen weder Nutzer noch Werbeblockerbetreiber das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte an den Webseiten.[428] Urheberrechtliche Ansprüche scheitern grundsätzlich an der schlichten Einwilligung in die öffentliche Wiedergabe (bzw. Zugänglichmachung). § 44a Nr. 2 UrhG erstreckt die Erlaubnis auf die zum Abruf erforderlichen Vervielfältigungen. Ist dieser nicht anwendbar, muss die Einwilligung in die Wiedergabe auch die dazu erforderlichen Vervielfältigungen erfassen, denn die Wiedergabe setzt eine Zugangsmöglichkeit der Nutzer voraus. Eine Beschränkung der schlichten Einwilligung ist nur durch technische Beschränkungen, also im Regelfall technische Sperren, möglich. Ein Anspruch auf eine bestimmte Rezeption der Webseiten besteht nicht.[429] Darüber hinaus fehlt in Bezug auf die Webseite einschließlich der Werbung die Werkqualität. Selbst wenn man dies für die dahinterstehende Programmierung anders sehen möchte, greift hier ebenso § 44a Nr. 2 UrhG bzw. die schlichte Einwilligung.

§ 4 Lauterkeitsrecht

In der bisherigen Diskussion wird der Konflikt um Werbeblocker vor allem über das Lauterkeitsrecht ausgetragen. Hier sollen aus dem Blickwinkel des Webseitenbetreibers dessen Abwehransprüche geprüft werden. Da der Werbeblocker an die Nutzer kostenlos abgegeben wird und der Betreiber allein von den Webseitenbetreibern ein Entgelt anstrebt, ist die Begründung einer geschäftlichen Handlung bezüglich der Abgabe des Werbeblockers an die Nutzer schwierig. Darüber hinaus verneinen manche Autoren die Mitbewerberstellung. Diesen Problemen soll mit einer Präzisierung des Begriffs der geschäftlichen Handlung (A.) begegnet werden, der es zudem ermöglicht, klarer und unkomplizierter als bisher eine Mitbewerberstellung (B.) zu bejahen oder zu verneinen. Insbesondere die

428 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 45 – *Adblock Plus*; *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 246: „Hypertrophie der Schutzrechte"; *Fritzsche* LMK 2004, 192, 193 f.; *Köhler* WRP 2014, 1017, 1019; *Pfeifer* AfP 2016, 5, 10; *Raue* WRP 2017, 1363, 1363 Rn. 5; *Rostam* InTer 2017, 146, 153; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 795; *Telle* AnwZert ITR 13/2015, Anm. 2, B. II.; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 243; demgegenüber Verstöße gegen das Urheberrecht bejahend *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 340.

429 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 45 – *Adblock Plus*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hier in Rede stehenden multipolaren Beziehungen auf gekoppelten Märkten lassen sich so besser erfassen. Die Ausführungen zur Gezieltheit der Behinderung (C.) beginnen mit der ausführlichen Beschreibung der These, dass das Urheberrecht die lauterkeitsrechtliche Wertung im hier vorliegenden Kontext grundsätzlich determiniert. Zur Begründung werden fünf Voraussetzungen aufgestellt und getestet. Diese überprüfen einerseits die Möglichkeiten zum Schutz der Webseite und andererseits die Voraussetzungen und Reichweite der Übernahme der urheberrechtlichen Wertung. Nach der Beurteilung des Verhaltens im Rahmen der §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG werden die Erkenntnisse auf den Tatbestand der allgemeinen Marktbehinderung (D.) und in § 5 auf sonstige bürgerlich-rechtliche Ansprüche übertragen.

A. Geschäftliche Handlung

Anwendungsvoraussetzung für das UWG ist, dass eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG – dem „Zentralbegriff des UWG“[430] – vorliegt. Dass es sich beim Werbeblockerbetreiber und dem Webseitenbetreiber um Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG handelt, wird vorausgesetzt.[431]

Das Hauptproblem bei der Einordnung des Verhaltens von allowlistenden Werbeblockern ist, dass sie mit der Handlung des Blocklistings auf zwei Märkten gleichzeitig tätig sind. Während die Nutzer „kostenlos“ den Werbeblocker erhalten, sind die Werbetreibenden und Webseitenbetreiber die eigentlichen Ziele der Vertriebsstrategie des Werbeblockers. Erst bei Abschluss einer Allowlistingvereinbarung erhält der Werbeblockerbetreiber ein Entgelt. Der herrschenden Meinung fällt es dabei sehr schwer, diese Querfinanzierung über zwei verschiedene Märkte zu fassen. Hier soll der Begriff der geschäftlichen Handlung präzisiert werden, um zu zeigen, dass mit dem Vertrieb des Werbeblockers die Werbeblockerbetreiber eine geschäftliche Handlung gegenüber den Nutzern vornehmen. Auf das Allowlisting und die damit beabsichtigten Entgeltzahlungen muss dabei nicht abgestellt werden.

Dazu ist zuerst zu klären, dass der Begriff der geschäftlichen Handlung im Kern aus einem Verhalten besteht, das objektiv dazu geeignet sein muss, eine geschäftliche Entscheidung zu beeinflussen (I.). Gerade bei

430 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 3.
431 Vgl. *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 128.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mehrseitigen Märkten – wie hier – ist es entscheidend, dass der Adressat einer geschäftlichen Handlung und dessen potenziell beeinflusste geschäftliche Entscheidung konkret benannt werden. Auf Basis dieses Verständnisses werden die bisherigen Stimmen zur Annahme einer geschäftlichen Handlung im Rahmen des Blocklistings analysiert (II.). Daran schließt sich eine Bewertung (III.) an, die zuerst die für die Beurteilung des Blocklistings maßgebliche geschäftliche Entscheidung benennt und zeigt, dass insoweit überhaupt eine vorliegt.

I. Eignung zur Beeinflussung einer geschäftlichen Entscheidung

Der Begriff der geschäftlichen Handlung beruht auf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL)[432] und wird dort als geschäftliche Praktik bezeichnet. Dieser Terminus fand jedoch wegen der in der deutschen Sprache bestehenden negativen Konnotation keine Übernahme.[433] Die Richtlinie erfasst nur das Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern (Business to Consumer, B2C). Aufgrund der Definition im UWG wird im Interesse einer einheitlichen Gesetzesanwendung der Begriff grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen Unternehmern (Business to Business, B2B) einheitlich, d. h. entsprechend der Richtlinie, ausgelegt.[434] Voraussetzung einer geschäftlichen Handlung ist gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ein Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

Für die Einordnung des Blocklistings interessiert vor allem der objektive Zusammenhang zwischen der Handlung und der Förderung des eigenen Absatzes oder Bezugs. Ansatzpunkt für ein Verständnis des objektiven

---

432 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. EU L 149 vom 11.06.2005, S. 22.

433 RegE UWG 2008 BT-Drucks. 16/10145, S. 20.

434 UWG-HdB/*Erdmann/Pommerening*, § 31 Rn. 11; vgl. auch RegE UWG 2008 BT-Drucks. 16/10145, S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zusammenhangs ist, dass hiermit die UGP-Richtlinie umgesetzt werden sollte, die – anders als im deutschen Recht – in Art. 2 lit. d UGP-RL einen „unmittelbaren" Zusammenhang zwischen der Handlung des Unternehmers und (u. a.) der Absatzförderung an den Verbraucher fordert. Dieser Bezug auf die Marktgegenseite sollte grundsätzlich bewahrt werden, war aber für Handlungen wie die Behinderung von Werbung o. Ä. durch Mitbewerber zu eng.[435] Die Überlegung war daher, dass der Begriff durch das Vorsehen eines „objektiven" Zusammenhangs weiter gefasst wird und so auch Handlungen im Horizontalverhältnis erfasst werden, die nur mittelbare, häufig zeitverzögerte Auswirkungen auf den Absatz haben.[436]

Im Anschluss an die UGP-Richtlinie wird zumeist der objektive Zusammenhang mit der Absatz- und Bezugsförderung dahingehend verstanden, dass die Handlung bei objektiver Betrachtung dazu geeignet ist, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder fremden Unternehmens zu fördern.[437] Hierzu wird auf die UGP-RL verwiesen, die u. a. in Erwägungsgrund 7 S. 1 UGP-RL darauf abstellt, dass die Richtlinie sich auf Geschäftspraktiken im unmittelbaren Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte beziehe.[438] Der Begriff der geschäftlichen Entscheidung beruht ebenfalls auf der UGP-RL, konkret Art. 2 lit. k[439],[440] und erfasst in der – insoweit nahezu identischen – deutschen Fassung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 9

435 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 53; UWG-HdB/*Erdmann/Pommerening*, § 31 Rn. 53.

436 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 53; UWG-HdB/*Erdmann/Pommerening*, § 31 Rn. 53; vgl. auch HK-UWG/*Götting*, UWG § 2 Rn. 4.

437 *BGH* GRUR 2016, 710, 711 Rn. 12 – *Im Immobiliensumpf*; GRUR 2015, 694, 696 Rn. 21 – *Bezugsquellen für Bachblüten*; GRUR 2013, 945, 946 Rn. 17 – *Standardisierte Mandatsbearbeitung*; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 69; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 37; GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 285; *Köhler* WRP 2007, 1393, 1394 f.; wohl auch Fezer/*Fezer*, UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 46a; zum europäischen Recht *Apetz,* Aggressive Geschäftspraktiken, S. 150 f.

438 *BGH* GRUR 2013, 945, 946 Rn. 18 – *Standardisierte Mandatsbearbeitung*; *Köhler* WRP 2007, 1393, 1394; *Apetz,* Aggressive Geschäftspraktiken, S. 150 f.

439 Art. 2 lit. k UGP-RL: „[G]eschäftliche Entscheidung" jede Entscheidung eines Verbrauchers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er einen Kauf tätigen, eine Zahlung insgesamt oder teilweiseleisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher beschließt, tätig zu werden oder ein Tätigwerden zu unterlassen.

440 *Lettl* WRP 2019, 1265, 1268 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

UWG „jede Entscheidung eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen […[441]] will, unabhängig davon, ob der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer sich entschließt, tätig zu werden."

Gegen den dargestellten Zusammenhang wird teilweise eingewandt, dass die objektive Eignung zur Beeinflussung einer Verbraucherentscheidung keinen Anhaltspunkt für die Auslegung des Merkmals der Geschäftspraktik liefere.[442] Die Beeinflussung der Verbraucherentscheidung sei nach der Konzeption der Richtlinie Teil des Merkmals der Unlauterkeit, wenn z. B. in Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 UGP-RL auf die Veranlassung zu einer geschäftlichen Entscheidung abgestellt wird, die der Verbraucher andernfalls nicht getroffen hätte.[443] Auch Erwägungsgrund 7 UGP-RL spreche gegen einen Bezug zur geschäftlichen Entscheidung, da dieser neben Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern auch andere Geschäftspraktiken erwähne, die „anderen Zielen" dienten, wie etwa bei an Investoren gerichteten Mitteilungen.[444] Voraussetzung einer Geschäftspraktik sei damit nicht die Beeinflussung einer Entscheidung.[445]

Allerdings verkennen die Vertreter der soeben genannten Ansicht, dass die Differenzierung in Erwägungsgrund 7 S. 1 UGP-RL allein dazu dient, das Schutzsubjekt der Richtlinie klarzustellen. Das ergibt sich aus dem nächsten Satz des Erwägungsgrunds, der „[…] Geschäftspraktiken, die vorrangig anderen Zielen dienen, wie bei kommerziellen, für Investoren gedachten Mitteilungen […]" behandelt. In diesem Satz ändert sich allein der durch die Geschäftspraktik angesprochene Personenkreis. Diese Klarstellung setzt sich in der Definition der Geschäftspraktik (Art. 2 lit. d UGP-RL) fort, in der „Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern" als Objekt der Definition genannt werden. Hieraus wird deutlich, dass es auch Geschäftspraktiken geben muss,

441 Insoweit ausgelassen, weil hier nicht relevant: „eine Zahlung leisten, eine Ware oder Dienstleistung behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben".

442 MüKoUWG/*Bähr*, UWG § 2 Rn. 155; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, Einf. D Rn. 66a; UWG-HdB/*Erdmann/Pommerening*, § 31 Rn. 58a; *Scherer* WRP 2009, 761, 766; *Sosnitza* WRP 2008, 1014, 1017; *Pommerening,* Unlautere Vertragsdurchführung, S. 178 f.

443 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, Einf. D Rn. 66a; MüKoUWG/*Bähr*, UWG § 2 Rn. 155; *Scherer* WRP 2009, 761, 766; *Sosnitza* WRP 2008, 1014, 1017; *Pommerening,* Unlautere Vertragsdurchführung, S. 178.

444 *Pommerening,* Unlautere Vertragsdurchführung, S. 179.

445 MüKoUWG/*Bähr*, UWG § 2 Rn. 155; *Pommerening,* Unlautere Vertragsdurchführung, S. 179.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die sich an Unternehmen richten. Darüber hinaus ist das Merkmal der Verbraucherbeeinflussung nicht allein Teil des Tatbestands der Unlauterkeit. Dies zeigt sich bereits daran, dass nach der Konzeption der Richtlinie die Verbraucherbeeinflussung nicht per se unlauter ist. Eine Unlauterkeit steht nur dann zur Debatte, wenn die Beeinflussung im Sinne des Art. 2 lit. e UGP-RL so stark ist, dass dadurch die Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung spürbar „beeinträchtigt" wird.[446] Das wertende Element im Wort Beeinträchtigung ist zusammen mit der Spürbarkeit der Unterschied zur bloßen Eignung zur Beeinflussung, die für die Annahme einer Geschäftspraktik bzw. geschäftlichen Handlung stets erforderlich ist.[447]

Ausgangspunkt ist somit, dass nur ein Verhalten, welches objektiv dazu geeignet ist, die Marktgegenseite, wie z. B. Verbraucher, zu beeinflussen, überhaupt eine wettbewerbliche Relevanz entfalten kann.[448] Jedem Bezug und Absatz eines Unternehmens geht eine Entscheidung der Marktgegenseite voraus.

Nach hier vertretenem Verständnis bezeichnen Bezug und Absatz die Menge der *erfolgreich* im Sinne von zugunsten des handelnden Unternehmers beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen der Marktgegenseite. Der Gewinner im Wettbewerb wird durch den Verbraucher (bzw. sonstigen Marktteilnehmer) als Schiedsrichter über dessen (Konsum-)Entscheidung gekürt.[449] Dementsprechend macht die Definition des Art. 2 lit. d UGP-RL mit der Erwähnung der Förderung des Absatzes deutlich, dass es auf eine tatsächlich erfolgte oder gar positive Entscheidung als Ergebnis nicht ankommt. Dies gilt ebenso für § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, der ebenfalls auf die „Förderung" abstellt. Es genügt daher allein die objektive Eignung zur Entscheidungsbeeinflussung.

Dass der deutsche Gesetzgeber im Anschluss an die Richtlinie an der Förderung von Absatz und Bezug festgehalten hat, kann man nicht allein mit historisch gewachsenen Begrifflichkeiten erklären. Entscheidend ist vielmehr das Kriterium der *Förderung*: Hierdurch wird deutlich, dass allein solche Verhaltensweisen geschäftliche Handlungen sein können, die *positiv* für das Unternehmen wirken. Solche Verhaltensweisen, die nicht dazu geeignet sind, positiv auf geschäftliche Entscheidungen von Adressaten einzuwirken, sind keine geschäftlichen Handlungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

---

446 Vgl. *Lettl* WRP 2019, 1265, 1267.
447 Anders aber *Scherer* WRP 2009, 761, 766, die Art. 2 lit. e UGP-RL heranzieht.
448 Vgl. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 29.
449 Vgl. *Beater* WRP 2009, 768, 778.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diese Erwägungen gelten vollumfänglich auch für geschäftliche Handlungen der sonstigen Marktteilnehmer.[450] Insoweit ist eine einheitliche Auslegung vom Gesetzgeber beabsichtigt.[451] Gleichzeitig zielen selbst direkte Behinderungen von Mitbewerbern auf die Beeinflussung des Wettbewerbs[452] und damit auf die zeitlich nachfolgende Entscheidung der Marktgegenseite.[453] Somit ist ein Verhalten nur dann als geschäftliche Handlung zu qualifizieren, wenn es objektiv dazu geeignet ist, eine geschäftliche Entscheidung der Marktgegenseite zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu beeinflussen.

II. Anwendung auf Werbeblocker in der Rechtsprechung und Literatur

Ohne Benennung einer von der Handlung potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidung nimmt ein Großteil der Stimmen in Rechtsprechung[454] und Literatur[455] eine geschäftliche Handlung an. Zumeist führen sie als Begründung an, es handele sich andernfalls um eine künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Geschäftsmodells,[456] da das für sich gesehen kostenlose Blocklisting die Vorbedingung für das entgeltliche Allowlisting darstelle.[457] Nach dem *BGH* ist der unentgeltliche Charakter einzelner

450 *BGH* GRUR 2016, 710, 711 Rn. 13 – *Im Immobiliensumpf*; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 53.

451 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 53; vgl. auch RegE UWG 2008 BT-Drucks. 16/10145, S. 21.

452 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 29.

453 Vgl. RegE UWG 2008 BT-Drucks. 16/10145, S. 21.

454 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1253 Rn. 19 ff. – *Werbeblocker II*; *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1085 Rn. 36 – *Adblock Plus*; *OLG München* MMR 2017, 756, 758 Rn. 69 – *Whitelisting I*; *LG Frankfurt a. M.* K&R 2016, 134, 135; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 34 – *Adblock Plus*; MMR 2015, 660, 662.

455 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 27; *Alexander* NJW 2018, 3620, 3620 f.; *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 246; *Engels* GRUR-Prax 2015, 338; *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1407 Rn. 13; *Gomille* GRUR 2017, 241, 246; *Hoche/Polly* IPRB 2015, 231, 232; *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487; *Kreutz* WRP 2018, 621 Rn. 3; *Nink* CR 2017, 103, 106; *Rostam* InTer 2017, 146, 147; *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 29; *Ullmann* jurisPR-WettbR 11/2015, Anm. 4, B. II.; *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 698.

456 *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 34 – *Adblock Plus*; *Alexander* NJW 2018, 3620; *Gomille* GRUR 2017, 241, 246; *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 64; *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 134.

457 Statt fast aller *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1085 Rn. 36 – *Adblock Plus*; *Hoche/Polly* IPRB 2015, 231, 232; *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 698.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aktionen unerheblich, sofern sie der Förderung der gewerblichen Tätigkeit dienten.[458] Darüber hinaus sei eine Trennung des Geschäftsmodells nicht „angängig".[459] Für das *LG München I* liegt der Marktbezug in der Einwirkung auf die Marktteilnehmer und der Förderung des Absatzes des Allowlistings.[460]

Zur Begründung einer geschäftlichen Handlung wird teilweise auch auf § 18 Abs. 2a GWB[461] rekurriert.[462] Wo ein Markt bestehe, müsse auch eine geschäftliche Handlung vorliegen. Die Installation des Werbeblockers habe bereits für sich einen Wert.[463] Für ein weites Verständnis sprächen auch die Per-se-Verbote[464] des UWG-Anhangs.[465] Ohne die Bejahung einer geschäftlichen Handlung drohten bei vor allem in der Digitalökonomie verbreiteten Finanzierungsvarianten „über Eck" Kontrolllücken.[466] Das UWG erfasse jedes erwerbswirtschaftliche Handeln.[467]

Eine geschäftliche Handlung gegenüber den Nutzern wurde von *Köhler* abgelehnt, da diese aufgrund der kostenlosen Abgabe als Privatpersonen angesprochen werden.[468] Es werde nicht das Ziel verfolgt, den Absatz gegenüber den Verbrauchern zu fördern, sondern das eigentliche Ziel sei die Förderung des Absatzes der Allowlist gegenüber den Unternehmen.[469] Dem stimmen einige Autoren insoweit zu, nehmen aber letztendlich aufgrund des Anbietens der Aufnahme in die Allowlist gegen Entgelt eine geschäftliche Handlung an.[470] Inzwischen bejaht *Köhler* zwar eine geschäft-

458 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1253 Rn. 21 – *Werbeblocker II*; *Ullmann* jurisPR-WettbR 11/2015, Anm. 4, B. II.
459 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1253 Rn. 21 – *Werbeblocker II*.
460 *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 34 – *Adblock Plus*.
461 § 18 Abs. 2a GWB: „Der Annahme eines Marktes steht es nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird."; die Vorschrift wurde speziell für die Kontrolle von Plattformmärkten eingeführt, vgl. RegE 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 18/10207, S. 47 f.
462 *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1407; *Glöckner* ZUM 2018, 844, 848.
463 *Glöckner* ZUM 2018, 844, 848.
464 Konkret Nr. 20, 21 und besonders Nr. 17 Alt. 1 UWG-Anhang.
465 *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1407 Rn. 13.
466 *Alexander* NJW 2018, 3620, 3621.
467 *Alexander* NJW 2018, 3620, 3621; in diese Richtung auch *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1406 f. Rn. 12.
468 *Köhler* WRP 2014, 1017, 1019 Rn. 19; zumindest kritisch *Köhler* GRUR 2019, 123, 126; auch *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 129, der sich aber auf alle unentgeltlich abgegebenen Werbeblocker bezieht.
469 Vgl. *Köhler* WRP 2014, 1017, 1019 Rn. 18 f.
470 *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 64 ff.; *Kiersch,* Adblocking, S. 78; wohl auch Fezer/*Mankowski*, S 12 Rn. 75c.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

liche Handlung gegenüber den Unternehmen bezüglich der Aufnahme in die Allowlist, verneint aber weiterhin eine geschäftliche Handlung gegenüber den Nutzern, da diese sich nicht geschäftlich entschieden.[471] Damit kommen inzwischen alle Stimmen zu einer geschäftlichen Handlung, die Begründung und die jeweiligen Bezugspunkte differieren jedoch.

III. Bewertung

Es besteht zu Recht weitgehend Einigkeit, dass eine geschäftliche Handlung mit der Verteilung des Werbeblockers vorliegt bzw. grundsätzlich ein Kontrollbedarf nach den Maßstäben des Lauterkeitsrechts besteht.[472] Die dargestellten, unterschiedlichen Begründungsansätze beruhen vor allem darauf, dass der kostenlose Absatz von Produkten nur schwer fassbar ist und das Blocklisting eine Doppelfunktion hat. Nach hier vertretenem Verständnis ist die geschäftliche Handlung maßgeblich mit Blick darauf zu bestimmen, inwieweit das Verhalten objektiv dazu geeignet ist, geschäftliche Entscheidungen zu beeinflussen. Nur so kann die Mitbewerberstellung nachvollziehbar begründet werden und auf mehrseitigen Märkten die geschäftliche Handlung präzise beschrieben werden.

Ansatzpunkt für die Bestimmung der relevanten geschäftlichen Handlung ist der objektive Zusammenhang zwischen dem Verhalten und dem Ziel einer geschäftlichen Handlung, der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Produkten oder dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags. Dieses Ziel ist lediglich eine unglückliche Paraphrasierung der geschäftlichen Entscheidung als (objektiv zu bestimmendes) Ziel einer geschäftlichen Handlung.[473] Deshalb muss das Verhalten objektiv dazu geeignet sein, eine geschäftliche Entscheidung von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu beeinflussen.[474]

---

471 Vgl. *Köhler* GRUR 2019, 123, 126.

472 Anders *Köhler* GRUR 2019, 123, 127: Anwendung von § 4a UWG, aber wie hier Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 111a: Anwendung von § 4 Nr. 4 UWG.

473 Dazu oben, 2. Teil § 4 A. I. (S. 94).

474 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Infrage kommende Entscheidungen

Grundsätzlich kommen mehrere Entscheidungen infrage, zu deren Beeinflussung das Verhalten – das Blocklisting – objektiv geeignet ist. Auf Seite der Nutzer sind das diejenige bezüglich der Installation des Werbeblockers und die der „Übergabe" der Hoheit über die Werbeflächen. Die anderen Entscheidungen beziehen sich auf den Abschluss einer Allowlisting-Vereinbarung und werden entweder durch die Werbetreibenden oder die Webseitenbetreiber getroffen.

Die Entscheidung des Webseitenbetreibers bezüglich des Abschlusses einer Allowlistingvereinbarung stellt grundsätzlich eine taugliche geschäftliche Entscheidung dar. Allerdings ist hier das Problem, inwieweit sich ein sonstiger Marktteilnehmer gem. § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG entscheidet bzw. ob ein Mitbewerber im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG behindert wird. § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG setzt voraus, dass geschäftliche Entscheidungen durch Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer getroffen werden. Da die Stellung als Mitbewerber und sonstiger Marktteilnehmer (in Bezug auf die konkrete Handlung) alternativ ist, schließt das Abstellen auf die Entscheidung für das Allowlisting eine Mitbewerberstellung und einen Schutz des Webseitenbetreibers gem. §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG aus. Andernfalls zielte ein Vorgehen des Webseitenbetreibers gegen das Blocklisting darauf ab, dass eine Handlung verboten wird, die zur Beeinflussung *seiner* geschäftlichen Entscheidung geeignet ist. Werbeblockerbetreiber und Webseitenbetreiber begegnen sich – bezogen auf diese Entscheidung – im Vertikalverhältnis. Störungen in diesem sind aber nicht Gegenstand des Mitbewerberschutzes. Dies zeigt auch § 4a Abs. 1 S. 1 UWG, nach dem unlauter handelt, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, Verbraucher oder sonstige Markteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen. Die Norm knüpft somit an die geschäftliche Entscheidung des sonstigen Marktteilnehmers und gerade nicht an diejenige des Mitbewerbers an.[475] Damit kommen Entscheidungen des Webseitenbetreibers, insbesondere solcher über das Allowlisting (im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG), nicht als Anknüpfungspunkt für eine durch die Webseitenbetreiber zu verbietende geschäftliche Handlung infrage.[476]

475 *Scherer* WRP 2019, 1, 5 Rn. 29 m. w. N.

476 Im Rahmen des § 4a UWG wird auf die geschäftlichen Entscheidungen und die Folgen für die Mitbewerberstellung vertieft eingegangen, 3. Teil § 5 B. II. (S. 313).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Entscheidung der Werbetreibenden in Bezug auf das Allowlisting taugt hingegen grundsätzlich als Anknüpfungspunkt. Insoweit handelt es sich um eine geschäftliche Entscheidung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG. Auch ist eine Mitbewerberstellung grundsätzlich möglich: Es stehen sowohl Webseitenbetreiber als auch Werbeblockerbetreiber im Vertikalverhältnis zu den Werbetreibenden: Beide wollen „ihre" Nutzer bzw. deren Aufmerksamkeit für einen möglichst hohen Preis an diese verkaufen.

Allerdings leidet die Entscheidung der Werbetreibenden bezüglich des Allowlistings an dem Mangel, dass sie dieses gerade voraussetzt. Fiele das Allowlisting z. B. weg und wollte man über die Handlung des Blocklistings eine Mitbewerbereigenschaft begründen, hinge der (isolierte) Rechtsschutz gegen das Blocklisting maßgeblich von der Frage ab, ob der Werbeblocker sich weiterhin gesondert an die Werbetreibenden wendet. Unterlässt das Unternehmen ein derartiges Herantreten, so entfiele die geschäftliche Entscheidung und damit auch die geschäftliche Handlung und zuletzt die Mitbewerbereigenschaft. Dass an eine solche Entscheidung des Werbeblockerbetreibers der Rechtsschutz der Webseitenbetreiber geknüpft ist, obwohl die Bedrohungssituation durch das Blocklisting identisch bleibt und in Bezug auf das Allowlisting nur eine leichte Änderung eintritt, erscheint nicht sinnvoll und sollte vermieden werden.

Deshalb kann man für die Beurteilung des Blocklistings auch auf die geschäftlichen Entscheidungen der Nutzer im Zusammenhang mit der Nutzung des Werbeblockers abstellen, sofern die Nutzer dem Werbeblocker die Verfügungsmacht über die auf dem Bildschirm darzustellenden Inhalte anvertrauen und der Werbeblocker diese in irgendeiner Weise kommerziell verwerten möchte. Hierdurch wird sichergestellt, dass der Markt und die dort stattfindenden Entscheidungen in den Fokus genommen werden, da Letztere für den Erfolg des Blocklistings entscheidend sind.

Grundsätzlich kann sowohl (aus Verbrauchersicht) an die Entscheidung über den Bezug des Werbeblockers als auch über den Absatz der Verfügungsmacht über die Darstellung auf dem Bildschirm an den Werbeblockerbetreiber angeknüpft werden. Denn insoweit handelt es sich um einen Tausch, bei dem beide Leistungen (die Existenz einer Gegenleistung vorausgesetzt) Gegenstand einer geschäftlichen Entscheidung sein können. Auf welche Leistung man als Entscheidungsgegenstand abstellt, wird erst bei der Feststellung der Mitbewerberstellung relevant.[477]

---

477 Dazu sogleich, 2. Teil § 4 B. III. 2. (S. 144).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fraglich ist für die Bejahung einer geschäftlichen Entscheidung jedoch allein, ob die Verfügungsmacht über die Darstellung auf dem Bildschirm Gegenstand einer geschäftlichen Entscheidung sein kann, sei es als Leistung oder Gegenleistung. Denn bei einem Werbeblocker handelt es sich unstreitig um ein Produkt (Art. 2 lit. c UGP-RL) im Sinne der – für den Begriff der geschäftlichen Entscheidung letztlich maßgeblichen – UGP-RL, sodass der Nutzer hierüber unstreitig „geschäftlich" entscheiden kann.

2. Entscheidung der Nutzer in Bezug auf die Verwendung des Werbeblockers

Die Normen des UWG (bzw. diejenigen der UGP-RL) gehen zumindest implizit von einer klassischen Entgeltlichkeit aus bzw. sind von diesem Grundgedanken geprägt. Wegen dieser Fokussierung auf die – in der Praxis *fast* immer zutreffende – Situation bleibt unklar, ob die Nutzer eine geschäftliche Entscheidung treffen, wenn sie lediglich die Darstellung von Werbung auf ihrem Endgerät erlauben. Dass es sich bei den Werbeblockerbetreibern um Unternehmer handelt und ebenso ein Unternehmensbezug im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG[478] vorliegt, kann vorausgesetzt werden.

Streit entzündet sich hingegen am Merkmal des funktionalen Zusammenhangs dieses Verhaltens mit einer geschäftlichen Entscheidung; namentlich ob in der Nutzung (bzw. dem Bezug) des Werbeblockers durch die Nutzer eine solche Entscheidung liegt. Danach muss die Handlung bei objektiver Beurteilung dazu geeignet sein, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder fremden Unternehmens zu fördern. Sofern thematisiert, wird zumeist darauf verwiesen, dass eine Kostenlosigkeit den geschäftlichen Charakter einer Handlung nicht ausschließe, andernfalls Kontrolllücken drohten und die Installation selbst bereits einen wirtschaftlichen Wert habe.[479]

Köhler verneint hingegen eine Entscheidung und konzentriert sich dabei darauf, dass die Nutzer als Privatleute entscheiden, da ihr Handeln auf-

478 Zum Begriff Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 29; HK-UWG/*Götting*, UWG § 2 Rn. 9.

479 Zur Darstellung der Argumente oben, 2. Teil § 4 A. II. (S. 98).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

grund der Kostenlosigkeit keine Entscheidung über den Kauf einer Ware oder Dienstleistung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG sei.[480]

Ausgangspunkt der Beurteilung muss der Begriff der geschäftlichen Entscheidung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG sein. Danach ist eine geschäftliche Entscheidung diejenige, ob, wie und unter welchen Bedingungen ein Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer ein Geschäft abschließt, eine Zahlung leistet, eine Ware oder Dienstleistung behält oder abgibt oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben will, unabhängig davon, ob er sich zum Tätigwerden entschließt. Aufgrund der vom Gesetzgeber intendierten einheitlichen Auslegung ist § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG im hier relevanten, nicht harmonisierten Bereich gleichermaßen europarechtskonform auszulegen.[481]

Grundsätzlich ist dieser Begriff weit zu verstehen, es sind insbesondere mit dem Erwerb oder Nichterwerb eines Produkts zusammenhängende Entscheidungen wie z. B. das Betreten eines Geschäfts erfasst.[482] Es sollen im Verhältnis B2C alle Geschäftspraktiken verboten werden, die das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher beeinträchtigen.[483] Es ist insoweit unumstritten, dass grundsätzlich auch tatsächliche Maßnahmen eine Entscheidung darstellen können.[484] Allerdings wird dabei stets betont, dass die Entscheidung mit einem Geschäft zusammenhängen müsse.[485] *Köhler* erfasst dementsprechend alle „Zwischenschritte" auf eine angestrebte endgültige Entscheidung über ein Geschäft, was jeder entgeltliche Vertrag sei.[486] Dabei ist vorauszusetzen, dass es sich bei der Leistung Werbeblocker um ein Produkt im Sinne des europäischen Oberbegriffs (Art. 2 lit. c UGP-RL) zu Ware und Dienstleistung[487] handelt, da hierunter jedes kommerzielle Interesse zu verstehen ist, das Gegenstand des Geschäftsverkehrs am Markt sein kann.[488]

---

480 *Köhler* GRUR 2019, 123, 126.
481 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 220.
482 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 196, 198 Rn. 36 – *Trento Sviluppo/AGCM*; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 219.
483 *EuGH* GRUR 2014, 196, 198 Rn. 32 – *Trento Sviluppo/AGCM*; *Lettl* WRP 2019, 1265 Rn. 2; vgl. auch Erwägungsgrund 8 UGP-RL.
484 *Köhler* WRP 2014, 259, 260 Rn. 10; *Alexander*, FS Ahrens (2016), S. 17, 24.
485 *EuGH* GRUR 2014, 196, 198 Rn. 36 – *Trento Sviluppo/AGCM*: „damit unmittelbar zusammenhängende"; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 223: „im Hinblick auf".
486 *Köhler* WRP 2014, 259, 260.
487 Fezer/*Fezer*, UWG § 2 B Rn. 196.
488 Zur Definition Fezer/*Fezer*, UWG § 2 B. Rn. 202.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Installation des Produkts Werbeblocker muss nun also ein Geschäft im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG sein. Es gibt wenig normative Anhaltspunkte, wann ein Geschäft vorliegt. Lediglich Erwägungsgrund 8 UGP-RL gibt den Hinweis, dass die „wirtschaftlichen Interessen" des Verbrauchers geschützt werden sollen. Es sind also zumindest Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Interessen des Nutzers zu fordern. Häufig wird allgemein davon gesprochen, dass der Handelnde an der Entscheidung des Gegenübers ein wirtschaftliches Interesse haben müsse.[489]

Hier stellen sich erste Zweifel ein: Wie beim Aufruf einer Webseite fehlt es zumindest insoweit an einem bindenden Vertrag,[490] da keine Pflicht zu irgendeiner (bestimmten) Nutzung vereinbart wird.[491] Dass eine Gegenleistung erbracht wird, beruht allein auf faktischen Gegebenheiten. Bei einem Werbeblocker, der sich durch das Allowlisting finanziert, ist die Gegenleistung des Nutzers darin zu sehen, dass er dem Betreiber die Verfügungsgewalt über den Bildschirmplatz einräumt. Aufgrund der technischen Position kann nun der Betreiber des Werbeblockers darüber entscheiden, welche Inhalte auf dem Endgerät zu sehen sind und sich darüber refinanzieren. Wie beim Besuch einer werbefinanzierten Webseite erlaubt der Nutzer dem Anbieter zu einem gewissen Grade über die darzustellenden Inhalte zu entscheiden und räumt ihm so einen direkten Kommunikationskanal ein.

Ob solch ein Kommunikationskanal im Lauterkeitsrecht als für ein Geschäft ausreichend angesehen werden und damit Gegenstand einer geschäftlichen Entscheidung sein kann, ist strittig. Zumindest zum alten UWG (1909) unter Geltung des Handelns zu Wettbewerbszwecken wurde bei der Beurteilung der Abgabe von kostenlosen, allein durch Werbung finanzierten Zeitungen maßgeblich auf die Sicht der Werbenden abgestellt,[492] auf den Wettbewerb um die Leser wurde nur am Rande hingewiesen.[493] Eine unsachliche Beeinflussung der Empfänger der Zeitung

489 GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 147.

490 Zum nicht existenten Vertragsschluss beim Besuch einer Webseite und zu den Anforderungen an einen solchen mit dem Ziel des Empfangs von Werbung siehe 4. Teil § 11 A. II. (S. 403) u. III. (S. 406).

491 Es werden zumeist „Nutzungsbedingungen" vereinbart, diese enthalten aber gerade keine Pflicht, den Werbeblocker zum Besuch von Webseiten zu nutzen oder gar eine bestimmte Anzahl anzusteuern.

492 *BGH* GRUR 1985, 881 – *Bliestal-Spiegel*: „ausschließlich auf dem Anzeigenmarkt im Wettbewerb"; GRUR 1969, 287, 289 – *Stuttgarter Wochenblatt I*; GRUR 1956, 223, 225 – *Wochenbericht*.

493 Vgl. *BGH* GRUR 1956, 223, 224 – *Wochenbericht*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

scheiterte z. B. am dauerhaft fehlenden Entgelt.[494] Anders wurde hingegen für einen Fernsehsender und eine Produktionsfirma für Fernsehformate entschieden, dass diese miteinander im Wettbewerb um die Zuschauer stünden.[495] Auch unter Geltung des neuen UWG wurde auf den Wettbewerb um die Zuschauer für die Begründung des Wettbewerbsverhältnisses abgestellt.[496] Dies setzt implizit[497] voraus, dass die geschäftlichen Handlungen der Beteiligten sich an diese richten, die Zuschauer sich folglich geschäftlich für den jeweiligen Fernsehsender (bzw. mittelbar die Produktionsfirma) entscheiden.

Der *BGH* hat zu *Facebook* entschieden, dass das Unternehmen mit Werbemaßnahmen für seine Dienstleistungen gegenüber seinen Nutzern geschäftliche Handlungen vornehme.[498] Im Urteil ging es um die Funktion „Freunde finden", mit der Nutzer während des Registrierungsvorgangs die Möglichkeit erhielten, über eine von Facebook bereitgestellte Funktion werbliche E-Mails zu verschicken. Hierbei wurde davon ausgegangen, dass die Dienstleistung des Netzwerks im Sinne von § 7 Abs. 1, 2 UWG, unter Berücksichtigung von Art. 2 lit. a Werbe-RL[499] (und damit auch § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG[500]),[501] die Bereitstellung der Plattform selbst ist, wie z. B. die Auswertung des E-Mail-Kontos des Nutzers im Hinblick auf seine Kontaktdaten.[502] Dabei wird auch darauf hingewiesen, dass der Nutzer durch letztere Handlung zu einer geschäftlichen Entscheidung, nämlich der Freigabe des E-Mail-Kontos zur Auswertung, gebracht werde.[503] Der *BGH* geht damit davon aus, dass trotz der im Tatbestand ausdrücklich angesprochenen Werbefinanzierung[504] die Nutzung des Netzwerks eine geschäftliche Entscheidung der angesprochenen Nutzer darstellt. Ähnlich sieht die *EU-Kommission* die Nichtaufklärung „kostenloser" sozialer Netz-

494 *BGH* GRUR 2004, 602, 603 – *20 Minuten Köln*.
495 *BGH* GRUR 2000, 703, 706 – *Mattscheibe*.
496 *BGH* GRUR 2009, 845, 849 Rn. 40 – *Internet-Videorecorder I*.
497 Vgl. *Fritzsche* WRP 2016, 1036, 1036 Rn. 4.
498 Vgl. *BGH* GRUR 2016, 946, 949 Rn. 27 u. 952 Rn. 67 – *Freunde finden*.
499 Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl. EU L 376 vom 27.12.2006, S. 21.
500 Werbung ist ein Unterfall der geschäftlichen Handlung, dazu Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 15.
501 Vgl. *BGH* GRUR 2016, 946, 949 Rn. 26, 31, 33 f. – *Freunde finden*.
502 *BGH* GRUR 2016, 946, 952 Rn. 69 – *Freunde finden*.
503 *BGH* GRUR 2016, 946, 952 Rn. 67, 69 – *Freunde finden*.
504 *BGH* GRUR 2016, 946, 947 – *Freunde finden*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werke über die Verarbeitung personenbezogener Daten als unter Umständen gem. Art. 7 UGP-RL (umgesetzt in § 5a UWG[505]) unlauter an.[506]

Im Zusammenhang mit einem durch Werbung und Spenden finanzierten Online-Dienst hat der *ÖOGH* hingegen entschieden, dass es für eine geschäftliche Entscheidung im Sinne von Art. 2 lit. k UGP-RL auf die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen eines Verbrauchers ankomme und demgemäß „in der Regel" nur solche Handlungen geeignet seien, die geldwerte Veränderungen im Vermögen herbeiführten.[507] Da auch keine entgeltlichen Dienste durch die Webseite angeboten wurden, sei eine geschäftliche Entscheidung und damit Geschäftspraktik (Art. 2 lit. d UGP-RL) abzulehnen.[508] Dem wird teilweise zugestimmt.[509] *Köhler* will aber solche Entscheidungen unter den Begriff der geschäftlichen Entscheidung fassen, wenn Handlungen gegen mitbewerberschützende Vorschriften wie § 6 UWG oder § 5 Abs. 1 UWG verstoßen. Das gebiete Art. 2 lit. b Werbe-RL[510], da dieser eine Alternative mit dem Ziel des Mitbewerberschutzes enthalte.[511]

Hiergegen wendet sich *Omsels*, der gerade an Gratisdienstleistungen im Internet festmacht, dass Werbung für solche eindeutig eine geschäftliche Handlung darstelle.[512] So sei jede Entscheidung für ein (auch kostenloses) Angebot im Wettbewerb „um die Gunst des Verbrauchers" eine geschäftliche im Sinne der Definition.[513] Bezüglich der Preisgabe von persönlichen Daten wird der Charakter einer Gegenleistung bejaht, z. B. für die Teilnahme an Gewinnspielen.[514]

Nach hier vertretener Ansicht liegt in der Entscheidung für oder gegen die Nutzung eines (allowlistenden) Werbeblockers eine geschäftliche Entscheidung der Nutzer. Hiergegen sprechen weder die Unentgeltlichkeit (a) noch das nur faktische Austauschverhältnis (b). Dieses Ergebnis ergibt sich bereits aus dem europäisch determinierten Verständnis der geschäftlichen

505 HK-UWG/*A. Nordemann*, UWG § 5a Rn. 2.
506 EU-Kommission, Leitlinien zur Richtlinie 2005/29/EG, 163 final, S. 163 f.
507 *ÖOGH* MR 2009, 89, 91 – *Gratis-Onlinedienst*.
508 *ÖOGH* MR 2009, 89, 91 – *Gratis-Onlinedienst*.
509 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 156a.
510 Enthalten in der Definition des Begriffs der irreführenden Werbung: „[…] oder aus diesen Gründen einen Mitbewerber schädigt oder zu schädigen geeignet ist".
511 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 156a.
512 *Omsels* WRP 2016, 553, 559 Rn. 43 f.
513 *Omsels* WRP 2016, 553, 559 Rn. 45.
514 *Alexander*, FS Ahrens (2016), S. 17, 27.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Entscheidung und ist mit Blick auf die – weiter reichenden – Schutzzwecke des deutschen Lauterkeitsrechts (c) erst recht zu vertreten.

a) Unentgeltlichkeit

Nach allgemeinem Sprachgefühl spricht die Unentgeltlichkeit des Werbeblockers gegen eine geschäftliche Entscheidung des Nutzers. Auch die UGP-RL ist im Hinblick auf unentgeltliche Geschäfte als Gegenstand der geschäftlichen Entscheidung nicht eindeutig. Sie knüpft in mehreren Punkten an typischerweise unentgeltliche Handlungen an, vor allem in den Per-se-Verboten in Anhang I, Nr. 19, 20 und 31 Alt. 1 UGP-RL.[515] Diese können bzw. müssen im Fall von Nr. 20 so gelesen werden, dass es sich bei diesen um Vorbereitungen für eine Entgeltzahlung des Verbrauchers handelt und sei es nur, dass im Zuge eines Preisausschreibens eine spätere werbliche Ansprache vorbereitet wird. In jedem Fall hat die Richtlinie vor allem typische, entgeltliche Verträge im Blick.

Vielmehr ist der Schutzzweck der Richtlinie, das „wirtschaftliche Interesse" der Verbraucher, Ansatzpunkt für eine Lösung. Hieraus kann man folgern, dass der Verbraucher etwas leisten muss bzw. ein Austauschverhältnis besteht. Dies entspricht auch der englischen Fassung, die von einer „transactional decision" spricht. Nur bei einem Vermögensabfluss, also einer Leistung des Verbrauchers, kann das wirtschaftliche Interesse beeinträchtigt sein. Dieser Abfluss muss neben einer Leistung in Geld grundsätzlich auch in der eines Produkts im Sinne von Art. 2 lit. c UGP-RL bestehen können. Hierfür spricht bereits, dass die Richtlinie zwar nicht den Bezug,[516] aber den Absatz von Produkten an Verbraucher erfasst. Damit wird gerade nicht eine Aussage über die Gegenleistung des Verbrauchers getroffen. Zwar liegt der Richtlinie das Bild zugrunde, dass ein Entgelt gezahlt wird.[517] Dies ist jedoch nicht zwingend, denn der Absatz von Produkten an Verbraucher kann auch mit dem Bezug von Produkten von Verbrauchern einhergehen.[518]

---

515 Auf diese weisen *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1407 hin.

516 Art. 2 lit. d UGP-RL („Absatzförderung"), sowie statt aller Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 8.

517 Vgl. z. B. Art. 7 Abs. 4 lit. d und Art. 3 Abs. 1 UGP-RL.

518 Z. B. Aktionen, bei denen man für ein neues Elektrogerät ein altes in Zahlung gibt.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Neben Waren erfasst dieser Begriff Dienstleistungen und damit alle geldwerten, unkörperlichen Leistungen.[519] Dabei weist die Formel „jede Entscheidung" (Englisch: „any decision") auf eine weite Auslegung hin.[520] Dies gilt unabhängig davon, dass es hier um den nicht harmonisierten Bereich geht, da der Gesetzgeber sich stark am europäischen Recht orientiert hat und allgemein § 1 Abs. 1 Alt. 2 UWG so verstanden wird, dass die Verbraucher in ihrer Entscheidungsfähigkeit geschützt sind.[521]

Für die Frage des Produkts sind die auszutauschenden Positionen zu bestimmen. Der Betreiber des Werbeblockers leistet eine Software und regelmäßige Aktualisierungen, also eine Dienstleistung im Sinne des UWG (und der UGP-Richtlinie). Die Leistung des Nutzers ist in der Installation und damit der Übergabe der Hoheit über die im Browser darzustellenden Inhalte zu sehen. Diese Hoheit erfasst bei einem allowlistenden Werbeblocker die Entscheidung über das Ob und Wie der Darstellung[522] von Werbung. Dem Werbeblocker wird damit nun Werbeplatz exklusiv zugewiesen. Diese Position ist, wie Online-Werbung allgemein und Allowlisting im Besonderen zeigen, auch „geldwert" und damit prinzipiell eine Dienstleistung im Sinne des europäischen Rechts. Es leuchtet nicht ein, warum die Möglichkeit, dem Nutzer Werbung anzeigen zu können, nur dann geldwert ist, wenn der Webseitenbetreiber sie zuerst erhalten hat. Sie wird lediglich insoweit ökonomisch sinnvoll verwertbar, als dieser eine größere Anzahl an Nutzern bündelt. Die Aufmerksamkeit des Nutzers ist damit ein wichtiges wirtschaftliches Gut und kann (zumindest im Internet) gleichsam als „Währung" bezeichnet werden.[523]

Dies zeigt auch der Vergleich mit der Einwilligung in den Empfang klassischer Werbung. Hierbei handele es sich um eine geschäftliche Entscheidung,[524] wobei aber teilweise darauf abgestellt wird, dass diese vor einem Geschäft erfolgt.[525] Dieses Ergebnis wird vom deutschen Verständnis des Begriffs des Entgelts im Sinne des § 312 Abs. 1 BGB gestützt, der auf einem Fehlverständnis der dadurch überschießend umgesetzten

519 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 39 m. w. N.
520 EU-Kommission, Guidance on Directive 2005/29/EG, 1666 final, S. 21.
521 JurisPK-UWG/*Ernst*, UWG § 1 Rn. 9; Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG § 1 Rn. 20.
522 Technisch möglich ist dabei weit mehr, insbesondere sind auch Ad Injections denkbar, also das Ausblenden der fremden und Einblenden eigener Werbeanzeigen, hierzu unten, 3. Teil § 7 (S. 340).
523 *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 9 m. w. N.
524 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 159; ähnlich *Köhler* WRP 2014, 259, 260 Rn. 10, der auf den Charakter als Zwischenschritt abstellt.
525 So z. B. *Köhler* WRP 2014, 259, 260 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verbraucherrechterichtlinie (VR-RL)[526] beruht.[527] Für § 312 Abs. 1 BGB ist anerkannt, dass als Entgelt jede Gegenleistung zu qualifizieren sei, die für einen Unternehmer in irgendeiner Form nützlich sei oder einen Marktwert habe.[528] Das muss dann auch für das „vorgeschaltete"[529] Lauterkeitsrecht gelten. Es wäre widersinnig, Verträge über den Empfang von Werbung als solche im Sinne der §§ 312 ff. BGB zu qualifizieren, aber insbesondere weder Anbahnung noch Durchführung dieses Vertrags dem Lauterkeitsrecht zu unterwerfen, da keine (monetäre) Gegenleistung des Verbrauchers erbracht werde. Zugleich besteht kein Widerspruch zum europäischen Recht. Zwar ist die VR-RL nur auf Fälle anwendbar, in denen der Verbraucher ein Entgelt in Form einer Zahlung leistet,[530] allerdings hat die UGP-RL einen abweichenden Schutzzweck: Sie dient nicht der Regelung bestimmter Vertragsarten, sondern schützt den Verbraucher bei jeder „transactional decision", reicht damit also weiter. Dieses Ergebnis liegt auf einer Linie mit der *Freunde-finden*-Entscheidung des *BGH*[531] im Lauterkeitsrecht.

Für eine geschäftliche Entscheidung spricht auch der von der Literatur angeführte § 18 Abs. 2a GWB,[532] nach dem es nicht auf die (Un)Entgeltlichkeit der Leistungserbringung für die Definition des Markts ankommt. Diese Norm entspringt zwar der Feder des deutschen Gesetzgebers und entfaltet damit keine Bindung für das europarechtlich geprägte UWG,[533]

---

526 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU L 304 vom 22.11.2011, S. 64.

527 Dazu ausführlich unten, 4. Teil § 11 A. III. 2. a) (S. 413).

528 NK-BGB/*Ring*, BGB § 312 Rn. 5, ausführlich hierzu unten, 4. Teil § 11 A. III. 2. a) (S. 413).

529 Das Lauterkeitsrecht erfasst selbstverständlich auch Handlungen nach dem eigentlichen Vertragsschluss, dient aber in der Praxis vor allem dazu, Verhalten vor und bei dem Geschäft zu regulieren.

530 Dazu unten, 4. Teil § 11 A. III. 2. a) (S. 413).

531 Vgl. *BGH* GRUR 2016, 946, 952 Rn. 66 ff. – *Freunde finden*; zu dieser auch ausführlich oben, 2. Teil § 4 A. III. 2. a) (S. 108).

532 Vgl. auch Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 159, der auf diesen im Zusammenhang mit kostenlosen Gewinnspielen verweist.

533 Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn man von einer gespaltenen Auslegung der Definition in § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG ausginge, was allerdings mit dem einheitlichen Definitionskatalog nicht zu vereinbaren wäre und nach hier vertretener Ansicht auch nicht nötig ist.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

allerdings handelt es sich bei § 18 Abs. 2a GWB lediglich um eine Klarstellung,[534] die sich im Ergebnis mit den Entscheidungen der Europäischen Kommission[535] deckt. Die Norm soll vor allem mehrseitige Märkte erfassen. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass indirekte Netzwerkeffekte über den Erfolg entscheiden. Die Nutzergruppe, für die die Größe der Kundenbasis keine Rolle spielt – hier die Nutzer eines Werbeblockers – werden dabei mit Preisen unter den Kosten bzw. komplett kostenlosen Angeboten gelockt, während die Finanzierung über die Gruppe derjenigen erfolgt, für die die Größe der Nutzergruppe auf dem ersten Markt relevant ist – hier die Webseitenbetreiber oder Werbetreibenden als Kunden des Allowlistings.[536]

Es ist weitgehend anerkannt, dass Kartell- und Lauterkeitsrecht komplementäre Elemente der Wettbewerbsordnung (Konvergenzthese) bilden.[537] Dabei kommt es nicht darauf an, dass das Kartellrecht den relevanten Markt im Regelfall enger als das Lauterkeitsrecht bestimmt.[538] Für eine geschäftliche Entscheidung kann nur entscheidend sein, dass überhaupt ein Markt vorliegt. Es macht wenig Sinn, einen Markt im Rahmen des Kartellrechts kontrollieren zu wollen, diesen aber gleichzeitig im Rahmen des Lauterkeitsrechts zu verneinen und nur mittelbar lauterkeitsrechtlich, über § 4a UWG, zu kontrollieren.

Hierfür spricht ebenfalls, dass die Preissensitivitäten der nicht an die Menge der Nutzer[539] gebundenen Gruppe[540] nicht per se zu einer Abwesenheit eines Markts führen. Es ist vielmehr – zumindest bei digitalen Angeboten – so, dass kostenlose mit kostenpflichtigen Angeboten konkurrieren.[541] Insoweit liegt eine klassische Konkurrenzsituation vor. Gleichzeitig bedeutet die Entscheidung für das kostenlose Produkt immer eine Entscheidung gegen das kostenpflichtige bzw. das eines anderen „Mitbewerbers". Eine Kontrollbedürftigkeit dieses Marktes durch die Normen des UWG ist damit grundsätzlich zu bejahen.

534 RegE 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 18/10207, S. 47 f.
535 Vgl. EU-Kommission, Facebook/WhatsApp, Regulation (EC) No 139/2004, S. 16 par. 90.
536 Vgl. RegE 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 18/10207, S. 47, 49.
537 GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 441; GK UWG/*Schünemann*, UWG Einl. G Rn. 36 m. w. N.
538 Vgl. *Lettl*, FS Köhler (2014), S. 429, 434.
539 Des Werbeblockers oder der (werbefinanzierten) Webseite.
540 Vgl. RegE 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 18/10207, S. 47 f.
541 Wie z. B. auf dem Markt für presseähnliche Angebote im Internet.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zugleich muss anerkannt werden, dass es sich bei der „Aufmerksamkeit" eines Nutzers um eine Dienstleistung handelt. Diese ist ebenso wie andere Güter begrenzt und besitzt vor allem aufgrund der Interessen der Werbeindustrie und den Möglichkeiten der Digitalisierung einen eigenen (Markt-)Wert.[542] Das zeigt sich generell bei werbefinanzierten (Online-)Angeboten und speziell beim Modell des Allowlistings; die Unternehmen „kaufen" jeweils mit kostenlosen Leistungen (Inhalte oder Blocklisting) einen direkten Werbezugang zum Nutzer. Den so erhaltenen Zugang verkauft nun der Webseitenbetreiber (bzw. Werbeblockerbetreiber) weiter und ermöglicht dem Werbenden eine zielgerichtete Ansprache des Nutzers. Jeder Aufruf einer Webseite ist als Einwilligung in die Bewerbung zu sehen. Dass diese Einwilligung nicht ausdrücklich monetarisiert wird und damit den Nutzern das Bewusstsein für deren Wert fehlt, liegt vor allem am niedrigen Einzelwert und den hohen Transaktionskosten für eine Vergütung in Geld. Am fehlenden Interesse der Webseitenbetreiber und der Werbeindustrie an der Leistung „Aufmerksamkeit" scheitert es nicht. Dadurch handelt es sich bei der Hoheit über die Aufmerksamkeit bzw. den Werbekanal zum Nutzer um eine geldwerte Leistung und damit eine Dienstleistung durch diesen. Die Installation eines Werbeblockers, durch die ein Unternehmen die Hoheit über die Darstellung auf dem Bildschirm des Nutzers erhält, berührt somit die wirtschaftlichen Interessen des Nutzers im Sinne des Erwägungsgrunds 8 UGP-RL.

b) Lediglich faktisches Austauschverhältnis

Der Annahme einer geschäftlichen Entscheidung steht auch nicht entgegen, dass der Nutzer sich nicht vertraglich[543] bindet. Bezüglich des Vertragsrechts fehlt es bereits an einer Harmonisierung des Normenbestands, sodass das deutsche Ergebnis „Kein Vertrag" nicht unbedingt in anderen Ländern gelten muss.[544] Selbst auf dieses Argument kommt es letztlich nicht an, denn die Forderung eines (zumindest behaupteten) Vertragsschlusses bzw. einer vertraglichen Verpflichtung ginge hier zu weit.[545]

542 Vgl. *M. Becker* ZUM 2013, 829, 831.
543 4. Teil § 11 A. II. (S. 403).
544 Vgl. Erwägungsgründe 24 S. 10 und 25 S. 3, 5 DInh-RL (siehe zur Richtlinie Fn. 812).
545 Vgl. auch EU-Kommission, Guidance on Directive 2005/29/EG, 1666 final, S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das beginnt damit, dass es auf die Wirksamkeit eines Vertrags nicht ankommt,[546] da bereits die Behauptung eines Vertrags ausreicht, um den Marktteilnehmer für Mitbewerber zu blockieren.[547] Abstrahiert man diesen Gedanken, so bedeutet das, dass bereits die Blockade eines Nutzers genügt. Der Vergleich mit *Facebook* bestätigt diese Überlegung. Es ist zwar eine Registrierung und damit prinzipiell ein Vertragsschluss zur Nutzung erforderlich, aber *Facebook* enthält keine Hauptleistungspflicht zum Empfang von Werbung. Gleichzeitig nimmt die Bedeutung von Vertragsschlüssen im Internet[548] ab, da es teilweise einfacher ist, sich über Werbung zu refinanzieren. Die durch die kostenlose Leistung erkaufte Aufmerksamkeit stellt lediglich eine faktische Position dar, nicht jedoch eine rechtlich abgesicherte[549].

Entscheidend ist letztlich der Schutzzweck der Richtlinie. Beim Besuch einer Webseite verfügt der Nutzer über seine Aufmerksamkeit und leistet dadurch an den jeweiligen Betreiber. Diese Dienstleistung kann nicht erneut als Gegenleistung genutzt werden und berührt damit seine wirtschaftlichen Interessen.[550] Deshalb handelt es sich beim Abschluss eines Vertrags allein um ein formales Kriterium, an das man für die geschäftliche Entscheidung nicht anknüpfen kann.

c) Hilfsweise: gebotene weite Auslegung

Für eine Einbeziehung spricht gleichfalls der vom europäischen Recht abweichende Schutzzweck des deutschen Rechts. Anders als die Richtlinie schützt das deutsche Recht Mitbewerber nicht nur mittelbar, vgl. § 1 S. 1 UWG. Lehnt man eine Dienstleistung des Nutzers durch die Einwilligung in den Werbeempfang und damit eine geschäftliche Entscheidung im europäischen Sinne ab, so muss hier jedoch für das deutsche Recht etwas anderes gelten.

---

546 GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 299.

547 GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 299.

548 So war das Verschenken von (Tages-)Zeitungen immer eher ein Nischenprodukt, während im Online-Bereich auch etablierte Medien lange ihre Artikel allein werbefinanziert abgegeben haben.

549 Zur rechtlichen Absicherung, dass die Nutzer Werbung empfangen durch technische Maßnahmen (2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209)) und durch vertragliche Bindungen unten, 4. Teil § 11 (S. 402).

550 Gegen diesen Gedanken in einem anderen Zusammenhang *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 99.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ansatzpunkt ist, dass das deutsche Recht anders als die UGP-RL auch Mitbewerber schützt und insoweit eine weite Auslegung geboten ist. Dass die Umsetzung des deutschen Gesetzgebers für den Mitbewerberschutz eine Lücke geschaffen haben könnte, zeigt ein Vergleich mit der vor allem Mitbewerber schützenden Werbe-RL. Diese enthält eine Definition der irreführenden Werbung in Art. 2 lit. b Werbe-RL, die auf die Schädigung der Adressaten oder auf die der Mitbewerber abstellt.[551] Danach ist eine Werbung irreführend, die die Adressaten „täuscht oder zu täuschen geeignet ist und die infolge der ihr innewohnenden Täuschung ihr wirtschaftliches Verhalten beeinflussen kann oder aus diesen Gründen einen Mitbewerber schädigt oder zu schädigen geeignet ist". Hieraus kann man folgern, dass dem europäischen Gesetzgeber bewusst war, dass bestimmte Verhaltensweisen nicht den Adressaten schädigen müssen, sondern auch ohne Beeinträchtigung seiner (wirtschaftlichen) Interessen geeignet sind, lediglich die Interessen von Mitbewerbern zu beeinträchtigen. Dass insofern bewusst eine Differenzierung stattgefunden haben könnte, kann man aus Art. 6 Abs. 1 UGP-RL herauslesen. Dieser enthält das alternative Merkmal der Schädigung eines Mitbewerbers nicht, was insoweit eine konsequente Ausrichtung am Schutzzweck der UGP-RL ist. Da sie primär Verbraucher und (rechtmäßig handelnde) Mitbewerber allein *mittelbar*[552] schützt, sind Schädigungen Letzterer auch nur *mittelbar* über geschäftliche (Fehl-)Entscheidungen der geschützten Verbraucher denkbar.

In Anwendungsfällen mitbewerberschützender Vorschriften nimmt *Köhler* demgemäß ein weites Verständnis der geschäftlichen Entscheidung an und fasst auch Entscheidungen in Bezug auf werbefinanzierte Dienste unter diesen Begriff.[553] Das muss dann aber immer gelten, wenn Mitbewerber geschützt werden,[554] da ansonsten dem Schutzzweck des UWG (§ 1) nicht genügt würde. Deshalb muss auch nach *Köhlers* Verständnis eine geschäftliche Handlung in Bezug auf kostenlose Handlungen vorliegen. Allerdings ist nach hier vertretener Ansicht eine daraus folgende gespaltene Auslegung des Begriffs der geschäftlichen Entscheidung (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG) nicht erforderlich, da nach europäischen Maßstäben ebenfalls eine geschäftliche Entscheidung vorliegt.

551 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Bornkamm/Feddersen*, UWG § 5 Rn. 0.17: „wenig glücklich"; UWG-HdB/*Schulte-Beckhausen*, § 9 Rn. 10.
552 Erwägungsgrund 8 S. 2 UGP-RL, vgl. auch Art. 1 UGP-RL.
553 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 156a.
554 Anders aber *Köhler* GRUR 2019, 123, 126; WRP 2014, 1017, 1019 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Ergebnis

Somit stellt die Entscheidung der Nutzer bezüglich der Hoheit über ihre Bildschirminhalte eine geschäftliche Entscheidung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG dar. Denn auch, wenn die bloße Zustimmung zum Empfang von Bannerwerbung im Internet keinen ernsthaften Verlust für den konkreten Nutzer darstellt, beeinträchtigt der Empfang doch seine wirtschaftlichen Interessen. Bei der Eröffnung eines Werbekanals und der Erlaubnis zur (exklusiven) Bespielung dieses Kanals handelt es sich um eine Dienstleistung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG (bzw. Art. 2 lit. c UGP-RL), insbesondere hat diese einen wirtschaftlichen Wert für die Unternehmen. Dass dieser Wert typischerweise nicht einzeln gegen Entgelt realisiert wird, ändert an der Einordnung nichts. Ebenso ist der faktische Charakter des Austauschverhältnisses ohne Belang. Entscheidend ist, dass der Nutzer über die Aufmerksamkeit als begrenzt vorhandenes Gut verfügt und sie so einem Unternehmen überantwortet.

Diese Auslegung wird durch den von der EU-Richtlinie abweichenden Schutzzweck des UWG gestützt. Die weite, auf dem EU-Recht basierende Auslegung des Begriffs des Geschäfts ist jedoch vorzugswürdig, da es so ermöglicht wird, zweiseitige Märkte mit indirekten Netzwerkeffekten adäquat zu erfassen und gleichzeitig die Verbraucher zu schützen. Andernfalls droht bei werbefinanzierten Diensten eine Kontrolllücke. Ebenso gebietet der Mitbewerberschutz die Annahme einer geschäftlichen Entscheidung, weil nur so Beeinträchtigungen von Mitbewerbern sanktioniert werden können. Insbesondere bedeutet jede Entscheidung für ein werbefinanziertes Angebot eine gegen das eines Mitbewerbers. Zuletzt wird so eine vom Gesetzgeber grundsätzlich abgelehnte gespaltene Auslegung des Definitionskatalogs des § 2 Abs. 1 UWG vermieden.

Dieses Ergebnis kann auch auf den Bezug von Inhalten von bzw. die Übertragung der Aufmerksamkeitshoheit an Webseiten übertragen werden. Auch hier liegt mit dem durch den Nutzer begehrten Inhalt ein Produkt im Sinne des Art. 2 lit. c UGP-RL bzw. eine Dienstleistung im Sinne der § 2 Abs. 1 Nr. 9, 1 UWG vor, für die eine Gegenleistung in Form des Werbeempfangs erbracht wird.

IV. Ergebnis

Im Angebot eines allowlistenden Werbeblockers gegenüber (potenziellen) Nutzern liegt eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

UWG. Eine geschäftliche Handlung setzt nämlich ein Verhalten voraus, das in einem objektiven Zusammenhang mit der Förderung von geschäftlichen Entscheidungen zugunsten des Unternehmens steht. Die bloße Eignung zur Beeinflussung von Entscheidungen reicht aus.

Hier entscheiden die Nutzer sowohl über den Bezug des Werbeblockers als auch den Absatz ihrer Aufmerksamkeit an den Werbeblockerbetreiber geschäftlich im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG. So kann die geschäftliche Handlung allein mit dem Verhalten der Werbeblockerbetreiber gegenüber den Nutzern begründet werden. Gleichzeitig ermöglicht dieses Verständnis eine präzise Bestimmung der Mitbewerberstellung und bestimmt so auch mittelbar die Reichweite von Ansprüchen.

Die zu untersuchende geschäftliche Handlung ist somit für diesen Abschnitt (§ 4 der Arbeit) – vereinfacht[555] – das Angebot einer Software zum Blocklisting mit entgeltlicher Allowlistingfunktion an Nutzer, soweit dieses Verhalten dazu geeignet ist, diese Nutzer in ihrer geschäftlichen Entscheidung bezüglich der Verwendung des Werbeblockers zu beeinflussen. Im Folgenden wird dieses Verhalten kurz als *Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings gegenüber den Nutzern* bezeichnet. Die Aufnahme des Allowlistings in die geschäftliche Handlung dient dem Zweck, dass die Voraussetzungen einer geschäftlichen Handlung – konkret die Berührung wirtschaftlicher Interessen der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer – vorliegen und so klargestellt wird, wie die Mitbewerberstellung zu bestimmen ist. Dazu wird u.a. später gezeigt, dass je nach in Bezug genommener geschäftlicher Entscheidung die Mitbewerberstellung für unterschiedliche Verhaltensweisen gilt und dementsprechend die darauf basierenden Ansprüche eine unterschiedliche Reichweite haben.[556]

B. Mitbewerber gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG

In diesem Abschnitt ist die Frage zu klären, ob und inwiefern Webseiten- und Werbeblockerbetreiber Mitbewerber sind. Die Mitbewerberstellung ist einerseits Voraussetzung für einen Schutz nach § 4 Nr. 4 UWG, andererseits für die Anspruchsberechtigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Gleichzeitig bezieht sich die Mitbewerberstellung stets auf die konkrete geschäftliche Handlung – die auch durch die konkret beeinflusste geschäftliche

555 *OLG Köln* GRUR 2018, 863 – *Adblock-Plus Ordnungsgeld*.
556 2. Teil § 4 B. III. 2. b) (S. 146), c) (S. 149).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Entscheidung geprägt wird[557] –, sodass hier eine umfassende Klärung des Mitbewerberbegriffs zu erfolgen hat.

Mitbewerber ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ein Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Schwierig ist das „konkrete Wettbewerbsverhältnis" zu bestimmen, auf das die Definition abstellt. Rein begrifflich müssen die beiden Unternehmer – in Abgrenzung zu § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG, der Definition des Marktteilnehmers – in einem besonderen Verhältnis stehen, das über den reinen Wettbewerb um Kaufkraft hinausgeht.[558] Wann ein solches vorliegt, ist umstritten. Es gibt diverse Ansätze, hier soll sich jedoch – neben einer kurzen Darstellung weiterer Meinungen (I.) – auf eine Modifikation und Präzisierung der herrschenden Meinung konzentriert werden (II.). Das Ergebnis wird danach auf Werbeblocker angewendet (III.). Hierbei wird u.a. gezeigt, dass die jeweils in Bezug genommene geschäftliche Entscheidung maßgeblich für die Reichweite eines möglichen Verbotsanspruchs ist.

I. Abstrakte Darstellung der Mitbewerberbegriffe

Der Begriff des Mitbewerbers findet sich erst seit dem UWG 2004 im Gesetz. Mit der Verweisung auf das konkrete Wettbewerbsverhältnis nimmt die Definition auf die Rechtsprechung zum UWG seit 1896 Bezug.[559] Ab dem UWG von 1909 wurde explizit vorausgesetzt, dass ein Unternehmer eine Handlung „zu Zwecken des Wettbewerbs" vorgenommen hat (§ 1 S. 1 UWG[560]), was aufgrund des durch das UWG beabsichtigten Schutzes der Wettbewerber[561] dahingehend ausgelegt wurde, dass ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Anspruchsteller und dem Handelnden vorliegen müsse.[562] Aufgrund der zentralen Stellung für die Anspruchsbegründung wurde dieses Merkmal unter Berufung auf einen wirksamen Individualschutz sehr weit ausgelegt, was teilweise kritisch gesehen wird.[563]

---

557 Dazu gerade, 2. Teil § 4 A. III. (S. 100).
558 Vgl. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 124.
559 Ausführlich zum geschichtlichen Hintergrund GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 326 ff.
560 UWG 1909, RGBl. S. 499.
561 *Beater* WRP 2009, 768, 769; vgl. auch Fezer/*Fezer*, UWG § 2 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 27.
562 *Bornkamm* GRUR 1996, 527, 528.
563 Z. B. *Beater* WRP 2009, 768, 769.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Grundsätzlich ist zu beachten, dass der Mitbewerberbegriff handlungsbezogen ist.[564] Dies bedeutet, dass die Mitbewerberstellung stets in Anknüpfung an die konkret zu beurteilende geschäftliche Handlung zu bestimmen ist.[565]

Es gibt einen „engen" und einen „weiten" Mitbewerberbegriff. Insbesondere für europarechtlich geprägte Normen gilt der enge Mitbewerberbegriff. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass die beabsichtigte Modifikation für beide Mitbewerberbegriffe funktioniert und geboten ist.

1. Enger Mitbewerberbegriff

Unumstritten ist, abgesehen von Detailfragen, der Definitionskern des Mitbewerberbegriffs. Danach sind zwei Unternehmen Mitbewerber, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen kann, d. h. im Absatz behindern oder stören kann.[566] Unter diesem engen Mitbewerberbegriff[567] wird grundsätzlich analog kartellrechtlicher, aber aufgrund des unterschiedlichen Schutzzwecks weiter ausgelegter, Begrifflichkeiten auf das Tätigsein auf dem gleichen sachlichen, räumlichen und zeitlichen Markt abgestellt.[568] Dieser wird dabei über eine Substituierbarkeit der Produkte aus Adressatensicht festgestellt.[569] Die Substituierbarkeit kann auch bei branchenfremden Produkten vorliegen, sofern der Unternehmer eine Austauschbarkeit behauptet, wenn z. B. *ONKO*-Kaffee statt Blumen als Geschenk vorgeschlagen wird.[570]

---

564 *BGH* GRUR 2014, 573, 574 Rn. 17 – *Werbung für Fremdprodukte*; GRUR 2009, 845, 849 Rn. 40 – *Internet-Videorecorder I*; GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 408; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 130; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 98; *Lettl*, FS Köhler (2014), S. 429, 436; *Kiersch,* Adblocking, S. 91; vgl. auch *BGH* GRUR 2007, 978, 979 Rn. 17 – *Rechtsberatung durch Haftpflichtversicherer*.

565 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 130.

566 *BGH* GRUR 2017, 918, 919 Rn. 16 – *Wettbewerbsbezug* m. w. N.

567 Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 108f.

568 *BGH* GRUR 2007, 1079, 1080 – *Bundesdruckerei*; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 108a ff.; ausführlich *Lettl*, FS Köhler (2014), S. 429, 434 f.

569 Statt vieler Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 108a.

570 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 145 unter Verweis auf *BGH* GRUR 1972, 553 – *Statt Blumen ONKO-Kaffee*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diese Formel deckt sich grundsätzlich mit dem europäischen Mitbewerberbegriff,[571] der in richtlinienkonformer Auslegung (u. a.) für die §§ 5-6 UWG zugrunde zu legen ist. Der *EuGH* lässt insoweit einen „gewissen Grad" an Substitution genügen.[572] Dieser europäische Mitbewerberbegriff erfasst im Gegensatz zur deutschen Definition grundsätzlich nur den Nachfragewettbewerb.[573]

2. Weiter Mitbewerberbegriff

Allerdings gibt es nach herrschender Meinung diverse Fälle, in denen dieser Mitbewerberbegriff (nicht nur bezüglich des Nachfragewettbewerbs) zu eng ist. Vor allem im Bereich der mitbewerberschützenden Tatbestände des § 4 UWG würden ansonsten Lücken entstehen, wie z. B. bei der Rufausbeutung branchenfremder Produkte[574] oder (Fernseh)Werbeblockern.[575] Trotz der einheitlichen Definition in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG gehen diverse Autoren davon aus, dass der Mitbewerberbegriff in diesem nicht harmonisierten Bereich weitergehend auszulegen ist,[576] da z. B. nur so Fälle der Rufausbeutung erfasst werden könnten.[577] Wie eine solche Auslegung auszusehen hat, ist jedoch umstritten.[578]

Der weite Mitbewerberbegriff wurzelt in der Fokussierung des UWG 1909 auf dem Konkurrentenschutz und dem damit einhergehenden Ausschluss von Nicht-Konkurrenten.[579] Dementsprechend wurde in einigen Fällen – häufig unter Verweis auf einen wirksamen Individual-

571 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 108f.
572 *EuGH* GRUR 2007, 511, 513 Rn. 30, 32 – *de Landtsheer*.
573 Vgl. *BGH* NJW-RR 2010, 399, 400 Rn. 12 – *Blutspendedienst*.
574 GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 382.
575 *Blankenburg* WRP 2008, 186, 191.
576 *BGH* GRUR 2015, 1140, 1141 Rn. 17 – *Bohnengewächsextrakt*; Fezer/*Fezer*, UWG § 2 D. Rn. 15; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 123; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 93; Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG § 2 Rn. 56; *Beater* WRP 2009, 768, 772 f.: „Bärendienst" des Gesetzgebers; *Blankenburg* WRP 2008, 186, 191 f.; *Dreyer* GRUR 2008, 123, 129; kritisch *Lettl*, FS Köhler (2014), S. 429, 443: „im Grundsatz" einheitliche Auslegung.
577 UWG-HdB/*Erdmann/Pommerening*, § 33 Rn. 1.
578 Vgl. auch die Darstellung der Ansichten bei GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 410 ff.
579 Fezer/*Fezer*, UWG § 2 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 27; *Beater* WRP 2009, 768, 769.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schutz[580] – ein konkretes Wettbewerbsverhältnis bejaht, obwohl eine Austauschbarkeit bzw. ein gleicher Kundenkreis der Produkte nicht gegeben war.[581] Teilweise wurde trotzdem in diese Richtung argumentiert.[582] Die hieraus resultierende eher uneinheitliche[583] Rechtsprechung hat der Gesetzgeber mit der UWG-Reform im Jahr 2004 als Basis für den neu eingeführten Mitbewerberbegriff bestätigt.[584] Danach liege ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vor, wenn „zwischen den Vorteilen, die jemand durch eine Maßnahme für sein Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die ein anderer dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann."[585]

Dies wird vom *BGH* so ausgelegt, dass der Verletzer sich durch die Handlung im konkreten Fall „in irgendeiner" Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt. Die Grenze sei das bloße Betroffensein im Marktstreben.[586] Ein Absatz gleichartiger Produkte innerhalb desselben Endverbraucherkreises sei nicht erforderlich, es reiche bereits die Wechselwirkung zwischen der Förderung des eigenen Wettbewerbs und der Beeinträchtigung des Fremden.[587] Nach dem *BGH* liegt eine Wechselwirkung nur dann vor, wenn die angebotenen Produkte einen „wettbewerblichen Bezug" zueinander aufweisen,[588] z. B. wenn ein Produkt als Substitut beworben wird.[589] An einem Bezug fehle es hingegen, sofern „jegliches

580 *BGH* NJW 2004, 3032, 3033 – *Werbeblocker I*; GRUR 1985, 550, 552 – *DIMPLE*; für das UWG 2004 und später GRUR 2014, 573, 574 Rn. 17 – *Werbung für Fremdprodukte*; GRUR 2006, 1042, 1043 Rn. 16 – *Kontaktanzeigen*.

581 *BGH* GRUR 1985, 550, 552 – *DIMPLE*, kritisch dazu *Dreyer* GRUR 2008, 123, 125; auch bei *BGH* GRUR 1985, 876 – *Tchibo/Rolex I* fehlt ein übereinstimmender Kundenkreis, kritisch dazu auch *Lettl*, FS Köhler (2014), S. 429, 432.

582 Z. B. verweist *BGH* GRUR 1985, 550, 553 – *DIMPLE* auf die Möglichkeit einer (nicht geplanten) Lizenzvergabe.

583 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 107; kritisch auch *Lettl*, FS Köhler (2014), S. 429, 431 ff.; ablehnend GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 410, 415.

584 Ausführlich zur Gesetzgebungsgeschichte GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 362 ff.; *Dreyer* GRUR 2008, 123, 126.

585 RegE UWG 2004 BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

586 *BGH* GRUR 2014, 1114, 1116 Rn. 32 – *nickelfrei*.

587 *BGH* GRUR 2017, 918, 919 Rn. 16 – *Wettbewerbsbezug*; GRUR 2014, 1114, 1116 Rn. 32 – *nickelfrei*.

588 *BGH* GRUR 2017, 918, 920 Rn. 19 – *Wettbewerbsbezug*.

589 *BGH* GRUR 2014, 1114, 1116 Rn. 33 – *nickelfrei*, unter Verweis auf GRUR 2009, 845, 849 Rn. 40 – *Internet-Videorecorder I*; NJW 2004, 3032, 3033 – *Werbeblocker I*; GRUR 1972, 553 – *Statt Blumen ONKO-Kaffee*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Konkurrenzmoment im Angebots- oder Nachfragewettbewerb fehlt".[590] Als Argument für diese weite Auslegung wird vor allem der lauterkeitsrechtliche Individualschutz angeführt.[591]

Dem stimmt mit Blick auf den expliziten Willen des Gesetzgebers die herrschende Meinung grundsätzlich zu.[592] Ergänzend wird angeführt, dass der wettbewerbliche Bezug sich aus der Eigenart der Produkte oder aus der getroffenen Werbemaßnahme ergeben könne.[593] Ähnliche Ansätze werden dahingehend vertreten, dass ebenfalls eine Sonderbeziehung der Unternehmen zueinander gefordert wird, die z. B. als verdichtete, mit Konkurrenzmoment versehene Wettbewerbsbeziehung,[594] gesteigerte Nähebeziehung[595] oder gegenseitige Beeinflussung der Leistungen[596] definiert werden.

Andere Stimmen wollen hingegen an der Substituierbarkeit festhalten.[597] *Bähr* stellt für eine solche auf die Sicht des Kunden ab, sodass eine Austauschbarkeit beispielsweise durch Werbung begründet werden könne.[598] Danach werden insbesondere Fälle des Anhängens an eine fremde Leistung nicht erfasst, da hier häufig ein Gleichlauf der Interessen vorliege.[599] Demgegenüber betont *Lettl*, dass das UWG im Verhältnis zu Verbrauchern vor allem europäisches Recht umsetze und dieses einen eigenen Mitbewerberbegriff habe, der die Substituierbarkeit[600] voraussetze.[601] Aufgrund der einheitlichen Definition in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG müsse dieser europäische Mitbewerberbegriff grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen Unternehmern Anwendung finden.[602] Deshalb sei auf die gleiche oder umgekehrte Grundfunktion eines Produkts abzustellen.[603] *Beater*

590 *BGH* GRUR 2017, 918, 919 Rn. 16 – *Wettbewerbsbezug*.
591 *BGH* GRUR 2017, 918, 919 Rn. 16 – *Wettbewerbsbezug*; GRUR 2014, 1114, 1116 Rn. 32 – *nickelfrei*.
592 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 109a; *Dreyer* GRUR 2008, 123, 126.
593 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 109a.
594 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 131.
595 *Dreyer* GRUR 2008, 123, 126.
596 *Kiersch,* Adblocking, S. 87 f.
597 MüKoUWG/*Bähr*, UWG Rn. 249; *Beater* WRP 2009, 768, 771; *Lettl*, FS Köhler (2014), S. 429, 436 ff.
598 MüKoUWG/*Bähr*, UWG Rn. 250.
599 MüKoUWG/*Bähr*, UWG Rn. 254.
600 Vgl. *EuGH* GRUR 2007, 511, 513 Rn. 32 – *de Landtsheer*.
601 *Lettl*, FS Köhler (2014), S. 429, 436.
602 *Lettl*, FS Köhler (2014), S. 429, 443.
603 *Lettl*, FS Köhler (2014), S. 429, 437.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tritt dem ähnlich, aber mit anderer Begründung, für eine Verengung des Mitbewerberbegriffs ein, da jetzt – anders als beim UWG 1909 – auch sonstige Marktteilnehmer explizit geschützt seien und so der Begriff des Mitbewerbers nicht mehr „überspannt" werden müsse.[604] Deshalb fragt *Beater* nach der Interessenlage der Marktteilnehmer, ob diese gegenläufige Interessen hätten und nach der „Vernichtung" des anderen strebten.[605]

Gegen den Ansatz von *Beater* ist jedoch einzuwenden, dass die Beteiligten nicht stets auf Vernichtung des anderen und damit im Endeffekt auf eine Monopolstellung hinstreben. Außerdem würde contra legem (und auch im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers)[606] die Klagebefugnis des unmittelbar Verletzten[607] wieder eingeführt.[608] Eine grundsätzlich einheitliche Auslegung hat die Gesetzessystematik auf ihrer Seite, allerdings ist die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung der Wille des Gesetzgebers.[609] Auch ist das Kriterium der gleichen Grundfunktion von *Lettl* nur schwer handhabbar. Vielmehr ist das Abstellen auf das Produkt nach hier vertretener Ansicht nicht zielführend, stattdessen ist die Entscheidung der Marktgegenseite in den Vordergrund zu rücken (dazu sogleich). So ist die Bezugnahme auf die Grundfunktion als entscheidendes Kriterium z. B. für die Konstellation aus dem Urteil *Tchibo/Rolex*[610] kritisch zu sehen, da trotz gleicher Grundfunktion komplett unterschiedliche Verbrauchergruppen angesprochen wurden und eine Substituierbarkeit nicht mehr vorliegt. Gleichzeitig zeigt dieses Beispiel, dass das Merkmal der Substituierbarkeit zu eng ist. Nur mithilfe des weiten Mitbewerberbegriffs können diverse regelungsbedürftige Fälle erfasst werden,[611] dazu sogleich.[612]

Deshalb ist dieser Arbeit grundsätzlich der weite Mitbewerberbegriff in der durch die Rechtsprechung ausgeprägten Form zugrunde zu legen, auch wenn an diesem aufgrund seiner Unbestimmtheit und der daraus folgenden Kasuistik zu Recht Kritik geübt wird. Grundsätzlich liegt damit ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vor, wenn das Produkt des handeln-

604 *Beater* WRP 2009, 768, 771.
605 *Beater* WRP 2009, 768, 773.
606 Vgl. RegE UWG 2004 BT-Drucks. 15/1487, S. 22.
607 So *Beater* WRP 2009, 768, 779.
608 Deshalb ablehnend: GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 423.
609 RegE UWG 2008 BT-Drucks. 16/10145, S. 40; *Dreyer* GRUR 2008, 123, 126; GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 369.
610 *BGH* GRUR 1985, 876 – *Tchibo/Rolex I*: *Tchibo* vertrieb Uhren im *Rolex*-Design für einen Bruchteil des Preises.
611 Z. B. *BGH* GRUR 1985, 876 – *Tchibo/Rolex I*; NJW 1983, 1431 – *Rolls-Royce*.
612 2. Teil § 4 B. II. 3. cc) (S. 136).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Unternehmers einen wettbewerblichen Bezug zum Produkt eines anderen Unternehmers aufweist und mit der Förderung des eigenen Absatzes die Beeinträchtigung des fremden Absatzes einhergehen kann.[613]

II. Hier zugrunde liegendes Verständnis

Die Formeln der herrschenden Meinung zur Bestimmung des Wettbewerbsverhältnisses sind eine gute Basis, bedürfen allerdings weiterer Präzisierung und Erläuterung. Das ergibt sich abstrakt aus dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und konkret aus dem zweistufigen Geschäftsmodell der allowlistenden Werbeblocker. Diese schieben sich erst in klassische Geschäftsbeziehungen, hier Nutzer – Webseitenbetreiber/Werbetreibende, und nutzen diese Position danach durch Vertragsschlüsse mit den so beeinträchtigten Webseitenbetreibern und Werbetreibenden aus, wobei die Nutzerentscheidung – Werbeblocker ja oder nein – zwar zentral ist, Einnahmen jedoch erst auf nachgelagerten Märkten erzielt werden. Diese Mehrschichtigkeit der Beziehungen kann mit klassischen lauterkeitsrechtlichen Termini bisher nur schwer abgebildet werden. Für eine Lösung müssen zuerst die zugrunde liegenden Beziehungen zwischen den Begriffen dargelegt werden.

1. Ausgangspunkt: zwei sich gegenüberstehende geschäftliche Handlungen

Ein Wettbewerbsverhältnis setzt immer zwei miteinander im Wettbewerb stehende (geschäftliche) Handlungen voraus.[614] Das ergibt sich bereits denklogisch aus dem handlungsbezogenen Mitbewerberbegriff. Dieser knüpft für die Mitbewerberstellung an die geschäftliche Handlung des Angreifers an. Für die Mitbewerberstellung wird nun überprüft, ob sich der Anspruchsgegner in den Wettbewerb zu jemand anderem gesetzt hat (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG).[615] Dies wird entweder nach dem engen Mitbewerberbegriff über die Feststellung des gleichen Markts oder über den weiten Begriff mittels Wechselwirkung zwischen Vor- und Nachteil festgestellt,

613 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 109b.
614 Fezer/*Fezer*, UWG § 2 Nr. 3 Rn. 34a; vgl. auch *BGH* GRUR 2014, 393, 395 Rn. 26 – *wetteronline.de*.
615 Vgl. z. B. *BGH* GRUR 2009, 845, 849 Rn. 40 – *Internet-Videorecorder I*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sofern die jeweiligen Produkte einen wettbewerblichen Bezug haben. In beiden Fällen wird demnach vorausgesetzt, dass der angegriffene Unternehmer ebenfalls ein Produkt absetzen (bzw. beziehen) möchte.[616] Auch wenn häufig nur an die zu untersagende Handlung angeknüpft wird, so wird implizit immer das beeinträchtigte Gegenstück thematisiert.[617] Wenn der *BGH* davon spricht, dass das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen im Absatz behindert oder stört,[618] so liegt dem ebenso die Vorstellung von zwei geschäftlichen Handlungen zugrunde. Denn jeder Absatz (bzw. Bezug) setzt voraus, dass eine geschäftliche Handlung und eine geschäftliche Entscheidung der Marktgegenseite erfolgen. Dies zeigen ebenfalls die jeweiligen Definitionen, die umfassend das Marktverhalten abbilden wollen.[619]

Gleichzeitig ist nur so die Erfassung atypischer Konstellationen möglich. Sind z. B. zwei Unternehmen in verschiedenen Branchen tätig und wenden sich nun gleichzeitig an neue, bisher nicht angesprochene Kunden, z. B. indem sie versuchen, ihr Produkt als Mitbringsel[620] zu etablieren, stehen sie allein durch diese geschäftlichen Handlungen auf dem gleichen Markt im Wettbewerb. Hier konstituiert sich der Markt also darüber, an wen sich die beiden geschäftlichen Handlungen wenden.

Dies bedeutet, dass der Unternehmer, der Anspruchsteller ist, ebenso mit seinem Verhalten eine geschäftliche Entscheidung beeinflussen möchte und damit geschäftlich handelt im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Das ergibt sich auch daraus, dass der Mitbewerberbegriff gerade nicht statusbezogen, sondern handlungsbezogen[621] ist. Diese Überlegung mag zwar banal wirken, ist jedoch für eine Analyse der Mitbewerberstellung maßgeblich.

2. Konsequente Fokussierung auf die geschäftliche Entscheidung

Für die Frage, ob zwei Unternehmen zueinander im Wettbewerb stehen, ist statt auf die jeweiligen Produkte auf die jeweils (objektiv) beeinflussten

616 Vgl. zum europäischen Mitbewerberbegriff *EuGH* GRUR 2007, 511, 513 Rn. 31 – *de Landtsheer*.
617 Vgl. nur *BGH* GRUR 2009, 845, 849 Rn. 40 – *Internet-Videorecorder I*.
618 Vgl. nur *BGH* GRUR 2017, 918, 919 Rn. 16 – *Wettbewerbsbezug*.
619 Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG: „jedes Verhalten […]" und Nr. 9: „jede Entscheidung […]".
620 Der Klassiker: *BGH* GRUR 1972, 553 – *Statt Blumen ONKO-Kaffee*.
621 Statt fast aller Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 130.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geschäftlichen Entscheidungen abzustellen. Jede geschäftliche Handlung dient (objektiv) dazu, die geschäftliche Entscheidung der Marktgegenseite zu ändern. Da beide Unternehmen geschäftlich handeln und damit objektiv geschäftliche Entscheidungen zu beeinflussen suchen, bietet es sich an, nicht erst auf den Absatz oder Bezug der Produkte als Folge der Entscheidungen abzustellen, sondern früher in der Ereigniskette auf die beabsichtigten geschäftlichen Entscheidungen selbst.

Wenn nun das angreifende Unternehmen das andere Unternehmen nach klassischer Terminologie in seinem Absatz oder Bezug beeinträchtigt, wirkt es damit nachteilig auf die geschäftlichen Entscheidungen derjenigen ein, bei denen abgesetzt oder bezogen werden soll. Die so beeinflussten Entscheidungen realisieren sich dann in den Beeinträchtigungen des Absatzes oder Bezugs. Es ist demnach anstelle des Absatzes oder Bezugs auf die zugrunde liegende geschäftliche Entscheidung der Marktgegenseite abzustellen.

Die geschäftliche Handlung des Angreifers ist per definitionem[622] (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) geeignet, geschäftliche Entscheidungen zugunsten seines Unternehmens zu beeinflussen. Ist nun die Handlung oder deren potenzielle Auswirkungen auf die geschäftlichen Entscheidungen *zugunsten* des eigenen Unternehmens dazu geeignet, gleichzeitig auf die geschäftlichen Entscheidungen der Adressaten des Angegriffenen *negativ* einzuwirken, so besteht grundsätzlich die für ein Wettbewerbsverhältnis erforderliche gesteigerte Nähebeziehung (zu den konkreten Anforderungen sogleich).

Diese Überlegung hat den Vorteil, dass direkt auf das Ergebnis der Beeinträchtigung abgestellt wird, namentlich auf den Umstand, dass die angesprochenen Marktteilnehmer sich potenziell anders entscheiden. Durch diese erzwungene Klarheit – Bezeichnung der konkret betroffenen Entscheidungen – kann die Mitbewerberstellung sauberer begründet werden. Beide Unternehmen wollen eine bestimmte geschäftliche Entscheidung der Marktgegenseite hervorrufen. Gleichzeitig nähert sich dieses Verständnis dem Kern von Wettbewerb an, nämlich dem Ringen um die Entscheidung der Marktgegenseite, die „Schiedsrichter“[623]. Der daraufhin eintretende Erfolg im Sinne eines steigenden Absatzes oder Bezugs basiert allein auf den Entscheidungen der Marktgegenseite. Deshalb ist unmittelbar auf diese abzustellen. Durch die engere Verzahnung dieser Definitionen

622 Dazu bereits oben, 2. Teil § 4 A. I. (S. 94).
623 Vgl. MüKoUWG/*Sosnitza*, UWG § 1 Rn. 27 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist eine grundsätzliche Kohärenz der Argumentation im konkreten Fall sichergestellt.

3. Anwendung auf den Mitbewerberbegriff

Diese Ergebnisse sollen nun auf die Mitbewerberbegriffe der herrschenden Meinung übertragen werden.

a) Enger Mitbewerberbegriff

Im Rahmen des engen Mitbewerberbegriffs stellt die herrschende Meinung für die Feststellung eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses auf den Absatz (bzw. Bezug) gleichartiger Produkte innerhalb desselben Endverbraucherkreises ab. Die Gleichartigkeit wird als Austauschbarkeit verstanden, was sich aus Sicht des angesprochenen Verkehrs nach Eigenschaften und Zweck bestimmt.[624] Der *EuGH* stellt treffender darauf ab, ob Waren den gleichen Bedürfnissen dienen.[625] Schließlich sind Eigenschaften von Produkten nur insoweit relevant, als dass sie einen Einfluss darauf haben, ob und wie das jeweilige Bedürfnis gedeckt werden kann.

Nach hier vertretenem Verständnis zielen (objektiv) in Fällen des engen Mitbewerberbegriffs beide Unternehmen auf dieselben geschäftlichen Entscheidungen derselben Adressaten dahingehend, dass die Entscheidungen zueinander alternativ sind. Die Alternativität der Entscheidungen ersetzt die Gleichartigkeit im Sinne einer Austauschbarkeit. Aus Sicht des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers bedeutet die Bejahung des einen Geschäfts in der Regel[626] die Verneinung des anderen. Die Entscheidenden werden einen Bedarf zumeist nur einmal decken wollen. Es ist damit zu fragen, ob der Entscheidende eine alternative geschäftliche Entscheidung trifft, was sich nach den Anschauungen des angesprochenen Verkehrskreises bestimmt. Eine alternative geschäftliche Entscheidung liegt insbesondere vor, wenn das Produkt nach Ansicht des Verkehrskreises austauschbar ist. Der Vorteil ist, dass so klar begründet werden muss, ob der jeweils angesprochene Verkehr überhaupt eine geschäftliche Ent-

624 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 137.
625 *EuGH* GRUR 2007, 511, 513 Rn. 30 – *de Landtsheer*.
626 Anders aber u. U. bei „Zusatzprodukten, vgl. dazu unten, 3. Teil § 5 B. II. 2. (S. 318).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

scheidung trifft und gleichzeitig auf die maßgebliche Zielgruppe abgestellt wird.

Das gerade Gesagte gilt für den Absatz gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern. Möchte nun jemand von diesen ein Produkt beziehen (und der Adressat der Handlung damit absetzen), ist für die Alternativität danach zu fragen, ob das Produkt aus Sicht des absetzenden Marktteilnehmers gleich im Sinne von weitgehend identisch ist.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich aber auch, dass für die Alternativität der Entscheidung stets auf den *selben* (typischen Durchschnitts-)Adressaten einer geschäftlichen Handlung abgestellt werden muss. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Entscheidung auch alternativ im hier verstandenen Sinne ist. Die Alternativität erfordert für Entscheidungen über den Bezug von Produkten, dass die möglichen geschäftlichen Entscheidungen sich auf das gleiche Bedürfnis beziehen. Nur so können Entscheidungen in Bezug auf Produkte, deren gleichzeitiger Konsum widersprüchlich ist, aber nicht von einem Wettbewerbsverhältnis erfasst werden sollte, ausgeschieden werden.

Dies gilt z. B. für das Verhältnis zwischen Anwälten und den „Gegnern" ihrer Mandanten (zu dieser Konstellation der Fall *Wettbewerbsbezug*[627]). Wenden sich die Rechtsanwälte – wie die Unternehmen selbst – an Bestandskunden dieser, so würden sich die Bestandskunden logisch „alternativ" zwischen weiteren Leistungen der Unternehmen und der Mandatierung der Anwälte entscheiden. Diese Entscheidungen decken jedoch nicht das gleiche Bedürfnis und können damit kein konkretes Wettbewerbsverhältnis nach dem engen Mitbewerberbegriff begründen.[628]

Dabei ist zu beachten, dass, um einen allgemeinen Wettbewerb um Kaufkraft[629] zu verhindern, der Bezugspunkt der jeweiligen Entscheidungen nicht die Zahlung von Geld sein kann. Andernfalls wäre zu häufig eine Alternativität der Entscheidungen im Sinne einer Austauschbarkeit gegeben. Zwar ermöglicht die gesetzliche Definition der geschäftlichen Entscheidung (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG) mit dem Verweis auf „Zahlung leisten" prinzipiell eine solche Bezugnahme, allerdings würde eine solche das Erfordernis der Mitbewerberstellung ad absurdum führen. Weiterhin ist zu beachten, dass aufgrund der Voraussetzung der Alternativität die

627 *BGH* GRUR 2017, 918, 919 Rn. 18 ff. – *Wettbewerbsbezug*.

628 Zur Verneinung eines weiten Wettbewerbsverhältnisses sogleich, 2. Teil § 4 B. II. 3. b) cc) (S. 136).

629 Dass der bloße Wettbewerb um Kaufkraft nicht ausreicht, ist unbestritten, statt aller Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 130.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Entscheidungen die gleiche Richtung betreffen müssen. Beide Entscheidungen müssen dementsprechend entweder Bezugs- oder Absatzentscheidungen sein. Eine Kombination von Absatz- und Bezugsentscheidungen kann ein konkretes Wettbewerbsverhältnis nicht begründen. Ein Kunde kann nur schwer ein Produkt absetzen und alternativ ein anderes beziehen wollen, geschweige denn, dabei das gleiche Bedürfnis decken.

Es ist davon auszugehen, dass die Ergebnisse in der Praxis fast immer identisch ausfallen werden. Denn werden die gleichen Kunden angesprochen und entscheiden diese sich alternativ, liegt – um es mit der herrschenden Meinung zu sagen – der gleiche sachliche, räumliche und zeitliche Markt vor.

Allerdings führen die Bezugnahme auf die geschäftliche Entscheidung im Rahmen der geschäftlichen Handlung und die Fortführung auf Ebene der Mitbewerberdefinition zu einem anderen Ergebnis in den *Pannenhilfe*-Fällen[630]. Verklagt waren jeweils Abschleppunternehmer, die für den *ADAC* Abschlepparbeiten durchführten. Rief nun ein Autofahrer den *ADAC* an, wurde der Abschleppunternehmer informiert und fuhr dorthin. Dabei war der Unternehmer vom *ADAC* gem. dessen Bedingungen angewiesen, dass die Abschleppleistungen vom *ADAC* (aufgrund bereits bestehender Mitgliedschaft des Autofahrers) nur dann bezahlt werden, wenn niemand anderes für den Vorgang zahlen würde, insbesondere kein solche Vorgänge abdeckender Schutzbrief bei einer Versicherung bestünde. Bestand nun ein Schutzbrief, so klärte der Abschleppunternehmer die Kunden entsprechend auf, erbrachte die Leistung in eigener Verantwortung, ließ sich den Anspruch des Havarierten gegen dessen Versicherung abtreten und setzte die Forderung gegen die Versicherung durch. Die Versicherung begehrte nun Unterlassung dieses Verhaltens des Abschleppunternehmers. Ordnet man dieses als das eines Dritten ein, kommt es auf ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen dem *ADAC* und der Versicherung an. Dazu entschieden die Oberlandesgerichte einheitlich, dass ein solches zwischen der Versicherung und dem *ADAC* nicht vorliege.[631] Die Versicherung sei nicht im Absatz ihrer Leistungen – der Versicherungen – beeinträchtigt und deshalb bestehe kein Wettbewerbsverhältnis zwischen

630 *OLG Jena* GRUR-RS 2018, 1245 – *Pannenhilfe*; *OLG Köln* WRP 2016, 1007 ff. – *Pannenhilfe*; *OLG München* GRUR-RR 2018, 21 ff. – *Pannenhilfe*.

631 *OLG Jena* GRUR-RS 2018, 1245, Rn. 19 – *Pannenhilfe*; *OLG Köln* WRP 2016, 1007, 1008 Rn. 20 – *Pannenhilfe*; *OLG München* GRUR-RR 2018, 21, 22 Rn. 27 – *Pannenhilfe*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ADAC und Versicherung.[632] Auch habe der *ADAC* keine neuen Mitglieder gewonnen, sodass dessen Absatz nicht gefördert worden sei.[633]

Aufgrund der hier vertretenen Konzeption ist ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen *ADAC* und Versicherung hingegen zu bejahen. Maßgeblich dafür ist die Bezugnahme der geschäftlichen Handlung auf die geschäftliche Entscheidung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG. Diese umfasst neben Entscheidungen über den Abschluss eines Geschäfts auch solche, die sich auf die Ausübung eines vertraglichen Rechts beziehen, worunter auch die Entscheidung zur Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen innerhalb eines bestehenden Vertrags fällt. Damit treffen die Havarierten, die beim *ADAC* und der Versicherung jeweils einen Vertrag haben, eine alternative geschäftliche Entscheidung, konkret von wem sie die Regulierung des Schadens in Anspruch nehmen.

Gegen diese Auslegung spricht auf den ersten Blick, dass § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG bestimmt, dass Mitbewerber Unternehmer sind, die „als Anbieter oder Nachfrager" in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen. Der Wortlaut steht dem hier gefundenem Ergebnis aber aus mehreren Gründen nicht entgegen.

Zuerst gebietet die UGP-Richtlinie für den Bereich B2C ein solches Verständnis, das auch auf den – im Beispiel einschlägigen – Bereich B2B zu übertragen ist. Denn die UGP-RL hat einerseits den Begriff der Geschäftspraxis (dem Pendant der geschäftlichen Handlung) auf Verhalten nach Vertragsschluss erstreckt (vgl. Art. 2 lit. d, k sowie Art. 6 Abs. 1 lit. g UGP-RL) und andererseits die Anspruchsberechtigung der Mitbewerber in Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2 UGP-RL vorgesehen. Eine Beschränkung des Mitbewerberbegriffs auf Verhalten vor bzw. bei Vertragsschluss lässt sich der Richtlinie nicht entnehmen. Die Richtlinie will vielmehr, dass „Mitbewerber" zur Durchsetzung der Verbraucherrechte beitragen,[634] wobei letztere gerade auch nach Vertragsschluss geschützt werden sollen. Damit ist ein Verständnis, das die Mitbewerberstellung des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG auf „Anbieter oder Nachfrager" (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) beschränkt, zumindest im Anwendungsbereich der UGP-RL unionsrechtswidrig. Dement-

632 *OLG Jena* GRUR-RS 2018, 1245, Rn. 19 – *Pannenhilfe*; *OLG Köln* WRP 2016, 1007, 1008 Rn. 19 – *Pannenhilfe*; *OLG München* GRUR-RR 2018, 21, 22 Rn. 27 – *Pannenhilfe*.

633 *OLG München* GRUR-RR 2018, 21, 22 Rn. 28 – *Pannenhilfe*; ähnlich *OLG Jena* GRUR-RS 2018, 1245, Rn. 19 – *Pannenhilfe*.

634 Vgl. Erwägungsgrund 6 S. 1, Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2 UGP-RL.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sprechend sollte der Mitbewerberbegriff in hier vertretener Anknüpfung an die geschäftlichen Entscheidungen bestimmt werden.

Eine Erfassung der *Pannenhilfe*-Fälle könnte prinzipiell auch über eine Abkehr vom Handlungsbezug des Mitbewerberbegriffs – zumindest in B2C-Konstellationen – realisiert werden. Hiergegen spricht allerdings, dass so der Bezug zwischen der konkret beanstandeten Handlung und der Betroffenheit des Unternehmens unter Umständen verloren geht und dadurch schwierige Abgrenzungsfragen zur – bewusst ausgeschlossenen – Popularklage drohen. Dies droht bei der Beibehaltung des handlungsbezogenen Mitbewerberbegriffs und der hier vertretenen Definition nicht. Damit können auch Verhaltensweisen, die geschäftliche Entscheidungen nach Vertragsschluss betreffen, ein konkretes Wettbewerbsverhältnis und damit eine Mitbewerberstellung begründen.

Gilt diese Einbeziehung nun zumindest für die Anspruchsberechtigung im Bereich B2C aufgrund des Unionsrechts, erscheint es mit Blick auf die einheitliche Regelungskonzeption sinnwidrig, den Mitbewerberbegriff zu „spalten" und für den nichtharmonisierten Bereich des B2B enger zu entscheiden. Gerade vor dem Hintergrund, dass der Mitbewerberbegriff bei der Behinderung von anderen Unternehmern weit(er) verstanden wird. Schlussendlich muss das auch gelten, soweit die Mitbewerberstellung Tatbestandsmerkmal ist.

Darüber hinaus beschränkt das konkrete Wettbewerbsverhältnis ohnehin den Kreis der Unternehmer, die als Mitbewerber infrage kommen. Dass Verbraucher (bzw. sonstige Marktteilnehmer) Rechte haben, die sie alternativ gegen zwei Unternehmen geltend machen können, wird nur selten vorkommen. Im Rahmen des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG ist außerdem anerkannt, dass Mitbewerber selbst in ihren Interessen betroffen sein müssen,[635] vgl. auch § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG: „Interessen ihrer Mitglieder".[636] Eine Ausdehnung des Mitbewerberbegriffs droht durch die hier vertretene Auslegung somit nicht.

Damit besteht zwischen zwei Unternehmen ein konkretes Wettbewerbsverhältnis, wenn beide Unternehmen mit ihren geschäftlichen Handlungen auf die gleichen geschäftlichen Entscheidungen einwirken, die Entscheidungen des von beiden angesprochenen Verkehrskreises also alternativ sind. Entscheidend für die Alternativität ist das Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises, ob die beiden Entscheidungen der Deckung des gleichen Bedürfnisses dienen bzw. das gleiche Produkt betreffen.

635 Fezer/*Büscher*, UWG § 8 Rn. 240; MüKoUWG/*Ottofülling*, UWG § 8 Rn. 348.
636 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler/Feddersen*, UWG § 8 Rn. 3.28 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Weiter Mitbewerberbegriff

Während es für den engen Mitbewerberbegriff reichte, den Bezugspunkt – geschäftliche Entscheidung anstelle Produkt – zu ändern, ist für die Modifikation des weiten Mitbewerberbegriffs ein höherer Begründungsaufwand erforderlich.

aa) Übertragung auf den weiten Mitbewerberbegriff

Nach herrschender und auch gesetzlicher Konzeption liegt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vor, wenn das Produkt des handelnden Unternehmers einen wettbewerblichen Bezug zum Produkt eines anderen Unternehmers aufweist und mit der Förderung des eigenen Absatzes die Beeinträchtigung des fremden Absatzes einhergehen kann.[637]

Für die Frage der Beeinträchtigung durch das handelnde Unternehmen geht es hier ebenso um die Einwirkung auf die geschäftliche Entscheidung der durch das beeinträchtigte Unternehmen angesprochenen Verkehrskreise. Dies spiegelt sich bereits in der Äußerung des Gesetzgebers wider, dass die Behinderung von Unternehmen sich stets im Absatz oder Bezug auswirkt.[638] Die Förderung bzw. Beeinträchtigung des Absatzes (bzw. Bezugs) kann ebenso wie für den engen Mitbewerberbegriff[639] auf die geschäftlichen Entscheidungen bezogen werden: Die Förderung von geschäftlichen Entscheidungen für das eigene Produkt kann also mit der Beeinträchtigung von geschäftlichen Entscheidungen bezüglich des fremden Produkts einhergehen.

Schwieriger ist es hingegen, das Merkmal des wettbewerblichen Bezugs der Definition der herrschenden Meinung auf die vorgenommene Präzisierung zu übertragen. Das Merkmal des Wettbewerbsbezugs dient vor allem dazu, die Wechselwirkung zwischen Vor- und Nachteil, die prinzipiell sehr weit verstanden werden kann, einzugrenzen. Der Begriff der Alternativität kann – anders als beim engen Mitbewerberbegriff – nicht fruchtbar gemacht werden. Kennzeichnend für den weiten Mitbewerberbegriff ist, dass die Entscheidungen (bzw. Produkte) gerade nicht austauschbar sind und häufig auch unterschiedliche Gruppen als geschäftlich Entscheidende (Marktgegenseite) angesprochen werden.

637 Dazu oben, 2. Teil § 4 B. I. 2. (S. 119).
638 Vgl. RegE UWG 2008 BT-Drucks. 16/10145, S. 21.
639 Siehe gerade, 2. Teil § 4 B. II. 3. a) (S. 126).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vergleicht man z. B. die Fälle *Tchibo/Rolex*[640] und *Wettbewerbsbezug*[641] miteinander, so werden in beiden Fällen (auch) unterschiedliche Kundenkreise angesprochen, die sich nicht überschneiden. Im ersten Fall verkaufte *Tchibo* Imitate einer *Rolex*-Uhr für ca. 40 DM und nutzte so den Ruf von *Rolex* als Hersteller von Luxusuhren aus. Das konkrete Modell als *Rolex*-Original kostete hingegen zwischen 3.250 DM und 4.650 DM. *Rolex* befürchtete (höchstwahrscheinlich) weniger das Abwandern von Kunden *zu Tchibo* als vielmehr *durch Tchibo* infolge des Verlusts an Exklusivität durch die Imitate. Im Fall *Wettbewerbsbezug* bewarb eine Rechtsanwaltsgesellschaft ihre Leistungen mit Pressemitteilungen zu einem Fondsanbieter und versuchte so, (enttäuschte) Bestandskunden dieses Anbieters als Mandanten zu akquirieren. Gleichzeitig wirkte sie durch die Mitteilungen als Reflex auf potenzielle Neukunden des Fondsanbieters ein. Daneben wurde auch auf die Bestandskunden dahingehend eingewirkt, dass diese keine weiteren Anteile am Fonds zeichnen und stattdessen den Anbieter mithilfe der Rechtsanwaltsgesellschaft verklagen, das ist jedoch insoweit eine Frage des engen Mitbewerberbegriffs (dazu bereits oben[642]), da diese Fälle nicht vom weiten Mitbewerberbegriff erfasst sind (zum Verhältnis sogleich[643]) und hier ausgeklammert bleiben sollen. Beide Unternehmen werden die Einwirkung auf die potenziellen (Neu-)Kunden des anderen Unternehmens nicht beabsichtigt haben – insbesondere profitieren sie nicht davon, obwohl diese „Reflexe" notwendige Folge des eigenen Verhaltens sind.

Zur Behandlung solcher Konstellationen stellt die neuere, zum Fall des Fondsanbieters entwickelte *BGH*-Rechtsprechung auf den wettbewerblichen Bezug zwischen den jeweiligen Produkten ab.[644] Für diesen „etwas nebulösen"[645] Begriff existiert keine Definition, auch der *BGH* nähert sich diesem nur über Fallbeispiele.[646]

Nach hier vertretener Ansicht kommt es aber wie beim engen Mitbewerberbegriff nicht auf die Produkte, sondern auf die jeweiligen geschäftlichen Entscheidungen an. Stets ist entscheidend, dass das Produkt abgesetzt wird bzw. ein gewünschtes bezogen werden kann. Die Produkte stellen vielmehr das Bindeglied zwischen dem Unternehmen und seinem Absatz- oder Bezugsmarkt her. Das Ziel ist, dass der Markt die Produkte abnimmt.

---

640 *BGH* GRUR 1985, 876 – *Tchibo/Rolex I*.
641 *BGH* GRUR 2017, 918 – *Wettbewerbsbezug*.
642 2. Teil § 4 B. II. 3. a) (S. 126).
643 2. Teil § 4 B. II. 3. b) bb) (S. 135).
644 *BGH* GRUR 2017, 918, 920 Rn. 19 – *Wettbewerbsbezug*.
645 So *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487.
646 Vgl. *BGH* GRUR 2017, 918, 920 Rn. 19 – *Wettbewerbsbezug*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Da dieser Markt nur die Summe der geschäftlichen Entscheidungen ist, kommt es im Kern auf die (typisierte) geschäftliche Entscheidung an.[647]

Stellt man nun anstatt auf das Produkt auf die anvisierte geschäftliche Entscheidung und infolgedessen auf die geschäftliche Handlung ab, so ergibt sich Folgendes: Das Verhalten beider Unternehmen steht als geschäftliche Handlung in einem objektiven Zusammenhang (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) mit jeweils einer geschäftlichen Entscheidung der von ihnen angesprochenen Marktteilnehmer. Anders als beim engen Mitbewerberbegriff sind die so beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen nicht alternativ und werden durch *unterschiedliche* Marktteilnehmer getroffen, die aber der gleichen Gruppe von Marktteilnehmern angehören können.

Zwischen diesen beiden geschäftlichen Entscheidungen muss, wie bereits oben angesprochen, ein besonderer Bezug bestehen. Dieser folgt aber nicht aus den jeweiligen Eigenarten der Produkte, sondern aus den Einwirkungen der geschäftlichen Entscheidungen.

Die geschäftlichen Entscheidungen, die der Angreifer *zugunsten* seines Unternehmens zu beeinflussen bzw. bewirken versucht, wirken sich (potenziell) *zulasten* der geschäftlichen Entscheidungen bezüglich des Angegriffenen aus. Während beim engen Mitbewerberbegriff die geschäftliche Handlung des Angreifers auf die geschäftliche Entscheidung zulasten des Angegriffenen einwirkt, wirkt beim weiten Mitbewerberbegriff die durch den Angreifer beeinflusste Entscheidung auf die Entscheidung bezüglich des Angegriffenen ein. Dabei reicht stets die Geeignetheit zur Einwirkung aus, eine tatsächliche Einwirkung ist nicht erforderlich.

Dieser *Entscheidungsbezug* bestimmt sich nach der Verkehrsanschauung des typisierten Adressaten der geschäftlichen Handlung des Angegriffenen. Es ist zu fragen, ob die Entscheidungen der Marktteilnehmer bezüglich des angreifenden Unternehmens dazu geeignet wären, die Entscheidungen der Marktteilnehmer zu beeinflussen, die der angegriffene Unternehmer zu beeinflussen sucht. Dieser Zusammenhang bestimmt sich nach dem objektiven Horizont der Marktteilnehmer. Maßgeblich ist, ob sich diese durch die Entscheidung der vom anderen Unternehmer angesprochenen Marktteilnehmer beeinflussen lassen. So beeinflussten die von *Tchibo* beabsichtigten Entscheidungen zugunsten des Imitats die Entscheidungen der potenziellen *Rolex*-Kunden zulasten des Originals; je mehr geschäftliche Entscheidungen zugunsten von *Tchibos* Imitat ausfallen, desto mehr geschäftliche Entscheidungen fallen zulasten *Rolex* aus. Im Fall der Fondsgesellschaft hingegen beeinflussten die Entscheidungen der Adressaten der

647 Dazu bereits oben, 2. Teil § 4 B. II. 2. (S. 124).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anwälte, der enttäuschten Fondskunden, nicht die Entscheidungen der potenziellen Fondsneukunden (zu beiden und weiteren Fällen ausführlich sogleich[648]).

Die Interpretation des Wettbewerbsbezugs als Entscheidungsbezug hat den Vorteil, dass der Zusammenhang zwischen der geschäftlichen Handlung und der Beeinträchtigung nicht mittelbar über die Eigenschaften der Produkte festgestellt wird. Die Eigenschaften sind lediglich Entscheidungsgrundlage für die angesprochenen Marktteilnehmer. Es wird so direkt an der Quelle für die insoweit relevante Beeinträchtigung, nämlich die (negativ) beeinflussten Entscheidungen der vom Angegriffenen angesprochenen Marktteilnehmer, angesetzt. Beeinträchtigungen des Absatzes (oder Bezugs) setzen stets eine Entscheidung der sonstigen Marktteilnehmer voraus. Inwiefern die Produkte selbst aufeinander einwirken, ist irrelevant und als Abgrenzungskriterium untauglich, wie bereits die „Definition" des Merkmals Wettbewerbsbezug durch bloße Kasuistik zeigt. Gleichzeitig schränkt das Kriterium des Entscheidungsbezugs den Kreis der betroffenen Marktteilnehmer soweit ein, dass eine echte Betroffenheit vorliegt und nicht lediglich eine irgendwie geartete Behinderung für ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ausreicht.

Wie beim engen Mitbewerberbegriff kann eine Bezugnahme – auch nur einer der beiden geschäftlichen Entscheidungen – auf eine Geldzahlung nicht erfolgen. Dies ergibt sich daraus, dass eine grundsätzliche Beeinflussung der Entscheidungen immer vorliegen würde, da geschäftliche Entscheidungen fast immer[649] Auswirkungen auf die persönliche Kaufkraft haben. Dementsprechend würde eine andere geschäftliche Entscheidung ebenso von der Kaufkraftminderung infolge der ersten geschäftlichen Entscheidung beeinflusst werden. Ein solcher Zusammenhang, der nur über die allgemeine Minderung der Kaufkraft funktioniert, kann kein konkretes Wettbewerbsverhältnis begründen.

Allerdings ist es wegen des Wegfalls des Erfordernisses der Alternativität im Gegensatz zum engen Mitbewerberbegriff auch möglich, dass Absatz- und Bezugsentscheidungen zueinander in Bezug stehen, sofern es sich nicht um Geldzahlungen handelt.

Aus dem Abstellen auf den wettbewerblichen *Entscheidungs*bezug ergibt sich folgende Definition: Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmern liegt vor, wenn die durch ihr jeweiliges Verhalten potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen in Bezug zueinan-

---

648 2. Teil § 4 B. II. 3. b) cc) (S. 136).

649 Eine denkbare Ausnahme stellen z. B. Tauschgeschäfte dar.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

derstehen. Dieser Bezug setzt voraus, dass die zugunsten des einen Unternehmers beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen des angesprochenen Verkehrskreises dazu geeignet sind, die geschäftlichen Entscheidungen, die der andere Unternehmer herbeizuführen versucht, negativ zu beeinflussen.

bb) Verhältnis zum engen Mitbewerberbegriff

Für den engen Mitbewerberbegriff beeinflusst das Verhalten des angreifenden Unternehmers die geschäftliche Entscheidung der Marktgegenseite. Auf die gleichen Entscheidenden hat es der beeinträchtigte Unternehmer mit seinem Verhalten abgesehen. Die Alternativität, zu verstehen im Sinne einer alternativen Bedürfnisdeckung, wird dabei mithilfe des gleichen typisierten Durchschnittsadressaten festgestellt, ob durch die jeweiligen Entscheidungen das gleiche Bedürfnis gedeckt wird.

Nun treten beim weiten Mitbewerberbegriff an die Stelle des Verhaltens des angreifenden Unternehmers die Auswirkungen der geschäftlichen Entscheidungen der Marktteilnehmer, zu deren Beeinflussung seine geschäftliche Handlung geeignet ist. Diese Auswirkungen der Entscheidungen beeinflussen jetzt die Entscheidungen der Marktteilnehmer, die der beeinträchtigte Unternehmer zu beeinflussen sucht.[650] Diese Auswirkungen können jedoch nicht beim selben typisierten Durchschnittsadressaten eintreten, da eine „interne" Beeinflussung der Entscheidungen nicht infrage kommt und andernfalls dem (weiten) Mitbewerberbegriff eine uferlose Weite drohen würde.

Allerdings ist es möglich, dass eine scheinbar homogene Gruppe sich durch die (potenziellen) Entscheidungen eines Teils der Adressaten in zwei Gruppen teilt. Dann können Fälle auftreten, in denen die (potenziellen) Entscheidungen der ersten Gruppe geeignet sind, die zweite Gruppe in ihren Entscheidungen zu beeinflussen. Beispiel hierfür ist die dem Urteil *World of Warcraft II*[651] zugrunde liegende Konstellation. Hier vertrieb ein Unternehmen das Computerspiel *World of Warcraft*, bei dem Spieler online gegeneinander antreten. Teil des Spiels ist es u.a., repetitive Aufgaben zu erledigen, um dadurch Vorteile zu erlangen. Das verklagte Unternehmen bot nun sogenannte „Bots" an, die solche Aufgaben automatisiert

650 Zwar drängt sich hier der Begriff des „mittelbaren Wettbewerbsverhältnisses" auf, allerdings ist dieser bereits anderweitig besetzt, vgl. Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG § 2 Rn. 62.

651 *BGH* GRUR 2017, 397 – *World of Warcraft II*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vornehmen. Spieler, die solche Bots entgegen der AGB des Spielevertreibers benutzten, erlangten dadurch Vorteile gegenüber den anderen Spielern, die die Aufgaben selbst erledigten und dadurch nicht so schnell im Spiel vorankamen.[652] Eine Mitbewerberstellung kann man nun mithilfe des weiten Mitbewerberbegriffs dahingehend begründen, dass die potenziellen Entscheidungen der Spieler, die die Bots nutzen (1. Gruppe), dazu geeignet sind, die anderen Spieler ohne Bot (2. Gruppe) negativ in ihrer Entscheidung zugunsten des Spielevertreibers zu beeinflussen. Dies ist keine (abzulehnende) „interne" Beeinflussung, sondern eine solche von verschiedenen Gruppen untereinander.

Gleichzeitig ist für die Bezeichnung der geschäftlichen Handlung wesentlich, dass durch die Bezeichnung der potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidung der Kreis der Adressaten genau bestimmt ist. Das führt dazu, dass ein konkretes Wettbewerbsverhältnis nie über beide Mitbewerberbegriffe gleichzeitig bezüglich der selben Entscheidungen begründet werden kann. Denn entweder ist im Rahmen des engen Mitbewerberbegriffs die Alternativität anhand eines einzelnen Adressaten festzustellen oder es kommt darauf an, wie sich die Entscheidungen verschiedener Adressaten untereinander beeinflussen. Dass ein Verhalten gleichzeitig auf verschiedene Entscheidungen einwirken kann, ist damit jedoch nicht ausgeschlossen.

cc) Erläuterung an Fallbeispielen

Diese Präzisierung des Wettbewerbsbezugs zwischen den Produkten zu einem Entscheidungsbezug führt im Regelfall zu gleichen Ergebnissen in diversen Beispielsfällen.

Im oben angesprochenen Fall *Wettbewerbsbezug*, bei dem eine Rechtsanwaltsgesellschaft enttäuschte Fondskunden als Mandanten zu akquirieren suchte, verneinte der *BGH* zu Recht ein Wettbewerbsverhältnis. Argument des *BGH* war, dass die bloße negative Auswirkung auf das fremde Geschäft nicht ausreiche und ansonsten jeder Anwalt, der gegen den Unternehmer vorginge, Mitbewerber wäre, sodass der Wettbewerbsbezug der Leistungen fehle.[653] Präziser hingegen ist das Abstellen auf die jeweils beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen. Der Fondsanbieter möchte neue Kunden akquirieren bzw. Bestandskunden vom Kauf weiterer Anteile überzeugen

652 Zur rechtlichen Beurteilung 4. Teil § 8 A. II. 2. a) (S. 375).
653 Vgl. *BGH* GRUR 2017, 918, 920 Rn. 20 – *Wettbewerbsbezug*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und der Anwalt die Bestandskunden des Fondsanbieters ansprechen. Dabei ist zuerst zu beachten, dass geschäftliche Handlungen nur solche sind, die Entscheidungen *zugunsten* eines Unternehmens beeinflussen.[654] Daraus folgt, dass die Rechtsanwälte durch ihre geschäftliche Handlung (Werbung) allein die Entscheidungen der Bestandskunden (potenziell) *zugunsten* der Mandatierung beeinflussen. Nun ist zu fragen, ob die so (potenziell) beeinflussten Entscheidungen geeignet sind, Bestands- oder Neukunden bei der Entscheidung über den Kauf (weiterer) Fondsanteile *zulasten* des Fondsanbieters zu beeinflussen. Das ist hier zu verneinen. Denn die geschäftlichen Entscheidungen der Bestandskunden haben keine Auswirkungen darauf, wie sich Bestands- oder Neukunden in Bezug auf den Kauf von Anteilen (geschäftlich) entscheiden. Gleichzeitig scheidet eine „interne" Beeinflussung in dem Sinne aus, dass ein Kunde sich durch seine eigene Entscheidung für die Anwälte gegen die Neuanlage entscheidet, weil das eine Frage der Alternativität ist, die aber abschließend vom engen Mitbewerberbegriff erfasst ist.[655] Da oben eine Alternativität der Entscheidungen ausgeschlossen wurde,[656] liegt kein konkretes Wettbewerbsverhältnis vor.

Im Fall *Werbeblocker I* ging es um ein TV-Vorschaltgerät, das in Werbepausen auf einen Sender ohne Werbung umschaltete. Hier begründete die Rechtsprechung ein Wettbewerbsverhältnis vor allem darüber, dass die durch den (kostenpflichtigen) Werbeblocker abgeworbenen Zuschauer letztlich die Werbeeinnahmen schmälerten.[657] Nach hier vertretener Auffassung hat die geschäftliche Entscheidung der Zuschauer für den Werbeblocker direkten Einfluss auf die geschäftliche Entscheidung der Werbetreibenden in Bezug auf die Buchung von Werbezeiten.[658] Insoweit liegt ein wettbewerblicher Entscheidungsbezug vor.

Im Fall *Tchibo/Rolex*[659] lässt sich der Bezug nicht über die konkrete Eigenart der Produkte begründen. Stattdessen folgt der Entscheidungsbezug

654 § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG: geschäftliche Handlung: „jedes Verhalten *zugunsten* des eigenen oder eines fremden Unternehmens" (Hervorhebung durch Verf.).

655 Dazu oben, 2. Teil § 4 B. II. 3. b) bb) (S. 135).

656 2. Teil § 4 B. II. 3. a) (S. 126).

657 Vgl. *BGH* NJW 2004, 3032, 3033 f. – *Werbeblocker I*.

658 Dazu auch unten, 2. Teil § 4 B. III. 2. c) bb) (3) (S. 152), daneben kommt ein Wettbewerbsverhältnis nach dem engen Mitbewerberbegriff nicht infrage, da die Nutzer sich nicht alternativ zwischen Werbeblocker und dem Produkt Fernsehen entscheiden.

659 *BGH* GRUR 1985, 876 ff. – *Tchibo/Rolex I*, dazu auch gerade, 2. Teil § 4 B. II. 3. b) aa) (S. 131).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

daraus, dass die Entscheidungen der *Tchibo*-Kunden für diese Uhr – und die damit einhergehende Verbreitung dieses für *Rolex* typischen Designs – dazu geeignet waren, dass die von *Rolex* angesprochenen Kunden sich aufgrund des Exklusivitätsverlusts nicht mehr für *Rolex* (geschäftlich) entschieden hätten. Demgegenüber kommt es nicht auf die Rufausnutzung durch das Verhalten (Angebot) selbst an, weil die dadurch beeinflussten Entscheidungen der (potenziellen) *Rolex*-Kunden nicht *zugunsten*[660] von *Tchibo* beeinflusst worden sind. Es ist also allein auf Beeinflussung der Entscheidungen der *Rolex*-Kunden durch die von *Tchibo* beeinflussten Entscheidungen seiner Kunden abzustellen. Der Bezug ist also auch hier in den Entscheidungen der Kunden zu suchen.

Im Fall *nickelfrei* entschied der *BGH*, dass das Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Lizenzgeber für ein nickelfreies Herstellungsverfahren für Schmuck und einem Produzenten von nur angeblich nickelfreiem Schmuck darüber begründet werde, dass beide Produkte sich aufeinander bezögen und die Beeinträchtigung des Absatzes der Schmuck herstellenden Lizenznehmer sich auf den Absatz des Lizenzgebers auswirke.[661] Nach dem hier zugrunde liegenden Verständnis beeinflussten die Entscheidungen der Verbraucher für den angeblich nickelfreien Schmuck die geschäftlichen Entscheidungen der anderen Schmuckhersteller in Bezug auf den Abschluss (oder die Verlängerung) einer Lizenzvereinbarung. Durch die Entscheidung der Verbraucher für den nur angeblich nickelfreien Schmuck und die darüber drohende Enttäuschung, z. B. durch Hautausschlag, einschließlich einer damit einhergehenden Entwertung des Merkmals „nickelfrei", wurde die Entscheidung der Lizenznehmer beeinflusst. Dies geschah dahingehend, dass die Lizenznehmer aufgrund der Entwertung des Merkmals „nickelfrei" weniger zu zahlen bereit gewesen wären bzw. den Vertragsschluss ganz unterlassen hätten.

Nach hier vertretener Ansicht liegt im Fall *Fremdprodukte* – wie auch vom *BGH* angenommen[662] – kein Wettbewerbsverhältnis vor. Die Klägerin, Betreiberin einer Webseite für Reisedienstleistungen, hatte unter einer eigenen Überschrift Werbung von einem Internetversandhändler für Bücher derart eingebunden, dass dort diverse Bücher zum Thema Reisen und Recht erschienen. Sie erhielt eine „Werbekostenpauschale" für jedes

660 Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG: Es können nur Beeinflussungen zugunsten des eigenen (oder fremden) Unternehmens mit einem Verhalten in einem objektiven Zusammenhang stehen, der für eine geschäftliche Handlung erforderlich ist.

661 Vgl. *BGH* GRUR 2014, 1114, 1116 Rn. 35 – *nickelfrei*.

662 *BGH* GRUR 2014, 573, 574 Rn. 14 – *Werbung für Fremdprodukte*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verkaufte Buch.[663] Sie erhob nun Ansprüche gegen eine Verbraucherzentrale, die ein Buch zum Thema Reisen und Recht vertrieb. Der *BGH* lehnte die Mitbewerbereigenschaft mit der Begründung ab, dass die Webseite dem Internetversandhändler lediglich ein „Schaufenster" für seine Produkte biete.[664] Nach dem hier vertretenen Ansatz fehlt es bereits an einer geschäftlichen Entscheidung der angesprochenen Internetnutzer zugunsten der Webseite in Bezug auf die vertriebenen Bücher. Die Nutzer entscheiden sich beim Kauf eines solchen Buches über den Link für den werbenden Internetversandhändler. Damit kommt als durch das Verhalten der Webseite beeinflusste geschäftliche Entscheidung lediglich der Abschluss des Werbevertrags mit dem Internetversandhändler in Betracht. Diese Entscheidung für den Werbevertrag wird durch das Angebot von Büchern durch die Verbraucherzentrale nicht beeinflusst. Damit fehlt es an einem wettbewerblichen Entscheidungsbezug.

Im Fall von allowlistenden Werbeblockern, soweit sie sich – anders als in diesem Abschnitt – an die Werbetreibenden und Webseitenbetreibern wenden, muss differenziert werden, wer Adressat der geschäftlichen Handlung ist. So stehen lediglich die Webseitenbetreiber, sofern die Werbetreibenden angesprochen werden, zu den Werbeblockerbetreibern in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis. Dieses Ergebnis hat insbesondere Auswirkungen im Rahmen der Anspruchsberechtigung (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG), da eine solche lediglich bezüglich der Untersagung der Handlung gegenüber den Werbetreibenden besteht.[665]

Deshalb ist dem konkreten Wettbewerbsverhältnis im Rahmen des weiten Mitbewerberbegriffs folgendes Verständnis zugrunde zu legen: Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmern liegt vor, wenn die durch ihr jeweiliges Verhalten potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen in Bezug zueinanderstehen. Dieser Bezug setzt voraus, dass die zugunsten des einen Unternehmers beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen des angesprochenen Verkehrskreises dazu geeignet sind, die geschäftlichen Entscheidungen, die der andere Unternehmer herbeizuführen versucht, negativ zu beeinflussen.

---

663 Zum Sachverhalt *BGH* GRUR 2014, 573 – *Werbung für Fremdprodukte*.

664 *BGH* GRUR 2014, 573, 574 Rn. 18 – *Werbung für Fremdprodukte*.

665 Dazu ausführlich unten, 3. Teil § 5 B. II. 2., 3. (S. 318); anders offenbar *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1084 f. Rn. 33 – *Adblock Plus*; ohne Thematisierung, aber mangels Bejahung eines Verstoßes nicht per se erforderlich, *BGH* GRUR 2018, 1251, 1253 Rn. 18, 1257 Rn. 58 – *Werbeblocker II*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Anwendung auf Werbeblocker

Nun ist zuerst darzustellen, wie bisher die Mitbewerberbegriffe auf Werbeblocker angewendet worden sind (1.), um danach aufzuzeigen, wie die gerade formulierten Definitionen anzuwenden sind (2.).

1. Bisherige Anwendung auf Werbeblocker

In diesem Abschnitt soll thematisiert werden, wie die herrschende Meinung ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Webseitenbetreibern und Werbeblockern mit Allowlisting (b) begründet. Zuerst soll auf entgeltliche Werbeblocker im Internet und im Fernsehen (a) eingegangen werden, denn vor allem das erste Werbeblocker-Urteil zur *Fernsehfee* des *BGH*[666] prägt die Debatte. Unter c) werden noch weitere Konstellationen dargestellt, die mit allowlistenden Werbeblockern vergleichbar sind.

a) Kostenpflichtige Werbeblocker

Kostenpflichtige Werbeblocker verlangen ein Entgelt vom Nutzer, verzichten dafür im Gegensatz zu den hier behandelten Werbeblockern auf das Allowlisting. Unter diese Gruppe sind auch Werbeblocker im Fernsehen zu fassen. Argumentativer Ausgangspunkt für die Begründung eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen Werbeblockerbetreibern und Webseitenbetreibern (bzw. Fernsehsendern) ist zumeist das Urteil *Werbeblocker I* zur *Fernsehfee*[667]. Dort wurde entschieden, dass das Wettbewerbsverhältnis daraus folge, dass der Vertreiber der *Fernsehfee* auf dem Markt für Fernsehprogramme dem Fernsehsender gegenübertrete, da sich beide Unternehmen „mit umgekehrter Zielrichtung“[668] an Fernsehkonsumenten wendeten.[669] Eine Minderung der Anzahl an Fernsehzuschauern könne zu einer Minderung der Werbeeinnahmen führen, sodass der Absatz beeinträchtigt sei.[670] Der *BGH* sieht demnach ein Wettbewerbsverhältnis auf dem Markt

666 *BGH* NJW 2004, 3032, 3033 f. – *Werbeblocker I*.
667 Dieser Fernseh-Werbeblocker schaltete bei Werbeblöcken im Fernsehen automatisch auf einen gerade werbefreien Sender.
668 Vgl. auch *Ladeur* GRUR 2005, 559, 560: negative Leistung.
669 *BGH* NJW 2004, 3032, 3033 – *Werbeblocker I*.
670 *BGH* NJW 2004, 3032, 3033 f. – *Werbeblocker I*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für Fernsehprogramme, stellt aber für die Auswirkungen auf den Markt für Fernsehwerbung ab. Im Urteil *Wettbewerbsbezug* wurde das Urteil *Werbeblocker I* zur Erläuterung des Begriffs des wettbewerblichen Bezugs zitiert.[671] Danach hätte der wettbewerbliche Bezug in der Einwirkung auf die Wahrnehmbarkeit der Werbesendungen gelegen.[672]

Die Literatur stimmt den Ausführungen in *Werbeblocker I* zumeist mit ähnlicher Begründung zu.[673] Teilweise wird auch übereinstimmend mit dem Urteil *Wettbewerbsbezug*[674] auf die Bezüge der Produkte zueinander abgestellt.[675] Wird hingegen ein Wettbewerbsverhältnis in Bezug auf Werbeblocker im Fernsehen verneint, so wird zumeist auf die Andersartigkeit der Leistungen abgestellt[676] oder auf die lediglich ergänzende Funktion.[677] Für entgeltliche Internetwerbeblocker werden die Grundsätze des *BGH* übernommen.[678]

671 *BGH* GRUR 2017, 918, 920 Rn. 19 – *Wettbewerbsbezug*.

672 *BGH* GRUR 2017, 918, 920 Rn. 19 – *Wettbewerbsbezug*; vgl. auch NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I*.

673 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 145; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 111 f.; Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG § 2 Rn. 63; UWG-HdB/*Erdmann/Pommerening*, § 33 Rn. 24; *Ernst* ZUM 2004, 751, 755; *Fritzsche* LMK 2004, 192, 193; *Funk/Zeifang* MMR 2004, 665; *Hoeren* EWiR 2004, 1193, 1194; *Ladeur* GRUR 2005, 559, 560; *Lettl*, FS Köhler (2014), S. 429, 441; *Lettl* BB 2005, 1913 f.; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 73 f.; *Kiersch*, Adblocking, S. 94.

674 *BGH* GRUR 2017, 918, 920 Rn. 19 – *Wettbewerbsbezug*.

675 UWG-HdB/*Erdmann/Pommerening*, § 33 Rn. 24; Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG § 2 Rn. 63.

676 *OLG Frankfurt* NJW 2000, 2029 – *Fernsehfee II*; MüKoUWG/*Bähr*, UWG Rn. 253; *Ulrich* EWiR 2000, 47, 48.

677 *LG Frankfurt a. M.* MMR 1999, 613, 614 – *Fernsehfee*; vgl. auch *Beater* WRP 2009, 768, 774.

678 *LG Berlin* K&R 2016, 360, 361; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 41 (juris); *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 363; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 236; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 73 ff.; vgl. auch *Köhler* WRP 2014, 1017, 1019 Rn. 14; *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 29.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) (Allowlistende) Internetwerbeblocker

Zumeist wird eine Austauschbarkeit der Leistungen abgelehnt.[679] Der *BGH* und vor allem Obergerichte haben bei allowlistenden Werbeblockern ein Wettbewerbsverhältnis bejaht und dazu auf die Wechselwirkung verwiesen, die aus der Unterdrückung der Werbung und dem Angebot an den gleichen Nutzerkreis folge.[680] Hiermit folgen die Gerichte nicht so sehr dem ersten Werbeblockerurteil[681], sondern vielmehr dessen Zusammenfassung durch den *BGH* im Urteil *Wettbewerbsbezug*.[682]

Zumeist wird das konkrete Wettbewerbsverhältnis im (direkten) Anschluss an das erste Werbeblockerurteil damit begründet,[683] dass eine wettbewerbliche Wechselwirkung vorliege, da sich beide Unternehmen an die Nutzer durch Werbung finanzierter redaktioneller Gratisangebote wendeten,[684] dadurch der Absatz von Werbeleistungen durch die Webseiten behindert[685] und der Absatz der Allowlist hingegen gefördert werde.[686] Teilweise wird für die Wechselseitigkeit der Märkte auf § 18 Abs. 3a GWB

679 Statt vieler *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 37 – *Adblock Plus*; *Alexander* GRUR 2016, 1089; *Gomille* GRUR 2017, 241, 246; ausführlich *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 140 f.

680 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1253 Rn. 18 – *Werbeblocker II*; *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 612 Rn. 93 f. – *Adblock Plus*; *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1084 Rn. 32 – *Adblock Plus*: Beeinträchtigung des Werbeverhaltens; zustimmend *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487.

681 *BGH* NJW 2004, 3032, 3033 – *Werbeblocker I*.

682 *BGH* GRUR 2017, 918, 920 Rn. 19 – *Wettbewerbsbezug*.

683 *LG Frankfurt a. M.* K&R 2016, 134, 135; GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 484; *Herrmann/Laoutoumai* IPRB 2014, 272, 275; *Hoeren* K&R 2013, 757, 758; *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 698; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 173 f.: wirksamer Individualschutz; ohne Begründung: *LG Köln* BeckRS 2015, 20248 – *Whitelisting*.

684 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1253 Rn. 18 – *Werbeblocker II*; *OLG München* MMR 2017, 756, 758 Rn. 66 – *Whitelisting I*; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 145; *Alexander* GRUR 2016, 1089; *Gomille* GRUR 2017, 241, 246; das betont auch *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 81.

685 *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 67 – *Whitelisting II*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 37 – *Adblock Plus*; *Hoeren* K&R 2013, 757, 758; *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487; *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 29; *Rostam* InTer 2017, 146, 147; *Kiersch,* Adblocking, S. 95, 99.

686 *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 37 – *Adblock Plus*; *Glöckner* ZUM 2018, 844, 848; *Pfeifer* AfP 2016, 5, 8; *Rostam* InTer 2017, 146, 148; *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 29; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 78 f.; vgl. auch *Hoche/Polly* IPRB 2015, 231, 233; zu Ad Injections *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300, 301: Entscheidend sei das Angebot von Werbeflächen.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verwiesen.[687] Ebenso aus dem ersten Werbeblockerurteil entlehnt ist, dass es sich bei Werbeblockern um ein Angebot mit „umgekehrter Zielrichtung" handele.[688]

Köhler stellt inzwischen darauf ab, dass der für ein Wettbewerbsverhältnis erforderliche Wettbewerbsbezug der Leistungen durch die Wahrnehmung der angesprochenen Nutzer hergestellt werde.[689] Vorher lehnte er ein Wettbewerbsverhältnis ab, es fehle an einer Wechselwirkung zwischen Vorteil des Werbeblockerbetreibers und Nachteil des Webseitenbetreibers, da der Werbeblockerbetreiber lediglich die Chancen für den Absatz seines Angebots, dem Allowlisting, erhöhe.[690] Der nach *Köhler* insoweit relevante Vorteil sei erst der Abschluss der Allowlisting-Vereinbarung, der aber auf der geschäftlichen Entscheidung der Webseitenbetreiber beruhe und damit nicht auf derjenigen des durch die geschäftliche Handlung angesprochenen Nutzers.[691] Da der Nutzer eine kostenlose Leistung empfange, entscheide dieser auch nicht geschäftlich im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG.[692] Eine gegebenenfalls zu schließende Schutzlücke sei aufgrund des passgenaueren § 4a UWG nicht gegeben.[693]

Ein Wettbewerbsverhältnis wird teilweise im Anschluss an *Köhlers* zuerst vertretene Ansicht[694] abgelehnt,[695] da es aufgrund der Unentgeltlichkeit am Absatz innerhalb desselben Endverbraucherkreises fehle; der Werbeblockerbetreiber biete allein im Hinblick auf das Allowlisting eine Leistung an.[696] Nach dem *LG München I* findet insbesondere keine Konkurrenz um die Aufmerksamkeit der Nutzer statt. Die Werbung solle gerade

687 *Alexander* GRUR 2017, 1156 f.
688 *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 67 – *Whitelisting II*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 37 – *Adblock Plus*; *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 247; *Kreutz* WRP 2018, 621 Rn. 4; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 231, 81.
689 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 111a; anders *Köhler* GRUR 2019, 123, 127.
690 *Köhler* GRUR 2019, 123, 127.
691 Vgl. *Köhler* GRUR 2019, 123, 127.
692 Vgl. *Köhler* GRUR 2019, 123, 126; dagegen 2. Teil § 4 A. III. 2. (S. 103).
693 *Köhler* GRUR 2019, 123, 127.
694 *Köhler* WRP 2014, 1017, 1019 ff.
695 *LG München I* MMR 2015, 660, 662; BeckRS 2015, 9563, Rn. 152; ohne Bezugnahme ähnlich *Paal* JZ 2016, 681, 683.
696 *Nink* CR 2017, 103, 106; *Paal* JZ 2016, 681, 683.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verhindert werden, die Effekte durch das Allowlisting seien daher ein bloßer Reflex.[697]

Einige Autoren sehen demgegenüber sogar ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Werbeblockerbetreibern und Werbetreibenden, die nach einer Anzeige der Werbung strebten.[698]

c) Weitere vergleichbare Fälle

Im Fall *Mattscheibe* wurde vom *BGH* ein Wettbewerbsverhältnis zwischen einer Produktionsfirma, die für das Fernsehen Sendungen erstellte, und einem Fernsehsender damit begründet, dass beide um Zuschauer im Wettbewerb stünden.[699] Ebenso wurde ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Betreiber eines Internet-Videorecorders und Fernsehsendern angenommen, da beide im Wettbewerb um Zuschauer stünden.[700] In beiden Fällen wurde – anders als im Fall *Werbeblocker I*[701] – nicht auf die Absatzbehinderung gegenüber werbenden Unternehmen eingegangen. Ähnlich der *Fernsehfee* aus dem ersten Werbeblockerurteil bot das jeweils angreifende Unternehmen seine Leistungen nur[702] bzw. teilweise[703] gegen Entgelt an.

2. Bewertung und eigene Ansicht

Das Hauptproblem der Bewertung der Tätigkeit von Werbeblockeranbietern, die sich durch Allowlisting finanzieren, ist die Tätigkeit auf zwei verschiedenen Märkten und besonders die Finanzierung „über Eck“[704]. Dieses zu fassen, fällt der herrschenden Meinung grundsätzlich schwer. Es ist

697 *LG München I* MMR 2015, 660, 662; ebenso – in einem anderen Kontext – einen Wettbewerb um Aufmerksamkeit verneinend *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 265.
698 *Alexander* GRUR 2016, 1089; *Rostam* InTer 2017, 146, 148; *Pfeifer* AfP 2016, 5, 8; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 232.
699 *BGH* GRUR 2000, 703, 706 – *Mattscheibe*.
700 *BGH* GRUR 2009, 845, 849 Rn. 40 – *Internet-Videorecorder I*.
701 Vgl. *BGH* NJW 2004, 3032, 3033 f. – *Werbeblocker I*.
702 *BGH* GRUR 2009, 845, 850 Rn. 56 – *Internet-Videorecorder I*, insoweit aber nicht im Tatbestand enthalten.
703 Vgl. *BGH* GRUR 2000, 703 – *Mattscheibe*: Pay-TV-Sender, der aber die konkret beanstandete Sendung frei verfügbar ausstrahlte.
704 Vgl. *Alexander* NJW 2018, 3620, 3621.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dabei Konsens, dass sich die Unternehmen an die gleichen Kunden bzw. Nutzer wenden. Inwiefern die Unternehmen auf dem gleichen Markt tätig sind oder gar versuchen, eine geschäftliche Entscheidung herbeizuführen, wird – abgesehen von *Köhler*[705] – nicht thematisiert.

Grundsätzlich hat die herrschende Meinung mit der Bejahung eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses recht. Für dieses muss aber nicht auf den weiten Mitbewerberbegriff zurückgegriffen werden, die Unternehmen stehen im direkten Wettbewerb und fallen so unter den engen Mitbewerberbegriff. Die Mitbewerberstellung kann grundsätzlich sowohl über den Bezugs- als auch den Absatzmarkt begründet werden.

a) Geschäftliche Handlung des Webseitenbetreibers

Nach hier zugrunde liegendem Verständnis[706] ist zuerst kurz die geschäftliche Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) des Webseitenbetreibers zu analysieren, da nur so eine Bestimmung der durch die Handlung angesprochenen Verkehrskreise erfolgen kann. Das Verhalten, an das anzuknüpfen ist, ist stets das Anbieten von Inhalten gegen das Ausspielen von Werbung. Damit möchte der Webseitenbetreiber den Nutzer zu einer geschäftlichen Entscheidung dahingehend überzeugen, dass dieser die Webseite gegen den Empfang von Werbung konsumiert und die Einwilligung in den Empfang von Werbung gibt.[707]

Damit handelt der Betreiber einmal auf dem Absatzmarkt für Inhalte im Internet und gleichzeitig auf dem Bezugsmarkt für Aufmerksamkeit[708]. Falsch hingegen wäre es, die Webseite mit Werbung als das Produkt anzusehen.[709] Der Empfang der Werbung ist die Gegenleistung des Nutzers für die Inhalte. Diese Vermittlung des Nutzers lässt sich der Webseitenbetreiber vom Werbetreibenden bezahlen. Das gewünschte Produkt sind allein die nicht werblichen Inhalte.[710]

---

705 *Köhler* WRP 2014, 1017, 1019 Rn. 17 ff.; vgl. auch *Köhler* GRUR 2019, 123, 127.
706 Dazu oben, 2. Teil § 4 B. II. 1. (S. 123).
707 Dass insoweit eine geschäftliche Entscheidung vorliegt, siehe oben, 2. Teil § 4 A. III. 2. (S. 103).
708 Vgl. *Glöckner* ZUM 2018, 844, 846; auch *Ladeur* GRUR 2005, 559, 562: Verwertung der „statistischen Größe" Aufmerksamkeit.
709 So aber *LG Berlin* K&R 2016, 360, 361; vgl. auch *LG Frankfurt a. M.* K&R 2016, 134, 135: mediales Gesamtprodukt; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 44 (juris).
710 Vgl. *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 92 f.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Wettbewerb auf dem Bezugsmarkt

Nach dem engen Mitbewerberbegriff[711] stehen zwei Unternehmen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis, wenn beide Unternehmen mit ihren geschäftlichen Handlungen auf die gleichen geschäftlichen Entscheidungen einwirken, die Entscheidungen des von beiden angesprochenen Verkehrskreises also alternativ sind. Entscheidend für die Alternativität ist das Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises, ob die beiden Entscheidungen der Deckung des gleichen Bedürfnisses dienen bzw. das gleiche Produkt betreffen.

Rechtsprechung und Literatur sind sich weitgehend einig,[712] dass die jeweiligen Produkte nicht austauschbar sind. Dies ist prinzipiell richtig, sofern man Werbeblocker und werbefinanzierte Inhalte im Internet gegenüberstellt. Eine Austauschbarkeit kann man jedoch nicht mit dem Argument begründen, dass das Produkt nicht der Werbeblocker, sondern der Empfang der Webseite ohne Werbung sei, was durch die Leistung des Werbeblockerbetreibers ermöglicht wird. In beiden Fällen bleibt die Webseite (ohne Werbung) das Produkt des Webseitenbetreibers; der insoweit maßgebliche Verkehr sieht keine Austauschbarkeit bzw. Alternativität der angebotenen Leistungen.

Gleichzeitig wird von der herrschenden Meinung angeführt, dass sich beide Unternehmen an den gleichen Kundenkreis wendeten oder auf dem gleichen Markt tätig seien. Teilweise wird für die Begründung dieses Markts auf § 18 Abs. 2a GWB verwiesen. Gerade Letzteres ist inkonsequent, wenn zwar ein übereinstimmender Markt angenommen wird, aber für die Begründung der (Absatz)Behinderung auf den Markt für Werbeleistungen abgestellt wird.

Deshalb ist für die Begründung einer Mitbewerberstellung auf den Bezug abzustellen. Beide Unternehmen möchten die Aufmerksamkeit der Nutzer beziehen und diese durch Weiterverkauf verwerten. Während der Webseitenbetreiber die erworbene Aufmerksamkeit an die Werbetreibenden verkauft, bietet der Werbeblocker den Zugang zur Aufmerksamkeit neben den Werbetreibenden auch den Webseitenbetreibern an.

Dementsprechend ist die Ansicht des *LG München I*[713] abzulehnen, das eine „Konkurrenz um die Aufmerksamkeit der Nutzer" verneint, da das Blocklisting auf die Blockade von Werbung gerichtet sei, nicht jedoch auf

711 Dazu oben, 2. Teil § 4 B. II. 3. a) (S. 126).
712 Nachweise dazu oben, 2. Teil § 4 B. III. 1. b) (S. 142).
713 *LG München I* MMR 2015, 660, 662.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das Ausspielen von Werbung. Auch *Köhler* ist nicht zuzustimmen, der Vorteil besteht bereits in der Installation auf dem Nutzergerät. Allowlistende Werbeblocker finanzieren sich allein durch die Beträge, die Unternehmen zur Aufnahme in die Allowlist zahlen. Mit anderen Worten zahlen Unternehmen dafür, dass der Werbeblocker seine Blockade aufhebt und die per kostenloser Software eingesammelte Aufmerksamkeit – zu seinen Konditionen – wieder freigibt. Die bloße Nutzung des Werbeblockers mit *abgeschalteter* Allowlist hat dementsprechend für das Unternehmen keinen (realisierbaren[714]) Wert.

Gleiches gilt für die Webseiten: Diese streben ebenso danach, Werbeplätze zu verkaufen. Dazu gehen sie mit den Nutzern den formlosen „Deal" ein, dass sie diesen im Tausch gegen die jeweiligen Inhalte Werbung anzeigen dürfen. Wird die Werbung blockiert, ist der Abruf der Seite für die Webseitenbetreiber faktisch wertlos.[715]

Diese Entscheidungen der Nutzer stellen sich als alternativ im Sinne der Definition des konkreten Wettbewerbsverhältnisses dar. Die Nutzer treffen insoweit eine alternative Entscheidung, wem sie die Hoheit über die typischerweise werblich belegten Teile einer Webseite geben. Letztlich ertauschen sie sich die Inhalte bzw. die Softwarenutzung mit der Einwilligung in die Anzeige von Werbung.

Gleichzeitig ist die Gruppe der angesprochenen Nutzer dieselbe: Beide Unternehmen sprechen die Besucher von werbefinanzierten Internetseiten auf das gleiche Produkt, die Verfügungsgewalt über die Aufmerksamkeit, an. Damit kommt es nicht zu einem allgemeinen Wettbewerb um Aufmerksamkeit, vergleichbar mit demjenigen um Kaufkraft.

Für dieses Ergebnis sprechen auch die Entscheidungen *Mattscheibe*[716] und *Internet-Videorecorder I*[717]: In beiden Fällen wurde lediglich auf den „Wettbewerb um Zuschauer" abgestellt. Da für die Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses die jeweils angegriffenen Fernsehsender

714 Natürlich kommt im Falle der nutzerseitigen Deaktivierung der Allowlist ein Zurücksetzen der Einstellungen – ohne Kenntnis der Nutzer – im Zuge eines automatischen Updates in Betracht. Solche „Updates" kamen zwar schon vor, dabei soll es sich jedoch nach insoweit unbestrittenem Vortrag um ein (einmaliges) Versehen gehandelt haben, vgl. *LG München I* BeckRS 2015, 9563, Rn. 178.

715 Man könnte noch darauf abstellen, dass der Abruf Nutzer zum erneuten Besuch, Abschluss eines Abonnements oder der Weiterempfehlung motiviert, aber auch hier muss die Leistung monetarisiert werden: Dies geht nur über Werbeausspielungen oder Bezahlmodelle.

716 *BGH* GRUR 2000, 703, 706 – *Mattscheibe*.

717 *BGH* GRUR 2009, 845, 849 Rn. 40 – *Internet-Videorecorder I*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine geschäftliche Handlung im „Wettbewerb" um Zuschauer vornehmen mussten, ist es nach dem Begriff der geschäftlichen Handlung erforderlich, dass insoweit eine geschäftliche Entscheidung der Zuschauer angestrebt wurde.

Dass durch die Werbeblocker eine geschäftliche Entscheidung der Nutzer angestrebt wird und insoweit ein Wettbewerbsverhältnis zu den Webseitenbetreibern besteht, gilt unabhängig davon, ob sich mit der Allowlist auch an die Werbetreibenden oder nur an die Webseitenbetreiber gewandt wird. Dies folgt zuerst aus dem handlungsbezogenen Mitbewerberbegriff, der jeweils auf die konkrete geschäftliche Handlung abstellt, was hier allein das Angebot an die Nutzer ist. Außerdem spiegelt dies die Blockadeposition in Bezug auf das Produkt Aufmerksamkeit wider. So kann am besten dieser zweistufige Vorgang erfasst werden, bei dem zuerst das Aufkaufen des vom anderen Unternehmen ebenso nachgefragten Produkts Aufmerksamkeit steht, um dann dieses mit Aufschlag an die Konkurrenz abzusetzen. Damit liegt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne des engen Mitbewerberbegriffs vor. Beide Unternehmen versuchen eine alternative geschäftliche Entscheidung darüber zu erreichen, dass die Nutzer ihnen die Aufmerksamkeit überantworten.

Zu beachten ist jedoch, dass der Unterlassungsantrag entsprechend formuliert sein muss: Der Bezug von Aufmerksamkeit ist das die Mitbewerbereigenschaft konstituierende Merkmal, sodass der Antrag auf Unterlassung des Blocklistings auch die Zweckbestimmung, nämlich den Bezug von Aufmerksamkeit bzw. Abschluss von Allowlisting-Vereinbarungen, umfassen muss.

Ein Verbot *kommerziellen* Blocklistings, also unabhängig von der (erforderlichen) Finanzierung, erreicht man so jedoch nicht, da bei entgeltlichen Werbeblockern typischerweise kein Allowlisting angeboten wird und dementsprechend kein Bezug der Aufmerksamkeit stattfindet. Eine Alternativität der Entscheidungen und damit ein Wettbewerbsverhältnis nach dem engen Mitbewerberbegriff scheidet aus. Die geschäftliche Handlung des Blocklistings zu kommerziellen Zwecken – umfassend den Vertrieb zum Zwecke des Allowlistings und gegen Entgelt – kann damit nicht über den engen Mitbewerberbegriff auf dem Bezugsmarkt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis begründen.

Ein Wettbewerb auf dem Bezugsmarkt besteht somit allein für die Handlung des Blocklistings gegenüber Nutzern zum Zwecke des Allowlistings. Die geschäftlichen Handlungen der Webseitenbetreiber und Werbeblockerbetreiber zielen insoweit beide auf die geschäftliche Entscheidung über den Bezug der Aufmerksamkeit durch die Nutzer.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Wettbewerb auf dem Absatzmarkt

Eine Untersagung des Blocklistings zu kommerziellen Zwecken[718] kann so nicht erreicht werden.[719] So könnten Fallgestaltungen nicht erreicht werden, in denen der Werbeblocker ohne das Allowlisting gegen Entgelt angeboten wird. Möchte man jedes kommerziellen Zwecken dienende Blocklisting als zu verbietendes Verhalten erfassen, so wäre aufseiten des Werbeblockerbetreibers nicht auf die davon (potenziell)[720] beeinflussten Entscheidungen über den Bezug der Aufmerksamkeit abzustellen, sondern auf die Entscheidung über das Blocklisting selbst, also über den Absatz der Software und Ermöglichen der Blockade. Dabei ist vorauszusetzen, dass die Entscheidung der Nutzer insoweit geschäftlich im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG[721] ist.

aa) Enger Mitbewerberbegriff

Sofern das Blocklisting zu kommerziellen Zwecken erfolgt, ist dies – vorbehaltlich neuer Geschäftsmodelle – nur gegen den Bezug von Aufmerksamkeit[722] oder klassisch gegen Entgelt denkbar. Dies bedeutet, dass in jedem Fall eine Gegenleistung des Nutzers erfolgt und demgemäß dieser eine geschäftliche Entscheidung trifft, wenn er den Werbeblocker nutzt.

Blickt man auf den Absatzmarkt, so setzt der Werbeblocker seine Software ab und die Webseite ihre Inhalte (gegen Aufmerksamkeit). Diese Entscheidung ist allerdings nicht alternativ, da die Software gerade dazu dient, die Leistung der Webseite zu beziehen, nur ohne Werbung. Letztere gehört nicht zum Produkt Webseite (bzw. Inhalte) und ist dementsprechend als Gegenleistung zu qualifizieren. Ein Abstellen auf die Gegenleistung ist auch nicht möglich, da es sich bei dieser um eine Absatzentscheidung der Nutzer bezüglich der Vergabe ihrer Aufmerksamkeit handelt. Diese kann nicht alternativ zu einer Bezugsentscheidung im Hinblick auf den Werbeblocker sein. Zwar schließen sich diese Entscheidungen letztendlich

718 Vgl. *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 611 Rn. 82 – *Adblock Plus*.
719 Vgl. *OLG Köln* GRUR 2018, 863, 863 Rn. 2 ff. – *Adblock-Plus Ordnungsgeld* zur Reichweite von Unterlassungstiteln im Zusammenhang mit Werbeblockern.
720 Im Sinne einer Eignung zur Beeinflussung, vgl. zur geschäftlichen Handlung oben, 2. Teil § 4 A. I. (S. 94).
721 Zu den Anforderrungen an eine geschäftliche Entscheidung oben, 2. Teil § 4 A. I. (S. 94).
722 Dies erfasst z. B. auch die sog. Ad Injectoren, dazu unten, 3. Teil § 7 (S. 340).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus; es ist jedoch auf die Entscheidungen abzustellen, die beide auf der gleichen Ebene, also auf Absatz *oder* Bezug, liegen. Nach dem engen Mitbewerberbegriff ist somit eine Mitbewerberstellung für das Blocklisting zu kommerziellen Zwecken zu verneinen.

bb) Weiter Mitbewerbergriff

Nach dem weiten Mitbewerberbegriff liegt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmern vor, wenn die durch ihr jeweiliges Verhalten potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen in Bezug zueinanderstehen. Dieser Bezug setzt voraus, dass die zugunsten des einen Unternehmers beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen des angesprochenen Verkehrskreises dazu geeignet sind, die geschäftlichen Entscheidungen, die der andere Unternehmer herbeizuführen versucht, negativ zu beeinflussen.[723]

Möchte man das Blocklisting zu kommerziellen Zwecken gegenüber den Nutzern verbieten, ist das fragliche Verhalten der Vertrieb des Werbeblockers bzw. das Blocklisting selbst. Die geschäftliche Handlung des Blocklistings richtet sich dann darauf, dass sich die Nutzer geschäftlich für die Nutzung des Werbeblockers entscheiden, also eine Nachfrageentscheidung gegenüber dem Werbeblockerbetreiber treffen. Die Gegenleistung an den Werbeblockerbetreiber – entweder Verfügungsgewalt über die Aufmerksamkeit zu Zwecken des Allowlistings oder Entgelt – ist hier nur insoweit relevant, als hierin eine Berührung wirtschaftlicher Interessen der Nutzer liegt, die für eine geschäftliche Entscheidung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG konstitutiv ist.[724]

Auf der anderen Seite ist nun die geschäftliche Handlung des Webseitenbetreibers zu spezifizieren. Das seiner Handlung zugrunde liegende Verhalten muss objektiv darauf gerichtet sein, eine geschäftliche Entscheidung zu beeinflussen, die wiederum selbst von der Entscheidung der Nutzer für den Werbeblocker bei objektiver Betrachtung negativ beeinflusst worden sein könnte.

Hierfür kommen grundsätzlich drei Entscheidungen als im Rahmen der geschäftlichen Handlung (potenziell) beeinflusste in Bezug auf den Webseitenbetreiber infrage:

723 2. Teil § 4 B. II. 3. b) aa) (S. 131).
724 Siehe dazu oben, 2. Teil § 4 A. III. 2. (S. 103).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Die Entscheidung der Nutzer über den Bezug der Inhalte.
2. Die Entscheidung der Nutzer über den Absatz der Aufmerksamkeit.
3. Die Entscheidung der Werbetreibenden über den Bezug der Aufmerksamkeit, die von der Webseite angeboten wird.

(1) Entscheidung der Nutzer über Bezug der Inhalte

Prinzipiell liegt in der Entscheidung der Nutzer über den Bezug der Inhalte eine geschäftliche Entscheidung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG.[725] Diese Entscheidung droht jedoch nicht durch den Bezug der Software negativ beeinflusst zu werden. Denn die Entscheidung für die Inhalte ist unabhängig davon, ob jemand einen Werbeblocker installiert hat. Unter Umständen kann sogar die Entscheidung eher zugunsten der Inhalte ausfallen, da keine Gegenleistung in Form von Werbekonsum erbracht werden muss. Diese Entscheidung kommt somit nicht als Objekt einer Beeinflussung in Betracht.

(2) Entscheidung der Nutzer über den Absatz der Aufmerksamkeit

Die Entscheidung der Nutzer, inwiefern sie dem Webseitenbetreiber Aufmerksamkeit zuwenden, wird durch ihre Entscheidung für den Erwerb des Werbeblockers negativ beeinflusst. Wie oben gezeigt, liegt keine Alternativität im Sinne einer Austauschbarkeit vor, da insoweit nur die Gegenleistung für den Erwerb des Werbeblockers, also die Aufmerksamkeit, mit der Entscheidung der Nutzer für den Absatz der Aufmerksamkeit zugunsten des Webseitenbetreibers austauschbar ist.

Wie oben[726] aber darauf hingewiesen, würde ein insoweit gegebener Entscheidungsbezug den Begriff des Mitbewerbers zu weit ausdehnen. Deshalb muss eine Entscheidung, die zur Beeinflussung einer anderen Entscheidung geeignet ist, immer von einer anderen Person getroffen werden. Das ist hier nicht der Fall. Nur weil Nutzer A sich den Werbeblocker installiert und damit über seine Aufmerksamkeit zugunsten des Werbeblockerbetreibers verfügt, beeinflusst das nicht die Entscheidung des Nutzers B, nun keine Werbung mehr vom Webseitenbetreiber zu empfangen. Diese beiden Entscheidungen können damit keinen Entschei-

725 Siehe dazu 2. Teil § 4 A. III. 3. (S. 115).
726 2. Teil § 4 B. II. 3. b) bb) (S. 135).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dungsbezug im Sinne eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses nach dem weiten Mitbewerberbegriff begründen.

(3) Entscheidung der Werbetreibenden

Die Entscheidung der Werbetreibenden für die Aufmerksamkeit, die von den Webseitenbetreibern in Form von Werbeplätzen angeboten wird, kommt hingegen als geschäftliche Entscheidung mit dem erforderlichen Bezug zur Entscheidung für den Erwerb des Werbeblockers infrage. Diese Konstellation entspricht damit weitgehend den üblichen Fällen für den weiten Mitbewerberbegriff, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die jeweils Entscheidenden unterschiedlichen Märkten zuzuordnen waren.[727]

Dementsprechend kann hier ohne Probleme ein Entscheidungsbezug angenommen werden: Die Werbeblockerbetreiber wirken mit ihrer geschäftlichen Handlung potenziell auf die Entscheidung der Nutzer ein. Dieses (potenzielle) Entscheidungsergebnis – Nutzer verwenden einen Werbeblocker – ist dazu geeignet, sich auf die geschäftliche Entscheidung der Werbetreibenden in Bezug auf die Webseitenbetreiber dahingehend auszuwirken, nun weniger Werbeplätze abzunehmen. Damit besteht ein für das konkrete Wettbewerbsverhältnis konstitutiver Entscheidungsbezug.

d) Situation beim kostenlosen Allowlisting gegenüber kleineren Webseiten

Adblock Plus, der Werbeblocker, auf den sich die momentane Diskussion konzentriert, verlangt für ein Allowlisting erst ab einer bestimmten Anzahl an zusätzlichen Ad Impressions[728] einen Anteil an den Werbeeinnahmen. Vorher ist ein Allowlisting für den Webseitenbetreiber kostenlos. Dies ändert nichts daran, dass die Situation grundsätzlich derjenigen anderer Webseiten ähnelt und die Werbeeinnahmen durch das vorgeschaltete Blocklisting sinken.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob zwischen Werbeblockern und Webseitenbetreibern, die die Schwelle, ab der das Allowlisting entgeltpflichtig ist, nicht erreichen, trotzdem ein konkretes Wettbewerbs-

727 Dazu oben, 2. Teil § 4 B. II. 3. b) (S. 131).
728 Eine Ad Impression bezeichnet jede einzelne Anzeige eines Werbemittels.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verhältnis besteht. *Kreutz* verneint bereits eine geschäftliche Handlung in Fällen, in denen eine Anpassung der Werbung nicht erfolgen muss.[729] Andere hingegen bejahen die Mitbewerberstellung unter Verweis auf die Behinderung auf dem Werbemarkt.[730]

Eine Mitbewerberstellung ist auch für die Webseitenbetreiber, die kein Geld für das Allowlisting zahlen müssen, anzunehmen. Der Werbeblockerbetreiber nimmt zwar kein Geld für das Allowlisting (gegenüber dem Webseitenbetreiber und den entsprechenden Werbetreibenden), allerdings beeinflusst die Entscheidung des Nutzers für den Werbeblocker in gleicher Weise diejenige der Werbetreibenden, keine Werbung zu schalten. *Kreutz*, der bereits eine geschäftliche Handlung verneint, wenn der Webseitenbetreiber seine Werbung nicht anpassen muss – also jede Werbeanzeige auch mit bestehender Allowlisting-Vereinbarung ausgeliefert wird – und dementsprechend zu keiner Mitbewerberstellung kommen kann, geht fehl. Grund dafür ist, dass das Blocklisting gegenüber den Nutzern, welches hier das fragliche Verhalten ist, stets dazu geeignet ist, die Entscheidung der Werbetreibenden zugunsten der Leistung der Webseite negativ zu beeinflussen. Die bloße Eignung ergibt sich hier aus dem faktischen Verbot von dem Werbeblocker nicht genehmer Werbung. Das gilt umso mehr, als der Werbeblockerbetreiber sein Unternehmen fördert, indem er nun die Aufmerksamkeit des Nutzers an größere Webseiten und Werbetreibende verkaufen kann, wenn der Nutzer andere Webseiten besucht.

Damit kann mithilfe des engen Mitbewerberbegriffs und der auch hier vorliegenden Alternativität der Entscheidungen eine Mitbewerberstellung begründet werden. Ebenso liegt ein Entscheidungsbezug im Sinne des weiten Mitbewerberbegriffs zwischen den Entscheidungen der Nutzer bezüglich des Empfangs der Werbung und denen der Werbetreibenden bezüglich des Erwerbs von Werbeflächen beim Webseitenbetreiber vor.

IV. Ergebnisse

Damit ist der Mitbewerberbegriff entsprechend den obigen Ausführungen auszulegen (1.). Dies gewährleistet auch eine nachvollziehbare Begründung der Mitbewerberstellung von Webseitenbetreibern und Werbeblockern (2.).

729 *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 147.
730 *Hoeren* K&R 2013, 757, 758.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Mitbewerberbegriff

Für die Frage der Mitbewerberstellung ist grundsätzlich der herrschenden Meinung zu folgen und dementsprechend sowohl der enge als auch der weite Mitbewerberbegriff anzuerkennen. Allerdings sind die zugrunde liegenden Definitionen mit Blick auf die geschäftliche Entscheidung, die konstitutiv für eine geschäftliche Handlung ist, zu präzisieren.

Das bedeutet für den engen Mitbewerberbegriff, dass zwei Unternehmen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen, wenn beide Unternehmen mit ihren geschäftlichen Handlungen auf die gleiche geschäftliche Entscheidung einwirken, die Entscheidung des angesprochenen Verkehrskreises also alternativ ist. Entscheidend für die Alternativität ist das Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises, ob die beiden Entscheidungen der Deckung des gleichen Bedürfnisses dienen bzw. das gleiche Produkt betreffen.

Demgegenüber liegt nach dem weiten Mitbewerberbegriff ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmern vor, wenn die durch ihr jeweiliges Verhalten potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen in Bezug zueinanderstehen. Dieser Bezug setzt voraus, dass die zugunsten des einen Unternehmers beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen des angesprochenen Verkehrskreises dazu geeignet sind, die geschäftlichen Entscheidungen, die der andere Unternehmer herbeizuführen versucht, negativ zu beeinflussen.

Es ist zu beachten, dass Entscheidungen über die Zahlung eines Entgelts nicht als taugliche Anknüpfungspunkte infrage kommen. Außerdem können nur im Rahmen des weiten Mitbewerberbegriffs Entscheidungen auf Absatz- und Bezugsebene einen Entscheidungsbezug zueinander aufweisen, da im Falle des engen Mitbewerberbegriffs das Kriterium der Alternativität einen Bezug zwischen Absatz- und Bezugsentscheidungen verhindert.

Aufgrund der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte – Alternativität der Entscheidungen bzw. Beeinflussung der Entscheidungen personenverschiedener Adressaten – und der erforderlichen Bezeichnung der geschäftlichen Entscheidung im Rahmen der geschäftlichen Handlung erfassen die Mitbewerberbegriffe unterschiedliche Konstellationen.

Dementsprechend ist die präzise Bestimmung und dementsprechend genaue Bezeichnung der geschäftlichen Handlung mit Blick auf die Mitbewerberstellung unabdingbar. Maßgeblich ist die geschäftliche Entscheidung, diese bildet das zentrale Kriterium für die Frage, inwieweit ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vorliegt.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Anwendung auf Werbeblocker

Da das Verhalten von Werbeblockerbetreibern und Webseitenbetreibern mit verschiedenen geschäftlichen Entscheidungen in einem objektiven Zusammenhang steht, gibt es für die Mitbewerberstellung unterschiedliche Anknüpfungspunkte. In jedem Fall ist das zu verbietende Verhalten das Blocklisting, die konkret beeinflussten Entscheidungen können variieren.

Mithilfe des engen Mitbewerberbegriffs kann ein konkretes Wettbewerbsverhältnis durch Abstellen auf die Entscheidungen der Nutzer, wem sie ihre Aufmerksamkeit überantworten, begründet werden. Diese Entscheidungen sind zueinander alternativ, ob der Werbeblockerbetreiber oder der Webseitenbetreiber die Aufmerksamkeit erhält und monetarisieren kann. Allerdings setzt diese Mitbewerberstellung voraus, dass der Werbeblockerbetreiber ein Allowlisting anbietet, andernfalls beeinflusst dieser keine Entscheidung über die „Weggabe" von Aufmerksamkeit, weil er sie nicht zu beziehen versucht.

Möchte man deshalb das Blocklisting in jedem Fall verbieten, also unabhängig davon, ob dieses dem Allowlisting dient oder ein Entgelt für die Nutzung des Werbeblockers verlangt wird, kann man ein konkretes Wettbewerbsverhältnis nur mithilfe des weiten Mitbewerberbegriffs begründen. Ein für diesen erforderlicher Bezug im Sinne einer negativen Beeinflussung zwischen der Entscheidung der Nutzer für die Installation des Werbeblockers (also für das Blocklisting) kann jedoch nicht zu derjenigen über den (Nicht-)Empfang der Werbung der Webseite hergestellt werden. Insoweit sind die Entscheidungen alternativ und beeinflussen sich nicht gegenseitig im Sinne der Definition.

Solche Fälle erfasst der weite Mitbewerberbegriff nicht, es wird für diesen eine Verschiedenheit der (potenziell) Entscheidenden vorausgesetzt. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis kann somit nur durch die Bezugnahme auf die Entscheidung der Werbetreibenden über den Nichtabschluss von Verträgen über den Bezug von Werbeflächen beim Webseitenbetreiber hergestellt werden.

Um eine präzise Beschreibung des kritisierten Verhaltens zu ermöglichen, soll hier im Weiteren auf die geschäftliche Handlung des Angebots einer Software zum Blocklisting[731] mit entgeltlicher Allowlistingfunktion

731 Die in der Praxis natürlich weiter zu formulieren ist, hier aber aus Gründen der Lesbarkeit unterbleibt, vgl. den Antrag *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1083 – *Adblock Plus*: „[ein Programm] anzubieten, zu bewerben, zu pflegen oder zu vertreiben oder anbieten, bewerben, pflegen oder vertreiben zu lassen […]."

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

an Nutzer abgestellt werden, soweit dieses Verhalten dazu geeignet ist, Nutzer in ihrer geschäftlichen Entscheidung bezüglich der Verwendung des Werbeblockers zu beeinflussen. Im Folgenden wird dieses Verhalten kurz als *Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings gegenüber den Nutzern* bezeichnet.

C. §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG

Die bisherige Diskussion fokussiert sich vor allem auf einen Verstoß durch das Blockieren von Werbung gegen das Verbot der gezielten Behinderung von Mitbewerbern gem. §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG. Gem. § 3 Abs. 1 UWG sind unlautere Handlungen verboten und nach § 4 Nr. 4 UWG handelt unlauter, wer einen Mitbewerber gezielt behindert. Für die Gezieltheit müssen entweder eine Verdrängungsabsicht vorliegen oder in einer Abwägung die Belange des behinderten Mitbewerbers überwiegen.[732] Nach hier vertretener Ansicht ist eine isolierte Beurteilung an den Maßstäben des Lauterkeitsrechts abzulehnen.

I. These

In dieser Arbeit soll gezeigt werden, dass es sich bei dem Streit um Werbeblocker im Wesentlichen um einen urheberrechtlichen Konflikt handelt, der durch die entsprechenden Normen weitgehend abschließend geregelt ist. Diese urheberrechtlichen Normen sind Umsetzungen von durch die InfoSoc-Richtlinie vollharmonisiertem[733] Recht. Der urheberrechtliche Bezug folgt aus den betroffenen Interessen: Die Webseitenbetreiber wollen, dass ihre Inhalte nur mit Werbung genutzt werden, also mit Gegenleistung[734], während Nutzer und Werbeblockerbetreiber die Inhalte bzw. die dadurch generierte Aufmerksamkeit ebenso, aber ohne Leistung an die Webseitenbetreiber, nutzen bzw. verwerten wollen.

Dieser Interessengegensatz zwischen Nutzungs- und Verwertungsinteresse wird durch das Urheberrecht in Ausgleich gebracht. Wie oben ge-

732 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4 Rn. 4.8a f.

733 Zumindest im hier interessierenden Bereich, vgl. zur öffentlichen Wiedergabe *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 34 ff. – *Svensson*.

734 Zum Vorliegen einer Gegenleistung im Rahmen des UWG oben, 2. Teil § 4 A. III. 2. (S. 103).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zeigt, entscheidet das Urheberrecht den Konflikt zwischen Werbeblockern und Webseitenbetreibern zugunsten der Werbeblocker und deren Nutzern. Mit dem Grundsatz, dass im technisch unbeschränkten Einstellen eines Inhalts zugleich eine ebenso unbeschränkte Erlaubnis verbunden ist, sind die urheberrechtlich relevanten Handlungen im Zuge des Abrufs mit Werbeblocker von § 44a Nr. 2 UrhG bzw. durch die schlichte Einwilligung[735] in die öffentliche Wiedergabe gedeckt.[736] Diese Einwilligung erfasst über § 44a Nr. 2 UrhG auch alle Handlungen im Rahmen des sogenannten Element Hidings.[737] Entscheidend ist, dass der Rechtsinhaber stets die Hoheit über die Nutzungen behält. Demgemäß kann dieser jederzeit den Zugang durch Entfernen aus dem Internet unterbinden oder ihn durch technische Beschränkungen begrenzen, indem er z. B. nur einen Abruf der gesamten Webseite inklusive der Werbung ermöglicht. Hierbei sind selbst ausdrückliche Hinweise irrelevant. Gleichzeitig führt eine solche Beschränkung des Rechtsinhabers dazu, dass jede Umgehung eine urheberrechtlich relevante Handlung darstellt – und sofern nicht durch eine Schranke gerechtfertigt – zu Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen gem. § 97 UrhG führt.

Dieser Ausgleich, den das Urheberrecht trifft, ist auf das Lauterkeitsrecht und die Beurteilung von Werbeblockern zwar grundsätzlich zu übertragen, jedoch nicht unbesehen. So unterscheiden sich die Rechtsgebiete nach Schutzzweck, Voraussetzungen und Rechtsfolge voneinander.[738] Insbesondere ermöglicht das Lauterkeitsrecht eine Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls, die im Urheberrecht grundsätzlich nicht erfolgt.[739] Gleichzeitig kann ein Verhalten, das vom (europäischen) Urheberrecht erlaubt wird, mit Verweis auf persönliche oder wirtschaftliche Interessen des Urhebers an den Inhalten bzw. der Kontrolle der Nutzung dieser grundsätzlich nicht durch (nationales) Lauterkeitsrecht verboten werden.[740]

Dieses Spannungsverhältnis, welches Rechtsgebiet maßgeblich ist, soll für Werbeblocker mithilfe von vier Voraussetzungen aufgelöst werden. Deren Zweck ist es insbesondere zu zeigen, dass das Urheberrecht die hier vorliegende Situation grundsätzlich regelt und kein Bedarf für einen

735 Zur Anwendung der schlichten Einwilligung ohne § 44a Nr. 2 UrhG oben, 2. Teil § 3 B. I. 4. (S. 84).
736 Dazu oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82).
737 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (2) (S. 82).
738 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 34 – *Werbeblocker II*.
739 Vgl. *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 698.
740 *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 697.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das Urheberrecht ergänzenden Schutz besteht. Wäre ein Schutz für die Webseitenbetreiber nicht zu erlangen – sei es wegen datenschutzrechtlicher Undurchführbarkeit der notwendigen Erkennung von Nutzern mit Werbeblockern oder fehlenden urheberrechtlichen Schutzansprüchen – käme das Lauterkeitsrecht mit seiner „Schrittmacherfunktion“[741] als „Lückenfüller“ infrage, wie es das bereits historisch häufiger getan hat.[742] Nur mit einer umfassenden Analyse, ob eine Beschränkung des Zugangs einen Schutz nach sich zieht, kann ein Bedürfnis für einen lauterkeitsrechtlichen (Leistungs-)Schutz verneint werden.

Danach ist zu prüfen, inwieweit das Urheberrecht grundsätzliche Vorgaben für lauterkeitsrechtliche Sachverhalte machen kann und nach welchen Maßstäben sich diese richten. Schlussendlich ist die konkrete Anwendung zu prüfen und welche durch Werbeblocker berührten Interessen durch das Urheberrecht geregelt sind bzw. eine abweichende lauterkeitsrechtliche Beurteilung rechtfertigen können.

Dementsprechend müssen folgende Voraussetzungen vorliegen, um die urheberrechtliche Wertung auf die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Werbeblockern übertragen zu können.

I. Werbeblockersperren sind erlaubt. Bevor man überhaupt an die Sperrung von Nutzern denken kann, die keine Werbung empfangen, müssen diese Sperren implementiert werden dürfen. Gegen die vorgelagerte Erkennung von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker werden teilweise datenschutzrechtliche Bedenken angeführt.
II. Schutz der Werbeblockersperren. Das Wertungsgefüge muss auf den Vertrieb von Werbeblockern passen. Das setzt voraus, dass – wie oben gezeigt – einerseits das Einstellen ungeschützter Inhalte zu einer Erlaubnis des Abrufs führt und andererseits beim Vorsehen eines Schutzes urheberrechtliche Abwehransprüche bestehen. Hierzu werden entsprechende Ansprüche der Webseitenbetreiber geprüft.
III. Maßstäbe für die Übertragung der Wertung. Hier ist zu klären, wie das Urheberrecht zum Lauterkeitsrecht steht und inwiefern eine Übertragung stattfinden kann.
IV. Anwendung der urheberrechtlichen Wertung auf Werbeblocker. Nachdem die durch die Richtlinie geregelten Interessen dargestellt worden sind, werden die in der Diskussion bisher behandelten Aspekte eingeordnet, inwiefern sie einen urheberrechtlichen Hintergrund haben. Danach sind die Umstände, die nicht (abschließend)

741 *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 40.
742 Siehe die Beispiele bei MüKoUWG/*Hauck*, Teil I A. Rn. 295.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vom Urheberrecht berücksichtigt werden, darauf zu überprüfen, ob sie als zusätzliche unlauterkeitsbegründende Umstände eine vom urheberrechtlichen Ergebnis abweichende Bewertung rechtfertigen.

II. Werbeblockersperren sind erlaubt

Eine Übertragung der urheberrechtlichen Wertung setzt voraus, dass den Webseitenbetreibern auch eine Sperre ihrer Inhalte für Nutzer mit aktiviertem Werbeblocker erlaubt ist. Nur in diesem Fall können die Webseitenbetreiber die Möglichkeit nutzen, die der *EuGH* mit der technischen Beschränkung als Gegengewicht zur weitgehenden Einwilligung[743] vorgesehen hat.

Eine solche technische Beschränkung muss, damit sie als Alternative taugt, grundsätzlich legal sein. Während bezüglich der grundsätzlichen Rechtmäßigkeit vor dem Hintergrund der urheberrechtlichen Verfügungsbefugnis keine Bedenken bestehen, ist die notwendigerweise vorgelagerte Erkennung rechtlich problematisch. Von verschiedener Seite werden Bedenken aufgrund möglicher Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften vorgebracht.[744] Diese knüpfen zumeist an Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL[745] an, der die Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die bereits im Gerät gespeichert sind, nur gestattet, wenn der betreffende Nutzer seine informierte Einwilligung gegeben hat. Im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)[746] aufgrund der unklaren Reichweite des Verweises in Art. 95 DS-GVO auf die Richtlinie und der mangelhaften deutschen Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL stellen sich diverse Fragen. Es soll

743 Zu dieser oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (a) (S. 71).

744 Vgl. z. B. *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445 ff.; *Nink* CR 2017, 103, 109 f.; *Weiden* GRUR 2017, 256, 257; *Ziebarth* VuR 2018, 257, 258 f.

745 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EG L 201 vom 31.07.2002, S. 37.

746 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. EU L 119 vom 04.05.2016, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auch kurz auf die noch im Gesetzgebungsprozess befindliche ePrivacy-VO eingegangen werden, die die ePrivacy-RL ersetzen soll.

1. Anwendbarkeit der DS-GVO

Die DS-GVO regelt umfassend das Datenschutzrecht in der Europäischen Union. Eine Anwendbarkeit setzt gem. Art. 2 Abs. 1 DS-GVO voraus, dass es sich bei der Information über die Nutzung eines Werbeblockers um ein personenbezogenes Datum im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DS-GVO handelt.

Eine Werbeblockererkennung kann (bisher) nur feststellen, ob ein Browser werbliche Inhalte darstellt, nicht jedoch, ob tatsächlich ein Werbeblocker und erst recht nicht welcher installiert ist.[747] Allerdings lässt die Nichtdarstellung regelmäßig den Schluss zu, dass ein Werbeblocker installiert ist. Grundsätzlich liegt kein Personenbezug des Datums, ob ein Browser werbliche Inhalte darstellen kann, vor, da diesem keine Person zugeordnet werden kann.[748] Ein Personenbezug kann sich nur daraus ergeben, dass weitere Informationen mitgeteilt werden. Ruft ein Nutzer eine Webseite auf, so geschieht das technisch notwendig unter Mitteilung seiner[749] IP-Adresse[750]. Eine darauf basierende Zuordnung zu einer konkreten Person – dem Anschlussinhaber – ist allein dem Access-Provider (Internetanbieter) möglich. Der Webseitenbetreiber (bzw. der für die Datenverarbeitung Verantwortliche) hat grundsätzlich keinen Zugriff auf diese Information. Nach Erwägungsgrund 26 S. 2 DS-GVO müssen jedoch für die Frage der Identifizierbarkeit alle Mittel berücksichtigt werden, die vom Verantwortlichen oder einer anderen Person „nach allgemeinem Ermessen

747 Zur Funktionsweise oben, 1. Teil § 1 B. VII. 1. (S. 58).

748 Vgl. Taeger/Gabel/*Arning/Rothkegel*, DS-GVO Art. 4 Rn. 27.

749 Dabei ist es jedoch grundsätzlich möglich, sich z. B. hinter einem Virtual Private Network (VPN) zu „verstecken", in diesem Fall wird nur die IP-Adresse des VPN mitgeteilt; ein VPN ist ein virtuelles Netzwerk, das eine Kommunikation entsprechend der innerhalb eines lokalen Netzwerks ermöglicht, sodass – wie bei typischen lokalen Netzwerken – die Kommunikation mit dem Internet über einen „Ausgangsserver" stattfindet, sodass nur dieser nach außen tritt; vgl. zum Begriff Auer-Reinsdorff/Conrad/*Schmidt/Pruß*, § 3 Rn. 317 ff.

750 Eine IP-Adresse ist eine eindeutige Kennung im Internet, über die Nutzer individualisiert werden können; da die Menge an IP-Adressen technisch begrenzt ist, werden diese – zumindest bei Privaten – dynamisch, also wechselnd, vergeben; welcher Nutzer sich hinter der jeweiligen IP-Adresse verbirgt, weiß in diesem Fall nur der Access-Provider; ausführlich Spindler/Schmitz/*Schmitz*, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 51 f.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wahrscheinlich“ genutzt werden können. Wann etwas wahrscheinlich ist, soll gem. S. 3 nach objektiven Kriterien beurteilt werden, insbesondere den Kosten und dem erforderlichen Zeitaufwand.

Einige Autoren verneinen einen Personenbezug des Überprüfungsergebnisses auf Werbeblocker, da die allein mitgeteilte Information, ob das Endgerät Werbung darstelle, auf zu viele Nutzer zutreffe und deshalb kein Personenbezug vorliege.[751] Andere begründen demgegenüber den Personenbezug damit, dass das Gerät mittels der IP-Adresse identifiziert[752] werden könne.[753] Spätestens die Kombination mit den weiteren mitgeteilten Informationen über das Endgerät führe zu einem Personenbezug.[754]

Beiden Ansichten ist zuzugeben, dass es eines weiteren Datums bedarf, über das man den Personenbezug herstellen kann. Hat z. B. eine Registrierung stattgefunden, ist die Verwendung eines Werbeblockers ein personenbezogenes Datum. Schwieriger ist jedoch die Frage, ob die (technisch notwendig) stets mitgeteilte IP-Adresse einen Personenbezug begründen kann.

Der *EuGH* hat in der Sache *Breyer* zur Datenschutz-RL (DS-RL)[755], der Vorgängernormierung zur DS-GVO mit inhaltlich identischen Vorschriften zum Personenbezug,[756] entschieden, dass es grundsätzlich auch Webseitenbetreibern aufgrund rechtlicher Mittel möglich ist, die dynamische IP-Adresse einer Person zuzuordnen, sodass ein Personenbezug gegeben sei.[757] Deshalb wird angenommen, dass, sobald ein Datum mit einer IP-Adresse verknüpft werden kann, grundsätzlich eine Identifizierbarkeit

751 *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 446; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 207.
752 Zur Identifizierung durch die IP-Adresse *EuGH* NJW 2016, 3579, 3581 Rn. 49 – *Breyer/Deutschland*; BeckOK DatenschutzR/*Schild*, DS-GVO Art. 4 Rn. 19 f.
753 *Kiersch,* Adblocking, S. 146 (aber nicht am Maßstab der DS-GVO); *Ziebarth* VuR 2018, 257, 258.
754 *Ziebarth* VuR 2018, 257, 259.
755 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31.
756 Gola/*Gola*, Art. 4 Rn. 1.
757 *EuGH* NJW 2016, 3579, 3581 Rn. 49 – *Breyer/Deutschland*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gegeben ist.[758] Teilweise wird eine solche bereits beim bloßen Device-Fingerprinting[759] angenommen.[760]

Demgegenüber verneinen andere für Cookies und Methoden des Device-Fingerprintings im Regelfall eine Identifizierbarkeit,[761] obwohl Daten aus dem Endgerät und die IP-Adresse mitgeteilt werden. Das wird vor dem Hintergrund des Urteils des *EuGH* so gerechtfertigt, dass der Personenbezug je nach Kontext zu bestimmen sei: Im vom *EuGH* entschiedenen Fall wurden die IP-Adressen zur Abwehr und Nachverfolgung von Cyberattacken gespeichert und daraus folgten die rechtlichen Möglichkeiten zur Herausgabe der Daten beim Access-Provider. Dient die Speicherung jedoch allein der Nutzungsverfolgung, so fehle es an einem Zweck, der auf die potenzielle Identifizierung und damit Personalisierung der Nutzer gerichtet ist.[762]

Differenzierte man also nach dem Zweck der Datenerhebung bzw. den damit einhergehenden Möglichkeiten, kommt es darauf an, ob die Webseitenbetreiber Auskunft vom Provider erlangen können. Entscheidend hierfür sind vor allem die nationalen Erkenntnismöglichkeiten.[763] Im Falle des Aufrufs mit Werbeblocker kommt ein Anspruch auf Auskunft nur wegen einer Urheberrechtsverletzung infrage, wenn der Nutzer eine Sperre umgeht und so gegen § 16 UrhG und § 95a Abs. 1 UrhG verstößt.[764] Ob der Webseitenbetreiber die Daten zu diesem Zweck speichert, ist von der konkreten Ausgestaltung abhängig, allerdings liegt eine solche Speicherung nicht völlig fern.

---

758 Vgl. BeckOK DatenschutzR/*Schild*, DS-GVO Art. 4 Rn. 20; Ehmann/Selmayr/*Klabunde*, DS-GVO Art. 4 Rn. 18; Kühling/Buchner/*Klar/Kühling*, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 36.

759 Beim Device-Fingerprinting errechnet ein Algorithmus für das jeweilige Endgerät anhand bestimmter, vom Browser mitgeteilter Parameter (u. a. Bildschirmauflösung, Browserversion) einen eindeutigen Wert, über den eine Wiedererkennbarkeit des Geräts zur Profilbildung möglich ist, dazu oben, 1. Teil § 1 B. III. 3. (S. 46).

760 Simitis/Hornung/Spiecker/*Karg*, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 52.

761 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/*Buchholtz/Stentzel*, Art. 4 Nr. 1 Rn. 19; Spindler/Schmitz/*Schmitz*, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 59; Taeger/Gabel/*Arning/Rothkegel*, DS-GVO Art. 4 Rn. 38; *Hanloser* ZD 2019, 264, 265.

762 Taeger/Gabel/*Arning/Rothkegel*, DS-GVO Art. 4 Rn. 38; unter Berufung auf *BGH* NJW 2017, 2416, 2418 Rn. 26; vgl. auch Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/*Buchholtz/Stentzel*, Art. 4 Nr. 1 Rn. 19; Spindler/Schmitz/*Schmitz*, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 53 f., 59.

763 *EuGH* NJW 2016, 3579, 3581 Rn. 47 – *Breyer/Deutschland*.

764 Ausführlich sogleich, zu § 16 UrhG siehe 2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229) und zu § 95a Abs. 1 UrhG siehe 4. Teil § 8 B. (S. 381).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Als Basis für eine Auskunft gegen den Provider kommt ein Anspruch gem. § 101 Abs. 2 Nr. 3 UrhG infrage. Hiergegen spricht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gem. § 101 Abs. 4 UrhG, der zwar im Regelfall eine Auskunft nicht verhindert,[765] hier aber aufgrund des niedrigen Schadens von zumeist deutlich unter einem Euro pro Verstoß[766] Bedenken begründet. Darüber hinaus könnte man gegen den Auskunftsanspruch ein treuwidriges Verhalten ins Feld führen, wenn nicht gar eine erteilte Einwilligung: Für eine Rechtsverfolgung ist erforderlich, dass der Webseitenbetreiber die Verwendung eines Werbeblockers erkennt. Hat der Webseitenbetreiber den Werbeblocker aber erkannt, so kann er zumeist unproblematisch gleich die Webseite sperren. Allerdings ist für eine Verletzung des § 16 UrhG erforderlich, dass die Nutzer grob fahrlässig oder in Kenntnis handeln,[767] sodass die Anwendung des § 242 BGB wohl abzulehnen ist.[768] Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, die Daten zu speichern und dann mit den bei den Werbetreibenden abgerufenen werblichen Inhalten abzugleichen. Diese Möglichkeit kann im Nachhinein realisiert werden. Damit ist ein Anspruch auf Herausgabe von Daten gem. § 101 Abs. 2 Nr. 3 UrhG gegen den Access-Provider zumindest nicht ausgeschlossen, sodass eine tatsächliche Möglichkeit zur Ermittlung der IP-Adresse besteht. Gleichzeitig begehen Nutzer, die trotz Werbeblocker eine insoweit gesperrte Webseite aufrufen, unter bestimmten Umständen gem. § 106 Abs. 1 UrhG eine Straftat. Im Zuge dieser Ermittlungen besteht ebenso die Möglichkeit, die Daten des Nutzers vom Access-Provider zu erhalten. Da eine Ermittlung möglich ist, liegt auch nach der Ansicht, die auf den Zweck der Erhebung des Datums abstellt, ein personenbezogenes Datum vor.

Damit liegt grundsätzlich ein Personenbezug des Datums in Verbindung mit der Mitteilung der IP-Adresse vor. Der – allein messbare[769] – Nichtempfang der Werbung beruht im Regelfall nicht auf technischen Begebenheiten, sondern auf einer freiwilligen Entscheidung des Nutzers. Im Zusammenhang mit den ohnehin mitgeteilten Informationen[770] (IP-Adresse, Endgerät, Browser) lässt dies weitere Rückschlüsse auf den Nutzer zu. Es kann keinen Unterschied machen, ob ein Datum in der Verfügungssphäre des Webseitenbetreibers vorgehalten wird oder der Ver-

765 Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 101 Rn. 36.
766 Vgl. zur Vergütung von Werbeanzeigen oben, 1. Teil § 1 B. I. (S. 37).
767 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b), (c) (S. 242).
768 Vgl. 2. Teil § 4 C. III. 3. b) cc) (S. 253).
769 *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 446.
770 Vgl. BeckOK DatenschutzR/*Schild*, DS-GVO Art. 4 Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

arbeitende bei jedem Aufruf Zugriff auf dieses hat. Zu beachten ist aber, dass, schränkt man mit dem *EuGH* nach dem Zweck ein, der Personenbezug des Ergebnisses davon abhängt, inwiefern die Webseitenbetreiber (bzw. die Staatsanwaltschaft) die Daten des Anschlussinhabers erlangen können. Fallen also die urheberrechtlichen Ansprüche mangels Urheberrechtsverletzung oder einer Gesetzesänderung weg, ist auch der Anspruch auf Auskunft gegen den Access-Provider – und damit letztendlich der Personenbezug – nicht gegeben.

Es handelt sich somit um personenbezogene Daten im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DS-GVO, sodass gem. Art. 2 Abs. 1 DS-GVO die Datenschutz-Grundverordnung Anwendung findet.

2. Verweis auf die ePrivacy-RL

Zwar ist die DS-GVO anwendbar, allerdings verweist diese in Art. 95 DS-GVO auf die ePrivacy-Richtlinie. Gem. Art. 95 DS-GVO dürfen natürlichen oder juristischen Personen keine weitergehenden Pflichten in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union als solche in der ePrivacy-RL auferlegt werden, sofern diese dasselbe Ziel wie in der DS-GVO verfolgen. Der dazugehörige Erwägungsgrund 173 DS-GVO will die DS-GVO auf alle Pflichten anwenden, die nicht in der ePrivacy-RL geregelt sind. Damit zeigt die Norm, dass Art. 95 DS-GVO nicht das Schutzniveau der DS-GVO nach oben beschränken soll, und statuiert die grundsätzliche Unanwendbarkeit der DS-GVO, soweit auf die (zielgleichen) Regelungen der ePrivacy-RL verwiesen wird.[771] Deshalb findet die DS-GVO auf in der ePrivacy-RL geregelte Sachverhalte keine Anwendung und es gilt weiterhin das die Richtlinie umsetzende nationale Recht. In Bezug auf Werbeblocker ist demnach anstelle des Erlaubnistatbestands der Datenschutz-Grundverordnung (Art. 6 Abs. 1 DS-GVO) aufgrund des Verweises in Art. 95 DS-GVO das nationale Recht anzuwenden, das Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL umsetzt. Dieser enthält grundsätzlich ein Zustimmungserfordernis und könnte hier anwendbar sein.

Das setzt allerdings voraus, dass Art. 95 DS-GVO auf Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL verweist, was teilweise verneint wird (a). Weitere Voraussetzung für

771 Ehmann/Selmayr/*Klabunde/Selmayr*, Art. 95 Rn. 7; Kühling/Buchner/*Kühling/Raab*, DS-GVO Art. 95 Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL aufgrund des Verweises in Art. 95 DS-GVO ist, dass auch tatsächlich Pflichten auferlegt werden (b), das deutsche Recht mithin Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL korrekt umsetzt und damit überhaupt Pflichten für natürliche oder juristische Personen begründen kann.

a) Erfassung von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL

Der Verweis in Art. 95 DS-GVO gibt zum gewissen Grad Art. 3 ePrivacy-RL in der durch die Cookie-RL[772] geänderten Fassung wieder. Art. 95 DS-GVO erfasst die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Gemeinschaft, einschließlich öffentlicher Kommunikationsnetze, die Datenerfassungs- und Identifizierungsgeräte unterstützten. Der von Art. 95 DS-GVO verwendete Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes wird in Art. 2 lit. c Cookie-RL definiert. Danach sind solche „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben; nicht dazu gehören die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie 98/34/EG, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen".

Hieraus wird gefolgert, dass elektronische Kommunikationsdienste nicht das Internet als Medium meinten und demgemäß der Verweis in

772 Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. EU L 337 vom 18.12.2009, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 95 DS-GVO Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL nicht erfasse,[773] sodass insoweit die Regelungen der DS-GVO gelten würden.

Nach der Gegenansicht verweist Art. 95 DS-GVO auch auf Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL,[774] welcher unstreitig für internetbasierte Dienste gilt.[775] Diese Ansicht führt Erwägungsgrund 173 DS-GVO an, der die Anwendung der DS-GVO „für alle Fragen des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten" anordnet, soweit diese Ziele nicht in der ePrivacy-RL geregelt seien, und so eine umfassende Geltung der ePrivacy-RL voraussetzt.[776]

Letzterer Ansicht ist zuzustimmen. Dem Verweis auf den scheinbar begrenzten Anwendungsbereich ist neben dem Erwägungsgrund 173 DS-GVO entgegenzuhalten, dass bereits in der ePrivacy-RL selbst der Anwendungsbereich gleich dem des Art. 95 DS-GVO beschrieben wird. So sieht Art. 3 ePrivacy-RL vor, dass die Richtlinie für die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen, einschließlich öffentlicher Kommunikationsnetze, die Datenerfassungs- und Identifizierungsgeräte unterstützen, Anwendung finde. Art. 95 DS-GVO gibt damit lediglich den Anwendungsbereich der ePrivacy-RL wieder, der unstrittig auch Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL erfasst. Dies muss dann ebenso für die Reichweite des Verweises nach Art. 95 DS-GVO gelten.[777]

Weiterhin spricht Art. 21 Abs. 5 DS-GVO für einen umfassenden Verweis auf die ePrivacy-RL, wenn dieser die Ausübung des Widerspruchsrechts für Dienste der Informationsgesellschaft mittels automatisierter Verfahren ungeachtet der ePrivacy-RL zulässt. Solche Dienste stellen zumeist Internetangebote dar,[778] demgemäß werden häufig „Do-not-track"-Einstel-

773 HK-DSGVO/BDSG/*Richter*, DS-GVO Art. 95 Rn. 3, 10; Plath/*Hullen/Roggenkamp*, TMG Einl. Rn. 10, § 15 Rn. 2; Simitis/Hornung/Spiecker/*Karg*, DS-GVO Art. 95 Rn. 5 ff., 21.

774 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/*Böhm*, Art. 95 Rn. 6; Gola/*Piltz*, Art. 95 Rn. 6; Spindler/Schmitz/*Schmitz*, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 11; Taeger/Gabel/*Taeger*, DS-GVO Art. 95 Rn. 7, 21; vgl. auch Plath/*Jenny*, DS-GVO Art. 95 Rn. 8.

775 Für eine Anwendung vgl. nur *EuGH* MMR 2019, 579, 583 Rn. 88 ff. – *Fashion ID*; *BGH* GRUR 2018, 96, 98 Rn. 14 f. – *Planet49*; Spindler/Schmitz/*Schmitz*, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 65.

776 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/*Böhm*, Art. 95 Rn. 6; Gola/*Piltz*, Art. 95 Rn. 6; Taeger/Gabel/*Taeger*, DS-GVO Art. 95 Rn. 7.

777 Ähnlich Spindler/Schmitz/*Schmitz*, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 11.

778 Kühling/Buchner/*Herbst*, DS-GVO Art. 21 Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lungen für Webbrowser als Beispiel genannt.[779] Diese Ausnahme des nach Art. 95 DS-GVO geltenden Anwendungsvorrangs der ePrivacy-RL ergibt jedoch nur dann Sinn, wenn die ePrivacy-RL insoweit überhaupt anwendbar ist, also der Verweis in Art. 95 DS-GVO auch Regelungen für klassische internetbasierte Dienste erfasst. Aus diesen Gründen verweist Art. 95 DS-GVO auch auf Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, sodass dieser grundsätzlich anwendbar ist.

b) Begründung von Pflichten

Damit die ePrivacy-RL Pflichten begründen kann, muss sie (korrekt) in nationales Recht umgesetzt worden sein.[780] Deshalb ist zu prüfen, welche Regelungsanforderungen Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL in Bezug auf Werbeblocker trifft (aa) und inwiefern diesen im Rahmen des deutschen Rechts genügt wird (bb).

aa) Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL

Nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL ist die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen im Endgerät eines Nutzers nur gestattet, wenn der betreffende Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen seine Einwilligung gegeben hat. In der ursprünglichen Fassung der Richtlinie von 2002 war lediglich ein Widerspruchserfordernis vorgesehen, das jedoch durch Art. 2 Nr. 5 Cookie-RL zum bestehenden Zustimmungserfordernis geändert worden ist.

Lädt der Webseitenbetreiber testweise eine Werbeanzeige und überprüft so das Endgerät auf die Verwendung eines Werbeblockers,[781] so handelt es sich beim Ergebnis dieser Überprüfung – Darstellung von Werbung ja oder nein – um eine Verarbeitung im Sinne des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL,[782] sodass sich das Verhalten der Webseitenbetreiber grundsätzlich an diesem messen lassen muss.

779 Ehmann/Selmayr/*Klabunde/Selmayr*, Art. 95 Rn. 7; Gola/*Schulz*, Art. 21 Rn. 36; Kühling/Buchner/*Herbst*, DS-GVO Art. 21 Rn. 43; Plath/*Jenny*, DS-GVO Art. 95 Rn. 8.

780 Vgl. Sydow/*Sydow*, DS-GVO Art. 95 Rn. 10.

781 Zum Ablauf ausführlich oben, 1. Teil § 1 B. VII. 1. (S. 58).

782 *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 447; *Nink* CR 2017, 103, 109; ebenso die *EU-Kommission*, zitiert nach *Schmidt,* EU-Kommission: Adblocker-Detektoren fallen un-

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Kein Erlaubnistatbestand

Als Erlaubnistatbestand kommt nur Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL infrage, wonach die Erhebung der Information für das Zurverfügungstellen eines „ausdrücklich gewünschten" Dienstes „unbedingt" erforderlich sein muss. Bereits an der Formulierung zeigt sich, dass die Anforderungen sehr hoch sind. Die Information, dass jemand keine Werbung empfängt, ist für das Funktionieren der jeweiligen Webseite nicht erforderlich.[783] Zwar gilt anderes für die Werbung, allerdings ist dieser „Dienst" nicht ausdrücklich erwünscht. Der schlichte Aufruf einer typischerweise werbefinanzierten Webseite begründet keine „Erwünschtheit".

Die Rechtmäßigkeit der Informationserhebung kann man auch nicht damit begründen, dass sie für die finanziellen Grundlagen des Dienstes notwendig ist, da ohne Aussperrung Werbeblocker das Geschäftsmodell bedrohten bzw. die urheberrechtlichen Inhalte schutzlos seien. Es bleibt den Webseitenbetreibern unbenommen, stattdessen eine Einwilligung einzuholen, die eine Überprüfung erlaubt. Dass dadurch (potenzielle) Leser verschreckt werden,[784] ist jedoch hinzunehmen, der Nutzer kann insbesondere dauerhaft einwilligen und das Einwilligungsfenster kann erst nach einer Weile der Benutzung[785] der Webseite auftauchen, sodass die Schwelle zur Versagung der Einwilligung unter Umständen höher ist. Ein Erlaubnistatbestand im Sinne des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL ist nicht einschlägig.

(2) Einwilligung

Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL fordert, wenn keine gesetzliche Erlaubnis gegeben ist, eine Einwilligung, die vor der Datenverarbeitung gegeben werden muss.[786] Nach Erwägungsgrund 32 S. 3 ePrivacy-RL reichen Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen und Untätigkeit nicht aus. Deshalb

---

ter ePrivacy-Richtlinie, https://www.telemedicus.info/article/3085-EU-Kommission-Adblocker-Detektoren-fallen-unter-ePrivacy-Richtlinie.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020); vgl. zum deutschen Recht *Ziebarth* VuR 2018, 257, 259.

783 *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 447; vgl. auch *Keppeler* MMR 2015, 779, 782.

784 *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 449.

785 Die Überprüfung darf aber erst nach Erteilung der Einwilligung erfolgen, vgl. *EuGH* MMR 2019, 579, 584 Rn. 102 – *Fashion ID*.

786 *Szpunar* BeckRS 2019, 3909, Rn. 61 – *Schlussanträge Planet49*; *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 449; vgl. auch *EuGH* MMR 2019, 579, 583 f. Rn. 89, 102 – *Fashion ID*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bedarf es einer aktiven Zustimmung.[787] Lösungen, die die Nutzung der Webseite durch Scrollen ausreichen ließen,[788] sind abzulehnen. Es ist eine eindeutige, bestätigende Handlung zu fordern.

(3) Koppelungsverbot

Die Modalitäten der Einwilligung richten sich aufgrund von Art. 94 Abs. 2 DS-GVO, Art. 2 lit. f ePrivacy-RL nach der DS-GVO,[789] sodass insbesondere Art. 7 Abs. 4 DS-GVO zu beachten ist. Nach diesem ist bei der Frage, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt worden ist, dem Umstand „in größtmöglichem Umfang" Rechnung zu tragen, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind. Darüber hinaus setzt die Freiwilligkeit nach Erwägungsgrund 42 S. 5 DS-GVO voraus, dass die betroffene Person eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden. Dies wird als allgemeines, in der Rechtsfolge relativiertes Koppelungsverbot verstanden.[790]

Koppeln die Webseitenbetreiber die Freigabe der Inhalte an den Empfang von Werbung, werden sie erst recht die vorherige Prüfung auf Verwendung eines Werbeblockers verpflichtend machen, sodass das Koppelungsverbot einschlägig sein kann.

Grundsätzlich liegt beim Abruf von Inhalten gegen den Bezug von Werbung kein Vertrag vor,[791] insbesondere nicht im europäischen Sinne.[792] Allerdings ist diese Situation in Bezug auf die Gefährdung der durch die DS-GVO geschützten Grundrechte und der grundsätzlichen Interessenlage identisch: Eine Leistung setzt in beiden Fällen die vorherige Einwilligung in die Datenverarbeitung voraus.[793] Der Unterschied dabei ist, dass das so abgefragte Datum sich allein auf die Frage bezieht, ob Werbung im Brow-

787 *EuGH* BeckRS 2019, 22831, Rn. 62, 55 – *Planet49*; *Szpunar* BeckRS 2019, 3909, Rn. 69 ff. – *Schlussanträge Planet49*; zur ePrivacy-RL Art. 29 WP, WP 187, S. 12.
788 So noch *Rauer/Ettig* ZD 2014, 27, 31; vgl. auch *Hanloser* ZD 2018, 213, 215.
789 Taeger/Gabel/*Golland*, DS-GVO Art. 95 Rn. 11.
790 BeckOK DatenschutzR/*Stemmer*, DS-GVO Art. 7 Rn. 40.
791 Dazu unten, 4. Teil § 11 A. II. (S. 403).
792 Vgl. auch Erwägungsgrund 25 S. 4 DInh-RL, der den Tausch von Werbung gegen Inhalte bzw. Dienste nicht als Vertrag einordnet.
793 Vgl. *Weiden* GRUR 2017, 256, 257.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ser dargestellt wird. Wie beim Geschäftsmodell „Service gegen Daten" dient das Datum hier ebenfalls allein der Refinanzierung eines (ansonsten) kostenlosen[794] Angebots, wird aber nicht selbst weitergegeben.

Die Reichweite des Kopplungsverbots ist umstritten. Dies hat sich bereits in der Gesetzgebungsgeschichte abgezeichnet. Während das Europäische Parlament für ein absolutes Koppelungsverbot[795] plädiert hat,[796] wurde sich im Trilog[797] auf die endgültige Fassung geeinigt, welche nur noch die „größtmögliche Berücksichtigung" vorsieht.[798] Dieses im Vergleich zum Entwurf des EU-Parlaments abgeschwächte Koppelungsverbot wird dafür von einem sehr scharfen Erwägungsgrund 43 S. 2 DS-GVO flankiert. Dieser lehnt eine Freiwilligkeit für den Fall ab, dass die Einwilligung für die Erfüllung des Vertrags einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung nicht erforderlich ist. Dieser Erwägungsgrund wurde, wie die endgültige Fassung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO, erst im Laufe des Trilogverfahrens eingeführt, sodass man von einem grundsätzlich strengen Koppelungsverbot ausgehen könnte.[799] Dagegen wird teilweise mit Verweis auf die Freiheit des Handelnden eine restriktive Anwendung des Kopplungsverbots gefordert.[800] Einigkeit besteht darin, dass kein absolutes Koppelungsverbot vorliegt.[801]

---

794 Vgl. zur geschäftlichen Handlung 2. Teil § 4 A. III. 2. a) (S. 108).

795 DS-GVO-E 1. Lesung ABl. EU C 378 vom 12.03.2014, S. 428, Art. 7 Abs. 4: „Die Erfüllung eines Vertrags oder die Erbringung einer Dienstleistung darf nicht von der Einwilligung in eine Verarbeitung von Daten abhängig gemacht werden, die für die Erfüllung des Vertrages oder die Erbringung der Dienstleistung nicht im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b erforderlich ist. [Abänderung 101]" und S. 405, Erwägungsgrund 33 S. 4: „Die Einwilligung für die Verarbeitung zusätzlicher personenbezogener Daten, die für die Bereitstellung von Dienstleistungen nicht notwendig sind, sollten für die Verwendung dieser Dienstleistungen nicht verlangt werden.", [Hervorhebungen und Streichungen durch Verf. entfernt].

796 Taeger/Gabel/*Taeger*, DS-GVO Art. 7 Rn. 90.

797 Das Verfahren der Mitentscheidung gem. Art. 294 AEUV, bei dem Europäisches Parlament, Rat und Kommission sich auf einen Kompromiss zu einigen versuchen, vgl. Calliess/Ruffert/*Kluth*, AEUV Art. 294 Rn. 2 ff.

798 Rat der EU, Entwurf der DS-GVO (1. Lesung) vom 28.06.2016, 2012/0011 (COD), S. 89, 20.

799 Vgl. Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/*Gierschmann*, Art. 7 Rn. 62, die von einer widerleglichen Vermutung ausgeht; dagegen Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement*, DS-GVO Art. 7 Rn. 58.

800 Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement*, DS-GVO Art. 7 Rn. 60.

801 Statt fast aller Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/*Gierschmann*, Art. 7 Rn. 64, 62 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In Bezug auf das Geschäftsmodell „Service gegen Daten" wird vertreten, dass solche Dienste grundsätzlich nicht mehr zulässig seien.[802] Häufig wird jedoch eine Ausnahme für den Fall zugelassen, dass der Nutzer sich als Gegenleistung zur Hingabe der Daten verpflichtet, sofern diese Verpflichtung ausreichend transparent gemacht wird, der Dienst beispielsweise nicht als „kostenlos" beworben wird,[803] und keine Monopolstellung[804] vorliege.[805] Sofern die Daten als Gegenleistung dienen, fehle es gerade am Autonomiekonflikt, vor dem Art. 7 Abs. 4 DS-GVO schützen wolle.[806] Ebenso wird eine Ausnahme gemacht, wenn die Nutzer eine Wahl haben, also stattdessen auch zahlen könnten[807] oder bei einem anderen Anbieter eine ähnliche Leistung ohne zusätzliche Daten erhalten würden[808].[809] Die *Art.-29-Datenschutzgruppe* (*Art. 29 WP*)[810] hingegen sieht Fälle, in denen eine gekoppelte Einwilligung wirksam ist, als „absolute Ausnahme" an.[811]

Demgegenüber setzt die Digitale-Inhalte-Richtlinie (DInh-RL)[812] die prinzipielle Rechtmäßigkeit von Geschäftsmodellen, in denen Nutzer Da-

802 Taeger/Gabel/*Taeger*, DS-GVO Art. 7 Rn. 91, aber später einschränkend (Rn. 93); Art. 29 WP, WP 259 rev.01, S. 9.

803 Paal/Pauly/*Frenzel*, DS-GVO Art. 7 Rn. 21; *Buchner* DuD 2016, 155, 158 f.; dagegen Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement*, DS-GVO Art. 7 Rn. 63.

804 Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement*, DS-GVO Art. 7 Rn. 61; *Gola* K&R 2017, 145, 147.

805 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/*Gierschmann*, Art. 7 Rn. 65, 70; Gola/*Schulz*, Art. 7 Rn. 30; Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling*, DS-GVO Art. 7 Rn. 51; *Krohm/Müller-Peltzer* ZD 2017, 551, 554; anders in Bezug auf die Monopolstellung HK-DSGVO/BDSG/*Schwartmann/Klein*, DS-GVO Art. 7 Rn. 47 f.; Paal/Pauly/*Frenzel*, DS-GVO Art. 7 Rn. 21.

806 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/*Gierschmann*, Art. 7 Rn. 70; Sydow/*Ingold*, DS-GVO Art. 7 Rn. 33; *Gola* K&R 2017, 145, 147; vgl. auch Moos/Schefzig/Arning/*Rohwedder*, Kap. 5 Rn. 142; Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement*, DS-GVO Art. 7 Rn. 59.

807 *Krohm/Müller-Peltzer* ZD 2017, 551, 553; Art. 29 WP, WP 259 rev.01, S. 11.

808 So wohl Taeger/Gabel/*Taeger*, DS-GVO Art. 7 Rn. 93; dagegen Art. 29 WP, WP 259 rev.01, S. 11.

809 Moos/Schefzig/Arning/*Rohwedder*, Kap. 5 Rn. 143; Sydow/*Ingold*, DS-GVO Art. 7 Rn. 33.

810 Diese Gruppe ist in Art. 29 DS-RL vorgesehen und besteht aus Vertretern der Kontrollstellen der Mitgliedstaaten für den Datenschutz; die Gruppe gibt unabhängig Empfehlungen zu Themen des Datenschutzes ab, vgl. Art. 30 DS-RL.

811 Art. 29 WP, WP 259 rev.01, S. 10.

812 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. EU L 136 vom 22.05.2019, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten im Tausch gegen eine Leistung bereitstellen, voraus, vgl. Erwägungsgründe 24, 25. Die Richtlinie bezieht sich zwar nicht auf Sachverhalte, in denen nur Informationen zum Gerät des Verbrauchers oder dessen Browserverlauf erhoben werden (Erwägungsgrund 25 S. 3 DInh-RL). Allerdings stellt sie es den Mitgliedstaaten frei, diese Verträge aufgrund nationaler Vorschriften in den Regelungsbereich der Richtlinie einzubeziehen (Erwägungsgrund 25 S. 4 DInh-RL). Zwar stellt Erwägungsgrund 38 S. 4 DInh-RL klar, dass die Richtlinie die Rechtmäßigkeit der Einwilligung nicht regeln möchte. Allerdings kann aus der bloßen Existenz gefolgert werden, dass der europäische Gesetzgeber das Koppelungsverbot nicht als Hinderungsgrund für diese Geschäftsmodelle begreift.[813]

Nach hier vertretenem Verständnis erfasst das Koppelungsverbot nicht Fälle der Werbeblocker-Erkennung. Hierauf deutet bereits die Formulierung der DS-GVO hin, die nur von „Erfüllung" eines Vertrags spricht und damit einen solchen bereits voraussetzt. Weiterhin setzt der europäische Gesetzgeber mit der DInh-RL die Existenz des Geschäftsmodells „Service gegen Daten" voraus.

Aber selbst, wenn insoweit nicht eingeschränkt und das Koppelungsverbot auf den Abschluss des Vertrags für anwendbar gehalten wird, gebietet das Verhältnismäßigkeitsprinzip die Zulässigkeit der Abfrage. Die Verhältnismäßigkeit ist grundsätzlich im Rahmen des Kopplungsverbots zu berücksichtigen.[814] Hierauf deutet die Wendung „größtmögliche Berücksichtigung" hin, die eine wertende Betrachtung erfordert.[815] Ein absolutes Koppelungsverbot hat der Richtliniengeber bewusst vermieden und damit sind die Rechte der Beteiligten zu berücksichtigen.[816] Die Bedeutung der begehrten Leistung und die jeweilige Datenverarbeitung sind daher ins Verhältnis zu setzen.[817] Ohne eine mögliche Kopplung hätten die Webseitenbetreiber nur die Option, die Inhalte entweder de facto schutzlos online zu stellen oder die Webseiten nur noch gegen Entgelt anzubieten.[818] Zugleich berührt die Angabe, dass das Endgerät keine Wer-

813 Ehmann/Selmayr/*Heckmann/Paschke*, Art. 7 Rn. 95; Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement*, DS-GVO Art. 7 Rn. 63; *Krohm/Müller-Peltzer* ZD 2017, 551, 554.

814 Gola/*Schulz*, Art. 7 Rn. 27; *Gola* K&R 2017, 145, 147; *Krohm/Müller-Peltzer* ZD 2017, 551, 554 f.; ähnlich *Engeler* ZD 2018, 55, 59.

815 Vgl. BeckOK DatenschutzR/*Stemmer*, DS-GVO Art. 7 Rn. 46.2: „nebulöse Abwägungsformel"; Ehmann/Selmayr/*Heckmann/Paschke*, Art. 7 Rn. 97; Taeger/Gabel/*Taeger*, DS-GVO Art. 7 Rn. 93.

816 Ehmann/Selmayr/*Heckmann/Paschke*, Art. 7 Rn. 95, 99.

817 *Engeler* ZD 2018, 55, 59.

818 Vgl. Gola/*Schulz*, Art. 7 Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bung darstellen kann, nur unwesentlich die durch die DS-GVO geschützten Rechte.[819] Eine ausreichende Information ist nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL i. V. m. Art. 13, 12, 94 Abs. 2 DS-GVO gesichert. Diese Ausnahme vom Koppelungsverbot muss gleichfalls für Fälle gelten, in denen der Anbieter eine Monopolstellung hat. Es ist weiterhin seine Entscheidung als Ausfluss des Urheberrechts an den Inhalten, ob diese Inhalte nur gegen Werbung bereitgestellt werden. Gleichzeitig folgt daraus, dass keine werbefreien Alternativen angeboten werden müssen. Deshalb steht das Koppelungsverbot gem. Art. 7 Abs. 4, 94 Abs. 2 DS-GVO nicht der Einwilligung und damit nicht der Erkennung entgegen, ob Werbung dargestellt wird.

(4) Informationserfordernis

Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL verpflichtet den Verantwortlichen dazu, den Nutzer stets vor Beginn des Verarbeitungsvorgangs gem. der DS-RL zu informieren.[820] Wegen Art. 94 Abs. 2 DS-GVO[821] bestimmen sich die Anforderungen an die zu erteilenden Informationen nach Art. 13, 12 DS-GVO. Dies umfasst u. a. Informationen über die Verantwortlichen, Dauer der Speicherung und Zweck in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren Sprache.[822]

(5) Ergebnis zur Vorgabe der Richtlinie

Damit sieht das europäische Recht nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL prinzipiell eine Einwilligung in die Abfrage, ob Werbung angezeigt wird, vor.[823] Hierfür muss der Nutzer vorher gem. Art. 12, 13, 94 Abs. 2 DS-GVO informiert werden.

---

819 Vgl. auch Erwägungsgrund 21 S. 5, 1 ePrivacy-VO-E, zu diesem auch sogleich, 2. Teil § 4 II. 4. (S. 181).

820 *EuGH* MMR 2019, 579, 584 Rn. 102 – *Fashion ID*; Art. 29 WP, WP 187, S. 30.

821 Vgl. Kühling/Buchner/*Kühling/Raab*, DS-GVO Art. 94 Rn. 7, die allgemein auf den Grundsatz des Effet utile verweisen; DSK, Orientierungshilfe, S. 5.

822 Ausführlich Art. 29 WP, Art. 29 WP 02/2013, S. 3.

823 *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 447; *Nink* CR 2017, 103, 110; EU-Kommission, zitiert nach *Schmidt,* EU-Kommission: Adblocker-Detektoren fallen unter ePrivacy-Richtlinie, https://www.telemedicus.info/article/3085-EU-Kommission-Adblocker-Detektoren-fallen-unter-ePrivacy-Richtlinie.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Deutsche Umsetzung

In Deutschland ist die Verwendung der Daten im Zusammenhang mit Telemedien grundsätzlich durch das Telemediengesetz geregelt. Nach § 12 Abs. 1 TMG bedarf jede Erhebung und Verwendung von personenbezogenen Daten entweder einer Einwilligung oder einer gesetzlichen Erlaubnis. § 14 Abs. 1 TMG, der die Verarbeitung von Bestandsdaten erlaubt, kommt vorliegend nicht infrage, da dieser nur solche Daten erfasst, die für das jeweilige Vertragsverhältnis zwischen Dienstanbieter und Nutzer relevant sind.[824] An einem Vertrag fehlt es aber vorliegend. Eine Erlaubnis kann daher nur durch § 15 TMG erfolgen. § 15 Abs. 1 S. 1 TMG erlaubt die Erhebung und Verwendung von Nutzungsdaten, soweit dies erforderlich ist, die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen. Das scheidet jedoch aus, da das Datum des Ladens von Werbung insoweit nicht erforderlich ist.[825] Stattdessen kommt im Falle einer Pseudonymisierung eine Erlaubnis nach § 15 Abs. 3 TMG infrage (1). Allerdings ist auch der Fall zu behandeln, in dem keine Pseudonymisierung erfolgt (2).

(1) Pseudonymisierung – § 15 Abs. 3 TMG

§ 15 Abs. 3 S. 1 TMG erlaubt Datenerhebungen zum Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien und dazu Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen zu erstellen, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht. Diese Widerspruchslösung entspricht nicht der Zustimmungslösung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL.[826] Entscheidend ist damit für die Verweisung in Art. 95 DS-GVO, ob das nationale Recht richtlinienkonform dahingehend ausgelegt werden kann, dass § 15 Abs. 3 TMG eine der Richtlinie entsprechende Pflichtenbegründung realisiert. Eine unmittelbare Anwendung von Richtlinien scheidet grundsätzlich aus.[827]

824 Vgl. *Ziebarth* VuR 2018, 257, 259.

825 *Ziebarth* VuR 2018, 257, 259.

826 Taeger/Gabel/*Golland*, DS-GVO Art. 95 Rn. 21; *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 447; *Brandt*, DSRITB (2018), S. 1, 9; *Hanloser* ZD 2018, 213, 215; *Jandt* ZD 2018, 405, 407; DSK, Orientierungshilfe, S. 5; time.lex/Spark, ePrivacy Directive assessment, S. 63; anders Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/*Böhm*, Art. 95 Rn. 30, da Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL nicht die Pseudonymisierung erfasse.

827 *EuGH* Slg. 1986, 737, 749 Rn. 48 – *Marshall I*; Slg. 1990, I-4135, I-4158 Rn. 6 – *Marleasing*; NVwZ 2004, 593, 596 Rn. 56 – *Wells*; vgl. ausführlich und mit wei-

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nach dem *BGH* kann eine richtlinienkonforme Auslegung des § 15 TMG erfolgen,[828] sodass der Regelung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL i. V. m. Art. 95 DS-GVO zur Durchsetzung verholfen würde. Andere hingegen verweisen auf den entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers und lehnen eine richtlinienkonforme Auslegung von § 15 Abs. 3 TMG ab. Konsequenz ist, dass dieser (zwischen Privaten[829]) trotz Europarechtswidrigkeit anzuwenden sei[830] oder das TMG (insoweit) durch die DS-GVO verdrängt werde.[831] Laut den Vertretern der letzteren Ansicht stehe einer richtlinienkonformen Auslegung entgegen, dass der deutsche Gesetzgeber bewusst nicht die Cookie-RL, die Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL zum Zustimmungserfordernis geändert hatte, umgesetzt hat.[832]

Die weitere Anwendung des § 15 Abs. 3 TMG kann nicht überzeugen, auch nicht in europarechtskonformer Auslegung. Die Norm ist eindeutig europarechtswidrig. Entscheidend ist, dass der deutsche Gesetzgeber eindeutig[833] keine Umsetzung wollte. Der Wille des Gesetzgebers steht somit einer richtlinienkonformen Auslegung entgegen.[834] Die deutsche Norm kann schließlich nicht wortlautgetreu angewandt werden, da die DS-GVO insoweit Anwendungsvorrang[835] besitzt.

---

teren Nachweisen Calliess/Ruffert/*Ruffert*, AEUV Art. 288 Rn. 57 ff.; zur ePrivacy-RL DSK, Orientierungshilfe, S. 6.

828 *BGH* GRUR 2018, 96, 98 Rn. 13 – *Planet49*.

829 Art. 6 Abs. 2 DS-GVO enthält insoweit eine Öffnungsklausel; aufgrund einer Ungleichbehandlung von privaten und öffentlichen Akteuren sehr kritisch *Jandt* ZD 2018, 405, 407.

830 Vgl. *Hanloser* ZD 2018, 213, 215, der dazu auf die grundsätzlich geringen Anforderungen an eine Einwilligung verweist.

831 Plath/*Hullen/Roggenkamp*, TMG Einl. Rn. 5; Taeger/Gabel/*Golland*, DS-GVO Art. 95 Rn. 19, 21; *Brandt*, DSRITB (2018), S. 1, 9; *Jandt* ZD 2018, 405, 407; DSK, Orientierungshilfe, S. 6; wohl auch Kühling/Buchner/*Kühling/Raab*, DS-GVO Art. 95 Rn. 11; Simitis/Hornung/Spiecker/*Schantz*, DS-GVO Art. 6 Abs. 1 Rn. 106; RegE NetzDG BT-Drucks. 18/12356, S. 28.

832 RegE UWG 2008 BT-Drucks. 16/10145, S. 3: „Einzelfragen der Umsetzung […] sind derzeit Gegenstand umfangreicher Konsultationen auf europäischer Ebene […]. Das Ergebnis […] wird vor einer Entscheidung über weitergehenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf zunächst abgewartet."

833 Vgl. zu diesem Auer-Reinsdorff/Conrad/*Conrad/Hausen*, § 36 Rn. 34.

834 Vgl. Spindler/Schuster/*Nink*, TMG § 15 Rn. 3.

835 Calliess/Ruffert/*Ruffert*, AEUV Art. 1 Rn. 18 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(2) Keine Pseudonymisierung – § 12 Abs. 1 TMG

Unterbleibt eine Pseudonymisierung, so gilt § 12 Abs. 1 TMG. Danach darf der Diensteanbieter personenbezogene Daten zur Bereitstellung von Telemedien nur erheben und verwenden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat. Die dort statuierte Pflicht zur Einholung der Einwilligung des Nutzers entspricht grundsätzlich Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, sodass man zumindest hier von einer Auferlegung der Pflichten der ePrivacy-RL im Sinne des Art. 95 DS-GVO ausgehen könnte. So wollen manche für jede Norm isoliert feststellen, ob sie im konkreten Fall angewendet werden könne.[836]

Hiergegen wird eingewandt, dass die Normen lediglich das ohnehin in der DS-GVO enthaltene Verbot mit Erlaubnisvorbehalt umsetzen und insoweit keine „besonderen" – im Sinne von darüber hinausgehenden – Pflichten nach Art. 95 DS-GVO begründeten.[837] Inhaltsgleiches nationales Recht könne nicht daneben angewendet werden.[838] Diverse Autoren gehen mit Verweis auf die Europarechtswidrigkeit der §§ 12 ff. TMG von einer (vollständigen) Nichtanwendung aus.[839]

Hier ist ebenso das nationale Recht nicht anzuwenden, da die deutsche Regelung allein den europäischen Grundsatz wiedergibt. Durch die Nichtanwendung entsteht keine Regelungslücke, da auf die DS-GVO zurückgegriffen werden kann. Ebenso spricht die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung für dieses Ergebnis.

c) Ergebnis zur Anwendung der ePrivacy-RL

Die ePrivacy-RL wird somit nicht durch §§ 12 ff. TMG umgesetzt und kann damit in Deutschland natürlichen oder juristischen Personen keine Pflichten auferlegen. Der Verweis in Art. 95 DS-GVO gilt somit mangels bereichsspezifischer Pflichten nicht.[840]

836 Taeger/Gabel/*Golland*, DS-GVO Art. 95 Rn. 20.
837 DSK, Orientierungshilfe, S. 4.
838 DSK, Orientierungshilfe, S. 4.
839 Auer-Reinsdorff/Conrad/*Conrad/Hausen*, § 36 Rn. 21; Gola/*Piltz*, Art. 95 Rn. 19; Plath/*Hullen/Roggenkamp*, TMG Einl. Rn. 5; Spindler/Schuster/*Spindler/Horváth*, DS-GVO 94 ff. Rn. 9; *Keppeler* MMR 2015, 779, 781; wohl auch Kühling/Buchner/*Kühling/Raab*, DS-GVO Art. 95 Rn. 11.
840 DSK, Orientierungshilfe, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Anwendung der allgemeinen Regelungen der DS-GVO

Dementsprechend sind allein die Regelungen der DS-GVO anzuwenden.[841] Diese hat als Verordnung Anwendungsvorrang, sodass insofern die Regelungen der §§ 12 ff. TMG als entgegenstehende Rechtsakte verdrängt werden. Die Verarbeitung der Daten (vgl. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO) im Zuge der Erkennung des Werbeblockers ist nach der Generalklausel des Art. 6 DS-GVO zu beurteilen,[842] der die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung regelt. Nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO ist eine Verarbeitung erlaubt, wenn diese zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Diese Interessenabwägung ist – neben Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b, der vor allem (vor)vertragliche Abreden erfasst – relativ offen und begründet so eine gewisse Rechtsunsicherheit.[843]

Aufgrund der Offenheit des Tatbestands und des Erwägungsgrunds 47 S. 7 DS-GVO, der prinzipiell Direktmarketing als berechtigtes Interesse anerkennt, wird teilweise davon ausgegangen, dass die Datenverarbeitung zu Zwecken des Trackings rechtmäßig ist.[844] Dies muss dann erst Recht für den Fall der Werbeblockererkennung gelten, gerade mit Blick auf die Sicherung der urheberrechtlichen Verwertungsinteressen. Hierfür spricht auch der Entwurf der ePrivacy-VO,[845] der in Erwägungsgrund 21 S. 5

841 Plath/*Hullen/Roggenkamp*, TMG Einl. Rn. 5; Taeger/Gabel/*Golland*, DS-GVO Art. 95 Rn. 19, 21; *Brandt*, DSRITB (2018), S. 1, 9; *Jandt* ZD 2018, 405, 407; DSK, Orientierungshilfe, S. 6; wohl auch Kühling/Buchner/*Kühling/Raab*, DS-GVO Art. 95 Rn. 11; Simitis/Hornung/Spiecker/*Schantz*, DS-GVO Art. 6 Abs. 1 Rn. 106.

842 Statt vieler Taeger/Gabel/*Taeger*, DS-GVO Art. 6 Rn. 108; DSK, Orientierungshilfe, S. 6.

843 Statt aller Kühling/Buchner/*Buchner/Petri*, DS-GVO Art. 6 Rn. 142.

844 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/*Böhm*, Art. 95 Rn. 30 (für Pseudonyme); Moos/Schefzig/Arning/*Arning*, Kap. 17 Rn. 29; *Galetzka*, DSRITB (2018), S. 45, 48 f., 51, sofern eine Pseudonymisierung erfolgt; wohl auch Plath/*Plath*, DS-GVO Art. 6 Rn. 78; vgl. auch Gola/*Schulz*, Art. 6 Rn. 75; kritisch, aber unentschieden Taeger/Gabel/*Taeger*, DS-GVO Art. 6 Rn. 108; dagegen Simitis/Hornung/Spiecker/*Schantz*, DS-GVO Art. 6 Abs. 1 Rn. 106 wohl auch *Brandt*, DSRITB (2018), S. 1, 10.

845 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), COM(2017).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das Feststellen technischer Fähigkeiten eines Endgeräts bereits nicht als Zugriff auf in einem Gerät gespeicherte Informationen ansieht und damit von einem nur geringfügigen Eingriff in die Privatsphäre (vgl. Art. 21 S. 1 ePrivacy-VO-E) ausgeht.

Allerdings droht die Offenheit des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO die Abwägungsentscheidungen des europäischen Gesetzgebers in der ePrivacy-RL, insbesondere das grundsätzliche Einwilligungserfordernis nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, das nach Art. 95 DS-GVO gerade fortgelten soll,[846] zu konterkarieren. Wendete man konsequent Art. 95 DS-GVO an, so hätte man aufgrund der unterschiedlichen Umsetzungen[847] europaweit bis zu drei verschiedene Datenschutzniveaus in Bezug auf öffentlich zugängliche Kommunikationsdienste: Zuerst das Niveau der Länder, die strikt die ePrivacy-RL umgesetzt haben (Einwilligungserfordernis[848]), die Länder, die sie – wie Deutschland – mangelhaft umgesetzt haben und die DS-GVO direkt anwenden (Abwägung[849]) und zuletzt – je nach Entscheidung für den durch Art. 95 DS-GVO beabsichtigten Harmonisierungsgrad[850] – die Länder mit überschießender Umsetzung. Ein weiteres Problem ist, dass sich der Verweis in der DS-GVO nur auf personenbezogene Daten erstreckt.[851] So bleibt die Richtlinie für nicht personenbezogene Daten[852] prinzipiell anwendbar. Das würde im Falle einer überschießenden Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL (zumindest nach einer Ansicht[853]) dazu führen, dass die Adressaten der DS-GVO keinen Pflichten unterliegen, wie sie in der ePrivacy-RL vorgesehen sind, sodass die DS-GVO selbst Anwendung findet. Würden nun also Daten aus einem Endgerät verarbeitet, wäre für die personenbezogenen Daten gem. Art. 6

846 2. Teil § 4 C. II. 2 a) (S. 165).
847 Vgl. time.lex/Spark, ePrivacy Directive assessment, S. 63 ff.
848 Gem. Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL i. V. m. dem jeweiligen nationalen Umsetzungsgesetz.
849 Gem. Art. 6 Abs. 2 lit. f DS-GVO.
850 Art. 95 DS-GVO lässt auch überschießende Umsetzungen zu: Paal/Pauly/*Pauly*, DS-GVO Art. 95 Rn. 3; Plath/*Jenny*, DS-GVO Art. 95 Rn. 7; dagegen, Art. 95 DS-GVO lasse nur exakte Umsetzungen zu, BeckOK DatenschutzR/*Holländer*, DS-GVO Art. 95 Rn. 5; Taeger/Gabel/*Golland*, DS-GVO Art. 95 Rn. 19; zum TKG Sydow/*Sydow*, DS-GVO Art. 95 Rn. 10.
851 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/*Böhm*, Art. 95 Rn. 6; Gola/*Piltz*, Art. 95 Rn. 6.
852 *Szpunar* BeckRS 2019, 3909, Rn. 107 – *Schlussanträge Planet49*; *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 446; *Hanloser* ZD 2019, 264, 265; *Nink* CR 2017, 103, 109.
853 So BeckOK DatenschutzR/*Holländer*, DS-GVO Art. 95 Rn. 5; Taeger/Gabel/*Golland*, DS-GVO Art. 95 Rn. 19; zum TKG Sydow/*Sydow*, DS-GVO Art. 95 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO abzuwägen, ob eine Einwilligung erforderlich ist, während die *nicht* personenbezogenen Daten nach der nationalen Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL stets nur mit Einwilligung verarbeitet werden dürften.[854]

Dies widerspricht grundsätzlich den Regelungszielen der DS-GVO: Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, aber auch Schaffung und Vertiefung des digitalen Binnenmarkts, der gerade in Bezug auf die Datenverarbeitung einheitliche (und klare) Regeln voraussetzt.[855] Insbesondere Erwägungsgrund 13 S. 1 DS-GVO fordert ein europaweit gleichmäßiges Datenschutzniveau und zugleich Rechtssicherheit und Transparenz für die Wirtschaftsteilnehmer.[856] Gleichzeitig ist jedoch die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedliche Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL bekannt,[857] sodass es mindestens zwei Niveaus – Einwilligungserfordernis nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL oder Erlaubnis nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO – gibt. Konsequent wäre es deshalb, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO so auszulegen, dass für personenbezogene Daten grundsätzlich eine Einwilligung – wie von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL vorgesehen und vom Verordnungsgeber angestrebt (Art. 95 DS-GVO) – erforderlich ist.[858]

Gegen dieses Ergebnis spricht allerdings Art. 21 Abs. 5 DS-GVO. Danach kann ein Widerspruch mittels automatisierter Verfahren ausgeübt werden, bei denen technische Spezifikationen verwendet werden. Ein Widerspruchsrecht, das nach Art. 21 Abs. 5 DS-GVO wahrgenommen werden kann, folgt entweder aus Art. 21 Abs. 1 oder Abs. 2 DS-GVO. Absatz 1 scheidet jedoch aus, denn dieser setzt stets eine Begründung voraus, die sich aus der „besonderen Situation" des Nutzers ergeben muss,[859] was sich nicht mittels eines automatischen Widerspruchs umsetzen lässt.[860]

Deshalb kann nur Absatz 2 als Basis für ein nach Art. 21 Abs. 5 DS-GVO ausübbares Widerspruchsrecht infrage kommen. Art. 21 Abs. 2 DS-GVO erfasst allein die Datenverarbeitung zu Zwecken der „Direktwerbung" inklusive dazu dienendem Profiling. Zwar versteht man unter Direktwer-

854 Vgl. Gola/*Piltz*, Art. 95 Rn. 6.
855 Vgl. nur die Erwägungsgründe 2, 7, 9, 10 DS-GVO.
856 Vgl. auch Paal/Pauly/*Pauly*, DS-GVO Art. 95 Rn. 3.
857 Vgl. dazu die im Auftrag der EU-Kommission ergangene Studie time.lex/Spark, ePrivacy Directive assessment, S. 63 ff.
858 Hierfür Auer-Reinsdorff/Conrad/*Conrad/Hausen*, § 36 Rn. 17, anders aber wieder Rn. 23.
859 Zu diesem Taeger/Gabel/*Munz*, DS-GVO Art. 21 Rn. 13.
860 Deshalb überlegt BeckOK DatenschutzR/*Forgó*, DS-GVO Art. 21 Rn. 28 die Anforderungen an die Begründung nach Abs. 1 deutlich abzusenken.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bung traditionell eher unmittelbare Formen der werblichen Ansprache, beispielsweise per E-Mail oder Brief;[861] allerdings sollte der nicht definierte Begriff der Direktwerbung so verstanden werden, dass er jede Form individualisierter werblicher Ansprache erfasst und damit auch die Erstellung von Werbeprofilen im Internet mittels Cookies (und weitergehender Techniken).[862] Für dieses Verständnis spricht auch, dass Do-not-track-Einstellungen in Browsern als Beispiel für Art. 21 Abs. 5 DS-GVO genannt werden.[863] Diese Einstellung soll gerade der Erstellung von Werbeprofilen im Internet entgegenwirken. Zur Begründung für das demgegenüber klassische, enge Verständnis des Begriffs der Direktwerbung wird auf Erwägungsgrund 40 ePrivacy-RL verwiesen,[864] der tatsächlich nur klassische Direktwerbung per Telefon oder Post erfasst. Das berücksichtigt aber nicht die unterschiedlichen Schutzzwecke der Normen: So schützt Art. 13 ePrivacy-RL, auf den sich Erwägungsgrund 40 ePrivacy-RL bezieht, vor dem Eindringen in die Privatsphäre durch die Nachricht,[865] während die DS-GVO die Kontrolle über die eigenen Daten in den Vordergrund stellt[866] und damit bereits bei der Vorbereitung der Ansprache ansetzt. Es macht mit Blick auf die Intensität der für die DS-GVO entscheidenden[867] *Verarbeitung* der Daten keinen Unterschied, ob personalisierte Nachrichten per Post kommen oder beim Besuch einer Webseite angezeigt werden. Gerade im Internet bzw. digitalen Medien generell kann ein Gefühl der Beobachtung besonders leicht entstehen. Dementsprechend ist unter Di-

861 So auch weiterhin die h. M. BeckOK DatenschutzR/*Forgó*, DS-GVO Art. 21 Rn. 22; Ehmann/Selmayr/*Kamann/Braun*, Art. 21 Rn. 47; Gola/*Schulz*, Art. 21 Rn. 20; Kühling/Buchner/*Herbst*, DS-GVO Art. 21 Rn. 26; Moos/Schefzig/Arning/*Arning*, Kap. 6 Rn. 323; Paal/Pauly/*Martini*, DS-GVO Art. 21 Rn. 48; Taeger/Gabel/*Munz*, DS-GVO Art. 21 Rn. 37.

862 Simitis/Hornung/Spiecker/*Caspar*, Art. 21 Rn. 21.

863 Ehmann/Selmayr/*Kamann/Braun*, Art. 21 Rn. 61; Gola/*Schulz*, Art. 21 Rn. 36; Kühling/Buchner/*Herbst*, DS-GVO Art. 21 Rn. 43; Moos/Schefzig/Arning/*Arning*, Kap. 6 Rn. 338; Simitis/Hornung/Spiecker/*Caspar*, Art. 21 Rn. 33; dagegen Taeger/Gabel/*Munz*, DS-GVO Art. 21 Rn. 52.

864 So z. B. BeckOK DatenschutzR/*Forgó*, DS-GVO Art. 21 Rn. 22.

865 Vgl. Erwägungsgrund 40 S. 2 ePrivacy-RL: „Diese […] Werbenachrichten können […] eine Belastung und/oder Kostenaufwand für den Empfänger bedeuten."

866 Vgl. nur Erwägungsgrund 7 S. 2 DS-GVO: „Natürliche Personen sollten die Kontrolle über ihre eigenen Daten besitzen."

867 Vgl. nur Art. 1 Abs. 1 DS-GVO („Vorschriften zum Schutz […] bei der Verarbeitung […]") sowie den Definitionskatalog in Art. 4 DS-GVO, in dem „Verarbeitung" als zweiter Begriff definiert wird.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rektwerbung im Sinne der DS-GVO auch personalisierte Werbung im Internet zu fassen.[868]

Ist nun ein automatisierter Widerspruch gem. Art. 21 Abs. 5, Abs. 2 DS-GVO das Mittel der Wahl des Gesetzgebers gegen Direktwerbung im Internet, so wird für das Tracking im Regelfall eine gesetzliche Erlaubnis gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO vorliegen, da nur in diesen Fällen ein Widerspruch gegen die Verarbeitung statthaft ist. Deshalb scheidet eine Interpretation des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO aus, die sich am Zustimmungserfordernis des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL orientiert und für den hier besprochenen Fall allein eine Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO genügen lässt.

Dieser Weg ist, trotz des Verweises in Art. 95 DS-GVO auf Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, und der so drohenden unterschiedlichen Regelungen als gesetzgeberische Entscheidung hinzunehmen, auch in Bezug auf die Verarbeitung nicht personenbezogener Daten im Sinne des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL. Die unterschiedliche Behandlung von Daten, abhängig vom Personenbezug, kann ggf. im Wege eines Erstrechtschlusses, geboten durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip, vermieden werden.

Damit erlaubt Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO die Abfrage der Information, ob ein Gerät Werbung darstellen kann. Daraus folgt eine Informationspflicht gem. Art. 21 Abs. 4 DS-GVO über das Widerspruchsrecht. Soweit Art. 21 Abs. 4 DS-GVO keine spezielleren Anforderungen aufstellt, ist auch Art. 12 DS-GVO zu beachten.[869]

4. ePrivacy-Verordnung

Die ePrivacy-VO sollte gleichzeitig mit der Geltung der DS-GVO zum 25. Mai 2018 die ePrivacy-RL ersetzen[870] und hätte so für Rechtssicherheit sorgen können. Bisher ist die Verordnung allerdings nicht über das Entwurfsstadium hinausgekommen. Gem. Art. 1 Abs. 3 ePrivacy-VO-E[871]

868 Simitis/Hornung/Spiecker/*Caspar*, Art. 21 Rn. 21.
869 Vgl. Paal/Pauly/*Martini*, DS-GVO Art. 21 Rn. 67 ff.
870 Art. 29 Abs. 2 ePrivacy-VO-E; vgl. auch Spindler/Schmitz/*Schmitz*, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 18: „ambitionierter Zeitplan".
871 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), COM(2017) 10 final.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dient diese dazu, die DS-GVO vor allem im Internet (vgl. Art. 2 Abs. 1 ePrivacy-VO-E) zu konkretisieren, und geht der Verordnung als Lex specialis vor.[872]

In Erwägungsgrund 21 ePrivacy-VO-E werden bestimmte Handlungen vom Begriff des Zugriffs bzw. der Nutzung der Verarbeitungsfunktion ausgenommen. Dazu gehört nach Erwägungsgrund 21 S. 5 ePrivacy-VO-E auch „das bloße Feststellen der Tatsache, dass das Gerät […] die vom Endnutzer angeforderten Inhalte nicht empfangen kann". Diese Regelung ist zwar allgemein gehalten, bezieht sich aber nach der Pressemitteilung der EU-Kommission auf Werbeblocker.[873] Diese Auslegung ist jedoch sehr zweifelhaft, da Endnutzer kaum werbliche Inhalte willentlich „anfordern". Ebenso kritisch ist die Auslegung des Art. 8 Abs. 1 ePrivacy-VO-E zu sehen, da entgegen dem Wortlaut[874] Werbeblocker-Überprüfungen keine Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktion darstellen und demgemäß keine gem. Art. 8 Abs. 1 lit. b ePrivacy-VO-E grundsätzlich erforderliche Einwilligung einzuholen ist. Die Überprüfung auf Werbeblocker wäre damit nach neuem Recht ohne Informationspflicht oder Widerspruchsmöglichkeit erlaubt.[875]

5. Ergebnis

Webseitenbetreiber müssen nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO keine Einwilligung vor der Erkennung des Werbeblockers einholen,[876] das nationale Recht (§ 12 TMG) ist insoweit nicht anwendbar. Allerdings ist zu beachten, dass sich die Informationspflichten nach Art. 21 Abs. 4, 12 DS-GVO[877] richten[878] und zumindest über die Widerspruchsmöglichkeit aufzuklären ist. Wird die ePrivacy-VO entsprechend dem Entwurf verabschiedet, ist die Erkennung ebenso zulässig.

---

872 Spindler/Schmitz/*Schmitz*, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 24.
873 EU-Kommission, Digitaler Binnenmarkt – Wirksamerer Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-17_de.htm (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020); vgl. auch *Nink* CR 2017, 103, 110.
874 Vgl. *Nink* CR 2017, 103, 110: Widerspruch zu Wortlaut und Ratio der Norm.
875 Vgl. *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 207; kritisch *Nink* CR 2017, 103, 110.
876 Vgl. auch *Kiersch,* Adblocking, S. 146 f.
877 Zu diesen Kühling/Buchner/*Herbst*, DS-GVO Art. 21 Rn. 34.
878 Vgl. auch *Nink* CR 2017, 103, 110, die noch unter Geltung des TMG die Nichteinhaltung der dort geregelten Pflichten rügte.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Werbeblockersperren sind damit prinzipiell erlaubt, sodass die Webseitenbetreiber Nutzer mit Werbeblocker erkennen und aussperren können. Da keine Zustimmung eingeholt werden muss, ist dieser Weg darüber hinaus für die Webseitenbetreiber sehr praktikabel.

III. Schutz der Werbeblockersperren

Hier wird thematisiert, inwiefern die Webseitenbetreiber sich mithilfe von Sperren gegen den Abruf ohne Werbung wehren können. Aus Verstößen gegen solche Sperren folgende Ansprüche müssen einen umfassenden Schutz bieten, weil nur dann die urheberrechtliche Wertung auf das Lauterkeitsrecht übertragen werden kann. Bestünden keine urheberrechtlichen Ansprüche gegen die Umgehung von Sperren mit Werbeblocker, so würde das Urheberrecht den Konflikt gerade nicht abschließend regeln und die Webseitenbetreiber könnten im Rahmen des Anspruchs aufgrund von §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG nicht auf die urheberrechtliche Wertung verwiesen werden. Da die urheberrechtliche Güterzuweisung entscheidend ist, kommen nur Ansprüche wegen der Verletzung des Urheberrechts an der Webseite (bzw. den entsprechenden Inhalten) infrage.

Der Begriff der Sperre ist als *technische Beschränkung* einer öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) zu verstehen, weil – wie oben gezeigt[879] – nur technisch wirkende Beschränkungen die Erlaubnis des Rechtsinhabers modifizieren können. Gleichzeitig sind technische Beschränkungen, die das Publikum einer öffentlichen Zugänglichmachung begrenzen, stets notwendiges Tatbestandsmerkmal einer technischen Schutzmaßnahme gem. § 95a UrhG.[880] Eine Kernfrage dieses Abschnitts werden deshalb die Anforderungen an eine solche technische Beschränkung sein und inwiefern aus einer Umgehung Urheberrechtsansprüche folgen.

Deshalb wird hier untersucht, welche Ansprüche gegen eine Sperre umgehende Werbeblocker bestehen, also solche, die technische Beschränkungen gegen die Nutzung mit Werbeblocker aushebeln. Hierzu werden zuerst Ansprüche aufgrund einer öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) der Webseite durch die Werbeblockerbetreiber untersucht. Danach wird ein Vorgehen gegen die Nutzer thematisiert, da diese durch die Nutzung des Werbeblockers die Inhalte der Webseite ohne Erlaubnis vervielfältigen (§ 16 UrhG) könnten.

---

879 2. Teil § 3 D. (S. 92).
880 Dazu unten, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (b) (S. 211).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Neben diesen Ansprüchen kommen solche wegen der Umgehung einer wirksamen technischen Maßnahme (§ 95a UrhG)[881] und aus dem Lauterkeitsrecht (§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG)[882] in Betracht. Diese werden im Rahmen der rechtlichen Bewertung der Alternativen der Webseitenbetreiber überprüft.

1. Funktionsweise einer Sperre

Zuerst ist kurz die technische Funktionsweise einer Werbeblockersperre zu klären, um diese rechtlich bewerten zu können. Eine Sperre funktioniert stets zweiaktig. Zuerst wird überprüft, ob die Bedingung für den Zugang vorliegt, was mittels Ladens einer Testwerbung geschieht.[883] Wird der Köder nicht geladen und dargestellt, wird der Nutzer so behandelt, als hätte er einen Werbeblocker installiert und dementsprechend von der Webseite ausgesperrt. Zumeist wird ein Hinweis mit der Bitte um das Abschalten des Werbeblockers angezeigt.

Es gibt mehrere Möglichkeiten, eine solche Sperre und die dazu erforderliche Erkennung zu implementieren. Dabei unterscheiden sich die denkbaren Szenarien, wie viel der Webseite bereits übertragen wurde und wie weit der Aufbau im Browser bereits fortgeschritten ist. Allerdings ist allen Varianten gemein, dass bei Erkennung eines Werbeblockers am Ende die Webseite nicht nutzbar ist. Das wird z. B. im Falle einer bereits dargestellten Webseite durch ein Overlay[884] realisiert.

In jedem Fall zielt damit eine Sperre auf die Verhinderung der Vervielfältigung (§ 16 UrhG) auf dem Bildschirm[885] und beschränkt damit zugleich die öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG).[886] Eine Differenzierung zwischen den denkbaren technischen Umsetzungen einer Sperre kann damit unterbleiben. Hiervon ist jedoch die Frage zu trennen, ob es sich bei der Sperre um eine technische Beschränkung im Sinne des

881 Gegen die Werbeblockerbetreiber: 4. Teil § 8 A. I. (S. 351); gegen die Nutzer 4. Teil § 8 B. (S. 381).
882 4. Teil § 8 A. II. (S. 373).
883 Dazu oben, 1. Teil § 1 B. VII. 1. (S. 58).
884 Ein Overlay überdeckt einen Teil von etwas anderem, z. B. wird eine weiße Fläche über die Webseite gelegt.
885 2. Teil § 3 B. I. 2. a) (S. 67).
886 Eine öffentliche Zugänglichmachung setzt auch die Möglichkeit zum Konsum, sprich Darstellung auf dem Bildschirm voraus, dazu 2. Teil § 4 C. III. 2. c) bb) (1) (S. 204).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 19a UrhG handelt, die eine Zugänglichmachung derart verhindert, dass dadurch der Inhalt nicht mehr technisch und damit auch juristisch nur beschränkt zugänglich ist.

2. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, § 19a UrhG

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG ist die Befugnis, ein Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Dieses Recht ist in Art. 3 Abs. 1, 2 InfoSoc-RL vorgesehen[887] und ein Unterfall der öffentlichen Wiedergabe.[888] Dementsprechend ist es als vollharmonisiertes Recht richtlinienkonform auszulegen.[889] Mit Rücksicht auf die Erwägungsgründe[890] und dem Ziel eines rigorosen Schutzes der Urheber[891] umfasst das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung die jeweilige Übertragung des Werks an den Nutzer.[892]

Im Fall von umgehenden Werbeblockern kommt eine öffentliche Zugänglichmachung dadurch in Betracht, dass der Werbeblocker ein nur bestimmten Nutzern – solchen, die Werbung empfangen – zugängliches Werk ebenfalls Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker zugänglich macht. Dabei ist problematisch, ob der bloße Vertrieb eines umgehenden Werbeblockers als Handlung der Zugänglichmachung ausreicht, da Erwägungsgrund 27 InfoSoc-RL explizit die bloße Bereitstellung von Einrichtungen

887 Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 19a Rn. 2.

888 *BGH* WRP 2018, 1338, 1341 Rn. 26 – *YouTube*.

889 *EuGH* GRUR 2014, 360, 362 Rn. 41 – *Svensson*; *BVerfG* GRUR 2012, 53, 57 Rn. 93 – *Le-Corbusier-Möbel*; *BGH* WRP 2018, 1338, 1340 Rn. 24 – *YouTube*; Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhG § 19a Rn. 4 f.

890 Vgl. Erwägungsgrund 25 InfoSoc-RL: „Schutz der netzvermittelten Übertragung" und „im Wege der interaktiven Übertragung auf Abruf für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen".

891 Vgl. zu den praktischen Auswirkungen in der Rechtsverfolgung *Schack* GRUR 2007, 639, 640 f.; vgl. Auer-Reinsdorff/Conrad/*Witte/Auer-Reinsdorff*, § 5 Rn. 190, die jedoch a. A. sind.

892 Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG 19a Rn. 1; Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhG § 19a Rn. 13; *Poll* GRUR 2007, 476, 478; *Schack* GRUR 2007, 639, 640 f.; *Wandtke/v. Gerlach* GRUR 2013, 676, 682; vgl. auch *EuGH* GRUR 2015, 477 f. Rn. 26, 30 – *C More Entertainment AB/Sandberg*; anders Schricker/Loewenheim/*v. Ungern-Sternberg*, UrhG § 19a Rn. 57; Auer-Reinsdorff/Conrad/*Witte/Auer-Reinsdorff*, § 5 Rn. 185.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zur Wiedergabe (und damit auch Zugänglichmachung) ausnimmt. Gleichzeitig sind die Voraussetzungen unklar, unter denen eine Sperre für Werbeblocker so wirksam ist, dass deren Umgehen eine eigene öffentliche Zugänglichmachung bewirkt. Zugleich ist die Haftung der Werbeblockerbetreiber problematisch, da der Code, der zur Umgehung genutzt wird, häufig mittels von Dritten verwalteter Listen eingebunden wird.

Dazu ist zuerst das Verhältnis zum Recht der öffentlichen Wiedergabe (§ 15 Abs. 2 UrhG) zu klären (a). Danach wird ein Überblick über die Tatbestandsmerkmale der öffentlichen Zugänglichmachung gegeben und auf grundsätzliche Kritik eingegangen (b), um dann die beiden Tatbestandsmerkmale – Handlung der Zugänglichmachung (c) und Öffentlichkeit (d) – zu beschreiben und auf Werbeblocker anzuwenden.

a) Verhältnis zum Recht der öffentlichen Wiedergabe

Das Recht der öffentlichen Wiedergabe ist gem. § 15 Abs. 2 S. 1 UrhG das Recht des Urhebers, sein Werk in unkörperlicher Form wiederzugeben. Dieses Recht ist für Fälle der Übertragung des Werks durch Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL vollharmonisiert worden[893] und dementsprechend richtlinienkonform auszulegen.[894]

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung setzt im Vergleich zu einer öffentlichen Wiedergabe als weiteres Kriterium voraus, dass der Zugang zu Zeiten und Orten nach Wahl der Nutzer besteht, vgl. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL. Das Recht bezieht sich nach Erwägungsgrund 25 InfoSoc-RL auf „netzvermittelte […]" Übertragungen, die „interaktiv" sind,[895] und erfasst damit vor allem solche im Internet.[896] So verweist der *EuGH* im Falle des Linkings auf den Begriff der Zugänglichmachung[897] bzw. darauf, dass der „Zugang" angeboten oder verschafft werde.[898] Es ist davon auszugehen, dass der *EuGH* das Linking grundsätzlich als öffentliche

893 Vgl. *BGH* GRUR 2017, 514, 515 Rn. 19 – *Cordoba*.
894 Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 15 Rn. 15.
895 *EuGH* GRUR 2015, 477 f. Rn. 26 – *C More Entertainment AB/Sandberg*; GRUR 2012, 593, 595 Rn. 59 – *SCF*.
896 Vgl. Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 19a Rn. 6.
897 Eindeutig z. B. *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 20 – *Svensson*: „[…] als „Zugänglichmachung" und deshalb als „Handlung der Wiedergabe" […] einzustufen ist"; vgl. auch GRUR 2018, 911, 912 Rn. 21 – *Cordoba*.
898 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 42 – *Filmspeler*; GRUR 2016, 1152, 1153 Rn. 35 – *GS Media*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zugänglichmachung ansieht,[899] sofern das Werk auch zeitlich unabhängig zugänglich ist, was für das Streamen eines Fernsehsignals verneint wurde.[900] Die zeitliche und örtliche Unabhängigkeit des Abrufs ist damit einziges weiteres Kriterium gegenüber einer öffentlichen Wiedergabe.[901]

Demgegenüber wird für § 19a UrhG, die deutsche Umsetzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung, vertreten, dass dieses nur solche Fälle erfasse, in denen der Zugänglichmachende auch die Kontrolle über den jeweiligen Inhalt besitzt, also das Werk sich in seiner Zugriffssphäre befindet.[902] Das bedeutet entweder, dass – beispielsweise – das Werk auf dem eigenen Server vorgehalten wird[903] oder Zugangsbeschränkungen umgangen[904] werden.

Das Merkmal des Bereithaltens in der eigenen Sphäre findet keine Stütze im (maßgeblichen) europäischen Recht, das § 19a UrhG umsetzt.[905] Auch die Rechtsprechung des *EuGH* zum Framing bzw. zum Verlinken generell spricht gegen dieses Merkmal. Dieser spricht davon, dass das Framing „verwendet werden [könne], um ein Werk der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, ohne es kopieren zu müssen […]"[906]. Dies setzt damit gerade kein Vorhalten in der vom Handelnden kontrollierten Sphäre voraus. Darüber hinaus betont der *EuGH*, dass es beim Recht der öffentlichen Zugänglichmachung darum gehe, dass der Urheber die Kontrolle darüber habe, wer das Werk konsumiere und dass er dies jederzeit ändern können müsse.[907] Damit kommt es letztlich aufgrund des vorbeugenden Charakters des Rechts für eine Beeinträchtigung darauf an, ob dem Rechtsinhaber die Kontrolle über den *Zugang* genommen wird. Der *EuGH*

899 Hierauf weist auch Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 19a Rn. 6a hin.
900 *EuGH* GRUR 2015, 477 f. Rn. 22, 26 f. – *C More Entertainment AB/Sandberg*.
901 Vgl. *EuGH* GRUR 2015, 477 Rn. 25 – *C More Entertainment AB/Sandberg*.
902 *BGH* GRUR 2018, 178, 180 Rn. 19 – *Vorschaubilder III*; GRUR 2016, 171, 172 Rn. 13 f. – *Die Realität II*; GRUR 2010, 628 – *Vorschaubilder I*, 629 Rn. 19, 20; BeckOK UrhR/*Götting*, UrhG § 19a Rn. 3; Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 19a Rn. 6a; HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 16 Rn. 15 f.; Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhG § 19a Rn. 10.
903 BeckOK UrhR/*Götting*, UrhG § 19a Rn. 3 m. w. N.
904 *BGH* GRUR 2011, 56, 58 Rn. 27 – *Session-ID*; BeckOK UrhR/*Götting*, UrhG § 19a Rn. 7; Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 19a Rn. 16; Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 19a Rn. 23a; Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhG § 19a Rn. 10; dagegen wegen des fehlenden Vorhaltens Schricker/Loewenheim/*v. Ungern-Sternberg*, UrhG § 19a Rn. 93 kritisch auch Spindler/Schuster/*Wiebe*, UrhG § 19a Rn. 5.
905 Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhG § 19a Rn. 29.
906 *EuGH* MMR 2015, 46, 48 Rn. 18 – *Bestwater*.
907 Vgl. *EuGH* GRUR 2018, 911, 913 Rn. 30 f. – *Cordoba*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzt also gerade keine Kontrolle über ein Vervielfältigungsstück voraus. Es reicht, dass der Rechtsinhaber nicht mehr die Entscheidungsgewalt über die Nutzung seines Werks hat.[908] Das ist auch dann der Fall, wenn eine bestehende unerlaubte öffentliche Zugänglichmachung durch eine eigene Verlinkung perpetuiert wird.[909] Man könnte zwar überlegen, dass es egal ist, ob Handlungen dem Recht der öffentlichen Wiedergabe oder Zugänglichmachung unterfallen und insoweit kein Unterschied vorliegt, allerdings ist bei einigen verwandten Schutzrechten Rechtsinhabern allein das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zugewiesen. Da diese europäische Vorgabe (Art. 3 Abs. 2 InfoSoc-RL) vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt worden ist, wollte dieser den Begriff gleich dem der Richtlinie verstanden wissen.[910] Das Merkmal des Vorhaltens des Werks in der eigenen Zugriffssphäre ist damit kein taugliches Abgrenzungskriterium zum Recht der öffentlichen Wiedergabe.

Dementsprechend wird in dieser Arbeit das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG gem. dem Verständnis der InfoSoc-Richtlinie ausgelegt. Da der einzige Unterschied zwischen dem Recht der öffentlichen Wiedergabe und dem der öffentlichen Zugänglichmachung die zeitunabhängige Abrufmöglichkeit ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL), werden auch Äußerungen zum Recht der öffentlichen Wiedergabe als solche zum Recht der öffentlichen Zugänglichmachung verstanden, außer es wird darauf gesondert hingewiesen. Sofern der Zugang zum Schutzgegenstand nicht zeitunabhängig möglich ist (z. B. bei einem Live-Stream), greift stattdessen – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – das Recht der öffentlichen Wiedergabe.[911] Im Folgenden wird aus Gründen der Einheitlichkeit und der Lesbarkeit von einer Handlung der Zugänglichmachung gesprochen, auch, wenn der *EuGH* in den von ihm behandelten Fällen nicht differenzieren musste und von einer Handlung der Wiedergabe als dem Oberbegriff sprechen konnte.

---

908 Deshalb kritisch *Paschke/Nielsen* jurisPR-ITR 10/2017, Anm. 2, C. I.

909 Dagegen HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 19a Rn. 17.

910 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 19a Rn. 4 aber wieder in Rn. 17 die Unterscheidung zu einer akademischen Frage erklärend; vgl. auch Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhG § 19a Rn. 29; zu den Schranken §§ 78 Abs. 1 Nr. 1, 85 Abs. 1 Var. 3, 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG und Art. 3 Abs. 2 InfoSoc-RL; zu § 87b UrhG vgl. auch *EuGH* GRUR 2019, 1188 – *VG Media/Google*.

911 Vgl. *EuGH* GRUR 2015, 477, 478 Rn. 28 – *C More Entertainment AB/Sandberg*; GRUR 2012, 593, 595 Rn. 64 – *SCF*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Grundlegendes Verständnis der öffentlichen Zugänglichmachung

In diesem Abschnitt ist zuerst die Konzeption des Begriffs der öffentlichen Zugänglichmachung darzustellen (aa). Da dieser Begriff vom deutschen Verständnis der Urheberrechte abweicht, ist auch die Kritik zu beleuchten (bb) und sich für eine Konzeption zu entscheiden (cc).

aa) Konzeption des EuGH

Grundgedanke des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung ist, dass es sich bei diesem Recht um ein solches „vorbeugender Art" handelt und es an der Quelle ansetzt, um den Konsum zu verhindern.[912] So reicht für die öffentliche Zugänglichmachung als einem Unterfall der öffentlichen Wiedergabe das bloße Anbieten, ein tatsächlicher Abruf der Inhalte ist nicht erforderlich.[913] Basierend auf diesem Grundverständnis sieht der *EuGH* u. a. das Linksetzen[914] oder das Aufstellen von Radios[915] als *Handlungen der Zugänglichmachung*[916] – dem ersten, sehr weit zu verstehenden Merkmal einer öffentlichen Zugänglichmachung. Zentrales Kriterium sei insoweit, ob der Zugänglichmachende in „voller Kenntnis der Folgen" seines Verhaltens handele[917] und nicht z. B. lediglich technische Einrichtungen im Sinne des Erwägungsgrunds 27 InfoSoc-RL bereitstelle.[918]

Da u. a. jedes Verlinken eine Handlung der Zugänglichmachung (und damit auch der Wiedergabe) ist und damit zu einer potenziellen täterschaftlichen Haftung führt,[919] wird diese durch das Merkmal der *Öffentlichkeit* wieder eingeschränkt.[920] Dieses zweite Tatbestandsmerkmal einer

912 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 20 – *ThePirateBay* m. w. N.
913 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 36 – *Filmspeler*.
914 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 20 – *Svensson*.
915 *EuGH* GRUR 2014, 473, 475 Rn. 26 – *OSA*.
916 Der *EuGH* spricht von einer Handlung bzw. einem Akt der Wiedergabe, allerdings liegt der einzige Unterschied darin, dass die Zugänglichmachung zeitunabhängig erfolgt, während Wiedergaben z. B. auch Live-Streams erfassen; die Begriffe können also – Zeitunabhängigkeit des Zugangs vorausgesetzt – synonym verwendet werden, dazu bereits oben 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).
917 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1153 Rn. 35 – *GS Media*.
918 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 31, 41 – *Filmspeler*; GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26, 792 Rn. 38 – *ThePirateBay*.
919 Vgl. *Walter* MR-Int 2017, 40.
920 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 790, 793 Rn. 44 f. – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 463 Rn. 47 ff. – *Filmspeler*; GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 40 ff. – *GS Media*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

öffentlichen Zugänglichmachung setzt voraus, dass die Zugänglichmachung quantitativ einer „ziemlich großen" Anzahl von Personen, dem Publikum, gegenüber geschieht[921] und qualitativ, dass das Publikum größer als ursprünglich vom Urheber intendiert ist.[922] Diese rein objektiven Einschränkungen werden aber um das subjektive Merkmal ergänzt, dass der Zugänglichmachende „wusste oder hätte wissen müssen", dass er gegenüber einem „neuen Publikum" wiedergibt.[923] Ob der Wiedergebende um die fehlende Erlaubnis „hätte wissen müssen", wird mit einem flexiblen System von Prüfpflichten, ähnlich denen der deutschen Störerhaftung, festgestellt.[924]

bb) Kritik am Verständnis des EuGH

Diese Konzeption wird kritisiert. Vor allem in der Lehre werden die Folgen für das bisher rein national determinierte Haftungssystem sehr kritisch gesehen.

(1) BGH

Zwar schließt sich der *BGH* grundsätzlich der Linie des *EuGH* an,[925] prüft aber im Merkmal der Handlung der Zugänglichmachung (bzw. Wiedergabe)[926] auch, ob der Handelnde hätte wissen müssen, dass das Werk ohne den Willen des Rechtsinhabers zugänglich gemacht worden ist[927] und versteht das Merkmal der Öffentlichkeit rein objektiv.[928] Demgegenüber

921 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 21 – *Svensson*; ähnlich GRUR 2017, 790, 792 Rn. 41 – *ThePirateBay*: keine „allzu kleine oder gar unbedeutende Mehrzahl betroffener Personen".

922 *EuGH* GRUR 2017, 790, 793 Rn. 44 – *ThePirateBay* m. w. N.

923 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 790, 793 Rn. 45 – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 463 Rn. 49 – *Filmspeler*; insoweit grundlegend GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 48 ff. – *GS Media*.

924 Vgl. *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 530.

925 *BGH* WRP 2018, 1338, 1341 Rn. 28 ff. – *YouTube*; GRUR 2018, 178, 181 Rn. 26 ff. – *Vorschaubilder III*; GRUR 2016, 697, 698 Rn. 18 ff. – *Königshof*.

926 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

927 *BGH* WRP 2018, 1338, 1342 Rn. 34 – *YouTube* unter Verweis auf *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler*.

928 *BGH* WRP 2018, 1338, 1342 Rn. 39 – *YouTube*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

prüft der *EuGH* die Frage des neuen Publikums und damit verbundener Pflichtverletzungen erst, nachdem die Handlung der Zugänglichmachung bejaht worden ist.[929]

(2) Literatur

In der Lehre werden die Auswirkungen der Ausdehnung der täterschaftlichen Haftung und der Kollision mit dem deutschen System stark diskutiert.[930] Streitpunkt ist die mittelbar bewirkte Harmonisierung der Haftung durch den *EuGH*, da für die Frage der Verletzung des Urheberrechts subjektive Kriterien entscheidend sind.[931] Daran wird vor allem die Ausweitung und damit einhergehende Unklarheit der Haftungsreichweite kritisiert,[932] da die täterschaftliche Verletzung eines Urheberrechts gem. Art. 13 Abs. 1 Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Enforce-RL)[933] im Regelfall zu Schadensersatzansprüchen führen wird.[934]

Andere Autoren bemängeln, dass der *EuGH* nicht auf den tatsächlichen Abruf abstelle, sondern ähnlich einer „Gesinnungsrechtsprechung" auf die Intention des Handelnden abstelle.[935] Darüber hinaus verwische durch die Abstraktion vom konkreten Werk (und dessen Verletzung) die Grenze zum Lauterkeitsrecht.[936]

---

929 *EuGH* GRUR 2017, 790, 793 Rn. 44 f. – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 463 Rn. 47 ff. – *Filmspeler*; vgl. auch GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 40 ff. – *GS Media*.

930 Zustimmend: *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 535; *Stender-Vorwachs/Steege* MMR 2017, 465; *Zurth* NJW 2017, 1937, 1938; kritisch: Wandtke/Bullinger/*Heerma*, UrhG § 15 Rn. 19; *Lueg* EuZW 2017, 520; *Neubauer/Soppe* GRUR 2017, 615, f. ff.; *Paschke/Nielsen* jurisPR-ITR 10/2017, Anm. 2, C.; *Spindler* MMR 2018, 48, 51; *Ohly* ZUM 2017, 793, 796 ff.

931 *Leistner* ZUM 2018, 286; vgl. auch *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 527.

932 Spindler/Schmitz/*Spindler*, TMG Vor §§ 7-10 Rn. 61; *Hofmann* ZUM 2017, 750, 751 f.; *Ohly* GRUR 2018, 187, 188 f.; *Specht* ZUM 2017, 582, 586; *Walter* MR-Int 2017, 40.

933 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EU L 157 vom 30.04.2004, S. 45, geändert durch Berichtigung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EU L 195 vom 02.06.2004, S. 16.

934 Deshalb mit Vorschlägen zur Eingrenzung *Ohly* ZUM 2017, 793, 801.

935 *Paschke/Nielsen* jurisPR-ITR 10/2017, Anm. 2, C. I.; *Walter* MR-Int 2017, 40.

936 *Neubauer/Soppe* GRUR 2017, 615, 616; zustimmend *Walter* MR-Int 2017, 40.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Hier zugrunde liegendes Verständnis

In dieser Arbeit wird dem Verständnis des *EuGH* gefolgt, allein schon, weil dessen Auslegung für die Praxis maßgeblich ist. Der Kritik ist zuzugeben, dass die Konzeption des *EuGH* mit der subjektiven Komponente eine Abkehr vom klassischen Verständnis des Urheberrechts bedeutet, das für die Frage der Verletzung allein an den Erfolg und nicht an eine Pflichtverletzung anknüpft. Allerdings wird so eine zu begrüßende Harmonisierung der urheberrechtlichen Haftung erreicht und den Zielen der InfoSoc-RL genügt, welche eine möglichst weitreichende Harmonisierung beabsichtigt. Eine dadurch gleichzeitige Verschiebung vom Erfolgsunrecht auf das Verhaltensunrecht, wie typischerweise vom Lauterkeitsrecht erfasst, ist deshalb grundsätzlich hinzunehmen. Kritik dahingehend, dass der *EuGH* die bloße Zugangseröffnung und damit allein die Möglichkeit genügen lässt und nach der „Gesinnung" entscheide, ist zurückzuweisen. Ziel der öffentlichen Zugänglichmachung ist es gerade, dem Rechtsinhaber in der Nutzungskette früh greifenden Rechtsschutz zu gewähren[937] und nicht genehmigte Nutzungen durch ein „Austrocknen" der Quelle zu verhindern. Damit wird der Rechtsschutz auch nicht vom Werk „abstrahiert", da das bloße Angebot zum Abruf Kern des Ausschließlichkeitsrechts ist, die damit einhergehende Vorverlagerung des Rechtsschutzes ist vom Richtliniengeber beabsichtigt.

Gleichzeitig ist die Prüfungsreihenfolge des *BGH* abzulehnen. Dieser vermischt die verschiedenen Tatbestandsebenen, wenn er im Rahmen der Handlung der Zugänglichmachung eine Pflichtverletzung thematisiert, die nach dem vorzugswürdigen Ansatz des *EuGH* erst für das Merkmal der Öffentlichkeit konstituierend ist. Das führt auch dazu, dass der *BGH* bei seinem Aufbau bereits inzident die Rechtmäßigkeit der Zugänglichmachung für die Frage des Vorliegens einer Handlung der Zugänglichmachung klären muss,[938] was wiederum eine Auseinandersetzung mit dem Merkmal der Öffentlichkeit voraussetzt.

Deshalb ist mit dem *EuGH* zuerst die Handlung der Zugänglichmachung (c) und danach die Öffentlichkeit der Zugänglichmachung zu prüfen (d).

937 Vgl. *EuGH* GRUR 2018, 911, 913 Rn. 28 – *Cordoba*: „ein Recht vorbeugender Art".

938 Vgl. *BGH* WRP 2018, 1338, 1342 Rn. 34 – *YouTube*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Die Handlung der Zugänglichmachung

Die Handlung der Zugänglichmachung ist begrifflich deckungsgleich mit der Handlung der Wiedergabe, soweit ein Zugang zu Zeiten und Orten nach Wahl des Nutzers möglich ist.[939] Dementsprechend werden Ausführungen zur Handlung der Wiedergabe – solange sie nicht die genannten Modalitäten betreffen – übernommen. Wann eine Handlung der Zugänglichmachung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL vorliegt, ist in der Richtlinie nicht klar bestimmt. Lediglich aus Erwägungsgrund 23 InfoSoc-RL geht hervor, dass die Wiedergabe – und damit auch Zugänglichmachung – ihren Ursprung an einem anderen Ort als dem der Rezeption hat und der Begriff weit zu verstehen ist.[940] Nach der abstrakten Bestimmung des Begriffs der Handlung der Zugänglichmachung ist dieser auf Werbeblocker anzuwenden.

aa) Begriffsbestimmung

Hier soll zuerst das maßgebliche Verständnis des *EuGH* dargestellt werden, um dann den Begriff mit den Ansätzen deutscher Rechtsprechung und Literatur zu präzisieren.

(1) Verständnis des EuGH

Für das Merkmal Handlung der Zugänglichmachung fordert der *EuGH* die Berücksichtigung verschiedener Kriterien, die unselbstständig und miteinander verflochten seien.[941] Diese seien einzeln und in ihrem Zusammenwirken mit den anderen Kriterien anzuwenden, da sie im jeweiligen Einzelfall in sehr unterschiedlichem Maße vorliegen könnten.[942] Diesen Verweis auf die Flexibilität des Begriffs der Zugänglichmachung bezieht der *EuGH* inzwischen auf die Handlung der Zugänglichmachung,[943] wäh-

939 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).
940 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 22 – *ThePirateBay*.
941 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 30 – *Filmspeler*.
942 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 30 – *Filmspeler* m. w. N.
943 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 25 f. – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 462 Rn. 30 – *Filmspeler*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rend in früheren Urteilen dies auf den Begriff der öffentlichen Zugänglichmachung insgesamt bezogen wurde.[944]

Dabei komme dem Nutzer, also dem potenziell Zugänglichmachenden, eine zentrale Rolle zu.[945] Für eine solche müsse er in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens tätig werden, um seinen Kunden Zugang zu einem geschützten Werk zu verschaffen, insbesondere dann, wenn diese ohne ein Tätigwerden das ausgestrahlte Werk grundsätzlich nicht[946] oder nur schwer empfangen könnten.[947] Zusammenfassend wurde entschieden, dass jede Handlung, mit der ein Handelnder „in voller Kenntnis der Sachlage" seinen Kunden „Zugang […] gewährt", eine Handlung der Zugänglichmachung sein könne.[948] Neben dem Gewähren des Zugangs kann eine Zugänglichmachung durch einen Wechsel der Übertragungsart erfolgen,[949] was jedoch für Fälle, bei denen sowohl ursprüngliche als auch darauf basierende Zugänglichmachung im Internet erfolgen, nicht gegeben ist.[950]

Für das Internet wurde im Urteil *Svensson*[951] festgestellt, dass im Verlinken – auch frei zugänglicher Inhalte[952] – stets eine Handlung der Zugänglichmachung liege, da dieses den Nutzern direkten Zugang zu den jeweiligen Werken biete.[953] Im Fall *Filmspeler*, einem Abspielgerät für (illegale) Streams, wurde auf das Herstellen einer „unmittelbaren Verbindung" abgestellt, ohne die die Nutzer „kaum in den Genuss der geschützten Werke kommen könnten", da die Seiten, auf die verwiesen wurde, „nicht leicht ausfindig" zu machen waren.[954] Da der Handelnde in „voller Kenntnis der Folgen" das Abspielgerät entsprechend vorkonfigurierte, handelte es sich insbesondere nicht um das „bloße" körperliche Bereitstellen von

944 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1153 Rn. 34 ff. – *GS Media*; GRUR 2012, 597, 598 Rn. 30 – *Phonographic Performance*; GRUR 2012, 593, 596 Rn. 79 ff. – *SCF*.
945 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 31 – *Filmspeler*.
946 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26 – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 462 Rn. 31 – *Filmspeler*; GRUR 2016, 1152, 1153 Rn. 35 – *GS Media*.
947 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26 – *ThePirateBay*.
948 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 34 – *ThePirateBay*.
949 *EuGH* GRUR 2013, 500, 502 Rn. 30 – *ITV Broadcasting*; siehe auch GRUR 2014, 360, 361 Rn. 24 – *Svensson*, in dem dieses Merkmal zur Bestimmung der Öffentlichkeit der Wiedergabe gebraucht werde.
950 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 24 – *Svensson*.
951 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 18, 20 – *Svensson*.
952 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 20, 26 – *Svensson*.
953 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 40 – *GS Media*; vgl. auch MMR 2015, 46, 47 Rn. 15 – *Bestwater*.
954 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einrichtungen zur Zugänglichmachung (Wiedergabe[955]),[956] das nach Erwägungsgrund 27 InfoSoc-RL gerade keine Zugänglichmachung (Wiedergabe) ist. Hierbei spielte es für den *EuGH* keine Rolle, dass das Gerät mit Add-ons Dritter bestückt war und der Hersteller wahrscheinlich[957] keine Einwirkungsmöglichkeit auf die Geräte mehr hatte, was den Fall damit von den zu Linksetzern entschiedenen unterscheidet, die stets die Herrschaft über die Bereitstellung der Links hatten.[958] Für *ThePirateBay*, einer Plattform, die Torrents[959] zu überwiegend rechtswidrig bereitgestellten Werken bereithält, wurde die Kenntnis durch Handlungen wie dem Indexieren und Kategorisieren der Inhalte begründet.[960] Mit ähnlichen Argumenten – Löschen veralteter Dateien, Indexierung – wurde eine bloße Bereitstellung von Einrichtungen zur Zugänglichmachung (Wiedergabe) verneint.[961] Im Urteil *Cordoba* betreffend das Hochladen eines Fotos auf den eigenen Server wurde hingegen allein auf die dadurch erfolgte Zugangseröffnung abgestellt, ohne das Merkmal der – allerdings ohnehin gegebenen – Kenntnis zu erwähnen.[962]

(2) Rezeption in Deutschland und Versuche der Konkretisierung

Nach der Definition der Handlung der Zugänglichmachung gibt es zwei Merkmale, die erfüllt sein müssen, nämlich ein „Verhalten“ (a) und die volle Kenntnis der Folgen durch den Handelnden (b).

---

955 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

956 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler*.

957 Es ist zwar zu vermuten, dass der Filmspeler eine automatische Updatefunktion hatte, diese wird aber wahrscheinlich deaktivierbar gewesen sein.

958 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460 f. – *Filmspeler*.

959 Die (Bit)Torrent-Technik ermöglicht, dass Dateien nicht zentral von einem Server heruntergeladen werden, sondern dezentral verteilt werden, was Kosten spart und das System unabhängiger macht. Möchten verschiedene Nutzer die gleiche Datei herunterladen, versenden Nutzer Dateistücke, die sie bereits erhalten haben, an andere Nutzer, denen diese noch fehlen. Die für diesen Austausch nötigen Informationen sind in der Torrent-Datei enthalten und ermöglichen die Teilnahme an diesem „Netzwerk“. Torrent-Dateien können dabei mit Links verglichen werden, da auch sie den Zugang zu Inhalten ermöglichen bzw. stark erleichtern.

960 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 36 – *ThePirateBay*.

961 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 38 – *ThePirateBay*.

962 *EuGH* GRUR 2018, 911, 912 Rn. 20 f. – *Cordoba*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(a) Anforderungen an das Verhalten

Einige fassen die Rechtsprechung des *EuGH* damit zusammen, dass dieser jede Art der Zugänglichmachung ausreichen lasse.[963] So sei der *Filmspeler* letztlich bloß eine Anleitung zum rechtswidrigen Konsum und beim Verlinken handele es sich um eine bloße Zugangserleichterung.[964] Für solche Handlungen sei zwar eine Haftung als Störer oder Teilnehmer besser geeignet, die Einordnung des *Filmspelers* sei aber immerhin konsequent.[965]

(b) „[I]n voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens"

Aufgrund der Rechtsprechung des *EuGH* ist die Literatur sich grundsätzlich einig, dass die täterschaftliche Haftung nun auch klassische Intermediäre erfassen kann.[966] Entscheidendes, aber wegen des Case Laws unklares[967] Merkmal sei insoweit „in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens". Die meisten Vertreter der Literatur sehen in der Argumentation des *EuGH* Parallelen zur Abgrenzung zwischen neutralem und „aktivem" Verhalten im Rahmen der Haftungserleichterung des Art. 14 E-Commerce-RL (umgesetzt im deutschen § 10 TMG[968]),[969] der in der deutschen Umsetzung zumindest die Schadensersatzhaftung[970] von Hostingprovidern für fremde Inhalte begrenzt.

Greift man auf die zu Art. 14 E-Commerce-RL entwickelten Kriterien zurück, ist eine aktive Rolle gegeben, wenn Handlungen vorliegen, durch die die Kenntnis oder Kontrolle über die gehosteten Daten verschafft wer-

963 *Ohly* ZUM 2017, 793, 796; zur öffentlichen Wiedergabe Schricker/Loewenheim/*v. Ungern-Sternberg*, UrhG § 15 Rn. 63: „nur wenig Rücksicht auf den Sprachsinn".
964 *Specht* ZUM 2017, 582, 584.
965 *Specht* ZUM 2017, 582, 584.
966 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 15 Rn. 68; Spindler/Schmitz/*Spindler*, TMG Vor §§ 7-10 Rn. 61; *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 527; *Ohly* ZUM 2017, 793, 799.
967 Vgl. *Ohly* ZUM 2017, 793, 796; *Specht* ZUM 2017, 582, 586.
968 Spindler/Schuster/*Hoffmann/Volkmann*, TMG § 10 Rn. 9.
969 *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 528 f.; *Ohly* ZUM 2017, 793, 797; *Specht* ZUM 2017, 582, 586; vgl. auch Spindler/Schmitz/*Spindler*, TMG § 7 Rn. 11; *Leistner* ZUM 2018, 286, 288: aktive Geschäftsmodelle.
970 *BGH* GRUR 2011, 152, 154 Rn. 26 – *Kinderhochstühle im Internet I*; zumindest zur Bestimmung der Verkehrspflichten im Rahmen der Störerhaftung GRUR 2013, 1229, 1232 Rn. 35 – *Kinderhochstühle im Internet II*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den.[971] Übertragen auf das Urheberrecht bedeutet das, dass, sobald eine „aktive" Rolle – z. B. durch „volle Kenntnis" – vorliegt, eine täterschaftliche Haftung auch bei Intermediären gegeben ist. Fehlt es an einer solchen, bestehen nur Ansprüche gem. Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL, es gilt dann „notice and take down".[972]

(3) Hier zugrunde liegendes Verständnis

So berechtigt die Kritik an der fehlenden dogmatischen Untermauerung der Rechtsprechung des *EuGH* und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit auch sein mag, so führt an dieser Auslegung – zumindest im harmonisierten Bereich – kein Weg vorbei.

(a) Anforderungen an das Verhalten

An der dargestellten Rechtsprechung des *EuGH* sieht man, dass die Anforderungen an das jeweilige Verhalten sehr niedrig liegen. So ist bereits das bloße Setzen eines Links zu Artikeln bekannter Zeitungen ausreichend.[973] Die in den Urteilen *ThePirateBay* und *Filmspeler* getroffenen Aussagen,[974] dass die Inhalte ansonsten „schwerer auffindbar" seien und deshalb eine Zugänglichmachung (Wiedergabe)[975] vorliege,[976] ändern daran nichts. Die Kriterien Auffindbarkeit oder Schwierigkeit, Zugang zu dem jeweiligen Inhalt zu erhalten,[977] sind jedoch in letzter Konsequenz als irrelevant einzustufen oder zumindest bei sehr niedrigschwelligen Vereinfachungen anzunehmen. So thematisierte der *EuGH* im Zusammenhang mit dem Setzen von Links auf bekannte Nachrichtenseiten eine Erleichterung des

971 *EuGH* GRUR 2011, 1025, 1032 Rn. 113 – *L'Oréal/eBay* m. w. N.
972 *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 528 f.; *Ohly* ZUM 2017, 793, 797 f.; *Specht* ZUM 2017, 582, 586.
973 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 18 ff. – *Svensson*.
974 2. Teil § 4 C. III. 2. c) aa) (1) (S. 193).
975 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).
976 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 36 – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler*.
977 In diese Richtung aber wohl *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 36 – *ThePirateBay*: Teilen der Inhalte „zumindest komplexer"; MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler*: Streaming-Seiten können „nicht leicht ausfindig gemacht werden" und ändern sich häufig.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zugangs erst gar nicht,[978] sodass es auf eine Auffindbarkeit nicht ankommen kann. Vielmehr kommt es dem *EuGH* auf den Erfolg der Handlung an.[979] Entscheidend ist damit allein, ob die Nutzer ohne die Handlung des Zugänglichmachenden Zugriff auf den geschützten Gegenstand gehabt hätten[980], ob also *irgendeine* Handlung vorliegt, die den Zugang *irgendwie* erleichtert.[981] Diese weite Handhabe ermöglicht einerseits ein flexibles Reagieren und verhindert gleichzeitig das unscharfe Kriterium, ob etwas ohne die jeweilige Handlung „schwerer" auffindbar war. Eine Einschränkung kann über andere Tatbestandsmerkmale erfolgen.

(b) „[I]n voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens"

Kriterium zur Beschränkung des Tatbestandsmerkmals der Handlung der Zugänglichmachung ist damit „in voller Kenntnis der Sachlage".[982] Dieses qualifiziert das bloße Eröffnen eines Zugangs zu einer Handlung der Zugänglichmachung und grenzt zum bloßen Bereitstellen von Einrichtungen zur Zugänglichmachung (Wiedergabe) ab, welches nach Erwägungsgrund 27 InfoSoc-RL keine Zugänglichmachung (Wiedergabe) ist. Ebenso wird damit das Problem von durch Dritte eingestellten Inhalten angegangen: Dass Dritte Inhalte auf eine Plattform hochladen und damit eine Verantwortlichkeit des Betreibers ausschließen, könne dahinstehen, wenn dieser in voller Kenntnis der Konsequenzen diese Inhalte indexiere und kategorisiere[983] bzw. sogar mit dem Zugang zu unerlaubt hochgeladenen Inhalten werbe.[984] Handelt der Zugänglichmachende eindeutig selbst, wie beim Hochladen[985] oder Verlinken[986], wird das Merkmal nicht thematisiert.

978 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 360 – *Svensson*, dort wurden Links zu einer großen schwedischen, landesweit erscheinenden Zeitung gesetzt.
979 Vgl. *EuGH* GRUR 2018, 911, 912 Rn. 20 – *Cordoba*; GRUR 2017, 790, 792 Rn. 34 – *ThePirateBay*.
980 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 31 – *Filmspeler*; GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26 – *ThePirateBay*: „nicht oder nur schwer".
981 Vgl. *Ohly* ZUM 2017, 793, 796.
982 Vgl. *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 528 ff.
983 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 36 – *ThePirateBay*.
984 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler*.
985 *EuGH* GRUR 2018, 911, 912 Rn. 20 – *Cordoba*.
986 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 18 ff. – *Svensson*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Allerdings ist das Merkmal „in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens“ missverständlich, da es ein subjektives Merkmal impliziert, während es stattdessen darauf ankommt, wer die Herrschaft über den Vorgang innehat. Deshalb ist mit der Literatur das Merkmal analog zur aktiven Rolle im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 14 E-Commerce-RL auszulegen. So spricht der Gerichtshof stets von „Kriterien, die unselbstständig und miteinander verflochten sind“, die im jeweiligen Einzelfall in sehr unterschiedlichem Maße vorliegen können.[987] Die Erwähnung weiterer Kriterien würde nur wenig Sinn machen, wenn allein die Kenntnis ausschlaggebend wäre. Der Fokus ist deshalb vielmehr auf die „weiteren Kriterien“ zu legen. Diese stellen das Einfalltor für die zu Art. 14 E-Commerce-RL entwickelten Grundsätze dar.

Die volle Kenntnis der Folgen ist entgegen weit verbreiteter Auffassung nur ein Unterfall dieser Kriterien und damit ausreichende, aber nicht zwingende Voraussetzung. Für dieses Ergebnis spricht, dass es sich beim Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten um absolute Rechte handelt. So setzen weder die InfoSoc-RL noch die Enforce-RL (vgl. dort Art. 12) für eine Verletzung des Urheberrechts Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. Auch besteht per se eine Pflicht dazu, fremde, absolute Rechte wie das Urheberrecht zu achten, nicht nur dann, wenn ein Bewusstsein für die Zugangseröffnung besteht. Gleichzeitig ist eine ausufernde Haftung für schuldlose Verletzungen des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung durch das Merkmal der Pflichtverletzung im Rahmen der Öffentlichkeit begrenzt. So können die zu beachtenden (Nachforschungs-)Pflichten in den Fällen abgesenkt werden, in denen die Zugangseröffnung nur fahrlässig geschah.

Allerdings ist die Rolle des Zugänglichmachenden für die Eröffnung des Zugangs weiterhin „zentral“ bzw. nach der englischen Fassung „indispensable“.[988] Die Anforderungen an die Handlung der Zugänglichmachung dürfen daher nicht zu weit abgesenkt werden, was durch die Anlehnung an Art. 14 E-Commerce-RL gewährleistet wird. Die aktive Rolle wird unter Berufung auf Erwägungsgrund 42 E-Commerce-RL derart konkretisiert, dass das Haftungsprivileg nur dann gewährt wird, wenn der Dienst „weder Kenntnis noch Kontrolle über die […] gespeicherte Information

987 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 25 – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 462 Rn. 30 – *Filmspeler*.

988 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26 – *ThePirateBay* m. w. N.; vgl. aber auch MMR 2017, 460, 461 Rn. 31 – *Filmspeler*: Hier ist in der englischen Fassung die Rolle des Handelnden „essential“.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

besitzt".[989] Dies ähnelt stark der „vollen Kenntnis der Sachlage", die der *EuGH* für das Vorliegen einer Handlung der Zugänglichmachung fordert und (auch) zur Abgrenzung bloßer technischer Handlungen benutzt. Nur durch diese Auslegung – Kenntnis oder Kontrolle – können Fälle (ohne eine vorherige Benachrichtigung des Zugänglichmachenden)[990] erfasst werden, in denen die Handlung nicht „in voller Kenntnis der Folgen" erfolgte, aber gleichzeitig der Handelnde wusste, dass im Falle einer (ungewissen) Zugangseröffnung das Urheberrecht verletzt werden wird oder er von einer Verletzung stark profitiert. So wird letztlich das Merkmal der (vollen) Kenntnis um dasjenige der Kontrolle ergänzt. Durch die Übernahme der aktiven Rolle im Sinne des Art. 14 E-Commerce-RL erhält man ein (relativ) einheitliches Haftungssystem und schließt die (deutsche) Haftungslücke für „aktive" Dritte, die mangels konkreter Kenntnis der Rechtsverletzung nicht auf Schadensersatz haften.[991] Gleichzeitig besteht mit dem Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit und der dafür erforderlichen Pflichtverletzung ein flexibler Maßstab, mit dem bei Bedarf nützliche Geschäftsmodelle geschützt werden können.[992]

Damit ist zur Bestimmung der „vollen Kenntnis" des (möglicherweise) Zugänglichmachenden danach zu fragen, ob er eine aktive Rolle im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 14 E-Commerce-RL einnimmt. Eine solche Rolle ist insbesondere dann gegeben, wenn der Zugänglichmachende um die Zugangseröffnung weiß.

(4) Voraussetzungen einer aktiven Rolle

Wie dargestellt, liegt eine aktive Rolle stets beim Handeln in voller Kenntnis vor. Die Kenntnis bezieht sich darauf, dass Werke zugänglich gemacht

989 *EuGH* GRUR 2011, 1025, 1033 Rn. 112 f. – *L'Oréal/eBay*; NJW 2010, 2029, 2035 Rn. 120 – *Google France*.

990 Sobald dem ohne Kenntnis oder Kontrolle Handelnden eine Mitteilung über die Rechtsverletzung zugeht und er den Urheberrechtsverstoß nicht unverzüglich abstellt, hat er Kenntnis und handelt damit aktiv, sodass eine Handlung der Zugänglichmachung bejaht werden kann, vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. b E-Commerce-RL und *EuGH* NJW 2010, 2029, 2035 Rn. 120 – *Google France*.

991 *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 534.

992 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 178, 185 Rn. 60 – *Vorschaubilder III*: „besondere Bedeutung der Suchmaschinen für die Informationsvermittlung im Internet".

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden, die ansonsten nicht oder nur „schwerer“ zugänglich wären[993] bzw. dass ein „direkte[r] Zugang“[994] zu diesen geboten wird.

Nach Art. 14 Abs. 1 lit. a E-Commerce-RL ist ein Diensteanbieter nicht für Informationen verantwortlich, von deren Rechtswidrigkeit er keine Kenntnis besitzt und sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen die rechtswidrige Information offensichtlich wird. In Erwägungsgrund 42 wird dies dahingehend präzisiert, dass die Tätigkeit rein technischer, automatischer und passiver Art sein müsse, der Anbieter des Dienstes also weder Kenntnis noch Kontrolle über die Information besitzen dürfe.[995]

Am Beispiel des Dienstes *Google AdWords*, einem Dienst, der Werbebotschaften anhand von Schlüsselwörtern Suchbegriffen zuordnet, wurde die bloße Zuordnung nicht für ausreichend befunden.[996] Ebenso spielte die Entgeltlichkeit des Dienstes für die Werbenden keine Rolle.[997] Relevant war hingegen, inwieweit *Google* die Werbebotschaften abfasste und die Schlüsselwörter festlegte bzw. auswählte.[998] Dies ähnelt stark dem im Urteil *ThePirateBay*[999] für die Annahme einer öffentlichen Zugänglichmachung maßgeblichen Indexieren und Katalogisieren der jeweiligen Quellen.[1000]

Auch für *eBay*, einen Online-Marktplatz, wurde die bloße Festlegung der Modalitäten des Vertragsschlusses und die Vergütungspflicht nicht als ausreichend erachtet.[1001] Anders sei dies im Falle von „Hilfestellungen“ zu bewerten, wenn der Marktplatz also die Präsentation der Angebote optimiere oder sie bewerbe. Dann nehme er keine neutrale Stellung zwischen Käufer und Verkäufer ein, sondern schlage sich aktiv auf eine Seite und könne sich dadurch Kenntnis oder Kontrolle über die betreffenden Informationen verschaffen.[1002] Bestehe keine aktive Rolle, könne eine Haftung aber darüber begründet werden, dass dem Dienst Tatsachen mitgeteilt werden, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die

993 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26 – *ThePirateBay*.
994 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 18 – *Svensson*.
995 Vgl. auch *EuGH* NJW 2010, 2029, 2035 Rn. 113 – *Google France*.
996 *EuGH* NJW 2010, 2029, 2035 Rn. 117 – *Google France*.
997 *EuGH* NJW 2010, 2029, 2035 Rn. 116 – *Google France*.
998 *EuGH* NJW 2010, 2029, 2035 Rn. 118 – *Google France*.
999 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 36, 38 – *ThePirateBay*.
1000 Vgl. *BGH* WRP 2018, 1338, 1342 Rn. 34 – *YouTube*.
1001 *EuGH* GRUR 2011, 1025, 1032 Rn. 115 – *L'Oréal/eBay*.
1002 *EuGH* GRUR 2011, 1025, 1032 Rn. 116 – *L'Oréal/eBay*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtswidrigkeit hätte feststellen müssen,[1003] was letztlich auf „notice and take down" hinausläuft.

In Deutschland wird Art. 14 E-Commerce-RL durch §§ 7, 10 TMG umgesetzt.[1004] Die deutsche Rechtsprechung hat hierauf basierend die Kategorie des Zueigenmachens entwickelt.[1005] Die Grundidee ist die Gleiche wie bei derjenigen der aktiven Rolle: Ein Geschäftsmodell ist derart beschaffen, dass es nicht mehr nur auf der technischen Vermittlung von Informationen beruht[1006] und hierdurch Umsätze generiert, sondern es überschreitet die Schwelle, indem es unmittelbar von Schutzrechtsverletzungen Dritter profitiert und (auch) diese fördert, sodass eine täterschaftliche Haftung eingreift.[1007] Der deutsche Ansatz besteht darin, dass die Informationen, wenn zu eigen gemacht, nicht mehr fremd sind und somit nicht mehr dem Anwendungsbereich des § 10 TMG (der Art. 14 E-Commerce-RL umsetzt) unterfallen können. Anders als im europäischen Recht wird auf die Sicht eines objektiven Internetnutzers für die Frage der Fremdheit abgestellt.[1008] Kriterien hierfür sind, ob die Inhalte (nicht nur auf Verstöße) kontrolliert werden, ob das Logo der Plattform prominent erscheint[1009] und inwieweit Nutzungsrechte eingeräumt werden.[1010] Dass es sich bei den jeweiligen Inhalten um den „Kern" des Angebots handelt,[1011] spricht auch für ein Zueigenmachen, sodass keine technische Vermittlerrolle mehr vorliegt.[1012]

Diese Kategorie ist jedoch abzulehnen, da sie im europäischen Recht keine Grundlage findet.[1013] Ob sich der Dienst auf eine Seite stellt, wird nicht aus Sicht der die Inhalte wahrnehmenden Nutzer beurteilt, sondern aus Sicht eines objektiven Dritten, der die Beziehungen der Beteiligten kennt. Zwar kann man bestimmte Kriterien übernehmen, dies allerdings

---

1003 *EuGH* GRUR 2011, 1025, 1033 Rn. 120, 122 – *L'Oréal/eBay*.
1004 Spindler/Schuster/*Hoffmann/Volkmann*, TMG Vorbem. §§ 7 ff. Rn. 21.
1005 Dazu z. B. *BGH* GRUR 2017, 844, 846 Rn. 18 – *klinikbewertungen.de*; GRUR 2016, 936, 938 Rn. 28 – *Angebotsmanipulation bei Amazon*; GRUR 2015, 1129, 1131 Rn. 25 – *Hotelbewertungsportal*.
1006 Vgl. *BGH* GRUR 2010, 616, 619 Rn. 27 – *marions-kochbuch.de*.
1007 Vgl. *BGH* GRUR 2010, 616, 618 Rn. 23 – *marions-kochbuch.de* m. w. N.
1008 Spindler/Schmitz/*Spindler*, TMG § 10 Rn. 16.
1009 *BGH* GRUR 2010, 616, 618 Rn. 25 – *marions-kochbuch.de*.
1010 *BGH* GRUR 2010, 616, 618 f. Rn. 27 – *marions-kochbuch.de*.
1011 *BGH* GRUR 2010, 616, 618 Rn. 26 – *marions-kochbuch.de*.
1012 *BGH* GRUR 2010, 616, 619 Rn. 27 – *marions-kochbuch.de*.
1013 Spindler/Schuster/*Hoffmann/Volkmann*, TMG § 10 Rn. 11; für ein Beibehalten als Unterfall neben der aktiven Rolle Spindler/Schmitz/*Spindler*, TMG § 7 Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nur, soweit sie der Rechtsprechung des *EuGH* entsprechen, wie z. B. das Überprüfen der Inhalte.[1014]

(5) Ergebnis der Anforderungen an die Handlung der Zugänglichmachung

Eine Handlung der Zugänglichmachung setzt damit letztlich eine Erleichterung des Zugangs (zu Zeiten und Orten der Wahl der Nutzer) und dabei die Einnahme einer aktiven Rolle voraus. Dieses Merkmal ist analog der Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 14 E-Commerce-RL auszulegen. Eine solche Rolle ist z. B. bei voller Kenntnis der Zugangseröffnung zu einem geschützten Gegenstand gegeben oder wenn der Dienst die Kontrolle über die Inhalte erlangt.

bb) Anwendung auf Werbeblocker

Dass (Sperren) umgehende Werbeblocker eine Handlung der Zugänglichmachung (bzw. der Wiedergabe)[1015] vornehmen, scheint nahezuliegen: Der Werbeblocker verlinkt zwar nicht, allerdings ermöglicht bzw. erleichtert er ebenso den Zugriff auf geschützte Inhalte, ohne diese selbst vorzuhalten.

So sehen manche Autoren die Software als entscheidend an, sodass auch normale PCs mit entsprechender Konfiguration eine Zugänglichmachung ermöglichen würden.[1016] Im Umgehen von Zugangsbeschränkungen, konkret einer Session-ID, die eine Verlinkung auf Unterseiten verhindern sollen, sehen der *BGH*[1017] und große Teile des Schrifttums[1018] eine öffentliche Zugänglichmachung.

1014 Vgl. *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 535.

1015 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

1016 *Specht* ZUM 2017, 582, 584; *Stender-Vorwachs/Steege* MMR 2017, 465; *Walter* MR-Int 2017, 40; vgl. auch *Mitsdörfer/Gutfleisch* MMR 2009, 731, 734, die bei der Umgehung von Sperren gegen das Streaming aus bestimmten Ländern von einer „faktische[n] Zugänglichmachung" sprechen.

1017 *BGH* GRUR 2011, 56, 58 Rn. 27 – *Session-ID*.

1018 BeckOK UrhR/*Götting*, UrhG § 19a Rn. 7; HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 16 Rn. 16; Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 19a Rn. 23a; Spindler/Schmitz/*Spindler*, TMG Vor §§ 7-10 Rn. 62; Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhG § 19a Rn. 10;

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Eröffnen des Zugangs

Ein umgehender Werbeblocker eröffnet einen Zugang zu einem Werk, das der Nutzer ansonsten (mit eingeschaltetem Werbeblocker) nicht abrufen könnte, konkret, indem er den Prüfmechanismus täuscht und sich so als berechtigt zum Abruf der Inhalte und Darstellung auf dem Bildschirm ausgibt. Ohne diese Umgehung würde der Nutzer nur eine Sperrseite sehen, das Werk wäre nicht zugänglich. Der Zugang ist auch zu Zeiten und Orten der Wahl der Nutzer gegeben.

Zwar handelt es sich nicht um das klassische Linking,[1019] denn der Nutzer gibt die konkrete URL selbst ein. Allerdings kann es wertungsmäßig für die Frage der Eröffnung des Zugangs keinen Unterschied machen, ob ein Link mitgeteilt oder eine Einrichtung bereitgestellt wird, mit der man ansonsten nicht zugängliche URLs öffnen kann: Grundsätzlich werden infolge der Umgehung Inhalte zugänglich gemacht, die der Nutzer ansonsten nicht, nur „schwer“[1020] oder „kaum“[1021] genießen könnte. Im Fall *Svensson* entschied der *EuGH,* dass das Verlinken auf das Online-Angebot einer großen Tageszeitung eine Handlung der Zugänglichmachung sei.[1022] Damit reicht schon eine geringe „Vereinfachung“ des Zugangs zu einem geschützten Werk, sodass umgehende Werbeblocker den Zugang zu einem geschützten Werk eröffnen.

Diese Zugangseröffnung liegt insbesondere dann vor, wenn durch die Sperre lediglich die Darstellung auf dem Bildschirm, z. B. durch ein Overlay, verhindert wird. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung setzt voraus, dass die Nutzer „Zugang haben“.[1023] Ist eine bestimmte Nutzung (Vervielfältigung auf dem Bildschirm) nicht möglich, so fehlt *insoweit* der Zugang. Umgeht der Werbeblocker nun die Beschränkung, verhindert also die Anzeige des Overlays, wird dementsprechend der Zugang zur Anzeige auf dem Bildschirm gewährt.

---

dagegen wegen des fehlenden Vorhaltens Schricker/Loewenheim/*v. Ungern-Sternberg*, UrhG § 19a Rn. 93; kritisch auch Spindler/Schuster/*Wiebe*, UrhG § 19a Rn. 5.

1019 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460 – *Filmspeler*, dort wurde der automatische Abruf von Links ermöglicht.

1020 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26 – *ThePirateBay*.

1021 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler* unter Verweis auf die sich häufig ändernden Adressen und dass illegale Seiten „von der Öffentlichkeit nicht leicht ausfindig“ gemacht werden könnten.

1022 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 19 f. – *Svensson*.

1023 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 31 – *ThePirateBay*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Damit liegt im Eröffnen des Zugangs zu Webseiten durch technische Modifikation des jeweiligen Gerätes mittels umgehendem Werbeblocker eine Zugänglichmachung. Es macht bezüglich der Zugangseröffnung keinen Unterschied, ob ein Programm ermöglicht, dass gesperrte Inhalte aufgerufen (umgehender Werbeblocker), Links indexiert (*ThePirateBay*[1024]) oder mittels Add-on abgerufen werden (*Filmspeler*[1025]). In allen Fällen wird der Zugang zu urheberrechtlich geschützten Inhalten eröffnet. Damit ermöglicht ein umgehender Werbeblocker Nutzern den Zugang zu insoweit gesperrten Webseiten an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl.

(2) Verhalten – aktive Rolle

Allerdings reicht die Eröffnung des Zugangs nicht für eine Handlung der Zugänglichmachung, es bedarf zusätzlich einer aktiven Rolle des Werbeblocker-Betreibers. Nach Erwägungsgrund 27 InfoSoc-RL ist die bloße Bereitstellung von Einrichtungen, die eine Zugänglichmachung (Wiedergabe)[1026] ermöglichen oder bewirken, keine Zugänglichmachung (Wiedergabe) im Sinne der Richtlinie. Eine Abgrenzung zwischen dem bloßen Bereitstellen und der Zugänglichmachung (bzw. Wiedergeben) erfolgt in Anlehnung an Art. 14 E-Commerce-RL durch das Merkmal der aktiven Rolle. Die Dienste des Handelnden dürfen demgemäß nicht rein technischer, automatischer und passiver Art sein, sodass er Kenntnis oder Kontrolle über die Information besitzt bzw. sich diese verschaffen kann.

Bewirbt ein Werbeblockerbetreiber sein Produkt damit, dass es entsprechende Sperren umgehen könne, nimmt er eine aktive Rolle ein. Schwieriger ist es jedoch einzuordnen, wenn der Werbeblocker Code benutzt, der *allgemein* Werbeblocker-Erkennungen umgeht, also neben solchen mit dem Ziel einer Sperre auch die, die legal umgangen werden dürfen.[1027] Gleiches gilt für den Fall, dass der Code nicht vom Werbeblockerbetreiber selbst ist, sondern automatisch mithilfe einer von Dritten verwalteten Liste eingebunden wird.

1024 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 31 ff. – *ThePirateBay*.
1025 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 35 ff. – *Filmspeler*.
1026 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).
1027 Z. B. eine Erkennung zur Ausspielung umgehender Werbung, vgl. 4. Teil § 9 B. (S. 386).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(a) Eigener, umgehender Code

Schreibt der Webseitenbetreiber eigenen Code, der eine *bestimmte* Sperre umgeht, handelt er in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens und nimmt eine aktive Rolle ein. Eine täterschaftliche Zugänglichmachung kann unproblematisch bejaht werden.

Weniger eindeutig ist es beim Schreiben und Verwenden von Code, der Mechanismen zur Werbeblockererkennung umgeht, die von verschiedenen Webseitenbetreibern unterschiedlich eingesetzt werden. So ist es denkbar, dass Webseitenbetreiber die gleiche Erkennung verwenden und in der Mehrzahl eine Sperre damit verknüpfen, während andere lediglich einen Hinweis anzeigen. Für Fälle des Dual Use der Umgehung kann man die volle Kenntnis der Zugangseröffnung im subjektiven Sinne durchaus verneinen. Gleichzeitig liegt aber eindeutig eine aktive Rolle vor, weil der Werbeblockerbetreiber allein die Kontrolle über die Zugangseröffnung hat. Fälle, in denen eine Verantwortlichkeit des Werbeblockerbetreibers unverhältnismäßig wäre, z. B. weil die Zugangseröffnung nicht zu verhindern war, können mithilfe des Merkmals der Öffentlichkeit ausgeschieden werden.

(b) Fremder, automatisch implementierter Code zur Umgehung

Bei fast allen Werbeblockern wird jedoch wegen des hohen Arbeitsaufwands und der häufigen Änderungen die Erstellung und Pflege der Blocklist ausgelagert, sodass es denkbar ist, dass umgehender Code in einer solchen ausgelagerten Liste enthalten ist. Die Listen werden von Dritten betrieben und dürfen frei verwendet werden. Bindet also der Werbeblocker Code über Listen wie der *Easylist Germany* ein,[1028] handelt es sich dabei um Informationen, die von Dritten bereitgestellt werden. Allerdings spielt der Werbeblockerbetreiber eine aktive Rolle bei der Auswahl der Listen, sodass eine Handlung der Zugänglichmachung zu bejahen ist. Grund hierfür ist, dass der Werbeblocker die Listen selbstständig auswählt und das Programm insoweit voreingestellt vertreibt. Die wirtschaftlich begründete Motivation für das Einbinden, dass die eigenständige Pflege einer solchen Liste sehr kostenintensiv ist, ändert nichts an der aktiven Rolle. Eine Differenzierung bezüglich der Verantwortlichkeit für die Liste kann hier nur im Rahmen des Merkmals der Öffentlichkeit erfolgen. Dient

1028 Vgl. *Kiersch,* Adblocking, S. 57 f.; dazu bereits oben, 1. Teil § 1 B. IV. 3. (S. 50).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Umgehung auch dazu, legale Erkennungen zu verhindern, gelten zu diesem Dual Use die gleichen Grundsätze, wie wenn der Code durch den Werbeblockerbetreiber selbst programmiert worden wäre.

cc) Ergebnis zur Handlung der Zugänglichmachung

Für den Begriff der Handlung der Zugänglichmachung ist die Rechtsprechung des *EuGH* zugrunde zu legen. Es sind grundsätzlich niedrige Anforderungen an das Verhalten zu stellen, es reicht jede Vereinfachung des Zugangs analog zum Linking. Der *EuGH* fordert, dass der Handelnde in „voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens" handeln müsse. Dabei handelt es sich jedoch nur um eines von weiteren, miteinander verflochtenen Kriterien, was auf die Rechtsprechung zu Art. 14 E-Commerce-RL verweist, sodass nach einer aktiven Rolle zu fragen ist.

Nach diesen Kriterien liegt bei umgehenden Werbeblockern eine Handlung der Zugänglichmachung vor. Die umgehenden Werbeblocker ermöglichen einen Zugang, den die Nutzer ohne das Programm nicht hätten. Insbesondere stellen die Werbeblockerbetreiber nicht bloß Einrichtungen zur bloßen Zugänglichmachung (bzw. Wiedergabe) nach Erwägungsgrund 27 InfoSoc-RL zur Verfügung. Grund dafür ist, dass sie aktiv im Sinne des Art. 14 E-Commerce-RL handeln, da sie den Code selbst schreiben bzw. zumindest die Listen eigenständig auswählen.

Damit liegt eine Handlung der Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG beim Vertrieb von umgehenden Werbeblockern vor.

d) Öffentlichkeit der Zugänglichmachung

Das zweite Merkmal der öffentlichen Zugänglichmachung ist, dass diese *öffentlich* sein muss. Der Begriff der Öffentlichkeit ist, wie oben erläutert, gleich dem der öffentlichen Wiedergabe zu verstehen. Der Begriff setzt sich aus drei Prüfungspunkten zusammen. Die Wiedergabe muss gegenüber einem entsprechend großen Publikum erfolgen (aa), dieses muss im Vergleich zum vom Rechtsinhaber intendierten weiter sein (bb) und es müssen bei der Zugänglichmachung zum neuen Publikum Prüfpflichten verletzt worden sein (cc).

Mit Blick auf die Urteile *Filmspeler* und *ThePirateBay* kann man sich zwar streiten, ob das neue Publikum und die insoweit bestehenden Prüfpflichten unter den Prüfpunkt der Öffentlichkeit zu subsumieren sind,

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

da zuvor jeweils das Merkmal der Öffentlichkeit bejaht worden ist,[1029] zugleich aber stets betont wird, dass eine öffentliche Zugänglichmachung nur aus zwei Merkmalen bestehe.[1030] Hier wird die Verletzung von Prüfpflichten als Teil des Merkmals Öffentlichkeit verstanden.[1031]

aa) Größe des Publikums

Der *EuGH* setzt bezüglich der Größe des Publikums voraus, dass der Kreis der potenziellen Adressaten, das Publikum, mehr als eine allzu kleine oder gar unbedeutende Mehrzahl betroffener Personen sein muss, wobei auch zukünftig zu erwartende Handlungen der Zugänglichmachung zu berücksichtigen sind.[1032] Diesen Personen gegenüber muss tatsächlich eine Zugänglichmachung erfolgen,[1033] wofür aber bereits die Möglichkeit der Kenntnisnahme ausreicht.[1034] Der Vertrieb eines umgehenden Werbeblockers (bzw. dessen Nutzung) ermöglicht – da sich das Angebot an jeden Internetnutzer mit einem kompatiblen Gerät richtet[1035] – ausreichend potenzielle Zugänglichmachungen im Sinne einer Öffentlichkeit.

bb) Vom Rechtsinhaber intendiertes und neues Publikum

Innerhalb dieses Abschnitts ist zu prüfen, ob die umgehenden Werbeblocker Webseiten, die für Nutzer mit einem Werbeblocker gesperrt sind, einem neuen Publikum zugänglich machen. Zuerst werden die Anforderungen an eine technische Beschränkung, die Sperre, geklärt (1), um in einem zweiten Schritt diese auf Sperren gegen Werbeblocker (Werbeblockersperren) anzuwenden (2). Dazu ist das vom Rechtsinhaber intendierte

1029 *EuGH* GRUR 2017, 790, 793 Rn. 43 – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 463 Rn. 46 – *Filmspeler*.
1030 Ständige Rechtsprechung, *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 24 – *ThePirateBay* m. w. N.
1031 So wohl auch *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 f. Rn. 36 ff. – *GS Media*.
1032 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 41 – *ThePirateBay* m. w. N.
1033 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 40 – *ThePirateBay* m. w. N.
1034 *EuGH* GRUR 2007, 225, 227 Rn. 43 – *SGAE*.
1035 Vgl. zum Erwerb eines multimedialen Abspielgeräts *EuGH* MMR 2017, 460, 463 Rn. 45 – *Filmspeler* unter Verweis auf GRUR 2013, 500, 502 Rn. 35 f. – *ITV Broadcasting*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Publikum mit dem abzugleichen, welches durch den Werbeblocker Zugang zur Webseite erhält.

(1) Anforderungen an eine technische Beschränkung

Das vom Rechtsinhaber intendierte Publikum wird mittels einer pauschalisierten Auslegung des Willens des Rechtsinhabers bestimmt, wobei für das Internet bei einem unbeschränkten Einstellen davon ausgegangen wird, dass darauf basierende, vorübergehende Nutzungshandlungen gem. § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt sind.[1036] Ein Wille des Rechtsinhabers, alle Internetnutzer anzusprechen,[1037] fehlt jedoch, wenn „beschränkende Maßnahmen" umgangen werden.[1038] „[S]ofern und soweit" das Werk bereits frei zugänglich ist, wird das gleiche Publikum erreicht;[1039] darüber hinaus liegt ein „neues Publikum" vor, dem gegenüber das Werk ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zugänglich gemacht wird.[1040]

Welche Anforderungen an technische Beschränkungen, die den Kreis der Zugangsberechtigten begrenzen, zu stellen sind, ist nicht klar. Fraglich ist bereits, inwieweit eine Konditionalisierung des Zugangs möglich ist (a) und wie die Norm zu § 95a UrhG steht (b). Daraufhin wird zur Auslegung des Willens geklärt, auf wessen Sicht es ankommt (c), um dann aus dieser Sicht Auslegungsregeln für das Vorliegen und die Reichweite technischer Beschränkungen festzulegen (d).

(a) Umfassende Konditionalisierung möglich

Der *EuGH* spricht von beschränkenden Maßnahmen, die den Zugang nur für „Abonnenten" gewährleisten sollen.[1041] Daraus wird teilweise ge-

1036 Dazu bereits ausführlich oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82).

1037 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 42 – *GS Media*; MMR 2015, 46, 48 Rn. 18 – *Bestwater*; ähnlich GRUR 2017, 62, 63 Rn. 36 – *Soulier und Doke*.

1038 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 31 – *Svensson*.

1039 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 42 – *GS Media*.

1040 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 62, 63 Rn. 36 f. – *Soulier und Doke*; unentschieden *Ohly* GRUR 2018, 996, 999, der anstelle einer Zustimmung auch den Gedanken des Allgemeininteresses am Funktionieren des Internets als Begründung in Betracht zieht.

1041 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 50 – *GS Media*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

folgert, dass es zumindest einer Registrierung als Beschränkung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL bedürfe.[1042]

Teilweise wird für § 95a UrhG ein Schutz der Kopplung von Werbung und Inhalt mit Verweis auf das Telos der Norm abgelehnt.[1043] Es sei nicht Aufgabe der Norm, eine schuldrechtliche Kopplung zu schützen.[1044] § 95a Abs. 1 UrhG verbietet die Umgehung von wirksamen technischen Schutzmaßnahmen, Abs. 3 Vorfeldhandlungen wie den Vertrieb von Umgehungsmitteln.[1045] Nach § 95a Abs. 2 S. 1 sind technische Schutzmaßnahmen Technologien, Vorrichtungen und Bestandteile, die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, geschützte Werke oder andere nach dem UrhG geschützte Schutzgegenstände betreffende Handlungen, die vom Rechtsinhaber nicht genehmigt sind, zu verhindern oder einzuschränken. Da § 95a UrhG den Schutz des Urheberrechts fortsetzen soll[1046] und es ebenso um eine technisch wirkende Konditionalisierung geht, könnte man überlegen, diese Einschränkung auf das Urheberrecht selbst zu übertragen.

Demgegenüber gehen andere von der Möglichkeit einer Konditionalisierung von § 19a UrhG aus.[1047] So hatte der *BGH* keine Bedenken, eine technische Zugangsbeschränkung im Sinne des § 19a UrhG bei einer Session-ID anzunehmen, die lediglich den vorhergehenden Besuch der Startseite schützte.[1048] Zu § 95a UrhG wird betont, dass unstreitig Modelle mit einem klassischen Entgelt geschützt seien und die Werbefinanzierung vergleichbar sei.[1049]

Der Zugang zu einem Werk kann sehr frei bedingt werden, was auch die Kopplung zwischen Inhalten und Werbeempfang umfasst. Hierfür

---

1042 *Höfinger* ZUM 2014, 293, 294.

1043 *Pfeifer* AfP 2016, 5, 10; skeptisch auch *Krüger* GRUR-Prax 2016, 322, 324; wohl auch *Witte* ITRB 2018, 34, 38: nur Art und Weise der Nutzung.

1044 *Pfeifer* AfP 2016, 5, 10.

1045 Zu Verletzungen von § 95a Abs. 3 UrhG durch die Werbeblockerbetreiber 4. Teil § 8 A. I. (S. 351) und durch die Nutzer nach § 95a Abs. 1 UrhG 4. Teil § 8 B. (S. 381).

1046 Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 3: Kongruenz; ähnlich HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 95a Rn. 38: kein über das Schutzrecht hinausgehender Rechtsschutz.

1047 *Ohly* GRUR 2018, 996, 1003 zu § 95a UrhG *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 244; *Runkel* IPRB 2016, 81, 84; vgl. auch *OLG Hamburg* CR 2010, 125, 127 – *Session-ID*, einen Schutz aber aus anderen Gründen verneinend; Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 42; *Lorenz* jurisPR-ITR 3/2011, Anm. 5, D.

1048 *BGH* GRUR 2011, 56, 59 Rn. 30 f. – *Session-ID*.

1049 *Runkel* IPRB 2016, 81, 84.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

spricht bereits das Wesen des Urheberrechts, dem Rechtsinhaber ein Ausschließlichkeitsrecht an seinen Inhalten zu gewähren, was insbesondere die Verwertungsbefugnis umfasst.[1050] Muss ein Rechtsinhaber ein Werk nicht veröffentlichen, kann er über die Zugangsbedingungen erst recht frei bestimmen. Dabei handelt es sich nicht um eine „schuldrechtliche Kopplung", sondern Ausfluss der dem Urheberrecht innewohnenden Nutzungs- und Ausschlussmöglichkeit.[1051] Für einen solchen Schutz kann es nicht auf das Verlangen eines Entgelts ankommen. Der Verweis des *EuGH* auf die „Abonnenten" wird beispielhaft zu verstehen sein und sich auf diejenigen beziehen, die sich den Bedingungen des Rechtsinhabers unterworfen haben. Hierfür spricht die Definition der Beschränkung im Urteil *Svensson*, wonach eine solche vorliege, wenn die Seite „nur einem begrenzten Publikum" zugänglich ist.[1052] Vor dem Hintergrund von Erwägungsgrund 5 InfoSoc-RL, der „neue Formen der Verwertung" ermöglichen will, kann nichts anderes gemeint sein. Weiterhin spricht die Betroffenheit von wirtschaftlichen Interessen im Sinne der UGP-RL für eine „Verwertung" im Sinne der InfoSoc-RL.[1053] Sinn und Zweck des Urheberrechts ist – neben dem Schutz der Persönlichkeitsrechte des Urhebers – gerade die Monetarisierung der Inhalte.[1054] Auch wird in Erwägungsgrund 25 S. 4 DInh-RL die Existenz von Geschäftsmodellen vorausgesetzt, in denen der Nutzer sich Werbung zur Erlangung eines bestimmten Produkts aussetzt. Diese wären ohne europäisch verbürgten (Urheber-)Rechtsschutz nur schwer möglich, da insoweit angreifbar.

Eine Beschränkung auf „Abonnenten" ist damit so zu lesen, dass jeder, der die Zugangsbedingungen des Rechtsinhabers (faktisch) akzeptiert, zu diesen gehört, unabhängig von einer Gegenleistung irgendeiner Art.

(b) Vergleich mit § 95a UrhG

Inwiefern eine bestimmte Schwelle der Wirksamkeit besteht, ergibt sich nicht aus der Rechtsprechung des *EuGH*. Dieser stellt letztlich auf das

1050 Vgl. *EuGH* GRUR 2018, 911, 913 Rn. 34 – *Cordoba*.
1051 Vgl. Art. 2–4 InfoSoc-RL: Die Urheber können jeweils die Nutzung ihrer Werke erlauben oder verbieten; Dreier/Schulze/*Schulze*, UrhG § 15 Rn. 24.
1052 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 31 – *Svensson*.
1053 Vgl. auch die Erwägungsgründe 9 bis 11, 53 InfoSoc-RL.
1054 Vgl. nur Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, UrhG Einl. Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ergebnis ab, wenn er davon spricht, dass die betreffenden Nutzer ohne die Handlung nicht auf die verbreiteten Werke zugreifen könnten.[1055]

Stattdessen kann man versuchen, sich über einen Vergleich mit den wirksamen technischen Schutzmaßnahmen (Art. 6 InfoSoc-RL bzw. § 95a UrhG) der Antwort zu nähern. So ähnelt der Rechtsprechungsterminus „Maßnahmen, die den Zugang […] beschränken" den „wirksame[n] technische[n] Maßnahmen"[1056] des Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL, die nach Abs. 3 dazu dienen, „Handlungen zu verhindern oder einzuschränken"[1057]. In der englischen Fassung wird vom *EuGH* bezüglich der öffentlichen Zugänglichmachung generell von „restrictions" oder „restrictive measures" gesprochen, die wie gezeigt nur technisch wirken können,[1058] während Art. 6 InfoSoc-RL den Schutz von „technological measures"[1059] anordnet, die „designed to prevent or restrict acts" sind, was eine Ähnlichkeit impliziert. Einziger Unterschied in Bezug auf die verwendeten Begriffe ist damit, dass in der Rechtsprechung zu Art. 3 InfoSoc-RL das einschränkende Kriterium der Wirksamkeit („effective") des Art. 6 InfoSoc-RL nicht gebraucht wird.

Daraus wird gefolgert, dass technische Beschränkungen (§ 19a UrhG) weiter als wirksame technische Maßnahmen des Art. 6 InfoSoc-RL (§ 95a UrhG) zu verstehen seien.[1060] Es reiche im Umkehrschluss zu § 95a UrhG eine faktische Wirkungslosigkeit.[1061] Der Schutz technischer Mittel folge insoweit aus § 19a UrhG, also dem Urheberrecht selbst.[1062] Der *BGH*[1063] und ihm folgend das Schrifttum[1064] nehmen infolge des Urteils *Session-ID* ebenso an, dass technische Beschränkungen grundsätzlich niedrigere Voraussetzungen als wirksame technische Schutzmaßnahmen haben, für Erstere reiche die Erkennbarkeit für Dritte. Dagegen wendet *Dreier* ein, dass

---

1055 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 31 – *Svensson*.
1056 Englischer Richtlinientext: „effective technological mesaures".
1057 Englischer Richtlinientext: „designed to prevent or restrict acts".
1058 Dazu oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78).
1059 *Mezei* GRUR Int. 2016, 887, 890.
1060 *Mezei* GRUR Int. 2016, 887, 890: Danach fallen auch Registrierungsseiten oder „robot.txt"-Dateien unter diese Regelung.
1061 *Lorenz* jurisPR-ITR 3/2011, Anm. 5, D.
1062 *Specht* ZGE 2016, 289, 295.
1063 *BGH* GRUR 2011, 56, 59 Rn. 30 – *Session-ID*.
1064 BeckOK UrhR/*Götting*, UrhG § 19a Rn. 7; Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 19a Rn. 23a; Spindler/Schmitz/*Spindler*, TMG Vor §§ 7-10 Rn. 62; Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhG § 19a Rn. 10; *Lorenz* jurisPR-ITR 3/2011, Anm. 5, D.; *Mezei* GRUR Int. 2016, 887, 890; dagegen wegen des fehlenden Vorhaltens Schricker/Loewenheim/*v. Ungern-Sternberg*, UrhG § 19a Rn. 93; kritisch auch Spindler/Schuster/*Wiebe*, UrhG § 19a Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

es zumindest einer „gewissen" Wirksamkeit bedürfe, da es sich nur dann um eine „neue" Öffentlichkeit (bzw. Publikum) handele und so gleichzeitig § 19a UrhG an § 95a UrhG angeglichen werde.[1065]

Ansatzpunkt zur Klärung der Anforderungen ist zuerst ein Vergleich zu § 95a UrhG, der deutschen Umsetzung von Art. 6 InfoSoc-RL. Betrachtet man § 95a UrhG, so stellt dieser zwar für die Frage der Wirksamkeit (§ 95a Abs. 2 S. 2 UrhG) nach ganz herrschender Meinung auf den Durchschnittsnutzer ab,[1066] fordert aber für das Vorliegen einer technischen Maßnahme (§ 95a Abs. 2 S. 1 UrhG), dass ungenehmigte Nutzungshandlungen verhindert werden müssen. Ob eine Genehmigung in die jeweilige Nutzungshandlung vorliegt, ist anhand der Reichweite der Einwilligung des Rechtsinhabers festzustellen. Diese Reichweite wird allerdings gerade erst durch die technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG ausgestaltet. Verhindert also eine technische Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a UrhG Handlungen gem. § 19a UrhG, so ist für das Vorliegen einer technischen Schutzmaßnahme (in den hier behandelten Sachverhaltskonstellationen) eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG notwendige Bedingung, da nur dann die Nutzungshandlung „ungenehmigt" ist. Aus dem Verhältnis der Normen ist deshalb von einem im Vergleich zu § 95a UrhG grundsätzlich erweiterten Begriff der Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG auszugehen.

Aus dem Merkmal der Wirksamkeit des § 95a UrhG kann nur insofern ein Rückschluss auf eine „Wirksamkeit" der technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG gezogen werden, als dass der Gesetzgeber kaum „wirksame" Schutzmaßnahmen daran scheitern lassen wollte, dass aufgrund zu hoher Anforderungen an technische Beschränkungen eine genehmigte Nutzung vorliegt und insoweit kein Schutz nach § 95a UrhG gegeben ist. Deshalb ist die Wirksamkeit im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG als obere Grenze der Anforderungen zu sehen, die an eine technische Beschränkung zu stellen sind. Grundsätzlich ist auf den Willen des Rechtsinhabers abzustellen. Die „Erlaubnis" des Rechtsinhabers fußt auf seiner Willensäußerung, die pauschalisiert anhand technischer Umstände auszulegen ist.[1067] Das muss dann ebenso für die „Gegenäußerung", die technische Beschränkung, gelten.

1065 *Dreier*, FS Bornkamm (2014), S. 749, 756.

1066 Z. B. Fromm/Nordemann/*Czychowski*, UrhG § 95a Rn. 17; Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 50 m. w. N.; dazu ausführlich unten, 4. Teil § 8 A. I. 2. b) (S. 360).

1067 Dazu oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(c) Adressat der technischen Beschränkung

Vor der Auslegung der technischen Beschränkung ist zuerst zu klären, aus wessen Perspektive diese Willensäußerung zu interpretieren ist. Nach hier vertretener Ansicht ist auf den durchschnittlichen Zugänglichmachenden[1068] abzustellen. Dass nicht auf den durchschnittlichen Vervielfältigenden, also den abrufenden Nutzer, abzustellen ist, ergibt sich daraus, dass die Einwilligung des Rechtsinhabers sich auf die öffentliche Zugänglichmachung bezieht und die Vervielfältigung als Annex gem. § 44a Nr. 2 UrhG gesetzlich erlaubt wird. Aus Sicht des durchschnittlichen Zugänglichmachenden ist somit zu fragen, ob der Rechtsinhaber eine bestimmte Handlung beschränken wollte.

(d) Maßstäbe für die Auslegung

Ansatzpunkt für die Auslegung einer technischen Gestaltung ist der Wille des Rechtsinhabers und wie der durchschnittliche Zugänglichmachende diese als Ausdruck von dessen Willen interpretiert. Grundsätzlich kommt jede technische Gestaltung als technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG infrage. Entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen bloßen Gestaltungen und technischen Beschränkungen ist die Auslegung des Willens des Rechtsinhabers. Auslegungsgegenstand ist die Wirkung der technischen Gestaltung und inwiefern diese mit den Bedingungen verknüpft ist. Es kommt dabei allein auf die Wirkung an, nicht jedoch auf ergänzende Hinweise. Es reicht grundsätzlich, dass die Darstellung, z. B. in zeitlicher Hinsicht, beschränkt wird. Das ergibt sich aus einem Vergleich zu § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG. Nach diesem sind technische Maßnahmen auch solche, die Nutzungen bloß beschränken und nicht nur verhindern. Da wirksame technische Maßnahmen an eine ungenehmigte Nutzung anknüpfen[1069] und die Genehmigung nur durch technische Beschränkungen eingegrenzt werden kann, müssen insoweit auch technische Beschränkungen möglich sein.

1068 Welche Maßstäbe für „durchschnittlich Zugänglichmachende“ gelten, hängt von der Art der Zugänglichmachung ab. So unterliegen beispielsweise Werbeblockerbetreiber höheren Anforderungen als Nutzer, die lediglich einen Link teilen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Zugänglichmachende dabei auch Prüfpflichten verletzen muss, vgl. 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (S. 221).

1069 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (b) (S. 211).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fraglich ist aber, wo man die Grenze zwischen einer bloßen technischen Gestaltung und einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG zieht. Wie oben gezeigt, gilt, dass Inhalte grundsätzlich in rechtlicher Hinsicht frei abrufbar sind, soweit sie nicht technisch gegen einen solchen geschützt sind. Die Nutzer sind grundsätzlich frei in der Ausführung und Darstellung der Webseite.[1070] Führte man diesen Ansatz konsequent zu Ende, bedeutete das, dass jedes Blockieren von Befehlen, selbst einzelner Zeilen Codes, erlaubt wäre. Prinzipiell haben die Webseitenbetreiber keinen Anspruch auf eine bestimmte Darstellung der Webseite. So wären lediglich aktive Manipulationen, z. B. das Einfügen von Codebestandteilen in den Ablauf, nicht mehr von der Einwilligung des Rechtsinhabers gedeckt.[1071] Webseiten müssten also vermutlich deutlich komplexer programmiert werden.

Gegen diese scharfe Grenze spricht aber vor allem, dass so die Anforderungen an die Beschränkung der Einwilligung überdehnt würden und ein Schutz der Rechtsinhaber nur unter hohen Voraussetzungen gewährt würde. Das gilt besonders vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung des *EuGH* in Bezug auf das Framing grundsätzlich von einer eher weit reichenden Erlaubnis ausgeht und eine Beschränkung prinzipiell leicht möglich sein muss. Gleichzeitig würden damit deutlich höhere Anforderungen an eine technische Beschränkung als im Rahmen der Wirksamkeit nach § 95a Abs. 2 UrhG gestellt. Deshalb ist der Maßstab deutlich abzusenken. Ansatzpunkt dafür ist, dass es sich bei der Beschränkung um eine Willensäußerung handelt und die Richtlinie, die insoweit maßgeblich ist, ein hohes Schutzniveau fordert.[1072] Da eine Beschränkung nur technisch umgesetzt werden kann, muss sich ein entgegenstehender Wille des Rechtsinhabers vollständig aus der Wirkung der technischen Gestaltung ergeben. Das ist dann der Fall, wenn die Erfüllung der Bedingung technisch derart besichert ist, dass ein durchschnittlicher Adressat, der das Werk öffentlich zugänglich machen will, die Verknüpfung mit der Darstellung des Schutzgegenstands durch die technische Wirkung als eindeutig wahrnimmt. Auf bloße Äußerungen, selbst eindeutige, kommt es mangels technischer Wirkung nicht an.

Diese Auslegung steht mit der Gesetzessystematik im Einklang. So wird sie häufig zum gleichen Ergebnis wie § 95a UrhG führen. Das liegt bereits daran, dass bei öffentlichen Zugänglichmachungen im Internet eine

1070 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82) und II. 2. b) (S. 88).
1071 So zu § 95a UrhG *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245.
1072 Erwägungsgrund 9 S. 1 InfoSoc-RL.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

technische Beschränkung für eine nicht genehmigte Handlung im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG und damit überhaupt für eine wirksame technische Schutzmaßnahme notwendige Voraussetzung ist. Darüber hinaus wird nur ein kleiner Bereich verbleiben, in dem der Zugänglichmachende eine technische Beschränkung zwar als den Willen des Rechtsinhabers versteht (§ 19a UrhG ist einschlägig) und ein Durchschnittsnutzer sie ohne Hilfsmittel[1073] umgehen kann (sodass der Schutz des § 95a UrhG mangels Wirksamkeit nicht greift). Denkbar ist das z. B. bei einer Metered Paywall,[1074] bei der nur eine bestimmte Anzahl an Inhalten kostenlos konsumiert werden kann. Ob ein Nutzer die Grenze erreicht hat, wird mithilfe von Cookies überprüft, sodass die Nutzer diese lediglich löschen müssen; je nach Einstellung löscht der Browser Cookies auch beim Beenden des Programms. Sind die Cookies gelöscht, haben die Nutzer wieder vollen Zugang und sind für die Metered Paywall „neu" im Sinne von unbekannt. Aus Sicht eines die Webseite Zugänglichmachenden liegt eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vor, gesetzt, dass die Verknüpfung technisch eindeutig ist. Aus Sicht der abrufenden Nutzer, die lediglich die Cookies löschen müssen, kann man demgegenüber an einer ernsthaften Beschränkung zweifeln. Allerdings sind die Zugänglichmachenden als Adressaten maßgeblich, sodass deren Verständnis die erlaubte Nutzung im Sinne des § 44a Nr. 2 UrhG bestimmt und die Nutzer bei Umgehung grundsätzlich unerlaubt vervielfältigen (§ 16 UrhG). Eine Korrektur kann über das im Rahmen des § 44a Nr. 2 UrhG zu beachtende subjektive Merkmal[1075] erfolgen. Denkbar ist auch, dass bei der Verwendung von im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 2 UrhG „unwirksamer" technischer Beschränkungen und der Verfolgung von Verstößen der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs eingreift, auch zugunsten der Vertreiber umgehender Werbeblocker.

1073 Zur (Nicht)Berücksichtigung von Hilfsmitteln im Rahmen der Beurteilung der Wirksamkeit nach § 95a Abs. 2 UrhG, 4. Teil § 8 A. I. 2. b) aa) (S. 361).

1074 Ist eine Webpräsenz durch eine „Metered Paywall" geschützt, bedeutet dies im Regelfall, dass grundsätzlich alle Artikel frei abrufbar sind, aber innerhalb eines bestimmten Zeitraums nur eine begrenzte Anzahl abgerufen werden kann. Möchte der Leser mehr statt der beispielsweise zehn Artikel pro Woche abrufen, muss ein kostenpflichtiges Abonnement abgeschlossen werden. Mangels anderer, zuverlässiger Identifikationstechnologien wird der Nutzer zumeist per Cookie wiedererkannt. Wird der Cookie gelöscht, wird der Nutzer von der Webseite nicht wiedererkannt und als neuer Nutzer wahrgenommen. Techniken wie das Device-Fingerprinting kommen aufgrund einer gewissen Fehlerquote (noch) nicht in Betracht, vgl. dazu oben, 1. Teil § 1 B. III. 3. (S. 46).

1075 Zu diesem sogleich, 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b), (c) (S. 242).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(e) Ergebnis

Somit ist grundsätzlich auf den technisch zum Ausdruck kommenden Willen des Rechtsinhabers abzustellen, inwiefern dieser also aus Sicht des Durchschnittsnutzers eine öffentliche Zugänglichmachung beschränken wollte. Dazu ist erforderlich, dass der Zugänglichmachende die Verknüpfung zwischen Bedingungserfüllung und Darstellung des Schutzgegenstands durch die technische Wirkung als eindeutig wahrnimmt, mithin bei Nichterfüllung der Bedingung die Nutzung, im Regelfall Darstellung, verhindert oder beschränkt. Entscheidend ist allein der technisch geäußerte Wille. Ist der Wille insoweit nicht erkennbar, so liegt nur eine technische Gestaltung vor.

(2) Anwendung auf Werbeblockersperren

Anhand der dargestellten Grundsätze ist die Frage zu beantworten, ob Werbeblockersperren die Anforderungen an eine technische Beschränkung erfüllen, was im Falle der Umgehung zu einer Zugänglichmachung gegenüber einem neuen, vom Rechtsinhaber nicht intendierten Publikum führen würde. Werbeblockersperren müssen dazu technisch derart gesichert sein, dass eine eindeutige Verknüpfung zwischen der Darstellung der Webseite auf dem Bildschirm (bzw. vorgelagerten Vervielfältigungen) und der Erfüllung der Bedingung gegeben sind. Ist der Wille des Rechtsinhabers aus Sicht eines durchschnittlichen Zugänglichmachenden durch technisch wirkende Mittel entsprechend eindeutig geäußert worden, liegt eine technische Beschränkung vor. Jeder Verstoß gegen diesen Willen ist als Umgehung der technischen Beschränkung zu qualifizieren.

Demgemäß muss beispielsweise die Nichtanzeige von die Webseite verdeckenden Overlays als Umgehungshandlung eingeordnet werden. Die Nichtanzeige der Webseite ist die vom Rechtsinhaber vorgesehene technische Folge, sodass insoweit eine technische Beschränkung vorliegt. Es ist demgegenüber nicht ausreichend, dass die Inhalte lediglich gemeinsam ausgeliefert werden, denn es fehlt jeglicher Bedingungszusammenhang zwischen Auslieferung der Inhalte und Empfang der Werbung. Dabei handelt es sich um eine bloße technische Gestaltung, ein Durchschnittsadressat hat keine – technisch geäußerten – Anhaltspunkte für eine Beschränkung der Einwilligung in die öffentliche Zugänglichmachung.

Im Rahmen des § 95a UrhG wird jedoch an der Wirksamkeit bzw. der Frage, ob eine Umgehung vorliegt, in Bezug auf Werbeblockersper-

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ren gezweifelt. Dabei kann man entweder auf der Ebene der Umgehung ansetzen und verneinen, dass die Schutzmaßnahme davon berührt wird oder – wie hier – bereits bei der Wirksamkeit der Schutzmaßnahme, da die Maßnahme in Bezug auf die konkrete Umgehungsmethode nicht wirksam ist. Die Einwände gegen das Vorliegen einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme (§ 95a UrhG) gelten grundsätzlich auch für technische Beschränkungen im Sinne des § 19a UrhG, deshalb soll bereits hier auf diese eingegangen werden. Denn verneint man z. B. im Rahmen des § 95a UrhG eine Umgehung einer technischen Schutzmaßnahme, kann man ebenso im Rahmen des § 19a UrhG bezweifeln,[1076] ob diese gegen die konkrete (Umgehungs-)Handlung schützt und insofern überhaupt eine technische Beschränkung vorliegt. So wird eingewandt, dass viele Umgehungshandlungen lediglich eine Variante des – erlaubten – Deaktivierens von JavaScript darstellten (a). Andere verneinen eine Täuschung des Prüfcodes (b) oder wollen Prüfcode und Reaktion getrennt betrachten (c).

(a) Vergleich mit dem Deaktivieren von JavaScript

Wird im Browser lediglich die Nutzung der Programmiersprache JavaScript, das im Regelfall für den Prüfprozess erforderlich ist, deaktiviert und ist die Webseite nun zugänglich, so liegt insoweit keine technische Beschränkung vor. Grund hierfür ist, dass die Nutzung von JavaScript nicht zur Bedingung der Darstellung der Webseite gemacht worden ist. Deshalb wird zumeist der No-Script-Tag implementiert. Dabei handelt es sich um ein Stück Code, welcher im Falle der deaktivierten JavaScript-Funktionalität eine eigene Reaktion vorsieht, im Regelfall eine Sperre der Webseite mit dem Hinweis, JavaScript zu aktivieren. Dann liegt aufgrund der eindeutigen technischen Reaktion eine technische Beschränkung vor.

Im Rahmen des § 95a UrhG verneinen *Kiersch* und *Kassel* bezüglich verschiedener Methoden eine Umgehung von wirksamen Schutzmaßnahmen[1077] und begründen das mit einem Vergleich zum Deaktivieren von

1076 Dem kann man zwar – zu Recht – entgegnen, dass eine wirksame technische Schutzmaßnahme (§ 95a Abs. 2 UrhG) bereits die Verhinderung einer Nutzung voraussetzt, die wiederum nur durch eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG umgesetzt werden kann, allerdings wird insofern fast nie differenziert.

1077 Zu § 95a UrhG *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

JavaScript.[1078] Danach sei jedes – selbst gezieltes[1079] – Nichtausführen von Teilen des Codes, der zur Sperrung dient, dem Abschalten von JavaScript gleichzustellen und damit liege keine Umgehung vor. Konsequent nehmen sie das für die Täuschung der Erkennung an, auch hier liege im Ergebnis die Nichtausführung von Code vor.[1080] Dem ist jedoch auf der Ebene des § 19a UrhG zu entgegnen, dass für das Vorliegen einer technischen Beschränkung der Wille des Rechtsinhabers entscheidend ist. Hierfür reicht bereits eine (technisch) eindeutige Verknüpfung zwischen der Darstellung der Webseite mit der Erfüllung der Bedingung, hier dem Werbeempfang. Der Wille des Rechtsinhabers bestünde folglich darin, dass die Inhalte ohne Erfüllung der Bedingung nicht dargestellt werden sollen. Eine andere Auslegung überspannt die Anforderungen an eine Willensäußerung des Rechtsinhabers.[1081] Dass das Nichtausführen bestimmter Zeilen dem Abschalten von JavaScript technisch gesehen ähnlich ist, ändert daran nichts: Die technische Reaktion als Ausdruck des Willens des Rechtsinhabers ist eindeutig.

(b) Keine Täuschung des Prüfcodes

Zumeist wird nicht der Code unterdrückt, sondern schlicht der Prüfcode „getäuscht".[1082] Das funktioniert derart, dass der Werbeblocker die ihm angebotene Testwerbung lädt und darstellt,[1083] woraufhin die Seite den Eindruck bekommt, dass kein Werbeblocker verwendet wird und die Seite zugänglich macht. Hiergegen könnte man einwenden, dass keine Täuschung stattfindet. Denn die Webseite überprüft technisch bedingt lediglich die Auslieferung des Werbeköders und damit nicht die tatsächliche

1078 Vgl. zu § 95a UrhG *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245, die grundsätzlich das Nichtausführen von Code nicht als Umgehung werten, hierzu ablehnend oben, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (2) (a), (b) (S. 218).

1079 Zu § 95a UrhG *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245.

1080 Zu § 95a UrhG *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 246.

1081 Dazu gerade eben, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (d) (S. 214).

1082 Zu § 95a UrhG *Nink* CR 2017, 103, 105; vgl. auch *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 446.

1083 Diese meldet, ob eine Anzeige der Werbung stattfindet, und schließt daraus, ob ein Werbeblocker installiert ist; eine Überprüfung dieses Ergebnisses im Aufbauvorgang erfolgt im Regelfall nicht; zur technischen Funktionsweise siehe oben, 1. Teil § 1 B. VII. 1. (S. 58).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verwendung eines Werbeblockers.[1084] Allerdings kann die Sperre auch nicht auf weitere Informationen prüfen, da es keine Schnittstelle gibt, mit der sich Werbeblocker zu erkennen geben bzw. erkannt werden können, sodass die Erkennung – vorbehaltlich weiteren technischen Fortschritts – an der Wirkung des Werbeblockers ansetzen muss. Die Willensäußerung ist insoweit technisch eindeutig, da dem Webseitenbetreiber ein anderes Verhalten, z. B. ein Abgleich mit den tatsächlich ausgespielten Werbeanzeigen, nicht zumutbar ist. Andernfalls würde man die Anforderungen an eine technische Beschränkung wider die Richtlinie überspannen, da als Ausgleich zur weitreichenden Einwilligung[1085] die Einschränkung dieser leicht implementierbar sein muss.

(c) Trennung von Prüfung und Reaktion

Teilweise wird auch aufgrund der „Zweiteilung" des Prüfvorgangs eine Umgehung verneint: Prüfung und Reaktion seien getrennt zu betrachten.[1086] Diese bilden allerdings eine Einheit: Ohne Prüfung kann nicht reagiert werden.[1087] Sämtliche Zugangskontrollsysteme basieren auf dem gleichen Ablauf. Zuerst die Prüfung der Berechtigung, hier durch Empfang der Testwerbung, und anschließend die Freigabe der Benutzung. Eine andere Auslegung des Willens des Rechtsinhabers verbietet sich.

(d) Zugang zum Quelltext

In Fällen, in denen die Sperre erst nach Laden der Artikeltexte eingreift, könnte man daran denken, dass diese keine technische Beschränkung dar-

1084 Vgl. zu § 95a UrhG *Mitsdörfer/Gutfleisch* MMR 2009, 731, 735: Beim „Geoblocking" (Blockade basierend auf der IP-Adresse, die jedoch per VPN umgangen werden kann, dazu 4. Teil § 8 A. I. 2. b) aa) (S. 361)) verneinen sie eine Umgehung mit dem Argument, dass nur auf die IP-Adresse geprüft werde, an die die Inhalte zuerst geschickt werden, was bei der Verwendung eines VPN durch die Umleitung der Inhalte auch tatsächlich geschehe und damit keine Umgehung vorliege.

1085 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82).

1086 Siehe den Beklagtenvortrag in *LG Hamburg* BeckRS 2016, 127854, Rn. 18 – *Tobis Tricks* zu § 95a UrhG.

1087 Zu § 95a UrhG *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 246.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stellt, weil die Nutzer sich mithilfe des Browsers[1088] den Quelltext der Seite anzeigen lassen können, der (u. a.) die Artikeltexte in unformatierter Form[1089] enthält. Insoweit sind die Artikeltexte zugänglich und damit nicht nach dem Willen des Rechtsinhabers in der Nutzung beschränkt. Allerdings ist nach dem Willen des Rechtsinhabers eine Umgehung dieser Schranke – lediglich Anzeige des Quelltexts möglich – nicht erlaubt, indem z. B. mithilfe eines Add-ons sofort der formatierte Artikel angezeigt wird. Der Webseitenbetreiber möchte nicht, dass der Artikel ohne Abruf der Werbung in formatierter Form dargestellt wird und bringt dies technisch durch die Verhinderung des Aufbaus zum Ausdruck. Damit liegt eine technische Beschränkung vor.

(3) Ergebnis

Dementsprechend wird im Regelfall bei einer Werbeblockersperre eine technische Beschränkung auf Nutzer ohne Werbeblocker gegeben sein, sodass allein diese Nutzer das vom Rechtsinhaber intendierte Publikum darstellen. Durch den Vertrieb des umgehenden Werbeblockers wird nun ein neues, vom Rechtsinhaber bei der ursprünglichen Zugänglichmachung nicht intendiertes Publikum erreicht, nämlich Nutzer mit Werbeblocker. Der technisch zum Ausdruck gebrachte Wille des Rechtsinhabers ist insoweit eindeutig. Es liegt also grundsätzlich – vorbehaltlich der Verletzung einer Prüfpflicht – eine öffentliche Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG durch den Vertrieb umgehender Werbeblocker vor.

cc) Verletzung von Prüfpflichten

Dass das Werk einem neuen Publikum zugänglich gemacht wird, reicht für die Annahme einer öffentlichen Zugänglichmachung nicht aus.[1090] Der *EuGH* schränkt seit dem Urteil *GS Media* die bei einem Verlinken stets drohende Gefahr einer Urheberrechtsverletzung dahingehend ein,[1091] dass

1088 Z. B. durch Drücken der Tastenkombination „Strg“ und „u“.

1089 Allerdings stören die HTML-Tags zur Formatierung den Lesefluss, z. B. lässt „Überschrift“ den Text innerhalb der Tags () im Browser als fett gedruckt erscheinen.

1090 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 15 Rn. 77.

1091 Vgl. auch die Zusammenfassung in *EuGH* MMR 2017, 460, 463 Rn. 49 – *Filmspeler*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Betreffende „wusste oder hätte wissen müssen", dass er geschützte Inhalte ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zugänglich macht.[1092] Dabei reicht die allgemeine Kenntnis von der fehlenden Erlaubnis aus, sie muss sich nicht auf jedes einzelne Werk beziehen.[1093]

Diese Einschränkung, die letztlich auf der Meinungsfreiheit, der Informationsfreiheit und einer Interessenabwägung der Beteiligten beruht,[1094] konkretisiert der *EuGH* mit Vermutungen:[1095] Grundsätzlich müsse der Rechtsinhaber die Kenntnis oder das Kennenmüssen beweisen, wobei er die Bösgläubigkeit auch durch einen Hinweis an den Zugänglichmachenden begründen könne.[1096] Bei einer Gewinnerzielungsabsicht werde die Kenntnis hingegen widerleglich vermutet,[1097] da von solchen Nutzern die „erforderlichen Nachprüfungen" erwartet werden könnten.[1098] Das Umgehen von beschränkenden Maßnahmen steht Fällen gleich, in denen der Zugänglichmachende die Kenntnis erwiesenermaßen besitzt, da es sich dann um einen „bewussten Eingriff" handele.[1099]

Das Tatbestandsmerkmal der Kenntnis (bzw. des Kennenmüssens) wurde vom *BGH* im Urteil *Vorschaubilder III* so ausgelegt, dass mit Blick u. a. auf die Funktionsfähigkeit des Internets[1100] die Vermutung der Kenntnis beim automatisierten Setzen von Links mit Gewinnerzielungsabsicht nicht greifen könne, da nach einer erforderlichen individuellen Beurteilung[1101] dies auf eine allgemeine und damit für Suchmaschinenanbieter unangemessene Prüfpflicht hinauslaufen würde.[1102] Gleichzeitig fällt auf,[1103] dass der *BGH* zumindest Erwägungen aus seiner Rechtsprechung zur Störerhaftung im Rahmen der Pflichtenabwägung übernimmt.[1104] Diesen Überlegungen folgt die Literatur im Grundsatz[1105] und sieht das Merkmal der

1092 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 49 – *GS Media*.
1093 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 38 – *ThePirateBay*.
1094 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 44 ff. – *GS Media*.
1095 Ablehnend Wandtke/Bullinger/*Heerma*, UrhG § 15 Rn. 32: „bizarre" Beweislastverteilung.
1096 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 49 – *GS Media*.
1097 Kritisch hierzu *Specht* ZUM 2017, 582, 586.
1098 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 51 – *GS Media*.
1099 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 50 – *GS Media*.
1100 *BGH* GRUR 2018, 178, 184 Rn. 55 f. – *Vorschaubilder III*.
1101 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 178, 185 Rn. 60 – *Vorschaubilder III*.
1102 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 178, 185 Rn. 61 f. – *Vorschaubilder III*.
1103 Hierauf weist *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 531 zu Recht hin.
1104 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 178, 186 Rn. 69 f. – *Vorschaubilder III*.
1105 *Leistner* ZUM 2018, 286; *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 532; kritisch *Walter* MR-Int 2017, 40.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Öffentlichkeit als Einfallstor für Verkehrspflichten vergleichbar der Störerhaftung[1106] an,[1107] und verweist dazu auf Zitate des *EuGH* wie „hätte wissen müssen“[1108] oder „erforderliche Nachprüfungen“[1109].

Diesem Verständnis als Pflichtenabwägung ist zuzustimmen: Der Terminus „hätte wissen müssen“[1110] deutet auf eine (verletzte) Pflicht hin. Dementsprechend bietet der *EuGH* den nationalen Gerichten bereits eine grobe Richtschnur, um diese Pflichten zu bestimmen, inklusive Vermutungen bzw. Beweislastregeln.[1111] Gleichzeitig betont er die erforderliche individuelle Beurteilung und öffnet so einen Spielraum für die jeweiligen Gerichte, einzelfallorientiert zu entscheiden.[1112]

Zuerst werden abstrakt die Punkte genannt, die für die Bestimmung der Pflichten von der Rechtsprechung bisher als relevant erachtet worden sind. Hierauf basierend werden die für umgehende Werbeblocker relevanten Pflichten dargestellt und vor allem überprüft, ob die *EuGH*-Rechtsprechung insoweit passend ist, als dass pauschal aus der Umgehung von Schutzmaßnahmen direkt auf eine Kenntnis der Rechtswidrigkeit geschlossen werden kann. Mangels umfassender Rechtsprechung des *EuGH* werden auch Urteile zur deutschen Störerhaftung herangezogen, da diese ebenfalls Anhaltspunkte für die jeweiligen Pflichten liefern.

(1) Anhaltspunkte für die erforderliche Abwägung zur Bestimmung der Pflichten

Der *EuGH* nennt neben den oben dargestellten Vermutungen nur grobe Anhaltspunkte, wie die Berücksichtigung der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit und die Bedeutung der Tätigkeit für das Funktionieren des Mediums.[1113] Darauf basierend hat der *BGH* im Urteil *Vorschau-*

1106 Vgl. die Kurzdarstellung bei *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 530 f.
1107 *Leistner* ZUM 2018, 286, 288; *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 530; vgl. auch *Hofmann* ZUM 2017, 750, 752 (sieht Ähnlichkeiten); *Ohly* ZUM 2017, 793, 800.
1108 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 49 – *GS Media*.
1109 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 51 – *GS Media*.
1110 Englische Fassung: „ought to have known“.
1111 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 f. Rn. 46 ff. – *GS Media*.
1112 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 47 – *GS Media*: „zum Zweck der individuellen Beurteilung […]“; vgl. auch *BGH* GRUR 2018, 178, 185 Rn. 59 f. – *Vorschaubilder III*: Hier weicht der *BGH* von der Vermutung des *EuGH* ab.
1113 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 45 – *GS Media*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bilder III entschieden, dass eine allgemeine Prüfpflicht von Suchmaschinen „unangemessen" sei und das erwünschte Geschäftsmodell de facto unmöglich mache, was aber mit der von der InfoSoc-Richtlinie beabsichtigten Entwicklung der Informationsgesellschaft nicht vereinbar sei.[1114] Dabei hat sich der *BGH* über die Vermutung des *EuGH* zugunsten einer Kenntnis bei Gewinnerzielungsabsicht – die nicht auf den konkreten Link bezogen sein muss[1115] – hinweggesetzt und dies mit der erforderlichen Einzelfallbetrachtung begründet.[1116] Der *BGH* hat zu Suchmaschinen im Rahmen der öffentlichen Zugänglichmachung erwogen, ob nach Kenntnis auch Maßnahmen ergriffen werden müssen, die weitere Verletzungen zumindest erschweren.[1117]

Im Kontext der Störerhaftung kommt es für die Bestimmung der Prüfpflichten darauf an, inwiefern dem Handelnden diese nach den jeweiligen Umständen zumutbar sind.[1118] Grundsätzlich setzt die Annahme einer Störerhaftung eine umfassende Interessenabwägung und eine wertende Risikozuweisung voraus.[1119] Dabei ist klar, dass nur das verlangt werden kann, was rechtlich und tatsächlich möglich ist.[1120] Die Prüfpflichten werden allgemein erhöht, wenn das Geschäftsmodell „tendenziös" ist, z. B. Rechtsverletzungen herausgefordert, ausgenutzt oder die Gefahr einer solchen Nutzung gefördert wird[1121] oder der Handelnde von den Rechtsverletzungen, z. B. durch Provision, profitiert.[1122] Von der Rechtsordnung grundsätzlich gebilligte Geschäftsmodelle werden hingegen nicht gefährdet oder unverhältnismäßig belastet.[1123] Die Unterlassungshaftung erfasst dabei auch die Pflicht, zukünftige ähnliche Rechtsverstöße zu verhindern.[1124]

1114 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 178, 185 Rn. 62 – *Vorschaubilder III*.
1115 *BGH* GRUR 2018, 178, 185 Rn. 59 – *Vorschaubilder III*; dagegen wohl HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 15 Rn. 86.
1116 *BGH* GRUR 2018, 178, 185 Rn. 60 – *Vorschaubilder III*.
1117 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 178, 186 Rn. 69 – *Vorschaubilder III*.
1118 *BGH* GRUR 2016, 268, 270 Rn. 21 – *Störerhaftung des Access-Providers* m. w. N.
1119 *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 530.
1120 Dreier/Schulze/*Specht*, UrhG § 97 UrhG Rn. 28 m. w. N.
1121 Vgl. *BGH* GRUR 2013, 1030, 1032 Rn. 31 – *File-Hosting-Dienst*.
1122 *BGH* GRUR 2004, 860, 864 – *Internet-Versteigerung I*.
1123 Dreier/Schulze/*Specht*, UrhG; vgl. auch *BGH* GRUR 2004, 860, 864 – *Internet-Versteigerung I*.
1124 Vgl. zum Markenrecht *BGH* GRUR 2011, 1038, 1040 Rn. 21 – *Stiftparfüm*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Allerdings ist für diese Übertragung zu beachten, dass eine Störerhaftung lediglich zu Unterlassungsansprüchen führt und nicht[1125] – wie eine Pflichtverletzung im Rahmen des § 19a UrhG (bzw. Art. 3 Abs. 2, 1 InfoSoc-RL) – zu Schadensersatzansprüchen.

(2) Pflichten bei umgehenden Werbeblockern

Bei den hier besprochenen Werbeblockern handelt es sich um solche, die mit Gewinnerzielungsabsicht handeln, sodass grundsätzlich die Pflicht besteht, zu prüfen, ob sie eine Webseite öffentlich, also einem neuen Publikum gegenüber, zugänglich machen. So ist bei Code, der auf bestimmten Webseiten eine Erkennung oder sich daran anschließende Maßnahmen umgeht, stets eine Prüfpflicht des Werbeblockerbetreibers – und damit eine Pflichtverletzung im Falle einer technischen Beschränkung – zu bejahen.[1126]

Wirkt sich der Code nur auf einzelne, bestimmte Webseiten aus, ist die Reichweite der Prüfpflicht überschaubar. Anders liegt das hingegen bei Code, der allgemein Erkennungen anhand bestimmter Merkmale umgeht, unabhängig von den an diese anknüpfenden Folgen. Solche können z. B. das Ausspielen besonderer Werbung, das Anzeigen von Aufforderungen zum Abschalten des Werbeblockers oder eben eine Sperre des Nutzers sein. In den beiden ersten Fällen ist das Umgehen dieser Erkennungen als rechtmäßig einzustufen,[1127] nicht jedoch, wenn an diese Erkennungen eine Sperre anknüpft. Einer solchen Dual-Use-Problematik kann man allerdings nur schwer mit dem *EuGH* gerecht werden: Nach diesem ist bei der Umgehung einer beschränkenden Maßnahme stets von einer Kenntnis auszugehen, da ein „bewusster Eingriff" vorliege. Allerdings führt das Umgehen einer solchen, verschieden eingesetzten Erkennung nicht immer zu einem Eingriff, sodass diese Handlung nicht per se „bewusst" im Sinne von dem Umgehenden bekannt sein wird. Stattdessen erscheint aufgrund

1125 Vgl. nur *BGH* GRUR 2010, 633, 634 Rn. 17 – *Störerhaftung des WLAN-Betreibers*.

1126 Eine Pflichtverletzung und damit öffentliche Zugänglichmachung könnte jedoch verneint werden, wenn die Webseite die Reaktion auf die umgangene Erkennung kurz nach Überprüfung durch den Werbeblockerbetreiber ändert und die Umgehung weiterhin funktioniert, vgl. im Rahmen des Verlinkens *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 46 – *GS Media*.

1127 Erkennungen mit dem Ziel des Ausspielens umgehender Werbung, dazu 4. Teil § 9 C. (S. 396), oder von Hinweisen (4. Teil § 10 (S. 398)).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der gebotenen Einzelfallbetrachtung eine Abweichung von dieser strengen Linie erforderlich.

Im Zusammenhang mit wirksamen technischen Schutzmaßnahmen werden Fälle des Dual Use von § 95a Abs. 3 Nr. 2, 3 UrhG geregelt. Nach § 95a Abs. 3 Nr. 2 UrhG liegt eine verbotene Vorrichtung vor, wenn diese abgesehen von der Umgehung nur einen begrenzten Zweck oder Nutzen hat oder nach Nummer 3 hauptsächlich entworfen, hergestellt, angepasst oder im Falle von Dienstleistungen erbracht wird, um die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen zu ermöglichen oder zu erleichtern. Zugleich statuiert Erwägungsgrund 48 S. 2 InfoSoc-RL, dass keine Pflicht zum Entwurf technischer Vorrichtungen bestehe, die technischen Maßnahmen entsprechen und S. 3, dass die Verhältnismäßigkeit zu beachten ist. Das führt dazu, dass Umgehungsvorrichtungen, die nicht unter § 95a Abs. 3 Nr. 2, 3 UrhG fallen, grundsätzlich (vorbehaltlich § 95a Abs. 3 Nr. 1 UrhG)[1128] nicht verboten werden können und damit auch nicht angepasst werden müssen.[1129] Das spricht grundsätzlich gegen eine Übertragung dieses Maßstabs auf § 19a UrhG, da, anders als bei § 95a UrhG, das Urheberrecht unmittelbar geschützt wird. Gleichzeitig ist aber anzuerkennen, dass der Richtliniengeber in Kauf genommen hat, dass Mittel legal verbreitet werden dürfen, die auch zu einer Umgehung des Schutzes und damit zwangsläufig zu Urheberrechtsverletzungen genutzt werden können. Zwischen diesen beiden Polen ist deshalb ein Ausgleich zu schaffen.

Sinnvoll erscheint, dass man die Erwägungen zu technischen Schutzmaßnahmen – grundsätzlich keine Pflicht zur Anpassung – als Ausgangspunkt für die Pflichtenbestimmung im Rahmen des § 19a UrhG nimmt. Damit besteht grundsätzlich keine Prüfungspflicht, sofern der die Umgehung bewirkende Code entsprechend § 95a Abs. 3 Nr. 2 UrhG nicht hauptsächlich der Umgehung von technischen Beschränkungen dient. Kann der insoweit beweisbelastete[1130] Webseitenbetreiber jedoch den Nachweis führen, dass der Code hauptsächlich der Umgehung von technischen Beschränkungen dient, so kann sich der Werbeblockerbetreiber nicht auf den Gedanken des § 95a Abs. 3 Nr. 2 UrhG berufen. Greift diese Privilegierung des Dual Use nicht zugunsten des Werbeblockerbetreibers ein, so

1128 Vgl. Erwägungsgrund 48 S. 2 InfoSoc-RL.

1129 Erwägungsgrund 48 S. 2 InfoSoc-RL spricht zwar nur von „entwerfen", geht dabei aber von existierenden Schutzmaßnahmen aus, sodass ebenso das nachträgliche Anpassen umfasst sein muss.

1130 Für § 95a Abs. 3 Nr. 2 UrhG Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

haftet er nach den allgemeinen Regeln des *EuGH*, was insbesondere eine Vermutung der Kenntnis für alle von diesem Code öffentlich zugänglich gemachten Webseiten bedeutet. Das hat zur Folge, dass der Werbeblockerbetreiber, allein um eine Haftung zu vermeiden, zumindest reichweitenstarke Webseiten darauf testen wird, ob eine technische Beschränkung mit dem Code umgangen wird. Nur dann kann er sich sicher sein, dass die Privilegierung des Dual Use zu seinen Gunsten eingreift. Gleichzeitig muss der Werbeblockerbetreiber, sobald er – sei es durch Mitteilung oder eben eigene Prüfung – Kenntnis davon erlangt, dass er eine Webseite (einem neuen Publikum ohne Werbeblocker) öffentlich zugänglich macht, von der Umgehung ausnehmen und den Code mit einer schlichten Rückausnahme anpassen.

Stammt der Code von Dritten, wie im Falle der weitverbreiteten *Easylist*,[1131] besteht stets eine Prüfungspflicht, ob eine Sperre umgangen wird. Der Werbeblockerbetreiber nimmt eine gefahrgeneigte Tätigkeit vor, wenn er unbekannten Code übernimmt, der Erkennungen umgeht, die nicht auf eine bestimmte Webseite beschränkt sind, da unklar ist, welche Folgen der Webseitenbetreiber an die Erkennung knüpft. Gleichzeitig profitiert der Werbeblockerbetreiber von einer Umgehung der Sperren und der Auslagerung des Aktualisierungsaufwands. So ist anzunehmen, dass Nutzer einen entsprechenden Werbeblocker wünschen, der jede Webseite ohne Werbung nutzbar macht.

Bestehen weder Kenntnis noch Kennenmüssen, kann der Webseitenbetreiber den Werbeblockerbetreiber aber jederzeit durch Mitteilung in Kenntnis setzen und so zu einer unverzüglichen Anpassung des Codes durch eine Rückausnahme zwingen.

e) Auswirkungen der DSM-Richtlinie

Die EU hat Anfang 2019 eine neue Richtlinie zum Urheberrecht beschlossen, welche mit Art. 17 DSM-RL[1132] eine Haftungsverschärfung für Plattformbetreiber bereithält. Diese erfasst Dienste, die das Teilen von Inhalten ermöglichen und Dritten Zugang zu den von Nutzern hochgeladenen

1131 Dazu oben, 1. Teil § 1 B. IV. 3. (S. 50).

1132 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 95/9/EG und 2001/29/EG, ABl. EU L 130 vom 17.05.2019, S. 92.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhalten anbieten, Art. 17 Abs. 1 S. 1 DSM-RL. Hiervon sind aber nicht umgehende Werbeblocker betroffen. Sie machen zwar Inhalte zugänglich, die jedoch nicht von Nutzern hochgeladen worden sind. Auch für den Begriff der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) ändert sich nichts, da dieser nach Erwägungsgrund 64 S. 3 und Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1[1133] DSM-RL unabhängig von Art. 3 Abs. 1, 2 InfoSoc-RL gesehen werden soll.

f) Ergebnis

Damit begründet der Vertrieb eines umgehenden Werbeblockers im Regelfall eine täterschaftliche Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG). Das folgt daraus, dass umgehende Werbeblocker dadurch, dass sie Webseiten ohne Werbung entgegen der technischen Möglichkeiten eines Durchschnittsnutzers abrufbar machen und so eine Handlung der Zugänglichmachung vornehmen. Die dafür erforderliche aktive Rolle folgt daraus, dass der Werbeblockerbetreiber die Kontrolle darüber hat, ob der zur Umgehung erforderliche Code in seinem Produkt Verwendung findet, was auch für die Einbindung von Listen gilt.

Diese Handlung der Zugänglichmachung ist öffentlich im Sinne des § 19a UrhG, da sie sich an alle Internetnutzer mit kompatiblen Geräten richtet. Gleichzeitig wird ein neues Publikum angesprochen, sofern der Webseitenbetreiber eine technische Beschränkung vorgesehen hat. Im Regelfall wird eine solche vorliegen, da hierzu der Webseitenbetreiber lediglich Zugangsbedingung und Abruf der Webseite in technischer Hinsicht eindeutig miteinander verknüpfen muss. Eröffnet der Webseitenbetreiber nun einem neuen Publikum – den Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker – den Zugang, so ist die Wertung des § 95a UrhG i. V. m. Erwägungsgrund 48 InfoSoc-RL zu beachten. So kann sich grundsätzlich der Werbeblockerbetreiber auf die Privilegierung des Dual Use berufen und haftet erst dann, wenn er nach Kenntniserlangung nicht die Zugänglichmachung unterbunden hat. Allerdings wird er aber den Code aus eigenem Interesse vorher prüfen, da er sich nur so sicher sein kann, dass der Code insoweit unter die Privilegierung fällt, da andernfalls seine Kenntnis nach allgemeinen Grundsätzen vermutet wird. Code von Dritten ist stets zu prüfen, da unklar ist, ob dieser technische Beschränkungen umgeht.

1133 Vgl. Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 DSM-RL: „[…] für die Zwecke dieser Richtlinie […]".

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Damit kommen neben dem Unterlassungsanspruch gem. § 97 Abs. 1 S. 1 Var. 2 UrhG i. V. m. § 19a UrhG auch Schadensersatzansprüche (§ 97 Abs. 2 S. 1 UrhG) in Betracht. Daneben wird insbesondere ein Beseitigungsanspruch infrage kommen, was im Regelfall durch ein entsprechendes Update der Listen bzw. des Programms in Gestalt einer Rückausnahme erfolgen wird.

3. Vervielfältigungsrecht

Ansprüche wegen Verletzungen des Vervielfältigungsrechts (§ 16 UrhG) an der Webseite bzw. den dort dargestellten Schutzgegenständen kommen nur gegen die Nutzer als den Abrufenden in Betracht. Gegenüber den Werbeblockerbetreibern scheiden auch unter dem Aspekt der Teilnahme an Handlungen der Nutzer Ansprüche aus, da Vervielfältigungen aus der Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung resultieren und über dieses abgedeckt sind.[1134]

Das ansonsten bei Vervielfältigungen unter Verletzung des Urheberrechts bestehende Problem der faktisch nicht gegebenen Verfolgbarkeit[1135] besteht hier nicht, da die Nutzer während des Abrufvorgangs ihre IP-Adresse – technisch notwendig – mitteilen. Das ermöglicht prinzipiell eine Verfolgung der jeweiligen Nutzer.[1136]

a) Vervielfältigung

Beim Abruf einer Webseite fertigt der Nutzer mehrere Vervielfältigungen dieser (bzw. ihrer Teile) an. Neben diversen vorhergehenden Speicherungen (im Regelfall u. a. Festplatte, Arbeitsspeicher und Prozessorcache) wird die aufgebaute Webseite im Speicher der Grafikkarte und auf dem Bildschirm vervielfältigt.[1137] Das entspricht grundsätzlich auch den Vervielfältigungen beim Streamen von Videos. Da das Streaming wirtschaftlich große Schäden verursacht, konzentriert sich die Literatur vor allem

1134 Vgl. Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 19a Rn. 38.
1135 Vgl. nur Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 44a Rn. 28: beträchtlich hoher Aufwand; *Hilgert/Bünnigmann* jM 2018, 15, 17; *Specht* ZUM 2017, 582, 586.
1136 Zur Ermittlung des Klarnamens mittels IP-Adresse, 2. Teil § 4 C. II. 1. (S. 160).
1137 Dazu oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. a) (S. 67).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf dieses,[1138] allerdings sind die urheberrechtlichen und insoweit relevanten technischen Gegebenheiten – ephemere Vervielfältigungen, die nur dem einmaligen Konsum dienen – in beiden Fällen gleich.[1139] Dementsprechend können Ausführungen zum Streaming problemlos auf den Abruf von Webseiten übertragen werden. Hier soll sich auf die Vervielfältigung auf dem Bildschirm konzentriert werden. Denn die vorhergehenden Vervielfältigungen sind (je nach Schutzgegenstand) entweder durch eine Einwilligung gerechtfertigt oder ohnehin als technisch notwendige Vervielfältigungen aufgrund einer rechtmäßigen öffentlichen Zugänglichmachung durch § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt.[1140]

Die Vervielfältigung auf dem Bildschirm hingegen ist – unabhängig vom Modell der Sperre – nie vom Rechtsinhaber erlaubt.[1141] Diesbezüglich ist der Wille des Webseitenbetreibers eindeutig darauf gerichtet, dass eine Zugänglichmachung – und damit auch Vervielfältigung – unterbleibt.

b) Schranke des § 44a UrhG

Beim Abruf von Webseiten unter Umgehung einer Werbeblockersperre mit einem Werbeblocker kommt aus Nutzersicht die Schranke des § 44a Nr. 2 UrhG in Betracht, der quasi wortgleich Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL umsetzt. Allerdings gibt es zwei Probleme: Zuerst setzt § 44a Nr. 2 UrhG eine rechtmäßige Nutzung voraus, wobei grundsätzlich umstritten ist, ob der Abruf von Inhalten, die ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers öffentlich zugänglich gemacht worden sind, hiervon umfasst ist. Weiterhin spricht gegen ein Eingreifen dieser Schranke nach teilweise vertretener Meinung das Verhältnis zu § 95a UrhG (bzw. Art. 6 InfoSoc-RL): Bei Vorliegen einer technischen Schutzmaßnahme seien aufgrund von § 95b Abs. 1 UrhG (bzw. Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 InfoSoc-RL) die Schranken per se gesperrt.[1142]

Dieses Verhältnis bedarf allerdings nach hier vertretener Ansicht einer Überprüfung und Neubestimmung. Der Grund hierfür erschließt sich

---

1138 Vgl. nur die Überschrift bei Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 44a Rn. 23 ff.
1139 *Busch* GRUR 2011, 496, 502; *Stolz* MMR 2013, 353, 356.
1140 Dazu oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82) bzw. 4. (S. 84).
1141 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (2) (S. 217).
1142 Dazu sogleich, 2. Teil § 4 C. III. 3. b) bb) (S. 250).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

jedoch erst nach einer Analyse des § 44a Nr. 2 UrhG (bzw. Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL) und dessen Anwendung auf Vervielfältigungen aus rechtswidrigen Quellen, sodass zuerst – ungeachtet des (etwaigen) Vorliegens einer technischen Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG[1143] – eine Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG überprüft werden soll (aa). Daran schließen sich die Anwendung auf umgehende Werbeblocker (bb) und die Neubestimmung des Verhältnisses zu § 95a UrhG (cc) an.

aa) Anwendung auf rechtswidrig zugänglich gemachte Quellen

Nach § 44a Nr. 2 UrhG sind flüchtige und begleitende Vervielfältigungshandlungen zulässig, die einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und deren alleiniger Zweck es ist, eine rechtmäßige Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstands zu ermöglichen und keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben. Neben diesen Voraussetzungen muss die Nutzung den in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL vorgesehenen Dreistufentest bestehen. Zwar wurde dieser im deutschen Recht nicht kodifiziert,[1144] er ist jedoch im Rahmen richtlinienkonformer Auslegung heranzuziehen.[1145]

Wie aus Erwägungsgrund 33 InfoSoc-RL hervorgeht, zielt die Regelung vor allem auf das Browsing oder das Streaming ab, Nutzungen also, bei denen keine dauerhafte Speicherung erfolgt und die dem Konsum dienen.[1146] Da der Vervielfältigungsbegriff kürzeste Zwischenspeicherungen erfasst[1147] und diese im digitalen Bereich technisch notwendig sind, bedarf es der Schranke des Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL (bzw. § 44a Nr. 2 UrhG).[1148]

1143 Ausführlich 4. Teil § 8 A. I. 2. (S. 354).

1144 RegE UrhG-InfG BT-Drucks. 15/38, S. 15.

1145 *LG München I* MMR 2015, 660, 667; HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG Vorbem §§ 44a-53 Rn. 64; vgl. auch Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 44a Rn. 25; Wandtke/Bullinger/*v. Welser*, UrhG § 44a Rn. 22; siehe auch RegE UrhG-InfG BT-Drucks. 15/38, S. 15: Beachtung des Drei-Stufen-Tests bereits durch das Gesetz gewährleistet.

1146 Vgl. Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 44a Rn. 2.

1147 Z. B. die Anzeige eines Werkes auf einem Bildschirm, dazu oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. a) (S. 67).

1148 Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 44a Rn. 13; Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, UrhG § 44a Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dass die Vervielfältigungen im Rahmen des Browsings flüchtig oder begleitend und technisch notwendig sind und keinem anderen Zweck als dem Betrachten der Webseite dienen,[1149] kann hier als gegeben vorausgesetzt werden. Auch eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung, die über die Nutzung selbst hinausgeht, kann diesen technisch notwendigen Vervielfältigungen nicht zugeordnet werden.[1150]

Entscheidendes Kriterium ist damit die Rechtmäßigkeit der Nutzung als Ziel der Vervielfältigungen. Rechtmäßig ist gem. Erwägungsgrund 33 InfoSoc-RL jede Nutzung, die entweder vom Rechtsinhaber zugelassen oder durch das Gesetz nicht beschränkt worden ist. Bei Webseiten, die für die Nutzung mit aktiviertem Werbeblocker gesperrt sind, ist in jedem Fall die Anzeige auf dem Bildschirm durch den Rechtsinhaber nicht zugelassen. Unabhängig vom Sperrverfahren wird die Anzeige auf dem Bildschirm derart verhindert, dass der Zugänglichmachende den Willen des Rechtsinhabers erkennen kann und damit eine Erlaubnis in die Zugänglichmachung nicht infrage kommt.[1151] Es kommt also nur die Ermöglichung einer Nutzung infrage, die „nicht durch Gesetz beschränkt ist".

Allerdings muss sich jedes Ergebnis einer Auslegung am Dreistufentest gem. Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL messen.[1152] Deshalb sollen zuerst die Voraussetzungen des Dreistufentests erläutert werden (1), um dann die bisherige Behandlung rechtswidriger Quellen im Rahmen des § 44a Nr. 2 UrhG darzustellen (2) und für diese eine Lösung zu finden (3). Die Lösung bezieht sich nur auf Schutzobjekte, auf die § 44a Nr. 2 UrhG Anwendung findet; für sonstige Schutzobjekte wird danach eine Lösung vorgeschlagen (4).

(1) Dreistufentest

Der Dreistufentest wurde auf der Stockholmkonferenz im Jahr 1967 erstmals angedacht und daraufhin in Art. 9 Abs. 2 RBÜ eingefügt, sowie später in Art. 13 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte

1149 *EuGH* GRUR 2014, 654, 656 Rn. 52 – *PRCA*; Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, UrhG § 44a Rn. 7.
1150 Vgl. *EuGH* GRUR 2012, 156, 164 Rn. 176 – *FAPL*.
1151 Vgl. dazu oben die Ausführungen zu § 19a UrhG und der neuen Öffentlichkeit, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).
1152 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 66 – *Filmspeler*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des geistigen Eigentums (TRIPS)[1153] und Art. 10 WCT übernommen.[1154] Der Test sieht vor, dass Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht in Sonderfällen zulässig sind, sofern diese weder die normale Auswertung beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzen. Der Dreistufentest stellt eine allgemeine Regel zur Zulässigkeit von Ausnahmen und Beschränkungen der Rechtspositionen von Urhebern dar und dient dazu, als Maßstab für nationale Regelungen zu dienen.[1155] Die Richtlinie übernimmt den Dreistufentest in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL und weist in Erwägungsgrund 44 InfoSoc-RL darauf hin, dass „möglicherweise" bei „neuen" Formen der Nutzung eine noch engere Anwendung notwendig sei. Die Aufnahme des Tests durch den Richtliniengeber interpretiert der *EuGH* so, dass die konkrete Anwendung der nationalen Regelung am Dreistufentest zu messen ist[1156] und dieser einen ausschließlich die jeweilige Ausnahme begrenzenden Charakter hat.[1157]

Damit ist bei jeder Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG der Dreistufentest zu beachten. Die erste Stufe, das Vorliegen eines Sonderfalls, wird allgemein für § 44a Nr. 2 UrhG angenommen.[1158] Auf der zweiten Stufe ist nach dem *EuGH* zu prüfen, ob die „normale Verwertung" beeinträchtigt wird, also ob die durch die Schranke erlaubte Nutzung zu dieser in Wettbewerb tritt und damit den Umfang an Verkäufen oder anderen rechtmäßigen Transaktionen verringern würde.[1159] Historisch gesehen sollte diese Stufe das Marktversagen abmildern, das mit der Verbreitung der analogen und damit kaum kontrollierbaren Reproduktionstechnik einsetzte.[1160] Ziel war es, den Urhebern intakte Märkte zu erhalten.[1161] *Senftleben* räumt ein, dass dieses Ziel im digitalen Raum zu weitgehend sei, da es letztlich darauf hinausliefe, dass, sobald ein Markt bestehen könnte, der Dreistufentest

1153 BGBl. [1994] II S. 1438, 1730 ff. und ABl. EG L 336 vom 23.12.1994, S. 3 ff.
1154 Ausführlich *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 201 ff.
1155 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG Vor §§ 44a ff. Rn. 63; vgl. auch Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG Vor §§ 44a ff. Rn. 21; Fromm/Nordemann/*Dustmann*, Vor §§ 44a-63a Rn. 13.
1156 *EuGH* GRUR 2014, 546, 547 Rn. 25 – *ACI Adam*; vgl. auch MMR 2017, 460, 464 Rn. 70 – *Filmspeler*; zustimmend *Wagner* GRUR 2016, 874, 880.
1157 *EuGH* GRUR 2014, 546, 547 Rn. 26 – *ACI Adam*.
1158 Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, UrhG § 44a Rn. 14; vgl. auch *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 55 – *PRCA*.
1159 *EuGH* GRUR 2014, 546, 547 Rn. 39 – *ACI Adam*; vgl. auch MMR 2017, 460, 464 Rn. 70 – *Filmspeler*.
1160 *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 208.
1161 *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 208.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine Beschränkung verbiete.[1162] Stattdessen tritt er dafür ein, dass die Stufe nur dann eingreife, wenn diese „ganz erhebliche" Umsatzeinbußen mit sich bringe, und beruft sich hierfür auf ein Beispiel der Kommission[1163], die den Dreistufentest auf der Stockholmkonferenz zur Revision der Berner Übereinkunft vorbereitet hatte.[1164] Danach beeinträchtige das Erstellen einer „sehr großen Anzahl"[1165] von Kopien die normale Auswertung des Werks (2. Stufe), während „eine ziemlich große" Anzahl innerhalb eines Wirtschaftsunternehmens[1166] durch Zahlung einer angemessenen Vergütung die ungebührliche Verletzung (3. Stufe) verhindere.[1167] Bei einer „kleinen" Zahl von Kopien, bedürfe es hingegen keiner Vergütungszahlung, was beim persönlichen oder wissenschaftlichen Gebrauch[1168] der Fall sei.[1169]

Die dritte Stufe enthält mit der ungebührlichen Verletzung der berechtigten Interessen des Rechtsinhabers eine Interessenabwägung, die letztlich Ausdruck des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist.[1170] Hier sind ausweislich der Geschichte des Dreistufentests insbesondere (angemessene) Vergütungszahlungen zu berücksichtigen und können so eine ungebührliche Verletzung zu einer gebührlichen abmildern.[1171]

Der *EuGH* hält den Test für nicht bestanden, wenn Privatkopien ohne Unterscheidung bezüglich der Frage der Rechtmäßigkeit durch eine Schranke für erlaubt erklärt werden. Dies beeinträchtige die normale Verwertung und füge dem Rechtsinhaber einen nicht gerechtfertigten Schaden zu.[1172] Vervielfältigungen durch ein Gerät zum Abruf rechtswidrig zugänglich gemachter Videoinhalte verletzten ebenso die Interessen der

---

1162 *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 208.
1163 WIPO, Records of the Conference of Stockholm, Vol. II, S. 1145 f.
1164 *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 209.
1165 Original: „very large number of copies", WIPO, Records of the Conference of Stockholm, Vol. II, S. 1146.
1166 Original: „a rather large number of copies for use in industrial undertakings", WIPO, Records of the Conference of Stockholm, Vol. II, S. 1146.
1167 WIPO, Records of the Conference of Stockholm, Vol. II, S. 1146.
1168 Original: „If a small number of copies is made, photocopying may be permitted without payment, particularly for individual or scientific use", WIPO, Records of the Conference of Stockholm, Vol. II, S. 1146.
1169 WIPO, Records of the Conference of Stockholm, Vol. II, S. 1146.
1170 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG Vorbem. §§ 44a-53 Rn. 63; Schricker/Loewenheim/*Stieper*, UrhG Vor §§ 44a ff. Rn. 31; *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 210 f.
1171 *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 211.
1172 *EuGH* GRUR 2016, 55, 58 Rn. 60 f. – *Hewlett-Packard/Reprobel*; GRUR 2014, 546, 547 Rn. 39 f. – *ACI Adam*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsinhaber ungebührlich, da sich die Anzahl rechtmäßiger Transaktionen verringere.[1173]

Generell ist zu beachten, dass der Dreistufentest in Zeiten konzipiert worden ist, in denen der Konsum selbst urheberrechtsfrei war und dementsprechend zur Beurteilung dauerhafter Reproduktionen diente und zugeschnitten war. Dies hat sich jedoch aufgrund der Digitalisierung und der Erfassung auch kürzester Vervielfältigungen durch ebenjenes Recht fundamental geändert, denn nun ist der (digitale) Konsum – vorbehaltlich § 44a Nr. 2 UrhG – nicht mehr urheberrechtsfrei.[1174] Gleichzeitig hat sich aber auch die Gefährdungssituation für die Urheber entscheidend gewandelt, da dank des Internets Werke sehr leicht verbreitet werden können.

(2) Bisherige Stimmen zur Einordnung rechtswidriger Quellen

Nach Entscheidungen des *EuGH* liegen rechtmäßige Nutzungen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 lit. b, Erwägungsgrund 33 S. 1 InfoSoc-RL (bzw. § 44a Nr. 2 UrhG) beim Empfang von Fernsehsendungen mittels einer ausländischen Decodiereinrichtung[1175] und beim Abruf von (ungeschützten) Webseiten vor.[1176] Auch die Voraussetzungen des Dreistufentests seien erfüllt.[1177] In diesen Fällen ging es jedoch nur um den Abruf von mit Einwilligung des Rechtsinhabers öffentlich zugänglich gemachten Inhalten. Fehlt diese, so gehen die Meinungen auseinander.

Dabei gibt es zwei Punkte, an die argumentativ angeknüpft werden kann, nämlich die rechtmäßige Nutzung und den Dreistufentest. Der *EuGH* hat zu durch den *Filmspeler*[1178] ermöglichten Vervielfältigungen entschieden, dass es an einer rechtmäßigen Nutzung fehle, da die Nutzer sich „freiwillig und in Kenntnis der Sachlage" den Zugang verschafften.[1179] Darüber hinaus beeinträchtige eine solche Nutzung die normale Verwertung und verletze die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber ungebührlich.[1180] Das liegt auf einer Linie mit den Ausführungen im

1173 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 70 – *Filmspeler*.
1174 Vgl. Wandtke/Bullinger/*Heerma*, UrhG § 16 Rn. 1.
1175 *EuGH* GRUR 2012, 156, 164 Rn. 171 – *FAPL*.
1176 *EuGH* GRUR 2014, 654, 656 Rn. 52 – *PRCA*.
1177 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 54 ff. – *PRCA*; GRUR 2012, 156, 164 Rn. 174 ff. – *FAPL*.
1178 Zum zugrunde liegenden Sachverhalt siehe 2. Teil § 4 C. III. 2. (S. 185).
1179 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.
1180 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 70 – *Filmspeler*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Urteil *ACI Adam*. Dort wurde die niederländische Privatkopieschranke (basierend auf Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL) verworfen, die solche Kopien auch von rechtswidrigen Quellen erlaubte; einerseits unter Verweis darauf, dass dies den Binnenmarkt beeinträchtige und der Förderung der Kultur als Ziel der Richtlinie zuwiderlaufe, andererseits wegen Nichtbestehen des Dreistufentests.[1181] Als Grund für Letzteres wurde genannt, dass das Streaming im Wissen um die fehlende Erlaubnis des Rechtsinhabers die normale Verwertung beeinträchtige und zusätzlich den Urhebern einen nicht gerechtfertigten Schaden zufüge.[1182]

Im Urteil *FAPL* klang hingegen noch an, dass der Empfang von Sendungen unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Empfangs eine rechtmäßige Nutzung sei,[1183] auch wenn im nächsten Satz dieser Befund mit Hinweisen zur Rechtmäßigkeit des Empfangs mit der verwendeten Decodiervorrichtung ergänzt wurde.[1184] In eine ähnliche Richtung ging der Hinweis im Urteil *PRCA* zum Dreistufentest, dass bei bereits öffentlich zugänglich gemachten Inhalten eine Zustimmung vorliegen müsse und man von den Nutzern nicht das Einholen einer weiteren Zustimmung einfordern könne.[1185] An den neueren Urteilen des *EuGH* fällt auf, dass jeweils die Kenntnis (bzw. das Wissen) gesondert erwähnt wurde. Allerdings gibt es keine Entscheidung zu der Frage, wie beim Fehlen der subjektiven Seite zu verfahren ist.[1186] Grundsätzlich erinnert insbesondere die Formulierung im Urteil *Filmspeler*[1187] stark an diejenige zum subjektiven Merkmal im Rahmen der öffentlichen Zugänglichmachung, „in voller Kenntnis".[1188]

Für das deutsche Recht wird, dem Merkmal der vollen Kenntnis nicht unähnlich, die Rechtmäßigkeit der Nutzung verneint, sofern die Quelle, von der vervielfältigt wird, „offensichtlich rechtswidrig" ist.[1189] Dieses Merkmal beruht auf dem zu § 53 Abs. 1 UrhG a. F. entwickelten und seit 2003 in § 53 Abs. 1 n. F. UrhG verankerten Rechtsgedanken, dass eine Pri-

1181 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 546, 547 Rn. 34 ff. – *ACI Adam*.
1182 *EuGH* GRUR 2014, 546, 547 Rn. 39 f. – *ACI Adam*.
1183 Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 44a Rn. 18: „eindeutig".
1184 *EuGH* GRUR 2012, 156, 164 Rn. 171 – *FAPL*.
1185 *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 57-59 – *PRCA*; hierauf weisen auch *Solmecke/Dam* MMR 2014, 544 hin.
1186 So auch Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 44a Rn. 8.
1187 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.
1188 *EuGH* MMR 2017, 460, 1155 Rn. 51 – *Filmspeler*.
1189 *LG Hamburg* ZUM 2014, 434, 435, im Übrigen offengelassen; *LG Köln* GRUR-RR 2014, 114, 115 – *The Archive*; *AG Hannover* ZUM-RD 2014, 667, 668, hilfsweise auch auf § 53 UrhG eingehend; vgl. auch Spindler/Schuster/*Wiebe*, UrhG § 44a Rn. 15; *Busch* GRUR 2011, 496, 502.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vilegierung bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit nicht angemessen ist.[1190] § 53 Abs. 1 UrhG basiert auf der fakultativen Privatkopieausnahme nach Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL, die jedoch kein subjektives Merkmal vorsieht. Eine objektiv[1191] zu bestimmende offensichtliche Rechtswidrigkeit im Sinne des § 53 Abs. 1 UrhG liege nur dann vor, wenn aller Wahrscheinlichkeit nach eine Erlaubnis durch den Rechtsinhaber ausgeschlossen werden kann[1192] bzw. keine ernsthaften Zweifel an der Rechtswidrigkeit bestehen[1193] oder sich diese geradezu aufdrängt und auf der Hand liegt.[1194] Dies sei insbesondere bei kostenlos angebotenen aktuellen Kinofilmen oder grundsätzlich bei Tauschbörsen[1195] anzunehmen.[1196] Im Anschluss an die Ausführungen des *EuGH* im Urteil *Filmspeler*[1197] halten diverse Autoren ein subjektives Merkmal für erforderlich,[1198] wobei einige ein bewegliches System wie bei der öffentlichen Zugänglichmachung erwarten.[1199]

Andere hingegen gingen bisher davon aus, dass Inhalte von rechtswidrigen Quellen in jedem Fall unter § 44a Nr. 2 UrhG fallen.[1200] Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass das entscheidende Merkmal die rechtmäßige Nutzung sei, da das Merkmal „keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung" nur bei rechtswidrigen Nutzungen gegeben sein könne.[1201] Einerseits gelte der Grundsatz der Rezeptionsfreiheit, andererseits hänge es vom Zufall ab, ob beim Konsum rechtswidriger Inhalte eine Vervielfältigung anfalle. So sei das Hören eines Piraten-Radiosenders unstreitig erlaubt, was aber dann auch gelten müsse, wenn dieser per Stream ver-

1190 *Busch* GRUR 2011, 496, 502.
1191 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 53 Rn. 35 m. w. N.
1192 Spindler/Schuster/*Wiebe*, UrhG § 95a Rn. 7.
1193 Vgl. Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 53 Rn. 12.
1194 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 53 Rn. 35, die aber den Maßstab nicht auf § 44a UrhG anwenden möchte, vgl. Rn. 31.
1195 Fromm/Nordemann/*Wirtz*, UrhG § 53 Rn. 21.
1196 Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 53 Rn. 12b; vgl. auch Schricker/Loewenheim/*Loewenheim/Stieper*, UrhG § 53 Rn. 20.
1197 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*: „freiwillig und in Kenntnis der Sachlage".
1198 Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 44a Rn. 8; HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 44a Rn. 3; Spindler/Schuster/*Wiebe*, UrhG § 44a Rn. 15; wohl auch *Neubauer/Soppe* GRUR 2017, 615, 616; *Stender-Vorwachs/Steege* MMR 2017, 465, 466; ebenso, aber kritisch *Walter* MR-Int 2017, 40, 41.
1199 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 44a Rn. 3; *Lutzhöft/Hendel* K&R 2017, 401, 403; wohl auch *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 535.
1200 *AG Potsdam* ZUM-RD 2014, 587, 588; *Stolz* MMR 2013, 353, 358; wohl auch *Zurth* NJW 2017, 1937, 1938.
1201 *Stolz* MMR 2013, 353, 356.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

breitet werde und deshalb Zwischenspeicherungen erfordere.[1202] Auf die (offensichtliche) Rechtswidrigkeit der Quelle käme es danach nicht an. Ergänzend wird angeführt, dass jede digitale Wiedergabe Vervielfältigungen erfordere, sodass bereits die Verwendung von Funkkopfhörern ausreiche.[1203]

Demgegenüber lassen Teile der Rechtsprechung und Literatur rechtswidrige Inhalte per se nicht unter § 44a Nr. 2 UrhG fallen.[1204] Zumeist wird zur Begründung entweder auf die richtlinienkonforme Auslegung[1205] des § 44a Nr. 2 UrhG verwiesen[1206] oder dass andernfalls die normale Verwertung im Sinne des Dreistufentests beeinträchtigt sei.[1207] Dies gelte unabhängig von der subjektiven Komponente des Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL.[1208] Dass rechtswidrige Inhalte nicht von § 44a UrhG erfasst werden, wird u. a. damit begründet, dass das Streaming wirtschaftlich dem Besitz entspreche und nur diese Auslegung die Interessen der Rechtsinhaber wahren könne.[1209]

Andere, die § 44a Nr. 2 UrhG aufgrund des Dreistufentests nicht für einschlägig erachten, wollen stattdessen § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG anwenden,[1210] der auf Art. 5 Abs. 2 InfoSoc-RL basiert. Diese Norm erlaubt Vervielfältigungen, sofern sie nicht auf einer „offensichtlich rechtswidrigen" Quelle basieren. Damit sei (wie bei der einschränkenden Auslegung des § 44a Nr. 2 UrhG) auf die offensichtliche Rechtswidrigkeit abzustellen. Der

---

1202 *Stolz* MMR 2013, 353, 357 f.

1203 *Hilgert/Bünnigmann* jM 2018, 15, 16.

1204 *AG Leipzig* BeckRS 2012, 6777 – *kino.to*; Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 44a Rn. 18; *Kaesling* BRJ 2017, 139, 141; *Müller-Riemenschneider/Hermann* EuR 2017, 571, 575; *Paschke/Nielsen* jurisPR-ITR 10/2017, Anm. 2, D., die aber § 53 Abs. 1 UrhG für einschlägig halten; *Specht* ZUM 2017, 582, 585; *Wagner* GRUR 2016, 874, 881; *Walter* MR-Int 2017, 40, 41, der aber trotzdem eine subjektive Einschränkung durch den EuGH erwartet; *Wandtke/v. Gerlach* GRUR 2013, 676, 682: „Quellentheorie"; wohl auch *Martiny* MMR 2016, 579, 583 f., da sie nicht die auf Schranken eingeht.

1205 Hierzu *Specht* ZUM 2017, 582, 586.

1206 *Müller-Riemenschneider/Hermann* EuR 2017, 571, 575; *Wandtke/v. Gerlach* GRUR 2013, 676, 682.

1207 Wohl auch *Specht* ZUM 2017, 582, 585; *Wagner* GRUR 2016, 874, 880 f., die jedoch eine Ausnahme für kurzzeitige Wiedergaben macht.

1208 *Stender-Vorwachs/Steege* MMR 2017, 465, 466.

1209 *Wandtke/v. Gerlach* GRUR 2013, 676, 681 f.

1210 *Müller-Riemenschneider/Hermann* EuR 2017, 571, 575; *Specht* ZUM 2017, 582, 586.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dreistufentest ergebe jedoch aufgrund des „gerechten Ausgleichs" in Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL ein anderes Ergebnis.[1211]

(3) Entscheidung

Nach dem Urteil *Filmspeler* des *EuGH* scheidet jede Auslegung aus, die die Rechtswidrigkeit der Quelle für irrelevant hält.[1212] Zumindest bei Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Quelle – also freiwillig und in Kenntnis der Sachlage – ist eine Privilegierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b, 5 InfoSoc-RL stets abzulehnen. Fraglich ist damit, ob ein subjektives Merkmal besteht (a) und welche Anforderungen es an den Nutzer stellt (b).

(a) Bestehen eines subjektiven Merkmals

Unabhängig davon, wie man die Rechtmäßigkeit von Vervielfältigungen, die auf unerkannt rechtswidrigen Quellen basieren, beurteilt, kann die Herleitung des Merkmals der offensichtlichen Rechtswidrigkeit im Rahmen des § 44a Nr. 2 UrhG aus § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG nicht überzeugen. Diese findet weder in der Richtlinie (vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL) noch in der Rechtsprechung des *EuGH*[1213] eine Stütze und ist letztlich eine nationale Interpretation vollharmonisierten Rechts. Zwar könnte das subjektive Merkmal des *EuGH* letzten Endes ähnlich auszulegen sein,[1214] einen Anhaltspunkt, der über reine Spekulation hinausgeht, liefert die Auslegung des § 44a Nr. 2 UrhG anhand des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG hingegen nicht.

Grundsätzlich ist jedoch von einem – ungeschriebenen – subjektiven Merkmal des Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL auszugehen. Das ergibt sich aus Rn. 69 des Urteils *Filmspeler*, nach der die Nutzer „freiwillig und in Kenntnis der Sachlage" handelten.[1215] Hätte der *EuGH* kein subjektives Merkmal einführen wollen, so hätte er es auch schlicht beim Hinweis auf den Dreistufentest bewenden lassen können. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass eine Anwendung der Norm mit (erfüllten) subjektivem Merkmal

1211 *Specht* ZUM 2017, 582, 586.
1212 Ebenso *Lutzhöft/Hendel* K&R 2017, 401, 403.
1213 Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 44a Rn. 8.
1214 So z. B. *Lutzhöft/Hendel* K&R 2017, 401, 403.
1215 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Dreistufentest bestehen muss, selbst wenn die konsumierten Inhalte aus einer rechtswidrigen Quelle stammen.

Dem Ergebnis steht nicht entgegen, dass der *EuGH* in der folgenden Randnummer den Dreistufentest für verletzt hält, ohne auf die Kenntnis der Nutzer zu verweisen.[1216] Die Verletzung begründet der *EuGH* maßgeblich mit der Verringerung der rechtmäßigen Transaktionen,[1217] die jedoch allein dann droht, wenn die Nutzer im großen Stil rechtswidrig zugänglich gemachte Inhalte konsumieren – was fast immer die Kenntnis der Nutzer voraussetzt. Es ist letztlich nur logisch, dass die Erfassung von als rechtswidrig erkannten Quellen zu einem Nichtbestehen des Dreistufentests führen muss. Andernfalls würde das wirtschaftlich sehr bedeutende Streaming aufgrund der Unkontrollierbarkeit des Internets für die Nutzer ohne Nachteile erlaubt und trüge so zu einer Stärkung illegaler Angebote bei, da nun auf Nutzerseite die latente Angst vor Konsequenzen und gleichzeitig die – zumeist theoretische[1218] – Möglichkeit der Verfolgung für die Rechtsinhaber wegfallen würden.

Damit ist das subjektive Merkmal des § 44a Nr. 2 UrhG (Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL) auch erforderlich, damit die Norm in dieser Auslegung den internationalen Dreistufentest der Urheberrechtsabkommen[1219] besteht und nicht über den Dreistufentest nach Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL korrigiert werden muss. In den Urteilen *FAPL* und *Infopaq II* ging der *EuGH* von einer ausreichenden Berücksichtigung des Dreistufentests in Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL aus.[1220] Natürlich verbleibt bei der Annahme eines subjektiven Merkmals – je nach Maßstab, dazu sogleich – ein gewisser Bereich, innerhalb dessen es zu Beeinträchtigungen der Rechte der Urheber kommen wird, die nicht ausgeglichen werden. Diese Beeinträchtigungen sind jedoch grundsätzlich nicht erheblich genug, um zu einem Nichtbestehen des Dreistufentests zu führen. Wie oben erläutert, ist dem Test inhärent, gewisse Beeinträchtigungen für Urheber („ungebührlich") ohne Ausgleich hinzunehmen.

Vor allem spricht in systematischer Hinsicht Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL für ein subjektives Merkmal auch innerhalb der Verwertungsrechte: Der von Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL gewährte Annexschutz für wirksame

---

1216 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 70 – *Filmspeler*.
1217 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 70 – *Filmspeler*.
1218 *Hilgert/Bünnigmann* jM 2018, 15, 17.
1219 Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT und Art. 16 Abs. 2 WPPT.
1220 *EuGH* MMR 2013, 45, 49 Rn. 56 – *Infopaq II*; GRUR 2012, 156, 165 Rn. 181 – *FAPL*; anders aber GRUR 2014, 654, 657 Rn. 54 ff. – *PRCA*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

technische Schutzmaßnahmen greift nur bei subjektiv vorwerfbarem Fehlverhalten, nämlich grober Fahrlässigkeit.[1221] Das zeigt, dass der europäische Gesetzgeber den einzelnen Nutzer vor Ansprüchen der Rechtsinhaber schützen möchte. Gleichzeitig darf nicht vergessen werden, dass bei jedem Umgehen einer Sperre im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG im Regelfall zugleich ein Urheberrecht verletzt wird, was für eine Übernahme des subjektiven Merkmals spricht. Andernfalls wäre das subjektive Merkmal des Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL, das eine Verfolgung leicht fahrlässig und erst recht schuldlos handelnder Nutzer verhindern soll, überflüssig, da ohnehin Ansprüche wegen einer Verletzung des Vervielfältigungsrechts bestünden.

Das Einfügen eines subjektiven Merkmals ist weiterhin eine konsequente Fortführung des Ansatzes zur öffentlichen Zugänglichmachung.[1222] Eine öffentliche Zugänglichmachung scheidet aus, wenn der Handelnde „nicht weiß und vernünftigerweise nicht wissen kann", dass das Werk ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers veröffentlicht worden ist.[1223] Grund für diese Überlegung ist, dass eine andere Auslegung ansonsten zu sehr die Grundrechte (v. a. Meinungs- und Informationsfreiheit) beeinträchtigt hätte und gleichzeitig gerade für Einzelpersonen eine Lizenzierung von Werken schwer nachzuvollziehen ist.[1224] Dies muss ebenso für vorübergehende (§ 44a Nr. 2 UrhG) Vervielfältigungen gelten: Ist das Veröffentlichen eines Links zu rechtswidrig zugänglich gemachten Inhalten durch einen Privaten mangels Kennenmüssens keine öffentliche Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG,[1225] erscheint es sinnwidrig, den Abruf der Inhalte dieses Links – durch die gleiche Person(!) – als rechtswidrige Vervielfältigung zu sanktionieren. Wenn die den Rechtsinhaber stärker betreffende Handlung – die Zugänglichmachung – keine Ansprüche nach sich zieht, muss das erst recht für die den Rechtsinhaber weniger beeinträchtigende Handlung der vorübergehenden Vervielfältigung gelten.

Im Gegensatz zu § 19a UrhG besteht jedoch nur in Sonderfällen die Möglichkeit, den Nutzer von der Rechtswidrigkeit der jeweiligen Quelle in Kenntnis zu setzen.[1226] Dieser Unterschied wiegt aber nicht sonderlich

---

1221 Dazu sogleich, 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b) (S. 242).
1222 Vgl. *Lutzhöft/Hendel* K&R 2017, 401, 402; *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 535.
1223 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 47 – *GS Media*; dazu auch oben, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (S. 221).
1224 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 45 f. – *GS Media*.
1225 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 47 – *GS Media*.
1226 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 49, 53 – *GS Media*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schwer, da das Vervielfältigungsrecht sich nur auf einen einzigen urheberrechtlich relevanten Vorgang bezieht, während Verletzungen des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (wirtschaftlich) deutlich stärker den Rechtsinhaber beeinträchtigen. Gleichzeitig besteht die Möglichkeit, rechtswidrige Vervielfältigungen dadurch zu verhindern, dass die Access-Provider die jeweilige Quelle der öffentlichen Zugänglichmachung für ihre Kunden sperren.[1227] Deshalb kann auch für das Vervielfältigungsrecht ein subjektives Merkmal angenommen werden. Damit setzt die Richtlinie stets die Erfüllung eines subjektiven Merkmals voraus und möchte so den einzelnen, „gutgläubigen" Nutzer schützen.[1228]

(b) Konkrete Ausgestaltung des subjektiven Merkmals

Ausgangspunkt für die Bestimmung des subjektiven Merkmals ist die Äußerung des *EuGH* im Urteil *Filmspeler*[1229]: Danach erfordert das Abrufen Freiwilligkeit und volle Kenntnis der Sachlage, dass Zugang zu einem kostenlosen und nicht zugelassenen Angebot verschafft wird. Dieses doppelte subjektive Merkmal – freiwillig und in voller Kenntnis der Sachlage – ähnelt stark den Grundsätzen zur öffentlichen Zugänglichmachung: Das erste Merkmal, die Freiwilligkeit, entspricht der aktiven Rolle[1230], die neben der Eröffnung des Zugangs Voraussetzung für eine Handlung der Zugänglichmachung (bzw. Wiedergabe)[1231] ist. Das Merkmal ist damit für die Begründung einer täterschaftlichen Haftung erforderlich. Im Rahmen der Freiwilligkeit sind demnach solche Handlungen auszuscheiden, mit denen der Handelnde bereits nicht den Aufruf eines Werks beabsichtigt. Vorstellbar sind z. B. Vervielfältigungen durch automatische Weiterleitungen oder im Hintergrund ablaufende technische Vorgänge. Das zweite Merkmal „in voller Kenntnis der Sachlage" entspricht dem der Öffentlichkeit des Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL bzw. den damit vorgesehenen Prüfpflich-

1227 *EuGH* GRUR 2014, 468 – *kino.to*; vgl. auch GRUR 2017, 790 – *ThePirateBay*; im deutschen Recht gem. §§ 7 Abs. 4 S. 1, 8 Abs. 3, 1 TMG.

1228 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 47 – *GS Media*, der zugunsten von Nutzern die Unkenntnis vermutet; der Richtliniengeber hat mit der DSM-RL, die die Rechtsprechung des *EuGH* insoweit nicht ändert (vgl. Erwägungsgrund 2), faktisch dem *EuGH* zugestimmt.

1229 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.

1230 Zur aktiven Rolle 2. Teil § 4 C. III. 2. c) aa) (3) (b) (S. 198).

1231 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten[1232], ob der Handelnde also „wusste oder hätte wissen müssen", dass er Zugang zu einem unbefugt veröffentlichten Werk verschafft. Für das Vorliegen der Schranke des Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL geht es damit um die Frage, ob der Nutzer um die Umstände wusste, die eine Illegalität begründen – nicht jedoch um die Illegalität selbst. Damit wird wie bei der öffentlichen Zugänglichmachung letztlich auf einen Pflichtenkatalog abgestellt bzw. Merkmale geschaffen, nach denen sich die Haftung des Nutzers richtet.

Damit spricht viel dafür, die Rechtsprechung zur öffentlichen Zugänglichmachung zu übernehmen. Nach dem Urteil *Filmspeler* scheint der *EuGH* nur Kenntnis genügen zu lassen,[1233] da anders als bei *GS Media* nicht mehr die Rede von einem Kennenmüssen[1234] ist. Allerdings ist zu beachten, dass im Urteil *Filmspeler* aufgrund der Werbung und der eindeutigen Motivation der Nutzer ohnehin Kenntnis der Rechtswidrigkeit vorlag,[1235] sodass eine Auseinandersetzung mit dem konkreten Maßstab unterbleiben konnte.[1236]

Gegen die Begrenzung auf Vorsatz spricht aber Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL: Dieser ist die einzige Norm, die spezifisch auf das subjektive Moment in Bezug auf Beeinträchtigungen der Rechtspositionen der Rechtsinhaber eingeht. Anders als die deutsche Umsetzung (§ 95a Abs. 1 UrhG), die mit „bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss" auf die Erfassung auch leichter Fahrlässigkeit hindeutet, ist unter Berufung auf die englische und französische Fassung[1237] von „grober" Fahrlässigkeit auszugehen.[1238] Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Verhaltensmaßstab

---

1232 Zu diesen oben, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (S. 221).

1233 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.

1234 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 47 – *GS Media*.

1235 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.

1236 Ebenso *Lutzhöft/Hendel* K&R 2017, 401, 403; vgl. auch *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.

1237 Englische Fassung: „with reasonable grounds to know", französisch: „en ayant des raisons valables de penser".

1238 Ebenso HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 95a Rn. 33; Spindler/Schuster/*Spindler*, UrhG § 95a Rn. 8; ausführlich Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 63: Übersetzungsfehler; *Janisch/Lachenmann* MMR 2013, 213, 217; *Martiny* MMR 2016, 579, 583; a. A., leichte Fahrlässigkeit reiche, Fromm/Nordemann/*Czychowski*, UrhG § 95a Rn. 40: bereits Veröffentlichung in „einschlägiger Endnutzer-Fachzeitschrift"; auch Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 12, aber unter § 95c Rn. 10 anders für § 95c Abs. 1 UrhG (nur grobe Fahrlässigkeit) unter Verweis auf den Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 InfoSoc-RL, wobei er jedoch thematisiert, dass Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL, der Vorlage für § 95a Abs. 1 UrhG, insoweit identisch ist.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

autonom unionsrechtlich auszulegen ist. Mit der Heranziehung von Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL wird gleichzeitig gewährleistet, dass Eingriffe einheitlich behandelt werden[1239] und die Intention des Normgebers gewahrt wird. Denn dieser wollte gerade – wie oben gezeigt – den „gutgläubigen" Privatnutzer von einer Rechtsverfolgung ausnehmen.

Deshalb ist in Anlehnung an Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL von einem Maßstab ähnlich der groben Fahrlässigkeit nach deutschem Recht auszugehen. Dieser ist durch Vermutungsregeln – ähnlich denen des Urteils *GS Media* – zu ergänzen. Auch im Urteil *Filmspeler* arbeitet der *EuGH* mit einer Vermutungsregelung, wenn er davon spricht, dass „grundsätzlich" Kenntnis bestehe, wenn das Angebot kostenlos ist und sogar damit geworben wird, dass Inhalte ohne Erlaubnis zugänglich sind.[1240] Hier hätte man ohnehin zu keinem anderen Ergebnis kommen können.

Wie bei *GS Media* wird dieses flexible System für Nutzer ohne Gewinnerzielungsabsicht wahrscheinlich ähnlich vorteilhaft ausgestaltet sein, indem z. B. vermutet wird, dass keine Kenntnis besteht.[1241] Bei der Bestimmung dieser Pflichten werden neben dem Eigentumsrecht aus Art. 17 Abs. 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)[1242] vor allem die Informations- und Meinungsfreiheit (Art. 11 Abs. 1 GRC) zu beachten sein. Bejaht man das Merkmal der „vollen Kenntnis der Sachlage" zu schnell und damit einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht, so können hierdurch Nutzer abgehalten werden, das Netz frei zu durchsuchen oder bestimmte Seiten zu besuchen. Nähme man z. B. exotische Domainendungen (z. B. „.to" für Tonga) als Indiz für die Rechtswidrigkeit der angebotenen Inhalte, sorgte allein die Furcht vor Verfolgung bei „Laien" für eine Einschränkung der Informationsfreiheit und beeinträchtigte darüber hinaus die Meinungs- und unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRC) des jeweiligen Anbieters.

Als Kriterien kommen unter Berücksichtigung der Regeln aus *GS Media* und der betroffenen Grundrechte folgende Punkte infrage: Zuerst natürlich die Eigenwerbung des jeweiligen Portals, ob bereits mit dem Zugang zu illegalen Inhalten geworben wird oder zumindest, dass „aktuelle Kinofilme" verfügbar sind, also Inhalte, die sonst noch nicht legal und erst recht nicht kostenlos im Internet verfügbar sind. Ebenfalls kann

---

1239 Dazu sogleich, 2. Teil § 4 C. III. 3. b) bb) (S. 250).

1240 Vgl. *EuGH* GRUR Int. 2017, 527, 529 Rn. 18, 533 Rn. 69 – *Filmspeler*, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2017, 460 – *Filmspeler*.

1241 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 47 – *GS Media*.

1242 BGBl. [2008] II S. 1165 und ABl. C 364 vom 18. Dezember 2000, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Differenzierung, ob eine Gewinnerzielungsabsicht besteht, aus *GS Media*[1243] fortgeführt werden, sodass bei Unternehmen höhere Sorgfaltsanforderungen gelten können.

Ein Vorteil dieser Vermutungsregelungen ist auch, dass so die Verfolgung erleichtert wird, weil sich aus den äußeren Umständen ergibt, ob eine Verfolgung erfolgversprechend ist. Gleichzeitig stellt diese Interpretation für die Nutzer eine Erleichterung gegenüber einer möglicherweise noch schärferen Lesart dar, die unabhängig von einer Kenntnis einen Anspruch annehmen würde.[1244]

Dieser auf der Rechtsprechung des *EuGH* zur öffentlichen Zugänglichmachung basierende Maßstab, dass der Nutzer nur bei Kenntnis oder im Falle grober Fahrlässigkeit durch die Schranke des Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL rechtswidrig handelt, ähnelt damit im Ergebnis dem deutschen Merkmal der „offensichtlichen Rechtswidrigkeit", nach dem die Rechtswidrigkeit „auf der Hand liegen" muss. Deshalb wird im Folgenden wie in § 95a UrhG bzw. Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL auf die offensichtliche Rechtswidrigkeit abgestellt,[1245] die dementsprechend europarechtlich zu verstehen und – wie dargestellt – herzuleiten ist.

(c) Überprüfung mittels Dreistufentest

Dieser Maßstab – offensichtliche Rechtswidrigkeit – muss auch dem Dreistufentest genügen. Es muss folglich nach Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL zulässig sein, dass Rechtsinhaber Verletzungen ihres Ausschließlichkeitsrechts nicht untersagen können, wenn die Nutzer nicht zumindest grob fahrlässig Unkenntnis davon haben, dass die Inhalte ohne Erlaubnis der Rechtsinhaber zugänglich sind. Dass es sich bei der Regelung um einen Sonderfall (erste Stufe) handelt, kann unterstellt werden.[1246]

Die zweite Stufe setzt voraus, dass die Erstellung der Bildschirmkopien nicht die normale Verwertung des Schutzgegenstands beeinträchtigt. Wie *Senftleben* herausgearbeitet hat, kann diese Stufe nicht bei jeder Beein-

---

1243 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 f. Rn. 47, 51 – *GS Media*.

1244 Was insbesondere der Fall wäre, wenn der deutsche § 53 Abs. 1 UrhG mit Blick auf *EuGH* GRUR 2014, 546, 547 Rn. 31 ff. – *ACI Adam* europarechtswidrig wäre. Hiervon ist aber nicht auszugehen, vgl. 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (1) (S. 232) und (3) (c) (S. 245) und auch *Specht* ZUM 2017, 582, 586.

1245 Ebenso Spindler/Schuster/*Wiebe*, UrhG § 44a Rn. 14 f.; *Lutzhöft/Hendel* K&R 2017, 401, 403.

1246 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 55 – *PRCA*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

trächtigung eingreifen.[1247] Die Frage ist also letztlich, wie groß die Beeinträchtigung durch nicht erlaubte Abrufe von Werken ist, bei denen die Nutzer leicht fahrlässig nicht wissen, dass die Werke rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht worden sind. Hierbei ist zu beachten, dass je aktueller ein kostenlos angebotenes Werk ist, desto eher ist davon auszugehen, dass die Nutzer zumindest grob fahrlässig keine Kenntnis haben, dass dieses ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zugänglich gemacht wird.[1248] Damit sinkt proportional zur Aktualität (und Gewinnträchtigkeit) der Anteil an Nutzern, die ohne (grob fahrlässige Un-)Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Angebots und damit gem. § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt handeln. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass das Vorhandensein aktueller, eindeutig rechtswidrig bereitgestellter Werke auf einer Plattform für die übrigen dort vorgehaltenen Werke eine Vermutung der Rechtswidrigkeit begründet, sodass auch beim Konsum älterer Werke (grob fahrlässige Un-)Kenntnis bezüglich der Rechtswidrigkeit vorliegen kann.[1249] Weiterhin unterscheiden sich legale und illegale Webseiten aufgrund der dort ausgespielten Werbeanzeigen, da größere Werbepartner eine Schaltung ihrer Anzeigen allein schon aus Image- oder Haftungsgründen verhindern. Außerdem ist zu beachten, dass im Falle des wirtschaftlich bedeutenden Streamings eine Rechtsverfolgung der Nutzer im Regelfall nur schwer möglich ist, da es kaum einen rechtmäßigen Weg gibt, an die IP-Adresse zu kommen.[1250]

Die Beeinträchtigungen, die erlaubt werden, sind damit als eher gering einzuordnen, da in der Praxis die stark schädigenden Handlungen nicht von § 44a Nr. 2 UrhG erfasst werden und gleichzeitig eine Verfolgung ohnehin kaum möglich ist. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Erlaubnis nicht offensichtlich rechtswidriger ephemerer Kopien gem. § 44a Nr. 2 UrhG (bzw. Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL) nicht die normale Verwertung der Schutzgegenstände beeinträchtigt, bzw. nicht derart, dass die zweite Stufe verletzt ist.

Die dritte Stufe setzt voraus, dass die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber nicht ungebührlich verletzt werden, dass also die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt. Dabei zeigt das Merkmal „ungebührlich", dass

1247 Vgl. *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 205: „ganz erhebliche Umsatzeinbußen".
1248 Vgl. Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 53 Rn. 12b; Schricker/Loewenheim/*Loewenheim/Stieper*, UrhG § 53 Rn. 21; Spindler/Schuster/*Wiebe*, UrhG § 53 Rn. 7.
1249 Vgl. Fromm/Nordemann/*Wirtz*, UrhG § 53 Rn. 21 f.
1250 Vgl. *Hilgert/Bünnigmann* jM 2018, 15, 17.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gewisse Verletzungen der berechtigten Interessen durch die Rechtsinhaber hinzunehmen sind. Aufseiten der Rechtsinhaber steht als berechtigtes Interesse vor allem die Vergütung ihrer Arbeit, die Nutzer hingegen wollen vermeiden, nicht vorhersehbaren Ansprüchen ausgesetzt zu sein und sich deshalb auf eindeutig nicht rechtsverletzende Seiten beschränken zu müssen. Letzten Endes streitet für die Nutzer – neben dem Interesse, nicht haften zu müssen – vor allem die Informationsfreiheit. Spiegelbildlich dazu beeinträchtigt eine sehr enge Auslegung des Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL die unternehmerische Freiheit und Meinungsfreiheit der Webseiten, da Nutzer unter Umständen aus Angst vor Verfolgung selbst legale Angebote nicht abrufen.

Die Interessen der Rechtsinhaber an der Verwertung ihrer Inhalte werden durch die hier vertretene Auslegung des § 44a Nr. 2 UrhG zwar beeinträchtigt, dies erfolgt aber nicht ungebührlich. Das beginnt bereits damit, dass die Schranke nur den Markt des Streamings und der Abrufe beeinträchtigt. Allerdings werden die typischen illegalen Angebote – *ThePirateBay* und Co. – gerade nicht legalisiert. Es geht allein um den Bereich, in dem die Rechtswidrigkeit der Zugänglichmachung nicht offensichtlich ist, was beim illegalen Streaming fast nie der Fall ist. Ist die Rechtswidrigkeit für den Durchschnittsnutzer nicht leicht erkennbar, so wird den Rechtsinhabern die Durchsetzung ihres Rechts verwehrt. In der Praxis ist die Verfolgung solcher Rechtsverstöße ohnehin sehr schwer.[1251] Darüber hinaus generiert eine Rechtsverfolgung vor allem Kosten: Da das Werk, anders als beim File-Sharing, bei dem der Nutzer das Werk auch anbietet, beim Streaming (bzw. dem Abruf einer Internetseite) nur einmalig abgerufen wird, fallen die einzelnen Schadenssummen sehr gering aus, lediglich die Rechtsverfolgungskosten werden sich in einem dem File-Sharing ähnlichen Bereich bewegen. Letztere kommen aber den Urhebern nur insoweit zugute, als dass sie einen abschreckenden Effekt haben. Damit „nimmt" man den Urhebern nur die sehr geringen Erträge für einmaliges Abrufen und den Abschreckungseffekt durch die Anwaltsgebühren (für die sie das Kostenrisiko tragen). Und dies bezieht sich nur auf den Abruf von nicht eindeutig rechtsverletzenden Internetseiten, was

1251 Hauptproblem ist die (rechtssichere) Ermittlung der IP-Adresse schwierig, so *Hilgert/Bünnigmann* jM 2018, 15, 17; ähnlich *Specht* ZUM 2017, 582, 586; skeptisch auch Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 44a Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

praktisch als eher bedeutungslos einzuordnen ist,[1252] da im großen Stil rechtsverletzende Angebote zumeist entsprechend leicht erkennbar sind.

Gleichzeitig wird das typische illegale Streaming aktueller Kinofilme oder Serien, das für einen Großteil der Einnahmeausfälle als ursächlich anzunehmen ist, gerade nicht legalisiert. Außerdem stehen den Rechtsinhabern diverse Möglichkeiten zur Verfügung, EU-weit[1253] an der „Quelle" anzusetzen und gegen alle Formen der öffentlichen Zugänglichmachung vorzugehen, da selbst das bloße Verlinken[1254] eine solche darstellt. Dieses Vorgehen ist im Regelfall zugleich deutlich sinnvoller (cheapest cost avoider) und einfacher. Daneben besteht zusätzlich noch die Möglichkeit, gegenüber Access-Providern Netzsperren zu erwirken.[1255]

Zudem ist es nicht erforderlich, wie z. B. bei Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL, eine Vergütungspflicht einzuführen, da die Schadenssummen zumeist gering sein werden und dementsprechend auch ohne Vergütungspflicht keine ungebührliche Beeinträchtigung der Interessen der Rechtsinhaber droht.[1256] Hierfür spricht auch, dass das Urheberrecht als Grundsatz von einer Freiheit des Konsums ausgeht und es im Gegensatz zur Privatkopieschranke zu keiner Perpetuierung der (rechtswidrigen) Vervielfältigung kommt. Dass insoweit die Urheberrechtsfreiheit des bloßen Konsums aufrechterhalten wird, ist hinzunehmen.

Deshalb ist davon auszugehen, dass die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber nicht ungebührlich beeinträchtigt werden. Die hier vertretene, subjektive Auslegung des § 44a Nr. 2 UrhG besteht den Dreistufentest.

1252 Vgl. *Hilgert/Bünnigmann* jM 2018, 15, 17, die sogar die Klärung der Rechtswidrigkeit des Streamings durch den *EuGH* von durch den Nutzer als illegal erkannten Quellen für wenig praxisrelevant halten.

1253 Vgl. dazu die Enforce-RL.

1254 Ggf. erst nach einem Hinweis, *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 53 – *GS Media*.

1255 Dazu ausführlich *EuGH* GRUR 2014, 468 – *kino.to*; für das deutsche Recht *BGH* GRUR 2016, 268 – *Störerhaftung des Access-Providers*; vgl. auch für das deutsche Recht §§ 7 Abs. 4, 8 Abs. 3, 1 TMG.

1256 Vgl. Erwägungsgrund 35 S. 6 InfoSoc-RL, laut dem bei „geringfügige[n]" Nachteilen von einer Vergütung abgesehen werden kann, vgl. auch *EuGH* GRUR 2015, 478, 483 Rn. 56 ff. – *Copydan/Nokia*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(4) Sonstige Schutzobjekte

Für Computerprogramme (§ 69a UrhG), Datenbankwerke (§ 4 Abs. 2 UrhG) und Datenbanken (§ 87a UrhG) ist die Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG umstritten bzw. wird ganz abgelehnt.[1257] Wendet man die Norm nicht an, führt das dazu, dass z. B. beim Abruf einer Webseite, die verschiedene Inhalte – jeweils geschützt durch unterschiedliche Schutzrechte – ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers zugänglich macht, ungerechtfertigterweise die Ergebnisse differieren. So wäre z. B. der Abruf eines Videos gem. § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt, während die Vervielfältigung des komplex (vgl. § 69a Abs. 3 UrhG) programmierten JavaScripts zur Menüführung das Urheberrecht (§ 69c Nr. 1 UrhG) verletzt. Die Nichtanwendung des § 44a Nr. 2 UrhG auf diese Schutzrechte beruht letztlich auf Art. 1 Abs. 2 InfoSoc-RL. Die stattdessen vorgesehenen Spezialschranken, z. B. § 69d Abs. 1 UrhG, § 55a UrhG oder eine schlichte Einwilligung scheitern in diesem Fall, da der Schutzgegenstand ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers öffentlich zugänglich gemacht worden ist; auch eine Fiktion scheidet eindeutig aus.

Dieses Ergebnis kann jedoch nicht überzeugen. Deshalb ist das Vervielfältigungsrecht selbst entsprechend § 44a Nr. 2 UrhG einschränkend auszulegen, sodass nur Vervielfältigungen nicht erlaubt sind, wenn die Nutzer um die Rechtswidrigkeit der Quelle wussten oder grob fahrlässig hätten wissen müssen. Hierfür kann grundsätzlich auf die gleichen Gründe wie zu § 44a Nr. 2 UrhG verwiesen werden, also in teleologischer Hinsicht auf die Informationsfreiheit (Art. 11 GRC) der Nutzer und in systematischer Hinsicht der Vergleich zur öffentlichen Zugänglichmachung (bzw. Wiedergabe). Auf § 95a Abs. 1 UrhG (bzw. Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL) kann demgegenüber nur dahingehend verwiesen werden, als dass der Nutzer nicht leicht fahrlässig oder schuldlos für Rechtsverletzungen haften soll, da § 95a UrhG zumindest auf Computerprogramme keine Anwendung findet (§ 69a Abs. 5 UrhG).[1258] Entscheidendes Argument ist aber ohnehin der Vergleich zur öffentlichen Zugänglichmachung. Diese enthält ein subjektives Merkmal, sodass sich dieses auf der Ebene des Vervielfältigungsrechts fortsetzen muss. Dementsprechend ist § 44a Nr. 2 UrhG lediglich Anknüpfungspunkt, aber nicht Grund für diese Privilegierung. Diese einheitliche Anwendung ist gleichsam im Rahmen des Vervielfältigungsrechts für die genannten Sonderschutzrechte fortzusetzen, da das Recht der öffentlichen

1257 Vgl. Wandtke/Bullinger/*v. Welser*, UrhG § 44 Rn. 23 m. w. N.
1258 Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zugänglichmachung auch für diese gilt[1259] und somit ebenso ein subjektives Merkmal enthält. Allein schon, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, ist eine einheitliche Anwendung auf das Vervielfältigungsrecht unabhängig vom Schutzgegenstand geboten.

Deshalb gelten die zu § 44a Nr. 2 UrhG dargestellten Grundsätze ebenso für Computerprogramme (§ 69a UrhG), Datenbankwerke (§ 4 Abs. 2 UrhG) und Datenbanken (§ 87a UrhG).

(5) Ergebnis zur Behandlung des Abrufs rechtswidriger Inhalte

Damit erlaubt § 44a Nr. 2 UrhG in richtlinienkonformer Auslegung Vervielfältigungen zum Abruf von Webseiten nur dann, wenn der Nutzer weder weiß noch grob fahrlässig nicht weiß, dass er die Webseite nicht aufrufen darf, diese also nicht „offensichtlich rechtswidrig" (im Sinne des Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL) ist oder der Nutzer nicht freiwillig handelt. Ist § 44a Nr. 2 UrhG nicht direkt anwendbar, ist das Vervielfältigungsrecht zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen entsprechend einzuschränken.

bb) Verhältnis zu § 95a UrhG

Grundsätzlich gilt, dass die Vervielfältigung gem. § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt ist, sofern der Nutzer weder um die Rechtswidrigkeit der Zugänglichmachung weiß noch dies grob fahrlässig nicht weiß. Gleichzeitig sind die Voraussetzungen des § 95a Abs. 1 UrhG nicht erfüllt, da die Norm auf den gleichen Maßstab abstellt. Damit bestehen keine Ansprüche gegen den Nutzer, auch weil das Vervielfältigungsrecht nicht verletzt worden ist.

Dieser Befund kollidiert jedoch mit einer Ansicht in der Literatur. Diese geht davon aus, dass § 44a Nr. 2 UrhG nicht eingreift, wenn eine wirksame technische Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG umgangen wird.[1260] Das wird vor allem mit der Entscheidung des Richtliniengebers

1259 Für §§ 69a ff. UrhG Wandtke/Bullinger/*Grützmacher*, UrhG § 69c Rn. 81; für §§ 87a ff. UrhG Wandtke/Bullinger/*Hermes*, UrhG § 87b Rn. 51, 54; zur gebotenen einheitlichen Behandlung siehe auch oben, 2. Teil § 3 B. I. 4. (S. 84).

1260 BeckOK UrhR/*Schulz*, UrhG § 44a Rn. 13; Wandtke/Bullinger/*v. Welser*, UrhG § 44a Rn. 19; wohl auch *Janisch/Lachenmann* MMR 2013, 213, 216.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL (umgesetzt in § 95b UrhG)[1261] begründet, der lediglich einen Anspruch auf Umgehungsmittel in bestimmten Situationen eingeführt hat, aber gerade kein Selbsthilferecht.[1262] Die Anwendung dieser Meinung führt zu einer widersprüchlichen Situation bei Webseiten, die mit einer technischen Beschränkung gesichert sind, die zugleich eine wirksame technische Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a UrhG darstellt.

Schließt man die Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG aufgrund des Vorliegens einer technischen Schutzmaßnahme aus und umgeht ein Nutzer leicht fahrlässig mithilfe seines Werbeblockers den Schutz, so ist dieser Nutzer mangels Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG und der dort zu verortenden Subjektivierung Ansprüchen wegen der nicht erlaubten Vervielfältigung gem. §§ 97 Abs. 2, 1 S. 1, 16 Abs. 1 UrhG ausgesetzt. Das möchte § 95a Abs. 1 UrhG mit dem zusätzlichen Erfordernis eines subjektiven Merkmals aber gerade verhindern.

Andere gehen demgegenüber davon aus, dass das Vorliegen einer technischen Schutzmaßnahme die Anwendbarkeit der Schranke unberührt lässt.[1263] Diesen Stimmen ist in Bezug auf § 44a Nr. 2 UrhG beizupflichten. Ausgangspunkt ist, dass § 95a UrhG nur einen Annexschutz[1264] gewährt und deshalb ein Schutz stets die Existenz eines Schutzgegenstands voraussetzt. Maßgebend für die Reichweite des Schutzes muss deshalb grundsätzlich das Urheberrecht selbst sein. Im Falle des Eingreifens von § 44a Nr. 2 UrhG fehlt es gerade an einem verletzten Urheberrecht. Dass § 44a Nr. 2 UrhG, der Art. 5 Abs. 1 lit. a InfoSoc-RL umsetzt, eine Sonderstellung im Vergleich zu den übrigen Schranken hat, zeigt bereits, dass dieser im ersten Absatz steht, während die restlichen Schranken in Art. 5 Abs. 2 InfoSoc-RL aufgezählt werden. Dieser Charakter wird auch dadurch untermauert, dass Vervielfältigungen von Schutzobjekten, auf die § 44a Nr. 2 UrhG eigentlich keine Anwendung findet, ebenso ein subjektives Merkmal gleich dem des § 44a Nr. 2 UrhG besitzen.[1265]

1261 Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 1.

1262 Vgl. Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 6.

1263 *OLG Düsseldorf* GRUR 2007, 416, 419 – *Druckerabgabe* (zu § 53 UrhG); Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 53 UrhG Rn. 5; HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 95a Rn. 23; Schricker/Loewenheim/*Stieper*, UrhG Vor §§ 44a ff. Rn. 59; *Mitsdörfer/Gutfleisch* MMR 2009, 731, 734; vgl. auch Hdb-UrhR/*Peukert*, § 82 Rn. 4: unterschiedliche Schutzrichtung; wohl auch *EuGH* MMR 2014, 401, 402 Rn. 25, 31 – *Nintendo*; zu § 53 Abs. 1 UrhG *BGH* GRUR 2016, 792, 798 Rn. 62 – *Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik*.

1264 Vgl. Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 3.

1265 Dazu 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (4) (S. 249).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Letztlich hat diese Auslegung ihre Wurzel in der Subjektivierung der öffentlichen Zugänglichmachung (bzw. Wiedergabe), die, wie oben gezeigt,[1266] sich auf das Vervielfältigungsrecht über die Norm des § 44a Nr. 2 UrhG erstreckt. Die Subjektivierung der öffentlichen Zugänglichmachung durch die Merkmale der aktiven Rolle und des Erfordernisses einer Pflichtverletzung gestalten das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung als Teil des Urheberrechts aus. Diese Merkmale, die die Grenzen des Rechts bestimmen, müssen dann ebenso das Vervielfältigungsrecht ausgestalten. Vor diesem Hintergrund ist § 44a Nr. 2 UrhG so zu lesen, dass keine Schranke im Sinne einer Beschränkung vorliegt, sondern eine Ausgestaltung des Vervielfältigungsrechts im Sinne einer Ausnahme. Eine Schranke beschränkt das Recht und „nimmt etwas weg", während § 44a Nr. 2 UrhG das Vervielfältigungsrecht selbst ausgestaltet und eine Grenze vorsieht: Hinter dieser bestand nie ein Vervielfältigungsrecht.

Allerdings widerspricht man so Art. 6 Abs. 3 S. 1 InfoSoc-RL, der allein auf den Willen des Rechtsinhabers abstellt, und Erwägungsgrund 33 zu Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL, der demgegenüber auf den Willen des Rechtsinhabers und das Gesetz abstellt. Da Art. 11 WCT und Art. 18 WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WPPT)[1267], die Vorlagen zu Art. 6 InfoSoc-RL, anders als die europäische Regelung ebenso auf den Willen des Rechtsinhabers und gesetzliche Erlaubnistatbestände abstellen, handelt es sich bei dem alleinigen Abstellen auf den Willen des Rechtsinhabers um eine bewusste Entscheidung. Allerdings ist die hier vertretene Auslegung erforderlich, um in mehrfacher Hinsicht widersprüchliche Konsequenzen zu vermeiden. Vielmehr ist diese Auslegung mit der Sonderstellung der „Schranke" im 1. Absatz des Art. 5 InfoSoc-RL vom Richtliniengeber angelegt worden.

Nur beim Verständnis des § 44a Nr. 2 UrhG als Ausgestaltung des Vervielfältigungsrechts und damit unabhängig vom Vorliegen einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme (§ 95a Abs. 2 UrhG) kann die Subjektivierung des Vervielfältigungsrechts – und die damit geschützten Grundrechte – gewahrt werden. Die abzulehnende Ansicht würde hingegen dazu führen, dass das subjektive Merkmal des Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL zumindest im Internet de facto ignoriert wird, da die Ansprüche wegen der Verletzung des Urheberrechts im Regelfall deutlich empfindlichere Konsequenzen nach sich ziehen als solche aufgrund der Umgehung einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme.

1266 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b), (c) (S. 242).
1267 BGBl. [2011] II S. 860 ff. und ABl. EG L 89 vom 11. April 2000, S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Deshalb ist § 44a Nr. 2 UrhG unabhängig vom Vorliegen einer technischen Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a UrhG anwendbar.

cc) Anwendung auf Werbeblocker

Dass der Nutzer eine für den Abruf mit Werbeblocker gesperrte Webseite aufruft und dabei einen umgehenden Werbeblocker nutzt, ändert nichts am Vorliegen eines Großteils der Voraussetzungen des § 44a Nr. 2 UrhG. Die Vervielfältigungen sind weiterhin vorläufig, flüchtig oder begleitend und stellen einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens dar. Ob hingegen eine rechtmäßige Nutzung im Sinne des § 44a Nr. 2 UrhG vorliegt, hängt vom subjektiven Horizont der Nutzer ab. Eine Anwendung ist ausgeschlossen, wenn der Nutzer freiwillig und in voller Kenntnis der Sachlage – also in (grob fahrlässiger Un-)Kenntnis im Sinne des Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL – handelt.

Eine Freiwilligkeit wird beim Aufruf von Internetseiten stets vorliegen, da der Nutzer sich absichtlich „Zugang verschafft". Wurde der umgehende Werbeblocker von einem Dritten installiert, z. B. dem Hersteller eines Browsers, ist die Lösung im Merkmal der (grob fahrlässigen Un-)Kenntnis zu suchen. Es ist davon auszugehen, dass die grob fahrlässige Unkenntnis (oder Kenntnis) nur in den seltensten Fällen vorliegen wird, da die unbemerkte Umgehung der Sperre gerade Ziel des Blockers ist.

Demgegenüber ist das Vorliegen grob fahrlässiger Unkenntnis (bzw. Kenntnis) denkbar, wenn z. B. der Werbeblocker explizit mit der Umgehung von Sperren wirbt oder die Nutzer Hinweise eingeblendet bekommen, dass der Besuch mit Werbeblocker verboten ist[1268] (und insoweit eine technische Beschränkung vorliegt) – wobei der Betreiber des Werbeblockers wahrscheinlich einiges daran setzen wird, den Hinweis auszublenden. Selbst umfassende und häufige Medienberichte führen wohl nicht zu einer grob fahrlässigen Unkenntnis,[1269] da man wohl kaum eine Nachforschungspflicht bezüglich der auf dem Gerät installierten Software annehmen kann, sofern diese über seriöse Wege wie z. B. die Add-on-Sammlung des Browseranbieters heruntergeladen wird. Aus diesem Grund sind nur in seltenen Fällen Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis

1268 Vgl. *Martiny* MMR 2016, 579, 583 zu Geo-Blockern, zu diesen Fn. 1799.

1269 A. A. Fromm/Nordemann/*Czychowski*, UrhG § 95a Rn. 40, der aber auch leichte Fahrlässigkeit genügen lässt.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und damit die Voraussetzungen einer Verletzung des Vervielfältigungsrechts anzunehmen.

Kann der Webseitenbetreiber grobe Fahrlässigkeit oder Kenntnis nachweisen, kommt eine Einschränkung des Anspruchs aus §§ 97 Abs. 1, 16 Abs. 1 UrhG der Webseitenbetreiber gem. § 242 BGB nicht infrage,[1270] denn nach hier vertretener Ansicht richten sich Ansprüche allein gegen bösgläubige Nutzer, sodass sich diese kaum auf einen Rechtsmissbrauch seitens des Rechtsinhabers berufen können.

c) Schranke des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG

Die Voraussetzungen der Privatkopieschranke gem. § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG werden ebenso vorliegen, weil die Norm wie der richtlinienkonform ausgelegte § 44a Nr. 2 UrhG auf die offensichtliche Rechtswidrigkeit abstellt. Die Privatkopieschranke basiert auf der fakultativen Ausnahme des Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL und kann wohl als europarechtskonform angesehen werden,[1271] obwohl sie Vervielfältigungen von rechtswidrigen Vorlagen erfasst.[1272] Zwar geht § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG über § 44a Nr. 2 UrhG hinaus, indem auch dauerhafte Vervielfältigungen von rechtswidrigen Vorlagen erlaubt werden, gleichzeitig sieht dieser aber wie § 44a Nr. 2 UrhG dies nur für leicht fahrlässig nicht als rechtswidrig erkennbare Vorlagen vor und enthält gleichzeitig mit § 54 Abs. 1 UrhG eine Vergütungspflicht.[1273] Diese ist grundsätzlich dazu geeignet, eine ungebührliche Verletzung der berechtigten Interessen des Rechtsinhabers im Sinne des Dreistufentests[1274] auszuschließen.

Da § 44a Nr. 2 UrhG ohnehin ephemere Vervielfältigungen nicht offensichtlich rechtswidriger Vorlagen erlaubt, bedeutet dies im hier zu beurteilenden Kontext letztendlich nur, dass die abgerufenen Webseiten gedruckt oder anderweitig (dauerhaft) festgelegt werden dürfen.

1270 So aber wohl *Raue* WRP 2017, 1363, 1363 Rn. 5.
1271 Vgl. Schricker/Loewenheim/*Loewenheim/Stieper*, UrhG § 53 Rn. 17; *Specht* ZUM 2017, 582, 586.
1272 Schricker/Loewenheim/*Loewenheim/Stieper*, UrhG § 53 Rn. 17.
1273 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 53 Rn. 31 m. w. N.; Schricker/Loewenheim/*Loewenheim/Stieper*, UrhG § 53 Rn. 17.
1274 Vgl. *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 211.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Ergebnis zum Vervielfältigungsrecht

Betreiber von Webseiten können grundsätzlich gegen die Nutzer von umgehenden Werbeblockern gem. §§ 97 Abs. 1, 16 Abs. 1 UrhG vorgehen. In der Praxis ist jedoch anzunehmen, dass der Nachweis der Bösgläubigkeit im Sinne einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit, die europarechtskonform in § 44a Nr. 2 UrhG (bzw. wenn nicht anwendbar im Vervielfältigungsrecht) zu ergänzen ist, regelmäßig unmöglich sein wird, es sei denn, der jeweilige Werbeblocker wirbt explizit mit rechtswidrigem Verhalten und der Webseitenbetreiber kann nachweisen, dass ein entsprechend werbender[1275] Werbeblocker installiert war.

4. Ergebnis Schutz der Werbeblockersperren

Technisch wirkende Sperren auf Webseiten zum Schutz vor dem Abruf mit aktiviertem Werbeblocker sind grundsätzlich umfassend geschützt. Der Vorteil einer Sperre ist, dass diese immer eine technische Beschränkung des Publikums im Rahmen des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG darstellt und daraus eine Verletzung dieses Rechts folgt bzw. spätestens nach einem einfachen Hinweis gegeben ist. Besonders wirkungsvoll wird dies dadurch, dass hieran neben den üblichen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen gem. §§ 97 Abs. 1, 19a UrhG leicht Schadensersatzansprüche gem. §§ 97 Abs. 2, 19a UrhG anknüpfen können, die ein hohes Abschreckungspotenzial haben. Insoweit besteht ein starker Schutz gegen Werbeblocker, die für Werbeblocker gesperrte Inhalte zugänglich machen.

Die für Ansprüche gegen Werbeblockerbetreiber praktisch weitgehend irrelevante Subjektivierung des § 19a UrhG ist – aus Sicht der Rechtsinhaber misslich – jedoch auch auf die das Vervielfältigungsrecht ausgestaltende Schranke des § 44a Nr. 2 UrhG anzuwenden. Dies hat zur Folge, dass – da die Nutzer zumeist Privatpersonen sind – eine Vermutung besteht, dass diese keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Rechtswidrigkeit der Vervielfältigung hatten. Kann der Webseitenbetreiber das Gegenteil nicht nachweisen, sind Vervielfältigungen nach § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Schranken inklusive § 44a Nr. 2 UrhG nach herrschender Meinung aufgrund von § 95b UrhG

1275 Was im Regelfall nicht möglich sein wird, da Werbeblocker nur über ihre Wirkung identifiziert werden, dazu oben, 1. Teil § 1 B. VII. 1. (S. 58).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht anwendbar sind. Eine Erstreckung dieses Grundsatzes auf § 44a Nr. 2 UrhG würde jedoch – neben der Beeinträchtigung der Grundrechte – zu Wertungswidersprüchen mit § 19a UrhG und § 95a Abs. 1 UrhG führen, sodass § 44a Nr. 2 UrhG unabhängig vom Vorliegen einer technischen Schutzmaßnahme anzuwenden ist. Ist § 44a Nr. 2 UrhG auf das jeweilige Schutzobjekt nicht anwendbar, so sind dessen Grundsätze entsprechend auf das jeweilige Vervielfältigungsrecht anzuwenden.

Damit zeigt sich, dass das europäische Urheberrecht im Falle einer Sperre der Inhalte für den Abruf mit Werbeblocker umfangreiche Abwehransprüche vorsieht. Das gilt trotz der faktisch nicht bestehenden Ansprüche gegenüber den Nutzern, da diese selbst bei einer umfassenden Durchsetzbarkeit einen hohen Einzelaufwand erforderten. Somit ist die Sperre sehr gut als Abwehrmaßnahme gegen Werbeblocker geeignet, das einzige konkrete Problem ist der Verlust der Reichweite, der durch blockierte Nutzer droht.[1276] Dieser Verlust ist allerdings die übliche Reaktion des Marktes auf Zugangsbeschränkungen jedweder Art und deshalb als marktimmanent hinzunehmen.

Dieses Ergebnis bestätigt damit den hier diskutierten Teil der These.[1277] Ausgangspunkt ist, dass die urheberrechtliche Wertung das Lauterkeitsrecht bestimmt. Das setzt neben weiteren Punkten voraus, dass das Wertungsgefüge auf den Vertrieb von Werbeblockern passt, also wie hier Ansprüche aus dem Urheberrecht bestehen, die im Falle einer Beschränkung des Zugangs auf Nutzer, die Werbung tatsächlich empfangen, eingreifen. Die hier dargestellten Ansprüche zeigen damit, dass die urheberrechtliche Wertung so umfassend ist, dass sie den Konflikt abschließend regelt.

IV. Maßstäbe für die Übertragung der Wertung

Innerhalb dieses Abschnitts sollen die Maßstäbe für die Übertragung der urheberrechtlichen Wertung auf das Lauterkeitsrecht aufgezeigt werden. Dazu ist zuerst aufzuzeigen, wie das Verhältnis zwischen Urheber- und Lauterkeitsrecht ist (1.) und welche europäischen Implikationen bestehen (2.). Außerdem ist noch kurz auf die Grenze der Übertragung der Wertung hinzuweisen (3.).

1276 1. Teil § 1 B. VII. 2. (S. 58).
1277 Zu dieser oben, 2. Teil § 4 C. I. (S. 156).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Verhältnis zwischen Urheberrecht und Lauterkeitsrecht

Grundsätzlich regeln Urheber- und Lauterkeitsrecht völlig unterschiedliche Gegenstände. Während das Urheberrecht ein absolutes Immaterialgüterrecht im Interesse des jeweiligen Rechtsinhabers schützt, untersagt das Lauterkeitsrecht bestimmte Verhaltensweisen im Interesse von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern sowie der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 UWG).[1278]

Kernaussage dieses Abschnitts ist, dass das Lauterkeitsrecht grundsätzlich den Wertungen des Urheberrechts folgt, sofern nicht Umstände vorliegen, die eine Abweichung rechtfertigen. Hierzu werden ausgehend vom Grundsätzlichen (a) beispielhaft typische Konfliktfälle dargestellt (b–d) und anhand des Allgemeininteresses an der Funktionsfähigkeit des Internets (e) gezeigt, dass häufig lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten – verdeckt – durch urheberrechtliche Wertungen entschieden werden.

a) Allgemein

Das Verhältnis zwischen Urheber- und Lauterkeitsrecht ist umstritten.[1279] Allerdings können sich Rechtsprechung und Literatur auf einige Grundsätze einigen. Prinzipiell besteht Anspruchskonkurrenz,[1280] da sich die Regelungszwecke stark unterscheiden.[1281] Während das Urheberrecht die persönliche geistige Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG) mit Blick auf vermögens- und persönlichkeitsrechtliche Aspekte schützt, stellt das Lauterkeitsrecht Verhaltensregeln für den Markt auf, die im Interesse seiner Teilnehmer und der Allgemeinheit (§ 1 UWG) zu wahren sind. Das Urheberrecht gewährt deshalb ein subjektives Ausschließlichkeitsrecht für den Schöpfer

1278 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Ahrens*, UWG Einl. G Rn. 189 f., 208 f.; MüKoUWG/*Hauck*, Teil I A. Rn. 290.

1279 Z. B. grundsätzliche Anspruchskonkurrenz betonend Fezer/*Fezer*, UWG Einl. Rn. 447 ff.; UWG-HdB/*Eck*, § 22 Rn. 3 ff.; lex specialis: Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhG § 2 Rn. 160; zu § 4 Nr. 3 UWG Fromm/Nordemann/*A. Nordemann*, UrhG §§ 23/24 Rn. 99.

1280 *BGH* GRUR 2017, 79, 82 Rn. 37 – *Segmentstruktur*; GRUR 2011, 134, 140 Rn. 65 – *Perlentaucher*.

1281 UWG-HdB/*Eck*, § 22 Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und das Lauterkeitsrecht stellt demgegenüber auf bestimmte Handlungsmodalitäten als Verbotsgrund ab.[1282]

Dabei wird jedoch stets betont, dass die Anwendung des Lauterkeitsrechts nicht zu Wertungswidersprüchen zum Urheberrecht führen darf, sodass dem Urheberrecht grundsätzlich der Wertungsvorrang zukommt.[1283] Dieser Wertungsvorrang liegt der Überlegung der negativen Begrenzungsfunktion zugrunde: Danach sind Ansprüche nach dem UWG insoweit ausgeschlossen, als der Schutzzweck der Tatbestände im jeweiligen Spezialgesetz das Verhalten erfasst.[1284] Daraus folgt, dass insbesondere klare Entscheidungen gegen einen Nachahmungsschutz beachtet werden müssen, soweit der Gesetzgeber die jeweiligen betroffenen Interessen berücksichtigt hat.[1285] Eine Unlauterkeit kann sich damit nur aus ergänzenden Umständen ergeben, die vom Sonderrechtsschutz nicht berücksichtigt werden.[1286]

b) Ergänzender Leistungsschutz, § 4 Nr. 3 UWG

Bezüglich des ergänzenden Leistungsschutzes nach § 4 Nr. 3 UWG besteht weitestgehend Einigkeit, dass ein solcher, da Handlungsunrecht sanktionierend, grundsätzlich neben den (absoluten) gewerblichen Schutzrechten stehe.[1287] Grund dafür ist die unterschiedliche Schutzrichtung der Gesetze. So schützen die gesetzlichen Sondertatbestände unter bestimmten Voraussetzungen das Leistungsergebnis, während es für einen ergänzenden Leis-

---

1282 BeckOK UrhR/*Ahlberg*, UrhG § 2 Rn. 154; MüKoUWG/*Hauck*, Teil I A. Rn. 290.

1283 Fromm/Nordemann/*A. Nordemann*, UrhG §§ 23/24 Rn. 99; MüKoUWG/*Hauck*, Teil I A. Rn. 291; *Köhler* GRUR 2007, 548, 550; *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 697; vgl. auch *Fuchs/Farkas* ZUM 2015, 110, 123; *Stieper* WRP 2006, 291, 293.

1284 HK-UWG/*Götting*, Einl. Rn. 66; JurisPK-UWG/*Ullmann*, Einl. Rn. 137: wegen Art. 20 Abs. 3 GG; UWG-HdB/*Eck*, § 22 Rn. 16; *Stieper* GRUR 2017, 765, 766; *Stieper* WRP 2006, 291, 293; vgl. auch *Köhler* GRUR 2007, 548, 550; *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 698; zum Markenrecht *Bornkamm* GRUR 2005, 97, 99.

1285 Vgl. MüKoUWG/*Hauck*, Teil I A. Rn. 296; *Bornkamm* GRUR 2005, 97, 101 f.; in diese Richtung auch *Fuchs/Farkas* ZUM 2015, 110, 123; *Stieper* WRP 2006, 291, 293.

1286 JurisPK-UWG/*Ullmann*, Einl. Rn. 138; HK-UWG/*Götting*, Einl. Rn. 66; MüKoUWG/*Hauck*, Teil I A. Rn. 301; UWG-HdB/*Eck*, § 22 Rn. 24; Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhG § 2 Rn. 160.

1287 JurisPK-UWG/*Ullmann*, UWG § 4 Nr. 3 Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tungsschutz nach § 4 Nr. 3 UWG erforderlich ist, dass bei der Leistungsübernahme besondere Umstände hinzutreten,[1288] die außerhalb des gesetzlichen Sondertatbestands, wie dem Urheberrecht, liegen.[1289] Im Urteil *Segmentstruktur* hat der *BGH* entschieden, dass für einen Leistungsschutz gem. § 4 Nr. 3 (und Nr. 4) UWG stets ein lauterkeitsrechtlich missbilligtes Verhalten vorliegen müsse.[1290] Allgemein wird aufgrund der Regelungsstruktur des § 4 Nr. 3 UWG – Unlauterkeit nur bei besonderen Umständen – die grundsätzliche Nachahmungsfreiheit im UWG betont.[1291]

c) Unmittelbarer Leistungsschutz, § 3 Abs. 1 UWG

Im Gegensatz zum ergänzenden Leistungsschutz vermittelt der unmittelbare Leistungsschutz nach § 3 Abs. 1 UWG ein absolutes Recht.[1292] Im Zusammenhang mit dem Filmen von Amateurfußballspielen wurde ein Leistungsschutz abgelehnt, da stattdessen das Hausrecht des Veranstalters zur Sicherung des Exklusivitätsinteresses genutzt werden könne.[1293] Anlässlich des gleichen Sachverhalts wird betont, dass Exklusivitätsbelange abschließend in den güterzuordnungsrelevanten Regelbeispielen berücksichtigt seien,[1294] womit vor allem das Urheberrecht gemeint ist. Für „neue" Güter könne ein Leistungsschutz nur dann angenommen werden, wenn der

1288 Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, UrhG § 2 Rn. 160.

1289 Zum Urheberrecht *BGH* GRUR 2017, 79, 89 Rn. 96 – *Segmentstruktur*; GRUR 2011, 134, 140 Rn. 65 – *Perlentaucher*; vgl. auch MMR 2003, 719, 723 – *Paperboy*; GRUR 1999, 325, 326 – *Elektronische Pressearchive*; GRUR 1997, 459, 464 – *CB-infobank I*; Fromm/Nordemann/*A. Nordemann*, UrhG §§ 23/24 Rn. 99; *Fuchs/Farkas* ZUM 2015, 110, 122; *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 698; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 38; allgemein *BGH* GRUR 2016, 725, 728 Rn. 22 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II*; GRUR 2013, 951, 954 Rn. 20 – *Regalsystem*; GRUR 2012, 58, 63 Rn. 41 – *Seilzirkus*; GRUR 2010, 80, 81 Rn. 18 – *LIKEaBIKE*; GRUR 2002, 629, 631 – *Blendsegel*; Fezer/*Götting/Hetmank*, UWG § 4 Nr. 3 Rn. 37; *Deutsch* GRUR 2009, 1027, 1031; kritisch *Ruess/Slopek* WRP 2011, 834, 841: „Scheinformel ohne Inhalt".

1290 *BGH* GRUR 2017, 79, 89 Rn. 96 – *Segmentstruktur*.

1291 Siehe nur *BGH* GRUR 2017, 79, 89 Rn. 96 – *Segmentstruktur*; Fromm/Nordemann/*A. Nordemann*, UrhG §§ 23/24 Rn. 101; HK-UWG/*Götting*, Einl. Rn. 66; MüKoUWG/*Hauck*, Teil I A. Rn. 296.

1292 *BGH* GRUR 2016, 725, 728 Rn. 23 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II*; *Nemeczek* GRUR 2011, 292.

1293 *BGH* GRUR 2011, 436, 438 Rn. 27 – *hartplatzhelden.de*; kritisch *Ohly* GRUR 2011, 439, 440.

1294 *Peukert* WRP 2010, 316, 320.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Originalhersteller weder faktisch noch rechtlich in der Lage sei, die Übernahme zu verhindern, und auch sonst eine Amortisation seiner Investition nicht erreichen könne.[1295] Die Literatur fordert dementsprechend eine Schutzlücke in den sonstigen Sondertatbeständen als Voraussetzung für eine Anwendung des wettbewerblichen Leistungsschutzes.[1296]

d) Gezielte Mitbewerberbehinderung, § 4 Nr. 4 UWG

Für § 4 Nr. 4 UWG stellt sich ebenso das Problem der Konkurrenz zu den Tatbeständen des Urheberrechts und anderer Immaterialgüterrechte. Der *BGH* hält zumindest für Nachahmungen stets ein lauterkeitsrechtlich missbilligtes Verhalten für erforderlich.[1297] Ähnlich hat der *BGH* im Fall *Perlentaucher* zur Veröffentlichung von Zusammenfassungen von Buchrezensionen entschieden.[1298] Die Vorinstanz hatte Ansprüche aus § 4 Nr. 10 UWG a. F. abgelehnt, da nach § 24 UrhG eine Befugnis zur Verwertung vorgelegen habe.[1299] Dies beanstandete der *BGH* nur insoweit, als in Bezug auf die urheberrechtliche Berechtigung eine Begründung verlangt wurde,[1300] nicht jedoch für den grundsätzlichen Schluss, dass eine Behinderung aufgrund der urheberrechtlichen Befugnis ausscheide.

Ohly sieht in „urheberrechtsnahen" Konstellationen keine Berechtigung für die Anwendung des § 4 Nr. 4 UWG.[1301] Im Anwendungsbereich der InfoSoc-Richtlinie weist er darauf hin, dass aufgrund der Vollharmonisierung kein Urheberrechtsschutz „unter falscher Flagge" gewährt werden dürfe.[1302] Vom Urheberrecht nicht erfasste Handlungen dürften nicht pauschal aus Gründen verboten werden, die an die persönlichen und wirtschaftlichen Interessen des Rechtsinhabers anknüpfen.[1303] Teilweise wird

1295 *Peukert* WRP 2010, 316, 320.
1296 *Büscher* GRUR 2017, 105, 106; *Fuchs/Farkas* ZUM 2015, 110, 123; vgl. auch *Becker* GRUR 2017, 346, 353 f.; *Ruess/Slopek* WRP 2011, 834, 842; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 36; ähnlich *Sack* GRUR 2016, 782, 786.
1297 *BGH* GRUR 2017, 79, 89 Rn. 96 – *Segmentstruktur*.
1298 *BGH* GRUR 2011, 134 – *Perlentaucher*.
1299 *OLG Frankfurt* NJW 2008, 770, 774 – *Abstract-Dienst*.
1300 Vgl. *BGH* GRUR 2011, 134, 140 Rn. 69 – *Perlentaucher*.
1301 *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 702.
1302 *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 697.
1303 *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 697.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ein Schutz fremder Einrichtungen generell abgelehnt, sofern kein Recht des geistigen Eigentums eingreife.[1304]

e) Das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets

Trotz des Wertungsvorrangs des Urheberrechts gilt das Lauterkeitsrecht als Rettungsboot für diejenigen, die auf der schweren See des Immaterialgüterrechts Schiffbruch erleiden.[1305] Denn das Lauterkeitsrecht bietet im Gegensatz zu den absolut wirkenden Schutzrechten die Möglichkeit, „ausnutzendes" Verhalten im Rahmen einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls für unlauter zu erklären. Gerade im Internet sind solche Fälle häufig anzutreffen, da Daten beliebig und ohne Qualitätsverlust vervielfältigt werden können.[1306] In solchen Fällen hat der *BGH* in mehreren Entscheidungen auf das „Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets" verwiesen. Diese Wertung überträgt – wie noch zu zeigen sein wird – die oben erarbeiteten Grundsätze zur Einwilligung im Urheberrecht und beeinflusst so das Ergebnis der Abwägung im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG in maßgeblicher Weise, soweit bestimmte Umstände bereits durch den Sonderschutztatbestand berücksichtigt werden.

aa) Rechtsprechung

Die Formulierung „Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets" findet sich auf aufseiten des *BGH* zuerst im *Paperboy*-Urteil zur

1304 *Haedicke*, FS Köhler (2014), S. 221, 225, 227.

1305 So anschaulich *Ohly* GRUR Int. 2015, 693.

1306 Vor allem im Wege des Screen-Scrapings, bei dem Daten von einer Webseite abgerufen werden und vom Abrufenden selbst aufbereitet werden, z. B. durch eine Meta-Suchmaschine, die verschiedene Automobilbörsen durchsucht, dazu *BGH* GRUR 2011, 1018 – *Automobil-Onlinebörse* (Verhalten rechtmäßig), anders aber mit Verweis auf Schutz von Datenbanken (in Deutschland in den §§ 87a ff. UrhG umgesetzt) *EuGH* GRUR Int. 2014, 279 – *Innoweb*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lauterkeitsrechtlichen Beurteilung des Deep-Linkings[1307].[1308] Dabei handelt es sich um eine Fortführung des vorinstanzlichen Urteils des *OLG Köln*: Nach diesem überwog das Interesse der Nutzer bzw. das der Allgemeinheit an der Ausnutzung der vollen Möglichkeiten des Internets dasjenige des Webseitenbetreibers an der Führung der Nutzer über die Startseite.[1309] Der *BGH* verkürzt das dahingehend, dass der Webseitenbetreiber die Beschränkungen in Kauf nehmen müsse, die sich aus dem Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets ergäben.[1310] Außerdem sieht er als Negativabgrenzung die Möglichkeit vor, die Inhalte mit technischen Schutzmaßnahmen zu sichern.[1311] Beide Gerichte verweisen darauf, dass die Vorteile des Netzes wie der schnelle Zugriff auf Webseiten ebenfalls für die Seiten des Betreibers selbst gelten müssten, da dieser die Nutzung des Mediums selbst gewählt habe.[1312] Nach dem *BGH* ist deshalb der Abruf „öffentlich zugänglich gemachter" Informationsangebote hinzunehmen,[1313] womit er implizit auf den urheberrechtlichen Teil der Entscheidung verweist, nach dem der Rechtsinhaber die Nutzungen gerade selbst ermöglicht.[1314]

Dieser Linie folgt auch die Entscheidung *Automobil-Onlinebörse*, in der der *BGH* entschied, dass ein Abruf einer Datenbank ohne Umgehung technischer Schutzmaßnahmen lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden sei.[1315] Insbesondere sei die Tätigkeit von Suchmaschinen hinzunehmen, wenn diese den Abruf mit Erlaubnis des Berechtigten „öffentlich zugänglich gemachter" Inhalte erleichtere.[1316] Diesen Bezug verstärkt der *BGH* noch durch den Verweis[1317] auf die (primär urheberrechtliche) Entschei-

1307 Beim Deep-Linking („tiefen Verlinken") wird ein Link auf die Unterseite eines Internetangebots gesetzt, sodass dem Betreiber der Webpräsenz unter Umständen Werbeeinahmen verloren gehen, die beim ansonsten notwendigen Besuch der Startseite angefallen wären. Im Falle des *Paperboys*, einem Nachrichtenaggregator, der ähnlich *Google News* Artikel nur anriss und verlinkte, entschied der *BGH* zulasten der klagenden Verlage, (MMR 2003, 719 – *Paperboy*); die gleiche Konstellation wurde in urheberrechtlicher Hinsicht in *EuGH* GRUR 2014, 360 – *Svensson* ebenso zugunsten des Verlinkenden entschieden.
1308 *BGH* MMR 2003, 719, 724 – *Paperboy*.
1309 *OLG Köln* GRUR-RR 2001, 97, 101.
1310 *BGH* MMR 2003, 719, 724 – *Paperboy*.
1311 *BGH* MMR 2003, 719, 724 – *Paperboy*.
1312 *BGH* MMR 2003, 719, 724 – *Paperboy*; *OLG Köln* GRUR-RR 2001, 97, 101.
1313 *BGH* MMR 2003, 719, 724 – *Paperboy*.
1314 *BGH* MMR 2003, 719, 722 – *Paperboy*.
1315 *BGH* GRUR 2011, 1018, 1024 Rn. 69 – *Automobil-Onlinebörse*.
1316 *BGH* GRUR 2011, 1018, 1024 Rn. 69 – *Automobil-Onlinebörse*.
1317 *BGH* GRUR 2011, 1018, 1024 Rn. 69 – *Automobil-Onlinebörse*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dung *Session-ID*. Dort sah er im Verlinken unter Umgehung von beschränkenden Maßnahmen eine öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG).[1318] Im Urteil *Flugvermittlung im Internet* bestätigt der *BGH* seine bisherige Linie und verweist – anders als in *Automobil-Onlinebörse* – explizit auf das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets.[1319] Zusätzlich stellt er fest, dass nur technisch wirkende Beschränkungen eine andere Wertung erlaubten.[1320]

In die gleiche Richtung gehen die Entscheidungen *Werbeblocker I*[1321] und *II*[1322]. Nach diesen ist das Verschaffen des Zugangs zu einer entgeltlichen Leistung unlauter, wenn dabei technische Schutzmaßnahmen umgangen werden. Auch hier setzt die Unlauterkeit das Umgehen einer Schutzmaßnahme voraus. Der Wille, nur gegen Entgelt zu leisten, reicht – anders als in der analogen Welt[1323] – nicht aus. Darüber hinaus weist der *BGH* im Urteil *Werbeblocker II* darauf hin, dass *ohne* die Nutzung technischer Schutzmaßnahmen der Webseitenbetreiber keinen Anspruch darauf habe, dass der Nutzer die Werbung konsumiert.[1324]

bb) Literatur

Die Literatur stimmt den Ausführungen grundsätzlich zu,[1325] auch die Rechtsprechung der Instanzgerichte schließt sich dem zumeist an.[1326] *Wie-*

1318 *BGH* GRUR 2011, 56, 59 Rn. 27 – *Session-ID*.
1319 *BGH* GRUR 2014, 785, 788 Rn. 37 f. – *Flugvermittlung im Internet*.
1320 *BGH* GRUR 2014, 785, 788 Rn. 37 f. – *Flugvermittlung im Internet*; insoweit noch missverständlich GRUR 2011, 1018, 1024 Rn. 70 – *Automobil-Onlinebörse*.
1321 *BGH* NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I*.
1322 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1254 Rn. 31 – *Werbeblocker II*.
1323 Vgl. *BGH* GRUR 2010, 455, 458 Rn. 28 – *Stumme Verkäufer II*, dort geht der *BGH* grundsätzlich von Diebstahl bei der entgeltlosen Entnahme von Zeitungen aus „Stummen Verkäufern" (gegen Diebstahl ungesicherte und unbewachte Auslagen von Zeitungen mit einem Einwurf für das zu zahlende Entgelt) aus.
1324 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 41 – *Werbeblocker II*.
1325 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4 Rn. 4.48a; MüKoUWG/*Wiebe*, 2. Aufl. (2014), Anh zu §§ 1-7 UWG A Rn. 55 f.; vgl. auch *LG Frankfurt a. M.* MMR 2006, 766, 767 – *Analoge Lücke*; *Czychowski* NJW 2014, 3277, 3278; *Luckhaus* K&R 2016, 313, 314; *Nolte* CR 2003, 924, 926; *Ohly* GRUR 2018, 996, 1003; *Rolfs* WRP 2017, 1437, 1440; *Schapiro/Żdanowiecki* MMR 2015, 497, 501; *Wimmers/Schulz* CR 2008, 170, 177; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 184; kritisch *Lorenz* jurisPR-ITR 16/2014, Anm. 3, C.; *Wiebe* MMR 2003, 724, 725.
1326 *OLG Hamburg* GRUR 2011, 728, 732 f. – *Automobil-Onlinebörse*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

be ordnet das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets als Teil des Allgemeininteresses am unverfälschten Wettbewerb im Sinne des § 1 S. 2 UWG ein[1327] und weist darauf hin, dass hiermit Kommunikation als zentrales Element des Wettbewerbs geschützt werde.[1328] Dieses sei insoweit eine medienspezifische Ausprägung aufgrund einer andersartigen ökonomischen Funktionsweise, da Netzwerkeffekte und die Eigenschaften digitaler Güter im Vordergrund stünden.[1329] Die Basis hierfür sieht er in der kostenlosen Bereitstellung von Informationen, andersartigen Geschäftsmodellen und der technischen Funktionsweise.[1330] Damit müsste er den Aspekt lediglich auf Ebene der Abwägung (z. B. im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG) berücksichtigen. Andere sehen die Argumentation des *BGH* im Urteil *Werbeblocker II* kritisch, da es letztlich auf eine Selbsthilfe hinauslaufe, bejahen aber für Werbeblocker die Grundidee der Fallgruppe, da die Schutzmaßnahme die Funktionsbedingungen des Marktes wiederherstellten und gleichzeitig die Maßnahme allen Beteiligten zur Verfügung stehe.[1331]

cc) Beurteilung und Abgleich mit dem Urheberrecht

Der Topos des Allgemeininteresses an der Funktionsfähigkeit des Internets ist im Kern urheberrechtlicher Natur. Auch die Konstellationen, in denen der Topos (lauterkeitsrechtlich) verwendet wird, sind „Fortsetzungen" immaterialgüterrechtlicher Streitigkeiten. Stets war das Ziel, dem Ausnutzen der eigenen Leistung bzw. Inhalte durch Dritte einen Riegel vorzuschieben, während urheberrechtliche Ansprüche versagt blieben. Gleichzeitig machten die Kläger keine Umstände geltend, die neben dem (Aus-)Nutzen ihrer Leistung für eine Unlauterkeit sprachen[1332] und damit nicht bereits durch das jeweilige Schutzrecht geregelt waren. So verneinte der *BGH* einen Schutz nach dem Lauterkeitsrecht mit einem Verweis auf das Urheberrecht bzw. zumindest urheberrechtliche Argumentationsmuster.

1327 MüKoUWG/*Wiebe*, 2. Aufl. (2014), Anh zu §§ 1-7 UWG A Rn. 55; anders noch *Wiebe* MMR 2003, 724, 725.
1328 MüKoUWG/*Wiebe*, 2. Aufl. (2014), Anh zu §§ 1-7 UWG A Rn. 56.
1329 MüKoUWG/*Wiebe*, 2. Aufl. (2014), Anh zu §§ 1-7 UWG A Rn. 55.
1330 MüKoUWG/*Wiebe*, 2. Aufl. (2014), Anh zu §§ 1-7 UWG A Rn. 55.
1331 *Glöckner* ZUM 2018, 844, 853.
1332 Anders lediglich im Fall *Flugvermittlung im Internet*, hier reichte der Vorwurf („täuschende[s]" Setzen eines Hakens) jedoch nicht für eine Unlauterkeit aus, vgl. *BGH* GRUR 2014, 785, 788 Rn. 38 – *Flugvermittlung im Internet*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die erste Erwähnung im Paperboy-Urteil nimmt bereits auf die urheberrechtliche Wurzel Bezug. Mit dem Hinweis auf „öffentlich zugänglich gemachte“[1333] Inhalte rekurriert der *BGH* auf die im Urteil vorangegangenen urheberrechtlichen Ausführungen[1334] und überträgt so deren Ergebnis in das Lauterkeitsrecht. Diese Bezugnahme wiederholt sich in anderen Urteilen, wenn im lauterkeitsrechtlichen Kontext auf urheberrechtliche Entscheidungen verwiesen wird[1335] oder in der Entscheidung *Werbeblocker II* ein Anspruch auf den Empfang von Werbung verneint wird, sofern keine technischen Schutzmaßnahmen bestünden.[1336] Denn wie gezeigt, kann sich ein faktischer Anspruch auf Empfang der Werbung durch die Verwendung technischer Schutzmaßnahmen allein im Rahmen des Urheberrechts ergeben.[1337]

Wiebes Ansatz mit der Verortung des Allgemeininteresses an der Funktionsfähigkeit des Internets als Ausdruck der Kommunikationsfreiheit ist verfehlt, da dieses Allgemeininteresse nicht der Kommunikation dient, sondern allein urheberrechtliche Wertungen überträgt.

Der Einwand, dass der Ansatz des *BGH* Selbsthilfe erfordere, ist nicht korrekt, zeigt aber einmal mehr die urheberrechtlichen Zusammenhänge. Das Selbsthilfe-Argument fällt ebenso im Zusammenhang mit dem Erfordernis von Schutzmaßnahmen im Rahmen der öffentlichen Zugänglichmachung (bzw. der öffentlichen Wiedergabe).[1338] Dieses Argument ist sowohl im Urheber- als auch Lauterkeitsrecht nicht stichhaltig. Die Verkehrserwartung fasst das Online-Stellen von Inhalten – zu Recht – als (im oben beschriebenen Rahmen) freies Zurverfügungstellen auf. Damit handelt es sich nicht um Selbsthilfe, sondern um die Konkretisierung der erteilten Einwilligung. Der Meinung ist lediglich dahingehend zuzustimmen, als dass angedeutet wird, dass nicht jede Maßnahme zur Selbsthilfe verlangt werden könne und abzuwägen sei, ob eine solche Maßnahme verlangt werden könne.[1339] Diese Angemessenheit ist aber gewährleistet,

---

1333 *BGH* MMR 2003, 719, 724 – *Paperboy*.
1334 *BGH* MMR 2003, 719, 722 – *Paperboy*.
1335 *BGH* GRUR 2011, 1018, 1024 Rn. 69 – *Automobil-Onlinebörse* verweist auf GRUR 2011, 56, 58 Rn. 27 – *Session-ID*: Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung durch Deep-Linking nur bei der Umgehung von Schutzmaßnahmen.
1336 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 41 – *Werbeblocker II*.
1337 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (a) (S. 209); zur vertraglichen Begründung eines Anspruchs unten, 4. Teil § 11 A. III. (S. 406).
1338 Siehe oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (b) (S. 74).
1339 Vgl. *Glöckner* ZUM 2018, 844, 853.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

da die Anforderungen an eine Schutzmaßnahme im Rahmen des § 19a UrhG bzw. § 95a UrhG[1340] (und damit auch für § 4 Nr. 4 UWG)[1341] als sehr niedrig anzusetzen sind. Die Abwägung der Interessen wurde insoweit bereits durch den Gesetz- bzw. Richtliniengeber getroffen.

Stattdessen überträgt das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets die anerkannten Grundsätze zum Verhältnis zwischen Urheber- und Lauterkeitsrecht auf das Internet. Nach diesem sind die urheberrechtlichen Wertungen vorrangig, soweit nicht zusätzliche unlauterkeitsbegründende Umstände außerhalb des Urheberrechts vorliegen. Die Schutzlücke, die für einen lauterkeitsrechtlichen Schutz gefordert wird, ist beim Topos des Allgemeininteresses an der Funktionsfähigkeit des Internets bereits berücksichtigt, da Letzteres als Argument ausscheidet, sobald technische Schutzmaßnahmen eingesetzt werden. Dieser Einsatz begründet einerseits lauterkeitsrechtliche Ansprüche, andererseits aber auch urheberrechtliche, da dann aufgrund einer technischen Beschränkung keine Einwilligung in die fragliche Handlung vorliegt.

f) Ergebnis

Folglich sind gerade im digitalen Bereich geführte Konflikte häufig Fortsetzungen eines nicht gegebenen Urheberrechtsschutzes. Liegen keine zusätzlichen unlauterkeitsbegründenden Umstände vor, so ist das Ergebnis der urheberrechtlichen Wertung auf das Lauterkeitsrecht zu übertragen. Diese Übertragung kann als anerkannt gelten, wird aber nur selten entsprechend thematisiert. Ein Beispiel hierfür ist das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets, welches letztlich der urheberrechtlichen Bestimmung der Einwilligung[1342] entspricht.

Maßgebliches Kriterium für die Möglichkeit und Reichweite der Übernahme von Wertungen aus dem Urheberrecht ist die negative Begrenzungsfunktion der Sonderschutzrechte. Danach dürfen bewusste Entscheidungen des Gesetzgebers gegen einen Schutz durch ein Sonderschutzrecht nicht durch lauterkeitsrechtliche Interessenabwägungen konterkariert werden. Allerdings reicht die negative Begrenzungsfunktion nur soweit, wie das Urheberrecht die jeweiligen Interessen abschließend regelt. Aufgrund

1340 Zu § 19a UrhG 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209) und zu § 95a UrhG 4. Teil § 8 A. I. 2. (S. 354).
1341 Dazu unten, 4. Teil § 8 A. II. 2. b) (S. 377).
1342 Zu dieser oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der umfassenden Berücksichtigung von sämtlichen Umständen des Einzelfalls im Lauterkeitsrecht sind dort auch weitere Interessen zu berücksichtigen, die ein von der urheberrechtlichen Wertung abweichendes Ergebnis rechtfertigen können. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Nutzung des jeweiligen Inhalts zumeist durch das Urheberrecht vollumfänglich geregelt ist, sodass z. B. nicht auf ein Ausnutzen der Inhalte verwiesen werden kann.[1343]

2. Europäische Implikationen

Hier besteht die Besonderheit, dass die Regelungen des Urheberrechts durch die vollharmonisierende InfoSoc-RL[1344] vorgegeben sind. Das Ziel einer damit gebotenen richtlinienkonformen Auslegung nach Art. 288 AEUV[1345] ist, dass die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften so ausgelegt und ausgestaltet werden, dass das mit der Richtlinie angestrebte Ziel erreicht werden kann.[1346] Das umfasst insbesondere die Pflicht, selbst nicht zur Umsetzung der Richtlinie erlassenes Recht – einschließlich der deutschen Grundrechte[1347] – richtlinienkonform auszulegen und sich dabei soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten.[1348] Zwar regelt die Richtlinie das Lauterkeitsrecht als Teil des Wettbewerbsrechts nicht, vgl. Art. 9 InfoSoc-RL. Allerdings dürfen gesetzgeberische Entscheidungen durch das Lauterkeitsrecht nicht umgangen werden: Es darf also kein „urheberrechtsidentischer Schutz" durch das Lauterkeitsrecht gewährt werden.[1349] Entscheidend ist hier ebenso, welche Interessen die Richtlinie regelt und ob weitere, unlauterkeitsbegründende Umstände vorliegen, die einen Schutz begründen können und insoweit nicht bei der Entscheidung des Gesetzgebers berücksichtigt worden sind.[1350]

1343 *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 697.
1344 Zumindest im hier interessierenden Bereich, vgl. zur öffentlichen Wiedergabe *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 34 ff. – *Svensson*.
1345 Calliess/Ruffert/*Ruffert*, AEUV Art. 288 Rn. 78 m. w. N.
1346 *EuGH* Slg. 1990, I-4135, Rn. 8 – *Marleasing*.
1347 Zur InfoSoc-RL *BVerfG* GRUR 2012, 53 Rn. 53 – *Le-Corbusier-Möbel*; vgl. allgemein NJW 1987, 577, 582 – *Solange II*.
1348 *EuGH* GRUR 2012, 1269, 1271 Rn. 41 – *Purely Creative*; NJW 2006, 2465, 2467 Rn. 108 – *Adeneler*; Slg. 1990, I-4135, Rn. 8 – *Marleasing*.
1349 *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 697.
1350 Vgl. *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 697.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Damit ergäbe sich der dargestellte nationale Vorrang der Wertung des Urheberrechts vor dem Lauterkeitsrecht ebenso aus einer europarechtskonformen Auslegung. Diese ist jedoch nicht notwendig, da das deutsche Recht bereits das von der Richtlinie vorgegebene Verhältnis zwischen den beiden Normkomplexen umsetzt: nämlich Berücksichtigung der urheberrechtlichen Wertung im Lauterkeitsrecht, soweit keine zusätzlichen, vom Urheberrecht unberücksichtigten Umstände vorliegen.

3. Geltung für urheberrechtsfreie Inhalte

Diese Wertung muss auch auf Inhalte angewendet werden, die urheberrechtsfrei sind, sei es wegen Überschreitens der Schutzdauer oder Nichtvorliegens eines schutzfähigen Gegenstands. Die Urheberrechtsfreiheit muss dann ebenso für das Lauterkeitsrecht gelten.[1351] Denn wie oben beschrieben, regelt die Wertung umfassend den Ausgleich zwischen Nutzungs- und Verwertungsinteressen von Nutzern, Allgemeinheit und Urhebern.

Der Wertungsvorrang folgt dabei nicht unmittelbar aus dem Urheberrecht, da bereits kein Schutzobjekt vorliegt. Allerdings kann in einem Erst-recht-Schluss gefolgert werden, dass, sieht das Urheberrecht die Nutzung geschützter Inhalte als frei an, das erst recht für ungeschützte Inhalte gelten muss.[1352]

4. Ergebnis

Damit besitzt das Urheberrecht grundsätzlich Wertungsvorrang vor dem Lauterkeitsrecht, sofern keine zusätzlichen unlauterkeitsbegründenden Umstände vorliegen. Das heißt, dass die negative Begrenzungsfunktion des Urheberrechts zu berücksichtigen ist, sodass ein Schutz nach lauterkeitsrechtlichen Normen nicht auf im Urheberrecht geregelte Umstände gestützt werden darf, sondern nur auf insoweit ungeregelte Aspekte, die nach den lauterkeitsrechtlichen Normen eine Unlauterkeit herbeiführen können. Diese Grundsätze sind in der Rechtsprechung anerkannt, werden jedoch nur selten klar ausgesprochen, so ist z. B. das vor allem lauterkeits-

1351 Vgl. MüKoUWG/*Hauck*, Teil I A. Rn. 304.

1352 Siehe zu den Auswirkungen der Urheberrechtsfreiheit im Falle einer Sperre unten, 4. Teil § 8 A. II. 2. c) (S. 379).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtlich gebrauchte „Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets“ eine im Kern urheberrechtliche Wertung. Für den hier interessierenden Bereich ist diese Auslegung nicht nur nach nationalem Recht geboten, sondern auch mit Blick auf den europarechtlichen Hintergrund der urheberrechtlichen Normen zwingend.

V. Anwendung der Wertung auf Werbeblocker

Innerhalb dieses Abschnitts soll gezeigt werden, dass die urheberrechtliche Wertung maßgebend für das lauterkeitsrechtliche Ergebnis bei der Bewertung von Werbeblockern ist, da alle zu berücksichtigenden Umstände entweder abschließend vom Urheberrecht berücksichtigt sind oder keine Unlauterkeit begründen können. Dazu wird zuerst die Ausgangsüberlegung (1.) dargestellt, um dann die Interessen und Argumente zu bewerten (2.), die in der Debatte um Werbeblocker immer wieder genannt werden.

1. Ausgangsüberlegung

Das im urheberrechtlichen Teil dargestellte Wertungsgefüge sieht grundsätzlich vor, dass Inhalte, die frei verfügbar im Internet sind, durch Dritte ohne Beschränkungen für eine vorübergehende Nutzung (§ 44a Nr. 2 UrhG) abgerufen werden dürfen. Diese urheberrechtliche Wertung ist auf die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Werbeblockern zu übertragen, was grundsätzlich – vorbehaltlich zusätzlicher unlauterkeitsbegründender Umstände – zur Zulässigkeit des Verhaltens führt. Fehlt es bereits an einem öffentlichen Zugänglichmachen durch den Werbeblocker, so muss der Abruf auch lauterkeitsrechtlich erlaubt sein. Diese Übertragung ist aufgrund der negativen Begrenzungsfunktion der Schutzrechte geboten, denn insoweit hat sich der Gesetzgeber bewusst gegen einen urheberrechtlichen Schutz entschieden. Gleichzeitig können Rechtsinhaber jederzeit durch einfache Maßnahmen den Zugang beschränken und damit bedingen. Verzichtet der Webseitenbetreiber auf technische Beschränkungen, so macht er deutlich, dass er einen Abruf der Inhalte nicht unter eine Bedingung stellt. Denn der Hauptkonflikt bei Werbeblockern bezieht sich darauf, inwiefern die durch die Inhalte generierte Aufmerksamkeit geschützt ist, also wer von der Zugangseröffnung letztlich profitiert. Diese Frage

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

– Monopolisierung des Zugangs zu Inhalten – ist eine urheberrechtliche und sollte deshalb vorrangig durch das Urheberrecht beantwortet werden.

Diese bewusste Entscheidung für die Rechtmäßigkeit des vorübergehenden (§ 44a Nr. 2 UrhG) Abrufs ist deshalb so weit zu übertragen, wie der Gesetz- bzw. Richtliniengeber durch das Urheberrecht die Interessen gegeneinander abgewogen hat. Im Fall von Werbeblockern gibt es keine darüberhinausgehenden – lauterkeitsrechtlich relevanten – Interessen oder Umstände, die ein von der urheberrechtlichen Wertung abweichendes Ergebnis begründen können.

2. Abgleich mit den in der Debatte genannten Aspekten

In diesem Abschnitt soll gezeigt werden, dass die bisher in der Debatte um Werbeblocker genannten Argumente weitgehend urheberrechtlicher Natur sind bzw. die zusätzlichen, vom Urheberrecht nicht erfassten Umstände keine Lauterkeit rechtfertigen können. Da für die lauterkeitsrechtliche Bewertung von Werbeblockern entscheidend ist, welche Interessen bereits abschließend vom Urheberrecht erfasst und miteinander in Ausgleich gebracht sind, sind zuerst die vom Urheberrecht grundsätzlich geregelten Interessen darzustellen (a). Danach werden alle in der Debatte genannten Interessen und Argumente bewertet und eingeordnet. Unter b) werden zuerst die vom Urheberrecht erfassten Aspekte behandelt, um dann unter c) auf die Umstände einzugehen, die vom Urheberrecht nicht geregelt werden und dementsprechend Grund für eine Unlauterkeit sein können.

a) Durch das Urheberrecht abstrakt geregelte Interessen

Da das Urheberrecht für die hier vorliegende Konstellation vollharmonisiert ist, kann direkt auf die durch die Richtlinie geregelten Interessen abgestellt werden. Denn selbst wenn das deutsche Urheberrecht weniger Interessen regeln würde, ist aufgrund richtlinienkonformer Auslegung ein Gleichlauf herzustellen. Mangels expliziter Kodifikation der geregelten Interessen bestehen auch keine Bedenken in Bezug auf den Wortlaut oder einen gegensätzlichen gesetzgeberischen Willen. Deshalb sind hier die in der InfoSoc-RL geregelten Interessen entscheidend.

Erstes Ziel der InfoSoc-Richtlinie ist nach Erwägungsgrund 1 InfoSoc-RL die Schaffung eines Binnenmarkts und dessen Schutz vor Verzerrungen. Deshalb ist ausweislich der Richtlinie u. a. ein einheitliches Vor-

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gehen gegenüber technischen Entwicklungen geboten.[1353] Die Richtlinie berücksichtigt insbesondere das Recht des Eigentums einschließlich des geistigen Eigentums, das Recht der freien Meinungsäußerung und das Gemeinwohl.[1354] Im Zentrum stehen dabei die Interessen der Rechtsinhaber – einschließlich der Produzenten[1355] – an einer angemessenen Vergütung ihrer Werke. Die Gewährleistung dieser ist nicht nur im Interesse der Urheber, eine angemessene Vergütung ist ebenso aus Sicht der Allgemeinheit schützenswert[1356] und zwar sowohl in kultureller[1357] als auch in wirtschaftlicher[1358] Hinsicht, beispielsweise um den Vertrieb und die Entwicklung neuer Produkte zu fördern.[1359] Die Sicherung einer angemessenen Vergütung soll insbesondere neue Formen der Verwertung berücksichtigen.[1360] Dies geschieht u. a. durch eine weite Definition von Verwertungshandlungen[1361] und einen rigorosen Schutz der Rechtsinhaber.[1362] Gleichzeitig berücksichtigt die Richtlinie auch die Interessen der Nutzer bezüglich der Verwendung der Inhalte und dem Schutz der freien Meinungsäußerung.[1363]

Im Zusammenhang mit der öffentlichen Zugänglichmachung von Inhalten hat der *EuGH* darüber hinaus darauf hingewiesen, dass die Richtlinie unter anderem das „Allgemeininteresse […] im Umfeld der Digitaltechnik" mit den anderen in der Richtlinie geschützten Interessen in Ausgleich bringen solle.[1364] Im Zusammenhang mit der Haftung für Links zu ohne Willen des Rechtsinhabers öffentlich zugänglich gemachten Inhalten wurde darauf hingewiesen, dass Links zum „guten Funktionieren" des Internets beitrügen und die in Art. 11 GRC verbürgte Meinungs- und Informationsfreiheit zu berücksichtigen sei.[1365]

Der Regelungsanspruch der Richtlinie deckt sich mit dem deutschen Verständnis, welche Interessen im Urheberrecht zu berücksichtigen

1353 Erwägungsgrund 7 S. 2 InfoSoc-RL.
1354 Erwägungsgrund 3 InfoSoc-RL.
1355 Erwägungsgrund 10 InfoSoc-RL.
1356 Vgl. Erwägungsgrund 9 InfoSoc-RL.
1357 Erwägungsgründe 11, 12 InfoSoc-RL.
1358 Erwägungsgrund 4 InfoSoc-RL.
1359 Vgl. Erwägungsgrund 2 InfoSoc-RL.
1360 Vgl. Erwägungsgrund 5 InfoSoc-RL.
1361 Erwägungsgrund 21 InfoSoc-RL.
1362 Erwägungsgrund 22 InfoSoc-RL.
1363 Vgl. Erwägungsgründe 3, 31 InfoSoc-RL.
1364 *EuGH* GRUR 2018, 911, 914 Rn. 41 – *Cordoba*; zur Meinungsfreiheit Erwägungsgrund 3 InfoSoc-RL.
1365 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 45 – *GS Media*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind.[1366] Die Richtlinie erfasst somit alle typischerweise betroffenen Interessen im Rahmen der Verwertung eines Werkes und bringt diese miteinander in Ausgleich.[1367] Zu diesem Zweck harmonisiert die Richtlinie das Urheberrecht in Bezug auf digitale Nutzungen weitestgehend[1368] voll.[1369]

b) Vom Urheberrecht konkret erfasste Aspekte

In der Diskussion um Werbeblocker gibt es diverse Aspekte, die sowohl für als auch gegen einen Schutz der Webseitenbetreiber vor Werbeblockern sprechen. Dieser Abschnitt behandelt solche, die auf urheberrechtlichen Erwägungen basieren bzw. vom Urheberrecht berücksichtigte Interessen in den Vordergrund stellen, jedoch durch die Richtlinie abschließend erfasst sind und damit keine Auswirkungen auf die Beurteilung der Lauterkeit des Blockierens von Werbung haben. Die vom Urheberrecht erfassten Aspekte in der Debatte um Werbeblocker lassen sich in Interessen (aa) und Argumente (bb) einteilen, da sich Letztere einer Zuordnung zu einem bestimmten Inhaber von Interessen entziehen. Dabei soll gezeigt werden, dass die hier lauterkeitsrechtlich verwendeten Argumente – ähnlich dem Topos des Allgemeininteresses an der Funktionsfähigkeit des Internets – auf urheberrechtliche Erwägungen verweisen.

aa) Bereits geregelte Interessen

Hier sollen zuerst die Interessen der jeweiligen Gruppen – Webseitenbetreiber (1), Nutzer (2), Werbetreibende und Werbeblockerbetreiber (3) – beschrieben werden. Nach einer Zusammenfassung (4) folgt die Bewertung, inwieweit diese durch das Urheberrecht bereits geregelt sind. (5).

1366 Vgl. statt aller Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, UrhG Einl. Rn. 13 ff.
1367 Vgl. *Hofmann* ZUM 2018, 641, 645.
1368 Vgl. die fakultativen Ausnahmen in Art. 5 Abs. 2 InfoSoc-RL.
1369 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 362 Rn. 35 ff. – *Svensson*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Webseitenbetreiber

Die Webseitenbetreiber wollen allein ihre Inhalte monetarisieren und das über den Empfang von Werbung sicherstellen. Dieses Interesse ist in verschiedenen Rechtspositionen enthalten.

(a) Pressefreiheit

Fast immer wird auf die Pressefreiheit als maßgebliches Interesse der Webseitenbetreiber verwiesen. Ausgehend von einem möglichst umfassenden Schutz der Presse[1370] sind alle wesensmäßig mit der Pressearbeit zusammenhängenden Tätigkeiten geschützt.[1371] Hiervon ist grundsätzlich auch der Anzeigenteil umfasst,[1372] insbesondere im Hinblick auf die Finanzierung.[1373] Aus der von der Verfassung vorausgesetzten außenpluralen Mei-

1370 Bei Online-Inhalten könnte man prinzipiell auch an die Rundfunkfreiheit denken; allerdings ist es Konsens, dass die Umstände von Online-Medien – niedrige Markteintrittsschwelle, nicht linearer Konsum – nicht denen entsprechen, unter denen die Rundfunkfreiheit ausgestaltet worden ist (Dreier/*Schulze-Fielitz*, GG Art. 5 Rn. 88). Zudem werden Inhalte häufig identisch on- und offline veröffentlicht, was gegen eine unterschiedliche Behandlung spricht (*BVerfG* BeckRS 2016, 115217, Rn. 16 – *Gegendarstellung*), in jedem Fall sollten – zumindest für die hier berührten Fragen – die gleichen Maßstäbe wie für die Pressefreiheit angewendet werden, *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 319; vgl. auch *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 240 ff., der zumindest Streaming-Angebote als Rundfunk einordnet; allgemein v. Münch/Kunig/*Wendt*, GG Art. 5 Rn. 58; Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG Art. 5 Rn. 48; in diese Richtung auch v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, GG Art. 5 Rn. 132, 249. Im Weiteren wird pauschal die Pressefreiheit angewandt.

1371 V. Münch/Kunig/*Wendt*, GG Art. 5 Rn. 33.

1372 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 37 – *Werbeblocker II*; Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG Art. 5 Rn. 35.

1373 *BVerfG* NJW 1984, 1101 – *Chiffreanzeige*; NJW 1987, 2987, 2992 – *Landesmediengesetz Baden-Württemberg*; noch offengelassen in NJW 1967, 976, 977 – *Südkurier*; *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 616 Rn. 130 – *Adblock Plus*; *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 46 – *Adblock Plus*; *OLG München* MMR 2017, 756, 763 Rn. 165 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 38 – *Adblock Plus*; Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49 (juris); *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 49 – *Adblock Plus*; v. Münch/Kunig/*Wendt*, GG Art. 5 Rn. 32; *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 246; *Derfler/Leven* K&R 2018, 768, 769; *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 7; *Gomille* GRUR 2017, 241, 242; *Kuhlmann* AfP 2016, 318; *Rostam* InTer 2017, 146, 149; *Thomale* MMR 2017, 789, 790; *Hoffmann-Riem,* Kommunikationsfreiheiten, Art. 5

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nungsfreiheit[1374] folgt zwar prinzipiell ein Schutz der finanziellen Grundlagen eines Mediums[1375], welche eine Refinanzierung inklusive Gewinn ermöglichen.[1376] Dieser Schutz gewährt nicht nur die Garantie einer bestimmten, auch tradierten,[1377] Finanzierungsart,[1378] vielmehr stehen diese prinzipiell gleichwertig zueinander.[1379] Allerdings wird dem Anzeigengeschäft allgemein eine erhebliche Bedeutung zugebilligt.[1380]

Hier müssen anzeigenfinanzierte Medien je nach Verbreitung von Werbeblockern erhebliche wirtschaftliche Verluste hinnehmen.[1381] Eine (gerichtliche) Erlaubnis von Werbeblockern im Sinne einer Versagung eines Schutzes erschwert zumindest eine Möglichkeit der Finanzierung und beeinträchtigt damit die Pressefreiheit.[1382] Einschränkend wird darauf hingewiesen, dass die Pressefreiheit nur die prinzipielle Möglichkeit Erlöse zu erzielen erfasse, aber nicht ein bestimmtes Geschäftsmodell zu verfolgen[1383] oder dieses beibehalten zu können.[1384] Auch Medienunternehmen

---

Rn. 153; *Kiersch,* Adblocking, S. 139; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 239; anders Fezer/*Osterrieth/Schönig*, S 1 Rn. 256: Werbefreiheit nach Art. 12, 2 GG.

1374 Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, GG Art. 5 Rn. 127; *Beater* AfP 2017, 277; *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 321.

1375 *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 7; *Schippel* AfP 2017, 185, 186.

1376 *Beater* AfP 2017, 277; *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 319; *Nink* CR 2017, 103, 107; *Kiersch,* Adblocking, S. 139.

1377 Vgl. *Beater* AfP 2017, 277.

1378 Anders *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49 (juris): Schutz des Geschäftsmodells werbefinanzierter Online-Medien.

1379 *Beater* AfP 2017, 277.

1380 *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 320; vgl. auch *BVerfG* NJW 1987, 2987, 2992 – *Landesmediengesetz Baden-Württemberg*.

1381 Siehe dazu oben, 1. Teil § 1 B. VI. (S. 56).

1382 Gegen einen „relevanten Eingriff" aufgrund des Dazwischentretens der Nutzer *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 617 Rn. 131 – *Adblock Plus*.

1383 Vgl. *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 617 Rn. 133 f. – *Adblock Plus*; *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 699; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 239.

1384 *Nink* CR 2017, 103, 107; kritisch *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 48 (juris); *Kiersch,* Adblocking, S. 139; vgl. auch *OLG München* MMR 2017, 756, 763 Rn. 165 – *Whitelisting I*; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 795: keine Garantie der Finanzierungsfunktion von Bannerwerbung.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

müssten sich grundsätzlich dem Wettbewerb stellen.[1385] So eingeschränkt wird die Pressefreiheit in Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt.[1386]

(b) Institutsgarantie der Presse

Im Unterschied zur individual wirkenden Pressefreiheit schützt die Institutsgarantie die Presse an sich bzw. die Vielfalt der Presse.[1387] Ziel der Institutsgarantie ist eine freie und meinungsplurale Presse als ein „Wesenselement des freiheitlichen Staates", die „für die moderne Demokratie unentbehrlich" ist.[1388] Aufgrund der Entscheidung für eine privat organisierte Presse erfordert diese wiederum eine gewisse Rentabilität.[1389]

Diese institutionelle Seite[1390] setzt damit dem freien Spiel der Marktkräfte eine als sehr weit zu verstehende Grenze.[1391] Es müssen also allgemeine Bedingungen herrschen und ggf. hergestellt werden,[1392] die den Betrieb von Presseunternehmen als Wirtschaftsbetriebe rentabel erlauben[1393] und

1385 *OLG München* MMR 2017, 756, 763 Rn. 165 – *Whitelisting I*; Fezer/*Osterrieth/Schönig*, S 1 Rn. 262, 266; *Beater* AfP 2017, 277; *Raue* WRP 2017, 1363, 1363 Rn. 6; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 239; vgl. auch *Luckhaus* MMR 2017, 765, 766; zu Fernseh-Werbeblockern *BGH* NJW 2004, 3032, 3035 – *Werbeblocker I*.

1386 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 37 – *Werbeblocker II*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 38 – *Adblock Plus*; *Nink* CR 2017, 103, 107; *Thomale* MMR 2017, 789, 790 sieht eine rechtswidrige Vorzensur; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 237; *Kiersch,* Adblocking, S. 139; vgl. auch *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 47 – *Adblock Plus* „nicht berührt"; für eine starke Berücksichtigung *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 133 ff., 136; gegen eine Berücksichtigung *Rostam* InTer 2017, 146, 149; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 239: keine Verhinderung des Schaltens von Werbung.

1387 Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, GG Art. 5 Rn. 157.

1388 *BVerfG* NJW 1980, 1093, 1094; vgl. auch NJW 1966, 1603, 1604 – *Spiegel*.

1389 *BVerfG* NJW 1987, 239, 246 – *Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz*; *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 320; vgl. auch *Rostam* InTer 2017, 146, 149.

1390 *BVerfG* NJW 1987, 239, 246 – *Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz*; Sachs/*Bethge*, GG Art. 5 Rn. 71.

1391 Vgl. *Hoffmann-Riem,* Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Rn. 175; in diese Richtung auch Dreier/*Schulze-Fielitz*, GG Art. 5 I, II Rn. 42.

1392 *BVerfG* NJW 1966, 1603, 1604 – *Spiegel*: unter Umständen Pflicht zur Abwehr von Meinungsmonopolen. Zwar geht es bei Werbeblockern nicht um die Bildung von Monopolen, allerdings könnte es infolge der schwindenden Einnahmen zu einer Konzentration kommen, so *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 7; vgl. auch *BVerfG* NJW 1987, 239, 246 – *Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz*.

1393 *BVerfG* NJW 1987, 239, 246 – *Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anbietern einen chancengleichen Zugang zum Markt gewährleisten.[1394] Hieraus wird gefolgert, dass Bedingungen geschaffen werden müssen, die Meinungsmonopole verhindern und eine außenplurale Presse ermöglichen.[1395] Die Gewährleistung dieser allgemeinen Anforderungen bedeutet jedoch nicht, dass ein Anspruch auf die Sicherung einer bestimmten Finanzierungsform oder eines Geschäftsmodells besteht[1396] oder gar eines einzelnen Unternehmens.[1397] Dabei darf die Finanzierung aber durch den Staat nicht erschwert oder unmöglich gemacht werden.[1398] In Bezug auf Werbeblocker wird die Institutsgarantie aufgrund der grundsätzlich denkbaren Erschwerung der Finanzierung regelmäßig in die Abwägung mit eingestellt.[1399]

(c) Berufsfreiheit

Werbeblocker beeinträchtigen die Webseitenbetreiber auch in deren Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG ggf. i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG),[1400] indem

1394 *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 321.

1395 Vgl. *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 7; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 138.

1396 *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 319; *Hoffmann-Riem,* Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Rn. 153: keine Garantie wirtschaftlichen Erfolgs; strenger *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49 (juris): „unentbehrliche wirtschaftliche Voraussetzung"; vgl. auch *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 51 – *Adblock Plus*; sowie allgemein *BVerfG* NJW 1987, 2987, 2992 – *Landesmediengesetz Baden-Württemberg*, das – allerdings vor dem Internet – „zumindest für eine Übergangszeit" den Einnahmen aus Wirtschaftswerbung für die Presse erhebliche Bedeutung beigemessen hat.

1397 *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 8; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 139.

1398 *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 248; *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 319.

1399 *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49 (juris); ZUM-RD 2015, 745, 748 – *AdBlock Plus*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 50 – *Adblock Plus*; *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 9; *Raithel,* Werbeblocker im Internet, S. 168; vgl. zum UWG 1909 *BGH* GRUR 2004, 602, 604 – *20 Minuten Köln*; GRUR 1985, 881, 882 – *Bliestal-Spiegel*; GRUR 1969, 287, 290 f. – *Stuttgarter Wochenblatt I*; GRUR 1956, 223, 225 – *Wochenbericht*; zur Rundfunkfreiheit NJW 2004, 3032 – *Werbeblocker I*; *OLG Frankfurt* NJW 2000, 2029, 2030 – *Fernsehfee II*; vgl. auch *Beater* WRP 2012, 6, 8; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 239 f.

1400 *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49 (juris); *LG München I* MMR 2015, 660, 663; *Funk/Zeifang* MMR 2004, 665; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 147; *Kiersch,* Adblocking, S. 138; *Lempe,* Werbeblocker und Werbefinanzierung, S. 200.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sie die Refinanzierung und damit die Ausübung des Berufs erschweren. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Berufsfreiheit nur die Teilnahme am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen schützt:[1401] Es wird die freie Betätigung im Wettbewerb geschützt, nicht vor Wettbewerb.[1402] Art. 12 Abs. 1 GG ist dementsprechend nach Ansicht vieler zugunsten der Webseitenbetreiber zu berücksichtigen.[1403]

(d) Meinungsfreiheit

Eher selten wird darauf verwiesen, dass Werbung grundsätzlich eine Meinung darstellt und dementsprechend die Pressefreiheit betroffen sei.[1404] Die Pressefreiheit umfasst die Veröffentlichung von Anzeigen Dritter, soweit diese selbst unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen.[1405] Damit wird die Meinungsfreiheit des Dritten in die Pressefreiheit des Verlags „eingebettet".[1406] In gleicher Weise kann der Verlag bei Eigenanzeigen und Hinweisen seine eigene Meinungsfreiheit geltend machen. Maßstab wäre damit grundsätzlich (auch) die Meinungsfreiheit. Diese erfasst allerdings nur die Freiheit, eine Meinung zu äußern, nicht jedoch, dass diese auch gehört wird.[1407]

Ein Werbeblocker verhindert allerdings nicht die Äußerung. Zwar unterbindet er den Transport der Werbung zum Empfänger, allerdings besteht auf einen Abruf gerade kein Anspruch. Dies gilt erst recht, wenn der Nutzer die Äußerung nicht wahrnehmen möchte. Die Presse- bzw.

1401 *BVerfG* GRUR-RR 2011, 217, 218 – *WM-Marken*.
1402 *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 11.
1403 So *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 116 – *Whitelisting II*; MMR 2017, 756, 763 Rn. 165 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49 (juris); *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 47 – *Adblock Plus*; MMR 2015, 660, 663; *Gomille* GRUR 2017, 241, 242; *Nink* CR 2017, 103, 107; *Rostam* InTer 2017, 146, 148; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 237; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 147 f.; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 238.
1404 *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 319; vgl. auch *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 146 f.; *Kiersch,* Adblocking, S. 140; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 238.
1405 *BVerfG* GRUR 2001, 170, 172 – *Benetton*.
1406 *BVerfG* GRUR 2001, 170, 172 – *Benetton*; Sachs/*Bethge*, GG Art. 5 Rn. 89; vgl. auch v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, GG Art. 5 Rn. 131.
1407 V. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, GG Art. 5 Rn. 96; Sachs/*Bethge*, GG Art. 5 Rn. 26a.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Meinungsfreiheit sind damit in Bezug auf die Meinungsfreiheit der Werbetreibenden nicht betroffen.[1408]

(e) Grundrecht des Eigentums

Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG schützt zwar nicht vor Einwirkungen auf Gewinnchancen,[1409] allerdings davor, dass das (geistige[1410]) Eigentum überhaupt nicht mehr verwertbar ist und damit faktisch entwertet wird.[1411] Gegen eine solche Entwertung spricht jedoch die Möglichkeit, das jeweilige Medium nur gegen Entgelt zugänglich zu machen. Manche berücksichtigen die Eigentumsfreiheit dennoch.[1412]

(2) Nutzer

Die Nutzung von Werbeblockern erfolgt aus unterschiedlichen Gründen. Zumeist steht der Konsum von Webseiten ohne Werbung im Vordergrund, also letztlich ohne Ablenkung durch Anzeigen und deren (ungewünschte) „Informationen" (a). Häufig ge- und erwünschter Nebeneffekt ist, dass so das Tracking (b) und Angriffe durch Malvertising[1413] (c) erschwert werden. Schlussendlich schreiben einige den Nutzern auch ein Interesse an werbefinanzierten Inhalten zu, was gegen ein Verbot spreche.[1414]

1408 *Kiersch,* Adblocking, S. 140.
1409 Statt aller v. Münch/Kunig/*Bryde*, GG Art. 14 Rn. 21 m. w. N.; in Bezug auf Werbeblocker *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 49 – *Adblock Plus*.
1410 Vgl. dazu v. Münch/Kunig/*Bryde*, GG Art. 14 Rn. 17.
1411 Im Ergebnis auch *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 8.
1412 Für eine Berücksichtigung *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 8; *Nink* CR 2017, 103, 107; zu Fernseh-Werbeblockern *KG* MMR 2002, 483, 484 – *Fernsehfee*; explizit gegen eine Berücksichtigung *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 238; wieder anders *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 148: Vorrang von Art. 12 Abs. 1 GG.
1413 Bezeichnet den Vorgang, wenn mit Schadsoftware versehene Anzeigen ausgespielt werden, dazu oben, 1. Teil § 1 A. III. (S. 35).
1414 Vgl. *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 451.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(a) Nichtkonfrontiertseinwollen mit Werbung

Das Nichtkonfrontiertseinwollen mit Werbung lässt sich grundsätzlich darauf stützen, nur Informationen wahrnehmen zu wollen, die der Betrachter persönlich ausgewählt hat und auch wünscht. Im Hinblick auf klassische Werbeformen wird ein Schutz durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht angenommen,[1415] auch in Bezug auf die Suggestivkraft der Werbung.[1416] Manche verneinen für Werbeblocker eine Beeinträchtigung oder Verletzung aufgrund des selbstbestimmten Aufrufs der Webseite,[1417] andere sehen zumindest im Verbot von Werbeblockern eine mögliche Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.[1418]

Diese beiden Gedanken spiegeln sich ebenso im häufiger herangezogenen Grundrecht, der negativen Informationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG, wider.[1419] Negativ deshalb, weil die vom Grundrecht geschützte Möglichkeit zur Information aus allgemein zugänglichen Quellen notwendigerweise auch die Nichtinformation aus anderen umfasst.[1420] Das Grundrecht ähnelt grundsätzlich dem in den Vereinigten Staaten von

---

1415 *BVerfG* NJW 1991, 910, 911; *BGH* NJW 2011, 1005, 1006 Rn. 9; NJW 2000, 2677, 2678 – *Telefonwerbung VI*; NJW 1999, 1864; NJW-RR 1995, 613, 1072 – *Telefonwerbung V*; *BVerwG* NJW 2006, 3367, 3369 f.; NJW 1991, 2920; NJW 1989, 2409; *OLG Bremen* NJW 1990, 2140; *OLG Frankfurt* NJW 1996, 934; *KG* NJW 2002, 379 f.; *VGH Mannheim* NJW 1990, 2145; *Gomille* GRUR 2017, 241, 243; *Spindler/Schmittmann* MMR-Beilage 9/2001, 10, 13; *Lempe,* Werbeblocker und Werbefinanzierung, S. 208 f.; anders *BVerfG* NJW 2002, 2938, 2939: Art. 2 Abs. 1 GG.

1416 *BGH* NJW 2011, 1005, 1006 Rn. 8; NJW 1989, 902, 903 – *Handzettel-Wurfsendung*.

1417 *Gomille* GRUR 2017, 241, 243; *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 322.

1418 *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 322; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 158 f.; *Lempe,* Werbeblocker und Werbefinanzierung, S. 220 f.; wohl auch *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 237.

1419 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 46 – *Adblock Plus*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 37 – *Adblock Plus*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 49 – *Adblock Plus*; MMR 2015, 660, 664; Fezer/*Mankowski*, S 12 Rn. 75; *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 9; *Gomille* GRUR 2017, 241, 245; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 795; *Lempe,* Werbeblocker und Werbefinanzierung, S. 241; vgl. auch *BVerfG* NJW 1970, 235, 236 f. – *Leipziger Volkszeitung*: Auswählenkönnen Grundtatbestand der Informationsfreiheit; grundsätzlich zur negativen Informationsfreiheit *Fikentscher/Möllers* NJW 1998, 1337, 1340; *Fenchel,* Negative Informationsfreiheit, S. 89 ff.; allgemein zweifelnd Dreier/*Schulze-Fielitz*, GG Art. 5 I, II Rn. 84 m. w. N. zur Gegenansicht.

1420 *BVerwG* MMR 1999, 416, 418 – *Rundfunkgebührenpflicht*; Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG Art. 5 Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Amerika entwickelten „right not to listen“[1421] und greift ein, wenn man Informationen zwangsweise aufgedrängt bekommt und nicht ausweichen kann.[1422] Ähnlich dem Meinungsbild zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht lehnen einige die Beeinträchtigung durch die Werbung ab,[1423] während die Mehrheit das Auswählenkönnen durch den Werbeblocker selbst schützen will.[1424]

(b) Tracking

Einige Stimmen verweisen auch auf den Schutz vor Tracking als Interesse an der Nutzung von Werbeblockern.[1425] Dem steht insbesondere nicht der Regelungsanspruch der DS-GVO entgegen, die das Tracking bereits abschließend regelt. Die DS-GVO trifft keine Aussage dazu, ob jemand

1421 Ausführlich *Fikentscher/Möllers* NJW 1998, 1337, 1339; *Fenchel,* Negative Informationsfreiheit, S. 101 ff.

1422 *LG Berlin* ZUM-RD 2000, 144, 148; Sachs/*Bethge*, GG Art. 5 Rn. 57a.

1423 Vgl. *LG Berlin* ZUM-RD 2000, 144, 148 (Fernsehwerbeblocker); *Fikentscher/Möllers* NJW 1998, 1337, 1342 (Fernsehen); für eine Grundrechtsverletzung *Fenchel,* Negative Informationsfreiheit, S. 172 wegen der Monopolstellung aufgrund des Grundversorgungsauftrags.

1424 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 f. Rn. 46 – *Adblock Plus*; *OLG München* MMR 2017, 756, 763 Rn. 165 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 37 – *Adblock Plus*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 49 – *Adblock Plus*; MMR 2015, 660, 664; Fezer/*Götting/Hetmank*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 119; Fezer/*Mankowski*, S 12 Rn. 75; Fezer/*Osterrieth/Schönig*, S 1 Rn. 263 (Fernsehen); *Fritzsche* LMK 2004, 192, 193 (Fernsehen); vgl. *Gomille* GRUR 2017, 241, 245; *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487, 488; *Nink* CR 2017, 103, 107; *Recke* K&R-Beilage 2016, 22, 27; *Rostam* InTer 2017, 146, 150; *Runkel* IPRB 2016, 81, 83; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 795; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 167; *Kiersch,* Adblocking, S. 143; *Raithel,* Werbeblocker im Internet, S. 162 f.; wohl auch *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 10; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 244 ff. vgl. auch *OLG Frankfurt* NJW 2000, 2029, 2030 – *Fernsehfee II*: Art. 2 Abs. 1 GG (Fernsehen); kritisch *BGH* GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 38 – *Werbeblocker II*; gegen einen Grundrechtsschutz BeckRS 2019, 24563, Rn. 41 – *Werbeblocker III*; *LG Berlin* ZUM-RD 2000, 144, 148 (Fernsehen); *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 50 (juris); *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 246; *Apel*, FS Hertin (2000), S. 337, 365.

1425 *LG Hamburg* ZUM-RD 2015, 745, 749 – *AdBlock Plus*; *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 9; *Nink* CR 2017, 103, 107; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 231; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 172 ff.; *Kiersch,* Adblocking, S. 145; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 247; vgl. auch *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 53 (juris), das auf eine isolierte Aktivierung der Anti-Tracking-Funktion hinweist.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Daten zur Verarbeitung herausgeben *muss*, sondern nur, ob der Verarbeitende sie nutzen *darf*.[1426] Im Zusammenhang mit Tracking gewährt grundsätzlich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts Schutz der Nutzer.[1427] Grundüberlegung ist, dass der Schutz der Hoheit über die Preisgabe von Daten die Entscheidungs- und Handlungsfreiheit schützt.[1428] Da Werbeblocker prinzipiell das Tracking erschweren, spricht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung für deren Einsatz.[1429] Dass es speziellere und effektivere Programme bzw. Add-ons zur Verhinderung des Trackings gibt,[1430] ist irrelevant, da Werbeblocker in jedem Fall den Schutz verbessern.[1431]

(c) Malvertising

Teilweise wird auch der Schutz vor Malvertising als Interesse der Nutzer angeführt.[1432] Für einen solchen spricht, dass § 13 Abs. 7 TMG, der die Sicherheitsanforderungen an Webseitenbetreiber regelt, dem Nutzer in letzter Konsequenz eine Mitverantwortung für die Sicherheit seines Endgeräts überträgt und hierfür u. a. Werbeblocker empfohlen werden.[1433]

1426 Vgl. Art. 6 DS-GVO.

1427 *Kiersch,* Adblocking, S. 145.

1428 *BVerfG* NJW 1984, 419, 422.

1429 *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247 – *Adblock Plus* Rn. 37; ZUM-RD 2015, 745, 749 – *AdBlock Plus*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816 – *Adblock Plus* Rn. 49; *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 9; *Nink* CR 2017, 103, 107; *Rostam* InTer 2017, 146, 150.

1430 Vgl. *Funk,* Anti-Tracking-Dienste, http://www.br.de/puls/themen/netz/anti-tracking-dienste-anonym-surfen-fuer-dummys-100.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

1431 Ausführlich *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 174 f.

1432 *LG Hamburg* ZUM-RD 2015, 745, 749 – *AdBlock Plus*; *Herrmann/Laoutoumai* IPRB 2014, 272, 274; *Katsivelas* MMR 2017, 286, 287; *Meyer/Benzmüller/Simonis* CR 2017, 274, 279 f.; *Recke* K&R-Beilage 2016, 22, 24 f.; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 232; *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 257; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 176; *Kiersch,* Adblocking, S. 147; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 248; *Dachwitz,* Interview mit Thorsten Schröder, https://netzpolitik.org/2017/interview-ueber-adblocker-und-das-wohlergehen-der-schadsoftware-branche-das-problem-malvertising-nicht-aussitzen/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

1433 Vgl. z. B. BSI, SICHER • INFORMIERT vom 10.11.2016, https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Newsletter/DE/BSIFB/BuergerCERT-Newsletter/2016_Sic

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(3) Werbetreibende und Werbeblockerbetreiber

Die Interessen der Werbeblockerbetreiber und Werbetreibenden sind diametral: Beide möchten von der Anziehungskraft der Inhalte als Transportmittel für Werbung profitieren und können hierfür die Berufsfreiheit anführen,[1434] im Falle der Werbeblockerbetreiber unter Umständen auch die Eigentumsfreiheit.[1435]

(4) Zusammenfassung der betroffenen Interessen

In Bezug auf Werbeblocker können die Webseitenbetreiber nach Ansicht der herrschenden Meinung also „nur" die Presse-, Berufs- und Eigentumsfreiheit ins Feld führen. Diese richten sich durchweg darauf, die Werbung zusammen mit den Inhalten auszuliefern.

Die Nutzer haben demgegenüber ein Interesse daran, Werbung zu vermeiden und trotzdem die Inhalte konsumieren zu können. Letztlich knüpfen die genannten Interessen alle daran an, die „Gegenleistung" nicht erbringen zu müssen bzw. eine bestimmte Form dieser zu vermeiden, sei es in Form der Aufmerksamkeit, von Daten oder dem mit Werbung

---

her-Informiert/23_Sicher-Informiert_10-11-2016.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

1434 Für die Werbeblockerbetreiber *BGH* GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 37 – *Werbeblocker II*; *OLG München* MMR 2017, 756, 763 Rn. 165 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16 (juris) Rn. 50; *LG München I* MMR 2015, 660, 664; *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 364; *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 8; *Nink* CR 2017, 103, 107; *Rostam* InTer 2017, 146, 150; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 237; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 121; *Lempe,* Werbeblocker und Werbefinanzierung, S. 200; *Kiersch,* Adblocking, S. 140; zu Fernseh-Werbeblockern *BGH* NJW 2004, 3032, 3035 – *Werbeblocker I*; *OLG Frankfurt* NJW 2000, 2029, 2030 – *Fernsehfee II*; für die Werbetreibenden *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 150; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 244.

1435 Ebenso zu kostenlosen Werbeblockern mit Allowlisting-Funktion *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 37 – *Adblock Plus*; *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 8; *Nink* CR 2017, 103, 107; zu Fernseh-Werbeblockern *KG* MMR 2002, 483, 485 – *Fernsehfee*; *LG Berlin* ZUM-RD 2000, 144, 148 (im konkreten Fall abgelehnt); *Funk/Zeifang* MMR 2004, 665, 666: „möglicherweise"; unentschieden *BGH* NJW 2004, 3032, 3035 – *Werbeblocker I*; dagegen *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816 – *Adblock Plus* Rn. 49; vgl. auch *Holznagel/Brüggemann* MMR 2003, 767, 771 zur ähnlichen Situation der Kopiersoftwarehersteller bei Einführung des § 95a Abs. 3 UrhG, der den Vertrieb solcher Software verbietet.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einhergehenden Risiko[1436] von Schadsoftware. Diese Verweigerung der Gegenleistung bei gleichzeitigem Bezug der Inhalte ist damit als das Interesse an einer kostenlosen bzw. freien Nutzung der Inhalte zu verstehen.

Die Werbeblockerbetreiber und Werbetreibenden können für ihr Interesse, von der Anziehungskraft der Inhalte zu profitieren, beide die Berufsfreiheit anführen, die Werbeblockerbetreiber darüber hinaus unter Umständen auch die Eigentumsfreiheit.

(5) Erfassung durch das Urheberrecht

Eine Berücksichtigung der genannten Interessen im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung ist jedoch abzulehnen. Grund dafür ist, dass das Urheberrecht diese Interessen bereits regelt und in einen Ausgleich bringt. Wie gerade gezeigt, bringt das Urheberrecht grundsätzlich das (geistige) Eigentumsinteresse des Urhebers mit dem Nutzungsinteresse der Allgemeinheit in Ausgleich. Das urheberrechtliche Eigentum dient im hier behandelten Kontext vor allem der Sicherung des Exklusivitätsinteresses des Urhebers, sodass von dieser Monopolposition aus die Nutzung der so geschützten Inhalte monetarisiert werden kann. Letztlich bestimmt das Urheberrecht also, unter welchen Bedingungen dem Urheber die „Anziehungskraft" der Inhalte zugutekommen soll, sei es durch Geldzahlungen oder Verkauf von Werbeflächen. Gleichzeitig enthält das Urheberrecht zahlreiche Ausnahmen (vgl. nur Art. 5 Abs. 2, 3 InfoSoc-RL, §§ 45 ff. UrhG), in denen die Interessen der Allgemeinheit an der freien Nutzung der Inhalte das Exklusivitätsinteresse überwiegen.

In Bezug auf Werbeblocker bleibt damit kein Raum mehr für Interessen, die sich auf die Nutzung der Inhalte – sowohl aus Sicht der Rechtsinhaber als auch Nutzer – beziehen. § 19a UrhG und §§ 16, 44a Nr. 2 UrhG regeln diese abschließend. Insbesondere die Grundsätze zur Reichweite der Einwilligung in die öffentliche Zugänglichmachung in Verbindung mit der Möglichkeit, diese durch technische Beschränkungen zu begrenzen, ziehen eine klare Grenze zwischen erlaubtem und nicht erlaubtem Verhalten. Ist das Verhalten nach den urheberrechtlichen Normen erlaubt, bleibt damit grundsätzlich kein Raum für nationale Normen, die die Entscheidungsgewalt über Nutzungen entgegen der (europäischen) urheberrechtlichen Wertung dem Rechtsinhaber (wieder) zuweisen wollen.

1436 Bzw. eher dem System der Ausspielung von Werbung durch Dritte, vgl. dazu *Meyer/Benzmüller/Simonis* CR 2017, 274, 275 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diese Regelung der Reichweite des geistigen Eigentums ist wegen der negativen Begrenzungsfunktion der Sonderschutztatbestände grundsätzlich hinzunehmen.

Die Erwägungen gelten damit ebenso für die Berufsfreiheit. Bei Webseitenbetreibern besteht der Beruf allein in der Nutzung ihres (geistigen) Eigentums. Wird die Berufsfreiheit der Webseitenbetreiber abschließend geregelt, gilt dies ebenso für die Werbetreibenden, die helfen, das Produkt der Webseitenbetreiber zu monetarisieren.

Der Regelungsanspruch der InfoSoc-RL umfasst aber auch die Pressefreiheit, soweit die Webseitenbetreiber Letztere als Grund für einen Schutz anführen. Die vor allem durch die institutionelle Seite der Pressefreiheit angesprochene Diversität auf dem Markt für urheberrechtliche Inhalte regelt die Richtlinie implizit: Wenn davon gesprochen wird, die Erhaltung und Entwicklung kreativer Tätigkeiten im Internet zu schützen[1437] und gleichzeitig zur Schaffung von Werken ausreichende finanzielle Anreize zu bieten,[1438] geht der Gesetzgeber von einer Steigerung jedes urheberrechtlichen Schaffens aus. Dem dient ebenfalls der „rigorose“[1439] Schutz der Urheber. Diese Regelungen verneinen also implizit eine Konzentration der urheberrechtlichen Akteure.

Die Erwägungen in Bezug auf einen wachsenden Markt für urheberrechtlich geschützte Inhalte werden von der Richtlinie auch auf den Sektor der Presse bezogen. Zwar funktioniert der Markt für Presse im Internet teilweise anders als der für sonstige Inhalte, allerdings liegt dies vor allem an der für solche Dienste zumeist gewählten Vergütungsart, dem Werbeempfang. Dies kann wahrscheinlich auf die Kurzlebigkeit von journalistischen Inhalten und dem Nebeneinander von Print und Digital zurückgeführt werden, da das Internet zumindest im Anfangsstadium eher als Zweitverwertung gesehen wurde.[1440] Dass dem Richtliniengeber bewusst war, dass der Markt für Presseerzeugnisse unter Umständen anderen Regeln folgt, zeigt sich in Art. 5 Abs. 3 lit. c-f InfoSoc-RL, welche die Interessen der Presse bzw. der Berichterstattung berücksichtigen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine weitere Berücksichtigung nicht für erforderlich gehalten wurde.

1437 Erwägungsgrund 9, vgl. auch Gründe 3, 4, 10 InfoSoc-RL.
1438 Vgl. Erwägungsgründe 9, 10, 5 InfoSoc-RL.
1439 Erwägungsgrund 11 S. 1 InfoSoc-RL.
1440 Vgl. *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 614 Rn. 110 – *Adblock Plus*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dass die Richtlinie die besonderen Interessen der Presse berücksichtigt, zeigen insbesondere die Urteile des *EuGH*, *PRCA*[1441] und *Svensson*[1442], in denen jeweils Presseunternehmen bzw. Journalisten klagten und der *EuGH* nicht auf deren Grundrechte einging, also keinen Anlass für eine Berücksichtigung sah. Insbesondere bei *Svensson* spielte es keine Rolle, dass vermutlich Werbung nicht angezeigt bzw. die Startseite mit Anzeigen umgangen wurde.[1443] Als Alternative hat der *EuGH* auf die Möglichkeit hingewiesen, die Inhalte gegen nicht gewollte Nutzungshandlungen durch eine technische Beschränkung zu sichern. Wie oben gezeigt, sind die Webseitenbetreiber bei einer solchen Sicherung umfassend durch das Urheberrecht geschützt.[1444]

Eine Berücksichtigung der Belange der Presse im Rahmen des Urheberrechts zeigt sich weiterhin an der die InfoSoc-RL ergänzenden[1445] DSM-Richtlinie. Denn dass nun in Art. 15 DSM-RL ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger eingeführt wird, zeigt vor allem, dass der Richtliniengeber von einer abschließenden Regelung solcher Dienste und deren (urheberrechtlicher) Interessen durch die InfoSoc-RL ausgegangen ist. Insbesondere erfasst das Leistungsschutzrecht Werbeblocker nicht, da diese weder Vervielfältigungen ermöglichen noch einen Zugang eröffnen (außerhalb des nach Art 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL, Art. 15 Abs. 3 DSM-RL erlaubten Bereichs).

Das bedeutet, dass der europäische Gesetzgeber die Interessen umfassend abgewogen hat, sodass die Wertungen der Richtlinie sich ebenso auf den Pressemarkt als Teil des allgemeinen Markts für urheberrechtliche Inhalte beziehen und es keine pressespezifischen Besonderheiten gibt, die in der Richtlinie nicht berücksichtigt worden sind, auch nicht das Allgemeininteresse an einem pluralen Pressemarkt. Die seit dem Ende des Jahres 2002 anzuwendenden Regelungen haben sich also insoweit nach Ansicht des Richtliniengebers bewährt. Dieses Ergebnis der europäischen Interessenabwägung – urheberrechtliche Freiheit des Abrufs im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL, solange keine technische Beschränkung existiert – regelt den Konflikt zwischen Pressefreiheit und Nutzungsinteresse der Leser abschließend.

1441 *EuGH* GRUR 2014, 654, 654 ff. – *PRCA*.
1442 *EuGH* GRUR 2014, 360, 360 ff. – *Svensson*.
1443 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 362 Rn. 29 – *Svensson*.
1444 Und zwar gegenüber Werbeblockerbetreibern (2. Teil § 4 C. III. 2. (S. 185)) und Nutzern (2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229)); zu den daneben infrage kommenden weiteren Ansprüchen 4. Teil § 8 (S. 350).
1445 Vgl. Erwägungsgrund 3 S. 4 DSM-RL.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dieser Ausgleich gilt nicht nur für die Interessen der Nutzer als Konsumenten, sondern ebenso für die Werbeblockerbetreiber als Bereitsteller des technischen Mittels. Denn auch bezüglich der Nutzung technischer Mittel zum Abruf urheberrechtlich geschützter Inhalte hat die EU abschließende Regelungen verabschiedet: Einerseits bezüglich des Rechts der öffentlichen Wiedergabe (bzw. Zugänglichmachung)[1446], das sehr umfassend ausgestaltet ist,[1447] andererseits dahingehend, dass gleichzeitig die „bloße" Bereitstellung von Einrichtungen im Sinne des Erwägungsgrunds 27 InfoSoc-RL[1448] nicht erfasst ist. Eröffnen diese Mittel (einer Öffentlichkeit) aber den Zugang zu Inhalten, so liegt eine öffentliche Zugänglichmachung mit einer Haftung des Vertreibers vor.[1449] Hieraus lässt sich folgern, dass damit ebenso alle Mittel – aus einer urheberrechtlichen Perspektive – erlaubt werden, die keine der Voraussetzungen erfüllen.

(6) Ergebnis

Damit erfasst die Richtlinie alle genannten Interessen der beteiligten Personen abschließend. Eine Berücksichtigung dieser Interessen scheidet aufgrund der negativen Begrenzungsfunktion des Urheberrechts als Sonderschutztatbestand grundsätzlich aus.

bb) Urheberrechtlich begründete Argumente

Neben diesen Interessen werden weitere, nicht eindeutigen Gruppeninteressen zuordenbare Argumente vorgebracht. Diese beruhen aber zumeist auf im Kern urheberrechtlichen Wertungen und unterstützen so die These, dass die urheberrechtliche Wertung vorrangig zu berücksichtigen ist.

1446 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).
1447 Vgl. Erwägungsgrund 21 InfoSoc-RL.
1448 Vgl. dazu auch *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 38 ff. – *Filmspeler*.
1449 *EuGH* MMR 2017, 460, 463 Rn. 53 – *Filmspeler*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Nichtvornahme der Sperren

Von den Befürwortern einer Lauterkeit der Nutzung von Werbeblockern wird die Nichtvornahme von Sperren seitens der Webseitenbetreiber angeführt.[1450] Zur Begründung werden häufig die Urteile des *BGH* zum Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets[1451] herangezogen, nach denen ohne Sperren zugänglich gemachte Inhalte abgerufen werden dürfen.[1452] In die gleiche Richtung weist die Argumentation, dass die Webseitenbetreiber diverse Möglichkeiten zur alternativen Ausgestaltung ihrer Geschäftsmodelle und Internetseiten hätten.[1453]

Die urheberrechtliche Wurzel zeigt sich besonders deutlich im Verweis auf das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets, welches eine originär urheberrechtliche Wertung darstellt.[1454] Der Hinweis,

---

1450 *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 615 f. Rn. 121 ff. – *Adblock Plus*; *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 364; *Luckhaus* K&R 2016, 313, 314; *Raue* WRP 2017, 1363; *Kiersch,* Adblocking, S. 136 f.; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 257 ff.; vgl. auch *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 97; dagegen im Rahmen des Deliktsrechts *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 248: Schutz unabhängig von Sperren.

1451 Zu diesem und den Urteilen des *BGH* ausführlich oben, 2. Teil § 4 C. IV. 1. e) (S. 261).

1452 Vgl. *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 615. f. Rn. 121 ff. – *Adblock Plus*, das ebenso argumentiert; *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 364; *Köhler* WRP 2014, 1017, 1022; *Raue* WRP 2017, 1363; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 258; ähnlich *Luckhaus* K&R 2016, 313, 314.

1453 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 41 – *Werbeblocker II*; *OLG München* MMR 2017, 756, 763 Rn. 166 – *Whitelisting I*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 51 – *Adblock Plus*; MMR 2015, 660, 664; *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 364; *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; *Kreutz* WRP 2018, 621, 622; *Lehmann* GRUR-Prax 2018, 511: Mittel des Wettbewerbs; *Luckhaus* MMR 2017, 765, 766; *Luckhaus* K&R 2016, 313, 314; *Nink* CR 2017, 103, 107; *Raue* WRP 2017, 1363; *Rostam* InTer 2017, 146, 149 f.; *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 699; *Zerbst* jurisPR-ITR 25/2018, Anm. 3, C.; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 238; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 218; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 265 f.; sehr weitgehend *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 614 Rn. 111 f. – *Adblock Plus*; *Ziebarth* VuR 2018, 257, 261: Finanzierung aus klassischen Entgelten ist ausreichend; vgl. auch *Gomille* GRUR 2017, 241, 247; kritisch *Derfler/Leven* K&R 2018, 768, 769; dagegen *LG Berlin* K&R 2016, 360, 361: keine zumutbaren Mittel; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16 (juris) Rn. 50, 55: unverhältnismäßig; kritisch im Rahmen des Kartellrechts *BGH* BeckRS 2019, 24563, Rn. 32 – *Werbeblocker III*; zu Fernseh-Werbeblockern wie hier NJW 2004, 3032, 3035 – *Werbeblocker I*; *KG* MMR 2002, 483, 485 – *Fernsehfee*; *Funk/Zeifang* MMR 2004, 665, 666.

1454 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. IV. 1. e) cc) (S. 264).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nutzer mit aktiviertem Werbeblocker mithilfe von Sperren auszuschließen, hat letztlich den gleichen Inhalt, da diese vor allem durch das Urheberrecht geschützt sind.[1455]

(2) Unternehmerisches Risiko

Der Verweis auf die Alternativen enthält immer auch – mehr oder minder implizit – den Hinweis, dass es Aufgabe der Webseitenbetreiber sei, im Markt zu bestehen.[1456] Vor allem die Sperre droht sich in Reichweitenverlusten niederzuschlagen.[1457] Die Webseiten müssten die Nutzer überzeugen, dass – bei einer Sperre – die gebotenen Inhalte den Empfang von Werbung bzw. das jeweilige Entgelt wert sind.[1458]

Letztlich stellt diese Argumentation auf das allgemeine unternehmerische Risiko ab und damit auf die grundsätzliche Gefahr, die dem Anbieten eines Gutes innewohnt: Ist die verlangte Gegenleistung zu hoch, wandern die Nutzer ab. Dieses Argument ist zwar kein spezifisch urheberrechtlicher Aspekt,[1459] allerdings schafft das Urheberrecht die grundsätzliche Möglichkeit, Inhalte zu monetarisieren und entscheidet sich damit für den marktwirtschaftlichen Ansatz.[1460] So wird deutlich, dass der Richtliniengeber dem Rechtsinhaber dieses Risiko zugewiesen hat. Deshalb ist es auch grundsätzlich irrelevant, dass die Webseitenbetreiber durch die Aussperrung von Werbeblockern Reichweitenverluste hinnehmen müssen. Mangelnde Konkurrenzfähigkeit ist kein Schutzwürdigkeitskriterium.[1461]

1455 Gegenüber Werbeblockerbetreibern 2. Teil § 4 C. III. 2. (S. 185), gegenüber Nutzern 2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229), sowie nach § 95a UrhG (Werbeblockerbetreiber 4. Teil § 8 A. I. (S. 351), Nutzer 4. Teil § 8 B. (S. 381)) und nach dem UWG 4. Teil § 8 A. II. 2. (S. 374).

1456 Vgl. *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 614 Rn. 110 – *Adblock Plus*; *Lehmann* GRUR-Prax 2018, 511; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 238.

1457 *LG Berlin* K&R 2016, 360, 361; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16 (juris) Rn. 50; *Thomale* MMR 2017, 789, 790: keinerlei Möglichkeiten; vgl. *BGH* BeckRS 2019, 24563, Rn. 32 – *Werbeblocker III* (zum Kartellrecht); siehe oben zu den Auswirkungen, 1. Teil § 1 B. VII. 2. (S. 58).

1458 Vgl. *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 614 Rn. 111 f. – *Adblock Plus*; *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 364; *LG München I* MMR 2015, 660, 664; vgl. *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 209.

1459 Vgl. *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 364.

1460 Vgl. Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, UrhG Einl. Rn. 30.

1461 So mit Recht *Kiersch,* Adblocking, S. 137.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(3) Kein „Deal“

Es wird teilweise darauf verwiesen, dass die Nutzer sich dem „Deal“ mit den Webseitenbetreibern, Inhalte gegen Werbeempfang, mangels Verbindlichkeit[1462] jederzeit entziehen könnten.[1463] Eine Verbindlichkeit kann – neben einer vertraglichen Bindung – allein das Urheberrecht begründen, in dem der Webseitenbetreiber den Abruf bedingt. Existiert keine solche technisch besicherte Bedingung, erlaubt das Urheberrecht den Abruf. Damit verweist dieses Argument ebenso auf urheberrechtliche Erwägungen.

(4) Unfähigkeit der Nutzer zur eigenständigen Blockade

Die Rechtmäßigkeit von Werbeblockern für das Fernsehen wurde häufiger mit dem Argument begründet, dass diese lediglich das Umschalten automatisierten und dahingehend nur ein ohnehin erlaubtes Verhalten vereinfachten.[1464] Im Umkehrschluss dazu begründen manche die Unlauterkeit damit, dass durchschnittliche Nutzer Werbung im Internet nicht blockieren könnten.[1465]

Diese Argumentation verweist implizit auf das Vorhandensein einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG. Allein diese Norm stellt Voraussetzungen auf, unter denen ein Abruf von Inhalten verboten ist.[1466] Fehlt es demgegenüber an einer technischen Beschränkung, so ist es irrelevant, ob der Durchschnittsnutzer zum Umgehen ein Hilfsmittel braucht. Hier liegt gerade keine technische Beschränkung im Sinne des

1462 Zum Nichtbestehen eines Vertrags unten, 4. Teil § 11 A. II. (S. 403).

1463 Ähnlich *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 46 – *Adblock Plus*; *Nink* CR 2017, 103, 107; vgl. auch *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 257; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 188 ff.

1464 Vgl. *OLG Frankfurt* NJW 2000, 2029, 2029 f. – *Fernsehfee II*; vgl. *KG* MMR 2002, 483, 484 – *Fernsehfee*; ZUM-RD 2000, 17, 19 – *TV-Werbeblocker*; *LG Frankfurt a. M.* MMR 1999, 613, 614 – *Fernsehfee*; Fezer/*Osterrieth/Schönig*, S 1 Rn. 263; *Fritzsche* LMK 2004, 192, 193; *Funk/Zeifang* MMR 2004, 665, 666.

1465 *LG Berlin* K&R 2016, 360, 361; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 56 (juris); *Thomale* MMR 2017, 789, 790; dagegen *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 256; *Weiler* jM 2019, 280, 282; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 201.

1466 Man könnte ebenso an § 95a UrhG denken, allerdings ist, wie oben gezeigt (2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (b) (S. 211)), im hier vorliegenden Kontext nach § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG notwendige Voraussetzung für einen entsprechenden Schutz.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 19a UrhG vor, sodass der Abruf der Inhalte erlaubt ist. Andernfalls würden die Voraussetzungen des § 19a UrhG unterlaufen und das Urheberrecht überdehnt.

(5) Zweck des Blocklistings

Eine Unlauterkeit wegen des Zwecks des Blocklistings wird verschiedentlich angedeutet, wenn davon gesprochen wird, dass Sinn und Zweck des Werbeblockers nicht sein dürfe, dem Betreiber eine Einnahmequelle zu verschaffen.[1467] Man kann entweder grundsätzliche Bedenken wegen einer Kommerzialisierung des Blocklistings (a) haben oder eine solche vor allem im Falle des Allowlistings als Zweck (b) ablehnen.

(a) Kommerzialisierung

Dass das Blocklisting dem Allowlisting dient, hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Beurteilung des Blocklistings. Zuerst liegt das daran, dass eine Kommerzialisierung des Blocklistings grundsätzlich erlaubt ist. Da nach der urheberrechtlichen Wertung der Zugang frei ist, kann dieser so geschaffene Zugang ebenso frei kommerzialisiert werden. Der Vermögenswert „Zugang zu den Inhalten" ist dem Webseitenbetreiber aufgrund seiner eigenen Entscheidung – dem unbeschränkten Einstellen – nicht mehr zugewiesen und damit prinzipiell nutzungsfrei. Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass die unterbliebene Differenzierung des Urheberrechts bezüglich der Nutzung bewusst geschieht, denn das Urheberrecht unterscheidet in anderen Normen zwischen privaten und kommerziellen Nutzungen, z. B. in § 53 Abs. 1 UrhG (Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL) oder § 60e Abs. 4 UrhG (Art. 5 Abs. 3 lit. n InfoSoc-RL). Fehlt demgegenüber eine Differenzierung, wie hier, regelt das Urheberrecht – sofern keine zusätzlichen unlauterkeitsbegründenden Umstände oder technische Beschränkungen vorliegen[1468] – abschließend die Frage, ob die Leistung des Webseitenbetreibers durch den Werbeblockerbetreiber kommerzialisiert werden darf.

1467 *Raue* WRP 2017, 1363, 1364; *Kiersch*, Adblocking, S. 163; vgl. auch *BGH* BeckRS 2019, 24563, Rn. 42 – *Werbeblocker III* (zum Kartellrecht).

1468 Vgl. 4. Teil § 8 A. II. 2. b) (S. 377).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(b) Allowlisting

Eine Unlauterkeit könnte sich höchstens aufgrund der Art und Weise der Kommerzialisierung ergeben, konkret dem Allowlisting. Allerdings ist diese Beurteilung – Art und Weise des Erzwingens geschäftlicher Entscheidungen – bereits in § 4a UWG geregelt.[1469] Würde man nun eine Beurteilung des Allowlistings inzident – an den Maßstäben des § 4a UWG – thematisieren, so würde dies neben der Anspruchsberechtigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG die Beschränkung des Schutzes auf Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer in § 4a Abs. 1 S. 1 UWG umgehen.[1470] Darüber hinaus scheidet eine Beurteilung des Blocklistings zum Zwecke des Allowlistings an den Maßstäben des § 4a UWG deshalb aus, weil die hier relevante geschäftliche Handlung das Blocklisting zu Zwecken des Allowlistings *gegenüber den Nutzern*[1471] ist. Insoweit fehlt es also an einer für § 4a UWG erforderlichen geschäftlichen Entscheidung der Webseitenbetreiber bzw. Werbetreibenden.[1472] Das Ziel des Allowlistings führt somit nicht zu einer Unlauterkeit im Rahmen der hier behandelten geschäftlichen Entscheidung.[1473]

cc) Ergebnis

Die hier besprochenen Argumente und Interessen zeigen, dass die Rechtsprechung und Literatur in Bezug auf Werbeblocker vor allem mit im Kern urheberrechtlichen Erwägungen argumentieren. So werden die von den Beteiligten ins Feld geführten Interessen umfassend vom Urheberrecht berücksichtigt und in Ausgleich gebracht. Rekurrieren Rechtspre-

1469 Vgl. *Köhler* GRUR 2019, 123, 127.

1470 Allerdings nur in Bezug auf die Webseitenbetreiber, für die Werbetreibenden kann man eine Mitbewerberstellung begründen (3. Teil § 5 B. II. 2. (S. 318)), allerdings fehlt es weiterhin an einer von der geschäftlichen Handlung erfassten Entscheidung (2. Teil § 4 B. III. 2. b) (S. 146)).

1471 Zur geschäftlichen Handlung und der Relevanz der geschäftlichen Entscheidung 2. Teil § 4 A. III. 3. (S. 115).

1472 Eine solche kommt nur dann infrage, wenn sich das Blocklisting zu Zwecken des Allowlistings an die Webseitenbetreiber bzw. Werbetreibenden wendet und diese in ihrer geschäftlichen Handlung beeinflusst werden sollen, vgl. dazu 3. Teil § 5 (S. 308).

1473 Zur Lauterkeit, wenn die geschäftliche Entscheidung durch die Webseitenbetreiber bzw. Werbetreibenden getroffen wird, 3. Teil § 5 B. III. (S. 322) und C. (S. 335).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chung und Literatur auf die Nichtvornahme von Sperren, das Fehlen eines „Deals" oder die Unfähigkeit des Nutzers zur eigenständigen Blockade so liegt darin letztlich der Verweis darauf, dass die Voraussetzungen einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG fehlen. Das ebenso angeführte unternehmerische Risiko ist im Kern nichts anderes als die logische Konsequenz aus dem urheberrechtlichen Exklusivitätsrecht, dass die Nutzer frei entscheiden, ob der jeweilige Inhalt die Erfüllung der (verpflichtenden) Bedingung wert ist.

Damit erfasst das Urheberrecht die genannten Aspekte abschließend, sodass eine Vorwegnahme des Ergebnisses durch das Urheberrecht naheliegt.

c) Keine zusätzlichen, unlauterkeitsbegründenden Umstände

Neben den gerade dargestellten, von der urheberrechtlichen Wertung berücksichtigten Aspekten, setzen einige bei Umständen an, die nicht vom Urheberrecht erfasst sind und dementsprechend ein abweichendes Ergebnis rechtfertigen können. Diese zusätzlichen, unlauterkeitsbegründenden Umstände setzen ein über den Sonderschutztatbestand hinausgehendes, lauterkeitsrechtlich missbilligtes Verhalten voraus.[1474]

Als solche Umstände kommen eine Verdrängungsabsicht[1475] (aa) und eine unmittelbare Beeinträchtigung des Produkts der Webseitenbetreiber (bb) in Betracht, da dem Urheberrecht diese Umstände – Vorsatz zur Verdrängung und Einwirkungen auf Produkte – fremd sind. Auch auf die ebenfalls ungeregelten Umstände der Berücksichtigung der Belästigung durch Internetwerbung (cc) und das Verschmelzen von Inhalten mit Werbung (dd) infolge der Verbreitung von Werbeblockern soll kurz eingegangen werden.

aa) Verdrängungsabsicht

Zurückgehend auf das Verbot des fremdschädigenden Handelns[1476] liegt nach der Rechtsprechung eine unlautere Behinderung vor, wenn die Maßnahme von einer Verdrängungsabsicht getragen ist, der Handelnde also

---

1474 Vgl. *BGH* GRUR 2017, 79, 89 Rn. 96 – *Segmentstruktur*; *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 698; dazu bereits oben, 2. Teil § 4 C. IV. 1. a) (S. 257).

1475 Vgl. *Ohly* GRUR 2017, 91.

1476 GK UWG/*Pfeifer*, UWG § 4 Nr. 10 Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Zweck verfolgt, einen Mitbewerber an seiner wettbewerblichen Entfaltung zu hindern und ihn dadurch vom Markt zu verdrängen.[1477] Diese Absicht ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Maßnahme ihrer Natur oder den Umständen nach keinen anderen Zweck haben kann,[1478] sie also keine Rechtfertigung im Sinne der Förderung des eigenen Wettbewerbs besitzt.[1479]

Wenige nehmen eine Verdrängungsabsicht in Bezug auf werbefinanzierte redaktionelle Inhalte an, da das Produkt „Webseite" inhaltlich beschränkt auf Werbung blockiert werde.[1480] Für eine Gezieltheit spreche auch die Aufnahme webseiten-spezifischer Filterbefehle.[1481] Der Werbeblocker schaffe darüber hinaus nichts Eigenes.[1482]

Fast einhellig wird aber eine Verdrängungsabsicht abgelehnt. Die Hersteller von Werbeblockern wollen mit ihrem Geschäftsmodell jedoch nicht Anbieter von werbefinanzierten Webseiten komplett verdrängen, denn allein ihre Existenz kann die Nutzung eines Werbeblockers rechtfertigen,[1483] ein solches Verhalten wäre „widersinnig"[1484]. Das Handeln ist, anders als behauptetet, nicht rein fremdschädigend,[1485] da die Anbieter von Werbeblockern damit ihre angebotene Leistung erbringen. Die Ausfilterung von (unerwünschter) Werbung bietet für die Kunden einen geldwerten Nut-

1477 *BGH* GRUR 2014, 785, 788 Rn. 23 – *Flugvermittlung im Internet*; GRUR 2011, 1018, 1023 Rn. 65 – *Automobil-Onlinebörse*; GRUR 2010, 346, 347 Rn. 12 – *Rufumleitung*; GRUR 2009, 878, 880 Rn. 13 – *Fräsautomat*.

1478 *BGH* GRUR 2015, 607, 608 Rn. 17 – *Uhrenankauf im Internet*; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4 Rn. 4.9.

1479 GK UWG/*Pfeifer*, UWG § 4 Nr. 10 Rn. 28.

1480 *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 46 (juris); *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 30.

1481 *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 46 (juris).

1482 *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 31.

1483 *Nink* CR 2017, 103, 107; *Rostam* InTer 2017, 146, 148; vgl. im Kontext der Vorbereitung des Allowlistings *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 613 Rn. 106 – *Adblock Plus*; *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 105 – *Whitelisting II*; BeckRS 2017, 122821, Rn. 155 – *Whitelisting I*, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*; *LG München I* MMR 2015, 660, 663; GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 41 – *Adblock Plus*; *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; *Kreutz* WRP 2018, 621 f.; *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 698; zu Fernseh-Werbeblockern *LG Frankfurt a. M.* MMR 1999, 613, 614 – *Fernsehfee*.

1484 Vgl. zu diesem Argument *Becker* GRUR 2017, 346, 351.

1485 So aber *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 30.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zen.[1486] Das Verhalten ist dem Wettbewerb somit immanent.[1487] Zudem richtet sich die Beeinträchtigung der Werbung nicht gezielt an bestimmte Webseiten,[1488] sondern stellt lediglich einen Reflex dar, der aus einer möglichst hohen Attraktivität des Produkts folgt.[1489] Gleichzeitig wird durch das Blocklisting ein eigener Absatzmarkt für das Allowlisting begründet, der darüber hinaus auf die Existenz werbefinanzierter Webseiten angewiesen ist.[1490] Dementsprechend sind Werbeblocker nicht unter dem Aspekt des fremdschädigenden Handelns unlauter.[1491]

bb) Unmittelbare Beeinträchtigung

Manche führen als Grund für eine Unlauterkeit an, dass Werbeblocker das Produkt Webseite unmittelbar beeinträchtigen bzw. die Einheit der Dienstleistung[1492] zerstören würden, indem in den intendierten Programmablauf der Webseite[1493] eingegriffen werde. Dies sei eine unmittelbare Beeinträchtigung, da auf die Webseite als einheitliches Produkt eingewirkt werde.[1494] Zwar ist dabei anerkannt, dass die unmittelbare Ein-

1486 Zu den Motiven zum Einsatz von Werbeblockern siehe oben, 1. Teil § 1 A. III. (S. 35).

1487 *Nink* CR 2017, 103, 107.

1488 Vgl. *BGH* BeckRS 2019, 24563, Rn. 13 – *Werbeblocker III* (zum Boykottaufruf).

1489 *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 613 Rn. 102 – *Adblock Plus*.

1490 Vgl. *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 88.

1491 Ebenso: *Nink* CR 2017, 103, 107; *Kreutz* WRP 2018, 621 f.; *Pfeifer* AfP 2016, 5, 9; *Rostam* InTer 2017, 146, 148; *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 698; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 180; zu kostenlosen Werbeblockern mit Allowlisting *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 34 – *Adblock Plus*; *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 613 Rn. 103 – *Adblock Plus*; *OLG München* BeckRS 2017, 122821, Rn. 155 – *Whitelisting I*, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*; zu Fernseh-Werbeblockern *KG* MMR 2002, 483, 484 – *Fernsehfee*; dagegen eine Verdrängungsabsicht für Werbeblocker im Internet bejahend *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 46 (juris); *Thomale* MMR 2017, 789, 790.

1492 Vgl. die Revisionsbegründung nach *BGH* GRUR 2018, 1251, 1254 Rn. 27 – *Werbeblocker II*; vgl. auch *LG Frankfurt a. M.* K&R 2016, 134, 135.

1493 *LG Berlin* K&R 2016, 360, 361; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 44 (juris).

1494 *LG Berlin* K&R 2016, 360, 361; *LG Frankfurt a. M.* K&R 2016, 134, 135; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 43 (juris); *Thomale* MMR 2017, 789, 790; *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 30 „unmittelbarere und gezieltere Behinderung […] kaum denkbar"; vgl. auch *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 339;

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wirkung auf Produkte fremder Unternehmen eine gezielte Behinderung darstellt.[1495] Ebenso ist Konsens, dass dies regelmäßig für das Zerstören fremder Werbung gilt.[1496] Gegen eine unmittelbare Beeinträchtigung wendet die Mehrheit in Lehre und Rechtsprechung jedoch ein, dass auf den Servern keine Veränderungen stattfänden und auch nicht anders auf das Produkt eingewirkt werde (1).[1497] Andere betonen, dass die Unmittelbarkeit bzw. Gezieltheit durch die Entscheidung der Nutzer zur Installation entfalle (2).[1498]

(1) Keine unmittelbare Einwirkung auf das Produkt

Aufgrund der Grundstruktur von Webseiten und des insoweit ungesicherten Einstellens der Webseite hat der Webseitenbetreiber in diese Handlung

---

ablehnend *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 363: „was auch immer damit genau gemeint ist".

1495 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1254 Rn. 29 – *Werbeblocker II* m. w. N.

1496 *BGH* GRUR 2017, 92, 94 Rn. 21 – *Fremdcoupon-Einlösung*; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4 Rn. 4.71 m. w. N.

1497 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1806 Rn. 42 – *Adblock Plus*; *OLG München* MMR 2017, 756, 762 Rn. 158 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 39 – *Adblock Plus*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 44 – *Adblock Plus*; *Herrmann/Laoutoumai* IPRB 2014, 272, 274; *Hoeren* K&R 2013, 757, 759; *Kreutz* WRP 2018, 621, 622; *Luckhaus* MMR 2017, 765, 766; *Luckhaus* K&R 2016, 313, 314; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 238; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 95; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 192 f.; offengelassen von *BGH* GRUR 2018, 1251, 1254 Rn. 28 – *Werbeblocker II*.

1498 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1254 Rn. 30 – *Werbeblocker II*; *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 614 Rn. 107 – *Adblock Plus*; *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 44 – *Adblock Plus*; *OLG München* MMR 2017, 756, 762 Rn. 160 – *Whitelisting I*; *LG München I* MMR 2015, 660, 664; GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 52 – *Adblock Plus*; *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 364; Fezer/*Osterrieth/Schönig*, S 1 Rn. 263, 266; *Beater* AfP 2017, 277, 281; *Fritzsche* LMK 2004, 192, 194; *Gomille* GRUR 2017, 241, 247; *Herrmann/Laoutoumai* IPRB 2014, 272, 274; *Hoeren* K&R 2013, 757, 759; *Kreutz* WRP 2018, 621, 622; *Luckhaus* MMR 2017, 765, 766; *Recke* K&R-Beilage 2016, 22, 26; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 237; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 195 für das Element Hiding; zu Fernseh-Werbeblockern *BGH* NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I*; *KG* MMR 2002, 483, 484 – *Fernsehfee*; *OLG Frankfurt* NJW 2000, 2029, 2029 f. – *Fernsehfee II*; *LG Frankfurt a. M.* MMR 1999, 613, 614 – *Fernsehfee*; dagegen *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 339: bewusstes Verleiten zum einseitigen Bruch des Austauschverhältnisses.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:12
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

seine schlichte Einwilligung gegeben. Bereits dieses (urheberrechtliche) Argument schließt eine unmittelbare Beeinträchtigung aus.

Dies gilt erst recht, wenn man sich die technische Seite vor Augen führt. Das Endgerät des Nutzers wirkt lediglich derart auf den Server ein, dass es Daten abruft, die ohnehin zum Abruf bereitgehalten werden. Einziger Unterschied ist aus Sicht des Webseitenbetreibers, dass die Nutzer die werblichen Elemente nicht abrufen oder darstellen, auf die der HTML-Code verlinkt bzw. die dieser enthält. Diese Elemente spielen jedoch zumeist Werbeanbietern aus, sodass sich der Nichtabruf auf die Server der Webseitenbetreiber ohnehin nicht auswirkt. Selbst wenn von den gleichen Servern werbliche und gewünschte Inhalte abgerufen werden, so entspricht der teilweise Nichtabruf nur dem Verhalten, wenn die Verbindung zum Nutzer abbricht, z. B. weil dieser das Browserfenster geschlossen hat. Dass dieses Verhalten die Server übermäßig belastet, ist nicht nachvollziehbar, da vielmehr der Datenverkehr und die Serverlast reduziert werden. Gleichzeitig erfolgt der Abruf gerade mit Einwilligung in die Nutzung. Besteht eine solche Einwilligung auf urheberrechtlicher Ebene, muss diese ebenso die insoweit notwendige Nutzung der Server (Übertragungskapazität) erfassen. Gleiches gilt für das Element Hiding[1499]. Auch dieses verändert nur im Rahmen der Einwilligung die jeweilige Webseite. Werbeblockerbetreiber wirken damit nicht unmittelbar auf das Produkt ein.

(2) Dazwischentreten des Nutzers

Dass die Werbeblockerbetreiber die Webseitenbetreiber nicht unmittelbar und darüber hinaus nicht gezielt beeinträchtigen, begründen viele mit dem Dazwischentreten des Nutzers und dessen Interessen. Dieser treffe eine selbstbestimmte Entscheidung dahingehend, dass er den Werbeblocker installiere und keine Werbung sehen wolle.[1500] Teilweise wird kritisch

1499 Bei diesem werden heruntergeladene Elemente der Webseite unsichtbar gemacht, dazu oben, 1. Teil § 1 B. IV. 2. (S. 50).

1500 *BGH* NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I*; *OLG München* MMR 2017, 756, 763 Rn. 163 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 36 – *Adblock Plus*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 46 – *Adblock Plus*; MMR 2015, 660, 665; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Omsels*, UWG § 4 Rn. 75; *Hoeren* K&R 2013, 757, 760; *Rostam* InTer 2017, 146, 150; *Witte* ITRB 2018, 34, 36; für eine Werbebehinderung *LG Berlin* ZUM-RD 2000, 144, 148 (Fernsehwerbeblocker).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

angemerkt, dass dieses Argument für sich keine Rechtmäßigkeit begründen könne, da es nichts über die Lauterkeit des Verhaltens selbst aussage.[1501]

Es ist den Kritikern zuzustimmen, dass allein das Vorliegen einer Nutzerentscheidung kein Argument *für* die Lauterkeit eines Verhaltens ist. Vielmehr folgt aus dem Vorliegen einer unbeeinträchtigten Nutzerentscheidung nur, dass aus diesem Grund, Beeinträchtigung der Nutzerentscheidung, keine Unlauterkeit vorliegt.[1502] Das zeigt sich auch in einem Urteil des *LG Hamburg* zu einem Add-on, das im Zuge der Installation einer Antivirensoftware (mit)installiert wurde und direkt in Webshops Dritter Vergleichsangebote für die angezeigten Produkte einblendete.[1503] Das *LG Hamburg* leitete die Unlauterkeit daraus her, dass der Nutzer nicht mit einer Installation des Add-ons bei einer Antivirensoftware rechne[1504] und nahm damit eine täuschungsähnliche Handlung des Anbieters an. Andere kommen dementsprechend zu einer Lauterkeit, sofern der Nutzer die Software bewusst installiere.[1505]

Maßstab für die Frage, ob eine Entscheidung der Nutzer unbeeinträchtigt ist, sind grundsätzlich die §§ 4a–5a, 3 Abs. 2 UWG. Diese sind die Umsetzung der entsprechenden Vorschriften der UGP-Richtlinie, die abschließend (vgl. Art. 4 UGP-RL) die Irreführung von Verbrauchern regelt. Da das deutsche Gesetz den Schutz der Tatbestände, die die Richtlinie umsetzen, auf sonstige Marktteilnehmer erstreckt hat (vgl. §§ 4a ff. UWG), ist von einem grundsätzlich gleichen Niveau auszugehen. In jedem Fall schützt das deutsche Recht sonstige Marktteilnehmer nicht stärker als nach der UGP-RL bezüglich der Verbraucher geboten.[1506] Da auch mittelbar kein anderes Schutzniveau in Bezug auf Verbraucher gelten darf,[1507] sind die Wertungen der UGP-RL im Rahmen der nationalen mitbewerberschützenden Tatbestände zu beachten.[1508] Möchte man also eine Unlauter-

1501 Ähnlich *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 364; *Kiersch,* Adblocking, S. 141; vgl. auch *Hoche/Polly* IPRB 2015, 231, 234; *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 30: Vergleich mit Boykottaufruf; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 225: Vergleich mit Schadsoftware.

1502 Vgl. *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 104 ff.

1503 *LG Hamburg* WRP 2015, 495, 496 Rn. 12 – *„SafePrice"-Funktion*.

1504 *LG Hamburg* WRP 2015, 495, 500 Rn. 34 f. – *„SafePrice"-Funktion*.

1505 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Omsels*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 71; Juris-PK-UWG/*Müller-Bidinger*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 68.

1506 Vgl. Fezer/*Pfeifer/Obergfell*, UWG § 5 Rn. 178k.

1507 *EuGH* GRUR Int. 2013, 936, 937 Rn. 24 – *Euronics*.

1508 *Köhler* GRUR 2008, 841, 846 f.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit aufgrund einer beeinträchtigten Entscheidung der Verbraucher als Nutzer bejahen, so muss das täuschende Verhalten die Schwelle der Irreführungstatbestände (Art. 6 f. UGP-RL)[1509] der UGP-RL erreichen bzw. die diese umsetzenden und richtlinienkonform auszulegenden[1510] §§ 3 Abs. 2, 3, 4a ff. UWG.[1511] Das Argument des Dazwischentretens des Nutzers ist deshalb so zu lesen, dass eine informierte und freie Entscheidung im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 3, 4a ff. UWG der Nutzer vorliegt und damit kein zusätzlicher, unlauterkeitsbegründender Umstand gegeben ist.

Bei allowlistenden Werbeblockern wird im Regelfall eine Täuschung der Nutzer ausscheiden, insbesondere ist davon auszugehen, dass klar über das Vorhandensein des Allowlistings informiert wird.[1512] Auch ansonsten wird eine freie und selbstbestimmte Entscheidung der Adressaten der geschäftlichen Handlung vorliegen bzw. hier vorausgesetzt. Damit führt nicht das Dazwischentreten der Nutzer zur Rechtmäßigkeit des Verhaltens, sondern die Abwesenheit einer Irreführung führt nicht zu einer Rechtswidrigkeit.

cc) Berücksichtigung der Belästigung durch Internetwerbung

Bei der Frage, ob Werbeblocker rechtmäßig sind, soll nach einer Literaturstimme zu berücksichtigen sein, inwiefern die jeweilige Werbung belästigenden Charakter hat.[1513] Diesen belästigenden Charakter nimmt sie für einen Großteil der Werbeanzeigen an, die animiert sind oder sich dem Nutzer aufdrängen,[1514] wie z. B. Werbeanzeigen vor einem Video mit einer Länge von mehr als 10 Sekunden.[1515]

Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass es nach hier vertretenem Verständnis auf die Belästigung durch die Werbung nicht ankommt. Die urheberrechtliche Wertung erlaubt gerade den partiellen Seitenaufruf ohne Rücksicht auf die unterdrückten Inhalte. Damit ist es auch irrelevant, inwiefern die Inhalte die Nutzer „belästigen".

1509 Sowie der Verbote aus dem Anhang.
1510 Fezer/*Pfeifer/Obergfell*, UWG § 5 Rn. 12.
1511 Vgl. *Köhler* GRUR 2008, 841, 847.
1512 *Hoeren* K&R 2013, 757, 761.
1513 *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 181.
1514 Vgl. *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 193.
1515 *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 190 f.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dd) Verschmelzen von Werbung und Inhalten

Teilweise wird befürchtet, dass die Webseitenbetreiber als Reaktion auf Werbeblocker (bzw. das unterbliebene Verbot) das Trennungsgebot aufweichen würden.[1516] Dieses soll eine deutliche optische Trennung zwischen Werbung und sonstigen Inhalten sicherstellen. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass in Bezug auf Werbung im Internet keine optische Verschmelzung der Inhalte droht. Eine „Tarnung" der Inhalte setzt nicht auf optischer, sondern auf technischer Ebene an.[1517] Darüber hinaus kann es kein Argument sein, dass Nachteile auf der einen Seite – Verlust von Werbeeinnahmen – durch rechtswidriges Verhalten auf der anderen Seite – Verstöße gegen das Trennungsgebot – ausgeglichen werden.[1518] Insoweit droht durch Werbeblocker keine „Erosion" des Trennungsgebots.[1519]

Gleiches gilt für die Überlegung, dass Nutzer ohne Werbeblocker stärker „belästigt" werden, damit die durch Werbeblocker verringerten Abrufraten von Werbung ausgeglichen werden. Dem setzt jedoch § 7 UWG, ggf. auch §§ 4a, 5, 5a, 3 Abs. 2 UWG, eine Grenze. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass insoweit der Markt – in Gestalt einer Flucht der Nutzer – regelnd eingreift.

d) Ergebnis

Wie gezeigt, basiert die Rechtmäßigkeit des Blocklistings auf der urheberrechtlichen Wertung, dass der vorübergehende[1520] Abruf insoweit unbeschränkt zugänglich gemachter Inhalte rechtmäßig ist. Diese aufgrund der negativen Begrenzungsfunktion des Urheberrechts auch im Lauterkeitsrecht als Ausgangspunkt zu beachtende Wertung erfasst alle nach Rechtsprechung und Lehre maßgeblichen Interessen im Zusammenhang mit der Benutzung des Werbeblockers.

Gleichzeitig sind keine sonstigen Umstände gegeben, die außerhalb des vom Urheberrecht geregelten Bereichs liegen und deshalb eine Unlau-

1516 *Derfler/Leven* K&R 2018, 768, 769 f.; vgl. zu Fernseh-Werbeblockern *Ernst* ZUM 2004, 751, 756; *Ladeur* GRUR 2005, 559, 562.
1517 Vgl. dazu oben, 1. Teil § 1 B. VII. 5. (S. 61).
1518 So aber *Derfler/Leven* K&R 2018, 768, 770.
1519 Fezer/*Osterrieth/Schönig*, S 1 Rn. 262; eine Erosion aber offenbar generell annehmend *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 210.
1520 Im Sinne des § 44a Nr. 2 UrhG als Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

terkeit begründen könnten. Die insoweit vorgebrachten Argumente sind nicht stichhaltig und rechtfertigen damit keine Abweichung von der urheberrechtlichen Wertung.

Das Verhalten ist grundsätzlich rechtmäßig, da das Urheberrecht sich bewusst gegen einen Schutz entschieden hat und dieser nicht „unter falscher Flagge“[1521] durch das Lauterkeitsrecht (wieder) begründet werden darf. Diese Determinierung ist über das nationale Verhältnis zwischen Urheber- und Lauterkeitsrecht zu begründen und setzt so die Vorgaben der insoweit vollharmonisierenden InfoSoc-RL um. Damit sind Werbeblocker nicht als gezielte Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG anzusehen.[1522] Ein

1521 *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 697.

1522 Im Ergebnis ebenso zu Werbeblockern generell *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 613 f. Rn. 106 – *Adblock Plus*; *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 46 – *Adblock Plus*; *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 363; Fezer/*Osterrieth/Schönig*, S 1 Rn. 266; Fezer/*Götting/Hetmank*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 119; *Beater* AfP 2017, 277, 280 f.; *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 247, anders aber im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB: Ausnahmen für Presseseiten; *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 11; *Fritzsche* WRP 2016, 1036; *Herrmann/Laoutoumai* IPRB 2014, 272, 274; *Hoeren* EWiR 2004, 1193, 1194; *Nink* CR 2017, 103, 105 ff.; *Köhler* WRP 2014, 1017, 1019 Rn. 14; vgl. im Rahmen einer Abwägung der Grundrechte *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 322; *Luckhaus* IPRB 2017, 34, 35; *Rostam* InTer 2017, 146, 151; vgl. *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300, 303; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 237; *Kiersch,* Adblocking, S. 148; *Piras,* Virtuelles Hausrecht?, S. 209; zu kostenlosen Werbeblockern mit Allowlistingfunktion *BGH* GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 41 – *Werbeblocker II*; *OLG München* MMR 2017, 756, 762 Rn. 154 ff. – *Whitelisting I*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 33 – *Adblock Plus*; *LG Köln* BeckRS 2015, 20248 – *Whitelisting*; *LG München I* MMR 2015, 660, 663; GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 38 – *Adblock Plus*; *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1407; *Glöckner* ZUM 2018, 844, 853; *Hoeren* K&R 2013, 757, 761; *Kreutz* WRP 2018, 621, 622; *Krüger* GRUR-Prax 2016, 322, 323; *Luckhaus* MMR 2017, 765, 766; *Pfeifer* AfP 2016, 5, 9; *Raue* WRP 2017, 1363, 1363 Rn. 6; *Recke* K&R-Beilage 2016, 22, 26; *Telle* AnwZert ITR 13/2015, Anm. 2, B. II.; *Weiler* jM 2019, 280, 283; *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 698; *Zerbst* jurisPR-ITR 25/2018, Anm. 3, C.; *Ziegelmayer* CR 2017, 668, 669; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 228 f.; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 274; *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; kritisch *Derfler/Leven* K&R 2018, 768, 769; eine Unlauterkeit beim Allowlisting bejahend *LG Frankfurt a. M.* K&R 2016, 134, 135; Fezer/*Mankowski*, S 12 Rn. 75c; *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 247; *Gomille* GRUR 2017, 241, 248; *Thomale* MMR 2017, 789, 790; *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 30; eine Unlauterkeit bei kostenpflichtigen Werbeblockern bejahend *LG Berlin* K&R 2016, 360, 361; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 42 ff. (juris); zu Fernseh-Werbeblockern im Ergebnis wie hier *BGH* NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I*; *KG* MMR 2002, 483, 485 – *Fernsehfee*; *LG Frankfurt a. M.* MMR 1999, 613, 614 – *Fern-*

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anspruch der Webseitenbetreiber gem. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG scheidet damit aus.

VI. Ergebnis

Werbeblocker sind in Bezug auf das Blockieren von Werbung nicht gem. § 4 Nr. 4 UWG unlauter, da hierin keine gezielte Behinderung gesehen werden kann. Dass die vorliegende Behinderung nicht gezielt im Sinne der Norm ist, liegt an der insoweit abschließenden urheberrechtlichen Wertung. Diese Wertung besagt, dass Vervielfältigungen von Inhalten im Rahmen des § 44a Nr. 2 UrhG rechtmäßig sind und keine öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) durch Werbeblocker vorliegt, sofern der Rechtsinhaber keine technisch wirkenden Beschränkungen[1523] getroffen hat, die z. B. den Abruf ohne Werbung verhindern, oder sonstige zusätzliche unlauterkeitsbegründende Umstände vorliegen.

Die Voraussetzungen für die Übertragung der urheberrechtlichen Wertung liegen vor. Das setzt zuerst voraus, dass Werbeblockersperren[1524] mit Blick auf die hierzu erforderliche Erkennung erlaubt sind. Dass die Werbung empfangen wird, also kein aktiver Werbeblocker verwendet wird, darf auch ohne Zustimmung des Nutzers gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO überprüft werden, es ist lediglich über die Verwendung der Daten zu informieren und der Nutzer auf sein Widerspruchsrecht hinzuweisen.

Die urheberrechtliche Wertung passt auch dahingehend, als dass die Umgehung technischer Beschränkungen zu Ansprüchen wegen der Verletzung des Urheberrechts führt. Bedient sich der Nutzer eines umgehenden Werbeblockers, der also die Erkennung täuscht und die Werbung ausblendet, so handelt auch der Werbeblockerbetreiber rechtswidrig. In der Zugangseröffnung entgegen dem technisch besicherten Willen des Webseitenbetreibers (technische Beschränkung) liegt eine öffentliche Zu-

---

sehfee; JurisPK-UWG/*Müller-Bidinger*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 107; *Fritzsche* LMK 2004, 192, 193; *Funk/Zeifang* MMR 2004, 665; *Lettl* BB 2005, 1913, 1918; *Ulrich* EWiR 2000, 47, 48; für Fernseh-Werbeblocker eine Unlauterkeit annehmend *LG Berlin* ZUM-RD 2000, 144, 148 unter Verweis auf die Rundfunkfreiheit; *Apel*, FS Hertin (2000), S. 337, 354; *Ladeur* GRUR 2005, 559, 562.

1523 Zum Erfordernis technisch wirkender Beschränkungen 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (c) (S. 78), zu den konkreten Anforderungen 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).

1524 Im Sinne einer (Aus-)Sperrung von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG. Dementsprechend sind Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche gem. § 97 UrhG begründet. Ebenso verletzen die Nutzer das Urheberrecht (§ 16 UrhG) durch den Abruf von insoweit gesperrten Webseiten mit einem umgehenden Werbeblocker. In der Praxis sind allerdings konkrete Ansprüche gegen die Nutzer nur selten gegeben bzw. durchsetzbar.

Aufgrund der Ansprüche gegen die Webseitenbetreiber und der prinzipiellen Rechtswidrigkeit des Abrufs durch Nutzer ist die Wertung des Urheberrechts auf den vorliegenden Fall übertragbar, sodass insbesondere kein Bedürfnis für einen ergänzenden Leistungsschutz besteht. Die Übertragung selbst gebietet das deutsche Recht, eine richtlinienkonforme Auslegung anhand der vollharmonisierenden InfoSoc-RL kommt zu keinem anderen Ergebnis. Das nationale Recht sieht das Urheberrecht als Sonderschutztatbestand im Verhältnis zum Lauterkeitsrecht an und berücksichtigt damit ohnehin die urheberrechtlichen Wertungen. Damit determiniert die negative Begrenzungsfunktion des Urheberrechts das lauterkeitsrechtliche Abwägungsergebnis. Dieses Ergebnis wird davon gestützt, dass das Urheberrecht insoweit die maßgeblichen Interessen regelt und gleichzeitig ein Großteil der in Rechtsprechung und Lehre angesprochenen Argumente auf urheberrechtliche Wertungen zurückgeführt werden kann. Eine Abweichung von dem durch die urheberrechtliche Wertung vorgegebenen Ergebnis ist zwar prinzipiell bei ergänzenden unlauterkeitsbegründenden Umständen möglich, solche liegen aber hier nicht vor. Deshalb ist die geschäftliche Handlung des Vertreibens[1525] des Werbeblockers zum Zwecke des Allowlistings gegenüber Nutzern nicht gem. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG unlauter.

Dabei ist zu beachten, dass das Allowlisting hier allein die Gegenleistung beschreibt und damit keine Aussage darüber getroffen wird, ob das Allowlisting als Verhalten im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG rechtmäßig ist. Vereinfacht gesagt: Es ist lauter, Werbung auf Webseiten zu blockieren und sich dafür von den Nutzern die Möglichkeit einräumen zu lassen, ihnen in gewissem Maße Werbung anzeigen zu können. Das sagt grund-

1525 Die in der Praxis natürlich weiter zu formulieren ist, hier aber aus Platzgründen unterbleibt, vgl. den Antrag *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1083 – *Adblock Plus*: „[ein Programm] anzubieten, zu bewerben, zu pflegen oder zu vertreiben oder anbieten, bewerben, pflegen oder vertreiben zu lassen […]."

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sätzlich[1526] nichts darüber aus, inwiefern das Verhalten des Angebots einer Allowlistingvereinbarung bzw. des Allowlistings selbst rechtmäßig ist.[1527]

D. Weitere Tatbestände des UWG

Neben der gezielten Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG wird auch eine allgemeine Marktbehinderung (I.) als ungeschriebener Tatbestand des § 3 Abs. 1 UWG als Verbotsgrundlage in Erwägung gezogen. Wenige Autoren gehen auf das virtuelle Hausrecht (II.) ein.

I. Allgemeine Marktbehinderung

Häufig wird ein Eingreifen des Tatbestands der allgemeinen Marktbehinderung angedacht. Der wesentliche Unterschied der allgemeinen Marktbehinderung gem. § 3 Abs. 1 UWG[1528] im Vergleich zur gezielten Behinderung ist der Ansatz, dass die Handlung als bedenkliches Verhalten allein oder in Verbindung mit gleichartigen Maßnahmen von Mitbewerbern die ernstliche Gefahr begründet, dass der auf der unternehmerischen Leistung beruhende Wettbewerb in erheblichem Maß eingeschränkt wird.[1529] Ziel der Norm ist, dass der Wettbewerbsbestand[1530] im Sinne eines Vorhandenseins von Wettbewerb geschützt wird,[1531] nicht jedoch der Schutz bestehender Strukturen oder gar des Kundenstamms.[1532] Diese Voraussetzungen waren bei den in den letzten Jahren entschiedenen Fällen nie erfüllt.[1533] In Teilen der Lehre schlägt dem Tatbestand darüber hinaus

1526 Eine Beeinflussung der Ergebnisse ist natürlich insoweit gegeben, als dass das Erlangen dieser Position selbst lauter ist.
1527 Dazu ausführlich sogleich im 3. Teil.
1528 RegE UWG 2004 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.
1529 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 43 – *Werbeblocker II*; GRUR 2010, 455, 457 Rn. 20 – *Stumme Verkäufer II*.
1530 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4 Rn. 5.3; vgl. auch *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 303.
1531 Vgl. *BGH* GRUR 2002, 825, 827 – *Elektroarbeiten*.
1532 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 45 – *Werbeblocker II*.
1533 Dazu die Nachweise bei JurisPK-UWG/*Ullmann*, UWG § 3 Rn. 32; ähnlich *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1408 Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

grundsätzliche Kritik entgegen.[1534] Der *BGH*[1535] und Teile der Lehre[1536] halten im Anschluss an die Gesetzesbegründung[1537] an diesem fest.

Ob die Gefährdung des Wettbewerbsbestands droht, ist grundsätzlich durch eine Abwägung der verschiedenen Positionen unter Berücksichtigung der Grundrechte festzustellen.[1538] In Verbindung mit der Pressefreiheit schützt der Tatbestand vor Werbeblockern vor allem dahingehend, dass der Bestand der Presse nicht gefährdet wird, wobei schon der konkret bedrohte Markt strittig ist.[1539] Mit Verweis auf zumutbare Alternativen,[1540]dass weder der Bestand noch die Finanzierungsform geschützt werde[1541] und die Institutsgarantie nichts anderes gebiete,[1542] wird der Tatbestand im Ergebnis mit den zu § 4 Nr. 4 UWG dargestellten Argumen-

---

1534 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG § 4 Rn. 4/97; vgl. auch JurisPK-UWG/*Ullmann*, UWG § 3 Rn. 32 ff.; sehr kritisch Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG § 3 Rn. 52 („überaus problematisch"); *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157.

1535 *BGH* GRUR 2010, 455, 457 Rn. 20 – *Stumme Verkäufer II*.

1536 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Podszun*, UWG § 3 Rn. 181; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4 Rn. 5.1.

1537 RegE UWG 2004 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

1538 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4 Rn. 5.3 m. w. N.

1539 Werbefinanzierte Presseangebote im Internet: *BGH* GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 45 – *Werbeblocker II*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 53 – *Adblock Plus*; wohl auch *Hoeren* K&R 2013, 757, 762; generell Presseangebote: *LG Hamburg* ZUM-RD 2015, 745, 749 – *AdBlock Plus*; hingegen solche im Internet: GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 45 – *Adblock Plus*; *LG München I* BeckRS 2015, 9562, Rn. 230 insoweit nicht abgedruckt in MMR 2015, 660; wohl auch *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 258; eine Eingrenzung ablehnend *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 620 Rn. 160 – *Adblock Plus*; *Kreutz* WRP 2018, 621, 623 Rn. 14.

1540 Zumutbare Alternativen: *KG* MMR 2002, 483, 486 – *Fernsehfee* (Fernsehen); *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 53 – *Adblock Plus*; *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; *Beater* AfP 2017, 277, 281; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 308; vgl. auch *Glöckner* ZUM 2018, 844, 853; konkret Aussperrung und Entgelt *BGH* GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 44 f. – *Werbeblocker II*; *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 621 Rn. 161 – *Adblock Plus*; *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1087 Rn. 48 – *Adblock Plus*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 45 – *Adblock Plus*; *LG München I* BeckRS 2015, 9562, Rn. 230, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2015, 660.

1541 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 45 – *Werbeblocker II*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 45 – *Adblock Plus*; *LG München I* BeckRS 2015, 9562, Rn. 230, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2015, 660 vgl. auch *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1408 Rn. 21; *Glöckner* ZUM 2018, 844, 849; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 269.

1542 *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 621 Rn. 162 – *Adblock Plus*; vgl. auch *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 309.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten abgelehnt.[1543]Darüber hinaus wird – anders als teilweise behauptet[1544] – ein drohendes Marktversagen in Bezug auf werbefinanzierte Presse im Internet verneint.[1545]

In diesem Kontext ist ebenso die Wertung des Urheberrechts und die Abwesenheit zusätzlicher unlauterkeitsbegründender Umstände entscheidend, was zur Erlaubnis von Werbeblockern führt und damit eine allgemeine Marktbehinderung ausschließt. Die zu § 4 Nr. 4 UWG gemachten Ausführungen beanspruchen hier im gleichen Maße Geltung. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass die InfoSoc-RL auch das Bestandsinteresse der Presse, soweit es um den Schutz urheberrechtlicher Inhalte geht, erfasst. Das wird durch die die InfoSoc-RL ergänzende DSM-RL, insbesondere durch die Erwägungsgründe 54–59 und Art. 15 DSM-RL, bestätigt. Vom Urheberrecht ungeregelte Umstände, die eine Unlauterkeit begründen können, liegen nicht vor.

Eine allgemeine Marktbehinderung im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG durch Werbeblocker scheidet somit aus. Gleiches gilt für einen etwaigen unmittelbaren Leistungsschutz.[1546]

1543 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 42 ff. – *Werbeblocker II*; *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1087 Rn. 48 – *Adblock Plus*; *OLG München* BeckRS 2017, 122821, Rn. 195 – *Whitelisting I*, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 45 – *Adblock Plus*; ZUM-RD 2015, 745, 749 – *AdBlock Plus*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 53 – *Adblock Plus*; Fezer/*Osterrieth/Schönig*, S 1 Rn. 266; *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; *Beater* AfP 2017, 277, 281 (Fernsehen); *Glöckner* ZUM 2018, 844, 849; *Hoeren* EWiR 2004, 1193, 1194 (Fernsehen); *Kreutz* WRP 2018, 621, 623 Rn. 14; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 312; hingegen für eine allgemeine Marktbehinderung *Apel*, FS Hertin (2000), S. 337, 365, 361.

1544 Vgl. das Revisionsvorbringen der Kläger in *BGH* GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 45 – *Werbeblocker II*; ähnlich *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 340 f.: Videoangebote stehen vor dem Aus.

1545 *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 621 Rn. 161 – *Adblock Plus*; *OLG München* BeckRS 2017, 122821, Rn. 197 – *Whitelisting I*, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 45 – *Adblock Plus*; ZUM-RD 2015, 745, 749 – *AdBlock Plus*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 53 – *Adblock Plus*; *Alexander* NJW 2018, 3620, 3621; *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; *Fritzsche* WRP 2016, 1036, 1036 Rn. 5; *Hoeren* K&R 2013, 757, 762; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 263 f.; vgl. auch *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1087 Rn. 48 – *Adblock Plus*.

1546 Im Ergebnis ebenso *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 317.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Virtuelles Hausrecht

Das virtuelle Hausrecht soll in Fortsetzung des Eigentums an der Hardware[1547] die Kontrolle darüber geben, was auf der eigenen Internetpräsenz geschieht bzw. was mit dieser geschieht. Insbesondere im Zusammenhang mit dem Ausschluss von Nutzern wird dieses herangezogen[1548] und dient dazu, Schutzlücken in Internetsachverhalten zu schließen.[1549]

Ein Anspruch aufgrund eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 1 UWG in Verbindung mit dem virtuellen Hausrecht[1550] (teilweise auch analog § 1004 Abs. 1 BGB[1551]) wird bei Werbeblockern verneint, da kein Eingriff in die Internetpräsenz bzw. die Server stattfinde.[1552] Auch fehle es an Schutzmaßnahmen, die einen Zugriff verhinderten und die am Ende der Webseite abgedruckten Nutzungsbedingungen seien nicht verbindlich.[1553]

Selbst wenn man die Anwendung des virtuellen Hausrechts auf Werbeblocker bejahen würde,[1554] besteht gerade keine Schutzlücke.[1555] Denn wie für das Lauterkeitsrecht festgestellt, muss auch hier der Gedanke der urheberrechtlichen Wertung ein- und durchgreifen. Im Ergebnis werden allein Inhalte abgerufen, die ohnehin öffentlich zugänglich gemacht worden sind und gerade für diesen Abruf bereitgehalten werden. Einen weitergehenden Schutz verbietet insoweit die negative Begrenzungsfunktion des Urheberrechts und die Abwesenheit von insoweit ungeregelten Umständen, die ein abweichendes Ergebnis rechtfertigen können. Die Anwendung des virtuellen Hausrechts auf Werbeblocker ist somit abzulehnen.[1556]

1547 *LG Ulm* NJW-RR 2015, 1167 f.; kritisch insoweit *Schulze* JZ 2015, 381, 391.

1548 *BSG* MMR 2013, 675, 676 Rn. 14 – *arbeitsagentur.de* m. w. N.; *OLG München* BeckRS 2015, 119932, Rn. 28 – *Cheatbot*.

1549 Ein solches bejahend *Schulze* JZ 2015, 381, 390 f.; Ausführlich ablehnend *Piras*, Virtuelles Hausrecht?, S. 160 ff., da ein Schutz über andere Rechtsinstrumente erreicht werden könne.

1550 *OLG München* MMR 2017, 756, 764 Rn. 192 – *Whitelisting I*; *LG München I* MMR 2015, 660, 665.

1551 Spindler/Schuster/*Volkmann*, BGB § 1004 Rn. 2.

1552 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 45 – *Adblock Plus*; generell gegen eine Anwendung des virtuellen Hausrechts *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; JurisPK-Internetrecht/*Paschke*, 24.03.2020, Kap. 4.5 Rn. 428.

1553 *OLG München* MMR 2017, 756, 764 Rn. 193 – *Whitelisting I*; *LG München I* MMR 2015, 660, 665.

1554 *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 340.

1555 Vgl. *OLG München* MMR 2017, 756, 764 Rn. 193 – *Whitelisting I*; *Piras*, Virtuelles Hausrecht?, S. 209 f.

1556 *OLG München* MMR 2017, 756, 764 Rn. 192 f. – *Whitelisting I*; *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 45 – *Adblock Plus*; ähnlich *LG München I* MMR

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

E. Ergebnis

Damit begründet das Angebot einer Software zum Blocklisting mit entgeltlicher Allowlistingfunktion an Nutzer, soweit dieses Verhalten dazu geeignet ist, Nutzer in ihrer geschäftlichen Entscheidung bezüglich der Verwendung des Werbeblockers zu beeinflussen, keine Ansprüche nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Grundsätzlich ist eine Beurteilung nach dem UWG eröffnet. So liegt eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG mit dem Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings gegenüber den Nutzern vor. Dieses steht mit der geschäftlichen Entscheidung (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG) der Nutzer bezüglich der Hoheit über die auf deren Bildschirmen dargestellten Inhalte bzw. der Nutzung des Werbeblockers in einem objektiven Zusammenhang. Zu den Webseitenbetreibern besteht im Wettbewerb um diese Aufmerksamkeit der Nutzer ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne des engen Mitbewerberbegriffs. Eine lauterkeitsrechtliche Beurteilung nach § 4 Nr. 4 UWG ergibt jedoch keinen Verstoß, da das Urheberrecht den Sachverhalt insoweit abschließend regelt. Da dieser Konflikt sich um die Nutzung der Inhalte der Webseitenbetreiber dreht und keine zusätzlichen, unlauterkeitsbegründenden Umstände vorliegen, ist die urheberrechtliche Wertung zu übernehmen, nach der Werbeblocker rechtmäßig sind. Gleiches gilt für die allgemeine Marktbehinderung nach § 3 Abs. 1 UWG sowie das virtuelle Hausrecht.

2015, 660, 665; *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 398 f.; *Piras,* Virtuelles Hausrecht?, S. 209; anders wohl nur *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 340: Verletzung möglich.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Teil: Rechtliche Beurteilung des Allowlistings

Die Rechtmäßigkeit des Allowlistings war Auslöser – oder zumindest Katalysator – in der Diskussion um Werbeblocker im Internet. Nach dem Geschäftsmodell von *Eyeo* müssen die Verlage den Zugang zu ihren Kunden freikaufen und fördern gleichzeitig mit dieser Zahlung den weiterhin kostenlosen Vertrieb des Werbeblockers und dessen Verbreitung. In diesem Abschnitt soll der Fokus auf die Rechtmäßigkeit des Allowlistings gelegt werden, nachdem die des Blocklistings gerade begründet wurde.

Zuerst analysiert § 5 das gleiche Verhalten wie im 2. Teil – Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings –, jetzt aber mit dem Fokus auf der geschäftlichen Entscheidung der Werbetreibenden und Webseitenbetreiber, sodass die geschäftliche Handlung nun gegenüber diesen anstelle der Nutzer (wie in § 4) erfolgt. Das eröffnet insbesondere eine Prüfung des § 4a UWG.

In § 6 der Arbeit wird die geschäftliche Handlung dahingehend geändert, dass nun das Angebot einer Allowlisting-Vereinbarung das zu beurteilende Verhalten ist, welches wie in § 5 gegenüber den Webseitenbetreibern bzw. Werbetreibenden vorgenommen wird. In diesem Abschnitt liegt der Fokus auf den Abweichungen im Vergleich zur Anknüpfung an das Blocklisting als dem maßgeblichen Verhalten.

§ 5 Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings

Da bei Werbeblockern im Rahmen der Beurteilung des Allowlistings unter anderem die Einordnung der jeweiligen Beziehung unklar ist, ist zuerst die geschäftliche Handlung genau zu bestimmen (A.). Das ermöglicht eine Analyse des § 4a UWG (B.), der für die Beurteilung des Allowlistings der zumeist gewählte Anknüpfungspunkt ist. C. behandelt weitere infrage kommende Ansprüche.

A. Bestimmung der geschäftlichen Handlung

Eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG setzt sich aus einem Verhalten und einer damit im objektiven Zusammenhang

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stehenden geschäftlichen Entscheidung (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG) zusammen.[1557] Das zu beurteilende Verhalten ist weiterhin – wie bereits bei der Beurteilung des Blocklistings (2. Teil der Arbeit) – das Blocklisting selbst, also das Angebot einer Software zum Blocklisting mit entgeltlicher Allowlistingfunktion an Nutzer. Allerdings ist hier, anders als bei der Beurteilung des Blocklistings gegenüber den Nutzern, nicht auf die geschäftliche Entscheidung der Nutzer über die Verwendung des Werbeblockers (bzw. die Übergabe der Hoheit über die darzustellenden Inhalte) abzustellen. Denn das Verhalten des Blocklistings dient der Beeinflussung unterschiedlicher geschäftlicher Entscheidungen. Während bisher die mit dem Blocklisting beeinflusste geschäftliche Entscheidung der Nutzer im Fokus stand, ist jetzt auf die durch das Verhalten beeinflusste Entscheidung der Werbetreibenden und Webseitenbetreiber über den Abschluss einer Allowlisting-Vereinbarung abzustellen.

Die geschäftliche Handlung ist somit das Angebot einer Software zum Blocklisting mit entgeltlicher Allowlistingfunktion an Nutzer, soweit dieses Verhalten dazu geeignet ist, Werbetreibende oder Webseitenbetreiber in ihrer geschäftlichen Entscheidung bezüglich des Abschlusses einer Allowlistingvereinbarung zu beeinflussen.

Zwischen der Handlung des Blocklistings und der geschäftlichen Entscheidung über den Abschluss einer Allowlisting-Vereinbarung besteht der nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG für eine geschäftliche Handlung erforderliche objektive Zusammenhang: Vom Erfolg des Blocklistings hängt die Anzahl der potenziellen Adressaten von im Rahmen des Allowlistings ausgespielter Werbung ab und ist damit für den Erfolg des Allowlistings entscheidend. Das Verhalten „Absatz des Werbeblockers“ (bzw. der Bezug der Aufmerksamkeit) bewirkt also zugleich eine Förderung der Entscheidungen der Webseitenbetreiber und Werbetreibenden über den Bezug der Allowlist bzw. ist geeignet, diese zu beeinflussen. Deshalb ist die geschäftliche Handlung das Blocklisting mit dem Ziel, Werbetreibende oder Webseitenbetreiber vom Abschluss einer entgeltlichen Allowlisting-Vereinbarung zu überzeugen. Diese Aufnahme der beabsichtigten geschäftlichen Entscheidung in die geschäftliche Handlung – und auch in Unterlassungsanträge – sichert eine präzise Bestimmung der Adressaten der geschäftlichen Handlung. Hierdurch wird zugleich die korrekte Bestimmung der Stellungen der jeweiligen Beteiligten im Rahmen des § 4a UWG (sonstige Marktteilnehmer) und des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG (Mitbewerber) ermöglicht. Sollte nun diese geschäftliche Handlung verboten werden, ist durch die

1557 2. Teil § 4 A. I. (S. 94).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einschränkung auf das Blocklisting mit dem Ziel des Abschlusses einer Allowlisting-Vereinbarung mit Werbetreibenden oder Webseitenbetreibern sichergestellt, dass das Verbot nicht das einfache, erlaubte Blocklisting erfasst. Insoweit kann nämlich durch den Betreiber des Werbeblockers auf den Abschluss von Allowlisting-Vereinbarungen als Ziel verzichtet werden.[1558]

Die geschäftliche Handlung ist aber noch weiter zu präzisieren. Diese richtet sich grundsätzlich sowohl an Webseitenbetreiber und Werbetreibende als Adressaten, sodass beide geschäftlich im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG über den Abschluss einer Allowlisting-Vereinbarung entscheiden. Möchte nun einer der beiden gegen das Allowlisting vorgehen, muss er dafür gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG als Mitbewerber anspruchsberechtigt sein, was (auch) voraussetzt, dass er nicht durch die geschäftliche Handlung als geschäftlich Entscheidender[1559] angesprochen wird.[1560] Ansonsten wäre er ein sonstiger Marktteilnehmer, da geschäftliche Entscheidungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG nur durch Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer getroffen werden.

Dementsprechend ist die geschäftliche Handlung dahingehend einzuschränken, dass zwischen Werbetreibenden und Webseitenbetreibern differenziert wird. Andernfalls würde man dem Mitbewerber ermöglichen, Handlungen zu untersagen, die ihn selbst zu einer geschäftlichen Entscheidung bringen sollen. So wird sichergestellt, dass geschäftliche Handlungen nicht vom Verbotsantrag erfasst werden, bezüglich derer die Anspruchsberechtigung (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) oder der Anspruch selbst fehlen.

Damit ist nach dem geschäftlich Entscheidenden zu differenzieren: Das Angebot einer Software zum Blocklisting gegenüber den Nutzern mit dem Ziel des Abschlusses einer Allowlisting-Vereinbarung, soweit es dazu geeignet ist, eine geschäftliche Entscheidung über das Allowlisting einerseits der Werbetreibenden und andererseits der Webseitenbetreiber zu beeinflussen. Im weiteren Verlauf dieses Abschnitts (§ 5 dieser Arbeit) wird dieses Verhalten verkürzt *Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings gegenüber den Werbetreibenden bzw. Webseitenbetreibern* genannt.

1558 Vgl. zum Weglassen des Entgelts für das Allowlisting *OLG Köln* GRUR 2018, 863, 863 Rn. 2 – *Adblock-Plus Ordnungsgeld*.

1559 Vgl. auch die Definition zu § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG: „[…] jede Entscheidung eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers […]".

1560 Vgl. RegE UWG 2004 BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4a Abs. 1 UWG

Mit Blick auf die gerade angesprochene Differenzierung der geschäftlichen Handlung sind zuerst die Beziehungen der Beteiligten zueinander genau zu analysieren, und zwar in Bezug auf die Stellung als Schutzsubjekt (I.) und Mitbewerber (II.), sodass sich daran die Anwendung der Norm (III.) anschließen kann.

I. Sonstiger Marktteilnehmer

§ 4a Abs. 1 S. 1 UWG erfasst seinem Wortlaut nach neben Verbrauchern sonstige Marktteilnehmer, also diejenigen, die weder Verbraucher noch Mitbewerber sind[1561]. Dieser Schutzbereich ergibt sich darüber hinaus aus der Gesetzgebungsgeschichte.[1562] Mitbewerber sind nach einhelliger Auffassung nicht von der Norm umfasst.[1563] Auch wäre ein Schutz der Mitbewerber nicht möglich: Kennzeichnend für eine geschäftliche Handlung ist, dass der Handelnde damit den Adressaten zu einer geschäftlichen Entscheidung in Bezug auf sich selbst, den Handelnden (bzw. zugunsten eines dritten Unternehmens), überzeugen möchte. Nun erscheint es widersinnig, dass der Adressat dieser Handlung gleichzeitig Mitbewerber ist, wenn er selbst geschäftlich in Bezug auf den Handelnden entscheiden soll.[1564]

Der Begriff des sonstigen Marktteilnehmers ist als Negativabgrenzung – entweder Verbraucher, Mitbewerber oder sonstiger Marktteilnehmer[1565] – wie der Mitbewerberbegriff handlungsbezogen. Da Webseitenbetreiber und Werbetreibende keine Verbraucher im Sinne des § 2 Abs. 2 UWG, § 13 BGB sind, kommt es allein darauf an, dass sie für einen Schutz nach § 4a UWG sonstige Marktteilnehmer sind. Entscheidend für diese Stellung ist, wer eine geschäftliche Entscheidung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG trifft. Wie bereits oben erläutert,[1566] ist zwischen dem Angebot an die Werbetreibenden (1.) und Webseitenbetreiber (2.) zu differenzieren.

1561 Vgl. die Definition in RegE UWG 2004 BT-Drucks. 15/1487, S. 16.
1562 Dazu *Scherer* WRP 2019, 1, 5.
1563 *Scherer* WRP 2019, 1, 5 Rn. 29 m. w. N.
1564 *Fritzsche* WRP 2016, 1, 2 Rn. 11.
1565 RegE UWG 2004 BT-Drucks. 15/1487, S. 16.
1566 3. Teil § 5 A. (S. 308).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Angebot an die Werbetreibenden

Richtet sich das Angebot und damit die geschäftliche Handlung an die Werbetreibenden, dürfen diese nicht Mitbewerber sein. Hieran zeigt sich, dass die oben beschriebene Beschränkung erforderlich ist. Würde man pauschal das Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings – also gegenüber Werbetreibenden und Webseitenbetreibern – untersagen wollen, wären die Werbetreibenden unter Umständen[1567] Mitbewerber und könnten sich zugleich selbst schützen, obwohl sie durch die gleiche geschäftliche Handlung als geschäftliche Entscheidende und damit sonstige Marktteilnehmer angesprochen werden.[1568] Deshalb ist die geschäftliche Handlung, wie oben beschrieben, enger zu fassen: Das Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings soweit es sich an Werbetreibende richtet.

Dass die Werbetreibenden Mitbewerber der Werbeblockerbetreiber seien, nehmen mehrere Autoren an, da die Werbeblockerbetreiber sich ebenso zwischen die Leistung und die Nutzer als Werbeadressaten drängten und in der gleichen Stellung wie die Webseitenbetreiber seien.[1569] Teilweise wird auch im Wege einer Gesamtbetrachtung auf das Blocklisting als Anknüpfungspunkt verwiesen.[1570]

Das ist jedoch abzulehnen. Eine Gesamtbetrachtung, wie sie teilweise favorisiert wird, scheidet wegen des handlungsbezogenen Mitbewerberbegriffs aus, die Handlungsbezogenheit gilt aufgrund der Negativabgrenzung ebenso für den Begriff des sonstigen Marktteilnehmers. Die geschäftliche Entscheidung, auf die es ankommt, ist diejenige über den Abschluss einer Allowlisting-Vereinbarung und insoweit sprechen die Werbeblockerbetreiber die Werbetreibenden als sonstige Marktteilnehmer an. Das ergibt sich bereits aus dem Zusammenhang der Begrifflichkeiten: Denn durch das objektive Ziel der geschäftlichen Handlung (geschäftliche Entscheidung für das Allowlisting) werden die Werbetreibenden angesprochen und sollen eine geschäftliche Entscheidung treffen. Eine geschäftliche Entscheidung ist aber per definitionem eine eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG). Deshalb scheidet beim Angebot an die

---

1567 Dazu sogleich, 3. Teil § 5 B. II. 3. (S. 321).

1568 Dazu bereits oben, 2. Teil § 4 A. III. 1. (S. 101).

1569 *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 233 f.; *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487, 489; vgl. auch *Kiersch*, Adblocking, S. 97, 100, 155; so auch noch *Fritzsche* WRP 2016, 1036 f., anders inzwischen aber *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1408 Rn. 25.

1570 *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 233 f.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Werbetreibenden ein konkretes Wettbewerbsverhältnis mit den Werbetreibenden aus. Sie sind sonstige Marktteilnehmer.[1571]

2. Angebot an die Webseitenbetreiber

Gleiches gilt für das Angebot an die Webseitenbetreiber: Legt man die geschäftliche Handlung des Blocklistings zum Zwecke des Abschlusses von Allowlisting-Vereinbarungen durch Webseitenbetreiber zugrunde, dann sind diese als geschäftlich Entscheidende sonstige Marktteilnehmer.[1572]

3. Ergebnis

Damit sind für die beiden geschäftlichen Handlungen die Adressaten als geschäftlich Entscheidende sonstige Marktteilnehmer anzusehen. Diese sind taugliche Schutzsubjekte des § 4a UWG.

II. Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG

Die Anspruchsberechtigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG setzt eine Mitbewerberstellung voraus. Diese fehlt – naturgemäß – dem durch eine aggressive Handlung Angesprochenen, da dieser in seiner geschäftlichen Entscheidung beeinträchtigt wird. Danach kämen als anspruchsberechtigte Unternehmen die jeweils im Vertikalverhältnis zu den Angegriffenen Stehenden infrage. Die Webseitenbetreiber verteidigen die Werbetreibenden gegen die aggressive Handlung „Blocklisting zum Zwecke des Abschlusses einer Allowlisting-Vereinbarung" und die Werbetreibenden die Webseitenbetreiber. Die Geltendmachung von Ansprüchen wegen einer aggressiven geschäftlichen Handlung könnte von den beteiligten Unternehmen folglich nur „über Kreuz" erfolgen – sofern sie Mitbewerber sind. Die Mitbewerberstellung richtet sich aufgrund der einheitlichen Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG für den Tatbestand (§ 4a UWG) und die Anspruchsberechtigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nach den gleichen Maßstäben.

1571 *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1408 Rn. 25; *Scherer* WRP 2019, 1, 5 Rn. 30.
1572 Vgl. *Weiler* jM 2019, 280, 283.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Grundsätzlich ist die Bestimmung der Mitbewerberstellung für die – hier vertretene – Verneinung[1573] eines Anspruchs aufgrund von § 4a UWG nicht zwingend. Allerdings soll hier trotzdem eine Klärung der Anspruchsberechtigung erfolgen, um zu zeigen, dass der hier vertretene Mitbewerberbegriff[1574] auch in dieser Konstellation tragfähig ist und die Benennung der (potenziell) beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen bei mehrseitigen Märkten Vorteile in der Rechtsanwendung hat.

Wenige Autoren wollen in Bezug auf § 4a UWG den Begriff des Mitbewerbers modifizieren (1.). Danach ist die Mitbewerberstellung der Webseitenbetreiber (2.) und Werbetreibenden (3.) zu überprüfen.

1. Versuche der Modifikation der Anspruchsberechtigung

Diese nach den bisherigen Ausführungen einzige Möglichkeit der Verteidigung „über Kreuz", dass also Webseitenbetreiber die Werbetreibenden und vice versa verteidigen, hat in der Lehre Kritik auf sich gezogen. Einige sehen das – auch auf Basis des weiten Mitbewerberbegriffs – als zu eng an (a), andere befürworten demgegenüber die Anwendung des engen Mitbewerberbegriffs im Rahmen des § 4a UWG (b) und erweitern so aufgrund der Negativabgrenzung zwischen Mitbewerber und sonstigem Marktteilnehmern (§ 2 Abs. 1 Nr. 9, 2 UWG) mittelbar den Kreis der geschützten Unternehmen.

a) Erweiterung der Anspruchsberechtigung

Anhand des Urteils *Werbeblocker II* des *BGH* wird bemängelt, dass der nach dem Urteil wegen des Allowlistings allein infrage kommende Anspruch gegen die Werbetreibenden[1575] an der „Kernproblematik" vorbeigehe: Der Hauptkonflikt liege im Entziehen und Wiederanbieten der Werbeplätze gegenüber den Webseitenbetreibern.[1576] Deshalb fordern einige Autoren, diese Dimension ebenso zu beachten.[1577] Die Mitbewerberstellung schließe ein Vertikalverhältnis nicht aus und insoweit stünden die Webseitenbe-

1573 Dazu sogleich, 3. Teil § 5 B. III. 2. b) bb) (S. 329).
1574 2. Teil § 4 B. IV. 1. (S. 154).
1575 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1257 Rn. 55 ff. – *Werbeblocker II*.
1576 *Glöckner* ZUM 2018, 844, 854.
1577 *Glöckner* ZUM 2018, 844, 854; *Raue* WRP 2017, 1363, 1364 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

treiber im Vertikalverhältnis.[1578] Dass dies möglich sei, zeige insbesondere § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB (Kosten-Preis-Schere).[1579] *Raue* will Mitbewerber in Bezug auf die „konkrete" geschäftliche Entscheidung wie sonstige Marktteilnehmer schützen oder alternativ die Wertungen des § 4a UWG in §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG integrieren.[1580]

Diesem Verständnis liegt wohl eine inkonsequente Handhabung des handlungsbezogenen Mitbewerberbegriffs zugrunde, da dieser ebenso auf § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG Anwendung findet.[1581] Die Stellung als Mitbewerber – und damit auch als sonstiger Marktteilnehmer – ist stets anhand der jeweiligen geschäftlichen Handlung zu bestimmen.[1582] Da diese aus zwei Bestandteilen besteht, nämlich dem Verhalten und der dadurch potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidung, ist bereits bei der Änderung der geschäftlichen Entscheidung, auf die der Handelnde (objektiv) zielt, eine andere geschäftliche Handlung gegeben. Würde man dies anders sehen, gäbe es Situationen, in denen Handlungen vom Verbotsantrag erfasst sind, bezüglich derer die Anspruchsberechtigung (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) oder der Anspruch selbst fehlten. Übt ein Unternehmen z. B. unzulässigen Druck gegenüber dem Mitbewerber und den von beiden angesprochenen Kunden, so kann vom angegriffenen Unternehmen lediglich das Handeln gegenüber den Kunden, nicht jedoch gegenüber sich selbst, verboten werden. Denn insoweit entscheidet das angegriffene Unternehmen nicht selbst (vgl. § 4a UWG). Droht der Angreifer nun einer Gruppe von Marktteilnehmern, ist das angegriffene Unternehmen nur insoweit Mitbewerber, wie es gegenüber diesen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG handelt, also das Verhalten dazu geeignet ist, sie in ihrer geschäftlichen Entscheidung zu beeinflussen. Spricht es nur einen Teil an, so fehlt bezüglich des anderen Teils die Mitbewerberstellung. Dementsprechend kann nur insoweit die jeweilige Handlung verboten werden. Soweit die Anspruchsvoraussetzungen fehlen, besteht kein Anspruch, sodass dementsprechend der Verbotsantrag anzupassen ist.[1583]

Ändert sich die geschäftliche Handlung – wofür bereits das Abstellen auf eine andere geschäftliche Entscheidung ausreicht –, ist der jeweilige

---

1578 *Glöckner* ZUM 2018, 844, 854.
1579 *Glöckner* ZUM 2018, 844, 854.
1580 *Raue* WRP 2017, 1363, 1364 Rn. 12; ablehnend hierzu bereits, 2. Teil § 4 C. V. 2. b) bb) (5) (b) (S. 291).
1581 Vgl. statt aller Fezer/*Büscher*, UWG § 8 Rn. 236.
1582 Die Mitbewerberstellung ist handlungsbezogen, dazu bereits oben, 2. Teil § 4 B. I. (S. 117).
1583 Dazu bereits oben, 2. Teil § 4 A. III. 1. (S. 101).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Status neu zu bestimmen. Deshalb kann die im Blocklisting existierende Mitbewerberstellung der Webseitenbetreiber nicht auf eine andere geschäftlichen Handlung, das Allowlisting, „übertragen" werden.

Wenn *Raue* also Mitbewerber in Bezug auf eine konkrete geschäftliche Entscheidung schützen möchte, so scheitert das bereits daran, dass ein Mitbewerber, der selbst durch eine geschäftliche Handlung angesprochen wird, als Entscheidender nicht mehr Mitbewerber im Verhältnis zum Handelnden für diese Handlung sein kann. Man kann ihm höchstens dahingehend recht geben, dass der Entscheidende bezüglich einer anderen Handlung, durch die er nicht angesprochen wird, durchaus Mitbewerber sein kann, also eine Parallelität von Beziehungen im Horizontal- und Vertikalverhältnis vorliegen kann. Abzulehnen ist jedoch die Forderung, dass der *BGH* § 4a UWG in Bezug auf die Webseitenbetreiber hätte beachten müssen:[1584] Denn diese handelten dann als sonstige Marktteilnehmer, da sie durch die konkrete geschäftliche Handlung angesprochen werden und nicht, wie für § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG erforderlich, als Mitbewerber. Diesem Ansatz ist daher nicht zu folgen.

b) Anwendung des engen Mitbewerberbegriffs

Demgegenüber wendet *Köhler* den engen Mitbewerberbegriff an, da § 4a UWG nur kollektive Interessen schütze.[1585] Ansonsten könne dies dazu führen, dass der Verletzte zugleich Mitbewerber ist.[1586] *Kiersch* will ebenso den engen Mitbewerberbegriff anwenden und dadurch mittelbar den Begriff des sonstigen Marktteilnehmers zum Zwecke eines wirksamen Individualschutzes erweitern, da ansonsten Mitbewerber keine Handhabe gegen das Allowlisting hätten.[1587]

Zumeist wird entgegen *Köhler* davon ausgegangen, dass der weite Mitbewerberbegriff, der auf der Wechselwirkungstheorie beruht, anwendbar ist, zumindest wird dies nicht thematisiert. Für *Köhler* spricht, dass § 4a UWG grundsätzlich eine Umsetzung der Art. 8, 9 UGP-RL darstellt[1588] und deshalb die Anwendung des europäischen, also engen, Mitbewerber-

1584 *Glöckner* WRP 2020, 143, 148 Rn. 47; ZUM 2018, 844, 854.
1585 *Köhler* GRUR 2019, 123, 128; anders aber wohl Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 93.
1586 *Köhler* GRUR 2019, 123, 128.
1587 *Kiersch*, Adblocking, S. 156.
1588 Fezer/*Scherer*, UWG § 4a Rn. 112.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

begriffs grundsätzlich geboten ist. Allerdings ist dies nicht zwingend. Aufgrund der Einbeziehung sonstiger Marktteilnehmer unterfällt die Norm insoweit nicht der Richtlinie, sodass für die Anspruchsberechtigung der weite Mitbewerberbegriff herangezogen werden kann, trotz grundsätzlich einheitlicher Auslegung[1589].

Lehnt man hingegen eine in Verbraucher- und Mitbewerberschutz gespaltene Auslegung des § 4a UWG ab, gebietet auch das EU-Recht lediglich, bezüglich der Anspruchsbegründung die jeweils angesprochenen Personengruppen richtlinienkonform zu bestimmen. Dies ist hier aber aufgrund des richtlinienkonformen Verbraucherbegriffs unproblematisch möglich. Gleichzeitig gibt die Richtlinie für die Anspruchsberechtigung nur vor, dass nach Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2 UGP-RL alle Personen mit einem nach dem nationalen Recht berechtigten Interesse gegen Verstöße gegen die Umsetzung der Richtlinie vorgehen können müssen. Mitbewerber im Sinne der Richtlinie stellen dabei nur den Minimalstandard („einschließlich") dar. Eine Beschränkung auf den europäischen Mitbewerberbegriff ist – unabhängig von einer gespaltenen Auslegung des § 4a UWG – nicht geboten.

Zudem ist der Einwand unzutreffend, dass ansonsten der Verletzte zugleich Mitbewerber sei. *Köhler* bezieht sich insoweit auf das Blocklisting als geschäftliche Handlung. Dieses Verhalten richtet sich objektiv aber an verschiedene Personengruppen auf verschiedenen Märkten.[1590] Man kann unproblematisch auf die Entscheidung für das Allowlisting als eine mit dem Blocklisting in einem objektiven Zusammenhang (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) stehende geschäftliche Entscheidung abstellen. Trotzdem handeln die Webseitenbetreiber nicht als Mitbewerber: Denn insoweit treffen sie selbst eine geschäftliche Entscheidung und sind damit sonstige Marktteilnehmer, vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG. Aus diesem Grund sind auch die Ausführungen von *Kiersch* abzulehnen: Es ist lediglich auf eine andere geschäftliche Entscheidung abzustellen, sodass eine Mitbewerberstellung beim Angesprochensein durch eine geschäftliche Handlung nicht vorliegen kann. Die vorgeschlagene Beschränkung des Mitbewerberbegriffs ist nicht erforderlich.

1589 Zur möglichst einheitlichen Auslegung unabhängig vom Schutzsubjekt *BGH* GRUR 2018, 1251, 1257 Rn. 53 f. – *Werbeblocker II*; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Picht*, UWG § 4a Rn. 15; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4a Rn. 1.5; *Lettl* WRP 2019, 1265, 1266; *Weiler* jM 2019, 280, 283; *Kiersch*, Adblocking, S. 151; vgl. auch *BGH* GRUR 2016, 831, 833 Rn. 24 – *Lebens-Kost*; *Fritzsche* WRP 2016, 1, 2.

1590 Dazu bereits oben, 2. Teil § 4 A. III. 1. (S. 101).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ebenso überzeugt das von *Köhler* geäußerte Argument des Kollektivschutzes nicht. Denn das UWG verfolgt mit § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG den Ansatz, dass Mitbewerber auch Kollektiv- und Verbraucherinteressen durchsetzen. Gleichzeitig ist nicht einsichtig, warum nur rudimentär betroffene Anbieter gleicher Produkte anspruchsberechtigt sind, während aber konkret betroffene Mitbewerber im Sinne des weiten Begriffs dies nicht sein sollen. Auch konzediert *Köhler* selbst an anderer Stelle – mit der wohl herrschenden Meinung[1591] –, dass in Bezug auf § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG der Gesetzgeber den weiten Mitbewerberbegriff zugrunde legen konnte und wollte.[1592] Weiterhin ist §§ 4a, 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG ein Individualschutz nicht fremd: Die Richtlinie schützt die betroffenen Mitbewerber „mittelbar", also über den Schutz der Verbraucher,[1593] und sieht explizit die Anspruchsbefugnis von Mitbewerbern, zumindest nach dem engen Mitbewerberbegriff, vor.[1594] Es kann der weite Mitbewerberbegriff zugrunde gelegt werden.

c) Ergebnis

Damit ist der weite Mitbewerberbegriff zugrunde zu legen. Aufgrund des handlungsbezogenen Mitbewerberbegriffs ist eine Ausweitung der Anspruchsberechtigung unter Verstoß gegen die Gesetzessystematik nicht erforderlich. Ebenso wenig ist allein der enge Mitbewerberbegriff zugrunde zu legen.

2. Webseitenbetreiber als Mitbewerber – Werbetreibende als Adressaten der geschäftlichen Handlung

Beschränkt man die geschäftliche Handlung allein auf das Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings gegenüber den Werbetreibenden, so werden (allein) Letztere als sonstige Marktteilnehmer angesprochen.[1595] Damit kommen als Mitbewerber in Bezug auf diese geschäftliche Handlung

1591 Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG § 2 Rn. 56; *Blankenburg* WRP 2008, 186, 191; vgl. auch *Dreyer* GRUR 2008, 123, 126; *Sack* WRP 2008, 1141, 1145 f.
1592 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 93.
1593 Vgl. Erwägungsgrund 6 S. 1 UGP-RL.
1594 Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2 UGP-RL.
1595 So gerade, 3. Teil § 5 B. I. 1. (S. 312).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nur die Webseitenbetreiber infrage. Die Webseitenbetreiber müssen also insoweit im Wettbewerb mit den Werbeblockerbetreibern stehen.

Zumeist wird ein Wettbewerbsverhältnis bejaht.[1596] Das Allowlisting steigere den Gewinn der Werbeblockerbetreiber auf Kosten der Webseitenbetreiber: Entweder buchten die Werbetreibenden unattraktive Plätze ohne Allowlisting oder sie nähmen das Angebot des Allowlistings an und müssten dafür die Werbeblockerbetreiber beteiligen.[1597] Auf die daraus folgenden doppelten Zahlungen und die Beeinträchtigung der Zahlungsbereitschaft der Werbetreibenden stellt vor allem das *OLG Köln* ab.[1598]

Unter der Überschrift „Die Beurteilung der Blocklisting-Funktion nach § 4a UWG“[1599] lehnt hingegen *Köhler* die Mitbewerberstellung für § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG ab. Gegen eine Mitbewerbereigenschaft (nach dem weiten Mitbewerberbegriff[1600]) wendet er ein, dass der Wettbewerb an Absatz bzw. Bezug aber nicht Zahlungen, wie vom *OLG Köln* angenommen, anknüpfe.[1601] Darüber hinaus fehle es an einer Wechselwirkung, da es für einen Vorteil aus der Blocklist zusätzlich einer Entscheidung der Werbetreibenden für eine Allowlisting-Vereinbarung bedürfe.[1602]

Für eine Beurteilung sind zuerst die jeweils gegenüberzustellenden geschäftlichen Handlungen und die objektiv damit zusammenhängenden geschäftlichen Entscheidungen zu bestimmen.[1603] Hier versucht der Werbeblocker mit dem Verhalten, dem Blocklisting, die Werbetreibenden davon zu überzeugen, dass sie sich für den Abschluss einer Allowlisting-Vereinbarung geschäftlich entscheiden und danach den Werbeblockerbetreiber anteilig an den zusätzlich erzielten Werbeerlösen beteiligen. Demgegenüber steht die Handlung des Webseitenbetreibers, die mit einer Entscheidung zugunsten seiner Werbeplätze und der Zahlung einer typischen, nicht

---

1596 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1084 Rn. 33 – *Adblock Plus*; *Alexander* GRUR 2016, 1089; *Rostam* InTer 2017, 146, 148; wohl auch *Hoche/Polly* IPRB 2015, 231, 233; nur scheinbar dagegen *LG München I* MMR 2015, 660, 662, das jedoch nicht auf die Beziehung zu den Werbetreibenden eingeht.

1597 *Rostam* InTer 2017, 146, 148.

1598 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1084 Rn. 33 – *Adblock Plus*; *Pfeifer* AfP 2016, 5, 8.

1599 *Köhler* GRUR 2019, 123, 127.

1600 Neben der grundsätzlichen Ablehnung der Anwendung des weiten Mitbewerberbegriffs im Rahmen des § 4a UWG, *Köhler* GRUR 2019, 123, 128; anders aber wohl Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 93; gegen die Anwendung des engen Mitbewerberbegriffs oben, 3. Teil § 5 B. II. 1. b) (S. 316).

1601 *Köhler* GRUR 2019, 123, 128.

1602 *Köhler* GRUR 2019, 123, 128.

1603 Siehe oben, 2. Teil § 4 B. II. 1. (S. 123).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vom Allowlisting beeinflussten Vergütung in einem objektiven Zusammenhang steht.

Das Schwierige an der Einordnung ist, dass sich der Werbeblockerbetreiber in die bestehende Beziehung drängt und ein Zusatzprodukt anbietet: Denn auch wenn der Werbetreibende eine Allowlisting-Vereinbarung abgeschlossen hat, nützt ihm das nichts, solange er keine Werbeplätze beim Webseitenbetreiber erwirbt. Unter diesem Gesichtspunkt könnte man sogar von einer Förderung des Absatzes des Webseitenbetreibers ausgehen. In jedem Fall muss der Werbetreibende weiterhin Werbeplätze beim Webseitenbetreiber beziehen.

Da sich hier allein der Werbetreibende entscheidet (bzw. das Verhalten allein zur Beeinflussung seiner Entscheidung geeignet ist) und die Entscheidungsbeeinflussung intern stattfindet,[1604] eine für den Werbeblockerbetreiber positive Entscheidung also nicht zur Beeinflussung anderer Werbetreibender geeignet ist, scheidet ein konkretes Wettbewerbsverhältnis nach dem weiten Mitbewerberbegriff aus.

Eine Mitbewerberstellung kann nur mithilfe des engen Mitbewerberbegriffs begründet werden. Nach diesem ist grundsätzlich eine Alternativität der Entscheidungen vorausgesetzt.[1605] Da in jedem Fall weiterhin Leistungen des Webseitenbetreibers bezogen werden müssen, scheint keine Alternativität vorzuliegen. Allerdings ermöglicht das Abstellen auf die Deckung des gleichen Bedürfnisses die Begründung der Alternativität. Es ist evident, dass der Erwerb des – zur Nutzung des Grundprodukts Werbeplatz erforderlichen – Zusatzprodukts Allowlisting-Vereinbarung dazu geeignet ist, zu einer Verringerung des Schaltens von Werbung zu führen. Diese Verringerung folgt daraus, dass das Produkt Werbeplatz aufgrund der Verteuerung durch den Werbeblocker weniger attraktiv wird. Denn im Kern hat der Werbetreibenden die Wahl, entweder das Produkt Werbeplatz des Webseitenbetreibers oder die Produkte Werbeplatz *und* Allowlisting-Vereinbarung zu erwerben. Der Werbeblockerbetreiber geriert sich mit seiner Gatekeeper-Position letztlich als Zwischenhändler, der das gleiche Produkt wie der Webseitenbetreiber verkauft. Ein Konkurrenzmoment kann man

---

1604 Dazu oben, 2. Teil § 4 B. II. 3. b) bb) (S. 135).

1605 Nach dem engen Mitbewerberbegriff liegt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vor, wenn zwei Unternehmen mit ihren geschäftlichen Handlungen auf die gleichen geschäftlichen Entscheidungen einwirken, die Entscheidungen des von beiden angesprochenen Verkehrskreises also alternativ sind. Entscheidend für die Alternativität ist das Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises, ob die beiden Entscheidungen der Deckung des gleichen Bedürfnisses dienen bzw. das gleiche Produkt betreffen, dazu 2. Teil § 4 B. II. 3. a) (S. 126).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auch insoweit sehen, als dass der Webseitenbetreiber die Nutzer mit einem allowlistenden Werbeblocker – die eigentlich nur vom Betreiber des Werbeblockers mit Werbung angesprochen werden können – ebenso versuchen kann, sie anzusprechen, z. B. indem die Nutzer zum Abschalten des Werbeblockers durch Hinweise bzw. Sperren gedrängt werden oder den Werbeblocker umgehende Werbung ausgespielt wird.

Damit decken die Angebote der beiden Kontrahenten das gleiche Bedürfnis, die Entscheidung der Werbetreibenden ist insoweit alternativ. Die Webseitenbetreiber und die Werbeblockerbetreiber sind nach dem engen Begriff Mitbewerber in Bezug auf die Werbetreibenden.

3. Werbetreibende als Mitbewerber – Webseitenbetreiber als Adressaten der geschäftlichen Handlung

Die oben angedeutete Verteidigung über Kreuz setzt voraus, dass die Werbetreibenden Mitbewerber sind, wenn die Webseitenbetreiber angesprochen werden und so eine Verteidigung gegen die (möglicherweise) aggressive Handlung der Werbeblockerbetreiber ermöglicht wird. Die geschäftliche Handlung der Werbeblockerbetreiber bleibt (fast) die gleiche, nur richtet sich das Blocklisting zum Zwecke des Abschlusses einer Allowlisting-Vereinbarung an die Webseitenbetreiber. Die hierzu korrespondierende Handlung der Werbetreibenden als potenzielle Mitbewerber ist nun die der Nachfrage nach Werbeplätzen mit dem Ziel, dass die Webseitenbetreiber sich insoweit geschäftlich entscheiden.

Bereits in der Gegenüberstellung der geschäftlichen Handlungen wird deutlich, dass Werbetreibende und Werbeblockerbetreiber keine für den engen Mitbewerberbegriff erforderliche[1606] alternative Entscheidung der Webseitenbetreiber hervorrufen. So fragt der Werbetreibende beim Webseitenbetreiber Werbeflächen nach, während der Werbeblockerbetreiber dem Webseitenbetreiber Werbeflächen zum Weitervertrieb an die Werbetreibenden anbietet. Aber auch ein konkretes Wettbewerbsverhältnis nach

1606 Nach dem engen Mitbewerberbegriff stehen zwei Unternehmen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis, wenn beide Unternehmen mit ihren geschäftlichen Handlungen auf die gleichen geschäftlichen Entscheidungen einwirken, die Entscheidungen des von beiden angesprochenen Verkehrskreises also alternativ sind. Entscheidend für die Alternativität ist das Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises, ob die beiden Entscheidungen der Deckung des gleichen Bedürfnisses dienen bzw. das gleiche Produkt betreffen, 2. Teil § 4 B. II. 3. a) (S. 126).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem weiten Mitbewerberbegriff scheidet aus. Wie bei der gerade behandelten Ansprache der Werbetreibenden ist die Entscheidung des einen Webseitenbetreibers zugunsten des Abschlusses einer Allowlisting-Vereinbarung nicht dazu geeignet, einen anderen Webseitenbetreiber dazu zu bringen, seine Entscheidung gegenüber dem Werbetreibenden zu ändern. Eine Mitbewerberstellung der Werbetreibenden gegenüber den Werbeblockerbetreibern bei der Ansprache der Webseitenbetreiber liegt somit nicht vor.

4. Ergebnis

Damit scheidet eine Verteidigung der Webseitenbetreiber und Werbetreibenden über Kreuz mangels Anspruchsberechtigung der Werbetreibenden aus. Es besteht allein eine Mitbewerberstellung zu den Werbeblockerbetreibern und damit eine Anspruchsberechtigung der Webseitenbetreiber, bezogen auf die geschäftliche Handlung des Blocklistings zum Zwecke des Allowlistings gegenüber den Werbetreibenden. Werden demgegenüber die Webseitenbetreiber durch das Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings angesprochen, fehlt die Mitbewerberstellung der Werbetreibenden. Als Anspruchsberechtigte kommen insoweit nur andere Werbeblockerbetreiber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) und deren Verbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG) infrage.[1607]

Demgemäß wird hier nur noch das Blocklisting mit dem Ziel des Abschlusses einer Allowlisting-Vereinbarung mit Werbetreibenden behandelt. Die Ausführungen können aber grundsätzlich auf das Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings gegenüber Webseitenbetreibern übertragen werden.

III. Aggressive Handlung

Die aggressive geschäftliche Handlung setzt ein aggressives Mittel gem. § 4a Abs. 1 S. 2 UWG voraus. Als ein solches scheidet § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG, die Belästigung, aus. Beim Blocklisting mit dem Ziel des Abschlusses einer Allowlisting-Vereinbarung kann es sich nur um eine Nötigung gem. Nr. 2 oder eine unzulässige Beeinflussung im Sinne der Nr. 3

1607 Nr. 3 und 4 kommen nicht infrage, da die jeweils durch diese Organisationen geschützten Interesse nicht berührt sind, vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler/Feddersen*, UWG § 8 Rn. 3.52, 3.64.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

handeln. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Nötigung gegenüber einer unzulässigen Beeinflussung nur einen eingeschränkten Anwendungsbereich hat, der hier nicht relevant ist.[1608] Dementsprechend wird hier – nach der Vorüberlegung zur Rechtmäßigkeit des Blocklistings (1.) – lediglich die unzulässige Beeinflussung (2.) thematisiert.

1. Vorüberlegung: Rechtmäßigkeit des Blocklistings

Bevor man beurteilt, ob ein aggressives Mittel vorliegt, mit dem eine geschäftliche Entscheidung beeinträchtigt werden soll, ist als Vorfrage das Mittel zu beurteilen. Das Mittel selbst – das Blocklisting – ist nach obiger Beurteilung lauter, sofern es gegenüber den Nutzern vorgenommen wird und geeignet ist, die Nutzer in ihrer geschäftlichen Entscheidung zu beeinflussen.

Man könnte deshalb allein überlegen, ob eine Unlauterkeit sich daraus ergeben könnte, dass die Werbetreibenden nun zu einer geschäftlichen Entscheidung gedrängt werden sollen. Diese Überlegung wurde bereits oben angedeutet[1609] und konnte dort mit Verweis auf systematische Argumente abgelehnt werden, die jedoch hier keine Geltung aufgrund der anderen geschäftlichen Entscheidung mehr beanspruchen können. Unabhängig davon, ob man aus der Unlauterkeit des Allowlistings nach § 4a UWG eine Unlauterkeit im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG begründen könnte, sind die Tatbestände § 4a UWG und § 4 Nr. 4 UWG zu einem gewissen Grade miteinander verzahnt. Denn die Beurteilung der Lauterkeit des Blocklistings zum Zwecke des Allowlistings gegenüber den Werbetreibenden anhand des § 4 Nr. 4 UWG impliziert auch eine Beurteilung des Zwecks „Allowlisting". Die Beurteilung dieser Frage richtet sich aber wiederum nach den Maßstäben des § 4a UWG als der für den Schutz der Entscheidungsfreiheit maßgeblichen Norm. Konsequent betrachtet ist entweder die Zulässigkeit des Allowlistings Vorfrage für die Beurteilung der Lauterkeit nach § 4 Nr. 4 UWG oder – wie hier favorisiert – die Zulässigkeit des Blocklistings Vorfrage für die Frage der Lauterkeit des Allowlistings nach § 4a UWG.

Insoweit kann aber aufgrund der bisherigen Untersuchung festgehalten werden, dass hier eine Lauterkeit nach § 4 Nr. 4 UWG zugrunde zu legen

---

1608 Vgl. MüKoUWG/*Raue*, UWG § 4a Rn. 111 m. w. N.: unzulässige Beeinflussung als Auffangtatbestand; ähnlich *Fritzsche* WRP 2016, 1, 4.

1609 2. Teil § 4 C. V. 2. b) bb) (5) (b) (S. 291).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist. Denn die Lauterkeit des Blocklistings (zum Zwecke des Allowlistings) gegenüber den Nutzern folgt aus der urheberrechtlichen Wertung und der Abwesenheit sonstiger, unlauterkeitsbegründender Umstände. Insoweit ändert sich durch die im Vergleich zur Beurteilung in § 4 der Arbeit geänderte, potenziell beeinflusste Entscheidung nichts. Eine unterschiedliche Behandlung des Verhaltens, abhängig vom geschäftlich Entscheidenden, liegt fern und könnte sich allein aus § 4a UWG als zusätzlichem unlauterkeitsbegründendem Umstand ergeben. Deshalb ist hier die Lauterkeit (und damit Rechtmäßigkeit, vgl. § 3 Abs. 1 UWG) des Blocklistings zum Zwecke des Allowlistings gegenüber Werbetreibenden gem. § 4 Nr. 4 UWG für die Beurteilung der geschäftlichen Handlung nach § 4a UWG zugrunde zu legen.

2. Unzulässige Beeinflussung (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG)

Die unzulässige Beeinflussung muss wohl korrekt übersetzt „unangemessene“[1610] heißen. Eine solche liegt nach § 4a Abs. 1 S. 3 UWG vor, „wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem […] sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des […] sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.“ Diese Definition übernimmt den Wortlaut der Definition des Art. 2 lit. j UGP-RL. Der Tatbestand unterscheidet sich somit von der Nötigung (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG) dahingehend, dass eine Machtposition erforderlich ist und die Ausnutzung dieser die Fähigkeit zur Entscheidungsfindung wesentlich einschränkt und nicht wie bei der Nötigung erheblich beeinträchtigt.[1611]

Erforderlich ist damit eine Machtposition (a), die eine Druckausübung (b) ermöglicht, sodass dieses Verhalten zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des sonstigen Marktteilnehmers geeignet ist (c).

1610 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4a Rn. 1.55; *Fritzsche* WRP 2016, 1, 4 Rn. 24; die englische Fassung der UGP-RL spricht von „undue“.

1611 Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4a Rn. 1.49.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Machtposition

Ausgangspunkt ist die Machtposition. Eine solche kann grundsätzlich auch strukturell bestehen, z. B. aufgrund wirtschaftlicher Überlegenheit.[1612] In Bezug auf Verbraucher ist in Nr. 29 Anhang I der UGP-RL als Per-se-Verbot das Verlangen der Bezahlung von unbezahlter Ware geregelt, was als Ausdruck des Art. 8 UGP-RL[1613] prinzipiell auf eher niedrige Anforderungen an eine Machtposition hindeutet.[1614] Ebenso spricht Nr. 30 Anhang I zur UGP-RL[1615] dafür,[1616] der ein Per-se-Verbot für den Fall aggressiver geschäftlicher Handlungen enthält. Dies hat der *EuGH* bestätigt, der für vorkonfigurierte SIM-Karten annimmt, dass die Nichtaufklärung über die entstehenden Kosten in Verbindung mit der Voreinstellung den Tatbestand erfülle und damit eine aggressive Handlung darstelle.[1617] Der *BGH* hat eine Machtposition qua Tätigkeit als Inkassobüro angenommen.[1618] Andere hingegen lassen aufgrund des Schutzzwecks nur wirtschaftliche Machtpositionen genügen.[1619] Häufig wird eine Machtposition angenommen, wenn der Unternehmer die Chance habe, den eigenen Willen durchzusetzen.[1620] Es wird also eine niedrige Schwelle gefordert.[1621]

Diese Ausführungen betreffen fast alle das B2C-Verhältnis, beanspruchen aber auch insoweit Geltung, als dass prinzipiell eine gespaltene Auslegung des § 4a UWG vermieden werden sollte (s. o.). Unterschiede zwischen dem Schutzbedürfnis von Verbrauchern und Unternehmen können über die Frage der Erheblichkeit der Beeinflussung der Entscheidung

---

1612 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1257 Rn. 60 – *Werbeblocker II*; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4a Rn. 1.58; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 290.

1613 Vgl. *EuGH* GRUR 2018, 1156, 1158 Rn. 38, 1159 Rn. 42 – *AGCM/Wind u. Vodafone*.

1614 *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1409 Rn. 30; *Apetz,* Aggressive Geschäftspraktiken, S. 301.

1615 Nr. 30 Anhang I zur UGP-RL: „Ausdrückliche Angabe, dass der Arbeitsplatz oder Lebensunterhalt des Unternehmers gefährdet sei […]".

1616 *Apetz,* Aggressive Geschäftspraktiken, S. 304.

1617 *EuGH* GRUR 2018, 1156, 1159 Rn. 42 ff. – *AGCM/Wind u. Vodafone*; *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1409 Rn. 30.

1618 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 1063, 1064 Rn. 12 – *Zahlungsaufforderung*.

1619 MüKoUWG/*Micklitz/Namysłowska*, UGP-RL Art. 9 Rn. 21; a. A. *Köhler/Lettl* WRP 2003, 1019, 1046; *Apetz,* Aggressive Geschäftspraktiken, S. 298.

1620 MüKoUWG/*Raue*, UWG § 4a Rn. 164; *Köhler/Lettl* WRP 2003, 1019, 1046; sehr ähnlich *Apetz,* Aggressive Geschäftspraktiken, S. 305.

1621 MüKoUWG/*Raue*, UWG § 4a Rn. 163; *Kiersch,* Adblocking, S. 160.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

berücksichtigt werden.[1622] Die Begrenzung auf eine wirtschaftliche Machtposition kann nicht überzeugen, denn die wirtschaftlichen Interessen eines Verbrauchers (bzw. Unternehmers) können ebenso aus nicht wirtschaftlichen Machtpositionen heraus beeinträchtigt werden. Es sind also niedrige Anforderungen an eine Machtposition zu stellen,[1623] die aus unterschiedlichsten Umständen folgen kann.[1624] Dazu gehören aufgrund der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers[1625] für einen Schutz sonstiger Marktteilnehmer grundsätzlich auch wirtschaftliche Umstände.[1626]

Das *OLG Köln*[1627] und im Anschluss daran der *BGH*[1628] gehen davon aus, dass die technische Blockademöglichkeit die Machtposition begründet. Zumeist nimmt das Schrifttum ebenso eine Machtstellung an.[1629] Dazu wird entweder auf die Stellung als „Gatekeeper"[1630] verwiesen[1631] oder die Beeinträchtigung einer wesentlichen Finanzierungsmöglichkeit angeführt.[1632]

1622 Vgl. *Fritzsche* WRP 2016, 1, 2, 4; *Lettl* WRP 2019, 1265, 1266.; anders MüKoUWG/*Raue*, UWG § 4a Rn. 166; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 290.

1623 Für im B2B-Bereich strengere Anforderungen *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 289.

1624 MüKoUWG/*Raue*, UWG § 4a Rn. 165; *Köhler/Lettl* WRP 2003, 1019, 1046.

1625 *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1409 Rn. 31; ebenso *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 263; kritisch zu diesem Argument *Kiersch,* Adblocking, S. 158.

1626 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1088 Rn. 62 – *Adblock Plus*; *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1409 Rn. 31; *Glöckner* WRP 2020, 143, 149 f. Rn. 55; *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 263; *Kiersch,* Adblocking, S. 158; andere hingegen fordern im Falle einer wirtschaftlichen Machtposition zusätzliche, unlauterkeitsbegründende Umstände, so HK-UWG/*Götting*, UWG § 4a Rn. 34; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4a Rn. 1.16; MüKoUWG/*Raue*, UWG § 4a Rn. 43 f.; *Alexander* NJW 2018, 3620, 3622; wohl auch *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 241 f.; demgegenüber für einen Anwendungsvorrang des Kartellrechts Fezer/*Scherer*, UWG § 4a Rn. 76; wohl auch JurisPK-UWG/*Seichter*, UWG § 4a Rn. 34.

1627 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1087 Rn. 57 – *Adblock Plus*.

1628 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1257 Rn. 61 – *Werbeblocker II*.

1629 JurisPK-UWG/*Seichter*, UWG § 4a Rn. 41.2; *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1409 Rn. 29 f.; *Rostam* InTer 2017, 146, 152; *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 264; *Kiersch,* Adblocking, S. 160.

1630 Englisch für Torwächter, Pförtner.

1631 *Rostam* InTer 2017, 146, 152; *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 264; *Kiersch,* Adblocking, S. 160.

1632 JurisPK-UWG/*Seichter*, UWG § 4a Rn. 41.2.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Andere Autoren verneinen eine Machtposition.[1633] Eine strukturelle Überlegenheit könne nicht durch technische Gesichtspunkte begründet werden, denn diese folgten im Internet aus technischen Notwendigkeiten, sodass die Akteure gleichrangig seien.[1634] Zudem stünden den Webseitenbetreibern diverse Handlungsoptionen zur Verfügung und die Anforderungen an die Machtposition im B2B-Bereich seien höher.[1635]

Es wird zu Recht eine Machtposition angenommen. Eine Machtposition liegt nach richtiger Auffassung bei Werbeblockern vor. Eine solche ist – wie die angeführte Rechtsprechung zeigt – grundsätzlich niedrigschwellig anzusetzen. Nur so kann das Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus gewährleistet werden. Das Ergebnis ist zur Vermeidung einer gespaltenen Auslegung grundsätzlich auf das B2B-Verhältnis zu übertragen, eine Überdehnung des Tatbestands wird durch eine entsprechende Auslegung der Merkmale der Einschränkung bzw. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit vermieden. Bei Werbeblockern liegt die Machtposition in der durch die Nutzerentscheidung vermittelten technischen Möglichkeit zu entscheiden, welche Inhalte im Browser dargestellt und damit den Nutzern angezeigt werden. Diese Position wird durch die freiwillige Entscheidung der Nutzer zur Installation und dem damit verbundenen Auftrag zur Blockade jeglicher bzw. nicht allowgelisteter Werbung begründet. Insoweit wird verkannt, dass die Möglichkeit zur Blockade nicht aus dem technisch vorgegebenen Aufbau von Internetseiten folgt, sondern daraus, dass die Nutzer das Programm installiert und dadurch eine (geschäftliche) Entscheidung getroffen haben. Auch der Verweis auf die Alternativen kann nicht überzeugen. Diese sind bei der Frage der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung zu berücksichtigen.

Die Machtposition im Sinne des § 4a Abs. 1 S. 3, S. 2 Nr. 3 UWG ist also in der durch die Nutzerentscheidung vermittelten *Möglichkeit* der Blockade von Inhalten zu sehen.[1636]

1633 *Nink* CR 2017, 103, 108; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 241; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 290 f.; kritisch *Alexander* GRUR 2016, 1089, 1090.
1634 *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 290 f.
1635 *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 241.
1636 Vgl. *BGH* BeckRS 2019, 24563, Rn. 24 ff. – *Werbeblocker III* zur kartellrechtlichen Frage der Marktbeherrschung.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Druckausübung

Die Machtposition muss der Unternehmer zur Druckausübung nutzen, § 4a Abs. 1 S. 3 UWG.[1637] Dazu kann auf die Indiztatbestände des § 4a Abs. 2 UWG (aa) zurückgegriffen werden. In jedem Fall sind alle Umstände zu berücksichtigen (bb).

aa) Indiztatbestände des § 4a Abs. 2 UWG

Anhaltspunkte hierfür bietet § 4a Abs. 2 UWG, der Art. 9 UGP-RL umsetzt. Anders als es die deutsche Fassung vorsieht, dient Art. 9 UGP-RL dazu festzustellen, ob ein Ausübungsmittel vorliegt und nicht – wie § 4a Abs. 2 S. 1 UWG statuiert – die Aggressivität selbst festzustellen.[1638] Nur wenige Stimmen sehen einen Tatbestand des § 4a Abs. 2 S. 1 UWG als einschlägig an.

Manche Autoren ziehen die Nr. 1 heran,[1639] welche die Berücksichtigung von Ort, Art oder Dauer der Handlung fordert, oder die Nr. 2, da im Inaussichtstellen der Blockade eine drohende Verhaltensweise im Sinne der Vorschrift vorliege.[1640] Diese Tatbestände liefern in der vorliegenden Konstellation jedoch keinen Erkenntnisgewinn, da auch rechtmäßige Drohungen dem Tatbestand unterfallen[1641] und Nr. 1 lediglich die Berücksichtigung aller Umstände präzisiert, die ohnehin in § 4a Abs. 1 S. 2 UWG angeordnet wird.

Allein das *OLG Köln* zieht § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UWG heran.[1642] Diese Norm erfasst belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nicht vertraglicher Art, mit denen der Unternehmer den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte zu hindern versucht. Das Blocklisting stelle ein Hindernis nicht vertraglicher Art dar und führe dazu, dass die Werbetreibenden ihre „vertraglichen Rechte“ nicht gegenüber den „eigentlichen Werbepartner[n]“ ausüben

1637 *Fritzsche* WRP 2016, 1, 4 Rn. 30; *Kiersch,* Adblocking, S. 160; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 291.
1638 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4a Rn. 1.82.
1639 *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 293 f.
1640 *Kiersch,* Adblocking, S. 165.
1641 *Kiersch,* Adblocking, S. 165 m. w. N.
1642 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1088 Rn. 57 – *Adblock Plus*; ebenso *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 263.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

könnten.[1643] Es bleibt unklar, wer diese eigentlichen Werbepartner sind, denn es kann sowohl die Beziehung zur werbenden Wirtschaft als auch die zu den Webseitenbetreibern gemeint sein.[1644] In beiden Fällen findet eine Störung des beabsichtigten Leistungsaustauschs statt, entweder das Ausspielen (Webseitenbetreiber) oder die erfolgsabhängige Vergütung (werbende Unternehmen). Allerdings bezieht sich § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UWG nicht auf das Verhältnis des Beeinflussten zu einem Dritten, sondern auf das zum (vermeintlich) aggressiv Handelnden als dem Vertragspartner.[1645] Darüber hinaus widerspricht sich das *OLG Köln*[1646], wenn es einerseits die Aggressivität damit begründet, dass die Werbung die Adressaten nicht erreiche, gleichzeitig aber diese Blockade für rechtmäßig hält.[1647] Aus diesen Gründen wird allgemein die Anwendung des § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UWG auf allowlistende Werbeblocker abgelehnt;[1648] Anhaltspunkte für eine aggressive Handlung bietet der Tatbestand, wie die übrigen Nummern des § 4a Abs. 2 S. 1 UWG, somit nicht.

bb) Feststellung ohne Indiztatbestand

Stattdessen ist allein auf § 4a Abs. 1 S. 3 UWG abzustellen, ob der Handelnde die Machtposition zur Ausübung von Druck ausnutzt. Insoweit ist zu fordern, dass beim Marktteilnehmer der Eindruck erweckt wird, dass mit dem Nichtabschluss des Geschäfts Nachteile einhergingen,[1649] sich also die Situation des Adressaten verschlechtert.[1650] Dieser – ggf. auch unbestimmte[1651] – Nachteil darf jedoch nicht der bloße Nichtabschluss eines

1643 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1088 Rn. 57 – *Adblock Plus*.
1644 Kritisch auch *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 244.
1645 *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487, 489 m. w. N.; a. A. *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 263; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 292 f.
1646 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1085 Rn. 37, 1087 Rn. 47 – *Adblock Plus*.
1647 Vgl. *Fritzsche* WRP 2016, 1036, 1037 Rn. 16.
1648 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1257 Rn. 65 f. – *Werbeblocker II*; *Alexander* GRUR 2016, 1089, 1090; *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1409 Rn. 27; *Fritzsche* WRP 2016, 1036, 1037 Rn. 16; *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487, 489; *Raue* WRP 2017, 1363, 1364 Rn. 17; *Scherer* WRP 2019, 1, 7 Rn. 46; im Ergebnis auch *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 292 f., der aufgrund der erfolgsabhängigen Vergütung eine Behinderung vertraglicher Rechte verneint.
1649 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4a Rn. 1.59; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 294.
1650 *Scherer* WRP 2019, 1, 6 Rn. 39; *Apetz,* Aggressive Geschäftspraktiken, S. 763 ff.
1651 HK-UWG/*Götting*, UWG § 4a Rn. 12; MüKoUWG/*Raue*, UWG § 4a Rn. 108.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Geschäfts sein, wenn der Adressat nicht auf die geforderten Bedingungen eingeht.[1652]

Es ist umstritten, ob das Blocklisting einen solchen Nachteil darstellen kann,[1653] trotz der Gefahr hoher Einnahmeausfälle aufseiten der Werbetreibenden. Argument der Kritiker ist, dass das Mittel Blocklisting[1654] keinen Nachteil im Rechtssinne bewirke, da die Rechtsordnung die Zufügung solcher Nachteile gerade gestatte.[1655] Der Werbeblocker verspreche letztlich – wie Dienstleister zur Umgehung von Werbeblockern – Zugang zu den Nutzern.[1656] Demgegenüber gehen nur wenige von der Ausübung unzulässigen Drucks aus.[1657]

Der häufige Schluss, dass die Rechtmäßigkeit des Blocklistings automatisch diejenige des Allowlistings begründe, ist allerdings verfehlt bzw. zumindest verkürzt. Dabei wird verkannt, dass grundsätzlich auch die Druckausübung mit rechtmäßigen Mitteln eine Aggressivität begründen kann. Das ergibt sich zwar nicht eindeutig aus dem Gesetzestext, jedoch bedarf es eines Korrekturmoments, um erlaubten von nicht erlaubten Druck unterscheiden zu können. So muss es auch Fälle rechtmäßiger Druckausübung geben.[1658] Einziger Anhaltspunkt für ein solches Korrekturmoment ist, dass § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG von einer „unzulässigen" Beeinflussung spricht, die mit Blick auf die anderen Sprachfassungen eine „unangemessene" ist.[1659] Denn ein gewisses Druckausüben ist im wirtschaftlichen Leben üblich und häufig erforderlich. Art und Maß des erlaubten Drucks können dabei immer nur in Relation zum angestrebten Ziel festgestellt werden. Vor diesem Hintergrund ist beim Merkmal der Unzulässigkeit des Drucks die (Un)Angemessenheit des Mittels anhand der Kriterien Rechtswidrigkeit des Mittels, des Zwecks oder der Zweck-Mittel-Relation zu thematisieren.[1660] Diese Erwägungen gelten aufgrund der ausdrückli-

1652 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4a Rn. 1.59; *Scherer* WRP 2019, 1, 6 Rn. 39.
1653 Dafür *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 295.
1654 Zum Allowlisting selbst als Nachteil siehe unten, 3. Teil § 6 B. (S. 338).
1655 Vgl. *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 134 – *Whitelisting II*; *Fritzsche* WRP 2016, 1036, 1037; *Raue* WRP 2017, 1363, 1364; *Scherer* WRP 2019, 1, 6 Rn. 35; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 236.
1656 *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 220 f.
1657 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1088 Rn. 59 f. – *Adblock Plus*; JurisPK-UWG/*Seichter*, UWG § 4a Rn. 41.2; *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 263 f.
1658 MüKoUWG/*Raue*, UWG § 4a Rn. 199 ff.
1659 So bereits oben, 3. Teil § 5 B. III. 2. (S. 324).
1660 Wie hier MüKoUWG/*Raue*, UWG § 4a Rn. 201; *Raue* WRP 2017, 1363, 1364 Rn. 16; dagegen *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 619 Rn. 147 – *Adblock Plus*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chen Einbeziehung in den Schutzbereich der Norm ebenso für sonstige Marktteilnehmer.[1661]

Dass das eingesetzte Mittel Blocklisting erlaubt[1662] ist, sagt also prinzipiell noch nichts darüber aus, ob nicht doch eine unangemessene Beeinflussung im Rechtssinne vorliegt. Auch der Einwand, dass man einen Nachteil nur dann begründen könne, wenn der Werbeblockerbetreiber gezielt bestimmte Unternehmen blockiere und ihnen daraufhin die Freischaltung anbiete,[1663] greift nicht durch. Ein Nachteil verschwindet nicht dadurch, dass man diesen auf alle möglichen Ziele anwendet.

Der Zweck, der Abschluss einer Allowlisting-Vereinbarung, ist aufgrund der urheberrechtlichen Wertung grundsätzlich rechtmäßig. Nach dieser sind Inhalte grundsätzlich nutzbar, sofern der Rechtsinhaber die Nutzung nicht durch technische Maßnahmen verhindert hat und es sich nur um temporäre Nutzungen handelt, die nach einer Beendigung des Zugriffs durch den Rechtsinhaber keinen Wert mehr haben. Ausgangspunkt dieser Wertung ist die Reichweite der Einwilligung. Eine solche wird durch die unbeschränkte öffentliche Zugänglichmachung abgegeben und erfasst alle nicht beschränkten Nutzungen, insbesondere den teilweisen Abruf der Webseite.[1664] Die Einwilligung erstreckt sich auf sämtliche Nutzungen der öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL und ist nutzungsneutral, sie gilt für jede und nicht nur für bestimmte Verwendungen, wie z. B. nicht kommerzielle Nutzungen. Dies folgt aus dem Charakter als pauschalisierte, allein technisch ausgestaltbare Einwilligung[1665]; hiervon gehen auch die Urteile des *EuGH* zur öffentlichen Zugänglichmachung (bzw. Wiedergabe)[1666] im Internet aus, da hier die Nutzungen stets kommerzieller Natur waren. So handelte es sich z. B. im Urteil *Svensson*[1667] um einen News-Aggregator[1668] oder im Fall

1661 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4a Rn. 1.5.

1662 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. I. (S. 156), E. (S. 307).

1663 *Fritzsche* WRP 2016, 1036, 1037 Rn. 15 zum Nachteil im Rahmen der Machtposition der Nr. 3.

1664 Dazu oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82).

1665 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78).

1666 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

1667 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360 – *Svensson*.

1668 Ein Online-Dienst, der zumeist verschiedene Webseiten mit Nachrichten durchsucht und diese gesammelt auf einer eigenen Webpräsenz verlinkt und ggf. kurz einige Zeilen aus dem Artikel zeigt; gegen diese Praktik richtet sich insbesondere das mit Art. 15 DSM-RL eingeführte Leistungsschutzrecht für Presseverleger.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bestwater[1669] um Vertreter für Wasserfilter, die einen Film in ihre Webseite im Wege des Framing einbanden. Ob die Nutzung kommerziellen Zwecken dient, berücksichtigt der *EuGH* erst bei der Reichweite der Kontrollpflichten.[1670] Dass die Möglichkeit der Werbung im Vor- bzw. Umfeld eingeschränkt wurde, spielt für die urheberrechtliche Beurteilung keine Rolle. Der Vermögenswert, den Zugang zu kommerzialisieren, ist dem Rechtsinhaber nicht mehr zugewiesen, zumindest bis er entsprechende technische Beschränkungen vornimmt. Es wäre also – urheberrechtlich – möglich, Geld für den Zugang zu diesen fremden Inhalten zu verlangen, selbst ohne (explizite) Erlaubnis des Rechtsinhabers. Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass die unterbliebene Differenzierung des Urheberrechts bezüglich der Verwendung bewusst geschieht, denn das Urheberrecht unterscheidet in anderen Normen private und kommerzielle Nutzungen, z. B. in § 53 Abs. 1 UrhG (Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL) oder § 60e Abs. 4 UrhG (Art. 5 Abs. 3 lit. n InfoSoc-RL). Ist der Vermögenswert dem Webseitenbetreiber nach der urheberrechtlichen Wertung nicht mehr zugewiesen, kann das Lauterkeitsrecht grundsätzlich zu keinem anderen Ergebnis kommen. Insbesondere kann – wie oben bereits angedeutet[1671] – in der Kommerzialisierung der urheberrechtsfreien Inhalte kein zusätzlicher unlauterkeitsbegründender Umstand gesehen werden, da bereits insoweit das Urheberrecht – Freiheit der Nutzung, soweit eingewilligt – die Interessen abschließend abgewogen hat.

Es muss dann ebenso möglich sein, dass der Werbeblockerbetreiber den Webseitenbetreibern und Werbetreibenden diese Werbeflächen selbst verkauft. So ist es irrelevant, dass es für die Webseitenbetreiber die „eigenen" sind. Denn der Vermögenswert der Nutzung der Inhalte ist insoweit niemandem mehr zugewiesen, auch nicht dem Webseitenbetreiber. Letzten Endes haben die Webseitenbetreiber in das Blocklisting und die Nutzung der mit den Inhalten generierten Aufmerksamkeit im Rahmen des Allowlistings selbst eingewilligt. Ebenso handelt es sich aus Sicht der Nutzer nicht um die Werbeflächen des Webseitenbetreibers, sondern schlicht um weiße Flächen auf dem eigenen Bildschirm, über die diese grundsätzlich selbst die Hoheit haben. Haben sie die Hoheit über die Bespielung dieser Flächen dem Werbeblockerbetreiber zugewiesen, steht es ihm grundsätzlich frei, diese zu kommerzialisieren. Die Grenze einer

1669 *EuGH* MMR 2015, 46 – *Bestwater*; vgl. den Tatbestand in *BGH* MMR 2013, 596, 597 – *Die Realität I*.
1670 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 47, 1155 Rn. 51 – *GS Media*.
1671 2. Teil § 4 C. V. 2. b) bb) (5) (a) (S. 290).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

solchen Kommerzialisierung wird sich zumeist allein daraus ergeben können, dass bei der Übergabe der Hoheit über die Aufmerksamkeit – der Installation des Werbeblockers – die Nutzer keine freie und informierte Entscheidung getroffen haben.[1672] Hier ist jedoch von einer informierten und freien Entscheidung der Nutzer auszugehen.[1673]

Damit kann sich lediglich aus der Zweck-Mittel-Relation anderes ergeben, wenn das Recht in zweckwidriger oder unverhältnismäßiger Weise ausgeübt wird.[1674] *Raue* sieht lediglich dann eine Zweckwidrigkeit, wenn der Blocker das Ausspielen aufdringlicher Werbung zulasse, da er sich dann in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtfertigung setze.[1675] Die Zweck-Mittel-Relation ist nicht als unangemessen zu beurteilen. Entscheidend ist hier ebenso die urheberrechtliche Wertung. Damit muss es entgegen *Raue* auch möglich sein, trotz des Ausspielens aufdringlicher Werbung Allowlisting zu betreiben, denn der Grund für die Rechtmäßigkeit des Allowlistings liegt gerade nicht im „altruistischen" Ausblenden, sondern in der Nichtzuweisung der Nutzung der Inhalte durch das Urheberrecht und der Entscheidung der Nutzer, von wem der Platz auf dem Bildschirm befüllt werden darf. Zweck und Mittel stehen damit in einem eindeutigen Zusammenhang. Gleichzeitig können sich die Webseitenbetreiber relativ einfach mit technischen Beschränkungen wehren. Dass mit der Gegenwehr unter Umständen ein Nutzerschwund einhergeht, ist mit Blick auf das unternehmerische Risiko hinzunehmen.[1676] *Raue* kann nur insoweit beigepflichtet werden, wenn man ihn so versteht, dass das Ausspielen aufdringlicher Werbung eine Irreführung gegenüber den Nutzern bedeuten würde, was aber auch nur das Unterlassungsgebot der Irreführung der Nutzer zur Folge hätte.

1672 Vgl. hierzu im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG, 2. Teil § 4 C. V. 2. c) bb) (2) (S. 296).

1673 Fehlt es an einer solchen, können die Webseitenbetreiber zwar aufgrund eines Verstoßes gegen die Irreführungsverbote vorgehen (§§ 3 Abs. 2, 4a ff. UWG). Sie können das aber nicht in Bezug auf die Entscheidung der Werbetreibenden, weil es insoweit an einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit (dazu im Rahmen des § 4a Abs. 1 S. 3 UWG sogleich, 3. Teil § 5 B. III. 2. c) (S. 334)) dieser fehlt. Es wäre vielmehr wegen eines Verstoßes gegen §§ 3 Abs. 1, 4a ff., 3 Abs. 2 UWG gegen das Blocklisting zu Zwecken des Allowlistings *gegenüber den Nutzern* vorzugehen.

1674 *Raue* WRP 2017, 1363, 1364 Rn. 16.

1675 *Raue* WRP 2017, 1363, 1364 Rn. 16.

1676 Dazu bereits oben, 2. Teil § 4 C. V. 2. b) bb) (2) (S. 288); für das Kartellrecht insoweit kritisch *BGH* BeckRS 2019, 24563, Rn. 32 – *Werbeblocker III*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diese Überlegungen gelten sowohl für Webseitenbetreiber als auch für Werbetreibende: Zwar können die Werbetreibenden, anders als die Webseitenbetreiber, nicht die Inhalte an die Ausspielung von Werbung knüpfen, allerdings können sie die Webseitenbetreiber entsprechend (vertraglich) verpflichten bzw. entlohnen. Die übliche erfolgsabhängige Vergütung führt dazu, dass die Webseiten ein eigenes Interesse an der Ausschaltung von Werbeblockern haben. Eine Druckausübung im Sinne der Norm ist damit abzulehnen.

c) Eignung zur Einschränkung der geschäftlichen Entscheidungsfähigkeit

Darüber hinaus scheitert eine aggressive geschäftliche Handlung an der mangelnden Eignung zur Einschränkung der geschäftlichen Entscheidungsfähigkeit.[1677] Allgemein wird auf einen durchschnittlichen Adressaten der geschäftlichen Handlung abgestellt[1678] und gefragt, ob dessen Urteilsvermögen derart beeinträchtigt sein könne, dass er Vor- und Nachteile des Geschäfts nicht mehr hinreichend wahrnehmen und gegeneinander abwägen könne.[1679] Dies ist bei Werbetreibenden nicht anzunehmen. Da es um Unternehmen geht, die prinzipiell in der Digitalökonomie erfahren sind, ist von diesen auch zu erwarten, dass sie kaufmännisch die Vor- und Nachteile des jeweiligen Geschäfts gegeneinander abwägen.[1680] „Irrationale“[1681] Handlungen – also letztlich unfrei getroffene geschäftliche

1677 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1258 Rn. 71 – *Werbeblocker II*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 44 – *Adblock Plus*; ZUM-RD 2015, 745, 749 – *AdBlock Plus* (zu § 4 Nr. 1 a. F.); *Alexander* GRUR 2016, 1089, 1090; *Fritzsche* WRP 2016, 1036, 1037 Rn. 19; *Weiler* jM 2019, 280, 283; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 250 f.; *Kiersch,* Adblocking, S. 172; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 295 f., 297 f.; für eine Eignung zur Einschränkung *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1088 Rn. 61 – *Adblock Plus*; grundsätzlich auch *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 618 Rn. 145 – *Adblock Plus*, das aber letztlich ein aggressives Mittel verneint.

1678 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1258 Rn. 68 – *Werbeblocker II*; MüKoUWG/*Raue*, UWG § 4a Rn. 75: größere Robustheit als bei Verbrauchern.

1679 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1258 Rn. 68 – *Werbeblocker II*.

1680 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 1251, 1258 Rn. 71 – *Werbeblocker II*; *Weiler* jM 2019, 280, 283; MüKoUWG/*Raue*, UWG § 4a Rn. 75.

1681 Siehe aber auch *Lettl* WRP 2019, 1265, 1266 Rn. 5 f., der das Merkmal der Rationalität vor dem Hintergrund der UGP-RL zu Recht ablehnt.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Entscheidungen – durch das Angebot des Allowlistings bzw. der Vornahme des Blocklistings sind nicht zu erwarten.[1682]

IV. Ergebnis

Ein Anspruch gem. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4a Abs. 1 UWG, gerichtet auf das Verbot des Blocklistings mit dem Ziel des Abschlusses einer entgeltlichen Allowlisting-Vereinbarung mit den Werbetreibenden, scheidet somit aus.[1683]

Die Norm schützt grundsätzlich sowohl Werbetreibende als auch Webseitenbetreiber, jedoch nur, wenn das Allowlisting sich an sie richtet, sie also eine geschäftliche Entscheidung treffen.[1684] Damit scheidet jedoch die Anspruchsberechtigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG mangels Mitbewerberstellung aus. Allein die Webseitenbetreiber sind Mitbewerber, soweit sich das Allowlisting an die Werbetreibenden richtet.

Eine unzulässige Beeinflussung, die sich aus dem Zweck, dem Mittel und der Zweck-Mittel-Relation ergeben kann, scheidet aufgrund urheberrechtlicher Erwägungen aus. Zwar besteht eine Machtposition mit der Möglichkeit des Blocklistings und dieses stellt auch einen Nachteil dar, allerdings ist der so ausgeübte Druck nicht „unzulässig" im Sinne von unangemessen. Stets erlaubt die urheberrechtliche Wertung eine Monetarisierung der Aufmerksamkeit, zusätzliche unlauterkeitsbegründende Umstände liegen nicht vor. Im Übrigen ist die Handlung nicht geeignet, die Entscheidungsfreiheit erheblich zu beeinträchtigen, vgl. § 4a Abs. 1 S. 2 UWG.

C. Weitere Ansprüche

Grundsätzlich kann das Blocklisting zu Zwecken des Allowlistings gegenüber Werbetreibenden auch nach § 4 Nr. 4 UWG beurteilt werden, sodass die Webseitenbetreiber auch bezüglich dieser geschäftlichen Handlung

---

1682 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 1251, 1258 Rn. 71 – *Werbeblocker II*; *Kiersch,* Adblocking, S. 173.

1683 *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; *Weiler* jM 2019, 280, 283; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 241; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 253; anders *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 264 f.

1684 Die auch im bloßen Untätigbleiben liegen kann, vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vorgehen können. Insbesondere ist eine sogenannte Doppelkontrolle möglich[1685] und die Webseitenbetreiber sind Mitbewerber. *Raue* schlägt vor, im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG auch die Entscheidungsfreiheit der Webseitenbetreiber nach Maßgabe des § 4a UWG zu schützen.[1686] Allerdings richtet sich die Beurteilung nach der jeweiligen geschäftlichen Handlung. Hier ist jedoch allein das Blocklisting zum Zwecke eines Angebots des Allowlistings *gegenüber den Werbetreibenden* zu beurteilen. Insoweit kommt es gerade nicht auf die Entscheidungsfreiheit der Webseitenbetreiber an. Andernfalls ermöglichte man diesen entgegen § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG ein Vorgehen ohne Anspruchsberechtigung.

Es ergibt sich auch keine Unlauterkeit daraus, dass die Werbeblockerbetreiber die Webseitenbetreiber gem. § 4 Nr. 4 UWG durch die Einwirkung auf die Werbetreibenden gezielt behindern. Eine Unlauterkeit könnte sich im Vergleich zur Handlung gegenüber den Nutzern allein aus einer Änderung der beeinflussten geschäftlichen Entscheidung ergeben, dass nun also die Werbetreibenden durch das Blocklisting beeinflusst werden. Bezüglich der Entscheidung der Werbetreibenden sind die Voraussetzungen einer Unlauterkeit nach § 4a UWG nicht erfüllt, sodass insoweit kein zusätzlicher, unlauterkeitsbegründender Umstand vorliegt. Die urheberrechtliche Wertung führt damit auch nicht zu einer Unlauterkeit nach § 4 Nr. 4 UWG. Gleiches gilt für eine allgemeine Marktbehinderung nach § 3 Abs. 1 UWG.[1687]

D. Ergebnis

Das Angebot einer Software zum Blocklisting an Nutzer mit dem Ziel des Abschlusses einer Allowlisting-Vereinbarung, soweit es dazu geeignet ist, eine geschäftliche Entscheidung über das Allowlisting der Werbetreibenden zu beeinflussen, ist rechtmäßig. Allein diese geschäftliche Handlung kann durch die Webseitenbetreiber als einzige Anspruchsberechtigte lauterkeitsrechtlich angegriffen werden, da nur sie Mitbewerber der Werbeblockerbetreiber sind.

Allerdings ohne Erfolg: Die urheberrechtliche Wertung erlaubt nicht nur das Blocklisting selbst, sondern auch das Allowlisting und führt so zu einer Verneinung von Ansprüchen aufgrund von §§ 3 Abs. 1, 4a UWG.

1685 Fezer/*Scherer*, UWG § 4a Rn. 69 m. w. N.
1686 *Raue* WRP 2017, 1363, 1364 Rn. 12.
1687 Im Ergebnis ebenso *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 254.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Da die Nutzung urheberrechtsfrei ist, dürfen die Inhalte auch insoweit kommerziell verwendet werden. Dafür steht den Webseitenbetreibern die Möglichkeit der Aussperrung offen. Aus den gleichen Gründen ist eine Unlauterkeit im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG zu verneinen.

§ 6 Angebot einer Allowlisting-Vereinbarung

Anstelle des Blocklistings zu Zwecken des Allowlistings kann auch auf das Angebot des entgeltlichen[1688] Allowlistings als die geschäftliche Handlung abgestellt werden. Ähnlich dem vorangegangenen Abschnitt ist die geschäftliche Handlung mit Blick auf die Mitbewerberstellung weiter zu differenzieren (A.). Als Verbotsansprüche kommen solche aufgrund der Verletzung von § 4a UWG (B.) und § 4 Nr. 4 UWG (C.) infrage.

A. Geschäftliche Handlung und Mitbewerberstellung

Im Gegensatz zum vorangehenden Abschnitt ist das zu beurteilende Verhalten das Angebot des entgeltlichen Allowlistings. Die davon beeinflusste geschäftliche Entscheidung (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG) ist diejenige über das Allowlisting. In der hier besprochenen Konstellation – Webseitenbetreiber und Werbetreibende gegen die Werbeblockerbetreiber – sind allein die Webseitenbetreiber anspruchsberechtigt, soweit die Werbetreibenden durch das Verhalten angesprochen werden und sich geschäftlich im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG entscheiden. Da sich die geschäftliche Entscheidung gegenüber dem vorigen Abschnitt nicht geändert hat, kann auf die dortigen Ausführungen zur Mitbewerberstellung verwiesen werden.[1689]

Somit ist die zu prüfende geschäftliche Handlung das Angebot einer entgeltlichen Allowlisting-Vereinbarung, soweit es dazu geeignet ist, eine geschäftliche Entscheidung über das Allowlisting der Werbetreibenden zu beeinflussen, kurz das *Angebot des Allowlistings gegenüber den Werbetreibenden*.

1688 Vgl. *OLG Köln* GRUR 2018, 863, 863 Rn. 2 – *Adblock-Plus Ordnungsgeld*.
1689 3. Teil § 5 B. II. (S. 313).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4a UWG

Sieht man das Angebot einer Allowlisting-Vereinbarung an die Werbetreibenden als die mögliche aggressive geschäftliche Handlung an, ist nach dem in Aussicht gestellten Nachteil zu fragen. § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG setzt implizit voraus, dass der Entscheidende einen Nachteil erleidet.[1690] Dieser Nachteil kann jedoch hier im zu untersagenden Verhalten, dem Angebot einer Allowlisting-Vereinbarung, bestehen.[1691] *Kreutz* lässt hierfür genügen, dass allowgelistete Unternehmen nicht mehr frei über die eingesetzten Werbemittel bestimmen können.[1692] *Kiersch* weist ergänzend darauf hin, dass ein Nachteil in den Vorteilen liege, die bereits allowgelistete Unternehmen im Sinne eines Wettbewerbsvorsprungs hätten, dieser gehe über den – grundsätzlich nicht zu berücksichtigenden[1693] – Nachteil des Nichtabschlusses des Geschäfts hinaus.[1694]

Hiergegen wird zu Recht eingewandt, dass es sich beim Angebot des Allowlistings nicht um einen Nachteil handeln könne.[1695] Denn dieses schafft insoweit nur einen Vorteil für den Werbetreibenden, dass er nun eine weitere Handlungsoption hat.[1696] Auch der Einwand von *Kreutz*, dass bereits subjektiv empfundene Nachteile, hier konkret Entgeltzahlung und keine freie Bestimmung über die eingesetzten Werbemittel, ausreichten, kann nicht überzeugen.[1697] Einerseits ist solch ein subjektives Verständnis zu weit, andererseits handelt es sich hierbei um Vertragspflichten aus der Allowlisting-Vereinbarung, also letztlich die Gegenleistung. Dass eine solche im Rahmen des angebotenen Vertrags erbracht werden muss, kann keinen Nachteil begründen, da es sich hier ansonsten um einen Zirkelschluss handeln würde. Erst recht gilt dies für das Argument von *Kiersch*: Dass die nicht am Allowlisting teilnehmenden Webseiten einen Wettbewerbsnachteil haben, beruht allein auf dem Nichtabschluss. Die

1690 *Scherer* WRP 2019, 1, 6 Rn. 35, 39.
1691 *Kiersch,* Adblocking, S. 161 f.; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 295.
1692 *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 295; zustimmend *Kiersch,* Adblocking, S. 162; dagegen *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 240.
1693 Nachweise bei 3. Teil § 5 B. III. 2. b) bb) (S. 329).
1694 *Kiersch,* Adblocking, S. 162.
1695 *OLG München* MMR 2017, 756, 764 Rn. 191 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 43 – *Adblock Plus*; *Nink* CR 2017, 103, 108; *Scherer* WRP 2019, 1, 6 Rn. 39; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 240; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 245.
1696 *Scherer* WRP 2019, 1, 6 Rn. 39; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 240.
1697 Im Ergebnis ebenso *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 240.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nachteile aus einem solchen sind aber – wie er selbst zu Recht schreibt – unbeachtlich.

Gleichzeitig stellt die Nichtaufhebung der Blockade keinen Nachteil im Rechtssinne dar, da kein Anspruch auf Aufhebung der Blockade besteht[1698] und sich damit die Position der Werbetreibenden nicht verschlechtert.[1699] Das folgt aus der Vertragsfreiheit, sodass allein ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 826 BGB) oder kartellrechtliche Normen[1700] infrage kommt.[1701] Das Angebot der Allowlisting-Vereinbarung stellt mangels Nachteils keine aggressive geschäftliche Handlung im Sinne des § 4a UWG dar.

C. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG

Das Angebot des Allowlistings an die Werbetreibenden kann grundsätzlich auch selbst als gezielte Behinderung der Webseitenbetreiber angesehen werden. Die Behinderung liegt in der Verschlechterung der Wettbewerbsposition des Webseitenbetreibers, da die Werbetreibenden das „Zusatzprodukt" Allowlisting zu erwerben drohen. Zwar ermöglicht das Allowlisting u. U. erhöhte Werbeabsätze, die auch wieder dem Webseitenbetreiber zugutekommen, allerdings verteuert sich das Produkt des Webseitenbetreibers dadurch, dass das Zusatzprodukt Allowlisting für diese zusätzlichen Ausspielungen erforderlich ist. Gleichzeitig kann die Erhöhung der Menge an Werbeplätzen auf dem Markt dazu führen, dass die Einnahmen pro Werbeplatz sinken.

Die Gezieltheit der Behinderung ist jedoch mit den gleichen Argumenten wie zu § 4a UWG bezüglich des Blocklistings zum Zwecke des Allowlistings abzulehnen. Maßgeblich ist also wieder die urheberrechtliche Wertung, die die Verwendung der Inhalte und die damit generierte Aufmerksamkeit frei gibt, sodass eine Gezieltheit ausscheidet. Zusätzliche, unlauterkeitsbegründende Umstände liegen nicht vor. Insbesondere ist die Entgeltlichkeit kein solcher Umstand, da das Urheberrecht insoweit nicht differenziert. Mangels Gezieltheit der Behinderung besteht kein Anspruch

1698 *OLG München* MMR 2017, 756, 764 Rn. 190 – *Whitelisting I*.
1699 *Scherer* WRP 2019, 1, 6 Rn. 39.
1700 *BGH* BeckRS 2019, 24563, Rn. 7 ff. – *Werbeblocker III*; *Glöckner* WRP 2020, 143 ff.
1701 Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4a Rn. 1.49.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gem. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG wegen des Angebots des Allowlistings gegenüber den Werbetreibenden.

D. Ergebnis

Das Angebot einer entgeltlichen Allowlisting-Vereinbarung mag zwar manchen als „Wegelagerei“[1702] erscheinen, die rechtliche Bewertung ist jedoch eine andere. Denn betrachtet man nur das Angebot einer Allowlisting-Vereinbarung, ist dieses vor allem eine zusätzliche Option im Konflikt um totalblockierende Werbeblocker. Ansprüche zur Abwehr dieser Alternative bestehen mangels Beeinträchtigung der Position der Webseitenbetreiber nicht.

§ 7 Fortführung des Allowlistings – Ersetzen der Werbung

Innerhalb dieses Abschnitts soll gezeigt werden, dass die zum Block- und Allowlisting gefundenen Ergebnisse auch auf das Ersetzen von Werbung – das häufig in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht als „rote Linie“ gilt – übertragen werden können und grundsätzlich zu einer Rechtmäßigkeit solcher Handlungen führen.

Beim Ersetzen von Werbung gibt es zwei Geschäftsmodelle.[1703] Zum einen Ad Injectoren, die wie ein klassischer Werbeblocker die Werbung auf der Webseite unterdrücken, aber darüber hinaus die nun freigewordenen Plätze mit eigener Werbung füllen. Zum anderen gibt es *Brave*, einen Browser, der ebenso jede Werbung blockiert und zur eigenen Finanzierung selbst Werbung ausspielt. Diese Werbung wird aber anders als bei klassischen Ad Injectoren nicht auf den jeweiligen Webseiten angezeigt, sondern ähnlich einem Mailprogramm mithilfe von gesonderten Benachrichtigung und damit losgelöst von der konkreten Webseite eingeblendet. Diese beiden Modelle werden zusammen beleuchtet, da beide fremde Inhalte zur Verfügung stellen und sich über die dabei generierte Aufmerksamkeit finanzieren. Sofern sich insbesondere für den Browser *Brave* Abweichungen ergeben (könnten), wird darauf gesondert eingegangen.

1702 Vgl. den Klägervortrag in *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 57 – *Adblock Plus*.

1703 Zu diesen oben, 1. Teil § 1 B. V. 3. (S. 54).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anders als bei Ad Injectoren üblich wird hier eine freiwillige und informierte Entscheidung (vgl. §§ 4a ff. UWG) vorausgesetzt. Häufig werden solche Programme zusammen mit anderen, kostenlosen Programmen ausgeliefert und – wenn überhaupt – nur vage auf die Anzeigen hingewiesen.[1704] Diese Irreführung kann grundsätzlich selbst Ansprüche nach dem UWG auslösen.[1705] Hier soll sich aber darauf konzentriert werden, ob Ad Injectoren per se wegen ihrer Wirkung (und nicht der Installationsweise) rechtmäßig sind.

A. Urheberrechtliche Ansprüche

Urheberrechtliche Ansprüche scheiden aus. Grundsätzlich gibt der Webseitenbetreiber mit der *unbeschränkten* Zurverfügungstellung seiner Inhalte im Internet eine umfassende Zustimmung in Form einer schlichten Einwilligung zum – auch teilweisen – Abruf.[1706] Eine Bedingung oder andere Beschneidung dieser Zustimmung ist allein durch technische Beschränkungen möglich. Das bloße Bereitstellen der Inhalte unter Verknüpfung mit Werbung reicht insoweit nicht aus, eine technische Beschränkung muss eindeutig als solche wahrgenommen werden. Darüber hinaus ist diese Einwilligung nutzungszweckneutral, sofern die Nutzungshandlung nur – wie hier – vorübergehend (vgl. § 44a Nr. 2 UrhG) ist. In urheberrechtlicher Hinsicht ist kein Unterschied zum Blocklisting gegeben: Es werden in beiden Fällen insoweit unbeschränkte Inhalte abgerufen. In welchem Kontext sie danach dargestellt werden, mit eigener, fremder oder ohne Werbung, ist aufgrund des unbeschränkten Einstellens nicht mehr Sache des Rechtsinhabers. Insoweit hat er in die beliebige (vorübergehende, § 44a Nr. 2 UrhG) Verwendung eingewilligt. Es steht dem Anbieter frei, jederzeit seine Webseite insoweit technisch zu beschränken und damit – vorbehaltlich der weiteren Voraussetzungen – Ansprüche wegen Urheberrechtsverletzungen auszulösen.[1707] Damit verletzen mangels entgegen-

1704 Vgl. *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300 f.: „Ads may be displayed when you browse the web.“, sinngemäß etwa „Beim Surfen im Internet kann Werbung angezeigt werden.“

1705 Zur Rechtslage im Falle einer Irreführung vgl. oben, 2. Teil § 4 C. V. 2. c) bb) (2) (S. 296).

1706 Allgemein zur Einwilligung 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82), zur Zweckneutralität vgl. 2. Teil § 4 C. V. 2. b) bb) (5) (a) (S. 290).

1707 Gegen die hinter den Produkten Ad Injector bzw. *Brave* stehenden (juristischen) Personen aufgrund von Verletzungen des § 19a UrhG, 2. Teil § 4 C. III.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stehender technischer Beschränkungen weder Ad Injectoren noch *Brave* das Urheberrecht an den Webseiten, die mit diesem Programm besucht und ohne Werbung zugänglich gemacht werden.

B. Lauterkeitsrechtliche Ansprüche

Sofern solche Programme für rechtswidrig gehalten werden, wird zumeist ein Verbot mit §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG begründet. Das setzt neben einer Mitbewerberstellung (I.) eine gezielte Behinderung voraus (II.).

I. Mitbewerberstellung

Das zur Mitbewerberstellung erforderliche konkrete Wettbewerbsverhältnis[1708] kann ebenso wie bei allowlistenden Werbeblockern, die Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings gegenüber den Nutzern betreiben,[1709] begründet werden: Sowohl Ad Injectoren als auch *Brave* versuchen, wie die Webseitenbetreiber, die Nutzer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu bringen, dass sie ihnen die Aufmerksamkeit überantworten und damit die Einwilligung zum Werben erteilen. Dass bei *Brave* die Werbung in einem anderen Kontext angezeigt wird, ändert nichts an der Mitbewerberstellung. Wie beim Webseitenbetreiber wird eine Leistung gegen den Empfang von Werbung getauscht. Insoweit stehen beide im Wettbewerb um die alternative geschäftliche Entscheidung, wem der Werbeempfang erlaubt wird. Daneben kann ebenso auf die Wettbewerbsbeziehung auf dem Absatzmarkt abgestellt werden, da beide Unternehmen die so gene-

---

2. (S. 185), und gegen die Nutzer aufgrund von § 16 UrhG, 2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229).

1708 Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht zwischen zwei Unternehmen, wenn beide Unternehmen mit ihren geschäftlichen Handlungen auf die gleichen geschäftlichen Entscheidungen einwirken, die Entscheidungen des von beiden angesprochenen Verkehrskreises also alternativ sind. Entscheidend für die Alternativität ist das Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises, ob die beiden Entscheidungen der Deckung des gleichen Bedürfnisses dienen bzw. das gleiche Produkt betreffen; zur Definition ausführlich oben, 2. Teil § 4 B. II. 3. a) (S. 126).

1709 Zur Anwendung 2. Teil § 4 B. III. 2. b) (S. 146).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rierten Werbeflächen verwerten möchten und dazu an die Werbetreibenden herantreten.[1710]

Ad Injectoren und *Brave* stehen demnach zu den Webseitenbetreibern in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis: Einerseits bezüglich der Einwirkung auf die Nutzer und andererseits bezüglich des Absatzes der so erhaltenen Werbeflächen an die Werbetreibenden. Sie sind folglich Mitbewerber im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG.

II. Gezielte Behinderung

Die gezielte Behinderung nach § 4 Nr. 4 UWG ist anhand der üblichen Maßstäbe[1711] zu prüfen. Entweder ist eine Verdrängungsabsicht (1.) erforderlich oder es muss sich um eine unangemessene Beeinträchtigung (2.) handeln.

1. Verdrängungsabsicht

a) Ad Injectoren

Eine Verdrängungsabsicht in Bezug auf Webseitenbetreiber durch Ad Injectoren scheidet wie bei klassischen Werbeblockern aus, da das Geschäftsmodell der Injectoren werbefinanzierte Online-Inhalte voraussetzt, um in den jeweiligen Webseiten die Werbung ersetzen zu können.[1712]

b) Brave

Bei *Brave* ist das Urteil nicht so einfach zu fällen. Denn als Browser ist *Brave* prinzipiell nicht auf werbefinanzierte Online-Inhalte angewiesen. Auch ist von den Verantwortlichen beabsichtigt, den Browser letztlich als Gatekeeper zu positionieren, indem dieser für das Ausliefern der Anzeigen bezahlt wird und nicht die Webseiten, welche anders beteiligt werden sol-

1710 *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300, 301.
1711 Zu diesen Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4 Rn. 4.8 ff.
1712 *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300, 302.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

len.[1713] Allerdings fehlt es an einer Verdrängungsabsicht von Webseiten, die sich über Werbung finanzieren, da angestrebt wird, die Webseitenbetreiber an den Erlösen zu beteiligen[1714] und der Browser nur bei werbefinanzierten Webseiten eine Existenzberechtigung hat. Damit ist lediglich eine Änderung der bisherigen Verteilung der Werbeumsätze angedacht, nicht jedoch das Ausschalten der Webseiten als Marktteilnehmer. Darüber hinaus scheidet eine Verdrängungsabsicht deshalb aus, weil die Webseitenbetreiber Gegenmaßnahmen ergreifen können und das Urheberrecht ihnen insoweit eine gewisse Eigenverantwortung zuweist.

2. Unangemessene Beeinträchtigung

Die Unangemessenheit der Beeinträchtigung wird in einer Abwägung festgestellt. Sie liegt vor, „wenn die Behinderung dazu führt, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können."[1715]

a) Ad Injectoren

Die Tätigkeit von Ad Injectoren wird fast nur mittelbar bewertet, wenn Werbeblocker beurteilt werden und das Ersetzen der Werbung durch eigene als rechtswidrig angesehen wird.[1716] So sehen verschiedene Stimmen den Zweck des Werbeblockers darin, den Nutzer zu schützen, nicht jedoch dem Betreiber eine Einnahmequelle zu schaffen,[1717] was bei Ad Injectoren der Fall ist. *Zimprich* und *Jeschke* tendieren für Ad Injectoren zu einer Unlauterkeit.[1718] Sie weisen zwar darauf hin, dass die Rechtsprechung einen Transfer von Aufmerksamkeit stets zugelassen habe, wollen

1713 *Finley*, The Brave Browser Will Pay You to Surf the Web, https://www.wired.com/story/brave-browser-will-pay-surf-web/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
1714 *Finley*, The Brave Browser Will Pay You to Surf the Web, https://www.wired.com/story/brave-browser-will-pay-surf-web/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).
1715 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1253 Rn. 23 m. w. N. – *Werbeblocker II*.
1716 Fezer/*Osterrieth/Schönig*, S 1 Rn. 265 (Fernsehen); *Ladeur* GRUR 2005, 559, 560 f. (Fernsehen).
1717 *Raue* WRP 2017, 1363, 1364; *Kiersch*, Adblocking, S. 163; vgl. auch *BGH* BeckRS 2019, 24563, Rn. 42 – *Werbeblocker III* (zum Kartellrecht); *Glöckner* WRP 2020, 143, 150 Rn. 64 f.; *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 224.
1718 *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300, 303: „wettbewerbsrechtlich angreifbar".

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dies aber aufgrund des kompletten Entzugs des Verwertungspotenzials der Webseite insoweit nicht übernehmen.[1719] Für das Gatoring,[1720] bei dem eine zuvor vom Nutzer installierte Software *zusätzliche* Werbung zu der bereits auf der Webseite angezeigten einblendet, im Regelfall durch eigene Browserfenster, wird teilweise eine Unlauterkeit wegen einer Mitbewerberbehinderung[1721] angenommen.[1722] Allerdings spricht gegen eine Unlauterkeit, dass die Nutzer sich – anders als beim Gatoring – selbst für die Installation der Software entschieden haben und ein Schutz für das Umfeld, in dem Inhalte bzw. Werbung wahrgenommen wird, nicht existiert.

Auch beim Fernsehen wird die Grenze beim Ersetzen von Werbung gezogen.[1723] Das *LG Berlin* hat ein *Television Switch System* verboten, das Hoteliers ermöglichte, die Werbung von Fernsehsendern durch eigene zu ersetzen.[1724] Die Unlauterkeit wurde im Ausnutzen der fremden Leistung gesehen, da die Sender um die „Früchte ihrer Bemühungen" gebracht würden und das System den Zugang der Sender zu den Nutzern unterbinde.[1725] Allerdings kann man die Behandlung des *Television Switch Systems* nicht auf Ad Injectoren im Internet übertragen. Denn es gibt zwei gewichtige Unterschiede. Zuerst fehlt es an einer Nutzerentscheidung, da die Hotelgäste höchstwahrscheinlich nicht wählen konnten. Gleichzeitig kann die im Internet maßgebliche Wertung mangels der Möglichkeit einer technischen Unterbindung des Verhaltens nicht übertragen werden. Die Befugnis, Werbung innerhalb des Fernsehprogramms zu schalten, ist vom

1719 *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300, 303.

1720 Der Name geht zurück auf die Firma (*Gator Corporation*), die dieses Geschäftsmodell als erste eingesetzt hat, *Vykydal/v. Diemar* WRP 2004, 1237.

1721 Darüber hinaus denkbare Behinderungen oder Verstöße gegen § 7 UWG bleiben außer Betracht, da hier von einer freien und informierten Entscheidung des Nutzers zur Installation ausgegangen wird.

1722 Für eine Unlauterkeit aus Gründen des Mitbewerberschutzes *LG Hamburg* MMR 2004, 840 – *Pop-up-Werbefenster*; MüKoUWG/*Jänich*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 73; *Vykydal/v. Diemar* WRP 2004, 1237, 1240; *LG Hamburg* WRP 2015, 495, 498 Rn. 22 – *„SafePrice"-Funktion*; wohl ablehnend Fezer/*Mankowski*, S 12 Rn. 293.

1723 Vgl. *Ladeur* GRUR 2005, 559, 560 f.; zustimmend im Rahmen der allgemeinen Marktbehinderung Fezer/*Osterrieth/Schönig*, S 1 Rn. 265; kritisch *Fritzsche* LMK 2004, 192, 193; unentschieden *Ernst* ZUM 2004, 751, 755.

1724 *LG Berlin* ZUM-RD 2004, 126 f. – *Television Switch System*.

1725 *LG Berlin* ZUM-RD 2004, 126, 128 – *Television Switch System*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Urheberrecht deshalb auch gem. §§ 22, 19a UrhG[1726] den Rechtsinhabern zugewiesen.

Ad Injectoren sind letztlich als eine Zuspitzung des Allowlistings zu sehen. Während bei diesem die Werbeflächen an die Webseitenbetreiber „zurückverkauft" werden, bieten Ad Injectoren die Flächen auf dem freien Markt an und verwehren damit dem Webseitenbetreiber bzw. Werbetreibenden jedwede Partizipationsmöglichkeit. Aber auch hier gilt, dass das Urheberrecht grundsätzlich die Wertung vorgibt. Ausgangsüberlegung ist, dass die Inhalte unbeschränkt im Netz stehen, also mit einer mangels technischer Sicherung umfassenden Einwilligung in die freie (vorübergehende) und damit auch teilweise Abrufbarkeit, wie sie durch Werbeblocker erfolgt. Diese urheberrechtliche Maxime ist im Lauterkeitsrecht zu übernehmen, da ansonsten die europäischen urheberrechtlichen Wertungen unterlaufen werden würden.[1727] Der urheberrechtliche Hintergrund zeigt sich auch in den vorgebrachten Argumenten in Bezug auf das „Kapern" von Aufmerksamkeit. So wird bei Ad Injectoren der Entzug des Verwertungspotenzials bemängelt; dieses Potenzial ist aber durch die unbeschränkte öffentliche Zugänglichmachung der Inhalte aufgrund urheberrechtlicher Wertungen dem Webseitenbetreiber nicht mehr zugewiesen.[1728] Der Rechtsinhaber hätte die Inhalte insoweit mit einer Sperre zugänglich machen können. Eine solche kann er jederzeit nachholen und dadurch das „Verwertungspotenzial" wieder an sich ziehen.

Für Ad Injectoren ist deshalb von einer Rechtmäßigkeit auszugehen, sofern keine zusätzlichen, unlauterkeitsbegründenden Umstände vorliegen, wie beispielsweise eine beeinträchtigte Nutzerentscheidung (vgl. §§ 3 Abs. 2, 3, 4a ff. UWG). Dabei ist zu beachten, dass es sehr schwer ist, Nutzer von der Installation eines Add-ons zu überzeugen, welches für sie keinen Mehrwert bietet. Selbst wenn dies gelingt, weil das Add-on z. B. Voraussetzung für die Nutzung eines ansonsten entgeltpflichtigen Programms ist[1729] oder zumindest weniger Werbung versprochen wird, steht weiterhin die Möglichkeit der Sperre durch die Webseitenbetreiber mit den daraus folgenden umfangreichen Schutzansprüchen bei einer Um-

1726 Vgl. Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 22 Rn. 3, dort auch zur Abgrenzung der beiden Rechte.

1727 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. IV. 1., 2. (S. 257).

1728 Soweit sich die Nutzungshandlungen im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL (§§ 15 Abs. 2, 19a UrhG) bzw. Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL (§ 44a Nr. 2 UrhG) halten.

1729 Installation einer Software zum Gatoring als Gegenleistung für Software, Fezer/*Mankowski*, S 12 Rn. 292.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gehung im Raum. Zudem ist keine Ausbreitung der Ad Injectoren zu befürchten, denn in der Mehrzahl der Fälle werden die Programme den Nutzern untergeschoben[1730] und können aus diesem Grund verboten werden. Es kommen in solchen Fällen neben einem Verstoß gegen § 4 Nr. 4 UWG Verbotsansprüche insbesondere aufgrund von §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 2 UWG oder §§ 3 Abs. 1, 5a Abs. 2 S. 1, Abs. 3 Nr. 3 UWG in Betracht. Da solche Programme zumeist automatisch aktualisiert werden können, steht auch ein Beseitigungsanspruch nach § 8 Abs. 1 S. 1 Var. 1 UWG im Raum, also die Deinstallation bzw. (faktische) Deaktivierung des Plug-ins oder zumindest das Nachholen bzw. die Korrektur der Information der Nutzer.[1731] Damit sind Ad Injectoren, sofern aufgrund einer unbeeinträchtigten Entscheidung des Nutzers installiert, nach §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG nicht zu beanstanden.

b) Brave

Stimmen zur Behandlung des Geschäftsmodells von *Brave* fehlen bisher. Es kann lediglich auf die oben zu Ad Injectoren und anderen Werbung ersetzenden Geschäftsmodellen Genannten verwiesen werden. Der Ansatz von *Brave* unterscheidet sich von Ad Injectoren vor allem im Zeitpunkt und Kontext, in dem die Anzeigen ausgespielt werden sollen. Im Übrigen werden die Inhalte der Webseitenbetreiber – wenn auch nicht so unmittelbar – wie bei einem Ad Injector über das Schalten von Werbung „ausgenutzt". Es gelten folglich die gleichen Erwägungen. Der Webseitenbetreiber hat mit der unbeschränkten Zugänglichmachung der Nutzung dieser bereits zugestimmt. Ein entsprechendes Verbot hätte allein mittels technischer Beschränkungen ausgedrückt werden können. Soweit die Webseitenbetreiber also keine Sperren vorsehen, besteht im Rahmen des §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG keine Handhabe gegen *Brave* und andere Programme mit einem vergleichbaren Geschäftsmodell.

1730 Zu den Möglichkeiten siehe *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300, 301 und oben, 3. Teil § 7 (S. 340).

1731 Bei der nachträglichen Information der Nutzer ist aber zweifelhaft, ob die Maßnahme insoweit als Beseitigung ausreichend ist, da die Installation als eigener Wert weiterhin auf dem Gerät verbleibt.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Allgemeine Marktstörung, § 3 Abs. 1 UWG

Eine allgemeine Marktstörung ist ebenso zu verneinen. Denn beide Geschäftsmodelle setzen nicht den Wettbewerb außer Kraft. Sie versuchen lediglich, an den Werbeeinnahmen zu partizipieren, und sind insoweit durch die urheberrechtliche Wertung geschützt. Daneben ist es zweifelhaft, ob die Geschäftsmodelle aufgrund der bisher eher niedrigen Verbreitungsrate[1732] eine irgendwie geartete Gefahr für Webseitenbetreiber darstellen. Eine allgemeine Marktstörung scheidet aus.

IV. Aggressive geschäftliche Handlung

In Bezug auf *Brave* kommt eine aggressive geschäftliche Handlung im Sinne des § 4a UWG infrage.[1733] Eine aggressive Handlung zeichnet sich dadurch aus, dass sie geeignet ist, Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Der Browser sieht zumindest als zukünftige Option vor, dass die Webseitenbetreiber an Werbung beteiligt werden, die von *Brave* auf deren Webseiten geschaltet wird.[1734] Dies entspricht weitgehend dem Allowlisting gegenüber den Webseitenbetreibern. Einziger Unterschied ist dabei, dass die Anzeigen bei *Brave* vom Hersteller des Browsers selbst ausgeliefert werden, während beim Allowlisting[1735] die – vom Werbeblockerbetreiber genehmigte – Werbung des Webseitenbetreibers durchgelassen wird.

Nimmt man eine tatsächliche Implementierung dieser Funktion an, besteht in der Beurteilung kein Unterschied: Zwar kann man in der Blockade der Werbung einen Nachteil und in der Entscheidungsgewalt über die durchzulassende Werbung eine Machtposition erblicken, aber es fehlt an einer *unangemessenen*[1736] Beeinflussung (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG)

1732 Nach den Angaben von *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300, 301 sind auf rund 5 % der Computer, deren Besitzer *Google*-Angebote nutzen, Ad Injectoren installiert.

1733 *Kiersch,* Adblocking, S. 175 nimmt für in „weit verbreitete" Browser integrierte differenzierende Werbeblocker eine Unlauterkeit an.

1734 *Finley,* The Brave Browser Will Pay You to Surf the Web, https://www.wired.com/story/brave-browser-will-pay-surf-web/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

1735 Zu den verschiedenen Geschäftsmodellen 1. Teil § 1 B. V. (S. 51).

1736 Dazu, dass „unzulässig" aufgrund eines Übersetzungsfehlers richtigerweise als „unangemessen" zu lesen ist, 3. Teil § 5 B. III. 2. (S. 324).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bzw. einer Nötigung (Nr. 2). Denn das Druckmittel, die vollständige Werbeausblendung, ist grundsätzlich erlaubt, das Ziel ist rechtmäßig und das Verhalten nicht zweckwidrig. Die fehlende Zweckwidrigkeit ergibt sich dabei vor allem aus der Reichweite der schlichten Einwilligung für die urheberrechtlichen Nutzungen, da die Einwilligung selbst rein eigennützige Zwecke abdeckt. Zuletzt dürfte es aufgrund der Möglichkeit, Nutzer von *Brave* auszusperren, an einer Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Webseitenbetreiber fehlen. Eine aggressive geschäftliche Handlung ist für *Brave* demgemäß zu verneinen.

C. Bürgerlich-rechtliche Ansprüche

§ 826 BGB ist nicht durch das Lauterkeitsrecht gesperrt.[1737] Allerdings fehlt es insoweit an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung. Gegen die Sittenwidrigkeit spricht zuerst die urheberrechtliche Wertung, die Ad Injectoren prinzipiell erlaubt und einen Ausgleich über die Möglichkeit, Sperren vorzusehen, schafft. Die Webseiten sind den Injectoren also nicht schutzlos ausgeliefert. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Betreiber der Ad Injectoren auf werbefinanzierte Webseiten angewiesen sind. Die gleichen Erwägungen gelten für den Browser *Brave*.

D. Ergebnis

Damit ist das Ersetzen der Werbung, das zumeist als rote Linie angesehen wird, lauterkeitsrechtlich unproblematisch. Entscheidend ist die urheberrechtliche Einwilligung, die auch die Nutzung der Inhalte mit fremder, nicht vom Webseitenbetreiber autorisierter Werbung abdeckt. Da die Einwilligung insoweit unproblematisch mittels Sperren modifiziert werden kann, besteht kein Grund – und europarechtlich kein Raum – für eine Unlauterkeit. Gerade in Bezug auf Ad Injectoren ist aber zu beachten, dass dieses Ergebnis eine freie und informierte (§§ 3 Abs. 2, 3, 4a ff. UWG) Nutzerentscheidung voraussetzt.

1737 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, Einl. Rn. 7.7.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Teil: Alternativen der Webseitenbetreiber

Neben der von der urheberrechtlichen Grundwertung vorausgesetzten Alternative, der Sperrung, gibt es noch diverse weitere Handlungsoptionen der Webseitenbetreiber. Diese sollen hier mit den bisher herausgearbeiteten Wertungen und Grundsätzen auf ihre (rechtliche) Tauglichkeit geprüft werden. Die Alternativen werden in zweierlei Hinsicht geprüft: einerseits auf ihre rechtliche Realisierbarkeit und andererseits auf den Schutz gegen die Umgehung durch die Betreiber von Werbeblockern und Nutzern.

Während für die These nur Ansprüche relevant waren, die direkt aus dem Urheberrecht folgten, kommen weitere Ansprüche aufgrund der Umgehung von Sperren (§ 8) infrage. In § 9 wird die Umgehung des Werbeblockers durch die Webseitenbetreiber behandelt. Dieses Verhalten wird vor dem Hintergrund des § 7 UWG sehr kritisch gesehen, kann aber grundsätzlich auch als Behinderung der Werbeblockerbetreiber qualifiziert werden. Danach werden unter § 10 Hinweise zur Abschaltung des Werbeblockers und andere Eigenwerbung überprüft. Dort ist der Fokus darauf zu legen, inwiefern die Werbeblockerbetreiber gegen §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG verstoßen. § 11 behandelt die Möglichkeit und Anforderungen an eine wirksame Verpflichtung zum Empfang von Werbung. Neben den Anforderungen an einen Vertragsschluss wird auf die insoweit relevanten Verbraucherschutzvorschriften eingegangen.

§ 8 Aussperrung

Die Aussperrung wurde bereits mittelbar oben im Rahmen der Überprüfung der These behandelt.[1738] Aus dem Umgehen von Sperren durch den Werbeblockerbetreiber folgen Ansprüche aus der Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG)[1739] und begründen so u. a. entsprechende Schadensersatzansprüche (§ 97 UrhG). Gegen die Nutzer sind Ansprüche aufgrund rechtswidriger Vervielfältigungen (§ 16 UrhG) denkbar.[1740] Diese scheitern jedoch in der Praxis je nach Sachver-

1738 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (S. 208).
1739 2. Teil § 4 C. III. 2. (S. 185).
1740 2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

halt am bestehenden subjektiven Erfordernis,[1741] der schwierigen Rechtsverfolgung sowie den geringen Schadenssummen. Neben diesen Ansprüchen gibt es grundsätzlich weitere Ansprüche, die nicht direkt aus dem Urheberrecht folgen, aber eng mit diesen verwandt bzw. von dessen Wertungen geprägt sind. Die hier zu behandelnden Ansprüche der Webseitenbetreiber sind in solche gegen die Werbeblockerbetreiber (A.) und die Nutzer (B.) zu unterteilen. Daneben kommen Ansprüche der Werbeblockerbetreiber selbst infrage, da sich die Aussperrung „gezielt" gegen Werbeblocker als Produkt wendet (C.). Abschließend soll auch noch kurz auf die Paywall (D.) als Unterfall der Aussperrung eingegangen werden.

A. Ansprüche gegen die Werbeblockerbetreiber

Gegen die Werbeblockerbetreiber kommen Ansprüche nach § 1004 Abs. 1 BGB analog, § 823 Abs. 2, BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG (I.) in Betracht, die mit Blick auf die in § 95a Abs. 3 UrhG genannten Handlungen ein früheres Eingreifen als Ansprüche nach §§ 97 Abs. 1, 19a UrhG ermöglichen. Darüber hinaus können die Webseitenbetreiber grundsätzlich nach §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (II.) vorgehen.

I. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG

§ 95a Abs. 3 UrhG verbietet diverse Handlungen im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Mitteln zur Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen. Die Norm des § 95a UrhG basiert insoweit auf Art. 6 Abs. 2, 3 InfoSoc-RL und ist dementsprechend richtlinienkonform auszulegen. Das schlägt sich neben dem fast identischen Wortlaut vor allem in der Berücksichtigung der Erwägungsgründe[1742] und der Rechtsprechung des *EuGH*[1743] nieder. Gleichzeitig ist der Schutz technischer Schutzmaßnahmen durch Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT[1744] vorgegeben. Mit der ganz

1741 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b), (c) (S. 242).
1742 Insbesondere die Erwägungsgründe 47, 48 und 53 InfoSoc-RL.
1743 Soweit ersichtlich das bisher einzige (europäische) Urteil: *EuGH* MMR 2014, 401 – *Nintendo*.
1744 Vgl. Erwägungsgrund 15 InfoSoc-RL: Umsetzung „einiger" der Verpflichtungen der WIPO-Verträge.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

herrschenden Meinung ist davon auszugehen, dass § 95a Abs. 3 UrhG ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist und kein Urheberrecht schützt, sodass originär urheberrechtliche Ansprüche gem. § 97 UrhG insoweit nicht infrage kommen.[1745] Demgemäß scheiden Schadensersatzansprüche wegen Verstößen gegen § 95a Abs. 3 UrhG aus.[1746]

Zuerst ist das Verhältnis des § 95a UrhG zu anderen Normen mit ähnlicher Zielrichtung zu klären (1.). Danach sind die Anforderungen an eine Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG zu analysieren und das gefundene Ergebnis auf Sperren gegen Werbeblocker zu übertragen (2.). Liegt eine wirksame technische Schutzmaßnahme vor, müssen zur Bejahung eines Anspruch auch die Voraussetzungen des § 95a Abs. 3 Nr. 2 bzw. Nr. 3 UrhG (3.) vorliegen.

1. Konkurrenzen

Konkurrenzprobleme bestehen vor allem zu § 69f Abs. 2 UrhG (a) und dem Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz (ZKDSG)[1747] (b).

a) Verhältnis zu § 69f Abs. 2. UrhG

Auf Computerprogramme findet gem. § 69a Abs. 5 UrhG die Vorschrift des § 95a UrhG keine Anwendung. Diese Regelung geht auf Art. 1 lit. a InfoSoc-RL (unter Hinzuziehung von Erwägungsgrund 50 S. 2 InfoSoc-RL) zurück, der die Unanwendbarkeit von Art. 6 InfoSoc-RL, der Vorlage für § 95a UrhG, auf Computerprogramme anordnet. Zu diesem Verhältnis hat der *EuGH* entschieden, dass die Regelungen trotz Spezialität der den §§ 69a ff. UrhG zugrunde liegenden Computerprogramm-RL[1748] grund-

1745 *BGH* GRUR 2015, 672, 678 Rn. 68 – *Videospiel-Konsolen II* m. w. N.; HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 95a Rn. 47.

1746 Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 89 m. w. N.

1747 Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz, vom 19. März 2002 (BGBl. [2002] I S. 1090), das durch Artikel 3 des Gesetzes vom 26. Februar 2007 (BGBl. [2007] I S. 179) geändert worden ist.

1748 Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (kodifizierte Fassung), ABl. EU L 111 vom 17.11.2009, S. 97.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sätzlich nebeneinander anwendbar sind[1749], sofern der Gegenstand einen über die Codierung hinausgehenden schöpferischen Wert besitzt.[1750] Das ist für Webseiten – einen (im Regelfall jedoch abzulehnenden) Schutz nach § 69a Abs. 1 UrhG unterstellt[1751] – bezüglich der einzelnen Inhalte fast immer der Fall.[1752] § 69f Abs. 2 UrhG steht damit einer Anwendung von § 95a UrhG auf Schutzmaßnahmen von Webseiten grundsätzlich nicht entgegen.[1753]

b) Verhältnis zum ZKDSG

Das ZKDSG basiert auf der ZKD-RL[1754], § 95a UrhG demgegenüber auf der später beschlossenen InfoSoc-RL. Die Richtlinien sehen dabei wechselseitig vor, dass das jeweils andere Rechtsgebiet nicht berührt wird (Erwägungsgrund 21 ZKD-RL bzw. Art. 9 InfoSoc-RL).[1755] Damit geht der Richtliniengeber von einer parallelen Anwendbarkeit aus. Dies wird von den unterschiedlichen Schutzzwecken gestützt.[1756] Während die ZKD-RL gegen Entgelt erbrachte Dienste[1757] und damit das Einkommen aus diesen schützt,[1758] basiert der Schutz des § 95a UrhG auf dem Bestehen eines schutzfähigen Rechts.[1759] Fast einhellig wird dementsprechend angenommen, dass die beiden Gesetze nebeneinander angewendet werden können.[1760]

1749 *EuGH* MMR 2014, 401, 402 Rn. 23 – *Nintendo*; MMR 2012, 586, 588 Rn. 56 – *UsedSoft*.
1750 *EuGH* MMR 2014, 401, 402 Rn. 23 – *Nintendo*.
1751 Hierzu 2. Teil § 3 B. II. 3. a) (S. 89).
1752 Siehe oben, 2. Teil § 3 B. I. 1. (S. 66).
1753 Vgl. allgemein HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG Vor §§ 95a ff. Rn. 25 m. w. N.
1754 Richtlinie 98/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, ABl. EG L 320 vom 28.11.1998, S. 54.
1755 Fromm/Nordemann/*Czychowski*, UrhG Vor §§ 95a ff. Rn. 37.
1756 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG Vor §§ 95a ff. Rn. 19.
1757 Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG Vor §§ 95a ff. Rn. 23.
1758 Vgl. Erwägungsgrund 13 ZKD-RL: „technische Maßnahmen […], die ergriffen werden, um die Entrichtung des Entgelts für eine rechtmäßig erbrachte Dienstleistung sicherzustellen".
1759 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG Vor §§ 95a ff. Rn. 19.
1760 Dreier/Schulze/*Specht*, UrhG § 95a Rn. 1a m. w. N.; HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG Vor §§ 95a ff. Rn. 22; vgl. auch RegE UrhG-InfG BT-Drucks. 15/38, S. 28 f.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Technische Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG

Für § 95a UrhG ist umstritten, besonders im Zusammenhang mit der Sperrung von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker (Werbeblockersperre), wann eine wirksame technische Schutzmaßnahme vorliegt. Zuerst ist das Schutzziel des § 95a UrhG zu definieren und zu prüfen, inwiefern die Aussperrung von Nutzern mit Werbeblocker dazu dient, Nutzungshandlungen zu verhindern oder einzuschränken (a). Im Anschluss daran sind die Anforderungen an wirksame technische Schutzmaßnahmen gegen Werbeblocker (b) zu formulieren.

a) Verhinderung oder Einschränkung von nicht erlaubten Nutzungshandlungen

Nach § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG ist eine technische Maßnahme nur dann wirksam, wenn sie im normalen Betrieb dazu bestimmt ist, Handlungen, die vom Rechtsinhaber nicht genehmigt sind, in Bezug auf nach dem UrhG geschützte Gegenstände zu verhindern oder einzuschränken. Dabei wird es in Bezug auf Webseiten mit sich ändernden Inhalten reichen, dass sich hinter der technischen Schutzmaßnahme im Regelfall ein Werk verbirgt.[1761] Der Begriff „im normalen Betrieb" ist weit zu verstehen, der Schutz vor nicht genehmigten Handlungen darf nicht bloßer Beifang sein.[1762] Das ist objektiv unter Berücksichtigung des aktuellen Gebrauchs der Schutzmaßnahme zu bestimmen.[1763]

Grundsätzlich werden Nutzungshandlungen bei Vorliegen einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG verhindert bzw. eingeschränkt (aa). Allerdings ergeben sich aufgrund der Subjektivierung der Schutzrechte Probleme bei der Bestimmung der verhinderten Handlung und Folgen für den Rechtsschutz nach § 95a UrhG (bb). Teilweise wird aufgrund des Schutzzwecks des § 95a UrhG eine Einschränkung für den Fall von Werbeblockersperren gefordert (cc).

1761 Vgl. *LG Hamburg* ZUM 2016, 892, 895 – *Adblocker*; Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 24; hiergegen *Witte* ITRB 2018, 34, 38: Sämtliche Elemente müssen urheberrechtlichen Schutz genießen.

1762 Vgl. Fromm/Nordemann/*Czychowski*, UrhG § 95a Rn. 12.

1763 Dreier/Schulze/*Specht*, UrhG § 95a Rn. 14; Fromm/Nordemann/*Czychowski*, UrhG § 95a Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Vorliegen einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG

Im Fall von öffentlich zugänglich gemachten (§ 19a UrhG) Inhalten ist eine technische Beschränkung Voraussetzung, dass überhaupt eine wirksame technische Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG vorliegt.[1764] Nur technische Beschränkungen können bei Sachverhalten im Internet, auf die § 44a Nr. 2 UrhG grundsätzlich anwendbar wäre, die andernfalls vorliegende Erlaubnis in die öffentliche Zugänglichmachung und damit die Genehmigung des Rechtsinhabers beschränken.[1765] Gleiches gilt über § 44a Nr. 2 UrhG für Vervielfältigungen infolge eines öffentlich zugänglich gemachten Schutzgegenstands.[1766] Das bedeutet, dass bei Webseiten, die für die Nutzung mit Werbeblocker gesperrt sind, stets eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vorliegen muss, denn nur dann ist die Nutzung im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG „nicht genehmigt" und kann durch eine wirksame technische Schutzmaßnahme überhaupt erst verhindert werden. Damit stellt sich die Frage der Wirksamkeit nur bei Maßnahmen, die bereits als technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG zu qualifizieren sind, also die Erfüllung einer Nutzungsbedingung derart technisch sichern, dass ein durchschnittlicher Adressat, der das Werk öffentlich zugänglich machen will, die Verknüpfung mit der Darstellung durch die technische Wirkung als eindeutig wahrnimmt.[1767] Daher kann für die Frage, ob eine Sperre eine „nicht genehmigte" Nutzung verhindert, auf die Ausführungen zum Vorliegen einer technischen Beschränkung im Rahmen des § 19a UrhG verwiesen werden:[1768] Soweit eine technische Beschränkung die Handlung verhindert oder unter einen Bedingungsvorbehalt stellt, ist die Handlung nicht genehmigt im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG.

1764 2. Teil § 4 C. III. d) bb) (1) (b) (S. 211).
1765 Zum Erfordernis technisch wirkender Beschränkungen 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (c) (S. 78), zu den konkreten Anforderungen 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).
1766 Zur Maßgeblichkeit der Erlaubnis in die öffentliche Zugänglichmachung für § 44a Nr. 2 UrhG oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (S. 70).
1767 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (d) (S. 214).
1768 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Auswirkungen der Subjektivierung der Schutzrechte

Da ohnehin eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vorliegt, werden durch die technische Schutzmaßnahme – die insoweit deckungsgleich mit der technischen Beschränkung ist – grundsätzlich ungenehmigte Nutzungen im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG verhindert bzw. beschränkt. Aufgrund von § 95a Abs. 2 S. 2 UrhG ist auf die Vervielfältigung (§ 16 UrhG) durch die Nutzer als verhinderte Handlung abzustellen. Allerdings wird dadurch die Subjektivierung des Vervielfältigungsrechts gem. §§ 16, 44a Nr. 2 UrhG[1769] zum Problem.

Wie oben dargestellt, muss § 44a Nr. 2 UrhG unabhängig vom Vorliegen einer Schutzmaßnahme nach § 95a UrhG Anwendung finden.[1770] § 44a Nr. 2 UrhG stellt als Fortsetzung der für § 19a UrhG geltenden Subjektivierung keine Schranke dar, sondern gestaltet das Urheberrecht selbst aus. Folglich müssen die subjektiven Voraussetzungen für ein Nichteingreifen des § 44a Nr. 2 UrhG und damit eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts gegeben sein. Nur dann kommt überhaupt eine „nicht genehmigte Handlung" im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG und ein Schutz gem. § 95a Abs. 3 UrhG in Betracht. Fehlt das subjektive Moment, so besteht bereits kein Recht, dessen Nutzung „genehmigt" werden kann.

Damit wäre eigentlich auf die Nutzer als die Vervielfältigenden abzustellen, sodass nur ein Recht zur Vervielfältigung besteht, wenn die Nutzer die subjektiven Voraussetzungen des § 44a Nr. 2 UrhG nicht erfüllen. Man könnte zwar überlegen, dass diese Subjektivierung im Rahmen des § 95a UrhG nicht zu beachten ist, da Abs. 2 das Merkmal „im normalen Betrieb" enthält und so eine gewisse Pauschalisierung nahelegt. Allerdings bezieht sich der normale Betrieb auf die Funktionsweise und die typische Zielrichtung der Maßnahme, Nutzungen zu verhindern und nicht darauf, dass die Nutzungen im „normalen Betrieb" „nicht genehmigt" sind. In systematischer Hinsicht spricht gegen das Ignorieren des jeweiligen subjektiven Horizonts und damit der Frage, ob ein Werk konkret verletzt werden würde, dass es sich bei § 95a UrhG um einen Annexschutz[1771] handelt, der die wirksame technische Schutzmaßnahme wegen eines dahinterstehenden Urheberrechts schützt und infolgedessen nicht weiter als das Urheberrecht

1769 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b), (c) (S. 242).
1770 2. Teil § 4 C. III. 3. b) bb) (S. 250).
1771 Vgl. Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

selbst reichen kann.[1772] Ein Rechtsschutz nach § 95a UrhG setzt mithin grundsätzlich voraus, dass ein Schutzrecht verletzt wird. Nur so können die systematische Stellung der subjektiven Merkmale der §§ 16, 44a Nr. 2 UrhG und § 19a UrhG konsequent gewahrt werden und die subjektiven Merkmale bruchlos eingefügt werden.

Teilweise wird demgegenüber der Anwendungsbereich des § 95a Abs. 3 UrhG auch auf Schutzmaßnahmen ausgedehnt, die gemeinfreie Werke sichern.[1773] Hierfür wird z. B. auf die Effektivität des Schutzes nach § 95a Abs. 3 UrhG verwiesen, da Nutzer sich andernfalls auf die Umgehung von Schutzmaßnahmen ungeschützter Werke beriefen.[1774] Gegen diese Auslegung spricht jedoch der Charakter des § 95a UrhG als Annexschutz und dass wegen § 95a Abs. 3 Nr. 2, 3 UrhG und der dort angeordneten objektiven Bestimmung der Verwendung[1775] solche Schutzbehauptungen gegenstandslos sind.

Die Nutzer als Vervielfältigende müssten also grundsätzlich von der Verletzung des Rechts der Vervielfältigung wissen bzw. grob fahrlässig nicht wissen, da nur dann eine „nicht genehmigte" Nutzung verhindert (bzw. eingeschränkt) wird und damit überhaupt erst eine Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG vorliegen kann. Dieses Ergebnis wird jedoch vom Richtliniengeber nicht gewollt sein. So würde der Werbeblockerbetreiber die Webseite durch die Umgehung einer technischen Beschränkung zwar öffentlich zugänglich machen, wozu ein subjektives Moment vermutet wird,[1776] könnte sich aber gleichzeitig im Rahmen des § 95a Abs. 3 UrhG auf das fehlende subjektive Moment der Nutzer in Bezug auf die Vervielfältigung gem. §§ 16, 44a Nr. 2 UrhG berufen. Deshalb ist auf den subjektiven Horizont der Werbeblockerbetreiber abzustellen. Denn in Bezug auf § 95a Abs. 3 UrhG ist – anders als im Rahmen von §§ 19a, 16 UrhG – das subjektive Kriterium *der Nutzer* nicht erforderlich, um die Meinungs- bzw. Informationsfreiheit zu wahren, sodass insoweit die Vorschrift nicht einzuschränken ist. Gleichzeitig haben die Werbeblockerbetreiber die Hoheit darüber, ob ein Werk zugänglich gemacht und damit vervielfältigt wird. Der Richtliniengeber hat im Rahmen des Art. 6

1772 Vgl. HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 95a Rn. 38: kein über das eigentliche Schutzrecht hinausgehender Rechtsschutz.
1773 Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 24; Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 68.
1774 Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 24.
1775 *EuGH* MMR 2014, 401, 403 Rn. 36 ff. – *Nintendo*.
1776 Dazu 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (S. 221), dort auch zur Rechtfertigung des subjektiven Merkmals.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 1 InfoSoc-RL (§ 95a UrhG) deutlich gemacht, dass nur die konkrete Umgehung durch ein subjektives Merkmal eingeschränkt werden soll, während die Haftung für Umgehungswerkzeuge im gewerblichen Bereich grundsätzlich verschuldensunabhängig sein soll. Diese Entscheidung darf nicht durch die Hintertür umgangen werden, indem für die Frage der ungenehmigten Nutzung auf den subjektiven Horizont der insoweit privilegierten[1777] Nutzer abgestellt wird. Zudem spricht die Erwähnung von „Dienstleistungen" im Rahmen des § 95a Abs. 3 UrhG dafür, dass man für das subjektive Merkmal nicht auf die Nutzer, sondern direkt auf den subjektiven Horizont der Werbeblockerbetreiber abstellen muss. Bei den Werbeblockerbetreibern kann offenbleiben, ob sie bezüglich der Vervielfältigungen der Nutzer oder der öffentlichen Zugänglichmachung die subjektiven Voraussetzungen erfüllen müssen. Denn die öffentliche Zugänglichmachung zielt stets auf die Ermöglichung von Vervielfältigungen ab, sodass das Kennenmüssen der Zugänglichmachung auch ein solches in Bezug auf die Vervielfältigung begründet. Dieses Verständnis führt zu einer faktischen Subjektivierung des Schutzes nach § 95a Abs. 3 UrhG, denn nur bei Kenntnis oder Kennenmüssen der öffentlichen Zugänglichmachung liegt ein verletztes Urheberrecht vor, was für einen Schutz nach § 95a Abs. 1, 3 UrhG erforderlich ist.

Zwar widerspricht die hier vertretene mittelbare Subjektivierung des § 95a UrhG zu einem gewissen Grade der verschuldensunabhängigen Haftung[1778] der § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG. Allerdings wird die hier vertretene Auslegung neben der bereits angesprochenen Systematik des § 95a UrhG – Gewährung eines Annexschutzes – durch einen Vergleich mit § 19a UrhG gestützt. Da bereits das eigentlich einen stärkeren Schutz verdienende Vollrecht in § 19a UrhG subjektiviert ist, muss das erst recht für Ansprüche aufgrund von § 95a Abs. 3 UrhG gelten. Gleichzeitig wird so das in Erwägungsgrund 48 S. 3 InfoSoc-RL erwähnte Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt, indem Verstöße mittelbar einen Sorgfaltspflichtverstoß voraussetzen. Zudem wird § 95a UrhG als Norm nicht überflüssig. Zwar wird im Bereich der Online-Vervielfältigungen beim Vertrieb von Umgehungsmitteln gegen Schutzmaßnahmen im Sinne des § 95a UrhG stets auch eine öffentliche Wiedergabe bzw. Zugänglichmachung vorliegen, sodass ein Schutz insoweit redundant ist und mangels Schadensersatzanspruch aufgrund von § 95a Abs. 3 UrhG

1777 Sofern die Nutzer ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln, wovon aber im Regelfall (und in dieser Arbeit) auszugehen ist.

1778 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 95a Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hinter §§ 97, 19a UrhG zurückbleibt. § 95a Abs. 3 UrhG bietet aber (unter Umständen) durch die weite Fassung einen über §§ 97, 19a UrhG hinausgehenden Vorfeldschutz für Vorbereitungshandlungen und hat im Kampf gegen Umgehungsmittel für Schutzmaßnahmen, die z. B. Vervielfältigungen von Datenträgern verhindern, seine Daseinsberechtigung. Außerdem bleibt es den Webseitenbetreibern unbenommen, die Werbeblockerbetreiber von einer Umgehung in Kenntnis zu setzen und so die subjektiven Voraussetzungen für eine Verletzung des § 19a UrhG und damit auch des § 95a UrhG zu begründen.

Somit ist grundsätzlich auf die Vervielfältigung (§ 16 UrhG) durch die Nutzer als nicht genehmigte und durch die Schutzmaßnahme verhinderte Nutzungshandlung im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG abzustellen. Da eine Genehmigung ein Urheberrecht voraussetzt und das Vervielfältigungsrecht nach § 44a Nr. 2 UrhG subjektiviert ist, müssen die Voraussetzungen insoweit vorliegen. Für die subjektiven Voraussetzungen (des § 44a Nr. 2 UrhG) ist auf die Werbeblockerbetreiber abzustellen. Machen die Werbeblocker den Inhalt öffentlich zugänglich, so liegen die subjektiven Voraussetzungen der Vervielfältigung vor. Die öffentliche Zugänglichmachung dient im digitalen Bereich der Ermöglichung von Vervielfältigungen bei den Abrufenden, das subjektive Moment erfasst also ebenso die Vervielfältigungen durch die Nutzer. Insoweit kann auf die Ausführungen zur aktiven Rolle und der Pflichtverletzung im Rahmen des § 19a UrhG verwiesen werden.[1779] Die Sperre dient deshalb grundsätzlich dem Ziel, eine vom Rechtsinhaber nicht erlaubte Nutzung, die Vervielfältigung auf dem Bildschirm als Teil der öffentlichen Zugänglichmachung, zu verhindern (oder zu beschränken), sodass bei Sperren von Nutzern mit Werbeblocker die Voraussetzungen im Regelfall vorliegen.

cc) Einschränkung aufgrund des Schutzzwecks des § 95a UrhG

Gegen einen Schutz von Sperren gegen die Nutzer von Werbeblockern wenden sich einige Autoren, da die Sperrung von Nutzern mit Werbeblockern letzten Endes eine schuldrechtliche Kopplung schütze und der Genuss von Werbung erzwungen werde, was nicht vom Telos der §§ 95a ff.

1779 Zur aktiven Rolle: 2. Teil § 4 C. III. 2. c) aa) (3) (b) (S. 198) und zur Pflichtverletzung: 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (S. 221).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

UrhG gedeckt sei.[1780] Zur Konditionalisierung des Zugangs im Rahmen des § 19a UrhG wurde bereits gezeigt, dass eine öffentliche Zugänglichmachung auch an den Empfang von Werbung geknüpft werden kann.[1781] Da § 95a UrhG einen Annexschutz für das Urheberrecht gewähren soll, ist eine Beschränkung des Schutzzwecks abzulehnen.[1782] Sinn und Zweck der Gewährung des Urheberrechts ist gerade die Sicherung der Monetarisierung der Inhalte.[1783] Das muss ebenso für den das Urheberrecht ergänzenden Schutz des § 95a UrhG gelten. Zudem zeigt ein Vergleich zu Art. 2 lit. a ZKD-RL (§ 2 Nr. 1 ZKDSG), der explizit ein Entgelt voraussetzt, dass ein Schutz auch ohne Entgelt gewährt werden muss. Weder Art. 6 InfoSoc-RL (§ 95a UrhG) noch die der Norm zugrunde liegenden[1784] Art. 11 WCT oder Art. 18 WPPT kennen ein Entgelterfordernis.

Damit dient die technische Maßnahme „im normalen Betrieb" dem Schutz urheberrechtlich geschützter Schutzgegenstände, indem die Vervielfältigung auf dem Bildschirm als Teil der öffentlichen Zugänglichmachung unterbunden wird.

b) Wirksamkeit

In diesem Abschnitt werden zuerst allgemeine Anforderungen an Sperren im Zusammenhang mit Webseiten (aa) formuliert und das Verhältnis zum Begriff der Umgehung (bb) geklärt, um die gefundenen Ergebnisse dann auf die Sperrung von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker anzuwenden (cc). Zum Schluss erfolgt bei dd) ein Abgleich mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

1780 *Pfeifer* AfP 2016, 5, 10; skeptisch auch *Krüger* GRUR-Prax 2016, 322, 324; wohl auch *Witte* ITRB 2018, 34, 38: nur Art und Weise der Nutzung.

1781 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (a) (S. 209).

1782 Zumeist wird nicht auf diese Überlegung eingegangen: *LG Hamburg* ZUM 2016, 892, 896 – *Adblocker*; HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 95a Rn. 11; *Rostam* InTer 2017, 146, 149; *Runkel* IPRB 2016, 81, 84; vgl. auch *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 45 – *Adblock Plus*; BeckOK UrhR/*Lindhorst*, UrhG § 95a Rn. 15.

1783 Vgl. auch Erwägungsgrund 10 InfoSoc-RL.

1784 Vgl. Erwägungsgrund 15 InfoSoc-RL.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Allgemeine Anforderungen

Ausgangspunkt ist § 95a Abs. 2 S. 2 UrhG (Art. 6 Abs. 3 S. 2 InfoSoc-RL), der Maßnahmen für wirksam erklärt, soweit durch sie die Nutzung durch eine Zugangskontrolle oder einen Schutzmechanismus wie Verschlüsselung, Verzerrung oder sonstige Umwandlung des Werks oder sonstigen Schutzgegenstands oder einen Mechanismus zur Kontrolle der Vervielfältigungen, die die Erreichung des Schutzziels sicherstellen, unter Kontrolle gehalten wird. Aus dieser umfassenden Formulierung folgt, dass grundsätzlich jeder „Mechanismus" geschützt wird und der Begriff damit technologieneutral ausgestaltet ist.[1785] Der für die Auslegung maßgebliche Richtlinientext ist zum Begriff der Wirksamkeit darüber hinaus unergiebig, da sich die Formulierung ohne die Einschübe auf „Eine Maßnahme ist wirksam, soweit sie die Nutzung unter Kontrolle hält" reduziert. Dieser Satz gilt allgemein als tautologisch.[1786] Sucht man trotzdem eine Bedeutung, so ergibt sich die Wirksamkeit aus dem bloßen Funktionieren der Maßnahme. Hieraus könnte man zumindest ableiten, dass die Schwelle der Wirksamkeit nicht allzu hoch anzusetzen ist, der *EuGH* spricht von einem weiten Verständnis.[1787] Auch die internationalen Konventionen[1788], die von der Richtlinie gem. Erwägungsgrund 15 InfoSoc-RL umgesetzt werden, erläutern dieses Kriterium nicht. Unstrittig ist, dass eine mögliche Umgehung grundsätzlich nicht die Wirksamkeit einer Maßnahme entfallen lässt, da die Norm ansonsten irrelevant wäre.[1789] Dabei kommt es für die Wirkung auf eine Ex-ante-Beurteilung an, da gerade im digitalen Bereich Neuerungen sehr häufig sind.[1790] Stellt man auf das Verhindern von Nutzungen als Wirksamkeitskriterium ab, prüft die ganz herrschende Meinung dies anhand des Durchschnittsnutzers. Maßgeblich ist, ob ein solcher von Nutzungshandlungen abgehalten wird,[1791] bzw. die Schutzmaßnahme

1785 RegE UrhG-InfG BT-Drucks. 15/38, S. 26; vgl. auch Dreier/Schulze/*Specht*, UrhG § 95a Rn. 14.

1786 Z. B. Dreier/Schulze/*Specht*, UrhG § 95a Rn. 15; Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 20.

1787 *EuGH* MMR 2014, 401, 402 Rn. 27 – *Nintendo*.

1788 Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT.

1789 RegE UrhG-InfG BT-Drucks. 15/38, S. 26; statt aller Fromm/Nordemann/*Czychowski*, UrhG § 95a Rn. 17; auch *EuGH* MMR 2014, 401, 402 Rn. 30 – *Nintendo* weist hierauf hin.

1790 Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 22; Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 51; *Lucas* GRUR Int. 2017, 114, 115.

1791 *OLG Hamburg* GRUR-RR 2010, 153, 154 – *FTA-Receiver*; *OLG München* ZUM-RD 2009, 80, 84 – *AnyDVD II*; *LG Frankfurt a. M.* MMR 2006, 766, 767 –

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht ohne Weiteres überwinden kann.[1792] Es kommt auf die Möglichkeiten des „Hackers" nicht an,[1793] ein durchschnittlicher Nutzer schreibt nicht einmal einfachsten Code.[1794] Gleichzeitig sind Schutzmaßnahmen nicht wirksam, die durch einfache Tricks umgangen werden können, wie z. B. dem manuellen Starten einer CD.[1795]

Allerdings handelt es sich bei Werbeblockern, die eine Sperre umgehen, um einen Sonderfall. Das Grundprogramm, der Werbeblocker, ist weit verbreitet und mit ihm – sofern vom Betreiber implementiert – die Umgehungsfunktion. Die Nutzung weitverbreiteter Programme zur Umgehung wird unter der Frage der Verwendung von Tools diskutiert. Tools sind Programme, die die Umgehung eines Kopierschutzmechanismus ermöglichen, und dabei gezielt Laien ansprechen. Mit diesen Tools ist es durchschnittlichen Nutzern möglich, ohne jegliche Vorkenntnisse technische Maßnahmen zu umgehen. Es reicht zumeist eine kurze Recherche bei einer Suchmaschine, um eine entsprechende Anleitung mit Link zum jeweiligen Programm zu finden. Im Regelfall kursiert für jede technische Schutzmaßnahme nach kurzer Zeit ein Tool zum Umgehen (bzw. eine Anleitung),[1796] sodass eine pauschale Zurechnung dieser Tools zu den Fähigkeiten des Durchschnittsnutzers durch die Richtlinie nicht gewollt sein kann.[1797] Das kommt beispielsweise in der Richtlinie in Erwägungsgrund 47 InfoSoc-RL durch die Nennung von „Vorrichtungen und

---

Analoge Lücke; *LG Hamburg* ZUM 2016, 892, 896 – *Adblocker*; Dreier/Schulze/*Specht*, UrhG § 95a Rn. 16; Fromm/Nordemann/*Czychowski*, UrhG § 95a Rn. 17; Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 22; Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 50 m. w. N.; a. A. Hdb-UrhR/*Peukert*, § 34 Rn. 12: aktives Handeln erforderlich; dagegen spricht jedoch, dass insbesondere die Installation von zusätzlicher Software, die danach automatisch arbeitet, nur schwer zu erfassen wäre; gleichzeitig würde ein zu hohes Schutzniveau gewährt, da auch Maßnahmen, die durch einfachste Tricks auszuschalten wären, aufgrund des erforderlichen „aktiven" Vorgehens geschützt wären.

1792 *LG Hamburg* GRUR-RR 2014, 241, 242 – *JDownloader 2*.

1793 Statt aller Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 50.

1794 Deutlich *LG Hamburg* ZUM 2016, 892, 896 – *Adblocker*; vgl. auch Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 67.

1795 Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 50.

1796 Vgl. Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 21 f.; *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245 weisen darauf hin, dass die auf bild.de verwendete Sperre innerhalb einer Stunde nach erstmaligen Einsatz bereits umgangen war, vgl. dazu *LG Hamburg* BeckRS 2016, 127854, Rn. 6 – *Tobis Tricks*.

1797 Vgl. Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Produkte[n]“ und „Dienstleistungen“ und Art. 6 Abs. 2 InfoSoc-RL zum Ausdruck.[1798]

Die Problematik der Zurechnung von Tools findet sich auch im Zusammenhang mit dem Geoblocking, das per Virtual-private-Network (VPN) umgehbar ist,[1799] und beim Einsatz von Verschlüsselungssoftware zum Schutz von Streams im Kampf gegen sogenannte Streamripper.[1800] Beide werden zumeist als wirksame technische Schutzmaßnahme angesehen.[1801] Das gilt unabhängig davon, dass diese Tools Durchschnittsnutzern unproblematisch, spätestens nach einer kurzen Recherche im Netz, zugänglich sind.[1802]

Gleichzeitig kann aber nicht ignoriert werden, dass z. B. das manuelle Starten einer CD im PC wie ein Tool auf einer Softwarefunktion beruht

---

1798 *Martiny* MMR 2016, 579, 582.

1799 Beim Geoblocking (auch Geo-Sperren) wird anhand der IP-Adresse des Nutzers überprüft, in welchem Land er sich befindet und ihm werden nur für dieses Land lizenzierte Inhalte zur Verfügung gestellt. Da auf die IP-Adresse abgestellt wird, kann dieses Schutzsystem mithilfe eines VPN-Dienstes umgangen werden. Bei einem Virtual Private Network wird ein eigenes Netzwerk gebildet, bei dem jedes der Mitglieder jegliche Kommunikation mit dem Internet über den Ausgangsserver des VPN laufen lässt. Die Folge davon ist, dass der Anbieter der Inhalte anhand der IP-Adresse den Standort des VPN-Servers für die Prüfung zugrunde legt (vgl. zum Begriff auch Auer-Reinsdorff/Conrad/*Schmidt/Pruß*, § 3 Rn. 317 ff.). Im Regelfall muss für die Nutzung eines VPN-Dienstes lediglich ein eigenes Programm installiert und die Log-in-Daten des jeweiligen VPN-Dienstes eingetragen werden. Dementsprechend blockieren die Inhalteanbieter bekannte IP-Adressen von VPN-Servern, die jedoch teilweise gewechselt werden.

1800 Streamripper ermöglichen das – mithilfe der Software für durchschnittliche Nutzer sehr einfache – Abspeichern eines Streams auf dem heimischen Computer, meist wahlweise als Audio- oder Videodatei; zu den technischen Details siehe *Janisch/Lachenmann* MMR 2013, 213 f. und insbesondere zur Verschlüsselung *Heinemeyer/Kreitlow* MMR 2013, 623, 624 f.

1801 Spindler/Schuster/*Spindler*, UrhG § 95a Rn. 12; zu Geo-Sperren: Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 22; *Martiny* MMR 2016, 579, 582; kritisch *Mitsdörfer/Gutfleisch* MMR 2009, 731, 735 (aber nicht unter Verweis auf die einfache Verfügbarkeit von VPNs); zu Streamrippern: *LG Hamburg* BeckRS 2017, 146120, Rn. 38 – *Konvertierungsdienst für YouTube-Videos*; GRUR-RR 2014, 241, 242 – *JDownloader 2*; *LG München I* ZUM-RD 2013, 76, 80 – *Tubebox*; *Heinemeyer/Kreitlow* MMR 2013, 623, 627; vgl. auch Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 50; eine Wirksamkeit für Streamripper hingegen verneinend Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 22.

1802 *Martiny* MMR 2016, 579, 581 f.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und wegen dieser Möglichkeit ein Schutz zu Recht verneint wird.[1803] Deshalb wird teilweise eine Zurechnung angenommen und damit die Wirksamkeit der Schutzmaßnahme negiert, wenn die Software mit dem Betriebssystem vorinstalliert ist[1804] oder bereits eine „allgemeine"[1805] oder „nicht unerhebliche Verbreitung"[1806] gefunden hat. Dabei soll das Prozessieren gegen Umgehungssoftware eine „allgemeine Verfügbarkeit" verhindern.[1807]

Andere hingegen möchten Tools grundsätzlich nicht zurechnen.[1808] Es komme allein auf den Durchschnittsnutzer und dessen Fähigkeiten an, andernfalls entscheide die Bedienerfreundlichkeit des Umgehungswerkzeugs.[1809] Das Vorhandensein eines Umgehungswerkzeugs sei vielmehr ein Indiz für die Wirksamkeit der Maßnahme.[1810] Auch sei die Verfügbarkeit dank Suchmaschinen kein taugliches Kriterium.[1811] Lediglich erkennbar veraltete Maßnahmen seien anhand des Merkmals der Wirksamkeit auszuscheiden.[1812]

Im Grundsatz ist den zuletzt genannten Autoren zuzustimmen. Eine Berücksichtigung gut verfügbarer bzw. einfach zu bedienender Umgehungssoftware kann nicht entscheidend für die Wirksamkeit sein. Denn käme es auf die Verfügbarkeit an, so liefe das letztendlich auf eine Verwirkung

---

1803 Vgl. Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 50.

1804 Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 50; *Janisch/Lachenmann* MMR 2013, 213, 214; ohne Entscheidung zur Zurechnung von Tools *LG München I* ZUM-RD 2013, 76, 80 – *Tubebox*.

1805 *Janisch/Lachenmann* MMR 2013, 213, 214; ähnlich *LG Hamburg* BeckRS 2017, 146120, Rn. 38 – *Konvertierungsdienst für YouTube-Videos*; GRUR-RR 2014, 241, 242 – *JDownloader 2* und *Heinemeyer/Kreitlow* MMR 2013, 623, 626: allgemein verfügbar.

1806 Dreier/Schulze/*Specht*, UrhG § 95a Rn. 16; Spindler/Schuster/*Spindler*, UrhG § 95a Rn. 12: Allerdings inkonsequent, wenn er Geoblocking als wirksam einstuft, obwohl VPN-Software insbesondere durch den Einsatz in Unternehmen (und dem daraus folgenden Kontakt mit potenziellen Nutzern) stark verbreitet ist.

1807 *Heinemeyer/Kreitlow* MMR 2013, 623, 626.

1808 *Lucas* GRUR Int. 2017, 114, 119; *Martiny* MMR 2016, 579, 582; vgl. auch BeckOK UrhR/*Lindhorst*, UrhG § 95a Rn. 16 f.

1809 In diese Richtung aber Spindler/Schuster/*Spindler*, UrhG § 95a Rn. 12; das Argument hilfsweise anführend *LG Hamburg* BeckRS 2017, 146120, Rn. 42 – *Konvertierungsdienst für YouTube-Videos*.

1810 *Martiny* MMR 2016, 579, 582.

1811 BeckOK UrhR/*Lindhorst*, UrhG § 95a Rn. 16; *Lucas* GRUR Int. 2017, 114, 119.

1812 BeckOK UrhR/*Lindhorst*, UrhG § 95a Rn. 16; *Lucas* GRUR Int. 2017, 114, 119.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Schutzes hinaus.[1813] Eine gute Verfügbarkeit setzt ein einfaches Auffinden solcher Tools über Suchmaschinen voraus, was jedoch insbesondere mittels durchgesetzter Unterlassungsansprüche (§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG) verhindert, aber auch durch Untätigkeit ermöglicht werden kann. Ebenso erhöhen Parameter wie einfache Handhabbarkeit, fehlende Weiterentwicklung bestehender Schutzmaßnahmen und selbst mangelndes Unrechtsbewusstsein der Verwender die Verbreitung (und damit die Verfügbarkeit), indem z. B. die Umgehung durch als überhöht empfundene Preise gerechtfertigt wird oder in den Medien mehr oder minder offen für solche Tools geworben wird.[1814] Diese Umstände können aber keinen Einfluss haben. Außerdem besteht die Gefahr eines Zirkelschlusses: Werden häufig verwendete Programme (z. B. ein Browser mit einem hohen Marktanteil) vom Hersteller durch ein automatisches Update mit einer umgehenden Funktion versehen, so erfolgt nach der wohl herrschenden Meinung – dank einer allgemeinen Verbreitung – eine Zurechnung dieses Tools zu den Fähigkeiten des Durchschnittsnutzers. Dadurch würden die danach eingesetzten Schutzmaßnahmen[1815] ihre (rechtliche) Wirksamkeit verlieren. Die Wirksamkeit könnte insoweit von der Gegenseite bestimmt werden.[1816]

Tools sind damit prinzipiell nicht zuzurechnen, was zu einer sehr weiten Definition der Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen führt. Dass nun das Kriterium der Wirksamkeit jede Bedeutung verliert, ist jedoch nicht anzunehmen. Denn der Anbieter wird ein wirkungsvolles Schutzsystem verwenden, das also möglichst viele Nutzer von unberechtigten Kopien abhält, gerade wenn Alternativen am Markt verfügbar sind. Sind die Tools zur Umgehung nun allgemein verfügbar im Sinne der wohl herrschenden Meinung oder werden sie gar mit dem Betriebssystem ausgeliefert (die Schutzmaßnahme aber deshalb noch nicht unwirksam), so werden die Inhalteanbieter von selbst die Verwendung dieser technischen Schutzmaßnahme einstellen und ein verbessertes System nutzen. Zweitens wird ein

1813 Zur Verwirkung im Rahmen des § 97 UrhG Schricker/Loewenheim/*Wimmers*, UrhG § 97 Rn. 328 ff.

1814 Vgl. zur Verlinkung auf Hersteller von Umgehungsmitteln *BGH* NJW 2011, 2436 ff. – *AnyDVD*.

1815 Aufgrund der Ex-ante-Betrachtung führt dies dazu, dass das gleiche Schutzsystem *vor* dem Verlust der Wirksamkeit noch geschützt ist (das Tool zur Umgehung also verboten werden könnte) aber die Implementierung *nach* der „allgemeinen Verfügbarkeit" mangels Wirksamkeit keinen Schutz genießt.

1816 Vgl. *Janisch/Lachenmann* MMR 2013, 213, 214, die in diesen Fällen wohl die Wirksamkeit entfallen ließen.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu weitgehender Schutz von technischen Schutzmaßnahmen auch mit Blick auf die Einschränkungen bezüglich des Dual Use und der Beachtung der Verhältnismäßigkeit (Erwägungsgrund 48 InfoSoc-RL) nicht eintreten.

Dieses Ergebnis stützt auch die InfoSoc-RL. So gehen die Erwägungsgründe 9 und 11 von einem hohen Schutzniveau (Nr. 9) aus und fordern einen „rigorosen" Schutz der Urheberrechte (Nr. 11). Solch ein Schutzniveau muss dann ebenso für den Annex-Schutz gem. Art. 6 InfoSoc-RL gelten.[1817] Zudem spricht Erwägungsgrund 53 InfoSoc-RL für ein hohes Schutzniveau, wenn er ein „sicheres Umfeld" für interaktive Online-Dienste fordert und die Schranken des Art. 5 InfoSoc-RL für nicht anwendbar erklärt. Zwar sieht die zugehörige Regelung in Art. 6 Abs. 4 UAbs. 4 InfoSoc-RL (umgesetzt in § 95b Abs. 3 UrhG) eine Nichtanwendbarkeit der Schranken nur für Dienste im Rahmen vertraglicher Beziehungen vor, allerdings ging der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass nur die Schranken solch ein „sicheres Umfeld" verhindern. Dieses gewährt Art. 6 InfoSoc-RL aber bereits grundsätzlich.

Eine zu weite Definition von Schutzmaßnahmen bedroht auch nicht die Hersteller bestimmter Software. Die Richtlinie will gerade Werkzeuge mit vornehmlich legalen Verwendungen (Dual Use) vom Verbot ausnehmen (Art. 6 Abs. 2 InfoSoc-RL) und betont gleichzeitig die Verhältnismäßigkeit in Erwägungsgrund 48 InfoSoc-RL. Hieraus folgt, dass ein zu weitgehender Schutz des jeweiligen Inhaltes den Rechtsschutz entfallen lassen kann[1818] und deshalb selbst ein vergleichsweise schwacher Schutz wirksam im Sinne der Richtlinie sein muss. Im Übrigen ist zu beachten, dass die Hersteller von Umgehungssoftware im Vergleich zu den Inhabern absoluter Schutzrechte nicht schutzwürdiger sind.[1819] Letztlich wird man die Grenze der Wirksamkeit in der Nähe des Rechtsmissbrauchs ziehen müssen, ob die Maßnahme *objektiv ernsthaft* eingesetzt wird. Dafür ist zu fragen, ob ein objektiver Rechtsinhaber die technische Maßnahme noch einsetzen würde.[1820] Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn das System in tatsächlicher Hinsicht sehr schwach ist und zugleich ähnlich günstige, gleich gut funktionierende Alternativen verfügbar sind, sodass ein durchschnittlicher Rechtsinhaber die Schutzmaßnahme nicht mehr

1817 *LG Hamburg* BeckRS 2017, 146120, Rn. 38 – *Konvertierungsdienst für YouTube-Videos*; für den Erwägungsgrund 9: *EuGH* MMR 2014, 401, 402 Rn. 27 – *Nintendo*.

1818 Vgl. *EuGH* MMR 2014, 401, 402 Rn. 30 f. – *Nintendo*.

1819 *Lucas* GRUR Int. 2017, 114, 119.

1820 Vgl. *Lucas* GRUR Int. 2017, 114, 119, die „erkennbar veraltete" Maßnahmen ausscheiden möchte.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einsetzen würde, was eine Grenze in der Nähe des Rechtsmissbrauchs zur Folge hat.

Würde ein durchschnittlicher Hersteller eine Schutzmaßnahme noch einsetzen, so bleiben Tools außer Betracht und es ist allein auf den Durchschnittsnutzer abzustellen, ob dieser den Schutz umgehen kann. Als (weitere) Negativabgrenzung ist zu fordern, dass die Maßnahme nicht durch Tricks umgangen werden darf, also Handlungen, die ein Durchschnittsnutzer unproblematisch vornehmen kann[1821] bzw. die sich aufdrängen.

bb) Verhältnis zum Begriff der Umgehung

Häufig wird der Begriff der Umgehung gesondert definiert: Eine Umgehungshandlung ist danach jedes Verhalten, das objektiv darauf gerichtet ist, eine wirksame technische Schutzmaßnahme außer Kraft zu setzen, abzuschwächen oder auszuschalten.[1822] Der Begriff soll sehr weit zu verstehen sein.[1823] Es kommt letztlich darauf an, ob das Werk der Kontrolle des Rechtsinhabers entzogen wird.[1824] Eine Umgehung wird nur dann verneint, wenn das jeweilige Programm den Schutz nicht „erkennt".[1825]

Allerdings kann man solche Fälle ebenso und im Rahmen dieser Arbeit besser auf der Ebene des Vorliegens einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme bzw. der vorgelagerten Ebene der technischen Beschränkung lösen. „Erkennt" das Programm den Schutz nicht, funktioniert dieser in Bezug auf die dadurch bewirkte Umgehungshandlung nicht, sodass insoweit bereits keine technische Beschränkung vorliegt bzw. nicht wirksam ist. Deshalb werden in dieser Arbeit Vorbehalte in Bezug auf die Umgehung einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme[1826] im Rahmen des

1821 Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 50.

1822 Dreier/Schulze/*Specht*, UrhG § 95a Rn. 10; Fromm/Nordemann/*Czychowski*, UrhG § 95a Rn. 37; Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 10; Spindler/Schuster/*Spindler*, UrhG § 95a Rn. 6; vgl. auch *OLG Hamburg* GRUR-RR 2010, 153, 155 – *FTA-Receiver*.

1823 Fromm/Nordemann/*Czychowski*, UrhG § 95a Rn. 38; Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 10; Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 53.

1824 Dreier/Schulze/*Specht*, UrhG § 95a Rn. 10.

1825 Dreier/Schulze/*Specht*, UrhG § 95a Rn. 10; Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 53.

1826 Z. B. *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorliegens einer technischen Beschränkung bzw. als Frage der Wirksamkeit behandelt.

cc) In Bezug auf Werbeblockersperren

Da es technisch verschiedenste Möglichkeiten gibt (und geben wird), die Nutzer von Werbeblockern zu identifizieren und auszusperren, sind hier – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die allgemeinen Anforderungen an technische Schutzmaßnahmen gegen Werbeblocker darzustellen. Letztlich ist fraglich, wann Maßnahmen zur Verhinderung des Besuchs einer Webseite mit aktiviertem Werbeblocker (noch) wirksam im Sinne des Gesetzes sind. Da das Vorliegen einer technischen Beschränkung als Ausdruck des Willens des Rechtsinhabers zu einer Nutzungsbeschränkung Voraussetzung einer Schutzmaßnahme ist,[1827] eint alle Maßnahmen, dass sie objektiv dem Zweck dienen, durch das Urheberrechtsgesetz geschützte Gegenstände zu schützen und „im normalen Betrieb" zumindest die Vervielfältigung auf dem Bildschirm verhindern bzw. beschränken. Dieses Merkmal scheidet bereits bestimmte Maßnahmen aus, da der Wille des Rechtsinhabers insoweit nicht technisch besichert und damit irrelevant ist. So wäre z. B. das bloße gemeinsame Ausspielen einer Webseite mit Werbung – also der übliche Webseitenaufbau – wirksam im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG, da dieser Zusammenhang nur mithilfe eines Programms durch den Durchschnittsnutzer gelöst werden kann. Allerdings fehlt es zu einem Schutz gem. § 95a UrhG an der Verhinderung einer vom Rechtsinhaber nicht genehmigten Nutzung, da keine technische Beschränkung vorliegt.[1828]

Obwohl verschiedentlich Zweifel an der Wirksamkeit von Werbeblockersperren geäußert werden,[1829] ist grundsätzlich von der Wirksamkeit der Sperren auszugehen. Die Sperren hindern den Durchschnittsnutzer am Zugang zur Webseite mit eingeschaltetem Werbeblocker. Diesem ist es nicht möglich, ohne Anleitung oder Programm die eingesetzten Sperren zu umgehen. Hieran kann es auch nichts ändern, wenn aus der Sicht eines professionellen Webprogrammierers die Sperren sehr einfach zu umgehen

1827 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (b) (S. 211).
1828 Vgl. 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82).
1829 *Krüger* GRUR-Prax 2016, 322, 324; *Witte* ITRB 2018, 34, 38; vgl. auch *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245, die erst auf Ebene der Umgehung bestimmte Verhaltensweisen ausnehmen; kritisch auch *Nink* CR 2017, 103, 111.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind,[1830] weil auf diesen gerade nicht abgestellt wird. So wird zwar verschiedentlich die Wirksamkeit bezweifelt, da allein der Prüfcode getäuscht werde oder Prüfung und Reaktion voneinander zu trennen seien, diese Einwände beziehen sich jedoch letzten Endes auf das Vorliegen einer technischen Beschränkung und sind bereits dort verworfen worden.[1831] Die Wirksamkeit selbst kann bejaht werden, denn der Durchschnittsnutzer kann sich (ohne Hilfsmittel) keinen Zugang verschaffen. Gleiches gilt für den Einwand, das Unterdrücken von Code zur Prüfung oder die Täuschung desselben sei dem bloßen Abschalten von Programmiersprachen gleichzustellen und stelle deshalb keine Umgehung dar.[1832] Zwar ist es richtig, dass das Abschalten von Programmiersprachen in den Einstellungen des Browsers zu den Fähigkeiten eines Durchschnittsnutzers gehört. Das gilt jedoch nicht für die Nichtausführung einzelner Codezeilen. Ebenso ist zu beachten, dass bereits die Aufnahme des No-Script-Tags, der eine Darstellung der Webseite ohne Verwendung von JavaScript verhindert, zur technischen Beschränkung und mangels Umgehbarkeit durch den Durchschnittsnutzer auch zur Wirksamkeit dieser Schutzmaßnahme führt. Ebenso sind Overlays, die sich über die fertige Webseite legen, wirksame Schutzmaßnahmen.[1833] Manipuliert man durch Anpassen der Bildschirmauflösung das angezeigte Overlay und kann so noch Teile der Webseite sehen,[1834] liegt trotzdem eine wirksame technische Maßnahme vor, sofern das Overlay nach Manipulation eine Nutzungsbeschränkung im Sinne des § 19a UrhG zur Folge hat.

Für Durchschnittsnutzer sind hingegen Sperren umgehbar und damit nicht wirksam im Sinne des Gesetzes, welche durch simples Abbrechen des Ladevorgangs umgangen werden können, weil z. B. erst am Ende des Seitenaufbaus auf Werbeblocker geprüft wird.[1835] Zwar kommt der Wille des Rechtsinhabers grundsätzlich eindeutig zur Geltung (sodass eine technische Beschränkung vorliegt), allerdings ist für den Durchschnittsnutzer trotzdem ein Zugriff möglich. Da (je nach Geschwindigkeit seines Endgerätes) die Webseite zuerst aufgebaut und angezeigt wird und erst danach

1830 Vgl. das Zitat des Sachverständigen im Urteil des *LG Hamburg* ZUM 2016, 892, 896 – *Adblocker*: „trivial und in kurzer Zeit formuliert".
1831 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (2) (S. 217).
1832 *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245.
1833 Vgl. *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245.
1834 Vgl. *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 244.
1835 Dies traf z. B. auf die am 10.04.2018 eingesetzte bild.de-Sperre zu; Nutzer mit einem langsamen Endgerät sind dabei im Vorteil.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ein Overlay (oder eine Weiterleitung) den Konsum verhindert, liegt der Abbruch des Ladevorgangs auch ohne technische Vorbildung nahe.

Nach diesen Kriterien ist davon auszugehen, dass die Mehrzahl der eingesetzten Werbeblockersperren wirksam im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 2 UrhG ist oder zumindest dahingehend modifiziert werden kann.

dd) Verhältnismäßigkeit der technischen Schutzmaßnahme

Aus Erwägungsgrund 48 InfoSoc-RL und einer richtlinienkonformen Auslegung des § 95a UrhG ergibt sich, dass der Rechtsschutz in Bezug auf die erfassten Maßnahmen verhältnismäßig sein muss.[1836] Der *EuGH*[1837] und ihm folgend der *BGH*[1838] interpretieren das so, dass das Schutzsystem nicht in übermäßiger Weise legale Nutzungsmöglichkeiten einschränken dürfe. Die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme ist bei den oben dargestellten Sperren grundsätzlich nicht problematisch, da sie legale[1839] Nutzungsmöglichkeiten nicht einschränken. Auch der regelmäßig vorliegende Zwang, JavaScript[1840] zu aktivieren, ist rechtmäßig. Es besteht kein Anspruch, Webseiten mit deaktiviertem JavaScript nutzen zu können. Aufgrund der programmiertechnischen Möglichkeiten von JavaScript, die HTML 4 als (momentane) Standardsprache für Webseiten nicht bietet, ist der Zwang hierzu auch nicht unverhältnismäßig.[1841] Es bestehen also keine Bedenken vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit der Sperren.

3. Verbot nach § 95a Abs. 3 Nr. 2 und 3 UrhG

Der Werbeblocker kann nach § 95a Abs. 3 Nr. 2 UrhG verboten werden, wenn er, abgesehen von der Umgehung technischer Maßnahmen, nur einen begrenzten wirtschaftlichen Zweck oder Nutzen hat. Zudem ist

1836 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 95a Rn. 37 ff. m. w. N.
1837 *EuGH* MMR 2014, 401, 402 Rn. 29 f. – *Nintendo*.
1838 *BGH* GRUR 2015, 672, 677 Rn. 56 f. – *Videospiel-Konsolen II*.
1839 Dabei kann „legal" nur solche Nutzungen meinen, auf die ein Nutzer einen Anspruch hat, entweder aufgrund vertraglicher Regelungen oder weil die Nutzung zwingend mit einer bereits genehmigten Nutzung im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG zusammenhängt. Beides ist hier nicht der Fall.
1840 Eine Programmiersprache, die die Fähigkeiten von HTML erweitert und so v. a. die Reaktion auf Nutzeraktionen ermöglicht.
1841 Vgl. HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 95a Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ein Verbot nach § 95a Abs. 3 Nr. 3 UrhG möglich, sofern der Werbeblocker hauptsächlich entworfen, hergestellt oder angepasst wird, um die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen zu ermöglichen oder zu erleichtern. Eine Differenzierung zwischen den beiden Nummern kann unterbleiben, da diese letztlich die gleiche Situation beschreiben.[1842] Ein Verbot des Werbeblockers als Ganzes wird jedoch nie möglich sein, da dieser vor allem dem legalen Zweck des Blockierens von Werbung[1843] dient und die Umgehungsfunktion unproblematisch entfernt werden kann.

Stattdessen wird sich ein Verbot stets nur auf den jeweiligen, der Umgehung dienenden Code[1844] beschränken, was sowohl der Wortlaut („Bestandteile") als auch Erwägungsgrund 48 S. 3 InfoSoc-RL mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip deutlich machen. Bezüglich dieses Code-Bestandteils ergeben sich jedoch Probleme in Fällen des Dual Use. Unproblematisch von § 95a Abs. 3 Nr. 2 und 3 UrhG erfasst ist lediglich der Fall, dass Code geschrieben wurde, der nur auf der betreffenden Seite oder gegenüber derartigen Sperren wirkt und damit keinen anderen Zweck verfolgt. In diesen Fällen ist dieser *spezifische* Code des Werbeblockers unter Nr. 2 bzw. 3 zu subsumieren, da er allein dem Umgehen der technischen Schutzmaßnahme dient.

Geht es hingegen um *unspezifischen* Code, also solchen, der allgemein die Erkennung des Werbeblockers verhindert[1845] oder heuristisch[1846] die Webseite analysiert und ggf. Teile des dortigen Untersuchungscodes unterdrückt, ist die Lage diffiziler. Die Umgehung der Erkennung und häufig auch die Unterdrückung der Reaktion haben durchaus legale Anwendungsbereiche, wie z. B. das Verhindern den Werbeblocker umgehender Werbung oder die Nichtanzeige von Bannern, die zum Abschalten des Werbeblockers auffordern.[1847]

1842 Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 36; vgl. auch Spindler/Schuster/*Spindler*, UrhG § 95a Rn. 16; anders Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 85, die in Nr. 3 zusätzlich ein subjektives Merkmal verorten, gegen ein solches zu Recht Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 37 m. w. N.

1843 2. Teil § 4 C. I. (S. 156), E. (S. 307).

1844 Dies werden meist bestimmte Filterbefehle sein.

1845 Z. B. indem zu einfach benannte „Testwerbungen" oder solche mit einer bestimmten Größe nicht blockiert werden.

1846 Hierbei wird nicht bestimmter Code gesucht, sondern nach bestimmten Merkmalen, die typischerweise bei entsprechenden Prüfmechanismen und dadurch ausgelösten Reaktionen gegeben sind.

1847 Zu umgehender Werbung 4. Teil § 9 B. (S. 386) und zu Hinweisen 4. Teil § 10 (S. 398).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die InfoSoc-RL macht durchweg deutlich, dass der Schutz vor Vorbereitungshandlungen nicht um jeden Preis gewährt wird und insbesondere technische Entwicklung und der „normale Betrieb" Vorrang haben,[1848] also Alltagsgeräte nicht aus dem Verkehr gezogen werden sollen.[1849] Der Richtliniengeber führt im Erwägungsgrund 48 InfoSoc-RL aus, dass der Rechtsschutz keine Verpflichtung schaffe, Produkte an Schutzmaßnahmen anzupassen.

Der *EuGH* hat für die Frage, wofür eine Vorrichtung dient, auf die tatsächliche Verwendung abgestellt.[1850] Der *BGH* und die wohl herrschende Meinung stellen dem folgend auf die objektive Zweckbestimmung der Vorrichtung ab.[1851] Anhaltspunkt sei, welchen (wirtschaftlichen) Nutzen die jeweilige Komponente ohne Umgehungsfunktion hätte.[1852] Setzt man voraus, dass diverse Seiten die Erkennung von Werbeblockern nicht zur Sperrung verwenden, sondern lediglich für Hinweise o. Ä., so wird das Unterdrücken dieses Codes nicht den Tatbestand des § 95a UrhG erfüllen. Denn eine legale Nutzungsmöglichkeit verbleibt und ist nach objektiven Maßstäben naheliegend.

Das kann im Rahmen des § 95a Abs. 3 UrhG zu unbefriedigenden Ergebnissen führen: Es reicht bereits aus, dass die Erkennungsvermeidung so breit programmiert ist, dass neben „normalen" Erkennungen auch Sperren umgangen werden. Natürlich können die Webseitenbetreiber, die als Reaktion auf die Erkennung eine Sperre vorsehen, diese verbessern. Allerdings ist zu erwarten, dass die Werbeblockerbetreiber entsprechend kontern werden. Noch die beste Chance der Webseitenbetreiber besteht darin, die Erkennung von Werbeblockern derart weit zu individualisieren, dass selbst ein heuristischer Code diese nicht erkennt und daher individualisierter und damit eindeutig rechtswidriger Code zur Umgehung verwendet werden muss.

Der Tatbestand kann zudem nicht durch einen Hinweis des jeweiligen Seitenbetreibers auf die die Sperre umgehende Wirkung des Codes verwirklicht werden. Hierbei würde die Ebene des Tatbestands der Verhaltenspflicht und die Grundsätze der Störerhaftung miteinander vermischt, denn es wird – im Rahmen des § 95a UrhG – bereits keine Verhaltens-

1848 Vgl. Erwägungsgrund 48 InfoSoc-RL.
1849 Hdb-UrhR/*Peukert*, § 34 Rn. 25.
1850 *EuGH* MMR 2014, 401, 403 Rn. 36 – *Nintendo*.
1851 *BGH* GRUR 2015, 672, 676 Rn. 52 – *Videospiel-Konsolen II*; Dreier/Schulze/*Specht*, UrhG § 95a Rn. 18; Schricker/Loewenheim/*Götting*, UrhG § 95a Rn. 35; Spindler/Schuster/*Spindler*, UrhG § 95a Rn. 16; Hdb-UrhR/*Peukert*, § 34 Rn. 25.
1852 Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Ohst*, UrhG § 95a Rn. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

pflicht verletzt. Das Nichtvorliegen einer solchen Pflicht ergibt sich aus Erwägungsgrund 48 S. 2 InfoSoc-RL, der gerade die Pflicht negiert, mit technischen Maßnahmen konforme Produkte herzustellen. Das zeigt, dass der Richtliniengeber das Risiko des Missbrauchs von Dual-Use-Geräten den Urhebern aufgebürdet hat. Eine natürliche Grenze für die Einführung solch heuristischer Verfahren stellt aber die tatsächliche Nutzung dar. Werden die Werbeblocker, die auch umgehen können, nun vor allem zu diesem Zweck genutzt, so können diese als Umgehungsmittel im Sinne des § 95a Abs. 3 UrhG verboten werden. Davon unabhängig haften die Werbeblockerbetreiber bereits nach §§ 97, 19a UrhG, da eine technische Beschränkung (und das Umgehen dieser) von § 95a UrhG vorausgesetzt wird. Insoweit besteht aufgrund des verletzten Urheberrechts eine Pflicht zur Anpassung und bei fehlender Pflichtverletzung durch den Werbeblockerbetreiber die Möglichkeit, eine Anpassung durch einen schlichten Hinweis zu erzwingen.[1853]

4. Ergebnis

Sperren gegen Nutzer mit aktiviertem Werbeblocker sind damit fast immer als wirksame technische Maßnahmen geschützt.[1854] An die Wirksamkeit sind grundsätzlich niedrige Anforderungen zu stellen. Entscheidend ist, ob ein durchschnittlicher Nutzer die Sperre umgehen kann; Tools werden dabei nicht zugerechnet. Damit bestehen im Regelfall Ansprüche gem. § 1004 Abs. 1 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG. Eine Pflicht zur Anpassung des Werbeblockers besteht nur unter den Voraussetzungen des § 95a Abs. 3 UrhG, andernfalls können diese nicht verlangt werden.

II. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG

Die Umgehung einer Sperre von Werbeblockern kann neben urheberrechtlichen Normen auch gegen das Lauterkeitsrecht verstoßen, konkret

---

1853 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (2) (S. 225).

1854 *LG Hamburg* ZUM 2016, 892, 896 – *Adblocker*; HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 95a Rn. 11; *Rostam* InTer 2017, 146, 149 („höchstwahrscheinlich"); *Runkel* IPRB 2016, 81, 84; vgl. auch *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 45 – *Adblock Plus*; BeckOK UrhR/*Lindhorst*, UrhG § 95a Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gegen §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG, sodass Ansprüche gem. § 8 Abs. 1 UWG auf Unterlassung und gem. § 9 S. 1 UWG auf Schadensersatz gegeben sein können. Dazu sind zuerst die geschäftliche Handlung und das Mitbewerberverhältnis (1.) zu beschreiben, um dann den Tatbestand der §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (2.) zu prüfen.

1. Geschäftliche Handlung und Mitbewerberverhältnis

Das Anbieten des (allowlistenden) Werbeblockers, der eine Sperre umgehen kann, ist eine geschäftliche Handlung, die sich an die Nutzer als Entscheider richtet. Da sich die Webseite an die gleichen Nutzer wendet und die geschäftliche Entscheidung der Nutzer zwischen diesen beiden Produkten alternativ ist, liegt ein Wettbewerbsverhältnis vor. Insoweit ändert sich die Beurteilung im Vergleich zum im 2. Teil behandelten Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings nicht.[1855]

2. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG

Eine gezielte Behinderung folgt beim Umgehen der Sperre nicht aus der Vernichtungsabsicht, weil das Angebot des (umgehenden) Werbeblockers ohne werbende Webseiten nicht denkbar ist.[1856] Stattdessen kann sich die Gezieltheit der Behinderung auch daraus ergeben, dass die Behinderung dazu führt, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können.[1857] Hierzu ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände erforderlich. Zur Konkretisierung dieser Abwägung gibt es Fallgruppen, bei denen im Regelfall eine gezielte Behinderung gegeben ist. Hier kommt eine mittelbare produktbezogene Behinderung durch das Bereitstellen des Werbeblockers zum Einwirken auf das Produkt des Webseitenbetreibers infrage. Diese Fallgruppe (a) gilt es zuerst genauer zu beschreiben. Danach ist das Verhältnis zum Urheberrecht (b), insbesondere im Falle urheberrechtsfreier Gegenstände (c) zu klären, um schließlich die Fallgruppe auf Werbeblocker anzuwenden (d).

1855 Ausführlich dazu oben, 2. Teil § 4 B. III. 2. b) (S. 146).
1856 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. V. 2. c) aa) (S. 292).
1857 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4 Rn. 4.10 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Einschlägige Fallgruppe

Es ist unklar, warum genau und unter welchen Voraussetzungen das Umgehen einer Sperre eine gezielte Behinderung darstellt. Unter Verweis auf Piratenkarten, die den kostenlosen Empfang von Pay-TV-Sendungen ermöglichen, hat der *BGH* das Verschaffen eines unberechtigten kostenlosen Zugangs zu einer entgeltlich angebotenen Leistung als unlauter eingeordnet.[1858] Das wurde unter Verweis auf das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets dahingehend weiter abstrahiert, dass die Überwindung von technischen Schutzvorrichtungen einen Unlauterkeitsvorwurf begründen könne[1859] und in der Entscheidung *Werbeblocker II* bestätigt.[1860] Im Zusammenhang mit dem Vertrieb von durch AGB untersagten Bots zum Verschaffen von Vorteilen im Spiel *World of Warcraft* wurde entschieden, dass Geschäftsmodelle vor Beeinträchtigungen geschützt werden, sofern sie durch wirksame allgemeine Geschäftsbedingungen ausgestaltet und diese durch technische Sperren wirksam geschützt sind.[1861] In diese Richtung deuteten bereits die Entscheidungen *Automobil-Onlinebörse* und *Flugvermittlung*, wobei hier unklar blieb, ob das Umgehen der Schutzmaßnahme bereits ausreicht oder ob zusätzlich (oder sogar nur) das Ignorieren von wirksam vereinbarten AGB erforderlich sei.[1862]

Diesen Überlegungen wird zumeist zugestimmt,[1863] häufig jedoch nur auf das Umgehen der Entgeltzahlung bezogen.[1864] Teilweise wird § 4 Nr. 4 UWG aber auch auf umgehende Werbeblocker und damit auf entgeltfreie

---

1858 *BGH* NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I* unter Verweis auf *OLG Frankfurt* NJW 1996, 264 f. – *Piratenkarte*.

1859 *BGH* GRUR 2014, 785, 788 Rn. 37 – *Flugvermittlung im Internet*; vgl. auch GRUR 2011, 1018, 1024 Rn. 67 ff. – *Automobil-Onlinebörse*.

1860 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1254 Rn. 31 – *Werbeblocker II*.

1861 *BGH* GRUR 2017, 397, 401 ff. Rn. 51, 68 – *World of Warcraft II*.

1862 *BGH* GRUR 2011, 1018, 1024 Rn. 69 f. – *Automobil-Onlinebörse*; vgl. auch GRUR 2014, 785, 788 Rn. 37 – *Flugvermittlung im Internet*: Hier lagen zwar AGB vor, allerdings fehlte es an einer ausreichenden Schutzvorrichtung.

1863 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4 Rn. 4.48a; *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1407; *Glöckner* ZUM 2018, 844, 846; zur Umgehung von AGB *Czychowski* NJW 2014, 3277, 3278; *Kianfar* GRUR 2014, 790, 791; vgl. auch *LG Frankfurt a. M.* MMR 2006, 766, 767 – *Analoge Lücke*.

1864 *KG* MMR 2002, 483, 484 – *Fernsehfee*; *OLG Frankfurt* NJW 1996, 264 f. – *Piratenkarte*; *OLG München* BeckRS 2017, 122821, Rn. 161 – *Whitelisting I*, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2017, 756 -*Whitelisting I*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 45 – *Adblock Plus*; HK-UWG/*Wirtz*, UWG § 4 Rn. 4.66; Juris-PK-UWG/*Müller-Bidinger*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 119; *Schapiro/Żdanowiecki* MMR 2015, 497, 501.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Leistungen angewendet.[1865] *Ohly* will Ansprüche nicht nur beim Umgehen von Entgeltzahlungen, sondern auch bei „legitimen" Schutzmaßnahmen gewähren.[1866] Andere sehen die Umgehung von Schutzmaßnahmen als neue Untergruppe der gezielten Behinderung durch Beeinträchtigung der Leistungserbringung, welche die grundsätzlich erlaubte Umgehung von AGB-Verboten über die Schwelle der Unlauterkeit hebe.[1867]

Diese Fallgruppe ist jedoch weiter zu differenzieren, da es zwei unterschiedliche Grundkonstellationen gibt: einerseits das Nichtzahlen des Entgelts beim Zugang und andererseits der AGB-Verstoß bei der Nutzung, jeweils unter Umgehung einer entsprechenden Schutzmaßnahme. Während im Fall der Verschaffung eines kostenlosen Zugangs keine wirksamen allgemeinen Geschäftsbedingungen gefordert werden, müssen diese nach *World of Warcraft II* wirksam sein, da nur wirksame AGB einen (lauterkeitsrechtlichen) Schutz „verdienten".[1868] Mit dem Merkmal der Wirksamkeit versucht der *BGH,* die widerstreitenden Interessen zu wahren. Mithilfe von Schutzmaßnahmen können de facto – wider der deutschen Grundkonzeption des Lauterkeitsrechts[1869] – schuldrechtliche Pflichten verdinglicht werden. Gleichzeitig besteht aber das Bedürfnis aufseiten des Anbieters, sein Geschäftsmodell zu schützen, da dieses darauf basiert, dass seine Kunden sich an die vorgegebenen Regeln halten[1870] oder zumindest die bereitgestellten Güter und Einrichtungen nicht missbrauchen. Der Vorteil an dieser Kontrolle ist, dass so sich abschottende Geschäftsmodelle verhindert werden und dem Kunden letztlich die Möglichkeit gegeben wird, Sperren, die unwirksame AGB schützen, zu umgehen, notfalls mithilfe konkurrierender Unternehmen. Schutzgut sind damit durch wirksame AGB ausgestaltete Geschäftsmodelle.

Die erste Fallgruppe des Zugangsverschaffens zu einer entgeltlichen Leistung ersetzt hingegen das Gut Geschäftsmodell durch das Verlangen eines Entgelts. Diese Rechtsprechung entwickelte sich vor allem als Reaktion auf Piratenkarten zum Zugang zu Pay-TV-Sendern, da nur so

---

1865 *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487, 488; *Weiler* jM 2019, 280, 283; *Zerbst* jurisPR-ITR 25/2018, Anm. 3, C.; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 209, anders aber wohl S. 98; *Kiersch,* Adblocking, S. 114; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 439; allgemein eine Unlauterkeit annehmend *Rostam* InTer 2017, 146, 149 („höchstwahrscheinlich").

1866 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG § 4 Rn. 4/61.

1867 *Kianfar* GRUR 2014, 790, 791; *Rolfs* WRP 2017, 1437, 1442.

1868 So *BGH* GRUR 2017, 397, 401 Rn. 51 – *World of Warcraft II*.

1869 Vgl. *BGH* GRUR 2017, 397, 403 Rn. 68 – *World of Warcraft II*.

1870 Vgl. *BGH* GRUR 2017, 397, 404 Rn. 82 – *World of Warcraft II*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Inhalte geschützt werden konnten, und ist vor allem als „Lückenfüller“[1871] anzusehen, bis ein entsprechender Schutz durch das ZKDSG[1872] verabschiedet wurde. Allerdings ist zu beachten, dass die Fallgruppe konsequenterweise unabhängig von einem Entgeltverlangen sein muss. Es ist ausreichend, dass eine – mit dem Werbeempfang gegebene – Gegenleistung im Sinne der Voraussetzungen einer geschäftlichen Entscheidung vorliegt. Eine unterschiedliche Behandlung von klassischem Entgelt und anderen Einwirkungen auf die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher ist nicht zu rechtfertigen. Damit ist letztlich vor allem *Ohly* zuzustimmen, dass legitime Schutzmaßnahmen geschützt werden: Entweder dadurch, dass diese den Zugang zu einer (entgeltlichen) Leistung oder wirksame Geschäftsbedingungen schützen.

b) Verhältnis zum Urheberrecht

Allerdings ist das Verhältnis zum Urheberrecht strittig. Manche Autoren schreiben dem Urheberrecht insoweit eine Sperrwirkung zu.[1873] Andere gehen grundsätzlich von einem Nebeneinander aus.[1874] So habe der Gesetzgeber durch die Einführung des § 95a UrhG keine Schadensersatzansprüche ausschließen wollen.[1875]

Ein Ausschluss des § 4 Nr. 4 UWG durch das Vorliegen des Tatbestands von § 95a Abs. 3 UrhG oder gar § 19a UrhG ist durch die InfoSoc-RL aus systematischen Gründen grundsätzlich nicht geboten. Die InfoSoc-RL nimmt in Art. 9 explizit das Wettbewerbsrecht und damit auch das Lauterkeitsrecht von ihren Wirkungen aus, was für die Möglichkeit der parallelen Anwendung spricht.[1876] Auch sehen Art. 8 Abs. 1 InfoSoc-RL und Art. 3 Enforce-RL wirksame und abschreckende Sanktionen vor, sodass ein doppelter Schutz dem nicht widerspricht. Eine Erweiterung der Anspruchsberechtigten durch § 8 Abs. 3 UWG droht nicht, da in diesen Fällen ausschließlich Interessen einzelner Mitbewerber betroffen sein

1871 Ein Beispiel für die „Schrittmacherfunktion“ des UWG, vgl. *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 40.
1872 Das ZKDSG geht auf die ZKD-RL zurück.
1873 Vgl. GK UWG/*Pfeifer*, UWG § 4 Nr. 10 Rn. 382 Fn. 1127; in diese Richtung auch Fezer/*Götting/Hetmank*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 118.
1874 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG § 4 Rn. 4/61; *Rolfs* WRP 2017, 1437; *Kiersch*, Adblocking, S. 115; vgl. auch *Arlt* MMR 2005, 148, 154.
1875 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG § 4 Rn. 4/61.
1876 Vgl. *Arlt* MMR 2005, 148, 154.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden und damit nur diese zur Durchsetzung berechtigt sind.[1877] Insoweit ordnet das Urheberrecht also lediglich die urheberrechtliche Rechtswidrigkeit des Verhaltens an, sofern eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vorliegt.[1878]

Außer dem impliziten Erfordernis einer technischen Beschränkung besteht damit grundsätzlich keine Vorgabe des Urheberrechts für den hier fraglichen Bereich. Allerdings ist unklar, woran ein Schutz nach § 4 Nr. 4 UWG genau anknüpft und in welchem Verhältnis dieser zu urheberrechtlichen Ansprüchen steht, insbesondere um unter Umständen Wertungswidersprüche zu vermeiden. Die Beantwortung dieser Frage setzt eine präzise Bestimmung des lauterkeitsrechtlichen Unwerturteils voraus, um die Berechtigung neben den urheberrechtlichen Ansprüchen zu klären. Die im Fall *World of Warcraft II* maßgebenden Wertungen können nicht herangezogen werden, denn dort folgte die Unlauterkeit aus dem Angriff auf das Geschäftsmodell, der sich vor allem auf andere Kunden auswirkt. Insoweit fehlt es an einer Vergleichbarkeit, da umgehende Werbeblocker bzw. generell das Umgehen eines Entgeltverlangens sich nicht unmittelbar auf die Entscheidungen anderer Kunden auswirken.

Beim Abruf von Inhalten ohne Gegenleistung unter Umgehung einer Schutzvorkehrung ist das eigentlich gesperrte Verhalten grundsätzlich deckungsgleich mit demjenigen Verhalten, vor dem das Urheberrecht schützen soll. Ändert man aber gedanklich die Leistung des Webseitenbetreibers vom Verfügbarmachen urheberrechtlich geschützter Inhalte zur Erbringung einer Dienstleistung[1879] wie dem Bearbeiten einer Steuererklärung, wird ersichtlich, dass ein Schutz nach dem Lauterkeitsrecht grundsätzlich sinnvoll ist. Unlauterkeitsvorwurf ist damit nicht die Absatzminderung, wie teilweise vorgeschlagen,[1880] sondern das Ermöglichen des eigentlich gesperrten Leistungsabrufs ohne Erbringung einer Gegenleistung gegen den Willen des Webseitenbetreibers. Entscheidendes Kriterium ist der durch die Sperre zum Ausdruck gebrachte Wille, eine Leistung nur bestimmten Nutzern (ohne aktiviertem Werbeblocker) gegenüber zu erbringen. Dieser Wille ist nach den Grundsätzen zur urheberrechtlichen Einwilligung auszulegen, sodass auch hier eine technische Beschränkung als Ausdruck des entgegenstehenden Willens erforderlich ist.

1877 Vgl. zu dieser Einschränkung Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler/Feddersen*, UWG § 8 Rn. 3.5a m. w. N.; *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 698.
1878 Vgl. 2. Teil § 4 C. IV. (S. 256).
1879 Im Sinne des UWG, vgl. HK-UWG/*Götting*, UWG § 2 Rn. 27.
1880 *Kiersch,* Adblocking, S. 115.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Anwendung auf urheberrechtsfreie Gegenstände

Das Abstellen auf die eigentlich technisch unterbundene Erbringung einer Leistung ohne Gegenleistung führt dazu, dass die Fallgruppe der mittelbaren produktbezogenen Behinderung auch auf urheberrechtsfreie Gegenstände, sei es wegen Ablauf der Schutzdauer oder Nichtvorliegen der Anforderungen an den Schutzgegenstand, Anwendung finden kann. Wie oben gezeigt, setzt eine Anwendung aber weiterhin das Vorliegen einer Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG voraus, da andernfalls erst recht die Urheberrechtsfreiheit im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG gelten muss.[1881]

Der Anwendung des § 4 Nr. 4 UWG auf urheberrechtsfreie Gegenstände steht zudem die urheberrechtliche Wertung nicht entgegen. Grundsätzlich gibt das Urheberrecht zwar, sofern eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vorliegt, keine Wertung vor. Man könnte jedoch überlegen, es im Falle der Urheberrechtsfreiheit anders zu sehen, denn § 19a UrhG und § 95a UrhG setzen jeweils das Vorliegen eines geschützten Gegenstands voraus. Dann würde gelten, dass eine Sperre keinen Schutz begründen kann und wegen der negativen Begrenzungsfunktion nicht darf. Das ist aber im Fall der Bereitstellung von Inhalten im Internet abzulehnen. Zwar ist es grundsätzlich richtig, dass das Nichtvorliegen eine negative Begrenzungsfunktion insoweit hat, als dass der Inhalt nicht um seiner selbst willen geschützt werden darf, da der Gesetz- bzw. Richtliniengeber einen Schutz abgelehnt hat. § 4 Nr. 4 UWG schützt jedoch nicht den Inhalt, sondern – weitergehend – die eigentlich gesperrte Leistung selbst. Aus urheberrechtlicher Perspektive genießt der Inhalt keinen Schutz, die Leistung besteht im Fall der öffentlichen Zugänglichmachung allerdings nicht allein in der (urheberrechtsfreien) Nutzung des Inhalts, sondern auch in der Bereitstellung desselben im Sinne eines Vorhaltens und Übertragens der Daten. Insbesondere im Falle des Streamings (z. B. von inzwischen schutzfreien Stummfilmen) fallen durchaus merkliche Kosten auf der Seite des Bereitstellenden an. Dass der Webseitenbetreiber nun diese Leistung technisch sperrt, also nur bei Erbringung der Gegenleistung ein Zugang zur begehrten Leistung möglich ist, begründet die Bewertung des Umgehens als unlauter. Der durch die Sperre zum Ausdruck gebrachte Wille unterscheidet den Fall vom Aufruf einer nicht gegen den Besuch mit einem (aktiviertem) Werbeblocker gesperrten Webseite. In der zuletzt genannten Konstellation besteht gerade kein einer Nutzung entgegenstehender Wille.

1881 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. IV. 3. (S. 268).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dem Urheberrecht bzw. dem ZKDSG kann gleichzeitig kein in Bezug auf Sperren abschließender Charakter dahingehend entnommen werden, dass bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen ein Schutz per se ausscheidet. Andernfalls bedeutete dies, jedwede Leistungserbringung im Internet freizugeben, sofern kein urheberrechtlicher Inhalt vorliegt und kein Entgelt verlangt wird. Insbesondere mit Blick auf die DInh-RL kann das nicht der Fall sein, da diese gerade solche Leistungen[1882] und damit auch deren Schutz(fähigkeit) voraussetzt.

In der Umgehung der Gegenleistung und dem Verschaffen des Zugangs zu einer insoweit gesperrten Leistung liegt ein zusätzlicher, unlauterkeitsbegründender Umstand. Urheberrechtlich geschützte und urheberrechtsfreie Inhalte sind somit gleich zu behandeln.

d) Anwendung auf Werbeblocker

Häufig wird eine Unlauterkeit bei die Sperre umgehenden Werbeblockern zu Recht bejaht.[1883] Denn diese setzen wie Piratenkarten Zugangsbeschränkungen außer Kraft.[1884] In jedem Fall muss wegen der ansonsten eingreifenden negativen Begrenzungsfunktion des Urheberrechts eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vorliegen. Die insoweit geltenden Beschränkungen und Voraussetzungen, insbesondere zum Dual Use, sind damit zu beachten.

Die Abwägung ergibt nichts anderes. Die Fallgruppe schützt die Freiheit, wem gegenüber eine Leistung, die in der bloßen Übertragung bestehen kann, erbracht wird. Diese Entscheidung muss über das Lauterkeitsrecht geschützt werden, da insoweit keine abschließenden Regelungen durch das Urheberrecht existieren. Die gefundene Lösung wahrt die Interessen der Webseitenbetreiber und Werbetreibenden auf der einen Seite und auch die der Vertreiber von Werbeblockern auf der anderen: Letztere

---

1882 Vgl. Erwägungsgrund 25 S. 4 DInh-RL, die den Mitgliedstaaten erlaubt, Verträge über die Erbringung digitaler Dienstleistungen gegen Werbung eigenständig zu regeln.

1883 *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487, 488; *Runkel* IPRB 2016, 81, 84; *Weiler* jM 2019, 280, 283; *Zerbst* jurisPR-ITR 25/2018, Anm. 3, C.; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 209, anders aber wohl S. 98; *Kiersch,* Adblocking, S. 114; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 439; vgl. auch *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1409; *Glöckner* ZUM 2018, 844, 852 f.: marktorientierte Betrachtung; *Köhler* WRP 2014, 1017, 1020 zu § 823 Abs. 1 BGB; *Rostam* InTer 2017, 146, 149.

1884 *Runkel* IPRB 2016, 81, 84.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind insbesondere nicht zu weitgehenden Unterlassungsansprüchen ausgesetzt. Der Schutz für Webseitenbetreiber setzt nur dann ein, wenn diese aktiv Schutzmaßnahmen einsetzen. Damit erfasst die Fallgruppe auch die Sperre umgehende Werbeblocker, sodass das Verhalten nach §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG unzulässig ist.

3. Ergebnis

Den Webseitenbetreibern stehen wegen der Umgehung der Sperre durch den Werbeblocker Ansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG auf Unterlassung, Beseitigung (Entfernung des Codes durch Update) und gem. § 9 UWG auf Schadensersatz gegen den Werbeblockerbetreiber zu.

Grund dafür ist, dass der Werbeblockerbetreiber mit dem Vertrieb eines umgehenden Werbeblockers eine mittelbar produktbezogene Behinderung vornimmt. Der die Unlauterkeit begründende Vorwurf ist nicht die Zugangseröffnung zu urheberrechtlichen Inhalten, sondern das Umgehen der Sperre und der so ermöglichte Leistungsbezug ohne Gegenleistung gegen den erklärten Willen des Webseitenbetreibers. Um Wertungswidersprüche zum Urheberrecht zu vermeiden, muss die Sperre das Niveau einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG erreichen. Nur dann erlaubt die negative Begrenzungsfunktion Ansprüche, da der Webseitenbetreiber einen dem Abruf entgegenstehenden Willen geäußert hat. Aufgrund des im Vergleich zum Urheberrecht unterschiedlichen Anknüpfungspunkts für die Unlauterkeit gilt das Ergebnis auch in Bezug auf urheberrechtsfreie Gegenstände.

B. Ansprüche gegen die Nutzer

Als Anspruch gegen die Nutzer – neben dem aus §§ 97, 16 UrhG[1885] – kommt nur § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a Abs. 1 UrhG infrage. Danach dürfen wirksame technische Maßnahmen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers nicht umgangen werden, wenn dem Handelnden bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss, dass die Umgehung erfolgt, um den Zugang zu einem solchen Werk oder Schutzgegenstand oder deren Nutzung zu ermöglichen. Wie oben gezeigt, setzt das Vorliegen einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme voraus,

1885 2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass das Urheberrecht verletzt wird, was aufgrund der Subjektivierung nach §§ 16, 44a Nr. 2 UrhG nur im Falle grober Fahrlässigkeit[1886] der Fall ist. Eine Verletzung des § 95a Abs. 1 UrhG setzt voraus, dass der Nutzer zumindest grob fahrlässig in Unkenntnis von einer technischen Beschränkung handelt und gem. § 95a Abs. 1 UrhG auch (wenigstens) grob fahrlässig[1887] darum weiß, dass er eine wirksame technische Schutzmaßnahme umgeht. Ein Unterschied zwischen diesen beiden subjektiven Erfordernissen wird nur in Sonderfällen vorliegen, sodass insoweit nach oben verwiesen werden kann.[1888]

Aufgrund des Erfordernisses der groben Fahrlässigkeit sind Ansprüche gegen die Nutzer aus §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 BGB i. V. m. § 95a Abs. 1 UrhG wie solche aus §§ 97, 16 UrhG zumeist nicht gegeben oder zumindest sehr schwer realisierbar. Eine Einschränkung nach Treu und Glauben ist entsprechend den Ausführungen zu § 16 UrhG abzulehnen.[1889]

C. Schutz der Werbeblockerbetreiber

Als Grundlage eines Anspruchs der Vertreiber von Werbeblockern gegen die Aussperrung von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker kommen nur §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG infrage. Durch das Aussperren könnte das Produkt Werbeblocker entwertet werden und infolgedessen eine produktbezogene Behinderung vorliegen.

Auch hier gibt das Urheberrecht grundsätzlich die Wertung vor. Da die Verfügungsbefugnis über das ob und wie der Veröffentlichung der Inhalte dem Rechtsinhaber zugewiesen ist, können die Webseitenbetreiber die Webseite beliebig modifizieren. Ein Anspruch der Werbeblockerbetreiber auf Zugang besteht gerade nicht. So lange keine zusätzlichen unlauterkeitsbegründenden Umstände vorliegen, wie z. B. die Änderung von öffentlich zugänglichen Filterlisten,[1890] ist die Aussperrung rechtmäßig. Eine Vernichtungsabsicht im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG kommt ebenso wenig infrage, da vornehmliches Ziel der Webseitenbetreiber eine Mone-

1886 Insoweit ist analog auf den – anhand von Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL auszulegenden – Fahrlässigkeitsmaßstab des § 95a Abs. 1 UrhG abzustellen.
1887 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b) (S. 242).
1888 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b), (c) (S. 242).
1889 2. Teil § 4 C. III. 3. b) cc) (S. 253).
1890 Zumindest die Listen der häufig verwendeten *Easylist* können nur von zugelassenen „Chefautoren" geändert werden, sodass das einen etwas höheren Aufwand voraussetzen würde, vgl. dazu *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tarisierung ihres eigenen Angebots ist und die „Vernichtung" von Werbeblockern insoweit notwendige Nebenfolge ist. Das gilt besonders vor dem Hintergrund, dass das Geschäftsmodell der Werbeblocker ohnehin zu einem gewissen Grade auf Konflikt angelegt ist. Damit sind keine Ansprüche der Vertreiber von Werbeblockern gegeben.

D. Sonderfall Paywall

Eine Paywall ist im Ergebnis eine Sperre, die nur zahlende Nutzer zulässt. Hierzu wird zumeist ein Log-in vorgeschaltet, um eindeutig die Berechtigung überprüfen zu können. Die Inhalte sind ohne Verifizierung der Zugangsberechtigung nicht abrufbar. Aufgrund des Charakters als Sperre, deren Aufhebung nur in anderer Weise bedingt ist, können die dortigen Ausführungen uneingeschränkt übernommen werden. Neben Ansprüchen wegen einer Sperre kommt ein Schutz aufgrund von § 3 Nr. 1, 2 ZKDSG, der deutschen Umsetzung der ZKD-RL, in Betracht. Anders als im Rahmen des Urheberrechts wird der Dienst als solcher geschützt,[1891] bzw. die Möglichkeit, mit diesem ein Entgelt zu erzielen.[1892] Dass Werbeblocker, die Zahlungssperren umgehen, Mittel im Sinne des ZKDSG sind, ergibt sich auch aus Art. 2 lit. e ZKD-RL, der von „Computerprogrammen" spricht. Wenngleich der objektive Zweck[1893] eines Werbeblockers nicht die Zugangsverschaffung zu kostenpflichtigen Webseiten ist, gilt dies nicht für den Teil, der die Paywall umgeht und insoweit unabhängig von der Werbeblockerfunktion ist.

Die konkreten Ansprüche auf Schadensersatz und Unterlassung ergeben sich aus § 1004 Abs. 1 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB[1894] bzw. §§ 8 Abs. 1 (bzw. § 9), 3a UWG[1895] jeweils in Verbindung mit § 3 Nr. 1, 2 ZKDSG.

1891 Fromm/Nordemann/*Czychowski*, UrhG Vor §§ 95a Rn. 37.
1892 BeckOK UrhR/*Lindhorst*, UrhG § 95a Rn. 10.
1893 Vgl. dazu *OLG Frankfurt* GRUR-RR 2003, 287 – *Magic Modul*; *OLG Hamburg* GRUR-RR 2010, 153, 156 – *FTA-Receiver*.
1894 MMR-HdB/*Arlt*, Teil 7.7 Rn. 87.
1895 Fromm/Nordemann/*Czychowski*, UrhG § 95a Rn. 59; vgl. auch *OLG Hamburg* GRUR-RR 2010, 153, 156 – *FTA-Receiver*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

E. Ergebnis

Die Aussperrung von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker ist damit vor allem gegen die Werbeblockerbetreiber umfassend geschützt. Diese sind neben den bereits oben behandelten Ansprüchen wegen der Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 97, 19a UrhG) Unterlassungsansprüchen wegen Verstößen gegen § 95a Abs. 3 UrhG ausgesetzt. Da die Anforderungen an eine wirksame technische Maßnahme ähnlich denen der technischen Beschränkung niedrig sind, ist fast immer von Ansprüchen nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG auszugehen. Daneben bestehen Ansprüche gem. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG. Diese erfassen – anders als solche aus § 95a Abs. 3 UrhG – auch urheberrechtsfreie Inhalte, da das UWG insoweit die Leistungserbringung schützt. Der Anspruch gegen die Nutzer (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a Abs. 1 UrhG) wird zumeist wertlos sein, da der Nachweis der erforderlichen subjektiven Seite zumeist nur schwer möglich sein wird. Die Werbeblockerbetreiber haben trotz einer gewissen Entwertung ihres Produkts keine Ansprüche. Im Falle von Paywalls bestehen neben den besprochenen Ansprüchen aufgrund der Umgehung einer Sperre auch solche aufgrund einer Verletzung von § 3 Nr. 1, 2 ZKDSG gegen die Betreiber von umgehenden Werbeblockern.

§ 9 Umgehung des Werbeblockers

Zur Umgehung des Werbeblockers werden Anzeigen derartig getarnt, dass sie nicht als solche durch den Blocker erkannt und dementsprechend dargestellt werden. Zuerst ist auf die verschiedenen Methoden zur Ausspielung von (den Werbeblocker) *umgehender Werbung* einzugehen (A.), um danach den Schutz der Nutzer (B.) zu klären. Schließlich liegt es aus Sicht des Webseitenbetreibers nahe, dass der Nutzer keine Werbung wünscht. Im Anschluss daran wird der Schutz der Webseitenbetreiber (C.) und der Werbeblockerbetreiber (D.) behandelt; der erste will gerade nicht die Webseite ohne Werbung ausspielen, während das Produkt des zweiten durch die Umgehung beeinträchtigt wird.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

A. Methoden des Ausspielens umgehender Werbung

Um Werbung auszuspielen, die vom Werbeblocker nicht erkannt wird, gibt es zwei Möglichkeiten: Einerseits kann man jede Werbung von vornherein so gestalten, dass ein Werbeblocker sie nicht erkennt, andererseits kann nach einer Erkennung, dass ein Blocker genutzt wird, speziell auf diesen abgestimmte Werbung ausgespielt werden.[1896] Zumindest im ersten Fall sind Konstellationen denkbar, in denen der Webseitenbetreiber umgehende Werbung ausspielt, ohne Kenntnis von der Verwendung eines Werbeblockers zu haben und damit auch des Unwillens des Nutzers, Werbung zu empfangen.

Allerdings ist ein solcher Fall höchst unwahrscheinlich. Werbeblocker nutzen das (momentane) Standardverfahren zum Ausspielen von Werbung (über Ad-Server), um diese als solche zu erkennen. Daneben findet eine heuristische Erkennung über den Dateinamen („ad") oder in der Werbebranche standardisierte Parameter wie das Format statt.[1897] Jede Abweichung benötigt also mehr Aufwand zum Einbinden fremder Werbeanzeigen und kann so ggf. Werbekunden kosten oder zumindest die eigenen Kosten erhöhen, z. B. weil ein weiteres Unternehmen eingebunden werden muss.[1898] Es gibt demgemäß keinen Anlass, das System zum Ausspielen von Werbung auf der jeweiligen Seite umzustellen, abgesehen vom Ziel der Umgehung von Werbeblockern. Auch wird ein System zur Ausspielung von Werbung, das nicht darauf angelegt ist, Werbeblocker zu umgehen, vermutlich leicht in die Blocklist aufzunehmen sein, da es insoweit nicht „optimiert" ist.

Zusätzlich spricht die Weiterentwicklung von Werbeblockern (und künstlicher Intelligenz allgemein[1899]) dafür, dass das „zufällige" dauerhafte Umgehen von Werbeblockern ein theoretischer Fall ist: Das Trennungsgebot gebietet eine für den Konsumenten sichtbare Trennung zwischen Werbung und Inhalten und infolgedessen wird diese – zumindest mittelfristig – auch für Werbeblocker zu erkennen sein.

Demnach sind beide Methoden zur Ausspielung von Werbung gleich zu behandeln. Der Unterschied ist allein, dass nach einer erfolgten Erkennung der Webseitenbetreiber (bzw. Werbetreibende) weiß, dass ein

---

1896 *Kreutz* MMR 2016, 364, 366; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 210; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 417 ff.
1897 Dazu bereits oben, 1. Teil § 1 B. IV. 1. (S. 49).
1898 Vgl. *Kreutz* MMR 2016, 364, 366.
1899 Vgl. *Kiersch,* Adblocking, S. 55 f.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Werbeblocker verwendet wird, während er im anderen Fall lediglich bewusst in Kauf nimmt, dass ein Werbeblocker verwendet wird.[1900] Folglich besteht stets dolus eventualis bezüglich der Ausspielung von umgehender Werbung gegenüber Nutzern, die einen Werbeblocker verwenden.

B. Schutz der Nutzer vor Umgehung des Werbeblockers

Spielt ein Webseitenbetreiber umgehende Werbung aus, setzt er sich zu einem gewissen Stück nicht nur über den Willen zur Bewerbung, sondern auch über die Negierung des Trackings[1901] hinweg. Deshalb werden zuerst kurz mögliche Verstöße gegen das Datenschutzrecht erörtert (I.). Danach wird auf die Ansprüche nach §§ 8, 7 UWG (II.) wegen des bewussten Ignorierens des gegenläufigen Willens der Nutzer eingegangen. Die gegebenenfalls bestehenden Ansprüche der Nutzer nach § 1004 Abs. 1 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. der negativen Informationsfreiheit (bzw. dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht)[1902] werden nicht thematisiert, da diese grundsätzlich die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Werbung aus dem Lauterkeitsrecht übernehmen.[1903]

I. Haftung des Webseitenbetreibers für Verstöße gegen das Datenschutzrecht

Da Werbeblocker zu einem gewissen Grade das Tracking[1904] der Nutzer verhindern, könnte eine trotzdem erfolgende Verarbeitung bzw. Erhebung von Nutzungsdaten eine unerlaubte Verarbeitung von personenbezogenen Daten sein. Das würde den Nutzern die Rechtsbehelfe der Art. 77 ff. DS-GVO eröffnen. Der Verstoß wäre darin zu sehen, dass die personenbezogenen Daten, die durch das Werben generiert werden, im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DS-GVO verarbeitet werden. Durch den Abruf der Werbung

1900 Ähnlich *Kreutz* MMR 2016, 364, 368.
1901 Etwa ein Viertel der Nutzer will das Tracking verhindern, 1. Teil § 1 A. III. (S. 35).
1902 Zu diesen Rechten im Zusammenhang mit der Verwendung eines Werbeblockers oben, 2. Teil § 4 C. V. 2. b) aa) (2) (a) (S. 279).
1903 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 7 Rn. 14 m. w. N.
1904 Die Nachverfolgung des Nutzerverhaltens, die zumeist der Bildung von Profilen und der darauf basierenden personalisierten Werbung dient, dazu 1. Teil § 1 B. III. 3. (S. 46).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erhält der Werbetreibende, fast immer ein Werbenetzwerk, im Regelfall Zugriff auf die Cookies und die Möglichkeit zur Generierung und des Abgleichs des „Fingerabdrucks" des Geräts. Diese Daten sind zumeist als personenbezogene Daten (Art. 4 Nr. 1 DS-GVO) einzuordnen, da – je nach Verknüpfungsmöglichkeiten und Umfang der bisherigen Informationen – eine Zuordnung zu einer natürlichen Person möglich ist.[1905]

Diese Verarbeitung ist prinzipiell gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO rechtmäßig.[1906] Allerdings kommt durch die Verwendung eines Werbeblockers ein Widerspruch gegen die Datenverarbeitung zur Direktwerbung[1907] gem. Art. 21 Abs. 2 DS-GVO[1908] infrage.

Dieser Widerspruch kann gem. Art. 21 Abs. 5 DS-GVO mittels eines automatisierten Verfahrens ausgeübt werden, bei dem „technische Spezifikationen" verwendet worden sind. Der Begriff der technischen Spezifikation ist zwar nicht in der DS-GVO selbst beschrieben, allerdings wird dieser in der Richtlinie 2015/1535/EU[1909] als ein Unterfall technischer Vorschriften definiert. Gem. Art. 1 Abs. 1 lit. c RL 2015/1535/EU müssen technische Spezifikationen durch ein „Schriftstück" bestimmte Merkmale für ein Erzeugnis vorschreiben. In Bezug auf die Verwendung eines Werbeblockers und der daraus folgenden Ablehnung des Trackings (bzw. allgemein der Verwendung personenbezogener Daten) gibt es jedoch keine technische Spezifikation. Damit sind Werbeblocker kein geeignetes Widerspruchsmittel im Sinne des Art. 21 Abs. 5 DS-GVO.

Auch eine Auslegung der Verwendung des Werbeblockers als „normaler" Widerspruch im Sinne des Art. 21 Abs. 2 DS-GVO ist abzulehnen.

1905 BeckOK DatenschutzR/*Schild*, DS-GVO Art. 4 Rn. 20; Ehmann/Selmayr/*Klabunde*, DS-GVO Art. 4 Rn. 18; HK-DSGVO/BDSG/*Schwartmann/Mühlenbeck*, DS-GVO Art. 4 Rn. 31; Kühling/Buchner/*Klar/Kühling*, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 36; Simitis/Hornung/Spiecker/*Karg*, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 52; dagegen Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/*Buchholtz/Stentzel*, Art. 4 Nr. 1 Rn. 19; Spindler/Schmitz/*Schmitz*, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 59; Taeger/Gabel/*Arning/Rothkegel*, DS-GVO Art. 4 Rn. 38; *Hanloser* ZD 2019, 264, 265.

1906 Dazu bereits oben, 2. Teil § 4 C. II. 3. (S. 177).

1907 Zum Vorliegen von Direktwerbung im Sinne der DS-GVO 2. Teil § 4 C. II. 3. (S. 177).

1908 Ein Widerspruch mittels Werbeblocker gem. Art. 21 Abs. 1 DS-GVO scheidet von vornherein aus, da keine Möglichkeit einer qualifizierten Begründung besteht, vgl. Spindler/Schuster/*Spindler/Dalby*, DS-GVO Art. 21 Rn. 16.

1909 Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. EU L 241 vom 17.09.2015, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zum einen liegt dies daran, dass Werbeblocker nicht per se gegen Tracking wirken und so die Erklärung nicht eindeutig ist, gerade vor dem Hintergrund, dass wirksamere und vor allem eindeutigere Maßnahmen existieren, wie z. B. die Verwendung der Do-not-track-Einstellung. Zum anderen ergibt sich aus Art. 21 Abs. 5 DS-GVO, dass automatisierte Widersprüche, die nicht auf technischen Spezifikationen im Sinne der RL 2015/1535/EU basieren, unbeachtlich sind.

Aus diesen Gründen handelt es sich bei Werbeblockern nicht um technische Spezifikationen im Sinne des Art. 21 Abs. 5 DS-GVO und damit nicht um einen Widerspruch im Sinne des Art. 21 Abs. 2 DS-GVO.

II. Verstoß aufgrund der Umgehung des Werbeblockers gegen das UWG

Als Verbotsnorm kommen § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG (1.), § 7 Abs. 1 S. 2 UWG (2.) und § 7 Abs. 1 S. 1 UWG (3.) infrage.

1. § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG setzt (partiell) das Per-se-Verbot aus Nr. 26 Anhang I UGP-RL um.[1910] Die Norm verbietet die hartnäckige Ansprache eines Verbrauchers, obwohl dieser eine Ansprache erkennbar nicht wünscht. Aufgrund der gebotenen europarechtskonformen Auslegung ergibt sich, dass ein wiederholtes Ansprechen erforderlich ist.[1911] Unabhängig davon, ob man die Norm auf Online-Werbung anwendet,[1912] fehlt bei der Ausspielung von Werbung trotz Werbeblocker eine hartnäckige Ansprache. Die erste werbliche Ansprache erfolgt mit dem Laden der Werbeanzeigen im Zuge des Aufbaus der Webseite, worin der erste – von zwei erforderlichen – Verstößen gegen den Willen des Nutzers liegt. Sieht der Nutzer, der einen Werbeblocker verwendet, nun die ihm trotzdem ausgespielte Werbung, so muss ihm klar sein, dass der Werbeblocker umgangen wird. Ruft der Nutzer weitere Seiten der Webpräsenz auf, so darf er mit keinem anderen Ergebnis rechnen. Dieses Interagieren lässt die Hartnäckigkeit ent-

1910 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 7 Rn. 98.
1911 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Schöler*, UWG § 7 Rn. 185.
1912 Für eine Anwendbarkeit *Ziebarth* VuR 2018, 257, 260 f. dagegen Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 7 Rn. 106; *Lettl* GRUR-RR 2009, 41, 44.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fallen.[1913] Verbleibt er also auf einer Webseite, die seinen Wunsch, ohne Werbung zu surfen, ignoriert, so kann er sich nicht darauf berufen, dass diese Webseite ihn „hartnäckig" belästige, wenn er die weiteren Verstöße selbst ausgelöst hat.[1914] Seine durch § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG vor allem geschützte Entscheidungsfreiheit[1915] verdient in diesem Fall keinen Schutz. Denn nach der ersten Anzeige von Werbung musste er mit weiteren Umgehungen seines Werbeblockers rechnen und dementsprechend die Webseite verlassen. Dies muss auch gelten, wenn der Nutzer nur einen Hinweis zum Abschalten des Werbeblockers wegklickt:[1916] Bei diesem handelt es sich bereits um Werbung im Sinne der Vorschrift,[1917] sodass der Nutzer mit weiterer Werbung rechnen muss. Ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG durch umgehende Online-Werbung ist somit nicht gegeben.[1918]

2. § 7 Abs. 1 S. 2, 1 UWG

§ 7 Abs. 1 S. 2 UWG schützt die Privatsphäre[1919] und verbietet jede unzumutbare Belästigung. Eine solche ist gem. § 7 Abs. 1 S. 2 UWG gegeben, wenn eine werbliche Ansprache erfolgt, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer die Werbung nicht wünscht. Diese Erkennbarkeit wird im (ungeschriebenen) Tatbestandsmerkmal der Individualwerbung verortet, nur bei einer Differenzierung bezüglich der angesprochenen Person kann der Werbetreibende auf die Ablehnung reagieren.[1920]

1913 Anders *Kreutz* MMR 2016, 364, 369, wieder anders aber S. 367, dort verneint er für umgehende Bannerwerbung ohne Erkennung eine Hartnäckigkeit; gegen eine Hartnäckigkeit wohl auch JurisPK-Internetrecht/*Paschke*, 24.03.2020, Kap. 4.5 Rn. 432.

1914 Vgl. zu diesem Argument *OLG Köln*, Urt. v. 12.04.2013 – 6 U 132/12, Rn. 30 (juris); JurisPK-Internetrecht/*Paschke*, 24.03.2020, Kap. 4.5 Rn. 437 (im Falle einer erfolgten Erkennung); dagegen *Ziebarth* VuR 2018, 257, 261.

1915 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 7 Rn. 98.

1916 A. A. *Ziebarth* VuR 2018, 257, 261.

1917 Vgl. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Schöler*, UWG § 7 Rn. 180: jede Äußerung im Geschäftsverkehr mit dem Ziel, den Absatz oder Bezug von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern.

1918 So im Ergebnis auch *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 425; ohne Erkennung dazu tendierend JurisPK-Internetrecht/*Paschke*, 24.03.2020, Kap. 4.5 Rn. 432, nach erfolgter Erkennung eine Unlauterkeit bejahend (Rn. 437).

1919 *Köhler* WRP 2012, 939.

1920 Fezer/*Mankowski*, UWG § 7 Rn. 91; GK UWG/*Pahlow*, UWG § 7 Rn. 51, 124; MüKoUWG/*Leible*, UWG § 7 Rn. 104, 62; vgl. auch Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Schöler*, UWG § 7 Rn. 184.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Damit ist für die Frage des Vorliegens von Individualwerbung entscheidend, ob die Erklärung durch den Werbeblocker erkennbar ist. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob eine theoretische Möglichkeit zur Erkennung besteht, sondern ob und inwieweit den Webseitenbetreiber die Pflicht trifft, die Ablehnung der Bewerbung zu empfangen und zu beachten. Gebietet das Lauterkeitsrecht eine Berücksichtigung der ablehnenden Erklärung durch Werbeblocker, handelt es sich bei trotzdem ausgespielter Werbung um Individualwerbung, sodass grundsätzlich ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 S. 2, 1 UWG vorliegt.

a) Bisherige Stimmen zur Umgehung

Die Umgehung von Werbeblockern wird in der Rechtsprechung nur selten thematisiert und lediglich als Handlungsalternative angegeben,[1921] sodass implizit die Rechtmäßigkeit der Handlung vorausgesetzt wird. Selbst der beklagte Werbeblockerbetreiber schlug in einem Verfahren vor dem *LG München I* die Umgehung als Reaktionsmöglichkeit der Webseitenbetreiber vor.[1922] Auch andere lehnen eine Unlauterkeit umgehender Werbung ab.[1923] Die Umgehung von Werbeblockern wird darüber hinaus vom Thinktank des internationalen Fachverbands *IAB* als eine Methode gegen den Einnahmeverlust durch Werbeblocker vorgeschlagen.[1924]

In der Literatur hingegen überwiegen die Stimmen, die von einer Unlauterkeit und damit Berücksichtigung der Ablehnung ausgehen.[1925] Dies

1921 *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 117 – *Whitelisting II*; MMR 2017, 756, 763 Rn. 166 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg* ZUM-RD 2015, 745, 748 – *AdBlock Plus*; *LG München I* BeckRS 2015, 9563, Rn. 185; für Fernsehwerbung „technische Neuerungen" vorschlagend *BGH* NJW 2004, 3032, 3035 – *Werbeblocker I*.

1922 „Diverse Umgehungsmöglichkeiten" um den „Effekt schlicht aus[zu]hebeln", siehe *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 19 – *Adblock Plus*.

1923 Fezer/*Mankowski*, S 12 Rn. 75b; *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245; *Fritzsche* WRP 2016, 1036, 1037 Rn. 18; *Gomille* GRUR 2017, 241, 244 f.: Unbeachtlichkeit gem. § 242 BGB; *Weiler* jM 2019, 280, 283; implizit durch Vorsehen als Alternative *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 699.

1924 IAB Tech Lab, Publisher Ad Blocking Primer, S. 16 ff.

1925 Spindler/Schuster/*Micklitz/Schirmbacher*, UWG § 7 Rn. 53; *Gramespacher* WRP Die erste Seite 2015, 8; *Ziebarth* VuR 2018, 257, 260; *Kiersch,* Adblocking, S. 120 f.; wohl auch GK UWG/*Pahlow*, UWG § 7 Rn. 217, 124 (nach Schließen eines Pop-ups darf sich kein neues öffnen); JurisPK-Internetrecht/*Paschke*,

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wird mit der vom Gesetzgeber getroffenen Interessenabwägung begründet. Manche Autoren fordern darüber hinaus eine Pflicht zur Erkennung.[1926] Sofern der Webseitenbetreiber die Nutzung des Werbeblockers erkannt hat, dürfe er keine Werbung mehr schalten, andernfalls würdige er den Nutzer zum bloßen Objekt unzumutbarer Online-Werbung herab.[1927]

b) Stellungnahme

Nach hier vertretenem Verständnis ist sich der Frage, ob es sich bei Werbung im Internet um Individualwerbung handelt, sprich die Webseitenbetreiber eine Pflicht zur Beachtung oder gar Erkennung haben, über den Begriff der unternehmerischen Sorgfalt zu nähern.[1928] Da letztlich alle Normen des UWG eine Konkretisierung der unternehmerischen Sorgfalt darstellen,[1929] sind Lücken im Tatbestand auch anhand dieses Maßstabs zu füllen.[1930] Nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG ist die unternehmerische Sorgfalt „der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten einhält." Die Definition basiert auf Art. 2 lit. h UGP-RL.[1931] Zwar beruht § 7 Abs. 1 S. 2, 1 UWG in der hier interessie-

---

24.03.2020, Kap. 4.5 Rn. 433; für den Fall, dass der Webseitenbetreiber einen Werbeblocker erkannt hat *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 158, 212 ff., aber auf S. 182 den Charakter als Individualwerbung verneinend; eine Unlauterkeit bejahend auch *Kreutz* MMR 2016, 364, 368 f.; *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 429, anders aber *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 699.

1926 *Kreutz* MMR 2016, 364, 368 f.; *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 429; sich dem anschließend JurisPK-Internetrecht/*Paschke*, 24.03.2020, Kap. 4.5 Rn. 433; gegen eine solche Pflicht *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 158, 212 f. („unzumutbar").

1927 *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 433, wobei er jedoch auf S. 443 wiederum eine Kampagne befürwortet, die gezielt Nutzer von Werbeblockern zur Abschaltung desselben auffordert, indem es diesen nach erfolgter Erkennung einen entsprechenden Werbespot anzeigt.

1928 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 194; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 7 Rn. 37; vgl. auch Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Schöler*, UWG § 7 Rn. 53, 37: „gebotene Sorgfalt"; ähnlich MüKoUWG/*Leible*, UWG § 7 Rn. 62.

1929 GK UWG/*Fritzsche*, UWG § 2 Rn. 675.

1930 Vgl. GK UWG/*Fritzsche*, UWG § 2 Rn. 679, der zumindest Grenzfälle im europäischen Recht durch Rückgriff auf die Sorgfaltsanforderungen lösen will.

1931 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 180.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

renden Konstellation[1932] als Verbot aufgrund der guten Sitten und des Anstands (vgl. Erwägungsgrund 7 S. 5 UGP-RL) auf nationalem Recht,[1933] allerdings ist eine Orientierung am Unionsrecht trotzdem geboten, da aufgrund der Definition der unternehmerischen Sorgfalt in § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG eine möglichst einheitliche Auslegung erfolgen sollte.[1934]

Die Frage, ob etwas gegen die gebotene Sorgfalt verstößt, ist normativ zu beantworten.[1935] Ein Verstoß muss in seiner Schwere mit den positiv geregelten Unlauterkeitstatbeständen vergleichbar sein.[1936] Dabei macht der Begriff der „anständigen Marktgepflogenheiten" deutlich, dass es nicht darauf ankommt, ob ein Verhalten der Übung am Markt entspricht.[1937] Immerhin kann man aber Verhaltensempfehlungen von Fachverbänden eine gewisse Indizwirkung beimessen,[1938] sodass die oben genannte Empfehlung des *IAB* gegen eine Pflicht zur Erkennung spricht. Grundsätzlich ist jedoch bei neuerem Verhalten, bei dem noch unklar ist, was „anständig" ist, der Grundsatz von Treu und Glauben heranzuziehen, was im Ergebnis auf eine Abwägung der verschiedenen Interessen hinausläuft.[1939]

aa) Pflicht zur Erkennung

Eine Pflicht zur Erkennung wird der historische Richtlinien- oder Gesetzgeber nicht gewollt haben, da im Jahr 2005 (UGP-RL) bzw. 2004 (Reform des UWG) die technischen Systeme zur Erfassung der Nutzeraktivitäten noch nicht so weit entwickelt waren und Internet-Werbeblocker zwar existent, aber bedeutungslos waren. Hierfür spricht insbesondere auch Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, der selbst in seiner bis 2009 geltenden Fassung zumin-

1932 Die Norm setzt zwar nur noch Art. 13 ePrivacy-RL um, dieser erfasst jedoch nur „Direktwerbung", die mit Blick auf Erwägungsgrund 40 ePrivacy-RL nicht Werbung im Internet umfasst; zum mit Blick auf den Normzweck anders zu definierendem Begriff der Direktwerbung in der DS-GVO 2. Teil § 4 C. II. 3. (S. 177).

1933 *Köhler* WRP 2012, 939.

1934 Vgl. *Köhler* WRP 2012, 22, 32.

1935 Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG § 3 Rn. 15.

1936 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 186.

1937 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 187a; vgl. auch *BGH* GRUR 2011, 431, 432 Rn. 13 – *FSA-Kodex*.

1938 Allgemein GK UWG/*Fritzsche*, UWG § 2 Rn. 692.

1939 GK UWG/*Fritzsche*, UWG § 2 Rn. 693; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Keller*, UWG § 2 Rn. 187a; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 2 Rn. 139; Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG § 3 Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dest eine klare und umfassende Information sowie ein Widerspruchsrecht vorsah und mit Art. 2 Nr. 5 Cookie-RL zum Zustimmungserfordernis verschärft wurde. Eine für den Nutzer unauffällige Erkennung war damit nur schwer realisierbar. Entgegen der genannten Stimmen in der Literatur fällt die Interessenabwägung der Normgeber grundsätzlich zulasten der Nutzer aus.

Während also früher die berufliche Sorgfalt eine Pflicht zur Erkennung nicht vorsah, könnte man überlegen, ob die technische Entwicklung und gleichzeitige Verbreitung von Werbeblockern die Anforderungen an die berufliche Sorgfalt modifiziert haben und inzwischen eine Pflicht zur Erkennung besteht. Allerdings erfassen die Werbeverbote typischerweise Formen, die ungefragt erfolgen und bei denen zugleich ein gewisser Aufwand für das Aussortieren der Werbung besteht. Bei Internetwerbung fällt ein solcher jedoch nicht an (außer bei belästigenden Werbeformen, die ohnehin gem. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG unlauter sind). Hier kann der Kunde die Werbung schnell und einfach durch Schließen des Fensters entfernen. Zwar verzichtet er damit auch auf die angebotene Webseite, allerdings hat er auf diese keinen Anspruch. Die mit Online-Werbung verbundene Belästigung ist also deutlich geringer als in den von der Norm üblicherweise erfassten Fällen.

Die „Belästigung" entspricht damit Werbung im Gefolge von erwünschten Informationen, wie z. B. kostenlosen oder abonnierten Zeitungen mit Anzeigen. In beiden Fällen würde der Verlag einer Reduzierung seines Produktes auf den redaktionellen Teil nie zustimmen und stattdessen die Belieferung einstellen. Der Kunde würde dies im Regelfall auch nie fordern.[1940] Das nötige Anfordern der erwünschten Informationen führt gleichzeitig dazu, dass der Nutzer nur einmal mit Werbung „überrascht" wird: Sobald er auf der ersten Webseite eines Angebots Werbung wider seinen Willen wahrnimmt, muss er davon ausgehen, dass auf weiteren Seiten dieses Angebots auch Werbung zu sehen sein wird. Dann willigt er in die weiteren Abrufe von Werbung konkludent ein. Da es sich somit im Regelfall nur um einen Verstoß gegen den Willen handelt, ist der Nutzer in seiner negativen Informationsfreiheit kaum beeinträchtigt, sofern man mangels Zwangs zur Kenntnisnahme überhaupt den Schutzbereich

1940 Anders aber der (erfolglose) Kläger im Urt. des *OLG Karlsruhe* NJW 1991, 2913 f.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für eröffnet hält.[1941] Eine Herabwürdigung zum „bloßen Objekt“[1942] von Online-Werbung kann hierin nicht gesehen werden.

Gleichzeitig würde eine Pflicht zur Beachtung und Erkennung sehr weit führen und die Webseitenbetreiber und mittelbar auch die Werbetreibenden stark belasten. Denn zuerst fehlt es an einer einheitlichen Schnittstelle, die zuverlässig übermittelt, ob ein Werbeblocker verwendet wird. Zwar kann man darüber nachdenken, eine simple Testwerbung[1943] laden zu lassen und nur bei Erfolg die übliche Werbung anzeigen zu lassen. Allerdings ist dieses System grundsätzlich fehleranfällig und datenschutzrechtlich zumindest umstritten.[1944] Weiterhin würde es in letzter Konsequenz bedeuten, dass Werbeblocker lediglich diese eine Testwerbung erkennen müssten, damit die Webseitenbetreiber die Ablehnung jedweder Werbung registriert haben. Die Webseitenbetreiber wären damit gezwungen, aktiv die Nutzer zu überprüfen und danach sämtliche Werbung zu unterlassen oder Alternativen zu ergreifen. Das erscheint nicht sinnvoll.[1945]

Schlussendlich – rechtmäßiges Handeln der Webseitenbetreiber und Werbeblocker vorausgesetzt – würden Werbeblocker nicht mehr benötigt, da es für die Webseitenbetreiber nur naheliegend wäre, diese Nutzer zu blockieren. Damit wäre über einen Umweg eine (deutsche[1946]) Schnittstelle geschaffen, die es den Nutzern erlaubt, keine Werbung mehr zu sehen. Dieses Ergebnis dürfte mit der Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 UWG bzw. der Ausnahme in der UGP-RL, nicht beabsichtigt gewesen sein, besonders mit Blick auf den digitalen Binnenmarkt.[1947] Eine Pflicht zur Erkennung ist somit abzulehnen.

1941 Was strittig ist, vgl. 2. Teil § 4 C. V. 2. b) aa) (2) (a) (S. 279).

1942 So *Kreutz* MMR 2016, 364, 369.

1943 A. A. *Kreutz* MMR 2016, 364, 368, der von hohen Aufwendungen spricht – allerdings ist eine einfache Erkennung nur wenige Zeilen lang, vgl. dazu *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 243 und die Wiedergabe des Sachverständigengutachtens in *LG Hamburg* ZUM 2016, 892, 896 – *Adblocker*: „trivial und in kurzer Zeit formuliert“.

1944 Aber im Ergebnis als legal einzuordnen, 2. Teil § 4 C. II. 3. (S. 177).

1945 Auch *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 429 hadert insoweit.

1946 Und alle anderen Länder, die aufgrund der Ausnahme in Erwägungsgrund 7 S. 5 UGP-RL eine vergleichbare Regelung geschaffen haben.

1947 Vgl. auch Erwägungsgrund 4 RL 2015/1535/EU.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Pflicht zur Berücksichtigung

Weniger eindeutig ist die Antwort auf die Frage, ob die Webseitenbetreiber, haben sie einen Werbeblocker erkannt, umgehende Werbung bzw. überhaupt noch Werbung ausspielen dürfen. Für eine Pflicht zur Berücksichtigung spricht offenkundig, dass der Webseitenbetreiber vom Nutzer die Rückmeldung erhalten hat, keine Werbung empfangen zu wollen. Allerdings bedeutete eine solche Pflicht aus Nutzersicht letztendlich einen Rückschritt. Folge der Pflicht zur Berücksichtigung wäre nämlich, dass die Webseitenbetreiber Werbung unterlassen müssten oder auf eine Erkennung von Nutzern mit Werbeblocker komplett verzichten und stets umgehende Werbung ausspielen würden. Gleichzeitig wäre eine Zunahme von Sperren bei erkannter Verwendung wahrscheinlich.

Weiterhin ist der Erwartungshorizont der Nutzer zu berücksichtigen: Diese rechnen prinzipiell trotz Verwendung eines Werbeblockers mit einer gewissen, wenn auch deutlich geringeren Werbemenge. Dies liegt einerseits daran, dass die Filterlisten nur reaktiv aktualisiert werden, und andererseits daran, dass die Nutzer gerade eine werbefinanzierte Webseite aufgerufen haben.[1948] Die Nutzer setzen sich der Gefahr von Werbung aufgrund einer eigenen Entscheidung, dem Aufruf der Webseite, aus. Deshalb ist eine Pflicht zur Berücksichtigung ebenso abzulehnen.

c) Ergebnis

Damit fehlt es an einer Pflicht zur Erkennung und Berücksichtigung der Verwendung eines Werbeblockers. Das führt dazu, dass keine Individualwerbung vorliegt, da die unternehmerische Sorgfalt keine Berücksichtigung einer Ablehnung gebietet. Liegt keine Individualwerbung vor, so ist ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 S. 2, 1 UWG zu verneinen.

3. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG

Eine Anwendung von § 7 Abs. 1 S. 1 UWG auf die vorliegende Konstellation scheidet aus, da Internetwerbung grundsätzlich nicht belästigend ist und die Ablehnung, die durch einen Werbeblocker zum Ausdruck gebracht wird, nicht berücksichtigt werden muss.

1948 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 7 Rn. 93.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Ergebnis

Damit scheiden Ansprüche wegen der Umgehung des Werbeblockers aus Sicht der Nutzer aus. Ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 S. 2 UWG oder § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG scheitert daran, dass die Webseitenbetreiber die Verwendung eines Werbeblockers nicht berücksichtigen müssen, selbst wenn sie diese erkannt haben. Darüber hinaus scheidet eine Hartnäckigkeit im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG aus. Ebenso wenig ist § 7 Abs. 1 S. 1 UWG einschlägig.

C. Schutz der Webseitenbetreiber

Zwar verletzt umgehende Werbung nicht den Nutzer oder die Betreiber von Werbeblockern in ihren Rechten, allerdings haben auch die Webseitenbetreiber ein starkes Interesse daran, dass ihre umgehende Werbung gesehen und nicht blockiert wird.

Im Gegensatz zum Grundfall, normales Ausspielen mit Werbung, wehrt sich der Webseitenbetreiber aktiv gegen die Ausblendung von Werbung und macht so deutlich, dass er einen Zugang ohne Werbung nicht wünscht. Gleichzeitig lässt er jedoch den Zugang, falls die Umgehungsmaßnahmen nicht greifen, weiterhin zu.

I. Urheberrecht

Urheberrechtliche Ansprüche scheiden aus, da bereits kein Recht verletzt wird. Wie oben dargelegt,[1949] fehlt es an der für die öffentliche Zugänglichmachung erforderlichen Eröffnung eines neuen Publikums, da umgehende Werbung keine technische Beschränkung darstellt. Hier fehlt es insoweit am eindeutigen, technisch umgesetzten Willen des Rechtsinhabers. Entscheidend ist, dass der Webseitenbetreiber weiterhin den Zugang zur Webseite ohne den Empfang von Werbung erlaubt. Eine technische Verhinderung des Abrufs der Inhalte findet gerade nicht statt, die Werbung ist nur schwerer als solche identifizierbar. Mangels technischer Beschränkung existiert auch keine wirksame technische Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a UrhG.

1949 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Lauterkeitsrecht

Aufgrund der urheberrechtlichen Grundwertung[1950] und dem Fehlen darüber hinausgehender lauterkeitsbegründender Umstände scheidet ein Schutz gem. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG gegen den Abruf der Webseite ohne Werbung aus.[1951] Insoweit zeigt sich die negative Begrenzungsfunktion des Urheberrechts gegenüber dem Lauterkeitsrecht. Da diese Handlung nach der Wertung des Sonderschutztatbestands nicht rechtswidrig ist, ist sie erst recht nicht nach lauterkeitsrechtlichen Kriterien zu verbieten. Alles andere wäre ein Verstoß gegen das Verhältnis zwischen Wettbewerbs- und Urheberrecht und im konkreten Fall auch gegen die InfoSoc-RL. Gleiches gilt für die anderen lauterkeitsrechtlichen Tatbestände.

D. Schutz der Werbeblockerbetreiber

Da bereits die Aussperrung von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker wegen der urheberrechtlichen Befugnisse der Webseitenbetreiber rechtmäßig ist, muss das erst recht für das insoweit weniger invasive Umgehen des Werbeblockers gelten. Gleichzeitig rechnen die Nutzer aufgrund der reaktiven Natur der Aktualisierung von Filterlisten (bzw. Werbeblockern) ohnehin zu einem gewissen Grad damit, dass Werbung ausgespielt wird. Darüber hinaus nützt diese Entwicklung auch den Vertreibern von Werbeblockern, denn durch diesen technischen „Fortschritt" besteht ein Bedürfnis nach besseren Filtern, die ggf. neu vergütet werden können bzw. zumindest professionelle Entwicklung benötigen und damit den Markt für Werbeblocker erhalten. Damit sind keine Ansprüche der Vertreiber von Werbeblockern gegeben.

E. Ergebnis

Umgehende Werbung ist damit grundsätzlich ein taugliches Mittel gegen Werbeblocker. Insbesondere ist es zulässig, den Nutzern von aktivierten Werbeblockern Werbung anzuzeigen, auch wenn dem Webseitenbetreiber bewusst ist, dass diese keine Werbung sehen möchten. Dem stehen insbesondere keine datenschutzrechtlichen Bedenken entgegen. Die Werbeblo-

1950 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. I. (S. 156).
1951 Mit anderer Begründung ebenso *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487, 488.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ckerbetreiber haben ebenso keine Ansprüche aufgrund der Beeinträchtigung ihres Produkts. Nachteil an der gefundenen Lösung ist allerdings, dass ein Ausschalten dieser Werbung immer noch rechtlich zulässig ist und insoweit ein technischer Wettlauf droht.[1952] Es ist jedoch nicht die Aufgabe des Urheber- oder Lauterkeitsrechts, diesen zu verhindern.

§ 10 Hinweise und andere Eigenwerbung

Der Hinweis ist aus Nutzersicht die harmloseste Form der Handlungsmöglichkeiten. Er zeichnet sich dadurch aus, dass im Regelfall beim Aufruf der Webseite ein unverbindlicher[1953] Hinweis erscheint, dass man seinen Werbeblocker bitte abschalten möge. Meist wird dies mit einem Link zu einer Anleitung zum Abschalten und einer Erklärung versehen, warum Werbeanzeigen für den Betrieb der Webseite nötig seien. Klickt man den Hinweis weg bzw. scrollt daran vorbei, ist dieser nicht mehr sichtbar und beeinträchtigt das Betrachten der Webseite nicht.[1954] Einige Webseiten haben Nutzer mit Werbeblockern um ein Abschalten eines Werbeblockers gebeten,[1955] jedoch blenden nun die Werbeblocker diese (teilweise) aus.[1956] Dabei gibt es zwei Möglichkeiten, den Hinweis nicht anzuzeigen. Der Werbeblocker verhindert entweder bereits die Erkennung oder aber das Nachladen (bzw. die Anzeige) des Hinweises.

Die Anzeige des Hinweises, dass man den Werbeblocker deaktivieren solle, ist als klassische Werbung durch die Webseitenbetreiber für das eigene Produkt einzuordnen. Dabei wird um die geschäftliche Entscheidung[1957] der Nutzer geworben, dass sie die Hoheit über die Aufmerksam-

---

1952 Vgl. *Kleinz*, Facebook legt sich mit Adblockern an, http://www.zeit.de/digital/internet/2016-08/online-werbung-facebook-gegen-adblock-plus (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020), der von einem Katz-und-Maus-Spiel spricht.

1953 Vgl. *OLG München* MMR 2017, 756, 764 Rn. 194 – *Whitelisting I*: keine rechtliche Wirkung.

1954 Andernfalls handelt es sich – zumeist – um einen Unterfall einer technischen Beschränkung, vgl. zu den Anforderungen an eine solche 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).

1955 *Kleinz*, Spiegel Online: Textschwund durch Adblocker, https://www.heise.de/newsticker/meldung/Spiegel-Online-Textschwund-durch-Adblocker-3569373.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

1956 *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 443, der zwar von einer „häufig[en]" Ausblendung anspricht, wenige Sätze später aber für eine gezielte Blockade solcher Hinweise keine Anhaltspunkte sieht.

1957 Dazu 2. Teil § 4 A. III. 2. (S. 103).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit den Webseitenbetreibern überantworten. Letztere fragen also die Aufmerksamkeit nach. Die Ausführungen können unproblematisch auf Eigenwerbung für andere Verlagsangebote, wie z. B. Abonnements, übertragen werden – dann ist allerdings das Verlagsangebot Anknüpfungspunkt der geschäftlichen Entscheidung.

Die Nutzer haben aufgrund der Wertung des § 7 UWG keine Ansprüche. Auch die Werbeblockerbetreiber werden analog den Ausführungen zu umgehender (Fremd)Werbung[1958] nicht geschützt. Allein die Webseitenbetreiber kommen als Inhaber von Abwehransprüchen infrage, und zwar dahingehend, dass die Hinweise durch die Werbeblockerbetreiber als Mitbewerber[1959] ausgeblendet werden. Als Anspruchsgrundlage für ein entsprechendes Verbot kommt § 8 Abs. 1 S. 1 i. V. m. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG in Betracht. Fraglich ist allein die Gezieltheit der Behinderung. Grundsätzlich ist dabei zu beachten, dass die urheberrechtliche Wertung[1960] den teilweisen Abruf der Webseite erlaubt, soweit keine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vorliegt. Es müssen also ergänzende, nicht vom Urheberrecht erfasste Umstände vorliegen, die eine Unlauterkeit begründen können.

Das gezielte Vernichten oder Verhindern fremder Werbung kommt als ein solcher Umstand infrage, konkret die Fallgruppe der Werbebehinderung.[1961] Die gezielte Vereitelung fremder Werbemaßnahmen wird allgemein als wettbewerbswidrig angesehen.[1962] Allerdings wird eine Werbebehinderung verneint, wenn diese auf der freien Entscheidung der Nutzer beruht. So hat der *BGH* zur Einlösung von Coupons eines anderen Unternehmens durch einen Mitbewerber entschieden, dass die Verhinderung der Werbewirkung grundsätzlich keine Beeinträchtigung darstelle, sofern sie auf einer bewussten Entscheidung des Verbrauchers beruhe.[1963] Andere lassen dem ähnlich eine betriebswirtschaftliche Rechtfertigung ausreichen,[1964] oder fragen danach, ob die Handlung lediglich einen Reflex dar-

1958 4. Teil § 9 D. (S. 397).
1959 2. Teil § 4 B. III. 2. (S. 144).
1960 2. Teil § 4 C. I. (S. 156).
1961 *BGH* NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I*; vgl. auch GRUR 1972, 558, 559 – *Teerspritzmaschinen*.
1962 Vgl. nur *BGH* NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I*; UWG-HdB/*Hasselblatt/Witschel*, § 52 Rn. 125.
1963 *BGH* GRUR 2017, 92, 94 Rn. 20 – *Fremdcoupon-Einlösung*.
1964 Ähnlich *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 224.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stelle.[1965] Bestehe eine solche Rechtfertigung, könne sich die Unlauterkeit nur durch eine Abwägung ergeben.[1966]

Zumeist wird dementsprechend für Werbeblocker davon ausgegangen, dass das Dazwischentreten des Nutzers und dessen freie Entscheidung eine gezielte Behinderung in Bezug auf fremde Werbung ausschließe.[1967] Selten wird die Lauterkeit mit der Abwesenheit einer Sperre begründet.[1968] Bezogen auf die Blockade von Eigenwerbung sieht das *LG München I* in einem obiter dictum diese hingegen als „höchst […] bedenklich" an und fragt, ob der Wille der Nutzer über normale Werbung hinaus die Blockade der Hinweise erfasse.[1969] Die Literatur schließt sich dem, sofern thematisiert, an.[1970]

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sowohl Rechtsprechung als auch Literatur die Unlauterkeit aufgrund einer Werbebehinderung durch eine Nutzerentscheidung entfallen lassen. Wünschen die Nutzer eine Entfernung der Werbung, liegt darin die betriebswirtschaftliche Rechtfertigung bzw. ist die Blockade bloßer Reflex. Ebenso stellt das *LG München I* auf den Willen der Nutzer ab, wenn es an dessen Reichweite zweifelt. Insoweit wird die unmittelbare (Werbe)Behinderung zu einer mittelbaren Behinderung, die durch eine Abwägung der widerstreitenden Interessen festzustellen ist. Es kommt für die Frage der Unmittelbarkeit darauf an, ob die Nutzer eine freie und informierte Entscheidung getroffen haben. Das

---

1965 MüKoUWG/*Jänich*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 29.

1966 GK UWG/*Pfeifer*, UWG § 4 Nr. 10 Rn. 375; MüKoUWG/*Jänich*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 29; vgl. auch *BGH* GRUR 2017, 92, 93 Rn. 16 ff. – *Fremdcoupon-Einlösung*.

1967 *BGH* NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I*; *OLG München* MMR 2017, 756, 763 Rn. 163 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 36 – *Adblock Plus*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 46 – *Adblock Plus*; MMR 2015, 660, 665; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Omsels*, UWG § 4 Rn. 75; *Hoeren* K&R 2013, 757, 760; *Rostam* InTer 2017, 146, 150; *Witte* ITRB 2018, 34, 36; für eine Werbebehinderung *LG Berlin* ZUM-RD 2000, 144, 148 (Fernsehwerbeblocker); zu dieser Frage bereits ausführlich 2. Teil § 4 C. V. 2. c) bb) (2) (S. 296).

1968 *Kiersch*, Adblocking, S. 115.

1969 *LG München I* BeckRS 2015, 9562, Rn. 209, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2015, 660; vgl. auch *OLG München* WRP 2017, 1377, 1380 Rn. 42 – *Whitelisting III* und GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 114 – *Whitelisting II* („weitgehend keine Blockade von Eigenwerbung"), die das Problem zwar sehen, aber nicht entscheiden, sowie *LG Hamburg* ZUM-RD 2015, 745, 748 – *AdBlock Plus*: Hinweise als Ausweichmöglichkeit gegen Werbeblocker.

1970 *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 443, aber anders auf S. 429, 433, wenn er die Anzeige umgehender Werbung – worunter auch prinzipiell Hinweise fallen – für einen Verstoß gegen § 7 Abs. 1 UWG hält.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

richtet sich nach den §§ 3 Abs. 2, 3, 4a ff. UWG.[1971] Fehlte eine solche Entscheidung, so würde die Unlauterkeit an der Täuschung der Nutzer und der dadurch ermöglichten Behinderung der Eigenwerbung anknüpfen. In diesem Fall läge ein ergänzender, unlauterkeitsbegründender Umstand vor.

Es ist jedoch von einer freien und informierten Entscheidung der Nutzer auszugehen. Gerade vor dem Hintergrund, dass die Nutzer im Regelfall von der Werbefinanzierung des Mediums wissen. Sie erwarten im Regelfall einen Konsum der Inhalte ohne jedwede Ablenkung, sodass Hinweise die Nutzer besonders stören und die vollständige Blockade sich insoweit als Qualitätsmerkmal darstellt. Das gilt besonders für Hinweise in Form von Einblendungen über dem Text[1972], wie sie teilweise verwendet werden. Dem *LG München I*[1973] ist somit nicht zuzustimmen. Der Durchschnittsnutzer wünscht also gerade die Ausblendung jeglicher, ansonsten angezeigter Werbung – was den Werbeblocker natürlich in die komfortable Lage bringt, die Gegenwerbung der Konkurrenz blockieren zu können.

Das bedeutet, dass die Behinderung der Werbung auf der freien und informierten Entscheidung der Nutzer beruht und damit kein zusätzlicher, unlauterkeitsbegründender Umstand infrage kommt. Da das Geschäftsmodell der Werbeblocker das Bestehen werbefinanzierter Angebote voraussetzt,[1974] scheidet eine Verdrängungsabsicht aus.

Damit entscheidet mangels entgegenstehender Umstände die urheberrechtliche Grundwertung die Frage der Blockade von Eigenwerbung. Nach dieser ist gerade der partielle Abruf von unbeschränkt abrufbaren Webseiten erlaubt. Das gilt auch für Fälle, in denen Eigenwerbung blockiert wird. So fällt zwar eine Handlungsalternative für Webseitenbetreiber weg, insoweit weist aber auch hier das Urheberrecht einen Ausweg, indem nämlich die Webseitenbetreiber die Anzeige der Webseite mit der Einblendung des Hinweises bedingen können und so eine technische Beschränkung vorläge. Das erlaubt es, einen Kommunikationskanal zu den Nutzern zu eröffnen. Gleichzeitig trifft der Webseitenbetreiber ohne Bedingung des Abrufs mittelbar die Entscheidung, die Einblendung eines Hinweises nicht erzwingen zu wollen. Das Blockieren von Hinweisen ist

---

1971 2. Teil § 4 C. V. 2. c) bb) (2) (S. 296).
1972 Vgl. *Ziebarth* VuR 2018, 257, 260 f.
1973 *LG München I* BeckRS 2015, 9562, Rn. 209, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2015, 660.
1974 Siehe zu diesem Argument oben, 2. Teil § 4 C. V. 2. c) aa) (S. 292).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

damit keine gezielte (Werbe-)Behinderung im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG. Sonstige Ansprüche scheiden aus den gleichen Gründen aus.

§ 11 Vertragliche Verpflichtung zum Empfang der Werbung

Wie gezeigt, lässt sich über das Urheberrecht als absolutes Recht nur mithilfe einer technischen Beschränkung eine – mittelbare – Pflicht zum Empfang von Werbung begründen.[1975] Daneben kommt aber auch die Begründung einer relativen Pflicht durch eine vertragliche Verbindung zum Nutzer infrage.[1976] Zuerst sind die Anforderungen an die Begründung einer vertraglichen Pflicht darzustellen (A.), insbesondere mit Blick auf das Verbraucherschutzrecht. Wird dieser Pflicht nicht genügt, so bieten sich zwei Stoßrichtungen an: einerseits gegen die Nutzer (B.) und andererseits gegen die Betreiber von Werbeblockern (C.).

A. Anforderungen an die Begründung der Verpflichtung

Innerhalb dieses Abschnitts sollen zuerst die Grundannahmen (I.) in Bezug auf die zu untersuchende Verpflichtung dargelegt und bestimmte rechtliche Fragestellungen ausgeschieden werden. Unter II. werden die Minimalanforderungen an einen wirksamen Vertrag dargestellt. Danach wird untersucht, wie die Verpflichtung zum Werbeempfang selbst wirksam zum Inhalt des Vertrages gemacht werden kann (III.).

I. Grundannahmen

Hier soll die Frage beantwortet werden, unter welchen Bedingungen ein wirksamer Vertrag zustande kommt, der den Nutzer zum Empfang von Werbung bzw. zur Nichtnutzung von Werbeblockern verpflichtet. Dabei wird davon ausgegangen, dass ein Zugang zur Webseite aufgrund techni-

1975 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (a) (S. 209).

1976 Eine solche erwägend *Kiersch*, Adblocking, S. 119; vgl. auch *LG München I* MMR 2015, 660, 665; *Kreutz* ZUM 2018, 162, 166 ff.; allgemein *BGH* GRUR 2017, 748, 750 Rn. 22 – *Robinson Liste*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

scher Beschränkungen[1977] nur möglich ist, wenn ein Vertrag mit dem jeweiligen Nutzer geschlossen wurde. Der Abruf der Webseite ohne Werbung ist hingegen – sofern ein Vertrag vorliegt – möglich, es fehlt insoweit eine technische Beschränkung. Die Nutzer verstoßen beim Abruf ohne Werbung (bzw. mit Werbeblocker) also allein gegen ihre vertraglichen Pflichten. Letztere werden in Gestalt von „Nutzungsbedingungen" vereinbart. Um den Fokus auf die wesentlichen Punkte legen zu können, werden Rechtsfragen, die sich in Bezug auf allgemeine Geschäftsbedingungen unabhängig von der Pflicht zum Werbeempfang bzw. dem Verbot der Werbeblockernutzung stellen, ausgeklammert. So wird vorausgesetzt, dass es sich bei den Nutzungsbedingungen um allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) handelt, diese wirksam gem. § 305 BGB – zu § 305c BGB sogleich – einbezogen sind und dem Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB[1978] genügen.

Darüber hinaus sollen hier die Implikationen infolge von Tracking und anderen datenschutzrelevanten Handlungen („Daten als Entgelt") nicht berücksichtigt werden. Schließen die Webseitenbetreiber Verträge mit den Nutzern, müssen sie diese grundsätzlich individualisieren können, was die Möglichkeit zur Profilbildung eröffnet. So können Nutzungsdaten über Interessen, vermittelt durch gelesene Artikel, Verweilzeiten bei bestimmten Themen etc., erhoben werden, die zugleich eine besonders zielgenaue (werbliche) Ansprache dieser Nutzer ermöglichen. Die damit zusammenhängenden Rechtsfragen würden den Rahmen dieser Darstellung sprengen und sollen deshalb ausgeblendet werden.[1979]

II. Vertragsschluss

Da für den Vertragsschluss im Internet die gleichen Regeln wie in der „realen" Welt gelten,[1980] ist für das Vorliegen eines Vertragsschlusses entscheidend, dass zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen.[1981]

1977 Im Sinne des § 19a UrhG, zu den Anforderungen an solche 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).

1978 Vgl. zu den Anforderungen in Bezug auf Werbeblocker *Kiersch*, Adblocking, S. 119; allgemein zum Transparenzgebot Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, BGB § 307 Rn. 234 ff.

1979 Zur Leistung von Daten im Rahmen von Verträgen z. B. *Hacker* ZfPW 2019, 148 ff.

1980 *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 338 m. w. N.

1981 Statt aller Palandt/*Ellenberger*, BGB Einf. v. § 145 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Für die hier besprochenen Sachverhalte ist das interessante Kriterium dasjenige des Rechtsbindungswillens. Ob sich die Parteien rechtlich binden wollen, bestimmt sich durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB anhand des Empfängerhorizonts.[1982] Es kommt darauf an, dass aus Sicht eines verständigen Adressaten sich der Wille erkennen lässt, mit der Erklärung eine rechtliche Bindung zu bewirken.[1983] Für die Frage, ob automatisierte Willenserklärungen und allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen, gilt,[1984] dass sie nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich in der Weise auszulegen sind, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden.[1985] Maßgeblich sind dabei der verfolgte Zweck, die wirtschaftliche oder rechtliche Interessenlage der beteiligten Parteien und alle sonstigen Begleitumstände, die den Sinngehalt der Erklärungen verdeutlichen können.[1986]

Wie oben bereits angedeutet, kommt beim bloßen Besuch oder der Nutzung einer Webseite kein Vertrag zustande, da die Parteien nicht mit Rechtsbindungswillen handeln, beide wollen keine Bindung. Eine solche ist mangels Schutzbedürfnisses auch nicht erforderlich.[1987] Der Webseitenbetreiber kann jederzeit die Nutzung bedingen oder den konkreten Besu-

---

1982 BeckOK BGB/*Eckert*, BGB § 145 Rn. 35; vgl. *BGH* NJW 2014, 2269, 2271 Rn. 24 – „*Nothilfeprogramm*".

1983 *BGH* NJW-RR 2017, 1479, 1480 Rn. 24; BeckOGK ZR/*Möslein*, 01.05.2019, BGB § 145 Rn. 112; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 145 Rn. 7; Staudinger/*Bork*, Vorbem. zu §§ 145-156 Rn. 81; vgl. auch *BGH* NJW 2010, 3087 Rn. 14 – *Probefahrt*; Palandt/*Grüneberg*, BGB Einl. v. § 241 Rn. 7.

1984 Vgl. Staudinger/*Bork*, Vorbem. zu §§ 145-156 Rn. 81: Auch der Rechtsbindungswille ist anhand der Regelungen zur Auslegung festzustellen.

1985 StRspr, siehe nur *BGH* NJW 2014, 2269, 2272 Rn. 37 – „*Nothilfeprogramm*" m. w. N.; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 133 Rn. 25.

1986 *BGH* NJW 1984, 1533, 1536; BeckOGK ZR/*Möslein*, 01.05.2019, BGB § 145 Rn. 112; BeckOK BGB/*Eckert*, BGB § 145 Rn. 37; Palandt/*Grüneberg*, BGB Einl. v. § 241 Rn. 7; Staudinger/*Bork*, Vorbem. zu §§ 145-156 Rn. 81; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 338 f.; vgl. auch *BGH* NJW-RR 2017, 1479, 1480 Rn. 24.

1987 Ausführlich *Piras,* Virtuelles Hausrecht?, S. 105 f.; vgl. auch *OLG Hamburg* GRUR-RS 2012, 22946, Rn. 156 – *Screen-Scraping*; *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 99 f.; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 339; im Ergebnis ebenso *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 45 – *Adblock Plus*; *Glöckner* ZUM 2018, 844, 853; *Nink* CR 2017, 103, 107 f.; *Pfeifer* AfP 2016, 5, 10; *Rostam* InTer 2017, 146, 149; *Pfeifer*, Recht & Netz (2018), S. 249, 257; *Kiersch,* Adblocking, S. 118; vgl. aber auch zu Fernseh-Werbeblockern *Apel*, FS Hertin (2000), S. 337, 355: „quasi auf der Grundlage konkludent vertraglich eingeräumter Nutzung der Gesamtplattform".

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cher der Webseite ausschließen. Ebenso kann der Nutzer jederzeit die Webseite verlassen. Besucht oder nutzt jemand eine Webseite, so handelt es sich allein um einen Realakt. Nutzer und Webseitenbetreiber gehen nicht von einem Vertragsschluss aus.[1988]

Selbst ein eindeutiger Hinweis, dass ein Vertrag bei der Fortsetzung der Nutzung der Seite geschlossen wird, reicht nach allgemeiner Rechtsgeschäftslehre nicht aus. Zwar liegt in dem Hinweis wohl ein Antrag des Webseitenbetreibers im Sinne des § 145 BGB,[1989] allerdings ist in der fortgesetzten Nutzung der Webseite trotz Hinweises keine Annahmeerklärung der Nutzer zu sehen. In dieser liegt lediglich ein Realakt, der nicht einseitig „ausgelegt" bzw. umgedeutet werden kann, besonders, da selbst gut sichtbare Banner nur selten gelesen werden.[1990] Gleichzeitig ist unklar, was unter „Nutzung" zu verstehen ist und damit, wann der Vertrag zustande kommen würde.

Entgegen vereinzelter Stimmen[1991] wird man bei technisch besicherten Webseiten, die den Zugang nur bei Empfang der Werbung gewähren, im Abschalten des Werbeblockers keine Willenserklärung des Nutzers sehen können. Auch wenn der Nutzer die Abschaltaufforderung (zwangsweise) zur Kenntnis genommen hat und ihr nachkommt, erblickt er in dieser allein ein faktisches Hindernis, nicht jedoch etwas rechtlich Bindendes und geht nicht von einer (vertraglichen) Verpflichtung irgendeiner Art aus.

Im Regelfall wird deshalb zu fordern sein, dass der Nutzer eine – im Sinne der §§ 133, 157 BGB[1992] – eindeutige Schaltfläche anklickt.[1993] Hierfür gelten aber hohe Anforderungen, damit der Nutzer die Schaltfläche nicht lediglich für einen Zustimmungsbutton bezüglich Cookies o. Ä.

1988 *Kreutz* ZUM 2018, 162, 163.

1989 Dieser scheitert nicht daran, dass die Nutzer – außer ihrer IP-Adresse – nicht individualisier- und verfolgbar sind, denn auch bei Stummen Verkäufern (Zeitungsautomaten, die nicht gegen Entnahme gesichert sind) wird von der Rechtsprechung ein Diebstahl angenommen (*BGH* GRUR 2010, 455, 456 Rn. 15, 458 Rn. 28 – *Stumme Verkäufer II*), sodass auch bei faktischen Schwundquoten von 60 % grundsätzlich auf einem Vertragsschluss bestanden wird, dies muss dann auch für oben genannte Banner gelten; anders *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 340, anders aber wieder S. 342 f.

1990 Vgl. *Kreutz* ZUM 2018, 162, 166.

1991 *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 101.

1992 Daneben kann noch § 312j Abs. 4, 3 S. 1 BGB einschlägig sein, dazu sogleich.

1993 *Kreutz* ZUM 2018, 162, 166; vgl. auch *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 101; *Kreutz,* Werbeblockersoftware, S. 348.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hält, da der Nutzer keine Daten eingeben muss.[1994] Muss der Nutzer sich hingegen registrieren oder Daten eingeben, handelt der Nutzer im Regelfall mit Rechtsbindungswillen.[1995] Nach allgemeiner Rechtsgeschäftslehre kann damit grundsätzlich ein Vertragsschluss herbeigeführt werden.

III. Wirksame Verpflichtung zum Werbeempfang

Zwar kann grundsätzlich ein Vertrag geschlossen werden, allerdings muss auch die Pflicht zum Werbeempfang selbst wirksam vereinbart werden. Grundsätzlich liegt eine Vereinbarung in „Nutzungsbedingungen" nahe, sodass die Regelungen über allgemeine Geschäftsbedingungen Anwendung finden können (1.). Bejaht man den Charakter als Hauptleistungspflicht, so kommt eine Anwendung der §§ 312 ff. BGB (2.) infrage.

1. Behandlung als allgemeine Geschäftsbedingungen

Teilweise sehen Webseiten sogenannte Nutzungsbedingungen vor, in denen das Verwenden von Werbeblockern (mittelbar) verboten wird.[1996] Auch in der Lehre wird – sofern thematisiert – die vertragliche Verpflichtung zur Nichtnutzung von Werbeblockern bzw. zur Darstellung von Werbung als Problem der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen eingeordnet.[1997] Hier soll gefragt werden, ob in AGB die Pflicht zum Werbeempfang und damit mittelbar zur Nichtnutzung des Werbeblockers vereinbart werden kann. Dabei begegnen entsprechenden Vertragsbedingungen vor allem in Bezug auf das Verbot überraschender Klauseln gem. § 305c Abs. 1 BGB (a) Bedenken und – sind diese ausgeräumt – weitere hinsichtlich der Kontrollfähigkeit gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB (b).

1994 Kritisch auch *Kreutz* ZUM 2018, 162, 166.

1995 *Kreutz* ZUM 2018, 162, 166 f.

1996 So die Klägerin in *OLG München* MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*: Verbot der Veränderung der Webseite, wobei man sich aber streiten kann, ob die Klausel mit Blick auf § 305 Abs. 2 BGB bzw. § 307 Abs. 1 S. 2, 1 BGB überhaupt wirksam wäre.

1997 *Kiersch*, Adblocking, S. 119 ff.; *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 374 ff., 383; vgl. auch *Witte* ITRB 2018, 34, 37 unter Verweis auf *OLG München* MMR 2017, 756, 759 Rn. 95 – *Whitelisting I*, das die Wirksamkeit der „Nutzungsbedingungen" aufgrund widersprüchlichen Verhaltens des Webseitenbetreibers nicht zu prüfen brauchte.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) § 305c Abs. 1 BGB

Eine Einbeziehung der Klausel wirft mit Blick auf § 305c Abs. 1 BGB Fragen auf. Danach werden Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Das gilt sowohl für Haupt- als auch Nebenleistungspflichten.[1998] Grund für die Regelung ist, dass das globale Einverständnis mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen sich nur auf erwartbare Klauseln bezieht.[1999] Die Ungewöhnlichkeit der Klausel könnte hier daraus folgen, dass die Verpflichtung zum Empfang der Werbung und damit zur Nichtnutzung eines Werbeblockers nicht typisch für Nutzungsbedingungen von Webseiten ist. Der Begriff der Ungewöhnlichkeit legt nahe, dass ein – empirischer[2000] – Vergleich der Klausel mit dem zu erfolgen hat, was gewöhnlich erwartet wird.[2001] So stellt die Abweichung von einem gesetzlichen Leitbild grundsätzlich ein Indiz für eine ungewöhnliche Klausel dar.[2002] Allerdings fehlt es für den „Webseitennutzungsvertrag“[2003] an einem gesetzlichen Leitbild, mit dem die Klausel verglichen werden kann. In diesem Fall kann auf für Verträge dieser Art übliche Gestaltungen abgestellt werden.[2004] Verträge über die Nutzung von Webseiten enthalten im Regelfall keine Verpflichtung zum Empfang von Werbung. Typisch für solche Verträge sind Einwilligungen in die Nutzung (und Verkauf) der im Zuge der Nutzung generierten Daten sowie Erklärungen über das urheberrechtliche Schicksal von durch den Nutzer erstellten Inhalten. Ebenso werden typische Schädigungshandlungen verboten, wie z. B. massenhafte Abrufe, und bestimmte Anstandsregeln für die Kommunikation auf und mit der Webpräsenz vereinbart. Auch haben die Dienstanbieter, selbst bei einer

1998 NK-BGB/*Kollmann*, BGB § 305c Rn. 2; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, BGB § 305c Rn. 14a m. w. N.
1999 Vgl. Erman/*Roloff*, BGB § 305c Rn. 2.
2000 BeckOGK ZR/*Bonin*, 01.06.2020, BGB § 305c Rn. 43; Palandt/*Grüneberg*, BGB § 305c Rn. 3 f.; dagegen Staudinger/*Mäsch*, BGB § 305c Rn. 21.
2001 Vgl. BeckOK BGB/*Schmidt*, BGB § 305c Rn. 14; Staudinger/*Mäsch*, BGB § 305c Rn. 20.
2002 BeckOK BGB/*Schmidt*, BGB § 305c Rn. 14.
2003 Vgl. zu diesem Begriff *Kreutz* ZUM 2018, 162.
2004 *BGH* NJW-RR 2012, 1261 Rn. 12 – *Branchenverzeichnis im Internet*; NJW 2001, 1416, 1417; BeckOGK ZR/*Bonin*, 01.06.2020, BGB § 305c Rn. 41; BeckOK BGB/*Schmidt*, BGB § 305c Rn. 15; Palandt/*Grüneberg*, BGB § 305c Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vertraglichen Verpflichtung, selten ein Interesse an einer einklagbaren Pflicht,[2005] wie sie aber eine Verpflichtung in AGB grundsätzlich schaffen würde und gem. § 305c Abs. 2 BGB zugrunde zu legen ist. Deshalb ist die Verpflichtung zum Werbeempfang als ungewöhnlich im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB einzuordnen.

Ist die Klausel ungewöhnlich, kommt es darauf an, ob der Kunde mit der Klausel vernünftigerweise „nicht zu rechnen braucht".[2006] Dabei ist auf den Erwartungshorizont eines durchschnittlichen Adressaten des Vertrags abzustellen,[2007] also den durchschnittlichen Internetnutzer. Prägend für dessen Erwartungshaltung sind die allgemeinen und individuellen Begleitumstände des Vertragsschlusses.[2008] Nicht zu rechnen braucht der Kunde z. B. mit Klauseln, die dem Vertragspartner zusätzliche Verpflichtungen auferlegen, welche nicht typisch für den Vertrag sind, die Leistungspflicht erweitern[2009] oder gar ein Entgelt für üblicherweise unentgeltliche Verträge vorsehen.[2010] Zwar rechnen Nutzer im Regelfall mit den oben geschilderten Pflichten, nicht jedoch mit einer Verpflichtung zum Empfang von Werbung bzw. zur Nichtnutzung von Werbeblockern. Grund für diese Erwartungshaltung ist die gerade bei „kostenlosen" Diensten vorherrschende „governance by code"[2011], d. h., dass die Dienste nur dann zugänglich sind, wenn die Gegenleistung, sprich Werbeempfang, erbracht wird.[2012] Dementsprechend lässt das Bewusstsein der Werbefinanzierung des Dienstes die „Überraschung" der Nutzer nicht entfallen, da Letztere entsprechend der Übung im Verkehr mit einer technischen Verhinderung rechnen – auch bei einer Zustimmung zu Nutzungsbedingungen.[2013] Mit einer ver-

2005 *Hacker* ZfPW 2019, 148, 173.
2006 *BGH* NJW 2013, 1803, 1804 Rn. 23; NJW-RR 2004, 780, 781; Erman/*Roloff*, BGB § 305c Rn. 10; Palandt/*Grüneberg*, BGB § 305c Rn. 4; ähnlich MüKoBGB/*Basedow*, BGB § 305c Rn. 12.
2007 *BGH* NJW-RR 2012, 1261 Rn. 10 – *Branchenverzeichnis im Internet*; Erman/*Roloff*, BGB § 305c Rn. 10; vgl. auch MüKoBGB/*Basedow*, BGB § 305c Rn. 7; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, BGB § 305c Rn. 27.
2008 *BGH* NJW 2013, 1803, 1804 Rn. 23; NJW-RR 2004, 780, 781; MüKoBGB/*Basedow*, BGB § 305c Rn. 7.
2009 BeckOK BGB/*Schmidt*, BGB § 305c Rn. 15; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, BGB § 305c Rn. 26; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, BGB § 305c Rn. 28; ähnlich Staudinger/*Mäsch*, BGB § 305c Rn. 28.
2010 *BGH* NJW-RR 2012, 1261, 1261 Rn. 12 – *Branchenverzeichnis im Internet*; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, BGB § 305c Rn. 26.
2011 Vgl. *Hacker* ZfPW 2019, 148, 177.
2012 *Hacker* ZfPW 2019, 148, 173 f.
2013 Vgl. *Hacker* ZfPW 2019, 148, 173 f.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

traglichen, grundsätzlich einklagbaren Pflicht zum Werbeempfang rechnen die Nutzer nicht. Besondere Umstände, die den durch die Ungewöhnlichkeit vermittelten Überrumpelungseffekt[2014] entfallen lassen,[2015] wie z. B. ausdrückliche Hinweise o. Ä.,[2016] sind hier nicht anzunehmen.

Aus diesem Grund kann die Verpflichtung zum Empfang von Werbung (bzw. der Nichtnutzung eines Werbeblockers) grundsätzlich nicht gem. § 305c Abs. 1 BGB als eine Klausel von vielen in allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden.

b) Kontrollfähigkeit bei Ausräumen des Überraschungsmoments

Denkbar ist aber auch der Fall, dass der Webseitenbetreiber dem Nutzer die Pflicht zum Werbeempfang auf eindeutige Art und Weise kommuniziert, z. B. zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in einem gesonderten Hinweiskasten, dessen Wahrnehmung ggf. noch gesondert bestätigt werden muss.[2017] Ein Verstoß gegen § 305c Abs. 1 BGB scheidet dann mangels Überraschungsmoment aus.[2018] Prinzipiell stehen die AGB damit einer Kontrolle durch die §§ 307 ff. BGB offen. So bejahen manche Stimmen Verstöße durch AGB, welche die Nutzung von Werbeblockern verbieten.[2019]

Allerdings wird dabei die vorgelagerte Frage der Kontrollfähigkeit der Geschäftsbedingungen ausgeblendet. Nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB gelten

---

2014 *BGH* NJW 2010, 294, 295 Rn. 13; BeckOK BGB/*Schmidt*, BGB § 305c Rn. 18; MüKoBGB/*Basedow*, BGB § 305c Rn. 12 ff.

2015 Vgl. Staudinger/*Mäsch*, BGB § 305c Rn. 25, der von einer „Korrektur" spricht.

2016 *BGH* NJW 1992, 746; BeckOK BGB/*Schmidt*, BGB § 305c Rn. 19; Staudinger/*Mäsch*, BGB § 305c Rn. 34 („negatives Tatbestandsmerkmal").

2017 Vgl. BeckOGK ZR/*Bonin*, 01.06.2020, BGB § 305c Rn. 50: Bei Fehlvorstellungen aufgrund individueller Begleitumstände bedürfe es ebenso individueller Hinweise und nicht bloßer drucktechnischer Hervorhebung; ähnlich Erman/*Roloff*, BGB § 305c Rn. 12: Je ungewöhnlicher die Klausel, desto deutlicher die Hinweise.

2018 Vgl. *BGH* NJW 2018, 1486, 1487 Rn. 21; NJW-RR 2014, 937, 938 Rn. 16; BeckOGK ZR/*Bonin*, 01.06.2020, BGB § 305c Rn. 49; Erman/*Roloff*, BGB § 305c Rn. 8; NK-BGB/*Kollmann*, BGB § 305c Rn. 12 f.; Staudinger/*Mäsch*, BGB § 305c Rn. 31.

2019 *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 384, 386 f.: Verstöße gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen Verstoß gegen § 7 UWG und § 307 Abs. 1 S. 1 BGB; ähnlich *Kiersch*, Adblocking, S. 120 f.: § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unter Verweis auf § 7 Abs. 1 S. 2 UWG; demgegenüber wohl keinen Verstoß annehmend *Witte* ITRB 2018, 34, 37.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die § 307 Abs. 1, 2 BGB sowie die §§ 308 und 309 BGB nur für Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Neben dem Verhindern einer Kontrolle von den Gesetzestext wiedergebenden AGB dient § 307 Abs. 3 S. 1 BGB dazu, die vertraglichen Leistungsangebote und Preise einer Inhaltskontrolle zu entziehen.[2020] Grund dafür ist, dass ein gesetzlicher Maßstab für die Beurteilung der Äquivalenz fehlt.[2021] Bei der Auslegung und Anwendung der Norm ist zu beachten, dass diese Art. 4 Abs. 2 Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klausel-RL)[2022] umsetzt.[2023] Danach betrifft die Beurteilung der Missbräuchlichkeit weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. Gütern, welche die Gegenleistung darstellen. Für Verbraucherverträge (§ 310 Abs. 3 BGB) muss § 307 Abs. 3 S. 1 BGB richtlinienkonform dahingehend ausgelegt werden, dass die Norm aufgrund der in Art. 8 Klausel-RL angeordneten Mindestharmonisierung nicht enger als die Entsprechung in der Richtlinie ausgelegt wird, der kontrollfreie Bereich also nicht weiter ist.[2024] Der *EuGH* hat zur Auslegung des Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL entschieden, dass die Regelung eng auszulegen sei, da sie eine Ausnahme vom Verbraucherschutz betreffe.[2025] Danach bestimmen den „Hauptgegenstand" diejenigen Klauseln, die die Hauptleistungen festlegen und sie als solche charakterisieren.[2026] Davon abzugrenzen seien Klauseln mit „akzessorischem Charakter", die das Wesen des Vertragsverhältnisses selbst definieren.[2027] Hierfür sind die Natur, Systematik und die Bestimmungen des Vertrags unter Berücksichtigung des rechtlichen und tatsächlichen Kontexts zu beurteilen, ob die Klauseln einen wesentlichen Bestandteil der Leistung beschreiben.[2028]

2020 MüKoBGB/*Wurmnest*, BGB § 307 Rn. 1.
2021 BeckOGK ZR/*Eckelt*, 01.01.2020, BGB § 307 Rn. 186; Erman/*Roloff*, BGB § 307 Rn. 38.
2022 Richtlinie 93/13/EWG DES RATES vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG L 95 vom 21.04.1993, S. 29.
2023 BeckOGK ZR/*Eckelt*, 01.01.2020, BGB § 307 Rn. 175; Palandt/*Grüneberg*, BGB § 307 Rn. 43.
2024 BeckOGK ZR/*Eckelt*, 01.01.2020, BGB § 307 Rn. 175; Palandt/*Grüneberg*, BGB § 307 Rn. 43.
2025 *EuGH* NJW 2014, 2335, 2336 Rn. 42 – *Kásler ua/OTP Jelzálogbank Zrt*.
2026 *EuGH* NJW 2014, 2335, 2336 Rn. 49 – *Kásler ua/OTP Jelzálogbank Zrt*.
2027 *EuGH* NJW 2014, 2335, 2336 Rn. 50 – *Kásler ua/OTP Jelzálogbank Zrt*.
2028 *EuGH* NJW 2014, 2335, 2337 Rn. 51 – *Kásler ua/OTP Jelzálogbank Zrt*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Für das deutsche Recht nehmen der *BGH*[2029] und sich ihm anschließend die Literatur[2030] an, dass Leistungsbeschreibung und Preisvereinbarung der Kontrolle entzogen seien, nicht jedoch deren Einschränkungen und Ausgestaltungen. Kontrollfrei sei damit lediglich der Bereich von Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden könne.[2031] Entscheidend sei mit Blick auf den Schutzzweck, ob die nach Gegenstand und Zweck des Vertrags erwartbare Leistung einseitig inhaltlich unangemessen verkürzt werde.[2032] Es wird davon ausgegangen, dass die Rechtsprechung des *BGH* den Anforderungen von Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL entspricht.[2033] In Bezug auf die Verwendung von Werbeblockern geht wohl allein *Kreutz* auf die Kontrollfähigkeit der Klausel ein, welche er mit dem Argument bejaht, dass die Untersagung der Verwendung eines Werbeblockers lediglich eine Nebenpflicht des Nutzers begründe.[2034] *Kiersch* weist zumindest darauf hin, dass man das Werbeblockerverbot als echte Leistungspflicht des Nutzers ausgestalten kann.[2035]

Zuerst ist zu differenzieren: Ausgangsfrage ist, unter welchen Bedingungen der Webseitenbetreiber wirksam vereinbaren kann, dass der Nutzer die Werbung wahrnimmt. Damit ist entscheidend, ob die Pflicht zum Werbeempfang die Hauptabrede über den Preis darstellt. Wie oben vorausgesetzt[2036] ist es die einzige Pflicht des Nutzers, Werbung zu empfangen, weitere Leistungspflichten bestehen nicht. Dass überhaupt ein Vertrag für den Zugang erforderlich ist, spricht für die Annahme einer Leistungspflicht, denn Sinn und Zweck der Einbeziehung der Nutzungsbedingungen ist gerade die Verpflichtung zum Empfang der Werbung. Das wird auch, bedingt durch § 305c Abs. 1 BGB, eindeutig dem vertragschließenden Nutzer kommuniziert. Darüber hinaus muss es dem Webseitenbetrei-

2029 *BGH* NJW 2019, 2997, 2998 Rn. 19; NJW 2018, 534, 535 Rn. 15.
2030 BeckOGK ZR/*Eckelt*, 01.01.2020, BGB § 307 Rn. 185; Erman/*Roloff*, BGB § 307 Rn. 42; MüKoBGB/*Wurmnest*, BGB § 307 Rn. 13; grundsätzlich auch Palandt/*Grüneberg*, BGB § 307 Rn. 44.
2031 *BGH* NJW 2019, 2997, 2998 Rn. 19; NJW 2018, 534, 535 Rn. 15 m. w. N.
2032 *BGH* NJW 1987, 1931, 1935; ähnlich BeckOGK ZR/*Eckelt*, 01.01.2020, BGB § 307 Rn. 183; Erman/*Roloff*, BGB § 307 Rn. 42.
2033 Palandt/*Grüneberg*, BGB § 307 Rn. 43.
2034 *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 383.
2035 *Kiersch*, Adblocking, S. 119; vgl. auch *BGH* GRUR 2017, 748, 750 Rn. 22 – *Robinson Liste*.
2036 4. Teil § 11 A. I. (S. 402).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ber mit Blick auf die Vertragsfreiheit prinzipiell möglich sein, eine Pflicht zum Werbeempfang als verbindliche Gegenleistung zu vereinbaren.

Bezüglich der „bloßen" Pflicht zur Nichtnutzung eines Werbeblockers, wie *Kreutz* sie anspricht, muss im Ergebnis Gleiches gelten. Diese Pflicht hat notwendigerweise eine solche zum Werbeempfang zur Folge, da die Nutzer sich der Werbung beim Konsum der Inhalte mangels Werbeblocker nicht entziehen können.[2037] Ordnete man nun trotzdem die Pflicht zur Nichtnutzung des Werbeblockers als eine Nebenleistungspflicht[2038] ein und nähme darüber hinaus an, dass die Klausel gegen § 307 BGB verstieße,[2039] bestünde mangels entsprechendem dispositiven Gesetzesrecht (vgl. § 306 Abs. 2 BGB) keine Pflicht zum Werbeempfang. Dementsprechend erscheint es aus Sicht des Webseitenbetreibers sinnvoller, direkt eine Pflicht zum Werbeempfang zu vereinbaren. Dann kommt es nicht auf eine vertragliche Regelung in Bezug auf die Nutzung eines Werbeblockers an, da durch die Hauptleistungspflicht klargestellt ist, dass jegliche Werbung zu empfangen ist. Besteht aufseiten des Nutzers eine Verpflichtung zum Abruf jeglicher Werbung, so stellt die Nutzung eines Werbeblockers auch ohne ausdrückliche Vereinbarung eine Verletzung der Leistungspflicht dar. Deshalb liegt in der Pflicht zum Werbeempfang eine nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB kontrollfreie Preisabrede.

2037 Denkbar ist zwar die Verwendung eines Browsers, der allein Texte darstellen kann (z. B. *Lynx*), allerdings würde zumindest textbasierte Werbung dargestellt werden.

2038 Vgl. Erman/*Roloff*, BGB § 307 Rn. 44, wobei man daran aber zweifeln kann, da sich aus einer Verpflichtung zum Empfang von Werbung quasi denklogisch die Pflicht zur Nichtnutzung eines Werbeblockers ergibt.

2039 So z. B. *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 384, 386 f.: Verstöße gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen Verstoß gegen § 7 UWG und § 307 Abs. 1 S. 1 BGB; ähnlich *Kiersch*, Adblocking, S. 120 f.: § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unter Verweis auf § 7 Abs. 1 S. 2 UWG; dieses Ergebnis ist aber abzulehnen, da der Nutzer keinen Anspruch auf das Angebot der Webseitenbetreiber hat und insoweit der Webseitenbetreiber den Zugang frei bedingen kann; im Übrigen eröffnen die Nutzer gerade einen Kommunikationskanal zum Webseitenbetreiber. Entscheidend für die Wirksamkeit der Klausel wäre neben dem Transparenzgebot vor allem die Frage der Einbeziehung trotz § 305c Abs. 1 BGB, da die Verpflichtung zur Nichtnutzung letztlich zu einer Leistungspflicht führt, sodass auf die obigen Ausführungen (4. Teil § 11 A. III. 1. a) (S. 407)) verwiesen werden kann.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Ergebnis

Damit begegnet eine Vereinbarung der Pflicht zum Werbeempfang in AGB nur insoweit Bedenken,[2040] als die Klausel ungewöhnlich im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB ist und damit die Pflicht zum Werbeempfang eindeutig kommuniziert werden muss. Ist diesen Anforderungen genügt, so handelt es sich nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB um eine kontrollfreie Preisabrede.

2. Anwendung der §§ 312 ff. BGB

Ist die Pflicht zum Werbeempfang wirksam vereinbart worden, kommt die Beachtung weiterer Vorschriften in Betracht. Nach hier vertretener Ansicht sind die §§ 312 ff. BGB anwendbar (a), sodass bestimmte Pflichtinformationen und das Widerrufsrecht (b) zu gewähren sind. Ebenso stellt sich die Frage, ob die Webseitenbetreiber die sog. Button-Lösung (c) beachten müssen.

a) Anwendbarkeit – § 312 Abs. 1 BGB

Nach § 312 Abs. 1 BGB sind die §§ 312-312h BGB nur dann anwendbar, wenn es sich um einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher handelt, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat. Dass sich mit dem Webseitenbetreiber und dem Nutzer im Regelfall Unternehmer und Verbraucher gegenüberstehen, kann vorausgesetzt werden. Ebenso ist eine Leistung des Unternehmers[2041] gegeben, da dieser den Zugang zur Webseite ermöglicht.

Entscheidend ist für die hier vorliegenden Konstellationen, ob die Leistung des Unternehmers entgeltlich im Sinne des § 312 Abs. 1 BGB ist. Diese Vorschrift dient der Umsetzung der VR-RL, die insbesondere Informationspflichten und das gesetzliche Widerrufsrecht europaweit vollharmonisiert, vgl. Art. 4 VR-RL. Grundsätzlich wird zum Begriff der Entgeltlichkeit angemerkt, dass das Merkmal sich nicht explizit in der Richtlinie

2040 Siehe 4. Teil § 11 A. I. (S. 402) zu den hier nicht betrachteten Umständen.

2041 Zu diesem zumeist unproblematischen Erfordernis BeckOGK ZR/*Busch*, 01.01.2020, BGB § 312 Rn. 9 f.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

findet und fraglich ist, ob es sich dort herauslesen lässt,[2042] da Art. 3 Abs. 1 VR-RL „jegliche" Verträge erfassen solle. Gleichzeitig sehen die beiden definierten Vertragstypen, Kauf- und Dienstvertrag (Art. 2 Nr. 5, 6 VR-RL), jeweils vor, dass der Verbraucher als Gegenleistung „den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt"[2043]. Daraus hat der deutsche Gesetzgeber mit § 312 Abs. 1 BGB gefolgert, dass ein Entgelt erforderlich ist.[2044] Aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt sich, dass der Begriff des Entgelts weit zu verstehen sei, es reiche „irgendeine" Leistung des Verbrauchers, sodass lediglich Verträge ohne Gegenleistung des Verbrauchers, wie z. B. Schenkungen, nicht erfasst sein sollen.[2045] Auch die bloße Zurverfügungstellung von Daten könne eine Gegenleistung darstellen.[2046] Dem wird in der deutschen Lehre zugestimmt.[2047] Auch der *BGH* bezeichnete im Rahmen einer AGB-Prüfung die Einwilligung in den Empfang von Werbung als Entgelt.[2048]

Allerdings liegt der VR-RL ein anderes, engeres Verständnis zugrunde. Zuerst ist festzustellen, dass die Richtlinie davon ausgeht, dass es nur Kauf- und Dienstleistungsverträge gibt, die beide nach den Definitionen die Zahlung eines „Preises" erfordern.[2049] So soll die Richtlinie nach Erwägungsgrund 27 S. 4 VR-RL auch die Beförderung von Gütern und die Vermietung von Kraftfahrzeugen erfassen, „sofern diese Dienstleistungen darstellen". Ebenso stellt die Vermietung von Sozialwohnungen eine Dienstleistung im Sinne der Richtlinie dar, vgl. Art. 3 Abs. 3 lit. a VR-RL.[2050] Insbesondere aus der Einschränkung in Erwägungsgrund 27 S. 4 VR-RL – „soweit diese Dienstleistungen darstellen" – lässt sich schließen, dass die Definitionen eine den Anwendungsbereich der Richtlinie beschränkende Funktion haben sollen und damit die Richtlinie nur für Kauf- und Dienstleistungsverträge im Sinne der Definition gelten soll. Die in Art. 3 Abs. 1

2042 RechtsA VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/13951, S. 72 führt für Art. 3 Abs. 1 VR-RL historische Gründe an.
2043 Art. 2 Nr. 5, 6 VR-RL.
2044 RegE VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/12637, S. 45.
2045 RechtsA VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/13951, S. 72; BeckOGK ZR/*Busch*, 01.01.2020, BGB § 312 § 312 Rn. 11; NK-BGB/*Ring*, BGB § 312 Rn. Rn. 5.
2046 RechtsA VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/13951, S. 72.
2047 Vgl. nur BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312 Rn. 10; Erman/*Koch*, BGB § 312 Rn. 6 f.; Jauernig/*Stadler*, BGB § 312 Rn. 5; MüKoBGB/*Wendehorst*, BGB § 312 Rn. 36 f.; Palandt/*Grüneberg*, BGB § 312 Rn. 3; Staudinger/*Thüsing*, BGB § 312 Rn. 5 f.
2048 *BGH* GRUR 2017, 748, 750 Rn. 22 – *Robinson Liste*.
2049 NK-BGB/*Ring*, BGB § 312 Rn. 8 f.
2050 Vgl. auch Palandt/*Grüneberg*, BGB § 312 Rn. 4 mit weiteren Beispielen zum europäischen Dienstleistungsbegriff.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

VR-RL angesprochene Erstreckung auf „jegliche Verträge" stellt nach dem deutschen Gesetzgeber ein historisch zu verstehendes Überbleibsel dar, welches keine Abweichung vom Gegenleistungserfordernis in Art. 2 Nr. 5, 6 VR-RL zur Folge haben soll.[2051]

Das bedeutet, dass die VR-RL nur Dienst- und Kaufverträge erfassen soll und der Verbraucher damit stets gem. den Definitionen in Art. 2 Nr. 5, 6 VR-RL einen „Preis" zahlen muss.[2052] Dieser Begriff ist in der VR-RL von 2011 nicht definiert, allerdings in der DInh-RL von 2019. Entscheidend ist also, ob die Definition von Preis aus der DInh-RL für die Auslegung der VR-RL herangezogen werden kann, was nach hier vertretener Ansicht der Fall ist. Grundsätzlich sind europäische Vorschriften in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Unionsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen.[2053] Für das hier vertretene Ergebnis spricht zuerst das Ziel der Europäischen Union, ein einheitliches und kohärentes Kaufrecht zu schaffen.[2054] Dazu lehnt sich insbesondere die DInh-RL an Begrifflichkeiten des europäischen Kaufrechts an.[2055] Zweitens ergibt sich der Zusammenhang zwischen der DInh-RL und der VR-RL ebenso aus der DInh-RL selbst und der fast zeitgleich verabschiedeten[2056] Richtlinie über Warenkäufe (Warenkauf-RL)[2057]. Nach Erwägungsgrund 13 Warenkauf-RL bzw. Erwägungsgrund 20 DInh-RL ergänzen sich diese beiden Richtlinien gegenseitig. Dementsprechend spricht Erwägungsgrund 71 S. 2 DInh-RL davon, dass zu prüfen sei, ob die DInh-RL und die Warenkauf-RL einen „einheitlichen und kohärenten Rahmen" für digitale Inhalte schaffen. Gleichzeitig stellt die Warenkauf-RL in Erwägungsgrund 11 Warenkauf-RL klar, dass diese die VR-RL ergänzt. Dass die Richtlinien Teil eines einheitlichen Regelungskonzepts sind, ergibt sich bereits aus Art. 30 VR-RL, der ein Berichtserfordernis vorsieht, das vor allem

2051 RechtsA VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/13951, S. 72.
2052 BeckOGK ZR/*Busch*, 01.01.2020, BGB § 312 Rn. 11.1.
2053 *EuGH* NJW 1983, 1257, 1258 – *C. I. L. F. I. T.*; ähnlich NVwZ 2013, 53, 54 Rn. 50 – *Inuit Tapiriit Kanatami*.
2054 Dazu *Schulze* ZEuP 2019, 695, 697 f.
2055 *Schulze* ZEuP 2019, 695, 699.
2056 *Schulze* ZEuP 2019, 695, 696.
2057 Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, EG L 136 vom 22.05.2019, S. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf digitale Inhalte bezogen ist.[2058] Dementsprechend setzt z. B. die DInh-RL einen Vertrag nach den Maßstäben der VR-RL voraus, wie sich aus Erwägungsgrund 42 S. 4 DInh-RL ergibt. Der einheitliche Regelungsansatz wird auch dadurch deutlich, dass die Richtlinien Begriffe einheitlich definieren[2059] oder bestehende Rechtsbegriffe voraussetzen, so z. B. die DInh-RL den Begriff der Dienstleistung (vgl. Art. 2 Nr. 2 DInh-RL).

Aufgrund des einheitlichen Regelungskonzepts, das auch in den jeweiligen Richtlinien zum Ausdruck kommt, ist deshalb davon auszugehen, dass der europäische Gesetzgeber die Begriffe einheitlich verstanden haben will. Das muss dann auch für den in der VR-RL verwendeten Begriff des Preises gelten, der in der DInh-RL definiert ist. Dass insbesondere die Definition des Begriffs Preis nicht nur für die DInh-RL gilt, ergibt sich darüber hinaus aus der DInh-RL selbst.

In Art. 2 Nr. 7 DInh-RL ist Preis als Geld oder digitale Darstellung eines Werts definiert, das bzw. die im Austausch für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen geschuldet wird. Aus Erwägungsgrund 23 S. 1 DInh-RL ergibt sich, dass hierunter vor allem Gutscheine oder E-Coupons zu verstehen sind, also z. B. Gutscheinkarten. Aus Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 DInh-RL ergibt sich im Umkehrschluss, dass unter einem Preis nicht die Überlassung von Daten zu verstehen ist, weil die Norm den Geltungsbereich der Richtlinie auf die Bereitstellung von personenbezogenen Daten ausdehnt.[2060] Hätte der europäische Richtliniengeber nun Preis allein für die DInh-RL definieren wollen, so wäre es sinnvoller gewesen, Preis von vornherein so zu definieren, dass Daten davon erfasst sind. Für die Universalität der Definition spricht gleichzeitig, dass, anders als z. B. in der DSM-RL,[2061] die Geltung von Definitionen nicht ausdrücklich beschränkt wird. Darüber hinaus stellt Erwägungsgrund 25 S. 4 DInh-RL klar, dass die Richtlinie nicht für Fälle gilt, in denen der Empfang von Werbung die Leistung des Verbrauchers darstellt. Damit erfasst der Begriff des Preises nach der DInh-RL nicht den Empfang von Werbung. Diese Definition gilt auch für die Warenkauf-RL und – hier

2058 Vgl. auch Erwägungsgrund 62 VR-RL.

2059 Z. B. „digitale Inhalte“ in Art. 2 Nr. 1 DInh-RL, Art. 2 Nr. 6 Warenkauf-RL und Art. 2 Nr. 11 VR-RL, „Verbraucher“ in Art. 2 Nr. 6 DInh-RL, Art. 2 Nr. 2 Warenkauf-RL und Art. 2 Nr. 1 VR-RL oder „Kaufvertrag“ in Art. 2 Nr. 1 Warenkauf-RL und Art. 2 Nr. 5 VR-RL.

2060 Ebenso Erwägungsgrund 24 S. 1 DInh-RL: „wenn der Verbraucher keinen Preis zahlt, sondern dem Unternehmer personenbezogene Daten zur Verfügung stellt“.

2061 So z. B. Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 DSM-RL.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

entscheidend – die VR-RL. Die VR-RL erfasst somit lediglich Verträge, in denen Geld[2062] geleistet wird.

Fraglich ist also, ob man § 312 Abs. 1 BGB, entgegen dem in den Materialien geäußerten Willen des Gesetzgebers, auslegen muss. Vordergründig spricht die in Art. 4 VR-RL angeordnete Vollharmonisierung und die mit den §§ 312 ff. BGB beabsichtigte Richtlinienumsetzung[2063] dagegen. Allerdings erfasst die VR-RL, wie gezeigt, nur Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern mit einer monetären Gegenleistung, sodass insoweit gerade keine Vorgabe besteht und dem deutschen Gesetzgeber die Ausdehnung auf durch die VR-RL ungeregelte Verträge offen steht.[2064] Zudem ist der Wille des Gesetzgebers in den Materialien bezüglich des weiten Verständnisses von „Entgelt" eindeutig, sodass sich eine Auslegung am Willen des deutschen Gesetzgebers orientieren kann und muss. Damit erfasst § 312 Abs. 1 BGB grundsätzlich auch Verträge, in denen die Verpflichtung zum Werbeempfang das vom Verbraucher zu leistende Entgelt darstellt.

b) Pflichtinformationen und Widerrufsrecht

Aufgrund der Anwendung der §§ 312 ff. BGB und dem Vorliegen eines Fernabsatzvertrags (§ 312c Abs. 1 BGB) muss der Webseitenbetreiber einem umfangreichen Pflichtenprogramm genügen. Dies umfasst insbesondere bestimmte Informationspflichten (§ 312d Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 246a EGBGB) und die Gewährung eines Widerrufsrechts (§ 312g Abs. 1 BGB), wobei aus Sicht des Webseitenbetreibers § 356 Abs. 5 BGB zu beachten ist. Daneben müssen gem. § 312j Abs. 2 BGB bestimmte, für den Vertrag besonders relevante Informationen, kurz vor Vertragsschluss klar und verständlich in hervorgehobener Weise zur Verfügung stehen. Der in § 312j Abs. 2 BGB verwendete Begriff der „entgeltlichen Leistung" entspricht grundsätzlich dem in § 312 Abs. 1 BGB.[2065] Dem steht auch nicht entgegen, dass diese Anforderungen nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 VR-RL nur dann vorgeschrieben sind, wenn der Verbraucher zur „Zahlung verpflichtet" wird. Zwar wird das Verbraucherschutzniveau insoweit modifiziert,

2062 Bzw. Wertgutscheine, vgl. Erwägungsgrund 23 S. 1 DInh-RL, wobei es sich hierbei wohl eher um eine Klarstellung handelt, da man diese Gutscheine im Regelfall nur gegen Geld erhält.
2063 Vgl. RegE VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/12637, S. 33.
2064 Palandt/*Grüneberg*, BGB § 312 Rn. 1.
2065 RechtsA VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/13951, S. 72.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

allerdings erfasst die VR-RL keine Verträge, bei denen der Verbraucher zu anderen als monetären Leistungen verpflichtet wird.

c) Anwendung der Button-Lösung

Grundsätzlich kommt eine Anwendung der Button-Lösung des § 312j Abs. 3 BGB infrage. Die Norm erachtet Verträge nur dann als wirksam (Abs. 4), wenn die Bestellsituation bei Verträgen im Sinne des § 312j Abs. 2 BGB – also auch solche zum Empfang von Werbung – so gestaltet ist, dass der Verbraucher ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet (Abs. 3). Diese Norm setzt Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 VR-RL um, der dem Unternehmer auferlegt, dass der Verbraucher ausdrücklich bestätigen muss, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung verbunden ist. Aufgrund des insoweit klaren Wortlautes scheidet eine Anwendung auf Sachverhalte aus, in denen keine „Zahlung" im Sinne einer monetären Leistung vorliegt. Allerdings gilt selbstverständlich anderes, sofern der Webseitenbetreiber alternativ eine Zahlungsverpflichtung vorsieht. So beispielsweise, wenn grundsätzlich eine Zahlungspflicht besteht, der Nutzer aber stattdessen zusagt, Werbung zu empfangen und der Webseitenbetreiber dafür auf die Zahlung verzichtet.[2066] In diesem Fall ist der Nutzer – wie von § 312j Abs. 3 BGB vorausgesetzt – zu einer Zahlung verpflichtet.

3. Ergebnis

Die vertragliche Verpflichtung von Nutzern zum Empfang von Werbung ist damit grundsätzlich möglich. Da Nutzer mit einem Vertragsschluss zur Nutzung von Webseiten im Regelfall nicht rechnen, ist mit Blick auf §§ 133, 157 BGB darauf zu achten, dass die rechtliche Verbindlichkeit der abgegebenen Erklärungen eindeutig kommuniziert wird. Im Regelfall wird es hierfür einer Registrierung bedürfen. Die Pflicht zum Werbeempfang selbst ist grundsätzlich sehr ungewöhnlich, sodass diese aufgrund von § 305c Abs. 1 BGB ebenfalls eindeutig zu kommunizieren ist. Eine Kon-

2066 Vgl. *Hacker* ZfPW 2019, 148, 154 ff. zu „Rabatt-Modellen", bei denen Daten als Ersatz für ein Entgelt erhoben werden.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

trolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB[2067] scheidet aus, insoweit liegt eine kontrollfreie Hauptleistungspflicht vor. Diese Einordnung hat jedoch zur Folge, dass die §§ 312 ff. BGB auf den geschlossenen Vertrag grundsätzlich anwendbar sind, trotz des engeren Anwendungsbereichs der § 312 Abs. 1 BGB zugrunde liegenden VR-RL. Die Button-Lösung nach § 312j Abs. 3 BGB ist hingegen mangels Zahlungspflicht nicht anwendbar.

Folgen von Verstößen gegen die Normen des Verbraucherschutzes durch die Webseitenbetreiber sind neben den Ansprüchen der Verbraucher vor allem Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung durch Verbraucherverbände (und ggf. auch Mitbewerber) gem. § 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. b UKlaG und §§ 8 Abs. 1, 3a UWG.[2068]

B. Ansprüche gegen die Nutzer

Ansprüche gegen die Nutzer folgen entweder aus dem Nichtempfang der Werbung (I.) oder dem Umgehen des Vertragsschlusses (II.).

I. Nichtempfang der Werbung

Es wird dennoch Nutzer geben, die trotz ihrer vertraglichen Zusage keine Werbung empfangen. Naheliegend ist der Ausschluss der Nutzer vom Angebot. Solche Ausschlüsse sind mit Blick auf die verletzte Leistungspflicht des Nutzers – ggf. nach einer Abmahnung – ein probates Mittel. Demgegenüber scheiden urheberrechtliche Ansprüche von vornherein aus, da es an einer insoweit erforderlichen technischen Beschränkung[2069] fehlt, denn die Webseite ist ebenso ohne Empfang der Werbung zugänglich.

Daneben kommen Zahlungsansprüche infrage. Hat der Webseitenbetreiber keine alternative vertragliche Verpflichtung zur Zahlung vorgesehen, so kommt prinzipiell die Zahlung von Schadensersatz aufgrund der nicht erwirtschafteten Werbeentgelte als entgangener Gewinn (§ 252 BGB) in Betracht. Der Nichtempfang der Werbung ist als Nichtleistung im

2067 Vgl. aber § 307 Abs. 3 S. 1, Abs. 1 S. 2, 1 BGB, nach dem die Transparenzkontrolle anwendbar ist.

2068 Allgemein Palandt/*Grüneberg*, BGB § 312j Rn. 12; vgl. auch Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 3a Rn. 1.295, 1.319.

2069 Zum Erfordernis 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78) und zu den Anforderungen 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sinne der §§ 280 ff. BGB zu qualifizieren. Ob wegen der schwankenden Anzeigenpreise[2070] oder unterschiedlichen Cookies[2071] des Nutzers eine Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 275 BGB vorliegt, erscheint fraglich, denn der Webseitenbetreiber schließt den Vertrag grundsätzlich unabhängig von Nutzer und Zeitpunkt und leistet im Regelfall – mit Blick auf den konkreten Wert – identische Inhalte. Gleichzeitig ist es aber wenig praktikabel, den Nutzer im Nachhinein nochmals zum Empfang von Werbung aufzufordern (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB) und dabei erneut an ihn zu leisten, sodass wohl die Fristsetzung nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB entbehrlich wäre.

Eine Obliegenheit des Webseitenbetreibers im Sinne des § 254 BGB zur Sperrung der Webseite bei erkanntem Werbeblocker ist abzulehnen, da der Nutzer im Regelfall um die Benutzung eines Werbeblockers weiß und ausreichend über seine Pflichten (vgl. §§ 305c Abs. 1, 312j Abs. 2, 3 BGB) informiert worden ist. Allerdings kann § 242 BGB unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zu einem Ausschluss des Anspruchs führen. Der Webseitenbetreiber hat bereits derart die technischen Voraussetzungen geschaffen, dass die Nutzer durch den Log-in identifiziert werden, die Webseite nur mit diesem Log-in nutzbar ist und erkannt wird, ob ein Nutzer einen Werbeblocker[2072] nutzt oder nicht. Unter diesen Umständen ist ihm die weitere Verknüpfung zumutbar, dass er Nutzer vom Besuch der Webseite ausschließt, die einen Werbeblocker verwenden.[2073] Das erscheint auch mit Blick auf die Schadenshöhe gerechtfertigt, die beim Aufruf einer Webseite ohne Werbung meist im einstelligen Cent-Bereich liegt.[2074] Andernfalls würde der Webseitenbetreiber den Schaden – in Gestalt der Leistung ohne Gegenleistung – sehenden Auges entstehen lassen und trotz Wissen um die Blockade der Werbung die Webseite

2070 Es wird z. B. mehr wert sein, einem als Autofahrer identifizierten Nutzer Anfang November Werbung für Kfz-Versicherungen anzeigen zu lassen, als dies nach Verstreichen des klassischen Wechseltermins der Fall ist.

2071 So ist ein Nutzer mit z. B. einem (laut Cookies) bestehenden Interesse für Autos mehr wert als jemand, der gerne angelt.

2072 Wobei momentan nur möglich ist, zu klären, ob beim Nutzer Werbung dargestellt wird oder nicht, nicht jedoch warum das (nicht) geschieht, vgl. dazu oben, 1. Teil § 1 B. VII. 1. (S. 58).

2073 Vgl. allgemein BeckOK BGB/*Sutschet*, BGB § 242 Rn. 106 ff. und MüKoBGB/*Schubert*, BGB § 242 Rn. 473: Aspekt der Unverhältnismäßigkeit, insbesondere, wenn andere Maßnahmen dem Berechtigten ebenso zumutbar sind.

2074 Vgl. BeckOK BGB/*Sutschet*, BGB § 242 Rn. 100 ff. m. w. N.: Fehlendes Eigeninteresse.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ausliefern. Zudem geht die Verkehrserwartung von einer Sperre aus.[2075] Gleichzeitig fehlt es aber aufgrund der §§ 312j Abs. 2, 305c Abs. 1 BGB an einem Vertrauenstatbestand, sodass man Schadensersatzansprüche prinzipiell für möglich halten kann. Zumindest in Fällen, in denen erst im Nachhinein eine Identifikation vertragsbrüchiger Nutzer möglich ist, kann eine Anwendung des § 242 BGB sicher verneint und können Schadensersatzansprüche[2076] bejaht werden. Das aber auch nur, wenn dem Webseitenbetreiber technisch kein anderes Verfahren möglich bzw. zumutbar ist, was wohl eher selten der Fall sein dürfte.

II. Umgehen des Vertragsschlusses

Schließen die Nutzer keinen Vertrag und nutzen die Webseite trotzdem, so kommen allein Ansprüche aufgrund urheberrechtlicher Normen infrage: Entweder wegen der rechtswidrigen Vervielfältigung (§ 16 UrhG) oder der Umgehung einer technisch wirksamen Schutzmaßnahme (§ 95a Abs. 1 UrhG). Hier gelten die gleichen Erwägungen wie bei jeder anderen Sperre.[2077] So müssen die Nutzer zumindest grob fahrlässig gehandelt haben, was – je nach den erforderlichen Umgehungshandlungen – schwer nachweisbar sein kann.

C. Ansprüche gegen die Werbeblockerbetreiber

Gegen die Werbeblockerbetreiber kommen vor allem Ansprüche aufgrund der Verletzung urheberrechtlicher Normen (I.) infrage, daneben aber auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche (II.).

2075 Vgl. 4. Teil § 11 A. III. 1. a) (S. 407), allgemein zur Verkehrserwartung 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78).

2076 Hier bieten sich grundsätzlich Klauseln an, die den Schadensersatz pauschalisieren, allerdings handelt es sich insoweit um kontrollfähige Klauseln (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB), sodass sich diese an den §§ 307 ff. BGB, insbesondere § 309 Nr. 5 BGB, messen lassen müssen.

2077 Zu § 16 UrhG 2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229) und 4. Teil § 8 B. (S. 381) zu § 95a Abs. 1 UrhG.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Urheberrechtliche Ansprüche

Ermöglicht der Werbeblockerbetreiber einen Zugang *ohne Vertrag* und umgeht dazu eine entsprechende technische Beschränkung, so kommen Ansprüche wegen einer unerlaubten öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 19a, 15 Abs. 2 UrhG) und, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 95a UrhG erfüllt sind, wegen der Umgehung einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme gem. § 95a Abs. 3 UrhG[2078] in Betracht.

Keine Ansprüche hingegen bestehen, sofern der Werbeblockerbetreiber allein die Nutzung der Webseite *ohne Werbung* ermöglicht, sofern der Webseitenbetreiber insoweit keine Schutzmaßnahme (§ 95a UrhG) bzw. technische Beschränkung (§ 19a UrhG) vorgesehen hat. Die Inhalte sind auch ohne den Empfang von Werbung zugänglich.

II. Lauterkeitsrechtliche Ansprüche

Ansprüche wegen einer gezielten Behinderung gem. §§ 8 Abs. 1 (bzw. § 9), 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG sind nur im Fall der Umgehung des (technisch besicherten) Erfordernisses einer vertraglichen Verpflichtung gegeben. Entscheidend hierfür ist das Verfügbarmachen einer Leistung, zu welcher der Zugang mittels einer technischen Beschränkung bedingt ist. Das Erfordernis der technischen Beschränkung ergibt sich aus der urheberrechtlichen Wertung.[2079]

Ermöglicht der Werbeblocker hingegen nur den Abruf der Webseite ohne Werbung, bestehen keine Ansprüche. Aus der urheberrechtlichen Wertung ergibt sich, dass es an einer technischen Beschränkung in Bezug auf den Werbeempfang fehlt und aus der bloßen „Verfügbarmachung" urheberrechtlicher Inhalte ohne Werbung keine Unlauterkeit folgen kann, sodass es zusätzlicher, unlauterkeitsbegründender Umstände bedarf. Zwar kommt als ein solcher Umstand die Fallgruppe des Verleitens zum Vertragsbruch[2080] infrage.[2081] Allerdings ist ein Unlauterkeitsvorwurf spätes-

2078 Zu § 19a UrhG 2. Teil § 4 C. III. (S.), zu § 95a Abs. 3 UrhG 4. Teil § 8 B. (S. 381) und zu §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG 4. Teil § 8 A. II. 2. (S. 374).

2079 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. I. (S. 156).

2080 Die Fallgruppe ablehnend Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG § 4 Rn. 4.108 ff.

2081 Für ein Vorliegen dieser Fallgruppe *Brüggemann,* Online-Werbeblocker, S. 101; ablehnend *Kiersch,* Adblocking, S. 121 f.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tens seit der Entscheidung *World of Warcraft II*[2082] abzulehnen. Dort hat der *BGH* zu Recht entschieden, dass das bloße Ermöglichen des Bruchs von allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Unlauterkeit begründen kann.[2083] Auch hier besteht bezüglich des Werbeempfangs nur eine vertragliche Abrede, die, anders als vom *BGH* zu Recht gefordert, selbst nicht technisch besichert ist. Ein trotzdem gewährter Schutz vertraglicher Abreden würde zu einer strikt abzulehnenden Verdinglichung schuldrechtlicher Pflichten führen.

D. Ergebnis

Die Verpflichtung der Nutzer zum Empfang der Werbung kann grundsätzlich durch vertragliche Vereinbarung erfolgen, muss jedoch aufgrund der untypischen Pflicht eindeutig vereinbart werden. Monetären Ansprüche wegen der Verletzung der Pflicht zum Werbeempfang begegnen letztlich mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit Bedenken, sodass im Regelfall auf Sperren zurückzugreifen sein wird. Ansprüche gegen die Betreiber von Werbeblockern kommen nur bei Umgehung des Erfordernisses einer vertraglichen Verbindung infrage, nicht jedoch bezüglich des unterlassenen Werbeempfangs, da es insoweit an einer technischen Beschränkung fehlt und die urheberrechtliche Wertung einer Unlauterkeit im Wege steht und darüber hinausgehende Umstände nicht vorliegen, die eine Unlauterkeit begründen könnten. Im Regelfall wird der Webseitenbetreiber eine entsprechende technische Beschränkung vorsehen, um gegen den Abruf ohne Werbung gegen Dritte vorgehen zu können.

Im Ergebnis stellt sich diese Alternative als zweiseitiges Schwert dar: Einerseits erhält der Webseitenbetreiber Daten über eine auch längerfristige Nutzung, andererseits wird eine solche Pflicht diverse Nutzer abschrecken. Im Vergleich zu einer Paywall ist die Schwelle für die Nutzer niedriger, allerdings bleiben dafür die Einnahmen pro Nutzer hinter einer solchen zurück. Stattdessen bietet sich eine Mischung an, indem der Webseitenbe-

2082 *BGH* GRUR 2017, 397 – *World of Warcraft II*: Ein Anbieter vertrieb „Buddy Bots", die entgegen den wirksamen AGB eines Online-Spiels dem diese einsetzenden Nutzer (regelwidrige) Vorteile durch Automatisierung von Handlungen gewährten, die Einhaltung dieser AGB war technisch besichert, dazu auch oben, 4. Teil § 8 A. II. 2. a) (S. 375).

2083 *BGH* GRUR 2017, 397, 403 Rn. 68 – *World of Warcraft II*.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

treiber grundsätzlich eine Paywall vorsieht, die aber durch die Verpflichtung zum Werbeempfang ersetzt werden kann.[2084]

§ 12 Zusammenfassung zu den Handlungsalternativen

Als Webseitenbetreiber hat man diverse Handlungsalternativen, mit denen man die Nutzer vom Empfang der Werbung „überzeugen" kann. Zuerst kommen die „weichen" Methoden infrage, also das Ausspielen von den Werbeblocker umgehender Werbung[2085] oder die Anzeige von Hinweisen[2086]. Diese Handlungsalternativen sind beide zulässig, insbesondere scheitern sie nicht an §§ 7, 3 Abs. 1 UWG.[2087] Gleichzeitig kann das Einsetzen entsprechender Gegenmaßnahmen durch Nutzer und Werbeblockerbetreiber nicht sanktioniert werden, solange insoweit keine technische Beschränkung vorliegt. Selbst das Ausblenden von Hinweisen zur Abschaltung des Werbeblockers begründet keine Unlauterkeit, da die Nutzer dies wünschen.[2088] Letzten Endes droht in solchen Fällen ein – für beide Seiten kostenintensiver – technischer Wettlauf. Gleichzeitig sind bei diesen Methoden die Auswirkungen auf die Nutzerzahlen wohl am geringsten.[2089]

Besser durchsetzbar hingegen ist die Aussperrung. Diese hat den Vorteil, dass jede Umgehung zu einer Verletzung des Urheberrechts führt und entsprechende Ansprüche nach sich zieht.[2090] Nachteil ist allerdings, dass ein Vorgehen gegen die Nutzer nur schwer möglich ist, da diese zumindest grob fahrlässig von der rechtswidrigen Nutzung wissen müssen.[2091] Darüber hinaus kommen Ansprüche gegen die Betreiber (Sperren) umgehender Werbeblocker aufgrund von Verstößen gegen § 95a Abs. 3 UrhG[2092] und §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG[2093] infrage. Aus § 95a Abs. 3 UrhG folgende Ansprüche sind zwar fast immer gegeben, allerdings müssen die Websei-

2084 Vgl. *Hacker* ZfPW 2019, 148, 154 f. für Daten anstelle von Werbung.
2085 4. Teil § 9 (S. 384).
2086 4. Teil § 10 (S. 398).
2087 Zur Umgehung des Werbeblockers 4. Teil § 9 B. II. (S. 388).
2088 4. Teil § 10 (S. 398).
2089 1. Teil § 1 B. VII. (S. 57).
2090 Gegen Werbeblockerbetreiber aufgrund einer Verletzung von § 19a UrhG oben, 2. Teil § 4 C. III. 2. (S. 185), und gegen Nutzer bezüglich § 16 UrhG 2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229).
2091 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (S. 239).
2092 4. Teil § 8 A. I. (S. 351).
2093 4. Teil § 8 A. II. (S. 373).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tenbetreiber auch hier ein subjektives Moment der Werbeblockerbetreiber nachweisen,[2094] während im Gegensatz zu §§ 97 Abs. 2, 19a UrhG kein Schadensersatzanspruch besteht. Verbote aufgrund von § 95a Abs. 3 UrhG werden deshalb zumeist – anders als in der bisherigen Praxis[2095] – kaum eine Bedeutung haben, außer der Webseitenbetreiber will spezifische, nicht von § 97 Abs. 1 UrhG abgedeckte Verbote nutzen, die von § 95a Abs. 3 UrhG erfasst werden. Ansprüche aufgrund einer gezielten Behinderung (§§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG) durch die Umgehung der technischen Beschränkung haben neben den urheberrechtlich begründeten Ansprüchen nur dann eine Bedeutung, wenn die Inhalte urheberrechtlich frei sind. Zwar diktiert auch hier die urheberrechtliche Wertung das Vorsehen einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG, allerdings schützt das Lauterkeitsrecht insoweit die (technische) Bereitstellung der Inhalte und berücksichtigt im Gegensatz zum Urheberrecht damit weitere, unlauterkeitsbegründende Aspekte.[2096]

Die vertragliche Vereinbarung einer Pflicht zum Empfang von Werbung hat demgegenüber fast nur Nachteile. Zuerst werden die Nutzer aufgrund des untypischen Modells abgeschreckt, gleichzeitig sind Ersatzansprüche gegen die Nutzer anstelle des Werbeempfangs nur sehr schwer durchsetzbar,[2097] ganz abgesehen von damit einhergehenden Image- und Nutzerverlusten. Ein Schutz wird diesem Modell nur insoweit zuteil, als es technische Beschränkungen vorsieht,[2098] sodass eine Aussperrung die einfachere Methode ist.

Alles in allem ist das Sperren der Inhalte gegen den Abruf mit Werbeblocker mithilfe einer technischen Beschränkung nach hier vertretener Auffassung weiterhin das Mittel der Wahl, da dieses die geringste Hürde für die Nutzer darstellt und gleichzeitig (mit) am besten gesichert ist. Ein weiterer Vorteil sind die niedrigen technischen Anforderungen an technische Beschränkungen.[2099]

2094 4. Teil § 8 A. I. 2. a) bb) (S. 356).
2095 Vgl. z. B. *LG Hamburg* BeckRS 2016, 127854 – *Tobis Tricks*; ZUM 2016, 892 – *Adblocker*; *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242; *Pfeifer* AfP 2016, 5, 10.
2096 4. Teil § 8 A. II. 2. c) (S. 379).
2097 4. Teil § 11 B. (S. 419).
2098 4. Teil § 11 B. II. (S. 421).
2099 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

5. Teil: Ergebnisse und Fazit

Innerhalb dieses Abschnitts werden zuerst die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit dargestellt und zusammengefasst (§ 15). Danach wird das Fazit (§ 16) gezogen.

§ 13 Ergebnisse

A. Ergebnisse zum 1. Teil § 1: tatsächliche Grundlagen

I. Die Interessen der Beteiligten sind grundsätzlich gegensätzlich. So streben die Webseitenbetreiber als (zumeist) wirtschaftlich orientierte Unternehmen nach möglichst hohen Einnahmen durch möglichst viel Werbung, während die Nutzer die Inhalte kostenlos und werbefrei genießen wollen. Die Werbeblockerbetreiber hingegen zielen als „Mittler" auf einen möglichst großen Anteil an den Werbeeinnahmen, dürfen aber nicht die Nutzer verärgern. Die Werbetreibenden wollen vor allem viel Werbung für wenig Geld schalten.[2100]

II. Werbung wird erfolgsabhängig vergütet, d. h. nur bei tatsächlichem Ausspielen bzw. bestimmten Aktionen infolge der Werbung (z. B. Vertragsschluss) erhält der Webseitenbetreiber Geld.[2101] Gleichzeitig steigt die Vergütung, je „wahrnehmbarer", sprich größer, bunter, lauter, die Werbung ist.[2102]

III. Webseiten sind modular aufgebaut und werden ausgehend vom abgerufenen HTML-Dokument, das als „Inhaltsverzeichnis" dient, von verschiedenen Quellen im Internet heruntergeladen. Diese einzeln heruntergeladenen Elemente, wie z. B. Bilder, Videos oder auch Elemente zur Formatierung der Webseite, werden auf dem Endgerät des Nutzers durch den Browser zusammengesetzt.[2103] Auf die glei-

2100 1. Teil § 1 A. (S. 33).
2101 1. Teil § 1 B. I. (S. 37).
2102 1. Teil § 1 B. II. (S. 38).
2103 1. Teil § 1 B. III. 1. (S. 41).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

che Weise wird Werbung eingebunden, wenn sie nicht bereits im HTML-Dokument enthalten ist.[2104]

IV. Für die Programmierung von Webseiten gibt es unverbindliche, aber allgemein akzeptierte Standards des *World Wide Web Consortiums* (*W3C*).[2105]

V. Werbung wird mithilfe der Informationen über den Nutzer fast immer individualisiert, um höhere Einnahmen zu erzielen. Die Identifizierung der Nutzer erfolgt zumeist über Cookies, teilweise wird das Gerät auch aufgrund bestimmter Merkmale individualisiert (sog. Fingerprinting).[2106]

VI. Den modularen Aufbau von Webseiten machen sich Werbeblocker zunutze und blockieren entweder die Anfrage zum Herunterladen einzelner Elemente[2107] oder stellen diese nicht dar[2108]. Zur Identifikation der Werbung werden Filterlisten verwendet, die häufig von Dritten bereitgestellt werden. Filterlisten enthalten neben typischen Adressen werblicher Inhalte auch allgemeine Merkmale zur Erkennung von Werbung, wie z. B. Standardmaße von Bannern.[2109] Hieraus folgt der Begriff der „Blocklist“[2110], sodass das Blockieren von Werbung als „Blocklisting“ zu bezeichnen ist.

VII. Neben der klassischen Finanzierung durch Entgelt[2111] ist das Modell des „Allowlistings“[2112] kommerziell erfolgreich, bei dem bestimmte, laut Anbieter „nicht störende“ Werbung gegen Zahlung des Webseitenbetreibers oder Werbetreibenden nicht blockiert wird, also auf die „erlaubte Liste“ gesetzt wird.[2113] Daneben existieren noch Modelle, bei denen die Werbung des Webseitenbetreibers komplett ersetzt wird, sog. Ad Injections,[2114] und *Brave*, ein Browser, der Werbung blockt und dann selbst andere ausspielt.[2115]

2104 1. Teil § 1 B. III. 2. (S. 44).
2105 1. Teil § 1 B. III. 1. (S. 41).
2106 1. Teil § 1 B. III. 3. (S. 46).
2107 1. Teil § 1 B. IV. 1. (S. 49).
2108 1. Teil § 1 B. IV. 2. (S. 50).
2109 1. Teil § 1 B. IV. 3. (S. 50).
2110 Anstelle des Begriffs „Blacklisting“, dazu 1. Teil § 1 (S. 32).
2111 1. Teil § 1 B. V. 1. (S. 52).
2112 Anstelle des Begriffs „Whitelisting“, dazu 1. Teil § 1 (S. 32).
2113 1. Teil § 1 B. V. 2 (S. 52).
2114 1. Teil § 1 B. V. 3. a) (S. 55).
2115 1. Teil § 1 B. V. 3 b) (S. 56).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

VIII. Rund ein Viertel der Internetnutzer verwendet in Deutschland einen Werbeblocker,[2116] was zu verschiedenen Gegenmaßnahmen der Webseitenbetreiber geführt hat.[2117]

IX. Gegenmaßnahmen sind in der Regel nur möglich, wenn man zuvor die Nutzer identifiziert, die einen Werbeblocker verwenden. Ein direkter Nachweis der Verwendung eines Werbeblockers durch den Nutzer ist für die Webseitenbetreiber nicht möglich. Stattdessen wird geprüft, ob das Endgerät des Nutzers Werbung darstellt. Von welchem Anbieter der eingesetzte Werbeblocker stammt, kann nicht erkannt werden.[2118]

B. Ergebnisse zum 1. Teil § 2: rechtliche Problemstellung und Gang der Untersuchung

Im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Werbeblockern ist entscheidend, wen der Werbeblockerbetreiber mit seinem Verhalten beeinflussen möchte. So soll das Angebot, Werbung durch Blocklisting zu blockieren, die Nutzer beeinflussen, während dieses Verhalten gleichzeitig dazu dient, die Webseitenbetreiber vom Abschluss von Allowlisting-Vereinbarungen zu „überzeugen". Entscheidend für die Beurteilung ist die urheberrechtliche Wertung, die den Ausgangspunkt der Arbeit bildet.[2119]

C. Ergebnisse zum 2. Teil § 3: Urheberrecht

I. Typische Webseiten bestehen aus einzelnen, gesondert schutzfähigen Werken bzw. Schutzgegenständen.[2120] Jeder Abruf der Webseite hat diverse Vervielfältigungen im Sinne des § 16 UrhG zur Folge, wozu auch die Anzeige auf dem Bildschirm gehört.[2121]

1. Entscheidend für die Rechtmäßigkeit der Vervielfältigung ist § 44a Nr. 2 UrhG. Ob es sich beim Abruf mit Werbeblocker

2116 1. Teil § 1 B. VI. (S. 56).
2117 1. Teil § 1 B. VII. (S. 57).
2118 1. Teil § 1 B. VII. 1. (S. 58).
2119 1. Teil § 2 (S. 63).
2120 2. Teil § 3 B. I. 1. (S. 66).
2121 2. Teil § 3 B. I. 2. a) (S. 67).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

um eine rechtmäßige Nutzung im Sinne der Norm handelt, bestimmt sich danach, ob die vorhergehende öffentliche Wiedergabe (§ 15 Abs. 2 UrhG) selbst rechtmäßig war. Als insoweit vollharmonisiertes Recht kommt es auf die InfoSoc-RL an.[2122]

2. Entscheidend ist mit dem *EuGH*, an welchen Kreis von Konsumenten der Rechtsinhaber bei der Veröffentlichung des Schutzgegenstands gedacht hat. Sieht der Rechtsinhaber bei der Wiedergabe eines Werks im Internet keine technischen Beschränkungen vor, richtet sich die Wiedergabe an alle Internetnutzer.[2123] Im deutschen Recht existieren ähnliche Überlegungen unter dem Schlagwort des „more technological approach".[2124] Diese Lösung kann im Wege richtlinienkonformer Auslegung mithilfe des Rechtsinstituts der schlichten Einwilligung in das deutsche Recht umgesetzt werden. Die Webseitenbetreiber willigen also durch das unbeschränkte Einstellen des Inhalts in den Abruf der Inhalte ein.[2125]
3. Dementsprechend wenden sich die Webseitenbetreiber an alle Nutzer, unabhängig von der Nutzung eines Werbeblockers, sofern es insoweit an technischen Beschränkungen fehlt.[2126]
4. Das hat zur Folge, dass der Abruf von Webseiten mit Werbeblocker grundsätzlich keine neue Öffentlichkeit erreicht, sodass die öffentliche Wiedergabe mit der schlichten Einwilligung des Rechtsinhabers erfolgt. In der Vervielfältigung der Webseite im Zuge des Abrufs liegt damit auch unter Verwendung eines Werbeblockers eine rechtmäßige Nutzung der Webseite im Sinne des § 44a Nr. 2 UrhG.[2127]

II. Dieses Ergebnis gilt unabhängig davon, ob § 44a Nr. 2 UrhG auf das jeweilige Schutzobjekt anwendbar ist, weil der Begriff der öffentlichen Wiedergabe einheitlich zu verstehen ist. Es wäre widersprüchlich, eine öffentliche Wiedergabe zu erlauben, aber die dazu notwendigen Vervielfältigungen nicht.[2128]

III. Grundsätzlich kommt auch ein Schutz der Webseite als Gesamtwerk infrage. Da bezüglich der Vervielfältigungen jedoch eine Einwilli-

2122 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (S. 70).
2123 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (S. 70).
2124 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (b) (S. 74).
2125 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78).
2126 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (2) (S. 82).
2127 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (2) (S. 82).
2128 2. Teil § 3 B. I. 4. (S. 84).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gung besteht, kommen im Wesentlichen nur Verstöße gegen das Bearbeitungsrecht infrage.[2129] Die angezeigte Webseite genießt allerdings keinen Schutz gegen den Abruf mit Werbeblocker, da die Werbung nicht vom – ggf. bestehenden – Werkcharakter erfasst ist.[2130] Bejahte man die Eigenschaft als Schutzgegenstand zumindest hinsichtlich des zugrunde liegenden Codes der Webseite, so scheitert die Annahme eines unzulässigen Eingriffs in das Bearbeitungsrecht an der gegebenen Einwilligung. Entscheidend hierfür ist die durch die *W3C*-Standards geprägte Verkehrserwartung auf die freie Darstellung der Webseite auf dem Endgerät.[2131]

IV. Verletzungen des Rechts der öffentlichen Wiedergabe durch den Vertrieb des Werbeblockers sind nicht gegeben, weil keine neue Öffentlichkeit geschaffen wird.[2132] Damit existieren keine urheberrechtlichen Ansprüche im Zusammenhang mit (normalen) Werbeblockern.[2133]

D. Ergebnisse zum 2. Teil § 4: Lauterkeitsrecht

I. Der Begriff der geschäftlichen Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) setzt voraus, dass das Verhalten objektiv dazu geeignet ist, eine geschäftliche Entscheidung (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG) der Marktgegenseite zu beeinflussen.[2134]

II. Im Falle des Blocklistings zum Zwecke des Allowlistings kommen mehrere Entscheidungen infrage.

1. Die Entscheidung der Webseitenbetreiber bezüglich des Abschlusses einer Allowlisting-Vereinbarung scheidet aus, da der Webseitenbetreiber dann nicht mehr Mitbewerber zum Werbeblockerbetreiber ist. Entscheidet der Webseitenbetreiber selbst, handelt er als sonstiger Marktteilnehmer, vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG.[2135]
2. Eine Anknüpfung an die Entscheidung der Werbetreibenden bezüglich des Allowlistings kommt zwar infrage, allerdings hinge

2129 2. Teil § 3 B. II. 1. (S. 86).
2130 2. Teil § 3 B. II. 2. (S. 86).
2131 2. Teil § 3 B. II. 3. (S. 89).
2132 2. Teil § 3 C. (S. 91).
2133 2. Teil § 3 D. (S. 92).
2134 2. Teil § 4 A. I. (S. 94).
2135 2. Teil § 4 A. III. 1. (S. 101).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Rechtsschutz der Webseitenbetreiber allein vom Angebot des Allowlistings gegenüber den Werbetreibenden ab. Das erscheint nicht sinnvoll.[2136]

3. Stattdessen ist auf die Entscheidung der Nutzer in Bezug auf das Blocklisting abzustellen, ob diese dem Werbeblockerbetreiber die Verfügungsmacht über die auf dem Bildschirm darzustellenden Inhalte anvertrauen.[2137]
   a) Einer geschäftlichen Entscheidung der Nutzer steht nicht die Unentgeltlichkeit der Werbeblockernutzung entgegen, da der Begriff der geschäftlichen Entscheidung jede Entscheidung umfasst, die sich auf wirtschaftliche Interessen auswirkt. Gleichzeitig ist nur so eine – hier erforderliche – Marktkontrolle möglich. Die bloße Möglichkeit zur Darstellung von Werbung berührt die wirtschaftlichen Interessen der Nutzer.[2138]
   b) Ebenso ist es irrelevant, dass Werbeblocker- und Webseitenbetreiber im Regelfall nur ein faktisches Austauschverhältnis anstreben. Entscheidend ist vielmehr die „Blockade" des Nutzers für einen Mitbewerber, was dessen wirtschaftliche Interessen betrifft.[2139]
   c) In jedem Fall kann die Berücksichtigung der Entscheidung der Nutzer für die Frage der geschäftlichen Handlung mit dem national determinierten Schutz der Mitbewerber gerechtfertigt werden, da insoweit eine Marktkontrolle geboten ist.[2140]
   d) Die geschäftliche Handlung ist damit das Angebot einer Software zum Blocklisting mit entgeltlicher Allowlistingfunktion an Nutzer, soweit dieses Verhalten dazu geeignet ist, Nutzer in ihrer geschäftlichen Entscheidung bezüglich der Verwendung des Werbeblockers zu beeinflussen. Im Folgenden wird dieses Verhalten kurz als *Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings gegenüber den Nutzern* bezeichnet.[2141]

2136 2. Teil § 4 A. III. 1. (S. 101).
2137 2. Teil § 4 A. III. 1. (S. 101).
2138 2. Teil § 4 A. III. 2. a) (S. 108).
2139 2. Teil § 4 A. III. 2. b) (S. 112).
2140 2. Teil § 4 A. III. 2. c) (S. 113).
2141 2. Teil § 4 A. III. 3. (S. 115).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Es gibt grundsätzlich einen engen und einen weiten Mitbewerberbegriff. Diese bilden in der Auslegung der allgemeinen bzw. herrschenden Meinung den Ausgangspunkt für die hier vertretene Ansicht. Der enge Mitbewerberbegriff stellt nach allgemeiner Meinung für die Feststellung des Wettbewerbsverhältnisses auf die Tätigkeit auf dem gleichen Markt und die Austauschbarkeit der Produkte ab. Demgegenüber liegt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne des weiten Mitbewerberbegriffs nach bisherigem Verständnis vor, wenn das Produkt des handelnden Unternehmers einen wettbewerblichen Bezug zum Produkt eines anderen Unternehmers aufweist und mit der Förderung des eigenen Absatzes die Beeinträchtigung des fremden Absatzes einhergehen kann.[2142] Aufgrund der besonderen Komplexität der Marktbeziehungen von Werbeblockern, die auch ein Allowlisting anbieten, müssen der enge und weite Mitbewerberbegriff über die genannten, bisher vertretenen Definitionen hinaus präzisiert werden.

1. Ausgangspunkt für ein besseres Verständnis ist, dass bei einer Mitbewerbersituation beide Unternehmen geschäftliche Handlungen vornehmen, durch die sie sich zueinander in den Wettbewerb setzen und damit durch ihr jeweiliges Verhalten Entscheidungen der Marktgegenseite zu beeinflussen suchen. Dabei ist zu betonen, dass die Mitbewerberstellung handlungsbezogen ist, also nur in Bezug auf die konkrete geschäftliche Handlung festgestellt wird, die auch die Bezeichnung der beeinflussten geschäftlichen Entscheidung umfasst.[2143]
2. Das bisherige Abstellen auf die Beeinträchtigung des „Absatzes oder Bezugs“ ist als Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Marktgegenseite zu lesen. Denn jedem Absatz und Bezug liegt eine Entscheidung der Marktgegenseite zugrunde. Diese stellen den Gegenstand des Wettbewerbs dar.[2144]
3. Nach dem engen Mitbewerberbegriff liegt deshalb ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vor, wenn zwei Unternehmen mit ihren geschäftlichen Handlungen auf die gleichen geschäftlichen Entscheidungen einwirken, die Entscheidungen des von beiden angesprochenen Verkehrskreises also alternativ sind. Entscheidend für die Alternativität ist das Verständnis des angesprochenen Ver-

2142 2. Teil § 4 B. I. 2. (S. 119).
2143 2. Teil § 4 B. II. 1. (S. 123).
2144 2. Teil § 4 B. II. 2. (S. 124).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kehrskreises, ob die beiden Entscheidungen der Deckung des gleichen Bedürfnisses dienen bzw. das gleiche Produkt betreffen. Aufgrund der Bezugnahme auf die geschäftliche Entscheidung kann ein Wettbewerbsverhältnis prinzipiell auch Verhalten während der Vertragsdurchführung betreffen, was sich u. a. aus der UGP-RL ergibt.[2145]

4. Bezogen auf den weiten Mitbewerberbegriff ist die Schwierigkeit, dass dieser auch Fälle erfassen soll, in denen unterschiedliche Kundenkreise durch die Unternehmen angesprochen werden. Während der *BGH* zur Eingrenzung den Begriff des Wettbewerbsbezugs verwendet, ist stattdessen auf den wettbewerblichen Entscheidungsbezug abzustellen, also wie die jeweils beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen zueinanderstehen.
   a) Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmern liegt damit vor, wenn die durch ihr jeweiliges Verhalten potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen in Bezug zueinanderstehen. Dieser Bezug setzt voraus, dass die potenziell zugunsten des einen Unternehmers beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen des angesprochenen Verkehrskreises dazu geeignet sind, die geschäftlichen Entscheidungen, die der andere Unternehmer herbeizuführen versucht, negativ zu beeinflussen.[2146]
   b) Der weite Mitbewerberbegriff steht alternativ neben dem engen Mitbewerberbegriff. Aufgrund der erforderlichen Bezeichnung der geschäftlichen Entscheidung im Rahmen der geschäftlichen Handlung erfassen die beiden Mitbewerberbegriffe unterschiedliche Konstellationen.[2147]
   c) Dieses Verständnis ermöglicht im Regelfall gleiche Ergebnisse wie die Rechtsprechung, aber mit einer präziseren Begründung.[2148]

IV. Für die Mitbewerberstellung ist es nötig, die geschäftliche Handlung der Webseitenbetreiber zu identifizieren. Das Verhalten ist das Ausspielen von Inhalten gegen den Empfang von Werbung, sodass die Nutzer zwei Entscheidungen treffen: eine für den Bezug der Inhalte und gleichzeitig eine für den Absatz ihrer Aufmerksamkeit (bzw.

2145 2. Teil § 4 B. II. 3. a) (S. 126).
2146 2. Teil § 4 B. II. 3. b) aa) (S. 131).
2147 2. Teil § 4 B. II. 3. b) bb) (S. 135).
2148 2. Teil § 4 B. II. 3. b) cc) (S. 136).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hoheit über die dargestellten Inhalte auf dem Bildschirm) an den Webseitenbetreiber.[2149]

V. Das ergibt im Falle des Blocklistings zum Zwecke des Allowlistings mehrere mögliche Begründungswege für eine Mitbewerberstellung von Werbeblocker- und Webseitenbetreibern.

1. Die Werbeblockerbetreiber stehen mit den Webseitenbetreibern auf dem Bezugsmarkt für Aufmerksamkeit im Wettbewerb, beide Unternehmen wollen von den (gleichen) Nutzern eine insoweit alternative Entscheidung. Nach dem engen Mitbewerberbegriff liegt somit ein Wettbewerbsverhältnis vor. Nachteil ist jedoch, dass so kein Verbot des Blocklistings zu kommerziellen Zwecken, also unabhängig von einem Allowlisting, erreicht werden kann. Das Unterlassungsbegehren erfasst nur das Blocklisting zu Zwecken des kommerziellen Allowlistings.[2150]
2. Ist das Blocklistings zu kommerziellen Zwecken, also (u. a.) klassische Entgeltfinanzierung und Allowlisting, Verbotsziel, so muss eine geschäftliche Handlung der Webseitenbetreiber gefunden werden, die ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zu den Werbeblockerbetreibern begründen kann.[2151] Eine Begründung mithilfe des engen Mitbewerberbegriffs scheidet mangels alternativer Entscheidung aus, sodass auf den weiten Mitbewerberbegriff abzustellen ist.[2152]
   a) Die Entscheidung der Nutzer für die Nutzung des Blocklistings hat keine Auswirkungen auf die Entscheidung der Nutzer über den Bezug der Inhalte, eine Mitbewerberstellung scheidet insoweit aus.[2153]
   b) Ebenso hat die Entscheidung der Nutzer für das Blocklisting keinen Bezug zur Entscheidung darüber, Werbung des Webseitenbetreibers zu konsumieren. Ein Bezug zwischen zwei Entscheidungen setzt voraus, dass diese von unterschiedlichen Personen getroffen werden.[2154]
   c) Stattdessen kann ein konkretes Wettbewerbsverhältnis und damit die Mitbewerberstellung über den Entscheidungsbe-

2149 2. Teil § 4 B. III. 2. a) (S. 145).
2150 2. Teil § 4 B. III. 2. b) (S. 146).
2151 2. Teil § 4 B. III. 2. c) (S. 149).
2152 2. Teil § 4 B. III. 2. c) aa) (S. 149).
2153 2. Teil § 4 B. III. 2. c) bb) (1) (S. 151).
2154 2. Teil § 4 B. III. 2. c) bb) (2) (S. 151).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zug zwischen der Entscheidung der Nutzer für das Blocklisting und derjenigen der Werbetreibenden bezüglich der Abnahme der Werbeplätze der Webseitenbetreiber begründet werden.[2155]

d) Diese Ausführungen gelten auch, wenn das Allowlisting gegenüber dem konkreten Wettbewerber kostenlos ist, z. B. weil die für eine Vergütung erforderliche Mindestanzahl an zusätzlichen Ad Impressions (Ausspielung der jeweiligen Anzeige) nicht erreicht wird. Der Werbeblockerbetreiber handelt weiterhin zu unternehmerischen Zwecken und beeinträchtigt potenziell die Entscheidungen der Werbetreibenden bezüglich des Bezugs von Werbeplätzen beim Webseitenbetreiber.[2156]

VI. Der Konflikt zwischen Werbeblockerbetreibern und Webseitenbetreibern ist grundsätzlich urheberrechtlicher Natur und damit ist das Ergebnis der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung nach §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG weitestgehend determiniert, sofern nicht zusätzliche, vom Urheberrecht nicht berücksichtigte Umstände vorliegen, die eine Unlauterkeit begründen können. Diese Übertragung der urheberrechtlichen Wertung auf das Lauterkeitsrecht erfordert, dass eine Bedingung der Zugänglichkeit der Inhalte möglich ist, also Werbeblockersperren erlaubt sind und diese urheberrechtlich geschützt werden; weiterhin, dass die urheberrechtliche Wertung prinzipiell übertragen werden kann und bei Werbeblockern keine Umstände dagegensprechen.[2157]

VII. Gegen den Einsatz von Werbeblockersperren kommen allein datenschutzrechtliche Einwände infrage, da die Sperren zuerst die Erkennung erfordern, ob ein Nutzer einen Werbeblocker benutzt.[2158]

1. Die rechtliche Beurteilung der Erkennung von Werbeblockern richtet sich grundsätzlich nach der DS-GVO, da es sich bei dem Datum des Nichtempfangs von Werbung um ein solches mit Personenbezug handelt. Der Personenbezug wird über die IP-Adresse hergestellt. So ist es den Webseitenbetreibern im Fal-

2155 2. Teil § 4 B. III. 2. c) bb) (3) (S. 152).
2156 2. Teil § 4 B. III. 2. d) (S. 152).
2157 2. Teil § 4 C. I. (S. 156).
2158 2. Teil § 4 C. II. (S. 159).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

le von Urheberrechtsverletzungen möglich, die Adresse einem konkreten Nutzer zuzuordnen.[2159]

2. Die DS-GVO verweist jedoch, auch für Sachverhalte im Internet, auf die ePrivacy-RL, soweit diese korrekt in das nationale Recht umgesetzt worden ist.[2160]
   a) Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL fordert, dass eine Verarbeitung von Daten, die im Endgerät des Nutzers gespeichert sind, nur bei Einwilligung des jeweiligen Nutzers erfolgen darf. Das gilt auch für die Erkennung von Werbeblockern. Der Einwilligung steht das Kopplungsverbot nicht im Weg.[2161]
   b) Diese Regelung wird nicht durch das deutsche Recht umgesetzt, sodass der Verweis nicht gilt und die Regelungen DS-GVO anzuwenden sind.[2162]
3. Die Erkennung eines Werbeblockers ist nach den Regelungen der DS-GVO rechtmäßig. Das ergibt sich insbesondere aus einem Umkehrschluss zu Art. 21 Abs. 5, 2 DS-GVO, der für Zwecke der Direktwerbung – worunter auch Werbung im Internet fällt – ein automatisiertes Widerspruchsrecht vorsieht und damit grundsätzlich von der Rechtmäßigkeit entsprechender Datenverwendung ausgeht.[2163]
4. Auch der Entwurf der ePrivacy-VO, welche die ePrivacy-RL ersetzen soll, geht von der Rechtmäßigkeit der Erkennung von Werbeblockern aus.[2164]

VIII. Eine Übertragung der urheberrechtlichen Wertung auf das Lauterkeitsrecht setzt weiterhin voraus, dass im Falle einer Sperre die Webseitenbetreiber urheberrechtliche Ansprüche gegen die Werbeblockerbetreiber haben.[2165] Insoweit kommt eine öffentliche Zugänglichmachung durch die Werbeblockerbetreiber und durch die Nutzer eine rechtswidrige Vervielfältigung infrage.

IX. Eine Differenzierung der verschiedenen Möglichkeiten, eine Webseite gegen die Nutzung mit Werbeblocker zu sperren, kann unterblei-

---

2159 2. Teil § 4 C. II. 1. (S. 160).
2160 2. Teil § 4 C. II. 2. a) (S. 165).
2161 2. Teil § 4 C. II. 2. b) aa) (S. 167).
2162 2. Teil § 4 C. II. 2. b) bb) (S. 174).
2163 2. Teil § 4 C. II. 3. (S. 177).
2164 2. Teil § 4 C. II. 4. (S. 181).
2165 2. Teil § 4 C. III. (S. 183).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ben, da die Sperren stets die Anzeige auf dem Bildschirm als eigenständige Vervielfältigung (§ 16 UrhG) verhindern.[2166]

X. Stellen Werbeblockerbetreiber einen umgehenden Werbeblocker zur Verfügung, liegt darin eine öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) der gesperrten Webseite.

1. Die öffentliche Zugänglichmachung stellt einen Unterfall der öffentlichen Wiedergabe dar, wobei die öffentliche Zugänglichmachung als zusätzliches Merkmal auch zu Zeiten nach Wahl des Nutzers zugänglich sein muss.[2167]
2. Die öffentliche Zugänglichmachung besteht nach zustimmungswürdiger Rechtsprechung des *EuGH* aus zwei Tatbestandsmerkmalen: einer Handlung der Zugänglichmachung, die gegenüber einer neuen Öffentlichkeit erfolgt.[2168]
3. Es ist für eine Handlung der Zugänglichmachung eine Handlung in voller Kenntnis der Folgen des Verhaltens zu fordern.[2169]
   a) Die Anforderungen an das Verhalten liegen sehr niedrig, letztendlich reicht irgendeine Handlung, die den Zugang zum Werk irgendwie erleichtert.[2170]
   b) Das Merkmal „in voller Kenntnis der Folgen des Verhaltens" ist dahingehend zu verstehen, dass hierbei auf die aktive Rolle im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 14 E-Commerce-RL abzustellen ist. Eine aktive Rolle kann auch ohne „volle Kenntnis" bestehen. Eine ausufernde Haftung für Urheberrechtsverletzungen kann darüber hinaus mithilfe des Merkmals der Öffentlichkeit korrigiert werden.[2171] Entscheidend für eine aktive Rolle ist, ob der Handelnde Kenntnis oder Kontrolle über die Information besitzt oder sie sich verschaffen kann.[2172]
   c) Werbeblocker, die Sperren umgehen, nehmen eine Handlung der Zugänglichmachung vor. Durch ihr Verhalten ermöglichen sie die Nutzung der Webseite mit Werbeblocker und eröffnen den Zugang.[2173] Eine aktive Rolle liegt stets

2166 2. Teil § 4 C. III. 1. (S. 184).
2167 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).
2168 2. Teil § 4 C. III. 2. b) cc) (S. 192).
2169 2. Teil § 4 C. III. 2. c) aa) (3) (S.197).
2170 2. Teil § 4 C. III. 2. c) aa) (3) (a) (S. 197).
2171 2. Teil § 4 C. III. 2. c) aa) (3) (b) (S. 198).
2172 2. Teil § 4 C. III. 2. c) aa) (4) (S. 200).
2173 2. Teil § 4 C. III. 2. c) bb) (1) (S. 204).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vor, unabhängig davon, ob die Code-Zeilen zur Umgehung durch den Anbieter oder von ihm ausgewählte Listen bereitgestellt werden, denn in beiden Fällen hat der Anbieter insoweit die Kontrolle.[2174]

4. Das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit setzt voraus, dass die Zugänglichmachung gegenüber einem neuen, vom Rechtsinhaber nicht intendierten Publikum geschieht und dabei Prüfpflichten verletzt worden sind.[2175]
   a) Die technische Beschränkung des Zugangs auf Nutzer, die die Werbung empfangen (also keinen Werbeblocker benutzen), ist vom Normzweck des § 19a UrhG gedeckt.[2176]
   b) Die technische Beschränkung ist im Rechtssinne „weniger" als eine wirksame technische Schutzmaßnahme nach § 95a Abs. 2 UrhG. Letztere setzt in Fällen der öffentlichen Zugänglichmachung bereits das Vorliegen einer technischen Beschränkung voraus.[2177]
   c) Die technische Beschränkung ist Ausdruck des Willens des Rechtsinhabers, wem und unter welchen Bedingungen er Zugang zu seinem Schutzgegenstand gewährt. Da § 44a Nr. 2 UrhG für die Frage der Rechtmäßigkeit auf die der öffentlichen Zugänglichmachung abstellt, ist die technische Beschränkung aus Sicht eines durchschnittlichen Adressaten auszulegen, der den Gegenstand öffentlich zugänglich machen möchte.[2178]
   d) Bei der Auslegung ist allein der durch technische Maßnahmen zum Ausdruck kommende Wille des Rechtsinhabers maßgeblich, auch ergänzende Hinweise sind irrelevant. Entscheidendes Merkmal, welches eine technische Beschränkung von einer bloßen, ungeschützten, technischen Gestaltung abhebt, ist, dass der Adressat die Wirkung der Beschränkung als eindeutig wahrnimmt.[2179]

2174 2. Teil § 4 C. III. 2. c) bb) (2) (S. 205).
2175 2. Teil § 4 C. III. 2. d) (S. 207).
2176 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (a) (S. 209).
2177 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (b) (S. 211).
2178 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (c) (S. 214).
2179 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (c) (d) (S. 214).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

e) Im Regelfall ergibt eine Anwendung auf Werbeblockersperren, dass eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vorliegt.[2180]

f) Neben der Zugänglichmachung gegenüber einem neuen Publikum – hier durch Umgehen einer technischen Beschränkung – muss der Werbeblockerbetreiber dabei Prüfpflichten verletzen. Diese sind im Wege der Abwägung festzustellen.[2181]

g) Bezüglich die Sperre umgehender Werbeblocker gilt, dass für deren Betreiber als Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht grundsätzlich eine Prüfpflicht besteht und im Falle einer Zugänglichmachung von einer Verletzung auszugehen ist. Im Fall des Dual Use, wenn der Umgehungscode also vorrangig anderen Zwecken dient, ist nach § 95a Abs. 3 Nr. 2 UrhG analog eine Pflichtverletzung zu verneinen, sofern der Werbeblockerbetreiber keine Kenntnis, z. B. durch Mitteilung des Webseitenbetreibers, hatte. Nach Kenntnis ist der Werbeblocker unverzüglich entsprechend anzupassen.[2182]

XI. Besuchen Nutzer mit Werbeblocker eine dagegen technisch beschränkte Webseite, so verletzen sie im Regelfall das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG). Allerdings ist § 44a Nr. 2 UrhG einschränkend auszulegen.

1. Im Falle einer technischen Beschränkung besteht in die Vervielfältigung auf dem Bildschirm keine Einwilligung.[2183]
2. § 44a Nr. 2 UrhG ist entsprechend den Ausführungen zu § 19a UrhG durch ein subjektives Merkmal zu beschränken. Lehnte man das ab, so würde dies zu Friktionen mit § 95a Abs. 1 UrhG und vor allem § 19a UrhG führen, da der Linksetzer kein Urheberrecht verletzte, während der Abrufende rechtswidrig vervielfältigen würde.[2184] Der Maßstab ist dabei wie bei § 95a Abs. 1 UrhG grobe Fahrlässigkeit. Die Pflichten sind analog den Erwägungen zur Pflichtenabwägung im Rahmen des § 19a UrhG festzustellen.[2185]

2180 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (2) (S. 217).
2181 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (1) (S. 223).
2182 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (2) (S. 225).
2183 2. Teil § 4 C. III. 3. a) (S. 229).
2184 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (a) (S. 239).
2185 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b) (S. 242).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Der faktischen Erlaubnis für den Abruf rechtswidriger Inhalte ohne grobe Fahrlässigkeit oder Kenntnis bezüglich der Rechtswidrigkeit der öffentlichen Zugänglichmachung steht auch nicht der aufgrund richtlinienkonformer Auslegung zu beachtende Dreistufentest entgegen, da die Interessen der Rechtsinhaber nicht ungebührlich beeinträchtigt werden.[2186]
4. Diese Überlegungen gelten unabhängig von der Anwendbarkeit des § 44a Nr. 2 UrhG auch für andere Schutzobjekte. Eine unterschiedliche Behandlung ist nicht zu rechtfertigen.[2187]
5. Der Subjektivierung des § 44a Nr. 2 UrhG steht auch nicht die Nichtanwendbarkeit der Schranken im Falle des Vorliegens einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme (§ 95a UrhG) entgegen. Grund hierfür ist, dass jedes andere Verständnis zu Widersprüchen mit § 95a Abs. 1 UrhG führen würde. Deshalb ist § 44a Nr. 2 UrhG nicht als Beschränkung, sondern als Ausgestaltung des Vervielfältigungsrechts zu verstehen.[2188]
6. Beim Abruf einer gegen Werbeblocker gesperrten Webseite mit einem umgehenden Werbeblocker wird grundsätzlich das Urheberrecht verletzt, allerdings ist davon auszugehen, dass der Nutzer in den Fällen des unbemerkten Umgehens höchstens leicht fahrlässig handelt, sodass das Vervielfältigungsrecht nicht verletzt wird. Anderes wird nur dann gelten können, wenn der Werbeblocker explizit mit der Umgehung von Sperren wirbt. Allerdings muss der Webseitenbetreiber den Nachweis der (grob fahrlässigen Un-)Kenntnis führen, was häufig mit Schwierigkeiten verbunden sein wird.[2189]
7. Der aufgrund einer fakultativen Ausnahme der InfoSoc-RL eingefügte § 53 Abs. 1 UrhG hat wegen der Auslegung des § 44a Nr. 2 UrhG allein für dauerhafte Festlegungen der Webseite eine Bedeutung.[2190]

XII. Das europäisch geprägte Urheberrecht sieht damit umfangreiche Abwehransprüche gegen die Umgehung von Werbeblockersperren vor. Insoweit passt das urheberrechtliche Wertungsgefüge auf den hier

2186 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (c) (S. 245).
2187 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (4) (S. 249).
2188 2. Teil § 4 C. III. 3. b) bb) (S. 250).
2189 2. Teil § 4 C. III. 3. b) cc) (S. 253).
2190 2. Teil § 4 C. III. 3. c) (S. 254).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diskutierten Sachverhalt, was für eine abschließende Regelung bezüglich der vom Urheberrecht berücksichtigten Umstände spricht.[2191]

XIII. Die urheberrechtliche Wertung kann auf die lauterkeitsrechtliche Beurteilung übertragen werden.
   1. Grundsätzlich gehen die urheberrechtlichen Wertungen dem Lauterkeitsrecht vor und müssen von diesem berücksichtigt werden. Ausdruck dieses Vorrangs ist die negative Begrenzungsfunktion des Urheberrechts als Sonderschutztatbestand. Entscheidet sich das Urheberrecht gegen einen Schutz, so darf dieser nicht über den Umweg des Lauterkeitsrechts eingeführt werden. Ein Schutz entgegen der urheberrechtlichen Wertung ist nur dann möglich, wenn diese den Sachverhalt nicht erfasst, also zusätzliche, unlauterkeitsbegründende Umstände vorliegen, die außerhalb des Sonderschutztatbestands liegen.[2192]
   2. Ohne den Hintergrund offenzulegen, praktiziert die Rechtsprechung Ähnliches im Lauterkeitsrecht mit der Argumentation vom Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets, das auf urheberrechtlichen Wertungen beruht.[2193]
   3. Der Wertungsvorrang des Urheberrechts im dargestellten Umfang wird zugleich durch die europäische Vollharmonisierung des hier relevanten Urheberrechts vorgegeben.[2194]
   4. Diese Wertung gilt auch für Inhalte, die nicht (mehr) nach dem UrhG geschützt sind.[2195]

XIV. Die urheberrechtliche Wertung regelt den Konflikt zwischen Webseitenbetreibern und Werbeblockerbetreibern weitgehend. Da auch keine zusätzlichen unlauterkeitsbegründenden Umstände vorliegen, ist das Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings – soweit eine Entscheidung der Nutzer angestrebt wird – rechtmäßig.
   1. Das richtlinienkonform anhand der InfoSoc-RL ausgelegte Urheberrecht regelt die betroffenen Interessen abschließend. Die Nutzer wollen keine Gegenleistung erbringen, während die Webseitenbetreiber diese erhalten wollen. Die Werbeblockerbetreiber und Werbetreibenden wollen jeweils die „Güter" – Inhalte

2191 2. Teil § 4 C. III. 4. (S. 255).
2192 2. Teil § 4 C. IV. 1. (S. 257).
2193 2. Teil § 4 C. IV. 1. e) (S. 261).
2194 2. Teil § 4 C. IV. 2. (S. 267).
2195 2. Teil § 4 C. IV. 3. (S. 268).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bzw. damit generierte Aufmerksamkeit – nutzen.[2196] Der Ausgleich zwischen Nutzungs- und Verwertungsinteressen geschieht umfassend durch das Urheberrecht. Dabei hat der europäische Richtliniengeber auch besondere Belange wie die Pressefreiheit – inklusive ihrer institutionellen Seite – berücksichtigt.[2197]

2. Dass der Konflikt bereits abschließend durch das Urheberrecht geregelt ist, zeigt sich auch daran, dass sich diverse, in der Debatte um Werbeblocker vorgebrachte Argumente auf urheberrechtliche Wertungen zurückführen lassen.[2198]
3. Gleichzeitig fehlt es an zusätzlichen, unlauterkeitsbegründenden Umständen, die eine Abweichung von der urheberrechtlichen Wertung begründen könnten.[2199] Insbesondere liegen weder eine Verdrängungsabsicht[2200] noch eine unmittelbare Beeinträchtigung vor. Die unmittelbare Beeinträchtigung wird zumeist mit dem Dazwischentreten der Nutzer begründet, was so zu verstehen ist, dass die Nutzer freiwillig und informiert die Werbung blockieren und deshalb eine Unlauterkeit ausscheidet.[2201]

XV. Auch kommt eine allgemeine Marktbehinderung (§ 3 Abs. 1 UWG) nicht infrage. Diese ist mit den gleichen Erwägungen wie zu §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG zu verneinen.[2202] Ein Schutz aufgrund des virtuellen Hausrechts ist ebenso abzulehnen.[2203]

E. Ergebnisse zum 3. Teil § 5: Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings

I. Auch bei der Beurteilung des Allowlistings ist das Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings das maßgebliche Verhalten. Allerdings ist die damit im objektiven Zusammenhang stehende geschäftliche Entscheidung nicht mehr die der Nutzer, sondern diejenige der Webseitenbetreiber bzw. Werbetreibenden über den Abschluss einer Allowlisting-Vereinbarung. Da jedoch ein Vorgehen der Werbetreibenden

2196 2. Teil § 4 C. V. 2. b) aa) (4) (S. 282).
2197 2. Teil § 4 C. V. 2. b) aa) (5) (S. 283).
2198 2. Teil § 4 C. V. 2. b) bb) (S. 286).
2199 2. Teil § 4 C. V. 2. c) (S. 292).
2200 2. Teil § 4 C. V. 2. c) aa) (S. 292).
2201 2. Teil § 4 C. V. 2. c) bb) (2) (S. 296).
2202 2. Teil § 4 D. I. (S. 303).
2203 2. Teil § 4 D. II. (S. 306).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bzw. Webseitenbetreiber infrage steht, ist zu differenzieren, sodass die Beteiligten nicht bezüglich eines Verhaltens als Mitbewerber anspruchsberechtigt sind, welches sie als geschäftlich Entscheidende – und damit als sonstige Marktteilnehmer – anspricht. Die Beteiligten können also nur gegen geschäftliche Handlungen vorgehen, soweit die Handlungen sich *nicht* an den Anspruchsteller als Entscheidenden richten. Entsprechend sind die Verbotsanträge zu formulieren.[2204]

II. Die infrage stehende geschäftliche Handlung ist damit das Angebot einer Software zum Blocklisting an Nutzer mit dem Ziel des Abschlusses einer Allowlisting-Vereinbarung, soweit es dazu geeignet ist, eine geschäftliche Entscheidung über das Allowlisting einerseits der Werbetreibenden und andererseits der Webseitenbetreiber zu beeinflussen. Im weiteren Verlauf dieser Arbeit wird dieses Verhalten verkürzt *Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings gegenüber den Werbetreibenden bzw. Webseitenbetreibern* genannt.[2205]

III. Ein Verstoß gegen §§ 4a, 3 Abs. 1 UWG durch allowlistende Werbeblocker ist nicht gegeben.

1. Vom Anwendungsbereich der Norm werden nur geschäftliche Handlungen gegenüber sonstigen Marktteilnehmern erfasst.[2206] Richtet sich das Verhalten an die Werbetreibenden mit dem Ziel, dass diese eine Allowlisting-Vereinbarung abschließen, entscheiden sie als sonstige Marktteilnehmer und werden von § 4a UWG geschützt. Eine teilweise vorgeschlagene „Gesamtbetrachtung" o. Ä. ist abzulehnen.[2207] Werden hingegen die Webseitenbetreiber angesprochen, schützt § 4a UWG diese.[2208]
2. Allein die Webseitenbetreiber sind Mitbewerber, soweit die Werbetreibenden angesprochen werden.
   a) Die Anspruchsberechtigung ist weder über den (weiten) Mitbewerberbegriff hinaus zu erweitern[2209] noch auf den engen Mitbewerberbegriff zu beschränken[2210]. Es sind beide Mitbewerberbegriffe zugrunde zu legen.

2204 3. Teil § 5 A. (S. 308).
2205 3. Teil § 5 A. (S. 308).
2206 3. Teil § 5 B. I. (S. 311).
2207 3. Teil § 5 B. I. 1. (S. 312).
2208 3. Teil § 5 B. I. 2. (S. 313).
2209 3. Teil § 5 B. II. 1. a) (S. 314).
2210 3. Teil § 5 B. II. 1. b) (S. 316).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Die Entscheidung der Werbetreibenden zwischen dem Bezug der Werbeplätze und dem Abschluss von Allowlisting-Vereinbarungen ist alternativ im Sinne des engen Mitbewerberbegriffs, sodass der weite Mitbewerberbegriff heranzuziehen ist. Die erforderliche Alternativität folgt aus dem Charakter der Allowlisting-Vereinbarung als Zusatzprodukt und der Stellung des Werbeblockerbetreibers als Zwischenhändler.[2211]

c) Die Werbetreibenden sind hingegen nicht Mitbewerber, wenn die Webseitenbetreiber mit dem Angebot der Allowlisting-Vereinbarung als Entscheidende angesprochen werden. Entscheiden sich die Webseitenbetreiber für das Allowlisting, hat das keine negativen Auswirkungen auf die Entscheidungen anderer Webseitenbetreiber in Bezug auf die Werbetreibenden. Die Werbetreibenden stehen mit den Werbeblockerbetreibern um die Webseitenbetreiber nicht im Wettbewerb.[2212]

3. Das Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings stellt keine aggressive Handlung im Sinne des § 4a UWG dar. Die für eine unzulässige Beeinflussung (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG) erforderliche Machtposition ist aufgrund der technisch vermittelten Hoheit über die im Browser dargestellten Inhalte zu bejahen,[2213] allerdings wird kein Druck ausgeübt. Dieser kann sich aus der Rechtswidrigkeit des Zwecks, des Mittels oder der Zweck-Mittel-Relation ergeben. Das Mittel „Blocklisting" ist wie gezeigt rechtmäßig. Ebenso wenig begründen das Allowlisting als Zweck und die Zweck-Mittel-Relation unzulässigen Druck, weil die urheberrechtliche Wertung die Inhalte nicht schützt und damit die mithilfe der Inhalte generierte Aufmerksamkeit „frei" ist. Dem steht auch nicht der kommerzielle Charakter entgegen, das Urheberrecht differenziert insoweit nicht. Gleiches gilt für die Zweck-Mittel-Relation.[2214] Darüber hinaus eignet sich das Blocklisting nicht zur Einschränkung der Entscheidungsfreiheit.[2215]

2211 3. Teil § 5 B. II. 2. (S. 318).
2212 3. Teil § 5 B. II. 3. (S. 321).
2213 3. Teil § 5 B. III. 2. a) (S. 325).
2214 3. Teil § 5 B. III. 2. b) (S. 328).
2215 3. Teil § 5 B. III. 2. c) (S. 334).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Die Beurteilung des Verhaltens nach § 4 Nr. 4 UWG entspricht der oben dargestellten, trotz Änderung der beeinflussten geschäftlichen Entscheidung.[2216]

F. Ergebnisse zum 3. Teil § 6: Angebot einer Allowlisting-Vereinbarung

Auch das Angebot einer entgeltlichen Allowlisting-Vereinbarung, soweit es dazu geeignet ist, eine geschäftliche Entscheidung über das Allowlisting der Werbetreibenden zu beeinflussen, ist als lauter anzusehen.[2217]

1. Eine Unlauterkeit nach § 4a UWG scheitert daran, dass das Verhalten – Angebot einer Allowlisting-Vereinbarung – keinen Nachteil für die Werbetreibenden darstellt.[2218]
2. Die Gezieltheit der Behinderung scheitert an der vorrangigen urheberrechtlichen Wertung.[2219]

G. Ergebnisse zum 3. Teil § 7: Fortführung des Allowlistings – Ersetzen der Werbung

Ebenso ist das Ersetzen von Werbung – sofern die Nutzer sich frei und informiert entscheiden – rechtmäßig. Entscheidend ist auch hier, dass die urheberrechtliche Wertung die Nutzung der Inhalte niemandem zuweist, sodass die mit diesen generierte Aufmerksamkeit „frei" ist. Dass die Werbeflächen an Dritte verkauft werden, stellt keinen zusätzlichen, unlauterkeitsbegründenden Umstand dar.[2220]

H. Ergebnisse zum 4. Teil § 8: Aussperrung

I. Gegen Werbeblockerbetreiber, die Sperren umgehen, kann auch aufgrund eines Verstoßes gegen § 95a Abs. 3 UrhG vorgegangen werden.

2216 3. Teil § 5 C. (S. 335).
2217 3. Teil § 6 A. (S. 337).
2218 3. Teil § 6 B. (S. 338).
2219 3. Teil § 6 C. (S. 339).
2220 3. Teil § 7 B. (S. 342).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. § 95a UrhG steht neben § 69f Abs. 2 UrhG und dem ZKDSG.[2221]
2. Die Definition der technischen Schutzmaßnahme fordert, dass nicht genehmigte Nutzungshandlungen verhindert oder eingeschränkt werden. Das bedeutet, dass in Fällen öffentlicher Zugänglichmachungen im Internet stets eine technische Beschränkung vorliegen muss, da ansonsten die Handlung „genehmigt" wäre.[2222]
   a) § 95a Abs. 2 S. 2 UrhG stellt ausdrücklich auf die Vervielfältigung ab, sodass eine nicht erlaubte Vervielfältigung vorliegen muss. Allerdings gestaltet § 44a Nr. 2 UrhG das Urheberrecht selbst aus und enthält entsprechend § 19a UrhG ein subjektives Merkmal. Das bedeutet, dass nur bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 44a Nr. 2 UrhG überhaupt eine genehmigungsfähige Nutzung vorliegt. Die Subjektivierung der Schutzrechte ist also auch im Rahmen des § 95a Abs. 2 UrhG zu beachten. Nur so kann der Charakter des § 95a UrhG als Annexschutz gewahrt werden, der nicht weiter als das Urheberrecht selbst reicht.[2223]
   b) Es kommt für den subjektiven Horizont auf die öffentlich Zugänglichmachenden als die Handelnden an. Das Kennenmüssen der Rechtswidrigkeit der Vervielfältigung (vgl. § 95a Abs. 2 S. 2 UrhG) wird bei auf Gewinnerzielung ausgerichteter Tätigkeit grundsätzlich vermutet.[2224]
   c) Der Schutzzweck des § 95a UrhG erfasst auch technische Schutzmaßnahmen, die den Empfang von Werbung sicherstellen sollen.[2225]
3. Sperren von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker (Werbeblockersperren) sind fast immer wirksam im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG.
   a) Grundsätzlich kommt es darauf an, ob ein Durchschnittsnutzer die Schutzmaßnahme umgehen kann. Der durchschnittliche Nutzer ist nur zu einfachen, nahe liegenden Maßnahmen fähig. Tools und andere weitverbreitete Programme sind dem Nutzer nicht zuzurechnen. Anderes

2221 4. Teil § 8 A. I. 1. (S. 352).
2222 4. Teil § 8 A. I. 2. a) (S. 354).
2223 4. Teil § 8 A. I. 2. a) aa) (S. 355).
2224 4. Teil § 8 A. I. 2. a) bb) (S. 356).
2225 4. Teil § 8 A. I. 2. a) cc) (S. 359).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gilt nur dann, wenn die Maßnahme fast schon rechtsmissbräuchlich, also nicht mehr „objektiv ernsthaft“ eingesetzt wird.[2226]

b) Fast alle Werbeblockersperren sind nicht von einem Durchschnittsnutzer umgehbar, sodass das Merkmal der Wirksamkeit neben dem der technischen Beschränkung nur eine geringe Bedeutung hat.[2227] Bedenken bezüglich der Verhältnismäßigkeit bestehen nicht.[2228]

4. Die Voraussetzungen der § 95a Abs. 3 Nr. 2, 3 UrhG werden auch zumeist vorliegen. Allerdings besteht – anders als im Rahmen des § 19a UrhG – bei Umgehungen mit verschiedenen Zwecken (Dual Use) keine Pflicht des Werbeblockers, diese durch eine Ausnahme anzupassen.[2229]

II. Betreiber von Werbeblockern, die Sperren umgehen, handeln darüber hinaus nach § 4 Nr. 4 UWG unlauter.

1. Grundsätzlich erfordert ein Schutz nach dem UWG, dass eine Schutzmaßnahme umgangen wird, die entweder eine Zugangsbeschränkung oder wirksame AGB schützen.[2230]
2. Ein Schutz nach dem UWG ist neben dem UrhG möglich. Das UWG schützt insoweit die Hoheit darüber, ob eine Leistung erbracht wird. Die Anforderungen an die Schutzmaßnahme ergeben sich aus der urheberrechtlichen Wertung, es muss also zumindest eine technische Beschränkung vorliegen.[2231] Da die Leistungserbringung selbst geschützt wird, gilt dieser Schutz auch für urheberrechtsfreie Inhalte.[2232]
3. Diese Ausführungen finden auch Anwendung auf umgehende Werbeblocker, da diese den Abruf einer Leistung ohne Erlaubnis des Webseitenbetreibers ermöglichen.[2233]

III. Ansprüche gegen die Nutzer aufgrund von § 95a Abs. 1 UrhG kommen infrage, wenn sie eigentlich gesperrte Webseiten mit einem um-

2226 4. Teil § 8 A. I. 2. b) aa) (S. 361).
2227 4. Teil § 8 A. I. 2. b) cc) (S. 368).
2228 4. Teil § 8 A. I. 2. b) dd) (S. 370).
2229 4. Teil § 8 A. I. 3. (S. 370).
2230 4. Teil § 8 A. II. 2. a) (S. 375).
2231 4. Teil § 8 A. II. 2. b) (S. 377).
2232 4. Teil § 8 A. II. 2. c) (S. 379).
2233 4. Teil § 8 A. II. 2. d) (S. 380).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gehenden Werbeblocker besuchen. Dabei sind aber die subjektiven Anforderungen an den Horizont der Nutzer zu beachten.[2234]

IV. Die Werbeblockerbetreiber können sich nicht gegen die Sperre von Webseiten für die Nutzung mit Werbeblocker zur Wehr setzen, da kein Anspruch auf die Nutzung ohne Werbung besteht.[2235]

V. Im Falle einer Paywall kommen zusätzlich Ansprüche nach dem ZKDSG infrage.[2236]

I. Ergebnisse zum 4. Teil § 9: Umgehung des Werbeblockers

I. Es ist nicht zu differenzieren, ob ein Webseitenbetreiber umgehende Werbung nur an Nutzer ausspielt, die einen Werbeblocker verwenden, oder pauschal an alle Besucher der Webseite. In jedem Fall weicht er vom Standardverfahren der Werbeausspielung ab und nimmt billigend in Kauf, dass Nutzer mit Werbeblocker die Werbung erhalten.[2237]

II. Spielt ein Webseitenbetreiber umgehende Werbung aus, werden dabei zum Zwecke des Trackings fast immer personenbezogene Daten des Nutzers verarbeitet. Diese Verarbeitung ist rechtmäßig, insbesondere stellt die Verwendung eines Werbeblockers keinen automatisierten Widerspruch gegen die Verarbeitung von Daten im Sinne des Art. 21 Abs. 5, 2 DS-GVO dar, da diesbezüglich keine technische Spezifikation gegeben ist.[2238]

III. Durch das Ausspielen von den Werbeblocker umgehender Werbung verstößt der Webseitenbetreiber auch bei erkanntem Werbeblocker – unabhängig vom Vorliegen von Individualwerbung – nicht gegen § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG (hartnäckige Ansprache), da der Nutzer nach der ersten ungewünschten Ansprache jederzeit die Webseite verlassen kann.[2239]

IV. Auch ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 S. 2, 1 UWG scheidet aus, da Werbung im Internet keine Individualwerbung im Sinne der Norm ist.

2234 4. Teil § 8 B. (S. 381).
2235 4. Teil § 8 C. (S. 382).
2236 4. Teil § 8 D. (S. 383).
2237 4. Teil § 9 A. (S. 385).
2238 4. Teil § 9 B. I. (S. 386).
2239 4. Teil § 9 B. II. 1. (S. 388).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Individualwerbung setzt voraus, dass die Ablehnung für den Absender erkennbar ist. Ob der Absender eine entsprechende Pflicht hat, richtet sich nach der unternehmerischen Sorgfalt (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG).[2240]
2. Eine Pflicht zur Erkennung der Verwendung eines Werbeblockers ist abzulehnen. Grund hierfür ist, dass die Belästigung auf der Anforderung von typischerweise mit Werbung verknüpften Inhalten beruht, die jederzeit durch Schließen des Fensters entfernt werden können. Gleichzeitig würde eine Pflicht die Webseitenbetreiber stark belasten, während die Nutzer keine Erkennung wünschen, da das zumeist auf eine Sperre hinausläuft.[2241]
3. Ebenso existiert keine Pflicht zur Berücksichtigung einer ohnehin erkannten Nutzung eines Werbeblockers. Denn die Nutzer rechnen bei Aufruf der Webseite grundsätzlich mit einer gewissen Werbemenge, da Werbeblocker nur reaktiv aktualisiert werden.[2242]

V. Die Webseitenbetreiber genießen keinen Schutz, da umgehende Werbung im Regelfall nicht den Anforderungen an eine technische Beschränkung genügt, weil bei der Blockade der Werbung die Webseite trotzdem zugänglich ist.[2243]

J. Ergebnisse zum 4. Teil § 10: Hinweise und andere Eigenwerbung

Das Blockieren von Hinweisen und anderer Eigenwerbung ist rechtmäßig. Eine Unlauterkeit kommt allein nach § 4 Nr. 4 UWG infrage. Diese scheitert jedoch daran, dass die Nutzer eine Ausblendung wünschen.[2244]

2240 4. Teil § 9 B. II. 2. (S. 389).
2241 4. Teil § 9 B. II. 2. b) aa) (S. 392).
2242 4. Teil § 9 B. II. 2. b) bb) (S. 395).
2243 4. Teil § 9 C. (S. 396).
2244 4. Teil § 10 (S. 398).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

K. Ergebnisse zum 4. Teil § 11: vertragliche Verpflichtung zum Empfang der Werbung

I. Ein Vertrag zwischen Webseitenbetreiber und Nutzer kommt erst dann zustande, wenn der Nutzer eine eindeutige Schaltfläche anklickt oder – vorzugswürdig – sich registriert.[2245]

II. Eine Pflicht zum Empfang von Werbung kann nicht in allgemeinen Geschäftsbedingungen „versteckt" werden. Da die Pflicht überraschend (§ 305c Abs. 1 BGB) ist, muss sie eindeutig kommuniziert werden, um den Überrumpelungseffekt zu verhindern. Das gilt auch für die inhaltlich identische Pflicht zur Nichtnutzung eines Werbeblockers.[2246]

III. Bei der Pflicht, Werbung zu empfangen bzw. keinen Werbeblocker zu nutzen handelt es sich um eine Hauptleistungspflicht, sodass eine Kontrolle anhand der §§ 307 ff. BGB nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB – bis auf das Transparenzgebot (vgl. S. 2) – ausscheidet.[2247]

IV. Die §§ 312 ff. BGB sind auf die angesprochene Pflicht anwendbar. Es handelt sich insbesondere um eine „entgeltliche" Leistung des Unternehmers im Sinne des § 312 Abs. 1 BGB. Das ergibt sich nicht aus der der Norm zugrunde liegenden VR-RL. Letztere ist mit Blick auf die DInh-RL und die Warenkauf-RL so auszulegen, dass die Richtlinie nur Verträge erfasst, in denen der Verbraucher sich zur Zahlung von Geld verpflichtet. Gleichwohl ist mit Blick auf die deutschen Gesetzgebungsmaterialien davon auszugehen, dass jede Gegenleistung des Verbrauchers ausreicht.[2248]

V. Verträge über den Empfang von Werbung müssen damit ein Widerrufsrecht und bestimmte Pflichtinformationen vorsehen.[2249] Die Button-Lösung ist hingegen mangels „Zahlung" des Verbrauchers nicht anwendbar.[2250]

VI. Ansprüche gegen die Nutzer auf Schadensersatz wegen des Nichtempfangs der Werbung kommen grundsätzlich infrage, sind aber aufgrund der niedrigen Schadenssummen und der alternativen Möglichkeit der Sperre wegen eines möglichen Verstoßes gegen § 242

2245 4. Teil § 11 A. II. (S. 403).
2246 4. Teil § 11 A. III. 1. a) (S. 407).
2247 4. Teil § 11 A. III. 1. b) (S. 409).
2248 4. Teil § 11 A. III. 2. a) (S. 413).
2249 4. Teil § 11 A. III. 2. b) (S. 417).
2250 4. Teil § 11 A. III. 2. c) (S. 418).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

BGB kritisch zu sehen.[2251] Umgehen die Nutzer hingegen die (technisch besicherte) Pflicht zum Vertragsschluss, gelten die gleichen Ansprüche wie im Falle einer Sperre.[2252]

VII. Gegen die Werbeblockerbetreiber kommen nur insoweit Ansprüche infrage, als dass letztere ermöglichen, technische Beschränkungen zu umgehen. Fehlt es an einer solchen bezüglich des Empfangs der Werbung, so scheiden insbesondere lauterkeitsrechtliche Ansprüche wegen der Ermöglichung des „Vertragsbruchs" aus. Andernfalls drohte eine Verdinglichung schuldrechtlicher Pflichten.[2253]

L. Ergebnisse zum 4. Teil § 12: Zusammenfassung zu den Handlungsalternativen

Mittel der Wahl bleibt deshalb die Aussperrung von Nutzern. Die dazu erforderliche Erkennung kann datenschutzrechtlich unbedenklich implementiert werden und gleichzeitig ist die Aussperrung rechtlich umfassend besichert.[2254]

§ 14 Fazit

Werbeblocker sind damit rechtmäßig. Dieses zutreffende Ergebnis der ganz herrschenden Meinung konnte mit dem Verweis auf die urheberrechtliche Wertung auf ein solides Fundament gestellt werden. Gleichzeitig hat sich gezeigt, dass der Mitbewerberbegriff für die komplexen, multipolaren Wettbewerbsbeziehungen von Werbeblockern Lösungsmöglichkeiten bereithält, sofern man sich beim Verständnis konsequent auf die Wurzel eines jeden Wettbewerbs – die (geschäftliche) Entscheidung der Marktgegenseite – konzentriert.

Die Rechtmäßigkeit des Blockierens jedweder Werbung folgt – auch im Falle des besonders umstrittenen Allowlistings – aus der urheberrechtlichen Wertung. Maßgeblich für dieses Ergebnis ist, dass das Urheberrecht im hier behandelten Kontext die Verwendung der Inhalte freigibt, sofern keine technischen Beschränkungen bestehen.

2251 4. Teil § 11 B. I. (S. 419).
2252 4. Teil § 11 B. II. (S. 419).
2253 4. Teil § 11 C. (S. 421).
2254 4. Teil § 12 (S. 424).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Grundgedanke hinter der urheberrechtlichen Wertung ist die Freiheit des Rechtsinhabers, mit seinen Inhalten zu verfahren, wie er möchte. Dabei gilt aber, wie so häufig, dass dabei Rücksicht auf die anderen und deren berechtigte Erwartungen zu nehmen ist. Für technisch unbeschränkte Webseiten nimmt der Verkehr deshalb an, dass der Webseitenbetreiber den Abruf mit Werbeblocker erlaubt hat. Insoweit haben die „Kostenloskultur" und die technischen Gegebenheiten die Verkehrserwartung geprägt und erlauben letztendlich die Nutzung von Werbeblockern. Aufgrund der europäischen Vollharmonisierung durch die InfoSoc-RL spielen die deutschen Grundrechte für diesen Konflikt keine Rolle.

Der „Sieg" der Werbeblocker und ihrer Nutzer ist aber nicht so eindeutig, wie er auf den ersten Blick scheinen mag. Bringen die Webseitenbetreiber ihren gegenläufigen Willen mit einer technischen Beschränkung zum Ausdruck, schlägt das urheberrechtliche Pendel entsprechend hart zurück. Das fängt bereits damit an, dass die Anforderungen an technische Beschränkungen niedrig sind. Gleichzeitig ist für Werbeblockerbetreiber (fast) jede Umgehung einer solchen Beschränkung ein Eingriff in das Urheberrecht, was umfassende Ansprüche auf Unterlassung und – im Falle umgehender Werbeblocker besonders schmerzhaft – Schadensersatz nach sich zieht. Dass die Abwehransprüche – auch solche aufgrund von § 95a UrhG – stets das Vorliegen eines subjektiven Merkmals beim Anspruchsgegner erfordern, macht kaum einen Unterschied, da zumindest im gewerblichen Bereich die Anforderungen an eine „Exkulpation" hoch sind. Die Nutzer hingegen sind entsprechend der Wertung des Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL vor Ansprüchen weitgehend geschützt.

Die Praxistauglichkeit dieses Ergebnisses zeigt sich daran, dass das angeblich drohende Ende werbefinanzierter Inhalte im Internet weiter auf sich warten lässt. Stattdessen haben die Verlage verschiedene Strategien zur Sicherung und Erhöhung ihrer Einnahmen eingeführt, häufig durch Umstellen auf ein Freemium-Modell, bei dem nur ein Teil der Inhalte kostenlos und der Rest hinter einer Paywall verborgen ist. Selbst Akteure, die auf (ungeschützte,) die Werbeblocker umgehende Werbung setzen, haben mit dieser Strategie weiterhin Erfolg. Interessant dabei ist, dass die Webseiten im Zweifel eher ein Freemium-Modell starten, als Nutzer mit Werbeblockern komplett auszusperren. Die Angst vor dem Verlust von Reichweite sitzt offensichtlich tief.

Letztlich zeigt sich, dass im Konflikt um Werbeblocker ein Eingreifen des Gesetzgebers (oder auch der Rechtsprechung) nicht geboten ist. Das bestehende System ermöglicht allen Beteiligten eine angemessene Durch-

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzung ihrer Interessen. Wer sich behaupten wird, entscheidet – wie vom UWG vorausgesetzt – der Markt.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Literaturverzeichnis

Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter, Beck'scher Kommentar zum Urheberrecht, 27. Ed., München, 15.03.2020 (zitiert als BeckOK UrhR/*Bearbeiter*).

Alexander, Christian, Anmerkung zu OLG Köln, Urt. v. 24.6.2016 – 6 U 149/15, GRUR 2016, S. 1089–1090.

ders., Die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers, in: Wolfgang Büscher, Willi Erdmann, Andreas Fuchs, Volker Michael Jänich, Michael Loschelder, Mary-Rose McGuire (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung Rechtsverwirklichung durch materielles Recht und Verfahrensrecht, Festschrift für Hans-Jürgen Ahrens zum 70. Geburtstag, Köln, 2016, S. 17–29 (zitiert als *Alexander*, FS Ahrens).

ders., Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 17.08.2017, Az. U 2225/15 Kart, GRUR 2017, S. 1156–1157.

ders., Werbeblocker und Medienfinanzierung, NJW 2018, S. 3620–3622.

Apel, Jürgen, Der medienübergreifende Trend zum Werbeblocker, – Wettbewerbskonformer Schutz der negativen Informationsfreiheit oder behinderndes Zerstören von Werbeplattformen? –, in: Christian Schertz, Hermann-Josef Omsels (Hrsg.), Festschrift für Paul W. Hertin zum 60. Geburtstag am 15. November 2000, München, 2000, S. 337–365 (zitiert als *Apel*, FS Hertin).

Apel, Jürgen/Steden, Robin, Urheberrechtsverletzungen durch Werbeblocker im Internet?, WRP 2001, S. 112–117.

Apetz, Martin, Das Verbot aggressiver Geschäftspraktiken, Herkunft, Inhalt, Umsetzung und Zukunftsperspektiven eines neuen Verbotskonzepts des europäischen Lauterkeitsrechts, Köln, 2011 (zitiert als *Apetz*, Aggressive Geschäftspraktiken).

Arlt, Christian, Ansprüche des Rechteinhabers bei Umgehung seiner technischen Schutzmaßnahmen, MMR 2005, S. 148–155.

Article 29 Data Protection Working Party (Art. 29 WP), Opinion 15/2011 on definition of consent, WP 187, 13.07.2011.

dies., Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies, WP 208, 02.10.2013.

dies., Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259 rev. 01, 28.11.2017, geändert am 10.04.2018.

Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl., München, 2019 (zitiert als Auer-Reinsdorff/Conrad/*Bearbeiter*).

Beater, Axel, Mitbewerber und sonstige unternehmerische Marktteilnehmer, Wandel, Bedeutung und Abgrenzung der unternehmensbezogenen Schutzzwecke des UWG, WRP 2009, S. 768–780.

ders., Allgemeinheitsinteressen und UWG, WRP 2012, S. 6–17.

ders., Die Finanzierung von Print- und privaten Telemedien aus rechtlicher Sicht, AfP 2017, S. 277–282.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bechtolf, Leo/Vogt, Niklas, Zur Zulässigkeit von AdBlock-Detektoren vor dem Hintergrund der E-Privacy-Richtlinie, K&R 2016, S. 445–449.

Becker, Maximilian, Aufmerksamkeitsknappheit – Eine weitere Determinante im Urheberrecht?, ZUM 2013, S. 829–836.

ders., Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz für Daten, GRUR 2017, S. 346–355.

Becker, Maximilian/Becker, Felix, Zur rechtlichen Zulässigkeit von AdBlockern, GRUR-Prax 2015, S. 245–248.

Berberich, Matthias, Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Thumbnails bei der Suche nach Bildern im Internet, MMR 2005, S. 145–148.

Blankenburg, Daniel, Gespaltenes Verständnis des Mitbewerberbegriffs im UWG?, Zugleich eine Anmerkung zu EuGH GRUR 2007, 511 ff. - De Landtsheer/CIVC, WRP 2008, S. 186–192.

Blockthrough, Growth of the Blocked Web, 2020 PageFair Adblock Report, 2020.

Borchers, Daniel, „Kein signifikanter Anstieg": Adblocker-Rate steigt um 0,24 Prozentpunkte, Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e. V. (BVDW e. V.), 05.03.2019, https://www.bvdw.org/presse/detail/artikel/kein-signifikanter-anstieg-adblocker-rate-steigt-um-024-prozentpunkte/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Bornkamm, Joachim, Das Wettbewerbsverhältnis und die Sachbefugnis des Mitbewerbers, GRUR 1996, S. 527–530.

ders., Markenrecht und wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz, Zur Vorrangthese der Rechtsprechung, GRUR 2005, S. 97–102.

Brandt, Alexander, Webshops unter DSGVO und ePrivacy-VO: Tracking, Werbung und Informationspflichten, in: Jürgen Taeger (Hrsg.), Rechtsfragen digitaler Transformationen - Gestaltung digitaler Veränderungsprozesse durch Recht, Tagungsband Herbstakademie 2018, Edewecht, 2018, S. 1–26 (zitiert als *Brandt*, DSRITB 2018).

Brink, Stefan/Wolff, Heinrich Amadeus, Beck'scher Onlinekommentar Datenschutzrecht, 32. Ed., München, 01.05.2020 (zitiert als BeckOK DatenschutzR/*Bearbeiter*).

Brüggemann, Christina Julia, Die rechtliche Zulässigkeit von Online-Werbeblockern, unter besonderer Berücksichtigung der Pressefreiheit, Münster, 2019 (zitiert als *Brüggemann*, Online-Werbeblocker).

Buchner, Benedikt, Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter der DS-GVO, DuD 2016, S. 155–161.

Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI), BSI - SICHER • INFORMIERT vom 10.11.2016, 10.11.2016, https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Newsletter/DE/BSIFB/BuergerCERT-Newsletter/2016_Sicher-Informiert/23_Sicher-Informiert_10-11-2016.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e. V. (BVDW e. V.); Online-Vermarkterkreis im BVDW (Online-Vermarkterkreis), OVK-Report für digitale Werbung 2019/01, Online und Mobile – Zahlen und Trends im Überblick, Düsseldorf, April 2019.

Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Bericht, Juni 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Busch, Thomas, Zur urheberrechtlichen Einordnung der Nutzung von Streamingangeboten, GRUR 2011, S. 496–503.

Büscher, Wolfgang, Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Lauterkeitsrecht seit Ende 2015, GRUR 2017, S. 105–120.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl., München, 2016 (zitiert als Calliess/Ruffert/*Bearbeiter*).

Cichon, Caroline, Urheberrechte an Webseiten, ZUM 1998, S. 897–902.

Czychowski, Christian, Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des automatisierten Abrufs von Daten einer Internetseite, NJW 2014, S. 3277–3279.

Dachwitz, Ingo, Interview über Adblocker und das Wohlergehen der Schadsoftware-Branche: „Das Problem Malvertising nicht aussitzen!", netzpolitik.org, 2017, https://netzpolitik.org/2017/interview-ueber-adblocker-und-das-wohlergehen-der-schadsoftware-branche-das-problem-malvertising-nicht-aussitzen/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner, BGB Schuldrecht §§ 241-610, Band 2/1, 3. Aufl., Baden-Baden, 2016 (zitiert als NK-BGB/*Bearbeiter*).

Der lange Weg des Werbemittels bis zur Platzierung, Internet World Business vom 05.04.2014, S. 19.

Der Standard, Rassismus: Google Chrome streicht Begriffe wie „Blacklist" und „Whitelist", Aktueller Code-Eintrag entfernt 2.000 Erwähnungen dieser Bezeichnungen – Google gibt Ratschläge zum Schreiben von „inklusivem Code", 08.06.2020, https://www.derstandard.de/story/2000117949744/rassismus-google-chrome-streicht-begriffe-wie-blacklist-und-whitelist (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Derfler, Sophie/Leven, Benedikt, Freie Werbeblocker, freie Nutzer - und freie Presse, Zugleich Kommentar zu BGH, 19. 4. 2018 – I ZR 154/16, K&R 2018, 716 ff. (Heft 11) – Werbeblocker II, K&R 2018, S. 768–770.

Deutsch, Askan, Die Zulässigkeit des so genannten „Screen-Scraping" im Bereich der Online-Flugvermittler, GRUR 2009, S. 1027–1032.

Di Fabio, Udo, Werbeblocker im Lichte des Verfassungsrechts, Kollidierende Privatrechtsinteressen bei der Verwendung digitaler Werbeblocker, MMR-Beilage 2016, S. 1–13.

Djeffal, Christian, Neue Sicherungspflicht für Telemediendiensteanbieter, Webseitensicherheit jetzt Pflicht nach dem IT-Sicherheitsgesetz, MMR 2015, S. 716–721.

Dreier, Horst, Grundgesetz Kommentar, Band I: Präambel, Artikel 1-19, 3. Aufl., Tübingen, 2013 (zitiert als Dreier/*Bearbeiter*).

Dreier, Thomas, Vom urheberrechtlichen Dürfen und den technischen sowie vertraglichen Grenzen des Könnens, in: Wolfgang Büscher, Willi Erdmann, Maximilian Haedicke, Helmut Köhler, Michael Loschelder (Hrsg.), Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München, 2014, S. 749–760 (zitiert als *Dreier*, FS Bornkamm).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dreier, Thomas/Schulze, Gernot, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., München, 2018 (zitiert als Dreier/Schulze/*Bearbeiter*).

Dreyer, Gunda, Konvergenz oder Divergenz – Der deutsche und der europäische Mitbewerberbegriff im Wettbewerbsrecht, GRUR 2008, S. 123–130.

Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid/Hentsch, Christian-Henner, Urheberrecht, Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, 4. Aufl., Heidelberg, 2018 (zitiert als HK-UrhR/*Bearbeiter*).

DVorkin, Lewis, Inside Forbes: Our Ad Block Test Stirs Up Emotions, Then Brings Learnings and New Data - Forbes, Forbes, 14.01.2016, http://www.forbes.com/sites/lewisdvorkin/2016/01/14/inside-forbes-our-ad-block-test-stirs-up-emotions-then-brings-learnings-and-new-data-2/#7de2c7972cae (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Ehmann, Eugen/Selmayr, Martin, DS-GVO Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 2. Aufl., München, 2018 (zitiert als Ehmann/Selmayr/*Bearbeiter*).

Eisinger, Thomas/Rabe, Lars/Thomas, Wolfgang, Performance Marketing - Erfolgsbasiertes Online-Marketing, Mehr Umsatz im Internet mit Suchmaschinen, Bannern, E-Mails & Co, 3. Aufl., Göttingen, 2009 (zitiert als *Eisinger/Rabe/Thomas*, Performance Marketing).

Engeler, Malte, Das überschätzte Kopplungsverbot, Die Bedeutung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO in Vertragsverhältnissen, ZD 2018, S. 55–62.

Engels, Stefan, AdBlocker auf dem Prüfstand, GRUR-Prax 2015, S. 338–340.

Ensthaler, Jürgen, Streaming und Urheberrechtsverletzung, NJW 2014, S. 1553–1558.

Ernst, Stefan, Werbeblocker, ZUM 2004, S. 751–756.

Europäische Kommission (EU-Kommission), Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Commission Staff Working Document, 2009.

dies., Regulation (EC) No 139/2004 Merger Procedure, Case No COMP/M.7217 - Facebook/Whatsapp, Luxemburg, 10.03.2014.

dies., Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, 163 final, Brüssel, 25.05.2016.

dies., Digitaler Binnenmarkt – Wirksamerer Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, Europäische Kommission - Factsheet, 10.01.2017, https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-17_de.htm (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

ExpressVPN Blog, As Users Turn to Ad Blockers, Sites Start Blocking Users, 20.01.2017, https://www.expressvpn.com/blog/sites-start-blocking-ad-blockers/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Fenchel, Jörg, Negative Informationsfreiheit, Zugleich ein Beitrag zur negativen Grundrechtsfreiheit, Berlin, 1997 (zitiert als *Fenchel*, Negative Informationsfreiheit).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Band 1: Internationales Lauterkeitsrecht, Lauterkeitsrechtliche Spezialthemen, Geschichte, Systematik, Grundlagen, §§ 1 bis 3 UWG, 3. Aufl., München, 2016 (zitiert als Fezer/*Bearbeiter*).

dies., Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Band 2: §§ 3a bis 20 UWG, Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG, 3. Aufl., München, 2016 (zitiert als Fezer/*Bearbeiter*).

Fikentscher, Wolfgang/Möllers, Thoma M. J., Die (negative) Informationsfreiheit als Grenze von Werbung und Kunstdarbietung, NJW 1998, S. 1337–1344.

Finley, Klint, The Brave Browser Will Pay You to Surf the Web, wired.com, 24.04.2019, https://www.wired.com/story/brave-browser-will-pay-surf-web/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Fritzsche, Jörg, Zulässigkeit des Ver- und Betriebs von Fernseh-Werbeblockern - Werbeblocker, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24.06.2004 - I ZR 26/02, LMK 2004, S. 192–194.

ders., Aggressive Geschäftspraktiken nach dem neuen § 4 a UWG, WRP 2016, S. 1–8.

ders., Kommentar zu OLG Köln, WRP 2016, S. 1036–1038.

Fritzsche, Jörg/Barth, Günter, Sieg der Werbeblocker als Impuls für Zugangsschranken im Internet?, Anmerkung zu BGH, 19.04.2018 – I ZR 154/16 – Werbeblocker II, WRP 2018, S. 1405–1410.

Fuchs, Stefanie/Farkas, Thomas, Kann der EuGH dem Paperboy das (Best)Water reichen?, Hyperlinks und Urheberrecht – zugleich Besprechung EUGH, Beschluss vom 21. Oktober 2014 – C-348/13 – BestWater, ZUM 2015, S. 110–126.

Funk, Axel/Zeifang, Gregor, Anmerkung zu BGH, Urt. vom 24.6.2004, Az. I ZR 26/02 „Fernsehfee", MMR 2004, S. 665–666.

Funk, Hardy, Anti-Tracking-Dienste: Surfen, ohne verfolgt zu werden | BR.de, Bayerischer Rundfunk, 2015, http://www.br.de/puls/themen/netz/anti-tracking-dienste-anonym-surfen-fuer-dummys-100.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Galetzka, Christian, Web-Analytics/Retargeting und automatisierte Einzelfallentscheidung, in: Jürgen Taeger (Hrsg.), Rechtsfragen digitaler Transformationen - Gestaltung digitaler Veränderungsprozesse durch Recht, Tagungsband Herbstakademie 2018, Edewecht, 2018, S. 45–57 (zitiert als *Galetzka*, DSRITB 2018).

Gierschmann, Sybille/Schlender, Katharina/Stentzel, Rainer/Veil, Winfried, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, Köln, 2018 (zitiert als Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/*Bearbeiter*).

Glöckner, Jochen, Lauterkeitsrechtlicher Schutz von Geschäftsmodellen auf mehrseitigen Märkten – zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.4.2018 – Az. I ZR 154/16 – Werbeblocker II (ZUM 2018, 881), ZUM 2018, S. 844–855.

ders., Werbeblocker zwischen Lauterkeits- und Kartellrecht, WRP 2020, S. 143–150.

Gola, Peter, Neues Recht – neue Fragen: Einige aktuelle Interpretationsfragen zur DSGVO, Zur Relevanz von in der Rechtsnorm sich nicht wiederfindenden Erwägungsgründen, K&R 2017, S. 145–149.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ders., Datenschutz-Grundverordnung, VO (EU) 2016/679, Kommentar, 2. Aufl., München, 2018 (zitiert als Gola/*Bearbeiter*).

golem.de, Adblock Plus: Axel Springer sieht Journalismus nur als Vehikel für Werbung, 2015, http://www.golem.de/news/adblock-plus-axel-springer-sieht-journalismus-nur-als-vehikel-fuer-werbung-1509-116587.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Gomille, Christian, Die Verteidigung gegen unerwünschte Werbung, GRUR 2017, S. 241–248.

Götting, Horst-Peter/Nordemann, Axel, UWG, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden, 2016 (zitiert als HK-UWG/*Bearbeiter*).

Gramespacher, Thomas Ch., Wer blockt, verliert?, Onlinewerbung und Werbeblocker im Spannungsfeld zwischen Nutzer- und Publisherinteressen, WRP Die erste Seite 2015, 8.

Grünberger, Michael, Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke, ZUM 2016, S. 905–919.

Grünberger, Michael/Podszun, Rupprecht, Ein more technological approach für das Immaterialgüterrecht?, ZGE 2014, S. 269–270.

Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Harm Peter, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG, 15. Aufl., Köln, 2017 (zitiert als Erman/*Bearbeiter*).

Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph, beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, München, 01.06.2020 (zitiert als BeckOGK ZR/*Bearbeiter*).

Haberstumpf, Helmut, Anbieten fremder geschützter Inhalte im Internet, GRUR 2016, S. 763–771.

Hacker, Philipp, Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht, ZfPW 2019, S. 148–197.

Haedicke, Maximilian, Das Ausnutzen fremder Einrichtungen als Wettbewerbsverstoß, in: Christian Alexander (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, München, 2014, S. 221–228 (zitiert als *Haedicke*, FS Köhler).

Hanloser, Stefan, Geräte-Identifier im Spannungsfeld von DS-GVO, TMG und ePrivacy-VO, Mögliche Schranken bei zielgruppenspezifischer Online-Werbung, ZD 2018, S. 213–218.

ders., Anmerkung zu EuGH, Schlussanträge vom 21.03.2019 - C 673/17, ZD 2019, S. 264–266.

Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Mit Preisangabenverordnung, 4. Aufl., München, 2016 (zitiert als Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Bearbeiter*).

Hau, Wolfgang/Poseck, Ramona, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 54. Ed., München, 01.05.2020 (zitiert als BeckOK BGB/*Bearbeiter*).

Heckmann, Dirk, Juris PraxisKommentar-Internetrecht, 6. Aufl., Saarbrücken, 2019 (zitiert als JurisPK-Internetrecht/*Bearbeiter*).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Heermann, Peter/Schlingloff, Jochen, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 2, §§ 5-20 UWG, 2. Aufl., München, 2014 (zitiert als MüKoUWG/*Bearbeiter*).

dies., Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1: Grundlagen und unionsrechtlicher Rahmen des Lauterkeitsrechts. §§ 1-7 UWG, München, 2020 (zitiert als MüKoUWG/*Bearbeiter*).

Heinemeyer, Dennis/Kreitlow, Matthias, Umgehung technischer Schutzmaßnahmen von Medienangeboten, Rechtmäßige Nutzung von Streaming-Technologie und Wirksamkeit des RTMPE gem. § 95a UrhG, MMR 2013, S. 623–627.

Herrmann, Volker/Laoutoumai, Sebastian, Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Internet-Werbeblockern, IPRB 2014, S. 272–275.

Hilgert, Peter/Bünnigmann, Kathrin, Urheberrechtsverletzung durch den Verkauf und die Nutzung digitaler Endgeräte, jM 2018, S. 15–17.

Hoche, Angelika/Polly, Julia, Werbeblocker auf dem Prüfstand, „AdBlock Plus" - Legitimes Geschäftsmodell oder „Schutzgelderpressung"?, IPRB 2015, S. 231–236.

Hoeren, Thomas, Zum Vertrieb von Werbeblockern, EWiR 2004, S. 1193–1194.

ders., Werberechtliche Grenzen des Einsatzes von Adblockern - am Beispiel von „Adblock Plus", K&R 2013, S. 757–762.

Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd, Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 51. Aufl., München, Februar 2020 (zitiert als MMR-HdB/*Bearbeiter*).

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Kommunikationsfreiheiten, Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden, 2002 (zitiert als *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten).

Höfinger, Frank Michael, Anmerkung zu EuGH, Urt. vom 13. Februar 2014 – C-466/12 – Nils Svensson u. a./Retriever Sverige AB, ZUM 2014, S. 293–295.

Hofmann, Franz, Grundsatz der Technikneutralität im Urheberrecht, ZGE 2016, S. 482–512.

ders., Die Ausweitung der öffentlichen Wiedergabe als Ersatz für die Harmonisierung der Haftung von Beteiligten - Anmerkung zu EuGH ZUM 2017, 746 - Stichting Brein/Ziggo BV u. a., ZUM 2017, S. 750–752.

ders., Die Systematisierung des Interessenausgleichs im Urheberrecht am Beispiel des Rechts der öffentlichen Wiedergabe, ZUM 2018, S. 641–649.

Holznagel, Bernd/Brüggemann, Sandra, Das Digital Right Management nach dem ersten Korb der Urheberrechtsnovelle, Eine verfassungsrechtliche Beurteilung der neuen Kopierschutzregelungen, MMR 2003, S. 767–773.

Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, Kommentar, 7. Aufl., München, 2018 (zitiert als v. Mangoldt/Klein/Starck/*Bearbeiter*).

Hüttner, Sabine, 1, 2, 3, 4 Eckstein, keiner muss versteckt sein? - Wer sich im Internet präsentiert, muss mit Google rechnen!, Zugleich eine Besprechung des Grundsatzurteils des Bundesgerichtshofes zum Thema Thumbnails, WRP 2010, S. 1008–1016.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IAB Technology Laboratory (IAB Tech Lab), IAB Tech Lab Publisher Ad Blocking Primer, A primer describing the tactics available to publishers in response to ad blocking, 2016.

Jandt, Silke, Spezifischer Datenschutz für Telemedien und die DS-GVO, Zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung, ZD 2018, S. 405–408.

Janisch, Fabian/Lachenmann, Matthias, Konvertierung von Musikvideo-Streams in Audiodateien, Eine Analyse aus Sicht des deutschen Urheberrechts, MMR 2013, S. 213–217.

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 15. Aufl., München, 2018 (zitiert als Jarass/Pieroth/*Bearbeiter*).

Jauernig, Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnth-VO/HUntProt und EuErbVO, Kommentar, 17. Aufl., hrsg. von Rolf Stürner, München, 2018 (zitiert als Jauernig/*Bearbeiter*).

Kaesling, Katharina, Urheberrechtswidrigkeit privaten Streamens aufgrund Unionsrechts, BRJ 2017, S. 139–142.

Katsivelas, Ioannis, Berücksichtigung von Unionsgrundrechten bei der Zulässigkeit von Werbeblocker-Software, MMR 2017, S. 286–291.

ders., Das Geschäft mit der Werbung: Finanzierungsmechanismen, personalisierte Werbung und Adblocker, in: Marion Albers, Ioannis Katsivelas (Hrsg.), Recht & Netz, Baden-Baden, 2018, S. 207–248 (zitiert als *Katsivelas*, Recht und Netz).

Keppeler, Lutz Martin, Was bleibt vom TMG-Datenschutz nach der DS-GVO?, Lösung und Schaffung von Abgrenzungsproblemen im Multimedia-Datenschutz, MMR 2015, S. 779–783.

Kianfar, Mina, Anmerkung zu BGH, Urt. vom 30.4.2014, Az. I ZR 224/12, GRUR 2014, S. 790–791.

Kiersch, Philipp, Adblocking im Internet und seine lauterkeitsrechtliche Bewertung, Köln, 2018 (zitiert als *Kiersch*, Adblocking).

ders., Disruptive Geschäftsmodelle im Internet nach der BGH-Entscheidung „Werbeblocker II", GRUR-Prax 2018, S. 487–489.

Kiersch, Philipp/Kassel, Patrik, Anti-Adblock-Sperren als wirksame technische Maßnahmen gem. § 95a UrhG, CR 2017, S. 242–247.

Klass, Nadine, Neue Internettechnologien und das Urheberrecht: Die schlichte Einwilligung als Rettungsanker?, ZUM 2013, S. 1–10.

Kleinz, Torsten, Online-Werbung: Facebook legt sich mit Adblockern an, 12.08.2016, http://www.zeit.de/digital/internet/2016-08/online-werbung-facebook-gegen-adblock-plus (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

ders., Spiegel Online: Textschwund durch Adblocker, heise online, 13.12.2016, https://www.heise.de/newsticker/meldung/Spiegel-Online-Textschwund-durch-Adblocker-3569373.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Köhler, Helmut, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Recht des geistigen Eigentums, Zur Notwendigkeit einer Neubestimmung auf Grund der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2007, S. 548–554.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ders., „Wettbewerbshandlung“ und „Geschäftspraktiken“, Zur richtlinienkonformen Auslegung des Begriffs der Wettbewerbshandlung und zu seiner Definition im künftigen UWG, WRP 2007, S. 1393–1397.

ders., Die Unlauterkeitstatbestände des § 4 UWG und ihre Auslegung im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2008, S. 841–848.

ders., “Fachliche Sorgfalt” - Der weiße Fleck auf der Landkarte des UWG, WRP 2012, S. 22–32.

ders., WRP-Kommentar, WRP 2012, S. 939.

ders., Internet-Werbeblocker als Geschäftsmodell, WRP 2014, S. 1017–1023.

ders., Zur “geschäftlichen Relevanz” unlauterer geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern, WRP 2014, S. 259–267.

ders., Funktion und Anwendungsbereich des Mitbewerberbegriffs im UWG, Zugleich Besprechung der Entscheidung „Werbeblocker II“ des BGH, GRUR 2019, S. 123–129.

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GeschGehG · PAngV · UKlaG · DL-InfoV, 38. Aufl., München, 2020 (zitiert als Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Bearbeiter*).

Köhler, Helmut/Lettl, Tobias, Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, WRP 2003, S. 1019–1057.

Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, März 2019.

Kreutz, Oliver, Technische Umgehung von Werbeblocker-Software durch Webseitenbetreiber - Rechtlich zulässige Abwehrreaktion oder wettbewerbsrechtlich bedenkliche Nutzerbevormundung?, MMR 2016, S. 364–369.

ders., Online-Angebote und Werbeblockersoftware, Eine lauterkeits- und zivilrechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der rechtlich zulässigen und technisch möglichen Handlungsalternativen der Webseitenbetreiber, Baden-Baden, 2017 (zitiert als *Kreutz*, Werbeblockersoftware).

ders., Der Webseitennutzungsvertrag – Fiktion oder unbekanntes Rechtsgeschäft?, ZUM 2018, S. 162–168.

ders., Kommentar zu OLG Hamburg, Urt. vom 15.03.2018 Az. 5 U 152/15, WRP 2018, S. 621–623.

Kreutzer, Ralf T., Praxisorientiertes Online-Marketing, Konzepte - Instrumente - Checklisten, 3. Aufl., Wiesbaden, 2018 (zitiert als *Kreutzer*, Online-Marketing).

Kreutzer, Till, Urheberrechtliche Zulässigkeit der Verwendung und des Vertriebs von Adblockern, MMR 2018, S. 639–644.

Krohm, Niclas/Müller-Peltzer, Philipp, Auswirkungen des Kopplungsverbots auf die Praxistauglichkeit der Einwilligung, Das Aus für das Modell „Service gegen Daten“?, ZD 2017, S. 551–556.

Krüger, Christof, Adblock Plus – ein „Verleger-Sargnagel“?, GRUR-Prax 2016, S. 322–324.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Krüger, Wolfgang, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 Schuldrecht – Allgemeiner Teil II (§§ 311-432), 8. Aufl., München, 2019 (zitiert als MüKoBGB/*Bearbeiter*).

Kühl, Eike, Blockst du mich, block ich dich, Ad-Blocker und Anti-Ad-Blocker konkurrieren im Netz. Während Google erwägt, eigene Werbeblocker zu entwickeln, arbeiten Forscher an der „Superwaffe"., 21.04.2017, https://www.zeit.de/digital/internet/2017-04/ad-blocker-gegenwehr-studie-princeton-perceptual-ad-blocking/komplettansicht (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Kommentar, 2. Aufl., München, 2018 (zitiert als Kühling/Buchner/*Bearbeiter*).

Kuhlmann, Simone, Regulierungspflicht von Adblockern?, AfP 2016, S. 318–322.

Kühn, Philipp/Koch, Eberhard, Webseiten als schutzfähiges Werk nach UrhG, Die urheberrechtliche Perspektive auf den Werbeblocker-Rechtsstreit, CR 2018, S. 648–654.

Ladeur, Karl-Heinz, Der rechtliche Schutz der Fernsehwerbung gegen technische Blockierung durch die „Fernsehfee", Zur Einwirkung der Rundfunkfreiheit auf das Lauterkeitsrecht, GRUR 2005, S. 559–564.

Lammenett, Erwin, Praxiswissen Online-Marketing, Affiliate-, Influencer-, Content- und E-Mail-Marketing, Google Ads, SEO, Social Media, Online- inklusive Facebook-Werbung, 7. Aufl., Wiesbaden, 2019 (zitiert als *Lammenett*, Praxiswissen Online-Marketing).

Lehmann, Philipp, Angebot von Werbeblockern stellt keine gezielte Behinderung dar, GRUR-Prax 2018, S. 511.

Leistner, Matthias, „In jedem Ende liegt ein neuer Anfang" – das BGH-Urteil „Vorschaubilder III", seine Bedeutung für die Bildersuche und für die weitere Entwicklung des Haftungssystems im Urheberrecht, ZUM 2018, S. 286–292.

Leistner, Matthias/Roder, Verena, Die Rechtsprechung des EuGH zum Unionsurheberrecht aus methodischer Sicht - zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung des europäischen Privatrechts im Mehrebenensystem, ZfPW 2016, S. 129–172.

Lempe, Markus, Der Konflikt zwischen dem Vertrieb von Werbeblockern und der Werbefinanzierung elektronischer Medien, Unter besonderer Berücksichtigung der Rundfunkordnung, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der negativen Informationsfreiheit 244, Baden-Baden, 2006 (zitiert als *Lempe*, Werbeblocker und Werbefinanzierung).

Lettl, Tobias, Rechtsprechungsübersicht zum Wettbewerbsrecht 2004/2005, BB 2005, S. 1913–1923.

ders., Das neue UWG, GRUR-RR 2009, S. 41–45.

ders., Der Begriff des Mitbewerbers im Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, in: Christian Alexander (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, München, 2014, S. 429–444 (zitiert als *Lettl*, FS Köhler).

ders., Die geschäftliche Relevanz nach §§ 3 Abs. 2, 3a, 4a Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1 und 5a Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UWG, WRP 2019, S. 1265–1275.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Lindacher, Walter/Pahlow, Louis/Glöckner, Jochen, UWG Band 2: §§ 4-7, Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen, 2. Aufl., Berlin, 2013 (zitiert als GK UWG/*Bearbeiter*).

Lindacher, Walter/Pahlow, Louis/Peukert, Alexander, UWG Band 1: Einleitung; §§ 1-3, Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen, 2. Aufl., Berlin, 2014 (zitiert als GK UWG/*Bearbeiter*).

Loewenheim, Ulrich, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., München, 2010 (zitiert als Hdb-UrhR/*Bearbeiter*).

Loewenheim, Ulrich/Leistner, Matthias/Ohly, Ansgar, Urheberrecht, UrhG · KUG (Auszug) · VGG, Kommentar, 6. Aufl., München, 2020 (zitiert als Schricker/Loewenheim/*Bearbeiter*).

Lorenz, Sylvia, Urheberrechtsverletzung im Internet durch Umgehung technischer Schutzmaßnahmen mittels Deep Link („Session-ID"), jurisPR-ITR 3/2011, Anm. 5.

dies., Ist „Screen Scraping" in Deutschland zulässig? - Nur auf den ersten Blick., jurisPR-ITR 16/2014, Anm. 3.

Loschelder, Michael/Danckwerts, Rolf, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl., 2019 (zitiert als UWG-HdB/*Bearbeiter*).

Lucas, Ina, Zur „Wirksamkeit" technischer Maßnahmen gemäß § 95a UrhG nach Maßgabe der Richtlinie 2001/29/EG – zugleich eine Darstellung deutscher und finnischer Rechtsprechung, GRUR Int. 2017, S. 114–119.

Luckhaus, Ulrich, Keine Werbung bitte - zur Zulässigkeit von Werbeblockern, Zugleich Kommentar zu LG Berlin, 8.12.2015 - 16 O 449/15, K&R 2016, 360 ff. und LG Stuttgart, 10.12.2015 - 11 O 238/15, K&R 2016, 362 ff., K&R 2016, S. 313–314.

ders., Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 17.8.2017, Az. U 2225/15 Kart, MMR 2017, S. 765–767.

ders., Zulässigkeit von Werbeblockern, IPRB 2017, S. 34–35.

Lueg, Lisa, Anmerkung zu EuGH, Urt. vom 26.4.2017 – C-527/15(Stichting Brein/Wullems), EuZW 2017, S. 520–521.

Lutzhöft, Niels/Hendel, Arndt Christoph, Kommentar zu EuGH, Stichting Brein/Jack Frederik Wullems, K&R 2017, S. 401–403.

Mander, Jason, Ad-blocking jumps by 10 %, GlobalWebIndex, 2016, https://www.globalwebindex.net/blog/ad-blocking-jumps-by-10 (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Marly, Jochen, Bildschirmkopien, Cache-Kopien und Streaming als urheberrechtliche Herausforderungen, EuZW 2014, S. 616–619.

Martin-Jung, Helmut, So funktioniert Googles Werbegeschäft, Süddeutsche Zeitung, 2017, https://www.sueddeutsche.de/digital/online-anzeigen-so-funktioniert-googles-werbegeschaeft-1.3431006 (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Martiny, Miriam, Geoblocking - eine wirksame technische Schutzmaßnahme? Voraussetzungen des § 95a UrhG und die Konsequenzen für Nutzer und Rechteinhaber, MMR 2016, S. 579–584.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Meyer, Peter/Benzmüller, Ralf/Simonis, Matthias, Werbeblocker als Schutz vor Schadsoftware, Wie Werbeblocker, Script-Blocker und AV-Produkte vor Infektionen durch „Malvertising" schützen, CR 2017, S. 274–280.

Mezei, Péter, Enter the matrix: the effects of the CJEU's case law on linking and streaming technologies, GRUR Int. 2016, S. 887–900.

Mitsdörfer, Sven/Gutfleisch, Ulf, „Geo-Sperren" – wenn Videoportale ausländische Nutzer aussperren, Eine urheberrechtliche Betrachtung, MMR 2009, S. 731–735.

Moos, Flemming/Schefzig, Jens/Arning, Marian, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, Praxishandbuch, Berlin, Boston, 2018 (zitiert als Moos/Schefzig/Arning/*Bearbeiter*).

Müller-Riemenschneider, Severin/Hermann, Tobias, Verkauf eines Medienspielers zum Streaming von illegal verbreiteten Inhalten als Urheberrechtsverletzung – Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 26.4.2017, C-527/15, EuR 2017, S. 571–576.

von Münch, Ingo/Kunig, Philip, Grundgesetz Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 69, 6. Aufl., München, 2012 (zitiert als v. Münch/Kunig/*Bearbeiter*).

Nemeczek, Heinrich, Rechtsübertragungen und Lizenzen beim wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, Zugleich ein Beitrag gegen den unmittelbaren Leistungsschutz, GRUR 2011, S. 292–295.

Neubauer, Arne/Soppe, Martin, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 26.4.2017 – C-527/15 (Stichting Brein/Jack Frederik Wullems), GRUR 2017, S. 615–616.

Newman, Nic/Fletcher, Richard/Kalogeropoulos, Antonis/Levy, David A. L./Nielsen, Rasmus Kleis, Digital News Report 2018, Reuters Institute for the Study of Journalism, 2018.

Newman, Nic/Fletcher, Richard/Kalogeropoulos, Antonis/Nielsen, Rasmus Kleis, Digital News Report 2019, Reuters Institute for the Study of Journalism, 2019.

Nink, Judith, Werbeblocker – Geschäftsmodelle, Detektoren und das Recht, Rechtliche Aspekte aus Anbieterperspektive, CR 2017, S. 103–111.

Nolte, Georg, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.07.2003 Az. I ZR 259/00, CR 2003, S. 924–926.

Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd/Czychowski, Christian, Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 12. Aufl., Stuttgart, 2018 (zitiert als Fromm/Nordemann/*Bearbeiter*).

Nordemann, Jan Bernd, EuGH GS Media, Filmspeler und ThePirateBay: Ein neues europäisches Haftungskonzept im Urheberrecht für die öffentliche Wiedergabe, GRUR Int. 2018, S. 526–535.

Ohly, Ansgar, „Volenti non fit iniuria" Die Einwilligung im Privatrecht, München, 2002 (zitiert als *Ohly*, Die Einwilligung).

ders., Anmerkung zu BGH, Urt. vom 28. 10. 2010 - I ZR 60/09 - hartplatzhelden.de, GRUR 2011, S. 439–440.

ders., Zwölf Thesen zur Einwilligung im Internet, Zugleich Besprechung zu BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10 – Vorschaubilder II, GRUR 2012, S. 983–992.

ders., Urheberrecht und UWG, GRUR Int. 2015, S. 693–704.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ders., Anmerkung zu BGH, Urt. v. 04.05.2016 - I ZR 58/14 (OLG Frankfurt a. M.), GRUR 2017, S. 91–92.

ders., Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen „GS Media", „Filmspeler" und „The Pirate Bay": Abenddämmerung für die Störerhaftung?, ZUM 2017, S. 793–802.

ders., Anmerkung zu BGH Urt. v. 21.09.2017 - I ZR 11/16, GRUR 2018, S. 187–189.

ders., Unmittelbare und mittelbare Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach dem „Córdoba"-Urteil des EuGH, GRUR 2018, S. 996–1004.

Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung, Kommentar, 7. Aufl., München, 2016 (zitiert als Ohly/Sosnitza/*Bearbeiter*).

Omsels, Hermann-Josef, Die geschäftliche Entscheidung, WRP 2016, S. 553–561.

Paal, Boris P., Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 19.03.2015 (I ZR 94/13) - Zur wettbewerbsrechtlichen Haftung von Onlineportalbetreibern, JZ 2016, S. 681–685.

Paal, Boris P./Pauly, Daniel A., Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl., München, 2018 (zitiert als Paal/Pauly/*Bearbeiter*).

Pagefair, The state of the blocked web, 2017 Global Adblock Report, Februar 2017.

Pagefair and Adobe, The cost of ad blocking, PageFair and Adobe 2015 Ad Blocking Report, 2015, http://downloads.pagefair.com/reports/2015_report-the_cost_of_ad_blocking.pdf (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 79. Aufl., München, 2020 (zitiert als Palandt/*Bearbeiter*).

Paschke, Anne/Nielsen, Achim, Streaming urheberrechtswidriger Inhalte verstößt gegen Urheberrecht, jurisPR-ITR 10/2017, Anm. 2.

Peukert, Alexander, hartplatzhelden.de - Eine Nagelprobe für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, WRP 2010, S. 316–321.

ders., Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beilage 2014, S. 77–93.

Pfeifer, Karl-Nikolaus, Wer ist Herr im Haus? - Adblocker, Framing, Linking und Signalintegritätsschutz, AfP 2016, S. 5–11.

ders., Law meets technology: Adblocker als Herausforderung für das Medien- und Wettbewerbsrecht, in: Marion Albers, Ioannis Katsivelas (Hrsg.), Recht & Netz, Baden-Baden, 2018, S. 249–268 (zitiert als *Pfeifer*, Recht und Netz).

Piras, Gabriella, Virtuelles Hausrecht?, Tübingen, 2016 (zitiert als *Piras*, Virtuelles Hausrecht?).

Plath, Kai-Uwe, DSGVO/BDSG, Kommentar zu DSGVO, BDSG und den Datenschutzbestimmungen des TMG und TKG, 3. Aufl., Köln, 2018 (zitiert als Plath/*Bearbeiter*).

Poll, Günter, Neue internetbasierte Nutzungsformen, Das Recht der Zugänglichmachung auf Abruf (§ 19a UrhG) und seine Abgrenzung zum Senderecht (§§ 20, 20b UrhG), GRUR 2007, S. 476–483.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Pommerening, Patrick, Unlautere Vertragsdurchführung, Zur Komplementarität von Lauterkeitsrecht und Vertragsrecht in der Phase nach Vertragsschluss, Köln, 2018 (zitiert als *Pommerening*, Unlautere Vertragsdurchführung).

Raithel, Stephanie, Werbeblocker im Internet, Eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung, Berlin, 2017 (zitiert als *Raithel*, Werbeblocker im Internet).

Raue, Benjamin, Kommentar, WRP 2017, S. 1363–1364.

ders., Kein öffentliches Zugänglichmachen eines urheberrechtlich geschützten Gegenstands durch Vorhalten auf dem eigenen Server? – Anmerkung zu GA Sánchez-Bordona, Schlussanträge vom 25.4.2018 – C-161/17 – Cordoba, ZUM 2018, S. 517–519.

Rauer, Nils/Ettig, Diana, Nutzung von Cookies, Rechtliche Anforderungen in Europa und deren Umsetzungsmöglichkeiten, ZD 2014, S. 27–32.

dies., Rechtskonformer Einsatz von Cookies, Aktuelle Rechtslage und Entwicklungen, ZD 2018, S. 255–258.

Recke, Kai, Werbeblocker: Hilfsmittel zur Durchsetzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts im Internet, K&R-Beilage 2016, S. 22–27.

Rentz, Ingo, Zeit, Spiegel und Co.: Nachrichten-Websites bilden Anti-Adblocker-Initiative, Horizont, 13.05.2013, http://www.horizont.net/medien/nachrichten/-Zeit-Spiegel-und-Co.-Nachrichten-Websites-bilden-Anti-Adblocker-Initiative-114550 (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Rolfs, Johannes, Technische Schutzvorkehrungen bei Datenbanken und das Lauterkeitsrecht, WRP 2017, S. 1437–1444.

Rostam, Darius, Die rechtliche Zulässigkeit von Adblockern, InTer 2017, S. 146–154.

Ruess, Peter/Slopek, David E. F., Zum unmittelbaren wettbewerblichen Leistungsschutz nach hartplatzhelden.de, WRP 2011, S. 834–842.

Runkel, Kai, Neue Werbeformen - Adblocking, IPRB 2016, S. 81–85.

Saal, Marco, Deutschland ist eine Hochburg der Werbeblocker, Horizont, 17.09.2015, http://www.horizont.net/medien/nachrichten/Adblock-Plus-und-Co-Deutschland-ist-eine-Hochburg-der-Werbeblocker-136438 (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Sachs, Michael, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl., München, 2018 (zitiert als Sachs/*Bearbeiter*).

Sack, Rolf, Der Mitbewerberbegriff des § 6 UWG, WRP 2008, 1141.

ders., Leistungsschutz nach § 3 UWG, GRUR 2016, S. 782–789.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-240 BGB AllgPersönlR ProstG AGG, 8. Aufl., München, 2018 (zitiert als MüKoBGB/*Bearbeiter*).

dies., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I (§§ 241-310), 8. Aufl., München, 2019 (zitiert als MüKoBGB/*Bearbeiter*).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Saunders, Christopher, Consumers Rarely Use Ad Blockers, ClickZ, 2001, https://www.clickz.com/clickz/news/1717917/consumers-rarely-use-ad-blockers (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Schack, Haimo, Urheberrechtliche Gestaltung von Webseiten unter Einsatz von Links und Frames, MMR 2001, S. 9–17.

ders., Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, S. 639–645.

Schapiro, Leo/Żdanowiecki, Konrad, Screen Scraping, Rechtlicher Status quo in Zeiten von Big Data, MMR 2015, S. 497–501.

Scherer, Inge, Lauterkeitsrecht und Leistungsstörungsrecht - Veränderung des Verhältnisses durch § 2 I Nr. 1 UWG, WRP 2009, S. 761–767.

dies., Verbraucherentscheidung für Werbeblocker – eine aggressive geschäftliche Handlung der Anbieter?, WRP 2019, S. 1–7.

Schippel, Robert, Zulässigkeit digitaler Werbeblocker, AfP 2017, S. 185–191.

Schmidt, Oliver, EU-Kommission: Adblocker-Detektoren fallen unter ePrivacy-Richtlinie, Telemedicus, 23.04.2016, https://www.telemedicus.info/article/3085-EU-Kommission-Adblocker-Detektoren-fallen-unter-ePrivacy-Richtlinie.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Schmittmann, Jens, Bannerwerbung, Rechtsprobleme insbesondere bei kammergebundenen Berufen, MMR 2001, S. 792–797.

Schulze, Gernot, Svensson, BestWater und Die Realität – Ist Framing nun grundsätzlich zulässig?, Anmerkung zu EUGH, Beschluss vom 21. Oktober 2014 – C-348/13 – BestWater, ZUM 2015, S. 105–110.

Schulze, Götz, Das private Hausrecht, Schutzrecht für die Gebrauchsnutzung von Räumen, JZ 2015, S. 381–391.

Schulze, Reiner, Die Digitale-Inhalte-Richtlinie – Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht, ZEuP 2019, S. 695–723.

Schwartmann, Rolf/Jaspers, Andreas/Thüsing, Gregor/Kugelmann, Dieter, DS-GVO/BDSG, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, Heidelberg, 2018 (zitiert als HK-DSGVO/BDSG/*Bearbeiter*).

Senftleben, Martin, Grundprobleme des Dreistufentests, GRUR Int. 2004, S. 200–211.

Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker genannt Döhmann, Indra, Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, Baden-Baden, 2019 (zitiert als Simitis/Hornung/Spiecker/*Bearbeiter*).

Solmecke, Christian/Dam, Annika, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 05.06.2014 - C-360/13 Public Relations Consultants Association vs Newspaper Licensing Agency u. a., MMR 2014, S. 544–545.

Sosnitza, Olaf, Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2008, S. 1014–1034.

Specht, Louisa, Beschränkung der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter durch technische Schutzmaßnahmen, ZGE 2016, S. 289–303.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dies., Der Verkauf technischer Gerätschaften zur Ermöglichung des Streamings – Eine Urheberrechtsverletzung? Besprechung des Urteils EuGH ZUM 2017, 587 – Stichting Brein/Wullems, ZUM 2017, S. 582–586.

dies., Zum Verhältnis von (Urheber-)Recht und Technik, Erfordernis eines Dualismus von techniksensitivem Recht und rechtssensitiven technischen Durchsetzungsbefugnissen, GRUR 2019, S. 253–259.

SPIEGEL-ONLINE-Redaktion, In eigener Sache: Schalten Sie bitte den Adblocker ab!, SPIEGEL-ONLINE, 2013, https://www.spiegel.de/dienste/spiegel-online-schalten-sie-den-adblocker-bitte-ab-a-888158.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Spindler, Gerald, Bildersuchmaschinen, Schranken und konkludente Einwilligung im Urheberrecht, Besprechung der BGH-Entscheidung „Vorschaubilder", GRUR 2010, S. 785–792.

ders., Haftung ohne Ende?, Über Stand und Zukunft der Haftung von Providern, MMR 2018, S. 48–52.

Spindler, Gerald/Schmittmann, Jens, Unerwünschte E-Mail-Werbung Zivil- und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit in Europa, MMR-Beilage 9/2001, S. 10–19.

Spindler, Gerald/Schmitz, Peter/Liesching, Marc, Telemediengesetz mit Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München, 2018 (zitiert als Spindler/Schmitz/*Bearbeiter*).

Spindler, Gerald/Schuster, Fabian, Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 4. Aufl., München, 2019 (zitiert als Spindler/Schuster/*Bearbeiter*).

Stadler, Thomas, Haftung für Informationen im Internet, Berlin, 2002 (zitiert als *Stadler*, Haftung für Informationen, 2002).

ders., Haftung für Informationen im Internet, 2. Aufl., Berlin, 2005 (zitiert als *Stadler*, Haftung für Informationen, 2005).

Statista, Adblocking, Statista-Dossier zum Thema Adblocking, dass., März 2019.

von Staudinger, Julius, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 139-163 (Allgemeiner Teil 4b), Berlin, 2015 (zitiert als Staudinger/*Bearbeiter*).

ders., J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 305-310; UKlaG (AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz), Berlin, 2019 (zitiert als Staudinger/*Bearbeiter*).

ders., J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 312, 312a-k, (Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besondere Vertriebsformen), Berlin, 2019 (zitiert als Staudinger/*Bearbeiter*).

Stender-Vorwachs, Jutta/Steege, Hans, Anmerkung zu EuGH, Urt. vom 26.04.2017 - C-527/15 - Stichting Brein, MMR 2017, S. 465–466.

Stieper, Malte, Das Verhältnis von Immaterialgüterrechtsschutz und Nachahmungsschutz nach neuem UWG, WRP 2006, S. 291–302.

ders., Urheber- und wettbewerbsrechtlicher Schutz von Werbefiguren (Teil 2), GRUR 2017, S. 765–771.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Stolz, Alexander, Rezipient = Rechtsverletzer…?, (Keine) Urheberrechtsverletzung durch die Nutzung illegaler Streaming-Angebote, MMR 2013, S. 353–358.

Storbeck, Olaf, Ein „Webwasher" für das Internet, DIE WELT, 1999, http://www.welt.de/print-welt/article565358/Ein-Webwasher-fuer-das-Internet.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Süddeutsche.de, Aufruf zum Abschalten: Verlage kämpfen gegen Adblocker, 16.11.2016, https://www.sueddeutsche.de/service/internet-aufruf-zum-abschalten-verlage-kaempfen-gegen-adblocker-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-161116-99-196912 (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Sydow, Gernot, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden, Wien, Zürich, 2018 (zitiert als Sydow/*Bearbeiter*).

Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev, Kommentar DSGVO - BDSG, 3. Aufl., Frankfurt am Main, 2019 (zitiert als Taeger/Gabel/*Bearbeiter*).

Telle, Sebastian, Neues zu Werbeblockern im Internet, AnwZert ITR 13/2015, Anm. 2.

Thomale, Philipp-Christian, Über die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Adblockern, K&R-Beilage 2016, S. 27–31.

ders., Adblocker – und kein Ende?, MMR 2017, S. 789–790.

time.lex/Spark, ePrivacy Directive: assessment of transposition, effectiveness and compatibility with proposed Data Protection Regulation, Final Report, 2015.

Ullmann, Eike, Mit Werbung finanzierte Presseberichterstattung, jurisPR-WettbR 11/2015, Anm. 4.

ders., Juris Praxiskommentar UWG, 4. Aufl., Saarbrücken, 2016 (zitiert als Juris-PK-UWG/*Bearbeiter*).

Ulmer, Eugen, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, 1980 (zitiert als *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht).

Ulmer, Peter/Brandner, Hans E./Hensen, Horst-Diether, AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305 - 310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz, 12. Aufl., Köln, 2016 (zitiert als Ulmer/Brandner/Hensen/*Bearbeiter*).

Ulrich, Gustav-Adolf, TV-Werbeblocker, EWiR 2000, S. 47–48.

von Ungern-Sternberg, Joachim, Schlichte einseitige Einwilligung und treuwidrig widersprüchliches Verhalten des Urheberberechtigten bei Internetnutzungen, GRUR 2009, S. 369–375.

United Internet Media - ADGallery, http://www.united-internet-media.de/de/adgallery-showroom/adgallery/ (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Vykydal, Swen/von Diemar, Undine, Gatoring, Eine zulässige Form der Werbung im Internet?, WRP 2004, S. 1237–1245.

Wagner, Kristina, Streaming aus Sicht des Endnutzers - noch Graubereich oder bereits tiefschwarz, GRUR 2016, S. 874–882.

Walter, Michel M., Verkauf multimedialer Medienabspieler - Streaming und Rechtmäßigkeit der Quelle, MR-Int 2017, S. 40–41.

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl., München, 2019 (zitiert als Wandtke/Bullinger/*Bearbeiter*).

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wandtke, Artur-Axel/von Gerlach, Felix-Tessen, Die urheberrechtliche Rechtmäßigkeit der Nutzung von Audio-Video Streaminginhalten im Internet, GRUR 2013, S. 676–683.

Weiden, Henrike, Aktuelle Berichte – März 2017, GRUR 2017, S. 256–257.

Weiler, Frank, Lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit eines Werbeblockers mit entgeltlicher Whitelisting-Funktion, jM 2019, S. 280–284.

welt.de, Surfer im Visier: So funktioniert personalisierte Werbung im Internet - WELT, 19.06.2014, https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article160308665/So-funktioniert-personalisierte-Werbung-im-Internet.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Werliin, Rune (Hrsg.), Insights 2018, Attitude towards advertising and use of ad blocking, Audience Project, 2018.

Wiebe, Andreas, Anmerkung zu BGH, Urt. vom 17.7.2003 - I ZR 259/00, MMR 2003, S. 724–725.

ders., Vertrauensschutz und geistiges Eigentum am Beispiel der Suchmaschinen, GRUR 2011, S. 888–895.

Wiebe, Andreas/Kreutz, Oliver, Die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit differenzierender Werbeblockersoftware, Zugleich Kommentar zu OLG München, Urt. vom 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, K&R 2017, 722 ff., K&R 2017, S. 697–700.

Wimmers, Jörg/Schulz, Carsten, Wer nutzt? – Zur Abgrenzung zwischen Werknutzer und technischem Vermittler im Urheberrecht, CR 2008, S. 170–177.

Witte, Andreas, Der Kampf um die Zulässigkeit von Werbeblockern, Eine Bestandsaufnahme mit Ausblick, ITRB 2018, S. 34–39.

Wolf, Manfred/Lindacher, Walter/Pfeiffer, Thomas, AGB-Recht, Kommentar, 6. Aufl., München, 2013 (zitiert als Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Bearbeiter*).

World Intellectual Property Organization (WIPO), Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, June 11 to July 14, 1967, Volume II, Genf, 1971.

dies., Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971), Genf, 1978.

dies., WIPO Glossary of the terms of the law of copyright and neighboring rights, Genf, 1983.

World Wide Web Consortium (W3C), Cascading Style Sheets Level 2 Revision 1 (CSS 2.1) Specification, 12.04.2016, https://www.w3.org/TR/CSS2/cascade.html#cascading-order (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

dass., HTML 5.2 W3C Recommendation, 14.12.2017, https://www.w3.org/TR/html52/rendering.html#rendering-introstruction (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

Zenker, Stefan, Werbeblocker „AdBlock Plus" keine wettbewerbswidrige Behinderung, GWR 2016, S. 81.

Zerbst, Jannik, Zulässigkeit von Werbeblockern, jurisPR-ITR 25/2018, Anm. 3.

Ziebarth, Wolfgang, Nutzer von Werbeblockern als Adressaten gezielter Werbung?, Eine Untersuchung unter Berücksichtigung von TMG, UWG und dem Entwurf einer e-Privacy-Verordnung, VuR 2018, S. 257–262.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ziegelmayer, David, Adblocking – Ein Zankapfel auf dem Weg zum BGH, Lauterkeitsrechtliche Einordnung der „Adblocker-Urteile" des OLG München, CR 2017, S. 668–671.

Zimprich, Stephan/Jeschke, Fabian, Ad Injections – Zulässiges Geschäftsmodell oder unlauterer Wettbewerb? Rechtliche Überlegungen zur Überblendung oder Ersetzung von Werbeflächen auf Webseiten durch Dritte, MMR 2016, S. 300–305.

Zurstiege, Guido, Medien und Werbung, Wiesbaden, 2015 (zitiert als *Zurstiege*, Medien und Werbung).

Zurth, Patrick, Anmerkung zu EuGH, Urt. vom 26.4.2017 – C-527/15 (Stichting Brein/Wullems), NJW 2017, S. 1937–1938.

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748926467, am 08.08.2024, 12:12:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb